

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 9 V 28/96 R

.....
Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Land Nordrhein-Westfalen,
vertreten durch das Landesversorgungsamt Nordrhein-Westfalen,
Von-Vincke-Straße 23-25, 48143 Münster,

Beklagter, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

beigeladen:

Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung,
Rochusstraße 1, 53123 Bonn,

Der 9. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am
4. Februar 1998 durch den Vorsitzenden Richter **K u m m e r**, die Richter
Dr. **K o c h e r** und **D a u** sowie die ehrenamtliche Richterin **S z o p i n s k i**
und den ehrenamtlichen Richter **T h o m e**
für Recht erkannt:

Auf die Revisionen des Klägers und des Beklagten wird das Urteil des Landessozialge-
richts Nordrhein-Westfalen vom 23. Oktober 1996 aufgehoben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

I

Bei dem 1938 geborenen Kläger ist nach kriegsbedingter Verschleppung die "praktische Erblindung beider Augen" als Schädigungsfolge mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit um 100 vH anerkannt. Neben anderen Versorgungsleistungen erhält der Kläger eine pauschale Pflegezulage nach § 35 Abs 1 Bundesversorgungsgesetz (BVG) in Höhe von zur Zeit 1.155,00 DM monatlich (Stufe III). Nach dem Tode seiner ersten Ehefrau hat der Kläger zum zweitenmal geheiratet. Seine jetzige Ehefrau, die bis dahin als ausgebildete Krankenschwester in einer Diakonie-Pflegestation vollschichtig gearbeitet hatte, übernahm aufgrund eines zwischen den Eheleuten geschlossenen Vertrages seine Pflege. Unter Hinweis auf diese Änderung beantragte der Kläger im Juni 1990, die ihm gewährte Pflegezulage über den pauschalen Betrag hinaus zu erhöhen.

Der Beklagte lehnte den Antrag ab. Der angemessene Lebensunterhalt des Klägers und seiner Ehefrau sei durch Versorgungsleistungen und die Erwerbsunfähigkeitsrente des Ehemannes aus der gesetzlichen Rentenversicherung gedeckt. Die pauschale Pflegezulage sei deshalb nicht zu erhöhen, auch wenn die Ehefrau den Kläger pflege und betreue und ihr dadurch das zuvor erzielte Bruttoeinkommen von etwa 4.000,00 DM monatlich entgehe (Bescheid vom 17. September 1991; Widerspruchsbescheid vom 18. Dezember 1992).

Das Sozialgericht hat den Beklagten verurteilt, eine erhöhte Pflegezulage zu gewähren (Urteil vom 22. März 1992). Das Landessozialgericht (LSG) hat diese Entscheidung geändert und den Beklagten, nachdem dieser es während des Berufungsverfahrens abgelehnt hatte, erhöhte Pflegezulage im Wege des Härteausgleichs (§ 89 BVG) zu gewähren (Bescheid vom 25. April 1996), verurteilt, hierüber erneut zu entscheiden und dabei die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zu beachten. Anspruch auf erhöhte Pflegezulage als sog Pflichtleistung nach § 35 Abs 2 BVG habe der Kläger dagegen nicht (Urteil vom 23. Oktober 1996).

Der Kläger und der Beklagte rügen mit ihren Revisionen die Verletzung materiellen Rechts.

Der Kläger beantragt sinngemäß,



das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 23. Oktober 1996 aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 22. März 1995 zurückzuweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen, das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 23. Oktober 1996 zu ändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) einverstanden erklärt.

II

Die Revisionen des Klägers und des Beklagten sind in dem Sinne begründet, daß das angefochtene Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen ist. Die vom LSG getroffenen Feststellungen lassen eine abschließende Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf erhöhte Pflegezulage als sog Pflichtleistung nach § 35 Abs 2 Satz 1 BVG nicht zu. Erst wenn feststeht, daß ein solcher Anspruch nicht besteht, läßt sich auch darüber entscheiden, ob der Beklagte dem Kläger einen erneuten Bescheid über die Gewährung eines Härteausgleichs zu erteilen hat (vgl dazu BSG SozR 3-3100 § 89 Nr 3).

