Zur Zulässigkeit von Delegationen von Vorbehaltsaufgaben an Assistenzkräfte und Haftung der Arbeitgeber

Rechtsanwalt Dr. Marcus Kreutz LL.M., Essen

Überblick

A. Delegation von Vorbehaltsaufgaben

B. Wie erfolgt die Delegation?

C. Haftung des Arbeitgebers und sonstige mögliche Konsequenzen

I. Zivilrechtliche Haftung

II. Strafrechtliche Haftung

III. Ordnungswidrigkeit

IV. Fehlende heimrechtliche Zuverlässigkeit und daraus folgende Konsequenz

V. Handlungsmöglichkeiten der Pflegekassen nach dem SGB XI

A. Delegation von Vorbehaltsaufgaben

Nicht delegierbar sind:

- die Erhebung und Feststellung des individuellen Pflegebedarfs nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 lit. a) PflBG
  (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 PflBG)

  „pflegerische Anamnese“

- die Organisation, Gestaltung und Steuerung des Pflegeprozesses nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 lit. c) PflBG
  (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 PflBG)

  „laufende Kontrolle des Pflegeprozesses“

- die Analyse, Evaluation, Sicherung und Entwicklung der Qualität der Pflege nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 lit. d) PflBG
  (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 PflBG)

  „kritische Rückschau auf den bisherigen Pflegeprozess samt Ermittlung von Verbesserungspotentialen“

Diese drei Elemente der Pflege müssen zwingend beruflich durch eine Person ausgeführt werden, die über eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 PflBG verfügt.

Also derjenige, der berechtigt ist, die Berufsbezeichnung Pflegefachfrau oder Pflegefachmann zu tragen.

Delegierbar ist die eigentliche Durchführung der Pflege.

Dies ergibt sich daraus, dass in § 4 Abs. 1, 2 PflBG nicht auf § 5 Abs. 3 Nr. 1 lit. c) PflBG verwiesen wird.

In § 5 Abs. 3 Nr. 1 lit. c) PflBG wird die „Durchführung der Pflege und Dokumentation der angewendeten Maßnahmen“ genannt.

Die Delegierbarkeit der

- Durchführung der Pflege sowie
- der Dokumentation der angewendeten Maßnahmen

ergibt sich auch aus entsprechenden länderspezifischen Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Assistenzkräfte.

Beispiel: § 3 Abs. 1 Satz 1 der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung Pflegefachassistenz NRW v. 9.12.2020 (PflfachassAPrV) (GV. NRW. S. 767

§ 3 Abs. 1 Satz 1 PflfachassAPrV:
„Die Ausbildung für generalistisch ausgebildete Pflegefachassistentinnen und Pflegefachassistenten soll insbesondere dazu befähigen, Pflegefachpersonen bei der Erfüllung pflegerischer Aufgaben zu unterstützen, **deren Anordnungen fachgerecht unter entsprechender Aufsicht durchzuführen**, **die durchgeführten Maßnahmen den fachlichen und rechtlichen Anforderungen entsprechend zu dokumentieren** und **die erforderlichen Informationen weiterzuleiten**.“

Welche Personen sind Pflegefachassistenten und –assistentinnen?

Beispiel NRW:

§ 2 Abs. 1 PflfachassAPrV:

Eine Person,

- die die durch die PflfachassAPrV vorgeschriebene Ausbildung abgeleistet und die staatliche Prüfung bestanden hat (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 PflfachassAPrV),

- sich nicht eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich die Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Berufs ergibt (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 PflfachassAPrV),

- in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs nicht ungeeignet ist (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 PflfachassAPrV)

- und über Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt, die zur Berufsausübung erforderlich sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 PflfachassAPrV).

B. Wie erfolgt die Delegation?

Delegation ist ein Konzept der Arbeitsteilung

Wichtige Begriffe:

Anordnungsverantwortung

Durchführungsverantwortung

Remonstrationsrecht

Überlastungsanzeige

Anordnungsverantwortung des Delegierenden:

Die Pflegefachfrau/der Pflegefachmann haben sich davon zu überzeugen, dass die Pflegefachassistentin bzw. der Pflegefachassistent, an die bzw. den pflegerische Handlungen delegiert werden soll, der richtige Adressat/die richtige Adressatin ist.

