

## SGB XI

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Udsching, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht a.D., und Dr. Bernd Schütze, Richter am Bundessozialgericht, Bearbeitet von den Herausgebern und von Prof. Dr. Peter Axer, Universität Heidelberg, Dr. Andreas Bassen, Richter am Sozialgericht, Dr. Dirk Bieresborn, Richter am Bundessozialgericht, Dr. Anne Barbara Lungstras, Richterin am Sozialgericht, Dr. Edna Rasch, Dr. Florian Reuther, Justiziar, Dr. Reza F. Shafaei, Rechtsanwalt, und Kristina Vieweg, Ass. iur., Dr. Irene Vorholz, Dr. Andreas Wahl, Richter am Landessozialgericht, Dr. Sebastian Weber, Rechtsanwalt, und Dr. Britta Wiegand, Richterin am Sozialgericht

5. Auflage 2018. Buch. Rund 930 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70247 1

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Sozialrecht > SGB XI - Soziale Pflegeversicherung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' is written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

zuweisen. Betroffen sind Pflegebedürftige mit schwersten Beeinträchtigungen und einem außergewöhnlich hohen bzw. intensiven Hilfebedarf. Der Gesetzgeber gesteht damit ein, dass seltene Fallkonstellationen denkbar sind, die einer pflegefachlichen Systematisierung im neuen Begutachtungsinstrument nicht zugänglich sind. Der Expertenbeirat zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs hat verschiedene Fallkonstellationen überprüfen lassen und hat – bestätigt durch die Praktikabilitätsstudie des MDS – ein Vorliegen einer besonderen Bedarfskonstellation nur bei einer Gebrauchsunfähigkeit beider Arme und beider Beine festgestellt (BT-Drucks. 18/5926, S. 114). Zum selben Ergebnis kommen die BRi (F 4.1.6 unter Ziffer 4.9.1, S. 42). In den BRi ist auch festzulegen, ob und inwieweit eine **besondere Bedarfskonstellation auch für Kinder** und bezogen auf welche Altersstufen gelten soll. Erforderlich ist, dass sich das Kriterium im Rahmen der Befunderhebung bei der Begutachtung sicher identifizieren lässt. Im Rahmen der begleitenden Evaluation (§ 18c) soll auch erhoben werden, ob darüber hinaus weitere besondere Bedarfskonstellationen zu prüfen und in die Richtlinien nach § 17 Absatz 1 aufzunehmen sind.

## 5. Behandlungspflege – Abs. 5

Die Vorschrift hat im Grunde keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Sie soll nur 37  
Befürchtungen entgegenreten, die sich aus der Aufnahme des Moduls 5 (Bewältigung von und selbständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen) in das neue Begutachtungsinstrument ergeben haben. Die Vorschrift stellt lediglich klar, dass die Berücksichtigung sogenannter krankheitsspezifischer Pflegemaßnahmen bei der Erfassung von Beeinträchtigungen der Selbständigkeit und der Fähigkeiten keine Auswirkungen auf die Leistungspflicht der GKV iR des § 37 Abs. 2 SGB V hat. Dies war bisher schon in § 15 Abs. 3 Satz 2 und 3 in der bis Ende 2016 geltenden Fassung geregelt.

## 6. Feststellung der Pflegebedürftigkeit von Kindern – Abs. 6 und 7

Leistungen der PV können auch pflegebedürftige Kinder in Anspruch nehmen. 38  
Für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit von Kindern ist allerdings, wie in dem bis Ende 2016 maßgebenden System, der **Vergleich mit altersentsprechend entwickelten Kindern** maßgebend. Auch altersentsprechend entwickelte Kinder haben ihrem Entwicklungsstand entsprechend einen Hilfebedarf, der allerdings keinen Leistungsanspruch gegen die PV begründet (zum Rechtszustand bis Ende 2016 vgl. hierzu: BSG, SozR 3-2500 § 53 Nr. 7 und 8). Die Bemessung von Pflegebedürftigkeit auf der Basis eines Vergleichs mit altersentsprechend entwickelten Kindern bewirkt keine Schlechterstellung hilfebedürftiger Kinder gegenüber Erwachsenen (BSG, SozR 3-3300 § 14 Nr. 4). Sie stellt lediglich klar, dass der natürliche, altersentsprechende Pflegebedarf von Kindern unberücksichtigt bleibt und allein auf die das altersübliche Maß übersteigenden Beeinträchtigungen abzustellen ist (zur Bemessung des altersentsprechenden Pflegebedarfs vgl. BSGE 110, 214 = SozR 4-3300 § 15 Nr. 5 = NZS 2012, 622). Dies entspricht der Vorgabe in § 14 Abs. 1, wonach Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten gesundheitlich bedingt sein müssen. Auch bei Kindern, die Beeinträchtigungen aufweisen, die über den altersentsprechenden Entwicklungsstand hinausgehen, erfolgt eine Einstufung anhand der Schwere der Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten in fünf Pflegegrade; Abs. 1 bis 3 gelten insofern entsprechend.

