

– Fachbeitrag A5-2023 –

21.04.2023

Zur Forderung nach Streichung des § 43a SGB XI¹

Von Prof. Dr. Harry Fuchs, Düsseldorf

I. Entstehung der Vorschrift

Vor Inkrafttreten² der gesetzlichen Pflegeversicherung wurden für Menschen mit Behinderungen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe Pflegeleistungen als kaum getrennt ausgewiesener Bestandteil der allgemeinen Leistungen der Unterbringung, Betreuung und Eingliederung auf Kosten der Träger der Sozialhilfe auf Grundlage des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) erbracht.³ Bereits in § 40a BSHG wurde geregelt, dass die Leistungen für Menschen mit Behinderungen auch die Pflegeleistungen in diesen Einrichtungen oder Räumlichkeiten umfassen, die dort so lange zu erbringen sind, wie die Pflege in diesem Rahmen sichergestellt werden kann.⁴ Das soll dem Interesse von Menschen mit Behinderungen Rechnung tragen, so lange als möglich in der bekannten Umgebung verbleiben zu können.⁵ Insoweit ist die Pflege integraler Bestandteil⁶ der Eingliederungshilfe.⁷ Deshalb sollten diese Einrichtungen mit Einführung der Pflegeversicherung nicht unter die stationären Pflegeeinrichtungen und damit nicht unter den Anwendungsbereich des Pflegeversicherungsgesetzes fallen. Dieser systemischen Entscheidung folgt weiterhin die derzeit geltende Regelung des § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, nach der die Leistungen der Eingliederungshilfe in Einrichtungen oder Räumlichkeiten der Eingliederungshilfe auch die Pflegeleistungen umfassen.

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag A5-2023 in der Kategorie A: Sozialrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Fuchs: Zur Forderung nach Streichung des § 43a SGB XI; Beitrag A5-2023 unter www.reha-recht.de; 21.04.2023.

² Zur Darstellung der Entstehung der Vorschriften wurde in Teilen das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages Rheinland-Pfalz „Vereinbarkeit des § 43a Sätze 1–3 SGB XI mit dem Grundgesetz und der UN-Behindertenrechtskonvention“ vom 13.05.2020, Az.: 52-1714, verwendet.

³ Vgl. BSG, Urt. vom 26.04.2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 14 (juris).

⁴ I. d. F. des Sozialgesetzbuchs Neuntes Buch - SGB IX - vom 19.06.2001, BGBl I 1046; ab dem 01.01.2005 inhaltsgleich § 55 SGB XII i. d. F. des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003, BGBl I 3022; nunmehr § 103 Abs 1 Satz 1 und 2 SGB IX idF des Bundesteilhabegesetzes - BTHG - vom 23.12.2016, BGBl I 3234;

⁵ Vgl. BT-Drucks 14/5074 S 124 zu § 40a BSHG; BSG vom 11.11.2021 B3 P 4/20 R

⁶ BSG vom 11.11.2021 B 3 P 4/20 R.

⁷ Vgl. zuletzt BSG vom 20.4.2016 - B 3 P 1/15 R - SozR 4-3300 § 45b Nr: 2 RdNr 23.

Diese Einrichtungen sollten mit Einführung der Pflegeversicherung nicht unter die stationären Pflegeeinrichtungen fallen, da die Pflege im Zusammenhang mit den Teilhabeleistungen erfolgt, nicht jedoch, wie das Pflege-Versicherungsgesetz in § 71 Abs. 2 SGB XI⁸ vorschrieb, im Rahmen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegekraft.⁹ Leistungen der ambulanten Pflege sollten in Einrichtungen ebenfalls ausscheiden, da Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen der Behindertenhilfe nicht in einem eigenen Haushalt wohnen würden.¹⁰

Für die Eingliederungshilfe in vollstationären Einrichtungen bzw. nunmehr in Räumlichkeiten mit einer weitgehend vollstationären Einrichtung entsprechenden Versorgung ist das in dem Sinne zwingend, dass die Leistung auch die Pflegeleistungen in diesen Einrichtungen oder Räumlichkeiten umfasst, die dort so lange zu erbringen sind, wie die Pflege in diesem Rahmen sichergestellt werden kann.