Ist die Person, an die delegiert werden soll, grundsätzlich von ihrer Ausbildung her für eine Delegation geeignet und auch zur Übernahme der anzuordnenden Aufgabe bereit? Besitzt die Person die erforderliche Ausbildung (Aufgabe des Arbeitgebers, dies bei der Erstellung zu kontrollieren!)? Hat die Person die erforderlichen Fähigkeiten und Erfahrungen? Tritt im Falle einer Delegation keine Gefährdungserhöhung für den Pflegebedürftigen ein.

Pflichten der delegierenden Pflegefachfrau/des delegierenden Pflegefachmanns bei der Auswahl:

- Fehlerfreie Auswahl des Ausführenden (siehe oben)
- Anleitung (= zutreffende Handlungsanweisung)
- Belehrung
- Überwachung
- Evaluation

Empfehlung: Festlegung von Einzelheiten in Dienstanweisung

Was schuldet z.B. der Betreiber einer stationären Pflegeeinrichtung bei der Ermöglichung von Delegationen?

Der Betreiber einer stationären Pflegeeinrichtung schuldet:

- ordnungsgemäße Aufbau- und Ablauforganisation

Dies bedeutet,

- ordnungsgemäße Auswahl der Pflegefachkräfte
- ordnungsgemäße Auswahl der Pflegefachassistenten/-assistentinnen

Was bedeutet das?

- Vorlage der entsprechenden Ausbildungszertifikate bei Dienstbeginn
- Besteht die Zuverlässigkeit der beschäftigten Mitarbeiter im Sinne des § 2 Nr. 2 PflBG während der gesamten Zeit der Beschäftigung fort?
- konkrete, unmissverständliche und stets aktuelle Dienstanweisungen
- Durchführung von Fort- und Weiterbildungen der Pflegefachkräfte und Pflegefachassistenten/-assistentinnen, um bei diesen Mitarbeitern einen stets aktuellen Wissensstand in Bezug auf allgemein anerkannten pflegewissenschaftlicher, medizinischer und weiterer bezugswissenschaftlicher Erkenntnisse besteht

Durchführungsverantwortung des Pflegefachassistenten/der Pflegefachassistentin:

- Die Pflegefachassistentin/der Pflegefachassistent ist im Falle einer Übernahme der übertragenden Aufgabe verpflichtet,

  a) vor Durchführung der übertragenden Aufgabe eine sog. Eigenprüfung dergestalt vorzunehmen, als dass er/sie sich fragt, ob er/sie die delegierte Aufgabe auch tatsächlich ausführen kann (materielle Qualifikation);

  - Eigenprüfung auch insoweit, ob die (eigene) formelle Qualifikation vorhanden ist
  - Ist die delegierte Aufgabe rechtswidrig?

  b) bejaht er diese Eigenprüfung, hat er/sie die ihr/ihm übertragende Aufgabe sach- und fachgerecht durchzuführen

  c) verneint er/sie diese Eigenprüfung, hat er/sie dies der Pflegefachfrau/dem Pflegefachmann mitzuteilen, damit sie/er entsprechend umdisponieren kann

Remonstrationsrecht:

Grundsatz: Die Pflegeassistentin bzw. der Pflegeassistent darf darauf vertrauen, dass die an sie gerichtete Anweisung sach- und fachgerecht ist

= Vertrauensgrundsatz

Allerdings: kein blindes Vertrauen

Bei einer falschen Anweisung: Pflicht zur Remonstration gegenüber der Pflegefachkraft bzw. einem sonstigen zuständigen Vorgesetzten

Remonstration

= das Recht und die Pflicht, eine wegen nicht möglicher Umsetzung aufgegebene Handlung wegen mangelnder Qualifikation oder Nichtgewährleistung der erforderlichen Versorgungsqualität unverzüglich schriftlich gegenüber der Pflegefachkraft oder einem anderen zuständigen Vorgesetzten anzuzeigen und die Ausführung zu verweigern.

