C. Länderbericht Deutschland

I. Grundlagen

Für Einrichtungen der professionellen Pflege, die Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung erbringen und für einzelne professionell Pflegende erfolgt die Qualitätssicherung durch eine Vielzahl von formellen Bundes- und Landesgesetzen sowie untergesetzlichen Normen. Das Zusammenspiel all dieser Normen wird nur verständlich, wenn man das System der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit sowie das System der Erbringung dieser Leistungen und die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen in diesem Bereich zwischen Bund und Ländern bei der Darstellung der Qualitätssicherungsinstrumente berücksichtigt. Da das Verständnis des Systems der Leistungen und deren Erbringung auch für die Darstellung der Qualitätssicherungsinstrumente bei nichtprofessioneller Pflege von grundlegender Bedeutung ist, werden die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen und die Leistungen nebst Erbringung vorab in den Grundlagen des Länderberichts dargestellt.

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

Deutschland ist ein föderaler Staat. Die Gesetzgebungskompetenzen sind zwischen dem Bund und den Ländern verteilt. Art. 70 I GG weist die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich den Ländern zu, so dass bundesrechtliche Regelungen zur Qualitätssicherung nur bestehen können, soweit dem Bund die Gesetzgebungskompetenz durch das Grundgesetz zugewiesen wird (Art. 70 I GG) oder wurde (Art.125a ff. GG). Sofern die Regelung im Zusammenhang mit der Leistungserbringung nach dem SGB XI steht, hat der Bund eine Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 I Nr. 12 GG und soweit es um sozialhilferechtliche Leistungserbringung geht nach Art. 74 I Nr. 7 GG.[278] Hingegen steht dem Bund keine allgemeine Kompetenz zur Regelung von Be-

278 Sozialversicherung ist nach BVerfG vom 10.05.1960 – 1 BvR 190/58, Rn. 21 mit Verweis auf eine Definition des Bundessozialgerichts:„die gemeinsame Deckung eines möglichen, in: seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit.“ Da zur Bedarfsdeckung auch die Leistungserbringung gehört und bei Sachleistungen die Bedarfsdeckung ein Mindestmaß an Qualität erfordert, fällt das Qualitätssicherungsrecht als Bestandteil des Leistungserbringungsrechts unmittelbar unter Art. 74 I Nr. 12 GG. Selbst wenn man dem nicht folgt, besteht jedenfalls eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs, da das Recht der Leistungserbringung Rege-

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rufsbildern zu. Lediglich Berufe, die zu den Heilberufen gehören, kann der Bund nach Art. 74 I Nr. 19 GG rechtlich gestalten.

Die Länder sind damit zuständig für alle anderen Berufe, die für die Pflege von Bedeutung sind. Art. 74 I Nr. 7 GG nimmt das Heimrecht ausdrücklich von der Zuständigkeit des Bundes aus, was zu einer Zuständigkeit der Länder führt.[279] Auch gibt es weder eine allgemeine Zuständigkeit des Bundes für Gefahrenabwehr, noch eine ausdrückliche Zuständigkeit des Bundes für die besondere Gefahrenabwehr bei der Erbringung von Pflegeleistungen, so dass auch diese den Ländern zusteht, soweit sie nicht von den Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs bei der Leistungserbringung erfasst ist.

2. Leistungen und Leistungserbringung

a) Leistungen im SGB XI

Die Gewährung von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI soll ausgehend vom nach § 33 I 1 SGB XI erforderlichen Antrag des Pflegebedürftigen erläutert werden.[280] Zunächst erfolgt die Feststellung, ob überhaupt Pflegebedürftigkeit i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI vorliegt. Die notwendige Prüfung kann die Pflegekasse entweder vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung oder von einem anderen von ihr beauftragten Gutachter durchführen lassen, § 18 I 2 SGB XI.[281] Falls Pflegebedürftigkeit besteht, wird zugleich eine Pflegestufe zugeordnet. Es gibt 3 Pflegestufen, die aufsteigend von eins bis drei jeweils eine zunehmende Schwere an Pflegebedürftigkeit erfor-

---

lungen zu Leistung und Gegenleistung enthalten muss und zwingender Bestimmungsgegenstand des Leistungsinhalts auch dessen Qualität ist, vgl. zur Kompetenz kraft Sachzusammenhang, *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 70, Rn. 67ff. Für die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 I Nr. 7 GG gilt dies entsprechend.

279 Vor der Föderalismusreform, also bis zum 31.08.2006, hatte der Bund die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 7 GG in der damaligen Fassung für die (gesamte) öffentliche Fürsorge und damit auch für das Heimrecht. Das Heimrecht wurde ab 01.09.2006 in Art. 74 I Nr. 7 GG ausdrücklich ausgenommen. Die Gesetzgebungskompetenz für den ordnungsrechtlichen Teil des Heimrechts liegt nunmehr bei den Ländern, wobei gemäß Art. 125a I 1 Var. 1 GG das Bundesheimgesetz als Landesrecht fort gilt, bis es durch ein Landesgesetz ersetzt wird. Der zivilrechtliche Teil des Bundesheimgesetzes ist gestützt auf Art. 74 I Nr. 1 Var. 1 GG im Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) weiterhin bundesrechtlich geregelt. Die nach § 1 WBVG in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Konstellationen sind keine häusliche Pflege i.S.d. hier verwendeten Definition, da der Pflegebedürftige seine Pflege nicht frei organisieren kann. Zum Anwendungsbereich des WBVG, vgl. *Weber,* NZM 2010, S. 337, 338f.

280 Die Erfüllung der Vorversicherungszeit nach § 33 II SGB XI wird unterstellt.

281 Die Entscheidung steht im Ermessen der Pflegekasse, wobei es Ziel der Entscheidung sein muss, die Fristen des § 18 III SGB XI einzuhalten. Die Sicherung der Qualität der Gutachten durch die beauftragten externen Gutachter soll durch Richtlinien der Pflegekassen erfolgen zu deren Erlass § 53b SGB XI die Kompetenz verleiht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dern.[282] Allerdings wird durch die Leistungen des SGB XI nicht der gesamte Pflegebedarf gedeckt.[283] § 36 III SGB XI bestimmt, bis zu welchem Gesamtwert maximal Pflegesachleistungen bei der jeweiligen Pflegestufe gewährt werden, die Höhe des Pflegegeldes ergibt sich aus § 37 I 3 SGB XI. Dabei ist der maximale Gesamtwert auf der jeweiligen Pflegestufe bei der Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI deutlich höher als beim Pflegegeld nach § 37 SGB XI.[284]

b) Leistungserbringung im SGB XI

Für die Frage, durch wen die Pflegeleistungen letztlich erbracht werden, kommt es auf die Entscheidung des Pflegebedürftigen an. Dieser hat, wenn er mindestens die Pflegestufe 1 erreicht, die Wahl zwischen verschiedenen Arten von Pflegeleistungen. Entscheidet er sich für Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung (für die nach §§ 3, 43 I SGB XI ein Vorrang besteht), dann kann er weiter zwischen Pflegesachleistungen (§ 36 SGB XI) und Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen (§ 37 SGB XI), sowie einer Kombination aus beidem (§ 38 SGB XI) wählen. Entscheidet sich der Pflegebedürftige für Pflegesachleistungen, werden diese durch „geeignete Pflegekräfte“ (§ 36 I 3 SGB XI) erbracht. Für den Leistungsträger gibt es drei Möglichkeiten, die Erbringung der Pflegesachleistungen zu gewährleisten. Eine geeignete Pflegekraft ist entweder direkt bei der Pflegekasse (§ 77 II SGB XI) oder bei einem Pflegedienst (§ 71 I SGB XI) an-

282 Gemäß § 15 III SGB XI ist für Pflegestufe 1 ein Pflegebedarf von mindestens 90 Minuten am Tag, für Pflegestufe 2 von drei Stunden am Tag und für Pflegestufe 3 von fünf Stunden am Tag erforderlich, wobei zusätzlich jeweils das gesetzlich erforderliche Mindestmaß an Grundpflegebedarf bestehen muss. Berechnet wird dieser Bedarf ausgehend von den Verrichtungen des § 14 IV SGB XI.

283 Zusätzlich zu den beschriebenen Leistungen gibt es Leistungen für Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz, § 28 Ib 2 SGB XI. Der berechtigte Personenkreis wird in § 45a SGB XI beschrieben. Er umfasst auch Personen der Pflegestufe „0“, § 45a I Nr. 2 SGB XI. Es besteht für den gesamten Personenkreis Anspruch auf zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen nach § 45b SGB XI sowie auf die verbesserten Pflegeleistungen nach § 123 SGB XI. Die verbesserten Pflegeleistungen nach § 123 SGB XI sind nach § 28 Ib 2 SGB XI lediglich eine Übergangslösung bis zu Einführung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes. Die Leistungsverbesserung nach § 123 SGB XI gilt nur für die häusliche Pflege und auch dort nur für die Pflegestufen 0 bis 2. Nur in diesen Fällen komme es zu einer Benachteiligung durch die heutigen Begutachtungsmaßstäbe im Vergleich zu den geplanten Begutachtungsmaßstäben bei einem neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff für Personen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 52. Auch diese zusätzlichen Leistungen ändern nichts an der Grundaussage, dass die Leistungen nach dem SGB XI nicht bedarfsdeckend sind. Dies gilt erst recht für die Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI, wonach lediglich ein anderer Leistungsinhalt ermöglicht wird, das Leistungsvolumen jedoch unverändert bleibt, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 53.

284 In der niedrigeren Höhe des Pflegegeldes gegenüber den Pflegesachleistungen liegt kein Verstoß gegen Art. 3 I GG i.V.m. Art. 6 I GG, vgl. BVerfG vom 26.03.2014 – 1 BvR 1133/12, Rn. 17ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gestellt oder als Einzelperson zugelassen (§ 77 I SGB XI).[285] Die Zulassung als Pflegedienst oder Einzelperson und die Anstellung als Einzelperson ist von der Erfüllung bestimmter persönlicher Voraussetzungen abhängig. Der Pflegebedürftige empfängt die Leistung und der Leistungserbringer hat bei der Erbringung von Pflegeleistungen inhaltliche Anforderungen zu erfüllen (§§ 72 III, 77 I 2 SGB XI). Die Vergütung des Leistungserbringers erfolgt direkt durch die Pflegekasse (§§ 77 I 2, 89, 90 SGB XI).[286] Zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer wird nur dann ein Pflegevertrag gemäß § 120 SGB XI geschlossen, wenn Leistungserbringer ein Pflegedienst oder eine zugelassene Einzelperson (§ 77 I 6 SGB XI) ist. Erbringt der Leistungsträger die Leistungen durch angestellte Einzelpersonen selbst, bedarf es keines (privatrechtlichen) Vertrages. Wählt der Pflegebedürftige hingegen Pflegegeld für eine selbst beschaffte Pflegehilfe, dann kann grundsätzlich jede Person die Pflegeleistungen erbringen. Praktisch werden es jedoch regelmäßig nichtprofessionelle Pflegekräfte sein, da die Höhe des Pflegegeldes für die jeweilige Pflegestufe betragsmäßig deutlich niedriger als der Gesamtwert der jeweiligen Pflegesachleistung und eine Finanzierung von Pflegefachkräften mit dem Pflegegeld nur sehr eingeschränkt möglich und damit wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Der Pflegebedürftige muss dann „die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung in geeigneter Weise“ selbst sicherstellen. Der Pflegebedürftige erhält in Abhängigkeit von der Pflegestufe Pflegegeld (§ 37 I 3 SGB XI), über das er grundsätzlich frei verfügen kann. Insbesondere muss der Leistungserbringer nicht zwingend eine Vergütung erhalten.

c) Infrastrukturverantwortung der Länder nach § 9 SGB XI

Zwar haben die Pflegeeinrichtungen auf den Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 III 1 2.HS SGB XI einen Anspruch unabhängig davon, ob eine konkrete Pflegeeinrichtung zur Deckung des in der jeweiligen Region bestehenden Pflegebedarfes erforderlich ist. Hingegen lässt sich aus § 9 SGB XI, der die Investitionsförderung[287]

285 Nur Pflegedienst sowie zugelassene Einzelperson werden im Folgenden als Leistungserbringer bezeichnet. Beim Leistungsträger angestellte Einzelpersonen sind hingegen keine rechtlich eigenständigen Leistungserbringer, sondern Teil des Leistungsträgers.

286 Damit entsteht bei der Leistungserbringung durch Pflegedienste oder durch zugelassene Einzelpersonen das für Sachleistungen typische Leistungserbringungsdreieck, vgl. zu den Auswirkungen der Art der Leistungserbringung auf die Qualitätssicherung Pkt. B. III. 1. Wird die Leistung hingegen durch eine angestellte Einzelperson erbracht, erbringt der Leistungsträger die Leistung selbst.

287 Die Investitionsförderung ist dabei Teil der sogenannten dualen Finanzierung der Pflegeeinrichtungen, vgl. *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 82, Rn. 3. Zugelassene Pflegedienste erhalten die Pflegevergütung nach § 82 I 1 Nr. 1 SGB XI, sowie eine Investitionsförderung, wenn und soweit diese im jeweiligen Bundesland vorgesehen ist. Gibt es keine Investitionsförderung oder sind die Investitionsaufwendungen nicht vollständig davon abgedeckt, können die vollständigen oder verbleibenden Investitionsaufwendungen dem Pflegebedürftigen gesondert berechnet werden, § 82 III,

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch die Länder regelt, kein Anspruch auf Investitionsförderung herleiten.[288] Die Förderung von Pflegediensten in Bayern dient beispielsweise der Gewährleistung einer bedarfsgerechten Pflegeinfrastruktur und beschränkt sich auf Pflegedienste, die für die Bedarfsdeckung erforderlich sind.[289] Im Rahmen dieser Förderung erfolgt jedoch keine, gegenüber den Maßnahmen des SGB XI eigenständige, Qualitätssicherung[290], so dass eine vertiefte Darstellung der Landesregelungen nicht notwendig ist. Allerdings ist an den Stellen, an denen das SGB XI zur Steuerung der Qualität auf Wettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen setzt, zu beachten, dass die Zahl der am Markt vorhandenen Pflegeeinrichtungen jedenfalls dort, wo eine bedarfsorientierte Förderung erfolgt, durch den regional prognostizierten Pflegebedarf begrenzt sein wird. Denn das wirtschaftliche Bestehen einer Pflegeeinrichtung ohne die Förderung des jeweiligen Bundeslandes dürfte kaum möglich sein. Zwar ist es bei Nichtförderung möglich, die Investitionskosten auf die Pflegebedürftigen umzulegen, aber dies führt im Vergleich zu den geförderten Pflegediensten zu einem kaum auszugleichenden Wettbewerbsnachteil.[291]

IV SGB XI. Zur genauen Berechnung der auf die Pflegebedürftigen umlegbaren Investitionsaufwendungen, *Weber,* NZS 2013, S. 406, 408ff.

288 § 9 S. 2 2. HS SGB XI ist zu entnehmen, dass keine Pflicht der Länder zur finanziellen Unterstützung für Investitionsaufwendungen besteht, vgl auch *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 9, Rn. 5; *Seewald,* VSSR 2001, S. 189, 213.

289 Vgl. die Förderrichtlinie des Landkreises München, welche in Wahrnehmung der Aufgabe nach Art. 71 des Gesetzes zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG) erlassen wurde. Die Richtlinie ist abrufbar unter: http://formulare.landkreis-muenchen.de/cdm/cfs/eject/gen?MANDANTID=1&FORMID=1878 (besucht am 30.06.2015). Die Bestimmung der bedarfsgerechten Pflegeinfrastruktur erfolgt durch die Bedarfsermittlung nach Art. 69 AGSG für den Landkreis München im Seniorenpolitischen Gesamtkonzept des Landkreises München, S. 139ff. Diese ist abrufbar unter: http://formulare.landkreis-muenchen.de/cdm/cfs/eject/gen?MANDANTID=1&FORMID=3701 (besucht am 30.06.2015). Für einen Überblick über die Bedarfsplanung in anderen Bundesländern, siehe *Winter,* Die Ausgestaltung von Planungs- und Förderungskompetenzen nach § 9 SGB XI, S. 95ff.

290 So wird beispielsweise in den Förderrichtlinien des Landkreises München, welche auf die Art. 68 ff. AGSG und die §§ 68ff. der Vorordnung zur Ausführung der Sozialgesetze (AVSG) verweisen im Wesentlichen auf die Qualitätssicherung nach dem SGB XI Bezug genommen (Pkt. 2.2 der Richtlinien). Auch die zusätzlich aufgeführte Pflicht der Pflegedienste zur Beschäftigung von ausreichend Fachpersonal (Pkt. 2.4 der Richtlinie) geht nicht über die Pflichten aus der Vereinbarung nach § 113 SGB XI hinaus. Gleiches gilt für die §§ 11, 12 Alten- und Pflegegesetz Nordrhein-Westfalen. Zur Übereinstimmung des § 74 I 1 AVSG mit der bayerischen Landesverfassung, siehe BayVerfGH vom 19.04.2013 – Vf- 3-VII-12.

291 Zu diesen Wettbewerbsnachteilen und damit einhergehender Wettbewerbsbeschränkung auch, *Rothgang,* ZSR 2000, S. 423, 436ff., 444; *Winter,* Die Ausgestaltung von Planungs- und Förderungskompetenzen nach § 9 SGB XI, S. 114f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Leistungen im SGB V

Zur vollständigen Erfassung der häuslichen Leistungen zur Deckung eines Pflegebedarfes ist in der gebotenen Kürze auf die Hauskrankenpflege i.S.d. § 37 SGB V einzugehen. Leistungsrechtlich kann ein Anspruch auf Maßnahmen, die zugleich zur verrichtungsbezogenen Pflege i.S.d. §§ 14, 15 SGB XI gehören, sowohl bei der Vermeidungspflege[292] nach § 37 I SGB V als auch bei der Sicherungspflege nach § 37 II 1 SGB XI bestehen. Zwar besteht im Rahmen der Sicherungspflege aufgrund des Ausschlusses nach § 37 II 6 SGB V kein Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung nach eingetretener Pflegebedürftigkeit, aber auch die Behandlungspflege kann verrichtungsbezogene Pflegemaßnahmen umfassen.[293]

Auf die spätere umfassende Darstellung der Qualitätssicherung bei der Erbringung von Hauskrankenpflege i.S.d. § 37 SGB V soll dagegen verzichtet werden, da keine zusätzlichen Erkenntnisse für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte zu erwarten sind. Dies wird bei einer kurzen Sichtung der Leistungserbringung der Hauskrankenpflege deutlich. Soweit die Behandlungspflege durch professionelle Pflegekräfte erbracht wird, erfolgt dies als Sachleistung. Deren Erbringung wird durch § 132a SGB V geregelt. Dabei geht das Bundessozialgericht davon aus, dass ein geeigneter Leistungserbringer alle Voraussetzungen der §§ 71f. SGB XI erfüllen müsse[294], so dass im Vergleich zum SGB XI keine anderen Leistungserbringer zum Einsatz kommen. Auch sind diese Leistungen dann nach § 114 II 5 SGB XI ausdrücklich Bestandteil der Qualitätsprüfungen nach dem SGB XI. Interessant wäre zwar ein Vergleich hinsichtlich der qualitativen Anforderungen an selbst beschaffte nichtprofessionelle Pflegekräfte nach § 37 III und IV SGB V[295] mit denen an eine selbst beschaffte Pflegehilfe nach § 37 I

292 „Vermeidungspflege“, weil ein sonst notwendiger Krankenhausaufenthalt vermieden werden soll. Bei der Vermeidungspflege ist eine Überschneidung mit Ansprüchen auf Pflegeleistungen nach dem SGB XI jedoch ausgeschlossen, da jedenfalls die Ruhensregelung des § 34 II SGB XI eingreift. Diese Ruhensregelung erfasst letztlich nur § 37 I SGB V, da Anspruch auf Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung nach eingetretener Pflegebedürftigkeit nur nach § 37 I SGB V besteht. Für § 37 II 1 SGB V ist ein solcher Anspruch wegen § 37 II 6 SGB V ausgeschlossen, vgl. BSG vom 17.06.2010 – B 3 KR 7/09 R, Rn. 22.

293 BSG vom 17.06.2010 – B 3 KR 7/09 R, Rn. 19; *Udsching,* Schnittstellen von Kranken- und Pflegeversicherung, in: *Wulffen/Krasney* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 691, 695f.; *Rixen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 37, Rn. 9 sowie jetzt ausdrücklich § 37 II 1 2.HS SGB V und § 15 III 2 SGB XI.

294 BSG vom 21.11.2002 – B 3 KR 14/02 R, Rn. 16f., wobei geringere Anforderungen an Leistungserbringer, die beispielsweise nur für die hauswirtschaftliche Versorgung zugelassen werden, möglich sein sollen, BSG a.a.O., Rn. 18; a.A. *Rixen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 132a, Rn. 8.

295 Sowohl für § 37 III als auch für § 37 IV SGB V verlangt das Bundessozialgericht keine formale Ausbildung der geeigneten Pflegekraft, BSG vom 21.11.2002 – B 3 KR 14/02 R, Rn. 18. Zwar ist § 37 III SGB V als Ausschluss des Anspruches gegen die Krankenkasse formuliert, es handelt sich dennoch um eine Form der Leistungserbringung der Hauskrankenpflege. Nur wenn diese Form der Leistungserbringung, gegebenenfalls auch aus qualitativen Gründen, nicht möglich ist, besteht ein Anspruch gegen die Krankenversicherung.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

SGB XI. Sowohl die Hauskrankenpflege durch die mit dem Kranken im Haushalt lebende Person als auch die Hauskrankenpflege durch die selbst beschaffte Pflegekraft muss qualitativen Mindestanforderungen genügen.[296] Allerdings gibt es zum konkreten Inhalt der qualitativen Mindestanforderungen in Literatur und Rechtsprechung[297] keine konkreteren Aussagen als zur „Sicherstellung der Versorgung in geeigneter Weise" nach § 37 I 2 SGB XI.

e) Leistungen im SGB XII

Die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI sind in zweifacher Hinsicht nicht immer bedarfsdeckend. Bei Pflegebedürftigkeit unterhalb der Pflegestufe 1 werden gar keine Leistungen erbracht[298] (Fallgruppe 1) und auch bei Erreichen der Pflegestufen sind die Leistungen der Höhe nach begrenzt (Fallgruppe 2).[299] Es handelt sich um die zwei typischen Situationen, in denen ergänzend ein Anspruch auf Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII (§§ 61-66 SGB XII) bestehen kann.[300] Dieser Anspruch setzt keinen Antrag, sondern lediglich Kenntnis des Sozialhilfeträgers voraus, § 18 SGB XII. Anders als für Leistungen nach dem SGB XI ist für diese Fürsorgeleistungen jedoch Bedürftigkeit (§ 2 SGB XII) erforderlich. Bedürftigkeit liegt vor, wenn der Pflegebe-

296 So geht *Rixen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 37, Rn. 5 sowie § 38, Rn. 3, davon aus, der mit dem Kranken im Haushalt lebende müsse in der Lage sein, die erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Damit wird implizit auch eine bestimmte Qualität für die zu erbringenden Handlungen gefordert. Als Ergebnis der Auslegung von § 37 III SGB V und hier insbesondere des Wortes „kann", so *Frey,* Häusliche Pflege und Selbsthilfevorbehalt, S. 153, 155.

297 Dies zusammenfassend *Frey,* Häusliche Pflege und Selbsthilfevorbehalt, S. 150 - 152.

298 Die in Fn. 282 beschriebenen Leistungen bei Pflegestufe „0" nach §§ 45a, 45b, 124 SGB XI sollen bei der Fallgruppenbildung außer Betracht bleiben, weil sie nur für einen eingeschränkten Personenkreis, nämlich Personen mit eingeschränkter Alltagskompetenz erbracht werden. Letztlich wird damit nur eine andere Form der Mindestschwere der Pflegebedürftigkeit als Leistungsvoraussetzung normiert wird, so dass sich an der Grundaussage der Fallgruppe 1 nichts ändert.

299 Neben der im SGB XI erforderlichen Mindestschwere an Pflegebedarf und der Begrenzung der Leistungen ist die Beschränkung auf die Verrichtungen des § 14 IV SGB XI ein weiterer Grund dafür, dass die Leistungen des SGB XI nicht bedarfsdeckend sind. Da durch die Beschränkung auf die Verrichtungen des § 14 IV SGB XI ein Teil des Bedarfes bei der Prüfung der Schwere der Pflegebedürftigkeit gar nicht berücksichtigt werden kann, führt dieser Bedarf auch nicht zu einer Erhöhung des Leistungsanspruches. Die Diskussion über die Verrichtungsbezogenheit des § 14 IV SGB XI, welche dem gegenwärtigen Pflegebedürftigkeitsbegriff zugrunde liegt, soll hier nicht weiter vertieft werden, vgl. dazu einführend *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Bericht des Beirates zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffes; *Igl,* RsDE 67, S. 1.

300 Natürlich sind noch andere Situationen denkbar, wie das Nichterfüllen der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen des SGB XI. Vgl. dazu *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129. Diese Situation ist jedoch praktisch eher selten. Die Bedeutung der Hilfe zur Pflege lässt sich auch an den nackten Zahlen ablesen. So haben Ende 2011 ca. 330000 Menschen Hilfe zur Pflege erhalten und davon ca. 90000 in häuslicher Umgebung. Die Gesamtausgaben dafür belaufen sich auf 3,5 Mrd. € (statistisches Bundesamt).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dürftige und die in § 19 III SGB XII genannten Personen den Pflegebedarf nicht durch den Einsatz von Einkommen oder Vermögen decken können. Das einzusetzende Einkommen für die Hilfe zur Pflege[301] berechnet sich nach den §§ 85-89 SGB XII und das einzusetzende Vermögen nach §§ 90, 91 SGB XII.[302]

Dabei kann der Pflegebedürftige je nach Schwere der Pflegebedürftigkeit zwischen verschiedenen Leistungen der Hilfe zur Pflege wählen. Zwar wird in § 61 I 1 SGB XII der Pflegebedürftigkeitsbegriff des SGB XI übernommen und erfolgt nach § 62 SGB XII eine Bindung an die Entscheidung der Pflegekasse, dennoch gibt es im ersten Fall, nämlich dem Vorliegen von Pflegebedürftigkeit bei Nichterreichen der Pflegestufe 1, Anspruch auf Hilfe zur Pflege, da § 61 I 2 SGB XII den berechtigten Personenkreis erweitert.[303] Die Erweiterung erfolgt dabei in dreifacher Hinsicht. Die Pflegebedürftigkeit muss nicht für mindestens 6 Monate prognostiziert werden[304] (1), sie muss nicht den Umfang der Pflegestufe 1 erreichen[305] (2) und der Hilfebedarf muss sich nicht aus den Katalogverrichtungen des § 14 IV SGB XI ergeben (3).[306] Im zweiten Fall[307], in dem mindestens Pflegebedürftigkeit in Höhe der Stufe 1 vorliegt, die Leistungen des SGB XI zur Bedarfsdeckung jedoch nicht ausreichen, besteht bei Inanspruchnahme von professioneller Pflege (Pflegesachleistungen, § 36 SGB XI) die Möglichkeit der Deckung des

301 Im Gegensatz zur Inanspruchnahme von Hilfe zum Lebensunterhalt ist das Einkommen bei der Hilfe zur Pflege teilweise geschützt.

302 Zu den Fragen des Einsatzes von Einkommen und Vermögen sowie Möglichkeit und Umfang des Rückgriffes auf Verwandte gibt es zahlreiche Einzelprobleme, die aber für die Arbeit nicht entscheidend sind. Zur Vertiefung vgl. *Krahmer,* Einkommen als wirtschaftliches Privileg, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 71; *Krahmer,* Der Schutz von Vermögen, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 102; *Krahmer,* Verschenktes Vermögen, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 106; *Müller,* Die Grenzen des Rückgriffs auf Unterhaltsverpflichtete, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 108; *Krahmer,* Was geschieht mit dem geschützten Vermögen nach dem Tod des Pflegebedürftigen, in: *Krahmer* (Hrsg.), Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, S. 126.

303 Ziel ist es, in allen denkbaren Konstellationen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen, vgl. *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129. Dieses Ziel lässt sich aus § 1 I SGB XII i.V.m. dem Bedarfsdeckungsprinzip ableiten. Das Bedarfsdeckungsprinzip seinerseits wurde aus § 3 I BSHG abgeleitet, vgl. *Igl/Welti,* Sozialrecht, S. 283f., dem nunmehr § 9 I SGB XII entspricht.

304 Zu § 68 IV BSHG, *Lachwitz,* Soziale Pflegeversicherung und Sozialhilfe, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Rn. 293ff.

305 So genannte Pflegestufe 0.

306 *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 61, Rn. 22-24. Insoweit wird § 61 I 2 SGB XII nicht zu Unrecht als der „Grundtatbestand der Hilfe zur Pflege“ bezeichnet, vgl. *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 61, Rn. 5. Da der Gesetzgeber bewusst auf eine Übernahme des engen Pflegebedürftigkeitsbegriffes des SGB XI für das BSHG (jetzt SGB XII) verzichtet hat, ist eine einschränkende Auslegung des § 61 I 2 SGB XII insoweit nicht möglich. Zur Gefahr der einschränkenden Auslegung durch die Sozialhilfeträger in der Praxis zur weiteren Kostenreduzierung, vgl. *Meyer,* Der Weg zur Pflegeversicherung, S. 387.

307 Der zweite Fall kann mit der dritten Variante der Erweiterung des § 61 I 2 SGB XII kombiniert werden. Dann liegt beispielsweise Pflegestufe 1 nach dem SGB XI vor, aufgrund der zusätzlich nach § 61 I 2 SGB XII zu berücksichtigenden Verrichtungen jedoch Pflegestufe 2 nach dem SGB XII. Zu dieser Möglichkeit, *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129, 130.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verbleibenden Bedarfs. Rechtsgrundlage dafür ist § 65 I 2 Var. 1 SGB XII (Heranziehung einer besonderen Pflegekraft). Zwar wird in § 61 II 1, 2 SGB XII auf § 28 I Nr. 1 SGB XI und damit auf § 36 SGB XI verwiesen. Auch bezieht sich dieser Verweis dem Wortlaut nach nur auf den Inhalt und nicht auf den Umfang der Leistungen, so dass auch dieser Verweis Rechtsgrundlage zur Deckung des verbleibenden Bedarfs sein könnte. Die Bedeutung des Verweises für die Leistungen nach dem SGB XII ist umstritten, jedenfalls sind die Leistungen der §§ 63-66 SGB XII für die häusliche Pflege die spezielleren Leistungen und damit vorrangig.[308] Rechtstechnisch wird diese ergänzende Hilfe nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII so berechnet, dass die Hilfe zur Pflege zunächst den gesamten Bedarf deckt; aufgrund der Subsidiarität der Sozialhilfe (§ 2 SGB XII) wird der unmittelbar durch § 36 SGB XI gedeckte Bedarf jedoch angerechnet. Daneben ermöglichen die §§ 65 I 2 Var. 1, 66 IV 2 SGB XII eine im SGB XI nicht enthaltene Möglichkeit der Erbringung von Pflegeleistungen durch professionelle Pflegekräfte. Bei der besonderen Pflegekraft kann es sich auch um eine professionelle Pflegekraft handeln, die der Pflegebedürftige als Arbeitgeber beschäftigen kann. Nach § 65 I 2 SGB XI erhält er die ihm entstehenden angemessenen Kosten ersetzt. Dabei muss er sich nach § 66 IV 2 SGB XII lediglich das Pflegegeld des SGB XI anrechnen lassen und kann nicht auf die höheren Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI verwiesen werden. Entscheidet sich der Pflegebedürftige für nichtprofessionelle Pflege (welche nach 63 I SGB XII die erstrebenswerte Form der Pflege darstellt), dann kommen das Pflegegeld nach § 64 SGB I-III XII[309], die Erstattung angemessener Aufwendungen nach § 65 I 1 1.HS SGB XII[310], die Beratung nach § 65 I 2 Var. 3 SGB XII, die zeitweilige Entlastung der Pflegeperson nach § 65 I 2 Var. 3 SGB XII sowie die Erstattung angemessener Aufwendungen für die Alterssicherung der Pflegeperson nach § 65 II SGB XII in Betracht. Das genaue Verhältnis zu den Leistungen des SGB XI nach §§ 37-39 SGB XI regeln § 63 S. 5, 6 SGB XII und § 66 SGB XII.

308 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 61, Rn. 97, 101-105; zu diesem „missglückten Verweis“ siehe BSG vom 28.02.2013 – B 8 SO 1/12 R, Rn. 15f.

309 Der Anspruch auf Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII besteht wie für das Pflegegeld nach § 37 I SGB XI erst ab Erreichen der Pflegestufe 1. Wegen § 61 I 2 Var. 3 SGB XII kann sich der Grad der Pflegebedürftigkeit auch aus anderen Verrichtungen als denen in § 14 IV SGB XI ergeben, so dass theoretisch die Möglichkeit besteht, Pflegegeld nach § 37 I SGB XI und § 64 SGB XII nebeneinander zu beziehen, wenn beispielsweise nur Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 1 nach dem SGB XI und Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 2 nach dem SGB XII besteht.

310 Da dieser Anspruch auch bei Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 0 besteht, bezeichnet man den Anspruch aus § 65 I 1 1.HS auch als „kleines Pflegegeld“, siehe *Meßling*, in: juris-PK-SGB XII, § 65, Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

f) Leistungserbringung im SGB XII

Das Pflegegeld nach § 64 I SGB XII und die angemessenen Aufwendungen der Pflegeperson nach § 65 I 1 1.HS SGB XII werden als Geldleistung an den Pflegebedürftigen erbracht („sind zu erstatten"). Für die Leistungen nach § 65 I 2 SGB XII werden die angemessenen Kosten vom Sozialhilfeträger übernommen. Damit schreibt das Gesetz die Art der Leistungserbringung nicht vor, so dass sowohl Geld- als auch Sachleistungen erbracht werden können.[311]

Bei der Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen[312] werden diese bei häuslicher Pflege von Diensten i.S.d. § 75 I 2 SGB XII erbracht. In den §§ 75 III, IV, 76-81 SGB XII ist für die Leistungserbringung nach dem SGB XII ein eigenes Leistungserbringungsrecht geregelt, welches den Abschluss von Vereinbarungen[313] über Inhalt, Vergütung und Prüfung mit dem Dienst voraussetzt. Handelt es sich jedoch um eine nach § 72 SGB XI zugelassene Pflegeeinrichtung richten sich „Art, Inhalt, Umfang und Vergütung" nach den Regeln des Achten Kapitels des SGB XI, wenn die Vergütungsvereinbarungen nach dem Achten Kapitel des SGB XI im Einvernehmen mit dem Träger der Sozialhilfe abgeschlossen wurden, § 75 V 1, 2 SGB XII.

Nimmt der Pflegebedürftige professionelle Pflege in Form des „Arbeitgebermodells" nach §§ 65 I 2, 66 IV 2 SGB XII in Anspruch, dann gibt es kein Leistungserbringungsrecht im Sinne eines Leistungsdreiecks, da die Leistung als Geldleistung erbracht wird. Zwischen dem Träger der Sozialhilfe und der besonderen Pflegekraft besteht kein Rechtsverhältnis. Einfluss auf die Qualitätssicherung kann der Träger der Sozialhilfe daher nur im Verhältnis zum Pflegebedürftigen nehmen. Die Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII oder über § 75 V SGB XII die Vereinbarungen des SGB XI dienen dann bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung als Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Kosten.[314]

---

311 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 65, Rn. 52.

312 Zum sogenannten Sachleistungsverschaffungsanspruch im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis, siehe BSG vom 28.10.2008 – B 8 SO 22/08 R, Rn. 17ff.

313 Leistungsvereinbarung, Vergütungsvereinbarung und Prüfungsvereinbarung nach § 75 III 1 SGB XII.

314 Dies galt nach der Rechtsprechung bisher nicht für einfache Hilfeleistungen im häuslichen Bereich. Bei solchen Hilfeleistungen sollten nur Beihilfeleistungen nach § 65 I 1 SGB XII in Betracht kommen und die Inanspruchnahme einer besonderen Pflegekraft nach § 65 I 2 SGB XII schon nicht erforderlich sein. Die Kosten mussten für solche Hilfeleistungen, auch wenn sie nicht von Angehörigen sondern von gewerblichen Anbietern erbracht wurden, unter denen liegen, die für eine besondere Pflegekraft angemessen wären. Vgl. dazu LSG Baden-Württemberg vom 21.04.2010 – L 2 SO 6158/09. Dies soll aber dann nicht (mehr) gelten, wenn der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen nach dem SGB XI bekommt, da er dann nur einem zugelassenen Pflegedienst beauftragen kann und die Bindungswirkung des § 75 V 1 SGB XII auch die hauswirtschaftlichen Hilfeleistungen umfasst, vgl. BSG vom 22.03.2012 – B 8 SO 1/11 R.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

g) Zusammenfassung der leistungsrechtlichen Grundsituationen

Zusammenfassend lassen sich 4 Grundkonstellationen unterscheiden, die leistungsrechtlich im Falle der Pflegebedürftigkeit eintreten können:

(1) Der Pflegebedürftige erhält keine staatlichen Leistungen. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn zwar Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XII vorliegt, nicht jedoch Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XI und der Pflegebedürftige wirtschaftlich nicht bedürftig ist.

(2) Der Pflegebedürftige erhält ausschließlich Leistungen nach dem SGB XII. Diese Grundkonstellation unterscheidet sich von der ersten nur insoweit, dass hier Bedürftigkeit vorliegt.[315]

(3) Der Pflegebedürftige erhält sowohl Leistungen nach dem SGB XI als auch nach dem SGB XII. Hier liegt nach beiden Gesetzen Pflegebedürftigkeit vor, der Bedarf wird durch die Leistungen nach dem SGB XI nicht vollständig gedeckt und es besteht Bedürftigkeit.

(4) Der Pflegebedürftige erhält nur Leistungen nach dem SGB XI. Auch hier liegt Pflegebedürftigkeit nach beiden Gesetzen vor, aber es wird entweder der gesamte Bedarf durch die Leistungen des SGB XI gedeckt oder es fehlt für den verbleibenden Bedarf an der Bedürftigkeit.

II. Qualitätssicherung in der professionellen Pflege

Die Qualitätssicherung in der professionellen Pflege erfolgt durch Instrumente, die sich dem Qualitätskreislauf zuordnen lassen und solchen, die außerhalb des Qualitätskreislaufes stehen.[316] Die Darstellung der Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes erfolgt entsprechend der Ebenen des Qualitätskreislaufes sowie der leistungsrechtlichen Grundsituation.

315 Sowohl in Grundkonstellation (1) als auch in Grundkonstellation (2) kann sowohl Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XII und dem SGB XI vorliegen, der Pflegebedürftige erfüllt jedoch nicht die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen des SGB XI. Zu dieser denkbaren, aber praktisch doch eher seltenen Konstellation vgl. *Löcher/Vom Rath,* ZfS 2006, S. 129.

316 Zu den Zuordnungskriterien vgl. Pkt. B. II. 1. a) dd).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Qualitätssicherungsinstrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Erstellung von Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

(1) Struktursollensanforderungen

Die Struktursollensanforderungen sind im Wesentlichen im Berufsrecht zu finden. Das Berufsrecht für Pflegefachkräfte in Deutschland enthält keine Vorbehaltsaufgaben für professionelle Pflegekräfte in dem Sinne, dass bestimmte pflegerische Tätigkeiten nur durch sie und nicht auch durch nichtprofessionelle Pflegekräfte zulässig sind.[317] Zwar gab es bei der Schaffung des Krankenpflegegesetzes die Erwartung, allein der Schutz der Berufsbezeichnung werde mit der Zeit faktisch zur Entstehung von Vorbehaltsaufgaben führen, da für bestimmte Bereiche nur noch Personen mit der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung eingesetzt würden.[318] Diese Erwartungen, sollten sie überhaupt für den Bereich der häuslichen Pflege bestanden haben, haben sich dort nicht erfüllt. Im SGB XI wird in § 3 sogar von einem Vorrang der nichtprofessionellen Pflege ausgegangen.

Das Krankenpflegegesetz (KrPflG) statuiert in § 1 I KrPflG eine Erlaubnispflicht für die genannten Berufsbezeichnungen. Die Voraussetzungen für die Erlaubnis ergeben sich aus § 2 I KrPflG. Es muss die vorgeschriebene Ausbildung (§§ 3-8 KrPflG) erfolgreich absolviert werden, es darf keine Unzuverlässigkeit[319] vorliegen, der Antragssteller oder die Antragstellerin muss gesundheitlich geeignet sein und über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen. § 2 II KrPflG enthält die Möglichkeiten die Erlaubnis zurückzunehmen und zu widerrufen. Dem Ausbildungsziel in § 3 I KrPflG ist zu entnehmen, dass es sich um eine umfassende Ausbildung handelt, die zur selbständigen Pflege Kranker und Pflegebedürftiger und zur Unterstützung ärztlicher Tätigkeiten befähigen soll. Demgegenüber ist die Ausbildung nach dem Altenpflegegesetz (AltPflG)[320] beschränkt auf die Befähigung für die Pflege alter Menschen. Abgesehen vom

317 *Igl,* Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 57.

318 BT-Drucks. 10/1062, S. 15; *Igl,* Öffentlich-rechtliche Grundlagen für das Berufsfeld Pflege im Hinblick auf vorbehaltene Aufgabenbereiche, S. 25.

319 Unzuverlässigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor, „wenn der Berufsausübende aufgrund bestimmter Tatsachen für eine zukünftige ordnungsgemäße Berufsausübung keine hinreichende Gewähr bietet“, was bereits bei einem, mit einer Bewährungsstrafe geahndeten, einmaligen Fehlverhalten der Fall sein kann, BVerwG vom 10.12.1993 – 3 B 38/93, Rn. 3.

320 Zur für die 17. Legislaturperiode geplanten „Vereinheitlichung und Modernisierung“ der Ausbildung für die Pflegeberufe in einem Pflegeberufegesetz ist es nicht gekommen. Zu den Plänen vgl. Bund-Länder-Arbeitsgruppe: Weiterentwicklung Pflegeberufe, Eckpunkte zur Vorbereitung des

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhalt der Ausbildung hat das Altenpflegegesetz einen vergleichbaren Aufbau und enthält vergleichbare Regelung, insbesondere zur Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung und deren Rücknahme und Widerruf, wie das Krankenpflegegesetz.[321] Werden Berufsbilder gesetzlich geregelt, so sind bei der Anerkennung von Berufsqualifikationen, die im Ausland auf dem Gebiet der Europäischen Union erworben wurde, sowohl vom Bund als auch von den Ländern europarechtliche Vorgaben namentlich durch die Richtlinie 2005/36/EG zu beachten.

