

Neue Zeitschrift für Sozialrecht

Monatsschrift für die anwaltliche, betriebliche, behördliche und gerichtliche Praxis

Schriftleitung: Ministerialdirigent *Dr. Gerhard Knorr*, Merseburger Str. 8 a, 80993 München

NZS 7/2009

10. Juli · 18. Jahrgang 2009 · Seite 353–416

Aufsätze und Berichte

Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte – Neue Dienstleister im SGB XI –

Von Prof. Dr. Jens M. Schubert, Lüneburg, und Rechtsanwalt Torsten Schaumberg, Halberstadt¹

Zum 1. 1. 2009 hat der Gesetzgeber zwei neue Dienstleister in das SGB XI installiert, den Pflegeberater und die zusätzlichen Betreuungskräfte. Grundlage ist das Artikelgesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung vom 28. 5. 2008² und hier der Artikel 1, der die §§ 7 a und 87 b in das SGB XI einführt. Das Artikelgesetz ist am 1. 7. 2008 in Kraft getreten. Beide Dienstleister sollen die Situation von Pflegebedürftigen verbessern, der Pflegeberater als Ansprechpartner in Fragen der Antragsstellung und des Umgangs mit Leistungsbehörden, die zusätzlichen Betreuungskräfte als zusätzliche Pfleger für Demenzerkrankte³. Nach der Gesetzesbegründung ist für Pflegeberater von einem Betreuungsschlüssel von ca. 1:100 Fällen auszugehen (= 25.000 Pflegeberater)⁴, bei den zusätzlichen Betreuungskräften ist als Orientierung vorgegeben, dass eine Betreuungskraft ca. 25 Demenzerkrankte betreut⁵. Allein aus der großen Anzahl dieser neuen Dienstleister in der Pflegeversicherung wird sich der gegenwärtige Pflegealltag verändern und rechtfertigt sich ein genauerer Blick auf diese Gruppe.

I. Die Pflegeberater

Der Gesetzgeber erkennt für Pflegebedürftige einen erheblichen Beratungs- und Unterstützungsbedarf an, der im konkreten Einzelfall weit über bloße Auskünfte hinausgehen kann. Diesen Bedarf sollen ab dem 1. 1. 2009 Pflegeberater decken, die als persönliche Ansprechpartner fungieren. Pflegeberater sind Sachwalter der Interessen der Pflegebedürftigen und sollen 1. den Hilfebedarf feststellen, 2. sozialrechtliche Ansprüche abklären und 3. koordinierende Aufgaben zwischen Behörden übernehmen. Soweit sie Entscheidungsbefugnis haben, sollen sie auch über Ansprüche entscheiden⁶. Insgesamt stellen Pflegeberater Fallmanager⁷ dar, die Pflegebedürftige allumfassend beraten sollen. Eine Beschränkung auf Ansprüche nach dem SGB XI besteht nicht⁸.

§ 7 a SGB XI begründet einen Anspruch auf individuelle Beratung und Hilfestellung durch einen Pflegeberater. Der Anspruch besteht für Personen, die Leistungen nach dem SGB XI erhalten. Nach § 7 a I 8 SGB XI reicht es allerdings aus, dass lediglich ein Antrag auf Leistungen nach dem SGB XI gestellt wurde und für den (möglichen) Pflegeberater erkennbar ein Hilfe- und Beratungsbedarf entsteht⁹. Daraus folgt, dass Pflegestufe 1 nicht erreicht werden muss, um Beratungsleistungen in Anspruch nehmen zu können. Denkbar ist es zudem, dass ein so tätiger Pflegeberater zu dem Ergebnis kommt, dass Leistungen nicht etwa nach dem SGB XI, sondern z. B. nach dem SGB XII einschlägig sind.

Konkret hat der Pflegeberater einen Versorgungsplan für den jeweiligen Einzelfall zu erstellen und dessen Durchführung zu fördern und zu überwachen (§ 7 a I 2 Nr. 2 – Nr. 4 SGB XI). Im Versorgungsplan erarbeitet der Pflegeberater den individuellen (ggf. zu aktualisierenden) Pflege- und Beratungsbedarf und erstellt ein individuelles Leistungspaket, das nicht auf Leistungen nach dem SGB XI beschränkt ist, sondern alle einschlägigen Bundes- oder landesrechtlichen Sozialleistungsansprüche umfasst¹⁰. Aller-

1) Prof. Dr. Jens M. Schubert, Leuphana Universität Lüneburg, Institut für Wirtschaftsrecht; Torsten Schaumberg, RA und FA für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Halberstadt.

2) BGBl. I 2008, S. 874 (28. 5. 2008); BT-Drucksache 16/7439.

3) Darüber hinaus soll zu einer Effizienzsteigerung der gesamten Versorgungssysteme beigetragen werden, vgl. Reimer/Merold, SGB 2008, S. 382 ff., 384.

4) BT-Drucksache 16/8525, S. 95; kritisch zu diesen Zahlen die Empfehlungen des GKV Spitzenverbandes v. 29. 8. 2008, S. 3 (dort FN 2); vgl. auch Beck'scher Online-Kommentar SGB XI (Rofls/Giesen/Kreikebom/Udsching) zu § 7 a.

5) BT-Drucksache 16/8525, S. 100.

6) BT-Drucksache 16/7439, S. 45.

7) Zu diesem Begriff vgl. Sauer in Haufe SGB-office § 16 SGB II Rz. 12.

8) Beck'scher Online-Kommentar SGB XI (Rofls/Giesen/Kreikebom/Udsching) zu § 7 a.

9) Vgl. auch BT-Drucksachen 16/7439, S. 477.

10) Vgl. auch Reimer/Merold, SGB 2008, S. 382 ff.

gs unterscheidet der Gesetzgeber zwischen einem „Hinfließen“ auf die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen aus dem Versorgungsplan und der Pflicht zur Veranlassung von Sozialleistungen. Letzteres stellt keine Pflicht des Pflegeberaters dar, da dieser in aller Regel innerhalb des SGB XI keine abschließende Entscheidungsbefugnis haben dürfte und eine solche hinsichtlich anderer Leistungen außerhalb des SGB XI in keinem Falle besteht¹¹. Die Vorschrift dient daher der Vermeidung eines Anspruches gegenüber der Pflegekasse dahingehend, dass der Pflegeberater Ansprüche gegen Leistungsträger *tatsächlich* durchsetzt. Der Pflegebedürftige hat aber den Vorteil, Anträge nach dem SGB V und dem SGB XI beim Pflegeberater stellen zu können, der diese entsprechend weiterleitet (§ 7 a II 2 SGB XI). Der Leistungsbescheid ist sowohl dem Pflegebedürftigen als auch dem Pflegeberater zuzuleiten¹².

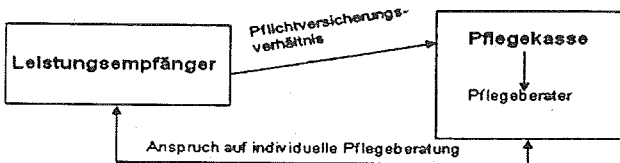
Die Beratung durch den Pflegeberater ist unentgeltlich; hierüber und über den zuständigen Pflegeberater hat die Pflegekasse Informationen zu erteilen, § 7 SGB XI.

Diese Pflicht besteht ab dem Zeitpunkt zu dem ein pflegebedürftiger Mensch Leistungen bei der Pflegekasse beantragt. Die Pflegekasse hat also den Pflegebedürftigen ggf. erstmalig auf die Institution des Pflegeberaters hinzuweisen, § 7 III 2 SGB XI.

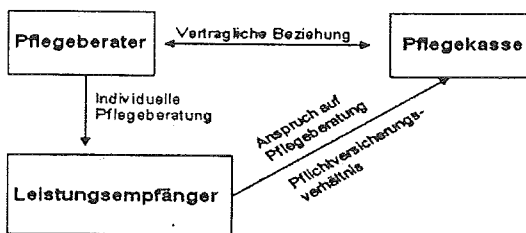
1. Rechtliche Konstruktion

Das Gesetz kennt zwei Möglichkeiten der Verankerung von Pflegeberatern, und zwar die interne (Pflegeberater als Mitarbeiter der Pflegekasse) und die externe Betrauung (§ 7 a I 7 SGB XI)¹³.