Wird von der Remonstration kein Gebrauch gemacht, kommt ein Übernahmeverschulden in Betracht

„Jeder ist für sich selbst verantwortlich.“

Ursprung: Beamtenrecht, § 63 BBG

Überlastungsanzeige:

Gesetzliche Grundlagen:

§ 241 Abs. 2 BGB:
„Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.“

Schuldverhältnis → hier: Arbeitsverhältnis zwischen Pflegeassistenzkraft und Pflegeheimbetreiber

Überlastungsanzeige:

§ 7 ArbSchG:
„Bei der Übertragung von Aufgaben auf Beschäftigte hat der Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeiten zu berücksichtigen, ob die Beschäftigten befähigt sind, die für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Aufgabenerfüllung zu beachtenden Bestimmungen und Maßnahmen einzuhalten.“

§ 15 ArbSchG:
„Die Beschäftigten sind verpflichtet, nach ihren Möglichkeiten sowie gemäß der Unterweisung und Weisung des Arbeitgebers für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. **Entsprechend Satz 1 haben die Beschäftigten auch für die Sicherheit und Gesundheit der Personen zu sorgen, die von ihren Handlungen oder Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind.“**

Überlastungsanzeige:

§ 16 Abs. 1 ArbSchG:
„Die Beschäftigten haben dem Arbeitgeber oder dem zuständigen Vorgesetzten jede von ihnen festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit sowie jeden an den Schutzsystemen festgestellten Defekt unverzüglich zu melden.“

§ 17 ArbSchG:
„(1) Die Beschäftigten sind berechtigt, dem Arbeitgeber Vorschläge zu allen Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit zu machen. …
(2) Sind Beschäftigte auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass die Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellte Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten, und hilft der Arbeitgeber darauf gerichtete Beschwerden von Beschäftigten nicht ab, können sich diese an die zuständige Behörde wenden. Hierdurch dürfen dem Beschäftigten keine Nachteile entstehen. …“

Meldepflichten des Arbeitgebers:

Beispiel: § 7 Abs. 4 NuWG (Niedersächsisches Gesetz über unterstützende Wohnformen v. 29.06.2011)

„(4) Wird dem Betreiber eines Heims bekannt, dass das Recht der Bewohnerinnen und Bewohner auf Leben, körperliche Unversehrtheit oder sexuelle Selbstbestimmung bedroht oder beeinträchtigt worden ist, so hat er die Heimaufsichtsbehörde zu informieren. …“

C. Haftung des Arbeitgebers und sonstige mögliche Konsequenzen

I. Zivilrechtliche Haftung

In Betracht kommen Ansprüche nach dem WBVG und dem BGB

1. WBVG

§ 7 Abs. 1 WBVG:
„(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Verbraucher den Wohnraum in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und während der vereinbarten Vertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten **sowie die vertraglich vereinbarten Pflege- und Betreuungsleistungen nach dem allgemein anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse zu erbringen**.“

Anspruchsgrundlage: § 10 Abs. 1 WBVG

„(1) Erbringt der Unternehmer die vertraglichen Leistungen ganz oder teilweise nicht oder weisen sie nicht unerhebliche Mängel auf, kann der Verbraucher **unbeschadet weitergehender zivilrechtlicher Ansprüche** bis zu sechs Monate rückwirkend eine angemessene Kürzung des vereinbarten Entgelts verlangen.“

Tatbestandliche Voraussetzungen:

1. Vorliegen von entweder einer **Nicht- oder Teilleistung** oder einer **Schlechtleistung**

2. Subjektive Betroffenheit der Verbrauchers durch Nicht-, Teil- oder Schlechtleistung
   = Vorliegen eines konkreten individuellen Nachteils für den Verbraucher

3. Geltendmachung des Kürzungsanspruchs durch den Verbraucher erforderlich
   (anders als im Mietrecht des BGB, § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB)
   OLG Düsseldorf, NZM 2011, 829 (829 f.); Bachem/Hacke, WBVG, Kommentar, 2015, § 10 Rn. 10 m.w.N.

2. Sonstige zivilrechtliche Haftung
„Unbeschadet weitergehender zivilrechtlicher Ansprüche“ (§ 10 Abs. 1 WBVG)

Daneben können demnach geltend gemacht werden:

- Anspruch auf ordnungsgemäße Erfüllung der Ansprüche nach § 7 WBVG,

- Schadensersatzansprüche,

- Aufwendungsersatzansprüche.

Anspruchsgrundlagen: §§ 280 ff., 311a, 284, 812 ff., 823 BGB

§§ 823 ff. BGB regeln Schadensersatzansprüche des Verbrauchers u.a. bei
- Verletzung seines Lebens,
- seiner Gesundheit oder
- seines Eigentums.