Ziel dieser Leistungen aus einer Hand ist aber nicht, die Pflegeversicherung von den Kosten der Pflege Versicherter in vollstationären Einrichtungen oder besonderen Wohnformen der Eingliederungshilfe vollständig freizustellen. Nach der Entstehungsgeschichte soll mit § 43a SGB XI ein finanzieller Ausgleich dafür bewirkt werden, dass nach der Konzeption des SGB XI in Einrichtungen der vollstationären Eingliederungshilfe und nunmehr entsprechenden Räumlichkeiten Leistungen der Pflegeversicherung grundsätzlich nicht erbracht werden.¹¹

Dennoch war nach Inkrafttreten der Regelungen im Pflege-Versicherungsgesetz vom 26. Mai 1994¹² (vgl. §§ 13 Abs. 3, 36 Abs. 1 SGB XI) weiterhin streitig, ob in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe Leistungen der Pflegeversicherung möglich sind.

Zur Beseitigung der Auslegungsschwierigkeiten und zur notwendigen Klarstellung des gesetzgeberischen Willens steuerte der Gesetzgeber durch das Erste SGB-XI-Änderungsgesetz vom 14. Juni 1996¹³ nach. Der Gesetzentwurf sah zur Abgrenzung von Pflegeeinrichtungen und Behinderteneinrichtungen eine Trennung zwischen diesen beiden Einrichtungen mit dem vorrangigen Ziel vor, die Pflegeversicherung vor finanziellen Mehrbelastungen zu schützen.¹⁴ Dies sollte durch die vollständige Herausnahme von Menschen mit Behinderungen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe aus dem Kreis der Leistungsberechtigten der gesetzlichen Pflegeversicherung erreicht werden.¹⁵ Pflegeleistungen in diesen Einrichtungen sollten – wie bisher – vollständig von den Trägern der Eingliederungshilfe erbracht werden. Die Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages wies darauf hin,

⁸ Unverändert seit Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung

⁹ Vgl. BSG, Urt. vom 26.04.2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 15 (juris).

¹⁰ Vgl. BSG, Urt. vom 26.04.2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 16 (juris).

¹¹ BSG vom 11.11.2021 B 3 P 4/20 R.

¹² BGBl. I, S. 1014.

¹³ BGBl. I, S. 830.

¹⁴ Vgl. Bundestags-Drucksache 13/3696, S. 1, 11, 15.

¹⁵ Vgl. Bundestags-Drucksache 13/3696, S. 15; Bundesrats-Drucksache 228/96 (Beschluss), Anlage S. 2.

dass die Pflege in Einrichtungen der Behindertenhilfe von Anfang an nicht in den Berechnungen der Aufwendungen der Pflegeversicherung für die stationäre Pflege enthalten gewesen sei. Zudem sei es nicht vertretbar, Beitragsmittel der Pflegeversicherung zur Finanzierung von Aufgaben zu verwenden, die von der Allgemeinheit zu erfüllen seien.¹⁶

Gegen dieses Ziel formierte sich Widerstand der Länder und Kommunen, da mit den Kosten der Pflege von Menschen mit Behinderungen die Träger der Eingliederungshilfe belastet würden – was aber bereits nach der zuvor geltenden Rechtslage so war. Begründet wurde der Widerstand damit, dass die Ausgrenzung von Einrichtungen der Behindertenhilfe zu Umstrukturierungen führen und die bewährte Form der ganzheitlichen Versorgung pflegebedürftiger Menschen mit Behinderungen durch Heilerzieher und Heilerziehungspfleger ignorieren würde. Auch liege ein Verstoß gegen den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe gegenüber dem vorrangig zuständigen Kostenträger Pflegeversicherung vor.¹⁷ Nach dem Willen des Bundesrates sollte es eine „wenig verwaltungsaufwendige Regelung zur Finanzierung der berechtigten Leistungsansprüche pflegebedürftiger Behinderter, die in Einrichtungen der Behindertenhilfe versorgt werden“,¹⁸ geben. Dies sollte durch eine Pauschalabgeltung des pflegerischen Kostenanteils¹⁹ in Höhe von mindestens 20 % dieser Kosten erreicht werden.²⁰

Im Ergebnis verständigte sich der Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat darauf, in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe erbrachte Pflegeleistungen durch eine pauschale Kostenbeteiligung der gesetzlichen Pflegeversicherung von – aktuell – monatlich 15 % der Pflegekosten, begrenzt auf einen Betrag von – aktuell – 266 Euro monatlich (§ 43a SGB XI), abzugelten. Der Pauschalbetrag des § 43a SGB XI ist danach als eine dem Versicherten zustehende „Ausgleichsleistung“ der Pflegeversicherung zur Entlastung der Eingliederungshilfe zu verstehen. Er hat nach seiner Entstehungsgeschichte keinen direkten oder indirekten Bezug zu einem bestimmten Bedarf oder einer bestimmten Pflegeleistung (Pflegegeld, Pflegesachleistung, Grund- oder Behandlungspflege).

