

## VERHINDERUNGSPFLEGE – IHRE VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN

Diskussion in der Fachpresse

Von Robert Mittelstädt  
Jurist im Justizariat

**In der Pflegefachpresse (Häusliche Pflege, 3/2016, S. 60 ff. sowie 4/2016, S. 19) wurden in jüngster Zeit mögliche Haftungsrisiken bei der Erbringung und Abrechnung von Verhinderungspflege diskutiert. Dies hat zu Verunsicherung bei einigen bpa-Mitgliedern geführt. Daher sollen hier noch einmal die grundsätzlichen Anforderungen und Grenzen der Verhinderungspflege nach § 39 SGB XI aufgezeigt werden.**

Für sämtliche Leistungskonstellationen der Verhinderungspflege nach § 39 SGB XI gibt es zwei wesentliche Voraussetzungen, auf die die Pflegedienste achten sollten:

### I. Grundsätzliche Voraussetzungen

1. Pflegeperson mit Vorpflegezeit  
Zunächst muss es immer eine Pflegeperson nach § 19 SGB XI geben, die die nötige Vorpflegezeit von sechs Monaten erfüllt hat. Wie auch im Gemeinsamen Rundschreiben der Pflegekassen aufgeführt, können an der Pflege gehinderte Pflegepersonen folgende Personen sein: Angehörige, der Lebenspartner, Nachbarn, Bekannte oder sonstige Personen, die einen Anspruchsberechtigten nicht erwerbsmäßig in der Häuslichkeit pflegen. Dagegen können Pflegekräfte einer zugelassenen ambulanten Pflegeeinrichtung und Pflegekräfte, mit denen die Pflegekasse einen Einzelvertrag geschlossen hat, sowie Betreiber und Pflegekräfte ambulant betreuter Wohngruppen, keine an der Pflege gehinderte Pflegepersonen im Sinne des § 39 SGB XI sein. Pflege- oder Betreuungs-

kräfte des Dienstes können also selbst nicht als Pflegepersonen gelten und einen Verhinderungspflegeanspruch begründen.

### 2. Tatsächliche Verhinderung

Als zweites ist immer eine tatsächliche Verhinderung der Pflegeperson im Sinne des § 39 SGB XI erforderlich. Dies kann wegen eines Erholungsurlaubs, Krankheit oder aus sonstigen Gründen (z. B. Arbeit, Behördengänge, Besorgungen) der Fall sein und gilt sowohl für die reguläre tagesweise als auch für die stundenweise Verhinderungspflege.

Kritisch sind hier insbesondere solche Leistungskonstellationen zu hinterfragen, in denen die Pflegeperson entweder gar nicht verhindert bzw. vor Ort oder in unmittelbarer Nähe anwesend ist, während der Pflegedienst den Kunden im Rahmen der Verhinderungspflege pflegt.

Nach Einschätzung des bpa kann auch hier zumindest ein „Erholungsurlaub“ der Pflegeperson vorliegen, um diese z. B. vor einem Burnout zu bewahren. Eine räumliche Abwesenheit ist keine zwingende Voraussetzung für den Erholungsurlaub. Aber diese Konstellation sollte dennoch nicht zur Regel werden.

Die Verhinderung „aus sonstigen Gründen“ ist dabei nicht näher gesetzlich definiert, muss nach der vereinzelt vorhandenen Rechtsprechung aber mit konkreter Begründung dargelegt werden und nach Sinn und Zweck der Regelung des § 39 SGB XI den anderen beiden Gründen (Erholungsurlaub, Krankheit) von seiner Bedeutung her ähnlich sein (Sozialgericht Stralsund, Gerichtsbescheid v. 17.08.2010, Az.: S 2 P 23/09).

## II. Strittige Verhinderungs-Konstellationen

### 1. Geplante, regelmäßige Verhinderungen

Im Zusammenhang mit der tatsächlichen Verhinderung wurde in der Fachpresse zuletzt geäußert, dass eine Verhinderung nur bei vorübergehenden, kurzzeitigen bzw. ungeplanten Verhinderungssituationen bestehen kann. Dazu vertreten einige Autoren die Auffassung, dass geplante und regelmäßige Verhinderungen an einzelnen Tagen und zu bestimmten Zeiten keine zulässigen Verhinderungen im Sinne des § 39 SGB XI wären. Eine solche Voraussetzung steht aber grundsätzlich nicht im Gesetz und kann nach Ansicht des bpa nicht per se gefordert werden! Dies wird auch von anderen renommierten Pflegerechtsexperten so gesehen. Ein anderer Grund ist ihrer Ansicht nach nicht dadurch ausgeschlossen, dass er wiederkehrend – auch nur stundenweise – auftritt.

Auch aus der zeitlichen Beschränkung im § 39 SGB XI auf eine Höchstdauer von sechs Wochen je Kalenderjahr kann keine Einschränkung dahingehend geschlossen werden, dass regelmäßige, aber unterbrochene Verhinderungen über sechs Wochen hinaus, keine Verhinderungen darstellen, solange die Leistung insgesamt nicht mehr als sechs Wochen erbracht wird. Dafür fehlt es an jedweden Hinweisen in der Gesetzesbegründung oder im Gemeinsamen Rundschreiben der Pflegekassen.

