

D O R N H E I M

RECHTSANWÄLTE & STEUERBERATER



Rechtsfragen im Graubereich von ambulant und stationär

Dr. Markus Plantholz, Fachanwalt für Medizinrecht

Brahmsallee 9, 20144 Hamburg

Tel. (+49) 040/414 614-0 Fax: (+49) 040/44 30 72 plantholz@dornheim-partner.de

1. **Grundsätzliches Bekenntnis des Gesetzgebers?**
2. Ordnungsrecht = Leistungsrecht? HeimG = stationär?
3. Sozialrechtlicher Befund – causa finita?
4. Künftige Abgrenzung über Versorgungsumfang?



➡ Aus der **Begründung des PNG:**

Gebraucht werden daneben aber auch Angebote, die darüber [scil: WG gem. § 38a] hinausgehen, ohne das Ausmaß einer Vollversorgung im Pflegeheim zu erreichen. Insofern bedarf es „ambulantisierter“ Betreuungsformen, die bewohnerorientiert vor hochprofessionellem, institutionengestütztem Hintergrund modulhaft individuelle Versorgung anbieten, die bedarfsweise in Anspruch genommen werden kann.“



☞ Exemplarisch VG Düsseldorf v. 18.5.2016 – 21 K 5648/14:

☞ *„Nach Ansicht des Bundesgesetzgebers entsprechen neue Wohn- und Betreuungsformen zwischen der ambulanten und der stationären Versorgung nicht nur den Bedürfnissen vieler Pflegebedürftiger. Sie tragen auch dazu bei, stationäre Pflege zu vermeiden. Dass die Organisation von pflegerischer Versorgung in Wohngruppen erleichtert wird, stärkt den Vorrang der ambulanten vor der stationären Versorgung, vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung, BT-Drucks 17/9369 S. 20“*

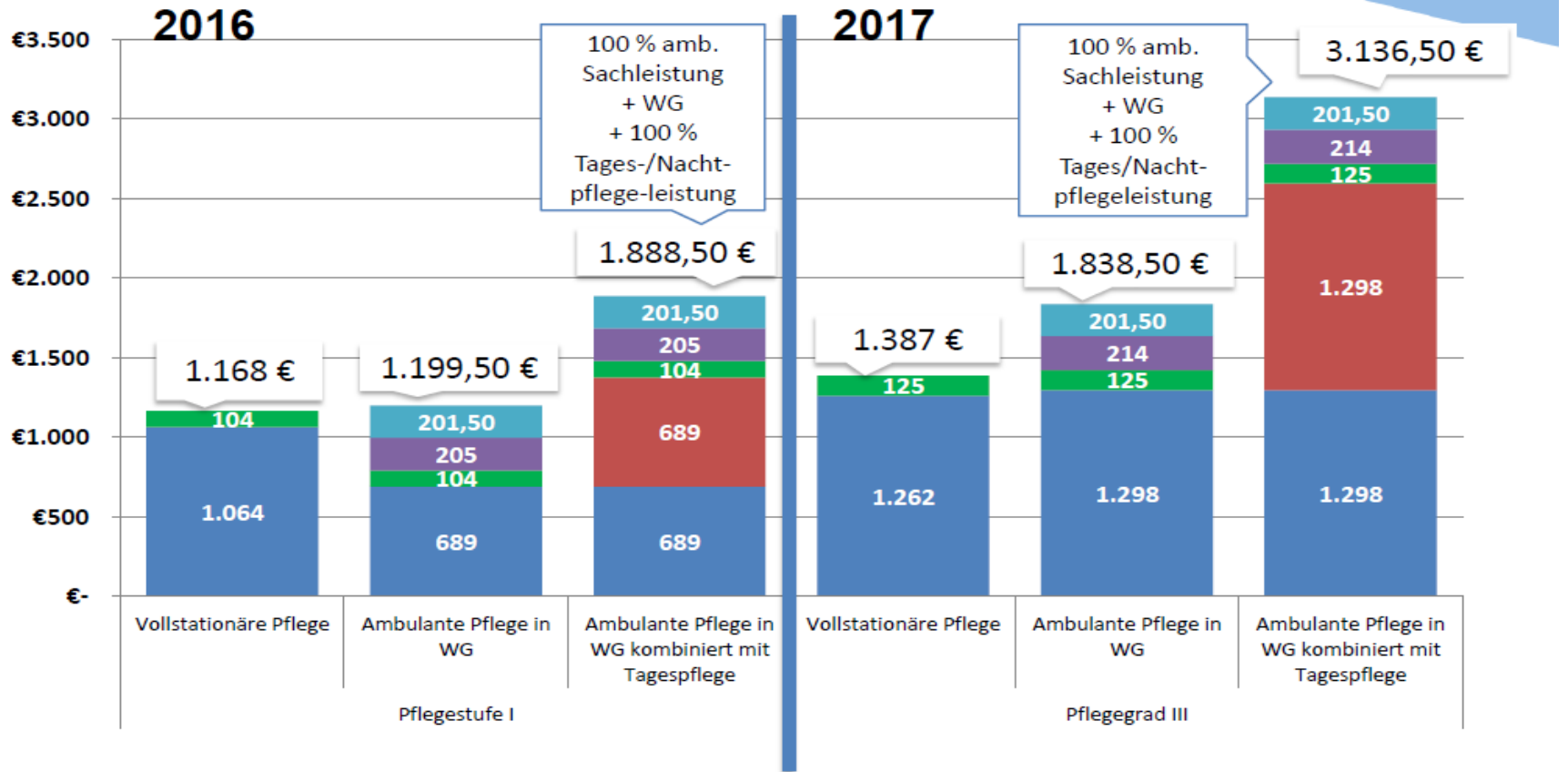
☞ *„Aus vorstehenden Erwägungen folgt, dass die grammatische und historische Auslegung für ein eher weites Verständnis des Begriffes der ambulanten Pflege in § 10 Abs. 1 PfG NRW i. V, m. § 3 AmbPFFV sprechen, genaue Vorgaben für eine klare Grenzziehung sind damit aber noch nicht gewonnen.“*