Das LSG hat einen Anspruch auf erhöhte Pflegezulage als Pflichtleistung mit der Begründung verneint, der Kläger werde von seiner mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Ehefrau gepflegt. In einem solchen Falle bilde - wie dem Wortlaut und der Systematik des § 35 Abs 2 BVG zu entnehmen sei - der pauschale Betrag der Pflegezulage eine unüberschreitbare Obergrenze. Zwar leiste auch der Ehegatte die dort erwähnte "fremde Hilfe", er sei aber nicht "Dritter" iS dieser Vorschrift. Nur bei Pflege aufgrund Arbeitsvertrages durch "Dritte" lasse das Gesetz eine Erhöhung der Pflegezulage zu, nicht bei Pflege durch die davon ausdrücklich unterschiedenen, mit dem Beschädigten in häuslicher Gemeinschaft lebenden "Ehegatten oder Elternteile". Das KOV-Strukturgesetz 1990 (BGBl I S 582) habe dies mit der Neuregelung in § 35 Abs 2 BVG gegenüber dem bis dahin geltenden § 35 Abs 1 Satz 5 BVG aF klargestellt.

Der Senat folgt dieser Auslegung des § 35 Abs 2 BVG nicht. Sie wird zwar in den Rundschreiben der Beigeladenen vom 26. Januar 1994 (BArbBl 1994, 3/74) und vom 27. Oktober 1994 (BArbBl 1994, 12/64) und in der Literatur (Rohr/Sträßer, BVG mit Ver-



fahrensrecht, Stand 1995, § 35 BVG Anm 8 unter Hinweis auf die genannten Rundschreiben) vertreten. Aus der Erwähnung des "Dritten" in § 35 Abs 2 Satz 1 BVG und der "Ehegatten oder Elternteile" in § 35 Abs 2 Satz 2 BVG läßt sich aber kein Verbot von Pflegearbeitsverträgen zwischen dem pflegebedürftigen Beschädigten und seinen pflegenden Ehegatten oder Elternteilen herleiten (so auch FehI, ZfS 1992, 129, 130). § 35 Abs 2 Satz 1 BVG eröffnet ganz allgemein die Möglichkeit, die in Abs 1 genannten pauschalen Beträge der Pflegezulage zu erhöhen, wenn das Entgelt für arbeitsvertraglich geleistete Pflege diese Beträge überschreitet. In Abs 2 Sätze 2 und 3 trifft das Gesetz eine Sonderregelung für den Fall, daß haushaltsangehörige Ehegatten oder Elternteile neben der bezahlten Pflegekraft unentgeltlich Pflegeleistungen erbringen. Hierfür soll dem Beschädigten, dessen - ggf erhöhte - Pflegezulage durch die Zahlung des Arbeitsentgelts an die Pflegekraft sonst voll verbraucht würde, ein gewisser Betrag, und zwar mindestens die Hälfte der pauschalen Pflegezulage, verbleiben. Diese Regelung ist aber bewußt auf Ehegatten und Eltern des Beschädigten beschränkt. Denn bei Kindern, Geschwistern und sonstigen Angehörigen ist der Abschluß eines Pflegevertrages nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht nur zu empfehlen, sondern im Hinblick auf deren spätere Alterssicherung geboten (BT-Drucks 11/5831, S 14). Daraus wird deutlich: Der Gesetzgeber billigt Pflegeverträge zwischen nahen Angehörigen im Versorgungsrecht, ja er wirkt sogar auf den Abschluß solcher Pflegearbeitsverträge unter nahen Verwandten hin, indem er - anders als bei der Pflege durch den Ehegatten oder die Eltern - für unentgeltliche, neben einer bezahlten Arbeitskraft geleistete Pflege keine finanziellen Anreize bietet. Nur wegen dieser Sonderstellung von Elternteilen und Ehegatten, die neben einer bezahlten Arbeitskraft unentgeltlich Pflegeleistungen erbringen, spricht der Gesetzgeber in § 35 Abs 2 Satz 1 BVG von "Dritten". Damit ist es dem Beschädigten aber nicht verwehrt, die Übernahme seiner Pflege durch seinen Ehegatten oder seine Eltern arbeitsvertraglich zu regeln. Geschieht dies, so ergibt sich allerdings für die pauschale Pflegezulage eine Konsequenz: Der Beschädigte kann nicht verlangen, daß sie so erhöht wird, daß nach Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Entgelts ein Teil dem Beschädigten für unentgeltliche Pflegeleistungen des Ehegatten oder Elternteils verbleibt. Wer als Arbeitnehmer gegen Entgelt pflegt, ist nicht gleichzeitig als unentgeltlich pflegender Familienangehöriger zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung des Beklagten (vgl dazu das Rundschreiben des Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung <BMA> vom 27. Oktober 1994 <aaO>) bedurfte es insoweit keiner ergänzenden gesetzlichen Regelung. Die Beschränkung ist bei einer - dem Zweck des Gesetzes entsprechenden - Auslegung in § 35 Abs 2 BVG schon enthalten.

