

DOI: 10.1007/s00350-012-3204-4

Im Dickicht der Standards verfangen – Haftungsrechtliche Sorgfaltspflichten in der Pflege

Maximilian Gaßner und Jens M. Strömer

In verschiedenen Gesetzen, Rahmenverträgen und Einzelverträgen über Pflegeleistungen finden sich Verpflichtungen der Pflegeeinrichtungen zur Gewährleistung bestimmter Standards für die Durchführung der Pflege. Für das Haftungsrecht ist allein der medizinisch-pflegerische Standard maßgeblich, der fachwissenschaftlich bestimmt wird und in stetem Wandel begriffen ist. Zu seiner Bestimmung können vermehrt Erkenntnisse der evidenzbasierten Pflegewissenschaft herangezogen werden. Bei der Anwendung des medizinisch-pflegerischen Standards muss die hohe Bedeutung der Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen beachtet werden (Teil 1). Der Anspruch auf Pflege nach dem medizinisch-pflegerischen Standard wird durch die rein finanziell orientierte Begrenzung des Leistungsumfangs der sozialen Pflegeversicherung erheblich relativiert. Dies führt in manchen Bereichen der Pflege zu einer Limitierung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Pflegekräfte (Teil 2).

Teil 1: Die Standards in der Pflege und ihre haftungsrechtliche Bedeutung

A. Die Merkmale pflegerischer Versorgung

Unter Pflege ist im pflegewissenschaftlichen Sinn ganz allgemein die Versorgung Pflegebedürftiger zu verstehen¹. Ins Einzelne gehend wird Pflege als unmittelbare Hilfe und Unterstützung bei körperlichen oder geistigen Beeinträchtigungen definiert². Vorrangiges Ziel der Pflege ist die Erhaltung, die Förderung oder Wiederherstellung der Selbständigkeit in der alltäglichen Lebensführung³. Dabei zielt Pflege gleichermaßen auf körperliche, psychische und soziale Aspekte des Lebens ab. Nach pflegewissenschaftlichem Verständnis schließt sie grundsätzlich alle Bereiche des Versorgungsprozesses (Prävention, Heilbehandlung, Rehabilitation, Palliativversorgung) und die Unterstützung von Bezugspersonen und Angehörigen mit ein⁴.

Die Pflege erfolgt regelmäßig durch nicht oder allenfalls schwach invasive Maßnahmen, die häufig keine Körperverletzung darstellen⁵. Stattdessen kann eine Körperverletzung im Unterlassen von Pflegemaßnahmen liegen. Tatbestände wie die Aussetzung nach § 221 StGB können in der Pflege zur Anwendung gelangen⁶, die im Zusammenhang mit einer ärztlichen Heilbehandlung eher exotisch anmuten würden. Eine Pflicht zur Aufklärung des Pflegebedürftigen hat in der Pflege vor allem dann praktische Bedeutung, wenn es bei der Aufklärung um die Sicherung des Pflegeerfolgs geht – z. B. durch Anleitung und Beratung des Pflegebedürftigen⁷. Dagegen geht es in der Pflege weitaus seltener

als bei der ärztlichen Behandlung um eine Aufklärung über einen körperlichen Eingriff. Ein pflegerisches Pendant zum Arztvorbehalt gibt es bei der Pflege nicht, so dass die Pflege grundsätzlich auch von Laien ausgeübt werden kann⁸ und in beträchtlichem Umfang von Angehörigen ausgeübt wird. Eine haftungsrechtliche Grenze zulässiger pflegerischer Tätigkeit ist erst erreicht, wenn der Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit beginnt. Als Kernbereich ärztlicher Tätigkeit wird solches medizinisches Handeln angesehen, das spezifisches ärztliches Fachwissen erfordert, über das nur der Arzt, nicht jedoch Dritte verfügen⁹.

- 1) Vgl. Meyer, in: Schaeffer/Wingefeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 137.
- 2) Vgl. Bartholomeyczik, in: Schaeffer/Wingefeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 67.
- 3) Bartholomeyczik, in: Schaeffer/Wingefeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 67; für den Anwendungsbereich der sozialen Pflegeversicherung vgl. § 2 Abs. 1 SGB XI.
- 4) Bartholomeyczik, in: Schaeffer/Wingefeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 67.
- 5) Das Waschen, Kämmen, Reinigen, Stützen, Helfen beim Gehen, Essen und Trinken sind nicht invasive Maßnahmen. Umgekehrt ist das Setzen eines Blutgefäßkatheters immer invasiv. Auch das Anschließen eines Infusionsbeutels mit Arzneimitteln an ein Kathetersystem ist invasiv, weil hierdurch Stoffe in das Körperinnere gelangen und dort biochemische Effekte auslösen. Im Übrigen kann sogar das Schneiden der Haare eine Körperverletzung sein, jedenfalls wenn es unangemessen ist, Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 223, Rdnr. 5.
- 6) Zum Straftatbestand der Aussetzung bei der Pflege in Alten- und Pflegeheimen Pfeleiderer/Schubert, MedR 2005, 591, 594f.
- 7) Bei der Heilbehandlung wird zwischen Selbstbestimmungsaufklärung und Sicherungsaufklärung unterschieden. Im BGB findet sich die Selbstbestimmungsaufklärung künftig voraussichtlich in § 630e BGB, die Sicherungsaufklärung in § 630c Abs. 2 BGB (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz, Stand 16. 1. 2012; zur Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB n. F. auf Pflegeleistungen s. sub C. I.). Die Selbstbestimmungsaufklärung umfasst die Aufklärung über die Erkrankung und deren drohende Gefahren, über die vorgesehenen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen und Methoden und deren Risiken sowie mögliche alternative Untersuchungsmethoden und Behandlungswege. Unter Sicherungsaufklärung versteht man die Aufklärung über das therapiegerechte eigene Verhalten des Patienten. Zur Sicherungsaufklärung gehört auch die Pflicht, auf den Patienten entsprechend einzuwirken, wenn er seine Einwilligung zu medizinisch gebotenen Maßnahmen verweigert; allerdings ist eine ernstliche Weigerung des Patienten letztlich zu respektieren (vgl. hierzu Laufs, in: Laufs/Kern [Hrsg.], Hdb. d. Arztrechts, 4. Aufl. 2010, 11. Kap., § 58, Rdnrn. 1 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 62; allgemein zu den Formen der Aufklärung Igl/Welti [Hrsg.], Gesundheitsrecht, 2012, Rdnrn. 977 ff., 1127 ff.; Deusch/Spickhoff [Hrsg.], Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rdnrn. 266 ff.; Laufs, a. a. O., 11. Kap., §§ 57–59; Ulsenheimer, a. a. O., Rdnrn. 61 ff.).
- 8) „Pflegen darf jeder“, Weiß, Recht in der Pflege, 2010, Kap. 2, S. 17; vgl. eingehend Klie, in: Schaeffer/Wingefeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 251 f.
- 9) Ausdrücklich Bergmann, in: Jorzig/Uphoff (Hrsg.), Delegation und Substitution – wenn der Pfleger den Doktor ersetzt ..., 2010, S. 28 f.; vgl. für den Anwendungsbereich der Gesetzlichen Krankenversicherung §§ 15 Abs. 1, 28 Abs. 1 SGB V.

Dr. iur. Maximilian Gaßner,
Präsident des Bundesversicherungsamtes, und
Jens M. Strömer, LL.M. (Medizinrecht),
Referent im Bundesversicherungsamt,
Friedrich-Ebert-Allee 38, 53113 Bonn, Deutschland

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Analyse der haftungsrechtlichen Sorgfaltspflichten von gewerbsmäßig tätigen Pflegekräften (vgl. § 71 Abs. 3 SGB XI), zumal sich viele gesetzlich angeordnete Standards nicht auf die Pflege durch Laien beziehen.

B. Die praktische Bedeutung von Sorgfaltspflichten bei der Pflege

Bei der zivilrechtlichen Haftung von Pflegekräften und Trägern von Pflegeeinrichtungen wegen Pflegefehlern kommt der Feststellung der für Pflegekräfte bestehenden Sorgfaltspflichten zentrale Bedeutung zu. Im Haftungsrecht der Pflege kann eine Faustregel aufgestellt werden, nach der der Haftungsgrund in der Pflege nicht das Ausbleiben des Pflegeerfolgs, sondern das Abweichen vom geschuldeten Standard ist¹⁰. In der Pflege gibt es wenige erfolgsbezogene Pflichten. Ähnlich wie bei der Haftung des Arztes wird auch hier auf den „lebenden“ Organismus des Pflegebedürftigen und seine willentliche Entscheidung verwiesen, die den Pflegeerfolg beeinträchtigen kann. So bedeutet das Auftreten eines Druckgeschwürs im Rahmen der Pflege nicht notwendig, dass ihm ein Pflegedefizit zugrunde gelegen hat¹¹. Ebenso wenig kann allein aus dem Umstand, dass ein Pflegebedürftiger im Pflegeheim gestürzt ist und sich dabei verletzt hat, ohne weiteres auf eine schuldhaft Pflichtenverletzung des Pflegepersonals geschlossen werden¹². Vielmehr darf es gerade im Bereich der Pflege angesichts der hohen Bedeutung der Menschenwürde und des individuellen Freiheitsrechts des Pflegebedürftigen kein Gebot einer Gefahrverhinderung um jeden Preis geben, so dass eine eigenverantwortliche Risikosphäre des Pflegebedürftigen verbleibt. Das allgemeine Risiko schicksalhafter Verläufe kann dem Pflegebedürftigen nicht in jeder Hinsicht abgenommen werden¹³. Eine Haftung für Pflegefehler setzt entsprechend der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik voraus, dass die Pflegekraft eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, ein Schaden des Pflegebedürftigen entstanden ist, die Pflichtverletzung für den Schaden des Pflegebedürftigen ursächlich war und die Pflegekraft schuldhaft – auch i. S. von einfacher Fahrlässigkeit – gehandelt hat¹⁴.

