

## Inhalt 2/2003

---

### FACHBEITRÄGE

- Dr. Erich Koch  
Zweifelsfragen der häuslichen Pflege bei Verhinderung der  
Pflegeperson 89

### INTERNATIONALES

- Dr. Hans-Jürgen Sauer  
Internationales Kolloquium der IVSS-Sektion Forschung  
vom 19.-21.05.2003 in Athen: zweigspezifische Ansätze  
für die Prävention in der Landwirtschaft 129

### PERSÖNLICHES

- Direktor Werner Melzer, erster Geschäftsführer der  
Landwirtschaftlichen Sozialversicherung Berlin, in den  
Ruhestand verabschiedet 141
- Neues Team bei der LSV Berlin  
Ullrich Schröder neuer Geschäftsführer 143
- Andreas Dietze neuer stellvertretender Geschäftsführer 144

### BÜCHER

- Kurzinformation über Arbeitsunfälle - Wegeunfälle -  
Berufskrankheiten 145
- Die Psychologie der zahnärztlichen Gruppenprophylaxe 145
- Disease-Management in der gesetzlichen  
Krankenversicherung 146
- Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts  
Verwaltungsakt 148

Dr. Erich Koch

## **Zweifelsfragen der häuslichen Pflege bei Verhinderung der Pflegeperson**

### **Übersicht:**

1. Vorgängerregelung und Entwicklung
2. Zweck der Leistung
3. Anspruchsvoraussetzungen
  - 3.1 Zwölfmonatige vorherige Pflege in der häuslichen Umgebung
    - 3.1.1 Ort der Vorpflege
    - 3.1.2 Qualität der Vorpflege
    - 3.1.3 Unterbrechungen der Vorpflege
      - 3.1.3.1 Dauer der Unterbrechung
      - 3.1.3.2 Gründe für die Unterbrechung
      - 3.1.3.3 Erfüllung der Vorpflegezeit vor der erstmaligen Verhinderung
      - 3.1.3.4 Fazit
    - 3.1.4 Wechsel der Pflegeperson
  - 3.2 Verhinderung der Pflegeperson
    - 3.2.1 Ausfallende Pflegeperson
    - 3.2.2 Verhinderung bei mehreren Pflegepersonen
    - 3.2.3 Grund der Verhinderung
  - 3.3 Sicherstellung der Pflege
4. Anspruchsberechtigte Person
5. Erbringung der Ersatzpflege
  - 5.1 Ort der Leistungserbringung
  - 5.2 Ersatzpflegekräfte, Organisation
6. Inhalt und Umfang der Leistung
  - 6.1 Begrenzung auf 28 Tage im Kalenderjahr
    - 6.1.1 Allgemeines
    - 6.1.2 Problem der stundenweisen Verhinderung
  - 6.2 Unterscheidung zwischen erwerbsmäßig und nicht erwerbsmäßig tätigen Pflegepersonen
    - 6.2.1 Nicht erwerbsmäßige Ersatzpflege
    - 6.2.2 Erwerbsmäßige Ersatzpflege
      - 6.2.2.1 Ersatzweise Pflege von mehr als 28 Tagen
      - 6.2.2.2 Vorherige Pflege eines anderen Pflegebedürftigen an mehr als sieben Tagen
      - 6.2.2.3 Fazit
7. Ersatzpflege im Ausland
8. Verhältnis zum Pflegegeld gem. § 37 SGB XI
9. Auswirkungen auf die Rentenversicherung der Pflegeperson

## 1. Vorgängerregelung und Entwicklung

Die auch als Ersatz- oder Verhinderungspflege bezeichnete Leistung ist die älteste Leistung bei Pflegebedürftigkeit in der Krankenversicherung/Pflegeversicherung. Sie fand sich bereits 1989 im SGB V. Die heutige Vorschrift des § 39 SGB XI hat ihr Vorbild in § 56 SGB V<sup>1</sup>. Durch das 1. SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996<sup>2</sup> wurde sie mit Wirkung vom 25. Juni 1996 in Satz 1 geändert und um die Sätze 4 bis 6 ergänzt. Durch das 4. SGB XI-ÄndG vom 21. Juli 1999<sup>3</sup> wurde Satz 4 mit Wirkung ab 1. August 1999 neu gefasst. Insbesondere durch diese Änderungen wurden eine Reihe von Problemen aufgeworfen, die zu den z.T. seit Einführung des SGB V bestehenden offenen Fragen hinzugekommen sind. Sie sollen nachfolgend skizziert und unter Heranziehung der Auffassungen der Spitzenverbände der Pflegekassen, der Literatur und der neueren Rechtsprechung Lösungen zugeführt werden.

## 2. Zweck der Leistung

Die Vorschrift des § 39 SGB XI berücksichtigt die erhebliche psychische und physische Belastung der Pflegepersonen<sup>4</sup> sowie die Tatsache, dass viele Pflegepersonen oft selbst schon im fortgeschrittenen Alter und nicht mehr gesund sind.<sup>5</sup> Sie eröffnet die Möglichkeit der Fortführung der häuslichen Pflege bei Krankheit, Erholungsurlaub oder Verhinderung der Pflegeperson aus sonstigen Gründen. Mit der Leistung soll die Pflegebereitschaft im häuslichen Bereich erhalten und gefördert werden; insbesondere soll ein durch den Ausfall der Pflegeperson drohendes Überwecheln in die stationäre Pflege vermieden werden.<sup>6</sup> Die Ersatzpflege ergänzt somit die Leistungen der häuslichen Pflege nach den §§ 36 bis 38 SGB XI. Sie ist auch für den Bereich der landwirtschaftlichen Pflegekassen von erheblicher Bedeutung. Im Jahr 2002 gab es hier 9.854 Leistungsfälle bei 74.333 Leistungstagen.<sup>7</sup> Damit hat sich die Zahl der Leistungsfälle allein in den letzten beiden Jahren um ca.

---

1 der gemäß Artikel Nr. 4, Artikel 68 Abs. 2 PflegeVG am 1. April 1995 außer Kraft getreten ist. Siehe zu § 56 SGB V E. Koch VSSR 4/1993, 285 (306 ff.).

2 BGBl. I S. 830.

3 BGBl. I S.1656.

4 Vgl. BT-Drucks. 12/5262, S. 113.

5 BT-Drucks. 505/93, S. 113.

6 So schon I. Lutter BArbBl. 1994 Heft 8-9, 28.

7 Geschäftsergebnisse der landwirtschaftlichen Pflegekassen über Leistungsfälle und Leistungstage nach Pflegearten und Pflegestufen (PG 1), Berichtszeitraum vom 01.01.2002 bis 31.12.2002.

50 % erhöht, die Leistungstage haben sich um ca. 26 % ausgeweitet.<sup>8</sup> Daraus folgt, dass sich die durchschnittliche Gesamtdauer der Inanspruchnahme von Ersatzpflege von 8,5 auf 7,5 Tage reduziert hat. Die Ersatzpflege wird überdurchschnittlich stark von Pflegebedürftigen mit Pflegestufe II und III in Anspruch genommen.

### 3. Anspruchsvoraussetzungen

Neben den allgemeinen Voraussetzungen (Bestehen eines Versicherungsverhältnisses, Erfüllung der Vorversicherungszeit, Vorliegen von Pflegebedürftigkeit i.S. der §§ 14 ff. SGB XI, Pflege in einem Haushalt sowie Antragstellung,<sup>9</sup>) wird nach § 39 Satz 2 SGB XI für den Anspruch vorausgesetzt, dass die Pflegeperson den Pflegebedürftigen vor ihrer erstmaligen Verhinderung bereits zwölf Monate in seiner häuslichen Umgebung gepflegt hat und wegen Erholungsurlaubs, Krankheit oder aus anderen Gründen an der Pflege gehindert ist. Außerdem wird erwartet, dass die Ersatzpflegekraft die erforderliche Pflege (allein oder zusammen mit anderen Personen) sicherstellt.

#### 3.1 Zwölfmonatige vorherige Pflege in der häuslichen Umgebung

§ 39 Satz 2 SGB XI verlangt, dass die Pflegeperson den Pflegebedürftigen vor der Verhinderung mindestens zwölf Monate in dessen häuslicher Umgebung gepflegt hat. Offen bleiben dabei zunächst die folgenden Fragen: Wo muss die Vorpflege stattgefunden haben? Welche Qualität muss sie aufweisen? Ist ein Wechsel der Pflegepersonen anspruchsschädlich? Welche Unterbrechungen der Vorpflege sind ggf. anspruchsschädlich?

##### 3.1.1 Ort der Vorpflege

Die Vorpflege muss „in der häuslichen Umgebung“ des Pflegebedürftigen stattgefunden haben. Fraglich ist, was damit konkret gemeint ist.

---

8 Geschäftsergebnisse der landwirtschaftlichen Pflegekassen über Leistungsfälle und Leistungstage nach Pflegearten und Pflegestufen (PG 1), Berichtszeitraum vom 01.01.2000 bis 31.12.2000.

9 Es soll ausreichen, wenn der Pflegebedürftige bzw. die Ersatzpflegekraft ohne vorherige Antragstellung im Nachhinein der Pflegekasse die Rechnungen über entstandene Kosten einreichen; TOP 1 der Niederschrift über die Besprechung der Spitzenverbände der Pflegekassen zum Leistungsrecht des PflegeVG am 25./26.10.2001; vgl. auch Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenverbände der Pflegekassen zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des PflegeVG (nachfolgend: GRS) vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2 (2).

Ein Vergleich mit der häuslichen Pflegehilfe gem. § 36 SGB XI erhellt, dass mit dieser Voraussetzung die Abgrenzung zur stationären Pflege beabsichtigt ist. Die Vorpflege ist deshalb zu verneinen, wenn sie in einer Einrichtung erbracht wird, die als Pflegeheim nach § 71 Abs. 2 i. V. m. § 72 SGB XI zugelassen ist. Die Vorpflege kann demnach sowohl im eigenen Haushalt des Pflegebedürftigen als auch in dem der Pflegeperson durchgeführt worden sein.

Wenn der Pflegebedürftige in einem Altenwohnheim, Altenheim, einem Wohnheim für Behinderte oder einer vergleichbaren Behinderteneinrichtung wohnt und dort z.B. von einem Angehörigen nicht erwerbsmäßig gepflegt worden ist, liegt auch hier Pflege „in der häuslichen Umgebung“ vor. Hieraus folgt, dass insofern nicht der Aufenthaltsort des Pflegebedürftigen maßgebend ist, sondern die Art der Durchführung der Pflege.

### *3.1.2 Qualität der Vorpflege*

Aus dem Gesetz ergibt sich nicht, welche konkreten Anforderungen an Umfang und Kontinuität der Vorpflege zu stellen sind.

Unklar ist als erstes, ob die Pflegeperson vor der Verhinderung zwingend im Rahmen der Leistungsgewährung nach den §§ 36 ff. SGB XI tätig gewesen sein muss, oder ob auch der zeitweilige Ausfall von solchen Personen einen Anspruch nach § 39 SGB XI begründen kann, die lediglich ergänzende familiäre oder nachbarschaftliche Leistungen (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 SGB XI) erbracht haben.<sup>10</sup> Anders ausgedrückt: Muss der Pflegebedürftige bereits mindestens zwölf Monate lang Leistungen i.S. des SGB XI erhalten oder zumindest die Voraussetzungen dafür erfüllt haben? Und falls Leistungen gewährt wurden: Muss die ausgefallene Person diejenige sein, die im Rahmen der Gewährung von Pflegegeld die häusliche Pflege allein oder mit anderen sichergestellt hat oder reicht es aus, wenn sie daneben andere unterstützende Leistungen erbracht hat?

Angesichts des insofern offenen Wortlauts des § 39 SGB XI ist die Entstehungsgeschichte der Vorschrift von entscheidender Bedeutung. Diese führt zwingend zu dem folgenden Ergebnis: Es ist nicht erforderlich, dass der Pflegebedürftige vor der Inanspruchnahme der Ersatzpflege die Voraussetzungen für den Erhalt von Leistungen nach dem SGB XI oder nach anderen Gesetzen erfüllt hat. Das Erfordernis der Vorpflegezeit ist nämlich aus der früheren Regelung des § 56 SGB V übernommen worden. Da die Leistung des § 56 SGB V die erste und damals einzige Leistung bei Schwerpflegebedürftigkeit war – erst zum 01.01.1991 wurden die häusliche Pflegehilfe

---

<sup>10</sup> Zum Meinungsstand St. Leitherer in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 136 f.

und das Pflegegeld eingeführt – konnte sich die geforderte Vorpflege nicht auf eine Tätigkeit im Rahmen des SGB V beziehen. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber des SGB XI andere Anforderungen an die Qualität der Vorpflege stellen wollte. Wenn nun der Pflegebedürftige die Voraussetzungen für den Erhalt von Pflegeleistungen nicht zwingend erfüllt haben muss, so können auch an die Qualität der Vorpflege keine hohen Anforderungen gestellt werden.

Die Pflegeperson muss infolgedessen in der Vergangenheit auch nicht zwingend gegenüber der Pflegekasse in Erscheinung getreten sein. Es reicht aus, wenn glaubhaft versichert wird, dass die nunmehr verhinderte Person den (nunmehr) Pflegebedürftigen vor der Verhinderung mindestens zwölf Monate lang gepflegt hat.

### *3.1.3 Unterbrechungen der Vorpflege*

Es kommt häufig vor, dass die Vorpflegezeit unterbrochen wird. Dies kann aufgrund Verhinderungen der Pflegepersonen der Fall sein (z.B. Krankenhausaufenthalte, Urlaub, berufliche Verhinderungen) oder seine Gründe in der Person des Pflegebedürftigen haben. Zu denken ist hier gleichfalls an stationäre Krankenhausaufenthalte oder die Inanspruchnahme stationärer Pflegeleistungen.

Es besteht in diesem Zusammenhang keine Klarheit über die Frage, welche Unterbrechungen (Dauer und Ursache) innerhalb der zwölfmonatigen Vorpflegezeit unschädlich sind bzw. wie sich Unterbrechungen auf den Leistungsanspruch auswirken.

#### *3.1.3.1 Dauer der Unterbrechung*

Einigkeit scheint darin zu bestehen, dass die Pflege nicht ununterbrochen ausgeführt worden sein muss.<sup>11</sup> Unterbrechungstatbestände, die den Voraussetzungen des § 39 SGB XI entsprechen und nicht länger als vier Wochen dauern, sind nach allgemeiner Auffassung für die Erfüllung der Wartezeit unschädlich.<sup>12</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, in wessen Verantwortungsbereich die Unterbrechung fällt. Hat die Unterbrechung länger als vier Wochen gedauert, so verlängert sich nach Auffassung der Spitzenverbände die Frist um den Zeitraum der Hemmung.<sup>13</sup> Damit scheinen die Spit-

---

11 So auch BSG, Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 11/01 R.

12 Ausdrücklich offen gelassen BSG, Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 11/01R.

13 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2 (1); St. Leitherer in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 143 m.w.N.

zenverbände den gesamten Unterbrechungszeitraum zu meinen, und nicht nur den über vier Wochen hinausgehenden.

Beispiel:

Die Ehefrau des Pflegebedürftigen hat diesen seit dem 01.09.2002 gepflegt. Der Pflegebedürftige war aber vom 01.06. bis 30.06.2003 im Krankenhaus. Die Frist verlängert sich bis zum 30.09.2003.

Zu der Frage, wie zu verfahren ist, wenn erst mehrere Unterbrechungen zusammen einen Zeitraum von über vier Wochen ergeben, haben sich die Spitzenverbände bisher nicht geäußert; ebenso nicht zu den Fallgestaltungen, in denen ein Pflegezeitraum bereits längere Zeit zurückliegt. M.E. wirken sich längere Unterbrechungen der Pfl egetätigkeit nicht negativ auf den Anspruch auf Ersatzpflege aus, wenn insgesamt eine zwölfmonatige Vorpflegezeit erfüllt ist. Dieses Ergebnis entspricht dem Wortlaut der Norm.

Beispiel:

Die Tochter hat den Pflegebedürftigen bereits vom 01.02.2001 bis 31.10.2001 gepflegt. Sie pflegt erneut seit dem 01.01.2003. Zum 01.04.2003 will der Versicherte Ersatzpflege in Anspruch nehmen. Die Vorpflegezeit ist erfüllt.

Unter Berücksichtigung der o.g. Auffassung der Spitzenverbände kann im Einzelfall eine insgesamt elfmonatige Vorpflegezeit ausreichend sein.

Beispiel:

Die ausgefallene Pflegeperson hat den Pflegebedürftigen vom 01.10.1999 bis zum 31.01.2000 und vom 01.03.2000 bis zum 30.09.2000 gepflegt. Die Vorpflegezeit wäre erfüllt.

### *3.1.3.2 Gründe für die Unterbrechung*

Grundsätzlich ist die Ursache für die Unterbrechung der Vorpflege unerheblich. Dennoch gibt es einige typische Fallgestaltungen, die der näheren Betrachtung bedürfen.

Problematisch ist, ob die Vorpflegezeit auch erreicht wird, wenn der Pflegebedürftige nur zeitweise in der häuslichen Umgebung gepflegt worden ist, weil er sich ansonsten in einer (teil-)stationären Einrichtung aufgehalten hat. Diesbezüglich sind sowohl Fälle der Tages- und Nachtpflege zu bedenken als auch Fälle, in denen der Pflegebedürftige sich wochentags in einer vollstationären Einrichtung der Hilfe für behinderte Menschen befunden hat oder gar nur in den Ferien zu Hause gepflegt worden ist. Bei der Tages- und Nachtpflege wird man es als nicht anspruchsschädlich ansehen dürfen, wenn die Pflege in der häuslichen Umgebung täglich nur anteilig, d.h. nur stundenweise erfolgt ist.

Anders ist es m.E., wenn die Pflege nur gelegentlich im häuslichen Bereich durchgeführt wird. Zwar lässt die Inanspruchnahme von Leistungen gem. § 43a SGB XI die Gewährung von Ersatzpflege z.B. an den Wochenenden grundsätzlich zu; dies ist jedoch von der Frage der Erfüllung der Vorpflegezeit zu trennen. Wenn ausweislich der zwölfmonatigen Wartezeit ein zeitliches Mindestmaß an vorheriger häuslicher Pflege gefordert wird, wird eine nahezu ununterbrochene stationäre Unterbringung die Erfüllung der Vorpflegezeit ausschließen. M.E. ist die Wartezeit erfüllt, wenn der Pflegebedürftige regelmäßig an den Wochenenden zu Hause gepflegt wurde, nicht jedoch, wenn dies nur gelegentlich oder in den Ferien der Fall war.<sup>14</sup>

Beispiel 1:

Seit dem 01.01.2002 wird der Pflegebedürftige von Freitagnachmittag bis Montagmorgen von seiner Mutter zu Hause gepflegt, während er ansonsten in einer Einrichtung i.S.v. § 43a SGB XI lebt. Am 03.01.2003 fällt die Mutter wegen Krankheit aus. Der Pflegebedürftige kann Ersatzpflege erhalten.

Beispiel 2:

Ein Versicherter wechselt am 01.11.2001, kurz nach Eintritt der Pflegebedürftigkeit, in die stationäre Pflege. Beginnend mit den Weihnachtsferien 2001 wird er jeweils in den Ferien zu Hause von seiner Schwester gepflegt. An Weihnachten 2002 erkrankt die Schwester. M.E. ist das Erfordernis der zwölfmonatigen Vorpflegezeit nicht erfüllt.

