

Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Constanze Janda

Pflegerecht

2. Auflage



Nomos

Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Constanze Janda

Pflegerecht

2., aktualisierte und überarbeitete Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7650-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-1028-2 (ePDF)

2., aktualisierte und überarbeitete Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Seit der Neuerscheinung des Kompendiums zum Pflegerecht sind gut zwei Jahre vergangen. Das Buch hat erfreuliche Resonanz erzielt – zugleich steht das Rechtsgebiet vor großen Herausforderungen. Dies betrifft insbesondere die soziale Pflegeversicherung, deren langfristige Leistungsfähigkeit und Finanzierbarkeit angesichts einer stetig wachsenden Zahl pflegebedürftiger Menschen nachhaltig gesichert werden muss.

Erhebliche Aufmerksamkeit hat die Situation pflegebedürftiger Menschen und der Angehörigen der Pflegeberufe im Zuge der Corona-Pandemie erfahren, die die Jahre 2020 und 2021 geprägt hat. Erstmals sind der Fachkräftemangel, die Arbeitsbedingungen im ambulanten wie stationären Sektor, die unzureichende Vergütung der Pflegefachkräfte und die Lebenslage hochbetagter Menschen einer breiten Öffentlichkeit bewusst geworden. Dies hat den Gesetzgeber zu zahlreichen Neuregelungen veranlasst, die von dezidiert pandemiebezogenen und daher vorübergehenden Maßnahmen bis hin zu längerfristig geltenden Rechtsänderungen reichen. Beispielsweise sind verschiedene befristete Regelungen in das SGB XI aufgenommen worden, um die Pflegebegutachtung ohne persönliche Untersuchung, die digitale Pflegeberatung oder die Erstattung außergewöhnlicher pandemiebedingter Aufwendungen in Pflegeeinrichtungen zu ermöglichen. Auf lange Sicht werden mit dem Pflegepersonal-Stärkungsgesetz und dem Gesetz zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung und Pflege (GPVG) mehr – wenngleich nicht ausreichend – Stellen in der Pflege geschaffen. Das Pflegelohneverbesserungsgesetz und das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) schaffen die Rahmenbedingungen für bessere Löhne. Durch das Gesetz zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (DVPMG) ist die Telematik-Infrastruktur weiterentwickelt worden. Aus Sicht der Familien, deren pflegebedürftige Angehörige stationär versorgt werden, ist das Angehörigen-Entlastungsgesetz von besonderer Bedeutung, mit dem die Regressmöglichkeiten der Sozialhilfeträger im Rahmen der Hilfe zur Pflege eingeschränkt worden sind.

All diese Reformen haben keine grundstürzende Änderung des Systems der Pflege mit sich gebracht, dieses aber kontinuierlich weiterentwickelt. Wenige Tage vor Abschluss des Manuskripts hat das BAG ein Urteil gefällt, das den Gesetzgeber in der kommenden Legislaturperiode vor Herausforderungen stellen wird: Das Gericht hat klargestellt, dass Pflegekräfte im Rahmen der sogenannten 24-Stunden-Pflege Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn haben, und zwar auch während der Bereitschaftszeiten. Dies ist eine arbeitsrechtliche Selbstverständlichkeit, wird aber massive Auswirkungen auf die selbst organisierte häusliche Pflege haben.

Die mit der Pflege in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen werden daher weiterhin nicht nur für Juristinnen und Juristen, sondern für viele verschiedene Disziplinen von Interesse sein – sei es für die Pflegenden selbst, sei es für die beratenden Berufe. Diesem ganz unterschiedlichen Personenkreis soll dieses Buch einen Überblick über die relevanten sozial- und zivilrechtlichen Regelungen geben. Prüfschemata und kleine Beispielfälle sollen Wege zur Lösung der Rechtsfragen aufzeigen.

Ein herzlicher Dank gebührt *Martina Dieterle* sowie *Christina Digeser*, *Milena Herbig*, *Mathieu Wagner*, *Christina Wieda* und *Vanessa Zeeb* für die Unterstützung bei der Neuauflage. Sie haben sich mit großer Sorgfalt der Durchsicht des Manuskripts an-

genommen und bei der Aktualisierung wertvolle Hilfe geleistet. Wiederum danke ich *Peter Schmidt* vom Nomos-Verlag für die gute und zuverlässige Betreuung im Rahmen des Lektorats.