Über die Berücksichtigung des altersentsprechenden Entwicklungszustandes hinaus 39  
enthalten die BRi weitere **Sonderregelungen für die Bewertung** der Ausprägungen von Beeinträchtigungen bei Kindern und Jugendlichen (Ziffer 5, S. 108ff.). Dies betrifft zunächst Kleinkinder im Alter bis zu 18 Monaten, für die mit dem „Bestehen gravierender Probleme bei der Nahrungsaufnahme“ bereits in § 14 Abs. 2

Nr. 4 eine Besonderheit erwähnt wird. Im Hinblick auf das bei Kleinkindern in diesem Alter entwicklungsbedingt bestehende hohe Maß an Unselbständigkeit werden bei ihnen nur die altersunabhängigen Module 3 „Verhaltensweisen und psychische Problemlagen“ und 5 „Bewältigung von und selbständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen und Belastungen“ sowie anstelle des gesamten Moduls 4 nur das Kriterium „Bestehen gravierender Probleme bei der Nahrungsaufnahme“ zur Beurteilung herangezogen. Altersunabhängig ist zudem das Vorliegen einer Gebrauchsunfähigkeit beider Arme und beider Beine als besondere Bedarfskonstellation (§ 15 Abs. 4) zu bewerten. Für Kinder und Jugendliche bis zum 18. Lebensjahr enthalten die BRi (Ziffer 5, S. 110ff.) für die Bewertung von Beeinträchtigungen bei den Modulen 1, 2, 4 und 6 eigenständige Tabellen zur Abbildung des altersentsprechenden Grades der Selbständigkeit bzw. der altersentsprechenden Ausprägung von Fähigkeiten. Eine auf die einzelnen Kriterien aller Module abgestimmte Beschreibung der vorhandenen bzw. nicht oder nur teilweise vorhandenen Fähigkeiten bei Kindern geben die BRi unter Ziffer 5.5.1 bis 5.5.7 (S. 118 bis 146).

- 40 **Kleinkinder** im Alter bis zu 18 Monaten werden nach **Abs. 7** einen Pflegegrad höher eingestuft als Kinder ab dem 19. Lebensmonat und Erwachsene mit demselben Gesamtpunktwert und können in diesem Pflegegrad ohne weitere Begutachtung bis zum 18. Lebensmonat verbleiben, soweit zwischenzeitlich kein Höherstufungsantrag gestellt wird oder eine Wiederholungsbegutachtung aus fachlicher Sicht notwendig ist.