### *3.1.3.3 Erfüllung der Vorpflegezeit vor der erstmaligen Verhinderung*

Die Wartezeit muss nach dem Wortlaut des § 39 Satz 2 SGB XI vor der erstmaligen „Verhinderung“ erfüllt sein. Gemeint sein kann nur die erstmalige Leistung von Ersatzpflege.

Die Zwölfmonatsfrist muss nach dem eindeutigen Wortlaut des § 39 Satz 2 SGB XI nicht vor jeder weiteren Verhinderung wieder neu erfüllt werden.<sup>15</sup>

Beispiel:

Die Pflegeperson A hat den Pflegebedürftigen vom 01.03.2002 bis zum 28.02.2003 gepflegt. Vom 01.03. bis zum 10.03.2003 erhält der Pflegebedürftige Ersatzpflege; danach wird er wieder von der Pflegeperson A gepflegt. Diese ist am 10.05.2003 erneut verhindert. Es kommt

---

14 Zur Regelung des § 56 SGB V vgl. Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung-SGB V, § 56 RdNr. 8.

15 Vgl. hierzu auch BT-Drucks. 12/5262, S. 113; BSG, Urteile vom 06.06.2002, Az. B 3 P 11/01 R und Az. B 3 P 2/02 R.

Ersatzpflege in Betracht, sofern nicht der Höchstbetrag von 1.432 € bereits verbraucht wurde.

Grundsätzlich ist zu fordern, dass die Vorpflegezeit bis unmittelbar an den ersten Tag der Ersatzpflege heranreicht. Eine irgendwann in der Vergangenheit abgeschlossene Vorpflegezeit wird nicht ausreichen; andernfalls hätte sich der Gesetzgeber wohl für eine Rahmenfrist entschieden. Lediglich bei solchen verhinderten Pflegepersonen, die in der Vergangenheit nicht täglich, sondern im Wechsel mit anderen gepflegt haben, wird man Ausnahmen machen. Auch in diesem Fall führt die Verhinderung der Pflegeperson zu einem Bedarf an Ersatzpflege.

Beispiel:

Die Pflegeperson A hat den Pflegebedürftigen seit Anfang 2002 im wöchentlichen Wechsel mit der Pflegeperson B gepflegt. Zuletzt hat A am 02.03.2003 gepflegt. Als A am 09.03.2003 wieder pflegen soll, ist sie verhindert. Ersatzpflege ist zu leisten.

Das Gleiche sollte in den Fällen gelten, in denen die Ersatzpflege im Anschluss an Kurzzeitpflege benötigt wird.

Beispiel:

Die Pflegeperson hat den Pflegebedürftigen vom 01.03.2002 bis zum 30.04.2003 gepflegt. Vom 01.05.2003 bis zum 28.05.2003 befindet sich der Pflegebedürftige in Kurzzeitpflege. Ab dem 29.05.2003 soll er wieder in der häuslichen Umgebung gepflegt werden, was aber wegen Verhinderung der Pflegeperson nicht möglich ist. Ersatzpflege ist zu leisten.

Problematisch sind die Fälle, in denen der Pflegebedürftige nur kurze Zeit vollstationäre Pflege in Anspruch genommen hat, dann aber doch wieder in der häuslichen Umgebung gepflegt wird. Auch hier reicht die Vorpflege nicht bis direkt an den ersten Tag der Ersatzpflege heran. M.E. sollte auch in diesen Fällen eine Abstandszeit von bis zu vier Wochen unschädlich sein.

Beispiel:

Ein Pflegebedürftiger, der vom 01.02.2002 bis zum 30.04.2003 von der Pflegeperson zuhause gepflegt wurde, wird ab 01.05.2003 stationär gepflegt, weil sein Sohn zu diesem Termin nach längerer Arbeitslosigkeit eine Arbeitsstelle bekommen hatte. Er verlässt das Pflegeheim zum 28.05.2003 wieder, weil der Sohn in der Probezeit entlassen wurde. Sollte die Pflegeperson an diesem Tag verhindert sein, so kann Ersatzpflege geleistet werden.

### 3.1.3.4 Fazit

Die Vorpflegezeit kann sowohl dadurch bejaht werden, dass ein Pflegezeitraum von zwölf Monaten vorliegt als auch durch Addition mehrerer Zeiträume. Aus den o.g. Überlegungen und dem Zweck der Vorschrift ergibt sich, dass an den Nachweis der Erfüllung der Vorpflegezeit keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind.<sup>16</sup> Im Zweifel ist zu berücksichtigen, dass die Leistung nicht nur der Entlastung der Pflegeperson gilt, sondern ein Überwechseln des Pflegebedürftigen in die stationäre Pflege verhindern soll. Dem Gesetzgeber sei im Übrigen nahegelegt, das Erfordernis der Vorpflegezeit bei nächster Gelegenheit zu streichen.

In den Fällen, in denen ein Anspruch auf Ersatzpflege mangels Erfüllung der Wartezeit ausscheidet, kommt regelmäßig statt des Bezuges von Pflegegeld häusliche Pflegehilfe gem. § 36 SGB XI oder die Kombinationsleistung nach § 38 SGB XI in Betracht. Subsidiär ist an die (teil-)stationären Leistungen, insbesondere an Kurzzeitpflege zu denken.

### 3.1.4 Wechsel der Pflegeperson

In der Praxis kommt es vor, dass die Pflegeperson wechselt. Dabei kann es sein, dass die nunmehr pflegende und aktuell ausfallende Person die Vorpflegezeit in eigener Person nicht ganz erfüllt, wohl aber erfüllen würde, wenn man die Vorpflegezeit der vormaligen Pflegeperson addierte. Dies ist jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht möglich. Dass die Erfüllung der Vorpflegezeit in der Person des konkret verhinderten Menschen erforderlich ist, kann allerdings zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

Beispiel:

Die Schwester des Pflegebedürftigen hat diesen vom 01.07.2001 bis zum 30.06.2002 gepflegt. Anschließend wurde der Pflegebedürftige von seinem Bruder gepflegt, der am 15.06.2003 für zwei Wochen krankheitsbedingt ausfällt. Ersatzpflege scheidet aus.

Würde allerdings die Schwester am 15.06.2003 anstelle des Bruders die Pflege wieder aufnehmen und am nächsten Tag ausfallen, könnte der Pflegebedürftige Ersatzpflege erhalten.

Dieses unbefriedigende Ergebnis ist jedoch angesichts des Wortlauts von § 39 Satz 2 SGB XI nicht zu vermeiden.

---

16 So schon G. Igl, Leistungen bei Pflegebedürftigkeit, 1992, S. 50 f. zu § 56 SGB V.

### 3.2 Verhinderung der Pflegeperson

Die Pflegeperson muss an der Pflege gehindert sein, d.h. sie darf für den Zeitraum, für den die Kosten der Ersatzkraft übernommen werden sollen, tatsächlich nicht für die Pflege zur Verfügung stehen.

#### 3.2.1 Ausfallende Pflegeperson

Im Umfeld der Pflegebedürftigen gibt es häufig mehrere Personen, die sich auf unterschiedliche Weise und in unterschiedlicher Intensität dem Pflegebedürftigen widmen. Dabei kann nicht jede Person aus dem Umfeld des Pflegebedürftigen, die akut an dessen Betreuung oder Versorgung verhindert ist, einen Leistungsanspruch auslösen. Ausfallende Pflegeperson i.S.v. § 39 SGB XI ist entgegen dem ersten Anschein allerdings nicht die Pflegeperson nach § 19 Abs. 1 SGB XI.<sup>17</sup> Anders als bei § 44 i.V.m. § 19 SGB XI kommt es auf einen bestimmten Pflegeaufwand (mindestens 14 Stunden wöchentlich) nicht an. Es reicht demnach zunächst jede ehrenamtliche Pflege aus.

Verhinderte Person ist grundsätzlich nicht die im Rahmen der §§ 36 und 41 bis 43 SGB XI tätig werdende Pflegekraft. Bei Verhinderung dieser Person hat die Pflegeeinrichtung durch andere Pflegekräfte für die Erbringung der Sachleistung zu sorgen.<sup>18</sup> Ausnahmsweise können jedoch auch berufsmäßig tätige Pflegepersonen den Leistungsanspruch nach § 39 SGB XI auslösen, und zwar dann, wenn sie vom Pflegebedürftigen im Rahmen der Sicherstellung der Pflege nach § 37 SGB XI selbst beschafft worden sind, beispielsweise beim Aufenthalt in Behinderteneinrichtungen.<sup>19</sup> Denkbar sind auch Fälle, in denen der Pflegebedürftige häusliche Pflegehilfe erhält, eine von ihm angestellte Kraft daneben weitere Pflegeleistungen erbringt.

Anders verhält es sich bei der in der aktuellen Praxis kaum relevanten häuslichen Pflege durch Einzelpersonen i.S.v. § 77 Abs. 1 SGB XI. Hier verpflichtet sich die Pflegeperson für den Fall ihrer Verhinderung z.B. im Wege eines Kooperationsvertrages mit einem Pflegedienst für Ersatz zu sorgen.

#### 3.2.2 Verhinderung bei mehreren Pflegepersonen

Fraglich ist, ob eine Verhinderung i.S.v. § 39 SGB XI auch dann vorliegen kann, wenn die Pflege üblicherweise durch mehrere Personen sichergestellt

---

17 So auch St. Leitherer in: KassKomm. § 19 SGB XI RdNr. 3; a.A. Udsching SGB XI § 39 RdNr. 3.

18 So bereits I. Lutter BArbBl. 1994 Heft 8-9, 28 (31).

19 St. Leither in: Schuln HS-PV § 16 RdNr. 134.

wird und nur eine dieser Personen ausfällt.<sup>20</sup> Nach einer Auffassung soll eine den Leistungsanspruch nach § 39 SGB XI auslösende Verhinderung in diesen Fällen dann vorliegen, wenn die verhinderte Person bisher einen nicht unwesentlichen Anteil der Pflege übernommen hatte.<sup>21</sup> M.E. ist das tatsächlich bestehende Bedürfnis, eine an der Pflege verhinderte Person zu ersetzen, entscheidend. Ein solches Bedürfnis kann zum einen dann bestehen, wenn zwei Pflegepersonen zeitgleich pflegen, die verbleibende Pflegeperson aber nicht in der Lage ist, den Ausfall der ausgefallenen zu kompensieren. Zum anderen kann eine Pflegeperson verhindert sein, die sich z.B. im täglichen Wechsel mit einer anderen die Pflege teilt. In diesem Fall ist die Ersatzpflege nur an den betreffenden Tagen erforderlich. Zu beachten ist, dass die Pflege insgesamt im Zusammenspiel der Pflegekräfte sichergestellt ist.

### 3.2.3 Grund der Verhinderung

Nicht geklärt ist die Frage, ob es eine abschließende Zahl von relevanten Verhinderungsgründen gibt bzw. ob lediglich bestimmte Ursachen für die Verhinderung leistungsauslösend sind. Genügt es, dass die bislang pflegende Person de facto nicht mehr zur Verfügung steht oder ist darüber hinaus ein bestimmter Verhinderungsgrund notwendig? Und falls man einen numerus clausus von Verhinderungsgründen bejahen würde, welche Prüfpflichten ergäben sich für die Pflegekassen?

§ 39 SGB XI erwähnt, dass die Pflegeperson „wegen Erholungsurlaubs, Krankheit oder aus anderen Gründen“ verhindert sein muss. Dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass es keine abschließende Auflistung gibt. Nach einer Auffassung ist anzunehmen, dass es sich bei den anderen Gründen um gewichtige Gründe handeln müsse, die mit den beispielhaft aufgezählten Gründen vergleichbar sind.<sup>22</sup> Dem ist zu widersprechen. M.E. ist angesichts der Erwähnung von Erholungsurlaub und der Formulierung „aus anderen Gründen“ jede Verhinderung und damit jede (befristete) „Auszeit“ der Pflegeperson zu akzeptieren. Nachforschungen scheiden insofern aus.<sup>23</sup>

---

20 Bejahend Udsching SGB XI § 39 RdNrn. 3 und 7.

21 St. Leitherer in: Schuln HS-PV § 16 RdNr. 139.

22 St. Leitherer in: Schuln HS-PV § 16 RdNr. 140; Udsching SGB XI § 39 RdNr. 4. Vgl. auch die Begründung im Regierungsentwurf zu § 35 SGB XI, BR-Drucks. 505/93, S. 113.

23 Zur Frage der Vermeidbarkeit der Verhinderung vgl. BSG, Urteil vom 06.06.2001, Az. B 3 P 2/02 R.

Bislang unbeantwortet ist die Frage, ob es zwingend erforderlich ist, dass die Pflegeperson nur zeitweise ausfällt. Anders formuliert: Liegt ein „Gehindertsein“ auch vor, wenn die Pflegeperson nicht nur temporär an der Pflege gehindert ist, sondern dauerhaft. In der Praxis wird es sich in den allermeisten Fällen um solche handeln, in denen der Wille und die Möglichkeit zur Wiederaufnahme der Pflege Tätigkeit nicht im Zweifel steht. Anders ist es, wenn der Pflegekasse ausnahmsweise bekannt ist, dass die Pflegeperson die Pflege mutmaßlich oder sicher endgültig aufgeben will oder aufgeben muss. Sofern die endgültige Beendigung der Pflege Tätigkeit ungesichert ist, stellen sich keine ernsthaften Probleme. Ist jedoch z.B. wegen einer schweren Erkrankung oder wegen Todes die Fortsetzung der Pflege Tätigkeit faktisch ausgeschlossen, liegt ein atypischer Fall vor. Das dauerhafte Verbleiben des Pflegebedürftigen in der häuslichen Umgebung scheint nicht mehr gesichert zu sein, ist vielleicht sogar definitiv ausgeschlossen. Es stellt sich die Frage, ob in einer solchen Situation Ersatzpflege in Betracht kommt, wo diese doch primär dazu dienen soll, die häusliche Pflege zu stärken. Richtig ist, dass in den Fällen, in denen der finale Ausfall der Pflegeperson mit Sicherheit zu einem Überwechseln in die stationäre Pflege führt, die Ersatzpflege den häuslichen Verbleib nur um max. 28 Tage verlängern kann. Allerdings liegt auch hierin die vom Gesetzgeber gewollte Präferenzierung ambulanter Leistungen. Im Übrigen wird in kaum einem Fall bei der Gewährung von Ersatzpflege absehbar sein, wie lange die häusliche Pflege insgesamt noch erbracht werden wird.

Da § 39 SGB XI auch nicht zu entnehmen ist, dass es primär um die Entlastung der Pflegeperson geht, kann es nicht darauf ankommen, ob die Pflegeperson die Pflege wieder aufnehmen wird. Auch bei endgültiger Beendigung der Pflege durch die betreffende Pflegeperson kommt deshalb Ersatzpflege in Betracht.

### **3.3 Sicherstellung der Pflege**

Anders als bei § 37 SGB XI finden sich im Gesetz keine näheren Angaben bezüglich der Frage: Was muss der Pflegebedürftige bzw. was muss die Ersatzpflegekraft hinsichtlich Umfang und Qualität ihrer Tätigkeit ggf. nachweisen oder glaubhaft machen, damit die Pflegekasse von einer Sicherstellung der Pflege ausgehen kann? Auch ohne dass dies in § 39 SGB XI ausdrücklich gefordert wäre, wird die Pflegekasse selbstverständlich nur dann die Kosten der Ersatzpflege erstatten, wenn die Pflege auch tatsächlich erbracht worden ist. Davon wird man bei der Leistungserbringung durch zugelassene Pflegedienste grundsätzlich ausgehen müssen.

Wird die Ersatzpflege allein durch nichtprofessionelle Kräfte erbracht, ist – insbesondere wenn daneben keine anderen Pflegeleistungen erbracht werden – fraglich, ob sinngemäß auf die Regelungen zu § 37 SGB XI zurückzugreifen

ist. Nach § 37 Abs. 1 Satz 2 SGB XI muss die Pflege dem Umfang des Pflegegeldes entsprechend und in „geeigneter Weise“ sichergestellt sein.

Das Erfordernis, nach dem der selbstbesorgte Pflegeaufwand dem Umfang des Pflegegeldes entsprechen muss, ist bei § 37 SGB XI so zu verstehen: Der von der Pflegeperson oder den Pflegepersonen betriebene Pflegeaufwand muss - je nach Pflegestufe - tatsächlich die in § 15 Abs. 3 SGB XI genannten Zeitwerte erreichen. Nach der Rechtsprechung des BSG<sup>24</sup> kommt es bei der Ersatzpflege hierauf jedoch nicht an. Der MDK bzw. die Pflegekasse braucht also entsprechende Feststellungen nicht zu machen.

Von einer Sicherstellung „in geeigneter Weise“ ist im Rahmen des § 37 SGB XI nur dann nicht auszugehen, wenn die Pflegepersonen physisch und/oder psychisch nicht im Stande sind, die notwendige Pflege in dem zeitlich gebotenen Umfang zu erbringen und die auf den konkreten Pflegefall bezogene Mindestqualifikation nicht besitzen. Für die Ersatzpflege sollte diesbezüglich folgendes gelten: Die Pflegepersonen müssen – sofern die Ersatzpflege nicht neben anderen Leistungen, z.B. nach § 36 SGB XI erbracht wird - nach ihren Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage sein, die gesamte erforderliche Pflege zu erbringen.<sup>25</sup> Eine neben der Pflege Tätigkeit ausgeübte Erwerbstätigkeit der Pflegeperson ist unschädlich, soweit die (eventuell anteilig pflegende) Pflegeperson ausreichend Zeit zur Pflege erübrigen kann. Faktisch wird die Pflegekasse, sofern es keine gegenteiligen Anhaltspunkte gibt, von der Sicherstellung der Pflege ausgehen.

Die Pflege ist nach dem Gesagten insgesamt sichergestellt, wenn sie nach menschlicher Voraussicht nach Art und Umfang auch tatsächlich erbracht wird bzw. wurde. Hierfür wird die Pflegekasse i.d.R. auf entsprechende glaubwürdige Zusagen der Pflegepersonen vertrauen.

#### **4. Anspruchsberechtigte Person**

Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich der Pflegebedürftige,<sup>26</sup> nicht die Pflegeperson. Der Anspruch gegenüber der Pflegekasse kann auch an den Leistungserbringer abgetreten werden.<sup>27</sup> Bei den nicht erwerbsmäßig tätigen Ersatzpflegekräften wird regelmäßig kein Anspruch gegenüber der Pflegekasse bestehen. Dies gilt nach dem Wortlaut von § 39 Satz 5 SGB XI allerdings nicht

---

24 Urteil vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R.

25 Vgl. auch J. Spinnarke in: LPK-SGB XI § 37 RdNr. 8.

26 Vgl. Udsching SGB XI § 39 RdNr. 8.

27 Schreiben des BVA an alle bundesunmittelbaren Pflegekassen vom 26.06.2002.

für die notwendigen Aufwendungen, die der (nicht erwerbsmäßig tätigen) Pflegeperson im Zusammenhang mit der Ersatzpflege entstanden sind. Bezüglich des Verdienstausfalls, der Fahrkosten und der Unterkunftskosten hat ggf. die Ersatzpflegeperson einen Erstattungsanspruch<sup>28</sup> gegen die Pflegekasse.

## 5. Erbringung der Ersatzpflege

### 5.1 Ort der Leistungserbringung

Nach Sinn und Zweck der Ersatzpflege scheint es folgerichtig, dieselbe im häuslichen Bereich durchzuführen. Auch die Gesetzesüberschrift „Häusliche Pflege bei Verhinderung der Pflegeperson“ legt nahe, dass es sich um Pflege in der gewohnten häuslichen Umgebung des Versicherten handeln muss.

