

BSG: Pflegedienstleitung nicht durch Altenpflegerin

Urteil vom 7.12.2006 – B 3 KR 5/06 R

Die Regelung des § 17 der Versorgungsverträge mit den Hamburger Krankenpflegediensten, wonach die Pflegedienstleitung eines ambulanten Pflegedienstes u.a. die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung „(Kinder)Krankenschwester/pfleger“ besitzen und innerhalb der letzten fünf Jahre mindestens drei Jahre eine praktische, hauptberufliche Beschäftigung im pflegerischen Bereich mit mindestens 30 Wochenstunden und den Abschluss einer Weiterbildungsmaßnahme für leitende Funktionen in der Pflege mit einer Mindeststundenzahl von 460 Stunden nachweisen muss, ist mit den Vorgaben des GG und des SGB V vereinbar.

(LSG Hamburg – L 1 KR 4/05)

Aus den Gründen:

I. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin die Eignung für die Leitung eines ambulanten Krankenpflegedienstes hat und ob ihr wegen der Weigerung der beklagten Ersatzkassen, diese Eignung anzuerkennen, Anspruch auf Schadensersatz zusteht.

Die 1958 geborene Klägerin hat in Schleswig-Holstein Ausbildungen zur staatlich anerkannten Altenpflegerin und zur Arzthelferin absolviert. Ferner hat sie an einer berufsbegleitenden Weiterbildung für Führungskräfte in der ambulanten Pflege "Soziales Management" mit 600 Unterrichtsstunden teilgenommen (Zertifikat des Bildungswerkes des Deutschen Roten Kreuzes - Landesverband Hamburg e.V. vom 21. Januar 2000). Sie war als Altenpflegerin in einem Krankenhaus und bei einem ambulanten Pflegedienst sowie als Arzthelferin beschäftigt. Nach einer Bescheinigung der Malteser Hilfsdienst gGmbH war die Klägerin von Juli 1997 bis September 1999 in Nürnberg zunächst als stellvertretende Leiterin, später als verantwortliche Pflegefachkraft der Ambulanten Pflege der Malteserwerke gGmbH bzw der Malteser Hilfsdienst gGmbH tätig. Anschließend war die Klägerin in Hamburg bis Ende 2002 wiederum als Altenpflegerin beschäftigt. Seitdem war sie arbeitslos.

Die Klägerin behauptet, die letzte Arbeitsstelle habe sie aus gesundheitlichen Gründen aufgeben müssen. Auf Grund chronischer orthopädischer Erkrankungen sei ihr eine weitere Tätigkeit als Altenpflegerin nur bei Vermeidung schwerer körperlicher Verrichtungen möglich, weshalb nur noch eine Tätigkeit als Leiterin eines Pflegedienstes in Betracht komme. Der schon ab Dezember 2000 angestrebte Einsatz als Pflegedienstleiterin bei ihrem letzten Arbeitgeber sowie die Bemühungen um Anstellung als Pflegedienstleiterin bei anderen Unternehmen der häuslichen Krankenpflege in Hamburg seien nur an der Weigerung sämtlicher Krankenkassen in Hamburg, darunter die beklagten Ersatzkassen gescheitert, staatlich anerkannte Altenpfleger/Altenpflegerinnen als geeignet zur Leitung eines ambulanten Krankenpflegedienstes anzuerkennen.

Nachdem sich die Beklagten geweigert hatten, die Eignung der Klägerin ausdrücklich anzuerkennen, hat diese Klage mit dem Antrag erhoben, die Verpflichtung der Beklagten festzustellen, sie als Pflegedienstleiterin eines ambulanten Pflegedienstes anzuerkennen und die Beklagten zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 30.960,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab 3. Januar 2001, in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab 1. Januar 2002 in gestaffelter Form zu zahlen, sowie festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin auch den weiteren durch die Nichtanerkennung als Pflegedienstleitung entstandenen Schaden in Form verminderter Einkünfte ab dem 1. Dezember 2003 zu ersetzen.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 6. Januar 2005). Es hat das Verhalten der Beklagten, Versorgungsverträge nur mit solchen Pflegediensten abzuschließen, deren fachliche Leitung die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnungen Krankenschwester oder Kinderkrankenschwester, Krankenpfleger oder Kinderkrankenpfleger besitzt, als rechtmäßig angesehen. Als staatlich anerkannte, aber nach Landesrecht ausgebildete Altenpflegerin könne die Klägerin keine Gleichbehandlung beanspruchen, weil ihre Ausbildung nicht derjenigen in der Krankenpflege gleichwertig sei. Eine Gleichwertigkeit der Ausbildungen könne allenfalls erst auf der Grundlage des bundeseinheitlichen Altenpflegegesetzes angenommen werden, das am 1. August 2003 in Kraft getreten sei. Aus diesem Grund sei auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten nicht gegeben.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die dagegen eingelegte Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage insgesamt unzulässig sei (Urteil vom 6. April 2005). Eine Anerkennung einer natürlichen Person als Pflegedienstleitung durch die Krankenkassen sehe das Gesetz nicht vor, sodass eine Leistungsklage nicht in Betracht käme. Das Feststellungsbegehren sei unzulässig, weil es nicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet sei. Zwischen der Klägerin und den beklagten Krankenkassen bestünden keinerlei rechtliche Beziehungen. Ein Rechtsverhältnis ergebe sich auch nicht aus den zwischen den verschiedenen Pflegediensten mit Betriebssitz im Land Hamburg und den Beklagten abgeschlossenen Verträgen über die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, in deren § 17 gleichlautend die fachlichen