Die Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der pflegerischen Versorgung kann zu einer Reihe zivilrechtlicher Ansprüche gegen die Pflegekraft bzw. den Träger der pflegerischen Versorgung (Pflegedienst, Pflegeheim, Krankenhaus) führen. Schuldner vertraglicher Haftungsansprüche ist regelmäßig die Trägereinrichtung als Vertragspartnerin, da sie für das Verschulden der Pflegekraft – die selbst regelmäßig nicht Vertragspartnerin ist – nach § 278 BGB einstehen muss¹⁵. Schuldner deliktischer Haftungsansprüche können grundsätzlich sowohl die Pflegekraft als auch die Trägereinrichtung sein¹⁶. In bestimmten Grenzsituationen kann eine Pflegekraft versuchen, ihre deliktsrechtliche Verantwortlichkeit durch das Einreichen einer Überlastungsanzeige teilweise auf die Trägereinrichtung zu verlagern¹⁷. Hierbei handelt es sich um eine Mitteilung an den Arbeitgeber, dass von einer bestehenden Überlastungssituation eine Gefährdung der Sicherheit und Gesundheit der anvertrauten Personen ausgehen kann. Sie ist gesetzlich nicht geregelt, wird aber aus §§ 15 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 S. 1 ArbSchG und einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Nebenpflicht (§§ 611 i. V. mit 241 Abs. 2, 242 BGB) hergeleitet¹⁸.

Dem Pflegebedürftigen können Schadensersatzansprüche, auch in Form von Schmerzensgeld, gegen die Pflegekraft bzw. den Träger der pflegerischen Versorgung erwachsen. Gegebenenfalls kann der Pflegebedürftige auch Nacherfüllung seines vertraglichen Anspruchs auf Pflege verlangen, das Entgelt für Pflegeleistungen kürzen¹⁹ oder zur Kündigung des der Pflege zugrundeliegenden Vertrags

berechtigt sein²⁰. Darüber hinaus können Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Pflege zu verschiedensten Konsequenzen auf dem Gebiet des Sozialrechts (vgl. § 115 Abs. 2 bis 5 SGB XI) und den weiteren Teilen des öffentlichen Rechts bis hin zur behördlichen Schließung einer Pflegeeinrichtung führen.

C. Der Maßstab der Sorgfalt: Der medizinisch-pflegerische Standard

I. Allgemeines

Die haftungsrechtlich bedeutsamste Sorgfaltspflicht der Pflegekräfte besteht in der Einhaltung des medizinisch-pflegerischen Standards bei der Durchführung der Pflege²¹ – teilweise auch missverständlich als Pflegestandard²² bezeichnet. Seine Geltung ist an verschiedenen Stellen im Gesetz angeordnet (vgl. §§ 11 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 3, 69 S. 1, 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 u. 4, 75 Abs. 3 S. 3, 87b Abs. 3 S. 1 Halbs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 a. E., 113a, 115 Abs. 3 S. 1 SGB XI sowie in manchen landesrechtlichen Regelungen wie z. B. Art. 3 Abs. 2 Nr. 4 BayPfleWoqG; angedeutet auch in § 7 Abs. 1 Nr. 2 WTG NW). Soweit es um medizinische Behandlungspflege geht, erfüllt der medizinisch-pflegerische Standard die Voraussetzungen des anerkannten fachlichen Standards i. S. des künftigen § 630a Abs. 2 BGB²³; allerdings sollen die §§ 630a ff. BGB n. F. nach der Gesetzesbegründung des Referentenentwurfs zum Patientenrechtegesetz nicht auf „reine Pflege- und Betreuungsmaßnahmen“ sowie auf die Langzeitpflege in Pflegeheimen anwendbar sein²⁴, so dass die §§ 630a ff. BGB n. F. hiernach nur auf die medizinische Behandlungspflege im ambulanten Bereich

10) Vgl. Hanika, PflR 2006, 202, 204; zu einem entsprechenden Rechtsatz im Arzthaftungsrecht *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rdnrn. 184ff.; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 13, Rdnr. 71.

11) BSG, Urt. v. 24.9.2002 – B 3 KR 15/02 R –, juris, Rdnr. 20 = SozR 3-2500 § 33 Nr. 47; OLG Braunschweig, Beschl. v. 7.10.2008 – 1 U 93/07 –, juris, Rdnrn. 8f. = NJW-RR 2009, 1109f.

12) BGH, Urt. v. 28.4.2005 – III ZR 399/04 –, juris, Rdnr. 8 = BGHZ 163, 53, 55f.; dagegen *Schultze=Zeu/Riehn*, VersR 2005, 1352ff.

13) *Lang/Herkenhoff*, NJW 2005, 1905f.

14) Vgl. *Hoffer/von Schwanenflügel*, in: *Möwisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem* (Hrsg.), *PflegeV-Komm*, § 113a, Rdnr. 41.

15) *Gaßner/Schottky*, MedR 2006, 391.

16) *Gaßner/Schottky*, MedR 2006, 391.

17) Zur Überlastungsanzeige in der Pflege *Hjort*, PflR 2009, 480, 485f., 489.

18) Vgl. *Lindner*, PersR 2011, 251f.; *Bell*, AiB 2011, 600f.; *Hjort*, PflR 2009, 480ff.

19) Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.4.2011 – I-24 U 130/10 –, juris, Rdnrn. 4ff. = GesR 2011, 555ff.

20) Vgl. *Krahmer/Pöld=Krämer*, in: *Klie/Krahmer* (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 11, Rdnr. 8.

21) *Klie*, in: *Schaeffer/Wingenfeld* (Hrsg.), *Handbuch Pflegewissenschaft*, 2011, S. 252f.; *Theuerkauf*, MedR 2011, 72f.; *Hjort*, PflR 2009, 480, 484f.; *Gaßner/Schottky*, MedR 2006, 391, 397f.; *Nübling/Schrempf/Kress/Löschmann/Neubart/Kuhlmei*, Bundesgesundheitsblatt 2004, 133; vgl. auch *Krahmer/Pöld=Krämer*, in: *Klie/Krahmer* (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 11, Rdnrn. 7f.

22) Der Begriff „Pflegestandard“ ist als Bezeichnung für den haftungsrechtlich maßgeblichen Standard nicht eindeutig, da Instrumente zur Qualitätssicherung (als einzelne Konkretisierungen des haftungsrechtlich maßgeblichen Standards) ebenfalls als „Pflegestandard“ bezeichnet werden.

23) I. d. F. des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz, Stand: 16.1.2012.

24) S. 20 des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz und des Bundesministeriums für Gesundheit zum Patientenrechtegesetz, Stand: 16.1.2012.

sowie in Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen unmittelbare Anwendung finden dürften²⁵.

Die dogmatische Grundlage für die Funktion des medizinisch-pflegerischen Standards als Haftungsmaßstab findet sich im Vertrags- und Deliktsrecht²⁶.

Es gibt keine allgemein anerkannte Definition des medizinisch-pflegerischen Standards; er kann aber als jeweiliger Stand der pflegewissenschaftlichen²⁷ Erkenntnisse und der allgemeinen pflegerischen Erfahrung, die zur Erreichung des Pflegeziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat, beschrieben werden²⁸. Er wird rein fachwissenschaftlich und damit außerrechtlich bestimmt²⁹. Aufgrund seiner Anknüpfung an die sich stets aktualisierenden wissenschaftlichen Erkenntnisse und aktuellen Erfahrungen der praktischen Pflege ist er dynamisch und ständigem Wandel unterworfen³⁰. Der medizinisch-pflegerische Standard bezieht sich nicht nur auf die Qualität einer Einzelleistung, sondern auch auf die Gesamtleistung. Er fordert nicht nur ein bestimmtes Niveau der Pflegeleistungen, sondern äußert sich auch in Aufsichts- und Überwachungspflichten³¹. Darüber hinaus bestehen auch Pflichten zur Aufklärung des Pflegebedürftigen über Gefahren bzw. über die Möglichkeit eigenverantwortlicher Maßnahmen des Pflegebedürftigen zur Sicherung des Pflegeerfolgs, wie z. B. Hinweise über bestehende Sturzrisiken und Möglichkeiten zu deren Minderung³².

II. Die Bedeutung der evidenzbasierten Pflegewissenschaft für die Feststellung des medizinisch-pflegerischen Standards

Nach verbreiteter Meinung wird angezweifelt, dass es überhaupt einen pflegewissenschaftlichen Konsens über einen bestimmten medizinisch-pflegerischen Standard gibt³³. Auch wenn es in der Pflegewissenschaft derzeit keinen Konsens über einen bestimmten Standard geben mag, können bei der Bestimmung des medizinisch-pflegerischen Standards dennoch allgemein anerkannte Prinzipien und Erkenntnisse herangezogen werden. Neben anerkannten Grundprinzipien wie z. B. dem Postulat der aktivierenden Pflege (vgl. § 11 Abs. 2 S. 2 SGB V, §§ 11 Abs. 1 S. 2, 87a Abs. 4 S. 1 SGB XI) zählen hierzu insbesondere solche Erkenntnisse, die nach dem Prinzip der Evidenzbasierung gewonnen worden sind (sog. Evidence-based nursing³⁴). Das Konzept evidenzbasierten Handelns wurde zunächst in der Medizin aufgegriffen, systematisiert und wissenschaftlich durchdrungen (sog. Evidence-based medicine)³⁵. Ausgehend von der Entwicklung der evidenzbasierten Medizin hat der Gedanke der Evidenzbasierung auch in der Pflege Eingang gefunden³⁶. Auch wenn wegen der Komplexität der Querschnittsmaterie „Pflege“ eine umfassende Evidenzbasierung der pflegerischen Versorgung nicht möglich ist³⁷, dürfte immerhin eine partielle Evidenzorientierung stets möglich und angezeigt sein. Aufgrund der Erkenntnisse der evidenzbasierten Pflegewissenschaft haben sich bereits einige traditionelle Pflegemaßnahmen als wirkungslos oder gar schädlich erwiesen. So wird es als gesichert angesehen, dass die traditionell als Dekubitusprophylaxe angewandte Maßnahme, Körperflächen zu vereisen und anschließend zu fönen, um die Durchblutung zu fördern, mehr Schaden anrichtet als Nutzen bringt³⁸. In jüngerer Zeit wurde Entsprechendes auch für die großflächige Rasur von Körperflächen im Rahmen der Operationsvorbereitung zur Prävention von Wundinfektionen festgestellt³⁹. Die Durchführung solcher Pflegemaßnahmen dürfte damit klar dem medizinisch-pflegerischen Standard widersprechen. Allerdings können auch auf hoher wissenschaftlicher Nachweisbarkeit beruhende Erkenntnisse über die Wirksamkeit von Pflegemaßnahmen nicht unbeschadet als Grundlage für einen bestimmten medizinisch-pflegerischen Standard übernommen werden. Vielmehr dürfen auch auf der besten verfügbaren wissenschaftlichen Nachweisbarkeit beruhende Erkenntnisse über die Wirksamkeit von Pflegemaßnahmen nur unter spezifi-

scher Berücksichtigung des komplexen pflegerischen Kontexts in den medizinisch-pflegerischen Standard überführt werden⁴⁰. So müssen die Ganzheitlichkeit von (körperlicher) pflegerischer Versorgung und (seelischer) Betreuung sowie das Postulat der aktivierenden Pflege angemessene Berücksichtigung finden. Überdies muss gerade in der