Speyer im Juni 2021

Constanze Janda

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	11
1. Kapitel: Einleitung	15
Orientierungsfragen	15
A. Begriff des Pflegerechts	15
I. Abgrenzung zum Medizinrecht	15
II. Pflegerecht als Teil des Sozial(versicherungs)rechts	16
III. Pflegezivilrecht	16
IV. Definition: Pflegerecht	17
B. Historische Entwicklung	17
I. Erbringung von Pflegeleistungen vor Inkrafttreten des SGB XI	17
II. Die soziale Pflegeversicherung als fünfte Säule der Sozialversicherung	19
III. Reformen des Pflegeversicherungsrechts	20
IV. Fortbestehender Reformbedarf	23
2. Kapitel: Grundlagen des Rechts der Pflegeversicherung	26
Orientierungsfragen	26
A. Allgemeine Grundsätze des Pflegeversicherungsrechts	26
I. Selbstbestimmung der Versicherten	26
II. Vorrang der häuslichen Pflege	28
III. Vorrang von Prävention und Rehabilitation	29
IV. Eigenverantwortung der Versicherten	30
V. Berücksichtigung geschlechts- und kulturspezifischer Bedürfnisse	31
VI. Wirtschaftlichkeitsprinzip	32
VII. Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit	33
B. Verhältnis zu anderen Sozialleistungen	33
I. Leistungen der sozialen Entschädigung	33
II. Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung	33
III. Fürsorgeleistungen	34
IV. Eingliederungshilfe	34
C. Versicherter Personenkreis	34
I. Pflichtversicherung, § 20 SGB XI	35
II. Befreiung von der Versicherungspflicht, § 22 SGB XI	36
III. Familienversicherung, § 25 SGB XI	36
IV. Versicherungsobligatorium für Privatversicherte, § 23 SGB XI	37
D. Träger der sozialen Pflegeversicherung	39
I. Organisation	39
II. Sicherstellungsauftrag	39

E. Finanzierung	40
I. Beitragsrecht	40
II. Sonstige Mittel der Pflegekassen	43
III. Ausgleichsfonds, § 65 SGB XI	43
IV. Pflegevorsorgefonds	44
V. Förderung der freiwilligen privaten Vorsorge	45
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	46
3. Kapitel: Leistungsrecht	48
Orientierungsfragen	48
A. Versicherungsfall der sozialen Pflegeversicherung	48
I. Pflegebedürftigkeit nach Pflegestufen	49
II. Einbeziehung demenziell erkrankter Menschen	49
III. Reform des Pflegebedürftigkeitsbegriffs	50
B. Überblick über die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung	55
C. Grundsätze des Leistungsrechts	56
I. Qualität der Pflege	56
II. Aktivierung der Pflegebedürftigen	57
III. Sicherstellung einer Grundversorgung	58
D. Ansprüche bei häuslicher Pflege	58
I. Abgrenzung zur vollstationären Pflege	58
II. Voraussetzungen der Pflegesachleistung, § 36 SGB XI	59
III. Pflegegeld für selbst beschaffte Pflege, § 37 SGB XI	60
IV. Kombinationsleistung, § 38 SGB XI	63
V. Leistungen zur Unterstützung der häuslichen Pflege	63
VI. Versorgung mit Hilfsmitteln	67
E. Teilstationäre Pflege und Kurzzeitpflege	72
I. Teilstationäre Pflege	72
II. Kurzzeitpflege	73
F. Ansprüche bei vollstationärer Pflege	74
I. Voraussetzungen der vollstationären Pflege	74
II. Leistungsumfang	75
G. Soziale Sicherung der Pflegeperson	77
I. Beiträge zur Rentenversicherung	77
II. Einbeziehung in die gesetzliche Unfallversicherung	78
III. Einbeziehung in das Arbeitsförderungsrecht	78
IV. Zusätzliche Leistungen bei Pflegezeit	79
V. Leistungen im Fall der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung	79
H. Ruhen der Ansprüche	80
I. Ruhen bei Auslandsaufenthalt	80
II. Ruhen des Anspruchs auf häusliche Pflege	80
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	81