Voraussetzungen für die verantwortliche Pflegefachkraft geregelt seien. Diese Regelungen hätten keinen drittschützenden Charakter. Ein Feststellungsinteresse der Klägerin fehle auch deshalb, weil sie allein eine wirtschaftliche Betroffenheit geltend mache. Die Frage, ob die Regelung in den Versorgungsverträgen über die verantwortliche Pflegefachkraft gegen höherrangiges Recht verstoße, könne im Wege der Feststellungsklage nicht entschieden werden, da das sozialgerichtliche Verfahren keine abstrakte Normenkontrolle kenne. Die Schadensersatzklage sei schließlich ebenfalls unzulässig, weil der Sozialrechtsweg für Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung nicht gegeben sei. Das SG habe seine Rechtswegzuständigkeit ausdrücklich offen gelassen, sodass das LSG nicht gehindert sei, seine Zuständigkeit zu verneinen. Eine Verweisung an das zuständige Zivilgericht sei nicht in Betracht gekommen, weil die Klägerin trotz gerichtlichen Hinweises auf die fehlende Zuständigkeit keinen Verweisungsantrag gestellt habe.

Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin. Sie rügt in erster Linie eine Verletzung von Art 3 Abs 1 Grundgesetz (GG). Die in § 17 der Verträge zwischen den Hamburger Pflegediensten und den Ersatzkassen enthaltene Regelung, dass eine Pflegedienstleitung die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung "Krankenschwester/Krankenpfleger" oder "Kinderkrankenschwester/Kinderkrankenpfleger" besitzen müsse, bedeute eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung zu Lasten aller staatlich anerkannten Altenpfleger mit entsprechender Berufserfahrung, mithin auch zu Lasten der Klägerin. Die Gleichwertigkeit der Ausbildungen habe der Bundesgesetzgeber mit dem Altenpflegegesetz anerkannt, in dem er in den Übergangsvorschriften explizit diejenigen Altenpfleger, die ihre berufliche Qualifikation noch nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften erworben hätten, den nach neuem Recht ausgebildeten Altenpflegern gleichgestellt habe, deren Ausbildung wiederum derjenigen eines Krankenpflegers entspreche. Der Hinweis auf die unterschiedliche Schwerpunktbildung in den Ausbildungsgängen sei in ihrem, der Klägerin, Falle schon deshalb nicht zutreffend, weil sie ihre medizinischen Defizite in der Ausbildung zur Altenpflegerin durch ihre weitere Ausbildung und mehrjährige Tätigkeit als Arzthelferin kompensiert habe. Da es bei der Leitung eines Pflegedienstes im Wesentlichen auf die Organisation der Geschäftsabläufe ankomme, könne auch nicht entscheidend sein, wo der Schwerpunkt einer gemeinhin schon längere Zeit zurückliegenden Berufsausbildung gelegen habe. Gewisse Unterschiede in der beruflichen Ausbildung würden auch dadurch kompensiert, dass für die Leitung eines Pflegedienstes eine mehrjährige berufliche Praxis in den letzten Jahren vor einer Anstellung verlangt werde. Die vertraglichen Regelungen seien auch im Hinblick auf ihre berufsregelnde Tendenz unzulässig, weil sie gegen das Wesentlichkeitsgebot des GG verstießen. Da das Gesetz keine näheren Anhaltspunkte dafür biete, welche Pflegekräfte zur fachlichen Leitung eines ambulanten Pflegedienstes geeignet seien, müsse auf die Regelungen im Bereich der sozialen Pflegeversicherung über die Anforderungen an die fachliche Leitung eines Pflegedienstes zurückgegriffen werden, wonach eine Ausbildung als Altenpflegerin eine ausreichende Qualifikation sei.