Sollensanforderungen für die Erbringung von Leistungen der professionellen Pflege finden sich auch in einigen der landesrechtlichen Nachfolgegesetze zum Heimgesetz des Bundes. Die landesrechtlichen Nachfolgegesetze haben teilweise einen deutlich weiteren Anwendungsbereich als das Heimgesetz des Bundes, mit der Folge, dass sie auch Regelungen für die häusliche Pflege enthalten. Alle Länder mit Ausnahme von Hamburg und Hessen knüpfen bei ihren Nachfolgegesetzen für das Bundesheimgesetz beim Geltungsbereich an die Form des Zusammenlebens beispielsweise in Heimen oder in Wohngemeinschaften an. Nach der Konzeption dieser Arbeit liegt häusliche Pflege bei Wohngemeinschaften oder Wohngruppen nur dann vor, wenn die Pflegebedürftigen jeweils allein oder doch zumindest gemeinsam mit anderen Pflegebedürftigen bei der Wahl, wie und durch wem die Pflegeleistungen erbracht werden, frei sind.[322] Keine Regelungen für diese selbständigen[323] Wohngruppen oder Wohngemeinschaften erhalten die entsprechenden Gesetze in Baden-Württemberg[324], Brandenburg[325], Niedersachsen[326], und im Saarland[327].[328] Die Nachfolgegesetze von Bremen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt und Thüringen enthalten keine Instrumente zur Qualitätssicherung für selbständige Wohngruppen und Wohngemeinschaften. Die (potentiellen) Bewohner

---

Entwurfs eines neuen Pflegeberufegesetzes, http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/P/Pflegeberuf/20120301_Endfassung_Eckpunktepapier_Weiterentwicklung_der_Pflegeberufe.pdf (besucht am 02.05.2014).

321 Erlaubnispflicht nach § 1 AltPflG, Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis in § 2 I AltPflG, Inhalt der Ausbildung in §§ 3-9 AltPflG und Möglichkeiten zu Rücknahme und Widerruf in § 2 II AltPflG.

322 Zur Abgrenzung häusliche Pflege – stationäre Pflege vgl. Pkt. B. I. 1. d).

323 Teilweise werden die Begriffe „selbstverantwortlich“ und „eingeschränkt selbstverantwortlich“ anstelle von selbständig benutzt. Für die hier vorgenommene Einordnung ist jedoch nicht die landesrechtliche Bezeichnung maßgebend, sondern allein das Bestehen oder Nichtbestehen der Wahlfreiheit dahingehend durch wen und wie die Pflegeleistungen erbracht werden.

324 Vgl. § 2 III WTPG, allerdings sind teilweise selbständige Wohn- und Betreuungsangebote nach § 2 I Nr. 2 i.V.m. §§ 4, 5 WTBG erfasst.

325 § 2 I Nr. 1, II Brandenburgisches Pflege- und Betreuungswohngesetz (BbgPBWoG).

326 § 1 I 2 Nr. 1, III, IV Niedersächsisches Heimgesetz (NHeimG).

327 § 1 I, II Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS).

328 Sollensanforderungen für alle ambulanten Pflegewohngemeinschaften forderte *Wolf-Ostermann* auf der Veranstaltung „Transparente Regeln für ambulante Pflege-WGs“ am 24.01.2014, siehe das Programm unter http://www.aok-gesundheitspartner.de/bund/pflege/meldungen/index_11270.html.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haben lediglich einen Beratungsanspruch[329] allgemeiner Art, der keine Informationen zur Qualität der dort erbrachten Pflegeleistungen beinhaltet. Die Kontrolle der selbständigen Wohngemeinschaften beschränkt sich darauf, ob tatsächlich Selbständigkeit vorliegt[330], da ansonsten die strengen Regeln für unselbständige Wohngruppen gelten. Zweck dieser Gesetze ist es, die Bewohner von Heimen und unselbständigen Wohngruppen vor den besonderen Gefahren zu schützen, die sich gerade durch die Fremdbestimmung und Anhängigkeit in solchen Wohnformen ergeben.[331] Grundsätzlich ist auch Sachsen[332] in diese Kategorie von Ländern einzuordnen, denn § 2 III, V SächBeWoG nimmt das betreute Wohnen und selbständige Wohngemeinschaften vom Anwendungsbereich aus. Etwas anderes gilt für betreute Wohngruppen nach § 2 VI SächBeWoG,[333] die auch dann, wenn sie selbständig i.S.d. § 2 V SächBeWoG sind, zum Anwendungsbereich gehören, da § 2 VI 4 SächsBeWoG die Anwendbarkeit des Absatzes 5 gerade ausschließt. Für diese betreuten Wohngruppen gilt das gesamte SächsBeWoG, d.h. sie werden behandelt wie stationäre Einrichtungen.

Die Nachfolgegesetze von Bayern, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein Westfahlen und Schleswig-Holstein haben einen größeren Anwendungs- und damit auch einen größeren Schutzbereich. Sie sollen nicht nur vor den besonderen Gefahren von Heimen und unselbständigen Wohngruppen schützen, sondern gehen von einer generellen Schutzbedürftigkeit pflegebedürftiger Menschen insgesamt oder doch zumindest in allen besonderen Wohnformen aus.[334] Diese Gesetze normieren auch Qualitätssicherungsinstrumente für selbständige Wohngruppen und Wohngemeinschaften. Die Gesetze von Bayern, Berlin und Schleswig-Holstein enthalten dabei auch Struktursollensanforderungen. Das Pflege- und Wohnqualitätsgesetz (PfleWoqG) in Bayern enthält eine Vorschrift für die Organisation der Wohngemeinschaft[335] sowie eine Weiterbildungsverpflichtung für Pflegedienste, die Pflegeleistungen in Wohngemeinschaften

329 § 9 I Nr. 5 Bremisches Wohn- und Betreuungsgesetz (BremWoBeG); § 14 II Nr. 3 Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (LWTG); § 7 Wohn- und Teilhabegesetz (WTG LSA); § 6 Thüringisches Wohn- und Teilhabegesetz (ThürWTG), trotz des großen Geltungsbereiches des ThürWTG, dieses gilt für alle gruppenbezogenen Wohnformen, für Einzelwohnen jedoch nur, wenn es unselbständig ist, §§ 1 II, 3 I, II ThürWTG, werden Qualitätsanforderungen nur an unselbständige Wohngruppen gestellt, § 13 ThürWTG.

330 § 21 I BremWoBeG; § 20 V LWTG; § 20 I 2 WTG LSA.

331 So ausdrücklich § 1 I BremWoBeG.

332 Sächsisches Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz (SächsBeWoG).

333 Erforderlich dafür sind organisatorisch abgeschlossene Einheiten mit entweder mehr als 9 Bewohnern oder zumindest einem Bewohner, der eine 24-Stunden-Betreuung benötigt.

334 Wegen der Fremdbestimmung in unselbständigen Wohngruppen und in stationären Einrichtungen wird dort von einer besonderen Schutzwürdigkeit ausgegangen, die regelmäßig für solche Pflegeeinrichtungen zu mehr Anforderungen und stärkerer Kontrolle führt; vgl. für Bayern, *Burmeister/Alexander,* WRP 2009, S. 159, 161.

335 Erforderlich ist die Einrichtung eines Gremiums nach Art. 22 PfleWoqG für die interne Qualitätssicherung.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erbringen[336]. In Berlin werden auch Anforderungen an die persönlichen Fähigkeiten der Pflegedienstleitung oder der unmittelbar Pflegenden gestellt.[337] In Schleswig-Holstein richten sich die Struktursollensanforderungen an den Betreiber einer Wohngruppe, die zwar bei der Wahl des Pflegedienstes selbständig, ansonsten aber nur eingeschränkt selbständig ist.[338]

Das Hamburgische Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz (HmbWBG) enthält Vorschriften zur Qualitätssicherung, die für alle ambulanten Pflegedienste gelten, unabhängig von der Wohnform, in der der Pflegebedürftige lebt. Struktursollensanforderungen für ambulante Dienste enthalten § 20 Nr. 1, Nr. 4 lit. a, Nr. 7 und Nr. 9 HmbWBG.[339]

Auch das Wohn- und Teilhabegesetz in Nordrhein-Westfalen (WTG NRW) gilt unabhängig von der Wohnform für alle Pflegedienste und regelt Qualitätsanforderungen. Als Struktursollensanforderung sind bspw. die Vorbehalte für Fachkräfte nach § 4 XI, XII WTG NRW und das Fortbildungskonzept nach § 4 III Nr. 3 WTG NRW einzuordnen.

Einen ebenso umfassenden Anwendungsbereich hat das Hessische Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen (HGBP), § 2 I Nr. 2 HGBP erfasst ausdrücklich ambulante Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen. Die Reichweite des Ausschluss des § 2 III Nr. 1 HGBP für selbstständige betreute Wohnformen ist recht weitgehend[340], gilt aber nur für den Vermieter und nicht für die Betreuungs- und Pflegedienste nach § 2 I Nr. 2 HGBP, die dann die Pflegeleistungen erbringen. Für ambulante Pflegeinrichtungen enthält § 9 Nr. 1, 2, 4, 7[341] HGBP Struktursollensanforderungen. Ob wegen § 2 I Nr. 3 HGBP, wonach auch die „Betreuung und Pflege durch entgeltlich vermittelte Pflegekräfte“ zum Anwendungsbereich gehören, sogar ein Teilbereich der nichtprofessionel-

336 Art. 25 I PflewoqG i.V.m. §§ 53ff. AVPfleWoqG.

337 § 11 I Wohnteilhabegesetz (WTG) verlangt die Zuverlässigkeit des Leistungserbringers, nach § 11 II Nr. 10 WTG dürfen für die Pflege nur geeignete Personen eingesetzt werden und § 11 II Nr. 11 WTG enthält Fort- und Weiterbildungspflichten für Pflegedienstleitung und unmittelbar Pflegende. Diese Anforderungen richten sich unmittelbar an denjenigen, der beispielsweise Leistungen für eine betreute Wohngemeinschaft nach § 4 I 1 WTG erbringen möchte.

338 Die Vorschriften zur Qualitätssicherung gelten nur für die Wohnformen nach §§ 8, 9 Selbstbestimmungsstärkungsgesetz (SbStG) bei denen die Selbständigkeit zwar geringer ist als bei der Wohnform nach § 10 SbStG ist, aber dennoch Wahlfreiheit für den Anbieter der Pflegeleistungen besteht. Nach § 12 II i.V.m. § 14 II Nr. 1 SbStG muss der Träger der Wohngemeinschaft die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen.

339 Nr. 1: Zuverlässigkeit des Betreibers des Pflegedienstes; Nr. 4 lit. a: persönlich und fachlich geeignete Beschäftigte; Nr. 7: Förderung der Sicherheit der häuslichen Umgebung; Nr. 9: Gewährleistung jederzeitiger Erreichbarkeit.

340 *Bachem,* PflR 2012, S. 759, 764f., wonach in Abweichung zum HeimG nunmehr auch verpflichtend Verpflegungsleistungen erbracht werden können, ohne dass die Selbständigkeit der Wohngruppe entfällt.

341 Nr. 1: Zuverlässigkeit, insbesondere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; Nr. 2: ausreichende personelle Ausstattung; Nr. 4: einrichtungsinterne Qualitätssicherung; Nr. 7: Schulung der Mitarbeiter hinsichtlich freiheitsentziehender Maßnahmen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len Pflege reguliert wird, soll im Rahmen der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege geprüft werden.

Allerdings wird bezweifelt, dass den Ländern überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zur Regulierung der ambulanten Pflege zusteht.[342] So soll die Qualitätssicherung bei ambulanten Pflegediensten Teil des Kompetenztitels der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 I Nr. 7 GG sein, von dem der Bund abschließend Gebrauch gemacht habe. Auch könne man ambulante Pflege nicht mehr unter dem ausdrücklich vom Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 7 GG ausgenommenen Heimrecht subsummieren.[343] Zuzustimmen ist insoweit, dass Regelungen zu ambulanten Leistungen kein Heimrecht sind.[344] Fraglich ist jedoch, ob ein Gesetz, das dem Schutz von Würde, Gesundheit, Religion und Selbstbestimmung dient (vgl. § 1 I HGBP) und dessen Anwendungsbereich unabhängig von der Finanzierung der Pflegeleistungen ist, also auch Selbstzahler erfasst, tatsächlich Teil der öffentlichen Fürsorge ist, oder ob es sich nicht um (besonderes) Ordnungsrecht handelt. Zum Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge gehören sowohl die Fürsorgeleistungen selbst als auch die Regelungen zu deren Erbringung, wobei der Begriff der Fürsorgeleistung weit zu verstehen ist.[345] Gleichwohl fällt nicht jede Maßnahme der Daseinsvorsorge unter die öffentliche Fürsorge, sondern es ist ein enger Zusammenhang mit der konkreten Hilfsbedürftigkeit des Einzelnen erforderlich.[346] Dennoch wird das Heimrecht trotz seiner Unabhängigkeit von der konkreten Hilfsbedürftigkeit des einzelnen Bewohners zur öffentlichen Fürsorge gerechnet.[347] Begründet wird dies damit, dass die öffentliche Fürsorge i.S.d. § 74 I Nr. 7 GG auch die Fürsorgetätigkeit im weiteren Sinne umfasst. Dazu gehören auch vorbeugende Maßnahmen wie der „Schutz alter, pflegebedürftiger oder behinderte Menschen vor Beeinträchtigungen, die sich aus ihrer Lebenssituation infolge des Heimaufenthaltes und den daraus folgenden Anhängigkeiten typischerweise ergeben können".[348] Diese weite Auslegung der öffentlichen Für-

342 Zwar ausdrücklich nur für Hessen *Bachem,* PflR 2012, S. 759f., allerdings ist die Argumentation auf Hamburg übertragbar.

343 *Bachem,* PflR 2012, S. 759f.

344 So auch *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 70, Rn. 101; unklar ist, auf welchen Kompetenztitel das Land Hessen das HGBP stützen wollte. So wird zunächst ausgeführt, dass die Gesetzgebungskompetenz für ordnungsrechtliche Vorschriften auf dem Gebiet des Heimrechts bei den Ländern liege, LT-Drucks. 18/3763, S. 14, was dafür sprechen könnte, dass davon ausgegangen wurde, dass das HGBP insgesamt noch Heimrecht sei. Anderseits wird später der Zweck des Gesetzes allgemein als ordnungsrechtlicher Schutz der Pflegebedürftigen auch in häuslicher Umgebung, LT-Drucks. 18/3763, S. 16, beschrieben. Dies könnte dafür sprechen, dass Hessen die Kompetenz der Länder zur Regelung des Ordnungsrechts nutzen wollte. Letztlich kommt es für das Bestehen einer Gesetzgebungskompetenz jedoch nicht auf die Vorstellung des Gesetzgebers an.

345 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 106.

346 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 111.

347 Zuletzt BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 286 (Altenpflegegesetz); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 112.

348 *Korbmacher,* Grundfragen des öffentlichen Heimrechts, S. 10; darauf abstellend auch BVerfG vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, Rn. 286.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sorge soll selbst dann gelten, wenn dadurch die Kompetenz der Länder zur Regelung des Sicherheits- und Ordnungsrecht tangiert wird.[349] Dies überzeugt, wenn es sich gewissermaßen um eine ordnungsrechtliche Regelung von Leistungen handelt, die selbst der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen sind. Dies ist sowohl bei stationären als auch bei ambulanten Leistungen durch Pflegeeinrichtungen der Fall. Jedenfalls die öffentliche Förderung nach § 9 SGB XI i.V.m. den Ausführungsgesetzen der Länder machen Pflegeleistungen, auch wenn dadurch keine Sozialleistungs- oder Sozialhilfeansprüche erfüllt werden, zu einer „öffentlichen" Fürsorge.[350] Die Landesgesetze, die auch die ambulante Pflege erfassen verfolgen für die ambulante Pflege das gleiche Ziel wie das Heimgesetz des Bundes für die stationäre Pflege, so dass dies zunächst auch hier für ein Vorliegen öffentlicher Fürsorge spricht. Allein die geringere strukturelle Anhängigkeit bei ambulanten Leistungen könnte zu einer anderen Bewertung führen. Allerdings ist schon gar nicht sicher, dass die strukturelle Abhängigkeit geringer ist. Vor allem aber handelt es sich bei der häuslichen Pflege um eine deutlich größere Anzahl schutzbedürftiger Menschen, da der überwiegende Teil der Pflege in häuslicher Umgebung erbracht wird. Somit überzeugt es mehr, auch die Regulierung der ambulanten Pflege der öffentlichen Fürsorge zuzuordnen. Damit stellt sich für das Vorliegen der Landeskompetenz die Frage, ob der Bund von seiner Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung abschließend Gebrauch gemacht hat, siehe Art. 72 I GG. Eine eigene ordnungsrechtliche Regelung für die Erbringung von Pflegeleistungen durch ambulante Pflegedienste hat der Bund nicht erlassen, so dass grundsätzlich Raum für eine Regelung durch die Länder ist. Etwas anderes gilt nur, wenn sich durch Auslegung der bestehenden bundesrechtlichen Vorschriften ergibt, dass es darüber hinaus keine weiteren Vorschriften für ambulante Pflegedienste geben soll (sog. beredtes Schweigen).[351] Ob ein solches beredtes Schweigen für die gesamte ordnungsrechtliche Regulierung der ambulanten Pflege vorliegt, ist ebenso durch eine „Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes"[352] zu bestimmen, wie bei kleineren Lücken innerhalb eines Gesetzes. Nur muss hier der betreffende Normenkomplex noch weiter verstanden werden. Maßgebender Normenkomplex ist die gesamte ordnungsrechtliche Regulierung von Pflegeleistungen. Diese erfolgte durch den Bund vor der Föderalismusreform 2006 durch das Bundesheimgesetz. Bei der Auslegung des Bundesheimgesetzes hinsichtlich der Frage, ob dieses für die gesamte ordnungsrechtliche Regulierung der Pflege abschließend sein sollte,

349 BVerwG vom 08.07.1964 – V C 172.62, Rn. 18ff. (Jugendschutzgesetz).

350 Vgl. Maunz, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 74, Rn. 110 zur Voraussetzung des Vorliegens einer öffentlichen Aufgabe damit die Fürsorge auch eine öffentliche Fürsorge ist. Allerdings steht dieses Ergebnis in Widerspruch zur Annahme des Bundessozialgerichtes, bei der Förderung von Pflegeeinrichtungen handele es sich um Daseinsvorsorge, welche zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder gehöre, BSG vom 26.01.2006 – B 3 P 6/04 R, Rn. 38. Letztlich ist es auch hier überzeugender von einer Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes aus Art. 74 I Nr. 7 GG auszugehen, von der dieser keinen (abschließenden) Gebrauch gemacht hat.

351 *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 72, Rn. 4.

352 BVerfG vom 09.10.1984 – 2 BvL 10/82, Rn. 63.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist die Initiative des Bundesrates im Jahr 2001 zu berücksichtigen, durch die beabsichtigt war, mit einer Regelung für ambulante Dienste analog zum bestehenden Heimrecht das Heimgesetz zu ergänzen. Allein aus dem Umstand, dass dieser Vorschlag im Ergebnis ohne Erfolg geblieben ist,[353] kann jedoch nicht geschlossen werden, das Heimgesetz sei abschließend für den gesamten Bereich der Pflege.[354] Nur weil eine Regelung auf Bundesebene aus politischen Gründen nicht zustande kommt, ergibt sich nicht als eindeutiges Ergebnis der Auslegung, dass die bestehenden bundesrechtlichen Regelungen damit abschließend sein sollen und die verbleibende Lücke für die Länder gesperrt ist. Vielmehr lässt sich dem Scheitern der Regelung auf Bundesebene nicht entnehmen, dass auch die Regelung auf Landesebene ausgeschlossen werden sollte. Da es keine Vermutung zugunsten des Bundes für eine abschließende Regelung gibt[355] und der eindeutige Nachweis für eine abschließende Regelung nicht geführt werden konnte,[356] bleibt es bei der Möglichkeit zur Gesetzgebung für die Länder. Aber selbst wenn man ein beredtes Schweigen durch die bewusste Nichtregelung im Jahr 2001 annehmen würde, stellt die Übertragung der Kompetenz zur Regelung des Heimrechts im Zuge der Föderalismusreform 2006 eine Zäsur dar. Zwar ist, wie bereits dargestellt, Recht für ambulante Dienste kein Heimrecht, jedoch stehen beide in engem Zusammenhang. Dies wird für die politische Diskussion deutlich, wenn die Frage der Regulierung der ambulanten Dienste im Rahmen einer Änderung des Heimrechts diskutiert wird.[357] Aber auch tatsächlich besteht ein Zusammenhang, da die Grenzen zwischen ambulanter und stationärer Pflege gerade im Hinblick auf neue Wohnformen fließend sind. Mit der Übertragung des Heimrechts auf die Länder wurde ihnen zwar nicht auch das Recht der ambulanten Dienste als ausschließliche Kompetenz übertragen, aber doch die Möglichkeit zur Regelung im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung. Der Bund hat sich

353 BT-Drucks. 14/5399, S. 37, 39.

354 A.A. *Bachem,* PflR 2012, S. 759, 760.

355 *Kunig*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 2, Art. 72, Rn. 9; *Oeter*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, Art. 72, Rn. 71. Insgesamt spricht die Systematik der Art. 70ff. GG insbesondere im Geltungsbereich der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 II GG, zu dem auch nach der Föderalismusreform von 2006 die Kompetenz nach Art. 74 I Nr. 7 GG gehört, dafür, dass die Gesetzgebung durch die Länder die Regel und die durch den Bund die Ausnahme ist. Damit spricht beim Bestehen einer Lücke mehr für die Vermutung, dass es sich um eine von den Ländern ausfüllbare Lücke handelt, in diese Richtung auch BVerfG vom 10.03.1976 – 1 BvR 155/67, Rn. 50ff. Diese Vermutung kann hier nicht widerlegt werden, denn beredtes Schweigen meint nicht nur, dass der Bund eine Regelung bewusst nicht getroffen hat, sondern, dass auch deutlich werden muss, dass es gar keine Regelung, d.h. auch nicht durch die Länder, geben soll.

356 Aufgrund der nicht bestehenden Vermutung zugunsten des Bundes für einen Ausschluss der Länderkompetenz, genügt es eben nicht nur festzustellen, der Bund habe bewusst keine Regelung getroffen. Denn dies kann zumindest zwei plausible Gründe haben. Zum einen kann der Bund eine entsprechende Regelung nur selbst nicht treffen wollen oder durch politische Umstände treffen können, zum anderen kann er eine gezielte Nichtregelung treffen, die auch die Länder ausschließen soll. Nur wenn sich zweifelsfrei aus der Auslegung des betreffenden Normkomplexes ergibt, dass der zweite Grund vorliegt, besteht keine Gesetzgebungskompetenz der Länder.

357 BT-Drucks. 14/5399, S. 37, 39.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit der Übertragung des Heimrechts von der ordnungsrechtlichen Regelung der Erbringung von Pflegeleistungen insgesamt zurückgezogen, da er auch selbst zuvor beide Materien als zusammengehörig angesehen hat. Seit der Föderalismusreform 2006 gibt es keinerlei Anhaltspunkte für ein beredtes Schweigen des Bundes.[358]

In den späteren Ausführungen zu den weiteren Teilen des Qualitätskreislaufes wird nur auf die landesrechtlichen Nachfolgegesetze zum Bundesheimgesetz eingegangen, die einschlägige Regelungen enthalten.

Es gibt Struktursollensanforderungen, die nicht nur zeitlich dauerhaft aber statisch wirken, wie beispielsweise das Erfordernis der Zuverlässigkeit in § 2 I KrPflG, sondern durch wiederkehrende Pflichten sogar dynamisch sind. Dies ist bei der Pflicht zur Kompetenzerhaltung durch Weiterbildung der Fall.[359] Für Krankenschwestern und Krankenpfleger der allgemeinen Pflege enthält Art. 22 Buchstabe b der Richtlinie 2005/36/EG eine Pflicht zur Kompetenzerhaltung als Voraussetzung für die automatische Anerkennung nach Art. 21 der RL 2005/36/EG. Die bundesrechtlichen Vorschriften enthalten keine solche Pflicht. Jedoch haben einige Bundeländer aufgrund ihrer jeweiligen Gesundheitsdienstgesetze Berufsordnungen für die im KrPflG und AltPflG geregelten Berufe erlassen, welche eine Pflicht zur Weiterbildung im Sinne eines auf dem aktuellen Stand Bleibens (Kompetenzerhaltung) enthalten.[360] Damit gibt es nur in diesen Bundesländern eine Pflicht zur Weiterbildung mit allgemeiner Geltung, also unabhängig davon, ob Leistungen nach dem SGB V oder SGB XI erbracht werden. Da es denkbar ist, dass Krankenschwestern oder Krankenpfleger ausschließlich Leistungen an

358 Setzt man mit dem Bundesverfassungsgericht voraus, dass die Sperrwirkung nur eintritt, wenn der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist, so kann jedenfalls seit Übertragung der Kompetenz für das Heimrecht auf die Länder davon keine Rede mehr sein, siehe BVerfG vom 27.10.1998 - 1 BvR 2306/96, 1 BvR 2314/96, 1 BvR 1108/97, 1 BvR 1109/97, 1 BvR 1110/97 (Bayerisches Schwangerenhilfeergänzungsgesetz), Rn. 199ff.

359 Zur zentralen Bedeutung der Weiterbildung als Voraussetzung für die Einhaltung dynamischer fachlicher Standards, *Kühnert,* Qualitätssicherung durch Aus-, Fort- und Weiterbildung, in: *Klie* (Hrsg.), Pflegeversicherung und Qualitätssicherung in der Pflege, S. 43, 50.

360 Dies sind bisher Bremen, Hamburg und das Saarland. Bremen hat auf Grundlage des § 29 II Gesundheitsdienstgesetz eine Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe erlassen. Diese enthält in § 5 I Nr. 2 lit. e eine „Verpflichtung zur Kompetenzerhaltung". Hamburg hat auf Grundlage von § 19 IV Hamburger Gesundheitsdienstgesetz eine Berufsordnung für Gesundheits- und Krankenpflegerinnen, Gesundheits- und Krankenpfleger, Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger sowie Altenpflegerinnen und Altenpfleger (Pflegefachkräfte-Berufsordnung) erlassen. Diese enthält in § 6 I, II eine Pflicht zur Kompetenzerhaltung. Das Saarland hat auf Grundlage von § 16 IV Gesundheitsdienstgesetz eine Berufsordnung für Pflegekräfte im Saarland erlassen, welche in § 6 I, II eine Pflicht zur Kompetenzerhaltung enthält. Alle Berufsordnungen gestalten die Pflicht zur Kompetenzerhaltung näher aus, indem im Einzelnen beschrieben wird, wie und in welchem Umfang Weiterbildungen erforderlich sind und eine Nachweispflicht für das Absolvieren der Weiterbildungen besteht. In Thüringen gibt es zwar mit § 3a Thüringer Gesetz über die Berufsausübung in den Fachberufen des Gesundheitswesens eine Ermächtigungsgrundlage für eine Kompetenzerhaltungspflicht für Gesundheits- und KrankenpflegerInnen. Eine Rechtsverordnung wurde jedoch noch nicht erlassen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Privatpatienten erbringen, ist die Kompetenzerhaltung nicht in jedem Einzelfall gesichert, was zwar Art. 22 Buchstabe b der Richtlinie 2005/36/EG widerspricht, aber keine Auswirkungen auf die automatische Anerkennung nach Art. 21 Absatz 1 der Richtlinie 2005/36/EG hat, da dieser Art. 22 bei der Aufzählung der Voraussetzungen nicht nennt.

Die Berufsordnung für professionelle Pflegekräfte in Bremen enthält in § 5 I Nr. 2 lit. g darüber hinaus die Pflicht für den unmittelbar Pflegenden, gesundheitliche Einschränkungen, die die Pflegetätigkeit gefährden, dem Arbeitgeber oder der zuständigen Behörde mitzuteilen. Damit wird ermöglicht, dass auf kurzfristige gesundheitliche Ungeeignetheit zur Pflege reagiert werden kann und nur geeignete Personen zur Pflege eingesetzt werden. Insbesondere ist auch die kurzzeitige gesundheitliche Ungeeignetheit erfasst, die für einen Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung nach § 2 II 3 KrPflG, § 2 II 3 AltPflG nicht ausreicht.[361]

Alle bisher beschriebenen Struktursollensanforderungen werden durch Gesetz (formelles Gesetz oder Rechtsverordnung) festgelegt. Daneben gibt es Anforderungen durch private Verbände wie dem Deutschen Pflegerat e.V. Dieser hat eine Rahmenberufsordnung für professionell Pflegende erstellt, die beispielsweise in Nr. 6 eine Kompetenzerhaltungspflicht enthält.[362]

(2) Prozesssollensanforderungen

Weder Krankenpflegegesetz noch Altenpflegegesetz enthalten Prozesssollensanforderungen, so dass es keine bundesrechtlichen Anforderungen an den Prozess der Erbringung von Pflegeleistungen gibt. Landesrechtlich können sich Anforderungen hinsichtlich Steuerung, Planung, Aufzeichnung, Beratung oder Information für die Erbringung der Pflegeleistungen aus den Berufsordnungen der Länder und den Nachfolgegesetzen des Bundesheimgesetzes ergeben.

So enthalten alle Berufsordnungen Dokumentationspflichten.[363] Weiterhin bestehen jeweils Informations- und Beratungspflichten gegenüber den zu pflegenden Personen.[364]

Die landesrechtlichen Nachfolgegesetze zum Bundesheimgesetz von Berlin, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein enthalten Prozesssollensanforderungen für ihren jeweils bereits beschriebenen Anwendungsbereich. Für Berlin bestehen nach § 6 Nr. 1, 2 WTG Informationspflichten des Leistungserbringers gegenüber dem Leistungsempfänger hinsichtlich des Leistungsangebotes sowie über externe

361 *Dielmann,* Krankenpflegegesetz, S. 73.

362 Verbindlich sind die Anforderungen solcher Verbände aber immer nur für die jeweiligen Mitglieder. Da es keine Zwangsmitgliedschaft in einem der Verbände gibt, bleibt es letztlich dem Willen des Pflegenden überlassen, ob er die Anforderungen gegen sich gelten lässt indem er Mitglied wird.

363 Bremen: § 5 I Nr. 2 lit. d Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe; Hamburg: § 5 Nr. 2 lit. e Pflegekräfte-Berufsordnung; Saarland: § 5 Nr. 5 Berufsordnung für Pflegekräfte.

364 Bremen: § 5 I Nr. 2 lit. b, c Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegekräfte; Hamburg: § 5 Nr. 2 lit. b, c Pflegekräfte-Berufsordnung; Saarland: § 5 Nr. 2, 3 Berufsordnung für Pflegekräfte.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beratungsstellen und externe Beschwerdemöglichkeiten. Nach § 8 WTG hat der Leistungserbringer in regelmäßigen Abständen die Bewohner über deren Zufriedenheit mit der Leistungserbringung zu befragen. Für Hamburg besteht auch nach dem Hamburgischen Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz eine Informationspflicht nach § 22 I und eine Aufzeichnungspflicht nach § 24 I. In Nordrhein-Westfalen besteht die Pflicht zur Dokumentation (§ 10 WTG NRW) sowie die Pflicht zur Einführung eines Qualitätsmanagements (§ 4 III WTG NRW). Auch für Hessen besteht nach § 9 I Nr. 9 HGBP eine Pflicht zur schriftlichen Dokumentation der Pflegeleistungen. Auch die einrichtungsinterne Qualitätssicherung ist nach § 13 HGBP zu dokumentieren. In Schleswig-Holstein ist nach § 12 I Nr. 2 SbStG ein Beschwerdemanagement erforderlich.

(3) Ergebnissollensanforderungen

Sowohl Krankenpflege- als auch Altenpflegegesetz enthalten keine Anforderungen an das Ergebnis der Pflegeleistungen, so dass es auch für das Ergebnis der Pflegedienstleistungen keine bundesrechtlichen Anforderungen gibt.[365]

Nach der Bremer Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe ist insbesondere die Pflege an den Bedürfnissen des jeweiligen Pflegebedürftigen auszurichten (§ 5 Nr. 1 lit. a, d). Die Hamburger Pflegekräfte-Berufsordnung enthält in § 5 annähernd wortgleich ebenfalls die Anforderungen an die Individualisierung der Leistung.

Folgende Nachfolgegesetze zum Bundesheimgesetz enthalten Ergebnissollensanforderungen für ihren jeweiligen, bezogen auf die häusliche Pflege sehr eingeschränkten, Anwendungsbereich:

Für Bayern verweist Art. 19 S. 1 PfleWoqG für die Erbringung der Pflegeleistungen auf den anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes sollen dazu auch die Expertenstandards nach § 113a SGB XI gehören.[366] Die Entwicklung der Expertenstandards nach § 113a SGB XI wird von den Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI in Auftrag gegeben und anschließend im Rahmen dieses Auftrages beispielsweise von einem pflegewissenschaftlichen Institut durchgeführt. Nach ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger gemäß § 113 III 1 SGB XI erlangen sie Verbindlichkeit, aber nur für die Erbringung von Pflegeleistungen nach dem SGB XI. Durch die Bezugnahme in den Materialen beabsichtigt der bayerische Landesgesetzgeber die Geltung der Expertenstandards für die von § 19 S. 1 PfleWoqG erfassten Fälle unabhängig vom Sozialleistungsbezug des Pflegebedürftigen.[367] Unklar bleibt, ob auch die Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pfle-

365 Die zivilrechtlichen Pflichten aus dem Pflegevertrag zwischen Pflegebedürftigen und Pflegedienst- sind aufgrund des sich aus § 276 BGB ergebenden Sorgfaltsmaßstabes bundesrechtlicher Natur, sie gelten aber nur aufgrund des Willens der Vertragsparteien. Dabei ist der anerkannte Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse objektiver Sorgfaltsmaßstab für § 276 BGB, OLG Düsseldorf vom 16.06.2004 – I-15 U 160/03, 15 U 160/03, Rn. 55ff.

366 LT-Drucks. 15/10182, S. 30.

367 LT-Drucks. 15/10182, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gequalität nach § 113 SGB XI zum anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse i.S.d. Art. 19 S. 1 PfleWoqG gehören sollen. Dies ist nicht selbstverständlich, da die Systematik des SGB XI eher gegen eine Zugehörigkeit der Grundsätze und Maßstäbe nach § 113 SGB XI und der Expertenstandards nach § 113a SGB zum anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse i.S.d. § 11 I 1 SGB XI spricht. Nach der Systematik des SGB XI besteht die Pflicht zur Einhaltung der Anforderungen nach §§ 113, 113a SGB XI neben der Pflicht nach § 11 I 1 SGB XI, was nur bei eigenständiger Bedeutung der §§ 113, 113a SGB XI sinnvoll ist.[368] Nun ist der bayerische Gesetzgeber nicht an die Bedeutung des Begriffes „anerkannter Standes der fachlichen Erkenntnisse" im SGB XI gebunden, aber auch das allgemeine Verständnis des anerkannten Standes der fachlichen Erkenntnisse spricht gegen eine generelle Einbeziehung der §§ 113, 113a SGB XI. Man kann den anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse in Anlehnung an § 2 I 3 SGB V als den von einer großen Mehrheit der Fachleute akzeptierten Meinungsstand definieren.[369] Dies mag für die Expertenstandards nach § 113a SGB XI noch in den meisten Fällen zutreffen, für die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI ist es wegen der Kompromisshaftigkeit ihrer Entstehung als Vereinbarung von Parteien mit gegenläufigen Interessen alles andere als zwingend. Die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI sind demnach nur dann von Art. 19 S. 1 PfleWoqG umfasst, wenn sie die Merkmale der allgemeinen Definition für den anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse erfüllen.

Auch in Berlin sind die Pflegeleistungen im Anwendungsbereich des Wohnteilhabegesetzes nach § 11 II 1 Alt.2 WTG nach dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse zu erbringen. Nach der nicht abschließenden Aufzählung in § 11 II 2 WTG gehören dazu sowohl die Expertenstandards nach § 113a SGB XI als auch die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI. Ein Auslegungsproblem wie in Bayern stellt sich hier aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers nicht. Aus der expliziten Nennung der Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI in Berlin lassen sich jedoch auch keine klaren Argumente für die Problematik in Bayern gewinnen. So kann die ausdrückliche Nennung zum einen dafür sprechen, dass der Gesetzgeber in Berlin davon ausgegangen ist, die Maßstäbe und Grundsätze gehörten grundsätzlich nicht zum anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse. Zum anderen könnte man aus der beiläufigen Aufzählung auch auf das Gegenteil schließen. Weiterhin sind die Leistungen nach § 11 1 Alt.1 WTG zu individualisieren.

In Hamburg haben alle Pflegedienste ihre Leistungen gemäß § 20 Nr. 4 HmbWBG nach dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse zu erbringen. Eine Bezugnahme auf die §§ 113, 113a SGB XI findet nicht statt, so dass nur Anforderungen erfasst werden, die die Merkmale der allgemeinen Definition für den allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse erfüllen.

368 Ausführlich zum Verhältnis von § 11 I 1 SGB XI zu §§ 113, 113a SGB XI vgl. Ausführungen zu der Fallgruppe Leistungsbezug nach SGB XI Pkt. C. II. 1. a) bb) (3).

369 Vgl. *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 2, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In Hessen gilt für ambulante Pflegeeinrichtungen nach § 2 I Nr. 2 HGBP die Pflicht Pflege und Betreuung nach dem allgemein anerkannten Stand pflegerisch-medizinischer Erkenntnisse zu erbringen, § 9 I Nr. 8 HGBP. Auch hier erfolgt keine Bezugnahme auf die §§ 113, 113a SGB XI. § 9 I Nr. 5, 6 HGBP enthalten darüber hinaus die Pflicht zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde, was jedoch nur deklaratorischen Charakter hat, da eine fachgerechte Pflege nicht zu einer Beeinträchtigung der Menschenwürde führen wird. Eigenständige Bedeutung kommt § 9 I Nr. 6 HGBP jedoch insoweit zu, als auch „Intimsphäre, Selbstständigkeit sowie die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Betreuungs- und Pflegebedürftigen" gewahrt und gefördert werden sollen. Die Pflicht zur Förderung verdeutlicht, dass auch subjektive Wünsche des Pflegebedürftigen so weit wie möglich zu berücksichtigen sind. Sollte es sich bei den entgeltlich vermittelten Pflegekräften nach § 2 I Nr. 3 HGBP um Pflegefachkräfte handeln[370], so müssen diese die Leistungen nach § 9 III 2 HGBP in angemessener Qualität erbringen. Unklar ist, weshalb für diese Pflegefachkräfte vom allgemein anerkannten Stand pflegerisch-medizinischer Erkenntnisse nach unten abgewichen wird, jedenfalls ist anders als durch die Annahme einer solchen Abweichung die eigene Regelung in § 9 III 2 HGBP nicht zu erklären.

Das WTG NRW verweist pauschal auf die fachlichen und wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie auf die Pflicht zur Einhaltung der leistungsrechtlichen Vereinbarungen (§ 4 WTG NRW). Eine Erweiterung der Pflichten gegenüber dem SGB XI ist damit nicht verbunden.

bb) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XI

Die im folgenden Teil dargestellten Sollensanforderungen treten neben die Sollensanforderungen der ersten Fallgruppe (Pflegebedürftiger ohne Leistungsbezug). Insbesondere gibt es keine Kollisionsregelung dergestalt, dass beispielsweise das Leistungserbringungsrecht die allgemeinen Sollensanforderungen der ersten Fallgruppe für den Fall der Erbringung von Pflegesachleistungen verdrängt.[371]

(1) Struktursollensanforderungen

(a) Pflegedienste

Professionelle Pflegeeinrichtungen, die Pflegeleistungen in häuslicher Umgebung erbringen und für die Erbringung von Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI durch Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 72 I SGB XI zugelassen werden wollen, werden in § 71 I SGB XI als Pflegedienste bezeichnet. Die Struktursollensanforderun-

370 Was praktisch nie der Fall sein wird, vgl. *Bachem,* PflR 2012, S. 759, 766.

371 Allerdings gibt es vereinzelt Verweise wie beispielsweise in § 11 I 2 WTG, wonach die Anforderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (in der Regel) erfüllt ist, wenn ein Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI besteht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen werden in § 72 III Nr. 1-3 SGB XI genannt, sowie teilweise durch die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI konkretisiert.

§ 72 III Nr. 1 SGB XI verweist auf § 71 SGB XI. Dabei verlangt § 71 I SGB XI, dass die Pflege und die hauswirtschaftliche Versorgung „unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegekraft“ erfolgen. Die Voraussetzungen für die Anerkennung als verantwortliche Pflegefachkraft nennt § 71 III SGB XI. Es ist sowohl der Abschluss in einem der genannten Ausbildungsberufe erforderlich als auch praktische Berufserfahrung in einem gewissen Umfang und die besondere Befähigung für die leitende Position.

Durch das Erfordernis des Berufsabschlusses in einem der genannten Berufe verweisen die Struktursollensanforderungen des SGB XI auf die ausbildungsrechtlichen Vorschriften. Die möglichen Berufsabschlüsse nach § 71 III 1 Nr. 1, 2 SGB XI (Gesundheits- und Krankenpfleger oder Gesundheits- und Krankenpflegerin sowie Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger oder Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin) sind im Krankenpflegegesetz geregelt. Regelungen über den Abschluss der Altenpflegerin/ des Altenpflegers nach § 71 III 1 Nr. 3 SGB XI enthält das Altenpflegegesetz. Insbesondere die Möglichkeit des Widerrufs der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung zeigt, dass Strukturqualität nicht nur vor Beginn der Leistungserbringung vorliegen muss, sondern, auch wenn sie schwerpunktmäßig vorher geprüft wird, während der gesamten Zeit der Leistungserbringung, denn der Widerruf kann zum Wegfall der Struktursollensanforderungen führen, nachdem die Zulassung nach § 72 SGB XI erfolgt ist. Die durch Versorgungsvertrag erfolgte Zulassung kann dann nach § 74 I 1 SGB XI gekündigt werden.

