

§ 2 SGB XI Selbstbestimmung

(Fassung vom 28.05.2008, gültig ab 01.07.2008)

(1) ¹Die Leistungen der Pflegeversicherung sollen den Pflegebedürftigen helfen, trotz ihres Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht. ²Die Hilfen sind darauf auszurichten, die körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Pflegebedürftigen wiederzugewinnen oder zu erhalten.

(2) ¹Die Pflegebedürftigen können zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger wählen. ²Ihren Wünschen zur Gestaltung der Hilfe soll, soweit sie angemessen sind, im Rahmen des Leistungsrechts entsprochen werden. ³Wünsche der Pflegebedürftigen nach gleichgeschlechtlicher Pflege haben nach Möglichkeit Berücksichtigung zu finden.

(3) ¹Auf die religiösen Bedürfnisse der Pflegebedürftigen ist Rücksicht zu nehmen. ²Auf ihren Wunsch hin sollen sie stationäre Leistungen in einer Einrichtung erhalten, in der sie durch Geistliche ihres Bekenntnisses betreut werden können.

(4) Die Pflegebedürftigen sind auf die Rechte nach den Absätzen 2 und 3 hinzuweisen.

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 09.07.2013

Gliederung

A. Basisinformationen	Rn. 1
I. Textgeschichte/Gesetzgebungsmaterialien	Rn. 1
II. Parallelvorschriften	Rn. 3
III. Verwaltungsvorschriften	Rn. 6
IV. Systematische Zusammenhänge	Rn. 8
V. Ausgewählte Literaturhinweise	Rn. 10
B. Auslegung der Norm	Rn. 11
I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm	Rn. 11
II. Normzweck	Rn. 16
III. Selbstbestimmung und Selbstständigkeitsförderung (Absatz 1)	Rn. 19
IV. Wunsch- und Wahlrechte der Pflegebedürftigen (Absatz 2)	Rn. 24
1. Allgemeines	Rn. 24
2. Wahlrechte (Satz 1)	Rn. 25
3. Wunschrechte (Satz 2)	Rn. 32
4. Gleichgeschlechtliche Pflege (Satz 3)	Rn. 34
V. Religiöse Bedürfnisse in der Pflege (Absatz 3)	Rn. 37
1. Berücksichtigung religiöser Bedürfnisse (Satz 1)	Rn. 37
2. Auswahl stationärer Einrichtungen aus religiösen Gründen (Satz 2)	Rn. 39
VI. Hinweispflicht (Absatz 4)	Rn. 41

A. Basisinformationen

I. Textgeschichte/Gesetzgebungsmaterialien

- 1 Die Vorschrift wurde zum **01.01.1995** durch Art. 1 des Pflege-Versicherungsgesetzes vom 26.05.1994¹ eingeführt, ohne dass es Vorgängerregelungen gab. Sie übernimmt unverändert die Fassung des Regierungsentwurfs.²
- 2 Durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz – PflegeWEG) vom 28.05.2008³ wurde Absatz 2 mit Wirkung zum **01.07.2008** um einen Satz 3 ergänzt.

II. Parallelvorschriften

- 3 Ähnliche **programmatische Regelungen**, die das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Wunsch- und Wahlrechte der betroffenen Personen betonen, finden sich in mehreren Büchern des SGB, etwa in § 33 SGB I⁴ bzw. § 1 Satz 1 und § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Gleiches gilt für die Verpflichtung, ein der Würde des Menschen entsprechendes Leben zu ermöglichen, vgl. hierzu z.B. § 1 Abs. 1 SGB I und § 1 Satz 1 SGB XII.
- 4 Eine **freie Wahl der Leistungserbringer** regelt auch § 76 Abs. 1 SGB V, wobei nach dessen Absatz 2 grundsätzlich die nächsterreichbare Behandlungsmöglichkeit zu wählen ist, andernfalls müssen die Mehrkosten selbst getragen werden.
- 5 Der Umstand, dass **religiösen Bedürfnissen** nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist, ist z.B. auch in § 2 Abs. 3 Satz 2 SGB V oder § 9 Abs. 1 Satz 2 SGB IX vorgesehen.

III. Verwaltungsvorschriften

- 6 Das gemeinsame **Rundschreiben** der Spitzenverbände der Krankenkassen und des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen zu den leistungsrechtlichen Voraussetzungen des Pflege-Versicherungsgesetzes⁵ enthält auch Erläuterungen zu § 2 SGB XI.
- 7 Eine nähere Ausgestaltung der in § 2 SGB XI genannten Vorgaben findet sich zudem in den **Maßstäben und Grundsätzen für die Qualität und die Qualitätssicherung** sowie für die Entwicklung eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI in der ambulanten bzw. vollstationären Pflege vom 27.05.2011.⁶

¹ BGBl I 1994, 1014.