☞ SG Münster v. 16.3.2014 – S 6 P 135/13 (zu § 38a):

☞ *An anderer Stelle (BT-Drucks. 17/0369, S. 42) heißt es: "Die Neugründung von ambulanten Wohngemeinschaften von Pflegebedürftigen nach § 38a ist als sinnvolle Zwischenform zwischen der Pflege in der häuslichen Umgebung und der vollstationären Pflege gewollt."*



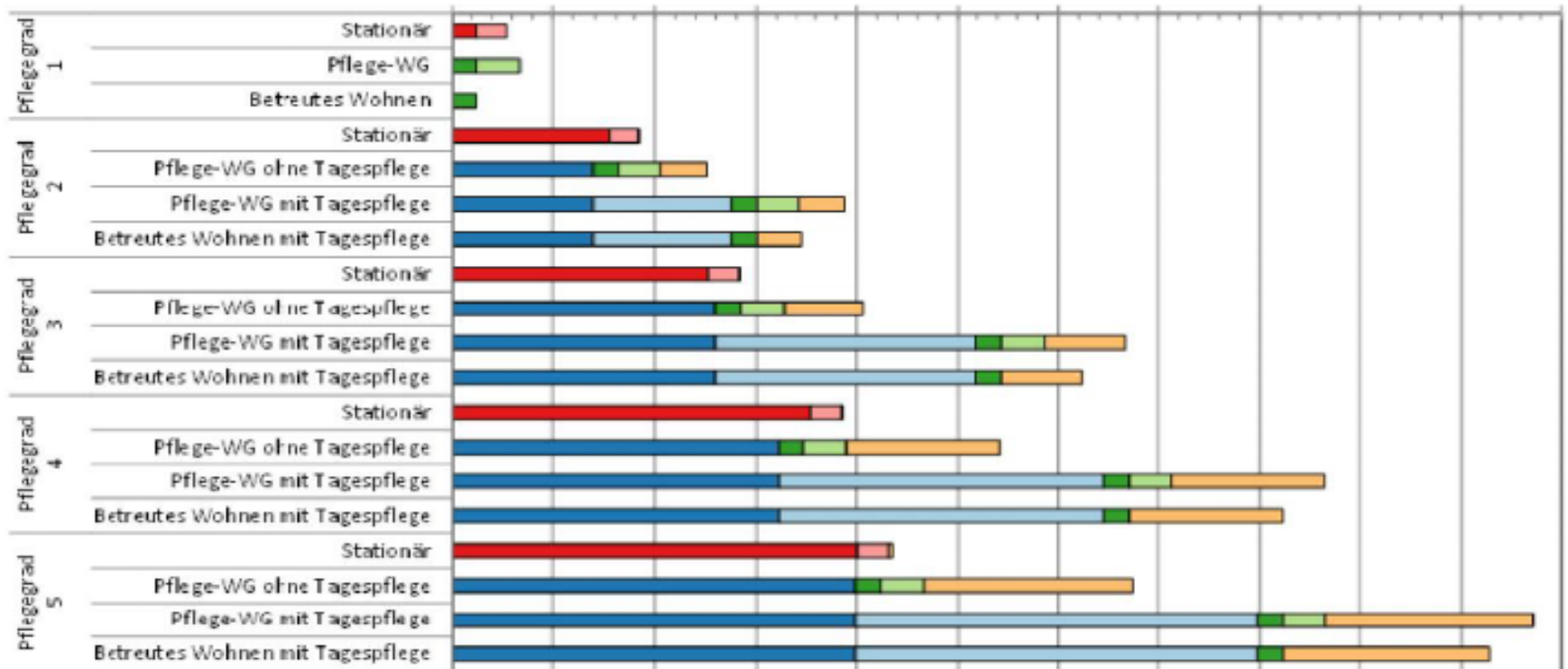
„Budgetvergleich“ im SGB XI



- max. Verhinderungspflege, anteilig (§ 39)
- Wohngruppenschlag (§ 38 a)
- Zusätzliche Betreuungsleistungen (§§ 45 b bzw. 87 b SGB XI (geschätzt))
- Tagespflege (§ 41)
- Leistungssätze (§§ 36, 41, 43 und 123 (nur ambulant Pflegestufe I))

Vergleich der Einnahmepotenziale ausgewählter ambulanter und stationärer Pflegekonzepte aus Leistungen der Sozialversicherung (SGB XI und SGB V)

- € 500 € 1.000 € 1.500 € 2.000 € 2.500 € 3.000 € 3.500 € 4.000 € 4.500 € 5.000 € 5.500 €



- Pflegesachleistung (§ 36)
- Teilstationäre Pflege (§ 41)
- Ertlastungsbetrag (§ 45b)
- Vollstationäre Versorgung (§ 43)
- Zusätzliche Betreuung/Aktivierung (§ 43b)
- Wohngruppenzuschlag (§ 38a)
- Häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V)

- ☞ Thema ist in der Politik angekommen.

- ☞ Einerseits nach zunehmender Förderung innovativer ambulanter Wohnformen seit dem PfwG (WG-Zuschlag, Anschubfinanzierung für WGs, abschlagsfreie Kombination aus Pflegesach- und teilstationären Leistungen) Korrekturen im PSG II (Kombination von WG-Zuschlag und teilstationären Leistungen wird erschwert)

