



# Soziale Sicherheit in der Landwirtschaft

1/2009

**Pflegeversicherung ■ Rabattverträge**

Herausgegeben vom  
Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung

Weißensteinstraße 70/72, 34131 Kassel  
Telefon: 0561/9359-240  
Telefax: 0561/9359-244  
Internet: [www.lsv.de](http://www.lsv.de)

Gesamtschriftleitung: Eckhart Stüwe  
Redaktionelle Gestaltung: Albert Münz

Druck: Hans Meister KG, Druck- und Verlagshaus,  
Werner-Heisenberg-Straße 7, 34123 Kassel

Verlagspostamt Kassel

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Auffassung der Verfasser wieder. Der Nachdruck ist nur mit Einwilligung der Schriftleitung unter Quellenangabe gestattet. Für unverlangte Manuskripte und Besprechungsexemplare übernimmt die Schriftleitung keine Gewähr.

## Inhalt 1/2009

---

FACHBEITRÄGE
--------------

Marco Beyer / Bettina Stüwe Strukturelle Änderungen in der landwirtschaftlichen Pflegeversicherung	5
Marco Beyer / Bettina Stüwe Das Pflegezeitgesetz	53
Dr. Marion Wille Rechtliche Rahmenbedingungen für den Abschluss von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V	71
Karl Friedrich Köhler Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts für das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren der landwirtschaftlichen Sozialversicherung	102

BÜCHER
--------

Mediation im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess	130
Der geschädigte Arbeitnehmer	132



Marco Beyer / Bettina Stüwe

## **Strukturelle Änderungen in der landwirtschaftlichen Pflegeversicherung (Teil 1)**

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung zum 1. Juli 2008 versucht der Gesetzgeber, die soziale und private Pflegeversicherung auf den demographischen Wandel in der bundesdeutschen Bevölkerung vorzubereiten. Vor allem der pflegeversicherungsimmanente Grundsatz „ambulant vor stationär“ soll aus sozialpolitischen Gründen zukünftig noch stärker betont werden. Mit dem Weiterentwicklungsgesetz soll nochmals eindeutig hervorgehoben werden, dass die Pflege eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe der Bevölkerung ist und bleibt.

Im ersten Teil dieses Aufsatzes werden zunächst die zu bewältigenden Probleme des Sozialversicherungszweiges „Pflegeversicherung“ analysiert und die eingeleiteten Gegenmaßnahmen durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz mit ihrem vermutlichen Wirkungsgrad kurz dargestellt. Neben der erstmaligen Dynamisierung der Leistungsbeträge ist insbesondere die neu organisierte Qualitätssicherung und -weiterentwicklung Themenschwerpunkt. Der Auf- und Ausbau wohnortnaher Versorgungsstrukturen, die eine quartiersbezogene Versorgung und Betreuung der hilfebedürftigen Menschen in der eigenen Häuslichkeit oder in anderen ambulanten Wohnformen ermöglichen, soll durch die Schaffung von Pflegestützpunkten und der Pflegeberatung gewährleistet werden. Der zweite Teil des Aufsatzes wird sich mit diesem Aspekt, seinen Auswirkungen und Umsetzungsmöglichkeiten für die LSV befassen. Des Weiteren werden im zweiten Teil die Erweiterung des leistungsberechtigten Personenkreises mit eingeschränkter Alltagskompetenz um die sog. Pflegestufe „0“ sowie die Ausweitung des Anspruches der Tages- und Nachtpflege thematisiert.

Inhaltsverzeichnis:

**A. Einführung**

**B. Ziel des Reformkonzeptes**

**C. Allgemeine und leistungsrechtliche Änderungen**

**I. Änderung der allgemeinen Vorschriften**

**II. Prüfung des leistungsberechtigten Personenkreises**

1. Allgemeine Bearbeitungsfrist
2. Erweiterung des Prüfauftrages
3. Datenaustauschverfahren

**III. Leistungsrechtliche Änderungen**

1. Vorversicherungszeit
2. Leistungserhebliche Entscheidung der Pflegekasse
3. Unterbrechungstatbestände nach § 34 SGB XI
4. Änderungen im Leistungsumfang, Leistungsdynamisierung
  - a) Sachleistung bei ambulanter Pflege (§ 36 SGB XI)
  - b) Poolen von Leistungen
  - c) Betreuungsleistung als neue Sachleistungsart
5. Pflegegeld (§ 37 SGB XI)
6. Ersatzpflege (§ 39 SGB XI) und Kurzzeitpflege (42 SGB XI)
7. Kurzzeitpflege von zu Hause gepflegten Kindern unter 18 Jahren
8. Tages- und Nachtpflege (§ 41 SGB XI)
9. Vollstationäre Pflege (§ 43 SGB XI)
10. Zusätzliche Betreuungsleistungen (§§ 45a, 45b SGB XI und § 87b SGB XI)
11. Belastungsgrenze

**IV. Förderung ehrenamtlicher Strukturen**

**V. Beratung und Aufklärung**

1. Beratung als Aufgabe der Pflegekasse
2. Pflicht zur Inanspruchnahme von Beratung
3. Pflegebegleitung
4. Pflegestützpunkte

**D. Änderungen im Bereich der Leistungserbringer**

- I. **Versorgungsverträge, Rahmenempfehlungen, Wirtschaftlichkeitsprüfungen**
- II. **Einzelpflegekräfte**
- III. **Ärztliche Versorgung in stationären Pflegeeinrichtungen**

**E. Qualität und Qualitätssicherung**

- I. **Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung von Pflegequalität**
- II. **Expertenstandards**
- III. **Schiedsstelle**

**IV. Qualitätsprüfungen und Veröffentlichung der Prüfergebnisse**

1. Externe Qualitätssicherung
2. Regelprüfungen
3. Verringerung des Prüfumfangs
4. Anlass- und Wiederholungsprüfungen
5. Durchführung der Prüfungen

**V. Berichtspflicht des MDK****VI. Veröffentlichung der Qualitätsberichte nach § 115 Abs. 1a SGB XI****VII. Festlegungen****VIII. Darstellung der Ergebnisse****A. Einführung**

Die zum 1. Januar 1995 eingeführte soziale und private Pflegeversicherung genießt in der bundesdeutschen Bevölkerung ein hohes Maß an Akzeptanz. Sie hat sich als „fünfte Säule“ des Sozialversicherungssystems ihren Platz hart erkämpft und behauptet. Trotz ihres typischen Teilkaskoprinzips tragen die Leistungen wesentlich dazu bei, dass viele Pflegebedürftige entsprechend ihrem Wunsch weiterhin zu Hause versorgt werden können. Den Betroffenen und ihren Familien wird zudem geholfen, die finanziellen Belastungen, die

mit der Pflegebedürftigkeit zusammenhängen, zu tragen<sup>1</sup>. Ungeachtet aller Erfolge der mittlerweile etablierten Pflegeversicherung darf nicht darüber hinweg gesehen werden, dass eine Weiterentwicklung des Pflege-Systems zwingend notwendig ist, damit den zukünftigen gesellschaftlichen Entwicklungen sowie den persönlichen Wünschen und Bedürfnisse der Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen entsprochen werden kann. Aber erst der besorgniserregende Blick auf die demographische Entwicklung veranlasste die Politik nun nach Jahren der Ankündigungen und Verschiebungen, die Pflegeversicherung inhaltlich und strukturell fortzuentwickeln.

Mit derzeit 2,13 Millionen Bundesbürgern<sup>2</sup>, die als pflegebedürftig im Sinne des Elften Sozialgesetzbuchs (SGB XI) eingestuft sind, hat sich die Zahl der pflegebedürftigen Empfänger seit 1995 nahezu verdoppelt. Die Europäische Kommission prognostiziert sogar in ihrem im April 2008 veröffentlichten Bericht<sup>3</sup> die Verdopplung der Zahl der Pflegebedürftigen in Deutschland bis in das Jahre 2050. Nicht nur Experten<sup>4</sup> aus der Berufs- und Gesundheitspolitik teilen mit der Pflegebranche die Befürchtung, dass die demographische Entwicklung auf die Pflegeversicherung dramatische fiskalische und organisatorische Auswirkungen haben könnte.

Die Prognosen stehen somit im engen Kontext mit dem Alterungsprozess der deutschen Bevölkerung. Die deutsche Bevölkerung weist dabei heute weltweit den dritthöchsten Anteil der über 60-Jährigen sowie das vierthöchste Durchschnittsalter auf. Dabei wächst vor allem der Kreis der Hochaltrigen sprunghaft, die Zahl der über 80-Jährigen hat im letzten halben Jahrhundert um 275 Prozent zugenommen.<sup>5</sup> Wie sich der demographische Wandel auf die gesundheitliche Verfassung der Menschen im Alter insgesamt auswirkt, ist zwar spekulativ, unbestritten ist jedoch, dass die Lebenszeitverlängerung, insbesondere im hohen Alter, zahlreiche Gesundheitsrisiken mit sich bringt, die zu einem dauerhaften Bedarf an pflegerischer Unterstützung führen können und ein Verbleiben in der eigenen Häuslichkeit immer häufiger stark gefähr-

---

1 Vgl. BT-Drs. 16/7439, S. 1.

2 Vgl. BT-Drs. 16/7772, S. 15 f.

3 „Long-Term Care in the European Union“; European Commission Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brüssel, 28. April 2008.

4 Vgl. u.a. Fritz Beske, Arzt und Krankenhaus 2008, „Auswirkungen der demographischen Entwicklung auf die Pflegeversicherung“, S. 171.

5 Maik H.J. Winter, G+G Wissenschaft Oktober 2008, Pflegeheime auf dem Weg zu Institutionen des Sterbens? S. 15.



den.<sup>6</sup> Der Grundsatz „ambulant vor stationär“ gerät somit immer mehr ins Wanken. Dies verdeutlicht auch der Vierte Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Pflegeversicherung<sup>7</sup>, der in den Jahren 2000 bis 2006 einen Anstieg der Leistungsempfänger im stationären Bereich in allen drei Pflegestufen zu verzeichnen hat, währenddessen im ambulanten Bereich die Zahlen der Leistungsempfänger in den Pflegestufen II und III leicht rückgängig sind. Diese Tendenzen korrelieren eindeutig mit den häuslichen Versorgungssituationen von hochaltrigen Pflegebedürftigen, die nur mit größten Schwierigkeiten von den pflegenden Angehörigen gestaltet und organisiert werden können. Die Pflege zu Hause wird nochmals erschwert, wenn der betroffene Pflegebedürftige eine Demenzerkrankung aufweist, die in den meisten Fällen mit einer „Rund um die Uhr“-Betreuung durch die Angehörigen einhergeht.

Auch die Finanzierung der Pflegeversicherung wird eines der am meisten diskutierten Probleme bleiben, zumal die Finanzierungsprognose unsicher ist. Der Spagat zwischen Leistungsausgaben und -einnahmen wird dabei immer schwieriger. Das erstmals 1999 aufgetretene Phänomen des Defizits der Pflegeversicherung beweist von Jahr zu Jahr seine Standhaftigkeit und konnte nur im Jahr 2006 aufgrund der Zusatzeinnahmen aus dem Kinderlosenzuschlag kurzfristig durch einen Einnahmeüberschuss<sup>8</sup> aufgehalten werden. Der Haushalt 2007 weist bereits wieder eine Unterdeckung von 0,32 Mrd. Euro auf. Fiskalischen Prognosen zur Folge könnte sich das Leistungsausgabenvolumen der sozialen und privaten Pflegeversicherung von derzeit 18,6 Milliarden Euro auf 36,2 Milliarden Euro im Jahr 2050 erhöhen.<sup>9</sup>

Das SGB XI geht sowohl von einem festen Beitragssatz als auch von betragsmäßig festgelegten Leistungen aus, so dass sowohl die Funktionsfähigkeit des Systems als auch das Ausgabenvolumen der Pflegeversiche-

---

6 Vgl. BT-Drs. 16/7772, S. 16. Die Pflegebedürftigkeit konzentriert sich stark auf den Personenkreis der Hochbetagten. Am Jahresende 2006 waren im stationären Bereich 63,5 vom Hundert der Pflegebedürftigen älter als 80 Jahre.

7 Vgl. BT-Drs. 16/7772, S. 117 ff., Grafiken 3 bis 5.

8 Vgl. BT-Drs. 16/7772, S. 17. Im Jahr 2006 standen den Einnahmen von 18,49 Mrd. Euro Ausgaben in Höhe von 18,03 Mrd. Euro gegenüber, so dass der Einnahmeüberschuss 0,45 Mrd. Euro betrug.

9 Vgl. u.a. Fritz Beske, Arzt und Krankenhaus 2008, „Auswirkungen der demografischen Entwicklung auf die Pflegeversicherung“, S. 171.

zung primär von der Auslegung des Pflegebedürftigkeitsbegriffes<sup>10</sup> abhängt. Er entscheidet über die Anzahl der leistungsberechtigten Versicherten und den Umfang der Leistungsansprüche. Flankiert wird dieser Umstand durch einen kontinuierlichen Anstieg der vollstationären (Leistungs-) Ausgaben in der Pflegeversicherung durch die skizzierten Strukturveränderungen bei den Leistungsempfängern, wobei sich das steigende Ausgabevolumen nicht nur in der Pflegeversicherung bemerkbar machte, sondern gleichzeitig die Empfängerzahlen pflegebedingter Sozialhilfeleistungen auf 213 348<sup>11</sup> ansteigen ließ.

In der Diskussion um die nachhaltige Finanzierung der Pflegeversicherung muss außerdem berücksichtigt werden, dass die Zahl der Personen im erwerbsfähigen Alter, die Altersgruppe zwischen 20 und 64 Jahren, in absehbarer Zeit stark zurückgehen wird, so dass der anhaltende Rückgang an sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungen und der vermutlich rezessionsbedingt schwache Anstieg der Durchschnittsentgelte zu geringeren Beitragseinnahmen in den nächsten Jahren führen wird, die die ohnehin schon defizitäre Lage der Pflegeversicherung durch ein weiteres Einnahmeminus verschlimmern könnte.

Die pflegerische Versorgung der Bevölkerung als gesellschaftliche Aufgabe hat in der nahen Zukunft noch weitere weitreichende Hindernisse zu überwinden. So wird sich mit dem demographischen Wandel beispielsweise die Personalsituation in der Pflege verschärfen, insbesondere vor dem Hintergrund der Zunahme des Pflegekräftebedarfs bei gleichzeitigem Rückgang von Auszubildendenzahlen in der Altenpflege. Personelle Engpässe liegen – zum

---

10 Unsere Gesellschaft muss sich daran messen lassen, wie sie alten Menschen, Menschen mit Pflegebedarf oder Behinderung begegnet und insbesondere deren Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ermöglicht. Derzeit wird das bundesweite Modellprojekt „Maßnahmen zur Schaffung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs und eines bundesweit einheitlichen Begutachtungsinstruments zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI“ bis 2010 abschließend pilotiert. Der Vorschlag für einen neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff greift die oben aufgeführte Aufgabenstellung auf und vollzieht einen ethisch relevanten Perspektivwechsel. Die Abkehr von einer an den Defiziten und am Unvermögen orientierten Sicht des Menschen hin zu einer Sichtweise, die auf das Ausmaß seiner Selbständigkeit abstellt. Inwieweit mit diesem neuen Pflegebegriff eine Ausweitung der Zahl der Leistungsempfänger einhergeht, kann erst nach Abschluss des Pilotprojektes verifiziert werden.

11 Vgl. BT-Drs. 16/7772, S.29.

Teil regionalbezogen –, insbesondere in Ballungsgebieten und in grenznahen Bereichen, bereits jetzt schon in der Altenpflege vor.

Mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung ist nun der Versuch unternommen worden, einige der aufgezählten Defizite auszugleichen oder zu beseitigen, um die Leistungsfähigkeit des Pflegeversicherungssystems auf Dauer zu stabilisieren. Neben strukturellen und leistungsrechtlichen Verbesserungen soll mit dem Gesetz vor allem die Qualität der Versorgung optimiert werden. Nur einer notwendigen Finanzierungsreform hat sich der Gesetzgeber verschlossen und stattdessen den Beitragsatz erhöht, damit zumindest bis in das Jahr 2010/2015 die leicht defizitäre Situation ausgeglichen werden kann und die kostenwirksamen Reformerneuerungen finanzierbar sind<sup>12</sup>. Somit wird die Pflege auch in der nächsten Legislaturperiode auf der politischen Agenda und in der gesellschaftlichen Diskussion bleiben.

## **B. Ziel des Reformkonzeptes**

Mit dem Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung soll der Grundsatz „ambulant vor stationär“ wieder stärker in den Fokus treten. Hierfür hat der Gesetzgeber mehrere neue Ansätze geschaffen. Insbesondere die Stützung und Förderung häuslicher Versorgungsstrukturen soll durch den Ausbau wohnortnaher Pflege-Infrastrukturen und den Aufbau von Pflegeberatungsnetzwerken, d.h. mit Hilfe von Pflegebegleitern und Pflegestützpunkten, verwirklicht werden. Der Pflegeberatung kommt dabei eine Lotsenfunktion zu, die bei der Auswahl und Inanspruchnahme der erforderlichen und angemessenen Hilfen – auch bei sektorenübergreifenden Leistungsangeboten – den Pflegebedürftigen und seine Angehörigen berät, unterstützt und ggf. koordinierend eingreift. Beispiele für die operativen Aufgaben der neu geschaffenen Pflegestützpunkte sind der Aufbau und die Weiterentwicklung von regionalen und örtlichen Strukturen zur besseren Vernetzung (Verzahnung) von Hilfeleistungen zur Versorgung, Betreuung und Beaufsichtigung von pflegebedürftigen Menschen, sowie die sektorenübergreifenden Beratungen.

---

12 Bereits in der Anhörung zum Gesetzgebungsverfahren wurde die kurzfristige Betrachtungsweise der Bundesregierung von den Kostenträgern und Leistungserbringern scharf kritisiert. In der mittelfristigen Finanzplanung sind die Faktoren des demographischen Wandels und der Implementierung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes nicht berücksichtigt worden.

Mit der Berücksichtigung von geschlechterspezifischer Pflege, der möglichen Pflege durch Einzelpflegekräfte, dem Poolen von Leistungen im Rahmen des Sachleistungsanspruches nach § 36 SGB XI werden die Rechte und Wünsche von Pflegebedürftigen bzw. den Versicherten gestärkt.<sup>13</sup> Durch die Anpassung, Erweiterung und Dynamisierung der ambulanten und stationären Leistungen bzw. der flexibleren Leistungsgestaltung, insbesondere bei der Tages- und Nachtpflege gem. § 41 SGB XI, sollen die finanziellen Belastungen für die Pflegebedürftigen und Angehörigen sowie für die Sozialämter verringert werden.

Auch die Situation demenzkranker Menschen in der Pflegeversicherung verbessert sich erheblich. Neben der Erhöhung des Leistungsbetrages für qualifizierte Betreuungsleistungen, können erstmalig Versicherte mit der sog. Pflegestufe „0“ Leistungen erhalten.

Die Qualitätssicherung und Qualitätsweiterentwicklung ist im SGB XI neu strukturiert worden. Zukünftig werden Instrumente zur Optimierung der pflegerischen Versorgung von Pflegebedürftigen (z. B. Expertenstandards, internes Qualitätsmanagement, Veröffentlichung von Prüfergebnissen) eingesetzt, die mehr Transparenz in das Pflegegeschehen für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen bringen sollen und daher auch den Wettbewerb unter den Pflegeeinrichtungen forcieren werden.

Das Ziel ist klar: Mit der Darstellung und Veröffentlichung von Qualitätsergebnissen der Einrichtungen sollen die sog. „Schwarzen Schafe“ auf dem Pflegemarkt aussortiert werden. In diesem Zusammenhang werden die Prüfintervalle der Medizinischen Dienste der Krankenversicherung (MDK) verkürzt. Bis Ende des Jahres 2010 müssen alle zugelassenen Pflegeeinrichtungen mindestens einmal geprüft worden sein. Ab dem Jahr 2011 hat die Prüfung der Pflegeeinrichtungen durch den MDK jährlich zu erfolgen. Zur Durchsetzung von fachlichen Qualitätsanforderungen – wie die Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität – und zur Beendigung etwaiger Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien ist eine Schiedsstelle als Konfliktmanagementsystem vorgesehen, die bereits seit Oktober 2008 handlungsfähig ist.

---

13 Forderung des Runden Tisches der Pflege, Ergebnis der Arbeitsgruppe IV „Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen“, vorgestellt am 19. April 2005 in der Zwischenplenumsitzung in Berlin. Siehe Informationsbroschüren des BMG und des BMFSFJ.

Das Begutachtungsverfahren wird zeitlich gestrafft, damit die Pflegebedürftigen schnellstmöglich über Leistungsansprüche und deren Höhe informiert und die notwendigen Pflegearrangements sicher geplant und organisiert werden können.<sup>14</sup>

Mit der Pflegereform wurde auch das „Gesetz über die Pflegezeit“ verabschiedet. Mit dem Pflegezeitgesetz soll nach Intention des Gesetzgebers die häusliche Pflege durch Angehörige gestärkt werden.<sup>15</sup> Damit entspricht man dem Wunsch vieler pflegebedürftiger Menschen, durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung gepflegt zu werden. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen für Beschäftigte verbessert worden, um Beruf und Pflege miteinander zu vereinbaren. Beschäftigte können in diesem Zusammenhang einen Anspruch auf eine bis zu sechsmonatige unbezahlte Freistellung von der Arbeit geltend machen, wenn sie nahe Angehörige pflegen. Ausgenommen von dieser Regelung sind Betriebe mit fünfzehn oder weniger Beschäftigten. Da Pflegebedürftigkeit auch sehr kurzfristig auftreten kann, ist für nahe Angehörige die Möglichkeit geschaffen worden, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben. Das Recht ist auf Akutereignisse (plötzlich, unerwartet) begrenzt. Ein Recht auf Fortzahlung der Vergütung besteht grundsätzlich nicht.

## **C. Allgemeine und leistungsrechtliche Änderungen**

### **I. Änderung der allgemeinen Vorschriften**

Als weiteres Grundelement wird in der Pflegeversicherung die geschlechterspezifische und kultursensible Pflege festgeschrieben.<sup>16</sup> Unter kultursensibler Pflege ist die Berücksichtigung der kulturell bedingten unterschiedlichen Bedürfnisse von pflegebedürftigen Menschen – insbesondere auch vor dem Hintergrund der zunehmenden Zahl der pflegebedürftigen Menschen mit Migrationshintergrund – zu verstehen. Diese Aspekte werden in § 2 Abs. 2 und 3 SGB XI im Kontext der Selbstbestimmung pflegebedürftiger Menschen mit der weitgehenden Berücksichtigung von Wünschen nach gleichgeschlechtlicher Pflege und Rücksichtnahme auf religiöse Bedürfnisse konkretisiert. Ein unmittelbarer Anspruch auf Durchführung bestimmter Maßnahmen ist damit

---

14 Vgl. dazu unter C.II1.

15 BT-Drs. 13/7439, S. 90.

16 Vgl. § 1 Abs. 4a SGB XI.

nicht verbunden.<sup>17</sup> Es handelt sich lediglich um objektiv-rechtliche Grundsätze der Pflegeversicherung, die die Pflegeeinrichtungen gleichwohl dazu verpflichten, dem Wunsch nach gleichgeschlechtlicher Pflege nachzukommen, sofern der Personalschlüssel einer Einrichtung dies zulässt. Berücksichtigt man jedoch die Tatsache, dass von den über 760 000 Beschäftigten in den deutschen Pflegeeinrichtungen<sup>18</sup> der überwiegende Teil weiblich ist, erklärt sich, warum mit dieser Erweiterung des Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen nicht zwangsläufig ein individueller (subjektiv-rechtlicher) Rechtsanspruch einhergehen kann.

In diesem Zusammenhang ist auch das Kündigungsrecht der Landesverbände der Pflegekassen gem. § 74 Abs. 1 S. 1 SGB XI gegenüber Pflegeeinrichtungen eingeschränkt. Von einer groben Pflichtverletzung der Pflegeeinrichtung i.S.v. § 74 Abs. 1 S. 1 SGB XI, die zu einer Kündigung berechtigt, kann z.B. nicht ausgegangen werden, wenn zur Verwirklichung der Selbstbestimmungsrechte von männlichen Pflegebedürftigen keine geeigneten männlichen Mitarbeiter auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu finden sind.

Der Gesetzgeber hat ferner aus den guten Erfahrungen mit den Pilotprojekten nach § 8 Abs. 3 SGB XI schnell seine Lehren gezogen und die Möglichkeit zur Durchführung von Modellprojekten zu Lasten der Pflegeversicherung erweitert. Die Ergebnisse der bisher durchgeführten Modellprojekte hatten einen maßgeblichen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung. Zukünftig können als förderungsfähige Modellprojekte auch die gegenwärtigen Vergütungsstrukturen pilotiert werden.

Der Bundespflegeausschuss hingegen wurde als untaugliches Beratungsgremium der Bundesregierung abgeschafft und durch eine Berichtspflicht der Bundesregierung ersetzt.<sup>19</sup>

Um den Sicherstellungsauftrag der Pflegekassen in der pflegerischen Versorgung ihrer Versicherten besser nachkommen zu können, verpflichtet der Gesetzgeber die Pflegekassen noch konkreter zur Zusammenarbeit mit allen an der Pflege Beteiligten. Nach § 12 SGB XI sollen sie insbesondere auf

---

17 Vgl. Gemeinsames Rundschreiben zu den leistungsrechtlichen Vorschriften der Pflegeversicherung vom 01.07.2008, S. 1 zu § 1.

18 BT-Drs. 16/7772, S. 35.

19 Vgl. § 10 SGB XI n. F.

eine Verbesserung der regionalen und kommunalen Versorgungsstrukturen durch Vernetzung wohnortnaher Versorgungsangebote für eine möglichst abgestimmte und optimierte wohnortnahe Versorgung pflegebedürftiger Menschen hinwirken. Für den Erhalt und Ausbau der pflegerischen Versorgungsstrukturen sind nach § 9 Abs. 1 SGB XI nach wie vor die Länder zuständig und verantwortlich.

## II. Prüfung des leistungsberechtigten Personenkreises

Die Dauer zur Feststellung von Pflegebedürftigkeit variiert innerhalb des Bundesgebietes sehr stark. Diese Unterschiede sind auf regionale Besonderheiten bzw. Strukturen zurückzuführen. Die Gutachtenlaufzeiten (Eingang des Gutachtauftrags beim MDK bis zur Weiterleitung des Gutachtens an die Pflegekasse) betragen im ambulanten Bereich bundesweit im Durchschnitt 40,9 Tage und für den stationären Bereich bundesweit im Durchschnitt 30,9 Tage.<sup>20</sup> Die MDK haben ihrerseits in den letzten Jahren enorme Anstrengungen – auch aufgrund von Forderungen aus der Politik – unternommen, die Bearbeitungszeiten zu reduzieren, indem sie ihr internes Auftragsmanagement optimiert und den EDV-Einsatz verbessert haben. Um die regionalen Unterschiede zu beseitigen, sieht das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz bundeseinheitliche Bearbeitungsfristen vor. Diese einheitliche Regelung hilft vorrangig den Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen; sie müssen schnelle Entscheidungen über die von Ihnen beantragten Leistungen erhalten, um die Pflege zeitnah planen und organisieren zu können.<sup>21</sup>

### 1. Allgemeine Bearbeitungsfrist

Gem. § 18 Abs. 3 S. 2 SGB XI soll dem Antragsteller spätestens **fünf Wochen** nach Eingang des Antrags die Entscheidung der Pflegekasse schriftlich mitgeteilt werden. Der Antrag ist daher gem. § 18 Abs. 3 S. 1 SGB XI unverzüglich an den MDK weiterzuleiten. Fristauslösendes Ereignis der „**Fünf-Wochen-Frist**“ sollte nach Auffassung der Fachebene aller Kassenarten – und unter Berücksichtigung einer einheitlichen und praktikablen Vorgehensweise für die Kassen – der Eingang des unterschriebenen (Formular)Antrages des Antragsstellers bei der Pflegekasse sein. Hier wird aus pragmatischen Gründen bewusst eine zeitliche Divergenz zum Entstehen der leistungsrechtlichen Ansprüche im Sinne des § 33 SGB XI geschaffen.

Befindet sich der Antragsteller im Krankenhaus oder in einer stationären Rehabilitationseinrichtung und liegen Hinweise vor, dass zur Sicherstellung

---

20 BT-Drs. 16/7772, S. 23.

21 BT-Drs. 16/7439, S. 51.

der ambulanten oder stationären Weiterversorgung und Betreuung eine Begutachtung in der Einrichtung erforderlich ist, oder wurde die Inanspruchnahme von Pflegezeit nach dem Pflegezeitgesetz gegenüber dem Arbeitgeber der pflegenden Person angekündigt, ist die Begutachtung unverzüglich, spätestens innerhalb einer Woche nach Eingang des Antrags bei der Pflegekasse durchzuführen (§ 18 Abs. 3 S. 3 SGB XI). Die Frist kann nach regionalen Vereinbarungen verkürzt werden. Die verkürzte Begutachtungsfrist gilt gleichfalls, wenn der Antragsteller sich in einem Hospiz befindet oder ambulant palliativ versorgt wird (§ 18 Abs. 3 S. 4 SGB XI). Hier sieht der Gesetzgeber für besondere Fallgestaltungen, in denen Leistungsentscheidungen kurzfristig erforderlich sind, um die Weiterversorgung zu organisieren oder ergänzende Ansprüche realisieren zu können, eine verkürzte Begutachtungsfrist vor.

Befindet sich der Antragsteller in häuslicher Umgebung, ohne palliativ versorgt zu werden, und wurde die Inanspruchnahme von Pflegezeit nach dem Pflegezeitgesetz gegenüber dem Arbeitgeber der pflegenden Person angekündigt, ist eine Begutachtung durch den MDK innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrags bei der zuständigen Pflegekasse durchzuführen und der Antragsteller seitens des MDK unverzüglich schriftlich darüber zu informieren, welche Empfehlung der MDK an die Pflegekasse weiterleitet (§ 18 Abs. 3 S. 5 SGB XI). Im Rahmen der beschleunigten Begutachtung nach § 18 Abs. 3 S. 3 bis 5 SGB XI muss die Empfehlung des MDK nur die Feststellung beinhalten, ob Pflegebedürftigkeit im Sinne der §§ 14 und 15 SGB XI vorliegt.

In all den Fällen der ein- und zweiwöchigen Bearbeitungsfristen ist es besonders wichtig, dass die Pflegekasse dem MDK bei Eingang des Antrages oder aufgrund anderer vorliegender Hinweise die relevanten Unterlagen für die Durchführung der Begutachtung unverzüglich, z. B. per Fax, zur Verfügung stellt.

Fragen ergeben sich aus den Änderungen des § 18 Abs. 3 SGB XI gleichwohl. Welche Sanktionen ergeben sich allgemein durch das Verwirken der Fristen und wer muss dafür die Verantwortung tragen?

Der Gesetzgeber lässt offen, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn eine angekündigte Begutachtung aus Gründen, die der Antragsteller zu vertreten hat, nicht durchgeführt werden konnte und aus diesem Grund die Frist nicht eingehalten wurde.

Es stellt sich ferner die Frage, ob die vorgegebenen Bearbeitungs- und Begutachtungsfristen für alle Anträge auf Pflegeleistungen, also auch auf Höherstellungsanträge, gelten sollen oder ob zur Sicherstellung einer zeitnahen



Pflegeplanung und Pflegeorganisation lediglich in Fällen der erstmaligen Antragsstellung auf Leistungen bei Pflegebedürftigkeit die vorgenannten Bearbeitungs- und Begutachtungsfristen einzuhalten sind.

### **2. Erweiterung des Prüfauftrages**

Die Prüfung der Pflegebedürftigkeit des MDK nach § 18 Abs. 1 SGB XI ist nicht mehr auf die Verrichtungen nach § 14 Abs. 4 SGB XI beschränkt. Bei jedem Antragssteller ist ab dem 1. Juli 2008 zu ermitteln, ob eine erheblich eingeschränkte Alltagskompetenz nach § 45a SGB XI besteht, weil für diesen Personenkreis ein Leistungsanspruch auch unterhalb des Vorliegens einer erheblichen Pflegebedürftigkeit (Pflegestufe I) vorgesehen ist.

Die Prüfung der Pflegebedürftigkeit von Kindern ist gem. § 18 Abs. 7 S. 2 SGB XI nun in der Regel durch besonders geschulte Gutachter mit einer Qualifikation als Gesundheits- und Kinderpflegefachkraft oder als Kinderarzt vorzunehmen. Die Gutachter werden in der Begutachtungssituation mit zahlreichen unterschiedlichen Problemen bei schwer erkrankten oder mehrfach behinderten Kindern konfrontiert. In der „Wahrnehmung“ betroffener Eltern wird der Pflegebedarf durch die von der Pflegeversicherung finanzierten Leistungen oftmals nicht abgebildet. Die Kinder-Pflegebegutachtung durch geschulte Kindergutachter kann hier einen wesentlichen Beitrag leisten, weil sie inhaltlich relevante Probleme einer gestörten kindlichen Entwicklung unter Berücksichtigung familiärer und schulischer Kontextfaktoren besser erfassen und dadurch bessere Hinweise zum Hilfebedarf formulieren kann.

Bisher konnten insbesondere pflegebedürftige ältere Menschen ihren Rechtsanspruch auf Rehabilitation nur unzureichend verwirklichen. Häufig wird das Rehabilitationsziel der Pflegebedürftigen nicht zielgruppenadäquat beschrieben und dadurch das Rehabilitationspotenzial mit geriatrischen Rehabilitationsmaßnahmen nicht ausgeschöpft. Aus diesem Grund sollen künftig der MDK, die zuständigen Rehabilitationsträger und die Hausärzte effizienter zusammenarbeiten, um im Einzelfall das medizinische Rehabilitationspotenzial der Pflegebedürftigen schneller bestimmen und entsprechende Maßnahmen einleiten zu können.

Der MDK prüft dabei, ob Leistungen der medizinischen Rehabilitation angezeigt sind. Bereits festgestellte Ansprüche des Versicherten auf Leistungen der medizinischen Rehabilitation werden dadurch nicht tangiert oder eingeschränkt.

### **3. Datenaustauschverfahren**

Die Erweiterung des Prüfauftrages an den MDK, die gesetzliche Festschreibung der Bearbeitungsfristen, der erweiterte leistungsberechtigte Personenkreis (Pflegerstufe „0“) sowie die demographische Entwicklung lassen die Anzahl von Begutachtungen nach dem SGB XI stetig steigen. Die Vielzahl der unterschiedlichen Begutachtungsaufträge erhöht in letzter Konsequenz auch das tägliche Arbeitsaufkommen bei den Pflegekassen und Medizinischen Diensten. Neben der Bindung von Personalressourcen nimmt folglich auch der bilaterale Informationsfluss permanent zu. Um im Bereich der Begutachtungen in der Praxis zeitliche Verzögerungen und unnötigen Verwaltungsaufwand vermeiden zu können, haben sich bereits im Jahr 2005 die Fachebene der Spitzenverbände der Krankenkassen und die MDK-Gemeinschaft auf das gemeinsame bundeseinheitliche Projekt eines Datenaustauschverfahrens verständigt.

Aufgrund des Inkrafttretens des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes ist jedoch eine Modifizierung der bereits fachlich abgestimmten Verfahrensbeschreibung (und der technischen Anlage) notwendig geworden. Mit einer zeitlichen Verzögerung beim Roll-out des zu pilotierenden Datenaustauschverfahrens muss bis zum Ende des Jahres 2009 gerechnet werden.

Bereits seit Jahren wird in Rheinland-Pfalz bzw. Hessen zwischen der AOK und dem MDK ein dauerhaftes Modellprojekt zum Datenaustausch im Pflegeversicherungsbereich erfolgreich durchgeführt. Neben Zeitersparnissen konnten vor allem die verwaltungsinternen Ablaufprozesse bei der Steuerung der Begutachtungsaufträge bzw. Begutachtungsannahme/-verarbeitung signifikant optimiert werden.

## **III. Leistungsrechtliche Änderungen**

### **1. Vorversicherungszeit**

Die Vorversicherungszeit verkürzt sich gem. § 33 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SGB XI ab dem 1. Juli 2008 auf zwei Jahre. Die Änderung knüpft an die Zielsetzung des GKV-WSG an, alle Personen im Inland in den Schutz der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung und damit der Pflegeversicherung einzu beziehen. Die verkürzte Vorversicherungszeit wirkt sich damit insbesondere auf Zuwanderer und Auslandsrückkehrer aus und ist insoweit sachgerecht. Auch in Zukunft kann jedoch nicht ganz auf die Vorversicherungszeit verzichtet werden, um die Belastungen für die Solidargemeinschaft in Grenzen zu halten.

### **2. Leistungserhebliche Entscheidung der Pflegekasse**

Leistungsbescheide über die Zuordnung zu einer Pflegestufe, die Anerkennung als Härtefall sowie die Bewilligung von Leistungen können befristet werden. Auf diese Möglichkeit, den Leistungsbescheid mit einer Nebenbestimmung zu versehen (§ 32 Abs. 2 Nr. 1 SGB X), wird in § 33 Abs. 1 S. 4 ff. SGB XI explizit hingewiesen. Diese Regelung steht im Zusammenhang mit der Zielsetzung des § 31 Abs. 1 SGB XI, wonach in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob und ggf. welche Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzenden Leistungen geeignet und zumutbar sind, um Pflegebedürftigkeit zu überwinden, zu mindern oder ihre Verschlimmerung zu verhüten. Wird durch den MDK im Rahmen der Pflegebegutachtung nach § 18 Abs. 6 SGB XI explizit festgestellt, dass insbesondere durch Maßnahmen der Rehabilitation eine Verringerung des Hilfebedarfs zu erwarten ist, hat er eine entsprechende Prognose und Empfehlung für eine Wiederholungsbegutachtung abzugeben. Auf dieser Grundlage hat die Pflegekasse nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob ausreichende Anhaltspunkte für eine Befristung des Leistungsbescheides vorliegen. Die bloße Empfehlung eines Wiederholungstermins ist insoweit nicht ausreichend.

### **3. Unterbrechungstatbestände nach § 34 SGB XI**

Eine Kürzung des Pflegegeldes nach § 37 SGB XI oder anteiligen Pflegegeldes nach § 38 SGB XI erfolgt für die ersten vier Wochen bei der Durchführung einer vollstationären Krankenhausbehandlung, bei stationären Leistung zur medizinischen Rehabilitation sowie bei häuslicher Krankenpflege nach § 37 Abs. 1 SGB V nicht (§ 34 Abs. 2 S. 2 SGB XI). Damit soll der fortbestehenden Pflegebereitschaft der Pflegeperson Rechnung getragen werden.

Mit der erst durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz zum 1. Juli 2008 explizit in den Gesetzeswortlaut aufgenommenen Regelung, dass der Anspruch auf das ungekürzte Pflegegeld auch während der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 1 SGB V für die ersten vier Wochen fortbesteht, wurde die bereits zuvor von den Pflegekassen geübte Leistungspraxis gesetzlich legitimiert. Neue Leistungsansprüche sollten damit nicht geschaffen werden. Von daher ist der ungekürzte Anspruch auf das Pflegegeld weiterhin auf die Dauer von insgesamt bis zu vier Wochen begrenzt, sofern häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 1 SGB V direkt im Anschluss an eine vollstationäre Krankenhausbehandlung bzw. stationäre Leistung zur medizinischen Rehabilitation in Anspruch genommen wird.<sup>22</sup>

---

22 Gemeinsames Rundschreiben zu den leistungsrechtlichen Vorschriften vom 01.07.2008, Seite 6 zu § 34 SGB XI.

Ferner erfolgen nunmehr gem. § 34 Abs. 3 SGB XI Beitragszahlungen zur gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) für Pflegepersonen, die nicht erwerbsmäßig pflegen, wenn sie aufgrund eines Urlaubs selbst an der Pflege verhindert sind. Für diese Zeiten bestanden bisher keine Versicherungs- und Beitragspflichten in der GRV. Ziel der neuen Regelung ist die lückenlosen Vollständigkeit von Rentenversicherungsbeiträgen. Im Ergebnis soll damit eine Wertschätzung der Pflegepersonen für ihre aufopferungsvolle Hilfe ausgedrückt werden.

Die Intention des Gesetzgebers, dass nur Erholungszeiten der nicht erwerbsmäßigen Pflegepersonen einen Anspruch auf lückenlose Beitragszahlung zur Rentenversicherung auslösen können, ist unzureichend und stellt eine Ungleichbehandlung der Pflegepersonen dar. Auch andere Unterbrechungszeiten – vor allem Erkrankungszeiten der nicht erwerbsmäßig Pflegenden (weil sie typischerweise im inneren Zusammenhang mit der durchgeführten Pflege stehen) – müssten ebenfalls einen Anspruch auf Beitragszahlung von mindestens 6 Wochen zur Rentenversicherung auslösen. Damit würde man den Pflegepersonen gerecht, die durch die Pflegetätigkeit oft physisch und psychisch überbelastet sind und insbesondere nach langer Pflegezeit dem erhöhtem Risiko der Krankheit ausgesetzt sind.