#### IV. Minderung oder Erhöhung des Pflegebedarfs

- 41 Eine **Minderung oder Erhöhung der Beeinträchtigungen** der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten, die die Zuordnung zu einem anderen Pflegegrad begründet, stellt eine **wesentliche Änderung** der Verhältnisse i. S. von § 48 Abs. 1 SGB X dar. Erhöhen sich die Gesamtpunkte derart, dass die Voraussetzungen eines höheren Pflegegrades vorliegen, kann der Pflegebedürftige ab dem Zeitpunkt der Änderung Leistungen nach dem höheren Pflegegrad beanspruchen, sofern er dies rechtzeitig beantragt (§ 33 Abs. 1). Das BSG hat die in § 14 Abs. 1 Satz 3 n. F. enthaltene Voraussetzung der **Dauerhaftigkeit** von Pflegebedürftigkeit (sechs Monate) auch auf den für die einzelnen Pflegestufen erforderlichen Umfang des Pflegebedarfs erstreckt, obgleich dies dem Wortlaut des § 15 aF nicht zu entnehmen war (SozR 3-3300 § 15 Nr. 1); hieran hat sich unter dem neuen Bewertungssystem nichts geändert. Prognostiziert der Gutachter, dass sich das Ausmaß der Beeinträchtigungen bei einem bestimmten Verhalten des Pflegebedürftigen (z. B. Durchführung einer Therapie, eines bestimmten Trainings etc.) vor Ablauf von sechs Monaten mindert, so kann sich dies auf die Zuordnung zu einer Pflegestufe nur dann auswirken, wenn die Mitwirkung dem Pflegebedürftigen ohne weiteres zumutbar ist und der Erfolg der Maßnahme (etwa aufgrund medizinischer Erfahrung) eindeutig erscheint. Kann der Gutachter noch keine sichere Prognose abgeben, etwa weil durch RehaMaßnahmen noch eine Besserung und damit eine Minderung des Pflegebedarfs erreicht werden kann, so steht der PK seit dem Inkrafttreten des PflegeWEG die Möglichkeit zur Verfügung, die Leistungsbewilligung zu befristen (§ 33 Abs. 1 Satz 4; vgl. dort Rn. 6).

#### V. Verfahrensfragen

- 42 Das Sozialgericht kann sich bei der gerichtlichen Überprüfung des Bescheides der PK über die Feststellung von Pflegebedürftigkeit und die Zuordnung zu einer Pflegestufe allein auf das im Verwaltungsverfahren gem. § 18 eingeholte **Gutachten des MD** stützen, wenn dies schlüssig ist. Der im sozialgerichtlichen Verfahren geltende

Untersuchungsgrundsatz (§ 103 SGG) macht nicht ohne Weiteres ein gerichtliches Sachverständigengutachten erforderlich (BSG, SozR 3-3300 § 15 Nr. 11 = NJW 2001, 3431). Einwände gegen die Schlüssigkeit des Verwaltungsgutachtens, die medizinische oder pflegefachliche Fragen betreffen, müssen allerdings im Regelfall durch Einschaltung von Sachverständigen geklärt werden. Ob das Gericht ein schriftliches Gutachten einholt oder den **Sachverständigen** lediglich **im Termin** mündlich befragt, steht grundsätzlich in seinem Ermessen; geht es allerdings, wie bei der Feststellung vielfältiger Beeinträchtigungen der Selbständigkeit und der Fähigkeiten um zahlreiche Einzelfeststellungen, so muss sichergestellt werden, dass auch die nicht fachkundigen Beteiligten komplexe Tatsachendarstellungen nachvollziehen können. Hierfür wird regelmäßig ein schriftliches Gutachten erforderlich sein, das den Beteiligten vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung und Entscheidung zur Kenntnis gebracht wird (BSG, Beschluss vom 25.8.2005 – B 3 P 16/05 B, – juris, m. Anm. Kessel, jurisPR-SozR 22/2006). Für die Einschätzung der Ausprägung einer Beeinträchtigung kann ein **Pflege-Tagebuch** eine sachgerechte Tatsachengrundlage bieten.

Die Vorschriften über die Feststellung von Pflegebedürftigkeit und die Zuordnung zu einem Pflegegrad dienen allein dem Interesse des Versicherten. Rechtspositionen der Einrichtungsträger werden durch sie nicht geschützt. Der Antrag auf Zuordnung zu einem höheren Pflegegrad kann daher nicht von der Pflegeeinrichtung im eigenen Namen gestellt werden; die Pflegeeinrichtung ist insoweit auch nicht klagebefugt (für die Zuordnung zu einer Pflegestufe vgl. BSGE 95, 102, 108 = SozR 4-3300 § 43 Nr. 1 = NZS 2006, 426). Die Problematik, die durch den steigenden Eigenanteil des Pflegebedürftigen bei einer Höherstufung in stationärer Pflege begründet wurde, dürfte sich durch die Neuregelung des § 84 Abs. 2 Satz 3 (einrichtungsindividuelle Eigenanteile) ab 2017 nicht mehr stellen.

## Anlagen zu § 15

### Anlage 1:

Abdruck S. 871ff.