- 25) Es erschließt sich nicht unmittelbar, weshalb die §§ 630a ff. BGB n.F. nicht auf die medizinische Behandlungspflege im Pflegeheim anwendbar sein sollen, zumal die medizinische Behandlungspflege nach § 84 Abs. 1 S. 1 SGB XI zum obligatorischen Leistungsprogramm eines Pflegeheims gehört. Möglicherweise erachtet der Gesetzgeber die bestehenden Vorgaben für die Heimpflege als ausreichend.
- 26) Vgl. BGH, Urt. v. 28. 4. 2005 – III ZR 399/04 –, juris, Rdnr. 6 = BGHZ 163, 53, 55; Hanika, PflR 2006, 202, 204. Die vertragliche Haftung ergibt sich aus der Tatsache, dass Verträge über Pflegeleistungen regelmäßig auf die Erbringung von Pflegeleistungen nach dem medizinisch-pflegerischen Standard gerichtet sind. Die deliktsrechtliche Verpflichtung zur Beachtung des medizinisch-pflegerischen Standards beruht auf der allgemeinen Pflicht, andere nicht körperlich oder gesundheitlich zu verletzen und die für Pflegekräfte bestehenden besonderen Rechtspflichten zu beachten. Darüber hinaus ergibt sich die deliktische Verantwortlichkeit daraus, dass das Gesetz regelmäßig auf den medizinisch-pflegerischen Standard abstellt.
- 27) Dies umfasst den jeweiligen Stand der Medizin als wichtiger Bezugswissenschaft der Pflegewissenschaft.
- 28) Vgl. Neumaier, RDG 2009, 112f.
- 29) Theuerkauf, MedR 2011, 72f.
- 30) Neumaier, RDG 2009, 112f.; Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 397; vgl. auch Krahrmer/Pöld=Krämer, in: Klie/Krahrmer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 11, Rdnr. 7; BT-Dr. 12/5262, S. 92.
- 31) Zu Aufsichts- und Überwachungspflichten Weiß, Recht in der Pflege, 2010, Kap. 5, 1, S. 145ff.; Hanika, PflR 2006, 202, 206; vgl. auch OLG Köln, Beschl. v. 25. 8. 2008 – 5 U 73/10 –, juris, Rdnr. 4 = MedR 2011, 438.
- 32) Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391 f., 399.
- 33) Trenk=Hinterberger, in: Wannagat (Hrsg.), SGB XI, § 11, Rdnr. 6; Wagner, in: Hauck/Wilde (Hrsg.), SGB XI, § 11, Rdnr. 5; Igl, SGB 2007, 381, 383, 393; Udsching, SGB 2007, 694, 698; Meyer, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 137.
- 34) Zu Evidence-based nursing ausführlich Behrens/Langer (Hrsg.), Handbuch Evidence-based Nursing, 2010; Behrens, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 151 ff.
- 35) Wegweisend zum Verständnis der evidenzbasierten Medizin der Aufsatz von David Sackett u. a. in: Sackett/Rosenberg/Gray/Haynes/Richardson, British Medical Journal 1996 (Band 312), S. 71.
- 36) Vgl. zur Evidenzbasierung im Recht der Pflege ansatzweise Klie, in: Klie/Kramer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 113a, Rdnr. 6; Gutzler, in: Hauck/Wilde (Hrsg.), SGB XI, § 113a, Rdnr. 10; Damm, MedR 2010, 451, 454; Kostorz/Aufderhorst/Fecke/Hesa/Mört/Wübbeler/Ziegler, WzS 2010, 179, 185; Neumann, RDG 2009, 112, 114; aus pflegewissenschaftlicher Perspektive Geraedts/Holle/Vollmar/Bartholomeyczik, Bundesgesundheitsblatt 2011, 185, 188; Bartholomeyczik, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 69; Behrens, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 151 ff.; Behrens/Langer, in: Behrens/Langer (Hrsg.), Handbuch Evidence-based Nursing, 2010, S. 21–41; Nübling/Schrempf/Kress/Löschmann/Neubart/Kuhlmey, Bundesgesundheitsblatt 2004, 133, 136.
- 37) Vgl. dazu Hoffer/von Schwanenflügel, die der Auffassung sind, Expertenstandards könnten als Ganzes nicht evidenzbasiert sein, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm., § 113a, Rdnr. 12.
- 38) Meyer, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 138.
- 39) Meyer, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 138.
- 40) In der Pflegewissenschaft gibt es eine Diskussion, ob für die Pflege sinnvollerweise dieselben methodologischen Ansprüche gelten sollen wie für Studien der Medizin, vgl. dazu Meyer, in: Schaeffer/Wingenfeld, Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 137f.; auch Bartholomeyczik, in: Schaeffer/Wingenfeld, Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 84.

Pflege die formale Evidenz mit den allgemeinen Erfahrungen der Praxis abgeglichen werden⁴¹. Die Bestimmung des medizinisch-pflegerischen Standards darf sich nicht auf die Anwendung von Kriterien der evidenzbasierten Pflegewissenschaft beschränken, weil fehlende Evidenz nicht fehlende Wirksamkeit bedeutet („Absence of evidence is not evidence of absence“)⁴². Insgesamt vergrößert sich beständig der Bestand dessen, was nach den Grundsätzen der evidenzbasierten Pflegewissenschaft als medizinisch-pflegerischer Standard angesehen werden muss.

D. Die Bedeutung anderer haftungsrechtlicher Pflichten

Die Pflicht zur Beachtung des medizinisch-pflegerischen Standards kann jedoch nicht losgelöst von anderen allgemein bestehenden Rechtspflichten wie z.B. der Pflicht zur Beachtung der Freiheitssphäre des Pflegebedürftigen gesehen werden. So steht die Pflicht zur Beachtung des medizinisch-pflegerischen Standards typischerweise in einem Spannungsverhältnis zum Recht des Pflegebedürftigen auf seine persönliche Freiheit⁴³. Aufgrund des Selbstbestimmungsrechts des Pflegebedürftigen (vgl. § 2 SGB XI) ist es unzulässig, Maßnahmen ohne oder gar gegen den Willen des Pflegebedürftigen durchzuführen, selbst wenn dies der medizinisch-pflegerische Standard gebieten sollte⁴⁴. Auch wenn der medizinisch-pflegerische Standard eine Freiheitsbeschränkung (z.B. das Anbringen eines Bettgitters) oder eine Körperverletzung gebietet, ist dies nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund hierfür vorliegt. Die erforderliche Rechtfertigung erfolgt typischerweise durch eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung des Pflegebedürftigen⁴⁵. Allerdings ist der Pflegebedürftige nachdrücklich über die Gesamtsituation und insbesondere über die möglichen Folgen einer Verweigerung der Einwilligung aufzuklären⁴⁶. Er kann sein Selbstbestimmungsrecht nur dann sinnvoll ausüben, wenn er die Tragweite seiner Entscheidung überblickt⁴⁷. Ist ein Pflegebedürftiger zur Erteilung einer Einwilligung nicht in der Lage (z.B. bei manchen Formen dementieller Beeinträchtigungen), kann sie durch einen Betreuer i. S. des Betreuungsrechts erfolgen bzw. ist in Extremfällen – z. B. bei freiheitsentziehenden Maßnahmen – eine Genehmigung durch das Betreuungsgericht erforderlich (vgl. § 1906 Abs. 4 BGB)⁴⁸. Bei fehlender Einwilligung kann die Situation eines rechtfertigenden Notstands vorliegen, der angesichts der hohen Bedeutung der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts des Pflegebedürftigen jedoch zurückhaltend angenommen werden sollte. Letztlich kommt es auf eine am Einzelfall orientierte Güterabwägung an, bei der die überragende Bedeutung der Grundrechte beachtet werden muss⁴⁹. Bei der Entscheidung über das Vorliegen von Pflegefehlern hat der BGH stets die hohe Bedeutung der Menschenwürde und des Freiheitsrechts des Pflegebedürftigen betont⁵⁰.

Darüber hinaus bestehen noch weitere Pflichten wie etwa gesundheitsschutzrechtliche Vorgaben⁵¹ oder die Dokumentationspflicht⁵², deren Verletzung insbesondere zu einer Beweislastumkehr in einem Haftungsprozess führen kann⁵³.