² Vgl. die Begründung des Entwurfs, BT-Drs. 12/5262, S. 89.

³ BGBl I 2008, 874.

⁴ Hierzu ausführlich *Welti/Sulek*, VSSR 2000, 453, 455 ff.

⁵ www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/richtlinien__vereinbarungen__formulare/empfehlungen_zum_leistungsrecht/Pflege_GemR_Leistungen_mit_Inhaltsverz_Stand_20052013.pdf (abgerufen am 08.07.2013).

⁶ www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/richtlinien__vereinbarungen__formulare/richtlinien_und_grundsaeetze_zur_qualitaetssicherung/2011_06_09_MuG_stat_Fassung_nach_Schiedsspruch.pdf (abgerufen am 08.07.2013) und www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/richtlinien__vereinbarungen__formulare/richtlinien_und_grundsaeetze_zur_qualitaetssicherung/2011_06_09_MuG_ambulant_Fassung_nach_Schiedsspruch.pdf (abgerufen am 08.07.2013).

IV. Systematische Zusammenhänge

- 8 § 2 SGB XI begründet selbst **keine unmittelbaren Ansprüche** der Pflegebedürftigen, die Regelung kann aber bei der Ausgestaltung der Leistungsansprüche und insbesondere im Rahmen erforderlicher Ermessenausübung Bedeutung erlangen.⁷ Daher steht sie im systematischen Zusammenhang mit den leistungsrechtlichen Vorschriften der sozialen Pflegeversicherung (§§ 36 ff. SGB XI). Die Norm ist eine spezialgesetzliche Ausprägung des allgemein in § 33 Satz 1 SGB I normierten Individualisierungsgrundsatzes, der im Rahmen der Pflegeversicherung keine große Bedeutung erlangen kann, weil die Leistungen der Pflegekassen im Sinne dieser Regelung im Einzelnen bestimmt sind.⁸
- 9 Der in Absatz 1 aufgeführte Grundsatz der Ermöglichung eines möglichst selbständigen und selbstbestimmten Lebens, das der Würde des Menschen entspricht, lehnt sich an die **grundrechtlichen Vorgaben** der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG an und ist als deren einfachgesetzliche Ausprägung anzusehen.⁹ Gleiches gilt für die in Absatz 3 genannte Berücksichtigung der religiösen Bedürfnisse der Pflegebedürftigen, die sich an den Vorgaben des Art. 4 GG orientiert.¹⁰

V. Ausgewählte Literaturhinweise

- 10 *Boecken*, Zur Frage eines Anspruchs von Pflegebedürftigen auf gleichgeschlechtliche Pflege, SGB 2008, 698 ff.; *Damm*, Medizinrechtliche Grundprinzipien im Kontext von Pflege und Demenz – „Selbstbestimmung und Fürsorge“, MedR 2010, 451 ff.; *Garms-Homolova/von Kardorff/Theiss/Meschig/Fuchs*, Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Pflegebedarf, Frankfurt 2009; *Hoffer/Rasch*, Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff – Motor für eine zukunftsorientierte Weiterentwicklung der Pflege, ArchsozArb 2010, Nr. 3, 4 ff.; *Hoffer*, Geschlechtergerechte Pflege als Herausforderung für eine gleichstellungsorientierte Pflegepolitik, djbZ 2011, 47 ff.; *Koch*, Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen, jurisPR-SozR 18/2007, Anm. 5; *Köbl*, Selbstbestimmung im Sozialversicherungsrecht, ZfSH/SGB 1996, 292 ff.; *Köpcke-Duttler*, Selbstbestimmung und Fürsorge; Behindertenrecht 2007, 62 ff.; *Nebe*, Häusliche Pflege gendergerecht? – eine Bestandsaufnahme, djbZ 2011, 57 ff.; *Schützendorf*, Das Recht der Alten auf Eigensinn, München 1997; *Welti*, Pflegeleistungen und Teilhabeleistungen in Einrichtungen, Sozialrecht aktuell 2012, 189 ff.; *ders.*, Keine Einschränkung des Wahlrechts bei ambulanten Pflegeleistungen durch örtlichen Einzugsbereich im Versorgungsvertrag, jurisPR-SozR 22/2006, Anm. 4.

⁷ Vgl. *Vogl* in: HSP (SGB XI), § 2 Rn. 4; *Klie* in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 2 Rn. 2; *Udsching* in: Udsching, SGB XI, § 2 Rn. 2; *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 9.

⁸ Vgl. auch *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 5.

⁹ Vgl. *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 2; *Klie* in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 2 Rn. 2; *Esmeier/Heberlein* in: PflegeV-Komm., § 2 Rn. 8.

¹⁰ Vgl. *Klie* in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 2 Rn. 2.