Obwohl die Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI nicht an ein bestimmtes Mindestalter geknüpft ist, genügt die Ausbildung als Altenpfleger oder Altenpflegerin für eine uneingeschränkte Zulassung nach § 72 SGB XI. Mit einer besonderen Ausbildung zur Pflege alter Menschen geht Deutschland einen Sonderweg in der Europäischen Union.[372]

Sowohl das KrPflG als auch das AltPflG sind Bundesgesetze. Indem der Bundesgesetzgeber in § 71 III SGB XI die für eine Zulassung notwendige Ausbildung vorgibt und zugleich in den Ausbildungsgesetzen den Ausbildungsinhalt bestimmt, hat er für den Letztverantwortlichen der Pflegedienste die vollständige Strukturhoheit. Diese vollständige Strukturhoheit ist dann eingeschränkt, wenn im Ausland erworbene Berufsabschlüsse in Deutschland anerkannt werden und die Erlaubnis zum Führen der deutschen Berufsbezeichnung erteilt wird. In diesen Fällen wird der Ausbildungsinhalt nicht durch den deutschen Gesetzgeber bestimmt. Dieser Verlust an Strukturhoheit kann in verschiedene Kategorien hinsichtlich der Stärke der Bindung des deutschen Gesetzgebers eingeteilt werden. Im ersten Fall besteht keine rechtliche Beziehung zu dem anderen Staat hinsichtlich der Anerkennung von Berufsabschlüssen und der deutsche Gesetzge-

372 *Hanika,* PflR 2012, S. 694, 699.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ber ist frei, ob er den im Ausland erworbenen Abschluss anerkennt. Von dieser „Freiheit“ hat der deutsche Gesetzgeber in der Weise Gebrauch gemacht, dass nach § 2 III KrPflG die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes für die Ausbildung im Ausland gegeben ist. Im zweiten Fall gibt es eine Bindung aufgrund zwischenstaatlichen Rechts. Denkbar sind dabei bilaterale Abkommen, deren Transformation durch Gesetz dem Krankenpflegegesetz vorgeht. Bei dieser Fallgruppe ist die Bundesrepublik Deutschland vor Abschluss des Vertrages sowohl für die Frage, ob sie überhaupt einen Vertrag abschließt, als auch hinsichtlich des Vertragsinhaltes an keinerlei Vorgaben gebunden. Nach Vertragsschluss ist sie jedoch an den Inhalt gebunden. Im dritten Fall gibt es Vorgaben für die Anerkennung aufgrund überstaatlichen Rechts. Dies gilt für den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG. Dabei sieht Art. 21 I der Richtlinie 2005/36/EG die automatische Anerkennung der Ausbildungsnachweise vor, wenn für den Beruf des Krankenpflegers die Mindestvoraussetzungen für die Ausbildung gemäß Art. 31 der Richtlinie 2005/36/EG erfüllt sind. Umgesetzt wird diese Richtlinie für den Beruf des Krankenpflegers im deutschen Recht in § 2 IV, V KrPflG.

Für die praktische Berufserfahrung ist es erforderlich, dass eine Tätigkeit im erlernten Ausbildungsberuf von 2 Jahren innerhalb der letzten 5 Jahre vorliegt (§ 71 III 1 SGB XI). Detaillierte Regelungen zu Beginn, Verlängerung und Höchstdauer der 5-jährigen Rahmenfrist enthalten die Sätze drei bis fünf in § 71 III SGB XI.

Um verantwortliche Pflegefachkraft sein zu können, ist weiterhin der Nachweis zur Fähigkeit für diese leitende Funktion erforderlich. Diese wird durch eine Weiterbildungsmaßnahme nach § 71 III 6 SGB XI erbracht.

Allein der Abschluss eines pflegeorientierten Studienganges wie Pflegemanagement oder Pflegeleitung[373] genügt hingegen nicht, um verantwortliche Pflegefachkraft i.S.d. § 71 II SGB XI sein zu können.

§ 72 III Nr. 2 SGB XI stellt Anforderungen an die Leistungsfähigkeit des zuzulassenden Pflegedienstes. Diese Anforderungen werden durch die Vereinbarung nach § 113 SGB XI vom 27.05.2011 zu den Maßstäben und Grundsätzen der Pflegequalität konkretisiert. Die Maßstäbe und Grundsätze welche grundsätzlich von den in § 113 I 1 SGB XI genannten Teilnehmern verhandelt und vereinbart werden, enthalten Vorschriften zur sachlichen und personellen Ausstattung. Der Pflegedienst muss gewährleisten können, dass auch bei Ausfall der verantwortlichen Pflegefachkraft die Pflege weiterhin durchgeführt werden kann. Dies kann durch fachlich geeignetes Ersatzpersonal oder durch Kooperation mit anderen Pflegediensten erreicht werden. Weiterhin besteht eine Fortbildungspflicht für alle Mitarbeiter, je nach Funktion und individuellem Bedarf. Dazu muss der Pflegedienst einen schriftlichen Fortbildungsplan erstellen. Auch muss ein Pflegedienst gewährleisten, dass er 24 Stunden am Tag erreichbar ist. Der Inhalt der „Vereinbarung“ vom 27.05.2011 ist jedoch nicht durch Verhandlung entstanden, son-

373 Eine Übersicht zu den zahlreichen pflegeorientierten Studiengängen enthält: http://www.pflegestudium.de/studiengaenge/ (besucht am 03.05.2014).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dern wurde durch Schiedsspruch nach § 113 III 2 SGB XI erlassen.[374] Aus § 113b I 3 SGB XI, der die aufschiebende Wirkung einer Klage gegen den Schiedsspruch ausschließt, lässt sich ableiten, dass es sich bei dem Schiedsspruch um einen Verwaltungsakt also ein klassisches hierarchisches Steuerungsinstrument handelt.

Nach § 72 III Nr. 3 SGB XI muss sich der Pflegedienst dazu verpflichten, ein einrichtungsinternes Qualitätsmanagement einzurichten und weiterzuentwickeln. Zur konkreten Ausgestaltung des einrichtungsinternen Qualitätsmanagements enthält Pkt. 1.3 der Vereinbarung von 27.05.2011 nähere Vorgaben. Letztlich soll ein interner Qualitätskreislauf geschaffen werden, der es der Einrichtung ermöglicht die Qualität der von ihr erbrachten Leistungen selbst weiterzuentwickeln.[375] Aus Sicht der Ergebnissollensanforderungen, die das SGB XI an Pflegeleistungen stellt, ist das einrichtungsinterne Qualitätsmanagement jedoch nur ein Mittel von vielen, um deren Erfüllung zu gewährleisten.

Das SGB XI enthält nicht nur Strukturanforderungen für die Zulassung als Pflegedienst, sondern auch für die Erbringung der einzelnen Pflegedienstleistungen. Zwar lässt sich aus § 71 I SGB XI die Möglichkeit zur Delegation von Pflegetätigkeiten an Hilfskräfte ableiten, da dieser nur fordert, dass alle Tätigkeiten unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft erbracht werden müssen. Diese Delegationsmöglichkeit besteht jedoch nur beschränkt, denn letztlich muss auch die unmittelbar ausführende Person in der Lage sein, die Pflegetätigkeit dem Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse, § 11 I 1 SGB XI, entsprechend zu erbringen. Für die Bestimmung der Eignung kommt es nicht auf die individuellen Fähigkeiten des Delegationsempfängers an, sondern auf dessen formelle Qualifikation. Damit können bestimmte

374 Hier hat der „Schatten der Hierarchie“, d.h. die bei Scheitern der Verhandlungen drohende Ersatzvornahme, die Einigungsbereitschaft der Vertragsparteien nicht erhöht; vgl. zu dieser Annahme, *Scharpf,* Zur Theorie von Verhandlungssystemen, in: *Benz/Scharpf/Zintl* (Hrsg.), Horizontale Politikverflechtung, S. 11, 25f.; *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118, 123ff. Vgl. zum Begriff „Schatten der Hierarchie“ *Scharpf,* Interaktionsformen, S. 323ff. sowie zur „Rute im Fenster“ *Mayntz/Scharpf,* Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz/Scharpf* (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, S. 9, 29., die dieses Phänomen zunächst nur für die Kooperation gesellschaftlicher Akteure untereinander verwendet haben. Eine Verwendung auch für die Kooperation zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren ist jedoch mittlerweile üblich, siehe *Töller,* Kooperation im Schatten der Hierarchie. Dilemmata des Verhandelns zwischen Staat und Wirtschaft, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 282, Fn.3 m.w.N. Inhaltlich besagt die These zum Schatten der Hierarchie, dass gesellschaftliche Akteure durch eine mehr oder weniger glaubwürdige Drohung des staatlichen Akteurs mit einem hierarchischen Instrument zur Kooperation motiviert werden. Zum (vermeintlichen) Widerspruch zu der These, dass staatliche Akteure vor allem dann kooperativ Handeln, wenn die hierarchischen Handlungsmöglichkeiten beschränkt sind, siehe *Töller,* Kooperation im Schatten der Hierarchie. Dilemmata des Verhandelns zwischen Staat und Wirtschaft, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 282, 284ff.

375 Insbesondere soll die Einrichtung selbst Qualitätsziele formulieren. Gleichzeitig soll aber auch die Erbringung der Leistungen nach der nach dem SGB XI vereinbarten Qualität gewährleistet werden.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tätigkeiten nicht auf Hilfskräfte übertragen werden, unabhängig vom konkreten Kenntnisstand der Hilfskraft. Dies wurde aus Gründen der Rechtssicherheit und Überprüfbarkeit bereits vor Geltung der Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI für die Behandlungspflege in stationären Einrichtungen von der Rechtsprechung gefordert.[376] Für die ambulante Pflege ist dies aus Punkt 3.1.6 der Vereinbarung vom 27.05.2011 ableitbar. Danach müssen Pflegedienste geeignete Fachkräfte vorhalten und ihrer Ausbildung entsprechend einsetzen.

(b) Zugelassene Einzelpersonen

Auch die Zulassung einer Einzelperson erfolgt durch Zulassungsvertrag, § 77 I 1 SGB XI.[377] Die Strukturanforderungen für die Zulassung einer Einzelperson sind weniger detailliert beschrieben als die Anforderungen an einen Pflegedienst. Die Einzelperson muss nach § 77 I 1 SGB XI „geeignet" sein und zwar für die Sicherstellung von Pflege, Betreuung und hauswirtschaftlicher Versorgung. Zwar ist dafür nicht zwingend eine Ausbildung im Sinne des § 71 III SGB XI nötig, zumal die Zulassung nur für die Leistungserbringung in einem konkreten Einzelfall gilt.[378] Zum einen fehlt ein Verweis auf die §§ 71, 72 SGB XI, zum anderen entspricht die Formulierung der des § 37 I 2 SGB XI, welcher die nichtprofessionelle Pflege regelt. Die Geeignetheit ist damit ausgehend von dem Einzelfall, für den die Zulassung erfolgen soll, konkret zu bestimmen. Allerdings enthält § 77 I 2 2.HS SGB XI für die Qualität der durch die zugelassene Einzelperson zu erbringenden Pflegeleistungen einen Verweis auf § 112 SGB XI. Die zugelassene Einzelperson muss also bei der Leistungserbringung die gleichen Standards erfüllen wie ein zugelassener Pflegedienst.[379] Für die Frage der Eignung der Einzelperson nach § 77 I 1 SGB XI lässt sich daraus schließen, dass sich aufgrund einer Prognose ergeben muss, dass sie abstrakt dazu in der Lage ist, die im konkreten Einzelfall in Betracht kommenden Standards einzuhalten.

(c) Angestellte Einzelpersonen

Für angestellte Einzelpersonen nach § 77 II SGB XI gelten die gleichen Qualitätsanforderungen wie für zugelassene Pflegedienste. Unterschiede ergeben sich erst im Rahmen der Überwachung und bei der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse.[380]

376 SG Speyer vom 27.07.2005 – S 3 P 122/03, Rn. 30.

377 Die Zulassung von Einzelpersonen ist durch das Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 vereinfacht wurden, BT-Drucks. 17/9369, S. 45.

378 *Udsching*, in: *Ders.* (Hrsg.), SGB XI, § 77, Rn. 7; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 77, Rn. 8.

379 BT-Drucks. 17/9369, S. 45.

380 Vgl. dazu Pkt. C. II. 1. e).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Zugelassene Betreuungsdienste

Nach § 125 SGB XI können zur modellhaften Erprobung Leistungserbringer zur Erbringung von Betreuungsleistungen zugelassen werden.[381] Eine verantwortliche Kraft muss die Voraussetzungen des § 125 III 2 SGB XI erfüllen. Sie muss über eine entsprechende Berufsausbildung[382] und Berufspraxis verfügen, § 125 III 2 1.HS SGB XI, und eine Weiterbildungsmaßnahme für die Leitungsfunktion absolviert haben, § 125 III 2 2.HS SGB XI.

(2) Prozesssollensanforderungen

Der Pflegedienst[383] hat entsprechend der Vereinbarung vom 27.05.2011 einen Erstbesuch durchzuführen, bei dem er den Pflegebedürftigen u.a. über das Leistungs- und Vergütungssystem des SGB XI informiert. Vor der Erbringung der Pflegeleistungen ist ein Pflegeplan zu erstellen und bei der Erbringung der Pflegeleistungen sind die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Pflegedokumentation einzuhalten. Nach § 120 SGB I 2 XI besteht eine Mitteilungspflicht des Pflegedienstes gegenüber dem Leistungsträger bei wesentlichen Veränderungen des Zustandes des Pflegebedürftigen.

(3) Ergebnissollensanforderungen

Ein Pflegedienst muss seine Leistungen entsprechend dem allgemein anerkannten Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse erbringen, §§ 11 I 1, 28 III. Damit wird dynamisch auf die fachwissenschaftlich anerkannten Erkenntnisse verwiesen. Daneben sind die Expertenstandards nach § 113a SGB XI zu beachten. Diese werden nicht von den Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI entwickelt, sondern die Vertragsparteien bestimmen nur das Thema, zu dem ein Expertenstandard entwickelt werden soll und sie bestimmen eine Verfahrensordnung gemäß der der Expertenstandard zu entwickeln ist. Die Entwicklung selbst erfolgt durch eine geeignete Einrichtung nach Auftrag durch die Vertragsparteien. Allerdings wurden bisher keine Expertenstandards nach dieser Norm entwickelt. Die erste Auftragsvergabe war zunächst für Mitte 2012 geplant. Im März 2013 hat das Deutsche Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege den Auftrag zur Entwicklung des ersten Expertenstandards unter dem Regime des § 113a SGB

381 Es geht dabei um die Erbringung von Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI, für die auch spezialisierte Dienste bereitstehen sollen, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 54.

382 Zu den denkbaren erlernten Berufen, siehe BT-Drucks. 17/9369, S. 54.

383 Da es für die Prozess- und Ergebnissollensanforderungen aufgrund des Verweises auf § 112 SGB XI für zugelassene Einzelpersonen nach § 77 I SGB XI keine Besonderheiten gegenüber Pflegediensten gibt, sind besondere Ausführungen zu zugelassenen Einzelpersonen entbehrlich. Dies gilt analog auch für die Erbringung von Betreuungsleistungen durch nach § 125 SGB zugelassene Betreuungsdienste, da für die Erbringung der Betreuungsleistungen § 124 IV SGB XI insgesamt auf den elften Abschnitt des SGB XI verweist. Die Anforderungen an Betreuungsleistungen müssen jedoch nach den Vorschriften des elften Abschnittes erst noch erstellt werden, BT-Drucks. 17/9369, S. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

XI erhalten. Diese soll zu dem Thema: Erhaltung und Förderung der Mobilität in der Pflege erarbeitet werden.[384] Alle bisher unter dem Begriff Expertenstandard zusammengefassten Sollensanforderungen, wozu insbesondere die vom (DNQP) entwickelten Standards gehören,[385] sind bereits Bestandteil des allgemein anerkannten Standes der medizinisch pflegerischen Erkenntnisse.[386]

Um eine eher „weiche" Sollensanforderung handelt es sich bei dem Leitbild der aktivierenden Pflege. Dieses u.a. den §§ 11 I 2, 14 III, 28 IV SGB XI zu entnehmende Leitbild durchzieht das gesamte SGB XI.[387] Dabei werden keine konkreten Vorgaben für einzelne Pflegetätigkeiten gemacht, sondern es kann potentiell auf jede Pflegetätigkeit Auswirkungen haben. Entscheidend dafür sind die individuellen Fähigkeiten aber auch die individuelle Mitwirkungsbereitschaft des Pflegebedürftigen. Schon aufgrund der Angewiesenheit des Pflegedienstes auf die Mitwirkung des Pflegebedürftigen könnte allenfalls die Pflicht bestehen, dem Pflegebedürftigen aktivierende Pflege anzubieten und zu versuchen, ihn von den Vorteilen zu überzeugen. Dann bleibt aber die Frage, ob dies nicht bereits Bestandteil der Pflicht, den Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse zu beachten, ist. Zwar unterscheidet sich Pflege von der Krankenbehandlung darin, dass die Heilung nicht im Vordergrund steht, dennoch ist Pflege mehr als nur eine Sicherung des Status quo.[388] Das Ziel der Pflege ist auch die Aktivierung, soweit dies möglich ist, was sich dann in den medizinisch-pflegerischen Erkenntnissen widerspiegelt. § 11 I 2 SGB XI dient lediglich der Verdeutlichung[389] dieses Ziels, so dass das Leitbild der aktivierenden Pflege nicht in Konkurrenz zu den medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse tritt, sondern grundsätzlich bereits deren Bestandteil ist. Soweit die medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse jedoch Lücken aufweisen, kann das Leitbild der aktivierenden Pflege zur Auslegung und Lückenfüllung genutzt werden.

(4) Zuständigkeitsverteilung für die Erstellung von Sollensanforderungen

Es wird insgesamt darüber diskutiert, ob Sollensanforderungen auf der gesellschaftlichen oder der staatlichen Ebene entwickelt werden sollen. Entscheidend ist dies aber

384 Im März 2014 fand eine Fachkonferenz statt, die den Entwurf dieses Expertenstandards zum Gegenstand hatte (Entwurf abrufbar unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/qualitaet_in_der_pflege/expertenstandard/ Pflege_Expertenstandard_Mobilitaet_Entwurf_3-2014.pdf, besucht am 01.08.2014).

385 Beispielhaft seien hier die Expertenstandards zur Dekubitusprophylaxe, zum Schmerzmanagement und zur Sturzprophylaxe genannt.

386 BT-Drucks. 16/7439, S. 83.

387 *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 11, Rn. 4.

388 Die wird schon aus der Konzeption des SGB XI deutlich. So verlangt § 2 I 2 SGB XI die Pflege so durchzuführen, dass „die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten" sind. Dabei lässt sich eine Rangfolge aufstellen, so dass das Wiedergewinnen der bloßen Erhaltung vorgeht. Dies wird verdeutlicht durch § 3 I, II SGB XI, die einen Vorrang der Rehabilitation festschreiben, dessen Wirksamkeit durch die Weiterleitung der Rehabilitationsempfehlung nach § 18a I SGB XI verbessert werden soll.

389 BT-Drucks. 12/5952, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

allein für die Sollensanforderungen nach dem SGB XI, da nur hier über die §§ 113, 113a SGB XI der Staat Einfluss auf die Entwicklung nimmt beziehungsweise bei § 113 SGB XI sogar unmittelbar an der Entwicklung beteiligt ist. So wird angenommen, dass Sollensanforderungen, die allein auf der gesellschaftlichen Ebene entwickelt werden, eine höhere Akzeptanz aufweisen.[390] Plausibel kann dieses Argument dann sein, wenn die Leistungserbringung durch Private erfolgt und diese entweder an der Entwicklung der Sollensanforderungen beteiligt sind oder sich durch die Entwickler als gut vertreten ansehen oder deren besonderes Fachwissen anerkennen. Weiterhin wird angenommen, Qualitätsentwicklung durch Wettbewerb sei effizienter und mehr am Kunden orientiert.[391] Auch das Argument, nur eine staatsfreie Entwicklung der Sollensanforderungen gewährleiste, dass ausschließlich fachwissenschaftliche Erkenntnisse bei der Entwicklung der Sollensanforderungen berücksichtigt werden, während bei Beteiligung des Staates immer auch andere Aspekte von politischer Bedeutung, wie der der Finanzierbarkeit einfließen, wird vorgebracht.[392]

In einer generalisierenden Betrachtung ist normativ gegen eine staatlich initiierte Entwicklung sowie einer Entwicklung unter staatlicher Beteiligung von Sollensanforderungen nichts einzuwenden. So wurde bei der Entwicklung einer einheitlichen Motivationslage für staatliche Qualitätssicherung gezeigt, dass es keinen normativen allgemeinen Vorrang zugunsten der gesellschaftlichen Ebene gibt. Die entwickelten Sollensanforderungen sind an den Grundrechten zu messen, wenn durch sie oder durch Maßnahmen, die die Einhaltung der Sollensanforderungen vollziehen, in Grundrechte eingegriffen wird.[393]

Zumindest für § 113a SGB XI sind aber auch die rechtspolitischen Argumente nicht überzeugend, da § 113a SGB XI lediglich die Initiierung und finanzielle Förderung der Entwicklung wissenschaftlicher Standards ermöglicht.

cc) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XII oder nach SGB XI und SGB XII

Leistungen der professionellen Pflege nach dem SGB XII werden nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII gewährt. Mit besonderer Pflegekraft in § 65 I 2 SGB XI ist im Unterschied zur Pflegeperson in § 65 I 1 SGB XI eine Fachkraft gemeint.[394] Diese Fachkraft muss

390 *Igl,* RsDE 67, S. 38, 48f., 52-54; *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 74f.

391 *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 74f.

392 *Igl,* RsDE 67, S. 38, 48f., 52-54; *Hamdorf,* Öffentliche und private Verantwortung für Qualität in der Pflege, S. 58.

393 Soweit dies problematisch erscheint (beispielsweise bei den Pflegetransparenzberichten), erfolgt eine Prüfung der konkreten Maßnahme.

394 *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 65, Rn. 14; BSG vom 26.08.2008 – B 8/9b SO 18/07 R, Rn. 17f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht zwingend eine geeignete Pflegekraft i.S.d. § 36 I 3 SGB XI sein[395], da nach § 61 I 2 SGB XII auch andere Bedarfslagen abgedeckt werden als nach dem SGB XI. Wegen § 66 IV 2 SGB XII ist bei der Übernahme der Kosten für eine besondere Pflegekraft danach zu unterscheiden, ob diese beim Pflegebedürftigen beschäftigt ist oder nicht.

Ist die besondere Pflegekraft nicht beim Pflegebedürftigen beschäftigt, so hat dieser nach § 66 IV 1 SGB XII vorrangig Pflegesachleistungen nach dem SGB XI in Anspruch zu nehmen. Werden dann nach § 65 I 2 SGB XII ergänzend Sachleistungen erbracht, die grundsätzlich auch nach dem SGB XI zu erbringen wären, aber nur aufgrund der Deckelung der Leistungen nicht erbracht werden, dann gelten nach § 75 V 1 SGB XII die Sollensanforderungen des SGB XI. Zwar scheinen dem Wortlaut nach weder die „Qualität der Leistungen", § 75 III 1 Nr. 1 SGB XII noch „die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen", § 75 III 1 Nr. 3 SGB XII, vom Vorrang des Leistungserbringungsrechts des SGB XI gemäß § 75 V 1 SGB XII erfasst zu sein. Dennoch wird allgemein davon ausgegangen, dass im Falle des § 75 V 1 SGB XII sämtliche Vereinbarungen nach § 75 III 1 SGB XII ersetzt werden.[396] Dies dürfte im Ergebnis zutreffend sein. Systematisch überzeugt dieser vollständige Ausschluss, da der überörtliche Träger der Sozialhilfe beim Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 II 1 SGB XI sein Einvernehmen erklären muss und dieser Versorgungsvertrag bereits Regelungen zur Qualitätssicherung enthält. Hinzu kommt, dass der überörtliche Träger der Sozialhilfe auch Vertragspartner nach § 113 SGB XI ist und damit auch an der Erstellung von Qualitätssollensanforderungen beteiligt wird. Eigene Qualitätsvereinbarungen sind daher nicht mehr nötig und abweichende Qualitätsvereinbarungen wären auch praktisch nicht sinnvoll, da der Pflegedienst diese nur mit großem Aufwand erfüllen könnte. Es dürfte dem Pflegedienst zum Zeitpunkt der Erbringung der konkreten Leistung nur schwer möglich sein, zu unterscheiden, ob diese von der Pflegekasse oder vom Sozialhilfeträger vergütet wird. Auch ergibt sich aus § 76 III 3 SGB XII, dass Doppelprüfungen möglichst zu vermeiden sind. Durch dieses Auslegungsergebnis wird man zudem am ehesten dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gerecht, der auch bei der Durchführung der Qualitätssicherung anzuwenden ist. Es ist zweckmäßiger, dass auch für den Fall des Leistungsbezuges nach dem SGB XI und dem SGB XI ein einheitlicher Qualitätsmaßstab gilt und dieser einheitlich von einem Leistungsträger geprüft wird. Auch wird die Wortlautgrenze des § 75 V 1 SGB XII durch diese Auslegung nicht überschritten, da Art, Inhalt und Umfang von Leistungen auch deren Qualität erfassen können.

Die Bindungswirkung nach § 75 V 1 SGB XII tritt nicht ein, wenn nach § 61 SGB XII weitergehende Leistungen zu erbringen sind. „Weitergehend" bezieht sich dabei auf die Leistungen des SGB XI, so dass Leistungen aufgrund der Erweiterungen des § 61 I 2 SGB XII, also insbesondere Leistungen bei Pflegestufe 0, solche „weitergehenden"

395 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 65, Rn. 33f.; LSG Nordrhein-Westfalen vom 28.11.2011 – L 20 SO 82/07, Rn. 51.

396 *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 75, Rn. 49; *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 150.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistungen sind. Ebenso tritt im Falle des § 75 V 2 SGB XII die Bindungswirkung nicht ein. Allerdings wird § 75 V 2 SGB XII einschränkend dahingehend ausgelegt, dass er nur eingreift, wenn die Beteiligung entgegen § 89 II 1 Nr. 2 SGB XI unterblieben ist.[397] Bei Nichtbestehen der Bindungswirkung gilt dann wiederum das Leistungserbringungsrecht des SGB XII, beziehungsweise es muss ein solches durch Abschluss der erforderlichen Vereinbarungen geschaffen werden.

Teilweise wird angenommen, Leistungserbringer und Sozialhilfeträger könnten einzelvertraglich eine abweichende (geringere) Vergütung vereinbaren und damit auf die Bindungswirkung des § 75 V 1 SGB XII verzichten.[398] Unklar ist dann aber, welche Auswirkungen dies auf Inhalt und Qualität der Leistungen haben soll und ob zu Inhalt und Qualität ebenfalls abweichende Vereinbarungen getroffen werden können.

Ist die besondere Pflegekraft beim Pflegebedürftigen angestellt, hat dieser wegen § 77 I 3 SGB XI keinen Anspruch auf Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI, weil diese besondere Pflegekraft dann nicht die Voraussetzungen für den Abschluss eines Vertrages nach § 77 SGB XI mit der Pflegekasse erfüllt. In § 66 IV 2 SGB XII wird die Wahl des Pflegebedürftigen, seinen Pflegebedarf durch eine bei ihm angestellte besondere Pflegekraft abzudecken, insoweit privilegiert, als er dann nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI verwiesen wird, da ihm dies die Wahlmöglichkeit faktisch nehmen würde.[399] Es erfolgt nur eine Anrechnung des Pflegegeldes nach § 66 IV 3 SGB XII. In diesem Fall besteht keine Rechtsbeziehung zwischen Sozialhilfeträger oder Pflegekassen zur besonderen Pflegekraft, so dass in diesem Verhältnis auch keine Sollensanforderungen bestehen. Allerdings hat der Pflegebedürftige nach § 66 IV 2 SGB XII die Pflicht, die Pflege durch die beschäftigten

397 *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 156-158.

398 *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 153.

399 Natürlich hat der Pflegebedürftige wegen des Ausschlusses in § 77 I 3 SGB XI bei der Wahl des Arbeitgebermodells gar keinen Anspruch auf Pflegesachleistungen. Es wäre jedoch denkbar, den Pflegebedürftigen aufgrund der Subsidiarität der Sozialhilfe auf die gegenüber dem Pflegegeld nach § 37 SGB XI höheren Pflegesachleistungen zu verweisen. Auf diese „strenge“ Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes hat der Gesetzgeber hier zugunsten der Schaffung einer Wahlmöglichkeit verzichtet. Vgl. zu dieser „besonderen Privilegierung“ des Arbeitgebermodells im SGB XII, BSG vom 28.01.2013 – B 8 SO 1/12 R, Rn. 13ff. Dies hat aber zur Folge, dass Personen die nicht bedürftig sind i.S.d. Vorschriften zur Hilfe zur Pflege i.S.d. SGB XII anders behandelt werden als diejenigen, die bedürftig sind. Bei Pflegebedürftigen, die nicht bedürftig sind, steuert § 77 I 3 SGB XI deren Verhalten so, dass sie sich gegen das Arbeitgebermodell entscheiden, denn nur so haben sie Anspruch auf die deutlich höheren Pflegesachleistungen. Die Wahl des Arbeitgebermodells, bei dem sie nur Anspruch auf Pflegegeld nach § 37 SGB XI haben, führt bei ihnen dazu, dass sie einen deutlich höheren Eigenanteil erbringen müssen als bei der Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen. Bei Pflegebedürftigen hingegen, die bedürftig i.S.d. SGB XII sind, ist die Wahl zwischen dem Arbeitgebermodell und Pflegesachleistungen wirtschaftlich gleichwertig. Nimmt der Pflegebedürftige die höheren Pflegesachleistungen nach dem SGB XI in Anspruch, so werden diese auf seinen Anspruch auf Hilfe zur Pflege angerechnet. Entscheidet er sich hingegen für das Arbeitgebermodell, erhält er zwar nur das niedrigere Pflegegeld nach § 37 SGB XI, wegen § 66 IV 2, 3 SGB XII wird aber auch nur dieses auf seinen Anspruch auf Hilfe zur Pflege angerechnet.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pflegekräfte selbst sicherzustellen. Dafür muss der Pflegebedürftige ein seinem Pflegebedarf entsprechendes Pflegekonzept erstellen (lassen).[400] Der Pflegebedarf muss nach diesem Konzept sowohl quantitativ als auch qualitativ abgedeckt werden. Hinsichtlich der qualitativen Anforderungen enthält das SGB XII keine konkreten Vorgaben. Auch in Rechtsprechung und Literatur finden sich keine Aussagen, welchen Inhalt die qualitative Komponente der Sicherstellungspflicht hat. Im Ergebnis dürften die Anforderungen deutlich höher sein als bei der Sicherstellungspflicht nach § 37 I 2 SGB XI für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte. Zum einen handelt es sich beim Arbeitgebermodell nach §§ 66 IV 2, 65 I 2 Var. 1 SGB XII um Fachkräfte. Zum anderen soll § 66 IV 2 SGB XII lediglich die Wahlmöglichkeiten des Pflegebedürftigen gegenüber § 66 IV 1 SGB XII um das Arbeitgebermodell erweitern, nicht jedoch die qualitativen Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen verringern, so dass sich bei der qualitativen Sicherstellung an den Anforderungen bei §§ 66 IV 1, 65 I 2 Var. 1 SGB XII zu orientieren ist. Bei dieser Sicherstellungsverpflichtung handelt es sich um eine Anspruchsvoraussetzung für die Kostenübernahme.

b) Herstellung der Verbindlichkeit

Die Struktursollensanforderungen, die durch Gesetz „hergestellt" werden (wie § 11 I 1 SGB XI), sind im jeweiligen Geltungsbereich des Gesetzes auch verbindlich. Dennoch ist für die Verbindlichkeit bei der Konkretisierung im Einzelfall zwischen § 11 I 1 SGB XI und den §§ 113, 113a SGB XI zu unterscheiden. Die Verbindlichkeit für den Einzelfall erfolgt bei § 11 I 1 SGB XI nämlich im Gegensatz zu den §§ 113, 113a SGB XI nicht in der Form, dass einzelne Leitlinien, Standards oder sonstige Erkenntnisse unmittelbar durch den Gesetzgeber Allgemeingeltung erlangen. Vielmehr wird der unbestimmte Rechtsbegriff „allgemein anerkannter Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse" ausgelegt, was letztverbindlich durch die Gerichte erfolgt,[401] und erst durch die Konkretisierung der Norm auf den Einzelfall wird beispielsweise eine bestimmte Leitlinie rezipiert.[402] Diese konkretisierende Rezeption für § 11 I 1 SGB XI erfolgt notwendigerweise dynamisch. Sie ist verfassungsrechtlich jedoch unbedenklich, da die rezipierten Regeln formal gerade nicht die Autorität eines Gesetzes haben und damit auch nicht an der für das Gesetz notwendigen demokratischen Legitimation teilhaben müssen.[403] Auch die Rezeption in § 113a III SGB XI erfolgt entwicklungsoffen, was

400 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 66, Rn. 49; LSG Baden-Württemberg vom 15.09.2006 – L 7 SO 4051/06 ER-B, Rn. 5.

401 Jedenfalls im öffentlichen Recht folgt aus Art. 19 IV GG eine vollständige richterliche Rechtskontrolle, *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG III, Art. 19 IV, Rn. 183.

402 *Mengel,* Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, S. 102f., für § 2 I 3 SGB V mit dem Hinweis, dass ein Leitlinie damit „faktisch mit der Autorität des Rechts" ausgestattet werden kann.

403 Zu den verfassungsrechtlichen Problemen bei einer dynamischen Verweisung unmittelbar durch Gesetz, siehe *Mengel,* Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, S. 124ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zahl und Inhalt der Expertenstandards angeht, die Verbindlichkeitserklärung erfolgt jedoch nur für Expertenstandards, die nach dem Verfahren des § 113a SGB XI entwickelt wurden. Gleiches gilt für die Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI.[404]

Die Zulassung nach § 72 SGB XI erfolgt formal betrachtet durch Versorgungsvertrag. Vertragsparteien sind dabei nach § 72 II SGB XI der Träger der Pflegeinrichtung auf der einen Seite und die Landesverbände der Pflegekassen des jeweiligen Bundeslandes (§§ 81 I, 52 I SGB XI) auf der anderen Seite. Mit den überörtlichen Trägern der Sozialhilfe ist lediglich ein Einvernehmen erforderlich. Trotz des Abschlusses des Vertrages auf der Ebene nur eines Bundeslandes gilt der Vertrag nach § 72 II 2 SGB XI ausdrücklich für das gesamte Bundesgebiet. Die Struktursollensanforderungen nach § 72 III Nr. 1, 2 SGB XI selbst sind jedoch beim Abschluss des Versorgungsvertrages nicht dispositiv, so dass der Schluss vom Steuerungsinstrument Vertrag auf den Steuerungstyp Kooperation nur bei einer sehr formalen Betrachtungsweise möglich ist.[405] Es ist auch schwierig, Kooperation darin zu sehen, dass es dem Pflegedienst frei steht, sich überhaupt zulassen zu lassen. Da die Pflegesachleistungen deutlich höher ausfallen als das Pflegegeld, kann eine wirtschaftlich sinnvolle und legale Erbringung entgeltlicher Pflegeleistungen durch professionelle Pflegekräfte nur in Form der Pflegesachleistung erfolgen, und eben diese können erst nach Zulassung erbracht werden. Für die Zulassung haben die Landesverbände der Pflegekassen ein Monopol. Ein Pflegedienst ist damit zumindest faktisch zum Abschluss des Versorgungsvertrages mit den Landesver-

404 Teilweise wird eine fehlende demokratische Legitimation der Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI bemängelt, siehe *Bieback,* Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, S. 20; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 113, Rn. 9. Die Problematik ist grundsätzlich vergleichbar mit der aktuellen Diskussion für die Pflegetransparenzvereinbarungen und wird an dieser Stelle ausführlich erörtert. Für die gegenwärtig geltenden Maßstäbe und Grundsätze nach § 113 SGB XI gelten diese Bedenken jedoch nur eingeschränkt, da diese durch die Schiedsstelle nach § 113b II SGB XI festgesetzt wurden und die Schiedsstelle anders als die Vertragsparteien nach § 113 I 1 SGB XI unter der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit steht, § 113b IV SGB XI.

405 Selbst bei einer Betrachtungsweise, die sich an den eher formalen Definitionen für hierarchische und kooperative Steuerung orientiert, ist die Einordnung schwierig. Insbesondere misslingt der Schluss vom Steuerungsinstrument Verwaltungsakt auf den Steuerungstyp Hierarchie in dieser Situation. Definiert man Hierarchie mit einem „institutionalisierten Über-/ Unterordnungsverhältnis, welches die Handlungsautonomie der untergeordneten Akteure entscheidend einschränkt oder beseitigt“ und Kooperation damit, dass die Akteure „institutionell gleichgestellt sind, also kein Akteur durch die erzielte Einigung gegen seinen Willen gebunden werden kann“ (siehe *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118, 119f.) dann wäre eine Zulassung durch Verwaltungsakt so wie jeder begünstigende Verwaltungsakt keinem der Steuerungstypen eindeutig zuordenbar. Zwar liegt ein Über-/ Unterordnungsverhältnis vor, die Handlungsautonomie des untergeordneten Akteurs ist jedoch formal nicht eingeschränkt, da dieser selbst entscheidet, ob er einen Antrag stellt oder nicht. Nur der Erlass eines Verwaltungsaktes, der zur Leistungserbringung verpflichtet, wäre eindeutig hierarchisch. Insbesondere in Fällen, in denen der Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes durch den Abschluss eines Vertrages ersetzt wird, ist damit für den ursprünglich untergeordneten Akteur nicht zwingend ein Mehr an Handlungsautonomie verbunden. In diesen Situationen ist die Zuordnung zum Steuerungstyp Kooperation zumindest kritisch zu hinterfragen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bänden der Pflegekassen gezwungen. Andererseits besteht bei Erfüllung aller Voraussetzungen auch für die Landesverbände der Pflegekassen die Pflicht zum Abschluss eines Versorgungsvertrages. Tatsächlich unterscheidet sich die Situation damit nicht von der Zulassung durch Verwaltungsakt, auf den bei Erfüllung aller Voraussetzungen ein Anspruch besteht. Im Ergebnis kann man sagen, dass mit dem Versorgungsvertrag formal kooperativ gehandelt wird, aber der Inhalt durch zwingendes Gesetz und damit durch Hierarchie vorgegeben ist. Die hierarchischen Vorgaben sind hier jedoch so intensiv, dass von der Kooperation inhaltlich nichts übrig bleibt und zwar weder für den gesellschaftlichen noch für den staatlichen Akteur. Die Motivation zum Vertragsabschluss auf Seiten der Pflegedienste entsteht auch nicht durch einen „Schatten der Hierarchie"[406], da die zwangsweise Verpflichtung zur Leistungserbringung nicht ernsthaft droht, sondern die Motivation entsteht aufgrund der beschriebenen wirtschaftlichen Zwänge. Ob man die Zulassung durch Versorgungsvertrag als gebundene oder beiderseitig erzwungene Kooperation oder letztlich konsequent als Hierarchie bezeichnet, hat keine Auswirkungen auf die Auslegung und die Wirkungen des § 72 SGB XI und ist daher letztlich eine reine Begriffsfrage. Allerdings kritiklos von Kooperation zu sprechen, würde bedeuten, die Augen vor den mit kooperativem Handeln assoziierten Wirkungen zu verschließen. Bei im Wege der Kooperation gefundenen Ergebnissen wird allgemein erwartet, dass über etwas verhandelt wurde. Denn durch die Möglichkeit der Verhandlung soll im Vergleich zu hierarchisch vorgegebenen Ergebnissen eine höhere Akzeptanz des Ergebnisses entstehen und möglicherweise auch ein besseres Ergebnis gefunden werden.[407] Erst diese erwartete höhere Akzeptanz sowie das bessere Ergebnis machen Kooperation zu einem modernen Steuerungsmodus, der dem der Hierarchie aus dem Blickwinkel der Steuerung in bestimmten Situationen überlegen ist. Jedenfalls diese Überlegenheit ist für § 72 SGB XI nicht zu erwarten. Vielmehr hat der Gesetzgeber hier nur formal modern gehandelt.

Werden ausschließlich oder zusätzlich Leistungen nach dem SGB XII bezogen, so gelten die Sollensanforderungen an den Pflegebedürftigen nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII (Erforderlichkeit der Kosten) und nach § 66 IV 2 SGB XII (Sicherstellung der Pflege) unmittelbar durch gesetzliche Anordnung. Bei der Erbringung von Pflegesachleistungen im Geltungsberiech des § 75 V 1 SGB XII gilt das zum SGB XI Gesagte. Bei Abschluss eines Vertrages nach § 75 III SGB XII werden die Qualitätsanforderungen durch Einigung der Vertragsparteien verbindlich. Im Unterschied zu § 72 III SGB XI ist die Qualität der Leistungen inhaltlich bei § 75 III Nr. 1 SGB XII noch nicht gesetzlich bestimmt.[408]

---

406 Siehe *Börzel,* Der "Schatten der Hierarchie" - Ein Governance-Paradox, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 118, 119f.

407 *Voigt,* Der kooperative Staat: Auf der Suche nach einem neuen Steuerungsmodus, in: *Voigt* (Hrsg.), Der kooperative Staat, S. 33, 62f., diese Vorteile kann man allgemein als Kooperationsgewinn bezeichnen, *Scharpf,* Zur Theorie von Verhandlungssystemen, in: *Benz/Scharpf/Zintl* (Hrsg.), Horizontale Politikverflechtung, S. 11, 21.