4. Kapitel: Leistungserbringungsrecht	82
Orientierungsfragen	82
A. Der Sicherstellungsauftrag der Pflegekassen	82
I. Leistungserbringer	83
II. Voraussetzungen der Zulassung als Leistungserbringer	84
B. Vertragliches Versorgungssystem	85
I. Versorgungsverträge mit Pflegeeinrichtungen, § 72 SGB XI	85
II. Rahmenverträge, § 75 SGB XI	87
III. Verträge mit einzelnen Pflegekräften in der häuslichen Pflege, § 77 SGB XI	88
IV. Verträge über Pflegehilfsmittel, § 78 SGB XI	89
C. Vergütung der Leistungen	90
I. Berücksichtigungsfähige Aufwendungen	90
II. Vergütung stationärer Pflegeleistungen, §§ 84 ff. SGB XI	91
III. Vergütungsvereinbarungen über ambulante Pflegeleistungen, § 89 SGB XI	95
IV. Verträge zur Integrierten Versorgung, § 92b SGB XI	96
V. Kostenerstattung bei fehlender Vereinbarung, § 91 SGB XI	97
D. Qualitätssicherung in der Pflege	97
I. Vorgaben zur Qualitätssicherung nach § 113 SGB XI	98
II. Expertenstandards in der sozialen Pflegeversicherung nach § 113a SGB XI	99
III. Qualitätsprüfungen nach §§ 114–115 SGB XI	100
IV. Qualitätsstandards im Heimordnungsrecht	102
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	103
5. Kapitel: Pflege in der Gesetzlichen Krankenversicherung	105
Orientierungsfragen	105
A. Abgrenzung der Kranken- von der Behandlungspflege	105
B. Häusliche Krankenpflege	106
I. Anspruch auf häusliche Krankenpflege	106
II. Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern	108
C. Kurzzeitpflege	110
D. Palliativmedizinische Pflege	111
I. Spezialisierte ambulante Palliativversorgung	111
II. Hospizleistungen, § 39a SGB V	114
E. Krankenpflege in der stationären Versorgung	115
I. Begriff des Krankenhauses	115
II. Subsidiarität der vollstationären Pflege	115
III. Pflege als Bestandteil der vollstationären Behandlung	116
IV. Mitaufnahme von Assistenzkräften ins Krankenhaus	116
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	117

6. Kapitel: Pflege im Recht der sozialen Hilfen	119
Orientierungsfragen	119
A. Allgemeine Grundsätze des Sozialhilferechts	119
I. Funktion der Sozialhilfe	119
II. Träger der Sozialhilfe	119
III. Leistungsgrundsätze	120
B. Abgrenzung zwischen den Leistungsarten	121
I. Hilfe zur Pflege im System des SGB XI und SGB XII	121
II. Hilfe zur Pflege im Rahmen der Eingliederungshilfe	121
C. Hilfe zur Pflege, §§ 61 ff. SGB XI	123
I. Voraussetzungen der Leistungsberechtigung	123
II. Leistungen im Rahmen der Hilfe zur Pflege	125
III. Leistungskonkurrenz	129
IV. Dreiecksverhältnis	130
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	131
7. Kapitel: Rechtsbeziehungen zwischen Versicherten und Leistungserbringern in der Pflege	133
Orientierungsfragen	133
A. Abschluss und Inhalt des Pflegevertrags	133
I. Ambulante Pflege	134
II. Stationäre Pflege	135
B. Zivilrechtliche Haftung in der Pflege	140
I. Grundlagen der Haftung	141
II. Fallgruppen	146
III. Grundlagen der Beweislastverteilung	157
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	158
8. Kapitel: Musterklausuren	160
Klausur 1: Pflegezivilrecht	160
Klausur 2: Sozialrechtliche Ansprüche bei häuslicher Pflege	165
Klausur 3: Rechtsbeziehungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis	171
Literatur	175
Stichwortverzeichnis	179

Abkürzungen

aA	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BeckOK SozR	Beckscher Online Kommentar zum Sozialrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BfArM	Bundesamt für Arzneimittel und Medizinprodukte
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BRI	Richtlinien des Medizinischen Dienstes Spitzenverband Bund der Krankenkassen und des GKV-Spitzenverbands zum Verfahren der Feststellung von Pflegebedürftigkeit sowie zur pflegefachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstruments nach dem Elften Buch des Sozialgesetzbuches (Begutachtungs-Richtlinien) vom 15.4.2016.
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Amtliche Sammlung)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVG	Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DAngVers	Die Angestelltenversicherung (Zeitschrift)
dh	das heißt
DRV	Deutsche Rentenversicherung (Zeitschrift)
DVPMG	Gesetz zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege
E	Entwurf
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f.	folgende/folgender
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKV	gesetzliche Krankenversicherung
GPVG	Gesetz zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung und Pflege