B. Auslegung der Norm

I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm

- 11** Da es sich bei der Norm um eine zwar verbindliche, aber doch programmatische Regelung handelt, die nur im Zusammenspiel mit den Normen des Leistungsrechts relevant werden kann (vgl. bereits Rn. 8), ist die **praktische Bedeutung überschaubar**. Leistungsansprüche können aus § 2 SGB XI nicht unmittelbar hergeleitet werden. Normiert wird der Individualisierungsgrundsatz im Bereich der sozialen Pflegeversicherung.
- 12 Absatz 1** beschreibt das **Ziel** der Leistungen der Pflegeversicherung, trotz des Hilfebedarfs ein menschenwürdiges, möglichst selbstbestimmtes Leben zu führen, wobei nach Möglichkeit primär eine Wiedergewinnung der körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte des Pflegebedürftigen anzustreben ist und erst subsidiär die Erhaltung. Hieran muss sich das Handeln sowohl der Leistungsträger als auch der über entsprechende Verträge und Vorgaben der Qualitätssicherung (vgl. die §§ 112 ff. SGB XI) gebundenen Leistungserbringer ausrichten.
- 13 Absatz 2** begründet ein **Wunsch- und Wahlrecht** in Bezug auf die Auswahl zwischen verschiedenen Leistungsarten und Leistungserbringern. Dieses wird unter den Vorbehalt der Angemessenheit gestellt. Satz 3 betont seit dem 01.07.2008 explizit die grundsätzliche Pflicht zur Berücksichtigung des Wunsches nach gleichgeschlechtlicher Pflege, wobei dies wiederum durch den Verweis auf die erforderliche Möglichkeit der entsprechenden Erbringung eingeschränkt wird.
- 14 Absatz 3 Satz 1** legt als Verpflichtung der Pflegekassen und Leistungserbringer fest, dass auf die **religiösen Bedürfnisse** der Pflegebedürftigen Rücksicht zu nehmen ist. Satz 2 stellt als Unterfall des durch Absatz 2 begründeten Wunsch- und Wahlrechts klar, dass Auswahlkriterium bei stationären Einrichtungen auch eine Betreuung durch Geistliche des eigenen Bekenntnisses sein kann.
- 15 Absatz 4** begründet schließlich die Verpflichtung der Pflegekassen, die Pflegebedürftigen auf die in den Absätzen 2 und 3 ausgeführten Rechte gesondert hinzuweisen.

II. Normzweck

- 16 Absatz 1** soll dem Umstand Rechnung tragen, dass Pflegebedürftigkeit in der Regel Einschränkungen in der freien Gestaltung des Lebens des Pflegebedürftigen bedeutet. Die Hilfen der Pflegeversicherung sollen daher so gestaltet und eingesetzt werden, dass sie dazu beitragen, die Möglichkeiten zu einer selbstbestimmten Lebensführung im Rahmen der verbliebenen Leistungsfähigkeit nutzen zu können.¹¹ Damit wird eine **Zielvorstellung** für die gesetzliche Pflegeversicherung formuliert, die sich von der traditionellen „Verwahrpflege“ oder auch „Satt- und sauber-Pflege“ abgrenzt und nicht mehr nur das rein physische Existenzminimum sichert, sondern **Selbstbestimmung und Selbständigkeit** im Sinne einer Orientierung der Hilfe am Leitbild nicht-pflegebedürftiger Menschen ermöglichen soll.¹² Der Pflegebedürftige soll nicht Objekt der Pflege¹³ sein, das den Vorstellungen der pflegenden Personen und Institutionen ausgeliefert ist, sondern selbst soweit

¹¹ Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/5262, S. 89.

¹² Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

¹³ Vgl. zur aus der Menschenwürde resultierenden Verpflichtung des Staates und seiner Einrichtungen, den Einzelnen als Subjekt zu behandeln BVerfG v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/7645 - BVerfGE 187, 228.

als möglich Einfluss auf die Ausgestaltung nehmen können.¹⁴ Letztlich wird hier allerdings eine Zielvorstellung proklamiert, die durch die Leistungen der Pflegeversicherung allein nicht zu erreichen ist.