408 *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Umsetzung in der Praxis

Die Umsetzung in der Praxis erfolgt durch den Leistungserbringer. Bei der Leistungserbringung werden idealer Weise alle Sollensanforderungen eingehalten, was durch gleichzeitige oder nachträgliche Kontrolle geprüft wird.

d) Überwachung

Die Erfüllung von Anforderungen kann von verschiedenen Personen überwacht werden. So können die an der Leistungserbringung unmittelbar Beteiligten, nämlich Leistungserbringer und Leistungsempfänger, selbst kontrollieren, ob die Anforderungen erfüllt werden. Auch die zwar außerhalb der Leistungserbringung stehenden, aber doch dem Lager des Leistungsempfängers zuzurechnenden Angehörigen können eine Überwachungsfunktion wahrnehmen. Der Leistungserbringer mag zwar für die Überwachung über die nötigen Informationen verfügen, ob aber in jedem Fall eine starke Motivation zur Überwachung der eigenen Arbeit besteht, darf bezweifelt werden. Bei Leistungsempfänger und Angehörigen sind es die im Grundlagenteil bereits beschriebenen besonderen Eigenschaften der Pflegedienstleistungen[409], die zu einem Informationsdefizit führen und eine Überwachung für diese schwierig machen. Deshalb werden vom Gesetzgeber besondere Einheiten, seien es Behörden oder beauftragte Dritte, mit dem nötigen Fachwissen mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, die dann eine effektive Überwachung gewährleisten sollen.[410] Die Überwachung der besonderen Einheiten wird unter aa), die der übrigen Beteiligten unter bb) dargestellt.

aa) Staatlich initiierte Überwachung

(1) Struktursollensanforderungen

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnungen nach § 2 I AltPflG, § 2 I KrPflG werden vor Erlaubniserteilung geprüft. Eine Überwachung der Voraussetzungen in § 2 I Nr. 2, 3 KrPflG und § 2 I Nr. 2, 3 AltPflG, deren Wegfall einen Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung ermöglicht, findet nach diesen Gesetzen nicht statt. Bei den Kompetenzerhaltungsanforderungen nach den Berufsordnungen in Bremen, Hamburg und dem Saarland besteht für den professionell Pflegenden eine Nachweispflicht[411] gegenüber der zuständigen Behörde.

---

409 Siehe Pkt. B. II. 2. a) bb) (1) (b) (aa).

410 So werden beispielsweise für die Prüfung der Pflegeeinrichtungen nach § 114 SGB XI der Medizinische Dienst der Krankenversicherung oder ein bestellter Sachverständiger beauftragt.

411 § 5 I Nr. 2 lit. e der Berufsordnung für staatlich anerkannte Pflegeberufe Bremen verlangt einen Nachweis bei der Senatorin für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales. Nach § 6 II 2

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Struktursollensanforderungen nach dem SGB XI und SGB XII, die unmittelbar zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer wirken, werden beim Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI oder nach § 125 SGB XI, der Zulassung nach § 77 I SGB XI oder der Anstellung nach § 77 II SGB XI, beziehungsweise beim Abschluss der Vereinbarung nach § 75 III SGB XII geprüft. Da die Zulassung nach § 72 III 1 2.HS SGB XI bedarfsunabhängig erfolgt und bei Erfüllung aller Voraussetzungen ein Anspruch auf Abschluss des Versorgungsvertrages nach § 72 SGB XI besteht, hat die Prüfung im Wesentlichen qualitätssichernde Funktion. Die auch für die Zukunft wirkenden Struktursollensvoraussetzungen (vgl. „solange" in § 72 III 1 2. HS SGB XI) können bei den Regelprüfungen nach § 114 II 4 SGB XI mit einbezogen werden. Die Struktursollensanforderungen, die sich bei ausschließlichem oder gleichzeitigem Leistungsbezug nach dem SGB XII an den Pflegebedürftigen richten, also nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII das Erfordernis der Geeignetheit der besonderen Pflegekraft und nach § 66 IV 2 SGB XII die Sicherstellungsverpflichtung, werden als Anspruchsvoraussetzung für die Kostenübernahme nach § 65 I 2 Var. 1 SGB XII durch den Sozialhilfeträger geprüft. Für § 66 IV 2 SGB XII verlangt die Rechtsprechung zumindest die Vorlage eines Angebotes beim Sozialhilfeträger, das die erforderlichen Pflegeverrichtungen und das dafür notwendige Personal beschreibt.[412]

(2) Prozess- und Ergebnissollensanforderungen

Anders als bei den Struktursollensanforderungen, die zu einem großen Teil vor der Zulassung zur Leistungserbringung geprüft werden können und auch tatsächlich geprüft werden, wird die Einhaltung der Prozess- und Ergebnissollensanforderungen regelmäßig erst nach Erbringung der zu bewertenden Leistungen geprüft. Zwar ist eine gleichzeitige Prüfung theoretisch möglich, praktisch kann eine solche zumindest nicht flächendeckend und dauerhaft erfolgen, da dafür ein Prüfer ständig vor Ort sein müsste.

(a) Kein Leistungsbezug

Die durch die Berufsordnungen von Bremen, Hamburg und dem Saarland statuierten Prozess- und Ergebnissollensanforderungen werden nicht gesondert überwacht. Hingegen enthalten die Nachfolgegesetze der Länder zum Bundesheimgesetz, die Prozess- oder Ergebnissollensanforderungen für selbständige betreute Wohngruppen enthalten, regelmäßig auch Vorschriften zu deren Überwachung, wobei sowohl beim Prüfumfang[413] als auch beim Prüfanlass Unterschiede bestehen. Um überhaupt die Möglichkeit

---

Pflegekräfte-Berufsordnung Hamburg ist ein Nachweis bei der für das Gesundheitswesen zuständigen Stelle zu erbringen und nach § 6 II 2 der Berufsordnung für Pflegefachkräfte im Saarland ist der Nachweis gegenüber dem Landesamt für Soziales, Gesundheit und Verbraucherschutz zu erbringen.

412 LSG Baden-Württemberg vom 15.09.2006 – L 7 SO 4051/06 ER-B, Rn. 5.

413 Der Prüfumfang ist begrenzt durch die Sollensanforderungen, die jeweils gestellt werden. So wird in Mecklenburg-Vorpommern nach § 16 II 2 EQG M-V nur nach Gefahren für Leib, Leben und Freiheit der Pflegebedürftigen geprüft.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu haben, eine Prüfung durchführen zu können, wird die Kenntnis der zuständigen Behörde von der Existenz einer Wohngruppe durch eine Anzeigepflicht gewährleistet.[414] So wird in Bayern nach Art. 21 II 1 PfleWoqG einmal jährlich die Qualität der Betreuung und Pflege kontrolliert. Anlassbezogene Qualitätsprüfungen erfolgen in Berlin nach § 18 WTG, in Mecklenburg-Vorpommern nach 16 II 2 EQG M-V und in Schleswig-Holstein nach § 8 II SbStG. In Hamburg gibt es aufgrund des umfassenden Anwendungsbereiches des Hamburgischen Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetzes eine Anzeigepflicht für jeden Pflegedienst nach § 23 I HmbWBG. Prüfungen ambulanter Pflegedienste erfolgen stichprobenartig sowie anlassbezogen, § 30 I Nr. 4 HmbWBG. Auch in Hessen besteht für ambulante Pflegedienste vor Betriebsaufnahme nach § 10 I HGBP eine Anzeigepflicht. Anders als für stationäre Einrichtungen, für die zusätzlich § 10 II HGBP gilt, muss die Anzeige bei ambulanten Einrichtungen keine Informationen zu den Struktursollensanforderungen, wie insbesondere die fachliche Eignung der Beschäftigten nach § 9 I Nr. 2 HGBP, enthalten. Allerdings kann die zuständige Behörde weitere für die „Aufgabenerfüllung" erforderliche Angaben verlangen. Dies sind dann doch wieder alle für die Prüfung der Voraussetzungen nach § 9 I HGBP erforderlichen Angaben, da zur „Aufgabenerfüllung" auch die Prüfung einer Untersagungsmöglichkeit nach § 22 I HGBP gehört und diese die Nichterfüllung einer der Voraussetzungen des § 9 HGBP erfordert. Die Anzeigepflicht hat damit durchaus eine eigene Bedeutung für die Prüfung der Struktursollensanforderungen, sie dient aber vor allem dazu, der zuständigen Behörde Kenntnis über eine Betriebsaufnahme zu verschaffen und dadurch Prüfungen der Einrichtung zu ermöglichen. Allerdings ist für ambulante Einrichtungen aufgrund des Wortlauts von § 16 I HGBP[415] schon fraglich, ob überhaupt Prüfungen von ambulanten Einrichtungen möglich sind. Der erste Halbsatz des § 16 I HGBP nennt mit Einrichtungen nach § 2 I Nr. 1 HGBP nur stationäre Einrichtungen für die Regelprüfungen. Der Bezug des zweiten Halbsatzes für die anlassbezogenen Prüfungen ist hingegen unklar. Daher wird vertreten, es fehle an der für einen Grundrechtseingriff bei den Betreibern von ambulanten Einrichtungen für eine Ermächtigungsgrundlage notwendigen Bestimmtheit, weshalb auch § 16 I 2. HS HGBP nicht für ambulante Einrichtungen gelten könne.[416] Dann wäre eine Prüfung ambulanter Einrichtungen insbesondere ambulant betreuter Wohngruppen nur nach § 16 VIII HGBP möglich, um zu prüfen, ob es sich um eine stationäre oder ambulante Einrichtung handelt. Allerdings ist zu bedenken, dass sich die Frage der Bestimmtheit erst nach Anwendung aller Auslegungsmethoden und nicht bereits nach der reinen Wortlautauslegung stellt.[417] Der Wortlaut bestimmt

414 In Bayern nach Art. 21 I 2, 3 PfleWoqG, in Berlin nach § 14 WTG, Schleswig-Holstein nach § 13 SbStG

415 § 16 I HGBP: „Einrichtungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 sind in regelmäßigen Abständen durch die Behörde zu prüfen; anlassbezogene Prüfungen bleiben unberührt."

416 *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 6f., 9.

417 Für unbestimmte Rechtsbegriffe: *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG III, Art. 20, VII., Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lediglich die äußeren Grenzen der Auslegung.[418] Aus der Historie lässt sich nicht klar entnehmen, ob Anlassprüfungen bei ambulanten Einrichtungen möglich sein sollten.[419] Etwas anderes gilt für die systematische und teleologische Auslegung, insbesondere ist die Systematik mehr als nur die folgenden Absätze des § 16 HGBP. So regelt § 22 I HGBP als stärkste Form von Sanktion bei festgestellten Mängeln ausdrücklich auch für ambulante Einrichtungen, nämlich die Untersagung des Betriebes, wenn Anordnungen zur Mängelbeseitigung nach § 18 HGBP nicht ausreichen. Wie, wenn nicht durch (anlassbezogene) Prüfungen, sollen diese Mängel festgestellt werden. Auch aus den Aufgabenzuweisungen in § 1 I HGBP und § 4 HGBP ergibt sich, dass anlassbezogene Prüfungen im gesamten Geltungsbereich des HGBP möglich sein sollen. So beschreibt § 4 S. 1 HGBP den typischen Anlass für eine anlassbezogene Prüfung, nämlich „Anregungen, Hinweise und Beschwerden". § 4 S. 2 HGBP beschreibt dann die Folge, nämlich die Pflicht der Behörde zu handeln, d.h. „den Beschwerden unverzüglich nachzugehen". Auch dies ist beispielsweise durch eine anlassbezogene Prüfung möglich. Bei dieser Auslegung handelt es sich auch nicht um einen unzulässigen Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis, denn mit § 16 I HGBP besteht eine Befugnisnorm, die lediglich der Auslegung bedarf. Aus dem Sinn und Zweck der Befugnis zu anlassbezogenen Prüfungen im Zusammenhang mit den dadurch zu erfüllenden Aufgaben ergibt sich damit klar, dass anlassbezogene Prüfungen bei allen Pflegeeinrichtungen möglich sein sollen. Da diese Auslegung die Wortlautgrenze des § 16 I 2. HS nicht überschreitet, enthält § 16 I 2. HS HGBP die Befugnis zur anlassbezogenen Prüfung bei ambulanten Diensten.

(b) Ausschließlich Leistungsbezug nach dem SGB XI

Die Einhaltung der Anforderungen durch ambulante Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 72 I SGB XI nach dem SGB XI erfolgt durch Qualitätsprüfungen nach § 114 SGB XI. Verantwortlich für die Durchführung der Prüfung sind die Landesverbände der Pflegekassen. Die Prüfungen selbst werden vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) oder von bestellten Sachverständigen im Auftrag der Landesverbände der Pflegekassen durchgeführt. Es gibt drei Arten von Prüfungen: Regelprüfungen, Anlassprüfungen und Wiederholungsprüfungen.

---

418 *Larenz/Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 163f.; a.A. *Wank,* Die Auslegung von Gesetzen, S. 42, der die Grenzen der Auslegung mit den Sinn des Gesetzes bestimmen will.

419 Zwar lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht eindeutig entnehmen, dass von dem ursprünglichen Entwurf, der eindeutig Anlassprüfungen bei ambulanten Einrichtungen ermöglichte, vgl. LT-Drucks. 18/3763, S. 8, abgewichen werden sollte. Auch wurde der allgemeine Zweck des Gesetzes, nämlich der umfassende Schutz von Pflegebedürftigen auch in häuslicher Umgebung, LT-Drucks. 18/3763, S. 15, nicht geändert. Damit könnte man für die Endfassung annehmen, es liege lediglich der (möglicherweise missglückte) Versuch einer redaktionellen Änderung vor, was für eine anlassbezogene Prüfkompetenz sprechen würde. Aber auch die Argumentation, die Änderung des Wortlautes sollte auch zu einer inhaltlichen Änderung führen, dies sei lediglich aus politisch-taktischen Gründen nicht kommuniziert worden, erscheint vertretbar, vgl. *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 7.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Regelprüfungen sollen mindestens einmal jährlich erfolgen. Der Prüfungsumfang ergibt sich aus § 114 II SGB XI. Im Vordergrund steht dabei die Prüfung der Ergebnisqualität. Nach § 114 III SGB XI kann sich der Prüfungsumfang durch vorangegangene andere staatliche Prüfungen verringern. In Betracht kommen hier vor allem Prüfungen nach den Nachfolgegesetzen der Länder zum Bundesheimgesetz, die aber im Bereich der häuslichen Pflege, wie eben beschrieben, nur sehr eingeschränkt existieren. Auch durch private vom Einrichtungsträger veranlasste Prüfungen kann sich der Prüfungsumfang verringern, § 114 IV SGB XI. Allerdings kann die Prüfung der Ergebnisqualität durch den MDK oder den bestellten Sachverständigen nach § 114 IV 3 SGB XI nicht durch eine von der Pflegeinrichtung veranlasste Prüfung ersetzt werden. Gleiches soll für die Prüfungen nach § 114 III SGB XI gelten.[420] Da es im Ergebnis durch vom Einrichtungsträger veranlasste Prüfungen zu keiner nennenswerten Verringerung des Prüfumfangs kommt, weil die Ergebnisqualität nach § 114 II 3 SGB XI den Schwerpunkt der Regelprüfung darstellt, dürfte das Ziel von § 114 IV SGB XI, nämlich die Flexibilisierung des Prüfgeschehens und die Stärkung des internen Qualitätsmanagements,[421] kaum zu erreichen sein.

Anlassprüfungen erfolgen zwar aufgrund eines konkreten Prüfanlasses, es wird dann aber eine vollständige Prüfung durchgeführt, § 114 V 1 SGB XI.

Eine Wiederholungsprüfung dient vor allem dem Interesse der Pflegeeinrichtung, um nachzuweisen, dass die bei einer vorher durchgeführten Regel- oder Anlassprüfung festgestellten Mängel beseitigt wurden. Aufgrund der negativen wirtschaftlichen Folgen festgestellter Mängel (insbesondere durch die Veröffentlichung der Prüfberichte) wird das Interesse der Pflegeinrichtung an einer Wiederholungsprüfung durch Art. 12 I GG rechtlich geschützt.[422] Dies wirkt sich auch auf die Ausgestaltung des Anspruches auf eine Wiederholungsprüfung aus. So besteht grundsätzlich ein Ermessen der Landesverbände der Pflegekassen, wenn jedoch wesentliche Teile der Pflegequalität von den Mängeln betroffen waren und der Pflegeeinrichtung unzumutbare Nachteile drohen, hat die Pflegeeinrichtung einen gebundenen Anspruch, § 114 V 5 SGB XI. Vor Erreichen der Belastungsschwelle des § 114 V 5 SGB XI sind die rechtlich geschützten Interessen der Pflegeeinrichtung bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Die Kosten für eine Wiederholungsprüfung hat in jedem Fall die Pflegeeinrichtung zu tragen.[423]

Die Art und Weise der Durchführung der Prüfung regelt § 114a SGB XI. Dabei ist wesentlich, dass die Prüfung am Ort der Pflege durchgeführt wird, wobei Prüfungen ambulanter Pflegeeinrichtungen einen Tag vorher angekündigt werden,[424] § 114a I, 1, 3

420 BT-Drucks. 16/8525, S. 102; 16/9980, S. 6.

421 BT-Drucks. 16/8525, S. 103; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 114, Rn. 17.

422 BT-Drucks. 16/8525, S. 103.

423 Detailliert zu den Voraussetzungen der Kostentragung, der Rechtsnatur der Kostenrechnung und der Höhe der Kosten, SG Darmstadt vom 24.01.2011 – S 18 P 25/10.

424 Vor der Änderung durch das Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 erfolgte jedenfalls nach dem Gesetz auch die Prüfung ambulanter Einrichtungen unangemeldet. Da jedoch aus organisatori-

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

SGB XI. Damit die Prüfung vor Ort auch tatsächlich durchgeführt werden kann, haben die Pflegeeinrichtungen eine Mitwirkungspflicht nach § 114 I 4 SGB XI.[425] Inwieweit ein Recht zum Betreten der nach Art. 13 GG geschützten Wohnung des Pflegebedürftigen besteht, ist in § 114a II SGB XI geregelt. Mit Einwilligung des Wohnungsinhabers ist ein Betreten sowohl bei der stationären als auch bei der häuslichen Pflege zulässig, § 114a II 3, 4 SGB XI. Ein Betretungsrecht ohne Einwilligung des Pflegebedürftigen zur Abwendung drohender Gefahren gibt es hingegen für die häusliche Pflege nicht, sondern nach § 114a II 3 SGB XI nur bei Heimbewohnern. Was inhaltlich genau Gegenstand der Prüfung ist, ergibt sich aus §§ 114 III SGB XI i.V.m. der Richtlinie[426] nach § 114 VII SGB XI. Die Inaugenscheinnahme des pflegerischen Zustandes von Pflegebedürftigen erfolgt dabei als Stichprobe (Nr. 6 Absatz 8 der Richtlinie), wobei sich aus dem Anhang zur Richtlinie und der MDK-Anleitung zu der Richtlinie ergibt, dass die Inaugenscheinnahme sowohl die unmittelbare Kontrolle des gegenwärtigen Zustandes des Pflegebedürftigen als auch eine Plausibilitätskontrolle der Pflegedokumentation enthält.[427] Eine Erweiterung der Stichprobe ist nach § 114 V 2 SGB XI[428] möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte für Defizite bei anderen Pflegebedürftigen im Rahmen der Prüfung sichtbar werden. Bedenklich ist die Ausgestaltung der Befragung nach § 114 III 2 SGB XI in der Richtlinie. Zum einen ist nur die Befragung des Pflegebedürftigen vorgesehen. Dies ergibt sich aus Nr. 6 Absatz 8 der Richtlinie sowie Nr. 17 der Anlage zur Richtlinie, wo lediglich ein Erhebungsbogen zur Kontrolle der Zufriedenheit des Leistungsempfängers vorgesehen ist. Insbesondere fehlt damit die Grundlage für seine systematische Befragung der Angehörigen und gegebenenfalls des Betreuers. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund bedenklich, dass damit keine subjektiven Qualitäts-

---

schen Gründen regelmäßig die Anwesenheit der Pflegedienstleitung erforderlich ist, soll die Benachrichtigung am Tag zuvor dazu dienen, dies sicherzustellen, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 49.

425 Die Folgen der Verweigerung der Mitwirkung sind nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die Prüfer selbst, also der medizinische Dienst der Krankenversicherung oder die bestellten Sachverständigen, haben keine Möglichkeit, die Erfüllung der Mitwirkungspflicht zu erzwingen. Fraglich ist, ob die Pflicht zur Mitwirkung von den Landesverbänden der Pflegekassen durch Verwaltungsakt festgesetzt und durchgesetzt werden kann oder ob bei Verweigerung der Mitwirkung unmittelbar die Sanktionen festgesetzt werden können, die bei einem mangelhaften Prüfergebnis zur Verfügung stehen. Gegen die Möglichkeit der Verpflichtung durch Verwaltungsakt und anschließender Vollstreckung mit Verweis auf Art. 13 GG, *Roller,* VSSR 2001, S. 335, 341f.

426 Die aktuellen Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI vom 17.01.2014 gelten ab 01.02.2014 (abrufbar unter: http://www.mds-ev.de/media/pdf/Pruefgrundlagen_ambulante_Pflege _14_02_01. pdf, besucht am 21.07.2014).

427 Sowohl die Inaugenscheinnahme als auch die Einsicht in die Pflegedokumentation bedürfen der Einwilligung des Pflegebedürftigen, § 114a III 4, 5 SGB XI.

428 Nach dieser Vorschrift kann bei jeder Form der Prüfung eine Erweiterung stattfinden. Praktisch relevant dürfte dies aber vor allem bei stationärer Pflege sein, denn bei ambulanten Leistungen befinden sich die nicht zur Stichprobe gehörenden Pflegebedürftigen nicht in räumlicher Nähe. Allenfalls bei systematischen Dokumentationsmängeln wird auch im ambulanten Bereich eine Erweiterung angezeigt sein.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kriterien bei schwer dementen Pflegebedürftigen erhoben werden, denn selbst wenn ein schwer dementer Pflegebedürftiger zum Stichprobenumfang gehört, wird, wenn die unmittelbare Befragung des Pflegebedürftigen unmöglich ist, ein anderer Pflegebedürftiger mit gleicher Pflegestufe an dessen Stelle ausgewählt (Nr. 6 Absatz 8 der Richtlinie). Aber auch vor dem Hintergrund, dass durch die Pflegewissenschaften eine Kooperation von professionellen und nichtprofessionellen Pflegekräften als Idealbild häuslicher Pflege angesehen wird,[429] ist die fehlende Grundlage für eine systematische Befragung der pflegenden aber auch der (noch) nicht pflegenden Angehörigen insgesamt bedenklich. Zwar bleibt eine Befragung der Angehörigen im Einzelfall möglich, dies genügt aber nicht, um anschließend die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen vergleichen zu können, da dies nur bei Anwendung gleicher Prüfkriterien möglich ist.

Aus der Richtlinie zu § 114 VII SGB XI und der MDK-Anleitung zu der Richtlinie wird ersichtlich, dass es für einzelne Qualitätssicherungsinstrumente eine eigene Qualitätssicherung geben kann, die zumindest Elemente des Qualitätskreislaufes enthält. So gibt es in der Richtlinie Strukturanforderungen an die Qualifikation des Prüfteams. Auch enthält die Richtlinie selbst eine Anpassungsklausel, um zu gewährleisten, dass auch die Prüfungen dem Stand der Pflegewissenschaft, der Medizin und der Rechtsprechung entsprechen. Es gibt damit gewissermaßen eine Qualitätssicherung der Qualitätssicherung.

Die Kontrolle bei häuslicher Pflege findet nur in dem Umfang statt, indem Leistungen durch einen Pflegedienst erbracht werden, die nur aufgrund der Zulassung nach § 72 SGB XI erbracht werden dürfen, da auch nur insoweit die Qualitätsanforderungen der §§ 11 I 1, 113, 113a SGB XI verbindlich sind. Dies sind nur die Pflegesachleistungen nach §§ 36, 38 SGB XI, nicht jedoch Leistungen nach §§ 37, 39 SGB XI, sollten diese gerade bei § 37 SGB XI ausnahmsweise durch einen Pflegedienst erbracht werden. Bei der Kombination von Geld- und Sachleistungen nach § 38 SGB XI ist das Prüfteam des MDK „auf einem Auge blind“ und begutachtet nur den Sachleistungsanteil.

Das Ergebnis der Kontrolle wird durch das MDK-Prüfteam in einem Prüfbericht zusammengefasst, welcher innerhalb von 3 Wochen zu erstellen ist (Nr. 9 Absatz 1 der Richtlinie). Dieser Prüfbericht geht dann u.a. an den Auftraggeber der Prüfung, die Landesverbände der Pflegekassen. Bei schwerwiegenden Mängeln sind die Landesverbände der Pflegekassen unverzüglich zu benachrichtigen.

Für nach § 125 SGB XI zugelassene Betreuungsdienste gilt das zu den ambulanten Pflegeeinrichtungen Gesagte analog im Hinblick auf die erbrachten Betreuungsleistungen. Bei einer Zulassung von Einzelpersonen nach § 77 I SGB XI ist die Prüfung der Qualität nach § 77 I 2 1.HS SGB XI im Vertrag mit der jeweiligen Einzelperson zu regeln. Dabei kann die Pflegekasse jede Art der Kontrolle vereinbaren, mit der sie ihrer

429 Das Lösungspotential des Care-Mix als Teil des Welfare-Mix wird im Rahmen der Auswertung ausführlich untersucht.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sicherstellungsfunktion aus § 69 SGB XI gerecht wird. Die Kontrolle angestellter Einzelpersonen nach § 77 II SGB XI kann innerhalb des Anstellungsverhältnisses erfolgen. Die Pflegekasse ist als Arbeitgeber hier weisungsbefugt.

(c) Zusätzlicher oder ausschließlicher Leistungsbezug nach dem SGB XII

Soweit bei gleichzeitigem Bezug von Hilfe zur Pflege nach § 75 V 1 SGB XII die Sollensanforderungen des SGB XI gelten, gibt es keine eigenständige Prüfung durch den Träger der Sozialhilfe. Bei Geltung der Sollensanforderungen aus der Vereinbarung nach § 75 III Nr. 1 SGB XII werden diese durch den Träger der Sozialhilfe geprüft, wobei Inhalt und Verfahren der Prüfungen nicht gesetzlich vorgegeben sind, sondern zwischen dem Leistungserbringer und dem Träger der Sozialhilfe nach § 76 III 1 SGB XII vereinbart werden.[430] Die Sollensanforderungen aus § 65 I 2 Var. 1 SGB XII und § 66 IV 2 SGB XII, die sich an den Pflegebedürftigen richten, führen zwar bei nachträglichem Wegfall auch zum Wegfall des Anspruches auf Kostenübernahme. Prüfungen nach dem Zeitpunkt der Erstbewilligung, ob die Voraussetzungen auch weiterhin vorliegen, sind jedoch nicht vorgesehen. Allerdings hat der Pflegebedürftige nach § 60 I 1 Nr. 2 SGB I die Pflicht für die Leistung wesentliche Änderungen in den Verhältnissen mitzuteilen.

bb) Sonstige am Pflegeprozess Beteiligte

Eine Überwachung der Qualität der Pflegeleistungen erfolgt nicht nur aufgrund staatlicher Veranlassung, sondern auch aus eigenem Antrieb bei den sonstigen am Pflegeprozess Beteiligten. Trotz aller Schwierigkeiten aufgrund der Eigenschaften von Pflegeleistungen als Erfahrungsgut werden der Pflegebedürftige und seine Angehörigen die Qualität der empfangenen Maßnahmen für sich bewerten. Dabei spielen die Angehörigen eine umso größere Rolle, je weniger der Pflegebedürftige dazu selbst in der Lage ist. Auch ein Großteil der Leistungserbringer wird die Erbringung der Pflegeleistungen überwachen. Die formal außerhalb des Leistungserbringungsprozesses stehenden Vertreter von Presse, Rundfunk und Fernsehen haben ebenfalls eine Überwachungsfunktion, wenn sie über mögliche Pflegemissstände berichten. Die Stellung des Pflegebedürftigen und seiner Angehörigen als Überwacher der Pflegeleistungen wird gestärkt, wenn ihnen Einsichtsrechte in die Pflegedokumentation zustehen, da sie dann zumindest einen Teil ihres Informationsdefizits beseitigen können. Für den Pflegebedürftigen folgt ein solches Einsichtsrecht bereits als Nebenpflicht aus dem Pflegevertrag.[431] Ein unmittel-

430 Zu den Mindestinhalten der Vereinbarung, die aus der Gewährleistungsverantwortung des Sozialhilfeträgers abgeleitet werden: *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 76, Rn. 114.

431 So für die stationäre Pflege LG Karlsruhe vom 22.01.2010 - 9 S 311/09 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zum Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, vgl. BGH vom 23.11.1982 – VI ZR 222/79, Rn. 13ff. Zwischen dem Pflegevertrag bei stationärer Pflege und dem Pflegevertrag bei häuslicher Pflege gibt es keine Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bares Einsichtsrecht der Angehörigen lässt sich auf diese Weise mangels vertraglicher Beziehung zum Pflegedienst jedoch nicht herleiten. Es bleibt damit nur ein Einsichtsrecht vermittelt durch den Pflegebedürftigen. Allerdings ist das Einsichtsrecht als höchstpersönliches Recht in diesem Fall nicht abtretbar,[432] so dass nur eine Geltendmachung im Namen der Pflegebedürftigen nach Bevollmächtigung bleibt.

Eine andere Frage ist, welche Sollensanforderungen die hier genannten weiteren Überwacher ihrer Überwachung zugrunde legen. So werden Pflegebedürftiger und Angehöriger vorrangig am subjektiven Wohlbefinden interessiert sein, was nicht zwingend mit den oben beschriebenen objektiven Sollensanforderungen übereinstimmen muss.[433] Die Leistungserbringer hingegen befinden sich im Spannungsfeld von objektiven Sollensanforderungen, subjektiven Vorstellungen der Pflegebedürftigen und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen. Die Erfüllung der objektiven Sollensanforderungen liegt im Interesse der Leistungserbringer, um möglichen Sanktionen der Leistungsträger vorzubeugen. Da aber auch der Pflegebedürftige als Kunde erhalten bleiben soll, haben auch dessen Vorstellungen ein gewisses Gewicht und der wirtschaftliche Druck für die Leistungserbringer ist offensichtlich. Presse, Rundfunk und Fernsehen werden für die öffentliche Meinungsbildung eher auf die subjektiven Vorstellungen der Pflegebedürftigen zurückgreifen als auf die vorwiegend recht technischen objektiven Sollensanforderungen.

e) Reaktion auf die Überwachungsergebnisse

Bei der Reaktion auf die Überwachungsergebnisse kann man wiederum unterscheiden zwischen den Reaktionen der staatlichen Stellen, denen besondere rechtliche Instrumente zu Verfügung stehen, und den Reaktionen der sonstigen Beteiligten. Bei den sonstigen Beteiligten werden nur die Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen selbst dargestellt, da zum einen nur zwischen diesem und dem Leistungserbringer ein rechtliches Verhältnis besteht, aus dem sich Ansprüche ergeben können und zum ande-

---

vertraglichen Nebenpflichten rechtfertigen würden. Dies gilt vor allem, da die Nebenpflicht im Wesentlichen mittels verfassungskonformer Auslegung des § 242 BGB im Lichte des allgemeinen Selbstbestimmungsrecht des Patienten beziehungsweise Pflegebedürftigen hergeleitet wird, vgl. BVerfG vom 17.11.1992 – 1 BvR 162/89, Rn. 7. Das allgemeine Selbstbestimmungsrecht eines in häuslicher Umgebung Gepflegten ist in vergleichbarer Weise betroffen wie das eines Patienten oder eines stationär Gepflegten.

432 Zwar ist das Einsichtsrecht nach BGH vom 23.03.2010 – VI ZR 249/08, Rn. 17 nicht ausschließlich höchstpersönlicher Natur, sondern kann „auch legitimen wirtschaftlichen Belangen dienstbar gemacht werden“. Solche wirtschaftlichen Belange sind beispielsweise ein Schadensersatzanspruch. Bei einer isolierten Abtretung des Einsichtsrechts an Angehörige wäre jedoch nur der höchstpersönliche Teil des Einsichtsrechts betroffen und dieser Teil ist wegen § 399 BGB nicht abtretbar. Vgl. zur Unabtretbarkeit des höchstpersönlichen Teils des Einsichtsrechts *Schulze-Zeu,* VersR 2011, S. 194, 196.

433 *Büscher,* Finanzierungsfragen der häuslichen Pflege, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren, weil sich Fehler der Leistungserbringung unmittelbar nur beim Pflegebedürftigen auswirken.

aa) Staatliche Einheiten

(1) Sanktionen

(a) Kein Leistungsbezug

Die allgemeinste Form der Sanktionen bilden die Strafgesetze. Aber darüber hinaus gibt es auch bei der Fallgruppe der Pflegebedürftigen ohne Leistungsbezug spezielle auf die Erbringung von Pflegeleistungen ausgerichtete Sanktionsmechanismen. AltPflG und KrPflG sehen die Möglichkeit vor, die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung zurückzunehmen oder zu widerrufen. Bei einem Verstoß gegen Qualitätsanforderungen kommt vor allem der Wegfall der Voraussetzung in § 2 I Nr. 2 AltPflG und § 2 I Nr. 2 KrPflG in Betracht, nämlich dass sich die professionelle Pflegekraft eines Verhaltens schuldig macht, aus dem sich die Unzuverlässigkeit für die Ausübung des Berufes ergibt. Allerdings wird es sich dabei aufgrund der intensiven Wirkungen dieser Maßnahme für die Pflegekraft um bedeutende Sollensanforderungen oder um mehrere Verstöße handeln müssen. Rücknahme und Widerruf zum Führen der Berufsbezeichnung sind ein Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG.[434] Dieser muss verhältnismäßig sein. Liegen die Voraussetzungen für die Unzuverlässigkeit vor, so ist nach § 2 II 2 AltPflG beziehungsweise nach § 2 II 2 KrPflG die Erlaubnis zu widerrufen. Ein Ermessen der Behörde besteht nicht.

Auch Verstöße gegen Prozess- und Ergebnissollensanforderungen der Berufsordnungen in Bremen und dem Saarland sind sanktionsbewehrt. Die Verletzung der Berufspflichten stellt eine Ordnungswidrigkeit dar.[435] Die Berufsordnung von Hamburg hingegen enthält lediglich einen Hinweis auf die Möglichkeit, die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung nach § 2 II AltPflG und § 2 II KrPflG aufgrund der Verletzung von Berufspflichten zu widerrufen. Auch die Nachfolgegesetze der Länder zum Bundesheimgesetz sehen Sanktionsmöglichkeiten bei negativer Abweichung des Ist- vom Sollzustand vor. Bei festgestellten Mängeln findet regelmäßig ein zweistufiges Verfah-

---

434 Bei Art. 12 I GG handelt es sich um ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG II, Art. 12, Rn. 22ff. Die 3-Stufen Theorie des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet bei Eingriffen in dieses Grundrecht zwischen Berufsausübungsregelungen, subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen und objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen, vgl. BVerfG vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, Rn. 73ff. (Apothekenurteil). Da Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung an Fähigkeiten und Charaktereigenschaften des Einzelnen, der die Berufsbezeichnung führt, anknüpfen, handelt es sich um subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen. Vgl. zur Einordnung dieser subjektiven Eigenschaften *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG II, Art. 12, Rn. 355.

435 § 9 der Berufsordnung für professionelle Pflegekräfte in Bremen und § 11 der Berufsordnung für Pflegekräfte im Saarland.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren statt. Zunächst erfolgt grundsätzlich[436] eine Beratung mit Fristsetzung zur Mängelbeseitigung.[437] Ist dies nicht erfolgreich, können Anordnungen zur Mängelbeseitigung erlassen werden.[438] Allein in Mecklenburg-Vorpommern gibt es ein einstufiges Verfahren zum Erlass von Anordnungen ohne vorhergehende Beratung. Die Anordnungen nach § 16 IV, V EQG M-V sind jedoch auf Fälle beschränkt, in denen eine Gefahr für Leben, Gesundheit und Freiheit der Pflegebedürftigen besteht. Die für alle ambulanten Pflegedienste geltenden Gesetze von Hamburg und Hessen enthalten darüber hinaus die Möglichkeit, den Betrieb insgesamt zu untersagen[439], sowie ein Beschäftigungsverbot für die Einrichtungsleitung oder einen anderen Mitarbeiter auszusprechen[440] und soweit erforderlich eine kommissarische Leitung einzusetzen[441].

(b) Leistungsbezug ausschließlich nach SGB XI

Werden von ambulanten Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 72 I SGB XI die für die Leistungserbringung durch diese nach dem SGB XI erforderlichen Struktursollensanforderungen bereits von Anfang an nicht erfüllt, so darf nach § 72 III SGB XI der Versorgungsvertrag nicht abgeschlossen werden. Die Sanktion besteht damit in der Nichtzulassung zur Leistungserbringung. Wurde ein Versorgungsvertrag trotz Nichterfüllung dieser Voraussetzungen abgeschlossen, so ist zunächst zu fragen, ob dieser nach § 58 SGB X nichtig ist. Eine Sondervorschrift im SGB XI zu Nichtigkeit des Versorgungsvertrages, die § 58 SGB X verdrängen würde, existiert nicht. § 74 SGB XI ist vor allem eine Sondervorschrift für den Fall der nachträglichen Nichterfüllung von Sollensanforderungen.[442] Er verdrängt insoweit nur § 59 SGB X. Von praktischer Bedeutung dürfte vor allem § 58 I SGB X i.V.m. §§ 119ff., 142 BGB für den Fall einer erfolgreichen Anfechtung sein.[443] Zwar geht § 74 SGB XI durch die Formulierung „nicht oder nicht

436 Nur bei besonders schwerwiegenden Mängeln kann von der Beratung abgesehen werden.

437 Bayern: Art. 21 III, 12 PfleWoqG; Berlin: § 21 WTG; Hamburg: § 32 HmbWBG; Hessen: § 17 HGBP; Schleswig-Holstein: § 22SbStG.

438 Bayern: Art. 21 III, 13 I, II PfleWoqG, wobei es sich bei einem Verstoß gegen diese Anordnungen um eine Ordnungswidrigkeit nach Art. 30 II Nr. 4 PfleWoqG handelt. Berlin: § 22, 23, 25 WTG; Hamburg: §§ 33-35 HmbWBG sowie Ordnungswidrigkeit nach § 39 I Nr. 1, 2 HmbWBG; Hessen: § 18 HGBP, zusätzlich soll die Behörde dem betroffenen Pflegebedürftigen bei unzumutbaren Mängel bei der Suche nach einer neuen Pflegeeinrichtung nach § 19 HGBP unterstützen; Schleswig-Holstein: §§ 23-25 SbStG.

439 Hamburg: § 35 HmbWBG; Hessen: § 22 HGBP, kritisch zu § 22 II Nr. 2 HGBP, *Bachem,* PflR 2013, S. 3, S. 3f.

440 Hamburg: § 34 I HmbWBG; Hessen: § 21S. 1 HGBP.

441 Hamburg: § 34 II HmbWBG, Hessen: § 21 S. 2 HGBP.

442 *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 74, Rn. 1; *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 74, Rn. 2.

443 Zur Anfechtung als Nichtigkeitsgrund für öffentlich-rechtliche Verträge vgl. *Spieth*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), VwVfG, § 59, Rn. 23; für eine Anwendung der §§ 119ff, 142 BGB über § 61 S. 2 SGB X vgl. *Englmann*, in: *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 61, Rn. 9; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, § 62, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehr erfüllt“ in Absatz 1 Satz 1 1. Halbsatz in seinem Anwendungsbereich über § 59 SGB X hinaus und erfasst auch Fälle der ursprünglichen Nichterfüllung von Sollensanforderungen. Damit wird aber nur klargestellt, dass nicht jeder Versorgungsvertrag, der entgegen §§ 72 III, 71 I, III SGB XI zustande gekommen ist, nichtig ist. Besondere Nichtigkeitsgründe des BGB, zu denen auch die erfolgreiche Anfechtung gehört, werden davon nicht erfasst.[444] Für die nachträgliche Nichterfüllung gelten für Struktursollensanforderungen keine Besonderheiten im Vergleich zu Prozess- und Ergebnissollensanforderungen, so dass eine gemeinsame Erörterung erfolgt.

Für die nachträgliche Nichterfüllung von Sollensanforderungen enthalten die §§ 115 II, III, 74 SGB XI ein nach dem Grad der Intensität abgestuftes Sanktionssystem. Am Ende des Sanktionssystems steht die Möglichkeit der Kündigung des Versorgungsvertrages. Diese ist nach § 74 I SGB XI mit einer Kündigungsfrist von einem Jahr und unter den nochmals verschärften Voraussetzungen des § 74 II SGB XI ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich. Ausgehend von dieser stärksten Form der Sanktion, deren Einsatz gerade vermieden werden soll, sind die milderen Sanktionsmöglichkeiten als Mittel zu verstehen, die den Leistungserbringer zurück auf den Weg zur Einhaltung der Sollensanforderungen führen sollen. Dies ist zum einen vom Verhältnismäßigkeitsgedanken getragen und dient dem Schutz des Leistungserbringers.[445] Aber auch die Interessen von Leistungsträger und Leistungsempfänger an einer quantitativ ausreichenden Versorgung mit Pflegeleistungen sprechen dafür, die Kündigung des Versorgungsvertrages lediglich als ultima ratio einzusetzen. Ein Teil der gegenüber der Kündigung vorrangigen Mängelbeseitigung wird durch § 115 II 1 SGB XI geregelt. Danach haben die Landesverbände der Pflegekassen die Befugnis, die Pflegeeinrichtung per Verwaltungsakt unter Fristsetzung zu Mängelbeseitigung zu verpflichten. Erst wenn diese Frist abgelaufen ist, also dem Leistungserbringer eine eigenständige Mängelbeseitigung nicht gelungen ist, ist ein Vorgehen nach § 74 SGB XI möglich. Da die Entscheidung, ob eine Kündigung erfolgt, im Ermessen der Landesverbände der Pflegekassen steht, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.[446] Dabei ist auch die Möglichkeit zum Abschluss von Vereinbarungen nach § 74 I 3 SGB XI zu berücksichtigen, die gleich geeignetes aber milderes Mittel[447] im Vergleich zur Kündigung sein können. Auch bei

444 Anders wohl *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 74, Rn. 7, der davon ausgeht, dass Versorgungsverträge nur gekündigt werden können.

445 *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 74, Rn. 3.

446 *Schütze*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 74, Rn. 3.