¹⁶ Vgl. Bundestags-Drucksache 13/4091, S. 36, 40; zur Gegenansicht vgl. Bundestags-Drucksache 13/4091, S. 37 f., 38 ff., 40 f.

¹⁷ Bundesrats-Drucksache 228/96 (Beschluss), Anlage S. 2 f.; vgl. auch BSG, Urt. vom 26.04.2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 19 (juris).

¹⁸ Bundesrats-Drucksache 228/96 (Beschluss), Anlage S. 3.

¹⁹ I. S. d. § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XI.

²⁰ Vgl. § 43a SGB XI i. d. F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14.06.1996. Ursprünglich war eine Kostenbeteiligung von 500 DM monatlich vorgesehen, die zum 01.01.2002 durch das Achte Euro-Einführungsgesetz vom 23.10.2001 (BGBl. I, S. 2702) auf 256 Euro umgestellt und zum 01.01.2015 durch das Erste Pflegestärkungsgesetz vom 17.12.2014 (BGBl. I, S. 2222) auf 266 Euro erhöht wurde. Zum 01.01.2020 wurde die prozentuale monatliche Beteiligung durch das Dritte Pflegestärkungsgesetz vom 02.12.2016 (BGBl. I, S. 3191) auf 15 % erhöht, die Deckelung bei 266 Euro blieb unverändert. Siehe zur Entstehungsgeschichte auch BSG, Urt. vom 13.03.2001 – B 3 P 17/00 R –, Rz. 14 (juris), BSG, Urt. vom 26.04.2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 14 ff. (juris).

Bei der außerklinischen Intensivpflege nach § 37c SGB V besteht – im Gegensatz zur Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI – keine Bindung an den Ausführungsort „Häuslichkeit“, sodass die Leistungen grundsätzlich auch in stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeführt werden können.

Darüber hinaus enthielt das Gesetz noch folgende Regelungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit § 43a SGB XI stehen oder eine Folge der Norm sind (zitiert nach den aktuellen Gesetzesfassungen):²¹

- Die Leistungen der Eingliederungshilfe und Pflegeleistungen stehen gleichrangig nebeneinander (§ 91 Abs. 3 SGB IX, § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI).²²
- Stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellte Räumlichkeiten sind als anerkannte Pflegeeinrichtungen der gesetzlichen Pflegeversicherung ausgeschlossen (§ 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI).²³
- Die Leistungen der Eingliederungshilfe in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellten Räumlichkeiten umfassen auch die Pflegeleistungen in diesen Einrichtungen oder Räumlichkeiten (§ 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX).²⁴
- Häusliche Pflege ist in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellten Räumlichkeiten nicht zulässig (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 SGB XI).²⁵

Trotz weiter bestehender Kritik und umfassend diskutierten Handlungsoptionen wurde auch bei der Einführung des Bundesteilhabegesetzes vom 23. Dezember 2016²⁶ weiterhin an § 43a SGB XI festgehalten.²⁷

Zeit- und wirkungsgleich mit der Personenzentrierung der Eingliederungshilfe wurde durch das Dritte Pflegestärkungsgesetz²⁸ die bisher geltende Fassung des § 43a SGB XI an die neue Systematik angepasst, da die gesetzliche Pflegeversicherung die Unterscheidung zwischen häuslicher und stationärer Pflege, also einen räumlichen Ansatz,

²¹ Vgl. Erstes SGB XI-Änderungsgesetz vom 14.06.1996, BGBl. I, S. 830.

²² § 13 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 SGB XI i. d. F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14.06.1996.

²³ § 71 Abs. 4 SGB XI i. d. F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14.06.1996.

²⁴ § 13 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 SGB XI i. d. F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14.06.1996: „die notwendige Hilfe in den Einrichtungen nach § 71 Abs. 4 ist einschließlich der Pflegeleistungen zu gewähren“.

²⁵ § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SGB XI i. d. F. des Ersten SGB XI ÄndG vom 14.06.1996.