Hätte der Gesetzgeber im Versorgungsrecht Arbeitsverhältnisse von Pflegepersonen über die Pflege ihrer Ehegatten oder Kinder verbieten wollen, so hätte er eine eindeutige Regelung treffen müssen, wie zB in § 77 Abs 1 Satz 1 des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) idF vom 14. Juni 1996 (BGBl I 830). Dort hat er bestimmt, daß Verträge mit



Verwandten oder Verschwägerten des Pflegebedürftigen bis zum 3. Grad sowie mit Personen, die mit dem Pflegebedürftigen in häuslicher Gemeinschaft leben, unzulässig sind.

Die Zulässigkeit von Pflegearbeitsverhältnissen zwischen Beschädigten und nahen Familienangehörigen unter Einschluß von Ehegatten und Elternteilen (so auch das BMA, Rundschreiben vom 26. Januar 1994 <aaO> unter Nr 4 für vor dem 31. März 1990 geschlossene Verträge und Rundschreiben vom 27. Oktober 1994 <aaO>; vgl den der Entscheidung BSG SozR 3-2200 § 539 Nr 6 zugrundeliegenden Fall) ändert allerdings nichts daran, daß eine sittlich gebotene Pfl egetätigkeit zumeist unentgeltlich übernommen werden wird. Dies führt in der Praxis zu Schwierigkeiten: Die in § 35 Abs 2 Satz 1 BVG geforderte Pfl egetätigkeit aufgrund eines Arbeitsvertrages wird sich im Einzelfall nur dann feststellen lassen, wenn es gelingt, die Elemente von familienhaftem Beistand und Unterhalt abzugrenzen von Gefälligkeit und Schenkung oder Dienstleistung gegen Vergütung, die einzeln oder vermengt vorkommen können (vgl Köbl in Festschrift für Krasney, 1997, 251, 253), und daraus die arbeitsvertraglichen Beziehungen als bestimmend und tragend zu isolieren. Diese Aufgabe haben Verwaltung und Rechtsprechung aber auch auf anderen Rechtsgebieten zu leisten. So muß z.B. die versicherungspflichtige Beschäftigung von der familienhaften Mithilfe bei der Pflege von Angehörigen abgegrenzt werden. Dafür hat die Rechtsprechung (vgl dazu BSG SozR 2200 § 165 Nr 90 und grundlegend BSGE 74, 275 ff = SozR 3-2500 § 5 Nr 17; vgl auch BSG SozR 3-2200 § 539 Nr 6) folgende Grundsätze entwickelt: Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt vor, wenn der Beschäftigte auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen ist, er in den (Haushalts-) "Betrieb" nach Art eines Arbeitnehmers eingegliedert und dementsprechend dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers - wenn auch in abgeschwächter Form - unterworfen ist und für seine Arbeit Entgelt bezieht. Für die Feststellung, ob die dem arbeitenden Verwandten gewährten Leistungen Entgelt - dh einen Gegenwert - für die geleistete Arbeit darstellen, ist insbesondere die Höhe der gewährten Leistungen (Geld- und Sachbezüge) sowie ihr Verhältnis zu Umfang und Art der verrichteten Tätigkeit von Bedeutung. Wird dem im Haushalt des "Betriebsinhabers" lebenden und dort tätigen Verwandten nur freier Unterhalt einschließlich eines geringfügigen Taschengeldes gewährt und stellen diese Bezüge keinen Gegenwert für die Arbeit dar, so ist ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis zu verneinen. Dagegen stellt die Zahlung verhältnismäßig nicht geringfügiger laufender Bezüge, insbesondere in Höhe des ortsüblichen oder des tariflichen Lohnes, ein wesentliches Merkmal für das Bestehen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses dar. Ein wichtiger Anhalt kann daneben die steuerliche Behandlung sein (vgl BSG SozR 2200 § 165 Nr 90 mwN).