Die Entscheidung des LSG, dass die Klage auf Feststellung ihrer Qualifikation

unzulässig sei, verstoße gegen Art 19 Abs 4 GG, da ihr damit faktisch der Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige Praxis der Beklagten, durch die sie beruflich benachteiligt werde, versagt werde. Zu Unrecht habe das LSG auch nicht über die Schadensersatzklage entschieden. Das LSG habe § 17a Abs 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) verletzt, weil es die Zulässigkeit des Rechtswegs verneint habe, obwohl das SG, ohne dass der Rechtsweg bis dahin gerügt worden sei, in der Hauptsache entschieden habe. In der Sache hätte das LSG die Beklagten zum Schadensersatz verurteilen müssen, weil ihr, der Klägerin, durch die Nichtanerkennung als Pflegedienstleitung ein vermögenswerter Schaden entstanden sei. Bei einer Einstellung als Leiterin eines Pflegedienstes hätte sie ein weit höheres Entgelt als bei einer Tätigkeit als "einfache" Pflegefachkraft erzielt und wäre auch nicht arbeitslos geworden. Der danach entstandene Schaden belaufe sich für den Zeitraum vom 15. Dezember 2000 bis zum 31. August 2003 auf einen Gesamtbetrag in Höhe von 25.504,50 Euro, für den Zeitraum vom 1. September 2003 bis zum 28. Februar 2005 auf weitere 33.320 Euro.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG Hamburg vom 6. April 2005 und den Gerichtsbescheid des SG Hamburg vom 6. Januar 2005 aufzuheben und

1. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, die Klägerin als Pflegedienstleitung eines ambulanten Pflegedienstes anzuerkennen,

hilfsweise festzustellen, dass die Klägerin die Voraussetzungen des § 17 der zwischen den Beklagten und den Hamburger Pflegediensten zustande gekommenen Versorgungsverträge erfüllt,

hilfsweise festzustellen, dass § 17 der zwischen den Beklagten und den Hamburger Pflegediensten zustande gekommenen Versorgungsverträge gegen höherrangiges Recht, namentlich gegen Art 3 Abs 1 und 12 Abs 1 GG sowie gegen § 37 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) verstößt;

2. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 58.824,50 Euro nebst gestaffelten Zinsen seit dem 3. Januar 2001 zu zahlen sowie festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin auch den weiteren durch die Nichtanerkennung als Pflegedienstleitung entstandenen Schaden in Form verminderter Einkünfte ab dem 1. März 2005 zu ersetzen.

Die Beklagten beantragen,
die Revision zurückzuweisen.

Sie halten die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Aus dem Übergangsrecht zum Altenpflegegesetz ergebe sich nicht, dass die Klägerin nunmehr auch die Qualifikation zur Leitung eines ambulanten Pflegedienstes habe. Die Klägerin könne auch schon deshalb nicht mehr als fachliche Leiterin eines Pflegedienstes eingesetzt werden, weil sie seit September 2002 arbeitslos sei und deshalb nicht mehr über die erforderliche berufspraktische Erfahrung in den letzten Jahren verfüge. Im Übrigen müsse bestritten werden, dass die Klägerin von ihrem letzten Arbeitgeber als Leiterin des Pflegedienstes beschäftigt worden wäre, wenn sie die begehrte Anerkennung der Krankenkassen hätte vorweisen können. Auch das aus einer Anstellung als Pflegedienstleitung zu erwartende Gehalt sei nicht belegt.

II. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das LSG hätte die Klage aber nicht insgesamt als unzulässig, sondern als unbegründet abweisen müssen. Der die Klage in der Sache abweisende Gerichtsbescheid des SG erweist sich als im Ergebnis zutreffend.

A. Zur Feststellungsklage

Die auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachtenden Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

1. Die Feststellungsklage ist nach § 55 Abs 1 Nr 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Danach kann mit der Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Diese Voraussetzungen sind hier im Gegensatz zur Ansicht des LSG erfüllt. Das Gesetz kennt zwar keinen Anspruch einer Person gegen eine Krankenkasse auf Anerkennung als Pflegedienstleitung; das LSG hätte jedoch auf den hilfsweise erhobenen Antrag auf Feststellung, dass die Klägerin die fachlichen Voraussetzungen für die Leitung eines ambulanten Pflegedienstes erfüllt, in der Sache entscheiden müssen. Die Feststellungsklage war insoweit zulässig, weil die Klägerin die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen den Hamburger Pflegediensten und den Beklagten begehrte, woran sie nicht nur ein berechtigtes, sondern auch rechtliches Interesse hat.

a) Das Begehren ist auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. "Rechtsverhältnisse" sind die Rechtsbeziehungen zwischen Personen oder Personen und Gegenständen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer Norm (des öffentlichen Rechts nichtverfassungsrechtlicher Art) für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer

Sache ergeben. Hier hat die begehrte Feststellung das Ziel, Rechtssicherheit darüber zu schaffen, dass der künftige Einsatz der Klägerin als Pflegedienstleiterin in einem zur Versorgung der Versicherten der Beklagten mit Leistungen der häuslichen Krankenpflege (§ 37 SGB V) zugelassenen Krankenpflegedienst nicht zur Kündigung des Versorgungsvertrags (§ 132a Abs 2 SGB V) mangels fachlicher oder persönlicher Eignung der Pflegedienstleitung führen kann bzw dass ihr Einsatz in einem den Abschluss eines Versorgungsvertrages erst anstrebenden Krankenpflegedienst die Beklagte nicht zur Ablehnung des Vertragsschlusses aus diesem Grunde berechtigt. Es geht daher um die gerichtliche Klarstellung, dass ein bestimmtes, jederzeit eingehbares arbeitsrechtliches Rechtsverhältnis der Klägerin zu einem potenziellen Arbeitgeber/Leistungserbringer das - seit dem Jahr 2000 ausschließlich dem öffentlichen Recht zuzuordnende (§ 69 SGB V) - leistungserbringerrechtliche Rechtsverhältnis zwischen diesem Arbeitgeber/Leistungserbringer und der beklagten Krankenkasse nicht berühren kann. Dies reicht zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses aus.

b) Die Klägerin hat auch ein "berechtigtes Interesse" an der baldigen Feststellung. Damit ist jedes nach der Sachlage vernünftigerweise gerechtfertigte Interesse gemeint, das rechtlicher, aber auch bloß wirtschaftlicher oder ideeller Art sein kann (BSG SozR 3-1500 § 55 Nr 34; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl 2005, § 55 RdNr 15a mwN). Die Klägerin hat hier sogar ein rechtliches Interesse an der Feststellung, sie erfülle die fachlichen Voraussetzungen für die Leitung eines ambulanten Krankenpflegedienstes, weil unmittelbar der Rechtsbereich der Klägerin, nämlich ihre Berufsausübungsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG) und deren derzeitige Einschränkung, durch die begehrte Feststellung betroffen ist.

c) Das Interesse ist auch auf eine "baldige Feststellung" gerichtet. Ohne die begehrte Feststellung wird sie kein Arbeitgeber in Hamburg als Pflegedienstleiterin beschäftigen. Entsprechende Stellenangebote sind der Klägerin dort derzeit verschlossen, sodass gegenwärtig ein höheres Einkommen nicht erzielt werden kann. Die Bundesagentur für Arbeit kann ihr ohne die begehrte Feststellung dort kein Erfolg versprechendes Arbeitsangebot als Pflegedienstleiterin machen. Es bedarf möglichst schneller Klarstellung, ob die aus der Haltung der Beklagten resultierende Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit der Klägerin gerechtfertigt ist. Letztlich ergibt sich das Feststellungsinteresse auch daraus, dass die Frage für die Entscheidung über die Schadensersatzklage vorgreiflich ist (sog Inzidentfeststellungsklage, vgl § 256 Abs 2 Zivilprozessordnung iVm § 202 SGG).

d) Die Klägerin kann auch nicht darauf verwiesen werden, selbst einen Krankenpflegedienst zu gründen und die Zulassung durch Abschluss eines Versorgungsvertrages (§ 132a SGB V) zu betreiben, um auf diese Weise die Klärung der Streitfrage herbeizuführen. Das Feststellungsinteresse kann nicht mit dieser Begründung verneint werden, weil es unzumutbar wäre, von einem Interessenten, der als Angestellter tätig sein will, ohne zwingenden Grund den

Schritt in die Selbstständigkeit nebst damit verbundener finanzieller und organisatorischer Belastungen (Betriebsgründung, Gewerbeanmeldung usw) bei ungewissem Erfolg der Zulassungsbemühungen zu verlangen.

2. In der Sache konnte das Feststellungsbegehren keinen Erfolg haben, weil die vom LSG festgestellten Tatsachen für den Senat ausreichen, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass die faktische Einschränkung der Berufsfreiheit der Klägerin durch das Verwaltungshandeln der Beklagten rechtmäßig war. Damit ist auch eine Verletzung von Art 3 Abs 1 GG iS einer ungerechtfertigten Diskriminierung der Klägerin zu verneinen.

Hintergrund des Verwaltungshandelns der Beklagten gegenüber der Klägerin ist die Regelung des § 17 der insoweit einheitlich formulierten Versorgungsverträge mit den Hamburger Krankenpflegediensten, wonach die Pflegedienstleitung eines ambulanten Pflegedienstes

- "a) die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung "Krankenschwester" oder "Krankenpfleger", "Kinderkrankenschwester" oder "Kinderkrankenpfleger" entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen in der jeweils gültigen Fassung besitzen und
- b) innerhalb der letzten fünf Jahre mindestens drei Jahre eine praktische, hauptberufliche Beschäftigung im pflegerischen Bereich mit mindestens 30 Wochenstunden nach erteilter Erlaubnis in einem der unter a) genannten Berufe in einem Krankenhaus oder einer Pflegeeinrichtung nachweisen,
- c) ...
- d) den Abschluss einer Weiterbildungsmaßnahme für leitende Funktionen in der Pflege mit einer Mindeststundenzahl von 460 Stunden (...) nachweisen"

muss.