Da die Ruhensvorschrift des § 34 Abs. 2 Satz 1 SGB XI hier jedoch ausweislich § 39 Satz 1 2. Halbsatz SGB XI nicht gilt, ist die Erbringung der Leistung nicht auf den Haushalt des Pflegebedürftigen beschränkt. Es gilt vielmehr ein „erweiterter Häuslichkeitsbegriff“.<sup>29</sup> Die Ersatzpflege kann daher insbesondere in einem Wohnheim für behinderte Menschen, einem Internat, einer Krankenzimmereinrichtung, einem Kindergarten, einer Schule, einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung, einem Krankenhaus oder einer Pflegeeinrichtung (unabhängig von einer Zulassung nach § 72 SGB XI) durchgeführt werden. Bei der Kostenübernahme für diese oder vergleichbare Einrichtungen ist jedoch darauf zu achten, dass nur die pflegebedingten Aufwendungen berücksichtigt werden können. Falls lediglich eine Gesamtsumme oder ein Tagesatz ohne weitere Spezifizierung in Rechnung gestellt wird, sollte nach Auffassung der Spitzenverbände ein Prozentsatz i.H.v. mindestens 20 von der Summe des Rechnungsbetrages für Unterkunft, Verpflegung und Investitionskosten, Behandlungspflege und soziale Betreuung in Abzug gebracht werden.<sup>30</sup>

Beispiel:

Ein Pflegebedürftiger mit der Pflegestufe II erhält Ersatzpflege	
in einer stationären Einrichtung an 13 Tagen für	845 €.
Es ist ein Abzug vorzunehmen für Unterkunft etc. (20 %) i.H.v.169 €.	
Der Erstattungsbetrag beläuft sich folglich auf	676 €.

28 Es handelt sich somit um Kostenerstattung, nicht um eine Sachleistung; vgl. St. Leither in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 149 m.w.N.; Krauskopf/Wagner, SozKV, § 39 RdNr. 8; Udsching SGB XI § 39 RdNr. 2.

29 Vgl. BT-Drucks. 13/3696 S. 13.

30 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2.1.

Die Ersatzpflege kann auch in Form der Betreuung des Pflegebedürftigen während einer Ferienreise erfolgen, die von einer Behinderteneinrichtung durchgeführt wird.<sup>31</sup>

Der vom Gesetzgeber provozierte „erweiterte Häuslichkeitsbegriff“ kollidiert nicht nur mit der Überschrift der Norm, sondern auf den ersten Blick auch mit dem Ziel der Ersatzpflege, nämlich der Möglichkeit zur Fortführung der häuslichen Pflege in der gewohnten Umgebung. Gleichwohl ist die Breite der Möglichkeiten, Ersatzpflege an verschiedenen Orten in Anspruch zu nehmen, zu begrüßen.

## 5.2 Ersatzpflegekräfte, Organisation

Ersatzpflegekraft kann außer einer zugelassenen Pflegeeinrichtung i.S.v. § 72 SGB XI auch jede pflegegeeignete und -bereite Person sein.<sup>32</sup> Das bedeutet für die Praxis, dass die Pflegekasse neben den zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtungen zunächst grundsätzlich jede privat besorgte Kraft akzeptieren wird. Nur für den Fall, dass eine Person erkennbar zur Pflege ungeeignet ist, wird die Leistung verweigert werden müssen. Anders als bei der Entscheidung über die erstmalige Gewährung von Pflegegeld wird sich die Pflegekasse hier nicht auf eine ex ante vorgenommene Prognose des MDK bezüglich der Sicherstellung der Pflege stützen können. Dies gilt zum einen, weil eine vorherige Begutachtung nicht vorgesehen ist und zum anderen, weil in manchen Fällen der Leistungsantrag erst nach Beendigung der Ersatzpflege bei der Pflegekasse eingeht.

Problematisch ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn als Ersatzpflegekraft eine Person angegeben wird, die noch sehr jung ist. Hier hätte man grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Entweder stellt man auf die individuelle Eignung zur Erbringung der jeweils erforderlichen Pflege ab; dann wird sich aber eine Überprüfung derselben im Zweifel schwerlich vermeiden lassen. Oder man orientiert sich an einer festen Altersgrenze. Einigkeit besteht darüber, dass in Anlehnung an die in § 7 Abs. 1 des Jugendarbeitsschutzgesetzes maßgebende Mindestaltersgrenze für die Beschäftigung Jugendlicher Rentenversicherungspflicht als Pflegeperson frühestens für Personen in Betracht kommt, die das 15. Lebensjahr vollendet haben. M.E. sollte diese Altergrenze auch für Ersatzpflegepersonen gelten. Demzufolge kann die Ersatzpflege

---

31 BSG, Urteil vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R; Abgrenzung zu BSG, Urteil vom 16.06.1999, Az. B 3 P 1/98 R.

32 So schon I. Luther BArbBl. 1994 Heft 8-9, 28; F. Maschmann NZS 1995, 109 (118).

frühestens mit dem Beginn des Tages beginnen, der auf die Vollendung des 15. Lebensjahres folgt.

Umstritten ist, ob die Ersatzpflege auch von Dorfhelferinnen, Betriebshilfsdiensten und familienentlastenden Diensten durchgeführt werden kann. Anders als die Spitzenverbände<sup>33</sup> verneint dies Udsching<sup>34</sup> mit dem Hinweis auf § 29 Abs. 2 und § 72 Abs. 1 SGB XI. Richtigerweise kommt bei der Ersatzpflege jede geeignete Person als Leistungserbringer in Betracht, also auch nicht vertraglich zugelassene Dienste. Für die Ersatzpflege gelten die §§ 29 Abs. 2 und 72 Abs. 1 SGB XI nicht.

Die Ersatzpflege ist grundsätzlich vom Pflegebedürftigen bzw. seinen Angehörigen zu organisieren.<sup>35</sup> Sollte dies nicht möglich sein, wird die Pflegekasse das Erforderliche in die Wege leiten. Dabei kann der Pflegebedürftige die Vergütung grundsätzlich selbst regeln. Allerdings bleibt der Pflegekasse die Möglichkeit zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und Angemessenheit der Vereinbarung.<sup>36</sup> Sie wird sich dabei an den marktüblichen Stundensätzen orientieren. Die Pflegekasse wird nach § 7 SGB XI ggf. beratend und unterstützend tätig werden.

Die dem Pflegebedürftigen durch die Ersatzpflege entstandenen Kosten sind der Pflegekasse nachzuweisen, da es sich bei dem Höchstbetrag nach § 39 Satz 3 SGB XI nicht um einen Pauschalbetrag handelt.<sup>37</sup>

## 6. Inhalt und Umfang der Leistung

Der Pflegebedürftige hat nach § 39 Satz 1 SGB XI für die Dauer von längstens vier Wochen je Kalenderjahr einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für eine Ersatzpflegekraft. Die Kostenübernahme ist zudem unabhängig von der Pflegestufe auf 1.432 € im Kalenderjahr begrenzt. Eine Begrenzung auf einen Tagessatz von 1/28 der Gesamtleistung besteht nicht.<sup>38</sup>

---

33 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 1 (1).

34 SGB XI § 39 RdNr. 5.

35 Vgl. Dalichau/Grüner/Müller-Alten SGB XI § 39 Anm. II; Krauskopf/Wagner SozKV, § 39 RdNr. 11; a.A. F. Maschmann NZS 1995, 109 (118).

36 St. Leitherer in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 148.

37 St. Leitherer in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 150.

38 BSG, Urteile vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R und B 3 P 9/99 R. Vgl. auch BSG, Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 2/02 R, in dem ein Tagesatz von 100 DM als „nicht unangemessen“ bezeichnet wird.

Die Leistung beinhaltet jeglichen nachgewiesenen Pflegeaufwand, der durch den Ausfall der Pflegeperson erforderlich geworden ist, d.h. sie beschränkt sich nicht auf die Sicherstellung der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung.<sup>39</sup> Bei der Ersatzpflege geht es nämlich um die Kosten für den Ersatz der Pflegeperson, die über die Katalogverrichtungen hinaus umfassend Pflege leistet, die bei der Einstufung nicht erfasst wird. Folgerichtig hängt der Umfang der Leistung der Ersatzpflege auch nicht von der jeweiligen Pflegestufe ab. Deshalb kann der Höchstbetrag von 1.432 € auch bei Vorliegen nur der Pflegestufe I beansprucht werden, wenn nur die Kosten tatsächlich - plausibel - entstanden sind.<sup>40</sup> Daher kann bei der Ersatzpflege auch ein nicht verrichtungsbezogener, aber notwendiger Pflegeaufwand, etwa bei der Beaufsichtigung eines geistig Behinderten, berücksichtigt werden.<sup>41</sup>

Im Falle der Erbringung der Ersatzpflege durch Verwandte oder Verschwägerter bis zum zweiten Grad oder durch Haushaltsangehörige „dürfen die Aufwendungen der Pflegekasse den Betrag des Pflegegeldes der festgestellten Pflegestufe nach § 37 Abs. 1 nicht überschreiten“ (§ 39 Satz 4 SGB XI). Daraus folgern die Spitzenverbände, dass - sofern keine besonderen Aufwendungen i.S.v. § 39 Satz 5 SGB XI nachgewiesen werden - pro Tag 1/28 des dem jeweiligen monatlichen Pflegegeldes entsprechenden Betrages zu leisten sind.<sup>42</sup> Das BSG geht jedoch davon aus, dass die tagesbezogene Leistung nach § 39 Satz 4 SGB XI der nach § 37 SGB XI entspricht.<sup>43</sup> Die unterschiedlichen Auffassungen können dann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, wenn der Höchstbetrag von 1.432 € nicht erreicht wird.

Beispiel:

Ein Pflegegeldbezieher mit Pflegestufe I wird im Juni an zehn Tagen wegen Verhinderung seiner Tochter von seinem Sohn ersatzweise gepflegt.

Nach Auffassung der Spitzenverbände erhält er  
(205 € x 10 Tage : 28 =) 73,21 € Ersatzpflege.

Nach der Berechnungsart des BSG sind es  
(205 € x 10 Tage : 30 =) 68,33 €.

---

39 BSG, Urteil vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R.

40 Udsching aaO § 39 RdNr 8; St. Leitherer in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 154, der dies allerdings bemängelt.

41 BSG, Urteil vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R.

42 Siehe z.B. GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2.3 Beispiel 4.

43 Vgl. Urteil vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R.

Das BSG kann sich bei seinem Berechnungsmodus auf die Ratio der Regelung stützen, wonach im Fall der Fortführung der Pflege durch einen anderen nahen Angehörigen eine Leistungserhöhung grundsätzlich nicht in Betracht kommt.<sup>44</sup> Anders formuliert: Wenn statt der Tochter der Sohn (ersatzweise) pflegt, erfüllt er die gleiche familiäre Beistandspflicht; infolgedessen erhält der Pflegebedürftige dieselbe Leistung.

Gleichwohl ist den Spitzenverbänden zuzugestehen, dass sich aus dem Wortlaut der Norm nur eine Begrenzung auf die Höhe des jeweiligen monatsbezogenen Pflegegeldes ergibt. Durch Kombination mit der Höchstanspruchsdauer von 28 Tagen im Kalenderjahr ergeben sich die von den Spitzenverbänden vertretenen Ergebnisse. Dass die Spitzenverbände überdies für den ersten und den letzten Tag der Ersatzpflege das Pflegegeld empfehlen weiterzuleisten,<sup>45</sup> erscheint zumindest in den Fällen nicht überzeugend, in denen ein Familienmitglied die Pflege ersatzweise anstelle eines anderen durchführt.

## **6.1 Begrenzung auf 28 Tage im Kalenderjahr**

### *6.1.1 Allgemeines*

Der Anspruch ist auf längstens vier Wochen, d.h. 28 Tage je Kalenderjahr begrenzt. Die Leistung kann auch in Teilabschnitten in Anspruch genommen werden,<sup>46</sup> nach Auffassung der Spitzenverbände sogar stundenweise.<sup>47</sup> In einem Kalenderjahr nicht oder nicht bis zur Höchstdauer von vier Wochen in Anspruch genommene Leistungen können nicht auf das nächste Kalenderjahr übertragen werden. Allerdings können die Kontingente für zwei Kalenderjahre im Zusammenhang in Anspruch genommen werden.

Beispiel:

Der Pflegebedürftige erhält (erstmalig im Jahr 2002) Ersatzpflege vom 15.12. bis zum 31.12.2002 im Wert von 1.432 € und weiterhin vom 01.01. bis zum 16.01.2003 im Wert von insgesamt wiederum 1.432 €

Wird der Höchstbetrag von 1.432 € für eine Ersatzpflege von insgesamt vier Wochen Dauer nicht ausgeschöpft, verlängert sich die Anspruchsdauer nicht.

Beispiel:

---

44 Vgl. Udsching a.a.O., § 39 RdNr. 9.

45 Siehe hierzu unter 8.2.

46 BSG, Urteil vom 17.05.2000, Az. B 3 P 8/99 R.

47 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 1 (1). Diese Auffassung führt, wie sich noch zeigen wird, zu Problemen.

Ein Pflegebedürftiger, dessen Pflegeperson längere Zeit ausgefallen ist, zahlt für die 35 Tage dauernde „Ersatzpflege“ pro Tag 40 € an einen Bekannten. Die Pflegekasse darf maximal (28 Tage x 40 € =) 1.120 € leisten.

Die vom Gesetzgeber gewollte Begrenzung der Leistung auf 28 Tage im Kalenderjahr kann sich im Einzelfall bei der nicht erwerbsmäßigen Ersatzpflege unglücklich auswirken.

Beispiel:

Ein Pflegebedürftiger mit der Pflegestufe I nimmt an 28 Tagen im Kalenderjahr nicht erwerbsmäßige Ersatzpflege in Anspruch. Damit hat er zwar - sofern nicht weitere Aufwendungen wie Fahrkosten oder Verdienstaufschlag nachgewiesen werden - lediglich 205 € verbraucht; ihm stehen aber im Falle der erneuten Verhinderung der Pflegeperson keine häuslichen Leistungen mehr zu.

Ein solches Rechenexempel mag von der Inanspruchnahme erwerbsmäßiger Pflege überzeugen oder zur Manipulation verleiten. Die gesetzliche Begrenzung der Ersatzpflege auf 28 Tagen ist ähnlich wie das Erfordernis der Vorpflegezeit im Ergebnis überflüssig, weil nicht praxisgerecht.

Sofern weder die 28 Tage noch der Höchstbetrag von 1.432 € im laufenden Kalenderjahr ausgeschöpft worden sind, verbleibt ein Restanspruch.

Beispiel:

Die Ersatzpflege bei einem Pflegebedürftigen mit Pflegestufe III wird von einer nicht erwerbsmäßig pflegenden Person vom 18.06. bis 23.06. (sechs Kalendertage) durchgeführt. Von der Pflegeperson werden 25 € Fahrkosten nachgewiesen.

Es erfolgt eine Kostenübernahme in Höhe des Pflegegeldes der Pflegestufe III je Kalendertag von

1/28 von 665 € = 23,75 € x 6 Kalendertage =	142,50 €,
zuzüglich Fahrkosten	25,00 €
Das ergibt einen Erstattungsbetrag von	167,50 €.

Es besteht im laufenden Kalenderjahr noch ein Restanspruch auf Ersatzpflege von 23 Kalendertagen bzw. 1.264,50 €.

### 6.1.2 Problem der stundenweisen Verhinderung

Der Gesetzgeber hat den Leistungsanspruch bei der Ersatzpflege auf „vier Wochen“ je Kalenderjahr begrenzt. Unter diesem Zeitraum werden allgemein 28 Tage verstanden. Eine Umrechnung der Höchstanspruchsdauer in (28 Tage x 24 =) 672 Stunden ist praktisch wenig sinnvoll. Im Fall der Inanspruchnahme

eines Pflegedienstes ist die Grenze von 1.432 € regelmäßig überschritten, bevor die 28 Tage erreicht sind. Allenfalls in seltenen Ausnahmefällen kann etwas anderes gelten.

Beispiel:

Ein pflegebedürftiges Kind erhält an 28 Tagen jeweils zwei Stunden Ersatzpflege durch einen Pflegedienst, der hierfür jeweils 50 € berechnet. Hier wäre der zeitliche Rahmen ausnahmsweise erreicht, bevor der finanzielle erschöpft ist. Nach vier Wochen wären erst 1.400 € verbraucht.

Bei Ersatzpflege durch eine nicht erwerbsmäßig pflegende Person ist die 28-Tage-Bestimmung allerdings deswegen von größerer Bedeutung, weil durch eine Nichtanrechnung stundenweiser Verhinderung und die dadurch erfolgende Weiterleistung von Pflegegeld<sup>48</sup> eine Leistungsausweitung erreicht werden kann.

Für Tage, an denen die Ersatzpflege nicht mindestens acht Stunden erreicht – richtigerweise ist nicht auf die stundenweise Leistungserbringung, sondern auf die stundenweise Verhinderung abzustellen – , erfolgt nach Auffassung der Spitzenverbände keine Anrechnung auf die Höchstdauer von 28 Tagen im Kalenderjahr.<sup>49</sup>

Beispiel:

Die Pflegeperson ist an einem Tag wegen eines auswärtigen Gerichtstermins von 12 bis 19 Uhr verhindert. Eine Anrechnung auf die 28 Tage erfolgt nicht.

Fraglich ist, ob dasselbe auch gilt, wenn die Pflegeperson an mehreren Tagen hintereinander stundenweise verhindert ist. Zu dieser Frage werden von den Pflegekassen divergierende Auffassungen vertreten. Deswegen wurde eine im Entwurf des Gemeinsamen Rundschreibens der Spitzenverbände der Pflegekassen zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des PflegeVG vorgesehene Empfehlung nicht verabschiedet. Die eine Meinung unterscheidet nicht zwischen einer einmaligen stundenweisen Verhinderung und einer mehrere Tage andauernden. Die andere Meinung will, wenn die Ersatzpflege für einen Zeitraum von mindestens drei aufeinander folgenden Tagen in Anspruch genommen wird, diese Zeiträume – unabhängig von der Anzahl der Stunden an den jeweiligen Tagen – auf die Höchstdauer von 28 Tagen im Kalenderjahr anrechnen.<sup>50</sup> Für diese zweite Auffassung scheint der Gedanke der

---

48 Näheres unter 8.

49 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 1 (1).

Missbrauchsabwehr zu sprechen. Würden die Pflegekassen eine über mehr als zwei Tage andauernde stundenweise Inanspruchnahme von Ersatzpflege nicht auf die 28 Tage anrechnen, würde konsequenterweise das Pflegegeld entgegen der grundsätzlichen Auffassung der Spitzenverbände trotz Bezuges von Ersatzpflege doch weitergezahlt werden müssen.<sup>51</sup> Im „ungünstigsten“ Fall könnte es zu einer vollständigen Weiterleistung des Pflegegeldes kommen.

Beispiel:

Die Pflegeperson gibt an, aus beruflichen Gründen an acht Wochen jeweils von Montag bis Freitag von 8 bis 16 Uhr verhindert zu sein. Da eine Anrechnung auf die 28 Tage nach der letztgenannten Auffassung nicht stattfinden würde, könnte Ersatzpflege ohne Anrechnung auf die 28 Tage, d.h. zeitlich unbegrenzt geleistet werden.

Die letztgenannte Auffassung wirkt sich ggf. für den Pflegebedürftigen also vor allem dann günstig aus, wenn er mehr als 28 Mal im Jahr Ersatzpflege in Anspruch nimmt und dabei die 1.432 € noch nicht ausgeschöpft hat.