#### **4. Änderungen im Leistungsumfang, Leistungsdynamisierung**

Seit Einführung der Pflegeversicherung sind die Leistungen in ihrer Höhe praktisch unverändert geblieben. Orientiert an der allgemeinen Preisentwicklung sind damit die Leistungsbeträge real abgewertet worden. Insofern ist die Anpassung der Pflegesachleistung geboten.

Das Prinzip der sog „gedeckelten“ Leistungshöhe bleibt auch zukünftig in der Pflegeversicherung bestehen. Zunächst werden die ambulanten Sachleistungsbeträge sowie das Pflegegeld in drei Stufen in den Jahren 2008, 2010 und 2012 angehoben. Im Gegenzug werden in der vollstationären Pflege lediglich die Pflegestufe III und die Stufe III in Härtefällen ebenfalls bis 2012 stufenweise angehoben.

Diese Anhebung führte allerdings aufgrund des Realverlusts in den vergangenen Jahren nicht zu einer tatsächlichen finanziellen Entlastung der Pflegebedürftigen. Zur Vermeidung von weiteren Wertverlusten sieht der Gesetzgeber zukünftig eine Leistungsdynamisierung vor. Eingeführt wird durch § 30 SGB XI n. F. die Pflicht der Bundesregierung, ab dem Jahr 2014 alle drei Jahre die Notwendigkeit und Höhe einer Anpassung der Leistungen der Pflegeversicherung zu prüfen, Bundestag und Bundesrat einen Bericht vorzulegen, sowie

die Ermächtigung durch Rechtsverordnung die Höhe der Leistungen anzupassen.

*a) Sachleistung bei ambulanter Pflege (§ 36 SGB XI)*

Die Gesamtwerte für die häusliche Pflegehilfe gem. § 36 Abs. 3 SGB XI werden in drei Stufen wie folgt erhöht:

Pflegestufe	bisher	1. Juli 2008	1. Januar 2010	1. Januar 2012
I	384 €	420 €	440 €	450 €
II	921 €	980 €	1.040 €	1.100 €
III	1.432 €	1.470 €	1.510 €	1.550 €
Härtefälle	1918 €	unverändert	unverändert	unverändert

*b) Poolen von Leistungen*

Neu geschaffen wurde zudem die Möglichkeit, Leistungen der häuslichen Pflegehilfe gemeinsam mit anderen Pflegebedürftigen zu „poolen“. Mehrere Pflegebedürftige, die entweder in einer festen Wohngemeinschaft leben oder in sonstiger räumlicher Nähe (Nachbarn in einem Gebäude oder einer Straße), können Leistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung gemeinsam abrufen und dadurch entstehende Vorteile (Zeit- oder Kosteneinsparungen, z.B. durch gemeinsame Zubereitung von Mahlzeiten, Einkaufen für mehrere Pflegebedürftige) für sich nutzen. Dies setzt gem. § 36 Abs. 6 SGB XI voraus, dass die Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung im Einzelfall sichergestellt sind. Dabei ist der einzelne Pflegebedürftige frei in seiner Entscheidung, ob er sich an einem solchen „Pool“ beteiligt.

Die durch Synergieeffekte entstandenen Zeit- und Kosteneinsparungen sind aber ausschließlich im Interesse der Pflegebedürftigen zu nutzen, d.h. die beteiligten Pflegebedürftigen entscheiden selbst, ob sie z.B. eingesparte finanzielle Mittel individuell für den Einkauf weiterer Pflegeleistungen einsetzen. Sofern die grundpflegerische und hauswirtschaftliche Versorgung sichergestellt ist, können die nicht für die pflegerische Versorgung benötigten Mittel auch für den individuellen oder gemeinschaftlichen Einkauf von Betreuungsleistungen (als neue, ergänzende Sachleistungsart) verwendet werden. Ob und in welchem Umfang Vorteile durch das gemeinsame Abrufen von Pflegeleistungen entstehen, hängt im Wesentlichen von der vereinbarten Vergütungssystematik nach § 89 SGB XI sowie der konkreten Ausgestaltung des Pflegearrangements im Einzelfall ab. Beim gemeinschaftlichen Einkauf von Pflege- (insbesondere in der Hauswirtschaft) oder Betreuungsleistungen

wird unterstellt, dass die Dienstleistungen zu gleichen Teilen auf die am „Pool“ beteiligten Pflegebedürftigen entfallen.

*c) Betreuungsleistung als neue Sachleistungsart*

Unter Betreuungsleistungen im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 6 SGB XI sind solche zu verstehen, wie sie nach § 45b Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 SGB XI für Personen mit eingeschränkter Alltagskompetenz als „besondere Angebote der allgemeinen Anleitung und Betreuung“ erbracht werden. Die Inanspruchnahme entsprechender Betreuungsleistungen schmälert einen ggf. bestehenden Anspruch auf zusätzliche Betreuungsleistungen nach § 45b SGB XI nicht.

Der Anspruch auf Betreuungsleistungen als Sachleistung ist nachrangig gegenüber entsprechenden Betreuungsleistungen anderer Leistungsträger, unabhängig davon, ob es sich insoweit um Rechtsanspruchs- oder Ermessensleistungen handelt. In Frage kommen insbesondere Leistungen der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen (§§ 54 SGB XII und 27d BVG i.V.m. 33, 55 SGB IX).

In diesem Zusammenhang ist auch die Neuregelung des § 77 Abs. 1 SGB XI relevant, die es den Pflegekassen ermöglicht, Verträge mit Einzelpflegekräften zu schließen, wenn z.B. die pflegerische Versorgung durch den Einsatz von Einzelpersonen besonders wirksam und wirtschaftlich ist oder dies den Pflegebedürftigen in besonderem Maße hilft, ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen.

**5. Pflegegeld (§ 37 SGB XI)**

Die Pflegegeldsätze gem. § 37 Abs. 1 S. 3 SGB XI steigen wie folgt zu denselben Stichtagen wie die ambulanten Sachleistungen.

Pflegestufe	bisher	1. Juli 2008	1. Januar 2010	1. Januar 2012
I	205 €	215 €	225 €	235 €
II	410 €	420 €	430 €	440 €
III	665 €	675 €	685 €	700 €

Auf Pflegegeld, das für Zeiträume nach dem Sterbemonat oder für den Sterbemonat überzahlt wurde, sind die Regelungen des § 118 Abs. 3 und 4 SGB VI anzuwenden. Danach gelten Geldleistungen, die für die Zeit nach dem Tod des Berechtigten auf ein Konto bei einem Geldinstitut im Inland überwiesen wurden, als unter Vorbehalt erbracht. Die Pflegekasse kann somit gegenüber

dem Geldinstitut die Leistung zurückfordern. Soweit über den entsprechenden Betrag schon anderweitig verfügt wurde und die Rücküberweisung nicht aus einem Guthaben erfolgen kann, besteht für das Geldinstitut keine Pflicht zur Rücküberweisung. Lehnt das Geldinstitut mit Hinweis auf diesen Sachverhalt die Rücküberweisung ab, fordert die Pflegekasse das Geldinstitut auf, ihr Name und Anschrift des Empfängers (sofern das Pflegegeld durch Dauerauftrag, Lastschrifteinzug oder sonstiges Zahlungsgeschäft auf ein Konto weitergeleitet wurde) oder des Verfügenden<sup>23</sup> oder eines etwaigen neuen Kontoinhabers zu benennen. Gegenüber diesen Personen ist dann per Verwaltungsakt die Rückforderung geltend zu machen.<sup>24</sup>

Die Beratungsbesuche<sup>25</sup> nach § 37 Abs.3 SGB XI können zukünftig auch durch die von den Landesverbänden der Pflegekassen anerkannten Beratungsstellen oder durch die Pflegeberater nach § 7a SGB XI durchgeführt werden. Sie können die Qualität der Beratungseinsätze erhöhen und entlasten zugleich zugelassene Pflegedienste.

#### **6. Ersatzpflege (§ 39 SGB XI) und Kurzzeitpflege (42 SGB XI)**

Die Leistungen der Ersatzpflege und der Kurzzeitpflege sind nicht nach Pflegestufen differenziert. Ihr Höchstbetrag entspricht dem jeweils angepassten Sachleistungsbetrag der Pflegestufe III nach § 36 Abs. 3 Nr. 3 SGB XI.

<b>Bisher</b>	<b>1. Juli 2008</b>	<b>1. Januar 2010</b>	<b>1. Januar 2012</b>
1.432 €	1.470 €	1.510 €	1.550 €

Wird die Ersatzpflege durch entfernte Verwandte/Verschwägerter (ab dem dritten Grad) oder durch eine Person aus der Nachbarschaft geleistet, erfolgt keine Beschränkung der Kostenerstattung auf den Betrag des Pflegegeldes. Dieser Kreis der Ersatzpflegekräfte kann somit immer Aufwendungen bis zum Höchstsachleistungsbetrag der Pflegestufe III nach § 36 SGB XI geltend machen.

23 Verfügungsberechtigte sind Personen, die eine Verfügung über den entsprechenden Betrag vorgenommen oder zugelassen haben.

24 Gemeinsames Rundschreiben zu den leistungsrechtlichen Vorschriften der Pflegeversicherung vom 01.07.2008, Seite 13 zu § 37 SGB XI.

25 Siehe auch Punkt C. V. 2.

Bei pflegenden nahen Angehörigen des Pflegebedürftigen, die mit ihm bis zum zweiten Grade verwandt oder verschwägert sind oder mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben, beschränkt sich der Leistungsanspruch wie gehabt auf die Höhe des Pflegegeldes. Bei diesen nahen Angehörigen kann aber im Einzelfall ebenfalls der volle Leistungsumfang gerechtfertigt sein, wenn die Pfllegetätigkeit erwerbsmäßig ausgeübt wird. Nur in diesen Fällen spielt die Prüfung der Frage eine Rolle, ob die Verhinderungspflege erwerbsmäßig im Sinne dieser Regelung ausgeübt wird. Auf diese Weise soll künftig Prüfungsaufwand der Pflegekassen vermieden werden, der durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts entstanden war.<sup>26</sup>

Zur Entlastung der Pflegeperson trägt die Herabsetzung der gem. § 39 S. 2 SGB XI erforderlichen Vorpflegetzeit von zwölf auf sechs Monate bei.

#### **7. Kurzzeitpflege von zu Hause gepflegten Kindern unter 18 Jahren**

Zu Hause gepflegte Kinder unter 18 Jahren können Kurzzeitpflege gem. § 42 Abs. 3 SGB XI n. F. in begründeten Einzelfällen auch in geeigneten Einrichtungen der Hilfe für behinderte Menschen und in anderen geeigneten Einrichtungen in Anspruch nehmen. Voraussetzung ist aber, dass die Pflege in keiner zur Kurzzeitpflege zugelassenen Einrichtung möglich ist oder zumutbar erscheint.

Einrichtungen sind für die Kurzzeitpflege von Kindern geeignet, wenn sie aufgrund der räumlichen und personellen Ausstattung in der Lage sind, die vollstationäre Pflege und Betreuung für die Dauer der Kurzzeitpflege – ggf. auch unter Einbeziehung externer Unterstützung, etwa durch einen ambulanten Pflegedienst – sicherzustellen. Dies wird regelmäßig bei entsprechenden Einrichtungen der Hilfe für behinderte Menschen und bei Einrichtungen, die mit einem anderen Sozialleistungsträger eine entsprechende Leistungsvereinbarung abgeschlossen haben, zu unterstellen sein. Erhebt die Einrichtung ein Entgelt, das die Kostenanteile nicht differenziert, d.h. die Entgeltbestandteile für Unterkunft und Verpflegung sowie Investitionen werden nicht gesondert ausgewiesen, sind grundsätzlich 60 vom Hundert des Entgelts zuschussfähig. Damit hat der Gesetzgeber eine im Vergleich zu der Regelung des § 43 Abs. 2 S. 3 SGB XI nach unten abweichende Obergrenze geschaffen.

Die Nachfrage nach solchen Einrichtungen ist insbesondere in den Ferienzeiten besonders groß, weil die Schulen für behinderte Kinder dann schließen

---

26 Vgl. BT-Drs. 16/7439, S. 56 unter Hinweis auf BSG, Urteil v. 06.06.2002, B 3 P 2/02 R.



und Eltern in dieser Zeit eine anderweitige Betreuung suchen und organisieren müssen. Der Anspruch auf die Leistung der Pflegeversicherung besteht auch nur für zu Hause gepflegte Kinder und nicht für Kinder, die in Einrichtungen wohnen und ggf. für die „Kurzzeitpflege“ in derselben Einrichtung bleiben.

#### 8. Tages- und Nachtpflege (§ 41 SGB XI)<sup>27</sup>

Die Leistungen der teilstationären Pflege nach § 41 SGB XI werden entsprechend der ambulanten Pflegesachleistungen gem. § 36 SGB XI wie folgt schrittweise angehoben:

Pflegestufe	Bisher	1. Juli 2008	1. Januar 2010	1. Januar 2012
I	384 €	420 €	440 €	450 €
II	921 €	980 €	1.040 €	1.100 €
III	1.432 €	1.470 €	1.510 €	1.550 €

Mit dieser Neuregelung wird – je nach Kombination der Ansprüche auf Tages- und Nachtpflege mit Pflegegeld, Pflegesachleistung oder Kombinationsleistung – der höchstmögliche Leistungsanspruch auf das 1,5-fache des bisherigen Betrages erhöht. Damit soll die Entlastungsfunktion, die die Einrichtungen der Tages- und Nachtpflege wahrnehmen, zu Gunsten der pflegenden Angehörigen, aber auch die aktivierende Pflege des Pflegebedürftigen verbessert werden.<sup>28</sup>

Die bisher geringe Inanspruchnahme der teilstationären Pflege ist darauf zurückzuführen, dass diese Ansprüche mit den Leistungen der häuslichen Pflege konkurrieren mussten. Mit der nun möglichen Kombinationsvielfalt werden bessere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Tages- und Nachtpflege geschaffen. Die Regelung wird – obwohl der Leistungsanspruch weiterhin nicht losgelöst von dem der häuslichen Pflege besteht – als ein Schritt zur Aufwertung der teilstationären Versorgung angesehen. Eine durchgreifende Verbesserung erfordert es aber auch, dass die mit dem Transport zur Inanspruchnahme der Tages-/Nachtpflege anfallenden Fahrtkosten zusätzlich von der Pflegekasse übernommen werden.

<sup>27</sup> Weitergehende Ausführungen mit Berechnungsbeispielen in Teil 2 dieses Aufsatzes in SdL 2/2009.

<sup>28</sup> BT-Drs. 16/7439, S. 57.

Die neuen Anspruchsregelungen eröffnen dem Versicherten eine Vielzahl an Möglichkeiten, die jedoch schwer zu durchschauen sind. Die den Versicherten damit eröffneten Variationsmöglichkeiten bedingen allerdings eine ausführliche Beratung; sonst könnte ggf. das erwünschte Ziel der Förderung der teilstationären Pflege und der Pflege in der Häuslichkeit verfehlt werden.

### **9. Vollstationäre Pflege (§ 43 SGB XI)**

Die Leistungen der vollstationären Pflege nach § 43 SGB XI werden wie folgt angehoben:

Pflegestufe	bisher	1. Juli 2008	1. Januar 2010	1. Januar 2012
I	1.023 €	unverändert	unverändert	unverändert
II	1.279 €	unverändert	unverändert	unverändert
III	1.432 €	1.470 €	1.510 €	1.550 €
Härtefälle	1.688 €	1.750 €	1.825 €	1.918 €

Leistungsverbesserungen in der vollstationären Pflege ergeben sich nur für Pflegebedürftige in der Stufe III und in Härtefällen. Der Grund hierfür ist neben fiskalischen Erwägungen der Versuch, die Sachleistungen in der ambulanten Pflege und die Leistungen für die vollstationäre Pflege anzugleichen. Mit der versuchten Egalisierung der ambulanten und stationären Leistungen, die aber auch bis zum Jahr 2012 noch nicht erreicht sein wird, soll vor allem der zu beobachtende Trend hin zu einer verstärkten Inanspruchnahme professioneller (insbesondere stationärer) Pflege durch Stärkung der ambulanten häuslichen Pflege begegnet werden.<sup>29</sup> Das Streben nach Leistungsgerechtigkeit wirkt jedoch vor dem Hintergrund ernüchternd, dass 80 vom Hundert der Heimbewohner sich auf die Pflegestufen I und II verteilen. Sie haben weiterhin den schleichenden Wertverlust bis mindestens zum Jahr 2015 zu tragen.

Ob es durch die Nichtanpassung der stationären Pflegesachleistungen in den genannten Pflegestufen zu zusätzlichen finanziellen Belastungen der Sozialhilfeträger kommen wird und ob durch den Ausbau der ambulanten Anreiz-

29 Ebenfalls argumentierte so bereits die sog. „Rürup-Kommission“ (Kommission für die Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme) im Gesamtkonzept zur Reform der sozialen Pflegeversicherung vom 27. Juni 2003. Die Kommission stellte darüber hinaus die Notwendigkeit von Heimpflege in der Pflegestufe I in Frage, obwohl die Nachfrage stetig gestiegen ist.

strukturen, wie z.B. die Tages- und Nachtpflege, der weiter zu erwartende Anstieg zur vollstationärer Pflege vor allem in den Pflegestufen I und II eingedämmt werden kann, ist abzuwarten. Erste Hinweise aus der Praxis deuten auf eine vermehrte Inanspruchnahme der zur Ergänzung der häuslichen Pflege gedachten Tages- und Nachtpflege hin. Dieser Trend könnte somit die Ergebnisse der Herzog-Kommission aus dem Jahr 2003<sup>30</sup> bestätigen, die von der berechtigten Annahme ausgegangen sind, dass viele Pflegebedürftige der Pflegestufe I und II lieber zu Hause oder in Tageseinrichtungen gepflegt werden möchten als in vollstationären Einrichtungen, sofern die geeigneten Strukturen für eine ambulante Versorgung vorhanden wären.

Die Anpassung der Leistungen in der Pflegestufe III und bei Härtefällen ist dagegen sachgerecht. Aufgrund der in der Pflegestufe III (Schwerstpflegebedürftigkeit) benötigten Hilfe „Rund um die Uhr“, die einen Zeitaufwand einer nicht als Pflegekraft ausgebildeten Person von mindestens fünf Stunden täglich erfordert, dürfte es hier trotz finanzieller Anreize nur in eingeschränktem Maß möglich sein, den weiteren Anstieg in der stationären Unterbringung zugunsten der qualitätsgesicherten ambulanten Versorgungsrate zu verringern. Da die heutigen Leistungen der Pflegeversicherung der Stufe III bei weitem nicht ausreichen, um die Kosten in einer stationären Einrichtung zu finanzieren, ist die hier vorgesehene Anhebung der stationären Pflegeleistungen auf bis zu 1.550 € ein wichtiger Baustein zur Verbesserung der Versorgungssituation pflegebedürftiger Menschen.

Die Leistungen der vollstationären Pflege werden gem. § 43 Abs. 5 i.V.m. § 87a Abs. 1 S. 5 SGB XI bei vorübergehender Abwesenheit des Pflegebedürftigen aus dem Pflegeheim bis zu 42 Tagen – bei Krankenhausaufenthalt oder Aufenthalt in einer stationären Rehabilitationseinrichtung auch länger – weitergewährt. Für diesen Zeitraum hat das Pflegeheim den Pflegeplatz freizuhalten. Allerdings kommt es ab dem vierten Abwesenheitstag zu Abschlägen, die in den Rahmenverträgen nach § 75 SGB XI zu bestimmen sind und mindestens 25 vom Hundert der Entgeltbestandteile ausmachen sollen (vgl. hierzu § 87a Abs. 1 S. 6 SGB XI). Die Regelung zur Begrenzung der jährlichen Ausgaben der einzelnen Pflegekassen auf durchschnittlich 15.339 € ist ab dem 1. Juli 2008 entfallen. Die Einhaltung der begrenzten Anwendung der Härtefallregelung auf fünf Prozent der Pflegebedürftigen der Pflegestufe III obliegt zukünf-

---

30 Bericht der Kommission „Soziale Sicherheit“ zur Reform der sozialen Sicherungssysteme, veröffentlicht am 29. September 2003, Pkt. 5.2.3 Finanzielle Gleichstellung der ambulanten und stationären Pflege.

tig nicht mehr der einzelnen Pflegekasse, sondern dem GKV-Spitzenverband Bund der Pflegekassen.

**10. Zusätzliche Betreuungsleistungen (§§ 45a, 45b SGB XI und § 87b SGB XI)<sup>31</sup>**

Menschen mit Demenzerkrankungen, geistiger Behinderung oder psychischen Erkrankungen mit erheblichem allgemeinen Betreuungs- und Beaufsichtigungsbedarf befanden sich bislang sozialversicherungsrechtlich in einer unbefriedigenden Lage, weil sie trotz ihrer erheblichen Einschränkungen im Alltagsleben keinerlei Leistungen der Pflegeversicherung beanspruchen konnten.

Ab 1. Juli 2008 ist daher der Personenkreis, der Betreuungsleistungen gem. §§ 45a, 45b SGB XI in Anspruch nehmen kann, entsprechend erweitert worden. Neben den Pflegebedürftigen der Pflegestufe I, II und III sind nun gem. § 45a Abs. 1 Nr. 2 SGB XI auch Versicherte einbezogen, deren Hilfebedarf nicht das Ausmaß der Pflegestufe I erreicht (sog. Pflegestufe 0), wenn ihre Krankheit oder Behinderung eine dauerhafte erhebliche Einschränkung der Alltagskompetenz bewirkt.

Der Leistungsbetrag für alle Betroffenen wird von bislang jährlich 460 Euro auf monatlich 100 Euro (Grundbetrag) bzw. 200 Euro (erhöhter Betrag) erheblich aufgestockt.

Neben den Leistungen nach § 45b SGB XI können Pflegebedürftige der Pflegestufe „0“ zukünftig auch wie Pflegebedürftige der Pflegestufe I, II und III Beratungseinsätze zur Sicherung der Qualität der häuslichen Pflege und zur regelmäßigen Hilfestellung und praktischen pflegefachlichen Unterstützung der Pflegeperson in Anspruch nehmen (§ 37 Abs. 3 S. 6 und 7 SGB XI).

Es ist bereits hier an dieser Stelle eindringlich darauf hinzuweisen, dass die Leistungen für qualitätsgesicherte Angebote nur im Rahmen einer Kostenerstattung in Anspruch genommen werden können. Vorauszahlungsaktionen – wie sie bei anderen Kassenarten gängige Verwaltungspraxis sind – sieht das Gesetz nicht vor. Die Versicherten müssen nach der gesetzlichen Intention des §§ 45a, 45 b SGB XI weiterhin in Vorleistung treten.

Vollstationäre Pflegeeinrichtungen haben für die zusätzliche Betreuung und Aktivierung der pflegebedürftigen Heimbewohner mit erheblichem Bedarf

---

31 Vertiefende Ausführungen in Teil 2 dieses Aufsatzes in SdL 2/2009.

an allgemeiner Beaufsichtigung und Betreuung nach dem neu eingeführten § 87b SGB XI unter den dort genannten Voraussetzungen Anspruch auf Vereinbarung leistungsrechtlicher Zuschläge zur Pflegevergütung, die von der Pflegekasse zu zahlen sind. Mit diesen sind alle zusätzlichen Leistungen der Betreuung und Aktivierung der Heimbewohner im Sinne von Absatz 1 abgegolten. Der Pflegebedürftige hat einen individuellen Leistungsanspruch auf Erbringung der zusätzlichen Betreuung und Aktivierung gegenüber der Pflegeeinrichtung, der ggf. zivilrechtlich einzuklagen ist.

### **11. Belastungsgrenze**

Durch § 40 Abs. 3 S. 6 SGB XI wird nunmehr klargestellt, dass bei der Ermittlung der Belastungsgrenze in der sozialen Pflegeversicherung zu Gunsten des Versicherten die Zuzahlungen in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung zusammenzurechnen sind.<sup>32</sup> Die Befreiung von der Zuzahlung zu Pflegehilfsmitteln erfolgt entsprechend den Regelungen des SGB V.

#### *1. Beispiel:*

Der Versicherte hat die Belastungsgrenze nach § 62 SGB V mit Zuzahlungen aus der LKV überschritten und reicht ebenfalls Quittungen für Leistungen der Pflegeversicherung ein.

Belastungsgrenze 150 €, Zuzahlungen aus der LKV über 150 €, Zuzahlungen aus der Pflegeversicherung 70 €.

*Lösung (aus Sicht der Pflegeversicherung):*

An den Versicherten sind die Zuzahlungen in Höhe von 70 € aus der Pflegeversicherung zu erstatten.

#### *2. Beispiel:*

Der Versicherte hat die Belastungsgrenze nach § 62 SGB V mit Zuzahlungen aus der LKV noch nicht erreicht. Er reicht ebenfalls Quittungen für Leistungen der Pflegeversicherung ein. Die Summe aller Zuzahlungen liegt über der Belastungsgrenze nach § 62 SGB V. Mit Überschreiten der Belastungsgrenze werden die über der Belastungsgrenze liegenden Zuzahlungen der Pflegeversicherung erstattet.

Belastungsgrenze 150 €, Zuzahlungen aus der LKV 100 €, Zuzahlungen aus der Pflegeversicherung 70 €.

*Lösung:* An den Versicherten sind die Zuzahlungen in Höhe von 20 € aus der Pflegeversicherung zu erstatten.

---

32 BT-Drs. 16/7439, S. 57.

#### **IV. Förderung ehrenamtlicher Strukturen**

Nach § 45d SGB XI werden nunmehr auch Gruppen von ehrenamtlich Tätigen sowie sonstige zum bürgerschaftlichen Engagement bereite Personen sowie die Selbsthilfe in den Kreis der förderungsfähigen Versorgungsstrukturen nach § 45c SGB XI einbezogen. Dies soll dazu beitragen, die Pflege in Familien zu ergänzen oder auch ersetzende Hilfeangebote zu schaffen.<sup>33</sup> Im Hinblick auf die Notwendigkeit, insbesondere die Situation von an Demenz erkrankter Menschen zu verbessern, handelt es sich um eine substantielle Neuregelung. Der Aufbau ehrenamtlicher Strukturen soll neben der Unterstützung der häuslichen Pflege vor allem die sinkende Zahl der Pflegepersonen auffangen. Insgesamt wird der Bereich der häuslichen Pflege durch die Singularisierung der Haushalte, der wachsenden Mobilität der klassischen (Familien-) Pflegepersonen und durch den demographischen Wandel weiter determiniert. Der Einsatz ehrenamtlicher und sonstiger zum bürgerlichen Engagement bereiter Menschen sowie die Selbsthilfe sollen (und müssen) die Laienpflege der Familienangehörigen und Nachbarn im Sinne von § 3 SGB XI ergänzen und erweitern somit insgesamt das Fundament der pflegerischen Versorgungs- und Betreuungsangebote.

Den zugelassenen Pflegeeinrichtungen wird nach § 82b SGB XI der gesetzliche Anspruch eingeräumt, dass für sie im Zusammenhang mit der Schulung und dem Einsatz von Ehrenamtlichen die entstehenden Sach- und Personalaufwendungen in den Vergütungsvereinbarungen berücksichtigt werden können. Damit honoriert der Gesetzgeber die Förderung des bürgerschaftlichen, ehrenamtlichen Engagements zur Unterstützung der familiären Pflege, Betreuung und Versorgung von Pflegebedürftigen durch die professionellen Einrichtungen auch unter dem Aspekt der Qualitätssicherung der Laienpflege. Die entsprechenden Aufwendungen finden in den Pflegesätzen und Entgelten der Pflegeeinrichtungen jedoch nur dann Berücksichtigung, wenn die vorrangige Zuständigkeit anderer Kostenträger, wie z. B. Bundes-, Landes oder kommunalen Stellen, entfällt.

#### **V. Beratung und Aufklärung**

Die bisherigen Aufklärungs- und Beratungspflichten der Pflegekassen nach dem SGB XI übernehmen für die Betroffenen die Funktion der Orientierungshilfe, um sich selbstbestimmt in der Versorgungslandschaft zu Recht zu finden. Der nun mit dem Weiterentwicklungsgesetz neu eingeführte erweiterte Beratungsanspruch geht insofern darüber hinaus, als er im Rahmen eines Fallmanagements die Versorgungsplanung einführt und damit sowohl die

---

33 So BT-Drs. 16/7439, S. 65.

bestmögliche Versorgung im Einzelfall sowie Effizienzsteigerungen im gesamten System bewirken soll.

Zur Umsetzung der erweiterten wohnortnahen Beratung sowie der konkreten Versorgungsplanung und der individuellen Betreuung von Pflegebedürftigen sind die leistungsrechtlich sektorenübergreifenden Pflegestützpunkte nach § 92c SGB XI und die Pflegeberatung nach § 7a SGB XI als individueller Leistungsanspruch in das SGB XI eingeführt worden.

### **1. Beratung als Aufgabe der Pflegekasse**

Beratung ist zunächst eine verpflichtende Aufgabe der Pflegekasse gem. § 7 SGB XI. Stellen Versicherte einen Leistungsantrag, hat die zuständige Pflegekasse diesen gem. § 7 Abs. 3 S. 1 SGB XI nunmehr unverzüglich nach Eingang des Antrags - und nicht erst nach Bescheiderteilung - eine Leistungs- und Preisvergleichsliste zur Verfügung zu stellen. Die Liste beinhaltet mindestens die für die Pflegeeinrichtung jeweils geltenden Festlegungen der Vergütungsvereinbarungen zur wohnortnahen Versorgung nach § 92c SGB XI. Gleichzeitig sind die Pflegebedürftigen über den nächstgelegenen Pflegestützpunkt, die Pflegeberatung sowie deren unentgeltliche Inanspruchnahme zu informieren. Die Landesverbände der Pflegekassen werden verpflichtet, die Leistungs- und Preisvergleichslisten zu erstellen bzw. fortzuschreiben und sie den Pflegekassen im Land zur Verfügung zu stellen. Des Weiteren benötigen die Versicherten Hinweise auf die zukünftige Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen nach § 115 Abs. 1a SGB XI. Dies gilt in gleichem Maße für die Informationen hinsichtlich der Inanspruchnahme anerkannter niedrigschwelliger Betreuungsangebote nach § 45b SGB XI.

### **2. Pflicht zur Inanspruchnahme von Beratung**

Eine Vielzahl der Leistungsempfänger in der ambulanten Pflege werden ausschließlich durch Familienangehörige, Freunde und Nachbarn gepflegt, so dass zur Steuerung der Pflegeprozesse und Unterstützung der Laienpfleger eine professionelle Beratungshilfe notwendig ist. Pflegebedürftige, die Pflegegeld beziehen, sind nach § 37 Abs. 3 S. 1 SGB XI in diesem Zusammenhang gesetzlich verpflichtet, Beratungen im eigenen Haushalt abzurufen, damit die Sicherstellung der Pflege beurteilt werden kann und Empfehlungen zur Verbesserung der häuslichen Pflegequalität ausgesprochen werden können. Personen, bei denen ein erheblicher Bedarf an allgemeiner Beaufsichtigung und Betreuung nach § 45a SGB XI festgestellt ist und die noch nicht die Voraussetzungen der Pflegestufe I erfüllen, können gem. § 37 Abs. 3 S. 5 SGB XI halbjährlich einmal einen Beratungsbesuch in Anspruch nehmen.

Die Vergütung für diese Beratungseinsätze wurde angehoben und beträgt seit 1. Juli 2008 21 Euro bei der Beratung von Pflegebedürftigen der Pflegestufe I und II sowie 31 Euro bei der Beratung von Pflegebedürftigen der Pflegestufe III. Die Beratungsbesuche sollen künftig auch durch die von den Landesverbänden der Pflegekassen anerkannten Beratungsstellen durchgeführt werden. Für sie gelten zur Durchführung der Beratungseinsätze die gleichen Anforderungen wie für Pflegedienste. Außerdem können auch die Pflegeberater (§ 7a SGB XI) die Beratungseinsätze durchführen und bescheinigen.

Die Neuregelungen zielen insgesamt auf eine Intensivierung der Beratungsleistungen ab. Dies könnte dazu beitragen, den individuellen Bedürfnissen der Versicherten bei der Beratung stärker als bisher zu entsprechen und eine qualifizierte Beratung zu ermöglichen.

### **3. Pflegebegleitung<sup>34</sup>**

Die Betroffenen haben oft einen erheblichen Unterstützungsbedarf bei Gestaltung und Durchführung der Versorgung, welcher sich durch bloße Beratung und Auskunft, wie sie gem. § 7 SGB XI vorgesehen ist, nicht befriedigen lässt. Aus diesem Grund sieht § 7a Abs. 1 SGB XI die Bereitstellung eines persönlichen Ansprechpartners vor, der Hilfe und Unterstützung im Sinne eines Fallmanagements leisten soll. Pflegeberatung im Sinne des § 7a SGB XI soll die Versorgungssituation des Pflegebedürftigen verbessern, seine Angehörigen entlasten und damit auch die häusliche Pflege stärken. Eine wichtige Aufgabe der Pflegeberatung ist es, einen Versorgungsplan zu erstellen und auf dessen Durchführung sowie auf erforderliche Genehmigungen durch die Leistungsträger hinzuwirken. Mit dieser Neuregelung folgt die Politik den wissenschaftlichen Erkenntnissen und greift die Praxis einiger Kranken- und Pflegekassen auf, die bereits seit geraumer Zeit ein individuelles und auf Versicherte zugehendes Versorgungsmanagement praktizieren.

### **4. Pflegestützpunkte<sup>35</sup>**

Nach § 92c Abs. 1 S. 1 SGB XI müssen die Pflege- und Krankenkassen auf Verlangen der obersten Landesbehörde – und unter Berücksichtigung bereits vorhandener Beratungsstrukturen (vgl. § 92c Abs. 2 S. 2 SGB XI) – Pflegestützpunkte zur wohnortnahen Beratung, Versorgung und Betreuung der Versicherten einrichten.

---

34 Vertiefende Ausführungen in Teil 2 dieses Aufsatzes in SdL 2/2009.

35 Vertiefende Ausführungen in Teil 2 dieses Aufsatzes in SdL 2/2009.



Eine nähere Aufgabenbestimmungen, die insbesondere der engen Verknüpfung mit der neu eingeführten Pflegeberatung Rechnung trägt, enthält § 92c Abs. 2 SGB XI. Aufgaben dieser Pflegestützpunkte sind demnach Auskunft und Beratung nach dem Sozialgesetzbuch, Koordinierung aller für die wohnortnahe Versorgung und Betreuung in Betracht kommenden gesundheitsfördernden, präventiven, kurativen, rehabilitativen und sonstigen medizinischen sowie pflegerischen und sozialen Hilfs- und Unterstützungsangebote sowie die Bereitstellung und Vernetzung von Versorgungs- und Betreuungsangeboten.

Insbesondere die gemeinsame Koordination und Steuerung von Leistungen unterschiedlicher Versorgungsbereiche und unterschiedlicher Träger der Sozialversicherung, der öffentlichen Hand einschließlich der Kommunen, den Leistungserbringern – unter Einbindung sozialer sowie bürgerschaftlicher Initiativen und Selbsthilfevereinigungen – soll durch gleichzeitige strukturelle Vernetzung der Einrichtungen auf der wohnortnahen Ebene eine an den individuellen Bedürfnissen pflegebedürftiger Menschen ausgerichtete Versorgung und Betreuung, z. B. in ambulanten Wohnformen wie Wohn- und Hausgemeinschaften, ermöglichen.

## **D. Änderungen im Bereich der Leistungserbringer**

Die Änderungen im Leistungserbringungsrecht betreffen Struktur und Vergütung der Leistungserbringung.

### **I. Versorgungsverträge, Rahmenempfehlungen, Wirtschaftlichkeitsprüfungen**

Die Zulassung von ambulanten oder stationären Pflegeeinrichtungen durch Versorgungsvertrag erfolgt nach den Bestimmungen des § 72 SGB XI. Nach der nun erfolgten Erweiterung der Zulassungskriterien ist es nach § 72 Abs. 2 S. 1 SGB XI möglich, für verschiedene selbständig wirtschaftende Pflegeeinrichtungen eines Trägers, die örtlich und organisatorisch miteinander verbunden sind, einen einheitlichen Versorgungsvertrag als Gesamtversorgungsvertrag zu schließen. Insoweit müssen in dem Gesamtversorgungsvertrag die individuellen Gegebenheiten (Versorgungsauftrag, personelle Besetzung und Zuständigkeiten, Einzugsbereich bei ambulanten Pflegediensten, Kündigungsregelungen) für die jeweiligen selbständig wirtschaftenden Einrichtungsteile berücksichtigt und vereinbart werden. Hierzu zählt auch, dass für ambulante Pflegedienste keine Filialbetriebe möglich sind bzw. diese jeweils als selbständig wirtschaftende Pflegeeinrichtungen bewertet werden müssen. Für die Teile der Gesamteinrichtung ist darüber

hinaus festzulegen, dass eine klare Rechnungsabgrenzung erfolgt. Diese ist nach Aufforderung den Kostenträgern zur Verfügung zu stellen.

Ferner sieht § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI für den Abschluss eines Versorgungsvertrages der ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen mit den Landesverbänden der Pflegekassen die Verpflichtung der Pflegeeinrichtungen vor, an ihre Beschäftigten eine ortsübliche Vergütung zu zahlen.

Außerdem muss sich jede Pflegeeinrichtung, mit der ein Versorgungsvertrag geschlossen werden soll, dazu verpflichten, sämtliche Expertenstandards gem. § 113a SGB XI anzuwenden. Korrespondierend dazu wurde die Verpflichtung der Pflegeeinrichtungen, Expertenstandards anzuwenden, ausdrücklich in § 112 Abs. 2 SGB XI aufgenommen.<sup>36</sup>

Durch die Neufassung von § 72 Abs. 3 S. 3 SGB XI kann mit ambulanten Pflegediensten ein verbindlicher Einzugsbereich vereinbart werden. Diese Regelung dient dazu, die Kenntnisse über vorhandene Versorgungsstrukturen sowie den Informationswert der Leistungs- und Preisvergleichslisten zu verbessern.<sup>37</sup>

Sowohl ambulante als auch stationäre Einrichtungen, die zur Versorgung der Pflegebedürftigen im Rahmen der sozialen Pflegeversicherung zugelassen werden sollen, müssen gem. § 71 Abs. 1 und 2 SGB XI ihre Leistungen unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft erbringen. § 71 Abs. 3 SGB XI n. F. regelt dabei die Anerkennung als Pflegefachkraft und eine Angleichung an die Berufsbezeichnung des neuen Kranken- und des Altenpflegegesetzes des Bundes. Die verantwortliche Pflegekraft nach § 71 Abs. 1 und 2 Nr. 1 SGB XI muss gem. § 71 Abs. 3 S. 2 SGB XI neben ihrer dort verlangten beruflichen Qualifikation an einer Weiterbildungsmaßnahme für leitende Funktionen mit einer Mindestzahl von 460 Stunden erfolgreich teilgenommen haben. Diese Neuregelung geht auf eine Entscheidung des Bundessozialgerichts zurück,<sup>38</sup> wonach Zulassungsvoraussetzungen für die Anerkennung als Pflegefachkraft, soweit sie über gesetzliche geregelte Anforderungen hinausgehen, gegen Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen, da jede Zulassungsvoraussetzung einer gesetzlichen Regelung bedarf. Außerdem wird damit auch die in den Grundsätzen und Maßstäben zur Sicherung

---

36 Vgl. Punkt E. Qualität und Qualitätssicherung.

37 BT-Drs. 16/7438, S. 67.

38 BSG Urteil v. 24.09.2002 – B 3 P 14/01 R.

und Weiterentwicklung der Pflegequalität nach § 80 SGB XI a. F. (jetzt § 113 SGB XI) bereits enthaltene Vereinbarung rechtlich abgesichert.