447 In Anbetracht der existenziellen Bedeutung des Versorgungsvertrages für den Leistungserbringer, aber auch für die Sicherstellung der quantitativen Versorgung nimmt man hier hinsichtlich der gleichen Eignung des Mittels sogar Abstriche in Kauf. Dies ergibt sich aus den möglichen Vereinbarungsinhalten. Durch die Vereinbarung nach § 74 I 3 Nr. 1 SGB XI können bisher nicht durchgeführte, aber zwingend erforderliche Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen zeitnah nachgeholt werden. Für die Dauer bis zum Abschluss der Weiterbildung verzichtet man damit auf ein bestimmtes Maß an Fachlichkeit, da erst nach Abschluss der Weiterbildung das vollständige Wissen vorhanden sein kann. Bei der Vereinbarung nach § 74 I 3 Nr. 2 SGB XI werden jedenfalls die bereits aktuell versorgten Pflegebedürftigen weiterhin für einen gewissen Zeitraum mit den vorhandenen Mängeln

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Auswahl der Kündigung nach § 74 I SGB XI oder § 74 II SGB XI besteht dem Wortlaut nach Ermessen, da auch die fristlose Kündigung nach § 74 II SGB XI im Ermessen der Landesverbände der Pflegekassen steht. Hier ist jedoch zu beachten, dass angesichts der deutlich strengeren Anforderungen für eine fristlose Kündigung nach § 74 II SGB XI kaum noch ein Ermessensspielraum vorhanden sein dürfte.[448]

Neben diese Maßnahmen der Landesverbände der Pflegekassen kann die zuständige Pflegekasse zum Schutz eines einzelnen Pflegebedürftigen ein vorläufiges Betreuungsverbot gegenüber dem ambulanten Pflegedienst aussprechen, § 115 V I SGB XI.

Liest man § 115 III 1 SGB XI, so kann der Eindruck entstehen, auch die Vergütungskürzung stehe als mögliche Sanktion zur Verfügung. Allerdings kombiniert § 115 SGB XI das hierarchische Steuerungsinstrument in § 115 III 1 SGB XI bezüglich des „Ob" der Kürzung mit einem kooperativem Steuerungsinstrument in § 115 III 2, 3 SGB XI bezüglich der Höhe des Kürzungsbetrages.[449] Die Regelung für das kooperative Steuerungsinstrument verweist jedoch nur auf § 85 II SGB XI, weshalb Einigkeit darüber besteht, dass § 115 III SGB XI nur für die stationäre Pflege anwendbar ist.[450] Die Lücke für das kooperative Steuerungsinstrument für die ambulante Pflege im Wege der Analogie zu schließen, scheitert schon an der fehlenden planwidrigen Regelungslücke. Die nunmehr seit 12 Jahren[451] so lautende Regelung mit der durchweg auf die stationäre Pflege beschränkten Anwendung sowie die systematische Korrektur im Hinblick auf § 80a SGB XI a.F. durch das Pflegeweiterentwicklungsgesetz[452] schließen die Planwidrigkeit der Regelungslücke aus. Auch sonstige Möglichkeiten auf Kürzung der Vergütung bestehen nicht. Mangels planwidriger Regelungslücke scheidet im Verhältnis des Leistungserbringers zu den Landesverbänden der Pflegekassen auch ein Rückgriff auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches aus.[453]

---

konfrontiert. Ähnliche Einschränkungen können dann auch durch weitere Vereinbarungen nach § 74 I 3 SGB XI vereinbart werden („insbesondere").

448 Aus diesem Grund offen gelassen, ob überhaupt ein Ermessensspielraum besteht: BSG vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R, Rn. 27-33

449 Hessisches LSG vom 27.01.2011 – L 8 P 29/08 KL, 1. Leitsatz.

450 *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 115, Rn. 18; *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 115, Rn. 13; *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 115, Rn. 8.

451 § 115 SGB XI wurde eingeführt mit dem Pflegequalitätssicherungsgesetz vom 09.09.2001, BGBl. I S. 2320.

452 Pflegeweiterentwicklungsgesetz vom 28.05.2008, BGBl. I S. 874.

453 Selbst wenn man zur Schließung von Lücken für den Vertrag zwischen der ambulanten Pflegeeinrichtung und den Landesverbänden der Pflegekassen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches heranziehen würde, so liegt der Schwerpunkt der vom Leistungserbringer geschuldeten Leistung bei der Erbringung von Dienstleistungen und das Dienstvertragsrecht enthält keine Anspruchsgrundlage für die Minderung der Vergütung. Ausführlicher zur rechtlichen Einordnung des Pflegevertrages siehe Pkt. C. II. 1. c) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der Erbringung von Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI[454] durch ambulante Pflegeeinrichtungen i.S.d. § 72 I SGB XI oder durch zugelassene Betreuungsdienste nach § 125 SGB XI gelten die Ausführungen zur Erbringung von Pflegeleistungen durch ambulante Pflegedienste entsprechend, da § 124 IV SGB XI sowohl auf das siebte als auch auf das elfte Kapitel verweist.

Bei zugelassenen Einzelpersonen enthält § 77 I SGB XI selbst nur eine Sanktionsmöglichkeit. § 77 I 5 SGB XI sieht die Kündigung des Zulassungsvertrages vor. Der Wortlaut spricht hier dafür, dass sich diese Kündigungsmöglichkeit nur auf Verstöße gegen § 77 I 4 SGB XI bezieht, also wenn die Einzelperson unzulässiger Weise ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist. Ist die Einzelperson nicht geeignet, so darf schon keine Zulassung erfolgen. Fraglich ist jedoch, welche Sanktionsmöglichkeiten bestehen, wenn die Zulassung dennoch erfolgte oder bei der Leistungserbringung Prozess- beziehungsweise Ergebnissollensanforderungen durch die zugelassene Einzelperson nicht erfüllt werden. Denkbar ist zunächst, dass Sanktionsmöglichkeiten nach § 77 I 2 1.HS SGB XI vertraglich vereinbart sind. Erfolgte dies nicht, ist fraglich, ob § 77 I 5 SGB XI (analog), die Vorschriften zur Kündigung von Versorgungsverträgen mit Pflegediensten oder die allgemeinen Vorschriften des BGB zum Dienstvertrag herangezogen werden können. Zwar wendet das Bundessozialgericht die Kündigungsmöglichkeit des § 77 I 5 SGB XI auch auf einen Verstoß gegen § 77 I 2.HS SGB XI (bestehendes Verwandtschaftsverhältnis) an.[455] Begründet wird dies aber im Wesentlichen mit der Entstehungsgeschichte des § 77 I 5 SGB XI, [456] die jedoch nicht für eine Anwendung im Falle des Verstoßes gegen Qualitätsanforderungen spricht. Für die Sanktionsmög-

454 Da der Leistungsbetrag des § 36 SGB XI nicht erhöht wird, führt § 124 SGB XI nur dazu, dass neben nach § 36 SGB XI zu erbringender Grundpflege und hauswirtschaftlicher Versorgung nun für den gleichen Leistungsbetrag auch Betreuungsleistungen durch den Pflegebedürftigen gewählt werden können. Zu beachten ist dabei, dass der Anspruch auf Betreuungsleistungen nach § 124 III SGB XI nur besteht, wenn Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung bereits sichergestellt sind. Bedenkt man, dass die Leistungen des SGB XI regelmäßig nur einen Teil des Bedarfes abdecken, ist zumindest fraglich, ob für die Wahl von Betreuungsleistungen viel Raum ist; ähnlich skeptisch, *Reimer,* SGb 2013, S. 193, 196. Vor allem aber ist unklar, ob es Aufgabe des Pflegedienstes ist, zu prüfen, ob Grundpflege und häusliche Versorgung bereits sichergestellt sind und er erst dann Betreuungsleistungen erbringen darf oder ob es genügt, wenn der Pflegedienst der Pflegekasse nach § 120 I 2 SGB XI Defizite in Grundpflege oder häuslicher Versorgung mitteilt, aber die Wahl von Betreuungsleistungen des Pflegebedürftigen solange akzeptiert, bis die Pflegekasse handelt. Die Gesetzesbegründung deutet auf die zweite Alternative hin, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 53f. Der Expertenbeirat zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes empfiehlt daher auch, bei Einführung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes Betreuung, Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung als gleichrangig zu behandeln und auf die Voraussetzung der sichergestellten Versorgung zu verzichten, „da sie in Ermangelung einer definierten Schwelle nicht überprüfbar ist“, vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Bericht des Expertenbeirates zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes, S. 32.

455 BSG vom 18.03.1999 – B 3 P 9/98 R, Rn. 15, mit Nachweisen zur Gegenansicht.

456 BSG vom 18.03.1999 – B 3 P 9/98 R, Rn. 16, mit Verweis auf BT-Drucks. 13/3596, S. 16, wonach sowohl das Eingehen von Beschäftigungsverhältnissen als auch die Pflege durch Verwandte im Rahmen der Erbringung von Pflegesachleistungen unterbunden werden sollte.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichkeiten bei Nichterfüllung von Qualitätsanforderungen liegt hingegen eine direkte Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB zum Dienstvertrag nahe, da das Bundessozialgericht dazu tendiert, den Zulassungsvertrag als bloßen Leistungsbeschaffungsvertrag dem Privatrecht zuzuordnen.[457] Ordnet man die Erbringung von Pflegeleistungen als Erbringung von Diensten höherer Art ein, so ist nach §§ 626, 627 BGB die jederzeitige grundlose außerordentliche Kündigung möglich.[458]

Bei angestellten Einzelpersonen nach § 77 II SGB XI besteht zwischen Einzelperson und Pflegekasse ein Arbeitsvertrag, so dass der Pflegekasse die arbeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten, also insbesondere Abmahnung und Kündigung, zustehen. Im Verhältnis zum Pflegebedürftigen hat die Pflegekasse den Sicherstellungsauftrag aus § 69 SGB XI. Kann sie diesen durch eine bestimmte angestellte Einzelperson nicht erfüllen, muss sie für anderweitige Erfüllung sorgen.

(c) Leistungsbezug zusätzlich oder ausschließlich nach SGB XII

Soweit bei ausschließlichem oder gleichzeitigem Leistungsbezug von Hilfe zur Pflege die Sollensanforderungen des § 75 III Nr. 1 SGB XII gelten, stellt die außerordentliche Kündigung der nach § 75 III SGB XI geschlossenen Vereinbarung nach § 78 SGB XII die zentrale Sanktionsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers gegenüber dem Leistungserbringer dar.[459] Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung ist jedoch eine grobe Pflichtverletzung des Leistungserbringers. Als Auslegungshilfe für diesen unbestimmten Rechtsbegriff kann § 78 S. 2 SGB XII herangezogen werden. Sonstige Sanktionsmöglichkeiten oder auch ein Recht zur ordentlichen Kündigung bestehen nur, wenn dies im Rahmen des § 75 III SGB XII vereinbart wurde.[460] Zum Mindestinhalt der Vereinbarung nach § 76 SGB XI gehören diese Instrumente des Leistungsträgers jedoch nicht.

Soweit die an den Pflegebedürftigen in § 65 I 2 Var. 1 SGB XII und § 66 IV 2 SGB XII gerichteten Sollensanforderungen nicht erfüllt werden, führt dies zu einem (teilweisen) Wegfall des Anspruches auf Kostenübernahme. Da es sich bei der Entscheidung zur Kostenübernahme nicht um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt, ist das Vertrauen des Pflegebedürftigen in den Erhalt der Leistungen der Hilfe zur Pflege für

457 BSG vom 18.03.1999 – B 3 P 9/98 R, Rn. 13f.; *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 77, Rn. 5; a.A. *Neumann,* NZS 1995, S. 397. Bei der damit einhergehenden Zuordnung zum öffentlichen Recht aufgrund der Annahme eines Versorgungsvertrags (*Neumann,* NZS 1995, S. 397, 400) liegt die analoge Anwendung der Kündigungsmöglichkeiten zum Versorgungsvertrag mit Pflegeeinrichtungen nahe.

458 Zu den Diensten höherer Art, siehe die Ausführungen zum Pflegevertrag nach § 120 SGB XI.

459 Eine Vertragsanpassung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 77 III SGB XII als Reaktion auf eine Pflichtverletzung ist nur schwer vorstellbar. § 59 SGB X ist zwar nach § 78 S. 3 SGB XII ausdrücklich anwendbar, jedoch dürfte insbesondere für die Kündigung nach § 59 I 2 SGB X zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl neben der Kündigung nach § 78 SGB XII kaum Raum sein, *Jaritz/Eicher,* in: jurisPK-SGB XII, § 78, Rn. 44.

460 Zur ordentlichen Kündigung, siehe *Jaritz/Eicher,* in: jurisPK-SGB XII, § 78, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Zukunft von vornherein nicht geschützt. Die Sanktion erfolgt also durch unmittelbare finanzielle Einbußen. Kann beispielsweise der Pflegebedürftige mit der von ihm beschäftigten besonderen Pflegekraft seine Pflege (qualitativ) nicht mehr sicherstellen, entfällt die Privilegierung nach § 66 IV 2 SGB XII und er hat nach § 66 IV 1 SGB XII vorrangig Pflegesachleistungen in Anspruch zu nehmen. Der höhere Betrag der Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI wird dann auf die dem Pflegebedürftigen entstehenden Kosten angerechnet, auch wenn er tatsächlich nur Pflegegeld nach § 37 SGB XI erhält. Wurden Leistungen für die Vergangenheit zu Unrecht erbracht, so gilt § 45 SGB X.

(2) Transparenz

Bezieht der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen nach dem SGB XI, so werden auf Grundlage der Qualitätsprüfungen nach § 114 SGB XI die von den Pflegediensten[461] erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 115 Ia SGB XI veröffentlicht. Bezweckt wird mit den qualitätsbezogenen Informationen für den Pflegebedürftigen zumindest die Verringerung, wenn nicht sogar die Beseitigung, der Informationsasymmetrie zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigen. Der Pflegebedürftige soll dadurch sein Wahlrecht nach § 2 II1 SGB XI effektiv(er) ausüben können.[462] Da das Wahlrecht im Wesentlichen bei der Erstwahl des Pflegedienstes ausgeübt wird und spätere Wechsel eher selten sind[463], wird der Pflegebedürftige bei Antragsstellung nach § 7 II 5 SGB XI ausdrücklich auf die Veröffentlichung nach § 115 Ia SGB XI hingewiesen. Eine effektive Ausübung des Wahlrechts würde nicht nur dem einzelnen Pflegebedürftigen zugutekommen, indem er den für sich besten Pflegedienst findet, sondern auch zu einem Qualitätswettbewerb unter den Pflegediensten führen, der die Qualität von Pflegeleistungen insgesamt verbessern würde. Lässt man zunächst die Probleme der der konkreten Ausgestaltung der Herstellung von Transparenz außer Acht und betrachtet lediglich das Instrument der Transparenz abstrakt, so sind Bedarf an Transparenz und Nutzen von Transparenz unbestreitbar.[464] Die Herstellung von Transparenz ist dabei ein wesentlicher Bestandteil eines „regulierten Wettbewerbs".[465] Diese Regulierung ist in einem

461 Bei der Erbringung von Betreuungsleistungen nach § 124 SGB XI, gelten die Ausführungen zur Transparenz entsprechend, sowohl für die Erbringung durch ambulante Pflegeeinrichtungen als auch für die Erbringung durch zugelassene Betreuungsdienste nach § 125 SGB XI, da § 124 IV SGB XI auf das gesamte elfte Kapitel verweist. Keine Herstellung der Transparenz findet hingegen statt bei der Leistungserbringung durch zugelassene oder angestellte Einzelpersonen nach § 77 SGB XI.

462 BT-Drucks. 16/7439, S. 45, *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, SGB XI, Band 2, § 115, S. 9f.

463 Dies legt jedenfalls die Einordnung von Pflegeleistungen als Vertrauensgut nahe. Durch eine längere persönliche Beziehung zur Pflegekraft entsteht zumindest eine psychische Hürde, sich von dieser zu trennen.

464 So auch, *Schütze,* KrV 2012, S. 14, 16; die gegenwärtig geführte Diskussion zu den Pflegetransparenzberichten ist auch weniger Kritik an dem Instrument der Transparenz, sondern vielmehr an dessen konkreter Ausgestaltung.

465 Zu diesem Begriff, *Wasem/Staudt,* VSSR 2012, S. 201, 202.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

System mit bestehenden Informationsasymmetrien erforderlich, da es ansonsten sogar zu einem Preiswettbewerb auf Kosten der Qualität kommen kann.[466]

Der Bedarf an Transparenz ist bereits in der bestehenden Informationsasymmetrie begründet. Vor Inkrafttreten der Regelungen des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes bestand keine Möglichkeit für den Pflegebedürftigen sich über die Qualität einzelner Pflegedienste zu informieren, insbesondere entstand keine Informationsmöglichkeit ohne Intervention des Gesetzgebers. Hinzu kommt, dass zum einen Pflegebedürftigkeit häufig schnell und unvorhersehbar eintritt und zum anderen, dass der Trennung von einem einmal gewählten Pflegedienst zumindest psychische Hindernisse im Wege stehen.[467]

Wie die Pflegetransparenz in der Praxis konkret ausgestaltet sein sollte, ist hingegen keine Frage die mit endgültiger Richtigkeit beantwortet werden kann. Vielmehr unterliegt die Transparenz als Qualitätssicherungsinstrument selbst der ständigen Weiterentwicklung.[468]

Bei der gegenwärtigen konkreten Ausgestaltung der Herstellung von Transparenz nach § 115 Ia SGB XI gibt es jedoch zahlreiche Bedenken an deren Rechtmäßigkeit. Dabei lassen sich zwei Arten von Bedenken unterscheiden, nämlich die, die sich bereits gegen die Verfassungsmäßigkeit der formell-gesetzlichen Grundlage, § 115 Ia SGB XI, richten und die, die die Umsetzung in der „Pflegetransparenzvereinbarung ambulant" als nicht mit der formell-gesetzlichen Grundlage in Einklang stehend ansehen.

Die Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der formell-gesetzliche Grundlage richten sich vor allem gegen § 115 Ia 8 SGB XI. Diese Norm delegiert die Bestimmung der Kriterien für die Transparenzberichte an die genannten Verbände und Vereinigungen, welche die Kriterien dann übereinstimmend durch Vertrag festlegen sollen. Diese Übertragung der Rechtssetzungsmacht an die Vertragsparteien ohne weitere Konkretisierung von Inhalt und Verfahren verstoße gegen die Wesentlichkeitstheorie[469] und Art. 80 I 2 GG[470]. Die Wesentlichkeitstheorie besagt, dass alle wesentlichen normativen Entscheidungen vom Parlament zu treffen sind.[471] Für die dogmatische Herleitung dieser Aussage werden die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte, das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip und Art. 80 I 2 GG herangezogen. Da Art. 80 I 2 GG

466 *Wasem/Staudt,* VSSR 2012, S. 201, 204, für medizinische Dienstleistungen und Waren.

467 So auch für die Suche nach einem Platz im Pflegeheim *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 201. Tatsächlich dürfte gerade der Aspekt der Unvorhersehbarkeit und damit die Notwendigkeit, schnell eine Pflegemöglichkeit zu finden, für den Bereich der ambulanten Pflege sogar größer sein, da die typische „Karriere" eines Pflegebedürftigen mit häuslicher Pflege beginnt und sich erst bei Verschlechterung des Zustandes mit stationärer Pflege fortsetzt.

468 So zum Beispiel zur Frage der Darstellung der Prüfergebnisse *Kücking,* KrV 2012, S. 64.

469 *Martini/Albert,* NZS 2012, 247f.; a.A. die Rechtsprechung; zusammenfassend *Dürschke/Brembeck,* Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Rn. 397f. sowie *Wegmann,* SGb 2011, S. 80, 83.

470 *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 248.

471 *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 20, Rn. 105ff, 172ff.; *Sachs,* Grundrechte, S. 121; BVerfG vom 09.05.1972 – 1 BvR 18/62, Rn. 104ff. (Facharztbeschluss).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unmittelbar nur bei einer Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen anwendbar ist,[472] sind die Grundgedanken von Art. 80 I 2 GG hier nur für die Auslegung der Wesentlichkeitstheorie von Bedeutung. Die Bestimmung, welche Entscheidungen dann wesentlich sind und somit vom Parlament getroffen werden müssen, erfolgt grundrechtsbezogen, d.h. je stärker der Grundrechtsbezug einer Maßnahme ist, desto eher handelt es sich um eine wesentliche Maßnahme im Sinne der Wesentlichkeitstheorie.[473] Da mit § 115 Ia 8 SGB XI eine formell-gesetzliche Grundlage für die Pflegetransparenzvereinbarung besteht, kann die Frage, ob die Veröffentlichung der Pflegequalität einen Eingriff oder eine bloße Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Pflegedienste darstellt und ob für eine bloße Beeinträchtigung überhaupt eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich ist[474], an dieser Stelle offen bleiben. § 115 Ia 8 SGB XI ist, selbst wenn ein Eingriff in Art. 12 I GG vorliegen würde, konkret genug. Der Zweck der Ermächtigung der Vertragsparteien des § 115 Ia 8 SGB XI für die Pflegetransparenzvereinbarung lässt sich durch Auslegung, insbesondere mithilfe von § 115 Ia 1, 2 SGB XI, ermitteln.[475] Einer noch genaueren formell-gesetzlichen Regelung zum Verfahren, in dem die Pflegetransparenzvereinbarung abgeschlossen werden soll, bedurfte es nicht, da von den allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss, insbesondere, dass dieser nur bei Zustimmung aller Vertragsparteien zustande kommt, nicht abgewichen wurde. Es bleiben jedoch Bedenken hinsichtlich der personellen demokratischen Legitimation der Vertragsparteien.[476]

---

472 *Remmert*, in: *Maunz/Dürig*, GG V, Art. 80, Rn. 69f.; BVerfG vom 09.05.1972 – 1 BvR 18/62, Rn. 104ff. Insoweit ist bei *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 248f. unklar, ob Art. 80 I 2 GG unmittelbar oder weiterhin die Voraussetzungen der Wesentlichkeitstheorie geprüft werden.

473 *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), GG, Art. 20, Rn. 179.

474 Zur Rechtsfigur der bloßen Grundrechtsbeeinträchtigung vgl. BVerfG vom 26.06.2002 – 1 BvR 670/91, Rn. 70ff. (Osho).

475 So im Ergebnis auch die Rechtsprechung, siehe bspw. LSG Sachsen-Anhalt vom 08.07.2011 – L 4 P 44/10 B ER, Rn. 31ff.; Bayerisches LSG vom 30.03.2010 - L 2 P 7/10 B ER, Rn. 36f.

476 Diese Bedenken beziehen sich insbesondere auf den Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, siehe *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 249; *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, SGB XI, Band 2, § 115, S. 11f.; SG Münster vom 24.06.2011 – S 6 P 14/11, Rn. 28. Zwar wird auch in der Literatur weitgehend anerkannt, dass im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht zwingend eine ununterbrochene Legitimationskette vorhanden sein muss (*Zimmermann,* Der Gemeinsame Bundesausschuss, S. 108f.; *Dederer,* Korporative Staatsgewalt, S. 135 bei der Darstellung der herrschenden Meinung, der anschließend eine eigene Legitimationsdogmatik für korporatives Handeln des Staates entwickelt, a.a.O., S. 140ff.). Eine Totalsubstitution der personellen Legitimation durch sachlich-inhaltliche Legitimation, also eine Bindung an umso engere materiell-rechtliche Vorgaben, soll jedoch bei der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen aufgrund der dort notwendigen Spielräume zur inhaltlichen Ausgestaltung ausscheiden, vgl. *Neumann,* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, S. 27f. Denkbar sei es, eine ausreichende Legitimation dann anzunehmen, wenn die Bundesverbände der Pflegeeinrichtungen nach innen demokratisch organisiert sind (vgl. *Neumann,* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, S. 38f.), was aber sowohl an der Organisation der Verbände als auch aus der fehlenden Pflicht, einen Verband anzugehören und der daraus folgenden Existenz von Außenseitern scheitere, vgl. *Neumann,* Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlichkeitserklärung?, S. 39,

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Bedenken gegen die Pflegetransparenzvereinbarung selbst werden vorrangig damit begründet, dass die Pflegetransparenzvereinbarung die in § 115 Ia 1 SGB XI formulierten Aufgaben für Transparenzberichte nicht erfüllt. Insbesondere würden die Kriterien der Pflegetransparenzvereinbarung sich vorrangig auf die Struktur- und Prozessqualität und nicht die Ergebnisqualität, wie in § 115 Ia 1 SGB XI verlangt, beziehen.[477] Allerdings sind pflegewissenschaftliche Kriterien zum Messen der Ergebnisqualität gegenwärtig noch in der Entwicklungsphase.[478] Dieses Umstandes waren sich auch die Vertragsparteien bei Abschluss der Pflegetransparenzvereinbarung bewusst.[479] Ob es gegen § 115 Ia SGB XI verstößt, auch in diesem Fall eine Pflegetransparenzvereinbarung abzuschließen, ist eine Frage der Auslegung des § 115 Ia SGB XI. Dabei kommen zwei Auslegungsergebnisse in Betracht. Man könnte sagen, dass die in § 115 Ia 1 SGB XI geforderte Ergebnisqualität das entscheidende Element bei der Herstellung von Transparenz ist. Daraus wäre dann zu schließen, dass eine Transparenzvereinbarung erst dann abgeschlossen werden darf, wenn dieses zentrale Element auch erfüllt werden kann. Denkbar ist aber auch die Herstellung von Transparenz irgendeiner Qualitätskategorie als wesentliches Element von § 115 Ia SGB XI zu verstehen.[480] Dann ist es den Vertragsparteien in jedem Fall möglich, eine Transparenzvereinbarung abzuschließen und die Ergebnisqualität ist erst vorrangig zu bewerten, wenn dies pflegewissenschaft-

---

41f. Selbst wenn man die großzügigeren Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichtes aus der Entscheidung zum Lippeverband sowie die Maßstäbe des Bundessozialgerichtes zum Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 SGB V zur Beurteilung der personellen demokratischen Legitimation der Vertragsparteien des § 115 Ia SGB XI heranzieht, bleiben Bedenken. Auch wenn es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtet außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung nicht zwingend einer lückenlosen personellen Legitimationskette bedarf (vgl. BVerfG vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, Rn. 143), soll verbindliches Handeln gegenüber Dritten (hier: die nicht in Verbänden organisierte Träger von Pflegeinrichtungen) nur möglich sein, wenn dieses durch Gesetz ausreichend bestimmt ist und dieses verbindliche Handeln „der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegt“, vgl. BVerfG vom 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, Rn. 148. Jedenfalls eine Aufsicht besteht bei den Pflegetransparenzvereinbarungen jedoch nicht. Dies ist auch ein wesentlicher Unterschied zu den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, die nach § 94 I 2 SGB V beanstandet werden können, was für die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zu einer Kompensation der fehlenden personellen demokratische Legitimation führen soll, vgl. BSG vom 20.03.1996 – 6 RKa 62/94; BSG vom 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R, Rn. 48.

477 *Martini/Albert,* NZS 2012, S. 247, 250; LSG Berlin-Brandenburg vom 29.03.2010 - L 27 P 14/10 B ER, Rn. 18, im Ergebnis offengelassen; SG Münster vom 24.06.2011 – S 6 P 14/11, Rn. 30-32.

478 *Hasseler/Wolf-Ostermann,* Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich, 103f.; insbesondere zur Berechnung der Endnote *Weidner/Brühl,* Wissenschaftliche Evaluation zur Beurteilung der Pflege-Transparenzvereinbarungen für den ambulanten (PTVA) und stationären (PTVS) Bereich, S. 38f. sowie zu den subjektiven Erfahrungen der Prüfer, dass die klientenbezogenen Kriterien nicht eindeutig seien, S. 33f.

479 Dieser Hinweis befindet sich jeweils im Vorwort der Pflegetransparenzvereinbarung ambulant und der Pflegetransparenzvereinbarung stationär.

480 Auch *Schütze,* KrV 2012, S. 14, 18, hält dieses Auslegungsergebnis für möglich.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich möglich ist. Für die zweite Auslegungsvariante sprechen sowohl die Gesetzesbegründung[481] als auch systematische Überlegungen. § 115 Ia SGB XI ist Teil des Elften Kapitels des SGB XI, der Qualitätssicherung. Die gesamte Qualitätssicherung von Pflegeleistungen ist von dem Gedanken der ständigen Weiterentwicklung und Verbesserung der Qualität getragen. Überträgt man dies auch auf das einzelne Instrument der Transparenz, so ist es naheliegend, zunächst auch mit Kriterien zu beginnen, die noch nicht den idealen Ansprüchen für die Transparenz genügen, diese Kriterien dann jedoch anhand der gesammelten Erfahrungen weiterzuentwickeln.[482] Erforderlich dazu ist gewissermaßen eine Qualitätssicherung der Qualitätssicherung.[483]

Dass es sich bei der Frage, ob die Ergebnisqualität bereits Gegenstand der Transparenzberichte ist, auch um eine Frage des Begriffsverständnisses handelt, zeigt schon die vorliegende Arbeit. Aufgrund der hier verwendeten engen Definition von Prozessqualität[484], werden deutlich mehr Sollensanforderungen als üblich der Ergebnisqualität zugeordnet. Aber auch bei engen Definitionen von Ergebnisqualität ist zu beachten, dass bei Dienstleistungen die Trennung zwischen Prozess und Ergebnis nur schwer möglich ist, wenn man das Ergebnis nicht materiell mit „guter Qualität" definieren will, sondern anhand messbarer Kriterien.

Erfolgen beim Bezug von Sozialhilfeleistungen Qualitätsprüfungen nach § 76 III 1 SGB XII, ist das Ergebnis der Prüfung nach § 76 III 2 SGB XII den Leistungsberechtigten zugänglich zu machen. Fraglich ist, ob nur den gegenwärtig Leistungsberechtigten

481 Pflegebedürftige und Angehörige sollten sich schon „in naher Zukunft" über die Qualität von Pflegeleistungen informieren können, vgl. BT-Drucks. 16/7439, S. 89. Die „nahe Zukunft" wird konkretisiert durch § 115 Ia 12 SGB XI, wonach die Vertragsparteien des § 115 Ia 8 SGB XI nur bis 30.09.2008 Zeit hatten, eine Pflegetransparenzvereinbarung abzuschließen.

482 Fraglich ist jedoch, ob dieses Auslegungsergebnis, welches faktisch zu einem Experiment am „lebenden Objekt" Pflegemarkt führt, verfassungskonform ist. Für eine Übergangszeit wird dadurch das Grundrecht auf Berufsfreiheit der Pflegedienste durch Bewertungen beeinträchtigt, die nicht auf wissenschaftlich fundierten Kriterien aufbauen. Auch stellt sich die Frage, ob das Verfahren zur Erstellung der Pflegetransparenzvereinbarungen, welches im Wesentlichen auf Konsens ausgerichtet ist, überhaupt eine wissenschaftliche Weiterentwicklung der Transparenzkriterien gewährleisten kann. Letztlich sind beide Fragen so zu beantworten, dass die gefundene Lösung derzeit verfassungskonform ist. Die Entscheidung des Gesetzgebers hält sich im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraumes, wobei jedoch eine Pflicht zur Überwachung und gegebenenfalls zur Nachbesserung besteht, vgl. BVerfG vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01, Rn. 67, 88, 97 (Kampfhunde). Ein solches Monitoring wird aufgrund der Probleme bei der Entwicklung messbarer Ergebnissollensanforderungen insgesamt als sinnvoll erachtet, *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 20f. Ein Beginn der Überprüfung der Ergebnisqualität mit zunächst noch nicht perfekten Ergebnissollensanforderungen hat den Vorteil, dass schnell mit der Sicherung der Ergebnisqualität begonnen werden kann und die Sollensanforderungen im Rahmen der praktischen Anwendung verbessert werden können. Bei einem Warten auf die perfekten Ergebnissollensanforderungen ist hingegen schon nicht sicher, ob diese jemals entstehen.

483 Speziell zur Qualitätssicherung der Qualitätsprüfungen mit Verweis auf den Entwurf der Richtlinie des GKV-Spitzenverbandes zur Qualitätssicherung der Qualitätsprüfung nach § 114 SGB XI, *Blatt,* GuP 2012, S. 143, 145f.

484 Siehe die Definition von Prozessqualität unter Pkt. B. II. 1. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des jeweiligen Pflegedienstes das Ergebnis zugänglich zu machen ist, oder ob § 76 III 2 SGB XII eine ähnliche Funktion wie § 115 Ia SGB XI hat und auch potentiellen Leistungsberechtigten bei der Auswahl des Leistungserbringers helfen soll, so dass auch den potentiellen Leistungsempfängern die Ergebnisse zugänglich zu machen sind.[485] Die Wortlaute von § 76 III 2 SGB XI „den Leistungsempfängern der Einrichtung" und von § 75 I 2 SGB XII „den Leistungsempfängern des Dienstes" sprechen eher dagegen, dass auch potentielle Leistungsempfänger erfasst sein sollen. Auch ein Vergleich in dem Sinne, dass eine dem § 115 Ia SGB XI vergleichbare Norm im SGB XII eingeführt werden sollte, überzeugt nicht. § 76 III 2 SGB XII ist wortgleich mit § 93a III 2 BSHG, welcher bereits ab 01.01.1999 gültig war und damit bereits lange vor der Einführung des § 115 Ia SGB XI existierte. In der Gesetzesbegründung zu § 93a III 2 BSHG gibt es keine Ausführungen, die auf die Schaffung von Transparenz auch für potentielle Leistungsempfänger hindeuten, sondern es sollen lediglich die „Leistungs- und Hilfeempfänger" informiert werden.[486] Auch die Tatsache, dass § 76 III 2 SGB XII selbst im Vergleich zu § 115 Ia SGB XI kaum gesetzliche Vorgaben macht, spricht dafür, den Adressatenkreis der Informationen eher eng zu verstehen und damit auch die Beeinträchtigung der Grundrechts auf Berufsfreiheit der Leistungserbringer gering zu halten.[487] § 76 III 2 SGB XII ist damit kein Instrument zur Schaffung von Transparenz, welches den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern dadurch fördern soll, dass potentielle Leistungsempfänger bereits vor der Wahl des Pflegedienstes Informationen über diesen erhalten und so ihr Wahlrecht wirksamer ausüben können.[488]

Anders als beispielsweise in Bayern[489] oder Hamburg[490] enthält § 20 S. 1 HGBP eine Befugnis zur Veröffentlichung aller Prüfberichte, also auch derjenigen, die aufgrund von anlassbezogenen Prüfungen bei ambulanten Diensten entstanden sind. Neben der Frage, ob § 20 S. 1 HGBP bestimmt genug ist und die Verordnungsermächtigung des § 20 S. 2 HGBP den Anforderungen des Art. 80 I 2 GG genügt[491], stellt sich für ambu-

485 Für diese Lösung *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 76, Rn. 121.

486 BT-Drucks. 13/2440, S. 30. Die Gesetzesbegründung zu § 76 III 2 SGB XII nimmt darauf Bezug, BT-Drucks. 15/1514, S. 64.

487 Mit diesem Argument lehnen *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 76, Rn. 124 eine Veröffentlichung im Internet ab.

488 Auch die Praxis dürfte den Weg gewählt haben, nur die gegenwärtigen Leistungsempfänger zu informieren. Anders ist es nicht zu erklären, weshalb gegen die Weitergabe der Informationen nach § 93a III 2 BSHG und nach § 76 III 2 SGB XII seit dem Jahr 1999 keine vergleichbare „Klagewelle" wie bei § 115 Ia SGB XI entstanden ist.

489 Vgl. § 6 II PfleWoqG in der Fassung vom 08.07.2008 (gültig bis 30.06.2013); die Frage, ob es sich dabei um eine Befugnisnorm für die Behörde zum Veröffentlichen der Prüfberichte handelt, wurde vom Bayerischen VGH verneint, vgl. Urteil vom 09.01.2012 - 12 CE 11.2685, Rn. 40f. In Art. 17b PfleWoqG in der Fassung ab 01.07.2013 ist klargestellt, dass die Einrichtung für die Veröffentlichung zuständig ist.

490 § 31 HmbWBG.

491 *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 10, wobei der Vergleich mit Art. 6 II PfleWoqG und dem dazu ergangenen Urteil des Bayerischen VGH insoweit schief ist, als in Bayern Art. 6 II PfleWoqG schon nicht

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lante Dienste vor allem die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in Art. 12 I GG. Schon die Geeignetheit der Veröffentlichung von einzelnen anlassbezogenen Prüfungen für die Transparenz bei den Anbietern ambulanter Pflege ist zweifelhaft. So werden nur wenige Pflegeinrichtungen geprüft. Auch erstreckt sich der Prüfumfang gegebenenfalls nur auf den Anlass. Vor allem aber fehlt insbesondere bei der Veröffentlichung von anlassbezogenen Prüfungen ein Recht der Einrichtung zur Wiederholungsprüfung, da es bei anlassbezogenen Prüfungen anders als bei Regelprüfungen ansonsten keine Folgeprüfungen gibt und ein negativer Prüfbericht potentiell ewig öffentlich bliebe, ohne die Möglichkeit zur Korrektur.[492] Eine erneute Prüfung würde nur aufgrund eines weiteren Anlasses, also bei weiteren zu erwartenden Mängeln, erfolgen. Gerade bei sich wohlverhaltenden Pflegediensten käme es damit nie zu einer weiteren Prüfung. § 20 HGBP ist unberührt der weiteren Bedenken damit zumindest verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass er nur die Veröffentlichung von Regelprüfungen erfasst.

bb) Pflegebedürftiger

Ein Interesse an qualitativ hochwertigen Pflegeleistungen hat nicht nur der Leistungsträger sondern auch der Leistungsempfänger. Auch wenn die Bewertung der Qualität von Pflegeleistungen für den Leistungsempfänger schwierig ist, steht die Qualitätssicherung damit auf 2 Säulen.[493] Die erste Säule besteht aus den eben beschriebenen staatlichen Maßnahmen, die, wenn der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen erhält dem Straf-, Ordnungs- und Berufsrecht entstammen, und bei Sozialleistungsbezug zusätzlich dem Sozialrecht. Die zweite Säule besteht aus den rechtlichen Möglichkeiten des Pflegebedürftigen, auf mangelhafte Pflegeleistungen zu reagieren. Diese rechtlichen Möglichkeiten sind Bestandteil der staatlichen Steuerung von Qualität, da staatliche Entscheidungen maßgebend dafür sind, wie stark die tatsächliche Position des Pflegebedürftigen gegenüber dem Pflegedienst ist. Rechtlich betrachtet stehen sich Pflegedienst und Pflegebedürftiger auf der gleichen Ebene gegenüber. Tatsächlich besteht jedoch resultierend aus der Informationsasymmetrie ein Machtungleichgewicht zugunsten des Pflegedienstes.[494] Die dem Pflegebedürftigen durch den Staat eingeräumten rechtlichen Möglichkeiten können damit dem Steuerungstyp Wettbewerb zugeordnet

---

die Qualität einer Befugnisnorm hat. Auch ließe sich eine gewisse Bestimmtheit des § 20 I HGBP durch Auslegung der einzelnen Sollensanforderungen an Pflegeeinrichtungen erreichen, da genau die Anforderungen geprüft und diese Ergebnisse dann veröffentlicht werden sollen.

492 Dies sind auch die wesentlichen Unterschiede zu § 115 Ia SGB XI. Zwar werden auch dort die Prüfberichte von Anlassprüfungen veröffentlicht. Allerdings finden nach § 114 II SGB XI auch bei ambulanten Pflegediensten daneben Regelprüfungen statt und bei Anlassprüfungen nach § 114 V 1 SGB XI besteht ein Recht der Pflegeeinrichtung zur Wiederholungsprüfung, § 114 V 3 SGB XI.

493 Nimmt man an, dass die einrichtungsinterne Qualitätssicherung eine eigenständige Bedeutung hat und dass die Verpflichtung dazu nicht nur eine Maßnahme der staatlichen Qualitätssicherung ist, dann gibt es 3 Säulen der Qualitätssicherung.

494 Zur Informationsasymmetrie siehe Pkt. B. II. 2. a) bb) (1) (b) (aa).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden, da sie den Zweck haben, einen effektiven Wettbewerb durch Verringerung des tatsächlichen Machtungleichgewichts zu erreichen. Da das tatsächliche Machtungleichgewicht im Wesentlichen nur im Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger besteht, werden auch nur die Reaktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen in diesem Verhältnis beschrieben. Möglicherweise bestehende Ansprüche des Pflegebedürftigen aus unerlaubter Handlung gegenüber den unmittelbar Pflegenden, also den angestellten Pflegekräften des Pflegedienstes, bleiben damit außer Betracht.

Die Reaktionsmöglichkeiten des Leistungsempfängers sind stark davon abhängig, ob es ihm überhaupt möglich ist, Kenntnis von der negativen Abweichung des Istzustandes der erbrachten Leistungen von den Sollensanforderungen zu erlangen. In der Fallgruppe ohne Leistungsbezug ist er auf seine eigenen Erfahrungen und die Erfahrungen der Angehörigen angewiesen. Aber auch wenn eine Sozialleistung bezogen wird, erfolgt keine Weitergabe von Informationen über die individuelle Qualität vom Leistungsträger an den Leistungsempfänger.[495] Eine gewisse Hilfe können hier die Pflegetransparenzberichte leisten. Zwar wird hier die Pflegequalität des jeweiligen Pflegedienstes nur in abstrakter Weise dargestellt. Es hilft den einzelnen Pflegebedürftigen jedoch zu erkennen, wo die Schwächen des von ihm gewählten Pflegedienstes liegen, so dass er und seine Angehörigen ihre Aufmerksamkeit auf einzelne Punkte fokussieren können.

Um die Möglichkeiten des Leistungsempfängers bei Nichteinhaltung der Sollensanforderungen des Leistungserbringers darstellen zu können, ist es zunächst erforderlich die Rechtsnatur der rechtlichen Beziehung zwischen Pflegebedürftigen und Pflegedienst zu erläutern. Erhält der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen, besteht zwischen ihm und dem Pflegedienst eindeutig ein privatrechtlicher Vertrag. Im Ergebnis handelt es sich bei diesem Vertrag um einen Dienstvertrag.[496] Hingegen handelt es sich bei dem Vertrag zwischen Pflegebedürftigen und Pflegenden nicht um einen Behandlungsvertrag i.S.d. §§ 630a ff. BGB, da geschuldete Hauptleistung nicht die Erbringung einer Heilbehandlung, sondern die Erbringung von Pflegeleistungen ist.[497] Weniger eindeutig ist das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages, wenn der Pflegebedürftige Sachleis-

495 Die Weitergabe dieser Informationen würde eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Pflegedienstes bedeuten, so dass eine rechtliche Grundlage erforderlich wäre. An dieser fehlt es. Vielmehr wird die Weitergabe der Daten nach § 115 I 4 1.HS SGB XI grundsätzlich verboten.