- 17 Die Absätze 2 und 3** sollen zur Förderung der Selbstbestimmung ein grundsätzliches Wunsch- und Wahlrecht begründen, das allerdings mit Verweis auf die Interessen der Solidargemeinschaft unter den Vorbehalt der Angemessenheit gestellt wird.¹⁵ Zu den Einschränkungen im Leistungsrecht der Pflegeversicherung vgl. auch Rn. 29 f.
- 18** Um zu gewährleisten, dass Pflegebedürftige ihre Wünsche äußern und auch tatsächlich von ihren Wunsch- und Wahlrechten Gebrauch machen können, werden die Pflegekassen durch **Absatz 4** verpflichtet, über die Rechte nach den Absätzen 2 und 3 zu informieren.¹⁶

III. Selbstbestimmung und Selbstständigkeitsförderung (Absatz 1)

- 19** Der **Begriff des Pflegebedürftigen**, dessen Selbstbestimmungsrecht begründet und dessen Selbständigkeit ermöglicht werden soll, ist in § 14 SGB XI definiert, vgl. die Kommentierung zu § 14 SGB XI. In Bezug genommen werden ferner die **Leistungen der Pflegeversicherung**, die in den §§ 36 ff. SGB XI im Einzelnen bestimmt werden.
- 20** Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Ziele der **Selbstbestimmung** und der Ermöglichung einer **Selbständigkeit** in einem **Spannungsverhältnis** stehen können, etwa wenn die Erreichung einer größeren Selbständigkeit durch den Betroffenen nicht gewünscht wird.¹⁷ In diesem Falle geht der Grundsatz der Selbstbestimmung regelmäßig vor, da das Ziel der Selbständigkeit nur das vorrangige und sich direkt aus der Menschenwürde ableitende Ziel der Selbstbestimmung unterstützen soll. Eine Hilfeleistung darf, jedenfalls wenn eine freie Willensbildung noch möglich ist¹⁸, auch unter Bezugnahme auf die in § 6 Abs. 2 SGB XI genannte Eigenverantwortung nicht aufgenötigt werden.¹⁹ Dies schließt aber nicht aus, dass durch Informationen und Hinweise versucht wird, auf die Willensbildung Einfluss zu nehmen, soweit diese in angemessener Form geschieht (vgl. auch § 7 Abs. 1 SGB XI).²⁰ Die Pflegekassen müssen auch wohlgemeinter Überversorgung durch Angehörige und entsprechenden Missständen der professionellen Pflege entgegenreten.²¹
- 21** Geschützt wird durch die Regelung nur das Selbstbestimmungsrecht des Pflegebedürftigen, nicht das seiner Angehörigen, wobei diese aber als Bevollmächtigte oder Betreuer gegenüber den Pflegekassen und Leistungserbringern Wünsche, Gewohnheiten, Eigenarten und Bedürfnisse des Betroffenen zum Ausdruck bringen können.²²

¹⁴ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 2.

¹⁵ Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/5262, S. 89.

¹⁶ Gesetzesbegründung BT-Drs. 12/5262, S. 89.

¹⁷ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 5; *Köpke-Duttler*, *Behindertenrecht* 2007, 62 ff., auch zu haftungsrechtliche Einflüssen auf das Selbstbestimmungsrecht; vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen der Förderung des Patientenwohls und der Patientenautonomie *Damm*, *MedR* 2010, 451, 452 ff.

¹⁸ Zu diesem Aspekt vgl. auch *Damm*, *MedR* 2010, 451, 453, Stichwort: „Imperfekte Autonomie“.

¹⁹ Vgl. *Esmeier/Heberlein* in: *PflegeV-Komm.*, § 2 Rn. 9; *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 5.

²⁰ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 5.

²¹ *Wagner* in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, § 2 Rn. 7.

²² Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 5; Kritisch zu den eingeschränkten Mitspracherechten Angehöriger im Verhältnis zu professionellen Pflegekräften und der unzureichenden Unterstützung und Aktivierung der Angehörigen *Evers* in: *Neue Chancen für den Sozialstaat* 1998, 61, 70 ff.

22 Das Selbstbestimmungsrecht enthält u.a. folgende Ausprägungen:

- Verzicht auf **erzieherische Maßnahmen** gegenüber dem Pflegebedürftigen²³,
- Berücksichtigung **individueller Lebensgewohnheiten** und -entwürfe sowie **kultureller Besonderheiten** bei der Bedarfsermittlung durch den MdK und bei der Planung bzw. Durchführung der Pflege²⁴,
- Beteiligung der Pflegebedürftigen an der **Pflegeplanung**²⁵,
- Berücksichtigung der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts als wesentliches Element der Ergebnisqualität im Rahmen von **Qualitäts- und Wirksamkeitsprüfungen**²⁶,
- Aufnahme in Leitlinien und Expertenstandards.²⁷

