

## Forum A

Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe  
– Diskussionsbeitrag Nr. 25/2012 –

31.10.2012

### **Zur Höhe des Persönlichen Budgets** Anmerkung zu BSG, Urteil vom 31.01.2012 – B 2 U 1/11 R

*Von Claudia Karstens, Sozialjuristin (LL.M.), Universität Kassel*

Nach § 17 Abs. 3 Satz 4 SGB IX soll die Höhe des Persönlichen Budgets (im weiteren PB) die Kosten aller bisher individuell festgestellten, ohne das PB zu erbringenden Leistungen nicht überschreiten. Mit dieser Obergrenze beabsichtigt der Gesetzgeber, Leistungsausweitungen und damit unkalkulierbare Mehrkosten für die Leistungsträger zu vermeiden. In begründeten Ausnahmefällen kann die Obergrenze jedoch überschritten werden. Insbesondere zur Verwirklichung des Grundsatzes „ambulant vor stationär“ kann die Obergrenze übergangsweise überschritten werden.<sup>1</sup> Fraglich ist, welche Fallkonstellationen darüber hinaus eine Ausnahme darstellen können. Mit dieser Frage befasste sich das Bundessozialgericht (BSG) am 31.01.2012.

#### I. Thesen der Autorin

1. Der behinderte Mensch verfügt am Markt nicht über die gleiche Nachfragemacht wie die Rehabilitationsträger, so dass er meist für Assistenzleistungen einen höheren Preis zahlen muss. Diese Mehrkosten müssen bei der Höhe des PB trotz der angestrebten Kostenneutralität berücksichtigt werden können, sofern durch das PB ein Zugewinn an persönlicher Autonomie und Selbstbestimmung realisiert werden kann.
2. Es widerspricht dem Ziel des PB, dass behinderte Menschen ihre Betreuungsleistungen selbst organisieren und bezahlen können, wenn das Arbeitgebermodell im Rahmen des PB aufgrund der entstehenden Mehrkosten nicht in Anspruch genommen werden kann, weil ein gemeinnütziger Verein als Leistungserbringer über die kostengünstigere Aufwandschädigung abrechnen kann.

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/1514, S. 72; zustimmend Welti in Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, 3. Auflage, 2010, § 17 SGB IX, Rn. 42.

## II. Wesentliche Aussagen des Urteils

1. **Das Bedarfsfeststellungsverfahren muss grundsätzlich auch dann durchgeführt werden, wenn dem Versicherten bereits eine Naturalleistung nach §§ 26 ff. SGB VII bewilligt wurde und er sodann dessen „Ausführung“ durch Bewilligung eines ersetzenden PB beantragt.**
2. **§ 17 Abs. 3 Satz 4 SGB IX lässt eine Ausnahme vom Verbot, die Obergrenze zu überschreiten, nur zu, wenn eine für die Lebensqualität des Versicherten wesentliche und vorübergehende Änderung im Hilfebedarf vorliegt oder wenn vorübergehende Zusatzaufwendungen für die Beratung und Unterstützung bei der Verwaltung des PB nötig werden.**
3. **Die zusätzlichen „Arbeitgeber-Overhead-Kosten“ bilden keinen besonders begründeten Ausnahmefall im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 4 SGB IX.**

## III. Der Fall

Der klagende Versicherte erlitt bei einem Wegeunfall am 26.10.1989 schwere Verletzungen, die zu spastischen Lähmungen der unteren Gliedmaßen, zu einer schlaffenden Lähmung des linken Armes und einer Blasen- und Mastdarmlähmung führten. Die beklagte Berufsgenossenschaft zahlt dem Versicherten daher eine Verletztenrente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 100 Prozent. Sie erbringt ihm außerdem unter anderem eine Fachpflege durch einen Pflegedienst und eine tägliche 24-Stunden-Pflegebetreuung durch Pflegehilfskräfte des gemeinnützigen Vereins „Mach Mit Mittwoch Club“ (MMMC) als Sachleistung.