GRG	Gesetz zur Reform der Strukturen im Gesundheitswesen (Gesundheitsreformgesetz)
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
GVWG	Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung
hM	herrschende Meinung
HPG	Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland (Hospiz- und Palliativgesetz)
HS	Halbsatz
i.e.	das ist (id est)
ieS	im engeren Sinne
IfSG	Infektionsschutzgesetz
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
IV	integrierte Versorgung
ivm	in Verbindung mit
jM	juris Die Monatszeitschrift (Zeitschrift)
jurisPK	juris Praxiskommentar
jurisPR	juris Praxisreport
KassKomm	Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KVLG	Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte
KVSG	Gesetz über die Sozialversicherung der selbstständigen Künstler und Publizisten (Künstler-Sozialversicherungsgesetz)
lit.	Buchstabe (litera)
LSG	Landessozialgericht
MD	Medizinischer Dienst
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PfIBRefG	Gesetz zur Reform der Pflegeberufe (Pflegeberufereformgesetz)
PfIR	Pflegerecht (Zeitschrift)
PfIZG	Pflegezeitgesetz
PNG	Pflegeneuausrichtungsgesetz
PpUGV	Verordnung zur Festlegung von Pflegepersonaluntergrenzen in pflegesensitiven Bereichen (Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung)
PQsG	Pflege-Qualitätssicherungsgesetz
PrävG	Präventionsgesetz
PSG I	Erstes Pflegestärkungsgesetz
PSG II	Zweites Pflegestärkungsgesetz
PSG III	Drittes Pflegestärkungsgesetz
Rn.	Randnummer
rpBestG	Bestattungsgesetz des Landes Rheinland-Pfalz
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe

S.	Satz / Seite
SAPV	spezialisierte ambulante Palliativversorgung
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
SozR	Sozialrecht. Entscheidungssammlung der Richter des Bundessozialgerichts
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)
SuP	Sozialrecht und Praxis (Zeitschrift)
SpiBuKK	Spitzenverband Bund der Krankenkassen
StGB	Strafgesetzbuch
SV-ReGrV 2019	Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2019 vom 22.11.2018, BGBl. I, S. 2024.
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VSSAR	Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WBGV	Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz)
WzS	Wege zur Sozialversicherung (Zeitschrift)
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Kapitel: Einleitung

Orientierungsfragen

- Welche Rechtsgebiete umfasst das Pflegerecht? 1
- Aus welchen Gründen erwies sich die Einführung eines sozialen Sicherungssystems für das Risiko der Pflegebedürftigkeit als notwendig?
- Welche rechtspolitischen Alternativen zur sozialen Pflegeversicherung wurden vor der Verabschiedung des SGB XI diskutiert? Warum wurden diese verworfen?
- Woraus erklärt sich der weiterhin bestehende Reformbedarf im Pflegeversicherungsrecht?

A. Begriff des Pflegerechts

Die Versorgung pflegebedürftiger Menschen wirft eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, die nahezu alle Rechtsgebiete tangieren. Das **Pflegerecht** verdient daher durchaus eine komprimierte Darstellung, bildet jedoch kein eigenständiges Rechtsgebiet. Entsprechend unklar sind Reichweite und Gehalt dieses Begriffs. Die wenigen einschlägigen Lehr- oder Handbücher setzen unterschiedliche Schwerpunkte, die von rein sozialrechtlichen Abhandlungen¹ bis zu zivil- und berufsrechtlichen Übersichten reichen² und zum Teil recht spezifische Zielgruppen haben.³