Die vertragliche Regelung ist mit den Vorgaben des GG und des SGB V vereinbar und daher rechtmäßig. Da die Klägerin die Voraussetzungen des § 17 Buchst a und b des Vertrages nicht erfüllt, ist die Feststellungsklage unbegründet.

Mit der angegriffenen vertraglichen Verpflichtung der Betreiber von ambulanten Krankenpflegediensten, nur solche Personen als leitende Pflegefachkraft einzustellen und zu beschäftigen, die eine Anerkennung als staatlich geprüfte Krankenschwester/Krankenpfleger oder Kinderkrankenschwester/Kinderkrankenpfleger besitzen, wird die Klägerin in ihrer Berufsausübung jedenfalls im Land Hamburg als Leiterin eines ambulanten Krankenpflegedienstes eingeschränkt, obwohl sie in einigen anderen Bundesländern eine derartige Tätigkeit und in Hamburg zumindest eine leitende Tätigkeit in einer stationären Pflegeeinrichtung hätte ausüben können. Mit ihren Anforderungen an die Leitung eines ambulanten Krankenpflegedienstes haben die Beklagten dies aber aus zulässigen Erwägungen getan, nämlich zur Sicherung einer ausreichenden Pflegequalität und damit aus vernünftigen Erwägungen des

Gemeinwohls (BVerfGE 70, 1, 28 = SozR 2200 § 376d Nr 1 S 10). Da die Berufsfreiheit der Klägerin nur örtlich und sachlich nur in Teilbereichen eingeschränkt wird, sind zur Rechtfertigung des Eingriffs keine höheren Anforderungen zu stellen, insbesondere ist es nicht erforderlich, dass die Regelung zwingend geboten ist (BVerfGE 54, 301, 330 ff). Die Regelung beruht auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, sodass die Voraussetzungen für die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit nach Art 12 Abs 1 Satz 2 GG erfüllt sind.

a) Die Regelung des § 17 verstößt nicht gegen die Zuständigkeitsbestimmungen des SGB V.

Nach § 132a Abs 1 Satz 1 SGB V sollen die Spitzenverbände der Krankenkassen gemeinsam und einheitlich und die für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 92 Abs 1 Satz 2 Nr 6 SGB V gemeinsam Rahmenempfehlungen über die einheitliche Versorgung mit häuslicher Krankenpflege abgeben. Dabei sind nach § 132a Abs 1 Satz 4 SGB V insbesondere zu regeln: Inhalte der häuslichen Krankenpflege einschließlich deren Abgrenzung (Nr 1), Eignung der Leistungserbringer (Nr 2), Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Fortbildung (Nr 3), Inhalt und Umfang der Zusammenarbeit des Leistungserbringers mit dem verordnenden Vertragsarzt und dem Krankenhaus (Nr 4), Grundsätze der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung einschließlich deren Prüfung (Nr 5) sowie Grundsätze der Vergütungen und ihrer Strukturen (Nr 6). Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung schließen dann die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern (§ 132a Abs 2 Satz 1 SGB V). Die Frage, welche persönlichen und fachlichen Anforderungen die Leitung eines ambulanten Krankenedienstes (§ 132a SGB V) erfüllen muss, sollen hiernach grundsätzlich Rahmenempfehlungen der Spitzenverbände auf Bundesebene regeln, weil es dabei um die "Eignung der Leistungserbringer" (§ 132a Abs 1 Satz 4 Nr 2 SGB V) und nicht nur um die "Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege" (§ 132a Abs 2 Satz 1 SGB V) geht. Dennoch ist ein Versorgungsvertrag, der eine Regelung über die Eignung der Leistungserbringer trifft, nicht schon mangels gesetzlicher Grundlage rechtswidrig. Für die Regelungsgegenstände des § 132a Abs 1 Satz 4 SGB V müssen solche Verträge zumindest solange geschlossen werden, wie es keine Rahmenempfehlungen auf Bundesebene gibt, und das ist bis heute der Fall. Die Krankenkassen und die Pflegedienste benötigen konkrete Regelungen über die Grundsätze der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, um ihre tägliche Arbeit durchzuführen und Streitfälle nach Möglichkeit zu vermeiden; vom Gesetzgeber wird auch nur auf Rahmenempfehlungen auf Bundesebene verwiesen, die erlassen werden "sollen", also auch nicht innerhalb einer bestimmten Frist erlassen werden mussten. In dieser Situation sind die Parteien der Versorgungsverträge zur Lückenfüllung befugt. Eines förmlichen Gesetzes zur Wahrung des sog Wesentlichkeitsprinzips (vgl BVerfGE 77, 170, 230) bedurfte es nicht, vielmehr reichte es hier aus, dass der Gesetzgeber sich auf den unbestimmten Rechtsbegriff der "Eignung" der Leistungserbringer beschränkt hat,

