Forum A

Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe
– Diskussionsbeitrag Nr. 12/2012 –

07.05.2012

Rückwirkende Pflegeleistungen im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wegen Verletzung der hausärztlichen Benachrichtigungspflicht aus § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI

Anmerkung zu LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.09.2010, L 27 P 5/09

Von Prof. Dr. Katja Nebe und Kristina Kurazova, Universität Bremen

I. Wesentliche Aussagen der Entscheidung

1. **Die Verletzung einer ärztlichen Benachrichtigungspflicht kann dazu führen, dass die Pflegekasse auf Grund des sozialversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruchs Leistungen auch vor Antragstellung zu erbringen hat.**
2. **Ein Versicherter kann gegen die Pflegekasse einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch geltend machen, wenn die in § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI Genannten, die sich aus der Norm ergebende Benachrichtigungspflicht verletzen und dem Versicherten hierdurch ein Schaden entsteht.**
3. **Aus der Benachrichtigungspflicht gem. § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI i. V. m. § 2 Abs. 2 Hs. 2 SGB I ergibt sich auch die Pflicht, den Betroffenen über das Einwilligungserfordernis in die Benachrichtigung der Pflegekasse aufzuklären.**
4. **Im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wird dem Sozialleistungsträger auch das Handeln derer zugerechnet, die in den Prozess der sozialen Absicherung des versicherten Risikos, z. B. durch Benachrichtigungspflichten, einbezogen sind. Dies sind behandelnde Ärzte, Krankenhäuser, Rehabilitations- und Vorsorgeeinrichtungen.**

II. Der Fall

Die Beteiligten stritten über die Gewährung von **Pflegegeld.** Die Klägerin, als Sonderrechtsnachfolgerin[1] ihres verstorbenen Ehemannes, beantragte bei der beklagten Pflegekasse (PK) am 5. Januar 2004 Pflegeleistungen, woraufhin Pflegegeld für die Zeit ab Antragstellung gewährt wurde. Hiergegen erhob die Klägerin dennoch Widerspruch. Zur Begründung führte sie aus, dass sie im Wege des **sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs** so gestellt werden müsse, als ob

[1] § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB I.

der Antrag bereits im August 2003 gestellt worden sei, da ihr Ehemann bereits zu diesem Zeitpunkt pflegebedürftig war, die behandelnde Ärztin dies aber nicht an die Pflegekasse gemeldet habe. Die Verspätung des Antrags bis zum 5. Januar 2004 sei auf das Versäumnis der Hausärztin zurückzuführen; diese hätte die beklagte Pflegekasse unverzüglich über die offensichtliche Pflegebedürftigkeit des Ehemannes benachrichtigen müssen. Das Versäumnis der Hausärztin sei der Beklagten zuzurechnen.

Der Widerspruch blieb ohne Erfolg. Die Klägerin erhob Klage, die vom *Sozialgericht (SG) Berlin* abgewiesen wurde. Dieses begründete die Abweisung mit dem in § 33 Abs. 1 SGB XI verankerten Antragserfordernis. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung der Klägerin beim Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg hatte Erfolg.

III. Die Entscheidung

Bisher ungeklärt war, ob bei einer Verletzung der in § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI normierten Benachrichtigungspflicht Leistungen der Pflegeversicherung auch schon für die Zeit vor dem nach § 33 Abs. 1 SGB XI erforderlichen Antrag beansprucht werden können. Mit den Grundsätzen des **sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs** könnte die Klägerin so gestellt werden, als sei der Antrag bereits im August 2003 bei der PK eingegangen. Beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch handelt es sich um ein höchstrichterlich entwickeltes Rechtsinstitut, das allgemein im Sozialrechtsverhältnis anwendbar ist; der Anspruch ist auf eine Amtshandlung zur Herstellung des Zustandes gerichtet, der bestehen würde, wenn der Leistungsträger seine Pflichten, insbesondere zur Auskunft und Beratung, ordnungsgemäß wahrgenommen hätte.[2]

Es müsste also eine **Pflichtverletzung** vorliegen, die vom Leistungsträger selbst oder aus dem ihm zurechenbaren Verhalten eines Dritten herrührt. Diese müsste zum Schaden beim Leistungsberechtigten geführt haben. Zwischen der verletzten Pflicht und dem entstandenen Schaden müsste ein **Schutzzweckzusammenhang** bestehen. Letztlich müsste die Pflichtverletzung **wesentliche Bedingung** des Schadenseintritts gewesen sein.[3]

Auch im Pflegeversicherungsrecht kann der sozialrechtliche Herstellungsanspruch zur Anwendung kommen, da § 7 SGB XI die den Leistungsträgern obliegenden Pflichten nach §§ 13–15 SGB I um spezielle oder weitergehende Pflichten der Pflegekassen ergänzt.[4] Damit sind die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Auslegungsgrundsätze hinsichtlich der allgemeinen Informationspflichten auch im Rahmen des § 7 SGB XI anwendbar.

Nach § 7 Abs. 2 S. 1 SGB XI trifft die Pflegekassen die Pflicht, Versicherte, ihre Angehörigen und Lebenspartner in den mit der Pflegebedürftigkeit zusammenhängenden Fragen, insbesondere über ihre Leistungen und diejenigen anderer Träger zu unterrichten und zu beraten. § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI verpflichtet Dritte, ihre Kenntnisse über den möglichen Versicherungsfall weiterzuleiten. So sind der behandelnde Arzt, das Krankenhaus, die Rehabilitations- oder Vorsorgeeinrichtungen sowie die Sozialleistungsträger – bei Einwilligung des Versicherten – gehalten, die zuständige Pflegekasse unverzüglich zu benachrichtigen, wenn sich Pflegebedürftigkeit abzeichnet oder Pflegebedürftigkeit fest-

[2] Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BSGE *79*, 168 (171). Ausführlich *Waßer* JA 2011, 137 ff.
[3] KSW/*Rixen* § 14 SGB I Rdnr. 15a.
[4] *Behrend*, in: *Udsching/Schütze/Behrend* u. a., SGB XI, § 7 Rdnr. 3; *Krahmer*, in: *ders./Klie,* SGB XI, § 7 Rdnr. 2; *Peters*, in: *KassKomm* § 7 SGB XI Rdnr. 3; *Wagner*, in: *Hauck* § 7 SGB XI Rdnr. 6.

gestellt wird.

Strittig war im vorliegenden Fall allein, woraus sich konkret eine Pflichtverletzung ergab und ob diese der PK zurechenbar war. Der Senat hat zutreffend zwischen einer möglichen **Pflichtverletzung** der PK und einer solchen der Hausärztin differenziert.

1. Unterrichtung und Beratung der Pflegekasse – § 7 Abs. 2 S. 1 SGB XI

Erster und wichtigster Adressat der Unterrichtungs- und Beratungspflicht ist gem. § 7 Abs. 2 S. 1 SGB XI die PK. Die Unterrichtungs- und Beratungspflicht konkretisiert die in §§ 13–15 SGB I geregelten Aufklärungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten. Die Unterrichtung verlangt eine individualisierte Auskunft,[5] die Beratung eine individuelle und umfassende Information des Einzelnen zu konkreten Rechtsfragen, tatsächlichen Umständen und zweckmäßigen Gestaltungsmöglichkeiten. Wichtig ist, dass eine Beratungspflicht nicht von einem Leistungsantrag abhängt. Schon ein konkret erkennbarer Anlass löst die Beratungspflicht aus.[6] Das LSG stellte fest, dass die PK selbst nicht gegen ihre Pflichten verstoßen hat, da ihr die Pflegebedürftigkeit des Versicherten nicht bekannt und damit ein konkreter Beratungsanlass für sie noch nicht erkennbar war.

2. Benachrichtigungspflicht gegenüber der Pflegekasse – § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI

Vielmehr sah der Senat den Anknüpfungspunkt für den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in der **Benachrichtigungspflicht** der Hausärztin. Die Benachrichtigungspflichtigen müssen der PK unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) eine sich abzeichnende oder festgestellte Pflegebedürftigkeit mitteilen. Diese Pflicht steht in enger Beziehung zur Beratungspflicht der PK, die aus eigener Kenntnis durch die Mitteilung folgt.

Der Pflichtverstoß ergab sich allerdings nicht unmittelbar aus der von der Hausärztin unterlassenen Mitteilung an die Pflegekasse, denn die Benachrichtigungspflicht besteht überhaupt nur, wenn der Versicherte in die Weitergabe seiner Sozialdaten **eingewilligt** hat (§ 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI). Dieser Schutz vor unbefugter Weitergabe höchst persönlicher Daten[7] stünde jedoch der Erfüllung wichtiger Ansprüche entgegen, wenn mit dem Einwilligungserfordernis nicht auch eine Informationspflicht des Dritten verbunden wäre. Der Mitteilungspflichtige muss also die Benachrichtigung mit dem Versicherten vorab besprechen und über deren Folgen informieren. Gerade im Hinblick auf den bezweckten Informationsfluss an die PK ist es geboten, dem Dritten umfängliche Mitwirkungspflichten aufzuerlegen, damit der Prozess zur Vermeidung bzw. Begrenzung der Pflegebedürftigkeit nicht an Effektivität einbüßt. Daraus folgt, dass aus der Benachrichtigungspflicht eine **eigene Aufklärungs- und Beratungspflicht** auch der genannten Leistungserbringer erwächst.[8]

Die Einwilligungserklärung bedarf keiner bestimmten Form. Eine Einwilligung kann sich damit aus den bloßen Umständen ergeben. Allerdings muss für die zur Benachrichtigung Verpflichteten die Einwilligung in die Daten-

[5] *Krahmer*, ZFSH/SGB 2003, 271 (273); *Wagner* (Fn. 4), § 7 Rdnr. 16.

[6] *Mrozynski*, SGB I, § 14 Rdnr. 2; *Rixen* (Fn.3) § 14 Rdnr. 2; *Wagner* (Fn. 4) § 7 Rdnr. 17.

[7] Eine Pflicht zur Weitergabe von gesundheitsbezogenen Informationen ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen kann jedoch dann in Betracht kommen, wenn über dessen Rechtskreis hinausgehende Interessen betroffen sind, wie z. B. gem. § 202 SGB VII für die Berufskrankheitenanzeige, da die Aufklärung von Berufskrankheiten zugleich immer auch präventive Arbeitsschutzmaßnahmen fördern soll. Das ist bei der Pflege aus guten Gründen anders. Hier bleibt die Einwilligung unverzichtbar.

[8] *Wagner* (Fn. 4) § 7 Rdnr. 20.

übermittlung zumindest erkennbar sein.
Im konkreten Fall konnte das LSG jedoch weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Einwilligung des Versicherten erkennen. Dies änderte nach Auffassung des Gerichts jedoch am ärztlichen Pflichtenverstoß nichts. Denn der Senat sah die Ärztin zugleich als verpflichtet an, den Versicherten über das **Erfordernis der Einwilligung** zu informieren. Nach § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI i. V. m. § 2 Abs. 2, 2. Halbsatz SGB I sei die Benachrichtigungspflicht der Ärztin untrennbar mit der Pflicht verbunden, den Versicherten über die notwendige Einwilligung aufzuklären. Es durfte angenommen werden, dass der Versicherte bei entsprechender Aufklärung über die notwendige Einwilligung diese erteilt hätte, so dass die fehlende Einwilligung nichts an der pflichtwidrig unterlassenen Benachrichtigung der Pflegekasse änderte.

3. Zurechnung des Verstoßes gegen die Benachrichtigungspflicht zu Lasten der Pflegekasse

War damit der **Pflichtverstoß** der Ärztin festgestellt, blieb noch zu klären, inwieweit dieser **der PK zugerechnet** werden konnte. Der Senat verweist in diesem Zusammenhang auf die ständige Rechtsprechung des *BSG*[9] und führt gleichlautend aus, dass ein Herstellungsanspruch gegen die zur Entscheidung berufene Behörde auch dann gegeben sein kann, wenn die unzureichende Beratung einer **anderen Behörde** zuzurechnen ist, die vom Gesetzgeber arbeitsteilig in das Verfahren eingeschaltet worden war. Zwar ist der Arzt weder eine Behörde noch in die Organisation der Pflegekassen integriert; dennoch sei der PK die Pflichtverletzung der **Hausärztin** zuzurechnen, da diese in den Prozess der sozialen Sicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit einbezogen sei.
Diese Wertungen stimmen wiederum mit einer grundsätzlichen Entscheidung des Bundessozialgerichts überein, in der die **Zurechnung von Pflichten der Leistungserbringer** (Ärzte, Krankenhäuser, Rehabilitations- und Vorsorgekliniken) zur Begründung eines Herstellungsanspruchs bereits grundsätzlich anerkannt worden ist.[10] Beide Entscheidungen machen jeweils deutlich, dass es bei den verschiedenen Beratungs- und Meldepflichten jeweils um § 2 Abs. 2 SGB I geht: die sozialen Rechte der Versicherten/ Berechtigten sollen rechtzeitig erfüllt werden. Die Rechtsprechung hat damit die für den Herstellungsanspruch erforderliche „Funktionseinheit“ zwischen Ärzten und Leistungsträgern bestätigt und den Herstellungsanspruch damit nicht mehr auf Pflichtverletzungen von „Behörden“ beschränkt.[11] Zwischen den behandelnden Ärzten bzw. Einrichtungen und den Leistungsträgern besteht insoweit eine „Funktionseinheit“, dass der zuständige Leistungsträger überhaupt erst von den die Leistung begründenden Tatsachen erfährt. Das ist im Rahmen des SGB XI generell wichtig, weil nur so wichtige Schlüsselnormen, wie bspw. § 5 SGB XI (Vorrang von Prävention und medizinischer Rehabilitation) realisiert werden können. Für den einzelnen pflegebedürftigen Menschen geht es außerdem nicht nur um Grundpflege, sondern auch um Pflegehilfsmittel und die Beseitigung von Barrieren nach § 40 SGB XI, ebenso um die Entlastung der Angehörigen nach § 39 SGB XI. Deshalb ist § 7

[9] Vgl. nur BSGE *71*, 217 (218).

[10] In BSG, 08.10.1998 – B 8 KN 1/97 U R – BSGE 83,30 = SGb 2000, 29 m. Anm. *Brandenburg* wurde die Zurechnung anhand eines Falles entschieden, in dem eine Klinik trotz begründeten Verdachts entgegen ihrer Anzeigepflicht aus der BerufskrankheitenVO die Berufskrankheit nicht unverzüglich dem Unfallversicherungsträger angezeigt hatte und deshalb das Verwaltungsverfahren nicht anhängig geworden ist.

[11] Anders noch BSG, 29.10.1992 – 10 RKg 24/91 BSGE 71, 217.

Abs. 2 SGB XI eine wichtige Vorfeldnorm für die rechtzeitige Leistungserbringung.[12]

4. Reichweite der Benachrichtigungspflicht in der Praxis

Das LSG hatte den Umfang der Benachrichtigungspflicht im vorliegenden Fall eines offensichtlich pflegebedürftigen Patienten mit progredient verlaufendem Tumorleiden zu konkretisieren. Damit schließt sich die Frage an, inwieweit sich die Benachrichtigungspflicht auch auf weniger offensichtliche Fälle bevorstehender oder bereits eingetretener Pflegebedürftigkeit erstreckt. Die Umsetzung der Benachrichtigungspflicht bringt Herausforderungen für die Gesundheitsberufe mit sich, wenn schon bei jeder ärztlichen Behandlungs- oder Untersuchungsmaßnahme eine Prüfung auf Pflegebedürftigkeit gefordert sein sollte.[13]

Es ist in erster Linie Aufgabe der Pflegekassen, Pflegebedürftigkeit vorzubeugen und im Versicherungsfall Leistungen zu gewähren und hierüber zu beraten. Den Benachrichtigungspflichtigen wurden vom Gesetzgeber Hilfsfunktionen zugewiesen. Es ist daher Hauptaufgabe der Pflegekassen, ihre Leistungserbringer bzw. die ihr durch § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI Dienenden über deren Funktion und die daraus resultierenden Pflichten zu informieren.[14] In diesem Zusammenhang könnten auch Berufsverbände eine aktive Rolle übernehmen, indem sie ihre Mitglieder über die Benachrichtigungspflicht und das damit zusammenhängende Einwilligungserfordernis informieren. Wichtige Akteure können insoweit auch die Kassenärztlichen Vereinigungen sein. Ein Blick in andere gesundheitsbezogene Bereiche des SGB verdeutlicht den zunehmenden Stellenwert ärztlicher Beratungspflichten zur Sicherung sozialrechtlicher Ansprüche. So findet sich die umfängliche Beratungspflicht nach § 61 Abs. 1 S. 1 SGB IX, die eine Beratungsaufgabe der Ärzte im Hinblick auf die geeigneten Leistungen zur Teilhabe vorsieht.[15]

Die Pflichten zur Information der Pflegekassen und zur vorherigen Aufklärung über die erforderliche Einwilligung in die Datenweitergabe treffen gem. § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI auch Rehabilitationskliniken und Krankenhausträger. Im Krankenhaus werden solche Fallgestaltungen darüber hinaus vom Entlassungsmanagement nach § 11 Abs. 4 SGB V erfasst, damit die Patienten nicht „einfach nach Hause“ entlassen werden können, sondern über die Möglichkeit der Kurzzeitpflege nach § 42 SGB XI als wichtige „Bedenkzeit“ informiert werden. Diese Zeit kann im Einzelfall auch genutzt werden, um Barrieren in der Wohnung nach § 40 SGB XI abzubauen und auf diese Weise in Kooperation mit einem ambulanten Pflegedienst ein „Abschieben“ in die stationäre Pflege zu vermeiden.

---

[12] Trotz der funktionalen Bedeutung der ärztlichen Informationspflichten haben wiederum die Zivilgerichte eine schuldrechtliche Haftung der Ärzte wegen einer Verletzung der öffentlichrechtlichen Vorschrift des § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI bislang abgelehnt, so ausdrücklich *LG Dortmund*, 04.07.2007 – 4 O 269/04; *OLG Hamm*, 13.11.2007 – 3 U 207/07; *OLG Hamburg*, 20.03.2007 – 1 W 6/07, PatR 2008 10 mit Anm. *Friedenhagen*, MedR 2007, 551 (553); Eine vertragliche Haftung wegen unterbliebener Mitteilung an die PK hielt die zivilrechtliche Rechtsprechung allerdings nicht für ausgeschlossen und verwies auf die sich aus jedem Behandlungsvertrag grundsätzlich ergebenden Beratungs- und Unterrichtungspflichten *OLG Hamburg* 20.03.2007 – 1 W 6/07, PatR 2008 10.

[13] *Friedenhage* MedR 2007, 551.

[14] *Langer* RdLH 2011, 16 (17).

[15] *Nebe*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* u.a., SGB IX, 2. Aufl. (2011), § 61 Rdnr. 3 und 8.

IV. Würdigung/Kritik

Das Urteil des *LSG Berlin-Brandenburg* verdient volle Zustimmung. Die Benachrichtigung verlangt eine darauf gerichtete Einwilligung und damit eine eigene **Aufklärungspflicht** des Arztes über das **Einwilligungserfordernis**. Durch die vorgenommene Konkretisierung der Benachrichtigungspflicht nach § 7 Abs. 2 S. 2 SGB XI hat das Urteil richtungsweisende Akzente gesetzt, indem es eine eigene **Beratungspflicht** eines Dritten angenommen hat. Diese Grundsätze lassen sich durchaus auch auf andere Informationspflichten übertragen, die folglich von der zur Benachrichtigung verpflichteten Person/Institution eine vorherige Aufklärung über die erforderliche Einwilligung und damit letztlich eine Beratung des Patienten/ Rehabilitanden über die Information und deren Zwecke verlangen. Die Entscheidung unterstreicht den zunehmenden Stellenwert von Beratungspflichten im Gesundheitsrecht.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.