- ☞ Andererseits Vergabe eines Forschungsauftrages des BMG an Uni Bremen und Socium (Rothgang/Wolf-Ostermann) „Ambulantisierung stationärer Einrichtungen und innovative ambulante Wohnformen“; Abschlussbericht liegt seit Mai 2018 vor.

- ☞ Insbesondere ist immer wieder streitig, ob Ansprüche nach § 37 SGB V bestehen.



1. Grundsätzliches Bekenntnis des Gesetzgebers?
2. **Ordnungsrecht = Leistungsrecht? HeimG = stationär?**
3. Sozialrechtlicher Befund – causa finita?
4. Künftige Abgrenzung über Versorgungsumfang?



- Unterschiedliche Schutzrichtung der „Heimgesetze“ führen dazu, dass eine ordnungsrechtliche Einordnung einer Einrichtung als „Heim“, „Einrichtung mit umfassendem Versorgungsangebot“ oder gar „stationäre Einrichtung“ nicht zur Bestimmung der Leistungsansprüche herangezogen werden kann.
- Das Heimgesetz bezweckt in erster Linie den Schutz der Heimbewohner und stellt der Heimaufsicht ein ordnungsrechtliches Instrumentarium zur Seite, das Maßnahmen bis hin zur Schließung der Einrichtung vorsieht.



So auch

- LSG NRW v. 21.8.2014 – L 5 KR 232/12; LSG Hamburg v.24.4.2014, - L 1 KR 24/12; LSG Berlin-Brandenburg v. 26.3.2014 – L 9 KR 524/12; LSG Sachsen-Anhalt v. 22.11.2011 - L 10 KR 32/ 11 B ER; LSG Nds.-Bremen v. 20.12.2013 – L 4 KR 354/13 B ER: Einstufung als „Heim“ i.S.d. Ordnungsrechts für Leistungsansprüche unerheblich;
- BSG, Urt. v. 1.9.2005 – B 3 KR 19/04 R: Abgrenzung über Haushaltsbegriff.
- BSG, Urt. v. 25.2.2015 - B 3 KR 10/14 R und 11/14 R – und v. 22.4.2015 – B 3 KR 16/14 R, Rn 23, sowie BSG, Urt. v. 30.11.2017 – B 3 KR 11/16 R, Rn 31.