Mit der Modifizierung des § 74 Abs.1 2. HS SGB XI sind die Gründe erweitert worden, aus denen die Landesverbände der Pflegekassen im Einvernehmen mit den zuständigen Trägern der Sozialhilfe Versorgungsverträge fristgebunden kündigen können. Als Kündigungsgrund kommt nunmehr auch eine wiederholte gröbliche Verletzung der Pflichten in Betracht,<sup>39</sup> Pflegebedürftigen ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu bieten, die Hilfen darauf auszurichten, die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten und angemessene Wünsche der Pflegebedürftigen zur Gestaltung der Hilfe zu entsprechen. Die Durchsetzung der Kündigung des Versorgungsvertrages – als ultima ratio – hat sich in der Praxis als schwierig und von vielen Widrigkeiten abhängiges Problem erwiesen. Dies gilt auch bei Vorliegen von Qualitätsmängeln. So lange im Klageverfahren gegen eine Kündigung des Versorgungsvertrages vor Gericht regelmäßig die wirtschaftlichen Interessen der Einrichtungsträger und deren Existenzgefährdung bzw. der Grundsatz der Berufsfreiheit höher eingestuft werden als die Grundrechte der Pflegebedürftigen, wie sie z. B. in der Charta der Rechte der Pflegebedürftigen<sup>40</sup> niedergelegt sind, greift das Instrument der Kündigung des Versorgungsvertrages nicht. Hier hat endlich ein Umdenken stattgefunden, ein einheitliches Vorgehen der Landesverbände der Pflegekassen und der nach Landesrecht zuständigen Heimaufsicht ist dabei eine unabdingbare Voraussetzung.

Nach § 74 Abs. 2 Satz 2 SGB XI hat der Gesetzgeber den Einrichtungen zur Vermeidung von voreiligen Kündigungen jedoch ein Hintertürchen offen gelassen. Durch Fortbildung und Verbot der weiteren Aufnahme von Pflegebedürftigen zur pflegerischen Versorgung besteht für die Einrichtung der Möglichkeit der Behebung des Kündigungsgrundes. Mit dieser Regelung wird das Sanktionsinstrumentarium wesentlich flexibilisiert. Allerdings fehlen Regelungen, wie zu verfahren ist, wenn die Einrichtung die angeordneten Maßnahmen nicht umsetzt. Ein Verstoß gegen die Anordnung sollte zwingend einen außerordentlichen Kündigungsgrund i. S. d. § 74 Abs. 2 SGB XI nach sich ziehen.

---

39 Vgl. Punkt C.I.

40 Runder Tisch der Pflege, Arbeitsgruppe IV; Informationsbroschüre des BMG und BMFSFJ.

Die Vertragsparteien der Rahmenverträge auf der Landesebene müssen zukünftig aufgrund der erfolgten Konkretisierung im § 75 Abs. 2 Nr. 3 SGB XI – neben der personellen – auch Vereinbarungen zur Ausstattung der Pflegeeinrichtungen treffen. Die Vereinbarung von Maßstäben und Grundsätzen für eine wirtschaftliche und leistungsbezogene, am Versorgungsauftrag orientierte sächliche Ausstattung stationärer Pflegeeinrichtungen in den Rahmenverträgen gibt aber keine Antwort auf die Frage, welche Hilfs- bzw. Pflegehilfsmitteln, für den üblichen Pflegebetrieb notwendig und von Pflegeeinrichtungen verpflichtend vorzuhalten sind. Darüber hinaus stellt § 75 Abs. 2 Satz 2 SGB XI klar, dass der nach § 33 SGB V bestehende individuelle Leistungsanspruch eines Pflegebedürftigen gegen seine Krankenkasse durch die Aufnahme in ein Pflegeheim nicht eingeschränkt wird und im vollem Umfang bestehen bleibt.

Die Möglichkeit der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsprüfungen nach § 79 SGB XI durch die Landesverbände der Pflegekassen sind durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz auf solche Prüfungen reduziert worden, für deren Notwendigkeit tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Reine Ermessensprüfungen werden somit ausgeschlossen. Jedoch löst die Neuregelung die Probleme der Umsetzung der Wirtschaftlichkeitsprüfungen nicht. Die Verknüpfung des Prüfrechts mit „tatsächlichen“ Anhaltspunkten öffnet der Beantragung von Einstweiligen Anordnungen gegen die Prüfung ein weites Einfalltor, die Prüfung wird damit ad absurdum geführt. In der Praxis ist darüber hinaus zwischen den Pflegekassen und Leistungserbringern immer noch streitig, welche Unterlagen von der Einrichtung vorzulegen sind und wie sich die Zusammenarbeit zu gestalten hat. Die Umsetzung wird auch dadurch erschwert, dass bei einer Verweigerung der Pflegeeinrichtung zur Mitwirkung bei der Prüfung kein gesetzlich normierter Sanktionsmechanismus vorliegt. Konsequenterweise hätte der Gesetzgeber festschreiben müssen, dass der Prüfungsgegenstand neben den allgemeinen Pflegeleistungen auch die Leistungen der Unterkunft und Verpflegung umfasst und als prüfungsrelevante Unterlagen insbesondere vollständige Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Daten der Buchhaltung für das laufende Geschäftsjahr vorzulegen sind.<sup>41</sup>

---

41 Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft der Spitzenverbände der Pflegekassen zum Entwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) mit Stand vom 15.01.2008, S. 93.

## II. Einzelpflegekräfte

§ 77 SGB XI ermöglicht es den Pflegekassen in größerem Umfang als bisher, nicht nur für Regionen mit Versorgungsengpässen, sondern auch aus anderen Gründen mit Einzelpflegekräften Verträge zu schließen. Danach kann jetzt auch die gemeinsame Inanspruchnahme von Leistungen gepaart mit dem Wunsch, möglichst von einer Person pflegerisch versorgt zu werden, den Abschluss eines Vertrags mit einer Einzelpflegekraft begründen. In dem Vertrag sind Regelungen über Qualität und Qualitätssicherung zu treffen. Die Vergütungen sind für die Leistungen der häuslichen Pflegehilfe – ausgenommen ist die medizinische Behandlungspflege – nach § 36 Abs. 1 SGB XI zu vereinbaren.

## III. Ärztliche Versorgung in stationären Pflegeeinrichtungen

Der neue § 119b SGB V verdeutlicht, dass die stationären Pflegeeinrichtungen eine Verantwortung auch für die ärztliche Versorgung ihrer Pflegebedürftigen tragen. Bei entsprechendem Bedarf können Kooperationsverträge mit geeigneten vertragsärztlichen Leistungserbringern geschlossen werden. Dies können z.B. Integrationsvereinbarungen gem. § 140a SGB V oder Verträge im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung gem. § 73b SGB V oder der besonderen ambulanten Versorgung gem. § 73c SGB V sein.<sup>42</sup> Die Kassenärztliche Vereinigung hat nach einem Antrag der Pflegeeinrichtung solche Kooperationsverträge anzustreben. Kommt in diesem Fall innerhalb von sechs Monaten kein Vertrag zustande, ist die Pflegeeinrichtung nach § 119b S. 3 SGB V vom Zulassungsausschuss zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der pflegebedürftigen Versicherten in der Pflegeeinrichtung mit angestellten Ärzten, die in das Arztregister eingetragen sind und geriatrische fortgebildet sein sollen, zu ermächtigen. § 119b SGB V normiert somit unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch der Pflegeeinrichtungen auf Ermächtigung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ihrer Pflegebedürftigen. Damit ist sowohl für Gebiete ohne ausreichende Hausarzt-dichte als auch für solche Einrichtungen ein wichtiger Weg zur ausreichenden ambulanten ärztlichen Versorgung eröffnet, deren Pflegebedürftige nicht mehr in der Lage sind, selbst einen Arzt aufzusuchen.

## E. Qualität und Qualitätssicherung

Die Qualität der pflegerischen Versorgung ist ein wesentlicher Faktor sowohl für die pflegebedürftigen Menschen als auch für die Akzeptanz der Pflegever-

---

42 BT-Drs. 16/7438, S. 97.

sicherung in der Bevölkerung. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber bereits verschiedentlich Versuche unternommen, Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung zu implementieren.<sup>43</sup> Auch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz setzt im Interesse einer verbesserten Versorgung der Pflegebedürftigen in erheblichem Umfang auf qualitätsbezogene Maßnahmen im ambulanten und stationären Bereich. Der Gesetzgeber hat die Vorschriften zur Sicherung und Entwicklung der Qualität in der Pflege im Elften Kapitel des SGB XI zusammengefasst, ergänzt und neu strukturiert. Der mit dem zum 1. Januar 2002 durch das Inkrafttreten des Pflege-Qualitätssicherungsgesetzes eingeleitete Prozess der Weiterentwicklung der Pflegequalität wird insofern kontinuierlich fortgeführt. Die Neuregelungen werden dazu beitragen, dass Qualität nach dem allgemein anerkannten Stand medizinisch-pflegerischer Erkenntnisse nicht nur von den Pflegekassen und Leistungserbringern (ein-)gefordert wird, sondern die Qualitätsentwicklung auf der Grundlage von Fachlichkeit und Transparenz unterstützt wird.<sup>44</sup>

Nach dem Willen des Gesetzgebers wird zukünftig die Pflegequalität auf drei Säulen<sup>45</sup> beruhen:

- Erste Säule: Qualitätssicherung durch Verankerung von Expertenstandards
- Zweite Säule: Stärkere Anerkennung des internen Qualitätsmanagements und mehr Ergebnistransparenz
- Dritte Säule: Externe Qualitätssicherung durch den MDK

Durch die Umstrukturierung der Regelungen zur Qualitätssicherung ist die unbürokratisch wirkende Verpflichtung zur Vorlage der Leistungs- und Qualitätsvereinbarungen nach § 80a SGB XI entfallen. Das Ziel, durch den Abschluss einer Leistungs- und Qualitätsvereinbarung die einrichtungsindi-

---

43 Insbesondere kann hier das Pflege-Qualitätssicherungsgesetz (PQsG) genannt werden.

44 Es handelt sich hierbei um eine Neukonfiguration der Qualitätssicherung- und weiterentwicklung der professionellen Pflege. Pflegebedürftige, die sich für die Geldleistung, also für die sog. Laienpflege entschieden haben, sind weiterhin für die Sicherstellung ihrer Pflege verantwortlich. Sicherstellung der Pflege wird durch die Begutachtung des MDK und die Beratungseinsätze nach § 37 Abs. 3 SGB XI als nahezu niedrigstes Niveau der Qualitätssicherung zur Vermeidung unangemessener Pflege beurteilt.

45 BT-Drs. 16/7439, S. 41 f.

viduelle Qualität abbilden zu können und für die entsprechenden Leistungen eine adäquate Vergütung zu erreichen, konnte sich nicht durchsetzen.<sup>46</sup> Regelungen zur Qualitätssicherung sind nunmehr verbindlicher Bestandteil des Versorgungsvertrages.

Zugelassene Pflegeeinrichtungen müssen sich weiterhin zur Durchführung von Maßnahmen der Qualitätssicherung und zum Qualitätsmanagement verpflichten, ansonsten entfällt nach § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XI n. F. grundsätzlich der Anspruch der Pflegeeinrichtung auf Zulassung zur Pflege durch einen Versorgungsvertrag. Ebenso verhält es sich bei den Expertenstandards; sie sind für alle Pflegekassen und deren Verbände sowie für sämtliche zugelassenen Pflegeeinrichtungen nach Maßgabe des § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4. SGB XI n. F. verbindlich.

Zur rechtzeitigen Vorbeugung von Qualitätsmängeln und zur Stärkung der Eigenverantwortung der Pflegeeinrichtungen und ihrer Träger für die Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität bestimmt der § 112 Abs. 3 SGB XI n. F., dass der MDK die Pflegeeinrichtungen in den entsprechenden Fragen aktiv berät. Ein Beratungsanspruch der Einrichtungen wird mit dieser Vorschrift nicht begründet.

Festgehalten werden kann jedoch, dass trotz der Umstrukturierung im Qualitätssektor ein Paradigmenwechsel nicht stattgefunden hat. Für die Leistungsqualität der Einrichtungen einschließlich der Qualitätssicherung bleiben die Träger der Pflegeeinrichtungen – trotz des Sicherstellungsauftrages der Pflegekassen – weiterhin verantwortlich (vgl. § 112 Abs. 1 S. 1 SGB XI).

### **I. Maßstäbe und Grundsätze zur Sicherung und Weiterentwicklung von Pflegequalität**

Bis zum 31. März 2009 müssen gem. § 113 SGB XI n. F. Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements, das auf eine stetige Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität ausgerichtet ist, vereinbart werden. Der bisherige § 113 SGB XI a. F. bildete die Grundlage für die Erteilung von Leistungs- und Qualitätsnachweisen. Diese Vorschrift konnte in der Vergangenheit nicht umgesetzt werden, da die hierzu erforderliche Umsetzungsverordnung nach § 118 SGB

---

46 Kritik an der LQV in „Eckpunkte des Koalitionsausschusses vom 19. Juni 2007 zu einer Reform zur nachhaltigen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung“ des Deutschen Caritasverbandes 10. Juli 2007, S. 10.

XI im Bundesrat abgelehnt wurde.<sup>47</sup> Sie wurde daher aufgehoben, zumal die externe Qualitätssicherung in anderer Form gewährleistet wird. In § 113 SGB XI n. F. wird stattdessen die bislang als § 80 SGB XI a. F. eingestellte Regelung zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität durch die Vereinbarung von Maßstäben und Grundsätzen eingefügt, die dadurch in einen engen Zusammenhang mit weiteren Vorschriften der Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung gestellt und darüber hinaus inhaltlich erweitert wird.

Die Vertragsparteien nach § 113 Abs. 1 SGB XI haben im Rahmen der zu vereinbarenden Maßstäbe und Grundsätze Regelungen über

- die Anforderungen an die Pflegedokumentation,
- die Sachverständigen und Prüfinstitutionen, die nach § 114 Abs. 4 SGB XI Qualitätsprüfungen durchführen können, im Hinblick auf deren Zuverlässigkeit, Unabhängigkeit und Qualifikation sowie
- über Zertifizierungs- und Prüfverfahren nach § 114 Abs. 4 SGB XI zu treffen.

Die Umsetzung der auch schon in der Vergangenheit bestehenden Aufgabe der gemeinsamen Pflegeselbstverwaltung, Maßstäbe und Grundsätze für die Qualität und die Qualitätssicherung sowie für ein auf Weiterentwicklung ausgerichtetes einrichtungsinternes Qualitätsmanagement in der ambulanten und stationären Pflege zu vereinbaren, war aufgrund eines fehlenden Konfliktlösungsmechanismus erschwert. An die Stelle der bisherigen Verordnungsermächtigung tritt zukünftig ein Schiedsverfahren durch eine Schiedsstelle<sup>48</sup>, das sowohl durch die Vertragsparteien als auch durch das BMG ausgelöst werden kann. § 113 Abs. 3 SGB XI bestimmt, dass die Schiedsstelle innerhalb einer Frist von drei Monaten mit der Mehrheit ihrer Mitglieder den Inhalt der Vereinbarungen festzusetzen hat, wenn eine Einigung nicht bis zum 31. März 2009 erzielt werden kann. Gegen die Festsetzung der Schiedsstelle ist im Übrigen der Sozialgerichtsweg eröffnet.

Die im Bundesanzeiger zu veröffentlichenden Vereinbarungen sind für sämtliche Pflegekassen, deren Verbände und die zugelassenen Pflegeeinrichtungen verbindlich.

Die zugelassenen Pflegeeinrichtungen sind verpflichtet, ein geeignetes Pflegedokumentationssystem als Instrument zur Qualitätsförderung vorzuhalten,

---

47 Vgl. BT-Drs. 16/7439, S. 70.

48 Vgl. auch Punkt E. III.



aus dem das Leistungsgeschehen und der Pflegeprozess abzuleiten sind.<sup>49</sup> Die Pflegedokumentation dient nach Ansicht des Runden Tisches Pflege der Sicherung von Pflege, dem Informationsfluss, dem Leistungsnachweis, der Überprüfung von Pflegequalität und der juristischen Absicherung des pflegerischen Handelns, da es dem Pflegepersonal bei der derzeit gängigen Dokumentationspraxis nicht immer gelingt, ein Gesamtbild des zu Pflegenden zu beschreiben und zu erhalten. Darüber hinaus entstehe bei unnötigen Nach- bzw. Doppelerhebungen überflüssiger Schreib- und Zeitaufwand als Belastungsfaktor für die Beschäftigten. Die zwischen den Vertragspartnern zu vereinbarenden Pflegedokumentation soll als verlässlicher Parameter der Qualitätssicherung und -förderung gleichzeitig überflüssige Bürokratie und damit unnötige Belastungen für die Pflegeeinrichtungen abbauen. Entsprechende verbindliche Festlegungen sind gem. § 113 Abs. 1 S. 1 SGB XI in den Vereinbarungen zu den Maßstäben und Grundsätzen zur Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität zu treffen.<sup>50</sup>

§ 113 Abs. 1 S.4 Nr. 2 und 3 SGB XI weist den Leistungserbringerverbänden ein Mitentscheidungsrecht zu, welche Anforderungen an Sachverständige und Prüfinstitutionen im Hinblick auf Zuverlässigkeit, Unabhängigkeit und Qualifikation gestellt werden sollen und welche Anforderungen an die methodische Verlässlichkeit solcher die MDK-Prüfung ersetzenden Zertifizierungs- und Prüfverfahren zu stellen sind. Dies kann jedoch nicht im Interesse der Kostenträger bzw. der Medizinischen Dienste liegen. Ein solches Recht sollte nicht in die Hände von Verbänden gelegt werden, die nicht nur die zu prüfenden Pflegeeinrichtungen vertreten, sondern in ihrem Unternehmensverbund meist selbst über entsprechende Sachverständige und Prüffirmen verfügen.

---

49 Auch ohne eine explizite Nennung im Gesetzestext hätten die Vereinbarungspartner der Qualitätsgrundsätze bereits bisher die Möglichkeit gehabt, konkrete Anforderungen an die Pflegedokumentation zu definieren. Diese Vorschrift vernachlässigt die im Rahmen der Untersuchungen des Runden Tisches Pflege gewonnenen Erkenntnisse, wonach die oft überbordende Pflegedokumentation (Stichwort Bürokratie) meist auf einrichtungsintern nicht gelösten Pflegeplanungsproblemen beruht. Eine weitgehende Festlegung von Anforderungen an die Pflegedokumentation wird auch deshalb an Grenzen stoßen, da die Ausgestaltung der Pflegedokumentation weitgehend davon abhängig ist, welches Pflegemodell von der jeweiligen Pflegeeinrichtung gewählt worden ist.

50 Vgl. BT-Drs. 16/7439, S 82; Das Handbuch „Pflegedokumentation stationär“ des BMFSFJ vom März 2007.

## II. Expertenstandards

Gem. § 113a Abs. 1 SGB XI sind an der Entwicklung und Aktualisierung von wissenschaftlich fundierten und sachlich abgestimmten Expertenstandards zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in der Pflege der Medizinische Dienst des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (MDS), der Verband der privaten Krankenversicherung e.V., die Verbände der Pflegeberufe auf Bundesebene, die maßgeblichen Interessen- und Selbsthilfeorganisationen der Pflegebedürftigen und Behinderten auf Bundesebene sowie unabhängige Sachverständige zu beteiligen. Außerdem haben diese Beteiligten ein Vorschlagsrecht, zu welchen Themen Expertenstandards entwickelt werden sollen. Der Auftrag zur Entwicklung oder Aktualisierung und die Einführung von Expertenstandards werden jeweils durch die Vertragsparteien nach § 113 Abs. 1 SGB XI beschlossen. Kommen solche Beschlüsse nicht zustande, kann jede Vertragspartei sowie das BMG im Einvernehmen mit dem BMFSFJ die Schiedsstelle nach § 113b SGB XI n. F. anrufen, die dann durch ihren Beschluss den Einführungsbeschluss der Vertragsparteien ersetzen kann. Die Vertragsparteien müssen gemäß § 113a Abs. 2 SGB XI n. F. die Transparenz sowie die methodische und pflegfachliche Qualität des Verfahrens zur Entwicklung und Aktualisierung der Expertenstandards sicherstellen. Die entsprechende Verfahrensordnung bedarf der Genehmigung des BMG im Benehmen mit dem BMFSFJ. Bei der Entwicklung von neuen Expertenstandards kann auf den bisherigen Erfahrungen mit der Erarbeitung von Expertenstandards aufgebaut werden. Mit den vom Deutschen Netzwerk zur Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP) bisher vorgelegten Expertenstandards, die im Auftrag des BMG entwickelt wurden, wurde ein wesentlicher Beitrag zur Definition des allgemein anerkannten Standes medizinisch - pflegewissenschaftlicher Erkenntnisse geleistet. Bereits heute sind diese Expertenstandards<sup>51</sup> Maßstab zur Prüfung der Qualität der Pflege durch den MDK. Der Gesetzgeber hat folgerichtig mit der Einführung des Begriffs „Expertenstandard“ eine aus Sicht der Pflegewissenschaft fachliche Klarstellung vollzogen, weil die bereits bestehenden Expertenstandards hinreichend in die tägliche Pflegepraxis integriert und erprobt worden sind;<sup>52</sup> ferner können sie

---

51 Bis heute entwickelte Expertenstandards sind: Dekubitusprophylaxe, Entlassungsmanagement, Schmerzmanagement bei akuten oder chronischen Schmerzen, Sturzprophylaxe, Kontinenzförderung, Pflege von Menschen mit chronischen Wunden, bedarfsgerechte Ernährung und Flüssigkeitszufuhr bei pflegebedürftigen Menschen sowie die Rahmenempfehlungen zum Umgang mit herausforderndem Verhalten bei Menschen mit Demenz.

52 BT-Drs. 16/7439 S. 83.

auch im Rahmen von Haftungsprozessen als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden.<sup>53</sup>

Die entwickelten und im Bundesanzeiger veröffentlichten Expertenstandards sind nach § 113a Abs. 3 SGB XI für alle Pflegekassen und deren Verbände sowie für sämtliche zugelassenen Pflegeeinrichtungen verbindlich. Um die Expertenstandards in Zukunft erfolgreich flächendeckend in die Praxis einführen zu können, ist es unerlässlich, die Pflegeeinrichtungen durch Implementierungshilfen zu unterstützen. Die Entwicklung und modellhafte Erprobung von Expertenstandards reicht dabei bei Weitem nicht aus.

Die für die Entwicklung oder Anpassung von Expertenstandards entstehenden Kosten, sind als Verwaltungskosten vom GKV-Spitzenverband Bund der Pflegekassen zu tragen; die private Pflegeversicherung beteiligt sich mit 10 vom Hundert an diesen jährlich zu berechnenden Kosten.

### **III. Schiedsstelle**

Die neu eingeführte Schiedsstelle Qualitätssicherung Pflege nach § 113b SGB XI kann einberufen werden für Schiedsverfahren bei Nichteinigung zu den Maßstäben und Grundsätzen der Pflegequalität, Expertenstandards und Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen. Die Schiedsstelle konnte bereits zum 1. Oktober 2008 ihre Arbeit aufnehmen, nachdem im September 2008 die Verfahrensordnung beschlossen wurde und die Besetzung der Schiedsstelle erfolgte. Der Sitz der Geschäftsstelle Qualitätssicherung ist beim GKV- Spitzenverband Bund der Pflegekassen in Berlin.

### **IV. Qualitätsprüfungen und Veröffentlichung der Prüfergebnisse**

Der zweite Bericht des MDS nach § 118 Abs. 4 SGB XI wurde im September 2007 veröffentlicht. Die Ergebnisse wurden von den Medien zu einer breiten Berichterstattung über skandalöse Verhältnisse in der Pflege genutzt. Offensichtlich unter diesem Eindruck werden nunmehr die Qualitätsprüfungen durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz quantitativ erheblich ausgeweitet. Zunächst sollen bis Ende 2010 alle Pflegeeinrichtungen mindestens einmal und ab 2011 mindestens einmal jährlich geprüft werden. Dies entspricht einer Verfünffachung der bisherigen Prüffrequenz.

Zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit von Pflegeeinrichtungen besteht nun der gesetzliche Auftrag, die Prüfergebnisse zu veröffentlichen.

---

53 BT-Drs. 16/7439 S. 83.

### **1. Externe Qualitätssicherung**

Mit den Qualitätsprüfungen des MDK in ambulanten Pflegediensten und stationären Pflegeheimen wurde ein systematischer Überblick über die Qualitätssituation deutscher Pflegeeinrichtungen erreicht. Durch die Prüfungen des MDK konnten eindeutige Verbesserungen erzielt werden. Bei Pflegeeinrichtungen mit schlechter Qualität nehmen die MDK-Prüfungen die Funktion des Verbraucherschutzes wahr.

Zukünftig müssen sich die MDK-Prüfungen qualitativ vermehrt mit anderen Prüfverfahren messen lassen. Im Verhältnis zu den sog. Zertifizierungsverfahren bzw. landesweiten Prüfverfahren kann konstatiert werden, dass diese nicht geeignet sind, die externe Qualitätssicherung durch den MDK zu ersetzen. Vergleiche zwischen Pflegeeinrichtungen mit und ohne zertifiziertem Qualitätsmanagement haben gezeigt, dass zertifizierte Pflegeeinrichtungen in der Ergebnisqualität keine besseren Ergebnisse erzielen. Darüber hinaus kann in aller Regel bei Zertifizierungsverfahren die Ergebnisqualität nur mit Hilfe von Zufriedenheitsbefragungen der Pflegebedürftigen erfasst werden, die zudem nur bei einem Teil der Pflegebedürftigen möglich sind.

Gleichwohl sind diese Zertifizierungsverfahren geeignet, den Aufbau einrichtungsinterner Qualitätsmanagements zu unterstützen.

Von Bedeutung sind insoweit die nach § 114 SGB XI n. F. vorgesehenen Qualitätsprüfungen, die der MDK oder die zu diesem Zweck bestellten Sachverständigen im Auftrag der Landesverbände der Pflegekassen durchführen. Der Prüfauftrag enthält dabei Angaben zu der Art, dem Gegenstand und dem Umfang der Prüfung. Das Gesetz sieht nach § 114 Abs. 1 S. 3 SGB XI n. F. als Prüfarten mit unterschiedlichen Funktionen die Regel-, Anlass- und Wiederholungsprüfungen vor und verpflichtet die Pflegeeinrichtungen dazu, die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfungen, z. B. durch Vorlage der Pflegedokumentation oder der Dienst- und Einsatzpläne, zu ermöglichen.

Die Prüfarten der Stichprobenprüfung und der Vergleichsprüfung werden im Zuge der Einführung eines jährlichen Prüfturnus ab dem Jahr 2011 gestrichen.<sup>54</sup>

### **2. Regelprüfungen**

In den zugelassenen Pflegeeinrichtungen haben die Landesverbände gemäß § 114 Abs. 2 SGB XI n. F. bis zum Jahresende 2010 mindestens einmal und ab

---

54 BT-Drs. 16/7439, S. 86.

2011 dann grundsätzlich in regelmäßigen Abständen von höchstens einem Jahr Regelprüfungen zu veranlassen. Zu prüfen ist, ob die gesetzlichen und vertraglichen Qualitätsanforderungen bei den allgemeinen Pflegeleistungen, der medizinischen Behandlungspflege, der sozialen Betreuung einschließlich zusätzlicher Maßnahmen i.S.v. § 87b SGB XI, der Unterkunft und Verpflegung nach § 87 SGB XI, den Zusatzleistungen gemäß § 88 SGB XI sowie bei der häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V) erfüllt sind. Die Prüfung in diesem Sinne bezieht sich auf die Ergebnisqualität, so dass insbesondere der Pflegezustand und die Wirksamkeit der Pflege- und Betreuungsmaßnahmen und die Zufriedenheit der Pflegebedürftigen erfasst werden. Erstreckt werden kann die Prüfung außerdem auf die Prozessqualität, also auf den Ablauf, die Durchführung und die Evaluation der Pflege, sowie auf die Strukturqualität, d.h. auf die unmittelbaren Rahmenbedingungen der Leistungserbringung.

Ferner kann die Prüfung sich auch auf die Abrechnung der genannten Leistungen erstrecken. Zu prüfen ist außerdem, ob die Empfehlungen nach § 23 Abs. 2 InfektionsschutzG beachtet werden, um sicherzustellen, dass bei der Versorgung der Pflegebedürftigen die erforderlichen Präventionsmaßnahmen gegen sog. Krankenhausinfektionen (nosokomiale Infektionen) getroffen werden.<sup>55</sup> In der ambulanten Pflege werden entsprechende Empfehlungen bei der Prüfung durch den MDK nur insoweit berücksichtigt, wie sie auf die Situation in der ambulanten Pflege anwendbar sind. Der GKV-Spitzenverband Bund der Pflegekassen hat die dafür notwendigen Voraussetzungen in der Richtlinie nach § 114a Abs. 7 SGB XI n. F. zu schaffen.

### **3. Verringerung des Prüfumfangs**

Nach § 114 Abs. 3 SGB XI n. F. haben die Landesverbände der Pflegekassen den Prüfumfang der Regelprüfung angemessen zu verringern, wenn ihnen auf Grund einer Prüfung der Heimaufsichtsbehörden oder eines landesrechtlichen Prüfverfahrens bekannt ist, dass die Qualitätsanforderungen erfüllt werden. Außerdem ist der Umfang der Regelprüfungen nach näherer Maßgabe von § 114 Abs. 4 SGB XI n. F. angemessen zu verringern, wenn Ergebnisse zur Prozess- und Strukturqualität aus einer Prüfung vorliegen, die von der Einrichtung oder ihrem Träger veranlasst wurde. Voraussetzung ist unter anderem, dass die Prüfung bestimmten Anforderungen genügt, nicht länger als ein Jahr zurückliegt und ihre Ergebnisse gemäß § 115 Abs. 1 a SGB XI n. F. veröffentlicht wurden. Durch diese Regelung soll das Engagement der Einrichtung bzw. ihrer Träger „mit einer Verringerung externer Qualitätskontrolle belohnt“ werden.

---

55 BT-Drs. 16/7439, S. 86.

Die Gleichstellung von einrichtungs- bzw. trägerinitiierten Prüfungen, nach Landesrecht durchgeführten Prüfverfahren und Zertifizierungen mit der unabhängigen und bundeseinheitlichen MDK-Qualitätsprüfung verdeutlicht die Forderung nach einer klaren Trennung zwischen der externen Qualitätssicherung durch den MDK und anderen Prüfverfahren. Insbesondere die Gleichstellung mit einrichtungs- bzw. trägerinitiierten Prüfungen und mit nach Landesrecht durchgeführten Prüfverfahren läuft auf eine Fortführung der gescheiterten Leistungs- und Qualitätsnachweise unter einem anderen Namen hinaus; einziger Unterschied ist, dass die Anforderungen an diese Zertifizierungen nicht mehr per Rechtsverordnung, sondern durch die gemeinsame Pflegeselbstverwaltung festgelegt werden sollen.

Verpflichtend hat der MDK die Prüfung der Ergebnisqualität, also insbesondere die Untersuchung der Pflegebedürftigen gemäß § 114a Abs. 3 SGB XI n. F., im jährlichen Abstand sicherzustellen. Heimaufsichtsrechtliche Prüfungen legen dagegen ihren Schwerpunkt in der Regel auf Aspekte der Struktur- und Prozessqualität. Hier sind Beschränkungen der Prüftätigkeit des MDK sinnvoll, die vor allem durch Absprachen mit den Heimaufsichtsbehörden gemäß § 117 SGB XI erreicht werden sollen.

#### **4. Anlass- und Wiederholungsprüfungen<sup>56</sup>**

Anlassprüfungen werden durchgeführt, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen von Qualitätsdefiziten bestehen.<sup>57</sup> Gemäß § 114 Abs. 5 SGB XI n. F. geht der Prüfauftrag bei Anlassprüfungen in der Regel über den Prüfanlass hinaus und umfasst eine vollständige Prüfung mit dem Schwerpunkt der Ergebnisqualität. Der genaue Zuschnitt der Prüfung liegt im Ermessen der Landesverbände. Nach einer Regel- oder Anlassprüfung, bei der sich Mängel ergeben haben, kann gemäß § 114 Abs. 5 S. 2 SGB XI n. F. auf Kosten der Pflegeeinrichtung eine Wiederholungsprüfung veranlasst werden, um zu überprüfen, ob die Qualitätsmängel durch nach § 115 Abs. 2 SGB XI angeordnete Maßnahmen beseitigt werden konnten. Die Wiederholungsprüfung ist also nach § 114 Abs. 5 S. 3 SGB XI n. F. zu veranlassen, wenn wesentliche Aspekte der Pflegequalität betroffen sind und ohne zeitnahe Nachprüfung der Pflegeeinrichtung unzumutbare Nachteile drohen. Der neu eingefügte Satz 3 greift eine Anregung des Bundesrates auf, die den Pflegeeinrichtungen in begründeten Fällen auf eigenen Antrag die Möglichkeit einräumt, bei festgestellten Defiziten in der Pflegequalität durch eine Qualitätsprüfung des MDK, durch eine Wiederholungsprüfung zu dokumentieren, dass wesentliche Mängel

---

56 Im Wesentlichen BT-Drs. 16/7439, S. 85f.

57 BT-Drs. 16/7439, S. 87.

zeitnah abgestellt worden sind. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass – insbesondere auch durch die nach § 115 SGB XI vorgesehene Veröffentlichungspflicht – die Ergebnisse von Qualitätsprüfungen Folgen für die Wettbewerbsposition der Einrichtung haben können. Wenn die Einrichtung die festgestellten wesentlichen Qualitätsmängel zeitnah behoben hat, ist es unverhältnismäßig, bis zur nächsten Regelprüfung keine Korrektur der ursprünglichen Veröffentlichung zu ermöglichen.

Die Kosten für Wiederholungsprüfungen umfassen nach dem 30. Juni 2008 nicht nur die Kosten des MDK, sondern auch die entstehenden Kosten der Landesverbände der Pflegekassen. Die Höhe der Kosten für Wiederholungsprüfungen ist zwischen den Landesverbänden der Pflegekassen und dem MDK abzustimmen. In der jüngsten Vergangenheit bezifferten sich nach Information des MDS die Kosten je Wiederholungsprüfung auf 3.000 Euro bis 6.000 Euro. Die Kosten müssen von den Pflegeeinrichtungen getragen werden.

#### **5. Durchführung der Prüfungen**

Während die gemeinsame Pflegeselbstverwaltung mit § 113 SGB XI die Kompetenz erhält, Qualitätsanforderungen für die Pflegeeinrichtungen zu definieren, ist es Aufgabe des GKV-Spitzenverband Bundes der Pflegekassen unter Beteiligung des MDS nach § 114a Abs. 7 SGB XI, Richtlinien über die Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität nach § 114 SGB XI zu beschließen. Der Gesetzgeber hat für die Richtlinien Vorgaben definiert. Nach § 114a Abs. 1 SGB XI hat er gesetzlich festzuschreiben lassen, dass die Anlass-, Stichproben- und Wiederholungsprüfungen grundsätzlich unangemeldet durchgeführt werden. Dem 2. Bericht des Medizinischen Dienstes der Spitzenverbände der Krankenkassen nach § 118 Abs. 4 SGB XI zur Folge hat der MDK bereits im Jahr 2006 jede zweite Prüfung im stationären Pflegebereich unangemeldet durchgeführt.

Regel- und Vergleichsprüfungen können auch angemeldet durchgeführt werden. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass den ambulanten Pflegediensten ein zeitlicher Korridor eingestanden werden muss, um die Prüfungsvorbereitungen zeitnah organisieren zu können, erscheint die angemeldete Prüfung als maß- und sinnvoll.

Im Kontext mit der Prüftätigkeit des MDK steht die in § 112 Abs. 3 SGB XI n. F. normierte Beraterfunktion des MDK. Damit soll verdeutlicht werden, dass Qualitätsprüfungen sich nicht in der Bestandsaufnahme der Qualität der Pflege und in einer Auflistung potentieller Defizite erschöpfen, sondern Stärken und Schwächen der Pflegeeinrichtungen darstellen und vor allem auch auf Ver-

besserungspotenziale hinweisen, um die Qualität in der Pflege kontinuierlich zu steigern.<sup>58</sup> Bei teil- und vollstationären Einrichtungen sind die Prüfer sogar berechtigt, zum Zweck der Qualitätssicherung die Grundstücke und Räume des Pflegeheims jederzeit zu betreten, dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen, sich mit den Pflegebedürftigen, ihren Angehörigen, vertretungsberechtigten Personen und Betreuern in Verbindung zu setzen sowie die Beschäftigten und die Interessenvertretung der Heimbewohner zu befragen. Prüfungen zur Nachtzeit (22 bis 8 Uhr) sind dann verstärkt durchzuführen, wenn z. B. Hinweise darauf bestehen, dass eine ungenügende personelle Besetzung vorliegt und dadurch kausal die Versorgung und Betreuung der Pflegebedürftigen nicht ausreichend gewährleistet werden kann.

Unabhängig von eigenen Prüfungsbefugnissen können sich der MDK sowie die von den Landesverbänden bestellten Sachverständigen an Überprüfungen der Heimaufsichtsbehörden beteiligen. Bei ambulanten Pflegediensten sind die Prüfinstanzen berechtigt, die Qualität der Leistungen mit Einwilligung des Pflegebedürftigen oder seines Vertreters in der Wohnung des Pflegebedürftigen zu überprüfen.

Die Prüfungen können ferner nach schriftlichem Einverständnis der betroffenen Pflegebedürftigen die Inaugenscheinnahme ihres gesundheitlichen und pflegerischen Zustandes sowie ihre Befragung oder die Befragung ihrer Betreuer und Angehörigen bzw. Angestellte der Pflegeeinrichtung beinhalten. Die Zustimmung wird im Rahmen der Prüfungen durch die MDK-Gutachter dokumentiert.<sup>59</sup> Die in der Gesetzesbegründung dargestellte standardmäßige Schriftform der Zustimmung geht allerdings an den Realitäten der Prüfpraxis vorbei, da viele in die Prüfung einzubeziehende Pflegebedürftige aus physischen Gründen nicht zu einer Unterschrift in der Lage sind oder, bei einer bestehenden Betreuung, die Zustimmung des Betreuers nur telefonisch eingeholt werden kann.

## V. Berichtspflicht des MDK

Bei der Berichtspflicht nach § 114a Abs. 6 SGB XI n. F. handelt es sich um die Fortführung der bisherigen Berichtspflicht des MDK und des MDS nach § 118 Abs. 4 SGB XI a. F. gegenüber den Spitzenverbänden der Pflegekassen, dem

---

58 Siehe auch Anmerkung im Einleitungstext zu Punkt E. Qualität und Qualitätssicherung, S. 25.

59 Siehe Anlage 1 zur QPR Nr. 9.2.h sowie Anlage 2 zur QPR Nr. 11.2.h.



BMG, dem BMA sowie den zuständigen Landessozialministerien. Der Bericht soll die Erfahrungen über die Anwendung der Beratungs- und Prüfvorschriften, über die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen sowie über die Erkenntnisse zum Stand und zur Entwicklung der Pflegequalität und der Qualitätssicherung widerspiegeln.

## **VI. Veröffentlichung der Qualitätsberichte nach § 115 Abs. 1a SGB XI**

Mit der Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen durch den MDK soll der vielfach erhobenen Forderung nach mehr Transparenz und Vergleichbarkeit von Pflegeeinrichtungen Rechnung getragen werden. Gleichzeitig wird mit der Veröffentlichung ein Qualitätswettbewerb zwischen den Pflegeeinrichtungen initiiert. Für die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen ist es von großer Bedeutung, über verlässliche Informationen über die in den Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität verfügen zu können.<sup>60</sup> Die Prüfergebnisse des MDK sind in verständlicher, umfassender, nachprüfbarer und übersichtlicher Form darzustellen, damit letztlich der Verbraucher in die Lage versetzt wird, vorhandene Angebote zu vergleichen und selbstbestimmend eine Entscheidung zu treffen. Die Informationen sind für jedermann laienverständlich, barrierefrei und ohne großen Aufwand kostenfrei – z.B. im Internet – zur Verfügung zu stellen.

Die Pflegeeinrichtungen werden verpflichtet, die Prüfergebnisse des MDK in ihrer Einrichtung gut sichtbar auszuhängen (§ 115 Abs. 1a S. 5 SGB XI).

Im Rahmen der Auskunft und Beratung nach § 7 Abs. 3 S. 5 SGB XI haben die Pflegekassen auf die Veröffentlichung der Ergebnisse von Qualitätsprüfungen hinzuweisen, um die Pflegebedürftigen auf diesem Wege bei der Ausübung der Wahlrechte nach § 2 Abs. 2 SGB XI zu unterstützen.<sup>61</sup>

## **VII. Festlegungen**

Grundlage für die Veröffentlichungen sind die Ergebnisse der Qualitätsprüfungen der MDK nach § 114 SGB XI sowie gleichwertiger Prüfergebnisse nach § 114 Abs. 3 und 4 SGB XI (§ 115 Abs. 1a S. 2 SGB XI). Nur diese Prüfungsergebnisse sind derzeit bundesweit verfügbar. Somit sind die Qualitätsprüfungs-Richtlinien (QPR) die Datengrundlage für die Veröffentlichung

---

60 BT-Drs. 16/7439 S. 89

61 Vgl. Punkt C. V.

von Qualitätsberichten. Die Datenerhebungen erfolgt im Rahmen der Qualitätsprüfungen nach §§ 114, 114a SGB XI.