496 Es sind Werk- und Dienstvertrag voneinander abzugrenzen. Maßgebend dafür ist der Inhalt der geschuldeten Leistung, vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, § 631, Rn. 14. Schuldet der Pflegedienst einen bestimmten Erfolg, dann liegt ein Werkvertrag nach § 631 BGB vor. Wird hingegen nur die Dienstleistung selbst geschuldet, liegt ein Dienstvertrag nach § 611 BGB vor. Naheliegend für die Einordnung ist eine Analogie zum Arztvertrag. Für den Arztvertrag wird davon ausgegangen, dass der Arzt schwerpunktmäßig nur die Behandlung schuldet und nicht den Behandlungserfolg, wobei auch einzelne werkvertragliche Elemente daran nichts ändern, vgl. *Tiggs*, in: *Prütting* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 611 BGB, Rn. 3ff. Diese Grundannahme wird allgemein auf den Pflegevertrag übertragen, vgl. statt aller *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 120, Rn. 3 und BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10.

497 Zum Anwendungsbereich des Behandlungsvertrages, siehe BT-Drucks. 17/10488, S. 17; *Thole,* MedR 2013, S. 145, 146; *Thurn,* MedR 2013, S. 153, 154.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungen nach dem SGB XI oder SGB XII bezieht.[498] Zur groben Einordnung der hier entstehenden Rechtsbeziehung zwischen Pflegebedürftigen und Pflegedienst kann man zunächst auf das zum Verhältnis Kassenarzt-Kassenpatient vorhandene Meinungsspektrum zurückgreifen. Grob lassen sich dabei der Versorgungs- und die Vertragsansatz unterscheiden. Während beim Versorgungsansatz davon ausgegangen wird, dass kein privatrechtlicher Vertrag zwischen Kassenarzt und Kassenpatient besteht,[499] wird von den Vertretern des Vertragsansatzes ein solcher privatrechtlicher Vertrag angenommen.[500] Für das Verhältnis Pflegebedürftiger-Pflegedienst sind jedoch zwei Besonderheiten zu beachten. Zum einen sind die Pflegesachleistungen nach dem SGB XI der Höhe nach gedeckelt. Es entstehen jedoch regelmäßig Kosten, die diese Obergrenze überschreiten. Nur wenn der übersteigende Betrag vollständig durch Leistungen nach dem SGB XII abgedeckt wird, wird der gesamte Pflegebedarf durch Sachleistungen abgedeckt. In den übrigen Fällen zahlt der Pflegebedürftige einen Teil der Pflegeleistungen selbst und es stellt sich die Frage, ob diese Teilvergütung unmittelbar durch den Pflegebedürftigen Auswirkungen auf die rechtliche Einordnung der Rechtsbeziehung Pflegebedürftiger-Pflegedienst hat. Zum anderen stimmt zwar § 72 IV 2 SGB XI mit der Konzeption der §§ 95 III, 77 I SGB V, aus denen der Versorgungsansatz entwickelt wird, überein, allerdings weicht § 120 SGB XI von dieser Konzeption insoweit ab, als in § 120 I 1 SGB XI angeordnet wird, der Pflegedienst habe auch gegenüber dem Pflegebedürftigen die Verpflichtung zur Leistungserbringung. Außerdem entsteht nach § 120 IV 2 SGB XI ein Vergütungsanspruch gegen den Pflegebedürftigen. Eine Verpflichtung zur Leistungserbringung besteht damit eben nicht nur gegenüber dem Leistungsträger, was gerade ein Kernargument der Vertreter des Versorgungsansatzes im

498 Dennoch wird allgemein und ohne weitere Problematisierung vom Vorliegen eines zivilrechtlichen Dienstvertrages ausgegangen, vgl. *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 120, Rn. 3; *Knittel*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 120, Rn. 2; *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 120, Rn. 4. Da die Nähe zum Verhältnis Kassenarzt-Kassenpatient aber nahe liegt und für diese Verhältnis die Rechtsnatur alles andere als einheitlich beurteilt wird, soll hier auch die Rechtsnatur des Verhältnisses zugelassener Pflegedienst-Pflegebedürftiger kurz untersucht werden.

499 Der Versorgungsansatz stützt sich von allem auf die §§ 95 III, 77 I SGB V und § 75 I SGB V einerseits sowie die §§ 11 I, 27 SGB V andererseits. Nach § 75 I SGB V ist die Kassenärztliche Vereinigung zur vertragsärztlichen Versorgung verpflichtet und nach den §§ 95 III, 77 I SGB V bilden die Vertragsärzte eine Kassenärztliche Vereinigung und sind dieser gegenüber zur Erfüllung des Versorgungsauftrages verpflichtet. Aus den §§ 11 I, 27 SGB V folgt, dass der Versicherte lediglich gegenüber der jeweiligen Krankenkasse einen Anspruch auf Behandlung hat. Vertreter des Versorgungsansatzes folgern daraus: Eines Vertragsverhältnisses zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bedürfe es daher nicht. Vgl. ausführlich zu den verschiedenen „Spielarten" des Versorgungsansatzes *Budee,* Der Arztvertrag nach dem SGB V, S. 20ff.

500 Der Vertragsansatz stellt hingegen das tatsächliche Geschehen in den Vordergrund. Tatsächlich erfolge der Leistungsaustausch zwischen Arzt und Patient und der vorherige Kontakt führe zu einem konkludenten Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages. Auch § 76 IV SGB V, der den Vertragsarzt verpflichtet, gegenüber dem Kassenpatienten die Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beachten, deute auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages hin. Vgl. *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, § 611, Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhältnis Kassenarzt – Kassenpatient ist. Das Bestehen der Verpflichtung zur Leistung im Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger ist damit ein Indiz für das Vorliegen eines Vertrages zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst.[501] Dies gilt auch für die Deckelung der Pflegesachleistung nach dem SGB XI, denn der Versorgungsansatz könnte nur für den durch die Sachleistung abgedeckten Teil Anwendung finden, was jedoch zu einer unnatürlichen Aufspaltung der einheitlichen Erbringung der Pflegeleistungen führen würde.[502] Da auch der Gesetzgeber in § 120 SGB XI das Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger als Vertrag bezeichnet, wird hier mit der allgemeinen Meinung das Vorliegen eines Dienstvertrages nach § 611 BGB angenommen.

Sanktionsmöglichkeiten des Pflegebedürftigen bestehen zunächst dann, wenn die Pflegeleistungen nicht oder schlecht geleistet wurden. Für die Schlechtleistung im Verhältnis Pflegedienst-Pflegebedürftiger stellt sich die Frage, nach welchem Maßstab das Vorliegen einer Schlechtleistung zu bestimmen ist. Gelten auch hier die im Verhältnis Leistungsträger-Leistungserbringer verbindlichen Sollensanforderungen als Maßstab oder gelten andere Sollensanforderungen? Setzt man die Annahme, dass in jedem Fall ein zivilrechtlicher Dienstvertrags zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst zustande kommt konsequent um, so ist für die Bestimmung der Sollensanforderungen im Pflegevertrag zwischen Pflegebedürftigem und Pflegedienst entscheidend, was vertraglich vereinbart wurde. Bezieht der Pflegebedürftige zugleich Pflegesachleistungen nach dem SGB XI, sind die gesetzlichen Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt nach § 120 III SGB XI zu beachten. Soweit die Qualität der zu erbringenden Pflegeleistungen nicht ausdrücklich vertraglich festgelegt wurde, sind die Qualitätsanforderungen durch Auslegung des Pflegevertrages nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Aus der Auslegung des Pflegevertrages folgt für den Fall, dass der Pflegebedürftige nicht zugleich Pflegesachleistungen nach dem SGB XI oder Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII in Form von Sachleistungen erhält, dass sowohl die Pflichten als auch der Sorgfaltsmaßstab für die Leistungserbringung verkehrskreisbezogen zu bestimmen sind.[503] Ist für die Erbringung der Pflegeleistungen eine ausgebildete Pflegefachkraft letztverantwortlich, so sind alle geltenden Standards dieser Berufsgruppe zu beachten. Bezieht der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen nach dem SGB XI, sind alle Sollensanforderungen des SGB XI zugleich auch Bestandteil des Pflegevertrages.[504] Da die anerkannten Expertenstan-

501 Zwingend ist die Annahme eines Vertrages allein wegen dieser Verpflichtung noch nicht. Da auch beim Versorgungsansatz teilweise davon ausgegangen wird, es entstehe ein gesetzliches Schuldverhältnis, könnte man diese Verpflichtung auch in ein gesetzliches Schuldverhältnis aufnehmen.

502 Diese Situation ist gerade nicht vergleichbar mit der eines Kassenpatienten, der nicht zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung gehörende Zusatzleistungen in Anspruch nimmt und für diese einen gesonderten Vertrag mit dem Arzt schließt, da es sich hierbei um eine eindeutig abgrenzbare Leistung handelt, die im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung nicht enthalten sind.

503 *Grundmann*, in Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, § 276, Rn. 54, 57f.

504 Für Heimverträge: *Theuerkauf,* MedR 2011, S. 72f.; OLG Saarbrücken vom 29.01.2008 – 4 U 318/07, Rn. 26, 31.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dards als auch der anerkannte Stand der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse in jedem Falle zu beachten sind, ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede bei den Sollensanforderungen je nachdem, ob der Pflegebedürftige Pflegesachleistungen bezieht oder nicht. Allein bei den Maßstäben und Grundsätzen nach § 113 SGB XI ist aufgrund ihrer kompromisshaften Entstehung[505] zweifelhaft, ob diese auch in den Fällen ohne Sozialleistungsbezug Bestandteil des Pflegevertrages werden.

Die Möglichkeit die Vergütung zu kürzen, ohne dass es auf ein Verschulden des Pflegedienstes ankommt, dürfte der Pflegebedürftige nur in den seltensten Fällen haben. Da es beim Dienstvertrag keine Möglichkeit zur Minderung der Gegenleistung gibt und der Vergütungsanspruch bereits mit Vertragsschluss entsteht,[506] hat auch der Pflegebedürftige bei der ambulanten Pflege, anders als bei der stationären Pflege, bei der mit § 10 I WBVG eine spezielle Regelung zur Minderung besteht, grundsätzlich keine Möglichkeit, die Vergütung bei Schlechtleistung zu kürzen. In Analogie zu einem von Teilen der Rechtsprechung zum Arztvertrag vertretenen Ansatz[507] entfällt der Vergütungsanspruch aus § 611 I BGB dann, wenn die erbrachte Leistung völlig unbrauchbar ist. Dies dürfte bei der Erbringung von Pflegeleistungen so gut wie nie der Fall sein, zumal es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem häufig die Erbringung gleichartiger, aber im Vergleich zum Arztvertrag etwas weniger komplexer, Leistungen über einen großen Zeitraum hinweg geschuldet wird. Praktisch relevant dürfte damit nur die Nichterfüllung einzelner Leistungsbestandteile sein. Werden fix geschuldete Leistungen gar nicht erbracht, wie beispielsweise ein Mittagessen oder das Waschen an einem Tag, so ist die Erfüllung des Anspruches des Pflegebedürftigen aufgrund des Fixschuldcharakters dieser Leistungen[508] nach § 275 I BGB unmöglich geworden und der Erfül-

505 Vgl. Ausführungen bei der Anwendung für das PfleWoqG, Pkt. C. II. 1. a) aa) (3).

506 *Teumer,* VersR 2009, S. 333, 335.

507 Vgl. zu diesem Ansatz beim Arztvertrag, bei dem § 628 I 2 BGB auch ohne zukünftig bestehende Leistungspflichten und ohne Kündigung angewendet wird, wenn eine völlig unbrauchbare Schlechtleistung vorliegt, OLG München vom 10.06.2010 – 1 U 2376/10, Rn. 4; LG Berlin vom 15.05.2008 – 6 O 159/07, Rn. 30. Gegen die Gleichsetzung von völlig unbrauchbarer Schlechtleistung und Nichtleistung und der über den Wortlaut hinausgehenden Anwendung des § 628 I 2 BGB wendet sich *Jaspersen,* VersR 1992, S. 1431, S. 1432, der dann jedoch in Ausnahmefällen die Arglisteinrede aus § 242 BGB dem Vergütungsanspruch entgegenhalten will, a.a.O., S. 1433.

508 Ob es sich bei der jeweiligen Leistung um eine absolute Fixschuld handelt, ist für jeden Einzelfall gesondert festzustellen. Vgl. zur den strengen Voraussetzungen eines absoluten Fixgeschäftes, *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, § 275, Rn. 46-49; § 286, Rn. 39f. Danach handelt es sich dann um ein absolutes Fixgeschäft, wenn die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr die ursprünglich geschuldete, sondern eine andere wäre. Zwar sind Leistungen wie Nahrungs- oder Flüssigkeitsaufnahme, aber auch das Waschen des Pflegebedürftigen in einem begrenzten Zeitraum nach der eigentlichen Leistungszeit noch nachholbar. So kann ein Mittagessen auch eine Stunde später eingenommen werden. Aber jedenfalls wenn die nächste Nahrungsaufnahme oder das nächste Waschen geschuldet ist, kann die vorhergehende Leistung nichtmehr nachgeholt werden. Es handelt sich dann eben nicht mehr um ein nachgeholtes Mittagessen, sondern um ein Abendessen. Genauso handelt es sich auch nicht mehr um eine nachgeholte Körperwäsche, sondern um die nächste Körperwäsche.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungsanspruch damit untergegangen. Nach § 326 I 1 BGB entfällt damit auch insoweit der Anspruch auf die Gegenleistung.

Hat der Träger des Pflegedienstes die Schlecht- oder (teilweise) Nichtleistung zu vertreten, so hat der Pflegebedürftige einen Anspruch auf Schadensersatz. Ein Anspruch auf Schadensersatz setzt aber neben dem Vertretenmüssen, welches nach § 280 I 2 BGB vermutet wird[509], auch einen Schaden i.S.d. §§ 249ff. BGB beim Pflegebedürftigen voraus. Der Schaden des Pflegebedürftigen kann sowohl ein Vermögensschaden als auch ein immaterieller Schaden nach § 253 II BGB sein. Bei der Bestimmung des Vermögensschadens ist vor allem umstritten, ob und wann es sich bei der vereinbarten Vergütung um einen Vermögensschaden handelt.[510]

Die Sanktionsmöglichkeit der Kündigung des Pflegevertrages, welche unmittelbar nur für die Zukunft wirkt, besteht teilweise unabhängig davon, ob ein Kündigungsgrund vorliegt, d.h. auch unabhängig davon, ob eine Schlechtleistung im Sinne der negativen Abweichung von verbindlichen Sollensanforderungen vorliegt. Teilweise ist ein Kündigungsgrund erforderlich, welcher auch in einer vorhergehenden Schlechtleistung bestehen kann. Zunächst einmal hat der Pflegebedürftige die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung nach § 621 BGB, die keinen Kündigungsgrund voraussetzt. Wird keine vertragliche Kündigungsfrist vereinbart, so kann der Pflegevertrag jederzeit nach § 621 Nr. 5 BGB gekündigt werden, da die Vergütung des Pflegedienstes nach Leistungskomplexen keine Vergütung nach Zeitabschnitten i.S.d. § 621 BGB ist.[511] Ordnet man die Erbringung von Pflegeleistungen den Diensten höherer Art zu[512], so besteht auch nach § 627 BGB jederzeit die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung ohne dass es eines besonderen Grundes nach § 626 BGB bedarf. Ebenso ohne Kündigungsgrund und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist besteht die Möglichkeit zur Kündigung nach § 120 II 2

509 Zwar muss nach § 280 I 2 BGB der Pflegedienst beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, nach den allgemeinen Grundsätzen zur Beweislastverteilung muss jedoch zunächst der Pflegebedürftige beweisen, dass überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt. Auch die Beweislast für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden obliegt den Pflegebedürftigen. Für den Bereich der ärztlichen Behandlungsfehler nimmt man zugunsten des Patienten Beweiserleichterungen an: vgl. zur Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, § 249, Rn. 487-489; *Jaeger*, in: *Prütting* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 249 BGB, Rn. 7, zu Beweiserleichterungen nach Dokumentationsmängeln vgl. *Jaeger*, in: *Prütting* (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 249 BGB, Rn. 26ff. und zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen LG Heibronn vom 29.07.2009 – 1 O 195/08, Rn. 45.

510 Teilweise wird die vereinbarte Vergütung als Vermögensschaden angesehen, wenn die erbrachte Leistung völlig unbrauchbar ist, vgl. LG Karlsruhe vom 28.04.2005 – 8 O 362/04, Rn. 15ff.; OLG Koblenz vom 01.09.2011 – 5 U 862/11, Rn. 9. Gegen die Annahme, die Vergütung stelle einen in diesen Fällen einen Vermögensschaden dar, vgl. *Teumer/Stamm,* VersR 2008, S. 174, 178; OLG Frankfurt vom 22.04.2010 – 22 U 153/08, Rn. 29ff. Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass es schon an der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Vergütung als Schaden fehlt, da der Vergütungsanspruch nicht aufgrund der Schlechtleistung entstanden ist.

511 BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 11.

512 Für die Annahme von Diensten höherer Art insbesondere aufgrund der besonderen Vertrauensstellung BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 14ff.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

SGB XI. Dieser enthielt zunächst nur eine Kündigungsmöglichkeit innerhalb der ersten 2 Wochen nach dem ersten Pflegeeinsatz. Mit dem Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 besteht ab 01.01.2013 die jederzeitige Kündbarkeit des Pflegevertrages.[513] Während es sich bei den §§ 621, 627 BGB um dispositives Recht handelt, ist § 120 II 2 SGB XI jedoch unabdingbar. Allerdings muss eine Abweichung von den §§ 621 Nr. 5, 627 BGB in einem Formularvertrag den Anforderungen der AGB-Kontrolle nach §§ 305ff. BGB genügen. Eine formularmäßige Abbedingung wird dabei grundsätzlich als nicht möglich erachtet.[514] Damit handelt es sich bei der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit nach § 120 II 2 SGB XI, anders als vom Gesetzgeber geplant,[515] nicht nur um eine Klarstellung der bestehenden Rechtslage, sondern durch die auch einzelvertragliche Unabdingbarkeit um eine Änderung der bestehenden Rechtslage.[516] Jedenfalls für Verträge, die nach dem 31.12.2012 geschlossen werden, hat die Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB keine Bedeutung mehr.

Der Pflegebedürftige kann regelmäßig auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB ohne Einhaltung einer Frist den Pflegevertrag wegen § 627 BGB oder für Pflegeverträge, die nach dem 31.12.2012 geschlossen werden, nach § 120 II 2 SGB XI kündigen. Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes ist damit nur für die Folgen der Kündigung, welche in § 628 BGB geregelt sind,[517] entscheidend. Wurde die Vergütung im Voraus entrichtet, so erhält der Pflegebedürftige den Vergütungsanteil für die Zeit nach der Kündigung nach § 628 I 3 BGB zwar unabhängig vom Vorliegen eines Kündigungsgrundes zurück, aber der Vergütungsanspruch für die Zeit vor der Kündigung entfällt nach § 628 I 2 BGB nur, wenn der Pflegebedürftige durch vertragswidriges Verhal-

513 Damit sollte der Rechtsprechung des BGH zu § 627 BGB Rechnung getragen werden, BT-Drucks. 17/9369, S. 51.

514 BGH vom 09.06.2005 - III ZR 436/04, Rn. 38; speziell für Pflegeverträge wurde jedenfalls eine 14-tägige Kündigungsfrist als unangemessene Benachteiligung nach § 307 I 1, II BGB gewertet, vgl. BGH vom 09.06.2011 – III ZR 203/10, Rn. 13.

515 BT-Drucks. 17/9369, S. 51.

516 Problematisch daran ist, dass der Gesetzgeber, ausgehend von der bloßen Klarstellungswirkung, selbstverständlich davon ausging, § 120 II 2 SGB XI könne ab 01.01.2013 auch ohne weiteres auf vor dem 01.01.2013 geschlossene Verträge angewendet werden. Tatsächlich stellt sich hier jedoch die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung. Aufgrund der bei uneingeschränkter Anwendung eintretenden, vom Gesetzgeber aber nicht beabsichtigten, Rückwirkung, wird man dem Willen des Gesetzgebers am ehesten gerecht, wenn man § 120 II 2 SGB XI einschränkend nur auf Verträge anwendet, die nach dem 31.12.2012 geschlossen werden.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass durch den Verweis in § 124 IV SGB XI die Kündigungsmöglichkeit des § 120 II 2 SGB XI für Verträge über häusliche Betreuung mit nach § 125 SGB XI zugelassenen Betreuungsdiensten entsprechend gilt. Es besteht für diese Verträge damit eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit unabhängig davon, ob es sich auch bei der ausschließlichen Erbringung von Betreuungsleistungen um Dienst höherer Art handelt.

517 Zwar gilt § 628 BGB unmittelbar nur für eine Kündigung nach den §§ 626, 627 BGB, er ist jedoch für eine Kündigung nach § 120 II 2 SGB XI analog anzuwenden. Zum einen enthält § 120 SGB XI selbst keine Regelung zu den Kündigungsfolgen, so dass eine Regelungslücke besteht. Zum anderen ist auch hier zu berücksichtigen, dass § 120 II 2 SGB XI nach der Gesetzesbegründung lediglich klarstellende Funktion hat, woraus sich die Planwidrigkeit der Regelungslücke ableiten lässt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten des Pflegedienstes zur Kündigung veranlasst wurde[518] und soweit der Pflegebedürftige an den vorherigen Leistungen kein Interesse mehr hat. Regelmäßig wird es jedoch an der letzten Voraussetzung fehlen, da viele Pflegeleistungen, anders als eine aus mehreren Sitzungen bestehende ärztliche Behandlung, auch einzeln für den Pflegebedürftigen eine Bedeutung haben.

f) Rechtsschutz

Der Rechtsschutz dient zunächst dem Schutz der individuellen Interessen der Leistungserbringer. Da es aber beispielsweise bei der Herstellung der Sollensanforderungen nach dem SGB XI nach §§ 113, 113a SGB XI, aber auch für die Pflegetransparenzvereinbarungen nach § 115 Ia SGB XI, keine Rechtsaufsicht gibt und im Rahmen des Rechtsschutzes diese im Rang unterhalb der formellen Gesetze stehenden Sollensanforderungen jedoch zumindest inzident geprüft werden, geht die Wirkung des Rechtsschutzes faktisch über den Einzelfall hinaus. Der Rechtsschutz hat auch die Aufgabe, objektive Richtigkeit zu gewährleisten und leistet damit einen Beitrag zur ständigen Weiterentwicklung[519] der Qualität.

aa) Rechtsschutz unmittelbar gegen Sollensanforderungen

Der Rechtsschutz unmittelbar gegen die Sollensanforderungen kann für die Leistungserbringer deshalb von großer Bedeutung sein, weil die Sollensanforderungen unmittelbar für sie verbindlich sind und ein Verstoß dagegen in der Regel sanktionsbewehrt ist. Damit stellt sich für das Problem, ob überhaupt Rechtsschutz unmittelbar gegen die Sollensanforderungen möglich ist, die entscheidende Frage, ob das Abwarten von Einzelmaßnahmen und der Rechtsschutz gegen die Einzelmaßnahme inklusive inzidenter Prüfung der Sollensanforderung den Leistungserbringern zumutbar ist. Sowohl hinsichtlich des Ob als auch hinsichtlich des Wie des Rechtsschutzes ist entscheidend, welche Rechtsnatur die Sollensanforderungen haben.

Die Sollensanforderungen des § 11 I 1 SGB XI werden durch ein formelles Gesetz festgelegt, so dass nur die Rechtssatzverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 13, 8a, 90ff. BVerfGG möglich ist. Deren Zulässigkeit scheitert jedoch schon am Ablauf der Jahresfrist des § 93 III BVerfGG.

---

518 Für die Veranlassung genügt jedes schuldhafte vertragswidrige Verhalten. Das vertragswidrige Verhalten muss nicht so schwerwiegend sein, dass es für einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB ausreicht, vgl. BGH vom 29.03.2011 – IV ZR 133/10, Rn. 14, auch mit Nachweisen zur abweichenden Meinung.

519 Ständige Weiterentwicklung darf nicht mit ständiger Intensivierung verwechselt werden. Wird für eine wirkungslose Maßnahme, die in die Rechte der Leistungserbringer eingreift, die Rechtswidrigkeit festgestellt, so führt auch die Beseitigung dieser Maßnahme zur Weiterentwicklung der Qualität.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der Vereinbarung nach § 113 I 1, 2 SGB XI handelt es sich für die Leistungserbringer ebenfalls um eine Rechtsnorm[520], da durch § 113 I 3 SGB XI die Vereinbarung auch für die Leistungserbringer, die nicht Vertragspartei der Vereinbarung sind, unmittelbar verbindlich ist. Allerdings handelt es sich nicht um ein formelles Gesetz, so dass grundsätzlich der Rechtsweg der Sozialgerichtsbarkeit möglich ist. Der Rechtsweg ist auch nach § § 51 I Nr. 2 SGG eröffnet. Da es neben § 55a SGG keine Möglichkeit der abstrakten Normkotrolle gibt, kommt als Klageart lediglich die Feststellungsklage nach § 55 I Nr. 1 SGG in Betracht. Streitgegenstand dieser Feststellungsklage ist nicht unmittelbar die Wirksamkeit der Norm, sondern die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen der konkreten Pflichten des Leistungserbringers.[521] Für das berechtigte Interesse an der baldigen Feststellung werden in Analogie zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Rechtsnormen die eigene Betroffenheit (selbst, gegenwärtig und unmittelbar) sowie die Unzumutbarkeit des Abwartens des Vollzuges verlangt.[522] Unmittelbar betroffen sind die Leistungsträger nur von Sollensanforderungen des § 113 SGB XI, die sich direkt an sie richten, also insbesondere nicht von Vereinbarungen nach § 113 I 4 Nr. 2, 3 SGB XI. Die Voraussetzung der Unzumutbarkeit des Abwartens des Vollzuges ist aufgrund der möglichen Sanktionen nach § 115 II SGB XI im Falle eines Verstoßes erfüllt. Im Rahmen der Begründetheit ist dann die Vereinbarkeit der Sollensanforderungen mit höherrangigem Recht zu prüfen.[523] Davon erfasst sind insbesondere die formellen Voraussetzungen des § 113 I 1, 2 SGB XI sowie die materielle Grenze des § 113 I 1 SGB XI, d.h. der Inhalt der Sollensanforderung muss sich unter „Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung“ subsummieren lassen.[524] Speziell für die Pflegedokumentation stellt § 113 I 4 Nr. 1 SGB XI noch Vertretbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsanforderungen. Die gegenwärtig geltenden Maßstäbe und Grundsätze sind jedoch gar nicht durch Vereinbarung, sondern durch eine Entscheidung der Schiedsstelle nach § 113b SGB XI zustande gekommen. § 113b I 3 SGB XI ist zu entnehmen, dass aus Sicht der Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI die Entscheidung der Schiedsstelle ein Verwaltungsakt ist. Für Nichtvertrags-

520 *Bassen*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 113, Rn. 6.

521 Vgl. zu § 43 VwGO *Piezcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier* (Hrsg.), VwGO, § 43, Rn. 25. Damit sind Klagegegner auch nicht die Parteien der Vereinbarung nach § 113 I 1 SGB XI, sondern die nach § 115 II, III SGB XI für die Durchsetzung der Pflichten zuständigen Landesverbände der Pflegekassen, vgl. *Piezcker*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, (Hrsg.), VwGO, § 43, Rn. 25a. Anders dagegen *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer* (Hrsg.), SGG, § 55, Rn. 10b, der von einer „Klage auf Feststellung der Ungültigkeit der Norm“ ausgeht.

522 *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer* (Hrsg.), SGG, § 55, Rn. 10d.

523 Vgl. zum Gesamtvertrag nach § 85 III 1 SGB V: BSG vom 31.08.2005 – B 6 KA 6/04 R, Rn. 18; LSG Berlin-Brandenburg vom 14.09.2011 – L 7 KA 87/08, Rn. 21.

524 Auch zu prüfen durch die Sozialgerichte ist die verfassungskonforme Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe, wie beispielsweise in § 113 I 4 Nr. 1 SGB XI „ein für die Pflegeeinrichtungen vertretbares und wirtschaftliches Maß“. Hier ist insbesondere Art. 12 I GG zugunsten der Pflegeeinrichtungen zu prüfen. Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 113 SGB XI selbst gibt es nur den Weg über Art. 100 I 1 GG.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

parteien, also auch für die Leistungserbringer, stellt der Schiedsspruch nach § 113 III 2 SGB XI den Inhalt der Vereinbarung fest, wird also ebenfalls wie die Vereinbarung selbst erst durch die gesetzliche Anordnung des § 113 I 2 SGB XI verbindlich und ist insoweit für diese wie die Vereinbarung eine Rechtsnorm. Für die rechtliche Kontrolle gelten für die Leistungserbringer damit bei Entscheidungen der Schiedsstelle die gleichen Voraussetzungen wie für die rechtliche Kontrolle der Vereinbarung nach § 113 SGB XI selbst.

Beim Rechtsschutz gegen Sollensanforderungen nach § 113a SGB XI ist zu unterscheiden. Nicht zulässig ist eine Feststellungsklage unmittelbar gegen den Beschluss der Vertragsparteien des § 113 I 1 SGB XI nach § 113a I 5 SGB XI, der den Auftrag zur Entwicklung oder Aktualisierung eines Expertenstandards enthält. Von diesem Auftrag sind die Leistungserbringer nicht unmittelbar betroffen. Etwas anderes gilt für den Beschluss nach § 113a I 5 SGB XI über die Einführung eines Expertenstandards, wenn in dem Beschluss die Einführung beschlossen wird.[525] Der Expertenstandard ist dann nach § 113a III 2 SGB XI für den Leistungserbringer unmittelbar verbindlich. Soweit sich aus dem Expertenstandard unmittelbar Pflichten für die Leistungserbringer ergeben, ist Rechtsschutz über § 55 I 1 SGG wie im Rahmen des § 113 SGB XI möglich. Allerdings ist unklar, wann die Feststellungsklage Erfolg haben wird. Allein ein Verstoß gegen das Verfahren des § 113a SGB XI kann dafür dann nicht genügen, wenn der Expertenstandard zugleich Teil des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse nach § 11 I 1 SGB XI ist. In diesem Fall wäre die Feststellungsklage im Ergebnis wirkungslos, da sie nur die nicht bestehende Verbindlichkeit nach § 113a III 2 SGB XI feststellen kann, jedoch die nach § 11 I 1 SGB XI davon unberührt bleibt.[526] Bei einer solchen im Ergebnis nutzlosen Klage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.

Eine Feststellungskrage unmittelbar gegen die Kriterien der Veröffentlichung einschließlich der Bewertungssystematik (Pflegetransparenzvereinbarung) nach § 115 Ia 8 SGB XI zur Veröffentlichung der Qualitätsberichte ist nicht zulässig. Die Kriterien richten sich unmittelbar nur an die Prüfer und die Landesverbände der Pflegekassen, die nach § 115 Ia 1 SGB XI für die Veröffentlichung zuständig sind. Da sich keine Pflichten der Leistungserbringer aus der Pflegetransparenzvereinbarung ergeben, fehlt es jedenfalls an der unmittelbaren Betroffenheit.

Eine Feststellungsklage[527] unmittelbar gegen die Verpflichtungen aus der Leistungsvereinbarung nach § 75 III Nr. 1 SGB XII ist nur für den Leistungserbringer möglich,

525 Bei einer Ablehnung der Einführung eines Expertenstandards durch Beschluss fehlt es wiederum an der unmittelbaren Betroffenheit der Leistungserbringer.

526 Wie bereits erwähnt sind alle bisherigen Expertenstandards des DNQP nicht unter dem Regime des § 113a SGB XI entwickelt worden und nach § 11 I 1 SGB XI verbindlich. Für nach § 111a SGB XI entwickelte Expertenstandards bedeutet die mögliche Verbindlichkeit nach § 11 I 1 SGB XI, dass bei inhaltlicher „Richtigkeit" des Expertenstandards die Verfahrensvorschriften nach § 113a SGB XI für die anschließende Geltung bedeutungslos sind.

527 Nicht behandelt werden soll die Frage, ob ein Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung nach § 75 III SGB XII besteht und wie dieser durchgesetzt werden kann. Insbesondere zur Frage der

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der auch Vertragspartei ist, da nach § 77 I 2 SGB XII die jeweilige Leistungsvereinbarung auch nur für den Leistungserbringer verbindlich ist, der auch Vertragspartei ist. Die Vereinbarungen nach § 75 III SGB XII sind somit nur Vertrag[528] und nicht Normvertrag. Inhaltlich ist dann die Wirksamkeit des Vertrages zu prüfen.

bb) Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen

Beim Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen des SGB XI ist die Art des Rechtsschutzes abhängig von der Rechtsnatur der Einzelmaßnahme. So ist die Kündigung des Versorgungsvertrages nach § 74 I, II SGB XI ein Verwaltungsakt, was im Wesentlichen aus der Verweisung in § 74 III 2 SGB XI auf § 73 II 2 SGB XI geschlossen wird.[529] Richtige Klageart ist dann die Anfechtungsklage nach § 54 I 1 SGG.[530] Da diese nach § 73 II 2 SGB XI keine aufschiebende Wirkung hat, hat der einstweilige Rechtsschutz zumindest bei der Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach § 74 II SGB XI für den Leistungserbringer eine große Bedeutung. Dieser richtet sich nach § 86b I 1 Nr. 2 SGG.

Die Veröffentlichung der Pflegetransparenzberichte nach § 115 Ia SGB XI ist kein Verwaltungsakt. Damit ist in der Hauptsache aufgrund des Klagebegehrens die Unterlassungsklage als besondere Form der allgemeinen Leistungsklage nach § 54 V SGG[531] statthaft.[532] Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 86b II SGG (Sicherungsanordnung).[533] Für die Leistungserbringer ist der einstweilige Rechtsschutz von prak-

---

Schiedsfähigkeit von Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 77 I 3 SGB XII, *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 77, Rn. 37ff. Da die Qualität (insbesondere die Strukturqualität) des Leistungserbringers nicht im Rahmen der Ermessensentscheidung des Leistungsträgers beim Abschluss des Vertrages berücksichtigt werden darf, sondern nur bei der Frage, ob der Leistungserbringer überhaupt geeignet ist, kommt der Entscheidung, ob eine Vereinbarung abgeschlossen wird, keine weitergehende qualitätssteuernde Funktion zu. Geeignete Leistungserbringer sollen regelmäßig einen Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung haben, *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 75, Rn. 98; *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 75, Rn. 34.

528 *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 75, Rn. 30.

529 BSG vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R, Rn. 12f.

530 Der Prüfungsumfang umfasst sowohl die formellen als auch die materiellen Voraussetzungen des § 74 SGB XI. Zu den zu prüfenden formellen Voraussetzungen gehört auch, ob das Einvernehmen mit dem Sozialhilfeträger nach § 74 I 2 SGB XI hergestellt wurde. Dieses Erfordernis soll auch die Rechte des Leistungserbringers schützen, auch wenn aus der Begründung des BSG vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R, Rn. 25 nicht deutlich wird, weshalb diese Verfahrensvorschrift auch drittschützend ist.

531 BSG vom 15.11.1995 – 6 RKa 17/95, Rn. 15.

532 *Dürschke/Brembeck,* Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Rn. 502 sowie für den Fall, dass bereits eine erneute Qualitätsprüfung stattgefunden hat die Fortsetzungsfeststellungsklage, *Dürschke/Brembeck*, a.a.O., Rn. 507. Da es sich bei der Pflegetransparenzvereinbarung um die Rechtsgrundlage bezüglich des Wie der Veröffentlichung handelt, wird deren Rechtmäßigkeit hier inzident geprüft.

533 *Dürschke/Brembeck,* Der Pflege-TÜV auf dem Prüfstand, Rn. 385; für die Rechtsprechung statt aller: Bayerisches LSG vom 30.03.2010 – L 2 P 7/10 B ER, Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tisch von größter Bedeutung, da allein die Klageerhebung in der Hauptsache die Veröffentlichung der Transparenzberichte nicht verhindert.

Die außerordentliche Kündigung nach § 78 SGB XII ist nach überwiegender Ansicht kein Verwaltungsakt[534], was aufgrund des Fehlens einer § 73 II 2 SGB XI entsprechenden Regelung auch überzeugend ist.[535] Gegen eine Kündigung ist damit die Feststellungsklage statthaft. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 86b II SGG.

g) Herstellung eines Kreislaufes

aa) Kleiner Kreislauf

Der kleine Kreislauf beschränkt sich auf die Verbesserung der Ergebnisse des Ist-Soll-Vergleiches und lässt die Sollensanforderungen unberührt.

Diese Verbesserung entsteht zum einen aus der allgemeinen präventiven Wirkung der Reaktionsmöglichkeiten auf die Kontrollergebnisse. Da die Leistungserbringer wissen, welche Sollensanforderungen zu erfüllen sind und welche Sanktionsmöglichkeiten es bei Nichterfüllung gibt, werden die Leistungserbringer daran interessiert sein, diese Sollensanforderungen einzuhalten.[536] Es ist anzunehmen, dass dabei von der bevorstehenden Veröffentlichung der Kontrollergebnisse nach § 115 Ia SGB XI die stärkste Wirkung ausgeht. Dieses Instrument hat eine hohe Breitenwirkung, da die Informationen von allen gegenwärtig versorgten Leistungsempfängern, aber auch von potentiellen zukünftigen Leistungsempfängern eingesehen werden können. Vor allem aber ist die Reaktion der gegenwärtigen und potentiellen Leistungsempfänger für den Leistungsträger nicht vorhersehbar und gerade diese Unsicherheit dürfte die Wirkungsmacht dieses Instrumentes ausmachen.

Zum anderen entsteht der Kreislauf durch individuelle Reaktionen der Leistungserbringer auf konkret (angedrohte) Sanktionen. So wird der Leistungserbringer regelmäßig die festgestellten Mängel innerhalb der nach § 115 II 1 SGB XI gesetzten Frist beseitigen, um eine Kündigung des Versorgungsvertrages zu verhindern.

---

534 *Flint*, in: *Grube/Wahrendorf* (Hrsg.), SGB XII, § 78, Rn. 11 mit Nachweisen auch für die Gegenmeinung.

535 Mit dem gleichen Argument auch *Jaritz/Eicher*, in: jurisPK-SGB XII, § 78, Rn. 32.

536 Daraus folgt, dass Maßnahmen, die sich ebenfalls positiv auf die Pflegequalität auswirken, aber nicht Bestandteil der normierten Sollensanforderungen sind, möglicherweise nicht ergriffen werden. Dies ist ein wesentlicher Kritikpunkt an der bestehenden Qualitätssicherung, die sich nur auf einzelne Anforderungen konzentriert, vgl. *OECD/European Commission,* A Good Life in Old Age?, S. 25, 183. Die Leistungserbringer orientieren sich ausschließlich an den Sollensanforderungen, die kontrolliert und deren Nichteinhaltung sanktioniert wird, um gute Kontrollergebnisse zu erreichen. Das individuelle Wohlbefinden des Leistungsempfängers werde dabei jedoch vernachlässigt und die Entwicklung neuer Anforderungen durch die Leistungserbringer gehemmt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Großer Kreislauf

Kerngedanke des Qualitätskreislaufes ist die ständige Weiterentwicklung der Qualität, die über eine ständige Verbesserung des Ergebnisses des Ist-Soll-Vergleiches hinausgeht, also auch die Weiterentwicklung der Sollensanforderungen selbst beinhaltet. Dazu kann es jedoch in geordneter Form nur dann kommen, wenn die bei einem Durchlauf gewonnenen neuen Erkenntnisse beim nächsten Durchlauf und dabei insbesondere bei der Erstellung der Sollensanforderungen berücksichtigt werden können.[537] Dies mag in Fällen, bei denen die Erstellung der Sollensanforderungen, die Kontrolle und die Reaktion auf die Kontrollergebnisse institutionell in einer Hand liegen, so unproblematisch sein, dass dieser Punkt nicht eigens betrachtet werden muss.[538]

An der Qualitätssicherung nach dem SGB XI sind jedoch mehrere Akteure beteiligt. So wird für die Sollensanforderungen nach § 11 I 1 SGB XI auf den pflegewissenschaftlichen Diskurs verwiesen und die Sollensanforderungen nach § 113 SGB XI werden von den dort genannten Vertragsparteien vereinbart. Die Kontrolle wird in der Regel nach § 114 I 1 SGB XI vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung durchgeführt.[539] Die Reaktionen auf die Kontrollergebnisse erfolgen dann durch die Landesverbände der Pflegekassen nach § 115 Ia, II, III SGB XI. Bei dieser Konstellation ist der nötige Wissenstransfer in den nächsten Durchlauf des Qualitätskreislaufes für die Herstellung eines echten Kreislaufes jedenfalls nicht offensichtlich. Das Problem des Wissenstransfers versucht der Gesetzgeber teilweise durch die Pflicht zur Weitergabe von Informationen, teilweise auch durch institutionelle Vorkehrungen zu lösen.

So ist der Medizinische Dienst der Krankenversicherung nach § 115 I SGB XI verpflichtet, die bei der Kontrolle gewonnen Informationen untere anderen an die Landesverbände der Pflegekassen weiterzugeben. Aufgrund der systematischen Stellung des § 115 I SGB XI wird die Informationsweitergabe dazu dienen, dass die Landesverbände der Pflegekassen ihre Aufgaben bei der Reaktion auf die Kontrollergebnisse erfüllen können. Unabhängig davon, ob diese Informationen bei der derzeitigen Rechtslage

537 Dabei ist der Qualitätskreislauf natürlich nur ein Modell und damit auch stark vereinfacht und idealisiert. Tatsächlich finden aufgrund der Vielzahl der Leistungserbringer ständig Kontrollen statt und die Sollensanforderungen stehen auch ständig zumindest gedanklich auf dem Prüfstand. Dennoch ist der planmäßige Wissenstransfer eine notwendige Voraussetzung für eine geordnete, d.h. nicht zufällige, ständige Weiterentwicklung der Qualität.