Sofern dabei z.B. stundenweise Verhinderungspflege jeden Freitagnachmittag erbracht wird, weil die Pflegeperson sich dann immer zur Erholung mit Freunden trifft, kann nach Einschätzung des bpa daher eine (rechtmäßige) vorübergehende Verhinderung vorliegen, weil die Pflegeperson zu den übrigen Zeiten die Pflege des Versicherten übernimmt. Denn genauso gut könnte sie regelmäßig zu diesen Zeiten Urlaub nehmen und ebenfalls Verhinderungspflege beantragen. Dies wird aber teilweise von einigen Autoren in der Pflegefachpresse anders gesehen. Rechtsprechung zu dieser Thematik der regelmäßig geplanten Verhinderungspfle-

geeinsätze gibt es bisher nach Kenntnisstand des bpa nicht.

### 2. Fehlende Verhinderungssituation

Kritisch und wohl rechtswidrig ist hingegen die regelmäßige Erbringung von Verhinderungspflege für eine bestimmte tägliche Leistung (z. B. Morgentoilette), bis die Mittel der Verhinderungspflege verbraucht sind und ohne wirkliche Verhinderung der Pflegeperson zu dieser Zeit. Denn diese Leistungskonstellationen würden zu einer regelmäßigen Erhöhung der monatlichen Sachleistungsbeträge des § 36 SGB XI führen. Dies war aber mit der Verhinderungspflege eigentlich nicht bezweckt. Genauso verhält es sich bei der unzulässigen Abrechnung von Eigenanteilen über die Mittel der Verhinderungspflege, soweit der reguläre Sachleistungsbetrag nicht ausreicht (z. B. als sogenannte „Überhangrechnung“, wahlmöglich noch auf einer Rechnung mit der Sachleistung an die Pflegekasse). Auch hier fehlt es an der tatsächlichen Verhinderungssituation. Diese Leistungskonstellation bei der Verhinderungspflege sollten daher dringend vermieden werden, insbesondere die Kunden nicht dahingehend zu einer Leistungsanspruchnahme beraten werden.

### 3. Angabe falscher Pflegepersonen

Strafrechtlich riskant wird es außerdem dann, wenn bei Abrechnung der Verhinderungspflege bewusst falsche oder nicht existente Pflegepersonen angegeben werden und damit die wesentliche Voraussetzung für die Verhinderungspflege nicht erfüllt wird.

Auf der anderen Seite können Urlaube und Urlaubstage durchaus auch in regelmäßigen Abständen geplant werden, etwa zwei bis drei Tage Urlaub für jeden Monat. Hier wird der Urlaub zwar regelmäßig geplant. Dies spricht aber nicht gegen die Verhinderung, solange der Urlaub genommen wird und damit eine Verhinderung im Sinne des § 39 SGB XI vorliegt.

III. Wer muss die Verhinderung nachweisen?

Die Frage, ob eine „Verhinderung“ im Sinne des § 39 SGB XI vorliegt, müssen nach Darlegung durch die Versicherten grundsätzlich die Pflegekassen im Rahmen der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen bei der nachträglichen Erstattung entscheiden. Der Pflegedienst hat hier keine gesteigerten eigenen Nachforschungspflichten, es geht ihn grundsätzlich auch nichts an. Die Pflegedienste sollten es allerdings vermeiden, Kunden aktiv dahingehend zu beraten, dass die Verhinderungspflege regelmäßig, etwa 1x wöchentlich und insbesondere stundenweise zur Aufstockung der regulären Pflegesachleistungen genutzt wird, obwohl eine Verhinderung der Pflegeperson offensichtlich nicht gegeben ist, z.B. „zur Unterstützung und Entlastung“. Dafür sind vielmehr die Beträge nach § 45 b SGB XI vorgesehen. Hierbei würde dann durch das eigene Handeln und Kenntnis des Pflegedienstes von der rechtswidrigen Leistungskonstellation das Risiko einer entsprechenden Rückforderung der Erstattungsbeträge aus der Verhinderungspflege bestehen. Ein ähnliches Risiko besteht, sofern die Pflegeperson regelmäßig während der Verhinderungspflege ebenfalls anwesend und nicht anderweitig beschäftigt ist.

IV. Wenn die Pflegekasse ablehnt

Sofern die Pflegekasse die Erstattung der Verhinderungspflege-Leistungen ablehnt, weil keine Verhinderung vorlag, ist Erfüllungshalber an den Pflegedienst abgetretene Erstattungsanspruch wertlos. Der Dienst kann dann die Leistung weiterhin privat in Rechnung stellen. Der Kunde muss von seiner Pflegekasse die private Erstattung verlangen. Falls allerdings eine falsche Beratung des Pflegedienstes im Vorfeld zur unzulässigen Inanspruchnahme der Verhinderungspflege geführt hat, sollte der Dienst sich selbst aktiv um Klärung bemühen, damit er sich nicht dem Verdacht der Falschabrechnung aussetzt.