weil damit jedenfalls die äußeren Grenzen des Spielraums der Vertragspartner abgesteckt sind und die Möglichkeit richterlicher Überprüfung der Einhaltung der Grenzen gegeben ist (BVerfGE 8, 274, 326; 56, 1, 12 = SozR 3100 § 64 Nr 3).

b) § 17 des Versorgungsvertrages verstößt auch materiell nicht gegen Vorschriften des SGB V.

§ 132a Abs 2 SGB V nennt ebenso wie § 37 Abs 1 Satz 1 SGB V ("geeignete Pflegekräfte") keine Anforderungsmerkmale für die Pflegedienstleitung. Auch in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von häuslicher Krankenpflege nach § 92 Abs 1 Satz 2 Nr 6 SGB V (Krankenpflege-RL) vom 16. Februar 2000 (BAnz Nr 91, S 8878) findet sich dazu nichts.

c) Der Gesetzgeber hat allerdings auf dem eng mit der Krankenversicherung verflochtenen Gebiet der Pflegeversicherung die maßgeblichen Voraussetzungen für die Anerkennung von Pflegedienstleitern (dort verantwortliche Pflegefachkraft genannt) von ambulanten Pflegediensten und Pflegeheimen näher umschrieben. Gemäß § 72 Abs 3 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) dürfen Versorgungsverträge nur mit solchen Pflegeeinrichtungen geschlossen werden, die den Anforderungen von § 71 SGB XI genügen. Nach § 71 Abs 1, 2 SGB XI gehört dazu, dass die Einrichtung unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft steht. Nach § 71 Abs 3 SGB XI (eingefügt durch das 1. SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996 - BGBl I 830) setzt die Anerkennung als Pflegefachkraft eine abgeschlossene Ausbildung als Kranken- oder Kinderkrankenschwester, Kranken- oder Kinderkrankenpfleger nach dem Krankenpflegegesetz oder als Altenpfleger(in) nach Landesrecht voraus; bei ambulanten Pflegeeinrichtungen, die überwiegend behinderte Menschen pflegen und betreuen, genügt auch eine Ausbildung als Heilerziehungspfleger(in) oder Heilerzieher(in) nach Landesrecht. Hinzukommen muss jeweils eine praktische Berufserfahrung in dem erlernten Pflegeberuf von 2 Jahren innerhalb der letzten 5 Jahre. Diese Regelung ist zur Auslegung des § 132a Abs 2 SGB V jedoch nicht heranzuziehen und von den Parteien der Versorgungsverträge deshalb auch nicht zu beachten. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Gesetzgeber in § 132a SGB V auf § 71 Abs 3 SGB XI verwiesen hätte. Das ist jedoch nicht geschehen. Daraus kann nur geschlossen werden, dass der Gesetzgeber für den Bereich der häuslichen Krankenpflege (§§ 37, 132a SGB V) in § 132a SGB V den Spitzenverbänden bzw den Parteien der Versorgungsverträge eine eigenständige Regelung der "Eignung der Leistungserbringer" und der Anforderungen an die Leitung der Krankenpflegedienste überlassen hat.

d) Der Gesetzgeber hat zwar mit der Regelung des § 71 Abs 3 Satz 1 SGB XI akzeptiert, dass auch nach Landesrecht ausgebildete Altenpfleger(innen) trotz ihres Defizits an krankenpflegerischen Ausbildungsinhalten als verantwortliche Pflegefachkräfte von Pflegeheimen fungieren dürfen, obgleich dort auch Behandlungspflege zu leisten ist, die der Sache nach alle Leistungen der Behandlungspflege im Rahmen der häuslichen Krankenpflege (§ 37 SGB V)

umfasst. Damit hat er jedoch nicht generell die nach Landesrecht ausgebildeten Altenpfleger(innen) bezüglich der Leitung von Pflegediensten, die Behandlungspflege anbieten, mit ausgebildeten Krankenpflegekräften gleichgestellt.