Zwischen dem Verein und der beklagten Berufsgenossenschaft besteht eine pauschale Vergütungsvereinbarung in Höhe von

12,00 Euro pro Stunde, die sich im Durchschnitt auf monatlich 8.766 Euro summiert. Im Laufe der Zeit hat der Versicherte die Auswahl der dann vom Verein angestellten Pflegekräfte übernommen. Er lernt sie an, weist sie ein und macht die Einsatzplanung. Der Verein führt weiterhin die Personalverwaltung und Abrechnung gegenüber der beklagten Berufsgenossenschaft durch.

1998 beantragte der Versicherte bei der Berufsgenossenschaft die Kostenübernahme für ein sogenanntes Arbeitgebermodell, in dessen Rahmen er als Arbeitgeber Pflegekräfte auf der Grundlage von Arbeitsverträgen selbst beschäftigen wollte. Die Berufsgenossenschaft lehnte dies ab und wurde darin vom Sozialgericht (SG) und vom Landessozialgericht (LSG) bestätigt. In der mündlichen Verhandlung vor dem BSG am 16.11.2005 verpflichtete sie sich, den Versicherten hinsichtlich der Gewährung eines PB auf der Grundlage des geltenden Rechts neu zu bescheiden. Der Versicherte legte daraufhin der Berufsgenossenschaft eine vom Zentrum für selbstbestimmtes Leben behinderter Menschen e. V. (Zsl. M. e. V.) erstellte Kostenkalkulation vom 12.07.2006 für das Arbeitgebermodell vor. Danach beliefen sich die monatlichen Kosten für eine 24-Stunden-Assistenz auf 9.898,62 Euro monatlich unter Ansatz eines Stundensatzes von 12,36 Euro sowie Pauschalen für Krankheit, Einarbeitung und Urlaub sowie Lohnnebenkosten. Mit Bescheid vom 18.07.2006 bewilligte die beklagte Berufsgenossenschaft dem Versicherten anstelle der bisherigen Pflege durch den MMMC ein PB in Höhe von 8.800 Euro monatlich. Mit diesem Betrag sollten die Aufwendungen für die Sicherstellung der Betreuung und Pflege des Versicherten und für die Einstellung und Entlohnung der Pflegekräfte sowie die Feststellung und Abführung der gesetzlich vorgeschriebenen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Abgaben durch einen Steuerberater oder den Zsl. M. e. V. zweckgebunden bestritten

werden. Im Übrigen lehnte die Berufsgenossenschaft die Übernahme weiterer Kosten im Rahmen des PB mit der Begründung ab, die höhere Forderung des Versicherten führe zu erheblichen Mehrkosten gegenüber den bisherigen Sachleistungen. Im Widerspruch machte der Versicherte geltend, sein Arbeitgebermodell sei wegen der entstehenden Lohnnebenkosten mit 8.800 Euro monatlich nicht zu finanzieren. Der MMMC als gemeinnütziger Verein habe geringere Kosten, da er zwei Drittel der Helfer über die Aufwandsentschädigung für nebenberufliche Pflegetätigkeiten abrechne, so dass keine Lohnnebenkosten und keine Kosten für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sowie Urlaubsansprüche bestünden. Der MMMC zahle daher nur 9,33 Euro pro Stunde und beschäftige kaum Fachkräfte.

Zur weiteren Unterstützung hat der Versicherte eine ärztliche Stellungnahme vorgelegt. Darin heißt es, der Versicherte sei für eine selbstständige Lebensführung auf einen Stamm eingearbeiteter, erfahrener Mitarbeiter angewiesen. Das Zurückgreifen auf Hilfskräfte sei nicht zumutbar, weil falsche Pflege Schmerzen verursache und die Spastik verstärke. Notwendig sei auch eine Rufbereitschaft für kurzfristige Ausfälle. Das alles sei mit einem Stundensatz von 9,01 Euro nicht finanzierbar. Der im Landkreis B. übliche Stundensatz von 12,33 Euro brutto decke dies hingegen ab. Der vom MMMC erbrachte Dienst mit gelegentlichem Einsatz unerfahrener Mitarbeiter sei nicht vergleichbar und wegen der gesundheitlichen Risiken nicht zumutbar.