E. Die Bedeutung von Expertenstandards und weiteren Standards in der Pflege

I. Allgemeines

Der Begriff des „Standards“ wird beim medizinisch-pflegerischen Standard in einer abstrakt-generellen Weise als Bezeichnung für die Gesamtheit der zu beachtenden Sorgfaltspflichten verwendet, während in der Pflege sonst nur einzelne Konkretisierungen des medizinisch-pflegerischen Standards als „Standard“ bezeichnet werden⁵⁴. Zu solchen Konkretisierungen gehören insbesondere Expertenstandards, Qua-

litätsniveaus, Pflegestandards und Qualitätsvereinbarungen nach § 113 SGB XI. Expertenstandard ist die Bezeichnung für ein von Experten verfasstes schriftliches Werk, dessen Inhalt darauf ausgerichtet ist, den medizinisch-pflegerischen Standard in Bezug auf einen oder mehrere Gesichtspunkte zu konkretisieren⁵⁵. Bei Expertenstandards ist in solche zu unterscheiden, die nach dem Verfahren des § 113a SGB XI zustande gekommen sind, und andere, die außerhalb des Verfahrens nach § 113a SGB XI zustande gekommen sind⁵⁶. Darüber hinaus wird in monodisziplinäre und multidisziplinäre Expertenstandards unterschieden⁵⁷. Als „Qualitätsniveaus“ werden besondere Formen multidisziplinärer Expertenstandards bezeichnet, bei denen die Ganzheitlichkeit von Pflege und Betreuung in besonderer Weise berücksichtigt wird⁵⁸. Pflegestandards sind Instrumente zur Qualitätssicherung der Pflege in Form von Konkretisierungen des medizinisch-pflegerischen Standards und damit eine Art Vorstadium zu Expertenstandards bzw. ein Oberbegriff zu

- 41) Vgl. Schiemann/Moers, in: Schaeffer/Wingenfeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 632; Behrens/Langer, in: Behrens/Langer (Hrsg.), Handbuch Evidence-based Nursing, 2010, S. 29 ff.
- 42) Biller=Andorno/Lenk, in: Kunz/Ollenschläger/Raspe/Jonitz/Donner=Banzhoff (Hrsg.), Lehrbuch Evidenzbasierte Medizin, 2. Aufl. 2007, Kap. 37.4, S. 390; Alderson, British Medical Journal 2004 (Band 328), S. 476 f.; Altman/Bland, British Medical Journal 1995 (Band 311), S. 485.
- 43) Vgl. BGH, Urt. v. 28. 4. 2005 – III ZR 399/04 –, juris, Rdnr. 8 = BGHZ 163, 53, 55 f.; Damm, MedR 2010, 451 ff.; Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 396 f.; Lang/Herkenhoff, NJW 2005, 1905 f.
- 44) Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 397; vgl. dazu Weiß, Recht in der Pflege, 2010, Kap. 6, 5.3, S. 192 f.; Kap. 7, 2, S. 231 ff.
- 45) Theuerkauf, MedR 2011, 72, 76 f.; vgl. auch Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 397.
- 46) Theuerkauf, MedR 2011, 72, 76 f.; Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 397.
- 47) Vgl. Damm, MedR 2010, 451, 460, nach dem bei kranken und pflegebedürftigen Personen vielfach Kompetenzdefizite hinsichtlich der Ausübung von Selbstbestimmung vorliegen.
- 48) Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 397.
- 49) Lang/Herkenhoff, NJW 2005, 1905 f.; vgl. auch Damm, MedR 2010, 451, 463.
- 50) BGH, Urt. v. 28. 4. 2005 – III ZR 399/04 –, juris, Rdnrn. 8 ff. = BGHZ 163, 53, 55 ff.
- 51) Hierzu zählen beispielsweise das Hygiene- und Infektionsschutzrecht, das Medizinproduktrecht und das Lebensmittelrecht. Zu Hygienemängeln in Pflegeheimen als Haftungsfehler Großkopf/Krüger, RDG 2010, 276 ff.
- 52) Die Dokumentationspflicht ist vertragliche Nebenpflicht und ergibt sich auch aus heimrechtlichen und sozialrechtlichen Vorschriften (vgl. Weiß, Recht in der Pflege, 2010, Kap. 7, 1.2, S. 220 ff.).
- 53) Vgl. Weiß, Recht in der Pflege, 2010, Kap. 6, 6.4, S. 216 f.; Hanika, PflR 2006, 202, 207.
- 54) Dies beruht darauf, dass der Begriff des „Standards“ in der pflegewissenschaftlichen Terminologie anders als in der juristischen Terminologie verwendet wird. In der Pflegewissenschaft hat das Wort „Standard“ eine spezifische Bedeutung und meint ein Instrument des Wissenstransfers von der Forschung in die Praxis (Schiemann/Moers, in: Schaeffer/Wingenfeld [Hrsg.], Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 624).
- 55) Vgl. Leitherer, in: KassKomm., § 113a SGB XI, Rdnr. 4; Bassen, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 113a, Rdnr. 3; Theuerkauf, MedR 2011, 72 f.
- 56) Vgl. Theuerkauf, MedR 2011, 72 ff.; Damm, MedR 2010, 451, 458.
- 57) Klie, in: Klie/Krahmer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 113a, Rdnr. 6; Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm., § 113a, Rdnr. 8; vgl. auch Theuerkauf, MedR 2011, 72.
- 58) Vgl. Klie, in: Klie/Krahmer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 113a, Rdnr. 5; Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm., § 113a, Rdnrn. 7 f.; Damm, MedR 2010, 451, 455; Neumaier, RDG 2009, 112, 114.

Expertenstandards⁵⁹. Mit dem Begriff „Expertenstandard“ wird in Abgrenzung zum allgemeineren Begriff des Pflegestandards deutlich gemacht, dass sie sich nicht auf beliebigem Weg herausgebildet haben, sondern von Fachexperten auf fachwissenschaftlicher Basis entwickelt und abgestimmt wurden⁶⁰. Bei Qualitätsvereinbarungen nach § 113 SGB XI handelt es sich um Normenverträge, in denen bestimmte Standards vereinbart werden⁶¹. In Qualitätsvereinbarungen können daher grundsätzlich sämtliche vorgenannten Standards vereinbart werden⁶². Darüber hinaus werden für die Beurteilung der Qualität von Pflegeleistungen Empfehlungen und Stellungnahmen verschiedener Institutionen und Verbände⁶³ und sogar Vorgaben des Deutschen Instituts für Normung e. V. (DIN-Normen)⁶⁴ sowie der Technischen Überwachungsvereine („TÜV-Pflegesiegel“)⁶⁵ herangezogen. Mit Blick auf § 112 Abs. 2 SGB XI sind die Pflegeeinrichtungen aufgerufen, ein einrichtungsinternes Qualitätssicherungskonzept in Eigenverantwortung einzurichten⁶⁶. Letztlich können angesichts des derzeitigen Trends zur allgemeinen Zertifizierung unzählige privat aufgestellte Standards in das Blickfeld geraten, bei denen teilweise die mangelnde wissenschaftliche Fundierung kritisiert wird⁶⁷.

Expertenstandards nach § 113a SGB XI sind für Pflegeeinrichtungen gemäß §§ 112 Abs. 2 S. 1, 113a Abs. 3 S. 2 SGB XI verbindlich. Qualitätsvereinbarungen i. S. des § 113 SGB XI sollen nach § 113 Abs. 1 S. 3 SGB XI für Pflegeeinrichtungen verbindlich sein; sie sind trotz vereinzelt geäußelter verfassungsrechtlicher Bedenken jedenfalls faktisch verbindlich⁶⁸. Expertenstandards nach § 113a SGB XI sind in der Regel zugleich haftungsrechtliche Sorgfaltspflichten, weil sich in ihnen (idealerweise) der medizinisch-pflegerische Standard ausdrückt⁶⁹ und weil ihre in den §§ 112 Abs. 2 S. 1, 113a Abs. 3 S. 1 SGB XI angeordnete sozialrechtliche Verbindlichkeit im Haftungsrecht berücksichtigt werden muss⁷⁰. Dagegen sind Expertenstandards, die nicht nach § 113a SGB XI zustande gekommen sind, ebenso wie die anderen geschilderten Standards haftungsrechtlich nur insoweit von Bedeutung, als sich in ihnen der medizinisch-pflegerische Standard ausdrückt. Soweit Standards, die nicht von Gesetzes wegen verbindlich sind, über den medizinisch-pflegerischen Standard hinausgehen, sind sie haftungsrechtlich nicht maßgeblich, da das Haftungsrecht keine Überversorgung verlangt – jedenfalls solange sie nicht ausdrücklich vereinbart ist⁷¹.

II. Die Sorgfaltspflichten bei Abweichungen eines verbindlichen Expertenstandards vom medizinisch-pflegerischen Standard

Soweit es zu einem Auseinanderklaffen von nach § 113a SGB XI zustande gekommenen Expertenstandards und dem medizinisch-pflegerischen Standard kommt, ist haftungsrechtlich in der Regel allein der medizinisch-pflegerische Standard maßgeblich. Der medizinisch-pflegerische Standard kann ohne weiteres über einen Expertenstandard i. S. des § 113a SGB XI hinausgehen⁷². Dies liegt daran, dass ein Expertenstandard lediglich eine Momentaufnahme des dynamischen medizinisch-pflegerischen Standards darstellt⁷³. Die Fortentwicklung des medizinisch-pflegerischen Standards kann dazu führen, dass auch nach § 113a Abs. 3 S. 2 SGB XI verbindliche Expertenstandards einen wissenschaftlich überholten Stand wiedergeben und ihre Beachtung daher zur Gewährleistung des aktuellen medizinisch-pflegerischen Standards nicht (mehr) ausreicht⁷⁴. Primärer Anknüpfungspunkt des Haftungsrechts bleibt stets der medizinisch-pflegerische Standard, selbst wenn ein Expertenstandard nach § 113a Abs. 3 S. 2 SGB XI gesetzlich verbindlich ist⁷⁵. In dieser Hinsicht handelt es sich bei der Verbindlichkeit von Expertenstandards nach § 113a SGB XI nur um eine Mindestvorgabe⁷⁶. Steht ein Expertenstandard i. S. des § 113a SGB XI zum medizinisch-pflegerischen Standard inhaltlich in einer

Weise in Widerspruch, dass die Befolgung des Expertenstandards einen Verstoß gegen den medizinisch-pflegerischen Standard zur Folge hat, bleibt haftungsrechtlich ebenfalls allein der medizinisch-pflegerische Standard maßgeblich⁷⁷. Ein inhaltlicher Widerspruch eines Expertenstandards zum medizinisch-pflegerischen Standard kann nur darauf beruhen, dass der Expertenstandard an einen überholten medizinisch-pflegerischen Standard anknüpft oder aus sonstigen Gründen fehlerhaft ist. Pflegekräfte dürfen deshalb auch verbindlich gewordene Expertenstandards nicht als unumstößlichen status quo hinnehmen, sondern sie haben diese bei entsprechenden Anhaltspunkten unter Berücksichtigung des verfügbaren medizinisch-pflegerischen Wissens kritisch zu hinterfragen⁷⁸. Ein Abweichen vom Expertenstandard kann daher haftungsrechtlich zulässig bzw. sogar geboten sein, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen; allerdings wird teilweise eine Beweislastumkehr zu Lasten der Pflegekraft angenommen, wenn das Verhalten der Pflegekraft den Vorgaben des jeweiligen Expertenstandards widerspricht⁷⁹.