1. Grundsätzliches Bekenntnis des Gesetzgebers?
2. Ordnungsrecht = Leistungsrecht? HeimG = stationär?
3. **Sozialrechtlicher Befund – causa finita?**
4. Künftige Abgrenzung über Versorgungsumfang?



- ☞ § 37 SGB V: Begriff „Haushalt“ dient der Abgrenzung zwischen ambulanter und stationärer Versorgung. BSG, Urteil vom 1.9.2005, B 3 KR 19/04 R: „Entscheidend kommt es hier darauf an, ob dem Betroffenen noch eine **eigenverantwortliche Wirtschaftsführung** möglich ist, er sich also wirtschaftlich selbst versorgen kann.“
- ☞ Abgrenzung also über wirtschaftliche Entschließungsfreiheit, wie die Versorgung sichergestellt werden soll.



- ☞ Erweiterung um den Begriff „**sonst geeigneter Ort**“; kasuistischer Hintergrund: Rechtsprechung zu Kindergärten, Obdachloseneinrichtungen
- ☞ dazu BSG v. 25.2.2015 - B 3 KR 10/14 R und 11/14 R – und v. 22.4.2015 – B 3 KR 16/14 R: *„Nach dem Regelungsgefüge, das sich aus den gesetzlichen Vorschriften iVm mit den Normen der HKP-Richtlinie ergibt, besteht der Anspruch zunächst an allen geeigneten Orten, an denen sich der Versicherte regelmäßig wiederkehrend aufhält, wenn die Leistung aus medizinisch-pflegerischen Gründen während des Aufenthaltes an diesem Ort notwendig ist. [...] Es ist daher konsequent, den Anspruch auf häusliche Krankenpflege in Einrichtungen **nur dann und insoweit zu beschränken, als nach den gesetzlichen Bestimmungen Anspruch auf die Erbringung medizinischer Behandlungspflege durch die Einrichtung besteht. Der Gesetzgeber hat auf eine gesetzliche Festlegung der geeigneten Leistungsorte bewusst verzichte.**“*



☞ Kernaussagen BSG, Urt. v. 22.4.2015 – B 3 KR 16/14 R, Rdnr. 20 -24:

„Nach dem Regelungsgefüge, das sich aus den gesetzlichen Vorschriften iVm den Normen der HKP-Richtlinie ergibt, besteht der Anspruch zunächst an allen geeigneten Orten, an denen sich der Versicherte regelmäßig wiederkehrend aufhält, wenn die Leistung aus medizinisch pflegerischen Gründen während des Aufenthaltes an diesem Ort notwendig ist. Einschränkungen in Bezug auf den Aufenthaltsort ergeben sich - abgesehen von der Geeignetheit der räumlichen Verhältnisse - erst aus den Regelungen unter I.6, dh für **die Zeit des Aufenthaltes in Einrichtungen nur dann, wenn nach den gesetzlichen Bestimmungen Anspruch auf die Erbringung von Behandlungspflege durch die Einrichtung besteht** (wie zB in Krankenhäusern, Rehabilitationseinrichtungen, Hospizen, Pflegeheimen). Ob ein solcher Anspruch besteht, ist im Einzelfall durch die Krankenkasse zu prüfen.“



- ☞ „Der Vorschrift des § 37 Abs 2 Satz 1 SGB V und der Bezeichnung der dort nach der Verwendung des Begriffs "insbesondere" beispielhaft aufgeführten "geeigneten Orte" lässt sich **nicht die Beschränkung entnehmen, häusliche Krankenpflege könne weiterhin nur beansprucht werden, wenn noch ein Mindestmaß eines eigenen Haushalts (oder ein Leben in der Familie) geführt wird**, und weitere Leistungen ggf ambulant in Anspruch genommen werden. Gegen die Auffassung der Beklagten, eine stationäre Einrichtung, in der sich ein Versicherter dauerhaft aufhält, ohne an einem anderen Ort noch einen Haushalt zu führen oder in einem solchen zu leben, könne nie ein sonstiger geeigneter Ort iS des § 37 Abs 2 SGB V sein, sprechen die Gesetzesbegründung und der vom Gesetzgeber mit der Erweiterung des Anspruchs verfolgte Zweck. Auch dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich eine solche Einschränkung nicht entnehmen.“
- ☞ Abgrenzung zum Haushaltsbegriff aus **BSG v. 1.9.2005, B 3 KR 19/04 R**: „Entscheidend kommt es hier darauf an, ob dem Betroffenen noch eine eigenverantwortliche Wirtschaftsführung möglich ist, er sich also wirtschaftlich selbst versorgen kann“