23 Die Ermöglichung einer größtmöglichen Selbständigkeit, die auch durch die in Absatz 1 Satz 2 aufgeführte Ausrichtung am Ziel einer Wiedergewinnung oder zumindest Erhaltung der körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte konkretisiert wird, wird durch das **Leitbild einer aktivierenden Pflege**²⁸ näher umschrieben²⁹, das sich an verschiedenen Stellen des SGB XI findet³⁰. Allerdings sind die Hauptleistungen der Pflegeversicherungen ergänzender bzw. finanzieller Natur und dienen lediglich der Absicherung der Pflege, so dass der aktivierende Charakter der gesetzlichen Pflegeversicherung hauptsächlich bei der Gewährung von Hilfsmitteln (§ 40 Abs. 1 SGB XI)³¹, der Zuschussung der Maßnahmen zur Verbesserung des individuellen Wohnumfeldes (§ 40 Abs. 3 SGB XI) und bei der Aufklärung und Beratung der Pflegebedürftigen sowie ihrer ehrenamtlichen Pflegekräfte (§ 7 SGB XI) zum Tragen kommt³². Eine Ausdehnung des Pflegebedarfs über die maßgeblichen Vorschriften der §§ 14, 15 SGB XI ergibt sich aus der in Absatz 1 genannten Zielsetzung nicht.³³ Eine Einbeziehung der Leistungsträger der sozialen Pflegeversicherung in das SGB IX ist gerade nicht erfolgt.³⁴ Sozialpolitisch finden sich Bestrebungen, eine weitergehende Selbstbestimmung – auch über den Bereich der Pflegeversicherung hinaus – zu ermöglichen.³⁵

²³ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

²⁴ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

²⁵ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

²⁶ Vgl. *Philipp*, VSSR 1997, 243, 254; *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

²⁷ Vgl. *Damm*, MedR 2010, 451, 454 ff., auch zur Rechtsnatur solcher Regelungen.

²⁸ Zur historischen Entwicklung dieses Ansatzes *Evers* in: *Neue Chancen für den Sozialstaat 1998*, 61 ff.

²⁹ Vgl. auch *Wagner* in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, § 2 Rn. 4; zur aktivierenden Pflege vgl. *Klie*, PflR 2005, 439, 440 bzw. *ders.*, ZSR 2004, 503, 504., der auch auf die Möglichkeit der Rehabilitation durch Pflege hinweist und sich gegen eine starre Abgrenzung der beiden Begriffe wendet.

³⁰ §§ 28 Abs. 4 Satz 1, 6 Abs. 2, 11 Abs. 1 Satz 2, 14 Abs. 3, 87a Abs. 4, 87b Abs. 1 und 2, 114 Abs. 2 SGB XI.

³¹ Zur schleppenden Umsetzung von Hilfsmittelgewährungen in der Anfangszeit der Pflegeversicherung vgl. die Studie von *Lucke/Messner/Lucke*, *Gesundheitswesen* 1997, 168 ff.

³² Vgl. *Esmeier/Heberlein* in: *PflegeV-Komm.*, § 2 Rn. 9; *Wagner* in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, § 2 Rn. 9.

³³ BSG v. 19.02.1998 - B 3 P 3/97 R - BSGE 82, 27, 31; *Udsching* in: *Udsching*, SGB XI, § 2 Rn. 3.

³⁴ *Klie*, ZSR 2004, 503, 50f ff.

³⁵ Vgl. dazu etwa die Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. zur Sicherung der Selbstbestimmung und sozialen Teilhabe vor Ort, NDV 2011, 14 ff.

IV. Wunsch- und Wahlrechte der Pflegebedürftigen (Absatz 2)

1. Allgemeines

24 Die Ausübung der Wunsch- und Wahlrechte nach Absatz 2 setzt **keine Geschäftsfähigkeit**, sondern lediglich eine **hinreichende Einsichtsfähigkeit** des Pflegebedürftigen voraus, eine Ausübung der Rechte ist ggf. auch gegen den Willen eines **gesetzlichen Vertreters** möglich, soweit eine unbeeinträchtigte Willensbildung gegeben ist.³⁶

2. Wahlrechte (Satz 1)

25 Absatz 2 Satz 1 gewährleistet für den Pflegebedürftigen die **freie Auswahl** zwischen den Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger, wobei sich der Begriff Träger nicht auf die Pflegekassen als Träger der gesetzlichen Pflegeversicherung, sondern auf die Träger der Einrichtungen und Dienste als Leistungserbringer der Pflegeleistungen bezieht.³⁷ Die in der Norm genannten Dienste sind dabei die ambulanten Pflegeeinrichtungen.³⁸ Im Hinblick auf den nur ergänzenden Charakter der gesetzlichen Pflegeversicherung ist auch anders als in anderen Bereichen des SGB (z.B. § 76 Abs. 2 SGB V) keine generelle Regelung über eventuelle **Mehrkosten** getroffen worden, weil Kosten regelmäßig ohnehin nur „gedeckt“ übernommen werden (vgl. aber Rn. 30).