I. Abgrenzung zum Medizinrecht

Strikt abzugrenzen ist das Pflegerecht vom Medizinrecht, also dem Recht der Behandlung von Krankheiten durch Ärzte und andere Leistungserbringer.⁴ Wiewohl im Alltag medizinische Behandlung und Pflege oftmals miteinander einhergehen und sich gegenseitig ergänzen, stehen beide Gebiete im Recht unabhängig nebeneinander. Nicht nur deren Anwendungsfälle – **Krankheit** im Medizinrecht, **Pflegebedürftigkeit** im Pflegerecht – unterscheiden sich erheblich: Wesentliches Merkmal der Pflege ist die Unterstützung von Personen jeden Alters, die – unabhängig von der Ursache – nicht in der Lage sind, alltägliche Verrichtungen selbst zu bewältigen. Von der medizinischen Behandlung unterscheidet sich die Pflege dadurch, dass sie ohne ärztliche Anordnung und Begleitung auskommt. Auch die organisatorischen Strukturen der Versorgung, die involvierten Leistungserbringer und deren Zulassung, die berufsständischen Regelungen und die Bestimmung der von den Sozialleistungsträgern zu erbringenden Leistungen divergieren erheblich.

Das Recht der **sozialen Pflegeversicherung** (SGB XI) stellt einen wesentlichen Baustein des Pflegerechts dar, bestimmt es doch über Art und Form der Leistungserbringung in der Pflege und die Übernahme ihrer Kosten durch öffentliche Träger wie

1 Griep/Renn, Pflegesozialrecht, 6. Aufl., 2017 mit dem Fokus auf der Abgrenzung der unterschiedlichen Sozialleistungszweige.

2 Weiß, Recht in der Pflege, 3. Aufl., 2020; Wiese, Pflegerecht, 2014.

3 Breidenstein, Pflegerecht für Angehörige, 2012; Schmidt/Meißner, Organisation und Haftung in der ambulanten Pflege, 2009; Müller/Schabbeck, Praxishandbuch Pflegerecht, 2018.

4 Igl/Welti, Gesundheitsrecht, 3. Aufl., 2018; Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl., 2018; Janda, Medizinrecht, 4. Aufl., 2019.

durch private Versicherungsunternehmen und repräsentiert damit einen Großteil der durch Pflege entstehenden Kosten. Die Erschließung des Pflegerechts muss daher notwendig ihren Ausgang im Sozialversicherungsrecht nehmen.

II. Pflegerecht als Teil des Sozial(versicherungs)rechts

- 5 In Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist dem Bund die konkurrierende **Gesetzgebungskompetenz** für die Sozialversicherung zugewiesen. Diese hat er mit dem Erlass des Sozialgesetzbuchs (SGB) weitgehend ausgeschöpft. § 4 Abs. 2 SGB I vermittelt allen Mitgliedern der Sozialversicherung das Recht auf notwendige Maßnahmen zum Schutz, zur Erhaltung, Besserung und Wiederherstellung ihrer Gesundheit und Leistungsfähigkeit sowie auf wirtschaftliche Sicherung bei Krankheit, Mutterschaft, Minderung der Erwerbsfähigkeit und Alter. Gemäß § 28 SGB XI können nach dem Recht der **sozialen Pflegeversicherung** Leistungen bei häuslicher Pflege, bei teilstationärer und Kurzzeitpflege sowie bei Vollzeitpflege in Anspruch genommen werden. § 1 Abs. 4 SGB XI spezifiziert die Aufgabe der Pflegeversicherung als Hilfeleistung für Personen, die wegen der Schwere ihrer Pflegebedürftigkeit auf solidarische Unterstützung angewiesen sind.
- 6 Als Sozialleistung ist die Pflege aber nicht nur im Kontext des SGB XI relevant. Sie wird als Grund- und Behandlungspflege in der **Krankenversicherung** (SGB V) erbracht. Nicht zu unterschätzen ist auch die Bedeutung des **Sozialhilferechts** (SGB XII), denn von denjenigen, die in stationären Einrichtungen gepflegt werden, sind 34,4 % auf (ergänzende) Hilfe zur Pflege angewiesen.⁵ In Bezug auf letztere greift der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, denn dem Bund ist auch die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Fürsorgerecht eingeräumt. Sozialhilfe und Sozialversicherung können folglich einander ergänzende Regelungen zu den Ansprüchen pflegebedürftiger Personen bereithalten.⁶
- 7 Personen, die nicht der gesetzlichen Krankenversicherung angehören, sind gehalten, privat für den Fall der Pflegebedürftigkeit vorzusorgen. Sie schließen dazu einen **privatrechtlichen Vertrag** mit einem Versicherungsunternehmen. Grundsätzlich gelten für private Versicherungsverträge die Regelungen des VVG; es gilt die Privatautonomie, dh die Vertragspartner können frei entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen sie ein Vertragsverhältnis eingehen. Dass dieses in der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG gründende Recht auf freie Aushandlung der Vertragsbedingungen in einem so existenziellen Lebensbereich wie der Pflege zulasten der Pflegebedürftigen gehen kann, liegt auf der Hand. In der privaten Pflegeversicherung sind die Vorgaben des VVG daher weitgehend durch das SGB XI überformt.⁷