Die Vertragspartner nach § 113 SGB XI haben am 11. November 2008 für die Vereinbarung nach § 115 Abs. 1 a S. 6 SGB XI zu den Kriterien der Veröffentlichung der MDK Qualitätsprüfungen von Pflegeheimen einschließlich einer Bewertungssystematik das Folgende vereinbart:

### **1. Kriterien**

In die Veröffentlichungen werden die Prüfergebnisse von insgesamt 82 Einzelkriterien einbezogen. Nach diesen Kriterien erfolgen die Qualitätsprüfungen der MDK nach § 114a SGB XI.

### **2. Qualitätsbereiche**

Die Einzelkriterien werden in folgenden fünf Qualitätsbereichen zugeordnet:

- 1 Pflege und medizinische Versorgung,
- 2 Umgang mit demenzkranken und anderen gerontopsychiatrisch veränderten Menschen,
- 3 Soziale Betreuung und Alltagsgestaltung,
- 4 Wohnlichkeit und Verpflegung sowie
- 5 Befragung der Bewohner.

### **3. Bewertungssystematik**

Die in die Prüfung einbezogenen Bewohner werden entsprechend der Verteilung der Pflegestufen in der Einrichtung und innerhalb der Pflegestufen zufällig ausgewählt. Aus allen Kriterien der unter Punkt 2 aufgeführten Qualitätsbereiche 1 bis 4 wird das Gesamtergebnis der Qualitätsprüfung als arithmetisches Mittel ermittelt. Dem Gesamtergebnis wird der Vergleichswert im jeweiligen Bundesland gegenübergestellt (Landesvergleichswert). Der Landesvergleichswert wird regelmäßig aktualisiert. Die Prüfergebnisse werden nach einer bundesweit einheitlichen Systematik dargestellt. Die Ergebnisse werden mit Schulnoten (sehr gut bis mangelhaft) benannt.



Derzeit gibt es keine pflegewissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über valide Indikatoren der Ergebnis- und Lebensqualität der pflegerischen Versorgung in Deutschland. Die jetzt getroffenen Regelungen dienen der vom Gesetzgeber gewollten schnellen Verbesserung der Transparenz für die Verbraucher über die Pflege, soziale Betreuung und Versorgung in Pflegeheimen.

Verfasser:

Marco Beyer

Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung

– Leistung –

Weißensteinstraße 70 - 72

34131 Kassel

Bettina Stüwe

Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung

– Verwaltungsseminar –

Weißensteinstraße 70 - 72

34131 Kassel

## Das Pflegezeitgesetz

### I. Einleitung

Mit dem am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen Pflegezeitgesetz (PflegeZG), von dessen Vorschriften gem. § 8 PflegeZG nicht zuungunsten der Beschäftigten abgewichen werden darf, wird ein besonderer Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung zur Pflege eines nahen Angehörigen gesetzlich verankert. Der Gesetzgeber will Beschäftigten die Pflege naher Angehöriger in häuslicher Umgebung ermöglichen, da er davon ausgeht, dass Pflegebedürftige so lang wie möglich durch vertraute Personen in gewohnter Umgebung versorgt werden möchten.<sup>1</sup> Im Interesse pflegebedürftiger Angehöriger wurde das Pflegezeitgesetz damit unter besonderer Berücksichtigung der verschiedenen Pflegesituationen und des unterschiedlichen Pflegebedarfs entwickelt, um die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern. Ziel des Gesetzgebers ist es, in jeder Pflegesituation die Sicherstellung der Pflege des nahen Angehörigen zu gewährleisten.

Das Pflegezeitgesetz basiert auf zwei Säulen: Bei unerwartetem Eintritt einer besonderen Pflegesituation haben Beschäftigte das Recht, kurze Zeit der Arbeit fern zu bleiben, um die sofortige Pflege eines nahen Angehörigen sicherzustellen (kurzzeitige Arbeitsverhinderung<sup>2</sup> gem. § 2 PflegeZG). Zu einer längeren Pflege in häuslicher Umgebung können berufstätige Angehörige von pflegebedürftigen Personen durch eine vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeit bis zur Dauer von 6 Monaten den Umfang ihrer Erwerbstätigkeit dem jeweiligen Pflegebedarf anpassen (Pflegezeit<sup>3</sup> gem. § 3 PflegeZG). Ein Sonderkündigungsschutztatbestand (§ 5 PflegeZG) und Regelungen zum Befristungsrecht (§ 6 PflegeZG) sowie Regelungen zur sozialen Sicherung der Pflegeperson vervollständigen die neuen Beschäftigungsrechte.

---

1 BR-Drs. 718/07 S. 1, 82, 85, 217.

2 Dazu nachfolgend unter III.

3 Dazu nachfolgend unter IV.

## II. Persönlicher Anwendungsbereich des Gesetzes

### 1. Beschäftigte im Sinne des Pflegezeitgesetzes

Beschäftigte i.S.d. Pflegezeitgesetzes sind:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer<sup>4</sup> (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 PflegeZG),
- die zur Berufsausbildung Beschäftigten<sup>5</sup> (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 PflegeZG),
- Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG).

Für Beamte sowie für Dienstordnungsangestellte gelten die arbeitsrechtlichen Regelungen des Pflegezeitgesetzes nicht.

### 2. Arbeitgeber im Sinne des Pflegezeitgesetzes

Arbeitgeber i.S.d. Pflegezeitgesetzes sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach § 7 Abs. 1 PflegeZG beschäftigen.

Grundsätzlich sind alle Arbeitgeber unabhängig von der Unternehmensgröße an die Regelungen des Pflegezeitgesetzes gebunden. Eine Einschränkung sieht das Gesetz lediglich für den Pflegezeitanspruch (§ 3 PflegeZG) vor. Dieser Anspruch besteht nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten<sup>6</sup> i.S.v. § 7 Abs. 1 PflegeZG; dabei werden die Beschäftigten nach Kopfzahl und nicht entsprechend ihrer Arbeitszeit, wie z.B. in § 23 Abs. 1 S. 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG), gezählt.<sup>7</sup>

---

4 Hier ist der individualarbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen. Vgl dazu m.w.N. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Auflage, § 8.

5 Die Ausbildungszeit verlängert sich in diesem Fall um die Pflegezeit.

6 Anders als bei § 8 Abs. 7 TzBfG werden auch Auszubildende berücksichtigt, da diese einen Anspruch auf Pflegezeit geltend machen können.

7 Kossens, AuA 2008, S. 328.

### 3. Nahe Angehörige im Sinne des Pflegezeitgesetzes

Der Personenkreis der nahen Angehörigen ist in § 7 Abs. 3 PflegeZG abschließend aufgezählt. Dazu gehören:

- Großeltern, Eltern, Schwiegereltern (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 PflegeZG),
- Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 PflegeZG) und
- Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder (§ 7 Abs. 3 Nr. 3 PflegeZG).

Der Gesetzgeber bestimmt damit insgesamt 15 Typen von nahen Angehörigen, zu deren Gunsten der Beschäftigte der Arbeit fernbleiben kann, um die Pflege zu organisieren oder durchzuführen.

## III. Kurzzeitige Arbeitsverhinderung (§ 2 PflegeZG)

Tritt nach einem Akutereignissen ein Pflegebedarf plötzlich, müssen berufstätige Familienmitglieder zeitnah und zügig reagieren können, um eine sofortige pflegerische Versorgung des betroffenen Angehörigen sicherzustellen. Das Pflegezeitgesetz räumt daher Beschäftigten das Recht ein, bei unerwartetem Eintritt der Pflegesituation eines nahen Angehörigen bis zu zehn Arbeitstagen der Arbeit fern zu bleiben.

### 1. Pflegebedürftigkeit eines nahen Angehörigen

Voraussetzung für einen Anspruch nach § 2 PflegeZG ist die Pflegebedürftigkeit eines nahen Angehörigen. Pflegebedürftig i.S.d. Pflegezeitgesetzes sind zunächst alle Personen, die die Voraussetzungen der §§ 14, 15 SGB XI erfüllen (§ 7 Abs. 4 S. 1 PflegeZG), d.h. es müssen mindestens die Voraussetzungen der Pflegestufe I vorliegen.

Im Rahmen der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung reicht es ferner aus, wenn der Angehörige die Voraussetzungen der §§ 14, 15 SGB XI voraussichtlich erfüllen wird (§ 7 Abs. 4 S. 2 PflegeZG). Eine Pflegebedürftigkeit ist voraussichtlich zu erwarten, wenn Tatsachen ersichtlich sind, auf deren Grundlage der Eintritt einer Pflegebedürftigkeit als wahrscheinlich erscheint.<sup>8</sup>

---

8 Müller, BB 2008, S. 1059.

## 2. Akut aufgetretene Pflegesituation

Die Freistellung von der Arbeit setzt eine akut aufgetretene Pflegesituation voraus. Eine akut aufgetretene Pflegesituation ist dann gegeben, wenn die Pflegebedürftigkeit plötzlich eingetreten ist und eine Pflege erst organisiert und/oder durch den Beschäftigten selbst sichergestellt werden muss.<sup>9</sup>

Der Anspruch auf Arbeitsbefreiung ist nicht auf eine einmalige Inanspruchnahme pro Pflegebedürftigen beschränkt.<sup>10</sup> Zwar geht der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung davon aus, dass eine akute Pflegesituation regelmäßig nur einmal je pflegebedürftigen Angehörigen auftritt und der Arbeitnehmer daher das Recht, der Arbeit kurzzeitig fern zu bleiben, auch nur einmal pro Pflegefall ausüben kann.<sup>11</sup> Der Gesetzeswortlaut schränkt jedoch den Anspruch auf Arbeitsbefreiung je pflegebedürftigen Angehörigen nicht auf eine einmalige Inanspruchnahme ein. Eine beabsichtigte Einschränkung müsste sich im Wortlaut des Gesetzes wiederfinden.<sup>12</sup>

## 3. Erforderlichkeit

Beschäftigte haben nur dann das Recht, der Arbeit fern zu bleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Das Recht auf Arbeitsbefreiung ist damit auf Akutfälle beschränkt und kann nur in Anspruch genommen werden, wenn im konkreten Fall die Notwendigkeit einer pflegerischen Versorgung besteht.<sup>13</sup> Diese Erforderlichkeit ist z.B. dann zu verneinen, wenn bereits eine andere fähige und dazu bereite Person diese Aufgabe übernimmt.<sup>14</sup>

## 4. Anzeige- und Nachweispflicht

Beschäftigte sind verpflichtet, dem Arbeitgeber ihre Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich (§ 121 BGB) mitzuteilen (§ 2 Abs. 2 S. 1 PflegeZG). Dies dient der Dispositionsmöglichkeit des Arbeitgebers, der den Ausfall des Mitarbeiters im Betrieb überbrücken muss.

---

9 BR-Drs. 718/07, S. 217 und 220.

10 a.A. Schwerdle, ZFR 2007, S. 667; Kossens, AuA 2008, S. 328.

11 BR-Drs. 718/07, S. 220.

12 So auch Preis/Nehring, NZA 2008, S. 730.

13 BR-Dr. 718/07 S. 220.

14 Langer/Damm, AuA 2008, S. 536; Müller, BB 2008, S. 1059.



Der Anspruch ist damit nicht von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig. Mit Zugang der Mitteilung ruht das Arbeitsverhältnis für die Dauer von zehn Arbeitstagen. Zu beachten ist aber, dass der Beschäftigte erst mit Zugang der Anzeige i.S.v. § 2 Abs. 2 S. 1 PflegeZG Sonderkündigungsschutz gem. § 5 PflegeZG genießt.<sup>15</sup>

Dem Arbeitgeber ist außerdem auf Verlangen eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen vorzulegen (§ 2 Abs. 2 S. 2 PflegeZG).

Kommt der Beschäftigte der Anzeige- bzw. Nachweispflicht nicht nach, kann dies Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers nach § 280 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auslösen. Möglich ist auch eine Abmahnung des Beschäftigten, die zu einer verhaltensbedingten Kündigung berechtigen kann.<sup>16</sup>

#### **5. Lohnfortzahlungspflicht während der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung**

Eine Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung während der zehntägigen Freistellung besteht nach dem Pflegezeitgesetz nicht, soweit sich eine solche Verpflichtung nicht aus anderen gesetzlichen Vorschriften oder auf Grund einer Vereinbarung ergibt (§ 2 Abs. 3 PflegeZG).

Ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung kann sich aus § 616 BGB, aus § 19 Abs. 1 Nr. 2 b Berufsbildungsgesetz (BBiG) sowie aus arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Vereinbarungen ergeben.

Voraussetzung für einen Anspruch nach § 616 BGB ist, dass der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person oder in seinen persönlichen Verhältnissen liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. Der Grund für die Verhinderung muss jedoch nicht unmittelbar in seiner Person liegen. Ausreichend ist hierbei, dass der Hinderungsgrund der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers zuzuordnen ist und ihm im Hinblick darauf die Arbeitsleistung nicht zumutbar ist.<sup>17</sup> Ein solches subjektives, persönliches Leistungshindernis liegt nicht erst dann vor, wenn der Arbeitnehmer zur Leistung außerstande ist (§ 275 BGB), sondern auch, wenn ihm nach Treu und Glauben die Arbeitsleistung nicht zuge-

---

15 Dazu nachfolgend unter V.

16 Vgl. dazu Preis/Nehring, NZA 2008, S. 731.

17 BAG AP 58 zu § 616 BGB.

mutet werden kann.<sup>18</sup> In Betracht kommt hier auch eine schwere Erkrankung naher Angehöriger, insbesondere von Kindern.<sup>19</sup>

Die Verhinderung darf sich nur auf eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit erstrecken. Als Bestimmungskriterien kommen das Verhältnis der Verhinderungszeit zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses und die für den Verhinderungsgrund objektiv notwendige Zeit in Betracht.<sup>20</sup> Dabei ist eine einzelfallbezogene Beurteilung vorzunehmen, bei der insbesondere der Verhinderungsgrund zu berücksichtigen ist.<sup>21</sup>

Für die Hilfe und Pflege naher Angehöriger beläuft sich der „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeitraum“ aus § 616 S. 1 BGB in der Regel auf fünf Arbeitstage.<sup>22</sup> Bei der Erkrankung eines Kindes kann dieser Zeitraum in Anlehnung an § 45 SGB V 10 Arbeitstage bzw. für Alleinerziehende 20 Tage und bei mehreren Kindern 25 Arbeitstage bzw. 50 Tage für Alleinerziehende betragen.<sup>23</sup>

Bei Überschreiten des verhältnismäßig unerheblichen Zeitraums i. S.v. § 616 S.1 BGB entfällt die Vergütung für die gesamte Zeit der Abwesenheit und nicht nur für den Teil, der die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit überschreitet.<sup>24</sup>

Außerdem ist zu beachten, dass es sich bei § 616 BGB um dispositives Recht handelt. § 616 BGB kann damit vertraglich und tarifvertraglich ausgeschlossen werden. § 29 Abs. 1 S. 1 e TVöD/TV-Länder sieht z.B. für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst zur Betreuung eines im selben Haushalt lebenden, erwachsenen schwerkranken Angehörigen oder eines Kindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und keine Anspruch nach § 45 SGB V besteht, einen Anspruch auf bezahlte Freistellung von einem Arbeitstag im Kalenderjahr vor. Damit ist der Anspruchsumfang im Rahmen von § 29 Abs. 1

---

18 Vgl. dazu Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Auflage, § 97 Rdnr. 8 m.w.N.

19 BAG AP 47 zu § 616 BGB; BAG AP 50 zu § 616 BGB; Staudinger/Oetker, § 616 Rdnr. 57 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG.

20 BAG AP 21 zu § 616 BGB.

21 Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Auflage, § 97 Rdnr. 25.

22 BAG, DB 1978, 1595.

23 BAG, DB 1978, 1595; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Auflage, § 97 Rdnr. 25.

24 BAG, Urteil v. 11.08.1988.

S. 1 e TVöD/TV-Länder deutlich geringer als bei einem Anspruch nach § 616 BGB.

Etwas anderes gilt, wenn ein unter das Berufsbildungsgesetz fallender Auszubildender nach § 2 PflegeZG von der Arbeitsleistung freizustellen ist. Der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 b BBiG ist nicht abdingbar. Nach dieser Vorschrift ist dem Auszubildenden die Vergütung bis zur Dauer von sechs Wochen zu zahlen, wenn er aus einem sonstigen, in seiner Person liegenden Grund unverschuldet verhindert ist, seine Pflicht aus dem Berufsausbildungsverhältnis zu erfüllen.

#### **IV. Pflegezeit (§ 3 PflegeZG)**

Nach § 3 Abs. 1 PflegeZG sind Beschäftigte vollständig oder teilweise von der Arbeit freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen. Mit dem Anspruch auf Pflegezeit wird ein besonderer Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung zur Pflege eines nahen Angehörigen gesetzlich verankert. Der Anspruch auf Pflegezeit verbunden mit dem Recht der Beschäftigten, nach Inanspruchnahme der Pflegezeit zu den selben Arbeitsbedingungen zurückzukehren, bewahrt Menschen, die bereit sind, Angehörige zu pflegen und Verantwortung zu übernehmen, vor allem vor einem unfreiwilligen Berufsausstieg.<sup>25</sup> Der Pflegezeitanspruch besteht gem. § 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten.<sup>26</sup>

##### **1. Pflegebedürftigkeit eines nahen Angehörigen**

Die Inanspruchnahme der Pflegezeit setzt die Pflegebedürftigkeit i.S.v. §§ 14, 15 SGB XI des nahen Angehörigen voraus. Damit sind die Anforderungen an die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen strenger als im Fall der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung, bei der eine voraussichtlich zu erwartende Pflegebedürftigkeit<sup>27</sup> ausreichend ist.

Eine Mindestpflegezeit von 14 Stunden, wie sie für die Weiterversicherung in der Rentenversicherung nach § 28 a Abs. 1 Nr. 1 SGB III erforderlich ist, wird bei der Inanspruchnahme von Pflegezeit nicht verlangt.

---

25 BR-Drs. 718/07, S. 218.

26 Vgl. dazu unter II. 2.

27 Vgl. dazu unter III. 1.

Der Anspruch ist ferner nicht abhängig von einer akut eingetretenen Pflegesituation. Der Pflegezeitananspruch wird jedoch nur dann ausgelöst, wenn ein Beschäftigter den pflegebedürftigen Angehörigen in seiner häuslichen Umgebung pflegen will. Unter häuslicher Umgebung ist nach den zum Pflegeversicherungsrecht entwickelten Grundsätzen nicht nur der Haushalt der pflegebedürftigen Person zu verstehen, sondern auch der Haushalt, in dem die pflegebedürftige Person aufgenommen wurde.<sup>28</sup>

## **2. Anzeige und Nachweis beim Arbeitgeber**

Pflegepersonen haben die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen gegenüber ihrem Arbeitgeber vor Inanspruchnahme der Pflegezeit und spätestens zehn Arbeitstage vor Beginn schriftlich anzukündigen, wobei gleichzeitig mitzuteilen ist, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Freistellung in Anspruch genommen werden soll (§ 3 Abs. 3 PflegeZG).

Versäumt der Beschäftigte die Ankündigungsfrist, dann verschiebt sich der Beginn der Pflegezeit entsprechend und der Arbeitnehmer genießt damit auch kein Sonderkündigungsschutzrecht nach § 5 PflegeZG.

Gem. § 3 Abs. 2 S. 1 PflegeZG muss der Beschäftigte die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekasse oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherungen (MDK) nachweisen, dabei lässt der Gesetzgeber offen, in welchem zeitlichen Rahmen der Nachweis bei dem Arbeitgeber zu erbringen ist. Die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass nach der Ankündigung der Pflegezeit gem. § 18 Abs. 3 SGB XI eine Begutachtung durch den MDK innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrags bei der zuständigen Pflegekasse durchzuführen ist.<sup>29</sup>

Daraus kann geschlossen werden, dass die Vorlage der Bescheinigung nicht zusammen mit der Ankündigung der Pflegezeit erfolgen muss.

Erbringt der Beschäftigte die Vorlage der Bescheinigung nicht, ist ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB des Arbeitgebers denkbar. In Betracht kommt auch eine Abmahnung oder sogar Kündigung.

## **3. Teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung**

Beschäftigte können in Rahmen der Pflegezeit zwischen einer teilweisen oder vollständigen Freistellung wählen. Will der Beschäftigte eine teilweise Freistel-

---

28 Preis/Nehring, NZA 2008, S. 733; Müller, BB 2008, S. 1060f.

29 BR-Dr. 718/07, S. 92.

lung von der Arbeitsleistung in Anspruch nehmen, müssen der Arbeitgeber und der Beschäftigte über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung treffen (§ 3 Abs. 4 S. 1 PflegeZG). Stehen der vom Beschäftigten gewünschten Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit dringende betriebliche Belange entgegen, muss der Arbeitgeber den Wünschen des Beschäftigten nicht entsprechen (§ 3 Abs. 4 S. 2 PflegeZG). Liegen derartige dringende betriebliche Gründe vor und hat sie der Arbeitgeber gegenüber dem Beschäftigten geltend gemacht, so darf dieser die Pflegezeit nicht antreten. Der Arbeitgeber muss aber alle Möglichkeiten der betrieblichen Umorganisation prüfen und darlegen können, dass eine Reduzierung der Arbeitszeit anstelle der vom Gesetzgeber vorgesehenen vollzeitige Arbeitsbefreiung für die Dauer der Pflegezeit nicht durchführbar ist.<sup>30</sup>

#### **4. Dauer der Pflegezeit**

Die Pflegezeit beträgt für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen längstens sechs Monate (§ 4 Abs. 1 PflegeZG) und zwar unabhängig davon, ob sich der pflegende Beschäftigte vollständig oder nur teilweise von seiner Arbeitspflicht freistellen lässt.

Wurde die Höchstdauer von sechs Monaten nicht ausgeschöpft, kann die Pflegezeit verlängert werden, wenn der Arbeitgeber dem zustimmt (§ 4 Abs. 1 S. 2 PflegeZG). Dieses Zustimmungserfordernis dient dem Schutz des Arbeitgebers hinsichtlich der getroffenen betrieblichen Disposition. Verweigert der Arbeitgeber seine Zustimmung zur Verlängerung der Pflegezeit, muss der Beschäftigte an seinen Arbeitsplatz zurückkehren, da er anderenfalls den arbeitsrechtlichen Schutz des Pflegezeitgesetzes verliert.

Eine Verlängerung bis zur Höchstdauer von sechs Monaten kann ohne Zustimmung des Arbeitgebers verlangt werden, wenn ein vorgesehener Wechsel der Pflegeperson aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann (§ 4 Abs. 1 S. 3 PflegeZG), z.B. weil die Person, die Pflege des pflegebedürftigen Angehörigen übernehmen soll, selbst schwer erkrankt.<sup>31</sup> Geht die notwendige Pflege über sechs Monate hinaus, kann der Beschäftigte sich nicht mehr auf die Pflegezeit berufen.

Anders als bei der Elternzeit, die gem. § 16 Abs. 1 S. 5 BEEG auf zwei Zeitabschnitte verteilt werden kann, sieht das Pflegezeitgesetz eine solche Aufteilung nicht vor. § 4 Abs. 1 PflegeZG normiert, dass „die Pflegezeit“ längstens

---

30 Vgl. zur Elternzeit BAG, NZA 2005, S. 1354.

31 BR-Drs. 718/07, S. 222.

sechs Monate beträgt, so dass auch der Wortlauf des § 4 Abs. 1 PflegeZG den Schluss zulässt, dass der Gesetzgeber von einem einheitlichen Zeitraum ausgeht.

Fraglich ist, ob mehrere Angehörige gleichzeitig oder nacheinander Pflegezeit in Anspruch nehmen können. Der Wortlaut des § 4 Abs. 1 PflegeZG könnte dahingehend ausgelegt werden, dass für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen nur einmal die Pflegezeit in Anspruch genommen werden kann. Berücksichtigt man jedoch die Intention des Gesetzgebers, dass mit der Pflegezeit die häusliche Pflege durch vertraute nahe Angehörige ermöglicht werden soll, ist davon auszugehen, dass mehrere Beschäftigte gleichzeitig oder nacheinander Pflegezeit in Anspruch nehmen können.<sup>32</sup> Es darf außerdem nicht außer Acht gelassen werden, dass die Pflege pflegebedürftiger Menschen regelmäßig deutlich über einem Zeitraum von 6 Monaten liegen kann. Damit spricht die am Gesetzeszweck orientierte Auslegung dafür, dass jeder nahe Angehörige für sich eine Pflegehöchstdauer von sechs Monaten zur Pflege eines Familienangehörigen beanspruchen kann, auch wenn bereits ein anderer Angehöriger für die Pflege dieser pflegebedürftigen Person einen Pflegezeitanspruch geltend gemacht hat.<sup>33</sup>

### **5. Ende der Pflegezeit**

Die Pflegezeit endet grundsätzlich mit Ablauf des Zeitraums für den der Beschäftigte Pflegezeit beansprucht hat; spätestens mit Ablauf der sechsmonatigen Höchstdauer.

Wenn die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen entfällt bzw. die häusliche Pflege des Familienangehörigen unmöglich ist oder unzumutbar geworden ist, endet die Pflegezeit vier Wochen nach Eintritt der veränderten Umstände. Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit i.S.v. § 4 Abs. 2 S. 1 PflegeZG liegt z.B. dann vor, wenn der Pflegebedürftige wegen eines erhöhten Pflegebedarfs stationär gepflegt werden muss oder wenn er verstirbt.<sup>34</sup> Diese vier Wochenfrist dient der Dispositionsmöglichkeit des Arbeitgebers, der den Ausfall des Mitarbeiters im Betrieb überbrücken muss.<sup>35</sup>

---

32 Müller, BB 2008, S. 1061; Preis/Nehring, NZA 2008, S. 734.

33 Müller, BB 2008, S. 1061.

34 BR-Drs. 718/07 S. 223.

35 Vgl. dazu auch unter VI.

### **6. Lohnfortzahlung während der Pflegezeit**

Ein Lohnfortzahlungsanspruch des Beschäftigten besteht während der Pflegezeit nicht. Es fehlt bei der Pflegezeit eine Verweisung auf andere Anspruchsgrundlagen, wie sie der Gesetzgeber bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung in § 2 Abs. 3 PflegeZG vorgenommen hat.

Ein Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB kommt von vornherein nicht in Betracht, weil die Pflegezeit über eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ hinaus geht.<sup>36</sup>

### **V. Sonderkündigungsschutz nach § 5 PflegeZG**

In § 5 Abs. 1 PflegeZG wird für pflegende Angehörige ein Sonderkündigungsschutz normiert. Ab dem Zeitpunkt der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung oder Pflegezeit darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis pflegender Angehöriger nicht kündigen. Mit diesem Kündigungsverbot soll das mit dem Pflegezeitgesetz verfolgte Gesetzesziel, die bessere Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege, gefördert werden. Beschäftigten soll durch den Kündigungsschutz die Sorge vor dem Verlust des Arbeitsplatzes genommen werden.<sup>37</sup> Das Kündigungsverbot schützt alle Beschäftigten i.S.v. § 7 Abs. 1 PflegeZG. Damit greift der Sonderkündigungsschutz auch für arbeitnehmerähnliche Personen, ein Personenkreis, der sonst im deutschen Arbeitsrecht weder allgemeinen noch besonderen Kündigungsschutz genießt.<sup>38</sup>

Das Pflegezeitgesetz sieht keine Wartezeit für das Entstehen des Anspruchs aus kurzzeitiger Arbeitsbefreiung oder Pflegezeit vor. Der besondere Kündigungsschutz des § 5 PflegeZG gilt daher ab Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, also auch schon während der 6-monatigen Wartezeit für das Einsetzen des allgemeinen Kündigungsschutzes (§ 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz).

In Anlehnung an die Bestimmungen des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes normiert § 5 Abs. 2 S. 1 PflegeZG eine Ausnahme vom Kündigungsverbot des § 5 Abs. 1 PflegeZG und trägt damit den Belangen der Betriebe Rechnung. In besonderen Fällen kann die für den Arbeitsschutz zuständige

---

36 Vgl. dazu auch unter III 5.

37 BR-Drs. 718/07, S. 223.

38 Vgl. dazu BAG, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 15.

oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle eine Kündigung für zulässig erklären. Wie bei der Elternzeit wird Arbeitgebern damit die Möglichkeit eröffnet, Beschäftigten in außergewöhnlichen Fällen, beispielsweise bei einer beabsichtigten Betriebsschließung, mit Zustimmungserklärung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde auch während der Pflegezeit zu kündigen.<sup>39</sup>

## VI. Befristete Verträge mit Ersatzkräften

Gem. § 6 Abs. 1 S. 1 PflegeZG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einer Ersatzkraft für die Zeit, in der Beschäftigte nach § 2 PflegeZG kurzzeitig an der Arbeitsleistung verhindert sind oder Pflegezeit nach § 3 PflegeZG in Anspruch nehmen, sachlich gerechtfertigt. Damit will der Gesetzgeber klarstellen, dass die Vertretung für die Dauer der Pflege einen sachlichen Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses darstellen kann. Die Dauer der Befristung muss nach § 6 Abs. 2 PflegeZG kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar oder den in § 6 Abs. 1 PflegeZG genannten Zwecken zu entnehmen sein. Damit soll gewährleistet werden, dass der Endzeitpunkt des befristeten Arbeitsverhältnisses für die Vertragsparteien von Anfang an klargestellt ist.<sup>40</sup>

§ 6 Abs. 3 PflegeZG normiert ferner ein Sonderkündigungsrecht des Arbeitgebers gegenüber der befristet eingestellten Ersatzkraft, wenn die Pflegezeit des Beschäftigten nach § 4 Abs. 2 S. 1 PflegeZG vorzeitig endet. Der Arbeitgeber kann die Ersatzkraft mit einer zweiwöchigen Kündigungsfrist kündigen. Mit dieser Regelung soll vermieden werden, dass der Arbeitgeber in den Ausnahmefällen, in denen der Beschäftigte ohne Zustimmung des Arbeitgebers früher als geplant an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann, den rückkehrenden Beschäftigten und die Ersatzkraft gleichzeitig beschäftigen und entlohnen muss.<sup>41</sup> Gem. § 6 Abs. 3 S. 2 ist das Kündigungsschutzgesetz bei einer Kündigung der Ersatzkraft nach § 6 Abs. 3 S. 1 PflegeZG nicht anzuwenden.

---

39 BR-Drs. 718/07 S. 224.

40 BR-Drs. 718/07 S. 224.

41 BR-Drs. 718/07 S. 224.



## **VII. Sozialversicherungsrechtliche Auswirkung des Pflegezeitgesetzes**

Zur Verbesserung der Alterssicherung der pflegenden Angehörigen werden bereits seit Einführung der Pflegeversicherung Beiträge an die gesetzliche Rentenversicherung erbracht. Ferner sind die pflegenden Angehörigen gem. § 44 Abs. 1 S. 6 SGB XI in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung einbezogen.

### **1. Soziale Absicherung der Pflegeperson während der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung**

Im Rahmen der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung gem. § 2 PflegeZG besteht das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis ununterbrochen und ohne Änderungen fort, da gem. § 7 Abs. 3 SGB IV die Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne für längstens einen Monat als fortbestehend gilt, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert.

Auch eine Reduzierung des Arbeitsentgelts aufgrund der kurzfristigen Arbeitsverhinderung, hat keine Auswirkung auf die Beurteilung der für die Kranken- und Pflegeversicherung maßgeblichen Jahresarbeitsentgeltgrenze. Diese Entgeltminderung wird wie eine durch den Bezug von Krankengeld bedingte Reduzierung des tatsächlichen Arbeitsentgelts bewertet. Damit ist für diesen Zeitpunkt das regelmäßige Arbeitsentgelt fiktiv in der Höhe zu berücksichtigen, in der es ohne die Unterbrechung erzielt worden wäre (§ 6 Abs. 4 S. 5 SGB V).

### **2. Soziale Absicherung der Pflegeperson während der Pflegezeit**

Im Rahmen der Pflegezeit ist zwischen der teilweisen und der vollständigen Inanspruchnahme der Pflegezeit zu unterscheiden.

Wird die Pflegezeit nur teilweise in Anspruch genommen, führt dies zu einer Verringerung der Arbeitszeit und in der Regel auch zu einer Verringerung des Arbeitsentgeltes.

Übersteigt das verbleibende Arbeitsentgelt die Geringfügigkeitsgrenze von 400 Euro nicht, liegt eine versicherungsfreie Beschäftigung nach § 8 Abs. 1

Nr. 1 SGB V vor. Es sind dann pauschale Beiträge<sup>42</sup> durch den Arbeitgeber zu entrichten.

Liegt das verringerte Arbeitsentgelt während der Pflegezeit zwischen 400,01 Euro und 800 Euro, wird der Beitragsberechnung die sog. „Gleitzone-Regelung“ zu Grunde gelegt. In der Gleitzone besteht zwar Versicherungspflicht zu allen Sozialversicherungszweigen, zur Abfederung der Beitragsbelastung des Arbeitnehmers im Niedriglohnbereich hat der Arbeitnehmer jedoch nur einen reduzierten Beitragsanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen. Der Arbeitgeberanteil bleibt dabei unverändert.

Bei vollständiger Inanspruchnahme der Pflegezeit wird keine Versicherungspflicht in der Sozialversicherung ausgelöst, d.h. bei der vollständigen Inanspruchnahme endet die sich aus der bisherigen Beschäftigung hergeleitete Versicherungspflicht zum letzten Tag der Entgeltzahlung. Anders als bei dem Bezug von Elterngeld oder bei Elternzeit, während derer die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger in der Kranken- und Pflegeversicherung beitragsfrei fortbesteht, begründet die Pflegezeit keinen kostenlosen Fortbestand der Mitgliedschaft. Außerdem wird das Ende der Mitgliedschaft, wie beispielsweise bei unbezahlttem Urlaub, nicht um einen Zeitmonat hinausgeschoben.

#### **4. Anspruch auf Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung während der Pflegezeit**

Beschäftigte, die Pflegezeit in Anspruch nehmen und von der Arbeitsleistung vollständig freigestellt wurden oder deren Beschäftigung durch Reduzierung der Arbeitszeit zu einer geringfügigen Beschäftigung i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV wird, erhalten auf Antrag Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung (§ 44a Abs. 1 S.1 SGB XI).

Zuschüsse werden gewährt für

- eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung,
- eine Pflichtversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V oder nach § 2 Abs. 1 Nr 7 KVLG,

---

42 Der Arbeitgeber hat Beiträge zur Rentenversicherung i.H.v. 15% und zur Krankenversicherung i.H.v. 13% des Bruttoeinkommens zu entrichten. Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit auf die Versicherungsfreiheit in der Rentenversicherung zu verzichten. Er muss dann den Unterschiedsbetrag zum „echten“ Rentenversicherungsbeitrag selbst zahlen.

- eine Versicherung bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen,
- eine Versicherung bei der Postbeamtenkrankenkasse oder
- der Krankenversorgung Bundesbahnbeamten,

soweit im Einzelfall keine beitragsfreie Familienversicherung möglich ist (§ 44a Abs. 1 S. 2 SGB XI).

Ein bisher vorrangversicherter Nebenerwerbslandwirt, der seine Beschäftigung außerhalb der Landwirtschaft unterbricht und für die Dauer der Pflegezeit bei der LKK (wieder) als Landwirt pflichtversichert ist, hat keinen Anspruch auf den Beitragszuschuss, da Zuschüsse nur an die in § 44a Abs. 1 S. 2 SGB XI genannten Personen vorgesehen sind. Die Gesetzesbegründung gibt keinen Hinweis darauf, dass Zuschüsse auch an sonstige Personen gezahlt werden sollen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert sind, weil sie einen anderen Versicherungstatbestand als den der Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt erfüllen.

Ob ein Anspruch auf Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung besteht, ist danach zu entscheiden, wie der pflegende Angehörige bisher als Beschäftigter kranken- und pflegeversichert war.

War der pflegende Angehörige auf Grund einer Beschäftigung gesetzlich kranken und pflegeversichert, scheidet er mit Beginn der Pflegezeit aus der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung aus. Da die Pflegeperson aus dem unterbrochenen Beschäftigungsverhältnis keinen Versicherungsschutz ableiten kann und die Pflegezeit keine Versicherungspflicht begründet, ist eine anderweitige Absicherung in der Kranken- und Pflegeversicherung erforderlich.

Für einen solchen etwaigen Versicherungsschutz kann der pflegende Angehörige über seinen Ehepartner in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung gem. § 10 SGB V familienversichert sein. Dafür darf er jedoch nicht pflicht- und auch nicht freiwillig versichert sein. Das Gesamteinkommen darf dabei 360 Euro<sup>43</sup> bzw. bei einer geringfügigen Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB V 400 Euro im Monat nicht übersteigen.

Ist eine Familienversicherung nicht möglich, kann der pflegende nahe Angehörige sich freiwillig in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung

---

43 Im Jahr 2009. Das Gesamteinkommen darf im Monat die 1/7 der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV nicht überschreiten (§ 10 Abs. 1 S. 1 SGB V).

weiter versichern, wenn er die Vorversicherungszeit erfüllt. Dafür muss er in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden mindestens 12 Monate versichert gewesen sein.

Ist die Vorversicherungszeit nicht erfüllt, ist der pflegende nahe Angehörige nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V pflichtversichert, wenn er nicht über eine andere Absicherung im Krankheitsfall verfügt.

Sofern für die Aufrechterhaltung des Kranken- und Pflegeversicherungsschutzes von der Pflegeperson Beiträge zu entrichten sind, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Beitragszuschüsse gegenüber der Pflegekasse des Pflegebedürftigen (vgl. § 44 a SGB XI).

Die Zuschüsse belaufen sich auf die Höhe der Mindestbeiträge, die von freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen zur gesetzlichen Krankenversicherung und zur sozialen Pflegeversicherung zu entrichten sind und dürfen die tatsächliche Höhe der Beiträge nicht übersteigen; dabei wird ab 01. Januar 2009 für die Berechnung der Mindestbeiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung der allgemeine Beitragssatz zu Grunde gelegt (§ 44 a Abs. 1 S. 3 SGB XI).

In der Zeit vom 01. Juli bis zum 31.12.2008 wird bei Mitgliedern der gesetzlichen Krankenversicherung der allgemeine Beitragssatz der jeweiligen Krankenkasse, bei Mitgliedern der landwirtschaftlichen Krankenversicherung der durchschnittliche allgemeine Beitragssatz der Krankenkasse sowie jeweils der zusätzliche Beitragssatz in Höhe von 0,9 v.H. zu Grunde gelegt (§ 44 a Abs. 1 S. 4 SGB XI).

Auch pflegende Angehörige, die weiterhin privat kranken- und pflegeversichert bleiben, haben einen Anspruch auf Beitragszuschüsse.<sup>44</sup> Diese sind allerdings ebenfalls nach der Höhe der für Sozialversicherte geltenden Mindestbeiträge begrenzt. Bei diesen Personen wird für die Ermittlung des Zuschusses in der Zeit vom 01. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2008 der durchschnittliche all-

---

44 § 8 Abs. 1 Nr. 2 a SGB V eröffnet privat krankenversicherten Personen die Möglichkeit, sich auf Antrag für die Dauer der Pflegezeit von der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht befreien zu lassen. Ohne dieses Recht könnten diese Personen erst dann wieder in die private Krankenversicherung zurückkehren, wenn ihr Jahresarbeitsentgelt nach Beginn der Versicherungspflicht in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren die Versicherungspflichtgrenze überstiegen hat und auch im laufenden Jahr übersteigt.

gemeine Beitragssatz der Krankenkasse sowie der zusätzliche Beitragssatz in Höhe von 0,9 v.H. zu Grunde gelegt (§ 44 a Abs. 1 S. 4 SGB XI).

#### **4. Renten- und Arbeitslosenversicherung**

Pflegende nahe Angehörige, die Pflegezeit in Anspruch nehmen, sind in der Zeit, in der sie einen Pflegebedürftigen nicht erwerbsmäßig mindestens 14 Stunden in der Woche in seiner häuslichen Umgebung pflegen, in der Rentenversicherung versicherungspflichtig. Voraussetzung für die Versicherungspflicht ist, dass der Pflegebedürftige Anspruch auf Leistungen aus der sozialen oder privaten Pflegeversicherung hat.

Durch den neueingeführten § 26 Abs. 2 b SGB III sind Pflegepersonen nunmehr auch in der Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig. Die Pflegekasse des Pflegebedürftigen zahlt hierfür Beiträge an die Bundesagentur für Arbeit.

Die Arbeitslosenversicherung ist nicht davon abhängig, ob die Pflegetätigkeit mindestens an 14 Stunden in der Woche ausgeübt wird. Für die Pflegeperson ist somit ein ununterbrochener Versicherungsschutz in der Arbeitslosenversicherung gewährleistet.