26 Die Auswahl besteht nur zwischen Trägern, die durch **Versorgungsverträge** zugelassen sind (§§ 36 Abs. 1 Satz 2, 71 Abs. 1 und 2, 72 SGB XI), wobei das Wahlrecht neben Einrichtungen und Diensten über den Wortlaut hinaus auch Einzelpflegekräfte erfassen kann.³⁹

27 Der in § 72 Abs. 1 SGB XI geregelte Grundsatz des **Vorranges der ambulanten Pflege** durch Pflegeeinrichtungen vor der Pflege durch Einzelpersonen kann im Hinblick auf § 2 Abs. 2 SGB XI zurücktreten, wenn der Pflegebedürftige eine fachlich qualifizierte Pflegekraft benennt, zu der er ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hat und er für die Ablehnung der Versorgung durch einen ambulanten Pflegedienst sachliche Gründe aufzeigen kann.⁴⁰ Dies dürfte allerdings eher auf die der Norm zugrundeliegenden grundrechtlichen Rechtspositionen zurückzuführen sein, die durch § 2 Abs. 2 SGB XI ihren einfachgesetzlichen Ausdruck finden. Denn gesetzessystematisch wäre ansonsten die speziellere Regelung vorrangig.

28 Das Wahlrecht zwischen verschiedenen Leistungserbringern darf nicht durch eine **privatrechtliche Pflege- oder Heimvereinbarung** unzumutbar eingeschränkt werden. Zu langfristige Bindungen, die nicht auf sachlichen Gründen beruhen, sind ggf. gemäß § 307 BGB nichtig.⁴¹

29 Neben der Auswahl der einzelnen Leistungserbringer auf der gleichen Stufe der Leistungsarten begründet Satz 1 auch grundsätzlich die Auswahl zwischen **verschiedenen Leistungsarten**.⁴² Dies gilt allerdings nur eingeschränkt und kann auch Mitwirkungsverpflichtungen des Pflegebedürftigen begründen, wie etwa bei der Wahl von Pflegegeld die Verpflichtung, die Pflege selbst sicher-

³⁶ Vgl. auch *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 15.

³⁷ Vgl. zur bisher nur eingeschränkten wettbewerblichen Funktion der Wahlrechte *Meyer*, ZSR 2010, 85 ff.

³⁸ *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 10.

³⁹ *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 10.

⁴⁰ BSG v. 30.03.2000 - B 3 P 21/99 R - BSGE 86, 94; zustimmend *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 11; *Esmeier/Heberlein* in: PflegeV-Komm., § 2 Rn. 13; im Bereich der privaten Pflegeversicherung stellt sich das Problem aufgrund des fehlenden Sachleistungsprinzips nicht.

⁴¹ Vgl. ausführlich *Klie* in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 2 Rn. 8.

⁴² *Klie* in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 2 Rn. 9.

zustellen bzw. je nach Pflegestufe regelmäßig einen Pflegeeinsatz⁴³ bei einem Pflegedienst abzurufen, der mit Zustimmung des Pflegebedürftigen der Pflegekasse zu berichten hat, wenn die Pflege nicht sichergestellt ist (§ 37 Abs. 3 SGB XI).⁴⁴

- 30** Soweit das Gesetz selbst einen **Vorrang einzelner Leistungsarten** begründet, etwa der Vorrang der häuslichen vor der Pflege in vollstationären Einrichtungen (§ 43 Abs. 1 SGB XI), kann der Betroffene zwar regelmäßig trotzdem die andere Leistung wählen, erhält aber ggf. nicht die vollen Kosten erstattet, sondern muss eventuelle Mehrkosten tragen.⁴⁵
- 31** Nicht im SGB XI geregelt ist die Frage, inwieweit **sozialhilferechtliche Vorgaben** das Wahlrecht nach Absatz 1 einschränken. Teilweise wird vertreten, der Pflegebedürftige müsse sein Wahlrecht aufgrund des Nachranggrundsatzes (§ 2 SGB XII) so ausüben, dass der Sozialhilfeträger möglichst geschont werde.⁴⁶ Dem ist allerdings nicht uneingeschränkt zu folgen.⁴⁷ Denn auch im SGB XII ist eine individuelle Bedarfsfeststellung vorgesehen (vgl. bereits § 9 Abs. 1 SGB XII), die allerdings – insbesondere bei stationären und teilstationären Leistungen (vgl. § 9 Abs. 2 SGB XII) – ebenfalls unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit im Einzelfall steht.