Beziehungsgeflecht Pflegeberater, § 7 a SGB XI
Variante 1: Pflegeberater als Mitarbeiter der Pflegekasse



Beziehungsgeflecht Pflegeberater, § 7 a SGB XI
Variante 2: Externer Pflegeberater



In der Variante 1 ist der Pflegeberater Mitarbeiter der Pflegekasse. Der Pflegebedürftige (Leistungsempfänger) hat einen Anspruch auf individuelle Pflegeberatung gegenüber der Pflegekasse. Zwischen diesen besteht entweder ein gesetzliches oder ein privates Pflichtversicherungsverhältnis. In diesem Fall ist der Pflegeberater Arbeitnehmer der Pflegekasse.

In der Variante 2 ist der Pflegeberater entweder ein anderer öffentlich-rechtlicher Träger, eine Wohlfahrtseinrichtung oder ein privater Anbieter¹⁴. Es besteht dann ein Vertrag zwischen Pflegekasse und dem externen Pflegeberater, der sich bei Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften als Vertrag zugunsten Dritter darstellt (§ 328 BGB)¹⁵. Dieser externe Pflegeberater hat unabhängig von Behörden und Trägern zu sein (§ 7 a I 10 SGB XI). Hieraus folgt, dass der

Vertrag zwischen Pflegekasse und externem Pflegeberater keine die Unabhängigkeit einschränkenden Elemente enthalten darf.

2. Qualifikation des Pflegeberaters

§ 7 a III 2 SGB XI verpflichtet die Pflegekasse, nur qualifiziertes Personal als Pflegeberater einzusetzen. Beispielhaft werden hier Pflegefachkräfte, Sozialversicherungsfachangestellte oder Sozialarbeiter mit der jeweils erforderlichen Zusatzqualifikation genannt. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber Kenntnisse im pflegerisch-medizinischen Bereich und im Sozialversicherungsrecht voraussetzt¹⁶. Die Einzelheiten zu den qualitativen Anforderungen der Pflegeberater überlässt der Gesetzgeber durch § 7 a III 4 SGB XI einer Empfehlung des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen. Diese Empfehlung liegt zwischenzeitlich vor¹⁷. Gemäß § 2 dieser Empfehlungen setzt eine Tätigkeit als Pflegeberater zunächst eine abgeschlossene Berufsausbildung als Altenpfleger/in, Krankenpfleger/in, Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/in, Sozialversicherungsangestellter oder ein abgeschlossenes Studium der Sozialen Arbeit voraus. Allerdings kommen für eine Pflegeberatung auch Personen mit anderen geeigneten Berufen oder Studienabschlüssen in Betracht. Beispielhaft sind hier etwa Sozial- oder Heilpädagogen zu nennen. Möglich ist eine Pflegeberatung auch durch Personen, die seit mindestens drei Jahren in der Pflegeberatung nach § 7 SGB XI bzw. § 14 SGB I tätig sind und die in den o. g. Bereichen Kenntnisse erworben haben. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die in § 2 der GKV-Empfehlungen genannten Berufsbilder nicht abschließend sind. Die so geforderte Grundqualifikation der Pflegeberater wird im Übrigen durch Weiterbildung (§ 4 der GKV-Empfehlung) und (recht kurze) Pflegepraktika (§ 5 der GKV-Empfehlung) flankiert.

3. Konfliktfelder

Da es sich bei der Tätigkeit des Pflegeberaters um eine neue Leistung der Pflegekassen handelt, zu der es bisher keine einschlägigen Erfahrungen gibt, deuten sich Konfliktfelder im Bereich des Sozial- und Arbeitsrechtes an.

a) Leistungsantrag nach SGB V und ärztliche Verordnung

Gemäß § 7 a II 2 SGB XI kann ein Versicherter (fristwahrend¹⁸) einen Leistungsantrag nach dem SGB V auch gegenüber dem Pflegeberater stellen. Der Antrag ist unverzüglich der zuständigen Krankenkasse zu übermitteln, die dann den Leistungsbescheid unverzüglich dem Antragsteller und zeitgleich dem Pflegeberater zuleitet.

Der gesetzliche Anspruch des Krankenversicherten auf Dienst- oder Sachleistungen zur Krankenbehandlung setzt im Regelfall voraus, dass ein an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmender Arzt pflichtgemäß den Eintritt des Versicherungsfalls durch Diagnose einer Krankheit feststellt und eine nach Zweck oder Art bestimmte Leistung verordnet¹⁹. Das SGB V beleih nämlich ausschließlich den jeweils vom Versicherten frei gewählten „Kassenarzt“ mit der öf-

11) BT-Drucksache 16/7439, S. 47; 16/8525, S. 95.

12) Vgl. Reimer/Merold, SGB 2008, 383, die auf Überschneidungs- und Abstimmungsprobleme mit einem Betreuer hinweisen.

13) Für die private Pflegeversicherung gilt § 7 a V SGB XI.

14) Vgl. auch Kraher/Schiffer-Werneburg, Sozialrecht aktuell 2008, S. 133.

15) Diese Konstruktion nimmt dem Pflegebedürftigen auch das Insolvenzrisiko bezüglich des externen ggf. privaten Pflegebetreuers.

16) BT-Drucksache 16/7439, S. 47.

17) Empfehlungen des GKV-Spitzenverbandes nach § 7 a III 3 SGB XI zur Anzahl und Qualifikation der Pflegeberaterinnen und Pflegeberater vom 29. 8. 2008.

18) Vgl. auch § 16 SGB I.

19) BSG Urteil v. 16. 12. 1993, 4 RK 5/92, NZS 1994, 507 ff.

fentlich-rechtlichen Rechtsmacht, die medizinischen Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalles der Krankheit für den Versicherten und die Kasse verbindlich festzustellen. Diese Rechtsmacht erstreckt sich ferner darauf, im Rahmen und in den Formen der kassenärztlichen Versorgung mit rechtlicher Bindungswirkung für die zuständige Krankenkasse im Leistungsverhältnis zum Versicherten festzusetzen, welche nach Zweck oder Art bestimmten Dienste oder Sachen zur Krankenbehandlung medizinisch notwendig zu erbringen sind²⁰.

Dies zu Grunde gelegt stellt sich nunmehr die Frage, ob auch im Falle eines Leistungsantrages i. S. des SGB V über den Pflegeberater gemäß § 7 a II 2 SGB XI eine ärztliche Verordnung der begehrten Leistung erforderlich ist. Denkbar sind hier zwei Varianten. Zum einen könnte die Beantragung von Leistungen nach dem SGB V über den Pflegeberater so erfolgen, dass der Pflegebedürftige – so wie bislang üblich – mit der Diagnose und der ärztlichen Verordnung einen Leistungsantrag beim Pflegeberater stellt, der insoweit lediglich die Position der zuständigen Krankenkasse einnimmt und den Leistungsantrag an diese weiterleitet. Denkbar wäre jedoch auch die Variante, dass der Pflegebedürftige allein mit der Diagnose des behandelnden Vertragsarztes den Pflegeberater aufsucht und mit diesem gemeinsam bespricht, welche Leistungen nach dem SGB V in Anspruch genommen werden sollen. In diesem Fall wäre die ggf. vorhandene ärztliche Verordnung lediglich eine Anregung, die der Pflegeberater nicht beachten muss. In dieser Variante würde der Pflegeberater, der mit der konkreten Situation des Pflegebedürftigen besser vertraut sein dürfte als der Arzt, an die Stelle des Arztes treten und selbstständig entscheiden, welche nach Zweck oder Art bestimmten Dienste oder Sachen zur Krankenbehandlung des Pflegebedürftigen medizinisch notwendig zu erbringen sind.