V. Zusätzliche § 45 b-Leistungen über Verhinderungspflege abrechenbar?

Im Bereich der Betreuungs- und Entlastungsleistungen sowie der Hauswirtschaft kann seit dem Ersten Pflegestärkungsgesetz von Januar 2015 gemäß § 45 b Abs. 1 Satz 7 SGB XI eine Erstattung der Aufwendungen auch dann verlangt werden, wenn für die Finanzierung der Leistungen Mittel der Verhinderungspflege gemäß § 39 SGB XI eingesetzt werden. Die Vorschrift scheint damit einen Zugriff auf die „Mittel“ (=Leistungsbeträge) der Verhinderungspflege zu ermöglichen, ohne dass die Voraussetzungen der Verhinderungspflege selbst gegeben sein müssen, ähnlich wie bei der Aufstockung der Verhinderungspflege über die nicht verbrauchten Mittel der Kurzzeitpflege nach § 39 Abs. 3 SGB XI.

Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Regelung jedoch lediglich klargestellt werden, dass insbesondere eine (Ko-)Finanzierung der Inanspruchnahme der aufgeführten qualitätsgesicherten Betreuungs- und Entlastungsleistungen durch Mittel der Verhinderungspflege für die Geltendmachung des Anspruchs auf zusätzliche Betreuungs- und Entlastungsleistungen unschädlich ist. Anders als bei der Aufstockung mit Mitteln der Verhinderungspflege bzw. Kurzzeitpflege ist im § 45 b Abs. 1 Satz 7 SGB XI kein erhöhter Betrag genannt. Ein (zusätzlicher) Erstattungsanspruch für Betreuungs- und Entlastungsleistungen sowie Hauswirtschaft aus den Mitteln der Verhinderungspflege ohne Vorliegen der regulären Voraussetzungen der Verhinderungspflege erscheint damit unwahrscheinlich, so dass auch bei diesen Leistungen auf die tatsächliche Verhinderung einer Pflegeperson geachtet werden sollte.

VI. Urteil des LSG Baden-Württemberg

Das in der Pflegefachpresse zur Warnung vor den Haftungsrisiken bei der Verhinderungspflege zitierte Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 12. Dezember 2014 (Az.: L 4 P 2949/12) hat sich demgegenüber mit einem sehr

speziellen Fall beschäftigt, in der es aufgrund des Abrechnungsbetrugs zur strafrechtlichen Verurteilung des Inhabers, zu hohen Schadensersatzforderungen der Pflegekassen sowie zur Kündigung des Versorgungsvertrages kam. Dieser Fall ist aber nicht allgemein auf die typische Erbringung von Verhinderungspflege übertragbar. So war die dort benannte ehrenamtliche Pflegeperson gleichzeitig als Pflegekraft beim Pflegedienst beschäftigt und hat auch reguläre Sachleistungen erbracht. Trotzdem wurden die Sachleistungen und Verhinderungspflege trotz fehlender Verhinderung abgerechnet, was in jeden Fall unzulässig ist.

Grundsätzlich dürfte dagegen das strafrechtliche Risiko für Pflegedienste bei der Erbringung von Verhinderungspflege auf eindeutige Missbrauchskonstellationen begrenzt sein.

#### VII. Hinweis für Versicherte der AOK Nordost (Berlin/Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern)

Vermutlich aufgrund der jüngsten Diskussionen in der Fachpresse ist die AOK Nordost bereits vereinzelt dazu übergegangen, bei ihren Versicherten die genauen Tätigkeiten der vorhandenen Pflegepersonen mit einem Formular abzufragen. Hier sollte darauf geachtet werden, dass keine widersprüchlichen Angaben gemacht werden, wenn später Verhinderungspflege in Anspruch genommen werden soll.

#### FAZIT DES BPA

**Die Verhinderungspflege ist ein bewährter Anspruch zur Sicherung der Pflegebereitschaft von Pflegepersonen. Er kann nach Ansicht des bpa auch bei regelmäßigen Verhinderungszeiten sinnvoll eingesetzt werden, um Pflegepersonen bei Krankheit, Urlaub oder aus sonstigen Verhinderungsgründen eine Auszeit von der Pflege zu ermöglichen, solange die Pflegeperson daneben weiter Pflege erbringt. Die Abgrenzung zwischen kurzfristigen oder re-**

**gelmäßigen Verhinderungszeiten taugt jedenfalls nicht, weil eine solche Grenze im Gesetz nicht vorgesehen ist.**

**Es sollten jedoch Leistungskonstellationen vermieden werden, in denen ganz offensichtlich keine Verhinderung vorliegt oder nur die Sachleistungen faktisch erhöht werden sollen. Hierbei sollten Pflegedienste es auch vermeiden, bereits auf ihren Internetseiten bei der Leistungsübersicht den Betrag nach § 39 SGB XI zu den Leistungen der Pflegekasse dazu zu rechnen.**

**Der bpa fordert wegen der jüngsten Diskussionen eine gesetzliche Klarstellung zur Verhinderungspflege im kommenden Dritten Pflegestärkungsgesetz (PSG III).**