Schwerpunkt der Pflege in Pflegeheimen ist trotz der Aufgaben der Behandlungspflege immer noch die Grundpflege, die hauswirtschaftliche Versorgung sowie die soziale Betreuung der Heimbewohner (§§ 43, 84 SGB XI). Für diese Aufgaben sind Altenpfleger(innen) ausgebildet und qualifiziert. Dies gilt deshalb auch für die Leitungsfunktionen in Pflegeheimen. Der Gesetzgeber des Pflegeversicherungsgesetzes musste an die vorhandenen Strukturen anknüpfen, auch wenn die Ausbildungssituation bei den Altenpflegern bundesweit uneinheitlich war und Reformbedarf gesehen wurde. Die Qualifikation von ausgebildeten Krankenpflegekräften für diese Aufgaben stand andererseits nie in Frage (vgl. Moldenhauer/Kämper, BKK 1995, 183; Orthen in Hauck/Noftz, SGB XI, Stand April 2002, K § 71 RdNr 12). Der Gesetzgeber hat hier nur deshalb eine nähere gesetzliche Regelung getroffen, weil im Übrigen unter den Vertragspartnern keine Einigung über die Qualifikation des Pflegepersonals zu erzielen war.

Aus der Regelung im Bereich der Pflegeversicherung kann also lediglich gefolgert werden, dass hier ausgebildete Krankenpfleger und Altenpfleger gleichgestellt werden. Das lässt aber nicht den Schluss zu, dass dies auch im Bereich der Krankenversicherung zu gelten habe. Dies gilt jedenfalls nicht bis zum Inkrafttreten der Altenpflegeausbildung nach dem bundesweit geltenden Altenpflegegesetz (AltPflG vom 17. November 2000, BGBl I S 1513, in Kraft ab 1. August 2003, BGBl I 2002, S 4410), das nunmehr eine dreijährige Ausbildung vorsieht und die krankenpflegerischen Ausbildungsinhalte weitgehend denjenigen der immer schon dreijährigen Ausbildung zur Krankenschwester/zum Krankenpfleger angenähert hat, sodass nach dem neuen AltPflG ausgebildete Altenpfleger(innen) künftig den Krankenpflegefachkräften insoweit gleichgestellt werden können. Bei einer dreijährigen Berufsausbildung ab 1. August 2003 und einer wenigstens dreijährigen Berufspraxis als Altenpfleger(in), wie in § 17 Buchst b der Versorgungsverträge gefordert (ähnlich § 71 Abs 3 SGB XI), kann dies frühestens zum 1. August 2009 der Fall sein. Daher kann es nicht beanstandet werden, dass die Beklagten die noch nach Landesrecht ausgebildeten Altenpfleger mit einer - wie im Fall der Klägerin - teilweise nur zweijährigen Ausbildung, die als sachlich unbefriedigend und im Vergleich zur Krankenpflege inhaltlich defizitär empfunden wurde (vgl. BVerfG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 2 BvF 1/01 - BVerfGE 106, 62 = NJW 2003, 41), als nicht gleichwertig für eine Leitungsfunktion qualifiziert angesehen hat. Aus der Übergangsregelung des § 29 AltPflG ergibt sich lediglich, dass die nach altem Recht ausgebildeten Altenpfleger weiterhin ihren Beruf ausüben und die Berufsbezeichnung Altenpfleger weiter führen dürfen; sie besagt nichts über eine Qualifikation für eine Leitungsfunktion in einem ambulanten Krankenpflegedienst.

Ob die Klägerin wegen ihrer langjährigen Berufspraxis und ihrer Zusatzqualifikation als Arzthelferin für eine Leitungsfunktion tatsächlich qualifiziert

ist, kann dahinstehen. Der Senat hat bereits früher zum Ausdruck gebracht, dass die Krankenkassen auf formalen Ausbildungs- und Weiterbildungsqualifikationen bestehen können, weil sonst eine den praktischen Erfordernissen entsprechende Qualitätskontrolle der Leistungserbringung nicht möglich ist (BSG, Urteil vom 21. November 2002 - B 3 KR 14/02 R - BSGE 90, 150 = SozR 3-2500 § 132a Nr 4 zur Rettungsassistentin). In jenem Urteil hat der Senat auch nicht etwa - direkt oder indirekt - Altenpfleger als generell für die Position der Pflegedienstleitung in ambulanten Krankenpflegediensten geeignete Personen anerkannt. Vielmehr sind die Ausführungen ersichtlich nur so zu verstehen, dass die Krankenkassen nicht verpflichtet sind, pflegerische Qualifikationen anhand von Arbeitgeberbescheinigungen über tatsächlich durchgeführte Tätigkeiten und deren Beurteilung sowie anhand sonstiger Tätigkeitsnachweise zu prüfen, sondern sich darauf beschränken dürfen, dass diese Qualifikationen anhand von formalen Kriterien (zB Ausbildungs- und Prüfungszeugnisse sowie Weiterbildungszertifikate) nachgewiesen werden. Die formalen Abschlüsse als Altenpfleger(in), Krankenpfleger/-schwester und Kinderkrankenpfleger/-schwester sind dabei nur beispielhaft genannt worden, und die Erwähnung der Altenpfleger erklärt sich zusätzlich dadurch, dass in Baden-Württemberg die Ausbildung zum staatlich anerkannten Altenpfleger von der dort zuständigen AOK Baden-Württemberg als für die Zulassung zur Leistungserbringung nach den §§ 37, 132a SGB V ausreichend erachtet worden war, was mit der in Baden-Württemberg nach dortigem Landesrecht vorgeschriebenen Dauer und dem Inhalt der Ausbildung zum Altenpfleger zusammenhängen mag.