Gegen diese Lösung spricht jedoch bereits die mangelnde ausreichende Qualifikation des Pflegeberaters. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach der GKV-Empfehlung sind medizinische Kenntnisse für eine Tätigkeit als Pflegeberater nur ansatzweise erforderlich. Sie werden auch nicht durch die Weiterbildung i. S. v. § 4 der GKV-Empfehlung erheblich vertieft, da hier nur pflegerelevante Begriffe der Medizin und medizinische Bedarfe chronischer Kranker und pflegebedürftiger Menschen vermittelt werden. Dies sind auch nur zwei Punkte innerhalb eines Zehn-Punkte-Katalogs, für dessen Abarbeitung 100 Stunden angesetzt werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Vermittlung dieser Kenntnisse – selbst im eingeschränkten Pflegebereich – ausreichend ist, um den Pflegeberater an die Stelle des Vertragsarztes zu setzen.

Darüber hinaus spricht auch die Gesetzesbegründung selbst gegen diese Lösung. § 7 a II 2 und 3 SGB XI wurde erst durch die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses in das Gesetz eingefügt. Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass die Pflegeberater sowohl Leistungsanträge nach SGB XI, als auch nach SGB V entgegennehmen und – sofern sie nicht entscheidungsbefugt sind – an die zuständige Stelle weiterleiten²¹. Von der Zubilligung weitergehender Rechte ist keine Rede. Es ist daher davon auszugehen, dass der Pflegeberater im Rahmen der Antragstellung gemäß § 7 a II 2 SGB V lediglich der „verlängerte Arm“ der gesetzlichen Krankenversicherung ist und sich seine Rolle insoweit in der Weiterleitung des Leistungsantrages erschöpft. Die Notwendigkeit einer ärztlichen Verordnung wird durch seine Inanspruchnahme nicht obsolet.

b) Haftungsfragen

Angesichts der recht umfassenden und verantwortungsvollen Beratungstätigkeit des Pflegeberaters stellt sich die

Frage, was geschieht, wenn er dieser Beratungspflicht nicht in ausreichendem Maße nachkommt. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Pflegeberater öffentlich-rechtlich tätig wird oder aber auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung mit der Pflegekasse.

Im letzteren Fall ist der Vertrag zwischen der Pflegekasse und dem (externen) Pflegeberater als ein Vertrag zugunsten Dritter, hier zugunsten des Pflegebedürftigen, i. S. v. § 328 BGB zu qualifizieren. Auch der öffentlich-rechtliche Vertrag kann als Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen werden²². Die Folge eines abgeschlossenen Vertrages zugunsten Dritter ist, dass der Dritte direkt den Leistungsanspruch erwirbt, ohne jedoch an die Stelle des Vertragsschließenden zu treten²³. Dies führt dazu, dass der Pflegeberechtigte durch die vertragliche Vereinbarung zwischen Pflegekasse und Pflegeberater einen durchsetzbaren Anspruch auf Pflegeberatung gegen den Pflegeberater erwirbt. Gleichzeitig mit diesem Anspruch erwirbt er im Falle der Leistungsstörung (mangelhafte Beratung) auch die Rechte aus § 280 I und II BGB i. V. m. § 286, 311 II und III BGB²⁴. Zudem haftet auch die Pflegekasse gegenüber dem Pflegebedürftigen, da sie sich das Verhalten des Pflegeberaters gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss²⁵.

Daneben kommt auch eine Haftung der Pflegekasse aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in Betracht. Dessen grundsätzliche Anwendbarkeit im Bereich der Pflegeberatung ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung²⁶. Die für das Entstehen dieses Anspruchs u. a. erforderliche Zurechenbarkeit der Pflichtverletzung des Pflegeberaters ergibt sich ebenfalls aus § 278 BGB.

Anders ist die Situation, wenn der Pflegeberater öffentlich-rechtlich tätig wird. Dies kann dann der Fall sein, wenn er selbst Mitarbeiter der Pflegekasse oder einer anderen Behörde ist, die von der Pflegekasse mit der Pflegeberatung beauftragt wurde, ohne dass ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegt. In derartigen Fällen ist der Pflegebedürftige bei einer mangelhaften Pflegeberatung auf die gängigen (sozialrechtlichen) Schadensersatzansprüche zu verweisen. In Betracht kommt einerseits ein Amtshaftungsanspruch gemäß Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB. Es handelt sich bei diesem Anspruch um einen Haftungstatbestand, der aus vorsätzlicher oder fahrlässiger mangelhafter Amtswaltung herrührt. Andererseits kommt bei einer Falschberatung durch einen öffentlich-rechtlichen Pflegeberater der sozialrechtliche Herstellungsanspruch in Betracht²⁷. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch eröffnet dem Betroffenen die Möglichkeit, eine falsche, unvollständige oder unterbliebene Beratung durch den Leistungsträger im Nachhinein dadurch zu korrigieren, dass der Betroffene so gestellt wird, wie er stehen würde, wenn er in seinem Handeln nicht durch den Verwaltungsfehler (negativ) beeinflusst worden wäre²⁸. Voraussetzung für das Vorliegen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches ist nach der Rechtsprechung des BSG, dass der Sozialleistungsträger eine ihm auf Grund Gesetzes oder bestehenden Sozialrechtsverhältnisses obliegende Pflicht, insbesondere zur Auskunft und Beratung gem. den §§ 14, 15 SGB I, verletzt hat²⁹. Die in § 14

20) Ebenda.

21) BT-Drucksache 16/8525, S. 95.

22) Vgl. § 61 SGB X.

23) Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, § 328 Rz. 5.

24) Ebenda.

25) Palandt/Grüneberg, BGB-Kommentar, § 328 Rz. 7.

26) Vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 46.

27) Ebenda.

28) Vgl. Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, § 40 Rn. 20.

29) So z. B. BSG Urteil v. 24. 3. 1988, 5/5 b RJ 84/86, SozR 1200 § 14 Nr. 28.

SGB I erwähnte Beratung ist mehr als die bloße Auskunftserteilung. Unter „Beratung“ ist die umfassende Aufklärung über einen auch größeren Kreis von Rechten und Pflichten zu verstehen³⁰. Die Pflegeberater i. S. § 7 a SGB XI sind an die Vorgaben des § 14 SGB I gebunden³¹.

Die Pflegeberatung muss sich, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt³², zudem an der Entscheidung des BSG vom 29. 1. 1981 orientieren³³. In dieser Entscheidung wies das BSG darauf hin, dass die Beratungspflicht des Versicherungsträgers ein wesentlicher Bestandteil des Systems sozialer Sicherung ist, weil andernfalls bei der Kompliziertheit der Rechtsmaterie eine dem Gesetzeszweck entsprechende Anwendung sozialrechtlicher Bestimmungen nicht erreicht werden kann. Daraus folgt die Pflicht des Versicherungsträgers zu einer umfassenden individuellen Beratung³⁴. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers wird diese Pflicht der Pflegeberater zur individuellen und umfassenden Beratung durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch abgesichert³⁵. Somit ist im Rahmen einer mangelhaften Pflegeberatung der Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs eröffnet.

Eng verknüpft mit diesem Institut ist das der unzulässigen Rechtsausübung. Das BSG hat in einer Entscheidung vom 12. 12. 2007 für den Bereich des Arbeitsförderungsrechts darauf hingewiesen, dass eine fehlerhafte Beratung durch den Leistungsträger dazu führen kann, dass dessen Erhebung der Verjährungseinrede eine unzulässige Rechtsausübung darstellt³⁶. Danach erfüllt der Erhebung der Verjährungseinrede entgegenstehende Einwand unzulässiger Rechtsausübung zugleich die Ausgleichsfunktion, die auch dem Rechtsinstitut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu Grunde liegt. Hinsichtlich der zu Grunde liegenden Pflichtverletzung gelten insoweit grundsätzlich vergleichbare Maßstäbe³⁷. Das BSG weist nochmals ausdrücklich darauf hin, dass eine umfassende Beratung der Versicherten die Grundlage für das Funktionieren des immer komplizierter werdenden sozialen Leistungssystems ist. Im Vordergrund steht dabei nicht mehr nur die Beantwortung von Fragen oder Bitten um Beratung, sondern die verständnisvolle Förderung des Versicherten, d. h. die aufmerksame Prüfung durch den Sachbearbeiter, ob Anlass besteht, den Versicherten auch von Amts wegen auf Gestaltungsmöglichkeiten oder Nachteile hinzuweisen, die sich mit seinem Anliegen verbinden; denn schon gezielte Fragen setzen Sachkunde voraus, über die der Versicherte oft nicht verfügt. Dabei beschränkt sich die Beratungspflicht nicht auf Normen, die der betreffende Sozialversicherungsträger anzuwenden hat³⁸.