III. Pflegezivilrecht

- 8 Basis der pflegerischen Versorgung sind zivilrechtliche Verträge zwischen den pflegebedürftigen Personen und ambulanten **Pflegediensten** oder stationären **Einrich-**

5 *Bundesregierung*, Siebter Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Pflegeversicherung und den Stand der pflegerischen Versorgung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 100, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/P/Pflegebericht/Siebter_Pflegebericht_barrierefrei.pdf. Die Angabe bezieht sich auf den Stand 2019.

6 Welti, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2016, 54, 55.

7 Dazu ausführlich Kap. 2, Rn. 54 ff.

tungen.⁸ Aber auch die informelle, selbst organisierte häusliche Pflege weist zivilrechtliche Bezüge auf. Sie manifestieren sich nicht zuletzt in haftungs- und betreuungsrechtlichen Fragen, sind aber stets im Kontext des Sozialversicherungsrechts zu würdigen, aus dem die inhaltlichen Anforderungen an die Pflege abgeleitet werden können. Damit ergibt sich ein sogenanntes **sozialrechtliches Dreiecksverhältnis** zwischen der pflegebedürftigen Person, dem Leistungserbringer und dem Kostenträger – der Pflegeversicherung einerseits, der Sozialhilfeträger andererseits.

IV. Definition: Pflegerecht

Im Ergebnis lässt sich das Pflegerecht als die Gesamtheit der **Rechtsregeln** verstehen, die für die **Rechtsbeziehungen** zwischen Pflegenden und Pflegebedürftigen sowie die Übernahme der Kosten durch öffentliche Träger wie auch private Versicherungsunternehmen von Bedeutung sind. 9

B. Historische Entwicklung

Die soziale Pflegeversicherung bildet den jüngsten Zweig des Sozialversicherungsrechts. Erst seit 1995 ist die Pflegebedürftigkeit als eigenständiges **soziales Risiko** – dh als Umstand, der zum Verlust der Fähigkeit zur eigenständigen Generierung von Erwerbseinkommen führen kann – anerkannt. Einschränkungen der Fähigkeit zur Bewältigung grundlegender Bedürfnisse wie Ernährung, Körperpflege, Haushaltsführung oder Mobilität traten freilich nicht erst seit den 1990er Jahren auf. Die **demografische Entwicklung**, insbesondere die stark gestiegene Lebenserwartung und die Möglichkeit der Behandlung vieler altersbedingter Erkrankungen, führten jedoch zu einer erheblichen Zunahme der Zahl pflegebedürftiger Personen. Die damit verbundenen finanziellen wie organisatorischen Probleme wurden dadurch stärker sichtbar, denn Pflegebedürftige waren bis dahin nur unzureichend sozial abgesichert. 10

I. Erbringung von Pflegeleistungen vor Inkrafttreten des SGB XI

Zwar gewährten die gesetzliche **Unfallversicherung** und die verschiedenen Zweige der **sozialen Entschädigung** Leistungen zur Pflege. Profitieren konnten davon allerdings nur die Opfer von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (§ 558 RVO bzw. § 44 SGB VII) sowie Personen, die beispielsweise aufgrund einer Wehrdienstbeschädigung pflegebedürftig waren (§ 35 BVG). Diese kausalen Sozialleistungssysteme zielten zwar auf den Ausgleich von Schäden, Rechtsansprüche der pflegebedürftigen Personen und eine damit korrespondierende Leistungspflicht der Träger waren aber nur bei bestimmten **Ursachen** der Pflegebedürftigkeit begründet.⁹ 11

Im Übrigen war das Risiko privat abzusichern. Ähnlich wie bei der privaten Altersvorsorge war die Eigeninitiative der Bevölkerung aber gering ausgeprägt: Das Risiko pflegebedürftig zu werden, ist in der Lebenswirklichkeit der meisten jüngeren Menschen üblicherweise nicht so präsent, dass ein Anreiz zur individuellen Vorsorge besteht. Hinzu kam die unzureichende **Infrastruktur**. Die Pflege Tätigkeiten wurden in 12

⁸ Wiese, Pflegerecht, Rn. 198 ff.