59) Vgl. Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113a, Rdnr. 4.

60) Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113a, Rdnr. 5.

61) Bassen, in: Udsching (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 113, Rdnrn. 2 ff.

62) Vgl. Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113, Rdnr. 13.

63) Weiß, Recht in der Pflege, 2010, Kap. 6, 6.2, S. 207; vgl. dazu Nübling/Schremp/Kress/Löschmann/Neubart/Kuhlmey, Bundesgesundheitsblatt 2004, 133 f.

64) Geraedts/Selbmann, in: Schaeffer/Wingefeld (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 611 f.

65) Nübling/Schremp/Kress/Löschmann/Neubart/Kuhlmey, Bundesgesundheitsblatt 2004, 133 f.

66) Garlich/Mowisch, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 112, Rdnr. 9.

67) Vgl. dazu bereits Nübling/Schremp/Kress/Löschmann/Neubart/Kuhlmey, Bundesgesundheitsblatt 2004, 133 f.

68) Klie, in: Klie/Krahmer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 113, Rdnr. 8.

69) Vgl. Theuerkauf, MedR 2011, 72, 75.

70) Vgl. Klie, in: Klie/Krahmer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 113a, Rdnr. 7.

71) Vgl. Garlich/Mowisch, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 112, Rdnr. 9.

72) Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113a, Rdnr. 30.

73) Theuerkauf, MedR 2011, 72, 75.

74) Theuerkauf, MedR 2011, 72, 75; Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113a, Rdnr. 30.

75) Theuerkauf, MedR 2011, 72 f.

76) Vgl. Klie, in: Klie/Krahmer (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 112, Rdnr. 7.

77) Zu einem solchen inhaltlichen Widerspruch kann es kommen, wenn ein Expertenstandard auf einer medizinisch-pflegerischen Erkenntnis beruht, die sich im Nachhinein als unzutreffend erwiesen hat. In einer solchen Situation kommt es zu einer Kollision sozialrechtlicher Pflichten, weil die gesetzliche Verpflichtung der §§ 112 Abs. 2 S. 1, 113a Abs. 3 S. 2 SGB XI (sowie die entsprechenden Pflichten aus den Versorgungsverträgen, vgl. § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XI), die Expertenstandards nach § 113a SGB XI zu beachten, im Widerspruch zur Verpflichtung der §§ 11 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 3 S. 1 SGB XI stünde, den medizinisch-pflegerischen Standard zu beachten. Im Fall einer solchen Kollision kommt nach der hier gebotenen teleologischen Auslegung der Verpflichtung auf den medizinisch-pflegerischen Standard sozialrechtlich Vorrang zu, weil sich die Funktion von Expertenstandards auf die Umsetzung des medizinisch-pflegerischen Standards in die Praxis beschränkt.

78) Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113a, Rdnr. 29 f.

79) Hoffer/von Schwanenflügel, in: Mowisch/von Schwanenflügel/Behr/Heberlein/Wasem (Hrsg.), PflegeV-Komm, § 113a, Rdnr. 43.

Teil 2: Die Limitierung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit durch das Teilkaskoprinzip der sozialen Pflegeversicherung

A. Vorbemerkung

Die Ausformung der haftungsrechtlichen Sorgfaltspflichten wird in der Pflege durch die vertraglichen und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen mitgeprägt. Die Reichweite der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit hängt auch vom vertraglich vereinbarten Umfang der Pflege ab. Der Vertragsinhalt orientiert sich aber seinerseits auch an den sozialrechtlichen Rahmenbedingungen. Aufgrund der Unterschiede der jeweiligen Vertragstypen – Pflegevertrag für den ambulanten Bereich/Heimvertrag für die Heimpflege/Krankenhausvertrag⁸⁰ – unterscheidet sich die Reichweite der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechend nach dem jeweils betroffenen Pflegebereich.

B. Die Verträge über Pflegeleistungen

Den Pflegeleistungen liegen regelmäßig zivilrechtliche Verträge der Pflegebedürftigen mit den Pflegeeinrichtungen zugrunde⁸¹, deren Inhalt jedoch aufgrund gesetzlicher und rahmenvertraglicher Vorgaben weitgehend vorbestimmt ist⁸². Die Höhe der Vergütung richtet sich häufig nach einer Vergütungsregelung der Trägereinrichtung, die nach sozialrechtlichen Bestimmungen zustande gekommen ist⁸³. Soweit ein Anspruch auf Leistungen der sozialen Pflegeversicherung besteht, beteiligt sich die Pflegekasse an den vom Pflegebedürftigen vertraglich vereinbarten Kosten. Mit der Zahlung ihres Anteils an die Trägereinrichtung hat die Pflegekasse in der Regel ihre leistungsrechtliche Hauptpflicht erfüllt (vgl. §§ 82 Abs. 1 S. 2 i. V. mit 87a Abs. 3 S. 1, 120 Abs. 4 SGB XI). Nahezu alle Ansprüche auf Leistungen der sozialen Pflegeversicherung⁸⁴ sind durch eine finanzielle Maximalhöhe begrenzt, so dass der von der Pflegekasse zu übernehmende Betrag zur Zahlung der geschuldeten Vergütung in der Regel nicht ausreicht. Der weitergehende Bedarf muss vom Pfe-

gebedürftigen aus eigenen Mitteln oder von der Sozialhilfe finanziert werden⁸⁵.

C. Der Zusammenhang zwischen dem Teilkaskoprinzip der sozialen Pflegeversicherung und der Haftung in der Pflege

I. Das Teilkaskoprinzip in der Pflegeversicherung

Mit dem Schlagwort „Teilkaskoprinzip“ wird die Ergänzungsfunktion der Pflegeleistungen der sozialen Pflegeversicherung umschrieben. Der Anspruch des Pflegebedürftigen gegen die Pflegekasse geht von vornherein nicht auf die vollständige finanzielle Abdeckung der erforderlichen Pflege. Der Pflegebedürftige⁸⁶ soll einen klar definierten Anteil an den Pflegekosten selbst übernehmen („Ergänzungsfunktion der Pflegeversicherung“, „Prinzip der fragmentarischen Bedarfsdeckung“). Auch wenn die grundsätzliche Geltung des Sachleistungsprinzips (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 SGB XI) im Pflegeversicherungsrecht bei unbefange-

80) Bei ambulanten Pflegesachleistungen liegt der Grundpflege ein Pflegevertrag (§ 120 SGB XI), bei der Heimpflege ein Heimvertrag und bei der Pflege im Rahmen einer Krankenhausbehandlung ein Vertrag über die Komplexleistung „Krankenhausbehandlung“ (Krankenhausvertrag) zugrunde. Daneben kann die Erbringung von Pflegeleistungen in weiteren Verträgen vereinbart werden, wie z. B. in Verträgen über die Erbringung stationärer Vorsorge- oder Rehabilitationsleistungen.

81) Pflege- und Heimvertrag werden zwischen Pflegebedürftigem und der jeweiligen Pflegeeinrichtung (ambulanter Pflegedienst bzw. Pflegeheim) abgeschlossen, wobei Schuldner des Vergütungsanspruchs gemäß § 82 Abs. 1 S. 2 SGB XI Pflegebedürftiger und Pflegekasse sind. Die Pflegekasse hat gemäß § 120 Abs. 4 SGB XI bzw. § 87a Abs. 3 S. 1 SGB XI ihren Anteil an der Vergütung unmittelbar an die Pflegeeinrichtung zu zahlen, während der Pflegebedürftige nur insoweit zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist, als die in Anspruch genommenen Pflegeleistungen den von der Pflegekasse zu tragenden Anteil überschreiten (Schütze, in: *Udsching* [Hrsg.], SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 82, Rdnr. 8; *Plantholz/Schmäing*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 82, Rdnr. 6; *Griep/Renn*, Pflegesozialrecht, 4. Aufl. 2009, Rdnrn. 127, 145, 284). Die medizinische Behandlungspflege kann als Annex zur Grundpflege im Pflegevertrag mit vereinbart sein oder auf einem separaten Vertrag über die medizinische Behandlungspflege beruhen (vgl. im Einzelnen zur schwierigen Aufteilung der Leistungspflichten bei der Notwendigkeit gleichzeitiger Grund- und Behandlungspflege BSG, Urt. v. 17.6.2010 – B 3 KR 7/09 R –, juris, Rdnrn. 13 ff. = SozR 4-2500 § 37 Nr. 11; *Wrana*, ASR 2011, 89 ff.). Die pflegerischen Leistungen der Pflege im Krankenhaus werden grundsätzlich vom Krankenhausvertrag mit abgedeckt, vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG.