### Anlage 2:

Abdruck S. 879

## § 16 Verordnungsermächtigung

<sup>1</sup>Das Bundesministerium für Gesundheit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zur pflegefachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstruments nach § 15 sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach § 18 zu erlassen. <sup>2</sup>Es kann sich dabei von unabhängigen Sachverständigen beraten lassen.

### Inhaltsübersicht

	Rn.
I. Geltende Fassung . . . . .	1
II. Ermächtigungsgrundlage . . . . .	2

## I. Geltende Fassung

- 1 Die Vorschrift ist mWv 1.1.1995 durch Art. 1 PflegeVG eingeführt worden, vgl. Begr. des RegE, S. 99. Die Ermächtigung wurde durch das 1. SGB XI-ÄndG auf die §§ 36 Abs. 4 und 43 Abs. 3 erweitert. Die ursprüngliche Zuständigkeit des BMA wurde zunächst durch den Organisationserlass des Bundeskanzlers vom 27.10.1998 (BGBl. I S. 3288) auf das Bundesministerium für Gesundheit übertragen; durch Art. 219 Nr. 2 der siebten Zuständigkeitsanpassungsverordnung (vom 29.10.2001, BGBl. I S. 2785) wurde diese Änderung im Gesetzestext umgesetzt. Die Bezeichnungen der zuständigen Ministerien sind im Übrigen mehrmals angepasst worden. Durch Art. 2 Nr. 7 PSG II (vom 21.12.2015, BGBl. I S. 2424, 2440) wurde der Gegenstand der Verordnungsermächtigung neu definiert.

## II. Ermächtigungsgrundlage

- 2 Die Vorschrift ermächtigt das für die PV zuständige Ministerium (beim Inkrafttreten des SGB XI war dies das BMA, seit 2001 das BMG), durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit den anderen im Gesetz genannten Ministerien und mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zur pflegefachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstruments nach § 15 sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach § 18 zu erlassen.
- 3 Wegen der Auswirkungen auf Pflegeleistungen nach anderen Gesetzen ist ein Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Familie und Senioren und dem BMA herzustellen. Durch die Verordnungsermächtigung soll die Möglichkeit eröffnet werden, Entwicklungen in der Praxis zu korrigieren und ggf. durch weitere Konkretisierungen steuernd einzugreifen. Die Verordnungsermächtigung steht in Konkurrenz zu dem an den Spitzenverband Bund der Pken gerichteten RL-Auftrag nach § 17 bzw. nach § 53a Satz 1 Nr. 2. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers (BT-Drucks. 18/5926, S. 115 zu § 16) kommt ihr nur für den Fall Bedeutung zu, dass die Spitzenverbände der Pken dem ihnen in § 17 erteilten Auftrag nicht zufriedenstellend nachkommen; vgl. BSGE 89, 44, 46 (NZS 2002, 429) in Bezug auf das Verhältnis von RL und VO bei der Anwendung der Härtefallregelungen. Da die RL gem. § 17 Abs. 2 zusätzlich unter Genehmigungsvorbehalt gestellt worden sind, ist der Erlass einer Verordnung nach § 16 eher unwahrscheinlich.

## § 17 Richtlinien der Pflegekassen

(1) <sup>1</sup>Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen erlässt mit dem Ziel, eine einheitliche Rechtsanwendung zu fördern, unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen Richtlinien zur pflegefachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstruments nach § 15 sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach § 18 (Begutachtungs-Richtlinien). <sup>2</sup>Er hat dabei die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, den Verband der privaten Krankenversicherung e.V., die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die kommunalen Spitzenverbände auf Bundesebene und die Verbände der Pflegeberufe auf Bundesebene zu beteiligen. <sup>3</sup>Ihnen ist unter Übermittlung der hierfür erforderlichen Informationen innerhalb einer angemessenen Frist vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. <sup>4</sup>Die Stellungnahmen sind in die Entscheidung einzubeziehen. <sup>5</sup>Die maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung

der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen wirken nach Maßgabe der nach § 118 Absatz 2 erlassenen Verordnung beratend mit. <sup>6</sup>§ 118 Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(1a) <sup>1</sup>Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen erlässt unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen bis zum 31. Juli 2018 Richtlinien zur einheitlichen Durchführung der Pflegeberatung nach § 7a, die für die Pflegeberater und Pflegeberaterinnen der Pflegekassen, der Beratungsstellen nach § 7b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 sowie der Pflegestützpunkte nach § 7c unmittelbar verbindlich sind (Pflegeberatungs-Richtlinien). <sup>2</sup>An den Richtlinien nach Satz 1 sind die Länder, der Verband der privaten Krankenversicherung e. V., die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe, die kommunalen Spitzenverbände auf Bundesebene, die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege sowie die Verbände der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene zu beteiligen. <sup>3</sup>Den Verbänden der Pflegeberufe auf Bundesebene, unabhängigen Sachverständigen sowie den maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen und der Selbsthilfe der pflegebedürftigen und behinderten Menschen sowie ihrer Angehörigen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(1b) <sup>1</sup>Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen erlässt unter Beteiligung des Medizinischen Dienstes des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen bis zum 30. November 2016 Richtlinien zur Feststellung des Zeiteinsatzs, für den die Pflegeversicherung bei ambulant versorgten Pflegebedürftigen, die einen besonders hohen Bedarf an behandlungspflegerischen Leistungen haben und die Leistungen der häuslichen Pflegehilfe nach § 36 und der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Absatz 2 des Fünften Buches beziehen, die hälftigen Kosten zu tragen hat. <sup>2</sup>Von den Leistungen der häuslichen Pflegehilfe nach § 36 sind dabei nur Maßnahmen der körperbezogenen Pflege zu berücksichtigen. <sup>3</sup>Im Übrigen gilt § 17 Absatz 1 Satz 2 bis 6 entsprechend. <sup>4</sup>Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen gibt eine wissenschaftliche Evaluation der Richtlinien in Auftrag. <sup>5</sup>Ein Bericht über die Ergebnisse der Evaluation ist bis zum 31. Dezember 2018 zu veröffentlichen.

(2) <sup>1</sup>Die Richtlinien nach den Absätzen 1, 1a und 1b werden erst wirksam, wenn das Bundesministerium für Gesundheit sie genehmigt. <sup>2</sup>Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn die Richtlinien nicht innerhalb eines Monats, nachdem sie dem Bundesministerium für Gesundheit vorgelegt worden sind, beanstandet werden. <sup>3</sup>Beanstandungen des Bundesministeriums für Gesundheit sind innerhalb der von ihm gesetzten Frist zu beheben.

#### Inhaltsübersicht

	Rn.
I. Geltende Fassung . . . . .	1
II. Normzweck . . . . .	2
III. Die Richtlinien: Bindungswirkung und verfassungsrechtliche Fragen . . . . .	6
1. Richtlinien als Rechtsnormen . . . . .	6
2. Demokratische Legitimation . . . . .	8
3. Bekanntgabe, Begründung, Beobachtungspflicht, Rechtswidrigkeit . . . . .	11
4. Rechtsschutz . . . . .	14
IV. Die einzelnen Ermächtigungen . . . . .	16
1. Begutachtungs-Richtlinien (Abs. 1) . . . . .	16
2. Pflegeberatungs-Richtlinien (Abs. 1a) . . . . .	20
3. Kostenabgrenzungs-Richtlinien (Abs. 1b) . . . . .	23
V. Genehmigung und Beanstandungsrecht . . . . .	26

## I. Geltende Fassung

- 1 Eine Kompetenz zum Erlass von Richtlinien besteht seit den Anfängen der Pflegeversicherung Mitte der neunziger Jahre (zur Entstehungsgeschichte der durch Art. 1 PflegeVG v. 26.5.1994 mWv 1.1.1995 eingefügten Vorschrift: BT-Drucks. 12/5262, S. 99; BT-Drucks. 12/5920, S. 23f.; BT-Drucks. 12/5952, S. 35f.; BT-Drucks. 12/6424, S. 2). Nach mehrmaligen kleineren Änderungen, welche etwa die Bezeichnung des genehmigenden Ministeriums betrafen oder in Anpassung an Änderungen anderer Vorschriften erfolgten (vgl. dazu die Voraufgabe § 17 Rn. 1), wurde durch das PSG II v. 21.12.2015 die Vorschrift grundlegend geändert. Abs. 1 wurde mWv 1.1.2017 in Folge des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs und des neuen Begutachtungsverfahrens (§§ 14, 15, 18) im Hinblick auf die vom Spitzenverband zu erlassenden Begutachtungs-Richtlinien neu gefasst (dazu BT-Drucks. 18/5926, S. 115; zur Vorgängerbestimmung des § 17a, die zur Vorbereitung der Einführung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs zum Richtlinienerrlass ermächtigte und zum 31.12.2016 aufgehoben wurde: BT-Drucks. 18/5261, S. 60ff.). Abs. 1a wurde mWv 1.1.2016 durch das PSG II eingefügt (dazu BT-Drucks. 18/5926, S. 88f.) und Abs. 2 S. 1 geändert (dazu BT-Drucks. 18/5926, S. 89). Durch das Gesetz zur Errichtung eines Transplantationsregisters v. 11.10.2016 wurde mWv 1.1.2017 Abs. 1b eingefügt und Abs. 2 S. 1 insoweit ergänzt (dazu BT-Drucks. 18/9083, S. 21, 33).