⁹ Eichenhofer, Sozialrecht, Rn. 381; Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4, S. 6 ff.

der Regel durch Familienangehörige erbracht, denn Pflegedienste boten ihre Leistungen bis dahin nicht flächendeckend und häufig nur in unzureichendem Umfang an. Die Situation in den Pflegeheimen war teilweise prekär, was sich auch auf das fehlende Angebot an Heimplätzen und das mangelnde Interesse der Sozialhilfeträger an Qualitätssicherung zurückführen ließ.¹⁰

- 13** Im Jahr 1974 legte das **Kuratorium Deutsche Altershilfe** ein Gutachten über die stationäre Behandlung von Krankheiten im Alter und über die Kostenübernahme durch die gesetzlichen Krankenkassen vor,¹¹ in dem die überkommene Konstruktion kritisiert wurde, wonach zwar die Krankheitskosten solidarisiert werden, nicht aber die der langfristig zu erbringenden Pflege. Die Trennung zwischen Krankenbehandlung und Pflege, zwischen Krankenhaus und Pflegeheim sei willkürlich, zumal Pflegebedürftigkeit nie allein dem Alter, sondern stets auch dem Vorliegen von Krankheiten geschuldet sei. Dies führe zu einer erheblichen Benachteiligung älterer Menschen. Es sei daher geboten, dass die Krankenkassen die Kosten für die Behandlung kranker alter Menschen in Pflegeheimen übernähmen.
- 14** **Ambulante Pflegeleistungen** wurden jedoch erst 1989 in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung aufgenommen. Nach § 53 SGBV aF¹² konnten Schwerpflegebedürftige Leistungen der häuslichen Pflegehilfe in Anspruch nehmen. Dabei handelte es sich um Versicherte,
- die wegen einer Krankheit oder Behinderung hilflos waren,
 - so dass sie für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens
 - auf Dauer und
 - in sehr hohem Maße¹³ der Hilfe bedurften.

Voraussetzung war die Feststellung der **Schwerstpflegebedürftigkeit** durch einen Arzt. Der Gesetzgeber wollte gezielt nur die häusliche Pflege fördern, unter anderem auch um Krankenhäuser zu entlasten, in die Schwerstpflegebedürftige häufig überwiesen wurden, selbst wenn die Voraussetzungen der stationären Versorgung nicht erfüllt waren. Die Versorgung Schwerstpflegebedürftiger sollte also in deren **familiären Umfeld** gehalten werden.¹⁴ Stationäre Pflegeleistungen wurden durch die Krankenversicherung nicht getragen, da die Pflegebedürftigkeit nicht per se Krankheitswert hat und auch nicht immer mit einer Krankheit iSd SGBV einhergeht. Auch die **Rentenversicherung** war nicht zur Erbringung entsprechender Dienstleistungen berufen.¹⁵

- 15** Die Kosten von Pflegediensten und stationären Einrichtungen waren folglich in der Regel von den Betroffenen selbst zu tragen. Die meisten Pflegebedürftigen waren auf die **Hilfen zur Pflege** nach § 68 ff. BSHG aF (jetzt: §§ 61 ff. SGB XII) angewiesen; dies betraf schätzungsweise 80 % aller Pflegebedürftigen und machte ca. 1/3 des Sozialhilfebudgets aus.¹⁶ Die Sozialhilfeträger – sprich: die Kommunen – waren durch die Leistungen zur Pflege zunehmend überlastet. Aufgrund der **Subsidiarität**

10 Igl, SGB 2007, 381, 381; Schütze, NZS 2018, 841, 842.

11 Abrufbar unter <https://kda.de/ueber-das-kda/die-geschichte-des-kda/>.

12 Fassung in der Form des Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG) vom 20.12.1988, BGBl. I 2477.

13 Kritisch wegen der Unbestimmtheit dieser Anspruchsvoraussetzung Schütze, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2016, 1, 3.