☞ „Dem Gesetzgeber war es nach der Gesetzesbegründung zur Ausweitung des Anspruchs auf häusliche Krankenpflege auf sonstige geeignete Orte durch das GKV-WSG vom 26.3.2007 (BGBl I 378) ein besonderes Anliegen, **Lücken im Zwischenbereich von ambulanter und stationärer Versorgung** zu vermeiden. Bei ambulanten Einrichtungen, insbesondere auch **bei ambulant betreuten Wohnfor-men**, wird aber regelmäßig (allein oder gemeinsam mit anderen) ein **eigener Haushalt** geführt, sodass bereits vor der Gesetzesänderung auch für dort lebende Versicherte ein Anspruch auf häusliche Krankenpflege bestehen konnte.“

☞ **Causa finita oder Causa concilio?**

☞ Alle Entscheidungen bis dahin zu Einrichtungen der Behindertenhilfe. Folge: Übertragbarkeit der Entscheidungen wird insbesondere dann bestritten, wenn es sich aus der Sicht von Krankenkassen um „faktische“ stationäre Pflegeeinrichtungen handelt



BSG v. 30.11.2017, Az.: B 3 KR 11/16 R - Anerkennung eines sog. Service-Wohnens in einer Seniorenresidenz als geeigneter Ort im Sinne von § 37 Abs. 2 SGB V vs. „faktische stationäre Einrichtung“:

- keine Beschränkung , dass HKP ein Mindestmaß an eigener Haushaltsführung voraussetzt
- keine Voraussetzung, dass weitere Leistungen ggf ambulant in Anspruch genommen werden können.
- Selbst stationäre Einrichtungen können sonstige geeignete Orte sein.
- Durch fließende Übergänge bedingte Schwierigkeit einer eindeutigen Zuordnung einer Einrichtung entweder als stationäres Heim oder als ambulantes Angebot mit Betreuungshilfen ist nicht kasuistisch, sondern politisch zu lösen.



BSG v. 30.11.2017, Az.: B 3 KR 11/16 R:

*Entgegen der Ansicht der Beklagten bestand hierzu auch keine gesetzliche Verpflichtung, auch nicht wegen Unterbringung in einer "faktischen Pflegeeinrichtung". Der mit der S. GmbH geschlossene Wohnungs-Mietvertrag enthielt außer der Wohnraumüberlassung auf unbestimmte Dauer keine darüber hinausgehende Leistungspflicht der Vermieterin. Insbesondere enthielt der Vertrag **keine Verpflichtung zur exklusiv an einen bestimmten Leistungserbringer gebundenen Inanspruchnahme weiterer "Service"-Leistungen**, die die Vermieterin als Betreiberin der Seniorenresidenz im Rahmen des Wohnens in ihrer Werbung in der Residenz optional anbot."*