538 Dies wird regelmäßig für Abläufe innerhalb eines Unternehmens der Fall sein und für diesen Fall wurde der Qualitätskreislauf ursprünglich auch entwickelt und erst später auf die Erbringung von Sozialleistungen übertragen.

539 Immerhin soll dort, wo es nach den Nachfolgegesetzen der Länder zum Bundesheimgesetz zu Qualitätsprüfung kommt, eine Zusammenarbeit mit dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung stattfinden, § 117 SGB XI. Diese Zusammenarbeit soll nicht nur in der Koordinierung der einzelnen Kontrollen bestehen, sondern beispielsweise auch bei der Weiterentwicklung der Qualität der Prüfungen erfolgen, vgl. BT-Drucks. 17/9369, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

überhaupt auch für andere Zwecke genutzt werden können[540], ist vor allem nicht sicher, ob sie auf diesem Weg bei den Vertragsparteien nach §§ 113, 113a SGB XI ankommen. Die Landesverbände der Pflegekassen nach § 52 SGB XI i.V.m. § 207 SGB V sind selbst nicht Vertragspartei. Zwar ist der Spitzenverband Bund der Pflegekassen Vertragspartei, allerdings besteht dieser nicht aus den Landesverbänden, sondern nach § 53 SGB XI i.V.m. § 217a SGB XI aus den einzelnen Krankenkassen. Damit ist auch nicht gewährleistet, dass die Informationen von den Landesverbänden der Pflegekassen an den Spitzenverband Bund der Pflegekassen weitergeleitet werden. Damit bleibt noch der Weg über die Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 113 I 1, 113a I 3 SGB XI. Jedoch ist auch der Wissenstransfer vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung nach § 278 SGB V zum Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 282 SGB V nicht gesetzlich gewährleistet, da der Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen nach § 282 II 2 SGB V Einfluss auf die Arbeit des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nehmen soll und nicht umgekehrt.[541]

Auch ein Wissenstransfer der Informationen, die der Medizinische Dienst der Krankenversicherung durch die Kontrollen gewonnen hat, zu den Beteiligten am pflegewissenschaftlichen Diskurs für die Sollensanforderungen nach § 11 I 1 SGB XI fehlt. Damit bleibt die Pflegewissenschaft für die Weiterentwicklung des pflegerischen Standards auf eigene Untersuchungen zur Wirkungsweise der Standards angewiesen.

Neben dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung machen auch die Leistungserbringer und die Leistungsempfänger Erfahrungen mit dem Umgang mit Sollensanforderungen und mit den Wirkungen der Sollensanforderungen. Das Wissen der Leistungsempfänger und das der Beschäftigten der Leistungserbringer gelangt bei den Kontrollen nach § 114 SGB XI durch die Befragung nach § 114a III 1 SGB XI zum

540 Bei den Informationen zur Qualität handelt es sich um Sozialdaten i.S.d. § 67 I 1 SGB X, die mit dem Einverständnis des Pflegebedürftigen erhoben worden sind, § 114a III 4 SGB XI. Eine Nutzung dieser Daten ist nach § 67b I 1 SGB X ohne gesetzliche Ermächtigung nur möglich, soweit die Einwilligung reicht. Die Einwilligung nach § 114a III 4 SGB XI beschränkt sich jedoch auf die Qualitätskontrolle, so dass eine Nutzung zur Weiterentwicklung der Qualitätsanforderungen ausscheidet. Allerdings genügen zur Weiterentwicklung der Qualität auch anonymisierte Daten. Anonymisierte Daten i.S.d. § 67 VIII SGB X sind keine Sozialdaten nach § 67 I 1 SGB X und unterliegen damit auch nicht dem Schutz der Sozialdaten, siehe *Bieresborn*, in: *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 67, Rn. 5a, 30ff. Die Nutzung anonymisierter Daten zur Weiterentwicklung der Qualitätsanforderungen wäre damit möglich.

541 Dies bedeutet nicht, dass es nicht tatsächlich in Einzelfällen zu einer Informationsweitergabe vom Medizinischen Dienst der Krankenversicherung zum Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen kommen kann, beispielsweise wenn in mehreren Ländern Probleme mit dem gleichen Prüfkriterium beziehungsweise mit der gleichen Sollensanforderung auftreten und die Koordinierungsfunktion des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen betroffen ist. Wesentlich ist jedoch, dass es keine gesetzlich zwingende geordnete und systematische Informationsweitergabe gibt und damit die Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen im Rahmen der §§ 113, 113a SGB XI nicht den erwarteten Nutzen hat.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Medizinischen Dienst der Krankenversicherung. Für den weiteren Transfer besteht jedoch das gleiche Problem wie für Informationen, die der Medizinische Dienst der Krankenversicherung unmittelbar gewinnt. Das Wissen der Leistungsträger könnte noch über die Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, die Vertragspartei nach § 113 I 1 SGB XI sind, bei den Vereinbarungen genutzt werden. Institutionell abgesichert ist dies jedoch nicht. Weder muss ein Leistungsträger Mitglied bei einer Vereinigung der Träger der Pflegeeinrichtungen sein, noch ist die interne Informationsweitergabe bei den privatrechtlichen Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen gesetzlich geregelt.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass es Instrumente auf allen Ebenen des Qualitätskreislaufes gibt, jedoch dort, wo die Verbindung zum nächsten Durchlauf hergestellt werden muss, eher eine Lücke klafft. Da alle Informationen beim Medizinischen Dienst der Krankenversicherung bei den Kontrollen zusammenlaufen, dürfte es am einfachsten sein, die Lücke zwischen Medizinischen Dienst der Krankenversicherung und Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen in Form einer systematischen Datenweitergabe zu schließen und so den Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen besser für die Verhandlungen zu den Vereinbarungen nach §§ 113, 113a SGB XI zu rüsten.

2. Qualitätssicherungsinstrumente außerhalb des Qualitätskreislaufes

Instrumente, die wahrscheinlich Einfluss auf die Qualität von Pflegeleistungen haben, jedoch außerhalb des Qualitätskreislaufes stehen, also deren prognostizierter Einfluss auf die Qualität nur mittelbar ist, sind vor allem solche, die die (Mindest-) Rahmenbedingungen für die Arbeit von Pflegekräften bestimmen. Dazu gehören mit dem BUrlG und dem ArbZG[542] Regelungen, die für alle Arbeitnehmer gleichermaßen gelten, sowie mit der PflegeArbbV[543] Regelungen, die speziell für Arbeitnehmer in der Pflegebranche gelten. Daneben sind auch die Beratungsansprüche nach §§ 7, 7a SGB XI von Bedeutung, da sie den Pflegebedürftigen in die Lage versetzen sollen, die für ihn idealen Leistungen bewusst auswählen zu können. Aufgrund der größeren Bedeutung der Beratung für die nichtprofessionelle Pflege werden die Beratungsansprüche insgesamt dort dargestellt.

542 Der Ausschluss in § 18 I Nr. 3 ArbZG gilt nicht für Beschäftigte von Pflegediensten, da diese nicht in häuslicher Gemeinschaft mit der anvertrauten Person zusammenleben. Diese Ausnahme kann jedoch eingreifen, wenn sich der Pflegebedürftige für das Arbeitgebermodell nach § 66 IV 2 SGB XII entschieden hat.

543 Die PflegeArbbV wurde auf Grundlage von § 11 AEntG erlassen und legt eine verbindliche Lohnuntergrenze für Pflegeberufe fest.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Mitwirkungspflichten des Pflegebedürftigen

Alle bisher beschriebenen Qualitätsanforderungen richten sich an den Leistungserbringer und es ist seine Pflicht, diese Anforderungen zu erfüllen. Dementsprechend treffen auch die Sanktionen bei Nichterfüllung den Leistungserbringer.

Eine wesentliche Frage ist jedoch: Gibt es vergleichbare Anforderungen die sich an den Pflegebedürftigen richten? Gewährt man dem Pflegebedürftigen nur die Stellung des Leistungsempfängers, dann sind solche Anforderungen schon nicht notwendig, weil in diesem Fall der Pflegebedürftige außer dem Empfang der Leistung nichts zum Gelingen der Pflege beitragen würde. Allerdings erscheint das Bild des bloßen Leistungsempfängers insbesondere bei medizinischen Dienstleistungen nicht angemessen. Schon eher dürfte die Bezeichnung Co-Produzent auf den Pflegebedürftigen zutreffen[544], jedenfalls in Fällen nicht schwerster Pflegebedürftigkeit. Nimmt man diese Stellung als Co-Produzent ernst, dann liegt es nahe, auch an den Pflegebedürftigen Anforderungen zu richten und diese Anforderungen auch als Teil der Qualitätssicherung zu betrachten. Dies wird insbesondere dann gelten, wenn der Pflegebedürftige Sozialleistungen bezieht, da Qualitätssicherung dann neben dem Schutz der Gesundheit des Leistungsempfängers auch zur Effizienz der Sozialleistung beitragen soll. Es ist jedoch nicht zwingend, gesetzliche Anforderungen auch an den Pflegebedürftigen zu richten. Zum einen liegt die Mitwirkung im eigenen Interesse des Pflegebedürftigen, was dafür spricht, dass er ohnehin mitwirkt. Zum anderen ist es denkbar, den Leistungserbringer zu verpflichten, die notwendige Mitwirkung des Pflegebedürftigen zu erreichen, indem man die Motivation des Pflegebedürftigen zur Mitwirkung dem Pflichtenkreis des Leistungserbringers zuordnet.[545] Dies ist durch das Leitbild der aktivierenden Pflege in § 11 I 2 SGB XI und in § 28 IV 1 SGB XI, welches sowohl für die Bestimmung der Pflichten des Leistungserbringers gegenüber dem Leistungsträger als auch für die Auslegung der Vertragspflichten aus dem Pflegevertrag im Verhältnis Leistungsempfänger-Leistungserbringer herangezogen werden kann[546], jedenfalls teilweise geschehen.

Es gibt aber auch Pflichten, die sich unmittelbar an den Pflegebedürftigen richten. Nach § 6 II SGB XI hat der Pflegebedürftige u.a. an der aktivierenden Pflege mitzuwirken. Ordnet man diese Pflicht in den Qualitätskreislauf ein, so stellt diese zwar eine Sollensanforderung dar, sie wird jedoch weder kontrolliert, noch werden Verstöße sank-

544 *Zacher,* Wirtschaftlichkeit in der Pflege, S. 41.

545 Als Pflicht des Arztes gegenüber dem Patienten aus dem Arztvertrag, *Uhlenbruck/Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 78, Rn. 5.

546 Zum Leitbild der aktivierenden Pflege, *Udsching,* in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 28, Rn. 14. Ob die Nichtsanktionierung tatsächlich aufgrund der Achtung der persönlichen Würde des Pflegebedürftigen geboten ist, ist hingegen zweifelhaft; zu dieser Annahme, *Klie*, in: *Klie/Krahmer* (Hrsg.), LPK-SGB XI, § 6, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tioniert.[547] Daneben bestehen die allgemeinen Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 ff. SGB I. In Betracht kommt hier allein die Mitwirkungspflicht nach § 63 SGB I. Zwar erhält der Pflegebedürftige die Leistungen nach dem SGB XI „wegen Krankheit oder Behinderung", was sich aus dem Wortlaut des § 14 I 1 SGB XI ergibt. Allerdings handelt es sich bei den Pflegeleistungen nach dem SGB XI, auch wenn sie aktivierend wirken und die Pflegebedürftigkeit verringern sollen oder zumindest verhindern sollen, dass die Pflegebedürftigkeit weiter zunimmt, nicht um Heilbehandlungen[548], so dass § 63 SGB I beim Bezug von Pflegeleistungen nach dem SGB XI nicht anwendbar ist. § 63 SGB I gilt für Pflegebedürftige insbesondere bei Rehabilitationsmaßnahmen nach dem SGB V und gewährleistet somit den Grundsatz „Rehabilitation vor Pflege" bezogen auf die Teilnahme des Pflegebedürftigen. Gegenüber dem Leistungsträger hat der Pflegebedürftige damit keine sanktionsbewehrte Pflicht an aktivierenden Pflegeleistungen aktiv mitzuwirken. Wie beim Arztvertrag der Patient hat jedoch der Pflegebedürftige aus dem Pflegevertrag die Nebenpflicht gegenüber dem Leistungserbringer zur Mitwirkung an aktivierenden Pflegeleistungen.[549] Erfüllt der Pflegebedürftige diese Mitwirkungspflicht nicht, kommt er nach § 295 S. 1 Alt. 2 BGB in Annahmeverzug. Die Rechtsfolge des § 615 S. 1 BGB, nämlich dass der Pflegebedürftige dann dennoch die „vereinbarte Vergütung" zahlen muss, passt jedoch nicht, wenn Pflegesachleistungen erbracht werden, da in diesem Fall zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigen gar keine Vergütung vereinbart wurde und die Vergütungsvereinbarung nach § 89 I 1 SGB XI das Verhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer im Hinblick auf die Pflegevergütung abschließend regelt.[550] Es liegt dann jedoch eine Leistungsstörung im Rechtsverhältnis zwischen Pflegedienst und Pflegebedürftigem vor, die zur Schadensersatzpflicht des Pflegebedürftigen führen kann.[551] Zahlt er die Vergütung selbst, ist § 615 S. 1 BGB anwendbar.[552]

---

547 Zu fehlenden leistungsrechtlichen Sanktion vgl. auch *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 6, Rn. 4 sowie *Wagner*, in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, Band 1, § 6, Rn. 10.

548 Dies folgt schon aus der spezialgesetzlichen Regelung des § 6 II SGB XI, der ausdrücklich keine Sanktionsmechanismen erhält. Würde man aber die Pflichten des § 6 II SGB XI auch zu den Pflichten nach § 63 SGB I rechnen, wäre eine Sanktion über § 66 II SGB I möglich, was der gesetzgeberischen Konzeption der sanktionslosen Mitwirkungspflicht widersprechen würde. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der Begriff der Heilbehandlung in § 63 SGB I lediglich Heilbehandlungen im Sinne des SGB V umfasst oder weiter ist, vgl. *Mrozynski*, SGB I, § 63, Rn. 5 und *Hase*, in: *Rolfs/Giesen et al.* (Hrsg.), SGB I, § 63, Rn. 8.

549 Beim Arztvertrag wird dies dann angenommen, wenn der Erfolg der Behandlung von der Mitwirkung des Patienten abhängt, vgl. *Uhlenbruck/Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 78, Rn. 2. Auch bei der aktivierenden Pflege ist der Pflegeerfolg von der Mitwirkung des Pflegebedürftigen abhängig, so dass eine vergleichbare Situation vorliegt. Nach anderer Ansicht ist die Mitwirkung des Patienten keine Nebenpflicht, sondern bloße Obliegenheit, vgl. die Zusammenstellung bei *Engst*, Patientenpflichten und –lasten, S. 14ff.

550 Eine Verordnung nach § 90 SGB XI wurde bisher nicht erlassen.

551 *Engst*, Patientenpflichten und –lasten, S. 165.

552 Eine kurze Darstellung des Streitstandes für den Fall, dass ein Patienten nicht zum vereinbarten Behandlungstermin erscheint und ob dann § 615 S. 1 BGB anwendbar ist oder ein Anspruch auf

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Qualitätssicherung in der nichtprofessionellen Pflege

Schon ein erster Blick auf die zentralen Vorschriften für die Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege des SGB XI, nämlich § 37 I 2 und III SGB XI, genügt, um sagen zu können, dass anders als bei der professionellen Pflege die ständige Weiterentwicklung der Qualität nicht das Ziel der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege ist. Damit liegt auch der Schluss nahe, dass kein Qualitätskreislauf besteht. Dennoch ist die Zuordnung der Instrumente zu den einzelnen Abschnitten des Qualitätskreislaufes zweckmäßig und liefert neue Erkenntnisse. So ist mit dem naheliegenden Schluss, dass kein Qualitätskreislauf besteht, noch nicht klar, an welcher Stelle oder an welchen Stellen der Kreislauf eigentlich unterbrochen ist. Auch wird es nur am großen Kreislauf fehlen, denn die Wirkungen des kleinen Kreislaufes sind auch bei nichtprofessioneller Pflege erwünscht.[553] Hinzu kommt die bessere Vergleichbarkeit der Qualitätssicherung der nichtprofessionellen Pflege mit der Qualitätssicherung der professionellen Pflege, wenn die Darstellung der einzelnen Instrumente jeweils im gleichen funktionsbasierten Schema erfolgt. Auch die Unterscheidung nach den leistungsrechtlichen Grundsituationen wird beibehalten.

1. Instrumente innerhalb des Qualitätskreislaufes

a) Sollensanforderungen

aa) Kein Leistungsbezug

Unmittelbar präventive Wirkung hat hier nur das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht, welches u.a. eingreift, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben des Pflegebedürftigen besteht.[554] Sollensanforderung ist insoweit eine Pflege von der entsprechende Gefahren nicht ausgehen. Einzig in Hessen erfasst das HGBP einen, wenn

---

Schadensersatz besteht, oder ob den Ansprüchen des Arztes die §§ 627, 626 BGB entgegenstehen, findet sich bei *Uhlenbruck/Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 82, Rn. 21ff. Da auch beim Pflegevertrag Dienste höherer Art zu leisten sind, ist auch hier die jederzeitige Kündigung nach §§ 626 I, 627 I BGB möglich, so dass die Argumente des oben angeführten Streitstandes zum Nichterscheinen des Patienten entsprechend gelten.

553 Zu diesen beiden Wirkungen des Qualitätskreislaufes, siehe B. II. 1. a) cc).

554 Von den in der Gesetzgebungskompetenz der Länder stehenden allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechtlichen Vorschriften seien hier beispielhaft erwähnt die Generalklauseln für Bayern: § 11 I, II 1 Nr. 3 PAG, und für Hessen: § 11 HSOG.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch kleinen[555], Teil der nichtprofessionellen Pflege, denn die entgeltlich vermittelten Pflegekräfte i.S.d. § 2 I Nr. 3 HGBP werden i.d.R. nichtprofessionelle Pflegekräfte sein. Erfasst werden sollen vor allem durch Vermittlungsagenturen nach Deutschland vermittelte ausländische Pflegekräfte.[556] Für nichtprofessionelle entgeltlich vermittelte Pflegekräfte enthält das HGBP keine ausdrücklichen Sollensanforderungen. Die Pflicht zur Pflege mit „angemessener Qualität" nach § 9 III S. 2 HGBP gilt nur, wenn es sich bei der entgeltlich vermittelten Pflegekraft um eine Pflegefachkraft handelt.

Daneben bestehen die zunächst nur repressiv wirkenden Vorschriften des Zivilrechts zum Schadensersatz bei Pflichtverletzung und das Strafrecht, wobei jeweils auch eine (general-)präventive Wirkung besteht. Zwar ist die Frage, wie das Verhältnis zwischen Pflegenden und Pflegebedürftigen rechtlich zu qualifizieren ist, schwer zu beantworten. Ob ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis oder ein Schuldverhältnis vorliegt, ist anhand des Rechtsbindungswillens der beiden zu beurteilen. Dabei sprechen für die Annahme eines Rechtsbindungswillens und damit auch für ein Schuldverhältnis die existenzielle Bedeutung der Pflegeleistungen für den Pflegebedürftigen und die häufig extreme zeitliche sowie physische und psychische Belastung des Pflegenden.[557] Dagegen sprechen die regelmäßig bestehende persönliche Nähe zwischen Pflegenden und Pflegebedürftigen sowie eine unentgeltliche Erbringung der Pflegeleistungen.[558] Letztlich ist dies nur durch eine Prüfung im Einzelfall zu klären.[559] Für die Frage der Sollensanforderungen für die Erbringung der Pflegeleistung ist die rechtliche Einordnung jedoch nicht entscheidend[560], da auch bei einer Haftung nur über § 823 BGB als Sorgfaltsmaßstab § 276 I, II BGB gilt. Das heißt, dass der Pflegende Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten

555 Insoweit wird das HGBP seinem Zweck, nämlich dem umfassenden ordnungsrechtlichen Schutz von Pflegebedürftigen auch in häuslicher Umgebung, der die Lücken des zivil- und sozialrechtlichen Schutzes schließen soll, LT-Drucks. 18/3763, S. 16, bei weitem nicht gerecht. So wird gerade ein Schutzbedürfnis für die 75,2 % der Menschen festgestellt, die zu Hause versorgt werden, LT-Drucks. a.a.O. Die ambulanten Pflegedienste und vermittelten Pflegekräfte, für die das HGBP gilt, versorgen jedoch nur einen Bruchteil der in häuslicher Umgebung Gepflegten. Ein umfassender ordnungsrechtlicher Schutz wird damit auch durch das HGBP nicht erreicht.

556 LT-Drucks. 18/3763, S. 19; der Gesetzentwurf erfasste ausschließlich die „Vermittlung von ausländischen Pflegekräften", LT-Drucks. 18/3763, S. 2.

557 Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung des Vertragsgegenstandes, siehe *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, § 611, Rn. 34.

558 *Suschet*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, § 241, Rn. 18.

559 Bei Ehegatten, der Pflege im Verhältnis Eltern – Kind und im Verhältnis Eltern – Schwiegerkind kann die Erbringung von Pflegeleistungen rechtlich als besondere Form der Erbringung von Unterhaltsleistung in Natur eingeordnet werden. Jeweils zu diesem Ergebnis kommt *O'Sullivan,* Ambulante Pflege und Betreuung in Familie und neuem Ehrenamt, S. 214 (für die Ehe), S. 243 (bei Verwandten in gerader Linie), S. 256 (für Schwiegerkinder als Erfüllung der Unterhaltspflicht ihres Ehegatten). *O'Sullivan,* Ambulante Pflege und Betreuung in Familie und neuem Ehrenamt, S. 299 nimmt auch außerhalb verwandtschaftlicher Beziehungen immer das Vorliegen eines Vertrages an.

560 Anders als bei der professionellen Pflege steht die zivilrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses bei der nichtprofessionellen Pflege außer Frage.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hat.[561] Fahrlässigkeit nach § 276 II BGB ist dabei objektiv und gruppenbezogen zu bestimmen. Fahrlässig handelt demnach, wer die durchschnittlichen Anforderungen eines Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises in der jeweiligen Situation nicht beachtet.[562] Problematisch ist jedoch die Bildung des Verkehrskreises. Gibt es einen Verkehrskreis „Laienpflegekraft" und kann man an alle nichtprofessionellen Pflegekräfte die gleichen Anforderungen stellen? Letztlich dürfte der Kreis der nichtprofessionellen Pflegekräfte zu inhomogen sein, und zwar sowohl hinsichtlich des vorhandenen Wissens über Pflegetechniken usw. als auch hinsichtlich der physischen und psychischen Belastbarkeit, um zu nur einem Verkehrskreis zusammengefasst werden zu können.

Ebenfalls zunächst nur repressiv wirken strafrechtliche Vorschriften. Praktisch bedeutsam dürfte vor allem die fahrlässige Körperverletzung, § 229 StGB, sein. Bei der strafrechtlichen Prüfung der Fahrlässigkeit kommt es im Ergebnis allein auf die subjektiven Fähigkeiten des einzelnen Pflegenden an.[563] Das Problem der Bestimmung des zutreffenden Verkehrskreises existiert hier nicht.

bb) Leistungsbezug nur SGB XI

Entscheidet sich der Pflegebedürftige für Pflegegeld nach § 37 I 1 SGB XI, muss er die erforderliche Pflege nach § 37 I 2 SGB XI „in geeigneter Weise" selbst sicherstellen. Es handelt sich bei dieser Anforderung um eine echte Anspruchsvoraussetzung. Diese verlangt sowohl eine zeitliche als auch eine qualitative Sicherstellung der Pflege.[564] Die entscheidende Frage für die Bestimmung der Sollensanforderungen ist damit, wann die Pflege in qualitativer Hinsicht sichergestellt ist, beziehungsweise wann nicht. § 37 SGB XI liefert dazu keine weiteren Hinweise. Eine Anlehnung an die Sollensanforderungen der professionellen Pflege ist nicht möglich. Dies würde sowohl dem Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen nach § 2 SGB XI als auch dem Vorrang nach § 3 SGB XI, welcher nicht nur einen Vorrang der häuslichen Pflege, sondern auch einen Vorrang der Unterstützung der Pflegebereitschaft der Angehörigen und Nachbarn und damit einen Vorrang der nichtprofessionellen Pflege enthält, widersprechen. Praktisch wäre es regelmäßig nicht möglich, Angehörige oder Nachbarn zu finden, deren pflegerische Fähigkeiten von Beginn an annähernd denen von professionellen Pflegekräften entsprechen. Da die gesetzgeberische Konzeption davon ausgeht, dass zumin-

561 Die Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses ist hier nicht möglich. Ein solcher Haftungsausschluss liegt nur in besonderen Ausnahmefällen vor, *Suschet*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, § 241, Rn. 23.

562 *Unberath*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), BGB, § 276, Rn. 21f.

563 *Duttge*, in Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, § 15, Rn. 202; *Kudlich*, in Beck'scher Online Kommentar StGB, § 15, Rn. 65.

564 Zur zeitlichen Sicherstellung *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 37, Rn. 8; zur qualitativen Sicherstellung *Linke*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 37, Rn. 11; *Reimer*, in: *Hauck/Noftz*, Band 1, § 37, Rn. 8, wonach erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Pflegeperson vorliegen müssen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dest in den meisten Fällen die Pflege allein durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht werden kann,[565] sind letztlich an die qualitative Sicherstellung nach § 37 I 2 SGB XI nur Anforderungen zu stellen, die Laien realistischer Weise auch erfüllen können.

Die Rechtsprechung füllt die Anforderungen an die Sicherstellung der Pflege in durchaus unterschiedlicher Weise aus. So geht das Hessische Landessozialgericht davon aus, dass selbst eine gewisse Unterversorgung nicht schadet, solange keine konkrete Gesundheitsgefährdung oder Verwahrlosung des Pflegebedürftigen droht.[566] Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg berücksichtigt dagegen bei der Prüfung der Sicherstellung der Pflege jedes pflegerische Defizit, da die erforderliche Pflege nur dann sichergestellt sei, wenn sie „insgesamt" sichergestellt sei. Für die Feststellung, wann ein solches pflegerisches Defizit vorliegt, wird jedoch kein abstrakter Maßstab formuliert, sondern allein auf die gutachterlichen Feststellungen zurückgegriffen, wodurch schon nicht klar wird, ob überhaupt ein von der professionellen Pflege abweichender Maßstab angewendet wird. [567]

Im Vergleich zu den zivil- und strafrechtlichen Sorgfaltspflichten kann eine Anlehnung allenfalls an den objektiven Sorgfaltsmaßstab erfolgen. Weder können besondere Fähigkeiten des Pflegenden zu strengeren Sollensanforderungen i.S.d. § 37 I 2 SGB XI führen, noch können individuelle Defizite des Pflegenden zu einer Lockerung dieser Sollensanforderungen führen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass § 37 I 2 SGB XI einen anderen Adressaten hat als die zivil- und strafrechtlichen Vorschriften. Während diese sich an den Pflegenden richten, richtet sich § 37 I 2 SGB XI an den Pflegebedürftigen. § 37 I 2 SGB XI reguliert bereits die Wahl des Pflegenden durch den Pflegebedürftigen. Entfaltet die Vorschrift aber bereits Wirkungen zu einem Zeitpunkt, zu dem der Pflegende noch gar nicht feststeht, kann sinnvollerweise nur ein rein objektiver Maßstab zur Anwendung kommen. Aber selbst die Anwendung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs der zivil- und strafrechtlichen Vorschriften auf § 37 I 2 SGB XI ist zwei-

565 BT-Drucks. 12/5262, S. 112.

566 Hessisches LSG, vom 21.06.2007 – L 8 P 10/05, Rn. 28. Dies entspricht auch den Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem XI. Buch Sozialgesetzbuch, S. 82. Der MDK hat die Sicherstellung der Pflege gemäß § 18 VI 3 SGB XI bei einem Antrag auf Pflegegeld zwingend zu prüfen. Das Hessische LSG, a.a.O. geht gar davon aus, es gebe keinen verbindlichen und objektiven Maßstab für die „erforderliche Pflege", wenn die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte erbracht wird. Die Akzeptanz einer „gewissen Unterversorgung" bei der Frage, ob die Pflege sichergestellt ist, gerät jedoch möglicherweise in Konflikt mit der Feststellung der Pflegebedürftigkeit selbst. Bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit werden nach § 15 III 1 SGB XI die Zeiten angesetzt, die eine nichtprofessionelle Pflegekraft für die Ausführung der jeweiligen Tätigkeit benötigt. Damit geht die Rechtsprechung unausgesprochen davon aus, dass es Pflegetätigkeiten gibt, die zwar zum Bedarf des Pflegebedürftigen gehören, deren Nichterbringung aber keine konkrete Gesundheitsgefährdung verursachten, also zum Erhalt der gegenwärtigen Gesundheit gar nicht erforderlich sind.

567 LSG Berlin-Brandenburg vom 08.03.2012 – L 27 P 28/11, Rn. 24 und vom 30.05.2011 – L 27 P 116/08, Rn. 21f. In beiden Fällen lag jedoch eine evident unzureichende Pflege vor, bei der Verwahrlosung bereits eingetreten ist.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

felhaft, da dieser die durchschnittliche nichtprofessionelle Pflegekraft zum Maßstab erhebt und es dem Pflegebedürftigen damit verwehrt wäre, eine Pflegeperson mit (leicht) unterdurchschnittlichen Fähigkeiten zu wählen. So wird man dem Hessischen LSG insoweit zustimmen können, dass das Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen dazu führt, dass er die Pflegeperson weitgehend frei wählen kann. Dennoch sind ein Mindestmaß an wirksamer Pflege und damit auch ein Mindestmaß an Qualität unverzichtbar. Ansonsten würden die strengen Anforderungen an die zeitliche Sicherstellung[568] ohne Inhalt bleiben und wären damit im Extremfall wirkungslos, da gar keine wirksamen Pflegeleistungen erbracht werden müssten und die bloße Anwesenheit eines Pflegenden ausreichen würde.

cc) Leistungsbezug nur SGB XII oder SGB XI und SGB XII

Für den Anspruch auf Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII sind die Sollensanforderungen wortgleich mit § 37 I 2 SGB XI in § 64 V 1 SGB XII normiert. Dabei wird zunächst die Anforderung an den Pflegebedürftigen gestellt, überhaupt in der Lage zu sein, seine eigene Pflege selbst organisieren zu können.[569] Die Pflege selbst muss so beschaffen sein, dass sie nicht „dauernd zu menschenunwürdigen Zuständen" führt,[570] was mit dem Nichteintreten der Verwahrlosung als Mindestmaß an Qualität in § 37 I 2 SGB XI vergleichbar ist. Bei der Erstattung der Aufwendungen für die Pflegeperson ist im Tatbestandsmerkmal der „Angemessenheit" zugleich die Anforderung einer Mindestqualität enthalten. Da die Angemessenheit einer Aufwendung deren Erforderlichkeit voraussetzt, kann man hier die Auslegung zu den erforderlichen Aufwendungen in § 670 BGB entsprechend heranziehen. Aufwendungen sind nur dann erforderlich, wenn der Pflegende sie aufgrund sorgfältiger, den Umständen nach gebotener Prüfung für erforderlich halten durfte,[571] um einen Beitrag zur Deckung des Bedarfes des Pflegebedürftigen zu leisten.

568 Hinsichtlich der zeitlichen Sicherstellung der erforderlichen Pflege ist die Rechtsprechung deutlich strenger. Hier wird eine vollständige Deckung des Bedarfes gefordert, BSG vom 17.12.2009 – B 3 P 5/08 R, Rn. 16 sowie LSG Niedersachsen-Bremen, vom 13.12.2007 – L 14 P 42/06, Rn. 24f., wobei den Ausführungen in Rn. 25 zuzustimmen ist, dass für die volle Bedarfsdeckung Qualität und Quantität der Leistung stimmen müssen und eine Abgrenzung beider Anforderungen nicht trennscharf möglich ist.

569 Hessischer VGH vom 03.02.2004 – 10 ZU 2985/02, Rn. 6 zur Vorgängervorschrift § 69a V 1 BSHG.

570 *Meßling*, in: juris-PK SGB XII, § 64, Rn. 36.

571 Vgl. zu § 670 BGB: BGH vom 19.09.1985 – IX ZR 16/85, Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Verbindlichkeit

Die zivil- und strafrechtlichen Sollensanforderungen sind für den Pflegenden immer durch Gesetz verbindlich. Allerdings ist anzumerken, dass sich der Pflegende rechtlich betrachtet freiwillig in die Situation der Pflege begibt. Die Sollensanforderungen nach dem SGB XI und SGB XII sind für den Pflegebedürftigen unmittelbar durch Gesetz verbindlich, wenn er die Anspruchsvoraussetzungen auf die entsprechenden Leistungen erfüllen will.

c) Umsetzung

Die Umsetzung erfolgt je nach Art der Sollensanforderung entweder nur durch den Pflegenden oder durch Pflegenden und Pflegebedürftigen gemeinsam. Die zivil- und strafrechtlichen Sollensanforderungen bestehen unmittelbar gegenüber dem Pflegenden und sind damit auch von diesem umzusetzen. Die Sollensanforderungen des SGB XI und des SGB XII hingegen richten sich zunächst an den Pflegebedürftigen. Dieser muss das Mindestmaß an Qualität durch die Auswahl des Pflegenden und anschließend durch Weisungen an den Pflegenden sicherstellen. Die Umsetzung durch den Pflegenden erfolgt dann durch die Erfüllung der Weisung.

d) Kontrolle

aa) Kein Leistungsbezug

Eine systematische staatliche Kontrolle gibt es bei dieser leistungsrechtlichen Grundsituation nicht. Liegt der Anfangsverdacht einer Straftat vor, findet mit dem Strafverfahren zwar ein staatliches Verfahren statt, dieses wirkt jedoch rein repressiv und wird erst durchgeführt, wenn der „Schaden“ bereits eingetreten ist. Auch die Einleitung eines ordnungsrechtlichen Verwaltungsverfahrens, beispielsweise zur Verhinderung schwerer gesundheitlicher Schäden beim Pflegebedürftigen, erfolgt nur, wenn (zufällig) von der Gefahr Kenntnis erlangt wurde (beispielsweise indem Nachbarn die Polizei informieren). Für Hessen geht die Gesetzbegründung zum HGBP davon aus, dass auch bei entgeltlich vermittelten Pflegekräften und damit auch bei nichtprofessionellen entgeltlich vermittelten Pflegekräften eine Anlassprüfung möglich sei.[572] Unabhängig von der Reichweite der Befugnis zur Kontrolle nach § 16 I 2. HS HGBP[573] ist eine Kontrolle, die in die Grundrechte der Pflegenden eingreift, schon deshalb nicht möglich, weil das

572 LT-Drucks, 18/3763, S. 20.

573 Zu § 16 I 2. HS HGBP siehe Pkt. C. II. 1. d) aa) (2) (a).

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

HGBP gar keine Anforderungen an die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte stellt. Damit ist der Gegenstand der Kontrolle nicht hinreichend bestimmt. Jedoch kann im Rahmen der Aufgabenzuweisungsnorm des § 4 HGBP Beschwerden in Pflegebedürftigen in einer Form nachgegangen werden, die keinen Grundrechtseingriff bei den Pflegenden beinhaltet. So kann mit Einverständnis des Pflegebedürftigen sowohl dessen Wohnung betreten werden[574] als auch der Pflegebedürftige körperlich untersucht werden, um beispielsweise eine drohende Verwahrlosung oder Misshandlungen festzustellen.

Durch den Pflegebedürftigen selbst wird, soweit er dazu in der Lage ist, regelmäßig im Eigeninteresse die Leistungserbringung durch den Pflegenden überwacht werden. Wie weit die private Kontrolle im Übrigen reicht, hängt auch davon ab, wer die Pflegetätigkeit ausübt. Derjenige Angehörige der selbst pflegt, steht für die externe Kontrolle seiner Tätigkeiten nicht mehr zu Verfügung. Pflegen mehrere Angehörige ist eine gegenseitige Kontrolle denkbar. Letztlich hängt die Wirksamkeit der privaten Kontrolle im Einzelfall von vielen eher zufälligen Umständen ab[575], so dass man nicht davon ausgehen kann, dass flächendeckend allein dadurch ein Mindestmaß an Kontrolle gewährleistet ist.

bb) Leistungsbezug nach SGB XI

Beantragt der Pflegebedürftige Pflegegeld nach § 37 I SGB XI, so wird bei der Leistungsgewährung für die Zukunft als Prognoseentscheidung geprüft, ob er die erforderliche Pflege in geeigneter Weise selbst sicherstellen kann. Bei Leistungsgewährung für die Vergangenheit wird die tatsächliche Sicherstellung geprüft. Praktisch erfolgt dies jeweils durch Untersuchung des MDK nach § 18 II 1 SGB XI im Rahmen der Feststellung der Pflegebedürftigkeit. Diese Feststellung umfasst bei einem Antrag auf Pflegegeld wegen § 18 VI 3 SGB XI auch die Frage der Sicherstellung der Pflege.[576] Zwar kann der MDK die Untersuchung nicht erzwingen, bei Verweigerung des Einverständnisses des Pflegebedürftigen kann aber die Leistung nach § 18 II 2 SGB XI verweigert werden. Kommt es nach einer gewissen Zeit zu einer Wiederholungsprüfung hinsichtlich des weiteren Vorliegens von Pflegebedürftigkeit, weil der MDK im Rahmen seines Gutachtens nach § 18 I 2 SGB XI die voraussichtliche Dauer der Hilfebedürftigkeit als zeitlich beschränkt bewertet hat, dürfte bei einer streng am Wortlaut des § 18 VI 3 SGB XI orientierten Auslegung die Sicherstellung der erforderlichen Pflege nicht noch ein-

574 Bei einem Betreten mit Einwilligung des Pflegebedürftigen ist der vorliegende Verstoß gegen das Zitiergebot nach Art. 19 I 2 GG für das Recht zum Betreten ohne Einwilligung nach § 16 X HGBP, vgl. *Bachem,* PflR 2013, S. 3, 9, unerheblich.

575 Dies sind beispielsweise der gesundheitliche Zustand des Pflegebedürftigen, die Frage, ob überhaupt Angehörige vorhanden sind und inwieweit diese willens und in der Lage sind eine derart verantwortungsvolle Aufgabe zu übernehmen.

576 *Udsching*, in: *Ders.* (Hrsg.), SGB XI, § 18, Rn. 6f.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mal Gegenstand der Stellungnahme des MDK sein. § 18 VI 3 SGB XI verpflichtet zu einer Stellungnahme nur einmalig, wenn der Pflegebedürftige einen Antrag auf Pflegegeld stellt. Ist die Sicherstellung der Pflege jedoch nicht Gegenstand der Stellungnahme des MDK, dann ist sie auch nicht Gegenstand der Untersuchung und der Pflegebedürftige muss in entsprechende Maßnahmen nicht einwilligen. Eine offen zu Tage tretende Verwahrlosung darf der MDK jedoch der Pflegekasse mitteilen, da er dazu keine Untersuchung durchführen muss und damit auch kein Einverständnis des Pflegebedürftigen erforderlich ist. Da es sich bei der Sicherstellung der Pflege um eine Anspruchsvoraussetzung für das Pflegegeld nach § 37 I SGB XI handelt, treffen dem Pflegebedürftigen die allgemeinen Mitwirkungspflichten nach § 60 I 1 Nr. 1-3 SGB I. Daraus erwachsen dem Leistungsträger jedoch keine Eingriffsrechte wie beispielsweise das Betreten der Wohnung des Pflegebedürftigen.[577]

Daneben besteht beim Bezug von Pflegegeld die besondere Mitwirkungspflicht nach § 37 III SGB XI. Danach muss der Pflegebedürftige in den in § 37 III 1 SGB XI genannten Abständen[578] „eine Beratung in der eigenen Häuslichkeit" abrufen. Diese Beratung muss durch eine zugelassene Pflegeeinrichtung oder durch eine anerkannte Beratungsstelle durchgeführt werden. Auch wenn seit dem Pflegeleistungsergänzungsgesetz aus dem Jahr 2002 in § 37 III 1 SGB XI von „Beratung" und nicht mehr von „Pflegeeinsätzen" die Rede ist, hat § 37 III SGB XI rechtlich zwei Funktionen:[579] § 37 III SGB XI dient sowohl der Beratung als auch der Kontrolle der Pflegebedürftigen und der nichtprofessionellen Pflegekräfte.[580] Die Beratungsfunktion ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 37 III I SGB XI, die Kontrollfunktion aus einer Gesamtschau der Absätze III – VI in § 37 SGB XI. So spricht die geforderte Neutralität der Pflegefachkraft, die nach § 37 III 1 SGB XI ausdrücklich nicht beim Pflegebedürftigen beschäftig sein darf, für die Kontrollfunktion.[581] Auch wäre die Weitergabe der Informationen an die Pflegekasse nach § 37 IV 1, 2 SGB XI bei einer reinen Beratungsfunktion nicht erforder-

577 *Mrozynski*, SGB I, § 60, Rn. 12.

578 Es sind halb- oder vierteljährliche Beratungen vorgeschrieben. In § 33 III des Gesetzentwurfes zum SGB XI waren die Zeiträume deutlich kürzer, BR-Drucks. 505/93, S. 112.

579 Strenggenommen handelt es sich bei der Beratung mit Blick auf den Qualitätskreislauf um eine Maßnahme mit Doppelfunktion. Denn ohne Analyse der Istsituation und einem Vergleich mit einer Sollsituation können auch keine Hinweise zur Verbesserung gegeben werden. In diesem Sinne ist die Beratung also sowohl Überwachung als auch zeitlich unmittelbar im Anschluss daran Reaktion auf die Überwachungsergebnisse.

580 Beide Funktionen lassen sich der Qualitätssicherung zuordnen. Mit der Kontrollfunktion gehört § 37 III SGB XI zu den Instrumenten innerhalb des Qualitätskreislaufes und mit der Beratungsfunktion zu den Instrumenten außerhalb des Qualitätskreislaufes. Dennoch sollen beide rechtliche Funktionen hier im Zusammenhang dargestellt werden, da sich gerade aus der Verbindung dieser beiden Funktionen Probleme bei der Auslegung, aber auch bei der praktischen Umsetzung ergeben. Den Schwerpunkt bei der Beratung sehen *Dalichau/Grüner/Müller-Alten*, SGB XI, Band 1, § 37, S. 47f.