## II. Normzweck

- 2 Zum Zwecke der Förderung einer **einheitlichen Rechtsanwendung** (angesichts von § 23 Abs. 6 Nr. 1 gelten die Richtlinien auch für die private Pflegeversicherung) verpflichtet der Gesetzgeber den Spitzenverband der PK nach Abs. 1 unter Beteiligung der in Abs. 1 S. 2 genannten Organisationen, Richtlinien zur pflegfachlichen Konkretisierung des Begutachtungsinstruments nach § 15 sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach § 18 zu erlassen. Überdies besteht nach § 16 eine inhaltlich entsprechende Ermächtigung für das BMG zum Erlass einer Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf. Sofern eine Rechtsverordnung erlassen wird, kommt dieser gegenüber der Richtlinie des Spitzenverbandes Vorrang zu (BT-Drucks. 18/5926, S. 115) und kann der Spitzenverband nur in diesem Rahmen durch Richtlinien Regelungen treffen. Allerdings steht die Ausübung der Verordnungsermächtigung unter dem Vorbehalt, dass der Spitzenverband keine Richtlinie erlässt oder er aus Sicht des BMG keine ausreichenden Regelungen trifft (vgl. BT-Drucks. 12/5262, S. 99). Da das BMG in letzterem Falle nach § 17 Abs. 2 auch die Möglichkeit der Beanstandung hat, stellt sich die Frage, ob es insoweit überhaupt der Verordnungsermächtigung bedarf; bislang ist noch keine Rechtsverordnung erlassen worden.
- 3 Dem Ziel einer einheitlichen Rechtsanwendung dienen ebenso die weiteren Richtlinienermächtigungen in § 17 zur Pflegeberatung (Abs. 1a) und zur Kostenabgrenzung zwischen Kranken- und Pflegeversicherung bei Pflegebedürftigen, die einen besonders hohen Bedarf an behandlungspflegerischen Leistungen haben (Abs. 1b). Für die Richtlinien nach Abs. 1, 1a, 1b sieht Abs. 2 als Wirksamkeitsvoraussetzung die Genehmigung durch das BMG vor, wobei die Genehmigung als erteilt gilt, wenn die Richtlinie nicht innerhalb eines Monats nach Vorlage beanstandet wurde.
- 4 Da § 17 nicht abschließend die Richtlinienkompetenz des Spitzenverbandes normiert, sind daneben **Richtlinienermächtigungen an anderer Stelle** und in anderen Regelungskontexten des SGB XI möglich und dort auch zu finden. So ermächtigt etwa § 53c den Spitzenverband zum Erlass von Richtlinien in Bezug auf zusätzlich einzusetzende Betreuungskräfte für Leistungen nach § 43b. Nach § 114a

Abs. 7 erlässt der Spitzenverband Richtlinien über die Durchführung der Prüfung der in Pflegeeinrichtungen erbrachten Leistungen und deren Qualität sowohl für den ambulanten als auch für den stationären Bereich (s. dazu auch *Axer*, KrV 2015, 97 ff.; weitere Richtlinienermächtigungen etwa in § 18 b, § 40 Abs. 5 S. 3, § 53 a, § 53 b). Soweit dort nicht explizite Regelungen zum Erlassverfahren getroffen werden, kann an eine analoge Anwendung der § 17 Abs. 1, 2 gedacht werden. Die Richtlinien aufgrund von Ermächtigungen jenseits des § 17 dienen ebenfalls der einheitlichen Rechtsanwendung.