Beispiel:

Ein Pflegebedürftiger nimmt – verteilt über das Jahr – 28 Mal Ersatzpflege durch einen nicht erwerbsmäßig pflegenden Angehörigen für jeweils zwei Stunden in Anspruch. Wenn er den Höchstbetrag von 1.432 € mangels nachgewiesener „notwendiger Aufwendungen“ damit noch nicht ausgeschöpft hat, kommt eine weitere Leistungsgewährung in Betracht.

Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick gerechtfertigt, da die ehrenamtliche Pflegeperson ja an den jeweiligen Tagen vor und nach der Verhinderung Pflegeleistungen erbringt. Hierauf kann es jedoch nicht ankommen. Nach dem Wortlaut des § 39 Satz 1 SGB XI wird die Ersatzpflege „für längstens vier Wochen im Kalenderjahr“, d.h. für längstens 28 Tage geleistet. Die Nichtberücksichtigung stundenweiser Verhinderung würde faktisch zum Wegfall dieser gesetzlich bestimmten Obergrenze führen. Richtiger ist deshalb m.E. auch bei Verhinderung von weniger als acht Stunden eine Anrechnung auf die Höchstanspruchsdauer vorzunehmen.

Beispiel:

---

50 Vgl. Entwurf eines GRS Stand 24.09.2001, zu § 39, Ziffer 1.

51 Siehe weiter unter 8.

Die Pflegeperson nimmt vom 16.06. bis zum 21.06. an einer Fortbildungsveranstaltung teil und ist dadurch für sieben Stunden an der Pflege gehindert. Obwohl die Verhinderung nicht mehr als acht Stunden beträgt, ist m.E. eine Anrechnung auf die Höchstanspruchsdauer von 28 Tagen vorzunehmen, d.h. dem Versicherten verbleiben noch 22 Tage.

Ist die Pflegeperson ganztägig oder mehrere Tage durchgehend verhindert, kommt eine Anerkennung als stundenweise Leistungserbringung nicht in Betracht. In diesen Fällen ist eine Anrechnung auf die 28 Tage vorzunehmen.

Beispiel:

Die Pflegeperson befindet sich vom 05. bis 09.07. im Krankenhaus und ist dadurch an der Pflege gehindert. Eine Ersatzpflegeperson erbringt täglich drei Stunden Pflegeleistungen. Die Höchstanspruchsdauer vermindert sich um fünf Tage.

Konsequenterweise erfolgt auch dann eine Anrechnung auf die Höchstanspruchsdauer von 28 Tagen, wenn die Pflegeperson zwar nicht ganztägig, aber länger als acht Stunden an der Pflege gehindert ist.

Beispiel:

Die Pflegeperson ist wegen der Teilnahme an einer Fortbildungsveranstaltung vom 19. bis 23.05. zwischen 7 und 17 Uhr an der Pflege gehindert. Die Höchstanspruchsdauer vermindert sich um fünf Tage.

Offen ist die Frage, ob diejenigen Personen, die nur stundenweise Ersatzpflege leisten, von den im folgenden Abschnitt näher beleuchteten Regelungen betroffen sind. Werden sie, wenn sie mit dem Pflegebedürftigen bis zum zweiten Grad verwandt oder verschwägert sind bzw. mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben, als erwerbsmäßig pflegend angesehen, wenn sie diesen Pflegebedürftigen an mehr als 28 Tagen am Stück stundenweise pflegen bzw. einen weiteren Pflegebedürftigen länger als eine Woche stundenweise gepflegt haben? Diese Frage ist m.E. zu verneinen. Angesichts der Rechtsprechung des BSG<sup>52</sup> wird man zumindest nicht ohne weiteres von einer erwerbsmäßigen Pflege ausgehen können. Auch wenn man grundsätzlich der 29-Tage bzw. Acht-Tage-Regelung folgt, wird dies bei einer nur stundenweisen Verhinderung nicht per se gelten können.

## **6.2 Unterscheidung zwischen erwerbsmäßig und nicht erwerbsmäßig tätigen Pflegepersonen**

---

52 Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 2/02 R.

Bei den Ersatzpflegekräften wird bezüglich der Höhe der Leistungen zwischen erwerbsmäßig und nicht erwerbsmäßig tätigen Pflegepersonen differenziert. Hierbei wird berücksichtigt, dass die Pflege von Ehegatten und nahen Verwandten teilweise schon aufgrund familienrechtlicher Beistandspflichten (§§ 1353, 1618a BGB) geschuldet wird.<sup>53</sup> Nach § 39 Satz 4 SGB XI wird bei Ersatzpflege durch Pflegepersonen, die mit dem Pflegebedürftigen bis zum zweiten Grad verwandt (Kinder, Großeltern, Enkelkinder und Geschwister) oder verschwägert sind (Stiefeltern, Stiefkinder, Stiefenkelkinder, Schwiegereltern, Schwiegerkinder, Schwiegerenkel, Großeltern der Ehegatten, Stiefgroßeltern, Schwäger/Schwägerin) oder mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben, vermutet, dass die Ersatzpflege nicht erwerbsmäßig ausgeübt wird.

Ehegatten und Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes sind nicht ausdrücklich angesprochen. Sie fallen somit nur dann unter die nicht erwerbsmäßig pflegenden Ersatzpflegekräfte, wenn sie mit dem Pflegebedürftigen in häuslicher Gemeinschaft leben. Wird ein Pflegebedürftiger im Rahmen des § 39 SGB XI von seinem extern wohnenden Ehegatten bzw. Lebensgefährten gepflegt, so handelt es sich folglich um erwerbsmäßige Ersatzpflege. Dieses Ergebnis ist wenig befriedigend. Allerdings wird diese Konstellation gerade im Bereich der landwirtschaftlichen Pflegeversicherung kaum vorkommen.

#### *6.2.1 Nicht erwerbsmäßige Ersatzpflege*

Nach § 39 Satz 4 SGB XI ist bei Ersatzpflege durch eine nicht erwerbsmäßig tätige Pflegeperson der Anspruch der Höhe nach auf den Betrag des Pflegegeldes der festgestellten Pflegestufe nach § 37 Abs. 1 SGB XI (205, 410 bzw. 665 €) begrenzt.

Zusätzlich können weitere notwendige Aufwendungen, nämlich Fahrkosten<sup>54</sup>, Unterbringungskosten<sup>55</sup> und Verdienstaufschlag,<sup>56</sup> übernommen werden, sofern

---

53 Udsching SGB XI § 39 RdNr. 9.

sie der Pflegebedürftige trägt, wobei der Höchstbetrag von 1.432 € kalenderjährlich insgesamt nicht überschritten werden darf (§ 39 Sätze 5 und 6 SGB XI).

Beispiel 1:

Die Ersatzpflege bei einem Pflegebedürftigen mit Pflegestufe II wird von einer nicht erwerbsmäßig pflegenden Person in einem Monat 28 Kalendertage durchgeführt. Von der Pflegeperson werden Fahrkosten in Höhe von 90 € nachgewiesen.

Es erfolgt eine Kostenübernahme in Höhe des	
Pflegegeldes der Pflegestufe II von	410 €,
zuzüglich Fahrkosten von	90 €.
Das ergibt einen Erstattungsbetrag von	500 €.

Nicht möglich ist die Berücksichtigung des während der Pflege eingetretenen Ausfalls der Arbeitskraft im eigenen Haushalt.<sup>57</sup>

Dauert die Ersatzpflege durch eine nicht erwerbsmäßig pflegende Person weniger als 28 Kalendertage, so ist eine anteilige Berechnung vorzunehmen.

Beispiel 2:

Die Ersatzpflege bei einem Pflegebedürftigen mit Pflegestufe I wird von einer nicht erwerbsmäßig pflegenden Person an 21 Kalendertagen durchgeführt. Von der Pflegeperson werden Verdienstaufschlag in Höhe von 1.300 € und Fahrkosten in Höhe von 90 € nachgewiesen.

Es erfolgt eine Kostenübernahme in Höhe des Pflegegeldes der Pflegestufe I je Kalendertag, d.h. von

$1/28$ von 205 € = 7,32 € x 21 Kalendertage =	153,72 €,
---	-----------

54 In Anlehnung an § 60 Abs. 3 Nr. 4 SGB V ist bei der Benutzung eines privaten Kraftfahrzeuges pro gefahrene Kilometer jeweils der nach dem Bundesreisekostengesetz (§ 6 BRKG) festgesetzte Höchstbetrag für Wegstreckenentschädigung (z.Z. 0,22 € zu erstatten; GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2.2 (2)).

55 Zu Recht von Udsching SGB XI § 39 RdNr. 11 erwähnt.

56 Udsching SGB XI § 39 RdNr. 11 lässt den Verdienstaufschlag nicht gelten. Zur grundsätzlich zu verneinenden Frage, ob der Anspruch auf Aufwendungsersatz auch die Kosten einer im eigenen Haushalt der Ersatzpflegeperson angestellten Haushaltshilfe umfassen kann, siehe BSG, Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 11/01 R.

57 BSG, Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 11/01 R.

zuzüglich Fahrkosten von	90,00 €,
zuzüglich Verdienstaussfall von	1.000,00 €.
Das ergibt einen Erstattungsbetrag von	1.243,72 €.
Folgt man der Berechnungsmethode des BSG, <sup>58</sup> so gilt:	
1/30 von 205 € = 6,83 € x 21 Kalendertage =	143,50 €,
zuzüglich Fahrkosten von	90,00 €,
zuzüglich Verdienstaussfall von	1.000,00 €.
Das ergibt einen Erstattungsbetrag von	1.233,50 €

### 6.2.2 Erwerbsmäßige Ersatzpflege

Zur Unterscheidung von erwerbsmäßiger und nicht erwerbsmäßiger Ersatzpflege hat sich der Gesetzgeber nur in § 39 Satz 4 SGB XI geäußert. Darin wird bei Verwandten und Verschwägerten bis zum zweiten Grad sowie bei Haushaltsangehörigen Nichterwerbsmäßigkeit vermutet. Offen ist zunächst, ob daraus zwingend folgt, dass alle anderen Ersatzpflegepersonen ihre Pflegetätigkeit erwerbsmäßig ausüben, oder ob es diesbezüglich wiederum nur eine (widerlegbare) Vermutung gibt. Anders formuliert: Ist bei denjenigen Ersatzpflegepersonen, die mit dem Pflegebedürftigen nicht oder erst ab dem dritten Grad verwandt oder verschwägert sind oder die nicht im gemeinsamen Haushalt leben, stets Erwerbsmäßigkeit gegeben oder muss sie geprüft werden?

Das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung vertritt mit den Spitzenverbänden unter Hinweis auf die Begründung zum 4. SGB XI-ÄndG die Auffassung, dass eine Prüfung nicht erforderlich ist.<sup>59</sup> Dieser Meinung ist angesichts des Wortlauts der Norm, die nur eine Vermutung für die nichterwerbsmäßige Pflege statuiert, zu folgen. Damit sind alle Verwandte und Verschwägerte ab dem dritten Grad sowie alle sonstigen Personen erwerbsmäßig Pflegenden im Sinne des § 39 SGB XI, sofern sie nicht mit dem Pflegebedürftigen in häuslicher Gemeinschaft leben.<sup>60</sup>

Beispiel:

Die Ersatzpflege wird von einer in der Nachbarschaft wohnenden Nichte des Pflegebedürftigen erbracht. Die Nichte pflegt erwerbsmäßig.

58 Siehe unter 6.

59 BLK-Rundschreiben P 006/2003 vom 02.04.2003.

60 A. A. BSG, Urteil vom 06.06. 2002, Az. B 3 P 2/02 R.

Das BSG hat entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal der Erwerbsmäßigkeit jedenfalls keine pflegeversicherungsrechtliche Zulassung als Leistungserbringer voraussetzt. Die Ersatzpflege werde schon dann erwerbsmäßig ausgeübt, wenn sie sich als Teil der Berufstätigkeit der Pflegeperson darstellt und dazu dient, ihren Lebensunterhalt ganz oder teilweise zu sichern.<sup>61</sup> Erwerbsmäßigkeit wird man auch bei nahen Verwandten oder Haushaltsangehörigen dann annehmen können, wenn es sich bei ihnen um professionelle Pflegekräfte handelt oder wenn die Pflegeperson ohne Ausübung der Pflegetätigkeit andere Einkünfte erzielen würde.<sup>62</sup>

#### *6.2.2.1 Ersatzweise Pflege von mehr als 28 Tagen*

Erwerbsmäßigkeit wird gleichfalls angenommen bei solchen Personen, die den Pflegebedürftigen länger als vier Wochen im Rahmen der Ersatzpflege<sup>63</sup> pflegen und/oder die im laufenden Kalenderjahr bereits einen anderen Pflegebedürftigen über einen Zeitraum von mehr als einer Woche gepflegt haben, wenn der Pflegebedürftige pflegebedingte Geldleistungen an die Pflegeperson erbracht hat. Wird der Zeitraum von vier Wochen jedoch erst durch die Addition mehrerer Zeiträume erreicht, soll Erwerbsmäßigkeit nach Auffassung der Spitzenverbände nicht vorliegen.<sup>64</sup> Damit gehen die Spitzenverbände über den Wortlaut der Norm hinaus, denn § 39 Satz 4 SGB XI statuiert eine gesetzliche Vermutung der nicht erwerbsmäßigen Pflege bei nahen Verwandten und Verschwägerten sowie bei Haushaltsangehörigen. Der Hintergrund ist, dass die Übernahme der Pflege durch einen anderen Angehörigen für eine Leistungserhöhung nicht ausschlaggebend sein soll.<sup>65</sup>

Die Auffassung der Spitzenverbände berücksichtigt einen besonders lange andauernden Einsatz von Angehörigen bzw. den Einsatz gegenüber einem weiteren Angehörigen. Diese sich materiell auswirkende Anerkennung von Pflegeleistungen ist nachvollziehbar und grundsätzlich zu begrüßen; allerdings kann sie zu problematischen Ergebnissen führen. So wird eine Person, die z.B. zweimal 28 Tage „Ersatzpflege“ in Anspruch nimmt,<sup>66</sup> schlechter gestellt als eine, die einmalig 29 Tage gepflegt wird. Während im

---

61 BSG, Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 2/02 R.

62 Vgl. Udsching SGB XI § 39 RdNr. 10.

63 Gemeint sein kann nur eine ersatzweise Pflege, da Ersatzpflege i.S.v. § 39 SGB XI an höchstens 28 Tagen erbracht werden kann.

64 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2.3.

65 Udsching SGB XI § 39 RdNr. 9.

66 Im Rahmen des § 39 SGB XI werden selbstverständlich höchstens 28 Tage anerkannt.

Fall der zweitgenannten Person 1.432 € gegen die Versicherung, den das Pflegegeld übersteigenden Betrag vom Pflegebedürftigen erhalten zu haben, ausgezahlt werden, müssen im anderen Fall pflegebedingte Aufwendungen wie Verdienstausfall oder Fahrkosten nachgewiesen werden, um mehr als einen dem Pflegegeld entsprechenden Betrag zu bekommen.

Beispiel:

Die „Ersatzpflege“ bei einem Pflegebedürftigen mit Pflegestufe II wird von dessen mit ihm im selben Haus wohnenden Sohn vom 01.07. bis 29.07. (29 Kalendertage) durchgeführt. Hierfür hat ihm der Versicherte 1.450 € (50 € pro Tag) gezahlt. Da der Höchstbetrag von 1.432 € überschritten wird, können (nur) 1.432 € erstattet werden.

Hätte der Sohn die Ersatzpflege vom 01.07. bis zum 28.07. (28 Kalendertage) erbracht, würden lediglich 410 € geleistet werden, nämlich 28/28 des Pflegegeldes der Stufe II.

Die genannte Auffassung führt auch in den Fällen zu problematischen Ergebnissen, in denen im laufenden Kalenderjahr mehrfach Ersatzpflege durch mit dem Pflegebedürftigen bis zum zweiten Grade verwandte oder verschwägerte bzw. mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebende Personen erbracht wird.

Problematisch sind zunächst die Fälle, in denen die erste Ersatzpflege an unter 29 Tagen erbracht wird, die zweite an mehr als 28 Tagen.

Beispiel:

Die Ersatzpflege bei einem Pflegebedürftigen mit Pflegestufe II wird von dessen Tochter im Juni an 20 Kalendertagen durchgeführt. Hierfür hat ihr der Versicherte 800 € (täglich 40 €) gezahlt. Darüber hinaus werden von der Tochter zusätzlich Fahrkosten in Höhe von 100 € (täglich 5 €) nachgewiesen.

Nach Auffassung der Spitzenverbände kommt zunächst nur eine Kostenübernahme in Höhe des anteiligen Pflegegeldes ( $1/28$  von 410 € = 14,64 € x 20 Kalendertage = 292,80 €) in Betracht, zuzüglich 20 Kalendertage x 5 € Fahrkosten i.H.v. 100 €. Das ergibt einen Betrag von 392,80 €.

Es besteht im laufenden Kalenderjahr noch ein Restanspruch auf Ersatzpflege von acht Kalendertagen bzw. 1.039,20 €.

Wird im laufenden Kalenderjahr erneut an 35 Tagen „Ersatzpflege“ durch die Tochter erbracht, und hat ihr der Versicherte hierfür 1.400 € (täglich 40 €) gezahlt, so werden, wenn zusätzlich wieder tägliche Fahrkosten von 5 € nachgewiesen werden, diesmal wegen des Überschreitens der 28 Tage en bloc  $40 € \times 8$  Kalendertage = 320 € zuzüglich 8 Kalendertage x 5 € Fahrkosten = 40 €, d.h. zusammen = 360 € erstattet. Insgesamt werden somit gemäß

der Auffassung der Spitzenverbände für das Kalenderjahr 392,80 € + 360 € = 752,80 € erstattet.

Hätte im genannten Fall die Tochter umgekehrt zuerst an 35 Tagen und danach an 20 Tagen gepflegt, wären nach der Auffassung der Spitzenverbände  $40 \text{ €} \times 28 \text{ Kalendertage} + 5 \text{ €} \times 28 \text{ Kalendertage} = 1.260 \text{ €}$  zu erstatten gewesen.

Vertritt man eine abweichende Auffassung, ergibt sich im selben Fall die folgende Berechnung, die naturgemäß für die erste Ersatzpflege rückwirkend berücksichtigt werden müsste: Da insgesamt im Kalenderjahr die 28 Tage überschritten werden, können für jeden der ersten 28 Tage 40 € zuzüglich 5 € Fahrkosten erstattet werden. Das sind insgesamt 1.260 €.

Konsequenterweise wäre in allen Fällen, in denen im Kalenderjahr die 28 Tage durch Addition mehrerer kürzerer Ersatzpflegen überschritten werden, die tagesbezogenen Aufwendungen mit 28 zu multiplizieren und bis zum Limit von 1.432 € zu erstatten.

Den Spitzenverbänden ist zuzugestehen, dass auch eine rückwirkende Berücksichtigung von Ersatzpflege als erwerbsmäßig Vermittlungsprobleme aufwirft. Trotz der geäußerten Kritik ist die Auffassung der Spitzenverbände dazu angetan, besonderes Engagement von Angehörigen gebührender zu berücksichtigen.