Die ebenfalls neueingeführte Vorschrift des § 130 Abs. 2 S. 1 SGB III soll zudem einer Schlechterstellung dieser Personen gegenüber den übrigen Arbeitnehmern ausschließen. Mitarbeiter, die während der Pflege eines Angehörigen versicherungspflichtig beschäftigt waren, aber wegen der Pflege ein geringeres Entgelt erzielten, brauchen damit keine Nachteile bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes zu befürchten, wenn sie unmittelbar nach der Pflegezeit oder zu einem späteren Zeitpunkt arbeitslos werden, weil die Zeiten des verminderten Entgelts bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums für die Berechnung des Arbeitslosengeldes außer Ansatz gelassen werden.

### **VIII. Fazit**

Mit dem neuen Pflegezeitgesetz unternimmt der Gesetzgeber den sozialpolitischen Versuch die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern. Die ambulante Pflege durch Angehörige soll gefördert werden und ist damit ein gesellschaftspolitisches Ziel, das durch Regelungen zur sozialen Sicherung der Pflegeperson sinnvoll flankiert werden.

Leider hat der Gesetzgeber auf die von vielen Unternehmern befürchtete Kostenbelastung reagiert und auch die ursprünglich geplante Entgeltfortzah-

lung bei der kurzfristigen Arbeitsverhinderung wegen Pflege verzichtet. Damit wird die Inanspruchnahme der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung sowie der Pflegezeit nur finanziell besser gestellten pflegenden Angehörigen möglich sein.

Verfasser:

Marco Beyer

Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung

- Leistung -

Weißensteinstraße 70 - 72

34131 Kassel

Bettina Stüwe

Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung

- Verwaltungsseminar -

Weißensteinstraße 70 - 72

34131 Kassel

Dr. Marion Wille

## **Rechtliche Rahmenbedingungen für den Abschluss von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V**

### **Inhaltsverzeichnis:**

- I. Einleitung: Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Rabattverträge
- II. Sozialrechtliche Vorgaben für den Abschluss von Rabattverträgen
- III. Kartellvergaberechtliche Vorgaben für den Abschluss von Rabattverträgen:
  1. Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB
  2. GKV-OrgWG schafft keine Rechtsklarheit
  3. Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Folgen einer de-facto Vergabe
  4. Vergaberechtliche Besonderheiten bei der Vergabe von Rabattverträgen für Arzneimittel mit Patentschutz (Originale)
- IV. Vorgehen der LKKen unter der Federführung des Verbandes
- V. Ausblick

Mit dem vorliegenden Aufsatz sollen die rechtlichen Anforderungen, die an einen Rabattvertrag nach § 130a Abs. 8 SGB V zu stellen sind, insbesondere unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung, konkretisiert werden (vgl. hierzu II. und III.). Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V sind öffentlich-rechtliche Verträge gemäß § 53 Abs. 1 SGB X. In den vergangenen Jahren war jedoch weitestgehend unklar, ob sich die Vergabe dieser an den Vorgaben des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) messen lassen muss, und inwieweit das Sozialrecht selbst (abschließende) Anforderungen an diese normiert. Die hier bestehenden Rechtsunsicherheiten brachten für alle Akteure viel Unwägbarkeit, nicht zuletzt für die Krankenkassen, die ihre fehlerhaft durchgeführten Ausschreibungen nach entsprechenden Entscheidungen der Vergabekammern wieder aufheben mussten. Hierdurch gingen den Krankenkassen nicht nur Rabatteinnahmen verloren, sondern auch personelle Kapazitäten wurden insofern verschwendet. Mancher Hersteller sah ohne einen fehlenden Zuschlag seine wirtschaftliche Existenz gefährdet, was letztendlich auch die Vielzahl an Rechtsstreitigkeiten bedingte. Während die ersten Ausschreibungen jedoch mit groben Rechtsfehlern behaftet waren (vgl. z.B. erste AOK-Ausschreibung 2007), haben die Krankenkassen jedoch mehr

oder weniger schnell dazugelernt: Nun Anfang 2009 sieht es so aus, als wäre die erste Ausschreibung rechtskonform durchgeführt worden.<sup>1</sup>

Viele der in beiden Rechtsmaterien (GWB, und SGB) verankerten Rechtsgrundsätze sind allerdings deckungsgleich (z. B. keine willkürliche Vergabe, Selbstbindung der Verwaltung, Anspruch auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Bieter als Ausfluss des Art. 3 Abs. 1 GG, Anspruch auf ein transparentes, verhältnismäßiges und nachprüfbares Verfahren als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips), so dass die Annahme, ohne die Anwendung des Vergaberechtes befände sich die Krankenkasse in einem rechtsleeren Raum, falsch ist. Für Originale, also patentgeschützte Arzneimittel, gelten vergaberechtlich besondere verfahrensrechtliche Grundsätze (z.B. Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens), welche unter III. 4. herausgearbeitet werden sollen.

Der Gesetzgeber ist durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) dem langen gehegten Wunsch der Akteure nachgekommen, legislative Rechtsklarheit zu schaffen. Das GKV-OrgWG ist nun zum 01.01.2009 in Kraft getreten.<sup>2</sup> Vermutlich auch, um dem Mittelstand mehr Rechtsschutz zu gewähren und ein geordnetes Wettbewerbsverfahren bei der Vergabe dieser wirtschaftlich bedeutenden Verträge zu garantieren, sind nun die §§ 97 ff. GWB ab dem 01.01.2009 auch für die Rabattverträge für anwendbar erklärt worden. Nur auf den ersten Blick sind jedoch durch die Neuregelung des § 69 Abs. 2 SGB V im Zuge des GKV-OrgWG alle vergaberechtlichen Rechtsfragen, die Rabattverträge betreffend, geklärt. Unter III. 2. soll dementsprechend aufgezeigt werden, welche Rechtsfragen auch nach dem 01.01.2009 einer gerichtlichen Klärung bedürfen.

Verstöße gegen bestehende Ausschreibungspflichten können dabei zu drastischen Sanktionen führen. Insbesondere Vertragsabschlüsse ohne Durchführung des vergaberechtlich vorgeschriebenen Ausschreibungsverfahrens (sog. de-facto Vergaben), die das gegenwärtig geltende Vergaberechtsregime nur unzureichend erfassen, werden künftig im Zuge der Umsetzung der Vorgaben der neuen europäischen Rechtsmittelrichtlinie stets unter dem Damoklesschwert der Nichtigkeit und Rückabwicklung stehen. Vor diesem Hintergrund

---

1 AOK-Ausschreibung 2009/10: Vergabekammer Baden-Württemberg (BW) weist Beschwerden zweier Hersteller zurück mittels Entscheidung vom 27.11.2008; bestätigt durch LSG BW Entscheidung vom 23.1.2009 - Az. nicht bekannt.

2 BGBl. I, S. 2426.



gibt der nachfolgende Beitrag unter III. 3. einen Überblick über die Rechtsfolgen von de-facto Vergaben sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten für Mitbewerber, wobei die gegenwärtig (noch) geltende Rechtslage ebenso wie die künftige, die Vorgaben der europäischen Rechtsmittelrichtlinie bereits umsetzende Situation berücksichtigen wird.<sup>3</sup>

Abschließen soll dieser Beitrag (vgl. IV) mit einem Blick auf das bisherige Rabattvertragsgeschäft der LKKen, soweit dieses durch den Verband betreut wurde, und einem Ausblick (V.).

## **I. Einleitung: Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Rabattverträge**

Bereits seit dem Jahr 2003 können die Arzneimittelhersteller mit Krankenkassen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V Rabattverträge abschließen. Bis zum Inkraft-Treten des GKV-WSG war diese Regelung aber mit wenig Leben erfüllt. Erst durch die Abänderung der aut-idem Regelung<sup>4</sup> in § 129 Abs. 1 SGB V zum 01.04.2007 gelang es, die Arzneimittelabgaben durch die Ärzte und Apotheken gezielt zu Gunsten der Rabattverträge zu steuern. Dieser Umsatzzuwachs macht die Rabattverträge nun zu einem wirtschaftlich bedeutsamen Steuerinstrument. Dem folgend waren zum Stichtag 15.09.2007 in Deutschland bereits 7.546 verschiedene Arzneimittelrabattverträge gemeldet. Insgesamt gehört der § 130a Abs. 8 SGB V i. V. mit § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V zu den bedeutsamsten Neuregulierungen des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG). Zu welchen Einsparungen es bei den Kran-

---

3 Richtlinien: 2004/17/EG und 2004/18/EG.

4 „Aut idem“ bedeutet aus dem lateinischen kommend „oder das Gleiche“, wodurch sich das Wesen der Regelung erklärt: Durch die Aut-idem Regelung wird dem Apotheker die Möglichkeit gegeben, statt eines vom Arzt verordneten Medikaments ein anderes, wirkstoffgleiches Präparat an den Patienten abzugeben. Dies gilt zumindest, soweit der Arzt ein Arzneimittel nur unter seiner Wirkstoffbezeichnung verordnet hat oder die Ersetzung des Arzneimittels durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen hat (vgl. § 129 Abs. 1 SGB V). Durch die Abgabe preisgünstiger, wirkstoffgleicher Arzneimittel sollen bedeutende Einsparungen im Bereich der Arzneimittelversorgung in der GKV erzielt werden.

kenkassen durch die Nutzung dieses Instrumentariums wirklich gekommen ist, wird weitgehend vertraulich behandelt und ist damit ungewiss.<sup>5</sup>

Der durch das GKV-WSG neugefasste § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V sieht vor, dass die Ersetzung des verordneten Arzneimittels durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel immer nur mit solchen Arzneimitteln erfolgen darf und muss, für die eine Vereinbarung nach § 130a Abs. 8 SGB V besteht. Eine Ausnahme soll nur möglich sein, wenn in den Arznelieferungsverträgen auf Landesebene Abweichendes vereinbart ist. Den ehemaligen Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem deutschen Apothekerverband ist es bereits kurz nach dem In-Kraft-Treten des GKV-WSG gelungen, den Rahmenvertrag nach § 129 SGB V entsprechend anzupassen und insbesondere ein Meldeverfahren für die rabattierten Arzneimittel zu verankern. Durch die Neufassung des § 73 Abs. 8 SGB V durch das GKV-WSG soll zudem sichergestellt werden, dass die Praxissoftware auch Informationen zu den Rabattverträgen enthalten muss.<sup>6</sup>

Zielsetzung muss es sein, Ordnungs- und Substitutionsvorschläge weitgehend zu vermeiden und lediglich die Informationen der Fachinformationen des Arzneimittels bereitzustellen. Erst wenn die Praxissoftwareprogramme nach dieser Richtlinie zertifiziert sind, wird der Arzt vollkommen neutral und sachlich informiert. Eine Herausnahme der rabattierten Arzneimittel aus der Wirtschaftlichkeitsprüfung insgesamt erfolgt jedoch nur, soweit der Arzt dem Vertrag beigetreten ist. Wirtschaftliches Ordnungsverhalten soll dann in den Verträgen selbst gewährleistet werden (§ 106 Abs. 2 Satz 8 SGB V). Im Übrigen (kein Beitritt zum Rabattvertrag) hat der Prüfungsausschuss nur einen Pauschalbetrag abzusetzen (vgl. § 106 Abs. 5c SGB V).

Das rabattierte Arzneimittel ist durch den Apotheker auch dann abzugeben, wenn ein günstigeres Arzneimittel an sich vorrätig ist. Die Apotheken sind grundsätzlich verpflichtet, ihre Lagerhaltung und Logistik so zu gestalten, dass die Versicherten zeitnah versorgt werden können. Erst wenn das Arz-

---

5 Während die AOKen 500 Millionen Euro laut „Stern“ (Heft 41 - 03.10.2007) einsparen konnten (entspricht 18 % des Generikaumsatzes), konnte die GEK nur mit 7 % ihres Generika-Umsatzes erwirtschaften. Bei der BARMER und der TK sind es angeblich nur 5%, bei den IKKen 4 % und bei der KKH 3 %. Die Verlässlichkeit dieser Angaben kann aber ohne detaillierte Informationen über die Berechnungsweise bezweifelt werden.

6 Vgl. Änderungsantrag 20 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf des GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100.

neimittel seitens des pharmazeutischen Unternehmers nicht lieferbar ist, wird die Apotheke von ihrer gesetzlichen Verpflichtung frei, die Versicherten mit den verordneten Arzneimitteln zu versorgen. Dass ein rabattbegünstigtes Arzneimittel zum Zeitpunkt der Vorlage der Verordnung vom pharmazeutischen Unternehmer nicht geliefert werden konnte, hat die Apotheke nachzuweisen. Hat die Krankenkasse für mehrere Arzneimittel Rabattverträge geschlossen, ist die Apotheke in der Auswahl unter diesen Arzneimitteln frei. Es kann also von den rabattierten Arzneimitteln auch das mit dem teuersten Herstellerabgabepreis abgegeben werden. Die wirtschaftliche Verantwortung liegt hier bei der Krankenkasse.

Die vorrangige Abgabe eines rabattierten Arzneimittels greift immer dann, wenn bei einem unter dem Produktnamen verordneten Fertigarzneimittel der Vertragsarzt die Ersetzung nicht ausgeschlossen hat, die Angaben zu dem rabattbegünstigten Arzneimittel von den Krankenkassen vollständig an den DAV bzw. die ABDATA und bis zu dem vereinbarten Stichtag mitgeteilt wurden (Kenntnis der Apotheke vom Rabattvertrag über die sog. Lauertaxe<sup>7</sup>), das verordnete und das rabattierte Arzneimittel in Wirkstärke und Packungsgröße identisch sowie für den gleichen Indikationsbereich zugelassen ist und ferner die gleiche oder eine austauschbare Darreichungsform besitzt, das rabattbegünstigte Arzneimittel im Zeitpunkt der Vorlage der Verordnung verfügbar ist. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Arzneimittel eine gleiche oder austauschbare Darreichungsform besitzt, ist die Anlage 5 der Arzneimittelrichtlinie ausschlaggebend. Der Streit darüber, ob nur die dort genannten Arzneimittel per se in diesem Sinne austauschbar sind oder nicht, ist mittlerweile durch den seit dem 01.04.2008 geltenden Rahmenvertrag eindeutig zu Gunsten der Krankenkassen geklärt. Durch die Definition einer weitgehenden Austauschbarkeit der rabattierten Arzneimittel gemäß § 129 Abs. 1 SGB V hat sich die wirtschaftliche Bedeutung der Rabattverträge noch erhöht.

Im Ergebnis motivieren die Rabattvereinbarungen die pharmazeutischen Hersteller nicht mehr, die realen Herstellerabgabepreise (HAP) zu senken, da sie keine Abgabe ihrer Arzneimittel über das alte aut-idem sicherstellen müssen. Ausschlaggebend ist nun der mit der Krankenkasse individuell ausgehandelte Preis, nicht eben aber der offizielle in der Lauertaxe gelistete Herstellerabgabepreis. Auch die Auswahl des Apothekers unter den rabattierten Arzneimitteln wird nicht mehr durch den Preis bestimmt, sondern durch die Präsenz des Arzneimittels in der Apotheke und die Vermarktungsstrategie des Außendienstes. Entscheidet aber nicht mehr die Preisgünstigkeit des HAP über die

---

7 Große Deutschen Spezialitäten-Steuer (Lauertaxe).

bevorzugte Abgabe und damit den Umsatz des Arzneimittels, leiden gleichfalls diejenigen Regelungen des SGB V, die auf niedrigere HAP abzielen (z.B. Festbeträge, Zuzahlungsbefreiungen).

Nachdem die Krankenkassen im vergangenen Jahr Wirtschaftlichkeitsreserven durch Rabattverträge im Wesentlichen im Generikabereich erschlossen haben, wenden sie sich momentan stark den Originalen - also den patentgeschützten Arzneimitteln - zu. Dies liegt auch daran, dass im Bereich der generischen Arzneimittel mittlerweile erhebliche Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit des Vergaberechtes bestehen. Die Annahme, dass das Vergaberecht generell im Bereich der patentgeschützten Arzneimittel nicht anwendbar sei, ist jedoch ebenso falsch wie die Auffassung, jedes verliehene Patent erlaube eine direkte Verhandlung mit dem Originalhersteller (vgl. hierzu III. 4.).

## **II. Sozialrechtliche Vorgaben für den Abschluss von Rabattverträgen**

In einer viel beachteten Entscheidung vom *27.02.2008* hat das *LSG BW* erstmalig sozialrechtliche Maßstäbe hinsichtlich der Gestaltung der Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V gesetzt.<sup>8</sup> Folgende Rechtsgrundsätze sind dem Beschluss zu entnehmen:

- Die Sozialgerichte sind ausschließlich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zuständig.
- Das europäische Vergaberecht ist wegen einer Bereichsausnahme zu Gunsten des Gesundheitswesens nicht unmittelbar anwendbar.<sup>9</sup>
- Vergaberechtlich kann nicht als unerlaubt angesehen werden, was sozialrechtlich zulässig oder sogar bindend vorgeschrieben ist.<sup>10</sup>
- Die Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens ist nach allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsätzen (keine willkürliche Vergabe, Selbstbindung der Verwaltung an tatsächliche Vergabep Praxis, Anspruch auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Bieter als Ausfluss des Art. 3 Abs. 1 GG, Anspruch auf ein transparentes, verhältnismäßiges und nach-

---

8 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B.

9 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 48.

10 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 57.

prüfbares Verfahren als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, Grundsatz von Treu und Glaube (§ 242 BGB), Verbot von unangemessenen Vertragsbedingungen aus § 55 Abs. 1 Satz 2 SGB X) zu beurteilen. Zur Konkretisierung dieser öffentlichen-rechtlichen Verfahrensgrundsätze sind die Vorschriften der VOL/A als materielle Verfahrensätze des Vergaberechtes herbeizuziehen.<sup>11</sup> Die in den Rechtsordnungen des SGB V und des GWB/VOL/A gemachten Verfahrensprinzipien sind insofern weitgehend deckungsgleich.<sup>12</sup>

Dies bedeutet, dass auch unter Beachtung des Art. 3 GG die in § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A aufgestellten Anforderungen an die Leistungsbeschreibung (*eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung*) bei der Beurteilung der Ausschreibungen herangezogen werden können.<sup>13</sup> Die Krankenkasse hat daher dem Bieter Verordnungszahlen aus dem vergangenen Jahr zur Verfügung zu stellen, so dass dieser unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Abgabemengen entsprechende Preiskalkulationen vornehmen kann.<sup>14</sup> Die von der Krankenkasse geforderten Angaben bzw. Anforderungen an das einzureichende Angebot müssen so konkret und eindeutig sein, dass der Bieter diese nachvollziehen kann. Vorsicht ist daher bei produktsortimentsbezogenen Leistungseinschränkungen geboten (Voraussetzung einer gewissen Produktbreite), da hier die Krankenkasse Bewertungen vornimmt, die für den Bieter oftmals nicht nachvollziehbar sein werden.<sup>15</sup>

Zu der Rechtmäßigkeit der *Schwellenwertklausel* (auch als Preisgünstigkeitsklausel bezeichnet) führte das Gericht aus, dass diese eine vernünftige Preiskalkulation des Anbieters nicht ermögliche und damit ein unzumutbares Wagnis für den Bieter darstelle (vgl. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A). Hier hätten die Krankenkassen angesichts der kurzen Laufzeiten der Verträge die Notwendigkeit einer solchen Klausel begründen müssen, was sie aber nach Auffassung der Richter nicht getan haben. Eine solche Klausel dürfe daher nicht Vertragsinhalt werden.

---

11 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 52.

12 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 56.

13 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 62.

14 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 67.

15 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 – LKR 507/08 ER-B, S. 66.

Unter Berufung auf § 5 Nr. 1 VOL/A bzw. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>16</sup> bekräftigten die Richter zudem die Verpflichtung des Auftraggebers, die Leistungen zusätzlich zu den *Sachlosen* (hier Wirkstofflose) in entsprechende *Regionallose* aufzuteilen (Gebot der Nichtbenachteiligung des Mittelstandes). Selbst dann, wenn der Bieter die Möglichkeit erhält, auf nur einen Wirkstoff zu bieten, hat er bei einer bundesweiten Belieferung nur schwer die Möglichkeit, die Absatzmengen vorauszusehen bzw. die Gesamtheit einer großen Krankenkasse zu beliefern.

Hinzuzufügen ist, dass die rechtliche Argumentation des LSG BW nicht immer überzeugend ist. So wird meiner Auffassung nach hinsichtlich der vergaberechtlichen Bereichsausnahme „Gesundheitswesen“ das systematische Argument des § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A und des § 100 Abs. 2 GWB nicht hinreichend gewürdigt.<sup>17</sup> Letztendlich bleibt daher die Argumentation hinsichtlich des Nichtvorranges des europäischen Vergaberechtes schwach. Zudem wird unzulässigerweise der Begriff des Unternehmens mit dem des öffentlich-rechtlichen Auftraggebers vermengt.<sup>18</sup> Nur letzterer ist ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechtes (§§ 97 ff. GWB). Diese (wohl) erkennend, hat das LSG BW nun in einem jüngeren *Beschluss vom 28.10.2008*<sup>19</sup> nachgebessert. Folgende Leitsätze sind der Entscheidung zu entnehmen:

- Die gesetzlichen Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB. Dies beruht aber nicht darauf, dass sie überwiegend vom Bund finanziert werden, sondern darauf, dass sie als staatlich kontrollierte Einrichtungen betrachtet werden können. Für landesunmittelbare Versicherungsträger ist daher die Vergabekammer des Landes zuständig.

---

16 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 –LKR 507/08 ER-B, S. 69.

17 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 –LKR 507/08 ER-B, S. 48.

18 LSG BW, Beschluss v. 27.02.2008 –LKR 507/08 ER-B, S. 49 f.. Erst der EuGH wird in der Rechtssache VII-Verg 50/06 endgültig klären, ob Krankenkassen öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB sind. Die Rabattverträge und deren rechtliche Einordnung als öffentliche Aufträge i. S. des § 97 GWB sind nicht Gegenstand dieser Entscheidung. Allerdings wird der EuGH aller Voraussicht nach auch beurteilen müssen, ob das Gesundheitswesen dem europäischen Vergaberecht entzogen ist. Nimmt er eine solche Bereichsausnahme nicht an, ist gleichfalls die rechtliche Argumentation des LSG BW höchststrichlerlich in Frage gestellt bzw. überholt.

19 LSG BW, Beschluss v. 28.10.2008- L 11 KR 4810/08 ER-B.

- Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V sind öffentliche Lieferaufträge i. S. d. § 99 Abs. 2 GWB, wenn das pharmazeutische Unternehmen über die Substitutionsverpflichtung des Apothekers nach § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V einen Wettbewerbsvorteil erhält. Dies ist nur der Fall, wenn sich die Krankenkassen verpflichten, für die Dauer eines Rabattvertrages keine weiteren Rabattverträge mit anderen pharmazeutischen Unternehmern über vergleichbare Arzneimittel abzuschließen (Zusicherung von Exklusivität).
- Mit dem Ordnungsverhalten der Vertragsärzte lässt sich eine vergaberechtliche Auswahlentscheidung und damit die Notwendigkeit einer Ausschreibung nicht begründen.

Zwar könnte man meinen, diese Rechtsprechung würde mit der Neuregelung des § 69 Abs. 2 SGB V (GKV-OrgWG) obsolet werden (vgl. III 2). Dem ist aber nicht so, weil der Gesetzgeber die Entscheidung, ob die §§ 97 ff. GWB anwendbar sind, im Einzelfall nicht getroffen hat. Zu beachten ist hier, dass der Rechtsweg zu den Sozialgerichten nach Anrufung der Vergabekammern auch nach dem neugeschaffenen § 69 Abs. 2 SGB V eröffnet ist. Diese werden also letztendlich darüber entscheiden, ob ein öffentlicher Auftrag i. S. des § 99 GWB vorliegt und ob insoweit das GWB anwendbar ist.

### **III. Kartellvergaberechtliche Vorgaben für den Abschluss von Rabattverträgen**

#### **1. Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB**

Das Kartellvergaberecht, das in den §§ 97 ff. GWB und den dazu gehörigen untergesetzlichen Regelwerken (Vergabeverordnung, Verdingungsordnungen) normiert ist<sup>20</sup> und den Rechtsschutz des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und in zweiter Instanz vor dem Vergabesenat vorsieht, ist anwendbar, wenn

- der Auftraggeber der zu beschaffenden Leistung öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB ist,
- es sich bei dem Auftrag um einen öffentlichen Auftrag i. S. d. § 99 GWB handelt,

---

20 Das Vergaberecht ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV), in der Selbstverwaltungshaushaltsordnung (SVHV), in der Verdingungsordnung für Lieferungen und Leistungen (VOL) und EU-Richtlinien geregelt.

- auf den keine der Ausnahmen des § 100 Abs. 2 GWB zutrifft und
- wenn der Auftragswert den in § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit den Vorschriften der Vergabeverordnung festgelegten Schwellenwert erreicht oder überschritten wird.<sup>21</sup>

Nach wie vor ist streitig, ob die Krankenkassen öffentliche Auftraggeber i. S. des GWB sind, wobei momentan selbst in der bisher vehement verneinenden Sozialgerichtsbarkeit ein Meinungsumschwung zu Gunsten der Anwendung des Kartellvergaberechts stattfindet.<sup>22</sup> Bereits am 09.05.2007 hatte die 1. Vergabekammer des Bundeskartellamts mit Beschluss entschieden, dass die gesetzlichen Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind.<sup>23</sup> In diesem Sinne hat sich das Bundesversicherungsamt in einem Rundschreiben an die bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträger gewandt.<sup>24</sup> Auch *Koch/*

---

21 Nach § 22 Abs. 1 der Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (SVHV) muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, es sei denn, es handelt sich um Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen. In Ansehung des Vorrangs der gemeinschaftsrechtlichen vergaberechtlichen Vorgaben kommt § 22 SVHV ab Erreichen der Schwellenwerte für eine europäische Ausschreibung (§ 2 Nr. 3 VgV: 206.000 Euro) allerdings keine Geltung zu, so dass diese Vorschrift insoweit nur haushaltsrechtliche Bedeutung besitzt. Die in § 22 SVHV genannten Versicherungsleistungen sind für die gesetzliche Krankenversicherung im 3. Kapitel des SGB V, für die Unfallversicherung im 2. und 3. Kapitel aufgeführt. Die Ausschreibungspflicht gemäß § 22 SVHV findet daher insbesondere auf Lieferungen und Leistungen Anwendung, die für den Verwaltungsapparat der gesetzlichen Krankenkassen erforderlich sind.

22 LSG BW, Beschluss v. 28.10.2008 - L 11 KR 4810/08 ER-B.

23 Für die Einordnung als öffentlicher Auftraggeber durch das Bundeskartellamt im o.g. Beschluss war insbesondere maßgeblich, dass die GKV-Kassen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Unter der Finanzierung aus öffentlichen Mitteln seien nicht nur direkte Zuwendungen des Staates zu verstehen, es reiche bereits aus, wenn die Zahlungen kraft Gesetzes über Beitragszahlungen der Bürger und der Arbeitgeber garantiert würden. Dem entschiedenen Fall lag ein Vertrag über die Versorgung der Versicherten mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln, wie u. a. Gehhilfen und Rollstühlen, zugrunde. Der Vertrag sollte zwischen einer GKV-Kasse und Sanitätshäusern abgeschlossen werden. Bei der Beschaffungsmaßnahme wurde das Vergaberecht nicht beachtet.

24 Schreiben v. 26.08.2005.



*Hesshaus* haben die Eigenschaft speziell der LKKn als öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB bejaht.<sup>25</sup> Dagegen ist nach einer älteren und auch umstrittenen Entscheidung des Bay. OLG die AOK Bayern kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB, weil eine entsprechende Staatsgebundenheit fehle.<sup>26</sup> Gemäß § 98 Nr. 3 GWB sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vierten Teils des GWB auch Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 der Bestimmung fallen. Werden die Krankenkassen als öffentliche rechtliche Auftraggeber qualifiziert, gilt dies auch für deren Verbände. Das Vergaberecht ist somit auf Beschaffungen durch gesetzliche Krankenkassen im Rahmen des SGB V grundsätzlich anwendbar.

Zwar besagt § 69 Satz 2 SGB V in der Geltung bis zum 31.12.2008 (ab 01.01.2009 § 69 SGB V in der Fassung des GKV-OrgWG), dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern abschließend durch das 4. Kapitel des SGB V sowie durch die §§ 63, 64 SGB V (und ansonsten das BGB) geregelt werden. Daraus ergibt sich allerdings keine generelle Bereichsausnahme, der zu Folge für die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen die Anwendung des Vergaberechts ausgeschlossen ist. Eine solche Schlussfolgerung wäre vor gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund verfehlt, da die §§ 97 ff. GWB in Umsetzung europäischer Richtlinien normiert wurden und insofern einem Ausschluss auf Grund einer nationalen Bereichsausnahme von vornherein nicht zugänglich sind.<sup>27</sup>

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, § 99 GWB. Der Beschaffungsvorgang als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 99 GWB ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Beschaffungen von Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber zu regeln. Mit einem Arzneimittelrabattvertrag verpflichtet sich der pharmazeutische Hersteller gegenüber der Krankenkasse,

---

25 SdL, Heft 3, Seite 331 ff. "Zur Stellung der gesetzlichen Krankenkassen im Kartellvergaberecht - unter besonderer Berücksichtigung der landwirtschaftlichen Krankenkassen"

26 Bayerisches OLG, Beschluss v. 24.05.2004 -Verg. 006/04.

27 Ebenso Rixen, GesR 2006, 49 (54); Boldt, NJW 2005, 3757 (3758); Hesselmann/Motz, MedR 2005, 498 (499); Wollenschläger, NZBau 2004, 655; Kingreen, MedR 2004, 188 (192); Vollmöller, NZS 2004, 63 (65 f.); Quaas, VSSR 2004, 175 (190); Kuhlmann, Integrierte Versorgung 2004, 417 (424); Koenig/Engelmann/Hentschel, MedR 2003, 562 (564); Koenig/Busch, NZS 2003, 461 (462 f.); Zuck, f&w 2002, 534 (535).

weitere Preisnachlässe neben den gesetzlichen Preisnachlässen für die Abgabe seiner Produkte an die Versicherten der Krankenkasse zu gewähren. Die Entgeltlichkeit des Rabattvertrages ist unter dem Blickwinkel des geldwerten Vorteils gegeben. Auch Rahmenvereinbarungen gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A sind als öffentliche Aufträge zu qualifizieren, obwohl sie nur Bedingungen für Einzelverträge regeln, die zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen werden.

Streitig ist allerdings, inwieweit der Beschaffungsvorgang ein *Lenkungsvorgang* beinhalten muss.<sup>28</sup> Dies ist bezüglich der Rabattverträge fraglich, da der Arzt aufgrund seiner Therapiefreiheit die alleinige Auswahlentscheidung hinsichtlich des Arzneimittels trifft. Die Krankenkasse lenkt insofern nicht den Umsatz zu Gunsten des Rabattpartners. Eine der Krankenkasse zuzurechnende vergaberechtliche Auswahlentscheidung kann nach dem LSG BW auch nicht ohne Weiteres darin gesehen werden, dass der Apotheker nach § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V im Falle eines Vertrages nach § 130a Abs. 8 SGB V für den betreffenden Wirkstoff ein Medikament auswählen muss, das Gegenstand eines Rabattvertrages ist.<sup>29</sup> Denn die Nachfrage nach Arzneimitteln wird nicht durch die Rabattverträge, sondern - abgesehen vom Versicherten - durch den die Verordnung ausstellenden Vertragsarzt bestimmt. Diese Entscheidung kann entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf<sup>30</sup> aufgrund der bestehenden Therapiefreiheit des Arztes nicht der Krankenkasse zugerechnet werden. Allein dadurch erhalten die pharmazeutischen Unternehmer, mit denen ein Rabattvertrag abgeschlossen worden ist, keine Sonderstellung im Wettbewerb, die einer Absatzgarantie für die rabattierten Medikamente gleichkommt. Etwas anders gilt aber auch nach dem LSG BW, soweit der abgeschlossene Rabattvertrag eine exklusive Belieferung der Krankenkassen vorsieht. In einem solchen Fall führt der Rabattvertrag i. V. m. der Ersetzungsverpflichtung des Apothekers nach § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V tatsächlich zu einem Wettbewerbsvorteil, den der Auftraggeber dem Unternehmen einräumt, um einen möglichst hohen Rabatt zu erzielen. Insoweit

---

28 Offengelassen: 2. VK Bund, Beschluss v. 22.08.2008 -VK 2 – 73/08; dagegen nach 3. VK Bund, Beschluss v. 15.08.2008- VK 3 – 107/08 kein Tatbestandsmerkmal. Für Tatbestandsmerkmal: LSG BW, Beschluss v. 28.10.2008- L 11 KR 4810/08 ER-B.

29 LSG BW, Beschluss v. 28.10.2008- L 11 KR 4810/08 ER-B: a.A.: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2007, VII-Verg 50/07, Gabriel NZS 2007, 344,348; Byok, GesR 2007, 553, 556.

30 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2007-VII-Verg 50/07.

kann der Rabattvertrag als öffentlicher Auftrag in Form einer Rahmenvereinbarung zu werten sein.

Teilweise wird auch vertreten, dass Rabattverträge als sogenannte *Lieferkonzession* dem GWB nicht unterfallen.<sup>31</sup> Allerdings gibt es den Begriff der Lieferkonzession, im Gegensatz zur Dienstleistungskonzession nicht. Letztere liegt vor, soweit die Gegenleistung des Auftragsgebers nicht in der Zahlung einer bestimmten Vergütung, sondern Verleihung des Rechts, die eigene Leistung entgeltlich (gegenüber einem Dritten) zu verwerten (Nutzungsrecht), besteht. Die dargestellten Charakteristika implizieren eine Verlagerung der mit der Leistung verbundenen wirtschaftlichen Risiken auf den Konzessionär, der seine Vergütung über den Benutzer der Leistung (vor allem durch die Erhebung von Gebühren) erzielt. Anlass für die Einordnung des Rabattvertrages als Dienstleistungskonzession könnte die Tatsache sein, dass hier anders als bei den Verträgen nach den §§ 126 ff. SGB V n. F. durch die pharmazeutischen Hersteller keine Arzneimittel an die Versicherten direkt abgegeben werden. Die Arzneimittel werden vielmehr durch die Ärzte im Rahmen einer bestehenden Behandlung oder durch die Apotheken an die Versicherten abgegeben. Aufgrund der Therapiefreiheit der Ärzte können die Krankenkassen dem Arzneimittelhersteller keinen bestimmten Lieferumfang garantieren. Das wirtschaftliche Risiko der Inanspruchnahme liegt somit beim Arzneimittelhersteller. Gegen diese Bewertung lässt sich allerdings anführen, dass § 129 Abs. 1 SGB V i. V. mit dem gültigen Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 3 SGB V zwingend die vorrangige Abgabe des rabattierten Arzneimittels vorsieht, soweit der verordnete Wirkstoff oder das verordnete Arzneimittel identisch bzw. therapeutisch vergleichbar sind. In der Mehrheit der Fälle schließt der Arzt die Möglichkeit einer Substitution auch nicht aus. Mit Abschluss eines Rabattvertrages ist daher eine Umsatzsteigerung garantiert.<sup>32</sup> Im Ergebnis spricht daher einiges gegen eine Lieferkonzession.

Eine endgültige Klärung oben aufgeworfener Rechtsfrage wird erst durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung erfolgen.<sup>33</sup>

---

31 So Brixius/Esch, Rabattverträge im Licht des Vergaberechts, S. 73 ff..

32 Für das Vorliegen eines öffentl. Auftrages: Sträter/Natz, Generika 2006, 62 (68); Willenbruch/Bischoff, PharmR 2005, 477 (484).

33 Verfahren beim EuGH nach Beschwerde des Deutschen Generikaverbandes anhängig, Az. nicht bekannt.

## 2. GKV-OrgWG schafft keine Rechtsklarheit

Zwischenzeitlich ist das GKV-OrgWG<sup>34</sup>, welches eine Vielzahl von Einzelregelungen für den Bereich der GKV enthält, in Kraft getreten.<sup>35</sup> Ein von der Regierungskoalition eingebrachter Änderungsantrag enthält aber eben auch die Klarstellung, dass bei Rabattverträgen der Krankenkassen das Vergaberecht Anwendung findet. Der neu gefasste § 69 Abs. 2 SGB V hat hiernach folgenden Inhalt:

„Die §§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend; die §§ 97 bis 115 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind anzuwenden, soweit die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Satz 1 gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt. Die in Satz 1 genannten Vorschriften gelten mit der Maßgabe, dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist.“

Als Begründung hat der Gesetzgeber angefügt (Auszug):

„Die in Satz 1 angeordnete entsprechende Geltung der §§ 19 bis 21 GWB entspricht der bisherigen Rechtslage (vgl. Begründung zur Änderung des § 69 SGB V BT-Drucks. 16/4247). Satz 1 ordnet darüber hinaus die unmittelbare Geltung der materiellen Vergaberechtsvorschriften der §§ 97 bis 101 des GWB sowie die Durchführung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern (§§ 102 bis 115 GWB) an. Damit werden zunächst Zweifel beseitigt, ob die Vorschriften, die die Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge und die konkrete Ausgestaltung dieser Verpflichtung regeln, auch auf Versorgungsverträge von Krankenkassen anzuwenden sind. ... Dies gilt insbesondere für die Rabattverträge in der Arzneimittelversorgung nach § 130a Abs. 8, ... . Die weiter angeordnete unmittelbare Geltung der §§ 102 bis 115 GWB führt zur Anwendung des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern. .... Gegen die

---

34 GKV-OrgWG, BGBl. I S. 2426.

35 U.A: Krankenkassen können hiernach nun zum 01.01. 2010 Insolvenz anmelden, wenn keine Kapitaldeckung vorhanden ist. Das Gesetz sieht zudem Regelungen zur Umsetzung der Konvergenzklausel vor. Außerdem müssen nach dem Gesetz die Kassen ihren Versicherten bis Mitte nächsten Jahres verstärkt Hausarztmodelle anbieten.

Entscheidungen der Vergabekammern ist nach den ebenfalls in diesem Gesetz vorgenommenen Änderungen in § 29 SGG und § 116 GWB der Rechtsweg zu den Landessozialgerichten eröffnet. Mit dieser Zuweisung an die Sozialgerichtsbarkeit wird die umstrittene Frage nach dem Rechtsweg geklärt. .... Die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit anstelle der im Vergabenaachprüfungsverfahren sonst üblichen Zuständigkeit der Zivilgerichte stellt sicher, dass sowohl die inhaltliche Überprüfung, ob ein Vertrag den Voraussetzungen des Krankenversicherungsrechts entspricht, als auch die vergaberechtliche Nachprüfung des Zustandekommens dieses Vertrages einheitlich im Gerichtszweig der Sozialgerichtsbarkeit erfolgt. ....<sup>36</sup>

Der Gesetzgeber hat damit ab dem 01.01.2009 für Rabattverträge verbindlich eine Ausschreibepflicht nach dem Kartellvergaberecht normiert, soweit diese als öffentliche Aufträge i. S. des § 99 GWB zu qualifizieren sind. Letzteres nimmt der Gesetzgeber für Rabattverträge über Generika aber keineswegs pauschal an, sondern ist von einer Prüfung des Vertragsinhaltes im Einzelfall abhängig. Die Gesetzesbegründung führt insofern aus:

„... Beim Abschluss von Einzelverträgen in der GKV ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 97 ff. GWB vorliegen, insbesondere ob es sich bei den jeweiligen Vergaben um öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 GWB handelt. Diese Frage wird je nach Vertragstyp unterschiedlich zu beantworten sein. Im Wesentlichen hängt die Beantwortung davon ab, ob und inwieweit die Krankenkassen auf die Auswahlentscheidung, welcher Vertragsgegenstand im einzelnen Versorgungsfall abgegeben wird, Einfluss nehmen. Abhängig von der individuellen Vertragsgestaltung könnten Arzneimittelrabattverträge über Generika wegen der Verpflichtung der Apotheken in § 129 Abs. 1 Satz 3, die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel vorzunehmen, für das ein Rabattvertrag abgeschlossen worden ist, und des damit verbundenen mittelbaren Einflusses der Krankenkassen auf die Auswahlentscheidung des Vertragsgegenstandes als öffentliche Aufträge zu qualifizieren sein. .... Die Entscheidung im Einzelfall hängt jedoch von der konkreten Vertragsgestaltung ab und obliegt den mit der Nachprüfung betrauten Vergabekammern und Landessozialgerichten. ...“

Daraus folgt, dass der Gesetzgeber ebenso wie das LSG BW für die Annahme eines öffentlichen Auftrages i. S. des § 99 GWB einen Lenkungsvorgang des

---

36 Änderungsantrag 8 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (Ausschussdr. 16(14)0413) zu § 69 Abs. 2 SGB V.

öffentlichen Auftraggebers zu Gunsten des Vertragspartners fordert. Diese Frage dürfte daher bei der Überprüfung einer Vergabe im nächsten Jahr streitentscheidend sein.