Diese Rechtsprechung ist auch auf den Bereich der Pflegeberatung gemäß § 7 a SGB XI zu übertragen. Die vom BSG aufgestellten Grundsätze betreffen Problemkreise, die nicht auf das SGB III beschränkt sind, sondern im gesamten Sozialrecht Geltung erlangen. Insoweit kann eine mangelhafte Beratung durch einen Pflegeberater auch dazu führen, dass der Leistungsträger mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Pflegebedürftigen aus dem Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschlossen ist.

c) Verfahrensrechtliche Fragen

Der Pflegeberater i. S. § 7 a SGB XI soll dem Pflegebedürftigen Hilfe und Unterstützung bei Auswahl und Inanspruchnahme von Unterstützungsangeboten im Sinne eines Fallmanagements bieten³⁹. Die Pflegeberater haben insoweit als *Sachwalter* der Interessen der Hilfebedürftigen zu fungieren. In dieser Rolle ist es ihre Aufgabe, den konkreten Hilfebedarf im Einzelfall festzustellen, die sozialrechtlichen Ansprüche zu klären und im Rahmen ihrer Entscheidungsbefugnis über diese Ansprüche zu entscheiden⁴⁰.

Dieses Aufgabenspektrum beschreibt die Tätigkeit eines Pflegeberaters jedoch nur materiell. Es sagt noch nichts darüber aus, welche Stellung der Pflegeberater im Verwaltungs- oder im Sozialgerichtsverfahren einnimmt. Hier ist insbesondere zu fragen, ob der Pflegeberater für den Pflegebedürftigen Rechtsbehelfe oder Klagen einlegen und ob er ihn im Rahmen eines Verfahrens vertreten kann.

Ausgangspunkt für die verfahrensrechtliche Stellung des Pflegeberaters ist die Tatsache, dass dieser vom Gesetzgeber als *Sachwalter der Interessen der Hilfebedürftigen* bezeichnet wird⁴¹. Der Gesetzgeber schweigt jedoch darüber, was er unter dem Begriff des *Sachwalters* versteht. Der Gesetzesbegründung kann insbesondere nicht entnommen werden, ob der Begriff des *Sachwalters* als *terminus technicus* verwendet wird.

Gesetzlich erwähnt wird der Sachwalter in § 274 InsO. Dort ist die Rechtsstellung des Sachwalters durch bestimmte Prüfungsbefugnisse, Überwachungsaufgaben und Mitwirkungserfordernisse gekennzeichnet. Der Sachwalter i. S. § 274 InsO wird als sachkundiger und unparteiischer Gehilfe des Insolvenzgerichts in einer amtsähnlichen Stellung als „Organ“ der staatlich kontrollierten Gläubigerselbstverwaltung tätig. Dabei ist er wegen seines eingeschränkten Tätigkeitsbereichs weder Amtstreuhänder noch gesetzlicher Vertreter des Schuldners, sondern im Wesentlichen auf eine prüfende und überwachende Tätigkeit beschränkt. Eine gesetzliche Vertretungsmacht ist dem Sachwalter im Rahmen von § 275 II InsO nur insoweit eingeräumt, wie er eingehende Zahlungen entgegennimmt und ausgehende Zahlungen leistet⁴².

Es ist interessengerecht, diese Grundsätze auch auf die Pflegeberatung gem. § 7 a SGB XI zu übertragen. Es geht zu weit, dem Pflegeberater, bei dem es sich letztlich um ein Teil der Pflegekasse handelt, die Berechtigung zu erteilen, den Pflegeberechtigten in Verwaltungs- und Sozialgerichtsverfahren zu vertreten bzw. für ihn Rechtsbehelfe oder Klagen einzureichen. Würde ihm eine derartige Befugnis zugebilligt, käme die Pflegeberatung in die Nähe einer gesetzlichen Vertretung des Pflegebedürftigen. Dafür, dass dies gesetzgeberischer Wille war, finden sich jedoch keine Anhaltspunkte. Insbesondere vor dem Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts des Versicherten i. S. § 2 SGB XI müssen an die Annahme einer derartigen Berechtigung strenge Voraussetzungen gestellt werden. Gerade die Tatsache, dass der Pflegeberater lediglich zur Entgegennahme und Weiterleitung von Leistungsanträgen berechtigt ist, nicht aber zum Stellen solcher Anträge⁴³, zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber dem Pflegeberater lediglich prüfende und überwachende Aufgaben auferlegen wollte. Hinzu kommt, dass der Pflegeberater i. S. v. § 7 a SGB XI nicht in die Aufzählung der vertretungsberechtigten Bevollmächtigten in § 73 II SGG aufgenommen wurden. § 73 II SGG

30) BSG Urteil v. 24. 7. 2003 – B 4 RA 13/03 R – SozR 4-1200 § 46 Nr. 1.

31) Vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 46.

32) Vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 46.

33) BSG Urteil v. 29. 1. 1981, 12 RK 19/80, SozR 1200§ 14 Nr. 11.

34) Ebenda.

35) Vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 46.

36) BSG Urteil v. 12. 12. 2007, B 12 AI 1/06 R, SozR 4-2400 § 27 Nr. 3.

37) Ebenda.

38) BSG Urteil v. 12. 12. 2007, B 12 AI 1/06 R, SozR 4-2400, § 27 Nr. 3.

39) Vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 45.

40) Ebenda.

41) Vgl. BT-Drucksache 16/7439, S. 45.

42) Vgl. Wittig/Tetzlaff, Münchener Kommentar Insolvenzordnung, § 274 Rz. 18 ff.

43) Vgl. BT-Drucksache 16/8525, S. 95.

enthält eine abschließende Aufzählung der Personen oder Vereinigungen, die als Prozessbevollmächtigte in Frage kommen. Andere Personen, als die genannten können nicht als Prozessbevollmächtigte auftreten. Sie können allenfalls unter den Voraussetzungen des § 73 VII SGG als Beistand zugelassen werden⁴⁴. Die Regelungen über den Beistand betreffen allerdings nur die Begleitung des Beteiligten in der mündlichen Verhandlung. Der Beistand ist damit kein Prozessbevollmächtigter, er tritt nicht für den Beteiligten auf, sondern neben ihm⁴⁵. Beistand kann sein, wer vor dem SG und dem LSG als Bevollmächtigter befugt ist. Hierzu zählt der Pflegeberater nicht. Das Gericht kann jedoch auch andere Personen als Beistand zulassen, wenn dies sachdienlich ist und hierfür nach den Einzelumständen ein Bedürfnis besteht (§ 77 VII 3 SGG). Diese Formulierung soll die Zulassung von Personen, die nicht Bevollmächtigte sein können, auf eng umgrenzte Ausnahmefälle beschränken. In Betracht kommen z. B. dem Beteiligten nahe stehende Personen oder solche mit medizinischer Sachkunde⁴⁶. Angesichts des engen Vertrauensverhältnisses, das zwischen Pflegeberater und Pflegebedürftigem herrschen soll, besieht im Regelfall an der Zulassung eines Pflegeberaters als Beistand i. S. v. § 73 VII SGG ein Bedürfnis, die Zulassung ist zudem grundsätzlich als sachdienlich zu betrachten.

d) Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten

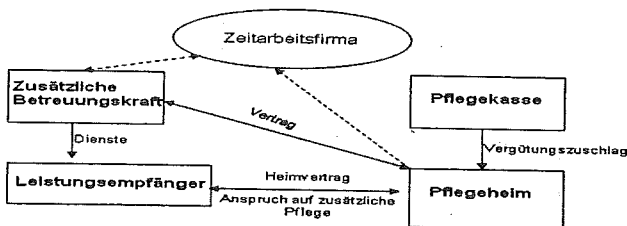
In der Variante 1 wirkt der Pflegeberater als Arbeitnehmer der Pflegekasse. Er unterliegt damit grundsätzlich dem Weisungsrecht der Pflegekasse. Das Gesetz verlangt aber andererseits eine umfassende und unabhängige Beratung, die auch in einer Empfehlung von rechtlichen Schritten gegen die Pflegekasse münden kann. § 7 a I 10 SGB XI gilt nicht nur für den externen Pflegeberater⁴⁷. Werden Arbeitnehmern gesetzliche Pflichten auferlegt, so sind diese auch gegenüber dem Arbeitgeber wahrzunehmen. Zwar fehlt eine Vorschrift, wie sie im Arbeitssicherheitsrecht und hier in § 8 I ASiG bekannt ist. Gleichwohl müssen aus Sinn und Zweck des § 7 a SGB XI die Arbeitnehmer, die Arbeitnehmer sind, weisungsfrei handeln können. Dies hat das BAG im Übrigen für Sozialarbeiter im Jugendamt anerkannt⁴⁸. Umgekehrt kann somit eine Beratung, die sich inhaltlich als zutreffend, aber möglicherweise nachteilig für die Pflegekasse darstellt, nicht zu einer Abmahnung oder gar Kündigung führen. Letztlich ergibt sich dies aus § 612 a BGB.

III. Die zusätzlichen Betreuungskräfte

Erst durch Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses vom 12. 3. 2008 haben die zusätzlichen Betreuungskräfte Eingang in das SGB XI (§ 87 b) gefunden. Diese finden ihren Einsatz bei Heimbewohnern, die § 45 a SGB XI unterfallen, mithin an demenzbedingten Funktionsstörungen leiden.

1. Rechtliche Konstruktion

Beziehungsgeflecht zu zusätzlichen Betreuungskräften, § 87 b SGB XI



§ 87 b SGB XI ist zweistufig gestaltet. Ausgangspunkt ist der Vertrag zwischen der Pflegekasse und dem Pflegeheim.

Pflegeheime haben einen Anspruch gegenüber der Pflegekasse auf Gewährung eines Vergütungszuschlags für die Einstellung von zusätzlichen Betreuungskräften, wenn die Voraussetzung des § 87 b I 2 SGB XI erfüllt sind (1. Stufe). Wird der Vergütungszuschlag geleistet, hat dann der demenzerkrankte Heimbewohner einen eigenen Rechtsanspruch gegen das Pflegeheim auf Erbringung der zusätzlichen Betreuung, § 87 b II 4 SGB XI (2. Stufe)⁴⁹. Nach der Gesetzesbegründung stellt der Vertrag zwischen Pflegekasse und Pflegeheim ein Vertrag zugunsten Dritter dar, der bis zur Zahlung des Vergütungszuschlages aufschiebend bedingt ist⁵⁰. Ob es dieser Konstruktion nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes bedarf, ist zweifelhaft. Der demenzerkrankte Heimbewohner hat nämlich nach § 87 b II 4 SGB XI bereits dann einen selbstständigen gesetzlichen Anspruch auf zusätzliche Betreuung, wenn der Vergütungszuschuss geleistet worden ist, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag zwischen Pflegekasse und Pflegeheim Bestand hat oder nicht.

Die zusätzlichen Betreuungskräfte haben sozialversicherungspflichtig Beschäftigte zu sein, § 87 b I 2 Nr. 2 SGB XI, und können damit Arbeitnehmer des Pflegeheims sein, aber auch über eine Zwischenschaltung einer Zeitarbeitsfirma tätig werden („... über zusätzliches sozialversicherungspflichtig beschäftigtes Betreuungspersonal verfügt“). Personen nach § 16 III SGB II kommen regelmäßig nicht in Betracht, sie sind qua Gesetz keine Arbeitnehmer und im Regelfall auch keine Beschäftigten im Sinne des Sozialversicherungsrechts⁵¹.

2. Qualifikation der zusätzlichen Betreuungskräfte

Der Gesetzgeber hat auf eine Vorgabe verzichtet, welche Qualifikation die zusätzlichen Betreuungskräfte aufweisen sollen. In § 87 b III SGB XI wird dem Spitzenverband Bund der Pflegekassen aufgegeben, im Rahmen einer Richtlinie die geforderte Qualifikation näher darzulegen. Der Gesetzgeber weist lediglich darauf hin, dass der Einsatz von Pflegekräften mit einer gerontopsychiatrischen Zusatzausbildung nicht erforderlich ist⁵². Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen ist diesem gesetzgeberischen Auftrag nachgekommen und hat am 19. 8. 2008 die „Richtlinien nach § 87 b SGB XI zur Qualifikation und zu den Aufgaben von zusätzlichen Betreuungskräften in Pflegeheimen (Betreuungskräfte-RL)“ erlassen⁵³.

Gemäß § 4 I der Betreuungskräfte-RL ist für die berufliche Ausübung der zusätzlichen Betreuungsaktivitäten kein therapeutischer oder pflegerischer Berufsabschluss erforderlich. Angesichts der erhöhten Belastung der Pflegekräfte verlangt § 4 I der Betreuungskräfte-RL jedoch von den zusätzlichen Betreuungskräften, dass diese ihre Qualifikation durch ein Orientierungspraktikum, eine Qualifizierungsmaßnahme und durch regelmäßige Fortbildungen nachweisen. Bereits erworbene Qualifikationen können gem. § 5 der Betreuungskräfte-RL angerechnet werden.

Gemäß § 6 der Betreuungskräfte-RL können Personen, die bereits Erfahrungen in der Betreuung von demenziell

44) Leitherer in: Meyer-Ladwig, SGG, § 73 Rz. 6.

45) Ebenda, Rn. 77.

46) Ebenda, Rn. 78.

47) Vgl. Drucksache 16/7439, S. 46.

48) BAG zu § 106 GewO v. 10. 4. 1991, 5 AZR 128/90, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

49) BT-Drucksache 16/8525, S. 101.

50) BT-Drucksache 16/8525, S. 101.

51) Vgl. Besprechung der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VOR und der BA über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs, Besprechungsergebnis/Beitragseinzug vom 28. 10. 2004, TOP 3.

52) Vgl. BT-Drucksache 16/8525, S. 101.

53) https://www.gkv-spitzenverband.de/upload/2008_08_19_%C2%A787b_Richtlinie_2291.pdf.

erkrankten Menschen erworben haben und zusätzlich eine Schulung zu den Grundkenntnissen der Kommunikation und Interaktion mit Menschen mit Demenz, psychischen Erkrankungen oder geistigen Behinderungen im Umfang von mindestens 30 Stunden nachweisen, übergangsweise als zusätzliche Betreuungskräfte beschäftigt werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass sie die im § 4 III der Betreuungskräfte-RL aufgezählten Qualifikationen innerhalb eines Jahres nach dem Beginn der Beschäftigung nachholen, spätestens jedoch am 31. 12. 2009 abschließen werden und bis zum Abschluss der Qualifizierungsmaßnahmen durch erfahrene Pflegefachkräfte bei der Ausübung der Betreuungstätigkeit eng angeleitet und begleitet werden.

3. Aufgabenbereiche der zusätzlichen Betreuungskräfte

Aussagen zu den Grundsätzen der Arbeit und den Aufgaben der zusätzlichen Betreuungskräfte finden sich ebenfalls in der Betreuungskräfte-RL. Gemäß § 2 I der Betreuungskräfte-RL sollen die Betreuungskräfte die betroffenen Pflegeheimbewohner betreuen und aktivieren. Als Betreuungs- und Aktivierungsmaßnahmen kommen danach Maßnahmen und Tätigkeiten in Betracht, die das Wohlbefinden, den physischen Zustand oder die psychische Stimmung der betreuten Menschen positiv beeinflussen können.