#### *6.2.2.2 Vorherige Pflege eines anderen Pflegebedürftigen an mehr als sieben Tagen*

Wie bereits erwähnt, gehen die Spitzenverbände gestützt auf die Gesetzesbegründung davon aus, dass Erwerbsmäßigkeit auch dann angenommen werden kann, wenn seitens der Ersatzpflegeperson nachgewiesen wird, dass von ihr im laufenden Jahr (Zeitraum von zwölf Monaten) bereits ein anderer Pflegebedürftiger über einen Zeitraum von mehr als einer Woche<sup>67</sup> gepflegt wurde. Diese Alternative ist nur dann heranzuziehen, wenn eine Überschreitung der 28 Tage nicht vorliegt.

Sollte es sich bei der ersten Ersatzpflege im laufenden Kalenderjahr um einen Pflegebedürftigen handeln, der mit der Pflegeperson bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert ist oder mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt, soll nach Auffassung der Spitzenverbände jedoch im Nachhinein keine erneute Beurteilung dieser Ersatzpflege erfolgen.<sup>68</sup>

67 Ob es sich hierbei um einen zusammenhängenden Zeitraum handeln muss oder ob Addition mehrerer Zeiträume möglich ist, bleibt nach dem GRS vom 10.10.2002 offen.

68 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2.3.

## Beispiel:

Die Ersatzpflege bei einem Pflegebedürftigen mit Pflegestufe III wird von dessen Enkeltochter an 14 Kalendertagen durchgeführt. Hierfür hat ihr der Versicherte 700 € gezahlt. Darüber hinaus werden von der Enkeltochter zusätzlich Fahrkosten in Höhe von 200 € nachgewiesen. Gleichzeitig weist die Enkeltochter nach, dass sie im selben Jahr bereits eine weitere 14tägige Ersatzpflege bei einem anderen mit ihr in häuslicher Gemeinschaft lebenden Pflegebedürftigen durchgeführt hat. Sie erhielt vom Pflegebedürftigen hierfür 500 € und weist Fahrkosten i.H.v. 150 € nach.

Für den ersten Zeitraum kommt zunächst nur eine Kostenübernahme in Höhe des anteiligen Pflegegeldes ( $1/28$  von 665 € = 23,75 € x 14 Kalendertage = 332,50 €) in Betracht, zuzüglich Fahrkosten i.H.v. 150 €. Das ergibt einen Betrag von 482,50 €. Es besteht im laufenden Kalenderjahr noch ein Restanspruch auf Ersatzpflege von 14 Kalendertagen bzw. 949,50 €.

Für den zweiten Zeitraum entfällt die Begrenzung auf die Höhe des anteiligen Pflegegeldes. Zu beachten ist lediglich die Grenze der 1.432 €. Erstattet werden könnten zunächst ( $50 € \times 14$  Kalendertage =) 700 €, zuzüglich der 200 € Fahrkosten. Der Erstattungsbetrag beläuft sich nach Auffassung der Spitzenverbände auf insgesamt 1.382,50 €.

Es gibt unter Heranziehung der Auffassung der Spitzenverbände insgesamt vier Szenarien der Ersatzpflege durch nahe Verwandte bzw. Haushaltsangehörige an zwei Pflegebedürftigen innerhalb von zwölf Monaten:

1. Die erste Ersatzpflege wurde an weniger als acht Tagen nicht erwerbsmäßig durchgeführt. Dann ist die zweite Ersatzpflege unabhängig von der ersten zu beurteilen.

## Beispiel:

Der Sohn hat anstelle seiner Schwester vom 02. bis zum 08.01. seine pflegebedürftige Mutter gepflegt, danach vom 01. bis zum 15.05. seinen ebenfalls pflegebedürftigen Vater. Die erste Ersatzpflege ist eine nicht erwerbsmäßige, ebenfalls die zweite.

2. Die erste Ersatzpflege wurde an weniger als acht Tagen erwerbsmäßig durchgeführt. Auch in diesem Fall ist die zweite Ersatzpflege unabhängig von der ersten zu beurteilen.

## Beispiel:

Die Ersatzpflegeperson hat vom 04. bis zum 08.03. einen Nachbarn ersatzweise gepflegt, danach vom 20.05. bis zum 31.05. seine Großmutter. Die erste Ersatzpflege ist erwerbsmäßig, die zweite nicht.

3. Die erste Ersatzpflege wurde an mehr als sieben Tagen nicht erwerbsmäßig durchgeführt. Hier gilt die zweite Ersatzpflege als erwerbsmäßig (siehe hierzu obiges Beispiel).
4. Die erste Ersatzpflege wurde an mehr als sieben Tagen erwerbsmäßig durchgeführt. In diesem Fall gilt die zweite Ersatzpflege als erwerbsmäßig, wenn sie nicht ohnehin erwerbsmäßig ist.

Beispiel:

Die Ersatzpflegeperson hat ihre Nichte vom 31.01 bis zum 14.02. ersatzweise gepflegt, danach vom 02.03. bis zum 06.03. ihren Vater. Die erste Ersatzpflege ist erwerbsmäßig, die zweite nach Auffassung der Spitzenverbände ebenfalls.

Die genannte Regelung wird vor allem dann Anwendung finden, wenn in einem Haushalt mehrere Pflegebedürftige gepflegt werden. Gibt es in diesem Haushalt mehrere pflegende bzw. pflegebereite Angehörige, so wird regelmäßig eine Erwerbsmäßigkeit der Ersatzpflege nahe liegen.

Beispiel:

Der Sohn pflegt seine beiden pflegebedürftigen Eltern. Da er urlaubsbedingt ausfällt, pflegt die Tochter zunächst ihren Vater an acht Tagen. Anschließend pflegt sie die Mutter. Hierbei soll sie als erwerbsmäßig pflegend gelten.<sup>69</sup>

Anzusprechen sind in diesem Zusammenhang schließlich die Fälle, in denen die Ersatzpflegeperson nicht zeitversetzt, sondern zeitgleich zwei Pflegebedürftige pflegt. Auch hier sollte gemäß der Ratio der Regelung Erwerbsmäßigkeit angenommen werden, mit der allerdings dann eintretenden Folge, dass die Ersatzpflegeperson gegenüber beiden Pflegebedürftigen als erwerbsmäßig pflegend gilt.

Beispiel:

Ein pflegebedürftiges Ehepaar wurde bisher von der Tochter gepflegt. Als diese in Urlaub fährt, übernimmt der Sohn für acht Tage die Pflege. Die Pflege sollte als erwerbsmäßig gelten.

### 6.2.2.3 Fazit

Die Auffassung der Spitzenverbände bezüglich der 29- bzw. 8-Tage-Fiktion ist in der Intention versicherten- und insbesondere familienfreundlich, erhöht

---

69 Vgl. hierzu Udsching SGB XI § 39 RdNr. 9: Für die Leistungserhöhung kann nicht ausschlaggebend sein, dass bei Verhinderung des einen ein anderer Familienangehöriger die Pflege übernimmt.

allerdings den Beratungsbedarf und schafft für aufgeklärte Versicherte bzw. Pflegepersonen Manipulationsmöglichkeiten. Ähnlich wie bei der ursprünglichen Gesetzesfassung kann die jetzige Regelung bzw. die Auslegung durch die Spitzenverbände zu Mitnahmeeffekten führen. Allerdings wird die Erstreckung der Ersatzpflege auf einen Zeitraum von über 28 Tagen gefördert und indirekt zur Übernahme weiterer Ersatzpflegeeinsätze motiviert.

Ein Blick auf vergleichbare Sachverhalte im Zusammenhang mit der häuslichen Pflegehilfe gem. § 36 SGB XI zeigt jedoch die Grenzen der Gleichstellung der Pflege durch nahe Angehörige mit anderen Pflegekräften auf. Bei der häuslichen Pflegehilfe scheidet nach einhelliger Auffassung eine Leistungserbringung aus, wenn die professionelle Pflegekraft in einem nahen Verwandtschaftsverhältnis zum Pflegebedürftigen steht;<sup>70</sup> es kommt allein ein Anspruch auf Pflegegeld in Betracht. Angesichts der Rechtsprechung des BSG<sup>71</sup> wird ohne gesetzliche Änderungen m.E. jedenfalls keine weitere Ausdehnung des Kreises der erwerbsmäßig tätigen Ersatzpflegepersonen in Betracht kommen.

Die Unterscheidung zwischen erwerbsmäßiger und nicht erwerbsmäßiger Ersatzpflege wirft auch folgende allgemeine Frage auf: Wie ist zu verfahren, wenn eine als erwerbsmäßig pflegend geltende Ersatzpflegekraft Verdienstaufschlag bzw. Fahrkosten geltend macht?

Nach dem Gesetz ist die Übernahme sog. notwendiger Aufwendungen nur bei den nicht erwerbsmäßig pflegenden Personen vorgesehen, d.h. bei solchen Ersatzpflegekräften, bei denen die Leistung auf den (anteiligen) Betrag des Pflegegeldes der jeweiligen Pflegestufe begrenzt ist. Falls nun eine als erwerbsmäßig pflegend geltende Ersatzpflegeperson neben dem Betrag, den sie vom Pflegebedürftigen erhalten hat, Fahrkosten bzw. Verdienstaufschlag geltend macht, kämen zwei alternative Vorgehensweisen in Betracht:

- Die Übernahme dieser Aufwendungen könnte mit der Begründung abgelehnt werden, § 39 Satz 5 SGB XI sehe dies nur bei nicht erwerbsmäßig pflegenden Personen vor. Die Pflegekasse könnte jedoch in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass - falls diese Kosten als Teil der „Vergütung“ vom Pflegebedürftigen getragen würden – in diesem Wege im Rahmen der Höchstgrenze von 1.432 € „anerkannt“ werden könnten.
- Die Kosten könnten mit der Begründung übernommen werden, dass eine erwerbsmäßig pflegende Person nicht schlechter gestellt werden dürfe als eine nicht erwerbsmäßig pflegende. Wenn schon eine nicht erwerbsmäßig

---

70 Siehe BSG, Urteile vom 18.03.1999, Az. B 3 P 8/98 R und Az. B 3 P 9/98 R.

71 Urteil vom 06.06.2002, Az. B 3 P 2/02 R.

pflegende Kraft sonstige Aufwendungen geltend machen könne, müsse dies für eine erwerbsmäßig pflegende erst recht gelten.

M.E. ist die zweite Alternative vorzugswürdig.<sup>72</sup> Allerdings ist seitens der Pflegekasse darauf zu achten, dass die Leistungserbringung wirtschaftlich erfolgt. Das bedeutet, dass die tages- bzw. stundenbezogenen Aufwendungen insgesamt den Betrag nicht übersteigen, den ein zugelassener Pflegedienst verlangen würde.

Beispiel:

Ein die Ersatzpflege leistender Neffe des Pflegebedürftigen hat vom diesem für eine zehntägige Ersatzpflege 500 € erhalten. Daneben weist er Fahrkosten i.H.v. 200 € nach. Die Kosten wären zu übernehmen.

Selbstverständlich dürfen die Aufwendungen im Rahmen der Ersatzpflege den Betrag von 1.432 € nicht übersteigen.

Beispiel:

Ein die Ersatzpflege leistender Nachbar hat von Pflegebedürftigen für eine dreiwöchige Ersatzpflege 1.200 € erhalten. Daneben weist er Fahrkosten i.H.v. 300 € nach. Die Fahrkosten wären nur i.H.v. 232 € zu übernehmen.

Wenn an Stelle eines vom Pflegebedürftigen geleisteten Anerkennungsbetrages für die Pflege nur die Übernahme der Aufwendungen der erwerbsmäßig tätigen Ersatzpflegekraft beantragt werden, sollte m.E. das oben Gesagte entsprechend gelten.

Hier stellt sich aber zusätzlich die Frage, ob die Bestimmung des § 39 Satz 4 2. Halbsatz SGB XI entsprechend anwendbar ist, d.h., ob ein dem Pflegegeld entsprechender Betrag zu zahlen ist. Wenn z.B. im Fall der Ersatzpflege durch Verwandte zweiten Grades neben nachgewiesenen notwendigen Aufwendungen ein dem Pflegegeld entsprechender Betrag geleistet wird, sollte dies m.E. auch bei entfernteren Verwandten der Fall sein. Warum die Pflege durch einen entfernteren Verwandten oder einen Nachbarn den Pflegebedürftigen dann um den in § 39 Satz 4 2. Halbsatz angesprochenen Geldbetrag bringen sollte, wenn er ausnahmsweise keine pflegebedingten Geldzahlungen erbracht hat, ist nicht erfindlich.

Beispiel:

Ein Pflegebedürftiger mit Pflegestufe I wird an zehn Tagen wegen Ausfalls der ihn ansonsten pflegenden Tochter durch einen Freund im Rahmen des § 39 SGB XI gepflegt. Der Freund weist Fahrkosten i.H.v. 50 €

---

72 Vgl. auch das Beispiel im GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 2.4.

nach. Hier sollte die Pflegekasse in entsprechender Anwendung des § 39 Satz 4 2. Halbsatz SGB XI für die zehn Tage (205 € : 28 x 10 Tage =>) 73,21 € zuzüglich der 50 € Fahrkosten leisten.

Diese Lösung berücksichtigt, dass man pflegebereite Personen ansonsten quasi dazu nötigen würde, entweder ein Entgelt für die Pflege zu fordern oder falsche Angaben zu machen.

## 7. Ersatzpflege im Ausland

Lange Zeit offen war die Frage, ob neben dem Pflegegeld nach § 37 SGB XI auch Leistungen der Ersatzpflege nach § 39 SGB XI in andere EU- bzw. EWR-Staaten exportierbar sind.<sup>73</sup> Das BVA ist inzwischen zu dem Ergebnis gelangt, dass Leistungen der Ersatzpflege nach § 39 SGB XI - unabhängig davon, ob es sich um erwerbsmäßige oder nicht erwerbsmäßige Pflege handelt - in vollem Umfang im EU- bzw. EWR-Ausland erbracht werden können.<sup>74</sup> Da der Verhinderungspflege nach § 39 SGB XI das Kostenerstattungsprinzip zugrunde liegt, handele es sich hier um eine faktische Geldleistung, die nach den VOen (EWG) 1408/71 und 574/72 auch im Ausland zu erbringen ist. Die Tatsache, dass § 39 SGB XI in der Erstattungspraxis und -höhe zwischen selbst sichergestellter Pflege (Ersatz für die Geldleistung nach § 37 SGB XI) und erwerbsmäßig erbrachter Pflege (Sachleistung) unterscheidet, könne nicht als Anhaltspunkt für eine abweichende Beurteilung, z.B. als Mischung aus Geld- und Sachleistung, gewertet werden. Zum einen liege die Verschaffungspflicht für beide Leistungsarten unmittelbar beim Versicherten selbst und zum anderen sei eine bestehende vertragliche Anbindung der Sachleistungserbringer an die Pflegekassen (und dies wäre ein Tatbestand für die Einschätzung als Sachleistung, z.B. durch Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI) keine Zwangsvoraussetzung für die Erbringung von Leistungen im Rahmen des § 39 SGB XI. Dem ist zuzustimmen.

Für Pflegebedürftige, die sich in einem Staat außerhalb des EWR aufhalten, gilt § 34 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 SGB XI. Danach ruht der Leistungsanspruch solange sich der Versicherte im Ausland aufhält. Nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 SGB XI ist bei vorübergehendem Auslandsaufenthalt von bis zu sechs

---

73 Im GRS vom 10.10.2002, Anlage 4 (Leistungen der Pflegeversicherung bei Auslandsaufenthalt) gehen die Spitzenverbände noch davon aus, dass es sich bei der Ersatzpflege um eine (grundsätzlich nicht zu exportierende) Sachleistung handelt.

74 Schreiben des BVA an alle bundesunmittelbaren Pflegekassen vom 26.06.2002

Wochen im Kalenderjahr allein das Pflegegeld oder das anteilige Pflegegeld weiter zu gewähren. Die Verhinderungspflege ist nicht genannt.

### **8. Verhältnis zum Pflegegeld gem. § 37 SGB XI**

Die Pflegekassen haben die Versicherten und ihre Angehörigen und Lebenspartner gem. § 7 Abs. 2 Satz 1 SGB XI insbesondere über die Leistungen der Pflegekassen zu unterrichten und zu beraten. Diese Aufforderung bezieht sich auch auf für die Versicherten günstige Alternativen zur Ersatzpflege und auf Kombinationsmöglichkeiten mit anderen Leistungen. Diese sind vielfältig und z.T. umstritten.

Problematisch ist insbesondere das Verhältnis der Geldleistung nach § 37 SGB XI zur Ersatzpflege gem. § 39 SGB XI. Nach Auffassung der Spitzenverbände der Pflegekassen soll Ersatzpflege neben der häuslichen Pflegehilfe nach § 36 SGB XI gewährt werden, nicht aber neben dem Pflegegeld.<sup>75</sup> Diese Auffassung kann sich auf folgende Überlegung stützen: Ersatzpflege soll die ausgefallene Pflegeperson ersetzen. Ist die ehrenamtliche Pflegeperson verhindert, stellt der Pflegebedürftige die Pflege nicht mehr selbst sicher. Damit liegen die Voraussetzungen des § 37 SGB XI nicht mehr vor.<sup>76</sup>

Die von der Rechtsprechung<sup>77</sup> sanktionierte Auffassung der Spitzenverbände ist kritisiert worden. Sie führe zu einer nicht nachvollziehbaren Privilegierung der professionellen häuslichen Pflegeleistung.<sup>78</sup> Die Privilegierung der häuslichen Pflegeleistung gegenüber dem Pflegegeld scheint jedoch dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen. Nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 2 SGB XI ist bei der Geldleistung eine Kürzung vorzunehmen, während eine entsprechende Regelung bei der Sachleistung fehlt. Festzustellen ist jedoch, dass die Position der Spitzenverbände im Widerspruch zu deren nunmehr durch § 34 Abs. 2 Satz 2 SGB XI (teilweise) gestützten Auffassung steht, wonach in Fällen von vollstationärer Krankenhausbehandlung, stationärer Leistung zur medizinischen Rehabilitation und häuslicher Krankenpflege das Pflegegeld bis zu vier Wochen weiterzuzahlen ist. Konsequenterweise wäre auch bei der Ersatzpflege für eine Weiterzahlung des Pflegegeldes zu plädieren, denn die für den Kürzungsverzicht angeführte Begründung, die Pflege sei generell sichergestellt bzw. die Pflegebereitschaft werde aufrecht erhalten, passt auch bei der Ersatzpflege.

---

75 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 1 (1).

76 Vgl. auch Udsching SGB XI § 39 RdNr. 12.

77 BSG, Urteil vom 22.03.2001, Az. B 12 P 3/00 R.

78 So St. Leitherer in: Schulin HS-PV § 16 RdNr. 155; ders. in Kass.Komm. § 39 RdNr. 20.

Nach Auffassung der Spitzenverbände der Pflegekassen soll nur für den ersten und den letzten Tag der Ersatzpflege dem Pflegebedürftigen das Pflegegeld erhalten bleiben.<sup>79</sup> Dies kann selbstverständlich nur dann gelten, wenn vorhergehend und anschließend die Voraussetzungen gem. § 37 SGB XI vorliegen. Wird die Ersatzpflege auf das Kalenderjahr verteilt, d.h. nicht im Zusammenhang in Anspruch genommen, soll nach Auffassung der Spitzenverbände Pflegegeld jeweils für den ersten und letzten Tag der Ersatzpflege geleistet werden.

Beispiel:

Es wird Ersatzpflege vom 02.06. bis 15.06. und vom 01.09. bis 14.09. in Anspruch genommen. Das Pflegegeld wird bis zum 02.06., wieder vom 15.06. bis zum 01.09. und erneut ab dem 14.09. geleistet.