14 BT-Drs. 11/2237, S. 182.

15 Eichenhofer, Sozialrecht, Rn. 381.

16 BT-Drs. 12/5262, S. 61.

der Sozialhilfe hatten pflegebedürftige Personen zudem vorrangig das eigene Vermögen aufzubrauchen und Unterhaltsansprüche gegen Verwandte in gerader Linie geltend zu machen. Pflegebedürftigkeit erwies sich damit als spezifisches **Armutsrisiko**.¹⁷

II. Die soziale Pflegeversicherung als fünfte Säule der Sozialversicherung

Erst im Jahr 1995 konnte die beitragsfinanzierte soziale Pflegeversicherung im SGB XI etabliert werden. Pflegebedürftigkeit wurde als soziales Risiko eingestuft und die Pflegeversicherung zur **fünften Säule** der Sozialversicherung errichtet, die eine vergleichsweise große Ähnlichkeit zur gesetzlichen Krankenversicherung aufweist.¹⁸

Während des Gesetzgebungsverfahrens wurden verschiedene Alternativen diskutiert,¹⁹ denn das Risiko der Pflegebedürftigkeit trifft nicht nur die versicherungspflichtig Beschäftigten. Der Plan, eine aus Steuern finanzierte **Bürgerversicherung** zur Deckung des Risikos einzuführen, scheiterte aber ebenso wie die Idee eines einer Pflegehaftpflichtversicherung nahekommenden zivilrechtlichen **Versicherungsobligatoriums** – dieses an den hohen privat aufzubringenden Kosten, jene an der mangelnden Einfügung in das hergebrachte System der Sozialversicherung.²⁰

Die Pflegeversicherung bismarckscher Struktur beschränkt sich nicht auf eine bestimmte Altersgruppe und differenziert auch nicht nach der Ursache der Pflegebedürftigkeit. Ziel der neuen Regeln im SGB XI war nicht nur die Kompensation der verminderten Fähigkeit zur Selbstbetreuung in den alltäglichen Verrichtungen des Lebens. Vielmehr sollte eine „neue **Kultur des Helfens und der Pflege**“ etabliert werden,²¹ in der die häusliche Pflege Wertschätzung erfährt, durch die Verfügbarkeit von Hilfsmitteln erleichtert und durch ein umfassendes professionelles Angebot von Pflegekräften ergänzt wird. Mit der Normierung der Voraussetzungen für die Kostentragung durch die Sozialversicherung wollte der Gesetzgeber also auch Anreize zum Aufbau und zur Weiterentwicklung der **Pflegeinfrastruktur** selbst setzen.

Die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung sind final, werden also unabhängig von der Ursache der Pflegebedürftigkeit erbracht, um das Ziel – eine weitgehend selbstständige und selbstbestimmte Erfüllung der vitalen **Grundbedürfnisse** – zu erreichen. Die Leistungen können daher sowohl an Personen gewährt werden, die von Geburt an aufgrund einer Behinderung Unterstützung benötigen, als auch an Personen, die wegen ihres Alters oder infolge (nicht: wegen) einer Krankheit pflegebedürftig sind. Der Leistungsfall der Pflegebedürftigkeit war zunächst in die drei **Stufen**: erhebliche Pflegebedürftigkeit (I), Schwer- (II) und Schwerstpflegebedürftigkeit (III) untergliedert, die nach dem mit dem verrichtungsbezogenen Hilfebedarf – etwa für Ernährung, Körperpflege oder Mobilität – verbundenen Zeitaufwand differenzierten. Seit 2017 werden fünf **Pflegegrade** unterschieden. Diese orientieren sich am Grad der Selbstständigkeit der pflegebedürftigen Person und beziehen neben den körperlichen auch kognitive Einschränkungen ein.²²

17 Naegele, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2016, 7, 8; Schütze, NZS 2018, 841, 842.

18 Udsching, NZS 1999, 473, 473.

19 Udsching, NZS 1999, 473, 473.

20 Eichenhofer, Sozialrecht, Rn. 383; Kostorz/Kernebeck, WzS 2015, 35, 36; zur rechtspolitischen Ausgangssituation auch Schütze, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2016, 1, 2.

21 BT-Drs. 12/5262, S. 67; kritisch Naegele, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2016, 7, 11.

22 Ausführlich zum Begriff der Pflegebedürftigkeit Kap. 3, Rn. 3 und 8 ff.