Bei der Haftung des Arbeitgebers nach den genannten Anspruchsgrundlagen für das Handeln seiner bei ihm beschäftigten Pflegeassistenzkräften sind natürlich als Zurechnungsnormen der

§ 278 für vertragliche Ansprüche und

§ 831 für deliktische Ansprüche

zusätzlich heranzuziehen.

Wichtig bei § 831 BGB: Exkulpationsmöglichkeit des Arbeitgebers nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Darlegungs- und Beweislastregeln bei Schadensersatzansprüchen nach §§ 280 ff. BGB u./o. §§ 823 ff. BGB

Grundsätzlich: Darlegungs- und Beweislast beim Verbraucher

Aber:
Lag die Ursache für eine Schädigung der Gesundheit, des Leibes oder des Lebens des Verbrauchers im beherrschbaren Gefahrenbereich des Unternehmers und steht die Handlung im Zusammenhang mit dem Kernbereich der geschuldeten Leistungen bzw. Pflichten, kommt dem Verbraucher eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zugute

Dann gilt:
In diesen Fällen obliegt dem Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast, dass die Schädigung nicht auf seinem eigenen Fehlverhalten oder einem Fehlverhalten des mit der Versorgung des Verbrauchers betrauten Personals beruht.

Umkehr der Darlegungs- und Beweislast:

Wann liegt sie vor?

Ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen!

(vgl. zum Ganzen BGH, NJW 1991, 1540 f.; BGH, NJW 2005, 1937 (1938); OLG Hamm, BeckRS 2002, 31058583; OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 867 (868); OLG Dresden, NJW-RR 2000, 761; OLG München, VersR 2004, 618; Bachem/Hacke, WBVG, Kommentar, § 10 Rn. 25).

II. Strafrechtliche Haftung

Wenn der Unternehmer/Arbeitgeber auch eine von ihm einzuhaltende Obhuts-/Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt, kommt auch eine strafrechtliche Haftung in Betracht.

In Betracht kommende Straftatbestände sind z.B.:

- fahrlässige Tötung, § 222 StGB
- fahrlässige oder vorsätzliche Körperverletzung, §§ 229, 223 StGB
- Misshandlung von Schutzbefohlenen, § 225 StGB
- Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, §§ 174c StGB, 177 StGB
- Freiheitsberaubung, § 239 StGB

Voraussetzung für eine strafrechtliche Haftung des Arbeitgebers:

Vorliegen einer Garantenstellung gemäß § 13 StGB

Rechtliches Einstehenmüssen?

Ja! Aber **nur für sog. Organisationsverschulden**; also insbesondere für eine nicht sorgfältige Auswahl oder Überwachung der Pflegefachkräfte und Pflegeassistenzkräfte

hier: Übernahme einer Schutzfunktion für die Pflegebedürftigen

Ergibt sich schon aus den einzelnen Landesheimgesetzen!

Beispiele:
§ 1 Abs. 4 Nr. 3 WTG NRW
„Die Menschen, die Angebote nach diesem Gesetz nutzen, sollen insbesondere
1. …
2. …
3. vor Gefahren für Leib und Seele geschützt werden.
…“

§ 8 Abs. 1 WTG NRW:
„Die Leistungsanbieterinnen und Leistungsanbieter treffen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Nutzerinnen und Nutzer vor jeder Form der Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch, einschließlich ihrer geschlechtsspezifischen Aspekte.“

Bei Unternehmern/Arbeitgebern, die als Einzelunternehmer im Bereich der Pflege tätig sind, besteht insoweit kein Problem.

Aber: Was ist bei Unternehmern/Arbeitgebern in der Form von juristischen Personen?

Keine strafrechtliche Haftung bei Obhutspflichtverletzungen; hier nur eine strafrechtliche Haftung der einzelnen Pflegefachkraft oder Pflegeassistenzkraft

III. Ordnungswidrigkeit

Arbeitgeber können bei einem fehlerhaften Einsatz von Pflegeassistenzkräften auch ordnungswidrig handeln.

Beispiel: § 42 Abs. 1 Nr. 11 WTG NRW:
„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
…
…
…
11. Tätigkeiten der sozialen oder pflegerischen Betreuung **nicht** durch Fachkräfte im Sinne des § 3 Abs. 5 oder **unter deren angemessener Beteiligung durchführen lässt**.

Fallgestaltung:
Der Arbeitgeber, der selbst nicht Pflegefachfrau/Pflegefachmann ist, weist eine Pflegeassistenzkraft ohne Einschaltung einer Pflegefachfrau/eines Pflegefachmanns an, pflegerische Betreuungshandlungen an einem Pflegebedürftigen vorzunehmen.