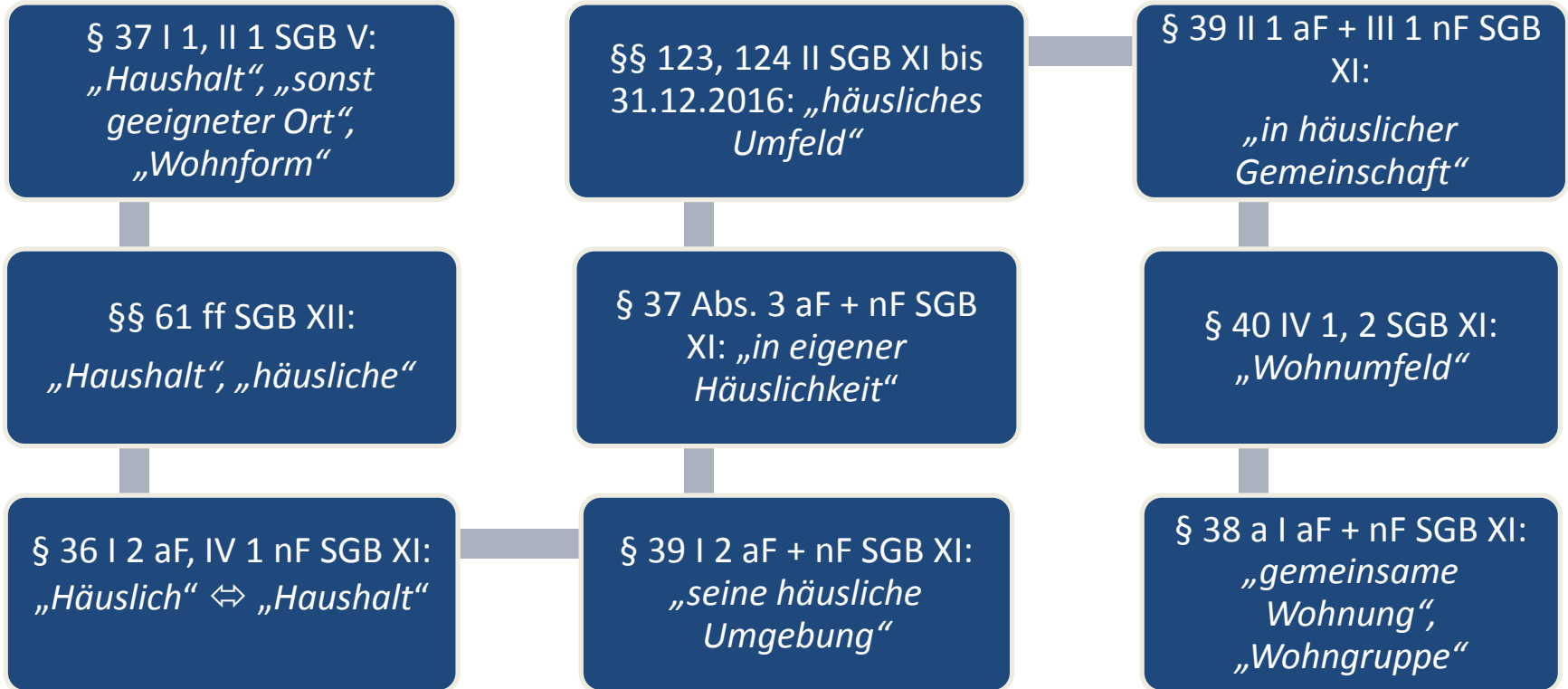
BSG v. 30.11.2017, Az.: B 3 KR 11/16 R:

*„Der Senat kann [...] nicht abschließend selbst beurteilen. Es kann nämlich entgegen der Einschätzung des LSG nicht angenommen werden, dass die von der Klägerin gewählte Wohnung, in der der Versicherte mit einem weiteren schwerstpflegebedürftigen Patienten zuletzt versorgt wurde, im konkreten Fall in tatsächlicher Hinsicht ein geeigneter Ort war, an dem die Pflegemaßnahmen zuverlässig durchgeführt werden konnten und der dem **qualitativen Standard an räumliche Verhältnisse** zur ordnungsgemäßen Erbringung medizinischer Behandlungssicherungspflege entsprach.“ (hier: Intensivpflege 24/7)*



1. Grundsätzliches Bekenntnis des Gesetzgebers?
2. Ordnungsrecht = Leistungsrecht? HeimG = stationär?
3. **Sozialrechtlicher Befund – causa finita?**
4. Künftige Abgrenzung über Versorgungsumfang?





- ☞ Abgrenzung nach § 38a Abs. 1 Nr. 4 SGB XI „Kein Versorgungsumfang einer stationären Einrichtung“
 - ☞ § 38 a Abs. 1 Nr. 4 SGB XI: Es darf keine Versorgungsform vorliegen, „in der der Anbieter der Wohngruppe oder ein Dritter den Pflegebedürftigen Leistungen **anbietet** oder **gewährleistet**, die dem im jeweiligen Rahmenvertrag nach § 75 Absatz 1 für vollstationäre Pflege vereinbarten Leistungsumfang weitgehend entsprechen.“
 - ☞ ´Hinweispflicht des Anbieters vor Einzug in die Wohngruppe: kein stationärer Leistungsumfang von ihm oder einem Dritten in der Wohngruppe – „sondern die Versorgung auch durch die aktive Einbindung ihrer eigenen Ressourcen und ihres sozialen Umfeldes sichergestellt werden **kann**.“
- ☞ Widersprüchlich: Möglichkeit der Einbindung des Umfelds schließt umfassendes ambulantes Versorgungsangebot nicht aus. Gesetzeswortlaut ist ebenso **inkonsistent!**