3. Wunschrechte (Satz 2)

- 32** Wünsche zur Gestaltung der Hilfe, was grundsätzlich alle Formen der Ausgestaltung derselben umfasst, sind zu berücksichtigen, soweit sie angemessen sind. **Angemessen** sind Wünsche, die sich an den Zielen des SGB XI orientieren, mit dem in den Leistungsvorschriften (vgl. die §§ 36 ff. SGB XI) eng ausgestalteten Leistungsrahmen in Einklang stehen⁴⁸ und keinen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand bzw. keine unverhältnismäßigen Mehrkosten verursachen⁴⁹. Auch das in § 29 SGB XI genannte Wirtschaftlichkeitsgebot ist zu beachten.⁵⁰
- 33 Beispiele** für angemessene Wünsche können die Essenzeiten, Zeiten für Pflegeverrichtungen, hauswirtschaftliche Tätigkeiten, die Art und Weise der Hilfeleistungen, die in Satz 3 genannte gleichgeschlechtliche Pflege und die in Absatz 3 aufgeführten religiösen Bedürfnisse sein.⁵¹ Anhaltspunkte für ggf. zu berücksichtigende Wünsche enthält auch die Charta der kultursensiblen Altenpflege.⁵² Die genannten Beispiele stehen zudem in Wechselwirkung zu den technischen und personellen Machbarkeiten der jeweiligen Einrichtung bzw. des jeweiligen Dienstes und ggf. den Bedürfnissen anderer Pflegebedürftiger innerhalb derselben.

4. Gleichgeschlechtliche Pflege (Satz 3)

- 34** Durch Satz 3 wird der Stellenwert einer gleichgeschlechtlichen Pflege auf Wunsch des Pflegebedürftigen hervorgehoben, was aber die Einrichtung oder den Dienst **nicht** im Sinne eines durchsetzbaren **Individualanspruchs** zur Gewährleistung verpflichtet (vgl. bereits Rn. 8).⁵³

⁴³ Kritisch zum Nutzen solcher Einsätze *Lucke/Messner/Lucke*, Gesundheitswesen 1997, 168, 172; vgl. auch *Wienand*, NDV 1995, 469, 471.

⁴⁴ *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 9.

⁴⁵ Vgl. auch *Wagner* in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, § 2 Rn. 12.

⁴⁶ Vgl. *Schellhorn*, NDV 1995, 54.

⁴⁷ Gegen eine solche Annahme auch *Udsching* in: *Udsching*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

⁴⁸ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 10.

⁴⁹ *Wagner* in: *Hauck/Noftz*, SGB XI, § 2 Rn. 13.

⁵⁰ *Udsching* in: *Udsching*, SGB XI, § 2 Rn. 4.

⁵¹ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 10.

⁵² www.kultursensible-altenhilfe.de (abgerufen am 08.07.2013).

⁵³ Vgl. *Udsching* in: *Udsching*, SGB XI, § 2 Rn. 5; *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 10; *Esmeier/Heberlein* in: *PflegeV-Komm.*, § 2 Rn. 12; vgl. auch bereits die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/7439, S. 45; a.A. *Boecken*, SGB 2008, 698.

- 35 Es handelt sich um einen **Unterfall des Wunschrechts** in Satz 2, wobei die generelle Angemessenheit dieses speziellen Wunsches durch die Gesetzesfassung impliziert wird, der Wunsch als solcher also nicht aus allgemeinen Erwägungen unangemessen sein kann. Lediglich die Gegebenheiten des Einzelfalles der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Dienstes können ihm entgegenstehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die große Mehrzahl der professionellen Pflegekräfte weiblich ist⁵⁴, während im Bereich der Pflegebedürftigen die Quote zwar überwiegt, aber nicht so stark⁵⁵.
- 36 Ggf. kann sich ein **sozialhilferechtlich** zu deckender Bedarf auf Sicherstellung der gleichgeschlechtlichen Pflege ergeben, insbesondere z.B. nach Traumatisierung durch eine Vergewaltigung.⁵⁶

V. Religiöse Bedürfnisse in der Pflege (Absatz 3)

1. Berücksichtigung religiöser Bedürfnisse (Satz 1)

- 37 Nach Absatz 3 Satz 1 ist auf die religiösen Bedürfnisse der Pflegebedürftigen Rücksicht zu nehmen. Dies betrifft alle Leistungsarten und kann z.B. bei der **Pflegeplanung** insoweit Bedeutung erlangen, als die seelsorgerischen Angebote der jeweiligen Religionsgemeinschaft mitberücksichtigt werden sollen. Ein **Gottesdienstbesuch** sollte ermöglicht werden, selbst wenn dies zusätzlichen Pflegeaufwand bedeutet⁵⁷, wenngleich sich ein unmittelbarer Leistungsanspruch nicht ableiten lässt⁵⁸. Auch auf religiös bedingte Vorgaben für die **Nahrungsmittelaufnahme** sollte geachtet werden.
- 38 Ein unmittelbarer Anspruch auf Einführung bestimmter aufwändiger räumlicher Ausgestaltungen (z.B. **Gebetsräume** etc.) ergibt sich ebenso wenig wie die Verpflichtung, für jedes religiöse Bekenntnis eine seelsorgerische Betreuung vorzuhalten. Letzteres lässt sich bereits an der in Satz 2 gesondert genannten Möglichkeit zur Wahl einer entsprechenden Einrichtung ablesen. Soweit es aber um die Ausgestaltung der rein **eigen genutzten Räumlichkeiten** ohne Substanzveränderung geht, dürfte regelmäßig den Wünschen des Pflegebedürftigen Rechnung zu tragen sein, solange anfallende Mehrkosten selbst getragen werden.