581 *Koch,* VSSR 2000, S. 57, 70.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich.[582] Hinzu kommt die Pflicht zum Abruf sowie die Sanktion nach § 37 VI SGB XI bei nicht rechtzeitigem Abruf. Faktisch tritt neben Beratungs- und Kontrollfunktion, die auch tatsächlich sowohl von den Pflegediensten als auch von den Pflegenden und Angehörigen als solche wahrgenommen werden,[583] noch das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden.[584] Dass die Pflegedienste die Beratungsbesuche gleichzeitig zur Akquise nutzen, wurde vom Gesetzgeber mit § 37 III SGB XI sicherlich nicht bezweckt. Dennoch stehen die beiden bezweckten Funktionen, nämlich Beratung und Kontrolle und das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden nicht isoliert nebeneinander. So kann es zu negativen Wechselwirkungen zwischen der Kontroll- und der Beratungsfunktion kommen. Wenn Pflegebedürftige und Angehörige die Beratungsbesuche vorrangig als Kontrolle wahrnehmen und deshalb möglichst wenige Informationen preisgeben, ist auch die Wirksamkeit der Beratung eingeschränkt. Insbesondere aber das Interesse der Pflegedienste am Gewinn neuer Kunden kann in Widerspruch zur Kontrollfunktion geraten. Zwar hat die Neukundenwerbung noch positive Auswirkungen auf die Beratung, da die Pflegedienste davon ausgehen, dass eine gute Beratung zur erfolgreichen Akquise führt.[585] Die Auswirkungen auf die Kontrolle sind jedoch negativ, da, um den Verlust eines Kunden zu vermeiden, die Feststellung der Pflege als nicht gesichert möglichst vermieden wird.[586]

Durch § 37 III-VI SGB XI werden keine Sollensanforderungen an die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte statuiert, sondern die Sollensanforderungen des § 37 I 2 SGB XI wiederaufgegriffen. Auch Sollensanforderungen an den Ablauf des Beratungsbesuches nach § 37 III SGB XI selbst fehlen bislang. Zwar ist in § 37 V SGB XI der Abschluss einer Vereinbarung dafür vorgesehen, allerdings ist eine solche Vereinbarung bisher nicht zustande gekommen. Eine Frist bis zu deren Ablauf eine Vereinbarung geschlossen werden muss, oder die Möglichkeit, die Sollensanforderungen auf einem an-

582 Tatsächlich erfolgt die Übermittlung der Informationen mittels eines Formulars, auf dem ausdrücklich auch die Pflegesituation durch die Pflegefachkraft einzuschätzen ist. In der praktischen Umsetzung tritt damit die Kontrollfunktion offen zu Tage. (abrufbar unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/pflegeversicherung/richtlinien_vereinbarungen_formulare/richtlinien_vereinbarungen_formulare.jsp, besucht am: 17.05.2014).

583 Für die Pflegedienste überwiegt die Beratung, ohne dass der Kontrollfunktion ganz entfallen würde, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 31f. Für die Pflegenden und den nichtprofessionellen Pflegekräften wirkt häufig bereits die Pflicht zum Abruf jedenfalls beim Erstbesuch als Kontrolle. Bei Folgebesuchen des gleichen Pflegedienstes kommt aufgrund des gestiegenen Vertrauens die Beratungsfunktion zum Zug, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 46-48.

584 *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 21.

585 *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22.

586 Zwar liegt nach der Feststellung der Pflege als nicht gesichert die Inanspruchnahme von Pflegesachleistungen nahe, jedoch gehen die kontrollierenden Pflegedienste davon aus, dass diese dann aufgrund der Wahl des Pflegebedürftigen nicht von ihnen erbracht werden, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

deren Weg festzulegen, wie beispielsweise durch das anrufen der Schiedsstelle in § 115 Ia SGB XI, bestehen nach § 37 V SGB XI nicht.[587]

Bei der für die Kontrolle unerlässlichen Informationsweitergabe vom Pflegedienst an die Pflegekasse nach § 37 IV 1 SGB XI gibt es sowohl rechtliche als auch tatsächliche Probleme. Ein zeitlich vorgelagertes Problem, das sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur ist, stellt sich schon bei der Frage, welche Informationen überhaupt zu ermitteln sind. Durch die fehlenden Sollensanforderungen an den Ablauf einer Beratung nach § 37 III SGB XI gibt es auch keinen festen Kanon an abzufragenden oder zu untersuchenden Tatsachen. Auch Vorgaben für die Dokumentation der Beratung durch den beratenden Pflegedienst fehlen, so dass ein Vergleich bei Folgebesuchen mit den vorangegangenen Besuchen nur möglich ist, wenn die gleiche Person prüft und sich erinnert oder wenn zufällig eine interne Dokumentation stattfindet. Die Unklarheiten bei der Informationsermittlung schlagen dann auf die Weitergabe durch, da nur ermittelte Informationen überhaupt weitergegeben werden können. Rechtlich problematisch ist die Weitergabe der Informationen über den Inhalt der Beratung an die Pflegekasse, wenn die erforderliche Einwilligung des Pflegebedürftigen von diesem nicht erteilt wird. In jeden Fall ist die Durchführung des Beratungsbesuches der Pflegekasse mitzuteilen. Die bloße Information über die Durchführung wird vom Einwilligungsvorbehalt nicht erfasst.[588] Eine zulässige Weitergabe der personenbezogenen Informationen aus dem Beratungsbesuch gegen den Willen des Pflegebedürftigen könnte aber in Ausnahmefällen möglich sein. Da die Pflegefachkräfte, die den Beratungsbesuch nach § 37 III SGB XI durchführen, nach § 203 I Nr. 1 StGB Informationen über den Pflegebedürftigen nur befugt weitergeben dürfen, bedarf es zur Datenübermittlung einer gesetzlichen Grundlage.[589] Keine solche gesetzliche Grundlage für die Pflegefachkräfte bilden die Vorschriften zur Datenübermittlung nach dem SGB X und dabei insbesondere § 69 I Nr. 1 SGB X, da es sich bei den Pflegdiensten bei denen die Pflegefachkräfte beschäftigt sind, um nicht-öffentliche Stellen i.S.d. § 67 XI SGB X handelt.[590] Auch die Möglichkeit der Pflegekasse, Informationen bei nicht-öffentlichen Stellen nach § 67a IV SGB X zu erheben, schafft keine Befugnis i.S.d. § 203 I Nr. 1 StGB für den Pflegedienst zur Weiter-

587 Praktisch gibt es damit auch kein einheitliches Vorgehen der Pflegedienste bei den Beratungsbesuchen. Diese behelfen sich mit eigenen Konzepten, die jedoch von Pflegedienst zu Pflegedienst erheblich voneinander abweichen können, *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 30f.

588 *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 37, Rn. 48.

589 Nicht ausreichend ist damit die Aussage von *Leitherer*, in: KassKomm, SGB XI, § 37, Rn. 48 es müsse unter bestimmten Umständen möglich sein, die Pflegekasse auch gegen den Willen des Pflegebedürftigen zu informieren. Ebenso nimmt *Koch,* VSSR 2000, S. 57, 74 ohne Nennung einer rechtlichen Grundlage sogar eine Pflicht zu Weitergabe der Informationen an die Pflegekasse an, wenn der Pflegedienst „Missstände“ entdeckt.

590 Auch eine Zurechnung des Verhaltens des beratenden Pflegedienstes zur Pflegekasse ist nicht möglich. Zwar wird der beratende Pflegedienst von der Pflegekasse nach § 37 III 3 SGB XI vergütet, handelt aber doch im Auftrag des Pflegebedürftigen. Nur dieser entscheidet, welchen Pflegedienst oder Pflegeberater er auswählt.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gabe der Informationen, denn die Freiwilligkeit der Angaben bedeutet nicht nur, dass gegenüber der Pflegekasse keine Pflicht besteht, sondern auch, dass allein durch § 67a IV SGB X kein Recht zur Weitergabe gegenüber dem Pflegebedürftigen geschaffen wird. Zwar gibt es Vorschriften außerhalb des SGB XI, die den Pflegedienst oder die einzelne Pflegefachkraft bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur Weitergabe der Informationen berechtigen oder unter Umständen sogar verpflichten, allerdings ist die Pflegekasse nicht der Adressat der Information. So besteht beispielsweise nach § 5 Nr. 6 der Berufsordnung für Pflegekräfte im Saarland eine Meldepflicht „an die jeweils in Betracht kommende Behörde" unter anderem beim Verdacht der Verletzung einer zu pflegenden Person durch eine Straftat oder beim Verdacht der Vernachlässigung der zu pflegenden Person. Die in Betracht kommende Behörde dürfte jedoch nur eine Stelle sein, die über entsprechende Befugnisse verfügt, beim Verdacht einer Straftat zu ermitteln oder entsprechende Schutzmaßnahmen zugunsten der zu pflegenden Person zu erlassen. Dies sind Staatsanwaltschaft, Polizei und sonstige Ordnungsbehörden, nicht jedoch die Pflegekassen. Denkbar ist auch ein Recht zur Weitergabe der beim Beratungsbesuch nach § 37 III SGB XI gewonnen Informationen durch rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB. Zugunsten der Rechtsgüter des Geheimnisträgers, also hier des Pflegebedürftigen, gilt dies allerdings nur bei dessen eingeschränkter Urteilsfähigkeit, da der frei gebildete Wille grundsätzlich zu respektieren ist.[591] Allerdings verlangt § 34 StGB eine gegenwärtige Gefahr, so dass auch hier die Pflegekasse nicht der Adressat der Informationen sein wird, da die Pflegekasse keine sofortigen Schutzmaßnahmen zugunsten des Pflegebedürftigen erlassen und vollziehen kann.[592] Im Ergebnis besteht damit keine Befugnis zur Weitergabe der Informationen zur Pflegesituation des die Beratung durchführenden Pflegedienstes an die Pflegekasse.

Die Verweigerung der Einwilligung durch den Pflegebedürftigen zur Weitergabe der Informationen über den Inhalt des Beratungsbesuches hat keine Sanktionen zu Folge. § 37 VI SGB XI erfasst ausdrücklich nur den fehlenden Abruf der Beratung und von der Durchführung der Beratung erlangt die Pflegekasse durch die insoweit nicht einwilligungspflichtige Mitteilung Kenntnis.[593]

Aus den besonderen Leistungen, die zur Förderung von ambulant betreuten Wohngruppen erbracht werden, ergeben sich keine zusätzlichen Sollensanforderungen. Nach

591 *Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 2, § 203, Rn. 67. Denkbar ist zwar grundsätzlich auch ein rechtfertigender Notstand zugunsten der Rechtsgüter der Allgemeinheit, allerdings genügt das Interesse der Beitragszahler an der sparsamen Mittelverwendung und das damit einhergehende Interesse, dass Pflegegeld nicht zu Unrecht gezahlt wird, hier nicht. § 34 StGB verlangt ein wesentliches Überwiegen des zur Rechtfertigung führenden Interesses. Das hier beschriebene Interesse der Allgemeinheit überwiegt jedoch das Interesse der Pflegebedürftigen am Geheimnisschutz nach § 203 StGB nicht und schon gar nicht wesentlich.

592 Mit vergleichbarer Argumentation gegen ein Recht zum Betreten der Wohnung für die Pflegekasse bzw. den MDK nach Art. 13 VII GG bei Lebensgefahr für einzelne Personen, *Roller,* VSSR 2001, S. 335, 342.

593 *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 37, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 38a I SGB XI wird ein Zuschlag in Höhe von 205 € zum Pflegegeld (oder zur Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI) geleistet[594], wenn die Voraussetzungen für eine ambulant betreute Wohngruppe vorliegen.[595] Zwar ist Voraussetzung dazu nach § 38a I Nr. 3 SGB XI, dass eine Pflegekraft in der Wohngruppe tätig ist, die „organisatorische, verwaltende oder pflegerische Tätigkeiten verrichtet", es bestehen aber weder Anforderungen an die Qualifikation der Pflegekraft noch inhaltliche Anforderungen bezüglich der verrichteten Tätigkeiten. Zwar ging der Ausschuss für Gesundheit des Bundestages in seinem Bericht zum Pflegeneuregelungsgesetz davon aus, die Pflegekraft dürfe, wenn sie keine Pflegefachkraft ist, nur einfache Tätigkeiten zur Unterstützung des Pflegebedürftigen vornehmen und insbesondere keine Tätigkeiten i.S.d. § 3 KrPflG, die eine entsprechende beruflich Qualifikation voraussetzen.[596] Diese Anforderung ist dann aber weder § 38a I Nr. 3 SGB XI noch der Gesetzesbegründung[597] zu entnehmen. Vor allem aber würde eine solche Anforderung § 38a I Nr. 2 SGB XI widersprechen, der auch auf § 37 SGB XI verweist. Eine selbst beschaffte Pflegehilfe i.S.d. § 37 SGB XI darf alle erforderlichen Pflegetätigkeiten vornehmen, auch wenn sie keine Pflegefachkraft ist. Es besteht in § 38a SGB XI jedoch kein Anhaltspunkt dafür, dass die selbst beschaffte Pflegehilfe nach § 37 SGB XI nicht zugleich Pflegekraft i.S.d. § 38 I Nr. 3 SGB XI sein kann. Auch die Anschubfinanzierung nach § 45e SGB XI wird ohne qualitative Anforderungen an die gegründete ambulant betreute Wohngemeinschaft geleistet.

cc) Leistungsbezug nach SGB XI und SGB XII oder ausschließlich nach SGB XII

Sowohl beim Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII als auch bei der Erstattung der angemessenen Aufwendungen nach § 65 I 1 1.HS SGB XII ist die Mindestqualität Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch auf die jeweilige Leistung. Damit erfolgt auch eine Prüfung der prognostizierten oder tatsächlichen Mindestqualität bei der Prüfung des Anspruches. An die für die Prüfung notwendigen Informationen gelangt der Sozialhilfeträger durch Ermittlungen von Amts wegen (§§ 20, 21 SGB X)[598] sowie durch die notwendige Mitwirkung des Pflegebedürftigen nach §§ 60 I, 62 SGB I.[599] Eine Bindung an eine bereits vorhandene Entscheidung der Pflegekasse für das Tatbestandsmerkmal der Sicherstellung der erforderlichen Pflege kommt nach dem Wortlaut des §

594 Es handelt sich dabei um eine pauschale Abgeltung von Aufwendungen, die typischerweise in Wohngemeinschaften anfallen sollen, BT-Drucks. 17/9369, S. 41.

595 Zentral dafür ist die freie Wählbarkeit der Pflege- und Betreuungsleistungen, § 38a I Nr. 4 SGB XI, vgl. zu § 38a II SGB XI a.F., *Dalichau,* GuP 2013, S. 50, 52f.

596 BT-Drucks. 17/10170, S. 16, mit Verweis auf Haushaltshilfen i.S.d. § 21 Beschäftigungsverordnung.

597 BT-Drucks. 17/9369, S. 41.

598 Da eine dem § 18 SGB XI entsprechende Vorschrift im SGB XII nicht existiert, muss der Sozialhilfeträger nicht zwingend den MDK einschalten, lediglich an die Begutachtungsrichtlinien nach § 17 SGB XI muss er sich wegen § 61 VI SGB XII halten, *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 62, Rn. 20f.

599 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 64, Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

62 SGB XII nicht in Betracht, da nach § 62 SGB XII nur der Entscheidung über das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit Feststellungswirkung zukommt. Angesichts des Zwecks der Anordnung einer solchen Feststellungswirkung, nämlich der Vermeidung divergierender Entscheidungen und des Verhinderns eines ständigen Wiederaufgreifens rechtlich geklärter Lebenssachverhalte,[600] liegt eine analoge Anwendung jedoch nahe. Eine § 37 III SGB XI entsprechende Pflicht des Pflegebedürftigen gibt es im SGB XII nicht.

e) Reaktion auf die Kontrollergebnisse

aa) Kein Leistungsbezug

Staatliche Reaktionen sind in dieser Fallgruppe, in der der Pflegebedürftige keine Sozialleistungen wegen seines Pflegebedarfs bezieht, strafrechtliche Sanktionen und Maßnahmen nach dem allgemeinen Ordnungsrecht. Dies gilt im Ergebnis auch für Hessen, da das HGBP keine Möglichkeiten der Sanktion von entgeltlich vermittelten Pflegekräften vorsieht. Allerdings besteht hier zumindest die Möglichkeit, den Pflegebedürftigen bei festgestellten Pflegemängeln durch Untersuchungen nach § 4 HGBP wie Verwahrlosung oder Misshandlung bei der Suche nach anderen Möglichkeiten zu Deckung des Pflegebedarfes analog § 19 HGBP[601] zu unterstützen.[602]

Als Reaktionen des Pflegebedürftigen gegenüber dem Pflegenden kommen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche in Betracht. In der Regel kann sich der Pflegebedürftige vorbehaltlich emotionaler Bindungen und faktischer Angewiesenheit mangels rechtlicher Bindung hinsichtlich der Hauptleistungspflichten auch jederzeit von dem Pflegenden trennen.

bb) Leistungsbezug nach SGB XI und/oder SGB XII

Wird die Sicherstellung der geeigneten Pflege für das Pflegegeld nach § 37 I SGB XI oder § 64 I-III SGB XII als Anspruchsvoraussetzung von Anfang an nicht erfüllt, so

600 BSG vom 19.03.1998 – B 7 AL 86/96 R, Rn. 21.

601 Eine unmittelbare Anwendung des § 19 HGBP ist nicht möglich, da dieser von festgestellten Mängeln aufgrund einer Prüfung nach § 16 I HGBP ausgeht. Da diese bei nichtprofessionellen entgeltlich vermittelten Pflegekräften nicht möglich ist, der Gesetzgeber jedoch von der Möglichkeit einer solchen Prüfung ausging, besteht eine planwidrige Regelungslücke, die durch eine Analogie geschlossen werden kann.

602 Auch sind die Beschwerden nach § 4 S. 1 HGBP eine zusätzliche Möglichkeit, um von Tatsachen, die für ordnungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen von Bedeutung sind, Kenntnis zu erlangen. Für die Beschwerdemöglichkeit nach § 4 S. 1 HGBP ist die Einschränkung auf Pflegeeinrichtungen und entgeltlich vermittelte Pflegekräfte besonders unverständlich, da insbesondere ein Beschwerdetelefon für alle Formen der häuslichen Pflege unproblematisch möglich wäre.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird die Leistung nicht gewährt. Wenn sich dies erst nach der Leistungsgewährung herausstellt, wird der Bewilligungsverwaltungsakt vorbehaltlich der sonstigen Voraussetzungen als ursprünglich rechtswidrig nach § 45 SGB X aufgehoben. Waren zunächst alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt und die Voraussetzung der Sicherstellung der Pflege in geeigneter Weise i.S.d. § 37 I 2 SGB XI entfällt nachträglich, ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Aufhebung ab dem Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse nach § 48 I 2 SGB X möglich, da es sich sowohl bei der Bewilligung des Pflegegeldes nach § 37 I SGB XI als auch bei der Bewilligung des Pflegegeldes nach § 64 I-III SGB XII um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung handelt.[603] Bei der Übernahme der angemessenen Aufwendungen nach § 65 I 1 1.HS SGB XII liegt kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vor, da jeweils die Angemessenheit der einzelnen Aufwendung geprüft und beschieden wird. Waren Aufwendungen aufgrund fehlender Qualität nicht angemessen, werden diese nicht übernommen oder die Übernahme kann bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach § 45 SGB X aufgehoben werden.

§ 37 VI SGB XI sieht bei Nichtabruf der Beratung nach § 37 III SGB XI die Kürzung und im Wiederholungsfall die Entziehung des Pflegegeldes vor. Dabei handelt es sich um eine abschließende Sondervorschrift zu den §§ 66, 67 SGB I. Insbesondere eine rückwirkende Leistung des Pflegegeldes bei Nachholung des Abrufes der Beratung ist damit nicht möglich.[604]

Auch durch die Informationsweitergabe über den Inhalt der Beratung nach § 37 IV 1 SGB XI kann es zu Reaktionen der Pflegekasse kommen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Pflege durch den beratenden Pflegedienst als nicht sichergestellt eingeschätzt wird. Unproblematisch ist es, wenn der Pflegedienst die Informationen befugt, also insbesondere mit Einwilligung des Pflegebedürftigen weitergegeben hat. Dann können die Informationen Anlass für eigenen Ermittlungen der Pflegekasse sein, an deren Ende die Aufhebung des Bewilligungsverwaltungsaktes nach §§ 45, 48 SGB X stehen kann. Problematisch ist jedoch der Fall, in dem die beratende Pflegefachkraft durch die Weitergabe der Information gegen § 203 I Nr. 1 StGB verstößt.[605] Es stellt sich die Frage, ob für solche Informationen ein Beweisverwertungsverbot besteht und ob dies auch für Informationen gilt, die aus eigenen Ermittlungen der Pflegekasse stammen, wenn die eigenen Ermittlungen durch die Informationen aus dem Beratungs-

603 Dies gilt trotz des Grundsatzes, dass Sozialhilfeleistungen nur den gegenwärtigen Bedarf abdecken und damit gerade nicht auf Dauer bewilligt werden, auch für das Pflegegeld nach § 64 I-III SGB XII. Mit Hinweis auf die auch zukunftsgerichtete rechtliche Wirkung der Pflegegeldbewilligung LSG Baden-Württemberg vom 21.09.2006 – L 7 SO 5514/05, Rn. 17f.; LSG Niedersachsen-Bremen vom 24.01.2006 – L 8 SO 83/05 ER, Rn. 12; ohne Begründung zu § 69a BSHG bereits VGH München vom 20.02.2003 – 12 B 98.50, Rn. 15 mit Verweis auf BVerwG vom 22.11.2001 – 5 C 10/00, das sich jedoch mit Pflegegeld nach § 26c BVG befasste.

604 *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 37, Rn. 18.

605 Dass es solche Fälle gibt, zeigt schon die Untersuchung von *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 23. Die Informationen werden in Einzelfällen auch ohne Zustimmung des Pflegebedürftigen (teilweise anonym) weitergegeben.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

besuch veranlasst wurden. Ein solches Beweisverwertungsverbot besteht jedoch im Ergebnis schon für die Informationen aus dem Beratungsbesuch nicht, da die Informationen zwar durch die beratende Pflegefachkraft rechtswidrig weitergegeben wurden, jedoch durch die Pflegekasse nicht rechtswidrig sondern rechtmäßig erlangt wurden. § 203 StGB wirkt ausschließlich im Verhältnis Geheimnisträger und Verschwiegenheitsverpflichteten[606] also hier im Verhältnis Pflegebedürftiger und Pflegefachkraft und nicht im Verhältnis Pflegebedürftiger und Pflegekasse.

Als Reaktion einer nichtstaatlichen Stelle werden durch den nach § 37 III 1 SGB XI beratenden Pflegedienst dem Pflegebedürftigen die Möglichkeiten zur Verbesserung der häuslichen Pflegesituation mitgeteilt.

f) Rechtsschutz

Gegen die Aufhebung der Bewilligungsverwaltungsakte nach den §§ 45, 48 SGB X sowie gegen die Entscheidung nach § 37 VI SGB XI besteht die Möglichkeit der Anfechtungsklage vor den Sozialgerichten, § 54 I Var. 1 SGG. Die Sozialgerichte überprüfen dabei in vollem Umfang, ob die Pflege in geeigneter Weise sichergestellt ist. Einen gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum des Leistungsträgers gibt es dabei nicht.

g) Herstellung eines Kreislaufes

Da eine Entwicklung der Sollensanforderungen für die Pflege durch nichtprofessionelle Pflegekräfte nicht Ziel der gesetzlichen Instrumente ist, besteht auch der große Kreislauf, der gerade die Entwicklung der Sollensanforderungen beschreibt, nicht. Denkbar ist allerdings eine minimale Dynamik bei den Anforderungen an die Sicherstellung der Pflege, beispielsweise durch neue (pflege-)wissenschaftliche Erkenntnisse für die professionelle Pflege, dass durch das Nichteinhalten bestimmter Regeln eine konkrete Gesundheitsgefahr für den Pflegebedürftigen droht. Solche Erkenntnisse hätten dann (zufällig) auch Auswirkungen auf die Sollensanforderungen für die nichtprofessionelle Pflege.

Der kleine Kreislauf, der die Verbesserung des Ist- Sollvergleiches beschreibt, besteht für das Erfordernis der Sicherstellung der Pflege nur eingeschränkt, da die Sicherstellung der Pflege selbst bereits das absolute Minimum an notwendiger Qualität beschreibt und bei Unterschreiten dieses Minimums schon kein Anspruch auf Pflegegeld

606 Für Zeugenaussagen im Strafprozess BGHSt 18, 146 (147); a.A. *Beulke,* Strafprozessrecht, S. 300. Da keine Datenübermittlung i.S.d. §§ 67dff. SGB X vorliegt, sind auch die zum Sozialdatenschutz entwickelten Beweisverwertungsverbote nicht anwendbar, vgl. dazu *Bieresborn*, in: *Wulffen* (Hrsg.), SGB X, § 67b, Rn. 11b.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach den SGB XI und SGB XII besteht. Oberhalb dieses Minimums an Qualität kann es durch die Reaktion der Pflegenden auf die Resultate aus den Beratungsbesuchen nach § 37 III 1, IV 1 SGB XI zu einer Verbesserung des Istzustandes kommen. Diesem Istzustand steht jedoch aus Sicht des nichtprofessionell Pflegenden kein verbindlicher Sollzustand gegenüber. Die Verbesserungsvorschläge des beratenden Pflegedienstes dürften mangels anderer Anhaltspunkte eher aus einem Vergleich des Istzustandes der nichtprofessionellen Pflege mit dem Sollzustand der professionellen Pflege stammen.[607]

2. Instrumente außerhalb des Kreislaufes

Wichtige Instrumente, die sich keinem der Elemente des Qualitätskreislaufes zuordnen lassen, sind insbesondere solche, die die Beteiligten am Pflegeprozess in einer Weise unterstützen, die nicht unmittelbar dem Ist- Sollvergleich zugeordnet werden kann. Bei der Darstellung dieser Instrumente soll nach dem Adressaten unterschieden werden. Instrumente die sich unmittelbar an den Pflegebedürftigen richten, werden unter a) dargestellt, Instrumente, die sich unmittelbar an die Pflegenden richten unter b).

a) Unterstützung der Pflegebedürftigen

An die Pflegebedürftigen sind vor allem Beratungsangebote gerichtet, die dazu dienen sollen, die Pflegebedürftigen in die Lage zu versetzen, aus allen denkbaren Pflegeleistungen, die für sie beste Variante bewusst auswählen zu können. Beratung hilft dabei gerade bei der Bewältigung plötzlich eingetretener Pflegebedürftigkeit als auch bei der Überwindung von Krisenfällen bei pflegenden Angehörigen.[608]

Zunächst besteht allgemein nach § 14 SGB I ein Beratungsanspruch gegenüber allen Leistungsträgern, jedoch nur im jeweiligen Zuständigkeitsbereich.[609] Damit bleibt letztlich nur die Beratung durch die Pflegekassen für Leistungen nach dem SGB XI und durch den Sozialhilfeträger für Leistungen nach dem SGB XII. In beiden Gesetzen gibt es jedoch besondere Beratungsansprüche, die gegenüber § 14 SGB I spezieller sind.

---

607 Darauf deuten die Antworten der beratenden Pflegedienste in der Untersuchung *Büscher/Holle, et al.,* Beratungsbesuche nach § 37 Abs. 3 SGB XI, S. 22 hin, wenn die Pflegedienste angeben, sie würden sich ihr Urteil aufgrund ihrer beruflichen Erfahrung bilden.

608 Zu den Anlässen für eine Pflegeberatung nach § 7a SGB XI, siehe *Spitzenverband der Pflegekassen,* Evaluation der Pflegeberatung nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB XI, S. 39.

609 Zwar gibt es Fälle, in denen die Beratungspflicht über den eigenen Zuständigkeitsbereich hinausgeht, *Seewald*, in: KassKomm, SGB I, § 14, Rn. 27, jedoch wird es im Falle des Beratungsbedarfes bei Pflegebedürftigkeit genügen, den Beratungssuchenden an die zuständige Pflegekasse zu verweisen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Für eher allgemeine Informationen zum Thema Pflegebedürftigkeit und die dann in Betracht kommenden Sozialleistungen haben alle Versicherten nach § 7 II 1 SGB XI einen Anspruch auf Beratung durch die Pflegekassen. Diesen Anspruch haben auch Angehörige und Lebenspartner, nicht jedoch jeder Dritte wie beispielsweise Nachbarn oder Freunde. Diese Beschränkung auf Angehörige und Lebenspartner zeigt zugleich, dass es hier noch nicht um eine Beratung der zukünftigen Pflegenden über ihre Tätigkeit geht, sondern Angehörige und Lebenspartner durch die Beratung nach § 7 II 1 SGB XI in die Lage versetzt werden sollen, den Pflegebedürftigen beim Umgang mit dessen (drohender) Pflegebedürftigkeit beispielsweise beim Antrag auf Leistungen nach dem SGB XI zu unterstützen. Die Informationsweitergabe durch die in § 7 II 2 SGB XI genannten Personen und Einrichtungen soll lediglich die Möglichkeiten der Pflegekasse zur Beratung nach § 7 II 1 SGB XI durch frühzeitige Information verbessern. Eine Pflicht der Personen und Einrichtungen, den Pflegebedürftigen über seine Einwilligungsmöglichkeit zu informieren, ist damit nicht verbunden.[610]

Nach Stellung eines Antrages auf Leistungen nach dem SGB XI besteht die Möglichkeit eine Beratung zu erhalten, die auf den Bedarf im Einzelfall zugeschnitten ist, § 7 III 4, 7a SGB XI. Dabei geht inhaltlich die Pflegeberatung nach § 7a SGB XI über die Beratung nach § 7 III 4 SGB XI hinaus, allerdings genügt für § 7 III 4 SGB XI allein die Antragsstellung, während § 7a I 1, 8 SGB XI entweder den Leistungsbezug oder das erkennbare Bestehen eines Hilfe- und Beratungsbedarfes[611] zur zusätzlichen Voraussetzung macht. Zwar sind die Pflegekassen bereits bei der Beratung nach § 14 SGB I und § 7 SGB XI dazu verpflichtet, umfassend und individuell zu beraten,[612] § 7a SGB XI erweitert den Beratungsanspruch sowohl inhaltlich als auch formal. Selbst wenn man die Erstellung eines Versorgungsplanes nach § 7a I 2 Nr. 1, 2 SGB XI noch zur individuellen und umfassenden Beratung zählt, geht § 7a I 2 SGB XI inhaltlich über die allgemeinen Pflichten zur Beratung hinaus, soweit in § 7a I 2 Nr. 3, 4 SGB XI auch auf die Durchführung des Versorgungsplanes hingewirkt wird, die Durchführung überwacht wird und erforderlichenfalls der Versorgungsplan geändert wird. Dies ist nicht nur Beratung, sondern aktive Unterstützung und Betreuung. Formal erweitert § 7a SGB XI über die allgemeinen Regeln zur Beratung, da in § 7a I 10, III, IV SGB XI ausdrücklich die Unabhängigkeit der Pflegeberater gefordert wird[613] und eine Qualitätssicherung der Pflegeberatung durch eine vorgeschriebene Mindestqualifikation[614] stattfindet.

610 *Gebhard*, in: *Krauskopf* (Begr.), SGB XI, § 7, Rn. 5.

611 Dies soll sowohl eine frühzeitige Beratung ermöglichen als auch die Pflegeberater vor Überlastung schützen, BT-Drucks. 16/7439, S. 47. Es genügt jeder Hilfebedarf. Das Erreichen der Pflegestufe 1 ist nicht erforderlich, siehe *Schubert/Schaumberg,* NZS 2009, S. 353.

612 BSG vom 29.01.1980 – 12 RK 19/80, Rn. 27-29.

613 Verdeutlicht wird dies auch durch die Gesetzesbegründung, wonach Pflegeberater "Sachwalter der Interessen der Hilfebedürftigen" sein sollen, BT-Drucks. 16/7439, S. 45, was den Pflegeberater sogar eher auf die Seite des Hilfebedürftigen rücken lässt. Ob dieser Anspruch an Neutralität auch erfüllt werden kann, wird je nach Konstruktion der Erbringung der Pflegeberatung durchaus bezweifelt. Dies gilt insbesondere, wenn die Pflegeberatung durch Mitarbeiter der Pflegekasse erbracht

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Besondere Bedeutung für die nichtprofessionelle Pflege erlangt die Pflegeberatung schon durch den individuellen Versorgungsplan.[615] Pflegebedürftiger und nichtprofessionell Pflegende dürften allein nicht in der Lage sein, einen Versorgungsplan aufzustellen und zu überwachen. Wichtig sind dabei die Möglichkeiten nach § 7a II 1 SGB XI, Dritte also insbesondere (potentiell) Pflegende in die Beratung einzubeziehen und diese bereits über die notwendigen Tätigkeiten zu informieren sowie die Beratung in häuslicher Umgebung durchzuführen.

Nachdem in einer Evaluation zu § 7a SGB XI festgestellt wurde, dass die Informationen über Beratungsmöglichkeiten noch immer unzureichend waren, wurden mit dem Pflegeneuausrichtungs-Gesetz vom 23.10.2012 in § 7 II SGB XI die Verpflichtung zur Beratung in „verständlicher Weise" und die zusätzlichen Beratungsmöglichkeiten nach § 7b SGB XI eingeführt.

Nach § 11 I-III SGB XII ist dem Leistungsberechtigten Beratung und Unterstützung zu gewähren.

Pflegebedürftigkeit tritt häufig plötzlich ein, so dass die Beratungsmöglichkeiten nach §§ 7, 7a SGB XI allein nicht ausreichen, insbesondere wenn der Pflegebedürftige diese wegen eines Krankenhausaufenthaltes selbst nicht unmittelbar nutzen kann. Eine typische Situation dabei ist der durch einen Sturz entstehende Pflegebedarf. Nach Behandlung der Sturzfolgen im Krankenhaus stellt sich dann bei bevorstehender Entlassung die Frage, wie der nun bestehende Pflegebedarf abgedeckt werden kann. Zu diesem Zeitpunkt ist ein Versorgungs- und Entlassungsmanagement, welches einen gelungenen Übergang vom Krankenhaus in die häusliche oder stationäre, professionelle oder nichtprofessionelle Pflege ermöglicht, von besonderer Bedeutung. Es verfolgt einen ähnlichen Zweck wie die Pflegeberatung, setzt aber zeitlich früher an und soll damit zugleich das Schnittstellenproblem von Leistungen nach dem SGB V und Leistungen nach dem SGB XI lösen. Der Anspruch auf ein Versorgungsmanagement besteht nach § 11 IV SGB V. Das Entlassungsmanagement ist nach § 39 I S. 4, 5 SGB V seit dem GKV-VStG vom 20.12.2011 ausdrücklich Bestandteil des Anspruches nach Kranken-

---

wird, *Schubert/Schaumberg,* NZS 2009, S. 353, 357 sowie wenn die Beratung durch die Pflegestützpunkte nach § 92c SGB XI übernommen wird, *Behrend*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, § 7a, Rn. 8. Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Erbringung der Pflegeberatung sowie zur tatsächlichen Umsetzung, siehe *Spitzenverband der Pflegekassen,* Evaluation der Pflegeberatung nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB XI, S. 34.

614 So wurde am 29.08.2008 die Empfehlung des GKV Spitzenverbandes nach § 7a III 3 SGB XI erlassen, die neben dem Abschluss einer bestimmten Berufsausbildung (§ 2) zusätzlich die Absolvierung einer Weiterbildung (§ 4) und eines Pflegepraktikums (§ 5) vorsieht. Auch die Evaluation nach § 7a VII 1 SGB XI wurde durchgeführt.

615 Der individuelle Versorgungsplan ist zwar auch bei Inanspruchnahme professioneller Hilfe insofern von Bedeutung als er die Auswahl des richtigen Pflegedienstes erleichtert, ansonsten ist es dann jedoch Aufgabe der professionell Pflegenden einen Versorgungsplan aufzustellen und zu überwachen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hausbehandlung nach dem SGB V.[616] Eine Konkretisierung des Anspruchsinhaltes erfolgt durch die Verträge nach § 112 II Nr. 7 SGB V. Das DNQP hat bereits im Jahre 2004 einen Expertenstandard zum Entlassungsmanagement erarbeitet, welcher 2009 aktualisiert wurde, den viele Krankenhäuser anwenden.[617]

b) Unterstützung der Pflegenden

Soweit Beratungsansprüche nach §§ 7, 7a SGB XI auch den Pflegenden zugutekommen, wurden diesem bereits im Rahmen der Darstellung der Beratungsansprüche des Pflegebedürftigen dargestellt. Daneben gibt es aber auch Unterstützungen, die unmittelbar an die Pflegenden gerichtet sind. Zur Verbesserung der pflegerischen Fähigkeiten werden Pflegekurse nach § 45 SGB XI angeboten. Die grundsätzliche Pflicht zum Angebot solcher Pflegekurse besteht bereits vor der Aufnahme einer Pflegetätigkeit.[618] Die Leistungen nach § 39 SGB XI richten sich zwar formal unmittelbar an den Pflegebedürftigen, soweit dem Pflegenden dadurch jedoch ein Erholungsurlaub oder das Kurieren einer Krankheit ermöglicht wird, kommen die Leistungen faktisch zunächst vor allem dem Pflegenden zugute.[619] Gleiches gilt für die Fortzahlung des hälftigen Pflegegeldes nach § 37 II 2 SGB XI in dieser Zeit. Erst in Zukunft erwartet man sich davon auch Vorteile für den Pflegebedürftigen, indem man hofft, dass die Fähigkeit zu pflegen des gewählten Pflegenden länger erhalten werden kann. Für den Anspruch nach § 39 S. 1 SGB XI muss es sich jedoch um eine Pflegeperson i.S.d. § 19 SGB XI handeln und es besteht eine Wartezeit von 6 Monaten, § 39 S. 2 SGB XI. Auch der nach § 23 V SGB V verbesserte Zugang zu Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation soll die Leistungsfähigkeit des Pflegenden bewahren beziehungsweise wieder herstellen. Um die tatsächliche Inanspruchnahme der Rehabilitationsmaßnahme für den Pflegenden zu ermöglichen, ohne Nachteile für den Pflegebedürftigen durch die räumliche Trennung befürchten zu müssen, erlaubt § 42 IV SGB XI die Erbringung stationärer Pflegeleistungen als Leistungen der Kurzzeitpflege für diesen Zeitraum von der Rehabilitationseinrichtung. Eine besondere Qualitätssicherung der von der Rehabilitationseinrichtung erbrachten Kurzzeitpflege findet nicht statt.[620]

Zur sozialen Absicherung von Pflegenden werden Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung gezahlt, wenn die Pflegeperson mindestens 14 Stunden pro Woche pflegt

616 Vgl. *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, § 39, Rn. 24; zu den Zielen des Entlassungsmanagements, BT-Drucks. 17/8005, S. 139; *München,* PflR, S. 491, 492.

617 *München,* PflR, S. 491, 492.

618 *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 45, Rn. 3.

619 Zu diesem Normzweck auch *Udsching*, in: d*ers.* (Hrsg.), SGB XI, § 39, Rn. 2.

620 In der Gesetzesbegründung wird von der Fähigkeit der Rehabilitationseinrichtung zur Erbringung von Pflegeleistungen ausgegangen, BT-Drucks. 17/9369, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und weniger als 30 Stunden pro Woche erwerbstätig ist, §§ 19 S. 2, 44 I 1 SGB XI. Damit sollen also vor allem für die Alterssicherung durch die Pflege verursachte Verdienstausfälle kompensiert werden. Während der Pflegetätigkeit sind die Pflegeden in der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 2 I Nr. 17 SGB VII versichert.[621] Die Voraussetzungen des § 19 S. 2 SGB XI, also insbesondere der Mindestumfang an Pflege von 14 Stunden je Woche, müssen dazu nicht erfüllt sein.[622]

Hinsichtlich des Zwecks vergleichbar mit § 39 SGB XI enthält § 65 I 2 Var. 3 SGB XII einen Anspruch auf Übernahme der angemessenen Kosten für eine zeitweilige Entlastung der Pflegeperson. Es besteht weder eine Wartezeit von 6 Monaten, noch muss es sich um eine Pflegeperson i.S.d. 19 SGB XI handeln. Auch die Höchstdauer der Verhinderung ist nicht auf 4 Wochen pro Jahr begrenzt. Allerdings darf der Entlastungsbedarf, gegebenenfalls auch der prognostizierte Entlastungsbedarf beispielsweise bei Krankheit oder Überlastung, nur vorübergehend bestehen, da die Entlastung andernfalls nicht „zeitweilig" wäre.[623] Eine Begrenzung des Anspruches erfolgt über den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit der Kosten. Dabei sollte dann auch berücksichtigt werden, welche Folgekosten eintreten, wenn die zeitweilige Entlastung nicht gewährt wird und die bisherige Pflegeperson beispielsweise durch Chronifizierung einer Krankheit nicht mehr zur Verfügung steht und der Pflegebedürftige dauerhaft auf professionelle Hilfe angewiesen ist. Im Ergebnis bietet § 65 I 2 Var. 3 SGB XII zwar das schwieriger zu handhabende aber auch flexiblere Instrument zur Entlastung einer nichtprofessionellen Pflegekraft.[624]

621 Ausführlich zu den versicherten Tätigkeiten, *Spellbrink,* Sozialrecht aktuell 2013, S. 59, 61f.

622 BSG-SozR 4-2700, § 2, Nr. 3.

623 *Meßling*, in: jurisPK-SGB XII, § 65, Rn. 60.

624 Insgesamt zur Förderung der Angehörigenpflege, siehe *Becker/Lauerer,* Zur Unterstützung von Pflegepersonen - Unterstützungsnotwendigkeiten und -optionen, in: *Bundesministerium für Familie* (Hrsg.), Zeit für Verantwortung im Lebenslauf - Politische und rechtliche Handlungsstrategien, S. 121, 142ff., auch mit zahlreichen Maßnahmen innerhalb oder außerhalb des Sozialrechts, die überhaupt erst die Bereitschaft zur Angehörigenpflege begünstigen sollen.

https://doi.org/10.5771/9783845266299-96, am 12.10.2024, 08:18:01
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb