



Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-02-08-03
November 2005

Forum A

Leistungen zur Teilhabe und Prävention
– Diskussionsbeitrag Nr.11/2005 –

BSG erweitert Wahlrechte behinderter Menschen

In einer Entscheidung zur Abgrenzung der Leistungspflicht der Pflegeversicherung und der Krankenversicherung hat das BSG die Möglichkeit zur Wahl zwischen Einbeziehung von Behandlungsleistungen in die Grundpflege (§§ 14, 36 SGB XI) einerseits oder der Behandlungspflege (§ 37 Abs. 2 SGB V) andererseits eröffnet. Es kommt zu diesem Ergebnis durch verfassungskonforme Auslegung von § 37 Abs. 2 Satz 1 HS 2 SGB V, der eine Teilregelung (betr. Hilfe bei Kompressionsstrümpfen) enthält aber nicht den Sinn und die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Beschränkung erkennen lässt. Dieses Urteil sollte über die Besonderheiten der gesetzlichen Regelung hinaus Anlass sein, darüber nachzudenken, inwieweit nicht auch bei anderen Regelungen Wahlrechte behinderter Menschen auf der Grundlage von Art. 1 bis 3 GG als immanenter Bestandteil der jeweiligen Ansprüche anzusehen sind, wenn der Gesetzgeber sie nicht ausdrücklich ausschließt

Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian
Marcus Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

BSG, Urteil v. 17.03.2005 – B 3 KR 9/04 R –

Wesentliche Aussagen:

- 1. Maßnahmen der Behandlungspflege sind nur dann der Grundpflege zugeordnet, wenn sie entweder untrennbarer Bestandteil einer Verrichtung der Grundpflege sind oder mit einer solchen Maßnahme objektiv notwendig in einem unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen.**
- 2. Dem pflegebedürftigen Menschen ist ein Wahlrecht einzuräumen, ob er die Zuordnung erforderlicher Behandlungspflege zur Grundpflege nach dem SGB XI wünscht oder Behandlungspflege nach § 37 SGB V in Anspruch nehmen will.**
- 3. § 37 Abs. 3 SGB V schließt die Erbringung von Behandlungspflege nur aus, wenn eine im Haushalt lebende Person dazu bereit ist und der pflegebedürftige Mensch bereit ist, sich von dieser Person pflegen zu lassen.**

Der Fall:

Die Klägerin bezog Leistungen der Pflegeversicherung Pflegestufe III. Sie wird mit einer von außen durch die Haut in den Magen verlegten Sonde versorgt, über die sowohl die Nahrungsaufnahme als auch die Medikamentengabe erfolgt. Die behandelnde Ärztin verordnete als häusliche Krankenpflege die Zuführung von Medikamenten zwei mal täglich. Die beklagte Krankenkasse lehnte die Übernahme der dadurch entstehenden Kosten ab; wegen des untrennbaren zeitlichen Zusammenhangs mit der Nahrungszuführung sei die Medikamentengabe der Grundpflege (§ 36 SGB XI) zuzurechnen. Die Klägerin hat sich daraufhin die erforderlichen Leistungen durch Beauftragung eines privaten Pflegedienstes selbst beschafft. Sie beansprucht von der Beklagten die Erstattung der Kosten.

Das LSG hat der Klage stattgegeben; das BSG ist ihm im Ergebnis gefolgt.

Die Entscheidung:

Die Entscheidung befasst sich in einem ersten Teil mit der **Berechtigung** der Klägerin, sich die **Leistung selbst zu beschaffen** (§ 13 Abs. 3 Satz 1 SGB V). Dies wurde bejaht. Darauf ist hier nicht näher einzugehen.

Der zweite Teil der Entscheidung betrifft die Frage, wann eine Leistung der medizinischen Behandlungspflege in die Leistungspflicht der Pflegekasse fällt.

Es stellten sich dabei Rechtsfragen auf verschiedenen Ebenen:

Nach § 37 Abs. 3 SGB V kommt eine Leistungspflicht der Krankenkasse für häusliche Krankenpflege nur in Betracht, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen und versorgen kann. Diese Voraussetzung hatte das LSG bindend festgestellt.

Hauptsächlich ging es deshalb darum, ob die notwendigen Behandlungsmaßnahmen **wegen eines engen Zusammenhangs mit der Nahrungszuführung** der Grundpflege (§ 14 Abs. 4 SGB XI) zuzuordnen waren. Auch dies wurde verneint. Das BSG hat hier an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten, dass eine Behandlungsmaßnahme nur bei unmittelbarem **zeitlichen und sachlichem** Zusammenhang mit einer Maßnahme der Grundpflege dieser zuzurechnen sei. Der Zusammenhang müsse objektiv gegeben oder erforderlich sein. Es genüge nicht, dass aus praktischen Erwägungen beide Maßnahmen gleichzeitig durchgeführt würden. Als Beispiele für sachliche Zusammenhänge nennt das BSG das An- und Ausziehen von Kompressionsstrümpfen, anstelle der normalen Hilfe beim An- und Auskleiden (BSG SozR 3-3300 § 14 Nr. 7) oder das Pflegebad anstelle eines normalen Bades (BSG SozR 3-2500 § 37 Nr. 3). Ein solcher sachlicher Zusammenhang war aber im vorliegenden Fall nicht zu begründen.

Damit war eigentlich der Fall im Sinne der Klägerin entschieden. Das BSG hat dann aber noch Ausführungen dazu gemacht, dass auch dann, wenn der Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14 und 15 SGB XI zu berücksichtigen war, ein Anspruch gegen die Krankenkasse bestehen könne; denn dem pflegebedürftigen Menschen stehe in solchen Fällen ein **Wahlrecht** zu.

Ausgangspunkt der Überlegungen des BSG ist § 37 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz SGB V (in Kraft seit 1.1.2004). Dort ist bestimmt, dass die Behandlungspflege nach dem SGB V das An- und Ausziehen von Kompressionstrümpfen ab

Kompressionsklasse 2 auch dann umfasst, wenn dieser Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach §§ 14 und 15 SGB XI zu berücksichtigen ist.

Das BSG sieht darin einen **Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG**, weil viel schwerwiegendere Beeinträchtigungen nicht in gleicher Weise begünstigt würden. Dem sei durch verfassungskonforme Erweiterung der Neuregelung über den Wortlaut hinaus Rechnung zu tragen. Das bedeutet, dass nunmehr auch für andere erforderliche Hilfen, die bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit berücksichtigt wurden, ein Anspruch auf häusliche Krankenpflege bestehen kann.

Das BSG fährt dann fort: „Da ... die Zuordnung (*zur Grundpflege*) nur dann ihrem Zweck, die häusliche Pflege durch Familienmitglieder, Nachbarn und Freunde zu fördern und diese ehrenamtliche Pflege mit der Möglichkeit einer finanziellen Anerkennung zu stärken, voll gerecht werden kann, wenn sie nicht gleichzeitig zu Nachteilen im Fall der Inanspruchnahme von Sachleistungen (*der Krankenversicherung*) führt, ist den Pflegebedürftigen ein Wahlrecht zuzugestehen, ob sie eine solche Zuordnung der Behandlungspflege zur Grundpflege wünschen oder nicht“.

Ansätze hierzu gab es bereits in der Rechtsprechung. Das BSG hatte entschieden, dass sich die Krankenkasse nicht auf § 37 Abs. 3 SGB V berufen kann, wenn der pflegebedürftige Mensch aus sachlich nachvollziehbaren Gründen die Durchführung von Maßnahmen der Behandlungspflege durch die im Haushalt lebende Person verweigert (z.B. bei Pflege im Intimbereich; BSG SozR 3-2500 § 37 Nr. 2). Auch in der Literatur und in Gesetzesinitiativen war für die Anerkennung eines Wahlrechts geworben worden (*Udsching*, Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, 691,698; BR-Drs. 424/03 und BT-Drs. 15/1493).

Abschließend folgert das BSG für zurückliegende Zeiträume:

„Ist bei einem Pflegebedürftigen bislang eine an sich berücksichtigungsfähige Hilfe bei einer verrichtungsbezogenen Behandlungspflegemaßnahme beim Grundpflegebedarf außer Ansatz geblieben und hat er sich für diese Behandlungspflege der Hilfe durch einen Pflegedienst bedient, kann die KK ihre Leistungspflicht für die häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB V auch für Zeiten vor dem 1. Januar 2004 (*Zeitpunkt des Inkrafttretens der Sonderregelung für Kompressionsstrümpfe in § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V*) nicht mit dem Argument

bestreiten, an sich hätte eine Zurechnung des Pflegeaufwands zur Grundpflege erfolgen müssen“.

Würdigung/Kritik:

Dieses Urteil ist sehr zu begrüßen. Es hat in zweifacher Weise das Wahlrecht pflegebedürftiger Personen gestärkt:

Zum einen hat es das **Recht** pflegebedürftiger Menschen betont, die **Pflege durch eine bestimmte Person zu verweigern**.

Zum Zweiten hat es die Möglichkeit eingeräumt selbst zu entscheiden, ob eine erforderliche **Behandlungspflege im Rahmen der Grundpflege oder zu Lasten der KK durchgeführt** wird.

Wie schon die Vorschläge in der Literatur und eine Gesetzesinitiative gezeigt haben, zeichnete sich ein dringendes Bedürfnis für eine derartige flexiblere Lösung ab. Das Urteil schafft zunächst durch Verallgemeinerung des nur Kompressionsstrümpfe betreffenden § 37 Abs. 2 Satz 1 HS 2 SGB V einen Anspruch auf Behandlungspflege neben dem Anspruch auf Grundpflege, der wahlweise in Anspruch genommen werden kann. Es geht dabei um die Fälle, in denen die Behandlungspflege wegen des untrennbaren sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit einer Maßnahme der Grundpflege dieser zuzuordnen ist. Auch in solchen Fällen soll ein Anspruch auf Behandlungspflege gegen die Krankenkasse geltend gemacht werden können.

Nicht einbezogen sind allerdings wegen § 37 Abs. 3 SGB V die Fälle, in denen eine im Haushalt lebende Person die Pflege erbringen kann, dazu bereit ist und auch von dem pflegebedürftigen Menschen akzeptiert wird.

Die besondere Bedeutung des Urteils ist neben der Klärung wichtiger Sachfragen darin zu sehen, dass es den Gedanken des Wahlrechts behinderter Menschen stärkt. Es hat sich noch zu wenig durchgesetzt, dass ein solches **Wahlrecht**, wo immer es nicht zu erheblichen Problemen führt eine **selbstverständliche Folgerung der Achtung der Persönlichkeit und der besonderen Bedürfnisse behinderter Menschen** ist. Es wird auch **zu wenig darüber nachgedacht, wie Schwierigkeiten einer Zubilligung von Wahlrechten überwunden werden können**.

Das BSG hat dies am vorliegenden Problemkreis exemplarisch vorgeführt:

Bedenken wegen befürchteten zu hohen Verwaltungsaufwandes hat es zurückgewiesen. Der Versicherte müsse schon bei Antragstellung, jedenfalls aber vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens mitteilen, ob er Pflegegeld, Sachleistungen oder Kombinationsleistungen begehre (§§ 36-38 SGB XI). Der medizinische Dienst müsse ohnehin dazu Stellung nehmen, ob die häusliche Pflege in geeigneter Weise sichergestellt sei (§ 18 Abs. 6 Satz 2 SGB XI); dabei könne er die notwendigen Behandlungsmaßnahmen gesondert auführen und den Pflegebedarf in Minuten ausweisen. Bei späterem Wechsel „lässt sich durch die gesonderte Ausweisung der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege im MDK-Gutachten ohne Schwierigkeit feststellen, ob durch die dann notwendig werdende Ausklammerung des Pflegeaufwands für Behandlungspflege eine Herabstufung in eine niedrigere Pflegestufe oder gar ein ... Leistungsentzug ... anzuordnen ist“.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag. Weitere Informationen finden Sie unter www.iqpr.de.