Nachdem die Berufsgenossenschaft den Widerspruch zurückgewiesen hatte, legte der Versicherte Klage vor dem SG Speyer ein, hatte hiermit jedoch keinen Erfolg. Auch die Berufung vor dem LSG blieb erfolglos. Das LSG führte aus, dass der Einwand des Versicherten, er benötige abweichend von der bisherigen Sachleistung auch im Rahmen der 24-Stunden-Assistenz eine Betreu-

ung durch Pflegefachkräfte statt durch ungelernete Kräfte, könne nicht berücksichtigt werden, da die beklagte Berufsgenossenschaft darüber in ihrem Widerspruchsbescheid nicht entschieden habe. Eine gerichtliche Überprüfung ist nach Ansicht des LSG daher nicht möglich.

#### IV. Die Entscheidung

Das BSG wies die Revision des Versicherten gegen das Urteil des LSG zurück. Dieser habe keinen Anspruch auf das PB in der beantragten Höhe. Zwar sei die angefochtene Bewilligung formell rechtswidrig, da das zwingend vorgeschriebene Bedarfsfeststellungsverfahren nicht durchgeführt worden ist. Hierdurch werde der Versicherte aber nicht in seinen materiellen Rechten verletzt, da ihm kein Anspruch auf höhere laufende Geldleistung als PB an Stelle der bewilligten Naturalleistungen zustehe. Gemäß § 17 Abs. 3 Satz 4 SGB IX solle die Höhe des PB die Kosten aller bisher individuell festgestellten, ohne das PB zu erbringenden Leistungen nicht überschreiten. Diese Obergrenze sichere die Budgetneutralität des PB. Der Gesetzgeber wolle mit dieser Norm Leistungsausweitungen und unkalkulierbare Mehrkosten für die Leistungsträger vermeiden. Die „Soll-Vorschrift“ ermögliche in besonders begründeten Ausnahmefällen das Überschreiten der Obergrenze. Eine solche Ausnahme könne in dem Fall geboten sein, wenn bisher stationär betreuten Leistungsberechtigten nur so ein Umsteigen auf ambulante Betreuung unter Inanspruchnahme des PB übergangsweise ermöglicht werden könne. Ein Überschreiten der Obergrenze sei nur vorgesehen, wenn eine für die Lebensqualität des Versicherten wesentliche und vorübergehende Änderung im Hilfebedarf vorliegt oder vorübergehend Zusatzaufwendungen für die Beratung und Unterstützung bei der Verwaltung des PB nötig werden. Ein solcher Ausnahmefall liege hier

nicht vor. Vielmehr handele es sich um eine geradezu typische Situation, da ein professioneller Leistungserbringer – wie hier der MMMC – die Naturalleistungen durch Leistungserbringer in aller Regel billiger erstehen könne als ein einzelner Nachfrager. Die beklagte Berufsgenossenschaft könne auf diesem nur sehr begrenzt vorhandenen „Markt“ mit Leistungserbringern in der Regel günstigere Bedingungen vereinbaren. Ein Versicherter, der statt des Erhalts von Sachleistungen auf Geldleistungen in Form des PB umsteigen will, müsse regelmäßig zusätzliche, zur Deckung seines individuellen Bedarfs objektiv nicht erforderliche Mehrkosten in Kauf nehmen. Diese für ihn typischerweise anfallenden Mehrkosten dürfen aber bei der Höhe des Budgets zur Wahrung der Kostenneutralität des PB nicht berücksichtigt werden.