### **3 Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Folgen einer de-facto Vergabe**

Die Rechtsfolgen einer Auftragsvergabe, die ohne Beachtung des vorgeschriebenen Vergaberegimes erfolgt ist, können sich derzeit von Rechtsschutzverfahren vor nationalen Gerichten bis hin zum EuGH und zur Nichtigkeit des Vertrags sowie Beendigungspflichten erstrecken. Konkret besteht bei de-facto Vergaben die Gefahr der zivilrechtlichen Nichtigkeit aller (auch in der Vergangenheit) nicht nach den vergaberechtlichen Vorgaben abgeschlossenen Verträge. Im Einzelnen:

#### **– Nachprüfungsverfahren:**

Nach § 97 Abs. 7 GWB hat jeder Bieter einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält und dass dies auch nachgeprüft werden kann. Eine solche Überprüfung erfolgt durch das Nachprüfverfahren gemäß § 102 GWB (ausdrücklich für Rabattverträge ab dem 01.01.2009: § 69 Abs. 2 SGB V). Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein solches Nachprüfverfahren nur dann durchgeführt wird, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert erreicht (§ 100 GWB i. V. m. § 2 VgV: Lieferaufträge 211.000,00 EUR, Dienstleistungsaufträge 211.000,00 EUR). Für die Berechnung der Schwellenwerte gilt § 3 VgV. Im Falle der Überprüfung einer Vergabe durch einen Auftraggeber sind die Vergabekammern auch ausschließlich zuständig, der allgemeine Zivilrechtsweg ist unzulässig. Die Bieter können darüber hinaus gemäß § 102 GWB auch die Aufsichtsbehörden anrufen und eine Überprüfung veranlassen. Dadurch wird in der Regel aber nicht die Vergabe des Auftrages verhindert. Der Zuschlag kann jederzeit erteilt werden. Dagegen hat die Zustellung eines Nachprüfungsantrages Suspensiveffekt, d.h. ein Zuschlag darf nicht mehr erteilt werden bis zur Entscheidung der Vergabekammer (§ 115 I GWB). Erfolgt in dieser Zeit dennoch ein Zuschlag, so ist dieser unwirksam. Zu beachten ist jedoch, dass die Vergabekammer nur auf Antrag tätig wird (vgl. § 107 Abs. 1 GWB), d.h. ein Mitbieter muss einen solchen Antrag auf Überprüfung einer Vergabeentscheidung stellen, zieht er diesen Antrag wieder zurück, so werden auch die Untersuchungen in dieser Sache wieder eingestellt. Gem. § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Nach der Rechtsprechung entspricht die

Antragsbefugnis dem Rechtsschutzinteresse.<sup>37</sup> Das Interesse am Auftrag ist in der Regel durch die Abgabe eines eigenen Angebotes ausreichend dokumentiert. Das „Interesse am Auftrag“ im Sinne des § 107 Abs. 2 S. 1 GWB ist daher auf den Bewerber oder Bieter bezogen, der in direkten Vertragsanbahnungsbeziehungen mit dem öffentlichen Auftraggeber steht, d.h. unmittelbar am Vertragsschluss mit diesem interessiert ist.<sup>38</sup> Durch § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB soll verhindert werden, dass ein Bieter, der bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keine Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann. Es muss daher die konkrete Möglichkeit bestehen, dass die Chancen des Antragstellers auf den Zuschlag durch den Fehler im Vergabeverfahren gemindert oder vereitelt worden sind.<sup>39</sup>

– **Unverzügliche Rüge erforderlich:**

Bei vermeidlichen Vergaberechtsverstößen muss der Bieter, will er bei Nichtabstellen des Vergabeverstoßes durch die Vergabestelle ein Nachprüfungsverfahren (bei europaweiten Auftragsvergaben) einleiten, zuvor unverzüglich rügen, § 107 Abs. 3 GWB. Aus diesem Grunde gibt es eine Vorinformationspflicht nach § 13 VgV. Hiernach ist der Bieter zwei Wochen vor Zuschlagserteilung zu informieren. Verspätete Rügen führen dazu, dass Vergabeverstöße im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nicht mehr geltend gemacht werden können. Auch nicht gegenüber der Vergabestelle gerügte Vergabeverstöße führen ebenfalls zum Ausschluss. Auch diese können im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nicht mehr geltend gemacht werden. Erforderlich ist dabei die positive Kenntnis<sup>40</sup> von dem Rechtsverstoß und die zumindest laienhafte rechtli-

---

37 BVerfG, 29.07.2004, -2 BvR 2248/03/ BGH, 18.05.2004 - X ZB 7/04.

38 Unternehmen, die – wie Subunternehmer oder Vorlieferanten der potentiellen Auftragnehmer – nur mittelbar ein „Interesse am Auftrag“ haben, sind hingegen nicht antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 S. 1 GWB.

39 VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 07.08.2003 - 1 VK 33/03.

40 Die Rügefrist nach § 107 Abs. 1 S. 3 GWB beginnt bereits dann, wenn der Bieter Kenntnis von einem Sachverhalt hat, der aus seiner subjektiven Sicht den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt und es als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden. Die – subjektiv für erforderlich gehaltene - Beschaffung von Beweismitteln für ein mögliches späteres vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren hat keinen (hinaus schiebenden) Einfluss auf den Beginn der Rügefrist.– OLG Naumburg, Beschluss v.21.08.2003 - 1 Verg 12/03.

che Bewertung, dass es sich um einen Vergabeverstoß handelt. Erkannte Vergaberechtsverstöße sind unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern – und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen gegenüber der Vergabestelle zu rügen.<sup>41</sup> Nach der Rechtsprechung besteht bei sog. de-facto Vergaben – d.h. Vergaben, die trotz Ausschreibungspflicht ohne förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden – eine Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB generell nicht.<sup>42</sup>

- **Nichtigkeit vergaberechtswidriger de-facto Verträge nach den GWB:** Die Nichtigkeit vergaberechtswidriger de-facto Verträge kommt bislang analog § 13 Satz 6 VgV dann in Betracht, wenn der öffentliche Auftraggeber zwischen mehreren (An-)Bietern eine Auswahl getroffen und die nicht berücksichtigten Bieter nicht mindestens zwei Wochen vor Vertragsschluss über die Umstände und Gründe seiner Auswahl informiert hat.<sup>43</sup> Auf die Nichtigkeit analog § 13 Satz 6 VgV können sich allerdings nur die unterlegenen Bieter sowie Unternehmen berufen, von deren Interesse am konkreten Auftrag der Auftraggeber Kenntnis hatte. Die Nichtigkeitsfolge analog § 13 Satz 6 VgV passt also nur auf de-facto Vergaben, bei denen der Auftraggeber vor dem Vertragsschluss neben dem Vertragspartner Kontakt zu mindestens einem weiteren Interessenten gehabt hat, welcher als „Bieter“ im Sinne dieser Vorschrift betrachtet werden kann.<sup>44</sup> Das wird immer dann der Fall sein, wenn der Auftraggeber vor Vertragsabschluss Verhandlungen mit mehreren interessierten Unternehmen geführt hat bzw. zumindest ein weiteres Unternehmen neben dem Vertragspartner sein (konkretes) Interesse an einem Vertragsabschluss bekundet hat. Ein „stumpfes Schwert“ ist die Nichtigkeitssanktion des § 13 Satz 6 VgV demnach allerdings, wenn – unbemerkt von Wettbewerbern – de-facto Verträge nach bilateralen Verhandlungen zwischen Auftraggeber und einem einzigen Unternehmen geschlossen werden, da diese Vorschrift auf solche

---

41 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.12.2001 -Verg 22/01.

42 Vgl. BayObIG, Beschluss v. 22.01.2002 -Verg 18/01; Beschluss v. 27.02.2003 -Verg 25/02; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.06. 2001-Verg 3/01.

43 Hierzu BGH, Beschl. V. 01.02.2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, 294; OLG Hamburg, Beschl. v. 25.01.2007, 1 Verg 5/06; OLG Celle, Beschl. V. 14.09.2006, 13 Verg 3/06; KC, Beschl. v. 11.11.2004, NZBau 2005, 538; OLG Düsseldorf, Beschl. V. 03.12.2003, NZBau 2004, 113.

44 OLG Hamburg, Beschl. V. 07.12.2007, 1 Verg 4/07; VK Baden- Württemberg, Beschl. v. 15.09.2006, 1 VK 54/06.



Fälle, bei denen nach Kontaktaufnahme zu nur einem Unternehmen eine Direktvergabe erfolgt ist, nicht anwendbar ist.

– **Kein Zuschlag erfolgt:**

Der Antrag an die Vergabekammer unterliegt im Gegensatz zur Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 GWB grundsätzlich keinen zeitlichen Ausschlussfristen, ist also nicht fristgebunden. Gemäß § 114 Abs. 2 GWB darf aber ein bereits erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden.<sup>45</sup> Allerdings muss der Zuschlag *wirksam* erteilt worden sein, was nicht der Fall ist, wenn die Vergabestelle den § 13 VgV<sup>46</sup> nicht beachtet hat (Nichtigkeitsfolge des § 13 Abs. 4 VgV) oder andere Gründe für die Nichtigkeit im Sinne der §§ 134, 138 BGB vorliegen.

– **Entscheidung der Vergabekammer:**

Im Rahmen der Begründetheit prüft die Vergabekammer, ob die Vergabestelle tatsächlich gegen Vorschriften aus der VOL/A, der VOB/A oder der VOF verstoßen hat und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Gemäß §§ 110, 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer nur im Hinblick auf die gerügten Aspekte, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und um eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz). Die Vergabekammer ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Bei fehlerhafter Nichtanwendung der Ausschreibungsvorschriften für Aufträge ab dem Schwellenwert ist die nationale Ausschreibung aufzuheben und der Auftragsgeber bei fortbestehenden Vergabeabsicht zu ver-

---

45 Nach erfolgter wirksamer Vergabe ist auch ein Fortsetzungsfeststellungsantrag unzulässig: § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB, der die Zulässigkeit des Fortsetzungsfeststellungsantrages zum Gegenstand hat, lässt einen auf Feststellung gerichteten Antrag nur zu, wenn zunächst ein zulässiger Antrag auf Primärrechtsschutz vorgelegen hat. Der Nachprüfungsantrag muss danach also zu einem Zeitpunkt gestellt worden sein, zu dem das Vergabeverfahren noch nicht beendet war.

46 Gemäß § 13 VgV informiert der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er sendet diese Information in Textform spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss an die Bieter ab. Weiterhin bestimmt § 13 VgV, dass ein Vertrag vor Ablauf dieser Frist oder ohne dass die Information erteilt worden ist und die Frist abgelaufen ist, nicht geschlossen werden darf. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.

pflichten, eine Eu-weite Ausschreibung durchzuführen.<sup>47</sup> Der Vergabeverstoß durch die offenkundig und bewusst fehlerhaft gewählte Vergabeart des Vergabeverfahrens ist nicht durch einen Wiedereintritt in die Angebotsverwertung heilbar, so dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden muss.<sup>48</sup> Ist die Rückabwicklung der nichtigen Verträge aus faktischen Gründen abgeschlossen, kann die Vergabekammer aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von der Aufhebung des Zuschlages absehen. Dem rechtlichen Interesse des Antragsstellers wird hinreichend durch die Möglichkeit, Schadensersatzansprüchen geltend zu machen und die Feststellung der Vergabekammer, an dem nächsten Ausschreibungsverfahren beteiligt werden zu müssen, Rechnung getragen.<sup>49</sup>

– **Nichtigkeit einer de-facto Vergabe gemäß §§ 134, 138 BGB:**

Eine Nichtigkeit eines im Wege einer de-facto-Vergabe geschlossenen Vertrages gemäß § 134 BGB scheidet aus, denn Vergaberechtsverstöße führen nicht zur Nichtigkeit, soweit die Nichtigkeit nicht explizit angeordnet ist.<sup>50</sup> Eine Nichtigkeit nach § 138 BGB setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts gehandelt und überdies kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammengewirkt hat.<sup>51</sup> Hiervon ist nicht auszugehen, wenn die Vergabestelle Gründe angeben kann, warum sie von einer Ausschreibung abgesehen hat. Im Regelfall ist daher ein Vertrag, der entgegen den Vorschriften des Vergaberechtes zu Stande gekommen ist, nicht nach dem BGB nichtig.

– **Verwirkung des Rechtsschutzes:**

Allerdings kann ein Bieter sein Rechtsschutzbedürfnis und damit seine Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB) verirken, wenn die Vergabestelle nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr mit einem Nachprüfungsverfahren rechnen muss.<sup>52</sup> So wird auch die Neufassung

---

47 VK Arnsberg Beschluss v. 07.03.- VK 2/2005.; a. A. VK Münster, Beschluss v. 04.12.2004 –VK 21/03.

48 VK Lüneburg, Beschluss v. 12.10.1004- 203 VgK 45/2004.

49 VK Arnsberg Beschluss v. 27.10.2003- VK 2-22/2003; VK Düsseldorf Beschluss v. 15.08.2003 –VK 23/2003 –L.

50 St. Rspr., vgl. nur OLG Hamburg, Beschluss v. 25.01.2007, 1 Verg 5/06, IBR 2007, 324, m.w.N.

51 St. Rspr.; vgl. auch Dippel in: jurisPK-VergR, 1. Aufl., Rn. 26 zu § 13 VgV, m.w.N.

52 VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 02.02.2005, VK-SH 01/05 [bestandskräftig].

der Richtlinie 89/665/EWG<sup>53</sup> bestimmen, dass ein Vertrag, der unter Missachtung von Vergabebestimmungen geschlossen wurde, erst nach Ablauf einer mindestens *sechsmonatigen Verjährungsfrist* ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam wird. Sollte die Rechtsmittelrichtlinie in naher Zukunft in Kraft treten, so ist dem Antragsteller nur innerhalb dieser Frist ein entsprechender Rechtsschutz zu gewähren (vgl. auch § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB-Entwurf, vgl. unten).

Diese schwierige Herleitung der Nichtigkeit etwaiger de-facto Verträge anhand von § 13 VgV wird mit Umsetzung der neuen Rechtsmittelrichtlinien und Neufassung des vierten Teils des GWB entbehrlich. Denn im sich aktuell im Gesetzgebungsverfahren befindlichen *Entwurf zur Neufassung des vergaberechtlichen Teils des GWB*<sup>54</sup> sind erstmals effektive Rechtsschutzmöglichkeiten für Wettbewerber vorgesehen, um die Nichtigkeit von de-facto Verträgen gerichtlich geltend machen zu können. Der bisherige § 13 VgV soll daher gestrichen und durch eine Regelung direkt im GWB (die neuen §§ 101a, 101b GWB-Entwurf) ersetzt werden. Die sich derzeit noch im Gesetzgebungsverfahren befindliche Neuregelung sieht in § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB-Entwurf vor, dass eine gegenüber dem nicht berücksichtigten Bieter unterlassene bzw. nicht rechtzeitige Vorinformation über eine bevorstehende Zuschlagserteilung (geregelt in § 101a Abs. 1 GWB-Entwurf) weiterhin - so wie bisher gemäß § 13 Satz 6 VgV - zur Unwirksamkeit des Vertrags führt. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB-Entwurf sieht darüber hinaus als zusätzlichen Nichtigkeitsgrund ausdrücklich die vergaberechtswidrige unmittelbare Auftragsvergabe an ein Unternehmen ohne Beteiligung anderer Unternehmen am Vergabeverfahren (de-facto Vergabe) vor. Der bisher konstruierte Umweg über den Verstoß gegen die Mitteilungspflicht (im Sinne von § 13 VgV) wird hinfällig. Infolgedessen ist es für die Anwendbarkeit der Nichtigkeitsfolge nicht mehr erforderlich, dass ein potentieller Wettbewerber sein Interesse an dem in Rede stehenden Vertrag dem Auftraggeber gegenüber vor Vertragsabschluss mitgeteilt haben muss. De-facto Verträge werden künftig vielmehr auch dann unter dem Damoklesschwert der Nichtigkeit stehen, wenn ein Auftraggeber einen Auftrag vergaberechtswidrig

---

53 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens {SEC(2006)557} /\* KOM/2006/0195 endg. - COD 2006/0066 \*/.

54 BMWi, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Stand: 03. März 2008. Der Entwurf ist vom Kabinett am 21.05.2008 beschlossen worden. Die erste Lesung im Bundestag fand am 25.09.2008 statt, mit dem Inkrafttreten wird Ende des ersten Quartals 2009 gerechnet.

direkt an einen Anbieter - ohne Beteiligung und ohne Kenntnis potentieller Wettbewerber - vergeben hat. Die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit soll gemäß § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB-Entwurf 30 Kalendertage ab Kenntniserlangung von dem potentiellen Verstoß, maximal jedoch sechs Monate ab Vertragsschluss betragen. Nach § 101 b Abs. 2 Satz 2 GWB-Entwurf hat der öffentliche Auftraggeber aber die Möglichkeit, diese Frist zu verkürzen, wenn er die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt macht. In diesem Fall beträgt die Frist zur Geltendmachung einer etwaigen Unwirksamkeit des Vertrags 30 Tage ab Veröffentlichung der Bekanntmachung. Das In-Kraft-Treten der Regelung ist Ende des ersten Quartals 2009 geplant.

#### **4. Vergaberechtliche Besonderheiten bei der Vergabe von Rabattverträgen für Arzneimittel mit Patentschutz (Originale)**

Ob für patentgeschützte Arzneimittel ebenfalls das Vergaberecht gilt, ist davon abhängig, inwiefern man in diesen Verträgen öffentliche Aufträge i. S. des § 99 GWB sieht, also entgeltlicher Beschaffungsvorgänge (vgl. III. 1.). Diese Rechtsfrage hat der Gesetzgeber im Rahmen der Neuformulierung des § 69 Abs. 2 SGB V im Rahmen des GKV-OrgWG nicht geklärt oder überhaupt angesprochen (vgl. III.2.). Streitentscheidend ist auch hier, inwiefern der Rabattvertrag über das Original als Beschaffungsvorgang einen Lenkungsvorgang beinhaltet. Für die generischen Rabattverträge wird dies von den Vergabekammern in ständiger Rechtsprechung<sup>55</sup> aufgrund der Steuerwirkung des § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V angenommen (a.A. LSG BW, vgl. oben). Die Auswahlentscheidung des Arztes und des Apothekers wird insofern der Krankenkasse aufgrund des Sachleistungsprinzips zugerechnet. Für patentgeschützte Arzneimittel gilt Substitutionspflicht des § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V aber *nicht*, so dass im Einzelfall genau geprüft werden muss, ob ein Beschaffungsvorgang i. S. des § 99 GWB vorliegt. Auch Rabattverträge über Originale haben nicht unerhebliche Steuerwirkung, soweit der Vertrag durch vertragliche Steuerungsmaßnahmen begleitet wird, Zuzahlungsbefreiungen für Versicherte oder zumindest vorübergehende "Belieferungsexklusivität" vorsieht. Zudem werden auch Rabattverträge über Originale gesetzlich innerhalb der Wirtschaftlichkeitsprüfung gem. § 106 SGB V privilegiert. Dasselbe gilt hinsichtlich der Importregelung des Rahmenvertrags gemäß § 129 Abs. 1 Nr. 2 SGB V (keine Berücksichtigung bei Fertigarzneimittelumsatz gemäß § 5 Abs. 3 des Rahmenvertrages nach § 129 SGB V).

Soweit der Inhalt des konkreten Rabattvertrages die Annahme eines öffentlichen Auftrages i.S. des § 99 GWB nahelegt, ist auf einige verfahrensrechtli-

---

55 Vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.12. 2007, VII-Verg 44/07.

che Besonderheiten für patentierte Arzneimittel hinzuweisen. So ist hier unter gewissen Umständen ein bilaterales Verhandlungsverfahren ohne vorhergegangene öffentliche Bekanntgabe durchzuführen.

Das Vergaberecht kennt insoweit mehrere Verfahrensarten, darunter auch das sogenannte Verhandlungsverfahren ohne vorhergegangene öffentliche Ausschreibung. Allerdings normiert der 2. Abschnitt der VOL/A (hier wegen der Überschreitung des Schwellenwertes grundsätzlich anwendbar<sup>56</sup>) den Vorrang des europaweiten öffentlichen Ausschreibungsverfahrens (§ 3 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Nur in begründeten Fällen können sowohl das nicht-offene Verfahren (beschränkte Ausschreibung) wie auch das Verhandlungsverfahren (freihändige Vergabe) zum Zuge kommen. Soweit der Einsatz patentgeschützter Arzneimittel betroffen ist, ist dabei insbesondere die Vorschrift des § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A von Bedeutung. Dort heißt es:

„Die Auftraggeber können in folgenden Fällen Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben: ... wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts (z. B. Patent-, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann.“

Diese Vorschriften finden ihre Grundlage in der Überlegung, dass eine Ausschreibung dann keinen Sinn macht, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, der Auserwählte mithin von vornherein feststeht. Zusammenfassend ist die Anbieterstruktur hier durch eine monopolartige Situation gekennzeichnet, die es eben nur zulässt, von diesem einen Anbieter die gewünschte Leistung in Kauf zu nehmen. Diese Ausnahmenvorschrift wird allerdings von der Rechtsprechung eng ausgelegt. Die Beweislast für das Vorliegen der Ausnahmenvorschrift trägt in der Regel der öffentliche Auftraggeber, mithin die gesetzliche Krankenkasse. Der Auftraggeber muss beweisen, dass nur ein bestimmter Anbieter für die Ausführung des Auftrags in Betracht kommt.<sup>57</sup> Beruft sich mithin ein Auftraggeber auf diese Ausnahmenvorschrift, müssen die Patentvoraussetzungen erfüllt sein und im

---

56 Bei mittelgroßen Krankenkassen wird der Schwellenwert im Höhe von 206.000 Euro bei einem zwei- oder dreijährigen Rabattvertrag im Regelfall überschritten werden.

57 EuGH, Urteil v. 02.06.2005 - C-394/02; VK Bund, Beschluss v. 20.05.2003 -VK 1-35/03, jeweils zur Parallelvorschrift des § 3 Nr. 4 lit. a VOB/A.

konkreten Fall von der technischen Lehre des Patents Gebrauch gemacht werden.<sup>58</sup>

Ein klassisches Ausschließlichkeitsrecht für das Arzneimittel ist das Patentrecht, welches auch in der Vorschrift neben dem Urheberrecht als Beispielfall zitiert wird.<sup>59</sup> Um eine abschließende Aufzählung handelt es sich insoweit nicht. Das Arzneimittelrecht kennt jenseits des Patentrechtes noch weitere Rechte, die eine monopolartige Verwertung des Arzneimittels ermöglichen<sup>60</sup>, vorliegend soll aber vornehmlich der patenrechtliche Schutz eines Arzneimit-

---

58 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.05.2003 - Verg 10/03.

59 Mit der Erteilung eines Patents durch das Patentamt wird dem Patentinhaber für die Dauer der Patentlaufzeit ein Ausschließlichkeitsrecht an der geschützten Erfindung verliehen. Die maximale Laufzeit eines Patents beträgt laut § 16 PatG, Art. 63 (1) des Europäischen Patentübereinkommen (EPÜ) 20 Jahre ab Anmeldedatum.

60 So gewährt das Arzneimittelrecht im Rahmen der generischen Zulassung in § 24a und § 24b AMG dem Erstanbieter besondere Verwertungs- und Vermarktungsrechte, die diesem gegenüber generischen Anbietern, die eigene Forschungs- und Entwicklungskosten scheuen, eine Marktexklusivität zusichern. Hierbei ist zu beachten, dass ohne Zulassung das Arzneimittel nicht verkehrsfähig ist, mithin nicht gewinnbringend verwertet werden kann. So ist gemäß § 24a AMG ohne informed consent, also eine Zustimmung des Vorantragsstellers, eine Bezug nehmende Zulassung auf die Unterlagen i. S. des § 26 AMG des Vorantragstellers nicht möglich. Die hier vorgesehene Verwertungssperre ist dogmatisch gesehen als ein weiterer Fall eines Leistungsschutzrechtes im gewerblichen Rechtsschutz zu sehen. Allerdings ist das Verhältnis dieser Regelung zu dem Patentschutz, der grundsätzlich unabhängig davon besteht, nicht ganz geklärt. § 24b Abs. 1 AMG normiert, bei fehlendem informed consent, zurückgehend auf die sogenannte Bolar Provision, eine Änderung des Patentrechts (vgl. § 11 Nr. 2b PatG), einen achtjährigen (Zulassungs-)unterlagenchutz und einen zehnjährigen Verwertungsschutz (verlängert auf 11 Jahre bei neuem Anwendungsgebiet mit bedeutenden klinischen Nutzen). Es spricht viel dafür, dass oben genannte (Unterlagen-)schutzrechte auch als Ausschließlichkeitsrechte in diesem Sinne zu werten sind. Zwar verhindern diese nicht den Marktzutritt überhaupt, da sie dem Zweitanmelder nicht die Möglichkeit einer Vollzulassung nehmen. Da aber eine erfolgreiche Vollzulassung einen gewissen Zeitaufwand voraussetzt, sichern sie faktisch sehr wohl eine Marktexklusivität. Ausschließlichkeitsrechte im Sinne des § 3a Nr. 2 lit. c) können nicht nur gewerbliche Schutzrechte, sondern auch behördliche Genehmigungen oder langfristig bindende Verträge sein.

tels einer nähere Betrachtung unterworfen werden und geklärt werden, ob dieser vergaberechtlich den Abschluss von bilateralen Verhandlungen rechtfertigt.

Patentrechtlich sind bei Arzneimitteln die Stoffe<sup>61</sup>, die Herstellungsart<sup>62</sup> und Verwendungen<sup>63</sup> schützbar. Als weitere Voraussetzung der Ausnahmevorschrift des § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A muss es aufgrund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an diesen *einen* Hersteller zu vergeben. Die Krankenkasse hat bei der Versorgung ihrer Versicherten ausschließlich versorgungsrelevante Themengestaltungen zu beachten, d.h. in der Regel die therapeutische Wirkung eines Arzneimittels, bestenfalls belegt durch evidenzbasierte Studien, und den Preis des Arzneimittels. Bei Arzneimitteln bzw. bei der Auswahl dieser durch die Krankenkassen werden daher nur solche Patente in Betracht kommen, die einen direkten therapeutischen Bezug haben. Insofern wird das Wirkstoffpatent des Arzneimittels ausschlaggebend sein. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob dieses Wirkstoffpatent für die Krankenkassen auch die Auswahl dieses *einen* Anbieters erfordert. So können andere (kleinere) Anbieter dieser Substanz trotz Patent-

- 
- 61 Gegenstand des Wirkstoffpatents ist die Anweisung, ein Erzeugnis mit bestimmten Merkmalen bereitzustellen (Erzeugnisschutz für bestimmte Stoffe und Stoffgemische). Stoffpatente werden nur dann erteilt, wenn Wirkstoff und Indikation erstmalig offenbart werden. Unabhängig vom Herstellungsverfahren darf ein Arzneimittel bzw. der Wirkstoff, der diesen Stoffschutz genießt, nur mit Zustimmung des Patentinhabers hergestellt, vertrieben und angewandt werden.
- 62 Ebenso kann die Anweisung, Stoffe und Stoffgemische in einer bestimmten Weise herzustellen, patentiert werden (Herstellungsverfahrenpatent). Das Patent bezieht sich in diesen Fällen auf die Ausführung des Verfahrens und die mit diesem Verfahren unmittelbar hergestellten Substanzen.
- 63 Verwendungspatente bieten Schutz für die Nutzbarmachung weiterer Eigenschaften bereits bekannter Erzeugnisse. Auch für die Anweisung, Stoffe oder Stoffgemische zu bestimmten therapeutischen oder diagnostischen Zwecken einzusetzen, kann ein Patent erteilt werden (z.B. neue Indikationen). Darüber hinaus kann auch ein Patent angemeldet werden auf die Idee, die Packungsbeilage in bestimmte Weise zu gestalten oder zu falten. Auch in diesem Fall liegt ein im weitesten Sinne patentgeschütztes Arzneimittel vor, da Verpackung und Arzneimittel arzneimittelrechtlich ein Produkt bilden.

schutz am Markt vorhanden sein.<sup>64</sup> Nach dem Bundeskartellamt reicht bereits die Existenz von Parallelimporteure oder Reimporteuren am Markt, um eine solche Exklusivität am Markt aus vergaberechtlicher Sicht zu verneinen.<sup>65</sup>

Zudem besagt auch das Wirkstoffpatent wenig darüber, welche wirkliche Verbesserung oder Neuheit dieses Patent in sich birgt. So enthalten Analogpräparate oder auch Mee-too Präparate zwar neue Wirkstoffmoleküle mit analogen pharmakologischen und klinischen Wirkungen wie bereits bekannte Arzneimittel. Sie haben aber keine indikationsspezifischen therapeutischen Vorteile. Dennoch sind sie patentfähig. Fraglich ist, ob sich die Krankenkasse in einem solchen Fall formal darauf berufen kann, es läge ein patentgeschütztes Arzneimittel vor, auch wenn dieses durchaus zu den "Altpräparaten" vergleichbar ist. Formaljuristisch ist dies durch Verweis auf das Patent und § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A vertretbar. Aus Sicht des Vergaberechts steht es dem Auftraggeber prinzipiell frei, zu definieren, was er beschaffen möchte.<sup>66</sup> Allerdings darf der Auftraggeber die Bieter durch die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes nicht willkürlich diskriminieren und die Vergleichbarkeit der Angebote nicht von vornherein ausschließen.<sup>67</sup> Entscheidend ist insofern, ob die in Betracht kommenden Arzneimittel hinsichtlich Indikation, Wirkweise und Therapie zu anderen Arzneimitteln vergleichbar sind. Die chemische Zusammensetzung des patentierten Arzneimittels wird für die Krankenkasse von nachgeordneter Bedeutung sein, sofern diese keine Therapierelevanz hat. Befindet sich ein patentgeschütztes Arzneimittel aber bereits in einer Festbetragsgruppe, muss im Regelfall die therapeutische Alternativlosigkeit, die einen Vertragsabschluss nur mit diesem Anbieter zulässt, überdacht werden. Auch wenn die Festbetragsregelungen keine Regelungen zur Austauschbarkeit von Wirkstoffen treffen, sondern erstattungsrechtliche

---

64 So können Hersteller aufgrund von Lizenzverträgen befugt sein, diese Arzneimittel ebenfalls anzubieten (z.B. Co-Marketing). Grundsätzlich darf die Behörde diese Mitvertreiber nicht von vornherein von der Versorgung ausschließen. Denkbar ist auch, dass das Arzneimittel in Form eines Parallel-Importes zur Verfügung steht. Der Parallelimportteur wird aber von vornherein nicht in der Lage sein, die Krankenkasse mit der benötigten Menge des Wirkstoffes zu versorgen, so dass die Wahl der Krankenkasse bereits aus diesem Grunde nicht ausschließlich auf diesen fallen kann.

65 Vgl. 2. VK Bund, Beschluss v. 22.08.2008, -VK 2 – 73/08 .

66 Vgl. z.B. OLG Schleswig, Beschluss v. 19.01.2007 -1 Verg 14/06; VK Bund, Beschluss v. 05.04.2008 -VK 3 – 32/08.

67 Vgl. 1. VK Bund, Beschluss v. 06.03.2002 - VK 1 – 05/02.



Obergrenzen festsetzen, legen sie doch die Vergleichbarkeit von Wirkstoffen fest. Besteht daher eine solche Festbetragsgruppe, könnte einiges dafür sprechen, dass die Krankenkasse unter den verschiedenen Anbietern eine Wahl hatte und dementsprechend auch vergaberechtskonform auswählen musste (hier zumindest im nicht-offenen Verfahren). Dasselbe gilt, soweit der Gemeinsame Bundesausschuss in einem Therapiehinweis von einer Vergleichbarkeit mehrerer patent- oder nichtpatentgeschützter Wirkstoffe ausgegangen ist. Auch hier wird die Krankenkasse nur schwer eine Nicht-Vergleichbarkeit der Wirkstoffe anführen können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass soweit das Vergaberecht Anwendung findet, der voreilige Schluss, das Patent des in Frage kommenden Arzneimittels rechtfertige in jedem Falle ein bilaterales Verhandlungsverfahren zwischen Hersteller und Krankenkasse, nur unter Umständen richtig ist. Entscheidend ist insoweit, ob das patentierte Arzneimittel zu anderen Wirkstoffen therapeutisch vergleichbar ist oder insofern "einzigartig" ist.

#### **IV. Vorgehen der LKKen unter der Federführung des Verbandes**

Im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung kommt dem Selektivvertragsrecht eine zunehmende Bedeutung bei der Versorgung der Versicherten zu. Durch den neuen § 34 Abs. 3 Nr. 3 KVLG 1989 kommen zum 01.01.2009 auf den Spitzenverband der LSV (LSV-SpV) Herausforderungen im Vertragsbereich zu, deren Umfang und Anspruch den der wegfallenden Aufgaben auf Spitzenverbandsebene deutlich übersteigt. Bereits seit 2007 hat sich der BLK im Arzneimittel- und Hilfsmittelbereich ohne gesetzliche Verpflichtung erfolgreich um eine gemeinsame vertragliche Positionierung der LKKen bemüht. Zu nennen sind hier z. B. Integrations- (§§ 140a ff. SGB V), Versandhandels- (§ 140e SGB V), Hilfsmittel- (§ 127 Abs. 2 a.f. und n.F. SGB V) und Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V.

Bereits im Sommer 2007 haben acht LKKen (nicht: LKK HRS<sup>68</sup>) unter der Federführung des Verbandes sich zur einer gemeinsamen Rabattstrategie im Bereich der Generika, also nicht patentgeschützter Arzneimittel, entschlossen. Diese sah in einem ersten Schritt vor, sogenannte Gesamtsortimentsverträge, welche auch als Portfolioverträge bezeichnet werden, mit ausgewählten Pharmafirmen abzuschließen. Eine gezielte Steuerung einer Vielzahl von klei-

---

68 Die LKK HRS ist mit ihrer regionalen Arbeitsgruppe in Rheinland-Pfalz mit IKKen und BKKen eigenständige Wege gegangen.

neren Anbietern, eventuell sogar auf einzelne Wirkstoffe, erschien angesichts der Größe der Versicherungsgemeinschaft der LKKen zu diesem Zeitpunkt unpraktikabel bzw. verwaltungstechnisch vorerst nicht umsetzbar. Zu beachten ist, dass zu diesem Zeitpunkt Ärzte und Apotheker nur eingeschränkt über die Austauschbarkeit der Arzneimittel gemäß § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V (Vorrang der rabattierten Arzneimittel) informiert wurden. In einem zweiten Schritt haben sieben LKKen (nicht: LKK HRS, LKK BW) im Frühjahr 2008 ihre bestehenden Rabattverträge unter dem Gesichtspunkt des Mittelstandschutzes durch weitere Portfolioverträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V ergänzt. Der Verband stimmte hierzu das Verfahren, welches sich vornehmlich an kleinere bzw. mittelständische Generikafirmen wenden sollte, ab und erstellte die entsprechenden Verträge samt Anschreiben. Zwar war zu diesem Zeitpunkt die Frage, ob das Vergaberecht auf diese Vertragsabschlüsse anwendbar ist oder nicht, noch immer nicht höchststrichterlich entschieden. Unzweifelhaft ist aber, dass in jedem Falle öffentlich-rechtliche Grundsätze bei einem entsprechenden Vertragsvergabeverfahren nach § 130a Abs. 8 SGB V zu beachten sind. In diesem Sinne verbietet es Art. 3 Abs. 1 GG, Pharmafirmen alleine wegen ihres kleineren Produktsortiments zu benachteiligen, d.h. aus diesem Grunde von einem Vertrag auszuschließen. Obligatorisch ist zu diesem Zwecke die Durchführung eines transparenten, allen Interessenten zugänglichen und damit öffentlichen Verhandlungsverfahrens. Dementsprechend erfolgte eine öffentliche Bekanntmachung der Vertragsabsicht. Zusätzlich wurde die Publizität durch eine Presseveröffentlichung unterstützt. Den interessierten Herstellern wurde hierbei auch die Belieferung von nur einzelnen Gebieten oder einzelnen Wirkstoffen ausdrücklich angeboten, um auch kleineren Firmen insoweit eine Chance auf Teilnahme zu bieten. Insgesamt war die Resonanz auf diese Bekanntmachung gut. Es wurde seitens des Verbandes sichergestellt, dass alle Bewerber gleichbehandelt wurden, das heißt dieselben Auskünfte und Informationen erhielten.

Insgesamt sind die Rabattverträge der LKKen ein vernünftiges Mittel, um das angespannte Arzneimittelbudget weiter zu entlasten. Der bürokratische Aufwand zu Betreuung der Verträge ist jedoch recht hoch. Insofern ist ein gemeinsames Vorgehen der LKKen nur sinnvoll. Gegenwärtig arbeitet eine zu diesem Zwecke gegründete Arbeitsgruppe unter der Federführung des Verbandes weiter daran, die Rabattstrategie noch weiter zu verbessern. Eine Neuvergabe der Rabattverträge wird sich angesichts der Klarstellung im SGB V durch das GKV-OrgWG an den Vorgaben der §§ 97 ff. GWB ausrichten müssen.

## V. Ausblick

Obige Ausführungen zeigen, dass die Anforderungen des Sozialrechtes und des Kartellvergaberechtes an Rabattverträge keineswegs so verschieden sind, wie man auf den ersten Blick meinen würde. Vielmehr weisen beide Rechtsmaterien eine Vielzahl von Parallelen auf. So gilt das Gebot, alle Bieter gleich zu behandeln und transparent und nachvollziehbar auszuwählen, für das Sozialrecht gleichermaßen wie für das Vergaberecht. Das Vergaberecht, welches sich in den § 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wiederfindet, ist insgesamt aber formalistischer und enthält eine Vielzahl von Fristen und Abläufen, die zwingend einzuhalten sind. Die sozialrechtlichen Vorschriften sind demgegenüber weicher, was auch darauf zurückzuführen ist, dass dieses Rechtsgebiet kein eigentliches Vergabeverfahren kennt. Viele der hier einschlägigen Rechtsgrundsätze lassen sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ableiten und sind somit abstrakter und weniger fest greifbar. Das GWB hat sich dagegen über Jahre hinweg in wettbewerblichen Auseinandersetzungen bewährt. Allerdings kann berechtigterweise die Frage aufgeworfen werden, ob die in den §§ 97 ff. GWB und den einschlägigen Verdingungsordnungen getroffenen Wertungen in ihrer Gesamtheit für das Krankenversicherungsrecht stimmig sind, das heißt eins zu eins übernommen werden sollten.

Während man in 2008 noch trefflich darüber streiten konnte, welche rechtlichen Bestimmungen nun für die Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V maßgeblich seien, ist diese Frage ab dem 01.01.2009 durch den neu gefassten § 69 Abs. 2 SGB V (GKV-OrgWG) zu Gunsten des Vergaberechtes geklärt. Die Krankenkassen kommen hierbei aber dennoch nicht umhin, festzustellen, ob der von ihnen abzuschließende Rabattvertrag konkret die Anforderungen des § 99 GWB erfüllt. Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Insoweit bleibt das Thema Rabattverträge weiterhin mit Rechtsunsicherheiten belastet. Im Zweifel dürfte aber eine formelle Ausschreibung nach dem GWB der rechtsichere Weg sein. Bezüglich der patentgeschützten Arzneimittel bleiben hier zusätzlich ungeklärte Fragen betreffend der Wahl der richtigen Verfahrensart, die es zu klären gilt.

Auch hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 69 Abs. 2 SGB V berücksichtigt, dass die Besonderheiten der GKV nicht ohne Weiteres dem GWB zu unterwerfen sind. So heißt es in dem abgeänderten § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V, dass die Anwendung der 97 ff. GWB mit der Maßgabe, dass der Versorgungs-

auftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist, gelten solle.<sup>69</sup> In der Begründung heißt es hierzu:

„...Sowohl die Vergabekammern als auch die Landessozialgerichte haben im Vergabenachprüfungsverfahren darauf zu achten, dass diese Verpflichtung zur Sicherung medizinisch notwendiger, aber auch wirtschaftlicher Versorgung aller Versicherten nicht gefährdet wird. Im Hinblick auf den Abschluss von Rabattverträgen mit Arzneimittelherstellern ist z.B. zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber den Krankenkassen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt hat, die Arzneimittelversorgung durch Abschluss derartiger Verträge wirtschaftlicher und effizienter zu gestalten. Darüber hinaus sind bei der Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften auch sonstige Versorgungsaspekte zu berücksichtigen, im Zusammenhang mit dem Erfordernis flächendeckender Versorgungsstrukturen etwa auch die Praktikabilität einer Vielzahl von Einzelverträgen.“

Die Gerichte und Vergabekammern haben daher in jedem Fall, soweit ihnen ein Wertungs- oder Interpretationsspielraum bei der Auslegung des Gesetzes zusteht, diese Gesichtspunkte wertend aufzugreifen. Ein Abweichen von den klar gefassten Vorschriften des GWB im Übrigen wird dagegen nicht möglich sein. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte und Vergabekammern diese gesetzgeberische Vorgabe aufgreifen werden.