Es fehlt hier demnach an einer entsprechenden Aufsicht der Pflegeassistenzkraft für eine Pflegefachperson.

IV. Fehlende heimrechtliche Zuverlässigkeit und daraus folgende Konsequenzen

Beispielsnorm: § 4 Abs. 2 Satz 1 WTG NRW
„Leistungsanbieterinnen und Leistungsanbieter müssen die notwendige Zuverlässigkeit besitzen."

Der Begriff der Zuverlässigkeit ist im Heimrecht wegen der Vulnerabilität der Nutzerinnen und Nutzer ein besonders strenger (OVG Koblenz, NVwZ 1987, 425; Wiedersberg, in: Dickmann (Hrsg.), Heimrecht, 11. Auflage, 2014, Abschnitt C. III. Rn. 20; Dickmann, WTG, Kommentar, 3. Auflage, 2019, § 4 Rn. 7).

Wer muss zuverlässig sein?

Bei einer natürlichen Person als Arbeitgeber: Die natürliche Person selbst.

Bei einem Betrieb durch eine Personengesellschaft (GbR, oHG, KG): Verantwortlich sind die geschäftsführenden Gesellschafter.

Bei einem Betrieb durch eine juristische Person (Verein, GmbH, AG): Hier ist nach den einzelnen Aspekten des Handelns oder Unterlassens, in denen Unzuverlässigkeit zu erblicken ist, zu differenzieren.

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die ebenfalls ein Element der Zuverlässigkeit ist, wird z.B. stets auf die juristische Person zu beziehen sein.

Ansonsten ist bei der fachlichen Leistungsfähigkeit auf die vertretungsberechtigte natürliche Person (GmbH = Geschäftsführer; AG = Vorstand; Verein = Vorstand) abzustellen.

Regelmäßige Verstöße gegen den Normen des Ordnungswidrigkeitenrechts führen dazu, dass der Betreiber nicht über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügt (Wiedersberg, in: Dickmann (Hrsg.), Heimrecht, 11. Auflage, 2014, Abschnitt C. III. Rn. 28).

Denn: Es wird gegen heimrechtliche Vorschriften verstoßen.

Mögliche Folgen (z.B.):

1. § 15 Abs. 5 WTG (Beschäftigungsverbot)
„Leistungsanbieterinnen und Leistungsanbietern kann der Einsatz einer oder eines Beschäftigten oder einer anderen im Wohn- und Betreuungsangebot tätigen Person ganz oder für bestimmte Funktionen oder Tätigkeiten untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie oder er die für ihre oder seine Tätigkeit erforderliche Eignung nicht besitzt.“

Beispiel: Dauerhafte fehlerhafte Delegation durch Pflegefachkraft

Beispiel: Dauerhaft fehlerhafte Erbringung von pflegerischen Leistungen durch Pflegeassistenzkraft

2. § 15 Abs. 2 Satz 2 (Belegungsstopp)

3. § 15 Abs. 2 Satz 3 (Betriebsuntersagung)

V. Handlungsmöglichkeiten der Pflegekassen nach dem SGB XI

Fall (SG Speyer, Urt. v. 27.07.2205, S 3 P 122/03) (abrufbar in Juris:

In einer vollstationären Einrichtung wurden angelernte Kräfte zur Durchführung bestimmter behandlungspflegerischer Maßnahmen eingesetzt. Bei einer Qualitätsprüfung durch den MDK wurde festgestellt, dass eine Anleitung der Pflegehilfskräfte durch Pflegefachkräfte nicht dokumentiert wurde. Darüber hinaus erfolgte der Einsatz der Pflegehilfskräfte nicht entsprechend ihrer Qualifikation.

Urteil: MDK hat richtigerweise Qualitätsmängel im Sinne von § 115 Abs. 2 Satz 1 SGB XI festgestellt.

In dem konkreten Fall erfolgte zwar keine Kürzung der vereinbarten Pflegevergütung.

Aber: Dies ist eine mögliche Folge!

§ 115 Abs. 3 Satz 1 SGB XI (Kürzung der vereinbarten Pflegevergütungen für die Dauer der Pflichtverletzung)

Vielen herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwalt Dr. Marcus Kreutz LL.M.
Nockwinkel 74
45277 Essen