82) Der Vertragsinhalt der Pflegeverträge ist durch gesetzliche (vgl. § 120 i. V. mit 75, 82, 89 f. SGB XI) und normenvertragliche (vgl. § 75 SGB XI i. V. mit den Landesrahmenverträgen über ambulante Pflegeleistungen) Vorgaben weitgehend vorbestimmt (vgl. BGH, Urt. v. 9.6.2011 – III ZR 203/10 –, juris, Rdnrn. 11 ff. = GesR 2011, 552 ff.; *Bassen*, in: *Udsching* [Hrsg.], SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 120, Rdnr. 5; *Krahmer*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 120, Rdnr. 8). Der Vertragsinhalt der Heimverträge ist ebenfalls durch gesetzliche (vgl. § 119 SGB XI bzw. entsprechende Vorschriften in den Heimgesetzen der Länder i. V. mit §§ 75, 82, 84 bis 88 SGB XI) und normenvertragliche (§ 75 SGB XI i. V. mit den Landesrahmenverträgen der Länder über die stationäre Pflege) Vorgaben weitgehend vorbestimmt (vgl. *Klie*, in: *Klie/Krahmer* [Hrsg.], SGB XI, 3. Aufl. 2009, § 119, Rdnr. 5).

83) Bei der ambulanten Pflege richtet sich die Vergütung nach den nach § 89 SGB XI von den ambulanten Pflegediensten mit den in § 89 Abs. 2 SGB XI genannten Institutionen abgeschlossenen Vergütungsvereinbarungen, die insoweit Drittwirkung für den Pflegebedürftigen haben. Soweit das Bundesministerium für Gesundheit eine nach § 90 SGB XI mögliche Gebührenordnung erlässt, verdrängt diese in ihrem Anwendungsbereich die vom ambulanten Pflegedienst mit den in § 89 Abs. 2 SGB XI genannten Institutionen abgeschlossenen Vergütungsvereinbarungen (§ 89 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Bei der Heimpflege richtet sich die Vergütung nach Pflegesätzen, die der Träger des Pflegeheims mit den in § 85 Abs. 2 S. 1 SGB XI genannten Institutionen vereinbart und die insoweit Drittwirkung für den Pflegebedürftigen haben (§§ 84–86 SGB XI), nach den stets vom Pflegebedürftigen allein zu tragenden Entgelten für Unterkunft und Verpflegung, die ebenfalls nach vorgeanntem Verfahren vereinbart werden (§§ 87–87a SGB XI), sowie eventuellen Zuschlägen für Zusatzleistungen (§ 88 SGB XI). Allerdings können sowohl ambulante Pflegedienste und Pflegeheime auf den Abschluss solcher Vergütungsvereinbarungen verzichten (vgl. § 91 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Im Fall eines solchen Verzichts auf Vergütungsvereinbarungen können die Pflegeeinrichtungen den Preis für die ambulanten und stationären Pflegeleistungen unmittelbar mit dem Pflegebedürftigen vereinbaren; dieser kann sich einen Anteil der Kosten von der Pflegekasse nach Maßgabe des § 91 SGB XI im Wege der Kostenerstattung erstatten lassen. Vgl. auch die Möglichkeit einer Verordnung zur Regelung der Pflegevergütung nach § 83 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2, 4 SGB XI, von der bislang kein Gebrauch gemacht wurde und mit deren Erlass derzeit nicht gerechnet wird (Schütze, in: *Udsching* [Hrsg.], SGB XI, 3. Aufl. 2010, § 83, Rdnr. 3).

84) Nur wenige Leistungsansprüche wie Ansprüche auf Pflegehilfsmittel und Pflegekurse werden nicht von einer finanziellen Deckelung des Leistungsanspruchs erfasst.

85) *Udsching*, in: *Udsching* (Hrsg.), SGB XI, 3. Aufl. 2010, Einl., Rdnr. 2; vgl. auch BSG, Urt. v. 1.9.2005 – B 3 P 4/04 R –, juris, Rdnrn. 18 ff. = SGB 2006, 354, 356.

86) Bzw. der für den Pflegebedürftigen sonst Verantwortliche (wie z. B. ein Unterhaltsverpflichteter, Sozialhilfeträger).

ner Betrachtung zunächst vermuten lassen könnte, dass eine volle Bedarfsdeckung i. S. einer „Vollkaskoversicherung“ besteht⁸⁷, ist die Geltung des Teilkaskoprinzips in § 4 Abs. 2 SGB XI gesetzlich verankert und ergibt sich auch aus den leistungsrechtlichen Regeln des SGB XI, die das Teilkaskoprinzip konkretisieren⁸⁸. Es spielt hiernach grundsätzlich keine Rolle, ob mit dem von der Pflegekasse zu übernehmenden Anteil eine Pflege nach dem medizinisch-pflegerischen Standard tatsächlich finanziert werden kann⁸⁹. Vielmehr führen steigende Kosten für Pflegeleistungen bei einer starren finanziellen Deckelung der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung zu einer realen Leistungsver schlechterung⁹⁰ bzw. dazu, dass der Pflegebedürftige einen immer größeren Anteil der Gesamtkosten zu tragen hat⁹¹. Die umfassende Konzeption des Teilkaskoprinzips in der Pflegeversicherung ist ein Novum in der deutschen Sozialversicherung und nimmt Abschied von der bislang geltenden Tradition, dass der mit der Realisierung des Risikos, d. h. dem Eintritt des Versicherungsfalles entstehende Bedarf grundsätzlich voll gedeckt ist⁹².

II. Die Auswirkungen des Teilkaskoprinzips auf die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit

1. Allgemeines

Die Geltung des Teilkaskoprinzips in der sozialen Pflegeversicherung ist bei der Bestimmung der Reichweite der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Pflegekräfte und Pflegeeinrichtungen haftungsrechtlich in besonderer Weise zu berücksichtigen. Im Krankenversicherungsrecht, das dem Grunde nach darauf angelegt ist, das Risiko der Krankheit vollumfänglich abzudecken, sind die Fälle eines negativen Abweichens der Leistungspflicht der Krankenkasse vom medizinischen Standard durch eine Pflicht zur Aufklärung und das Angebot zur Erbringung privatärztlicher Ergänzungsleistungen zu lösen. Diese im Anwendungsbereich der gesetzlichen Krankenversicherung verhältnismäßig seltene Situation⁹³ ist im Anwendungsbereich der sozialen Pflegeversicherung jedoch der Normalfall, weil die soziale Pflegeversicherung von vornherein nicht auf eine volle Abdeckung des Risikos der Pflegebedürftigkeit angelegt ist. Die vielfachen gesetzlichen, rahmen- und einzelvertraglichen Verpflichtungen der Pflegeeinrichtungen auf den medizinisch-pflegerischen und weitere Standards können nur auf diejenigen Pflegeleistungen bezogen werden, deren Erbringung der Pflegebedürftige mit der Pflegeeinrichtung vertraglich vereinbart hat und auf die er daher einen zivilrechtlichen Anspruch hat. Das Unterlassen nicht vereinbarter Pflegeleistungen ist dagegen grundsätzlich nicht pflichtwidrig. Die Verpflichtungen der Pflegeeinrichtungen auf den medizinisch-pflegerischen Standard können bei unbefangenen Verständnis zwar in der Weise aufgefasst werden, dass sich die Pflicht zur Beachtung des Standards auf die gesamte Pflege und nicht isoliert nur bezogen auf einzelne Pflegeleistungen bezieht. Wenn eine bestimmte Art oder Häufigkeit an Pflegeleistungen nach dem medizinisch-pflegerischen Standard zwar erforderlich, nicht aber vertraglich vereinbart ist, können die Pflegeeinrichtungen grundsätzlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer Verpflichtung auf den medizinisch-pflegerischen Standard zur Erbringung dieser Pflegeleistungen verpflichtet sein. Eine solche Pflicht würde im Ergebnis auf einen Zwang zur kostenlosen Leistungserbringung hinauslaufen⁹⁴ und vor diesem Hintergrund erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken (Artt. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) begegnen. Die Verpflichtung der Pflegeeinrichtungen auf eine Pflege nach medizinisch-pflegerischem Standard kann daher letztlich nur unter der – ungeschriebenen – Bedingung stehen, dass die zum Erreichen des medizinisch-pflegerischen Standards erforderlich werdenden Pflegeleistungen durch den Pflegebedürftigen „hinzugekauft“ und vergütet werden.

2. Die unterschiedlichen Auswirkungen des Teilkaskoprinzips auf die einzelnen Pflegebereiche

Das vertragliche Leistungsprogramm und damit der Umfang der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Pflegeeinrichtungen unterscheidet sich typischerweise stark nach dem betroffenen Leistungsbereich (ambulante Pflege im häuslichen Umfeld oder stationäre Pflege im Pflegeheim). Bei der ambulanten Pflege ist in der Regel die Erbringung einzelner Leistungen bzw. von Leistungskomplexen vertraglich vereinbart⁹⁵, die vom Pflegebedürftigen nach Maßgabe des Pflegevertrags „abgerufen“ werden können. Damit beschränkt sich die Leistungspflicht des ambulanten Pflegedienstes auf die „abgerufenen“ Pflegeleistungen, die als isolierte Einzelleistung dem medizinisch-pflegerischen Standard entsprechen müssen. Daher besteht letztlich nur eine haftungsrechtliche Teilverantwortlichkeit des ambulanten Pflegedienstes für den Standard der einzelnen Pflegeleistung

87) Ein entscheidender Vorteil des Sachleistungsprinzips gegenüber der Kostenerstattung mit einem Fixbetrag ist es nämlich, dass der Versicherte von dem Risiko befreit wird, dass der Erstattungsbeitrag die tatsächlich angefallenen Kosten nicht abdeckt.