2. Auswahl stationärer Einrichtungen aus religiösen Gründen (Satz 2)

- 39 Gemäß Absatz 3 Satz 2 kann von Pflegebedürftigen bei stationärer Unterbringung eine zur Versorgung zugelassene Einrichtung (vgl. bereits Rn. 26) gewählt werden, die eine Betreuung durch Geistliche ihres Bekenntnisses bietet. Dies hat nicht zur Folge, dass solche Einrichtungen privilegiert zuzulassen wären, vielmehr müssen auch sie die **Zulassungsvoraussetzungen** in den §§ 71, 72 SGB XI, in Rahmenverträgen und gemäß den Maßstäben und Grundsätzen für die Qualität und die Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Pflege sowie für die Entwicklung

⁵⁴ Im Jahr 2011 im ambulanten Bereich 88% und im stationären Bereich 85%, vgl. Pflegestatistik 2011, Deutschlandergebnisse des Statistischen Bundesamtes; zu den gleichen Zahlen für 2009 vgl. *Hoffer*, *djbZ* 2011, 47.

⁵⁵ Im Jahr 2011 waren es 65%, vgl. Pflegestatistik 2011, Deutschlandergebnisse des Statistischen Bundesamtes; zu den vergleichbaren Zahlen für 2009 vgl. *Hoffer*, *djbZ* 2011, 47.

⁵⁶ Vgl. *Klie* in: *Klie/Krahmer*, SGB XI, § 2 Rn. 10.

⁵⁷ Vgl. *Esmeier/Heberlein* in: *PflegeV-Komm.*, § 2 Rn. 17

⁵⁸ Vgl. auch BSG v. 10.10.200 - B 3 P 15/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 16.

eines einrichtungsinternen Qualitätsmanagements nach § 113 SGB XI erfüllen.⁵⁹ Es besteht auch keine Verpflichtung der Pflegekassen, entsprechende Angebote vorzuhalten, insbesondere, wenn es um kleinere Glaubensgemeinschaften geht.⁶⁰

- 40** Eine **Spezialisierung von Leistungserbringern** auf einzelne religiöse Bekenntnisse unter Ausschluss anderer Glaubensgemeinschaften ist nicht zulässig (vgl. § 72 Abs. 4 Satz 2 – generelle Pflicht zur Durchführung der Versorgung).⁶¹

VI. Hinweispflicht (Absatz 4)

- 41** Auf die Rechte aus den Absätzen 2 und 3 ist der Pflegebedürftige nach Absatz 4 gesondert hinzuweisen. Die Pflicht trifft die **Pflegekassen**, nicht die Leistungserbringer, ohne dass ein subjektiv-öffentliches Recht des Pflegebedürftigen begründet wird.⁶² Allenfalls können sich bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen aus der Anwendung des **sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs** solche Rechte ergeben.⁶³ Eine **Sanktion** für die Nichterteilung des Hinweises ist hingegen nicht vorgesehen.
- 42** Eine bestimmte **Form** ist nicht vorgeschrieben, so dass der Hinweis als allgemeines Merkblatt, schriftliche Belehrung im Einzelfall oder auch als mündliche Auskunft erfolgen kann.⁶⁴ Es empfiehlt sich allerdings eine Dokumentation für mögliche spätere Streitfälle. Werden für die Pflegekasse konkrete Anhaltspunkte erkennbar, dass eine Unkenntnis über die Rechte aus den Absätzen 2 und 3 besteht, kann sich auch eine Pflicht zur konkreten Beratung im Einzelfall ergeben (vgl. auch § 7 Abs. 2 SGB XI).⁶⁵

⁵⁹ Vgl. BSG v. 06.08.1998 - B 3 P 8/97 R - BSGE 82, 252; *Udsching* in: Udsching, SGB XI, § 2 Rn. 6; *Vogl* in: HSP (SGB XI), § 2 Rn. 17.

⁶⁰ Vgl. *Vogl* in: HSP (SGB XI), § 2 Rn. 17.

⁶¹ *Klie* in: Klie/Krahmer, SGB XI, § 2 Rn. 12.

⁶² *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 17.

⁶³ *Vogl* in: HSP (SGB XI), § 2 Rn. 22; *Esmeier/Heberlein* in: PflegeV-Komm., § 2 Rn. 22.

⁶⁴ *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 18.

⁶⁵ *Wagner* in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 2 Rn. 18.