Sofern ein Versicherter die gesamte Ersatzpflege stets an jeweils zwei zusammenhängenden Tagen in Anspruch nimmt, führt dies konsequenterweise zur ununterbrochenen Weiterzahlung des Pflegegeldes.

Bei der Erbringung von ersatzweiser Pflege durch nahe Verwandte oder Haushaltsangehörige an mehr als 28 Tagen im Jahr liegt nach Auffassung der Spitzenverbände erwerbsmäßige Pflege vor mit der Folge, dass der Pflegebedürftige seine pflegebedingten Zahlungen an die Ersatzpflegeperson bis zur Höhe von 1.432 € erstattet bekommt. Da über den 28. Tag hinaus Ersatzpflege i.S.v. § 39 SGB XI nicht geleistet wird, ist ab dem 29. Tag Pflegegeld zu gewähren, sofern die Voraussetzungen gem. § 37 SGB XI vorliegen.

Beispiel:

Der Pflegebedürftige hat bisher Pflegegeld erhalten. Anstelle seiner erkrankten Schwester pflegt nunmehr der Sohn vom 01.06. bis zum 07.07.

Nach Auffassung der Spitzenverbände liegt wegen der Überschreitung der 28 Tage erwerbsmäßige Pflege vor. Der Pflegebedürftige erhält gegen entsprechende Nachweise Kostenerstattung i.H.v. max. 1.432 € für die Ersatzpflege. Außerdem erhält er für den 01.06. und wieder ab dem 28.06. Pflegegeld.

Das Pflegegeld wird im Übrigen, wie erwähnt, nach Auffassung der Spitzenverbände der Pflegekassen bei stundenweiser Inanspruchnahme der Ersatzpflege von bis zu acht Stunden täglich nicht gekürzt. In diesem Fall könnte der Pflegebedürftige – bis zur Grenze von 1.432 € im Kalenderjahr - praktisch beliebig oft Ersatzpflege in Anspruch nehmen. Dadurch, dass das Pflegegeld bei jeweils einmaliger Inanspruchnahme von stundenweiser Ersatzpflege weiter gezahlt wird, erhält er ggf. den vollen Betrag neben dem Pflegegeld.

---

79 GRS vom 10.10.2002, zu § 37, Ziffer 2.2.3.

## Beispiel:

Die Pflegeperson ist für fünf Stunden verhindert. Da die Verhinderung nicht mehr als acht Stunden beträgt, ist das Pflegegeld ungekürzt zu zahlen.

Wird die Ersatzpflege für einen Zeitraum von mindestens drei aufeinander folgenden Tagen in Anspruch genommen, werden diese Zeiträume nach einer früher vertretenen Auffassung – unabhängig von der Anzahl der Stunden an den jeweiligen Tagen – auf die Höchstdauer von 28 Tagen im Kalenderjahr angerechnet.<sup>80</sup>

Der Zweck dieser Einschränkung besteht darin, Missbrauch zu verhindern. Würden die Pflegekassen nämlich eine über mehrere Tagen andauernde stundenweise Verhinderung akzeptieren, würde das Pflegegeld entgegen der grundsätzlichen Auffassung der Spitzenverbände doch weitergezahlt werden müssen. Korrekterweise ist jedoch – wie in den Fällen der tageweisen Verhinderung auch – nur jeweils für den ersten und den letzten Tag der Verhinderung das Pflegegeld weiter zu zahlen.

## Beispiel:

Die Pflegeperson nimmt vom 16.06. bis zum 21.06. an einer Fortbildungsveranstaltung teil und ist dadurch für sieben Stunden an der Pflege gehindert. Das Pflegegeld ist für die Zeit vom 17. bis zum 20.06. zu kürzen. Ein Pflegebedürftiger mit Pflegestufe I erhielte demnach 26 Tage  $\times 205 \text{ €} : 30 = 177,67 \text{ €}$ .

Dem ließe sich entgegenhalten, dass bei der stundenweisen Verhinderung – anders als bei der tageweisen - vor bzw. nach der Verhinderung Pflegeleistungen erbracht werden. Bei näherer Betrachtung muss jedoch auffallen, dass der Bezug von Pflegegeld gem. § 37 Abs. 1 Satz 2 SGB XI die eigene Sicherstellung der erforderlichen Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung voraussetzt. Da dies infolge der zeitweiligen Verhinderung und ausweislich des Bedürfnisses nach Ersatzpflege nicht der Fall ist, scheidet eine Weiterleistung von Pflegegeld m.E. bei den genannten Umständen aus.

Konsequenterweise sind über acht Stunden am Tag hinausgehende Verhinderungen anspruchsschädlich.

Ist die Pflegeperson ganztägig oder mehrere Tage durchgehend verhindert, kommt eine stundenweise Leistungserbringung nicht in Betracht.

## Beispiel:

---

80 Vgl. Entwurf eines GRS Stand 24.09.2001, zu § 39, Ziffer 1. Die Formulierung wurde jedoch nicht in das GRS vom 10.10.2002 übernommen.

Die Pflegeperson macht einen Kurzurlaub vom 04. bis 09.06. und ist dadurch an der Pflege gehindert. Eine Ersatzpflegeperson erbringt täglich zwei Stunden Pflegeleistungen. Das Pflegegeld ist für die vier Tage vom 05. bis zum 08.06. nicht zu zahlen.

Wird der Leistungsrahmen der Ersatzpflege in Höhe von 1.432 € bei Unterbringung in einer nicht zugelassenen Pflegeeinrichtung vor Ablauf von vier Wochen ausgeschöpft - dies ist immer dann der Fall, wenn die erstattungsfähigen pflegebedingten Aufwendungen den Betrag von 51,14 € täglich überschreiten -, steht dem Pflegebedürftigen bereits ab diesem Zeitpunkt für die weitere Unterbringung Pflegegeld nach § 37 SGB XI entsprechend der festgestellten Pflegestufe zu. Dies gilt auch bei Aufenthalt in einer zugelassenen Kurzzeitpflegeeinrichtung, sofern der Anspruch nach § 42 SGB XI ebenfalls ausgeschöpft ist.<sup>81</sup>

Beispiel:

Ein Pflegegeldbezieher mit der Stufe II beantragt Ersatzpflege für eine Unterbringung in einer nicht zugelassenen Pflegeeinrichtung vom 01.06. bis 15.07. Alle Anspruchsvoraussetzungen liegen vor. Er hat pflegebedingte Aufwendungen i.H.v.200 € täglich.

Der Höchstbetrag von 1.432 € ist bereits am 08.06. ausgeschöpft. Anspruch auf Pflegegeld nach § 37 SGB XI besteht für den 01.06. sowie für die Zeit ab 08.06. für die restliche Dauer der Unterbringung.

Fraglich ist, wie in den übrigen Fällen zu verfahren ist, in denen der Betrag von 1.432 € erreicht ist, die 28 Tage jedoch noch nicht ausgeschöpft wurden. Auch hier sollte, wie in den vorgenannten Fällen, Pflegegeld geleistet werden, sofern die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen.

Beispiel:

Ein Pflegebedürftiger, der bisher Pflegegeld erhalten hat, wird von seiner Nichte vom 01. bis zum 28.01. ersatzweise gepflegt, danach wieder von seiner Ehefrau im Rahmen des § 37 SGB XI. Die Nichte erhält vom Pflegebedürftigen pro Tag 60 €. Der Höchstbetrag von 1.432 € ist am 24.01. erreicht. Vom 24.01. an ist wieder Pflegegeld zu leisten.

Geht man wie die Spitzenverbände davon aus, dass eine parallele Leistung von Ersatzpflege und Pflegegeld abgesehen vom ersten und letzten Tag nicht in Betracht kommt, kostet die Pflegekasse die Ersatzpflege im Extremfall lediglich 13,67 € jährlich. Sie ist damit nahezu kostenneutral.

Beispiel:

---

81 Niederschrift über die Besprechung der Spitzenverbände der Pflegekassen zum Leistungsrecht des PflegeVG am 23.02.1999, TOP 1.

Ein Pflegebedürftiger mit der Pflegestufe I nimmt vom 01. bis zum 28. Februar nicht erwerbsmäßige Ersatzpflege in Anspruch. Da nach Auffassung der Spitzenverbände nur für den ersten und letzten Tag der Ersatzpflege Pflegegeld geleistet wird, erhält er ggf. außer der Leistung nach § 39 Satz 4 SGB XI i.H.v. insgesamt 205 € für weitere zwei Tage Pflegegeld i.H.v. (205 € x 2 Tage : 30 =) 13,67 €.

Damit ist die Ersatzpflege in den Fällen, in denen ein Angehöriger anstelle eines verhinderten Angehörigen die Pflege übernimmt, dann nahezu kostenneutral, wenn der Übernehmende keine pflegebedingten Aufwendungen nachweisen kann. Bei Personen, die aus familiärer Bindung die Pflege übernehmen, ist dieses Ergebnis sachgerecht.

### **9. Auswirkungen auf die Rentenversicherung der Pflegeperson**

Die Ersatzpflege kann sich insofern auf die Rentenversicherungspflicht der Pflegeperson bzw. auf die Beiträge zur Rentenversicherung auswirken als durch die Unterbrechung der Pflegetätigkeit der nicht erwerbsmäßig pflegenden Person sich zumindest die beitragspflichtigen Einnahmen und damit auch die Beiträge vermindern. Zu einer Unterbrechung der Versicherungspflicht wird es nicht kommen, weil diese erst bei einer Ersatzpflege von einem Kalendermonat en bloc endet.<sup>82</sup>

Nimmt der Pflegebedürftige während der Zeit der Unterbrechung der häuslichen Pflegetätigkeit Ersatzpflege in Anspruch, gelten Aufnahme- und Entlassungstag in Anlehnung an das Leistungsrecht<sup>83</sup> nicht als Unterbrechungstage, da für diese Tage Pflegegeld gezahlt wird. Dies gilt nach neuerer Auffassung der Spitzenverbände auch dann, wenn diese mehrmals im Kalenderjahr gewährt wird.<sup>84</sup> Entsprechendes gilt dann auch für die Rentenversicherungspflicht der Pflegeperson.<sup>85</sup>

Beispiel:

Die Pflege eines Schwerpflegebedürftigen (Pfleigestufe II) erfolgt durch einen die Voraussetzungen für die Rentenversicherungspflicht als

---

82 Hierzu E. Koch, Die Rentenversicherung 4-5/2002, 64 (80).

83 Hierzu E. Koch, VSSR 1/2000, 57 (77 f.).

Pflegeperson erfüllenden Angehörigen an wöchentlich 22 Stunden. Ersatzpflege wird geleistet vom 01.05. bis 28.05.

Die Rentenversicherungspflicht der Pflegeperson bleibt während der Unterbrechung der Pfl egetätigkeit bestehen, weil der Unterbrechungstatbestand keinen vollen Kalendermonat umfasst. Die beitragspflichtigen Einnahmen für den Monat Mai werden wie folgt ermittelt:

Der Schwerpflegebedürftige wird wöchentlich mindestens 21 Stunden gepflegt, so dass als beitragspflichtige Einnahmen 53,3333 % der monatlichen Bezugsgröße anzusetzen sind.

Beitragspflichtige Einnahmen (2003: 53,3333 % von 2.380 €) = 1.269,33 €

1.269,33 € x 5 Tage (31 - 26 Unterbrechungstage) = 204,73 €

Bei einem Beitragssatz von 19,5 % ergibt sich für den Mai 2003 ein Zahlbetrag von 39,92 €.

Bei einer stundenweisen Inanspruchnahme der Ersatzpflege ist nach Auffassung der Spitzenverbände lediglich eine Anrechnung auf den Höchstbetrag von 1.432 € vorzunehmen. Für Tage, an denen die Ersatzpflege nicht mindestens acht Stunden erbracht wird, erfolgt keine Anrechnung auf die Höchstanspruchsdauer von 28 Tagen pro Kalenderjahr. Darüber hinaus ist das Pflegegeld bei stundenweiser Inanspruchnahme der Ersatzpflege von bis zu acht Stunden täglich an bis zu zwei aufeinander folgenden Tagen nicht zu kürzen.<sup>86</sup> Das hat zur Folge, dass in diesen Fällen die beitragspflichtigen Einnahmen nicht vermindert werden. Gleiches gilt auch dann, wenn die Ersatzpflege jeweils nur an einem oder zwei (vollen) Tagen in Anspruch genommen wird.

Für die die Ersatzpflege durchführende nicht erwerbsmäßig pflegende Person wird bereits mangels ausreichenden zeitlichen Umfangs Rentenversicherungspflicht gem. § 3 Satz 1 Nr. 1a, Sätze 2 und 3 SGB VI i.d.R. nicht in Betracht kommen. Gleiches gilt für die Einbeziehung in die gesetzliche Unfallversicherung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 17 SGB VII.

Verfasser:

---

84 GRS vom 10.10.2002, zu § 37, Ziffer 1 (1).

85 Siehe auch Besprechung der Spitzenverbände der Pflegekassen, des VDR, der BfA und des Verbandes der privaten Krankenversicherung über Fragen der Rentenversicherung von Pflegepersonen am 24.03.1999, TOP 3 der Niederschrift.

86 GRS vom 10.10.2002, zu § 39, Ziffer 1 (1).

128

Erich Koch

Dr. Erich Koch  
Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung  
- Fachbereich Landwirtschaftliche Sozialversicherung –  
Weißensteinstr. 70-72  
34141 Kassel

INTERNATIONALES
-----------------

Dr. Hans-Jürgen Sauer

**Internationales Kolloquium der IVSS-Sektion Forschung  
vom 19.-21.05.2003 in Athen  
ZWEIGSPEZIFISCHE ANSÄTZE FÜR DIE PRÄVENTION IN DER  
LANDWIRTSCHAFT\*)**

**I. Internationale Zusammenarbeit**

Die internationale Zusammenarbeit gewinnt im Hinblick auf das zusammenwachsende Europa und die weltweite Globalisierung immer mehr an Bedeutung. Dies betrifft den länderübergreifenden Informations- und Erfahrungsaustausch, damit im Sinne der Prüfung und Übernahme „guter Praktiken“ das „Rad“ nicht jeweils neu erfunden werden muss. Darüber hinaus erscheint es wichtig, fundierte und bewährte Grundüberzeugungen der nationalen agrar-sozialen Sicherungssysteme werbend in den auf Annäherung angelegten Prozess der „sogenannten offenen Koordinierung“ einzubringen. Dies trifft im besonderen Maße für die immer wieder innovativ fortentwickelten Strukturen der landw. Unfallversicherung einschl. der Prävention in Deutschland zu.

Diesem Anliegen sind die internationalen Kolloquien und sonstigen Aktivitäten der im Auftrag der Internationalen Vereinigung für soziale Sicherheit (IVSS) in Genf vom Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften (BLB) betreuten Sektion Landwirtschaft verpflichtet. Aber auch andere IVSS-Sektionen mit branchenspezifischer oder horizontaler Ausrichtung auf die gewerbliche Wirtschaft nehmen diesen Gestaltungsauftrag mit Erfolg wahr.

Hierzu zählte das im Rahmen der hellenischen Präsidentschaft der Europäischen Union vom Hellenischen Institut für Sicherheit und Gesundheit organisierte internationale Kolloquium der IVSS-Sektion Forschung vom 19.-21.05.03 in Athen. Diese querschnittsbezogene Sektion verfolgt in Aufgabenstellung und Zielsetzung die Unterstützung der anderen IVSS-Sektionen mit wissenschaftlichen Untersuchungen und deren Umsetzbarkeit in die Präventionspraxis.

Das internationale Kolloquium stand unter dem Leitthema:

„Werkzeuge zur Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Gesundheitsschutz bei der Arbeit – Beispiel der chemischen Gefährdungen“. An

---

\*) Die Abhandlung enthält nach einer Einleitung im zweiten Teil (IV) u. a. den wesentlichen Inhalt des Referats mit Bildschirmpräsentation, das der stellv. Hauptgeschäftsführer des BLB und Generalsekretär der IVSS-Sektion Landwirtschaft, Dr. Hans-Jürgen Sauer, anlässlich des internationalen Kolloquiums der IVSS-Sektion Forschung am 19.05.2003 in Athen gehalten hat.

der Veranstaltung unter Beteiligung des Ministers für Arbeit und Sozialversicherung Reppas der hellenischen Republik und der EU-Kommissarin für Beschäftigung und Soziales, Frau Diamantopoulou nahmen 350 Delegierte aus 25 Ländern teil. Auch die europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz in Bilbao war durch ihren Leiter H. H. Konkolewsky vertreten.

## **II. Zielsetzung des Kolloquiums**

Angesichts der Verpflichtung zur Anwendung der in Umsetzung der europäischen Arbeitsschutzrichtlinien erlassenen nationalen Vorschriften, zu denen auch solche zum Schutz vor Gefahrstoffexpositionen zählen, sind die Gefährdungsidentifizierung und Expositionsbeurteilung gleichermaßen mit Schwierigkeiten für die Betriebe verbunden. Das Kolloquium wollte Gelegenheit geben, die Probleme in der Praxis darzulegen.

Zur Unterstützung der Prävention in diesem Bereich wurden Werkzeuge entwickelt. Ziel ist es, die Entwicklungen auf dem Gebiet der Überwachung von Gefährdungen, insbesondere chemischer Gefährdungen, darzustellen. Um zukünftigen Forschungsarbeiten die Richtung zu weisen, wenn sich verfügbare Werkzeuge als unzureichend herausstellen, sollten bestehende Probleme näher beleuchtet und erprobte Lösungen vorgestellt werden. Gleichzeitig führen aktuelle Veränderungen zu Gefährdungen, die schwieriger zu beherrschen sind. Sie stehen im Zusammenhang mit organisatorischen, sozialen und technologischen Entwicklungen. Diese Gefährdungen, die den physischen Bereich ebenso betreffen wie den psychischen, machen eine Anpassung der Methoden, Ansätze und Instrumente der Prävention an die neuesten Entwicklungen erforderlich.

## **III. Praktische Bedeutung für die Prävention in der Landwirtschaft**

Dieser Thematik kommt im Hinblick auf das einleitend beschriebene Anliegen auch für die Prävention in der Landwirtschaft große Bedeutung zu. Dies betrifft am Beispiel Deutschlands im besonderen die aktuellen gemeinsamen Festlegungen von staatlicher Seite und der gesetzlichen Unfallversicherung zur künftigen Gestaltung des Vorschriften- und Regelwerks im Arbeitsschutz. Zur Gewährleistung der Zukunftsfähigkeit stellt sich für Staat und Unfallversicherung die gemeinsame Aufgabe ein kohärentes, sich ergänzendes Vorschriften- und Regelwerk aus staatlichen Arbeitsschutzvorschriften und Unfallverhütungsvorschriften (UVV) aufzubauen. Dabei steht der Anwender im Mittelpunkt. Die Vorschriften müssen für ihn durchschaubar und verständlich sein und der Praxis eine wirksame Hilfe zur Gewährleistung eines hohen Niveaus von Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit bieten.