Die für den Bereich der Pflege erlassenen Richtlinien des Spitzenverbandes sowie die Gemeinsamen Empfehlungen, die Empfehlungen und das Gemeinsame Rundschreiben des Spitzenverbandes und der Verbände der Pflegekassen auf Bundesebene zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des Pflege-VG sind auf der **Internetseite des Spitzenverbandes** unter [www.gkv-spitzenverband.de/pflegeversicherung/richtlinien\\_vereinbarungen\\_formulare](http://www.gkv-spitzenverband.de/pflegeversicherung/richtlinien_vereinbarungen_formulare) zu finden.

### III. Die Richtlinien: Bindungswirkung und verfassungsrechtliche Fragen

#### 1. Richtlinien als Rechtsnormen

Allgemeiner Ansicht nach galten die Richtlinien des Spitzenverbandes bislang als **Verwaltungsbinnenrecht** und wurden wie (norminterpretierende) Verwaltungsvorschriften behandelt, die Außenwirkung über Art. 3 GG sowie die Selbstbindung der Verwaltung erlangen konnten (vgl. BSG SozR 4-3300 § 15 Nr. 4 Rn. 7; BSG, NZS 1998, 479, 480; *Baumeister*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, § 17 Rn. 5 f.; *Dalichau*, § 17 Rn. 33 ff., 63; *Gebhardt*, in: Krauskopf, § 17 Rn. 8; *Koch*, in: Kasseler Kommentar, § 17 Rn. 3; *Krahmer/Schiffer-Werneburg*, in: LPK-SGB XI, § 17 Rn. 13 ff.; *Roller*, in: jurisPK-SGB XI, § 17 Rn. 17 ff.; *Wagner*, in: H/N, § 17 Rn. 5 ff.; s. dazu auch *Kessler-Jensch*, Die Richtlinien im SGB XI, 2005, S. 33 ff., 101 ff.; *Roller*, Pflegebedürftigkeit, 2007, S. 47 ff.; *Udsching*, Richtlinien in der Pflegeversicherung, in: FS Krasney, S. 677 ff.; zur Problematik ebenfalls *Lehmann-Franßen*, Die Beachtlichkeit der Richtlinien nach § 17 SGB XI, Diss. FU Berlin, 2003, S. 126 ff.).

Gegen ein Verständnis als Verwaltungsbinnenrecht sprechen die gesetzliche Ermächtigung unter genauer Regelung des Erlassverfahrens mit Beteiligung zahlreicher Organisationen und Einbeziehung externen Sachverständigen, das Genehmigungserfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung und das Beanstandungsrecht des BMG sowie die Funktion und der Zweck der Richtlinien, eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten, die gerade bei **normativer Verbindlichkeit** und nicht bei – auch rechtsstaatlich bedenklicher – grundsätzlicher Unverbindlichkeit gegeben ist (s. dazu im Einzelnen *Axer*, SGB 2012, 501, 504 ff.; offen lassend *Schütze*, in: Masuch u. a. (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Bd. II, 2015, 201, 218). Die Richtlinien reichen von ihrem Inhalt und ihrer Funktion her über den Verwaltungsbinnenraum des Spitzenverbandes hinaus und beschränken sich nicht im Kreis der Betroffenen auf interne Anforderungen an das Handeln des Spitzenverbandes, wenn sie etwa Vorgaben für die Pflegekassen oder für private Pflegeversicherungsunternehmen treffen. Dass in Abs. 1 a für die Beratungs-Richtlinien die Verbindlichkeit gegenüber den Pflegeberatern und Pflegeberaterinnen der Pflegekassen, der Beratungstellen und der Pflegestützpunkte ausdrücklich angeordnet ist, spricht schließlich nicht gegen die normative Verbindlichkeit, sondern gerade dafür, bringt der Gesetzgeber doch insoweit deutlich zum Ausdruck, dass normative Verbindlichkeit bestehen soll. Diese folgt allerdings schon aus der gesetzlichen Ermächtigung selbst, denn ebenso wie die Verbindlichkeit einer Rechtsverordnung oder Satzung bereits in der gesetzlichen Ermächtigung gründet, erlangt die Richtlinie ihre Bindungswirkung