Diese Kriterien sind auch bei der Beurteilung von (angeblichen) Pflegeverträgen zwischen Ehegatten und von Elternteilen mit ihren pflegebedürftigen Kindern entsprechend zu berücksichtigen. Auch wenn das Familienrecht (§§ 1353 Abs 1 Satz 2, 1618a Bürgerliches Gesetzbuch <BGB>) diese Personen zum gegenseitigen Beistand bei gesundheitlichen



Störungen verpflichtet, schließt dies die Annahme eines Pflegevertrages nicht generell aus. Die geleistete Pflege durch einen Ehegatten oder Elternteil wird jedenfalls dann nicht nur als Erfüllung einer Rechtspflicht nach § 1353 Abs 1 Satz 1 oder § 1618a BGB anzusehen sein (vgl BSG SozR 3-2200 § 539 Nr 6; Benz, WzS 1991, 105, 108; BG 1993, 180, 181), wenn der Gesundheitszustand des pflegebedürftigen Beschädigten ein dauerndes Krankenlager und/oder eine ständige Pflege in erheblichem Ausmaß erfordert. Bedenken gegen die Annahme eines Pflegevertrages bestehen ferner dann nicht, wenn der Beschädigte seine angestellte Pflegekraft heiratet und diese ihre Pflege Tätigkeit unter unveränderter Beibehaltung des Arbeitsvertrages fortsetzt, weil hier schon die besonderen Umstände der Fallgestaltung nahelegen, daß die Ehefrau die Pflege Tätigkeit nicht allein wegen der sittlichen und gesetzlichen Beistandspflichten gegenüber dem pflegebedürftigen Ehepartner weiter ausübt.

An den Nachweis eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem Beschädigten und seinem Ehegatten oder seinen Eltern sind aber auch sonst hohe Anforderungen zu stellen. Andernfalls hätten der Beschädigte und sein Ehegatte bzw seine Eltern es weitgehend in der Hand, zu Lasten der Versorgungsverwaltung das gemeinsame Haushaltseinkommen um das Arbeitsentgelt einer Pflegekraft zu erhöhen. Die nach oben unbegrenzte Pflegezulage des § 35 Abs 2 Satz 1 BVG bietet hierzu einen offensichtlichen Anreiz. Deshalb muß durch sorgfältige Prüfung der Frage, ob tatsächlich eine arbeitsvertraglich vereinbarte und entsprechend bezahlte Pflege Tätigkeit gegeben ist, eine unberechtigte Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen verhindert werden.

Der Senat vermag nicht abschließend zu entscheiden, ob die Pflegezulage - wie vom Kläger beantragt - zu erhöhen ist. Das LSG hat - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine ausreichenden Feststellungen getroffen, die die Beurteilung zuließen, ob die Ehefrau den Kläger aufgrund eines arbeitsvertraglich vereinbarten Beschäftigungsverhältnisses pflegt. Das wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachzuholen sein. Ferner ist für den Fall, daß die Ehefrau des Klägers arbeitsvertragliche Pflegeleistungen erbracht hat, zu beachten: Bei der Erhöhung der Pflegezulage dürfen hauswirtschaftliche Hilfeleistungen nicht berücksichtigt werden. Denn der hauswirtschaftliche Bedarf gehört - anders als in der sozialen Pflegeversicherung (vgl § 14 Abs 4 Nr 4 SGB XI; s dazu Kummer in Schuln, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4, Pflegeversicherungsrecht, § 13 RdNr 70 ff) - nicht zum berücksichtigungsfähigen Hilfebedarf nach § 35 BVG (vgl zum Ausschluß hauswirtschaftlichen Hilfebedarfs BSGE 65, 119, 122 = SozR 3100 § 35 Nr 21 unter Hinweis auf BSGE 12, 20, 30 f sowie Urteile des Senats vom 2. Juli 1997 - 9 RV 19/95 - zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen - und vom 10. September 1997 - 9 RV 8/96 - unveröffentlicht -; differenzierend das BMA, Rundschreiben vom 26. Januar 1994 <aaO> unter Nr 3). Schließlich wird das LSG zu beachten haben, daß dem Kläger nur die "angemessenen Kosten" (§ 35 Abs 2 Satz 1 BVG) für eine Fremdpflegekraft zustehen. Diese Kosten werden bei arbeitsvertraglich durch einen haushaltsangehörigen



Ehegatten erbrachter Pflege regelmäßig nur in geringerer Höhe angemessen sein als beim Einsatz einer familienfremden Pflegekraft (vgl dazu Huber, Fragen der Schadensbeurteilung, 1993, 362 ff).

Die Entscheidung über die Kosten des gesamten Verfahrens bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)