In Anerkennung des hierarchischen Prinzips des Vorrangs staatlicher Rechtsetzung vor nachgeordnetem Satzungsrecht war für die Prävention in der Landwirtschaft stets maßgebend, dass nach den gesammelten Erfahrungen die selbstverwalteten LBGen und ihr Bundesverband am besten in der Lage sind, sektorspezifische Gefährdungen durch spezielle, nur für diese besonderen Tätigkeitsbereiche geltende UVVen zu verhindern, während sich die übergeordneten staatlichen Regelungen auf die Angabe von Schutzziele und Rahmenbedingungen beschränkten. Die UVVen sind dementsprechend praxisnah, übersichtlich, verständlich und den wirtschaftlichen Möglichkeiten angepasst, um den Menschen in den landw. Betrieben Sicherheit bei ihrer Arbeit zu geben. Damit wird ein hohes Maß an Akzeptanz erzielt, dass bei unüberschaubaren, praxisfernen und immer teureren Regelwerken gefährdet wäre. Die LBGen haben bereits drei Mal nach Wiedereinführung der sozialen Selbstverwaltung nach dem 2. Weltkrieg, d. h. in den Jahren 1958, 1981 und 2000 neue UVVen erlassen. Damit haben sie bewiesen, dass sie jederzeit in der Lage sind, den Arbeitsschutz, den neuen Erkenntnissen in Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz anzupassen. Die letzte Überarbeitung im Jahr 2000 hat das Vorschriftenwerk um ein Drittel reduziert.

Unverändert besteht die Notwendigkeit zur Rechtsetzung mit Bezug auf die nicht den staatlichen Arbeitsschutzvorschriften unterliegenden Familienbetriebe nebst Unternehmer/Ehegatten und mitarbeitenden Familienangehörigen. Andererseits ist konzeptionell zu gewährleisten, ein möglichst einheitliches Schutzniveau für alle in der Landwirtschaft Tätigen zu schaffen.

Es bot sich daher an, in dem internationalen Kolloquium diese auch in der Sektion Landwirtschaft vielfach vertretene Sichtweise einem international repräsentativem Forum mit einem Referat deutlich zu machen. Das hierfür gewählte Unterthema lautete „juristische Grundlagen und praktische Gesichtspunkte des Präventionsansatzes insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)“. Die wesentlichen Inhalte sind nachstehend wiedergegeben.

#### **IV. Die juristischen Grundlagen in der Prävention und deren praxisbezogene Umsetzung in KMU's**

„Ich bin Generalsekretär der IVSS-Sektion Landwirtschaft. In meiner nationalen Aufgabe bin ich stellvertretender Hauptgeschäftsführer des Bundesverbandes der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften. In diesem sind die zehn landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften zusammengeschlossen, die für die Prävention und die Entschädigung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten in der Landwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland zuständig sind.“

### 1. Sektion Landwirtschaft und Zusammenarbeit

Die IVSS-Sektion Landwirtschaft gehört unter den 11 IVSS-Sektionen zu den sehr stark branchenbezogenen Sektionen.



Sie behandelt alle Aspekte der beruflichen Gesundheit und der Sicherheit in der Landwirtschaft. Dies betrifft insbesondere auch die Gefährdungen, die aus der Benutzung von landwirtschaftlichen Maschinen und Geräten sowie dem Einsatz von gefährlichen Substanzen resultieren. Sie stimuliert adäquates Sicherheitsverhalten und gibt Empfehlungen für die Prävention von Unfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbezogenen Risiken.

Die Hälfte aller Arbeitskräfte in der Welt wird in der Landwirtschaft beschäftigt. Der Anteil der landwirtschaftlichen Arbeitskräfte an der Erwerbsbevölkerung insgesamt liegt in den Industrieländern weit unter 10 % und in den weniger entwickelten Regionen bei über 70%. Dabei gehört die Landwirtschaft insbesondere aufgrund der Tätigkeitsvielfalt und der unterschiedlichen Personenkreise zu den gefährdetsten Wirtschaftsbereichen. Dies unterstreicht die Bedeutung, die der Prävention in der Landwirtschaft trotz des in den Industrieländern zu beobachtenden starken Strukturwandels mit einer Schrumpfung der Beschäftigten zukommt.

Die Landwirtschaft stellt einen von vielfältigen Sonderfaktoren geprägten, ganz spezifischen Bereich dar. Dennoch bekennen wir uns zu der vom Besonderen Ausschuss für Prävention der IVSS koordinierten, aktuell angestrebten stärkeren Zusammenarbeit mit den anderen Sektionen. Dabei sind für die

Grundphilosophie einzelner Präventionsansätze die Erkenntnisse und Erfahrungen dieser wissenschaftlich mit dem Bezug zur Praxis angelegten Sektion Forschung nützlich und hilfreich.

## 2. Aktualität des Themas

Gerade das von Ihnen diesmal behandelte Thema, „Werkzeuge der Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Gesundheitsschutz bei der Arbeit“ ist für uns von großem Interesse. Unsere Sichtweise möchte ich dazu mit meinem Referat „die juristischen Grundlagen in der Prävention und deren praxisbezogene Umsetzung in KMU's“ deutlich machen.



**Internationales Kolloquium**  
vom 19. - 21. Mai 2003 Athen (Griechenland)





**Werkzeuge zur Umsetzung der europäischen Richtlinien  
zum Gesundheitsschutz bei der Arbeit**  
**Beispiel der chemischen Gefährdungen**

**Juristische Grundlagen und praktische Gesichtspunkte des Präventionsansatzes,  
insbesondere in KMUs**

**Dr. Hans-Jürgen Sauer,**  
Generalsekretär der IVSS-Sektion Landwirtschaft  
Bundesverband der landwirtschaftlichen  
Berufsgenossenschaften,  
Kassel, Deutschland

So bedarf es zunächst juristischer Rechtsverbindlichkeit in Form einer Rechtsetzung. Andererseits ist besonders die Landwirtschaft ein Beispiel dafür, dass abstrakte Normen unverzichtbar einer praxisbezogenen Konkretisierung bedürfen.

Zielsetzung ist dabei ein gleiches Schutz-Niveau für alle in der Landwirtschaft Tätigen: dies betrifft Arbeitnehmer ebenso wie die Selbständigen, Familienangehörigen usw.

## 3. Die juristische Ausgangslage für die Prävention in der Landwirtschaft - Große Vielfalt tätiger Personen im Unterschied zur gewerblichen Wirtschaft

Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz zielen auf das höchste Gut des Menschen. Sie sind daher in den meisten Ländern Gegenstand der Rechtset-

zung. Instrumente sind supranationale und nationale Gesetze im formellen Sinne, Rechtsverordnungen, Vorschriften, Richtlinien, technische Normen und ähnliche Dokumente.

Ein bedeutender Unterschied zur gewerblichen Wirtschaft besteht für die Landwirtschaft in der großen Vielfalt tätiger Personen. In das vielfältige Tätigkeitsspektrum sind Betriebsunternehmer und deren Ehegatten, Saisonarbeitskräfte, Arbeitnehmer, Familienangehörige und eine große Zahl sonstiger Mitshelfender, wie Kinder, Jugendliche und nach dem sonst üblichen Ruhestand weiterhin tätige Ältere eingebunden. So betreffen über 30 % der schweren Unfälle allein die über 60-jährigen.

#### **4. Geltungsbereich und Abstraktionsgrad von Arbeitsschutzgesetzen, z. B. EG-Richtlinien**

Probleme entstehen dadurch, dass die Rechtsetzung vielfach lediglich die Arbeitnehmer umfasst, während für Selbständige und Familienarbeitskräfte keine Schutzbestimmungen im weitesten Sinne bestehen.

Andererseits gelten oft die Arbeitsschutzgesetze allgemein für alle Wirtschaftszweige einschließlich der Landwirtschaft. Allgemeine Schutzziele und Rahmenbedingungen sind oft sehr abstrakt. Sie entfalten nur eine begrenzte Wirkung, sofern sie nicht durch spezifische Regelungen konkretisiert werden.

Auch können die gesetzlichen Verpflichtungen für die Betroffenen in der Landwirtschaft eine bürokratische und wirtschaftliche Überforderung bedeuten. Abstrakte und praxisferne gesetzliche Regelungen behindern zudem die Akzeptanz und die Motivation bei den Betroffenen.

Die auch für die Landwirtschaft wichtigen EWG-Richtlinien, so u. a. die Rahmenrichtlinie zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes (89/391/EWG) gelten nicht für Selbständige und die Familienangehörigen, sondern nur für Arbeitgeber-/Arbeitnehmerbetriebe.



Immerhin enthält diese Richtlinie in Art. 16 Abs. 1 eine Ermächtigungsgrundlage für eine konkretisierende Einzelrichtlinie für den im Anhang u. a. angeführten Bereich der Landwirtschaft. Hiervon ist bisher nicht Gebrauch gemacht worden. Unabhängig von der politischen Opportunität macht dies aber deutlich, dass die von allgemeinen Regelungen nicht abgedeckten Besonderheiten durchaus erkannt worden sind.

## 5. Nationale Umsetzung

Nationale Umsetzungsgesetze transformieren die EWG-Richtlinien in nationales Recht. Dies erfolgte in Deutschland u. a. durch das Arbeitsschutzgesetz vom 07.08.1996 und ergänzende Rechtsverordnungen.

Dennoch gilt auch hier das zuvor Gesagte: Der Geltungsbereich erstreckt sich auf die Arbeitnehmer in allen Wirtschaftsbereichen mit eben diesem hohen Abstraktionsgrad. Für Unternehmer/Ehegatten und mitarbeitende Familienangehörige gilt dieses staatliche Recht dagegen nicht.

## 6. Nachgeordnete Rechtsvorschriften

Es ist daher notwendig, in ausgewogener Umsetzung der Subsidiarität durch nachgeordnete Unfallverhütungsvorschriften, durch Regeln, Fibeln (z. B. Serie „Arbeitsschutz aktuell“ der BGen), Handlungsanleitungen usw. dieses Defizit praxisbezogen zu beheben.

Hierzu möchte ich Ihnen aus meinem Land 2 Beispiele und für den internationalen Bereich ein 3. Beispiel geben.

## **V. Beispiele der praxisbezogenen Umsetzung**

### **1. Gefährdungsbeurteilung**

Nach Artikel 6 Abs. 3 a der vorgenannten EWG-Rahmenrichtlinie hat der Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeiten des Unternehmens bzw. des Betriebs die Verpflichtung zur Beurteilung von Gefahren für Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer. Dies gilt u. a. bei der Auswahl von Arbeitsmitteln, chemischen Stoffen oder Zubereitungen und bei der Gestaltung der Arbeitsplätze.

Die Umsetzung dieser Verpflichtung durch das vorgenannte deutsche Arbeitsschutzgesetz schreibt in § 5 Abs. 1 vor, daß der Arbeitgeber durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln hat, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Die LBGen in Deutschland haben daraufhin eine konkretisierende Regelung (Handlungshilfe) getroffen, die Art und Umfang dieser Gefährdungsbeurteilung und die entsprechende Hilfestellung für den landwirtschaftlichen Arbeitgeber bzw. Betriebsunternehmer im einzelnen festlegt. Dies ist zur besseren Übersichtlichkeit in die folgenden Bereiche aufgeteilt: Bauliche Einrichtungen, Maschinen und Geräte, Werkstätten, Tierhaltung, Wein-/Obstbau, Gartenbau, Forst und sonstige Arbeitsbereiche. In den einzelnen Bereichen werden die Betriebszweige bzw. Betriebsarten aufgegliedert und die hier auftretenden Gefährdungen und Belastungen genannt. Zur Ausschaltung der Gefährdungen werden Maßnahmen aufgezeigt und Hinweise gegeben, wo weitere Informationen zu finden sind. Dies gilt als Angebot auch für die Betriebsunternehmer und Familienangehörigen.

### **2. Pflanzenschutzmittel**

Bei der Gefährdungsbeurteilung hat der Betriebsunternehmer besonderen Augenmerk zu richten auf Gefahren durch physikalische, chemische und biologische Einwirkungen. Im Bereich der Landwirtschaft sind hier insbesondere die Pflanzenschutzmittel zu erwähnen.

Grundlage für den ganzheitlichen Einsatz von Pflanzenschutzmitteln - Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier sowie der Umwelt - ist die Richtlinie 91/414/EWG über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln. Die Richtlinie regelt die Voraussetzungen für die Zulassung und für das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln in Europa.

Diese europäischen Bestimmungen werden flankiert durch nationale Gesetzgebung, z. B. das Pflanzenschutzgesetz, die Pflanzenschutzmittelverordnung und die Pflanzenschutzsachkundeverordnung, die vom Anwender u. a. fordert

- ausreichende Sachkunde beim Umgang mit Pflanzenschutzmitteln (gute fachliche Praxis)
- Beachtung des integrierten Pflanzenschutzes
- regelmäßige Prüfung der Pflanzenschutzgeräte durch zugelassene Stellen
- Bereitstellung von persönlicher Schutzausrüstung
- Bereitstellung von Betriebsanweisungen.

Konkretisiert werden diese staatlichen Rahmenbedingungen z. B. durch Unfallverhütungsvorschriften, Broschüren und CD-Roms der LBGen.

So schreibt § 8 der einschlägigen Unfallverhütungsvorschrift VSG 4.5 „Gefahrstoffe“ folgendes vor:

(1) „Der Unternehmer muss sicherstellen, dass

1. zulassungsbedürftige Pflanzenschutzmittel nur verwendet werden, wenn sie von der Biologischen Bundesanstalt für Land- und Forstwirtschaft zugelassen sind,
2. die Hinweise des Pflanzenschutzmittelherstellers zur Vermeidung von Gefährdungen auch nach dem Ausbringen von Pflanzenschutzmitteln beachtet werden.

Die erläuternde Durchführungsanweisung hierzu besagt folgendes:

„Gefährdungen können z. B. auftreten, wenn

- Wartezeiten, z.B. wegen der Langzeitwirkung nicht beachtet werden,
- Freilandkulturen zu früh betreten werden,
- unzureichend belüftete Gewächshäuser betreten werden.“

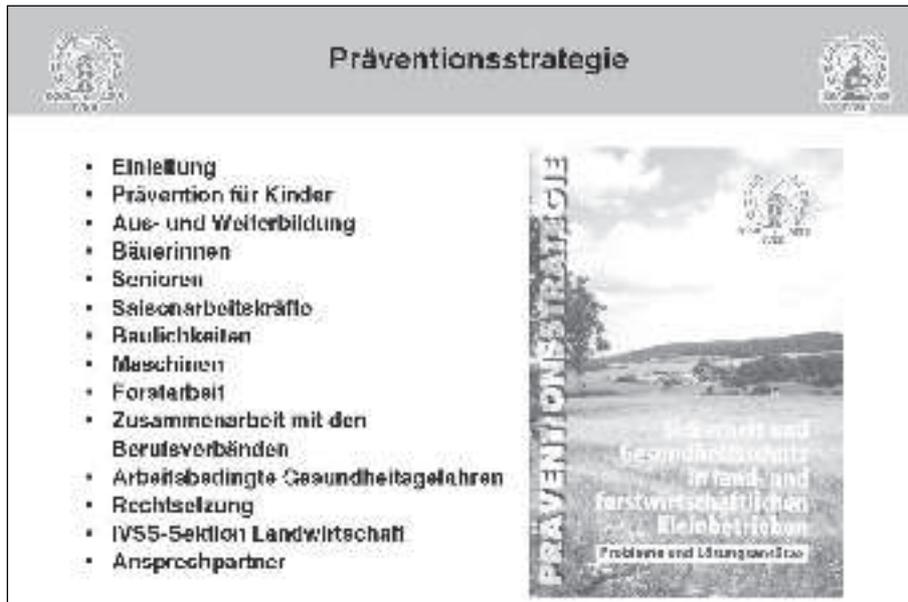
(2) Beim Umgang mit Pflanzenschutzmitteln ist die persönliche Schutzausrüstung nach Angaben des Pflanzenschutzmittelherstellers zu benutzen“.

Nach der Durchführungsanweisung wird bezüglich der Auswahl der erforderlichen persönlichen Schutzausrüstung auf die jeweilige Gebrauchsanweisung und auf die Gebrauchsanleitung des Pflanzenschutzmittelherstellers hingewiesen.

Ferner geben die CD-ROM „Prävention auf einen Blick (3)“ und Broschüren (z. B. „Pflanzenschutz im Gartenbau“ und „Gefahren und Schutzmaßnahmen



Die Sektion Landwirtschaft hat daher für die Hauptproblemfelder eine spezifische Präventionsstrategie „Sicherheit und Gesundheitsschutz in land- und forstwirtschaftlichen Kleinbetrieben - Probleme und Lösungsansätze“ ausgearbeitet.



Für die Hauptproblemfelder in der Landwirtschaft werden die eine effiziente Prävention erschwerenden Schwierigkeiten zunächst dargestellt. Mit konkretem Bezug hierauf werden alsdann Ziele und Strategien entwickelt und schließlich Lösungen für eine effiziente Prävention angeboten. Diese Strategie soll allen interessierten Kreisen als konkrete Handlungsanleitung für Präventionsmaßnahmen dienen. Sie wendet sich an politisch verantwortliche Entscheidungsträger, die EU-Kommission, nationale Gesetzgeber, Sozialpartner, Sozialversicherungsträger, Interessenvertretungen, Beratungs- und Überwachungsdienste, staatliche Arbeitsinspektorate, technische Aufsichtsdienste, sonstige Multiplikatoren und Förderer.

Diese Präventionsstrategie ist in 10 Arbeitssprachen (arabisch, deutsch, englisch, französisch, italienisch, polnisch, portugiesisch, slowenisch, spanisch, ungarisch) verfügbar und hat damit eine weltweite Verbreitung gefunden.

An diesen Beispielen sollte - ausgehend von EU-Richtlinien über die nationale Gesetzgebung bis hin zu Unfallverhütungsvorschriften, Handlungsanleitungen und Informationsschriften - die Umsetzung für die betriebliche Praxis demonstriert werden“.

**VI. Schlussbetrachtung**

An diese Darstellung schloss sich eine lebhafte Diskussion an, in der das Interesse an der praxisbezogenen Umsetzung staatlicher Rahmenvorgaben deutlich wurde. Ergänzend hierzu wurden im Referat vorgestellte Unterlagen inzwischen auf Anforderung übersandt. Auch ist in Aussicht genommen, die Präventionsstrategie der Sektion Landwirtschaft in griechisch herauszugeben.

Die Sektion Landwirtschaft wird auch weiterhin bemüht sein, durch internationale Zusammenarbeit eine den Interessen aller in der Landwirtschaft Tätigen dienende, an die Belange der Praxis ausgerichteten Prävention zu fördern.

Verfasser:

Dr. Hans-Jürgen Sauer

stellvertretender Hauptgeschäftsführer

Bundesverband der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften

Weißensteinstraße 70 - 72

34131 Kassel

## PERSÖNLICHES

### **Direktor Werner Melzer, erster Geschäftsführer der Landwirtschaftlichen Sozialversicherung Berlin, in den Ruhestand verabschiedet**



Am 21. Mai 2003, am Tage seines 65. Geburtstages, wurde der erste Geschäftsführer der Träger der Landwirtschaftlichen Sozialversicherung Berlin, Herr Direktor Werner Melzer, im Rahmen einer Feierstunde im Verwaltungsgebäude in Hönow bei Berlin im Beisein ehemaliger und amtierender Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane und einer Reihe von Ehrengästen aus dem Amt verabschiedet.

Werner Melzer stand mehr als 30 Jahre im Dienst der landwirtschaftlichen Sozialversicherung, zunächst bei den Bundesverbänden der landwirtschaftlichen Sozialversicherung in Kassel und seit 1991 bei der LSV Berlin. Der gebürtige Chemnitzer legte 1958 in Kassel das Abitur ab und studierte Rechtswissenschaften in Marburg. Nach der 2. juristischen Staatsprüfung und kurzer Tätigkeit in einer Anwaltskanzlei erfolgte im November 1969 der Dienstantritt beim Gesamtverband der landwirtschaftlichen Alterskassen in Kassel. Bis zu seinem Wechsel nach Berlin im Mai 1991 war er bei den Bundesverbänden der LSV als persönlicher Referent des damaligen Hauptgeschäftsführers Dr. Kurt Noell sowie als Dezernent für Dienstrecht, Aus- und Fortbildung, für Selbstverwaltung und als nebenamtlicher Dozent am Verwaltungsseminar tätig. Sein schon damals großes Engagement für die Ausbildung junger Menschen fand auch in seiner Tätigkeit als Vorsitzender verschiedener Prüfungsausschüsse seinen Niederschlag.