➡ **Ausschluss ambulanter Ansprüche bei umfassendem Angebot ohne Verpflichtung zur Abnahme kollidiert mit WBVG:**

- ➡ **Versorgungsgarantie** zivilrechtlich nach § 8 Abs. 1 WBVG bereits dann, wenn nur eine über eine allgemeine Unterstützungsleistung hinausgehende Leistung mit Wohnraumüberlassung verknüpft wird (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 3 WBVG) – widerstreitet § 38a Abs. 1 Nr. 4.
- ➡ Jeder Unternehmer wird sinnvollerweise versuchen, alle Leistungen anzubieten, damit Versicherter solange wie möglich an seinem Ort wohnen bleiben kann.
- ➡ § 38a Abs. 1 Nr. 4 ist damit nur zu vereinbaren, wenn lediglich **die Verpflichtung** zur umfassenden Inanspruchnahme aller Leistungen (körperbezogene PM, pflegerische Betreuungsmaßnahmen, Behandlungspflege) durch bestimmte LE im Bedarfsfall ambulante Versorgung ausschließt.



Begründung des Ausschusses zu § 38 a Abs. 1 Nr. 4:

„Das zentrale Merkmal einer ambulanten Versorgung ist, dass regelhaft Beiträge der Bewohnerinnen und Bewohner selbst, ihres persönlichen sozialen Umfelds oder von bürgerschaftlich Tätigen zur Versorgung notwendig bleiben. Ist nicht vorgesehen, dass sich das soziale Umfeld der in der Wohngruppe lebenden Menschen in die Leistungserbringung und in den Alltag einbringen kann – etwa durch die Sicherstellung der Arztbesuche, die Gestaltung und kleine Reparaturen in der Wohnung, Entscheidungen über neue Bewohnerinnen und Bewohner, die Neuanschaffung von Geräten, den Einkauf von Lebensmitteln oder die Verwaltung der Gruppenkasse –, besteht keine mit der häuslichen Pflege vergleichbare Situation.“

Letztlich geht es damit um die Entschließungsfreiheit, ob die Versorgung (auch) durch das soziale Umfeld sichergestellt werden soll.



Gem. Art. 1 Nr. 15 i. V. mit Art. 18 Abs. 3 Gesetz v. 23. 12. 2016 (BGBl I S. 3191) wird § 71 Abs. 4 mit Wirkung v. 1. 1. 2020 wie folgt gefasst:

- (4) Keine Pflegeeinrichtungen im Sinne des Absatzes 2 sind [...] 3. Räumlichkeiten,
- a) denen der Zweck des Wohnens von Menschen mit Behinderungen und der Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe für diese im Vordergrund steht,
 - b) auf deren Überlassung das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz Anwendung findet und
 - c) in denen der Umfang der Gesamtversorgung der dort wohnenden Menschen mit Behinderungen durch Leistungserbringer **regelmäßig einen Umfang erreicht, der weitgehend der Versorgung in einer vollstationären Einrichtung entspricht**; bei einer Versorgung der Menschen mit Behinderungen sowohl in Räumlichkeiten im Sinne der Buchstaben a und b als auch in Einrichtungen im Sinne der Nummer 1 ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen, ob der Umfang der Versorgung durch Leistungserbringer weitgehend der Versorgung in einer vollstationären Einrichtung entspricht.



- 👉 **Konkretisierung** durch Richtlinien des Spitzenverband Bund der Pflegekassen bis 1.7.2019

- 👉 Dazu Anforderungen der Fachverbände für Menschen mit Behinderung an die Richtlinien zu § 71 Absatz 4 Satz 1 Nr. 3 c) SGB XI:
 - 👉 *„Können einzelne Betreuungsleistungen – wie zum Beispiel die Behandlungspflege – durch einen getrennten frei wählbaren Pflegedienst übernommen werden, spricht dies gegen eine „quasi-stationäre“ Versorgung.“*
 - 👉 *„Können Teile der Versorgung durch die aktive Einbindung eigener Ressourcen und des sozialen Umfelds sichergestellt werden, spricht dies gegen eine „quasi-stationäre“ Versorgung.¹⁹ Dabei ist entscheidend, dass die Möglichkeit der Einbringung und des Engagements der Bewohner und des sozialen Umfeldes besteht, nicht aber, dass die Bewohner und deren soziales Umfeld tatsächlich davon Gebrauch machen.“*