Das BSG lässt die Frage offen, ob ein Überschreiten der Obergrenze gerechtfertigt wäre, wenn die Budgetgewährung zu einem deutlichen Zugewinn an persönlicher Autonomie und Selbstbestimmung für den Versicherten gegenüber der vorherigen Inanspruchnahme von Sachleistungen führen würde, da das Begehren des Versicherten im vorliegenden Fall gerade nicht darauf abziele, ein erhöhtes Maß an Selbstbestimmung und Autonomie zu erlangen. Er wolle vielmehr eine Vergütung für die von ihm freiwillig und im eigenen Interesse übernommenen und mit Erlaubnis des eigentlichen Arbeitgebers der Hilfepflegekräfte ausgeübten Aufgaben erhalten. Nach den Feststellungen des LSG ist nicht ersichtlich, dass der Arbeitgeber infolge der Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den Versicherten überhaupt Kosten spare. Durch eine Vergütung der „Overhead-Arbeitgeberkosten“ würde die Qualität der 24-Stunden-Assistenz oder seine persönliche Autonomie gerade nicht gesteigert werden können. Die Bewilligung eines PB solle dem Versicherten aber keine Vergütung der für von ihm selbstbe-

stimmt für sich erbrachte Leistungen verschaffen, ohne dass hierdurch ein feststellbarer Qualitätsgewinn zu erzielen wäre. Eine Diskriminierung im Sinne des Art. 3 und 5 BRK liege jedenfalls im Falle des hier geltend gemachten Anspruchs auf zusätzliche Vergütung für „Overhead-Arbeitgeberleistungen“ nicht vor. Daher könne auch unbeantwortet bleiben, ob die Regelungen der BRK dem behinderten Menschen ein subjektiv-öffentliches Recht auf bestimmte Leistungen unabhängig von deren Ausgestaltung im sonstigen Bundesrecht einräumen.

## V. Würdigung/Kritik

Die Entscheidung des BSG, die Mehrkosten, die aufgrund der geringeren Nachfragemacht des einzelnen behinderten Menschen anfallen, im Rahmen des PB zur Wahrung der Kostenneutralität nicht zu berücksichtigen, scheint auf den ersten Blick den Anwendungsbereich des PB stark einzuschränken. Tatsächlich lässt das Urteil aber grundsätzlich offen, ob ein deutlicher Zugewinn an persönlicher Autonomie und Selbstbestimmung nicht ein Überschreiten der Obergrenze rechtfertigen könnte. Wie Rummel in ihrer Anmerkung zum Urteil des Berufungsgerichts in diesem Fall<sup>2</sup> zutreffend feststellt, liegt der Sinn und Zweck des § 17 Abs. 3 S. 4 SGB IX darin, den Grundsatz der Sparsamkeit der Verwaltung einer Abwägung von gegenläufigen gesetzlichen Zielsetzungen und Belangen zu öffnen. Bei dieser Abwägung fallen insbesondere die Selbstbestimmung und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft (§ 1 SGB IX), die Berücksichtigung der individuellen Lebenssituation (§ 33 SGB I), der Grundsatz „ambulant vor stationär“ (§ 13 Abs. 1 S. 3 SGB XII, § 3 SGB XI), das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht sowie die Regelun-

<sup>2</sup> Rummel, Forum A, Beitrag A22-2011 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