§ 2 II der Betreuungskräfte-RL präzisiert die Grundaussage des § 2 I der Betreuungskräfte-RL. Die Aufgabe der zusätzlichen Betreuungskräfte ist es demnach, die betroffenen Heimbewohner zum Beispiel zu beispielhaft aufgezählten Alltagsaktivitäten zu motivieren und sie dabei zu betreuen und zu begleiten (z. B. gemeinsamer Besuch von kulturellen Veranstaltungen, gemeinsames Kochen etc.). Gemäß § 2 II der Betreuungskräfte-RL soll die Gruppenbetreuung der Regelfall, die Einzelbetreuung hingegen Ausnahme sein.

§ 2 IV der Betreuungskräfte-RL stellt klar, dass die soziale Betreuung der Heimbewohner zum Leistungsumfang der Pflegeheime gehört. Die Vorschrift fordert aber auch, die Tätigkeit der zusätzlichen Betreuungskräfte eng mit der Arbeit der Pflegekräfte und des sonstigen Personals in den Pflegeheimen zu koordinieren, um dadurch Versorgungsbrüche zu verhindern. Zu den Aufgaben der zusätzlichen Betreuungskräfte gehören daher auch die Hilfen, die bei der Durchführung ihrer Betreuungs- und Aktivierungstätigkeiten unaufschiebbar und unmittelbar erforderlich sind, wenn eine Pflegekraft nicht rechtzeitig zur Verfügung steht.

4. Konfliktfelder

Auch beim Einsatz der zusätzlichen Pflegekräfte gemäß § 87 b SGB XI deuten sich Konfliktfelder im Bereich des Sozial- und Arbeitsrechtes an.

a) Pflegebedürftigkeit und Pflegestufe

Gemäß § 15 I SGB XI ist Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen der Pflegekasse nach dem SGB XI, dass pflegebedürftige Personen einer der Pflegestufen I bis III zuzuordnen sind. § 15 I SGB XI ist damit im Zusammenspiel mit § 14 SGB XI eine für das SGB XI wesentliche Vorschrift: Wer nicht einmal die Voraussetzungen der Pflegestufe I erfüllt, gilt nach der Definition des § 14 I SGB XI und damit im Sinne des SGB XI als überhaupt nicht pflegebedürftig⁵⁴. Liegt zwar ein Pflegebedarf vor, der aber die Schwelle zur Pflegestufe I nicht überschreitet (sog. „Pflegestufe 0“), gewährt die Pflegekasse gleichwohl grundsätzlich keine Leistungen nach dem SGB XI. In Betracht kommen in derartigen Fällen lediglich Leistungen der Sozialhilfe im Rahmen des SGB XII⁵⁵.

Möglicherweise anders stellt sich aber § 87 b SGB XI dar. Diese Norm gewährt dem Pflegeheim und dem Pflegeheimbewohner Leistungsansprüche. Es geht um Leistungen der Pflegekasse nach dem SGB XI. Der Gesetzgeber unterscheidet im Rahmen des § 87 b SGB XI nicht zwischen Pflegebedürftigen der Pflegestufen I bis III oder anderen Pflegebedürftigen. Es stellt sich daher die Frage, ob Leistungen nach § 87 b SGB XI ausschließlich gewährt werden, wenn die vollstationäre Pflegeeinrichtung pflegebedürftige Heimbewohner betreut, die zumindest der Pflegestufe I zuzuordnen sind, oder ob bereits das Vorliegen der Voraussetzungen der „Pflegestufe 0“ ausreichend ist.

Nach der Gesetzesbegründung soll durch Leistungen gemäß § 87 b SGB XI die zusätzliche Betreuung demenziell erkrankter Heimbewohner im Sinne von § 45 a SGB XI durch die Pflegeversicherung finanziert werden⁵⁶. Dies findet seinen Ausdruck in § 87 b I 1 SGB XI, in dem ausdrücklich auf § 45 a SGB XI verwiesen wird. § 45 a SGB XI billigt Leistungen aus dem Fünften Abschnitt des SGB XI Pflegebedürftigen zu, bei denen neben dem Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung ein erheblicher Bedarf an allgemeiner Beaufsichtigung und Betreuung gegeben ist. Dies sind gemäß § 45 a I 2 Hs. 1 SGB XI Pflegebedürftige der Pflegestufen I, II und III sowie Personen, die einen Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung haben, der nicht das Ausmaß der Pflegestufe I erreicht. Als zusätzliche Voraussetzung sieht § 45 a I 2 Hs. 2 SGB XI jedoch vor, dass die in § 45 a II 2 Hs. 1 SGB XI genannten Personen demenzbedingte Fähigkeitsstörungen, geistige Behinderungen oder psychische Erkrankungen aufweisen, bei denen der Medizinische Dienst der Krankenversicherung im Rahmen der Begutachtung nach § 18 SGB XI als Folge der Krankheit oder Behinderung Auswirkungen auf die Aktivitäten des täglichen Lebens festgestellt hat, die dauerhaft zu einer erheblichen Einschränkung der Alltagskompetenz geführt haben.

Das bedeutet, dass Leistungen nach § 87 b SGB XI nicht nur Personen gewährt werden, bei denen die Voraussetzungen der Pflegestufen I bis III vorliegen, sondern auch solchen, die die Schwelle zur Pflegestufe I noch nicht überschritten haben. Jedoch kommt eine Leistungsgewährung nur in Betracht, wenn der medizinische Dienst der Krankenkassen bei den betroffenen demenziellen Pflegebedürftigen Heimbewohnern als Folge der Krankheit oder Behinderung Auswirkungen auf die Aktivitäten des täglichen Lebens festgestellt hat, die dauerhaft zu einer erheblichen Einschränkung der Alltagskompetenz geführt haben. Andererseits: Allein die Betreuung von Pflegebedürftigen der Pflegestufen I bis III reicht für die Gewährung von Leistungen i. S. v. § 87 b SGB XI aber auch nicht aus. Auch bei diesen Pflegebedürftigen muss neben der Pflegebedürftigkeit eine demenzielle Krankheit mit Auswirkungen auf den Alltag vorliegen.

b) Zusätzliche Betreuungskräfte und die HeimPersV

Die „Verordnung über personelle Anforderungen für Heime (Heimpersonalverordnung – HeimPersV)“ vom 19. 7. 1993 i. d. F. vom 22. 6. 1998⁵⁷ regelt die Mindestanforderungen zur Personalausstattung von Heimen i. S. des Heimgesetzes⁵⁸. § 4 I HeimPersV bestimmt, dass Beschäftigte in Heimen die erforderliche persönliche und fachliche

54) Pfitzner in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udschung*, Beck'scher Online-Kommentar SGB XI, § 15, Einleitung.

55) Richter in: *Berchtold/Richter*, Prozesse in Sozialsachen, § 14 Rz. 45.

56) BT-Drucksache 16/8525, S. 100.

57) BGBl. I S. 1506.

58) Richter in: *Berchtold/Richter*, Prozesse in Sozialsachen, § 14 Rz. 45.

Eignung für die von Ihnen ausgeübte Funktion und Tätigkeit besitzen müssen. § 5 I HeimPersV erweitert die Anforderungen an Beschäftigte für betreuende Tätigkeiten dahingehend, dass diese nur durch Fachkräfte oder unter angemessener Beteiligung von Fachkräften vorgenommen werden können. Hierbei muss mindestens einer, bei mehr als 20 nicht pflegebedürftigen Bewohnern oder mehr als vier pflegebedürftigen Bewohnern mindestens jeder zweite weitere Beschäftigte eine Fachkraft sein. Auf vollstationäre Pflegeeinrichtungen findet die HeimPersV über § 1 HeimG i. V. m. § 1 HeimPersV Anwendung. Eine Änderung der HeimPersV durch das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung erfolgte nicht.

Die zusätzlichen Betreuungskräfte gemäß § 87 b SGB XI sollen pflegebedürftige Heimbewohner betreuen. Dies sieht § 87 b I SGB XI ausdrücklich vor. Üben aber die zusätzlichen Betreuungskräfte eine betreuende Tätigkeit aus, dann gelten für sie die Anforderungen des § 5 HeimPersV.