gegenüber Dritten, d.h. Pflegekassen, Versicherten und Leistungserbringern, schon aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung zur Normsetzung (zur Zulässigkeit von Normsetzungsformen jenseits von Rechtsverordnung und Satzung mangels verfassungsrechtlichem *numerus clausus* der Normsetzungsformen *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 208 ff.; vgl. auch BSG SozR 4-2500 § 240 Nr. 17 Rn. 20). In ihrer normativen Verbindlichkeit unterscheiden sich die Richtlinien gerade auch von Rundschreiben des Spitzenverbandes.

## 2. Demokratische Legitimation

- 8 Als amtliches Handeln mit Entscheidungscharakter bedürfen die Richtlinien der demokratischen Legitimation. Dies würde ebenfalls bei einer Qualifikation der Richtlinien als bloßes Verwaltungsbinnenrecht gelten, denn selbst dann bilden sie regelmäßig über den Allgemeinen Gleichheitssatz die rechtlich relevante Grundlage für weitere Entscheidungen gerade durch die Pflegekassen. Die Frage der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung wird vor allem anhand des Gemeinsamen Bundesausschusses kontrovers diskutiert (vgl. mwN *Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, S. 279 ff.; *ders.*, SGB 2015, 247 ff.; *Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015).
- 9 In einem **Beschluss vom 10. 11. 2015** hatte das BVerfG (NJW 2016, 1505 ff., mit Anmerkung *Wallrabenstein*, KrV 2015, 240 f.; s. auch: *Gassner*, NZS 2016, 121 ff.; *Lege*, JZ 2016, 464 ff.), nachdem es die Frage lange Zeit offen gelassen hatte, eine Verfassungsbeschwerde mangels hinreichender Substantiierung als unzulässig zurückgewiesen, ohne konkret die Frage nach einer ausreichenden demokratischen Legitimation zu beantworten und klare Maßstäbe für die Beurteilung vorzugeben. Der Senat bezeichnet die generellen und allgemeinen Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zwar als durchaus gewichtig, ohne jedoch die Zweifel näher zu belegen, zu erläutern und insbesondere zu klären. Stattdessen wies der Senat auf die seines Erachtens nicht ausreichende Substantiierung hin: Es bedürfe konkreter Ausführungen nicht nur zum Einzelfall, sondern auch zur Ausgestaltung der in Rede stehenden Befugnis, zum Gehalt der Richtlinie und zur Reichweite der Regelung auf an ihrer Entstehung Beteiligte oder auch unbeteiligte Dritte. Denn es sei nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinsame Bundesausschuss für eine Richtlinie hinreichende Legitimation besitze, wenn sie zum Beispiel nur an der Regelsetzung Beteiligte mit geringer Intensität treffe, während sie für andere seiner Normen fehlen könne, wenn sie zum Beispiel mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regele, die an deren Entstehung nicht mitwirken können. Maßgeblich sei hierfür insbesondere, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen gesetzlich angeleitet sei.
- 10 Im Hinblick auf die im Einzelnen letztlich offen bleibenden verfassungsgerichtlichen Maßstäbe lässt sich für die Richtlinien des Spitzenverbandes festhalten, dass sie nicht per se gegen das **Demokratieprinzip** verstoßen, gerade wenn und weil sie aufgrund gesetzlicher Ermächtigung und enghesigter inhaltlicher gesetzlicher Vorgaben erlassen werden. Weiterhin besteht eine Rechtsaufsicht durch das BMG, das die Richtlinien genehmigen muss und beanstanden kann. Die Versicherten werden über den Spitzenverband repräsentiert; zudem haben die Patienten in der Regel überdies noch über die Organisationen nach § 118 Mitwirkungsrechte. Mitwirkungsrechte sind daneben noch für weitere Organisationen vorgesehen, bis hin zu den Trägern der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene. Das BSG hat für die „Beitragsverfahrensgrundsätze Selbstzahler“ des Spitzenverbandes Bund der KK nach § 240 SGB V in der GKV die demokratische Legitimation des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zur Normsetzung bejaht (BSG SozR 4-2500 § 240 Nr. 17 Rn. 23 ff.; s. auch *Axer*,