Die Beschaffung von patentgeschützten Originalen darf auch unter Beachtung des Vergaberechtes, insbesondere § 3 Nr. 2c VOL/A, direkt beim Hersteller erfolgen, zu dessen Gunsten der Patentschutz besteht. Gesetzliche Krankenkassen können Originalmedikamente dann ausschreibungsfrei bei einem bestimmten pharmazeutischen Unternehmen beschaffen, wenn allein dieses Unternehmen ein Patent an dem betreffenden Medikament besitzt, dieses Medikament nicht zu anderen Konditionen von Dritten angeboten werden kann und es zudem nachvollziehbare und nachweisbare sachliche Gründe dafür gibt, dass nur dieses Medikament im Rahmen der Beschaffung in Betracht kommt und insofern eine Alleinstellung bzw. Ausschließlichkeit vorliegt.

Die im Zuge des GWB-Entwurfes geplanten Änderungen sind insgesamt zu begrüßen und bringen für den Bereich der de-facto Vergaben mehr Rechtssicherheit. Dies gilt insbesondere für die in § 101b Abs. 2 Satz1 GBW ein-

---

69 Änderungsantrag 8 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (Ausschussdr. 16(14)0413) zu § 69 Abs. 2 SGB V.

gefügte Ausschlussfrist, nach welcher ein Nachprüfungsverfahren nicht mehr statthaft ist.

Verfasserin:

Dr. Marion Wille

Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung

Weißensteinstraße 70 - 72

34131 Kassel

## **Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts für das Verwaltungs- und Gerichtsverfahren der landwirtschaftlichen Sozialversicherung**

Am 01.07.2008 trat das „Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts“ vom 12.12.2007<sup>1</sup> in Kraft, das in 20 Artikeln eine ganze Reihe von Gesetzen, darunter die BNotO, die ZPO, das ArbGG, das SGG, die VwGO und das RVG, ändert. Den Kernbereich des Gesetzes bildet aber eindeutig sein Artikel 1, mit dem das neue Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), genauer: das „Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ eingeführt wird. Es bezweckt, „die Rechtsuchenden, den Rechtsverkehr und die Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen zu schützen“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 RDG).<sup>2</sup> Bei den übrigen geänderten Verfahrensordnungen (ZPO, SGG, VwGO usw.) wurden insbesondere die Regelungen der Postulationsfähigkeit, also die Vorschriften darüber, wer wen vor welchen Gerichten vertreten kann, einander angeglichen.<sup>3</sup>

### **I. Rechtspolitische Hintergründe und Eckpunkte des neuen Rechts**

#### **1. Rechtspolitische Hintergründe**

Das RDG löst das rechtswissenschaftlich wie rechtspolitisch lange Zeit tabuisierte<sup>4</sup> Rechtsberatungsgesetz (RBerG) aus dem Jahre 1935 ab, das ursprünglich auch in dem Bestreben erlassen wurde, Juden aus allen Bereichen des

---

1 BGBl I, S. 2840.

2 Dazu ausführlich Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 14 ff.; Römermann, in: Grunewald / Römermann (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, § 1 Rdnr. 1 ff.

3 Vgl. dazu unter III.

4 Kleine-Cosack, Vom Rechtsberatungsmonopol zum freien Wettbewerb, NJW 2000, S. 1593.

Rechts auszuschließen.<sup>5</sup> Jüdische Juristen, denen nach 1933 die Rechtsanwaltszulassung entzogen worden war, sollten daran gehindert werden, in die nicht-anwaltliche Rechtsberatung auszuweichen.<sup>6</sup> Dessen ungeachtet stand das RBerG aber auch seit längerem wegen zahlreicher Unvereinbarkeiten mit höherrangigem Recht in der Kritik, was nicht zuletzt die Zahl der dagegen erfolgreich eingelegten Verfassungsbeschwerden belegt.<sup>7</sup> Politik und Anwaltschaft waren sich zuletzt auch darin einig, dass das bisherige Verbot der unentgeltlichen, insbesondere der altruistischen Rechtsberatung weder verfassungsgemäß noch gesellschaftlich akzeptabel sei. Allerdings stellt das RDG im Kernbereich keine neue Rechtslage dar, sondern bildet im Wesentlichen lediglich eine Zusammenfassung dessen, was durch die obersten Bundesgerichte im letzten Jahrzehnt bereits festgelegt worden war.<sup>8</sup> Hier ist insbesondere auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 12.12.2006<sup>9</sup> zu verweisen, in dem das absolute Verbot von Erfolgshonoraren für Rechtsanwälte für verfassungswidrig erklärt wurde.<sup>10</sup> Im Übrigen festigt das neue Recht das bestehende Anwaltsmonopol in der Rechtsberatung, enthält auf der anderen Seite jedoch auch eine moderate Öffnung für Tätigkeiten in den Randbereichen des Rechts für Angehörige anderer, adäquat qualifizierter Berufe.

§ 1 Abs. 2 RDG belegt den nicht abschließenden Charakter des Gesetzes (*lex generalis*), da Regelungen in anderen Gesetzen über die Befugnis, Rechts-

---

5 Schrader, Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz, ZFSH/SGB 2008, S. 75; a.A. Römermann, Rechtsdienstleistungsgesetz - Die (un)heimliche Revolution in der Rechtsberatungsbranche, NJW 2006, S. 3025; ders., RDG - zwei Schritte vor, einen zurück, NJW 2008, S. 1249; vgl. dazu auch Rücker, Rechtsberatung - Das Rechtsberatungswesen von 1919 bis 1945 und die Entstehung des Rechtsberatungsmisbrauchsgesetzes von 1935, 2007, passim.

6 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, II Rdnr. 7.

7 Vgl. z.B. BVerfGE 41, 378, 390; 75, 246, 267 und 97, 12 ff. Zur grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Problematik des RBerG vgl. Kleine-Cosack, NJW 2000, S. 1593, 1596.

8 Vgl. dazu Kleine-Cosack, Verschärfter Wettbewerb auf dem Rechtsberatungsmarkt: Inkrafttreten des Rechtsberatungsgesetzes, JJ 2008, S. 289.

9 1 BvR 2576/04.

10 Zum heutigen Rechtszustand vgl. § 4a RVG.

dienstleistungen zu erbringen, unberührt bleiben.<sup>11</sup> So ist die Befugnis der Rechtsanwälte zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen nicht etwa im RDG, sondern in § 3 Abs. 1 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), die der Steuerberater in § 3 Nr. 1 Steuerberatungsgesetz (StBerG) und die der Versicherungsberater in § 34d Gewerbeordnung (GewO) geregelt.

## 2. Eckpunkte der Neukodifikation

Der Inhalt des neuen Rechtsdienstleistungsrechts lässt sich komprimiert wie folgt darstellen:

Grundsätzlich bleibt die Vertretung vor Gericht vollständig in den Händen der Anwaltschaft. Das RDG führt keine umfassende Rechtsdienstleistungsbefugnis unterhalb der Rechtsanwaltschaft ein. Damit wird es auch in Zukunft keine umfassende Rechtsberatungsbefugnis für Fachhochschulabsolventen (hier vor allem Diplom-Wirtschafts-, Diplom-Informations- und Diplom-Sozialjuristen) oder Absolventen des ersten juristischen Examens (Diplomjuristen<sup>12</sup>) geben, denn bezüglich der Erbringung einer selbständigen außergerichtlichen Rechtsdienstleistung normiert § 3 RDG den Grundsatz, dass diese für Nicht-Anwälte nur erlaubt ist, wenn sie durch oder aufgrund des RDG oder anderer Gesetze ausdrücklich gestattet wird. Damit wird der Dienstleistungsbereich der außergerichtlichen Rechtsberatung weiterhin durch ein generelles Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt reguliert. Zugleich bewirkt die zuletzt genannte Norm, dass Verträge, die eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung zum Gegenstand haben und unter Missachtung des RDG zustande gekommen sind, gem. § 134 BGB nichtig sind.<sup>13</sup> In diesem Fall besteht kein Honoraranspruch des Dienstleisters; die Abwicklung richtet sich allein nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen.<sup>14</sup> In Ermangelung eines Honoraranspruchs besteht aber auch keine Erstattungspflicht des Sozialversicherungsträgers im Falle eines erfolgreichen Widerspruchsverfahrens gem. § 63 SGB X.<sup>15</sup>

---

11 Vgl. dazu im Einzelnen Römermann, in: Grunewald / Römermann (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, § 1 Rdnr. 52 ff.

12 Für Diplom-Juristen aus dem Beitrittsgebiet sieht § 5 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz (RDGEG) i.d.F. des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts (Fn. 1) allerdings eine Gleichstellung vor.

13 Zur insoweit übertragbaren Rechtsprechung zum RBerG vgl. BGH, NJW 2000, S. 1333, 1335.

14 BGH, NJW 2000, S. 1560, 1562 und 1333, 1335.

15 Köhler, Sozialverwaltungsrecht im Umbruch, 2007, S. 192.



Ausgenommen vom Begriff der Rechtsdienstleistung (§ 2 Abs. 1 RDG) - und somit für Nicht-Anwälte geöffnet - werden hingegen nach § 2 Abs. 3 RDG folgende Bereiche:

- Erstattung wissenschaftlicher Gutachten
- Schiedsgerichtsbarkeit
- Arbeitnehmervertretung
- Mediation
- Darstellung allgemeiner Rechtsfragen in den Medien und
- Rechtsberatung innerhalb verbundener Unternehmen.

Nicht ausgenommen wird hingegen die Inkassotätigkeit (§ 2 Abs. 2 RDG).

Echte Rechtsdienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 1 RDG, bei denen aber gleichwohl ein Nicht-Anwalt beratend tätig werden darf, sind:

- juristische Nebentätigkeiten zur Hauptleistung eines Nicht-Anwalts (§ 5 RDG),
- unentgeltliche Rechtsdienstleistung innerhalb des Familien-, Nachbarschafts- oder Bekanntenkreises (§ 6 RDG),
- Beratung durch Berufs- und Interessenvereinigungen (§ 7 RDG) und
- Beratung aufgrund besonderer Sachkunde (§§ 10 ff. RDG).

## II. Die Neuregelungen im Einzelnen

### 1. Ausschließliche Geltung des RDG im außergerichtlichen Bereich und nur für Fälle echter Rechtsanwendung

Der Anwendungsbereich des RDG ist ausweislich seines § 1 Abs. 1 auf die außergerichtliche Rechtsdienstleistung beschränkt. Damit sollen künftig die im alten Recht angelegten Schwierigkeiten vermieden werden, die sich aus der Überschneidung zwischen Rechtsberatungsgesetz und prozessualen Vertretungsregelungen ergaben. Außergerichtlich ist eine Rechtsdienstleistung nur, wenn sie nicht an ein Gericht adressiert ist. Die Frage, wer wen vor welchem Gericht und in welcher Instanz vertreten darf, ist nunmehr unabhängig von der außergerichtlichen Rechtsdienstleistungsbefugnis vor allem nach dem Kriterium der Befähigung zum sach- und interessengerechten Prozessvor-

trag zu entscheiden.<sup>16</sup> Zur außergerichtlichen Rechtsdienstleistung gehört auch die Vertretung von Personen in Verfahren vor den Verwaltungsbehörden einschließlich der Widerspruchsverfahren. Der Anwendungsbereich des RDG endet erst, wenn das behördliche in ein gerichtliches Verfahren übergeht.

Das bislang geltende RBerG unterstellte jede Erledigung fremder Rechtsangelegenheiten (Rechtsberatung, Rechtsbetreuung, Rechtsbesorgung, Rat und Hilfe in Rechtsangelegenheiten etc.) dem gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt, was dazu führte, dass all diese Tätigkeiten grundsätzlich nur durch Rechtsanwälte oder durch andere Personen mit einer besonderen Erlaubnis zur Rechtsberatung (z.B. Rentenberater, Steuerberater oder Inkassounternehmen) erbracht werden durften. Demgegenüber ersetzt das RDG diese konturenlose Begriffsvielfalt durch den zentralen und einheitlichen Begriff der Rechtsdienstleistung. Darunter fällt sowohl die reine Raterteilung im Innenverhältnis als auch das Verhandeln mit dem Gegner des Rechtsuchenden, seine Stellvertretung beim Abschluss von Verträgen oder das Verhandeln in seinem Namen mit oder vor einer Behörde. Künftig sind allerdings nur noch die Fälle „substanzieller Rechtsanwendung“<sup>17</sup> (s.u.) allein dem Anwalt vorbehalten.

## **2. Anwendungsbereich – Legaldefinition der Rechtsdienstleistung**

Rechtsdienstleistung ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 RDG jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.<sup>18</sup> Ungeachtet dessen gehört dazu auch die in § 2 Abs. 2 RDG definierte Inkassodienstleistung.

Die Generalklausel des § 2 Abs. 1 RDG ermöglicht die entscheidende Weichenstellung bei der Beantwortung der Frage, welche Tätigkeiten überhaupt in den grundsätzlichen Verbotsbereich der §§ 3 ff. RDG fallen und welche davon ausgenommen sind. Entgegen der früheren Rechtslage ist nicht bereits jede „Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten“, zugleich auch Rechtsdienstleistung i.S. des RDG. Maßgeblich nach § 2 Abs. 1 RDG ist viel-

16 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 6.

17 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 5.

18 Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 RDG entspricht im Wesentlichen der zu § 1 RBerG entwickelten Rechtsprechung, nach der Rechtsbesorgung „jede Tätigkeit (ist), die darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten“, vgl. etwa BGH, NJW 2005, S. 969, 970.

mehr, dass die Tätigkeit zum einen eine Rechtsprüfung zum Gegenstand hat und zum anderen, dass die Rechtsprüfung erforderlich ist. So sind beispielsweise Tätigkeiten, die sich im bloßen Auffinden, der Lektüre, der Wiedergabe und der schematischen Anwendung von Rechtsnormen erschöpfen, keine Rechtsdienstleistungen.

Die vorstehende Legaldefinition der Rechtsdienstleistung verlangt zunächst das Vorliegen einer „konkreten“ Tätigkeit, so dass z.B. Lehr- oder Vortragsveranstaltungen mit rein fingiertem oder abstraktem Rechtsinhalt ebenso wenig unter den o.g. Begriff zu subsumieren sind wie das Verfassen wissenschaftlicher Aufsätze oder Lehrbücher.

Nach § 2 Abs. 1 RDG muss die Tätigkeit für den Rechtsdienstleister ferner eine „fremde“ Angelegenheit darstellen. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes<sup>19</sup> und in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des RBerG<sup>20</sup> ist das dann der Fall, wenn es sich bei der Bearbeitung einer Rechtssache nicht um eine eigene Angelegenheit des Beraters handelt. Auch Rechtsberatungen durch gesetzliche Vertreter oder Organe oder Angestellte eines Unternehmens unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des RDG. Für die Rechtsberatung im gesellschaftsrechtlichen Konzern sieht § 2 Abs. 3 Nr. 6 RDG eine klarstellende Sonderregelung vor. Verwaltungs- und Unternehmensjuristen dürfen also nach wie vor für ihren jeweiligen Arbeitgeber auch ohne Anwaltszulassung rechtlich tätig sein.

Schließlich muss eine „rechtliche Prüfung des Einzelfalls“<sup>21</sup> erforderlich sein, damit der Tatbestand des § 2 Abs. 1 RDG insgesamt erfüllt ist. Der Referentenentwurf sah an dieser Stelle noch eine „vertiefte“, später eine „besondere“ rechtliche Prüfung vor,<sup>22</sup> während „leichte“ juristische Aktivitäten vom Verbotsbereich der §§ 3 ff. nicht erfasst werden sollten. Nicht zuletzt wegen

---

19 BT-Drucks. 623/06, S. 98.

20 BGHZ 38, 71 = NJW 1963, S. 441; BGH, NJW 2000, S. 2108 m.w.N und jüngst BGH, NJW 2007, S. 3570, 3572.

21 Zur Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale „konkret“ und „Einzelfall“ vgl. Römermann, in: Grunewald / Römermann (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, § 2 Rdnr. 24 ff.

22 Vgl. im Einzelnen Kleine-Cosack, NJ 2008, S. 289, 291; zur späteren Streichung des Tatbestandsmerkmals „Besondere“ vgl. Römermann, in: Grunewald / Römermann (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, § 2 Rdnr. 29 ff.

der unlösbaren Abgrenzungsprobleme, die mit dieser Begrifflichkeit einhergegangen wären, hat der Gesetzgeber von dieser Version Abstand genommen. In der Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags wird insoweit klargestellt, dass § 2 Abs. 1 RDG jede rechtliche Tätigkeit erfassen soll, die über die bloße Anwendung von Rechtsnormen auf einen Sachverhalt hinausgeht, ohne dass es einer besonderen Prüfungsintensivität bedarf. Stattdessen komme es auf die Abgrenzung von bloßer Rechtsanwendung zu juristischer Rechtsprüfung an.<sup>23</sup> Aber auch hier sind die Grenzen „mehr als fließend“.<sup>24</sup>

Keine Rechtsdienstleistungen sind deshalb etwa<sup>25</sup>

- die allgemeine Aufklärung über die Rechtslage oder über bestehende rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, da sie eine rechtliche Subsumtion nicht erfordern.

*Beispiel:*

Ein Sozialrechtsverband klärt durch Rundschreiben alle Mieter über die nach einer gesetzlichen Neuregelung bestehenden Möglichkeiten zur zeitlich befristeten Rentenabfindung in Sonderfällen auf.

- die Geltendmachung unstreitiger Ansprüche

*Beispiel:*

Eine Kfz-Werkstatt rechnet mit der gegnerischen Versicherung nicht nur die Reparaturkosten ab, sondern macht für den Geschädigten gleichzeitig auch die allgemeine Schadenpauschale geltend.

- die Mitwirkung bei einem Vertragsschluss oder einer Vertragskündigung

*Beispiel:*

Ein Energieberater kündigt für seinen Kunden bestehende Energieversorgungsverträge und schließt neue ab.

---

23 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6634, S. 62.

24 Kleine-Cosack, NJ 2008, S. 289, 291.

25 Die nachstehenden Beispiele entstammen - mit leichten Änderungen - der Homepage des BMJ, [http://www.bmj.de/enid/976c95a54621529ecaa4dd9804394fb0,0/Rechtsdienstleistung/Eckpunkte\\_RDG\\_oq.html](http://www.bmj.de/enid/976c95a54621529ecaa4dd9804394fb0,0/Rechtsdienstleistung/Eckpunkte_RDG_oq.html) (09.10.2008); die Eckpunkte des BMJ zum RDG sind auch veröffentlicht im BayVBl. 3/2008, S. II.

Sowohl die Rechtsansichten des BMJ als auch die begriffstheoretische Differenzierung des Rechtsausschusses zwischen „rechtlicher Prüfung“ und „bloßer Rechtsanwendung“ sind in der Literatur auf Kritik gestoßen. Römermann weist zu Recht darauf hin, dass „Anwendung“ wie „Prüfung“ des Rechts dieselbe juristische Subsumtion voraussetzen; Anwendung zudem die Kenntnis des Rechts, entweder aufgrund präsenten Wissens oder vorgenommener Prüfung.<sup>26</sup> So setze etwa die vom BMJ als Beispiel vorgebrachte Vertragskündigung durch einen Energieberater eine Prüfung der Kündigungsmöglichkeiten, insbesondere im Hinblick auf Form und Frist voraus, wobei Recht nicht lediglich „angewandt“ werde. Auch der Kfz-Mechaniker könne, ohne dies vorab „geprüft“ zu haben, nicht wissen, für wen (der mit dem Unfallfahrzeug Erschienene muss nicht mit dem Anspruchsinhaber identisch sein) er gegen wen (Fahrer, Halter, Versicherung des gegnerischen Fahrzeugs) welche Ansprüche in welcher Weise und innerhalb welcher Frist geltend machen kann.

Diesen Bedenken ist beizutreten. § 2 Abs. 1 Satz 1 RDG wird dem grundsätzlichen Streit um die erlaubte oder verbotene Rechtsdienstleistung kein Ende setzen.

Während § 2 Abs. 1 RDG den Begriff der Rechtsdienstleistung i.S. einer Generalklausel definiert, enthalten die nachfolgenden Absätze 2 und 3 eine positive bzw. negative Feststellung dessen, was Rechtsdienstleistungen in Einzelfall sind, und zwar ungeachtet der tatbestandlichen Voraussetzungen des Absatz 1. So ist beispielsweise eine Inkassodienstleistung (vgl. § 2 Abs. 2 RDG) auch dann eine Rechtsdienstleistung i.S. des Gesetzes, wenn sie im konkreten Einzelfall keine rechtliche Prüfung erfordert. Umgekehrt ist die Erstattung eines wissenschaftlichen Gutachtens (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG) bereits wesensmäßig mit einer detaillierten juristischen Prüfung verbunden, kraft Gesetzes aber dennoch keine Rechtsdienstleistung.

### **3. Rechtsdienstleistung als Nebentätigkeit**

Selbst wenn nach § 2 RDG eine grundsätzlich erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung vorliegt, so kann diese gleichwohl unter dem Aspekt der Nebenleistung nach § 5 RDG erlaubnisfrei sein. Mit § 5 Abs. 1 RDG wird die faktische Möglichkeit legalisiert, im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen Tätigkeit Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Damit verfolgt der Gesetzgeber zum einen den Zweck, diejenigen Fälle zu erfassen und sachge-

---

26 Römermann, NJW 2008, S. 1249, 1251; ders., Hyperdereguliertes Rechtsberatungsrecht: Unabsehbare Gefahren für Rechtsuchende und die Anwaltschaft, DB 2005, S. 931, 932.

recht zu begrenzen, in denen Rechtsdienstleistungen mit einer gewerblichen oder dienstleistenden Tätigkeit nur in sehr eingeschränktem Umfang einhergehen können, so dass ohne die Rechtsdienstleistung die Berufsausübung nicht spezifisch rechtsdienstleistender Berufe oftmals behindert würde.<sup>27</sup> Das ist insbesondere bei handwerklichen Berufen der Fall, wo Rechtsdienstleistungen den erforderlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit nicht oder - wie etwa bei Kfz-Werkstätten in den Fällen der Abrechnung unstreitiger Schadenfälle mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung - allenfalls in geringem Umfang aufweisen. Andererseits musste die Regelung des § 5 RDG aber inhaltlich auch so ausgestaltet sein, dass damit Fälle erfasst werden, in denen mit der beruflichen Haupttätigkeit Rechtsdienstleistungen in ganz erheblichem Umfang verbunden sind. Dies ist namentlich bei Dienstleistungen im wirtschafts- oder unternehmensberatenden Bereich der Fall, etwa bei der Sanierungs- oder Insolvenzberatung durch Diplom-Kaufleute oder Betriebswirte.<sup>28</sup>

Die Regelung des § 5 Abs. 1 RDG findet auf alle Arten von Dienstleistungen (Hauptleistungen) Anwendung. Auch die in § 10 genannten registrierten Personen sowie die Angehörigen der steuerberatenden Berufe, die Rechtsdienstleistungen in einem speziellen Bereich des Rechts als Hauptleistung erbringen dürfen, können sich, soweit sie darüber hinaus allgemeine Rechtsdienstleistungen erbringen, auf § 5 RDG berufen.<sup>29</sup> § 5 Abs. 1 RDG entpuppt sich bei näherer Betrachtung als der „heimliche Kern der mit der Reform verbundenen Neuerungen“<sup>30</sup> und soll, den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend, den Weg für eine neue, weitere Auslegung der zulässigen Nebentätigkeit durch die Rechtsprechung eröffnen.<sup>31</sup> Besonders günstige Perspektiven dürften sich dabei insbesondere für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ergeben, bei denen schon nach bisherigem Recht die Grenzen zur rein rechtsberatenden Tätigkeit fließend waren.<sup>32</sup>

---

27 Vgl. zu dieser Problematik Schönberger, Rechtsberatungsgesetz und Berufsfreiheit, NJW 2003, S. 249 ff.

28 BVerwG, NJW 2005, S. 1293 ff.

29 Eversloh, Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, S. 42.

30 Henssler / Deckenbrock, Neue Regeln für den deutschen Rechtsberatungsmarkt, DB 2008, S. 41, 43.

31 BR-Drucks. 623/06, S. 107.

32 Henssler / Deckenbrock, a.a.O.

Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit sind künftig immer dann zulässig und - unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 RDG - erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zu einem anderen Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Eine Nebenleistung liegt nur vor, wenn - abgesehen von den Fällen, in denen Angehörige der steuerberatenden Berufe oder registrierte Personen nach § 10 RDG neben ihren Spezialrechtsdienstleistungen auch allgemeine Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen erbringen - die allgemein rechtsberatende oder rechtsbesorgende Tätigkeit die Leistung insgesamt nicht prägt, wenn es sich also insgesamt nicht um eine spezifisch (allgemein-)rechtliche Leistung handelt.<sup>33</sup>

Beispiele hierfür könnten sein:

- Landwirtschaftliche Beratung - etwa im Bereich der EU-Agrarreform - durch hierfür besonders qualifizierte Agrarökonomen, soweit es sich nicht bereits um eine nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 RDG ohnehin stets zulässige Fördermittelberatung handelt,
- Sanierungs- oder Insolvenzberatung durch Diplom-Betriebswirte, Diplom-Kaufleute oder Diplom-Wirtschaftsjuristen,
- Aufklärung über die Rechtsaspekte der Vermögensnachfolge durch einen Vermögensberater
- Beratung durch einen Immobilienmakler in mietrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einer Wohnungskündigung, wenn er mit der Neuvermietung oder dem Verkauf der Immobilie beauftragt wurde.
- Einfachste Unfallregulierung durch Kfz-Werkstätten,<sup>34</sup>
- Beratung über Fragen des Baurechts oder der Sachmängelhaftung durch Architekten,
- Beratung über Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vermögens- oder Unternehmensnachfolge durch Banken,
- Mitwirkung bei der Vorbereitung eines Erbscheinsantrags durch Erbenermittler,

---

33 BR-Drucks. 623/06, S. 107.

34 Sabel, Umfang und Grenze der zulässigen Unfallschadensregulierung nach dem Entwurf des Rechtsdienstleistungsgesetzes, NZV 2006, S. 6 ff.; Franz, Unfallschadensregulierung und Rechtsdienstleistungsgesetz, AnwBl. 2006, S. 232, 234.

- Mitwirkung bei der Beantragung eines Beitragszuschusses in der AdL durch Steuerberater<sup>35</sup> oder
- Hinweis auf die Notwendigkeit und Unterstützung bei der Durchsetzung (Antragstellung, Begründung etc.) der Änderung der Pflegestufe nach dem SGB XI durch den privaten Pflegedienst.

Voraussetzung ist nicht mehr wie im alten Recht, dass die andere Tätigkeit ohne die Rechtsdienstleistung überhaupt nicht sachgemäß erledigt werden kann. Vielmehr genügt es, dass die Tätigkeit nach der Verkehrsanschauung eine zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehörende Nebenleistung darstellt. Die Rechtsdienstleistung darf also nach ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nicht im Mittelpunkt des Leistungsangebots stehen. Da die Vorschrift bewusst entwicklungs offen konzipiert wurde, können auch künftige Änderungen des Berufs- bzw. Tätigkeitsbildes gewerblicher oder freiberuflicher Dienstleister zum Erwerb von Rechtsberatungskompetenzen führen.<sup>36</sup>

Einzelne Fälle stets zulässiger Nebenleistungen hebt das Gesetz in § 5 Abs. 2 ausdrücklich hervor, um von vornherein Rechtsklarheit zu schaffen. Genannt werden dort namentlich die Testamentsvollstreckung, die Haus- und Wohnungsverwaltung und die Fördermittelberatung, die im Bereich der Unternehmensberatung eine wichtige Rolle spielt.

Es wird auch künftig der Rechtsprechung überlassen bleiben, darüber hinaus im Einzelnen zu bestimmen, welche Rechtsdienstleistungen - etwa bei Unternehmensberatern - noch als Nebenleistung anzusehen sind. § 5 Abs. 1 Satz 2 RDG gibt den Gerichten für die Entscheidung, ob eine Nebenleistung vorliegt, aber konkrete Entscheidungskriterien an die Hand. Prüfungsmaßstab ist neben Inhalt und Umfang einer Tätigkeit vor allem ihr sachlicher Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind. Praktisch wird danach zu fragen sein, ob hierfür die umfassende rechtliche Ausbildung des Rechtsanwalts bzw. seine besondere Pflichtenstellung im Rechtssystem erforderlich ist, oder ob die juristische Qualifikation des nicht-anwaltlichen Dienstleisters ausreicht.

---

35 Vgl. dazu ausführlich unter IV.2.

36 BT-Drucks. 16/3655, S. 52 f.



#### **4. Rechtsdienstleistungen durch registrierte Personen**

##### **4.1 Allgemeines**

§ 10 Abs. 1 Satz 1 RDG zählt abschließend bestimmte Bereiche auf, in denen Rechtsdienstleistungen nur durch natürliche oder juristische Personen oder Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit erbracht werden dürfen, die eine besondere Sachkunde nachweisen können und die sich bei der zuständigen Behörde haben registrieren lassen. Es sind dies:

- Inkassodienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RDG),
- Rentenberatung auf dem Gebiet der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung, des sozialen Entschädigungsrechts, des übrigen Sozialversicherungs- und Schwerbehindertenrechts mit Bezug zu einer gesetzlichen Rente sowie der betrieblichen und berufsständischen Versorgung,
- Rechtsdienstleistungen in ausländischem Recht einschließlich des Rechts der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums.

Die Registrierung erfolgt auf Antrag und kann von Bedingungen abhängig gemacht oder mit Auflagen versehen werden (§ 10 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 RDG). Das Registrierungsverfahren ist detailliert, d.h. von der Antragstellung über den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung und die Erfüllung sonstiger Registrierungsvoraussetzungen nach §§ 11 und 12 RDG bis hin zur Mitteilungspflicht im Hinblick auf ggf. eingetretene Änderungen, in § 13 RDG geregelt. Personen, die zur Rechtsdienstleistung aufgrund besonderer Sachkunde berechtigt sind (§ 10 Abs. 1 RDG) werden nach § 13 Abs. 2 Satz 2 RDG im Rechtsdienstleistungsregister öffentlich bekannt gemacht.<sup>37</sup>

Die aufgrund der Ermächtigung des § 12 Abs. 5 RDG erlassene „Verordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz“ vom 19.06.2008<sup>38</sup> trifft weitere Regelungen zum Nachweis der Sachkunde und zum Registrierungsverfahren.<sup>39</sup>

##### **4.2 Rechtsdienstleistungen durch Rentenberater**

Registrierten Rentenberatern ist - entgegen der irreführenden Bezeichnung - nicht nur die „Beratung“, sondern darüber hinaus auch die außergerichtliche und nach Maßgabe des § 93 Abs. 2 Nr. 3 SGG sogar die gerichtliche Vertretung ihrer Mandanten erlaubt. § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RDG enthält keine

---

37 [www.rechtsdienstleistungsregister.de](http://www.rechtsdienstleistungsregister.de) - Bereich „Registrierungen“.

38 BGBl I, S. 1069.

39 Eine Kommentierung dazu findet sich bei Grunewald / Römermann (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, S. 381 ff.

abschließende Aufzählung der Rechtsgebiete, die Gegenstand der Rentenberatung sein können, sondern stellt lediglich die zentralen Bereiche dieses Betätigungsfeldes heraus.<sup>40</sup>

Die Tätigkeit der Rentenberater auf dem Gebiet der gesetzlichen Rentenversicherung erfasst die gesetzlichen Renten nach dem SGB VI und dem ALG, also die Alters-, Erwerbsminderungs-, Hinterbliebenen- und Erziehungsrenten. Aber auch Fragen des Versorgungsausgleichs fallen unter diesen Tätigkeitsbereich.

Die Tätigkeit auf dem Gebiet der gesetzlichen Unfallversicherung bezieht sich auf die nach dem SGB VII zu gewährenden Leistungen an Versicherte und Hinterbliebene, insbesondere die im 3. Kapitel des SGB VII geregelten Unfallrenten. Dazu gehören aber auch sonstige Leistungen nach dem Versicherungsfall. Dagegen erstreckt sich die Rentenberatung bereits begrifflich nicht auf die im 2. Kapitel enthaltenen Regelungen zur Unfallprävention und die im 4. Kapitel enthaltenen Regelungen zur Unternehmerhaftung.

Der in § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RDG enthaltene Begriff des sozialen Entschädigungsrechts erfasst schließlich alle Renten nach dem Bundesversorgungsgesetz und nach anderen Gesetzen, die eine entsprechende Anwendung des Bundesversorgungsgesetzes vorsehen.

Darüber hinaus kann die Tätigkeit der Rentenberater in ihrem Kern - und nicht lediglich als Nebenleistung nach § 5 Abs. 1 RDG - auch weitere Bereiche des Sozialversicherungsrechts und des Schwerbehindertenrechts umfassen, die im Zusammenhang mit Rentenfragen stehen. Insoweit kommt beispielsweise die Beratung über Fragen der Mitgliedschaft zur KVdR, über die Beitragsfreiheit bei Rentenbezug oder über die Gewährung von Krankengeld in Abgrenzung zum Rentenbezug wegen verminderter Erwerbsfähigkeit in Betracht. Bei der Beratung in Fragen des Krankenversicherungsrechts wie auch in den übrigen sozialversicherungsrechtlichen Bereichen stets ein konkreter Bezug zu einer gesetzlichen Rente erforderlich, so dass z.B. die Vertretung von Versicherten in Streitigkeiten über die Kostenerstattung für Medikamente nicht zulässiger Gegenstand der Rentenberatung sein kann. Entsprechendes gilt für Fragen des Schwerbehindertenrechts. Auch hier ist entscheidend, ob ein Bezug zu rentenrechtlichen Fragestellungen besteht. Nur wenn das der Fall ist, erstreckt sich die Beratungsbefugnis der Rentenberater auch auf das Schwerbehindertenrecht.

---

40 BR-Drucks. 623/06, S. 135.

Im Einzelfall darf aber auch auf anderen (sozialversicherungsrechtlichen) Gebieten beraten werden, wenn ein konkreter Zusammenhang zwischen dem eigentlichen Aufgabengebiet des Rentenberaters und beispielsweise den Angelegenheiten der Bundesagentur für Arbeit besteht. Dies folgt einerseits aus der Rechtsprechung des BSG, die für das Rechtsberatungsgesetz eine diesbezügliche Annexkompetenz aus dem Begriff des Rentenberaters selbst hergeleitet hatte,<sup>41</sup> und andererseits aus der Anwendbarkeit des § 5 RDG auf die Rechtsdienstleistungen durch registrierte Personen, welche nach den Gesetzesmaterialien durchaus in Betracht kommt.<sup>42</sup>

### **5. Rechtsdienstleistungen durch nicht registrierte Personen**

Auch nicht registrierte Personen dürfen in folgenden Fällen Rechtsdienstleistungen anbieten:

- Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen
- Rechtsdienstleistungen durch Berufs- und Interessenvereinigungen
- Rechtsdienstleistungen durch öffentliche und öffentlich anerkannte Stellen

#### **5.1 Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen**

Nach § 6 Abs. 1 RDG sind „unentgeltliche Rechtsdienstleistungen“ erlaubt, also solche, die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen. Dabei wird der Begriff der Unentgeltlichkeit enger als nach Bürgerlichem Recht auszulegen sein. Nicht jede kostenlose Einzelleistung ist unentgeltlich, sondern nur die, die in keinem Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht. „Kostenlose“ Serviceangebote (z.B. die von einer Bank für den - potentiellen - Kunden kostenlos und unverbindlich angebotene Testamentsberatung) sind nicht unentgeltlich im Sinne des RDG und somit verboten, weil sie im Zusammenhang mit dem entgeltlichen Geschäft stehen, für das geworben werden soll.<sup>43</sup> Entsprechendes gilt für jene Fälle, in denen zwar eine Rechtsdienstleistung im Einzelfall ohne besonderes Entgelt als Gegenleistung erbracht wird, in denen aber die Mitgliedschaft in einer Vereinigung dafür die Bedingung ist.<sup>44</sup> Im zuletzt genannten Fall kann sich die Zulässigkeit

---

41 BSGE 83, 100, 103 = NZS 1999, S. 570 ff.

42 BR-Drucks. 623/06, S. 136.

43 Römermann, NJW 2008, S. 1249, 1252; Henssler / Deckenbrock, DB 2008, S. 41, 44.

44 Eversloh, Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, S. 55.

der Rechtsdienstleistung allerdings aus § 7 RDG ergeben, der gegenüber § 6 RDG *lex specialis* ist. Grundsätzlich erlaubt § 6 RDG damit nur uneigennützige Rechtsdienstleistungen. Bereits die auf eine mittelbare Gewinnerzielung gerichtete Absicht steht der Unentgeltlichkeit i.S. von § 6 RDG entgegen.<sup>45</sup>

Aus dem Umkehrschluss des § 6 Abs. 2 Satz 1 RDG folgt, dass zu den unentgeltlichen Rechtsdienstleistungen ohne weitere Voraussetzungen zunächst jene gehören, die innerhalb der Familie, der Nachbarschaft oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen erbracht werden. Die Herausnahme der innerhalb dieses Personenkreises erbrachten Rechtsdienstleistung aus dem Schutzbereich des RDG lässt sich damit rechtfertigen, dass Freunde und Nachbarn sich i.d.R. über die Risiken eines unentgeltlich erteilten Rechtsrats „über den Gartenzaun hinweg“ im Klaren sind und daher als nicht schutzwürdig erscheinen.

Wer hingegen Rechtsdienstleistungen außerhalb eines solchen persönlichen Näheverhältnisses unentgeltlich erbringen will, muss sicherstellen, dass sie durch eine Person, der die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt ist, durch eine Person mit der Befähigung zum Richteramt (beide juristische Staatsexamen) oder zumindest unter Anleitung einer solchen Person erfolgt. Werden also z.B. im Rahmen des bürgerschaftlichen Engagements oder in einer sozialen Einrichtung (z.B. einer Schuldner-, Asyl- oder Familienberatungsstelle) unentgeltlich Rechtsdienstleistungen angeboten,<sup>46</sup> muss die Qualität der Rechtsdienstleistung dadurch sicher gestellt sein, dass eine juristisch qualifizierte Person daran beteiligt ist. Die vor Ort beratende Person muss entsprechend geschult und fortgebildet werden, zudem muss die Möglichkeit bestehen, zur Not in einem konkreten Fall auf die besonderen juristischen Kenntnisse der anleitenden Person zurückgreifen zu können.

Zum Schutz der Rechtsuchenden ist es möglich, Personen oder Einrichtungen, die außerhalb des Familien- und Bekanntenkreises dauerhaft unqualifizierten Rechtsrat erteilen, die unentgeltliche Rechtsdienstleistung zu untersagen (§ 9 Abs. 1 RDG).

### **5.2 Rechtsdienstleistungen durch Berufs- und Interessenvereinigungen**

Während nach dem Recht des RBerG nur berufsständische und berufsständähnliche Vereinigungen (z.B. Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Haus-

---

45 Eversloh, Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, S. 55.

46 Vgl. dazu Brühl, Rechtsbesorgung in Sozialhilfesachen durch Vereine, info also 1998, S. 3 ff.

und Grundstückseigentümer- oder Mietervereine) ihre Mitglieder rechtlich beraten durften,<sup>47</sup> ist dies nunmehr nach § 7 RDG grundsätzlich jeder Vereinigung zur Wahrnehmung gemeinschaftlicher Interessen sowie den Genossenschaften und genossenschaftlichen Einrichtungen erlaubt. Dies betrifft etwa die großen Mitgliedervereine wie beispielsweise Automobilclubs (Verkehrsrechtsberatung), weshalb die zuletzt genannte Rechtsnorm zuweilen auch schon als „ADAC-Paragraph“<sup>48</sup> bezeichnet wurde.

Allerdings dürfen die Rechtsdienstleistungen nicht Hauptzweck der Vereinigung sein, so dass z.B. die Gründung eines reinen Rechtsberatungsvereins unzulässig wäre.<sup>49</sup> Ferner muss eine sachgerechte Mitgliederberatung gewährleistet sein. Dazu ist vor allem sicherzustellen, dass eine juristisch qualifizierte Person an der Beratung beteiligt, und die Institution personell, sachlich und finanziell angemessen ausgestattet ist (§ 7 Abs. 2 RDG).

Zu den Vereinigungen gehören auch die nach § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 - 9 SGG n.F.<sup>50</sup> zugelassenen natürlichen und juristischen Personen, nämlich

- selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,<sup>51</sup>
- berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
- Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfän-

---

47 Dazu Brangsch, Rechtsberatung und Rechtshilfe durch Verbände, NJW 1953, S. 732 ff.

48 Römermann, NJW 2008, S. 1249, 1252; zur „Rechtsberatung durch Automobilclubs“ unter der Geltung des RBerG vgl. Brenner, NJW 2004, S. 1504 ff.