Gemäß § 5 I HeimPersV darf eine betreuende Tätigkeit nur durch Fachkräfte oder unter angemessener Beteiligung von Fachkräften ausgeübt werden. Was unter einer Fachkraft i. S. v. § 5 HeimPersV zu verstehen ist, bestimmt sich nach § 6 HeimPersV. Danach müssen Fachkräfte eine Berufsausbildung abgeschlossen haben, die Kenntnisse und Fähigkeiten zur selbstständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung der von ihnen ausgeübten Funktion und Tätigkeit vermittelt. Altenpflegehelferinnen und Altenpflegehelfer, Krankenpflegerhelferinnen und Krankenpflegehelfer sowie vergleichbare Hilfskräfte sind gemäß § 6 S. 2 HeimPersV keine Fachkräfte.

Im Hinblick auf die zusätzlichen Betreuungskräfte gem. § 87 b SGB XI ist zu differenzieren. Werden Personen als zusätzliche Betreuungskräfte eingesetzt, die über eine Berufsausbildung i. S. § 6 HeimPersV verfügen, dann können sie betreuende Tätigkeiten i. S. § 5 HeimPersV ausführen.

Ob gem. § 87 b SGB XI zusätzlich Beschäftigte, die über die gem. § 4 der Betreuungskräfte-RL erforderliche Qualifizierung verfügen, ebenfalls als Fachkräfte i. S. § 6 HeimPersV anzusehen sind, dürfte zumindest zweifelhaft sein. Als Fachkraft i. S. § 6 HeimPersV kann nur bezeichnet werden, wer über eine erfolgreich abgeschlossene, staatlich anerkannte oder staatlich geregelte Ausbildung verfügt⁵⁹. Die Qualifizierung zur zusätzlichen Betreuungskraft stellt jedoch keinen Abschluss in einem Lehrberuf, sondern vielmehr eine Zusatzqualifikation dar, die einem Berufsabschluss nicht gleichzusetzen ist. Eine eigenständige betreuende Tätigkeit ist zusätzlichen Betreuungskräften daher nicht möglich. Gleiches gilt für zusätzliche Betreuungskräfte, die im Rahmen der Übergangsregelung des § 6 der Betreuungskräfte-RL beschäftigt werden.

Eine betreuende Tätigkeit ist diesen Personengruppen nur gemäß § 5 I 1 2. Alternative HeimPersV, also unter angemessener Beteiligung von Fachkräften, möglich. Hierzu ist es erforderlich, den Fachkräften einen organisatorischen Einfluss auf die Qualität der Leistungserbringung einzuräumen⁶⁰. Angemessen ist die Beteiligung der Fachkraft dann, wenn das Fachwissen der Fachkraft für die Art und Weise der Betreuung prägend ist⁶¹. Eine bloße Rufbereitschaft ist nicht ausreichend⁶².

c) Der Betreuungsanspruch des Heimbewohners

§ 87 b II 4 SGB XI gewährt dem Pflegebedürftigen mit der Zahlung des Vergütungszuschlages einen eigenen Anspruch auf zusätzliche Betreuung und Aktivierung. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es sich bei diesem Anspruch um einen aus einem Vertrag zugunsten Dritter handeln, der bis zur Zahlung des Vergütungszuschlages aufschiebend bedingt ist⁶³. Die Rechte und Pflichten des Pfle-

gebedürftigen, der Pflegekasse und des Heims würden sich damit aus § 328 BGB ergeben. Nach § 328 II BGB kann das Recht bedingt oder befristet bestellt werden⁶⁴. Die Verknüpfung des Betreuungsanspruchs mit einer aufschiebenden Bedingung ist daher möglich.

Voraussetzung für einen Anspruch des Dritten auf die Leistung aus dem Vertrag zugunsten Dritter ist, das ein Deckungsverhältnis besteht. Erst das Deckungsverhältnis begründet den Leistungsanspruch des Dritten. Der Wille der Vertragsparteien entscheidet also darüber, ob überhaupt ein Anspruch für einen Dritten vereinbart ist, und ob, wann und unter welchen sonstigen Voraussetzungen der Dritte den Anspruch erwirbt⁶⁵. Der vertragliche Leistungsanspruch bzw. die Gläubigerstellung des Dritten – hier des Pflegebedürftigen – führen dazu, dass zwischen Schuldner – hier die Pflegekasse – und Drittem in bestimmtem Umfang Vertragsrecht gilt. Der Schuldner ist dem Dritten etwa zur Auskunft über Bestand und Umfang seines Forderungsrechts verpflichtet. Aufgrund seiner Gläubigerstellung obliegen dem Dritten daraus alle vertraglichen Nebenpflichten eines Gläubigers⁶⁶. Verweigert demnach das Heim dem Pflegebedürftigen die zusätzliche Betreuung, so kann dieser von der Pflegekasse Auskunft darüber verlangen, ob und wann der Vergütungszuschlag an das Heim gezahlt wurde.

Der durch den Vertrag zugunsten Dritter begünstigte Dritte wird ohne seine Mitwirkung Gläubiger eines separierten Leistungsanspruchs aus einem Drittvertrag. Er erwirbt diesen Anspruch daher unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit. Er ist berechtigt, diesen Anspruch geltend zu machen, aber zu keiner Gegenleistung verpflichtet⁶⁷.

Die Qualifizierung des Anspruchs aus § 87 b II 4 SGB XI als einem vertraglichen Anspruch aus einem Vertrag zugunsten Dritter führt aber auch dazu, dass der Dritte § 334 BGB zu beachten hat. Danach stehen dem Versprechenden Einwendungen aus dem Vertrag auch gegenüber dem Dritten zu. Dies kann bei einer Nichtigkeit des Vertrages zwischen der Pflegekasse und dem Heim dazu führen, dass der Pflegebedürftige als Dritter bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen ausgesetzt ist, deren Abwicklung in höchstem Maße kompliziert sein dürfte⁶⁸.

Es darf bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber derartige Konsequenzen in Kauf nehmen wollte. Die Ausgestaltung des Vertrages ist allein Sache der Parteien. Ein Vertrag zwischen der Pflegekasse und dem Heim wird nicht allein dadurch zum Vertrag zugunsten Dritter, dass der Gesetzgeber dies anordnet. Er wird einzig durch eine entsprechende Vereinbarung der Vertragsparteien zum Vertrag zugunsten Dritter. Die Aussage in der Gesetzesbegründung, der Pflegebedürftige würde im Rahmen des § 87 b II 4 SGB XI einen eigenständigen Leistungsanspruch aus einem Vertrag zugunsten Dritter erwerben, ist insoweit lediglich als eine mögliche Fallkonstellation zu verstehen. Es handelt sich vielmehr bei dem Betreuungsanspruch des Pflegebedürftigen aus § 87 b II 4 SGB XI um einen gesetzlichen Anspruch, neben den – bei einer entsprechenden Vereinbarung – ein vertraglicher Anspruch treten kann. Der gesetzliche Anspruch ist nur von der tatsächlichen Zahlung der zusätzlichen Vergütung abhängig. Unter Zahlung ist hierbei

59) Krahnmer in: Krahnmer/Richter, HeimG, § 6 HeimPersV, Rz. 3.

60) Ebenda., § 5 HeimPersV, Rz. 5.

61) Ebenda.

62) Ebenda.

63) BT-Drucksache 16/8525, S. 101.

64) Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, § 328 Rz. 34.

65) Ebenda Rz. 28.

66) Ebenda Rz. 31.

67) Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, § 328 Rz. 30.