e) Da die Klägerin nicht die Erlaubnis zur Führung einer der in § 17 Buchst a des Versorgungsvertrages genannten krankenpflegefachlichen Berufsbezeichnungen besitzt und die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung "staatlich anerkannte Altenpflegerin" bei nur nach Landesrecht erfolgter Ausbildung den dort genannten Berufsbezeichnungen auch nicht gleichgestellt werden kann, fehlt es an der Berufsqualifikation. Zugleich kann die Klägerin nicht die nach § 17 Buchst b des Versorgungsvertrages erforderliche berufspraktische Erfahrungszeit von drei Jahren innerhalb der letzten fünf Jahre erfüllen, weil die Berufspraxis nur in einem der in Buchst a genannten Krankenpflegeberufe erworben werden kann. Daher konnte die Frage offen bleiben, ob die Klägerin durch die - nach eigenen Angaben - seit etwa einem Jahr wieder aufgenommene Tätigkeit als Altenpflegerin die notwendige Berufspraxis wenn schon nicht gegenwärtig, so doch jedenfalls in zwei Jahren nachweisen könnte.

B. Zur Schadensersatzklage

1. Das LSG hat die Schadensersatzklage zu Unrecht als unzulässig erachtet. Als Rechtsmittelgericht war das LSG nach § 17a Abs 5 GVG gehindert, die Frage der Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu prüfen, weil das SG die Schadensersatzklage aus materiellen Gründen abgewiesen hat, ohne die Zulässigkeit des Rechtsweges in Zweifel zu ziehen. Das SG hat in seinem Gerichtsbescheid vom 6. Januar 2005 ausgeführt, die Feststellungsklage sei unbegründet, "womit eine Grundlage für den mit dem Antrag zu 2) geltend gemachten Anspruch fehlt, unabhängig von den sonstigen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Fragen hinsichtlich des Antrages zu 2)". Die vom

SG mit der Entscheidung in der Hauptsache stillschweigend bejahte Zulässigkeit des Rechtsweges ist von den höheren Instanzen gemäß § 17a Abs 5 GVG nicht zu überprüfen, und zwar auch dann nicht, wenn ein Amtshaftungsanspruch in Streit steht (BSG, Urteil vom 20. Mai 2003 - B 1 KR 7/03 R - SozR 4-1720 § 17a Nr 1).

2. Für den hier allein in Betracht kommenden Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung nach § 839 Bürgerliches Gesetzbuch iVm Art 34 GG fehlt es jedoch schon an der Grundvoraussetzung eines rechtswidrigen Verwaltungshandelns. Demgemäß ist auch das Begehren auf Feststellung der Ersatzpflicht bezüglich künftiger Vermögensschäden unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 154 Abs 2 Verwaltungsgerichtsordnung. Die Festsetzung des Streitwerts erfolgt nach § 63 Abs 2 Satz 1 Gerichtskostengesetz (GKG). Die Wertfestsetzung beruht dabei auf § 52 Abs 3 GKG, soweit die Klage einen bezifferten Schadensersatzanspruch betrifft; hinzu kommt der Wert des Feststellungsbegehrens hinsichtlich der Ersatzpflicht für künftige Schäden, der nach § 52 Abs 1 GKG zu schätzen ist und den der Senat unter Berücksichtigung des für die Zeit von 2000 bis 2005 geltend gemachten Schadens und einer etwa drei Jahre erfassenden Vorausschau auf mehr als 40.000 Euro bemisst, so dass sich ein addierter Wert von 100.000 Euro ergibt. Für das Feststellungsbegehren betreffend die Qualifikation der Klägerin als Leiterin eines ambulanten Krankenpflegeunternehmens ist keine Erhöhung vorzunehmen, da es sich um eine Vorfrage im Rahmen des Schadensersatzanspruchs handelt, die wertmäßig hinter diesem Anspruch zurückbleibt. In einem solchen Fall findet keine Addition statt; vielmehr bleibt der höhere Wert maßgebend (Rechtsgedanke des § 52 Abs 6 GKG).