88) Bei der Inanspruchnahme ambulanter Pflegedienste wird das „Teilkaskoprinzip“ dadurch verwirklicht, dass die Pflegekasse trotz grundsätzlicher Geltung des Sachleistungsprinzips (§ 4 Abs. 1 S. 1 SGB XI) von den erforderlichen Pflegeleistungen nur diejenigen Leistungen als Sachleistung erbringt, deren Kosten von dem nach § 36 Abs. 3 SGB XI beanspruchbaren Betrag gedeckt sind, während die nicht vom Betrag nach § 36 Abs. 3 SGB XI abgedeckten erforderlichen Leistungen vom Pflegebedürftigen vollständig selbst getragen werden müssen (Griep/Renn, *Pflegesozialrecht*, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 127). Die fehlende finanzielle Abdeckung einer Pflegeleistung durch die Pflegeversicherung kann sich aus der Notwendigkeit sowohl der Art einer erforderlichen Pflegeleistung als auch der erforderlichen Häufigkeit einer Leistung ergeben. Welche Sachleistungen zu Lasten der Pflegekasse erbracht werden können und welche privat übernommen werden müssen, ergibt sich daher jeweils nach den Umständen des Einzelfalles. Bei der Heimpflege wird das Teilkaskoprinzip zum einen dadurch bewerkstelligt, dass die Kosten für Verpflegung und Unterkunft (sog. „Pensionskosten“) von vornherein nicht von der Pflegeversicherung übernommen werden (§§ 4 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2, 82 Abs. 1 S. 4, 87 S. 1 SGB XI). Zum anderen deckt der in § 43 Abs. 2 S. 2 SGB XI von der Pflegekasse zu übernehmende Betrag die Pflegesätze nicht notwendigerweise ab (BSG, *Urt. v. 1.9.2005 – B 3 P 4/04 R –*, juris, Rdnrn. 18 ff. = SGB 2006, 354, 356; Griep/Renn, *Pflegesozialrecht*, 4. Aufl. 2009, Rdnrn. 145 f.; Udsching, *ASR* 2006, 54, 59; vgl. auch Sowinski/Ivanova, in: *Schaeffer/Wingefeld* (Hrsg.), *Handbuch Pflegewissenschaft*, 2011, S. 538).

89) Udsching, in: *Udsching* (Hrsg.), *SGB XI*, 3. Aufl. 2010, § 4, Rdnr. 6; Griep/Renn, *Pflegesozialrecht*, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 116; Naegele/Bäcker, in: *Schaeffer/Wingefeld* (Hrsg.), *Handbuch Pflegewissenschaft*, 2011, S. 211; vgl. auch Theuerkauf, *MedR* 2011, 72, 75.

90) Naegele/Bäcker, in: *Schaeffer/Wingefeld* (Hrsg.), *Handbuch Pflegewissenschaft*, 2011, S. 221.

91) Udsching, *ASR* 2006, 54, 59.

92) Fuchs, in: *Schulin* (Hrsg.), *Hdb. d. SozversR*, Band 4 – PV, 1997, § 5, Rdnr. 19; Slotala sieht hierin auch eine Abkehr vom Solidarprinzip, vgl. Slotala, *Ökonomisierung der ambulanten Pflege*, 2011, S. 33.

93) Im Krankenversicherungsrecht zeigen sich Limitierungen des sozialrechtlichen Leistungsanspruchs an sozialrechtlichen Verboten mit Erlaubnisvorbehalt (z. B. § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V) und sonstigen Leistungsausschlüssen (z. B. § 34 SGB V), die dazu führen können, dass der sozialrechtliche Standard den haftungsrechtlich maßgeblichen medizinischen Standard unterschreitet.

94) Vgl. Slotala, *Ökonomisierung der ambulanten Pflege*, 2011, S. 203.

95) Griep/Renn, *Pflegesozialrecht*, 4. Aufl. 2009, Rdnrn. 328 f.; Naegele/Bäcker, in: *Schaeffer/Wingefeld* (Hrsg.), *Handbuch Pflegewissenschaft*, 2011, S. 217; Slotala, *Ökonomisierung der ambulanten Pflege*, 2011, S. 32; vgl. auch BGH, *Urt. v. 9.6.2011 – III ZR 203/10 –*, juris, Rdnr. 11 = *GesR* 2011, 552 f.; Udsching, in: *Udsching* (Hrsg.), *SGB XI*, 3. Aufl. 2010, § 89, Rdnr. 13; Schäing, in: *Klie/Krahmer* (Hrsg.), *SGB XI*, 3. Aufl. 2009, § 89, Rdnrn. 11 f.

als solche, jedoch keine Verantwortung für die Erbringung der Pflege in ihrer Gesamtheit. Bei der pflegerischen Versorgung im Pflegeheim hingegen ist in der Regel die Erbringung aller erforderlichen Pflegeleistungen gegen Zahlung einer Pauschale (vgl. § 84 Abs. 4 S. 1 SGB XI) vereinbart, so dass hier eine Gesamtverantwortung des Heimträgers für die Gewährleistung des medizinisch-pflegerischen Standards der gesamten Pflege besteht. Dem entspricht die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos, dass der medizinisch-pflegerische Standard im Einzelfall die Erbringung hochpreisiger Pflegeleistungen erfordert: Bei der ambulanten Pflege führt eine bedarfsentsprechende Zunahme der Pflegeleistungen aufgrund der üblichen Vertrags- bzw. Vergütungsstruktur regelmäßig zu einer entsprechenden Erhöhung des Vergütungsanspruchs des ambulanten Pflegedienstes, während bei der pflegerischen Versorgung im Pflegeheim aufgrund der pauschalierten Vergütung regelmäßig der Heimträger die finanziellen Folgen einer besonders hochpreisigen Pflege zu tragen hat (§ 84 Abs. 2 S. 5 SGB XI). Eine Differenzierung der Vergütung nach dem tatsächlichen Pflegezustand besteht bei der Heimpflege nur insoweit, als die Höhe der Pauschalvergütung nach Pflegeklassen, die in etwa den Pflegestufen entsprechen, abgestuft wird und Zuschläge für als Härtefall anerkannte Pflegebedürftige erhoben werden dürfen (§ 84 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB XI). Darüber hinaus kann der Heimträger einen Mehraufwand nicht auf den Pflegebedürftigen abwälzen, weil die Pflegeleistungen in der Regel mit der Zahlung des Heimentgelts vollständig abgegolten sind (vgl. § 84 Abs. 4 S. 1 SGB XI). Eine solche Risikoverteilung ist auch interessengerecht, da bei der Heimpflege – im Unterschied zur ambulanten Pflege im häuslichen Umfeld – eine familiäre, nachbarschaftliche oder sonstige ehrenamtliche ergänzende Pflege von vornherein nicht zu erwarten ist⁹⁶, so dass hier eine besondere Schutzbedürftigkeit des Heimpflegebedürftigen besteht.

3. Haftungsrechtliche Pflichten zur Abmilderung der Härten des Teilkaskoprinzips

Soweit eine Pflegekraft bzw. eine Trägereinrichtung erkennt, dass weitere Pflegeleistungen erforderlich sind, um den medizinisch-pflegerischen Standard zu gewährleisten, hat die Pflegekraft bzw. die Trägereinrichtung den Pflegebedürftigen entsprechend aufzuklären⁹⁷. Dies ist vertragliche Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) und ergibt sich auch aus einer deliktsrechtlichen Sicherungspflicht als Folge der tatsächlichen Übernahme der Fürsorge für den Pflegebedürftigen. Die Pflegekraft bzw. Trägereinrichtung muss den Pflegebedürftigen darauf aufmerksam machen, welche Leistungen aus pflegfachlicher Sicht tatsächlich erforderlich sind, um den medizinisch-pflegerischen Standard zu erfüllen. Darüber hinaus ist der Pflegedienst nach § 120 Abs. 1 S. 2 SGB XI verpflichtet, jede wesentliche Veränderung des Pflegezustandes unverzüglich der zuständigen Pflegekasse mitzuteilen⁹⁸. Ist der Pflegebedürftige außerstande, die erforderlichen Pflegeleistungen zu bezahlen, hat sich die Trägereinrichtung um eine Vergütung durch andere Kostenträger als die Pflegeversicherung, z. B. den Sozialhilfeträger, zu bemühen. Ein Heimträger darf darüber hinaus den Pflegebedürftigen bei entsprechenden Anhaltspunkten verpflichten, eine höhere Pflegestufe zu beantragen, und ist bei dessen Weigerung, den Antrag zu stellen, berechtigt, den Pflegesatz der nächsthöheren Pflegeklasse zu berechnen (§ 87a Abs. 2 SGB XI). Nur dann, wenn eine Vereinbarung ergänzender Pflegeleistungen bei der ambulanten Pflege trotz Aufklärung und entsprechender Aufforderungen unterbleibt, weil eine Bereitschaft des Pflegebedürftigen oder eines sonstigen Kostenträgers (z. B. des Sozialhilfeträgers) zur Zahlung der Vergütung für die zum Erreichen des medizinisch-pflegerischen Standards erforderlichen Pflegeleistungen nicht hergestellt werden kann, wird der ambulante Pflegedienst von seiner Gesamtverantwortung für den Stan-

dard der Pflege frei. Die gesetzliche Pflicht zur Gewährleistung des medizinisch-pflegerischen Standards ist dann dahingehend ergänzend auszulegen, dass der Pflegedienst den medizinisch-pflegerischen Standard innerhalb desjenigen pflegerischen Leistungsprogramms, das der Pflegebedürftige aufgrund der vertraglichen Vereinbarung beanspruchen kann, so weit wie möglich verwirklichen muss.

D. Die Leistungspflicht bei unzutreffender Einstufung in eine zu niedrige Pflegestufe

Hat der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) oder ein anderer beauftragter Pflegegutachter fehlerhaft eine zu niedrige Pflegestufe festgestellt und die Pflegekasse sich dieses fehlerhafte Ergebnis in einem Einstufungsbescheid zu eigen gemacht, kann sich die finanzielle Problematik der Gewährleistung des medizinisch-pflegerischen Standards verschärfen. In bestimmten Situationen – typischerweise bei der Heimpflege – hängt von der Einstufung des Pflegebedürftigen durch die Pflegekasse in eine bestimmte Pflegestufe nicht nur die finanzielle Höhe der von der Pflegekasse zu erbringenden Pflegeleistungen ab, sondern auch die Höhe der vom Pflegebedürftigen zu leistenden bzw. von der Trägereinrichtung zu beanspruchenden Vergütung. Bei der Heimpflege bemisst sich die Höhe des Heimentgelts in der Regel nach Pflegesätzen, die gemäß § 84 Abs. 2 S. 2 u. 3 SGB XI nach Pflegeklassen abgestuft sind, welche wiederum Pflegestufen entsprechen⁹⁹. Dagegen richtet sich bei der ambulanten Pflege die Höhe der Vergütung in der Regel nach Leistungskomplexen¹⁰⁰, während die festgestellte Pflegestufe für die Höhe der Vergütung in der Regel nicht maßgeblich ist¹⁰¹.