- 👉 **Fazit:** Doch wieder selbstbestimmte Entschließungsfreiheit, wie und durch wen die Versorgung sichergestellt wird, als Abgrenzungsmerkmal?
- 👉 Problem „saubere“ Vertragsgestaltung vs. faktische Beeinträchtigung der Wahlfreiheit: Krankenkassen stellen, soweit Leistungen nach § 37 SGB V abgelehnt werden, i.d.R. auf die vermeintlichen faktischen Gegebenheiten vor Ort ab.
- 👉 Folge: Häufig wird ein bunter Cocktail wenig randscharfer, vermeintlicher Indizien angerührt!



- ➔ Klingelanlage
- ➔ Keine getrennten Briefkästen
- ➔ Dienstzimmer des Pflegedienstes in räumlicher Verbindung / Nähe zu den Zimmern / Appartements
 - ➔ Geschäftsräume des Pflegedienstes räumlich verbunden? Im gleichen Bau? Präsenz des Pflegedienstes durch Schilder, Werbematerialien o.ä.?
- ➔ Zentrale Aufbewahrung von Hilfsmitteln
- ➔ Aufbewahrung von AM
 - ➔ Werden AM nicht nur bewohnerbezogen, sondern auch in den jeweiligen Zimmern/Appartements oder zentral aufbewahrt?



- ➡ Internetauftritt? Ankündigung der WG als „Betreiber“? Bewerbung?
- ➡ Pflegedienst extern oder nur in den WGen / im Betreuten Wohnen intern tätig?
- ➡ Eigenanteile in der ambulanten Versorgung werden nicht entsprechend § 89 SGB XI individuell abgerechnet, sondern pauschaliert oder sogar ganz erlassen.
- ➡ Lassen die räumlichen Verhältnisse überhaupt nebeneinander Dienstleistungen unterschiedlicher Anbieter zu?
- ➡ Personenidentität / Verflechtung von Vermieter und Dienstleister?
 - ➡ Wertung kommt ursprünglich aus dem Heimrecht, m.E. wenig Aussagekraft für Leistungsrecht, ebenso LSG Mainz v. 7.1.2016 – L 5 P 25/15



Im Nachgang....





Ambulantisierung stationärer Einrichtungen im Pflegebereich und innovative ambulante Wohnformen

Überblick

Ab 15. November 2016 wird unter der gemeinschaftlichen Leitung von Prof. Dr. Karin Wolf-Ostermann und Prof. Dr. Heinz Rothgang das Projekt „Ambulantisierung stationärer Einrichtungen im Pflegebereich und innovative ambulante Wohnformen“ durchgeführt. Das Erste Pflegestärkungsgesetz hat neben einer besseren Berücksichtigung der individuellen Situation von Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen unter anderem auch die Förderung von innovativen ambulanten Wohnformen zum Ziel. Vor diesem Hintergrund wird das Projekt eine valide Informationsgrundlage zum Stand und der Entwicklung ambulanter Wohnformen erarbeiten. Überdies untersucht das Projekt, inwiefern der Ausbau solcher Wohnformen eine Verbesserung der Pflege ermöglicht.

Laufzeit:

15. November 2016 - 14. November 2017

Forschungsteam:

[Prof. Dr. Heinz Rothgang](#) (Projektleitung)

Prof. Dr. Karin Wolf-Ostermann, Institut für Public Health und Pflegeforschung (IPP), Universität Bremen (Projektleitung)

[Achim Schmid](#)

[Annika Schmidt, Institut für Public Health und Pflegeforschung \(IPP\), Universität Bremen](#)

☞ Option 3-Sektorenlösung („stationär, stambulant, ambulant“)

- ☞ würde Rechtssicherheit durch Institutionalisierung des Graubereichs in Leistungs- und Ordnungsrecht erzielen
 - ☞ führt zu geringeren Leistungen bei zugleich höherer Vergütung als in stationärer Vollversorgung
 - ☞ dupliziert die Abgrenzungsprobleme und birgt damit das Risiko weiterer innovationsfeindlicher Bürokratisierung
- ☞ Daher wird vorgeschlagen, Sektorengrenzen ganz aufzugeben und gleiche Versicherungsleistungen (nach Pflegegraden) und gleiche Vergütung identischer Module unabhängig vom Ort der Leistungserbringung vorzusehen.