gen der BRK ins Gewicht. Die mit der Obergrenze verbundenen Fragen konnten anhand des vom BSG am 31.01.2012 zu entscheidenden Streitfalls nicht zufriedenstellend beantwortet werden. Es bedarf weiterer Streitfälle, anhand derer das Gericht eine klare Position herausarbeiten kann. Eine möglicherweise wegweisende Ansicht hat das LSG Niedersachsen-Bremen in seiner Entscheidung vom 28.01.2010 vertreten, wonach „ein Pflegebedürftiger, der sich zur Sicherstellung seines pflegerischen Bedarfs für das Arbeitgebermodell entschieden hat, nicht darauf beschränkt werden kann, seinen „Arbeitnehmern“ stets nur den tariflichen Lohn zukommen zu lassen“.<sup>3</sup> Es bleibt also abzuwarten, wie sich der Markt für Dienstleistungen dieser Art – auch preislich – entwickeln wird und was in der Zukunft erforderlich sein wird, um die Bereitschaft, einem Budgetnehmer als persönliche Assistenzkraft zur Verfügung zu stehen, dauerhaft zu erhalten. Auf diese Dynamik weist auch Fahlbusch hin, wenn er festhält, dass die zukünftige Budgetbemessung danach erfolgen wird, zu welchem Preis die erforderlichen Dienstleistungen angeboten werden und welchen Preis die Budgetnehmer zu zahlen bereit sind beziehungsweise welche Preise Sozialleistungsträger akzeptieren.<sup>4</sup>

Auch zu der Frage, ob sich subjektive Rechte im konkreten Einzelfall aus der BRK ergeben,<sup>5</sup> muss weiterhin auf eine richtungweisende Entscheidung des BSG gewartet wer-

den, denn der Senat war nicht veranlasst, dem im vorliegenden Fall nachzugehen.

Bereits die Vorinstanz ging zu Unrecht davon aus, den Einwand des Versicherten, er brauche Pflegefachkräfte statt ungelernter Kräfte, nicht gerichtlich überprüfen zu können, da die beklagte Berufsgenossenschaft in ihrem Widerspruchsbescheid nichts dazu gesagt hatte. Der Untersuchungsgrundsatz nach § 103 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ermöglicht dem Gericht die Ermittlung des Sachverhaltes im Falle einer ungenügenden Tatsachenklärung. Auch das BSG hätte an das LSG rückverweisen können, da der Bedarf, insbesondere aufgrund des fehlenden Bedarfsfeststellungsverfahrens, nicht eindeutig geklärt wurde. Dass davon abgesehen wurde, erscheint auch insofern inkonsequent, als dass im Urteil festgehalten wird, ein Bedarfsfeststellungsverfahren müsse grundsätzlich auch dann durchgeführt werden, wenn dem Versicherten bereits ein Recht auf eine Naturalleistung nach §§ 26 ff SGB VII bewilligt wurde. Eine erneute Rückverweisung war aber wohl auch nicht im Interesse des Versicherten. Dies ist vermutlich dem Bedürfnis geschuldet, nach mehr als 13 Jahren Streitdauer endlich eine Entscheidung zu erhalten.

Fraglich bleibt allerdings, warum der bereits im Widerspruchsverfahren vorgebrachte Einwand, Fachkräfte würden benötigt, im weiteren Verfahren nicht weiter verfolgt wurde, obwohl dies mit ärztlicher Stellungnahme belegt war. Die gesundheitlichen Einschränkungen durch falsche Pflege wären ein gewichtiges Argument gewesen, dass der Versicherte tatsächlich Pflegefachkräfte benötigt. Dieses Argument hätte zum Beispiel durch die Heranziehung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und des Art. 17 BRK untermauert werden können.

---

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

---

<sup>3</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, L 8 SO 6/08, Rn. 26.

<sup>4</sup> Fahlbusch, Überlegungen zu Problemen bei der Umsetzung und zur Beförderung des trägerübergreifenden persönlichen Budgets in: Sozialrecht aktuell, 2/2007, S. 64.

<sup>5</sup> Ablehnend Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderung, 2010, S. 273; Bejahend wohl Masuch in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villiger, Festschrift für Renate Jäger, 2010, S. 245, 260 ff; ebenso Oppermann in: S. Knickrehm, Gesamtes Soziales Entschädigungsrecht, Kommentar 2012, § 2 SGB IX, Rn. 30 m. w. N.