Die Pflegekräfte haben ohne Rücksicht auf die Angaben der Pflegekasse über die tatsächlich erforderlichen Pflegeleistungen aufzuklären. Nehmen die Vergütungsregeln – wie in der Regel bei der ambulanten Pflege – nicht ausdrücklich auf die Pflegestufe Bezug, muss der Pflegedienst dem Pflegebedürftigen die tatsächlich erforderlichen Pflegeleistungen anbieten und darf sie bei ihrer Inanspruchnahme durch den Pflegebedürftigen nach ihren Vergütungsregeln ihm gegenüber abrechnen. Soweit die Vergütungsregeln jedoch – wie in der Regel bei der Heimpflege – auf die Einstufung durch die Pflegekasse ausdrücklich Bezug nehmen, bleibt der Trägereinrichtung nichts anderes übrig, als die tatsächlich erforderliche höherwertige Pflegeleistung gegen eine geringwertige Vergütung zu erbringen; der in § 84 Abs. 2 S. 3 SGB XI vorgesehene Möglichkeit, dem Heimentgelt eine andere Pflegeklasse zugrunde zu legen als die der korrespondierenden Pflegestufe, kommt wegen der obligatorischen Beteiligung des MDK wenig praktische Bedeutung zu¹⁰²; vielmehr wird

96) Dies hat auch der Gesetzgeber so gesehen, weshalb er diese Formen ehrenamtlichen Engagements als sachliche Begründung für die Ergänzungsfunktion der sozialen Pflegeversicherung nur für den Bereich der ambulanten und teilstationären Pflege, nicht aber für die vollstationäre Heimpflege ins Gesetz geschrieben hat (vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 u. 2 SGB XI).

97) Vgl. Gaßner/Schottky, MedR 2006, 391, 398.

98) Die Rechtsnatur der Vorschrift des § 120 Abs. 1 S. 2 SGB XI ist ambivalent: Zum einen ist sie Ausdruck der allgemeinen Obhutspflicht des Pflegedienstes für den Pflegebedürftigen und damit eine gesetzliche Konkretisierung der vertraglichen Nebenpflicht aus dem Pflegevertrag (vgl. BT-Dr. 14/5395, S. 47). Andererseits dient sie auch dem Interesse der Pflegeversicherung, ihre Leistungen nach oben und unten bedarfsgerecht anpassen zu können, und hat damit öffentlich-rechtlichen Charakter.

99) Von einer solchen Vergütungssystematik kann jedoch in den Fällen des § 91 SGB XI abgewichen werden.

100) Vgl. oben, Fn. 95.

101) Eine Bezugnahme auf die Pflegestufe bei der Vergütung ist bei der ambulanten Pflege rechtlich nicht erforderlich, weil § 89 Abs. 3 S. 4 SGB XI nicht auf § 84 Abs. 2 S. 2 u. 3 SGB XI verweist.

102) Vgl. dazu Richter, GuP 2011, 195 f.

die Regel des § 84 Abs. 2 S. 3 SGB XI von den Pflegekassen in der Praxis generell ignoriert¹⁰³. Dem Pflegeheim sind insofern grundsätzlich die Hände gebunden; ein Drittklagerecht des Pflegeheims gegen den an den Pflegebedürftigen gerichteten Bescheid der Pflegekasse ist bisher nicht anerkannt¹⁰⁴. Das Pflegeheim kann aber im Wege einer gegen die Pflegekasse gerichteten Zahlungsklage implizit gegen den Bescheid der Pflegekasse vorgehen, wenn es zuvor das Verfahren nach § 87a Abs. 2 SGB XI durchgeführt hat¹⁰⁵.

E. Fazit/Ausblick

Ungeachtet der vielen innerhalb und außerhalb des Gesetzes geregelten Standards für die Pflege ist haftungsrechtlich allein der medizinisch-pflegerische Standard maßgeblich, für dessen Feststellung das Konzept der evidenzbasierten Pflege herangezogen werden kann.

Die Gefahr einer mangelhaften Pflege droht nicht nur durch nachlässig arbeitende oder inkompetente Pflegekräfte, sondern als Folge des sog. Teilkaskoprinzips in der sozialen Pflegeversicherung auch durch die unvollständige Absicherung des Pflegebedürftigen gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit. Im Gesetz ist von vornherein ein gewisses Spannungsverhältnis dadurch angelegt, dass es von den Pflegeeinrichtungen hinsichtlich der Qualität der Pflege einen „Vollkaskoschutz“ verlangt, während auf der Leistungsseite der sozialen Pflegeversicherung nur ein „Teilkaskoschutz“ vorgesehen ist. Dieser Widerspruch kann zum einen dadurch aufgelöst werden, dass die Pflicht zur Gewährleistung des medizinisch-pflegerischen Standards nur auf die vertraglich vereinbarten Pflegeleistungen, nicht aber auf die gesamte Pflege als solche bezogen wird, und zum anderen dadurch, dass die Verpflichtung zu einer Pflege nach medizinisch-pflegerischem Standard unter der Bedingung steht, dass die zum Erreichen des medizinisch-pflegerischen Standards erforderlich werdenden Pflegeleistungen durch den Pflegebedürftigen „hinzugekauft“ und vergütet werden. Bei der ambulanten Pflege im häuslichen Umfeld ist in der Regel nur die Erbringung einzelner Pflegeleistungen oder von Leistungskomplexen vereinbart, während in der Heimpflege in der Regel eine umfassende Pflege vereinbart ist. Reichen die vertraglich vereinbarten Pflegeleistungen in ihrer Gesamtheit für eine Pflege nach dem medizinisch-pflegerischen Standard nicht aus, müssen die Pflegekräfte

oder die Trägereinrichtung den Pflegebedürftigen hierüber aufklären, ihm ergänzende Pflegeleistungen zum Erreichen des medizinisch-pflegerischen Standards gegen zusätzliches Entgelt anbieten und sich ggf. um einen Kostenträger für die zusätzlich erforderlichen Leistungen bemühen.

Hinsichtlich der ergänzenden Pflegeleistungen besteht jedoch das Problem, dass sich insbesondere das Angebot der ambulanten Pflegedienste in der Praxis tendenziell an den Leistungen der Pflegeversicherung orientiert¹⁰⁶, weshalb für den Pflegebedürftigen in der ambulanten Versorgung häufig gar keine echte Möglichkeit besteht, sich Pflegeleistungen hinzuzukaufen, um eine Pflege nach dem medizinisch-pflegerischen Standard zu erreichen. Vor diesem Hintergrund wird hinsichtlich des tatsächlichen Leistungsangebots in der ambulanten Pflege trotz umfangreicher Qualitätsbemühungen noch erheblicher Verbesserungsbedarf gesehen¹⁰⁷. Dagegen ist die Kritik an der somatischen Orientierung des SGB XI, das über den körperlichen Zustand hinausgehende Dimensionen von Pflegebedürftigkeit bisher weitgehend ausklammert¹⁰⁸, von der Politik aufgenommen worden¹⁰⁹ und hat Impulse für die anstehenden Pflegereformen gegeben.

103) *Udsching*, ASR 2006, 54, 59.

104) *Griep/Renn*, Pflegesozialrecht, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 337.

105) BSG, Urt. v. 7. 10. 2010 – B 3 P 4/09 R –, juris, Rdnrn. 11 ff. = PflR 2011, 87, 89 ff.; BSG, Urt. v. 1. 9. 2005 – B 3 P 4/04 R –, juris, Rdnrn. 29 ff. = SGB 2006, 354, 357 f.; *Richter*, GuP 2011, 195 f.

106) *Büscher*, in: *Schaeffer/Wingenfeld* (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 496 f.; *Slotala*, Ökonomisierung der ambulanten Pflege, 2011, S. 49, 202; vgl. auch *Wingenfeld*, in: *Schaeffer/Wingenfeld* (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 270.

107) *Büscher*, in: *Schaeffer/Wingenfeld* (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 496 f.; *Slotala*, Ökonomisierung der ambulanten Pflege, 2011, S. 17, 24.

108) *Naegle/Bäcker*, in: *Schaeffer/Wingenfeld* (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, 2011, S. 206 ff.; *Slotala*, Ökonomisierung der ambulanten Pflege, 2011, S. 36 f.

109) Vgl. *Gafner/Gerber/König*, Studie zu einem alternativen Begutachtungsverfahren zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit, veröffentlicht in: Die BKK 2007, 103 ff.; darauf aufbauend: Bericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, 26. 1. 2009; Umsetzungsbericht des Beirats zur Überprüfung des Pflegebedürftigkeitsbegriffs, 20. 5. 2009.

Nikotinhalte Liquids – Funktionsarzneimittel oder bloße Genussmittel?

Reinhard Kasper, Anna Krüger und Frank Stollmann

A. Einführung

Eine elektronische oder auch elektrische Zigarette, weithin auch als E-Zigarette bezeichnet¹, wird im Wesentlichen so

benutzt wie eine herkömmliche Zigarette. E-Zigaretten bestehen in der Regel aus einem Mundstück aus Kunststoff, einer elektronischen Verdampfungseinheit und Liquiddepots oder Kartuschen sowie einem Ladegerät. Faktisch handelt es sich um ein Produkt, bei dem eine zur Verdampfung ge-

Ministerialrat Dr. rer. nat. Reinhard Kasper,
Rechtsassessorin Anna Krüger, LL.M.,
Ltd. Ministerialrat Dr. iur. Frank Stollmann,
Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter
des Landes Nordrhein-Westfalen,
Horionplatz 1, 40213 Düsseldorf, Deutschland

1) Zu den folgenden Informationen vgl. BT-Dr. 17/8772 v. 29. 2. 2012, S. 2 f.; *Stollmann*, NVwZ 2012, 401 f.; *Volkmer*, PharmR 2012, 11 f.; sowie die Informationen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung unter dem Stichwort „Elektronische Zigarette“ (www.bzga.de).