Im Mai 1991 wurde er zur LBG und LKK Berlin abgeordnet. Im Oktober 1992 wurde er von der Vertreterversammlung der LBG Berlin einstimmig zum ersten Geschäftsführer gewählt. Mit der Errichtung der Landwirtschaftlichen Pflegekasse Berlin im Jahre 1994 und der Errichtung der Landwirtschaftlichen Alterskasse Berlin im Januar 1995 wurde Werner Melzer auch Geschäftsführer dieser beiden Träger. Seit August 1993 gehörte Direktor Melzer dem Unfallversicherungsausschuss des Bundesverbandes der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften an, seit Juli 1997 dem Ausschuss für Dienstrecht, Ausbildung, Studium, Selbstverwaltung der Bundesverbände sowie seit April 2000 dem Beirat für Sicherheit und Gesundheitsschutz des BIB.

Joachim Kühne, Vorstandsvorsitzender der LSV Berlin, hob in seiner Würdigung hervor, dass Werner Melzer an der Einführung der LSV in den

neuen Bundesländern von Anfang an engagiert und entscheidend mitgewirkt hat und es immer sein Ziel war, die einzelnen Versicherungsträger zu einem Element des Berufsstandes aufzubauen und zu gestalten. Es sei ihm gelungen, in unermüdlicher Kleinstarbeit die Akzeptanz der Bauern für die Sozialversicherung zu erreichen. Die Fusion mit der Sächsischen LSV, die nach Abspaltung des Landes Sachsen von der LSV Berlin im März 1992 neu errichtet worden war, habe Werner Melzer während seiner Amtszeit jedoch nicht mehr realisieren können, obwohl ihm dieses Ziel immer ganz besonders am Herzen lag. Für seinen erfolgreichen Einsatz als Geschäftsführer der LSV Berlin sprach ihm Joachim Kühne im Namen der Vorstände besonderen Dank und hohe Anerkennung aus und wünschte für den nun beginnenden Ruhestand alles erdenklich Gute.

Im Namen des Berufsstandes dankte der Präsident des Landesbauernverbandes Sachsen-Anhalt, Werner Gutzmer, für die über 12jährige vertrauensvolle Zusammenarbeit auf einem sehr sensiblen Gebiet. Der Berufsstand in den neuen Ländern habe in den Anfangsjahren große Schwierigkeiten in der Umstellung auf ein völlig neues Unfallversicherungssystem gehabt und natürlich sei der Geschäftsführer erste Zielscheibe für den "Abwehrkampf" gewesen. Mit Überzeugungskraft, Beharrlichkeit und diplomatischem Geschick sei es Werner Melzer jedoch gelungen, Akzeptanz für die landwirtschaftliche Unfallversicherung herzustellen. Der gesamte Aufbau der eigenständigen berufsständischen agrarsozialen Sicherungssysteme in den neuen Bundesländern sei mit dem Namen Werner Melzer, mit seiner persönlichen Initiative, seinem Engagement, Ideenreichtum und Durchsetzungsvermögen eng verbunden.

Frühere Weggenossen aus der Selbstverwaltung und den Bundesverbänden erinnerten an die schwierigen Zeiten nach der Wende und mit welcher Zähigkeit und mit welchem Beharrungsvermögen Werner Melzer es geschafft hat, ein modernes Dienstleistungsunternehmen aufzubauen und die Akzeptanz der Landwirte für die landwirtschaftliche Sozialversicherung zu erreichen.

**Neues Team bei der LSV Berlin**  
**Ullrich Schröder neuer Geschäftsführer**



Der neue Geschäftsführer der Landwirtschaftlichen Sozialversicherung Berlin, Ullrich Schröder, ist im Rahmen einer Feierstunde am 21. Mai 2003 in sein Amt eingeführt worden.

Er war am 11. Dezember 2002 von der Vertreterversammlung der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft einstimmig als Nachfolger von Direktor Werner Melzer zum Geschäftsführer gewählt worden. Als Geschäftsführer der Berufsgenossenschaft ist er kraft Gesetzes zugleich Geschäftsführer auch der

anderen Träger der Landwirtschaftlichen Sozialversicherung Berlin, also der Alterskasse, Krankenkasse und Pflegekasse.

Der 53jährige Jurist, der seit 1. März 1993 bei den LSV-Trägern Berlin tätig ist, war vor seiner Wahl zum stellvertretenden Geschäftsführer im Dezember 1992 langjährig Referatsleiter im Bundesversicherungsamt. In den mehr als 10 Jahren als stellvertretender Geschäftsführer hat er nicht unwesentlich zum erfolgreichen Aufbau der LSV Berlin beigetragen und ist mit allen Belangen und Problemen der landwirtschaftlichen Unternehmen und der Mitglieder und Versicherten bestens vertraut.

Ullrich Schröder hat die Geschäftsführung der LSV-Träger Berlin am 1. Juni 2003 übernommen.

**Andreas Dietze neuer stellvertretender Geschäftsführer**

Der neue stellvertretende Geschäftsführer der Landwirtschaftlichen Sozialversicherung Berlin, Andreas Dietze, ist im Rahmen einer Feierstunde am 21. Mai 2003 in Hönow in sein Amt eingeführt worden. Herr Dietze war am 11. Dezember 2002 von der Vertreterversammlung der Landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft Berlin einstimmig zum stellvertretenden Geschäftsführer gewählt worden. Kraft Gesetzes ist er damit zugleich auch stellvertretender Geschäftsführer der Landwirtschaftlichen Alterskasse, Krankenkasse und Pflegekasse Berlin.

Der 37jährige Jurist ist seit 1. März 1996 bei den LSV-Trägern Berlin tätig. Nach Einsatz in verschiedenen Bereichen der LSV war er seit Februar 1997 Referent der Entschädigung bei der Berufsgenossenschaft. Sein Amt als stellvertretender Geschäftsführer hat er am 1. Juni 2003 angetreten.

## BÜCHER

### **Kurzinformation über Arbeitsunfälle - Wegeunfälle - Berufskrankheiten.**

Eine gedrängte Darstellung über Versicherungsschutz, Versicherungsfälle, Leistungen, Meldepflichten, Verfahren und Rechtsfolgen bei schuldhaft herbeigeführten Arbeitsunfällen mit Übersichten, Skizzen und Berechnungsbeispielen.

*Von Rechtsanwalt Dr. Heinz Schiekef, ehemals Direktor bei der Hütten- und Walzwerks-Berufsgenossenschaft, und Direktorin Dr. Heike Braunsteffer, Mitglied der Geschäftsführung der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege, unter Mitarbeit von Verwaltungsdirektor Jörg Schudmann, Geschäftsführer der Bezirksverwaltung Bochum der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege, 16., überarbeitete Auflage, 2003, 64 Seiten, 14,4 x 21 cm, kartoniert, EUR (D) 6,25/ sfr 11,-. Staffelpreise: ab 10 Expl. EUR (D) 5,85, ab 50 Expl. EUR (D) 5,35, ab 100 Expl. EUR (D) 4,80 je Exemplar, ISBN 3 503 07006 0. Erich Schmidt Verlag – Berlin, Bielefeld, München.*

Diese Kurzinformation gibt einen komprimierten Überblick über die gesetzliche Unfallversicherung, ihre Aufgaben, ihre Versicherungsfälle und ihre Leistungen. Sie vermittelt allen interessierten Personen die notwendigen Kenntnisse zur Beantwortung der wichtigsten Fragen, die sich im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen, Wegeunfällen und Berufskrankheiten immer wieder ergeben.

Die Konzeption und Zielrichtung sind auch in dieser Auflage unverändert erhalten geblieben. Die gesetzlichen Änderungen wurden eingearbeitet sowie die Darstellung zu den Entgeltersatz- und Hinterbliebenenleistungen aktualisiert. Außerdem wurde das Adressenverzeichnis der Berufsgenossenschaften um deren Internetadressen erweitert.

Als Orientierungshilfe mit Übersichten, Skizzen und Berechnungsbeispielen ist die Kurzinformation ein guter Ratgeber für alle Personen und Institutionen, die sich mit Fragen der gesetzlichen Unfallversicherung befassen.

**Die Psychologie der zahnärztlichen Gruppenprophylaxe.** Leitfaden für die Praxis. Mit einem Geleitwort der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für Jugendzahnpflege e. V. (DAJ).

*Herausgegeben von Prof. Dr. Almuth Künkel, Psychologin und als Professorin für Entwicklungspsychologie an der Fachhochschule Düsseldorf tätig. Jahr 2003, 134 Seiten, 29,90 €. ISBN 3 - 87706 - 724 - 7, Schlütersche GmbH und Co KG, Verlag und Druckerei, Hans Böckler Allee 7, 30173 Hannover.*

Die zahngesundheitliche Gruppenprophylaxe richtet sich an Kinder und Jugendliche in Kindergärten und Schulen mit dem Anliegen, die Mundgesundheit der Heranwachsenden zu verbessern, ernährungs- und pflegebedingten Zahnkrankheiten vorzubeugen und die jungen Menschen zu motivieren,

Verantwortung für die eigene Gesundheit zu übernehmen. Die Umsetzung der Ziele der Gruppenprophylaxe ist eine schwierige Aufgabe, die Zahnärzte, Prophylaxe-Helferinnen, Erziehungspersonen, aber auch Mitarbeiter von Krankenkassen zu bewältigen haben.

Wie lernen Kinder das, was für ihre Gesundheit nützlich und sinnvoll ist, wofür strengen sie sich an? Wie lassen sich nachhaltige Gewohnheiten aufbauen und Rückschläge überwinden? Darauf gibt die Autorin Almuth Künkel in diesem pädagogisch-psychologischen Leitfaden verständliche und in der Praxis erprobte Antworten. Die Entwicklungspsychologin schildert die Besonderheiten der einzelnen Alters- und Entwicklungsstufen zwischen 3 und 16 Jahren, stellt geeignete Materialien und Methoden vor und zeigt mit Humor und Einfühlungsvermögen, wie man sich und andere für Gesundheitsförderung begeistern kann.

Der Inhalt gliedert sich wie folgt:

- Ziele und Inhalte der zahnärztlichen Gruppenprophylaxe
- Grundlagen der Kommunikation
- Wie werden Gewohnheiten aufgebaut?
- Entwicklung in verschiedenen Altersstufen
- Umgang mit Widerstand und Konflikten
- Materialien und Methoden aus den Arbeitsgemeinschaften

Aufgrund ihrer Erfahrungen ist die Autorin in der Lage, ihre Antworten und Lösungsangebote mit vielfältigen Beispielen und Tipps für die konkrete Umsetzung zu unterlegen. Dabei lässt sie gleichzeitig entsprechenden Raum für die Individualität des Vorgehens und für die Verschiedenheit der gewachsenen Strukturen.

Das Studium des vorliegenden Werkes stellt für jeden mit der Gruppenprophylaxe befassten Leser - ganz gleich, ob auf der Seite der Durchführenden oder der Finanziers - eine wertvolle Bereicherung dar.

B. Wiethardt

**Disease-Management in der gesetzlichen Krankenversicherung.** *Strukturierte Behandlungsprogramme für chronisch Kranke. Kommentar und Materialsammlung. Herausgegeben von Dr. jur. Dieter Krauskopf, Jahr 2003, Umfang des Gesamtwerkes zurzeit ca. 1.000 Seiten, DIN 5 im Ordner mit Registern, 64,00 € . Titel Nr. 554999, ISBN 3 - 537 - 55499 - 0. Asgard-Verlag Dr. Werner Hippe GmbH, Postfach 1465, 53732 St. Augustin.*

Nach der Veröffentlichung der entsprechenden Anlagen zur Risikostruktur-Ausgleichsverordnung (RSAV) durch das BMGS konnten auf der Landesebene Disease-Management-Programme zu den Krankheitsbildern "Diabetes

mellitus Typ 2“, „Brustkrebs“ und „Koronare Herzerkrankungen (KHK)“ vereinbart werden. Die Verordnung zum Krankheitsbild „Asthma bronchiale“ ist in Vorbereitung. Damit wird in der GKV ein neuer Weg zu übergreifenden strukturierten Behandlungsprogrammen beschritten. Der praktische Umgang mit Disease-Management-Programmen ist für die meisten Ärzte, Krankenkassen und Patienten absolutes Neuland. Am Anfang stehen viele Fragen. Welche rechtlichen, medizinischen und organisatorischen Grundlagen gelten für welches Programm? Wen darf der Arzt in ein Programm einschreiben? Welche Daten müssen erhoben und weitergegeben werden? Wie hat die ordnungsgemäße Dokumentation zu erfolgen? Was ist bei der Abrechnung zu beachten?

Das neue Werk „Disease-Management in der gesetzlichen Krankenversicherung“ begleitet die Entwicklung und Umsetzung von Disease-Management-Programmen aktuell. Es informiert schnell und umfassend über alle relevanten Themen und Entwicklungen und gibt Antwort auf die meisten oben gestellten Fragen.

Der Inhalt gliedert sich wie folgt:

- Einführung in die Thematik
- Literaturverzeichnis
- Gesetzliche Grundlagen, einschließlich Kommentierung
- Zulassungsvoraussetzungen von Disease-Management-Programmen
- Auswirkungen strukturierter Behandlungsprogramme auf den Risikostrukturausgleich
- Akkreditierte Verträge über strukturierte Behandlungsprogramme (bisher Brustkrebs-DMP im Bereich der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein sowie Diabetes mellitus Typ 2-DMP in den Bereichen der Kassenärztlichen Vereinigungen Nord-Württemberg, Sachsen und Thüringen)

Vorgesehen ist eine inhaltliche Ergänzung um:

- Statistik
- Rechtsprechung

Da das Werk als Loseblattsammlung konzipiert ist, kann der Inhalt entsprechend der im Aufbau befindlichen Thematik kontinuierlich ergänzt und schnell auf den aktuellsten Stand gebracht werden. Ob Gesetze, Kommentare oder Materialien - man hat immer die neuesten Informationen zur Hand.

Das vorliegende Werk trägt dazu bei, sich in der komplizierten Materie „Disease-Management-Programme“ schnell zurechtzufinden und die Regelungen, Strukturen und Abläufe kennen zu lernen.

Obwohl die landwirtschaftlichen Krankenkassen nicht am Risikostrukturausgleich teilnehmen, dürfen sie dennoch ihren Versicherten die Teilnahme an Disease-Management-Programmen anbieten. Das setzt bei den Mitarbeitern ein hohes Maß an umfassendem aktuellem Wissen voraus. Dabei kann das neue Werk wertvolle Hilfestellung leisten und den Mitarbeitern die notwendige Sicherheit geben, die Teilnahme ihrer Versicherte an Disease-Management-Programmen richtig organisiert zu haben. Insoweit kann die Anschaffung dieses Werkes als nützliche Investition bezeichnet werden.

B. Wiethardt

**Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt,** Markus Engert, *Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, Oxford, Wien: Lang 2002, (Europäische Hochschulschriften – Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 3479), Zugl.: Freiburg (Breisgau) Univ., Diss., 2002, ISBN 3-631-39690-2, br. 45, 50 €*

Das Rechtsinstitut des Verwaltungsaktes ist zweifellos die verbreitetste und wichtigste Handlungsform der öffentlichen Verwaltung. Immer dann, wenn eine Behörde dem Bürger regelnd - insbesondere rechtsgestaltend - gegenübertritt, sei es im Bereich des baurechtlichen Genehmigungs- oder des polizeilichen Verbotsverfahrens, im Bereich des staatlichen Prüfungs-wesens oder innerhalb der sozialrechtlichen Leistungsbewilligung bzw. Beitragserhebung, bedient sie sich regelmäßig des hoheitlichen Instruments „Verwaltungsakt“ (VA). Das Bundesverwaltungsgericht hat den VA daher zu Recht als den „Zentralbegriff des deutschen Verwaltungsrechts“ bezeichnet (BVerwGE 31, 301, 304).

Der seit Anfang des 19. Jahrhunderts gebräuchlich gewordene Begriff des Verwaltungsaktes wurde 1976 erstmals gesetzlich definiert (§ 35 VwVfG, vgl. auch § 31 SGB X bzw. § 118 AO). Jeder Jurastudent, aber auch jeder Verwaltungs-, Finanz- oder Sozialversicherungsfachangestellte lernt ihn während seiner Ausbildung kennen. Doch woher stammt dieser Begriff eigentlich? Wer hat ihn erdacht und wie hat er sich im Laufe der Zeit innerhalb der unterschiedlichen deutschen Verfassungen entwickelt?

Antworten auf all diese Fragen gibt Markus Engert in seiner 2002 erschienenen und von Prof. Dr. Thomas Würtenberger betreuten Freiburger Dissertation.

Die Arbeit beginnt mit einer kurzen, gleichwohl übersichtlichen Darstellung des VA-Begriffs in der verwaltungsrechtlichen Literatur seit Beginn des 19. Jahrhunderts. Im Anschluss daran erläutert der Verfasser ausführlich die begriffliche Entstehungsgeschichte des Verwaltungsaktes. Sodann wird der begrifflichen Fortentwicklung in der Weimarer Republik, in der Zeit des Nationalsozialismus und nach 1945 mit großer Detailgenauigkeit nachgegangen.

Das auf den ersten Blick nostalgisch anmutende Thema der Arbeit erweist sich bereits nach wenigen Seiten der Lektüre als überaus spannend und (rechts-)politisch höchst brisant, weil Engert exemplarisch aufzeigt, dass Rechtsinstitute, die wir heute als gegeben erachten, nicht „vom Himmel gefallen“, sondern politisch-instrumentierte bzw. instrumentierbare Menschenwerke sind. Dabei erscheint es als besonders hervorhebenswert, dass sich der Autor sehr ausführlich mit der „Fortentwicklung“ des VA-Begriffs während der Zeit des Nationalsozialismus beschäftigt hat, einem Thema, das in der einschlägigen Literatur bislang weitgehend umgangen wurde. Engert legt in beeindruckender und gleichsam bedrückender Weise dar, dass formale Gesetze und dogmatische Strukturen letztendlich nicht entscheidend sind für das tatsächliche Rechtssystem in einem Staatswesen.

Rechtshistorische Dissertationen verstauben normalerweise in den Archiven, ohne jemals von praktizierenden Juristen beachtet worden zu sein. Es sei die Prognose gewagt, dass es der hier zu besprechenden Arbeit nicht so ergehen wird, zumal der Gegenstand ihrer Untersuchung - der VA - (trotz zwischenzeitlich erfolgter Legaldefinition) bis in die heutige Zeit kontrovers diskutiert wird und noch immer Anlass zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten gibt.

Markus Engert hat mit seiner exakt und pointiert formulierten Arbeit dazu beigetragen, ein historisch gewachsenes und bis heute als selbstverständlich erachtetes Rechtsinstitut zu entthronisieren, was jenem angesichts seiner durch Legaldefinitionen und Alltagsgebräuchlichkeit gewachsenen Machtfülle durchaus bekömmlich ist.

Ich habe Engerts Arbeit mit großem Interesse gelesen und empfehle sie jedem Studierenden wie auch Verwaltungspraktiker, der sich mit dem Rechtsinstitut des Verwaltungsaktes zu befassen hat.

K.- F. Köhler