49 Grünh, Neue Regeln für die (soziale) Rechtsberatung, Soziale Sicherheit 2008, S. 102, 105.

50 Die Vorschrift wurde durch Art. 12 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts v. 12.12.2007, BGBl I, S. 2840, ebenfalls neu gefasst.

51 Vgl. dazu Gabke / Nielenbock, Neuregelung des Rechtsberatungsrechts: Was ändert sich für den gewerkschaftlichen Rechtsschutz?, Soziale Sicherheit 2008, S. 106 ff.

ger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,

- juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in § 73 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 5 bis 8 SGG bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Vereinigungen, die dauerhaft unqualifizierten Rechtsrat erteilen, kann die weitere Erbringung von Rechtsdienstleistungen untersagt werden (§ 9 Abs. 1 RDG).

### **5.3 Rechtsdienstleistungen durch öffentliche und öffentlich anerkannte Stellen**

Schließlich dürfen auch öffentliche Stellen nach § 8 RDG im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs Rechtsdienstleistungen erbringen. Dazu gehören

- gerichtlich oder behördlich bestellte Personen,
- Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Unternehmen und Zusammenschlüsse,
- nach Landesrecht als geeignet anerkannte Personen oder Stellen im Sinn des § 305 Abs. 1 Nr. 1 der Insolvenzordnung,
- Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände,
- Verbände der freien Wohlfahrtspflege i.S. des § 5 SGB XII, anerkannte Träger der freien Jugendhilfe i.S. des § 75 SGB VIII und anerkannte Verbände zur Förderung der Belange behinderter Menschen i.S. des § 13 Abs. 3 des Behindertengleichstellungsgesetzes.

Diesen Stellen ist es möglich, auch entgeltlich und gegenüber Nicht-Mitgliedern Rechtsdienstleistungen zu erbringen.<sup>52</sup>

---

52 Grünh, Soziale Sicherheit, 2008, S. 102, 105.

## 6. Zuständige Behörde

Für die Durchführung des Gesetzes einschließlich der Registrierung nach § 13 RDG sind gem. § 19 Abs. 1 RDG die jeweiligen Landesjustizverwaltungen zuständig. Die Landesregierungen werden jedoch durch § 19 Abs. 2 RDG ermächtigt, die den Landesjustizverwaltungen nach dem RDG zustehenden Aufgaben und Befugnisse durch Rechtsverordnung auf diesen nachstehende Behörden zu übertragen.

Hessen hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Nach § 3 der hessischen „Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten nach der Bundesnotarordnung, der Bundesrechtsanwaltsordnung und dem Rechtsdienstleistungsgesetz“ vom 26.05.2008<sup>53</sup> ist die Präsidentin / der Präsident des Oberlandesgerichts für die Durchführung des RDG zuständig.

## III. Neuregelung der Vertretungsbefugnis im sozialgerichtlichen Verfahren

Das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts bewirkt - wie eingangs bereits dargestellt - mit seinen Artikeln 8, 10, 11, 12 und 13 auch eine Vereinheitlichung der einzelnen gerichtlichen Verfahrensordnungen (ZPO, FGG, ArbGG, SGG, VwGO) im Hinblick auf die Notwendigkeit bzw. Befugnis einer anwaltlichen bzw. nichtanwaltlichen Vertretung der Prozessparteien. Für die hier vornehmlich interessierende Sozialgerichtsbarkeit ist insbesondere Art. 12 Nr. 3 des Rechtsberatungsneuregelungsgesetzes von Bedeutung, weil damit eine vollständige Neufassung des § 73 SGG einhergeht. Mit der zuletzt genannten Vorschrift wird das Prozessvertretungsrecht des SGG den übrigen Verfahrensordnungen angepasst.

### 1. Neuregelung des § 73 SGG

§ 73 Abs. 1 SGG regelt zunächst das Recht der Verfahrensbeteiligten, sich innerhalb der ersten beiden Rechtszüge selbst zu vertreten, d.h. sie können vor dem Sozialgericht und dem Landessozialgericht den Rechtsstreit ohne anwaltliche oder sonstige Unterstützung führen.<sup>54</sup> Nach § 73 Abs. 2 Satz 1 SGG können sich die Beteiligten in sämtlichen Instanzen des sozialgerichtli-

---

53 GVBl. I, S. 704.

54 Auch das 8. SGG-Änderungsgesetz v. 26.03.2008 (vgl. dazu Becker, SGB 2008, S. 267 ff.; Köhler, SdL 2008, S. 189 ff.) hat keine Angleichung an § 67 Abs. 1 VwGO gebracht; nach dieser Vorschrift besteht Vertretungszwang (auch) vor dem OVG (VGH).

chen Verfahrens durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule i.S. des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Vor dem Sozialgericht und dem Landessozialgericht - also nicht vor dem BSG - sind als Bevollmächtigte darüber hinaus nach § 73 Abs. 2 Satz 2 SGG vertretungsbefugt:

1. Beschäftigte des Beteiligten oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens (§ 15 AktG); Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich auch durch Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen,
2. volljährige Familienangehörige (§ 15 AO, § 11 Lebenspartnerschaftsgesetz), Personen mit Befähigung zum Richteramt und Streitgenossen, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht,
3. Rentenberater im Umfang ihrer Befugnisse nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des RDG,
4. Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Personen und Vereinigungen i.S. des § 3 Nr. 4 StBerG sowie Gesellschaften i.S. des § 3 Nr. 2 und 3 StBerG, die durch Personen i.S. des § 3 Nr. 1 StBerG handeln, in Angelegenheiten nach den §§ 28h und 28p SGB IV,
5. selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
6. berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
7. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
8. Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
9. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in den Nummern 5 bis 8 bezeichneten Organisationen stehen,



wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die vorstehende Aufzählung ist abschließend, so dass andere als die dort genannten Personen oder Einrichtungen eine Prozessvertretung nicht übernehmen dürfen. Sie können vom Gericht allenfalls unter den Voraussetzungen des § 73 Abs. 7 SGG als Beistand in der Verhandlung zugelassen werden.

Bevollmächtigte, die nicht nach Maßgabe des § 73 Abs. 2 SGG vertretungsbefugt sind, weist das Gericht nach § 73 Abs. 3 Satz 1 SGG durch unanfechtbaren Beschluss zurück. Prozesshandlungen eines nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten und Zustellungen oder Mitteilungen an diesen Bevollmächtigten sind bis zu seiner Zurückweisung wirksam. Das Gericht kann den in § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGG bezeichneten Bevollmächtigten durch unanfechtbaren Beschluss die weitere Vertretung untersagen, wenn sie nicht in der Lage sind, das Sach- und Streitverhältnis sachgerecht darzustellen. Das gilt nicht für Beschäftigte eines Sozialleistungsträgers oder eines Spitzenverbandes der Sozialversicherung (§ 73 Abs. 3 Satz 4 SGG).

Vor dem Bundessozialgericht hingegen besteht weiterhin Vertretungszwang, d.h. die Beteiligten müssen sich gem. § 73 Abs. 4 SGG, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dabei sind als Bevollmächtigte außer den in § 73 Abs. 2 Satz 1 SGG bezeichneten Personen nur die in § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 bis 9 SGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Aber auch diese müssen wegen der besonderen juristischen Kenntnisse, die ein Revisionsverfahren erfordert, nunmehr durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ist ein Bevollmächtigter bestellt, sind die Zustellungen oder Mitteilungen des Gerichts an ihn zu richten. Im Übrigen gelten die §§ 81, 83 bis 86 ZPO entsprechend (§ 73 Abs. 6 Satz 5 SGG).

## 2. Renten- und Steuerberater als Prozessbevollmächtigte

Neu ist, dass Rentenberater im Umfang ihrer Befugnisse nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RDG nunmehr als vertretungsberechtigte Bevollmächtigte ausdrücklich in § 73 Abs. 2 Nr. 3 SGG aufgeführt werden. Rentenberater waren zwar auch schon nach bisherigem Recht vor den Sozial- und Landessozialgerichten vertretungsbefugt, ohne in § 73 SGG a.F. ausdrücklich erwähnt zu werden; um allerdings in der mündlichen Verhandlung auftreten zu können, mussten sie (trotz ihrer Erlaubnis nach dem RBerG) zusätzlich als Prozessagent bei dem jeweiligen Gericht, vor dem sie auftreten wollten, zugelassen sein.<sup>55</sup> Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Rentenberater künftig ohnehin registrierte Personen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RDG sein werden, erübrigt sich nunmehr das Zulassungsverfahren zum Prozessagent, zumal auch § 73 Abs. 2 Nr. 3 SGG diese Anforderung nicht statuiert.

Die gerichtliche Vertretungsbefugnis der Rentenberater besteht, wie die Verweisung auf § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 RDG zeigt, nur in Angelegenheiten, in denen sich auch ihre außergerichtlichen Befugnisse erstrecken, so dass beispielsweise eine Vertretung in Verfahren nach dem SGB III ausgeschlossen ist, da das Arbeitsförderungsrecht nicht Teil des Sozialversicherungsrechts ist.<sup>56</sup>

Neu - auch nach materiellem Recht - ist weiterhin die in § 73 Abs. 2 Nr. 4 SGG geregelte Vertretungsbefugnis der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie der ihnen im Steuerberatungsrecht gleichgestellten Personen und Gesellschaften in sozialgerichtlichen Verfahren betreffend die Angelegenheiten der §§ 28h und 28p SGB IV. In den Gesetzesmaterialien findet sich zur Rechtfertigung dieser Neuregelung der Hinweis, dass die genannte Berufsgruppe mit diesen Verfahren, die die Einziehung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags durch die gesetzlichen Krankenkassen als Einzugsstellen und die Beitragsprüfung betreffen, auch außergerichtlich regelmäßig befasst ist, so dass sie hier als besonders sachkundig anzusehen sei.<sup>57</sup>

---

55 BSG, SozR 1500 § 73 Nr. 2; Keller / Leitherer, in: Meyer-Ladewig / Keller / Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 73 Rdnr. 10 u. 10c.

56 BSG, SozR 3-1300 § 13 Nr. 4 und Nr. 7; Eversloh, Das neue Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, S. 182.

57 BR-Drucks. 623/06, S. 211.

#### IV. Vertretungsbefugnis im Sozialverwaltungsverfahren

##### 1. Versäumte redaktionelle Anpassung und verfassungskonforme Auslegung des § 13 Abs. 5 SGB X

Was schließlich die Vertretungsbefugnis im Sozialverwaltungsverfahren seit dem 01.07.2008 anbelangt, so ist zu konstatieren, dass bislang<sup>58</sup> alles beim Alten geblieben ist, was aber nicht unbedingt als positiv zu werten ist.

Nach wie vor können sich die Beteiligten selbstverständlich in jedem Stadium des Verfahrens durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (§ 13 Abs. 1 Satz 1 SGB X).

Nach wie vor sind Bevollmächtigte und Beistände aber auch nach § 13 Abs. 5 Satz 1 SGB X „zurückzuweisen, wenn sie geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgen, ohne dazu befugt zu sein. Befugt im Sinne des Satzes 1 sind auch die in § 73 Abs. 6 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes bezeichneten Personen, sofern sie kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung im Verwaltungsverfahren ermächtigt sind.“

Spätestens bei der Lektüre des § 13 Abs. 5 Satz 2 SGB X fällt auf, dass die Verweisung auf § 73 Abs. 6 Satz 3 SGG seit der Rechtsänderung zum 01.07.2008, die - wie vorstehend ausführlich dargestellt - eine vollständige Neufassung des § 73 SGG mit sich gebracht hat, nicht mehr stimmig ist. Der Gesetzgeber hat es in diesem Zusammenhang ganz offensichtlich versäumt, § 13 Abs. 5 SGB redaktionell anzupassen. Verwiesen werden muss richtigerweise zumindest auf die nunmehr in § 73 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 - 9 SGG genannten natürlichen und juristischen Personen. Aber auch die in § 13 Abs. 5 Satz 1 SGB X verwendete Begrifflichkeit lässt sich nicht länger aufrecht erhalten, denn die dort sprachlich verwendete „geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ stammt noch aus der Zeit des RBerG und trifft heute auf keinen entsprechenden Tatbestand mehr zu.

---

58 Redaktionsschluss für diesen Zeitschriftenbeitrag war am 15.10.2008. Vgl. nunmehr Art. 2 des Vierten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11.12.2008, BGBl. I, S. 2418.

Die verfassungskonforme Auslegung<sup>59</sup> des § 13 Abs. 5 SGB X hat daher dergestalt zu erfolgen, dass Bevollmächtigte und Beistände zurückzuweisen sind, wenn sie entgegen § 3 RDG Rechtsdienstleistungen erbringen.<sup>60</sup>

Für die Mehrzahl der in der Praxis der Sozialversicherungsträger auftretenden Fälle mit Bevollmächtigtenberührung sind aufgrund der Rechtsänderung keine Probleme zu erwarten. Überdacht werden muss allerdings die bisherige Praxis der Sozialversicherungsträger im Umgang mit Steuerberatern.

## **2. Steuerberater als Bevollmächtigte im sozialrechtlichen Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren**

### **2.1 Alte Rechtslage**

Hinsichtlich einer etwaigen Befugnis des Steuerberaters zur Vertretung eines Versicherten im Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren (z.B. in Kindergeldangelegenheiten oder im Rahmen der Beantragung eines Beitragszuschusses gem. §§ 32 ff. ALG) galt bislang folgendes:

Nach § 13 Abs. 5 Satz 1 SGB X waren (und sind, sh. oben) Bevollmächtigte und Beistände zurückzuweisen, wenn sie geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten besorgt haben, ohne dazu befugt zu sein. Der Sinn dieser Regelung bestand darin, dass es die Behörde unter keinen Umständen dulden sollte, dass vor ihr Personen auftraten, die sich gesetzwidrig betätigten. Die „geschäftsmäßige“ Besorgung i.S. dieser Vorschrift erforderte eine Tätigkeit, bei der der Handelnde die Absicht hatte, sie - sei es auch nur bei sich bietender Gelegenheit - in gleicher Art zu wiederholen und sie dadurch zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen.<sup>61</sup> Auf die Merkmale der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit und der haupt- oder nebenamtlichen Betätigung kam es dabei nicht an. Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG durfte fremde Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung nur besorgen, wer dazu eine Erlaubnis hatte.

Einem Steuerberater war lediglich in Steuersachen die geschäftsmäßige Hilfeleistung erlaubt (Art. 1 § 4 Abs. 2 RBerG i.V.m. § 3 Nr. 1 StBerG). Diese

---

59 Vgl. dazu Köhler, SdL 2003, S. 311, 337.

60 So die Formulierung in Art. 2 des „Entwurfes eines Vierten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (4. VwVfÄndG), aufzurufen auf der Homepage des BMI, Suchbegriff „VwVfG“

61 Altenhoff / Busch / Kampmann / Chemnitz, Rechtsberatungsgesetz, 9. Aufl. 1991, Art. 1 § 1 Rdnr. 62; BSG, SozR 3-1300 § 13 SGB X Nr. 4 S. 13.

Befugnis ermächtigte nicht zur Rechtsbesorgung in sonstigen Angelegenheiten (Art. 1 § 4 Abs. 3 RBerG), also auch nicht auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts. Dies hatte das BSG in mehreren Entscheidungen bestätigt.<sup>62</sup> So durfte beispielsweise ein Steuerberater nicht in einer Kindergeldsache im Widerspruchsverfahren auftreten, obwohl er den Widerspruch allein zur Sicherung der steuerlichen Freistellung des Existenzminimums des Kindes der Mandantin eingelegt hatte.<sup>63</sup>

Das Gericht hatte dabei allerdings ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob Steuerberater ggf. ausnahmsweise in Angelegenheiten außerhalb des Steuerrechts rechtsberatend und besorgend tätig werden dürfen, wenn dies unbedingt notwendig und unausweichlich war, um die ihnen zugewiesenen eigentliche Aufgabe, die Hilfe in Steuersachen, zu erfüllen. Mit dem Bundesgerichtshof<sup>64</sup> war allerdings insoweit einschränkend zu fordern, dass in diesen Fällen ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Steuerberatertätigkeit zu bestehen hatte, der so eng ist, dass diese ohne die Rechtsbesorgung unmöglich gemacht oder doch unangemessen erschwert worden wäre. Es musste sich zudem um eine Hilfs- oder Nebentätigkeit im Vergleich zur eigentlichen Berufsaufgabe handeln und jene „fremde“ Rechtsbesorgung dürfte nicht selbständig neben die andere Berufsaufgabe treten oder gar im Vordergrund stehen. Diese Voraussetzungen wurden in der Vergangenheit von den Sozialversicherungsträgern regelmäßig als nicht erfüllt erachtet, weil die Steuerberatung auch ohne die Vertretung in „fremden“ (sozialversicherungsrechtlichen) Verwaltungsverfahren sinnvoll wahrgenommen werden konnte.<sup>65</sup> Vor dem Hintergrund des nach dieser Rechtsprechung doch immerhin denkbaren Ausnahmefalles kamen die Sozialversicherungsträger allerdings oftmals um eine Einzelfallprüfung nicht umhin, wobei allerdings der jeweilige Steuerberater zu einer substantiierten Begründung des Ausnahmetatbestandes aufzufordern war. Nicht verschwiegen werden soll allerdings, dass die Rentenversicherungsträger bereits seit 1997 Steuerberater in Betriebsprü-

---

62 BSG, Urt. v. 13.08.1996, - 10RKg 8/95, HVBG-INFO 2/97, S.101; BSG, SozR 3-1300 § 13 Nr. 2.

63 BSG, SozR 3-1300 § 13 SGB X Nr. 3.

64 BGHZ 70, 12, 15.

65 Gehre StBerG, 3. Aufl. 1995, § 33 Rdnr. 17; BSG, HVBG-INFO 2/97, S. 101, 105.

fungs- und Widerspruchsverfahren, soweit es um Beitragsangelegenheiten geht, nicht mehr zurückweisen.<sup>66</sup>

## 2.2 Neue Rechtslage

Nach wie vor finden Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und damit vergleichbare Berufsgruppen im SGB X oder im von ihm (zumindest sinngemäß) in Bezug genommenen RDG keine ausdrückliche Erwähnung, obwohl das im vorstehenden Kapitel beschriebene Vertretungsproblem weiterhin aktuell ist. Die Frage, ob und inwieweit Steuerberater usw. ihre Mandanten im sozialrechtlichen Verwaltungs- oder Widerspruchsverfahren (z.B. im Rahmen der Beantragung eines Beitragszuschusses gem. §§ 32 ff. ALG) vertreten dürfen, ist nach dem nunmehr geltenden Recht allerdings neu zu beantworten.

Ausgangspunkt ist dabei § 5 Abs. 1 RDG, wonach Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt sind, wenn sie als Nebenleistungen zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Bei dieser Nebenleistung kann es sich durchaus auch um eine wichtige und bedeutsame Rechtsdienstleistungen handeln.<sup>67</sup> Sie können innerhalb der Gesamtleistung auch einen „beachtlichen Umfang“ erlangen<sup>68</sup> und sind damit keineswegs auf bloße Hilfstätigkeiten beschränkt. Wie bereits dargestellt, beurteilt sich die Frage, ob eine Nebentätigkeit vorliegt, nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind. Der Gesetzgeber hat versucht, auf diese Weise den unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten der einzelnen Berufe Rechnung zu tragen. Henssler und Deckenbrock<sup>69</sup> weisen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die von Haus aus über gewisse Rechtskenntnisse verfügen (müssen) und denen in Teilbereichen des Rechts (vgl. § 3 Nr. 1 StBerG) sogar die unbeschränkte Befugnis zur Rechtsberatung eingeräumt worden ist, aus § 5 Abs. 1 RDG weiterreichende Rechte herleiten können als etwa Betreiber von Kfz-Werkstätten, die für ihre eigentliche Tätigkeit keine besonderen Rechtskenntnisse benötigen.<sup>70</sup>

---

66 Hund, Die Bedeutung des Rechtsdienstleistungsgesetzes für den steuerberatenden Beruf, DStR 2008, S. 1208, 1212.

67 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 5 Rdnr. 39.

68 BVerwG NJW 2005, S. 1293 ff.

69 DB 2008, S. 41, 43.

70 So auch Hund, DStR 2008, S. 1208, 1210.

Voraussetzung für eine nach § 5 Abs. 1 RDG erlaubte Rechtsdienstleistung als Nebentätigkeit ist auch nicht mehr, wie noch von der Rechtsprechung zum RBerG gefordert<sup>71</sup>, dass die andere Tätigkeit (Hauptleistung) ohne die Rechtsdienstleistung nicht sachgemäß erledigt werden kann.<sup>72</sup> Es reicht vielmehr aus, dass die Rechtsdienstleistung eine zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehörige Nebenleistung darstellt. Berufs- und Tätigkeitsbild des Steuerberaters ergeben sich einerseits aus seinen Aufgaben im Rahmen der Hilfeleistungen in Steuersachen (§ 33 StBerG) und zum anderen aus den vereinbarten Tätigkeiten nach § 57 Abs. 3 StBerG, wozu insbesondere die betriebswirtschaftliche Beratung gehört.

So wird es in der Kommentarliteratur zum RDG beispielsweise für zulässig erachtet, dass ein Steuerberater vor oder bei einer erbschaftssteuerrechtlichen Beratung auch ein Testament entwirft oder allgemeine erbrechtliche Fragen wie z.B. zur Erbfolge, zur Erbenhaftung oder zur Rechtsnachfolge in Unternehmen prüft.<sup>73</sup> Ebenso kann er rechtlich über den ehelichen Güterstand beraten. Auch der Entwurf oder die Begutachtung eines Gesellschaftsvertrages im Hinblick auf die Unternehmensnachfolge und die daraus erwachsenden steuerlichen Folgen ist nunmehr von § 5 Abs. 1 RDG erfasst.<sup>74</sup>

Vergegenwärtigt man sich, dass die Gewährung eines Beitragszuschusses in der Alterssicherung der Landwirte nahezu ausschließlich vom ermittelten Jahreseinkommen des Landwirts und seines nicht dauernd von ihm getrennt lebenden Ehegatten abhängt (§ 32 Abs. 1 und 2 ALG), wobei das Jahreseinkommen aus der Summe der erzielten positiven Einkünfte i.S. des § 2 Abs. 1 und 2 EStG und Erwerbsersatzes i.S. des § 3 Abs. 4 ALG besteht, dann offenbart sich sehr schnell, dass die der Antragstellung vorangehende Hauptleistung des Steuerberaters ganz offensichtlich in der Hilfeleistung in Steuersachen (§ 33 StBerG) bestand, zumal nach § 32 Abs. 2 Satz 4 ALG u.a.

---

71 Zum RBerG: BGHZ 28, 12, 24.

72 Eckpunkte des BMJ zum RDG, BayVBl. 3/2008, S. II; Kleine-Cosack, Öffnung des Rechtsberatungsmarkts – Rechtsdienstleistungsgesetz verabschiedet, BB 2008, S. 2637, 2639; ders., NJ 2008, S. 289, 292; Schmidt-Keßeler, Überblick über das Rechtsdienstleistungsgesetz, DStZ 2008, S. 119, 120; Hund, DStR 2008, S. 1208, 1210.

73 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, III Anhang zu den §§ 1-5 Rdnr. 199.

74 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, III Anhang zu den §§ 1-5 Rdnr. 199.

der Einkommenssteuerbescheid maßgebend für die Feststellung des Einkommens nach § 32 Abs. 2 Satz 3 ALG ist. Gemessen an dieser Hauptleistung (Steuererklärung) erscheint die dann ohne weiteres mögliche Beantragung eines Beitragszuschusses als bloße Nebenleistung, die nunmehr nach § 5 Abs. 1 RDG erlaubt ist.

Im Zweifel muss danach entschieden werden, wo der Schwerpunkt der Beratung oder Besorgung liegt, ob also steuerrechtliche oder allgemein-rechtliche Aspekte überwiegen. Dabei ist auch aus der Sicht des Mandanten zu entscheiden, d.h. seinen Interessen und subjektiven Vorstellungen ist Rechnung zu tragen.<sup>75</sup>

Steuerberater können daher künftig in den vorbezeichneten Angelegenheiten nicht länger als Bevollmächtigte zurückgewiesen werden.

## V. Resümee

Für die Sozialversicherungsträger bringt das neue Recht nichts bahnbrechend Neues mit sich, sieht man einmal von der geänderten Stellung der Angehörigen steuerberatender Berufe ab. Im Normalfall wird sich der Verfahrenseteiligte - wenn überhaupt - weiterhin anwaltlich oder durch Vertreter seiner berufsständischen Vereinigung oder durch Familienangehörige, Freunde usw. vertreten lassen, wobei jeweils keine materiell-rechtlichen Änderungen gegenüber dem alten Recht zu verzeichnen sind.

Soweit mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz Öffnungen des außergerichtlichen Rechtsberatungsmarktes verbunden sind, wie z.B. im Bereich der altruistischen Rechtsberatung durch Angehörige oder Freunde des Beteiligten, durch Vereine oder auch kommerziell im Rahmen einer Nebentätigkeit, darf künftig eine Zurückweisung nicht länger damit begründet werden, der Rechtsdienstleister handele „geschäftsmäßig“, d.h. mit der Absicht jederzeitiger Wiederholung. Angesichts der immer weiter zunehmenden Verrechtlichung des Alltags und der ständigen Entwicklung neuer Dienstleistungsberufe muss seitens der Behörden und Widerspruchsstellen künftig vermehrt mit dem Auftreten bislang ungewohnter Vertretungskonstellationen gerechnet werden. Durch die Novellierung des § 73 SGG (und des § 13 SGB X, womit alsbald zu rechnen ist) sind insoweit aber deutliche Klarstellungen erfolgt und Span-

---

75 Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2. Aufl. 2008, III Anhang zu den §§ 1-5 Rdnr. 195.



nungsverhältnisse, wie sie noch unter der Geltung des RBerG bestanden, abgebaut worden.

Das in den vergangenen Jahren vor allem durch die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH geprägte Rechtsberatungs- bzw. -dienstleistungsrecht wurde mit dem RDG neu kodifiziert, und der bislang der Anwaltschaft vorbehaltene Rechtsdienstleistungssektor wurde (moderat) geöffnet. Von einer „(un)heimlichen Revolution in der Rechtsberatungsbranche“<sup>76</sup> kann indes keine Rede sein. Noch immer bestehende Restriktionen, die sich nach wie vor aus dem Charakter des Rechtsdienstleistungsgesetzes als einem Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt ergeben, werden sich im Laufe der Zeit der verfassungsrechtlichen und der gemeinschaftsrechtlichen Prüfung stellen müssen. Nicht-anwaltliche Dienstleister werden vermehrt testen, ob und in welchem Umfang sie künftig im außergerichtlichen Bereich Rechtsdienstleistungen anbieten können.

Verfasser:

Karl Friedrich Köhler  
Spitzenverband der landwirtschaftlichen Sozialversicherung  
Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung  
- Fachbereich Landwirtschaftliche Sozialversicherung -  
Weißensteinstraße 72  
34131 Kassel

---

76 Römermann, NJW 2006, S. 3025.

**Mediation im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess.** Beiträge der „Speyerer Mediationsinitiative“, Rainer Pitschas / Harald Walther; Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris: Lang 2008, (Speyerer Schriften zur Verwaltungswissenschaft, Band 5) ISBN 978-3-631-58078-3, 188 S., br. 39,00 €

Entgegen einer gewissen Skepsis, die man noch vor Jahren beim Thema Gerichtsmediation haben durfte, hat sich die konsensuale, also nichtrichterliche, aber gerichtsverbundene Streitbeilegung im Laufe der Zeit keineswegs als juristisches Modethema erwiesen, sondern ist, im Gegenteil, nach wahrhaft erstaunlicher Karriere, zum Beratungsgegenstand mit eigener Abteilung auf dem Deutschen Juristentag avanciert.<sup>1</sup> Bereits im März 2005 hatten der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Präsidentin und die Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe ein Positionspapier zu den „Standards verwaltungsgerichtlicher Arbeit“ verfasst,<sup>2</sup> und nicht zuletzt vor dem Hintergrund der gegenwärtig laufenden „Großen Justizreform“ (Justizministerkonferenz vom 29. und 30. Juni 2005)<sup>3</sup> hat sich auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine aktuelle Diskussion zum Thema „Qualitätssicherung“ entwickelt, die ihren vorläufigen Höhepunkt in einem Gesetzentwurf zum Thema Mediation findet, der in Niedersachsen im Frühjahr 2007 eingebracht wurde.<sup>4</sup> Daneben erproben Modellprojekte in den Ländern Baden-Württemberg, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, insbesondere Hessen sowie aktuell Nordrhein-Westfalen<sup>5</sup> seit geraumer Zeit den Einsatz der Mediation in der verwaltungsgerichtlichen Praxis. Daran zeigt sich, dass die Einführung neuer Verfahren in bestehende Prozesssysteme gerade in Zeiten knapper Kassen auch im Hinblick auf ihre Effizienz unter Beobachtung der Justizressorts in Bund und Ländern steht. Dabei ist die Einführung der Mediation im öffentlichen Bereich aber keineswegs auf die

---

1 Hess, Mediation und andere Formen konsensueller Streitbeilegung, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag 2008, Bd. 1 Teil F; vgl. dazu Spindler, DVBl 2008, 1016 ff.; Ortloff, NJW 2008, 2544 ff.; Rüstow, NJ 2008, S. 385 ff. und Prütting, NJ 2008, 847, 848 f.

2 Vgl. [www.bdvr.de](http://www.bdvr.de)

3 Vgl. [www.richterverein.de](http://www.richterverein.de) sowie Heister-Neumann, ZRP 2005, 12.

4 [www.centrale-fuer-mediation.de/mediationsgesetz\\_niedersachsen.htm](http://www.centrale-fuer-mediation.de/mediationsgesetz_niedersachsen.htm), vgl. auch Spindler, AnwBl 2007, 655 ff.

5 Seibert, NVwZ 2008, S. 365 ff.

allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit beschränkt, sondern hat längst auch Einzug in die Sozialgerichtsbarkeit gehalten.<sup>6</sup>

Bei aller Euphorie, die insoweit gelegentlich verbreitet wird, ist noch immer nicht zu verkennen, dass die die neue Streitkultur vorantreibenden Impulse nach wie vor eher von der Richterschaft und aus der Wissenschaft als von den Rechtssuchenden selbst kommen. Gleichwohl bietet Mediation die Chance zu einer an Bürgerinteressen orientierten Befriedung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Ggf. können dadurch das Kritikpotential gegenüber der klassischen Verwaltungsjustiz verringert und deren Erscheinungsbild ebenso wie die Leistungsfähigkeit optimiert werden.

Die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer begleitet schon seit vielen Jahren den wissenschaftlichen Entwicklungsprozess dieser neuen außergerichtlichen Methode der Konfliktlösung. Ob und wie die Mediation auch im öffentlich-rechtlichen Bereich dauerhaft in den Angebotskanon staatlicher Streitbeilegungsinstitute implementiert werden kann und welcher verfahrensrechtlichen Sicherungsmechanismen es hierbei bedarf, ist Gegenstand des hier vorzustellenden kleinen Sammelbandes aus der Feder der für die „Speyerer Mediationsinitiative“ verantwortlich zeichnenden Autoren, Prof. Dr. Rainer Pitschas und RiVG Harald Walther. Den roten Faden der hier veröffentlichten Untersuchungen bildet stets das Verfassungsrecht, indem über allem die Frage steht, ob überhaupt Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichtsmediatoren in Betracht kommen kann oder ob nicht gar durch die Mediation als „Deal im Verwaltungsprozess“ eine Gefährdung des Rechtsstaates zu befürchten ist. Allein schon eine kurze Auswahl von Überschriften der Einzelbeiträge, etwa: Leistungsgrenzen gerichtlicher Entscheidungen – am Beispiel der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Pitschas); Recht ohne Gericht – Mediation und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Walther), Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor (Pitschas); Richter als Mediatoren – Ein Modellprojekt in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Walther); Gefährdet die Mediation den Rechtsschutz? – Mediation: Ein Deal? (Pitschas) verdeutlicht die Komplexität des Themas und die gesellschaftliche Bandbreite, die mit der Einführung der Mediation als Instrument einer neuen Streitkultur verbunden ist.

---

6 Vgl. Spellbrink, DRiZ 2006, 88 ff.; ders., SGB 2003, 141 ff.; Oehlmann, SGB 2005, 574 ff.; Schümann, SGB 2005, 27 ff.; Freund, SGB 2005, 678 ff.; Dürschke, SGB 2001, 532 ff.; [www.lsg-darmstadt.justiz.hessen.de](http://www.lsg-darmstadt.justiz.hessen.de) Suchbegriff Mediation; [www.lsg.bayern.de/mediation/index.html](http://www.lsg.bayern.de/mediation/index.html)

Der hier zur Verfügung stehende Raum ermöglicht keine Diskussion der einzelnen Thesen Pitschas´ und Walthers. Es bleibt aber das Resümee, dass das Buch „Mediation im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess“ auf relativ engem Raum einen großen Gedanken- und Informationsreichtum und Anregungen in Fülle bietet. Wer sich über die einschlägigen und bereits unüberschaubar gewordenen Problemfelder zum Thema Mediation<sup>7</sup> einen ersten Einstieg oder einen schnellen, aber ebenso umfassenden wie zuverlässigen Überblick verschaffen will, dem sei das hier vorgestellte Werk nachhaltig empfohlen.

Karl Friedrich Köhler

**Der geschädigte Arbeitnehmer.** *Zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Schmerzensgeld in der Unfallversicherung sowie zur Herleitung der Haftung bei Eigenschäden im Hinblick auf das Verschuldensprinzip, Michael Fuhlrott; Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Bruxelles, Oxford, Wien: Lang 2006, (Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 40, hrsg. von Abbo Junker), zugl. Bonn, Univ. Diss. 2006, ISBN 3-631-55568-7, 269 S., br. 48,70 €.*

Nicht zuletzt im Arbeits- und Sozialrecht sind Haftungsfragen seit jeher von großer praktischer Bedeutung. Von den zahlreichen auf diesen Rechtsgebieten noch immer strittigen Problemen behandelt die hier vorzustellende und von Prof. Dr. Raimund Waltermann am Institut für Arbeitsrecht der Universität Bonn betreute Arbeit zwei sehr bedeutsame Konstellationen, nämlich den verfassungsgerichtlich bestätigten Schmerzensgeldausschluss in der gesetzlichen Unfallversicherung und die Eigenschadensproblematik des Arbeitnehmers bei verschuldensunabhängig entstandenen Schäden.

Im zuletzt genannten Bereich, der hier nur gestreift werden soll, widmet sich die Arbeit einer besonderen Konstellation der Arbeitgeberhaftung, nämlich derjenigen im Falle der verschuldensunabhängigen Schadensverursachung durch Arbeitnehmer. Nach Darstellung der (verfassungs-)rechtlichen Erforderlichkeit einer arbeitgeberseitigen Einstandspflicht werden die bisherigen Lösungsansätze kritisch diskutiert, wobei der Verfasser zu der Ansicht gelangt, dass ein Tätigwerden des Gesetzgebers zur Beseitigung aufgezeigter Mängel unumgänglich sei. Sodann unterbreitet er einen entsprechenden Gesetzentwurf, welcher insbesondere die Parallelen zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung verdeutlicht.

---

7 Im September 2008 ergab die Titelsuche innerhalb der juris-Literaturnachweise zum Stichwort „Mediation“ bereits 477 Treffer.

Im hier primär interessierenden Teil des Buches, nämlich im Bereich des Schmerzensgeldausschlusses in der Unfallversicherung, zeigt der Autor verfassungsrechtliche Bedenken gegen die insoweit durch zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>8</sup> geprägte herrschende Meinung auf und kommt angesichts zwischenzeitlich gestiegener Schmerzensgeldsummen und der rechtlichen Änderungen infolge des 2. SchadÄndG<sup>9</sup> zu dem Ergebnis, dass die Regelung des § 104 Abs. 1 Satz 1 SGB VII verfassungswidrig sei. Hatte das BVerfG in seinen Entscheidungen aus den Jahren 1972 und 1995 noch betont, dass die durch den Wegfall des zivilrechtlichen Schmerzensgeldes bedingten Benachteiligungen unfallverletzter Versicherter durch die Gewährung eines vom Verschulden unabhängigen Entschädigungsanspruchs gegen einen solventen Sozialversicherungsträger ausgeglichen würden, so erscheint dies zumindest dann fragwürdig, wenn ein Arbeitsunfall auf grober Fahrlässigkeit des verursachenden Unternehmers (oder Arbeitskollegen) - §§ 104, 105 SGB VII - beruht und es beim Verletzten dadurch zu einem Dauerschaden gekommen ist. Immerhin hat das Schmerzensgeld die Funktion des Ausgleichs der Einbuße an Wohlbefinden und der Genugtuung für erlittenes Unrecht.

Nach einer ausführlichen und sorgfältigen Analyse der ersten diesbezüglichen Verfassungsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1972 und der seither eingetretenen Entwicklung auf dem Gebiet des Schmerzensgeldrechts gelangt der Verfasser zu der Erkenntnis, dass zwar die ursprünglichen RVO-Regelungen des Unfallversicherungsrechts über den Schmerzensgeldausschluss unter Zugrundelegung der damaligen rechtlichen Situation verfassungsgemäß waren. In den seither vergangenen Jahrzehnten habe aber das Schmerzensgeld im System des bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzes derart an Bedeutung gewonnen, dass sein Ausschluss durch die Unfallversicherung nunmehr nicht länger durch etwaige andere Vorteile kompensiert werde.

Spätestens seit dem 2. SchadÄndG vom 19.07.2002, mit dem eine Integration des immateriellen Schadensersatzes in das allgemeine Schadensersatzrecht

---

8 Vgl. die Entscheidungen des BVerfG vom 07.11.1972, E 34, 118 = NJW 1973, S. 502 und vom 08.02.1995, NJW 1995, S. 1607.

9 G. vom 19.07.2002, BGBl I, S. 2672, in Kraft getreten am 01.08.2002.

erfolgt ist, sei ein - auch von Rechtsprechung<sup>10</sup> und Literatur<sup>11</sup> konstatiertes - genereller Trend zu einem erheblichen Anstieg des Schmerzensgelds auszumachen. Diesen Trend bestätigt der Verfasser durch eine von ihm im Rahmen der hier vorgestellten Arbeit durchgeführte empirische Untersuchung der Veränderung der Schmerzensgeldhöhen anhand exemplarisch ausgewählter Unfallverletzungen (Fingeramputationen, schwere Unterschenkelverletzungen, Erblindung und Querschnittslähmung). In allen Bereichen ist es zu einer enormen Steigerung der jeweils ausgeteilten Schmerzensgeldbeträge gekommen, was bereits für sich betrachtet dazu führe, dass die bisher angenommene Vereinbarkeit des Schmerzensgeldausschlusses in der gesetzlichen Unfallversicherung im Hinblick auf den Gleichheitssatz nicht mehr aufrecht zu erhalten und damit als verfassungswidrig zu beurteilen sei.

Nimmt man Fuhlrotts Buch zunächst unbefangen zur Hand, erwartet man eine Problemdarstellung auf ausgetretenen Pfaden, denn sowohl der Titel als auch der Untertitel suggerieren dem fachkundigen Leser bekanntes Terrain. Spätestens wenn man dann aber erfährt, dass die Höchstsumme des von der Zivilgerichtsbarkeit zugesprochenen Schmerzensgeldes im Jahr 1970 bei 120.000 DM (unter Berücksichtigung der Preisentwicklung entspräche das heute einem Wert von 124.000 €) lag, während in jüngeren Entscheidungen für diese Verletzungsart rund 225.000 € zugebilligt werden, stimmt das nachdenklich und die bislang akzeptierten Begründungsmuster für den Schmerzensgeldausschluss in der gesetzlichen Unfallversicherung geraten ins Wanken. Die - durchgehend gut lesbare - Arbeit belegt wieder einmal, dass Recht in vielen Bereichen eine temporäre Erscheinung darstellt, die stets von Neuem auf ihre Haltbarkeit in einer sich stets ändernden Gesellschaft geprüft werden muss. Ihre Lektüre ist in jeder Hinsicht zu empfehlen.

Karl Friedrich Köhler

---

10 OLG Köln, Urt. v. 03.03.1995, VersR 1995, S. 549, 550.

11 Hacks / Ring / Böhm, Schmerzensgeldbeträge, 22. Aufl. 2004, S. 15; Deutsch / Ahrens, Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen – Schadensersatz – Schmerzensgeld, 4. Aufl. 2002, S. Rdnr. 495; Fuchs, Deliktsrecht, 5. Aufl. 2004, S. 186.