68) Vgl. Palandt/Sprau, BGB-Kommentar, § 812 Rz. 57.

jede Erfüllung, Hinterlegung oder Aufrechnung i. S. v. §§ 362 bis 396 BGB zu verstehen.

d) Arbeitsrechtliche Einordnung

Die zusätzlichen Betreuungskräfte haben sozialversicherungspflichtige Beschäftigte zu sein. Arbeitnehmer fallen selbstverständlich unter diese Anforderung. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige können dagegen nicht herangezogen werden, da diese grds. (Ausnahme Rentenversicherung) nicht sozialversicherungspflichtig sind⁶⁹. Arbeitgeber ist das Pflegeheim. Interessanter ist aber die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Das Pflegeheim wird nämlich in aller Regel auf den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages drängen bzw. auf einen auflösend bedingten Arbeitsvertrag, § 21 TzBfG⁷⁰. Nach § 158 II BGB liegt eine auflösende Bedingung vor, wenn das Rechtsgeschäft durch ein Ereignis, dessen Eintritt ungewiss ist, beendet werden soll. Hier besteht das Ereignis in dem Wegfall des Vergütungszuschlages wegen Wegfalls der Voraussetzungen des Anspruchs des Pflegeheims (z. B. Pflegeheim hat keine demenzkranken Personen mehr). § 21 TzBfG verweist weiter auf § 14 I TzBfG. Ein solcher Vertrag wäre also nur dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund gegeben ist. Zwar findet sich der Fall „Wegfall der rechtlichen Voraussetzungen von Zahlungen durch Dritte“ nicht im Katalog des § 14 I TzBfG, dieser ist allerdings nicht abschließend, sondern lässt weitere vergleichbare Gründe zu⁷¹. Genau dies ist allerdings fraglich.

Das BAG hat im Bereich der Drittmittelfinanzierung festgestellt, dass die Tatsache der Abhängigkeit einer Arbeitsstelle von der Finanzierung durch Dritte (gleich ob privat oder öffentlich-rechtlich) nur dann eine Rechtfertigung für eine Befristung darstelle, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit auf Grund einer Prognose zu erwarten ist, dass die finanziellen Mittel zu einem bestimmten Zeitpunkt wegfallen⁷². Dem Arbeitnehmer soll nicht das wirtschaftliche Risiko des Arbeitsplatzes aufgebürdet werden⁷³. Allerdings hat der Gesetzgeber mit dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz in § 2 I WissZeitVG im Jahre 2007 Befristungen wegen Drittmittelfinanzierung im Hochschulbereich ausdrücklich zu erleichterten Bedingungen (Herabsetzung der Anforderungen an Prognose) anerkannt. Der dem WissZeitVG zu Grunde liegende Gedanke dürfte auch für den Pflegebereich herangezogen werden können, da die Finanzierungsgestaltung in beiden Fällen ähnlich ist. Es wird daher im hier untersuchten Bereich schwerlich der Weg über eine Sachgrundbefristung/auflösende Bedingung generell verwehrt werden können, wenn auch die Sachgrundbefristung weniger umstritten sein dürfte⁷⁴. Verlangt werden kann dagegen, dass die zusätzliche Betreuungskraft überwiegend der Zweckbestimmung der Mittel entsprechend beschäftigt wird⁷⁵. Umgangen werden kann dieses Problem allerdings durch den Einsatz von Leiharbeit. So kann der Leiharbeitnehmer, der lediglich in einem befristeten Arbeitsverhältnis nach § 14 II TzBfG (sachgrundlos) zum Verleiher steht, erleichtert beim Entleiher eingesetzt werden.

Es stellt sich allerdings ein weiteres Problem aus dem Gesetzestext. In § 87b I Nr. 2 SGB XI heißt es: „... das Pflegeheim für die zusätzliche Betreuung und Aktivierung der Heimbewohner über zusätzliches sozialversicherungspflichtig beschäftigtes Betreuungspersonal verfügt.“ Daraus könnte gefolgert werden, dass Pflegeheime zunächst „auf Verdacht“ einstellen müssten (befristet ohne Sachgrund oder unbefristet), um den Zuschlag zu erhalten. Die Vorschrift ist allerdings so zu verstehen, dass die zusätzlichen Betreuungskräfte auch noch im Prozess der Verhandlungen mit der Pflegekasse eingestellt werden können. So formuliert

der Gesetzgeber in seiner Begründung: „Voraussetzung ist, dass nachweislich zusätzliches sozialversicherungspflichtig beschäftigtes Betreuungspersonal eingesetzt wird“⁷⁶.

Wurde ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen, ist der Wegfall der Finanzierung bei Vorliegen der üblichen Voraussetzungen (aber auch nur dann) Kündigungsgrund im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung. Personenbedingt kann dagegen gekündigt werden, wenn sich herausstellt, dass § 6 der Betreuungskräfte-RL und die darin enthaltene Frist nicht eingehalten werden kann (oder § 21 TzBfG).

Der Arbeitgeber kann die Betreuungskräfte-RL zum Vertragsinhalt machen. Dies ist möglicherweise interessant für die dort beschriebenen Pflichten hinsichtlich der Weiterbildung. Allerdings unterliegt ein solcher Verweis dem AGB-Recht (z. B. überraschende Klausel, § 305c I BGB).

Sowohl im Falle einer direkten arbeitsrechtlichen Beziehung zum Pflegeheim als auch beim Einsatz von Leiharbeitnehmern hat das Pflegeheim das Weisungsrecht, nicht jedoch die Pflegekasse. Diese kann lediglich auf Anforderungen an die eingesetzten zusätzlichen Betreuungskräfte in allgemeiner Art einwirken.

Keine Korrelation besteht letztlich zwischen dem Vergütungszuschlag und dem Arbeitsentgelt. So ist der Vergütungszuschlag nicht zwingend die Untergrenze des Entgeltes. Dieses bestimmt sich vielmehr nach den im Pflegebereich geltenden (tariflichen) Regelungen. Nicht umsonst spricht das Gesetz von einem „Zuschlag“.

IV. Schlussbetrachtung

Die beiden neuen Dienstleister Pflegeberater und zusätzliche Betreuungskräfte werden die Pflegelandschaft nachhaltig verändern. Hierfür spricht alleine die prognostizierte große Anzahl der neuen Personen in der Pflege. Durch die von den Spitzenverbänden ausgearbeiteten beruflichen Anforderungen ist weiter damit zu rechnen, dass sich die Pflege auch qualitativ verbessern wird. Die neuen Dienstleister müssen bereits zu Beginn ihrer Tätigkeit bestimmte Anforderungen erfüllen. Zudem sind tätigkeitsbegleitende Maßnahmen zu absolvieren. Hinzu kommt letztlich eine permanente Kontrolle durch Fachkräfte. Nachteilig wirken die dargestellten Konfliktfelder, die im Sozialrecht, Haftungsrecht und Arbeitsrecht liegen können. Einiges lässt sich unter Verwendung der allgemeinen Regeln lösen, anderes bleibt der Rechtsprechung überlassen. Hierzu werden sicherlich gehören: der Begriff Sachwalter, die Weisungsfreiheit der internen Pflegeberater, das Verhältnis von Pflegeberater und Kassenarzt, die Wirkung der Heimpersonalverordnung, die Behandlung der „Pflegestufe 0“ und die Gestaltung der Arbeitsverträge mit den zusätzlichen Betreuungskräften.

69) Gürtner in: Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB VI, § 2 Rz. 34.

70) Das Interesse des Pflegeheims am Abschluss eines auflösend bedingten Arbeitsvertrages liegt in dem Vorteil, passgenauer als es die sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG ermöglicht „befristet“ einstellen zu können.

71) Tillmanns, in: HK-ArbR § 21 TzBfG Rz. 3; ders. in HK-ArbR § 14 TzBfG Rz. 10.

72) BAG v. 7. 4. 2004, 7 AZR 441/03, ZTR 2005, 100 ff.; BAG v. 15. 2. 2006, 7 AZR 241/05, ZTR 2006, 509 ff. AA Erk/Müller-Glöge, 9. Auflage, § 14 TzBfG Rz. 73, 80, der, § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG anwendet.

73) BAG v. 8. 4. 1992, 7 AZR 135/91, AP Nr. 146 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

74) Gegen eine Zulässigkeit auflösender Bedingungen: APS/Backhaus, TzBfG, § 21, Rn. 17, 23.

75) Vgl. zum WissZeitVG: Erk/Müller-Glöge, 9. Auflage § 2 WissZeitVG Rz. 9 ff.

76) BT-Drucksache 16/8525, S. 101.