²⁶ BGBl. I, S. 3234 ff.; sehr intuitiv zur Entstehung des BTHG Schmachtenberg, NZS 2018, S. 337 („Das Bundesteilhabegesetz: Vom Koalitionsvertrag zum Gesetz“).

²⁷ Vgl. zur Diskussion nur Protokoll der 7. Sitzung vom 19.02.2015 der Arbeitsgruppe Bundesteilhabegesetz zu TOP 2 und TOP 3, abrufbar unter https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung_BTHG/7_Sitzung/7_sitzung_Protokoll.pdf?blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

²⁸ PSG III, BGBl. I 2016, S. 3191 ff.; vgl. Bundestags-Drucksache 18/9518, S. 69.

beibehält. Nach der Gesetzesbegründung sollen durch die Änderung die bisherigen Rechtswirkungen der Norm aufrechterhalten werden.²⁹

Nach § 13 Abs. 3 Satz 1 SGB XI sind die Leistungen der Eingliederungshilfe dem Grundsatz nach nicht nachrangig im Verhältnis zur Pflegeversicherung (§ 13 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 SGB XI). Beide Ansprüche bestehen gleichwertig nebeneinander.

Soweit Versicherte einen Anspruch auf die Ausgleichsleistung des § 43a SGB XI haben, besteht im Verhältnis von Pflegekassen und Eingliederungshilfeträgern ein Vorrang der Ausgleichsleistung vor der Leistungsverpflichtung der Eingliederungshilfe nach § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Insoweit enthält § 43a SGB XI eine partielle Rückausnahme zu § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI.³⁰

Das Bundessozialgericht hat dazu in seiner Entscheidung vom 11. November 2020 festgestellt:

„Die Regelung des § 43a SGB XI begründet nach Wortlaut und Regelungssystematik pauschalisierte Individualansprüche der Versicherten auf Beteiligung der Pflegekassen an den Pflegekosten in Einrichtungen der Eingliederungshilfe; dafür spricht schon die ausdrückliche Einordnung in den Katalog der ‚Leistungsarten‘ der Pflegeversicherung.³¹ Soweit die Eingliederungshilfe nach dem Prinzip der Leistungen aus einer Hand ‚auch die Pflegeleistungen in der Einrichtung‘ umfasst,³² kann das vor diesem Hintergrund nur als Verpflichtung der Träger der Eingliederungshilfe verstanden werden, im Außenverhältnis zu den Leistungsberechtigten in deren Interesse auch die im begrenzten Umfang des § 43a SGB XI mit den Mitteln der Pflegeversicherung zu finanzierende Pflege sicherzustellen.“

II. Leistungsvereinbarung

Der Träger der Eingliederungshilfe bewilligt der leistungsberechtigten Person die ihr nach ihrem Bedarf zustehenden Leistungen der Eingliederungshilfe durch Verwaltungsakt.

Grundlage des Vertrages des Leistungsberechtigten mit dem Träger des Leistungserbringers bildet das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBG) vom 29. Juli 2009.³³

²⁹ Vgl. Bundestags-Drucksache 19/9518; kritisch hierzu Hinz/Bessenich, Einführung zum CBP, BTHG-Fachtag vom 17.04.2018, S. 3, abrufbar unter www.cbp.caritas.de/cms/content/cbp.caritas.de/medien/dokumente/veranstaltungen/dokumentationen/2.-bthg-fachtag-2018/dokumentation_2_bthg-fachtag_17.04.2018-geschuetzt.pdf, zuletzt abgerufen am 27.01.2020; Speicher, Prot. SozialA 17/28 vom 26.09.2019, S. 16 f.

³⁰ BSG vom 11.11.2021 B 3 P 4/20 R.

³¹ Vgl. § 28 Abs 1 Nr. 9 SGB XI.

³² § 55 Satz 1 SGB XII bzw. nunmehr § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX; § 13 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 SGB XI.

³³ BGBl. I, S. 2319, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften vom 30.11.2019, BGBl. I, S. 1948.

Zentrale Vertragselemente sind die Überlassung von Wohnraum, verbunden mit der Erbringung von Pflege- und/ oder Betreuungsleistungen. Leitbild des Gesetzes ist die „*Stärkung der Selbstbestimmung durch Information und Transparenz*“.³⁴

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 SGB IX darf der Träger der Eingliederungshilfe Leistungen der Eingliederungshilfe nur bewilligen, wenn und soweit entsprechende Verträge (Leistungsvereinbarungen) mit dem Träger des Leistungserbringers vorliegen. Der Bedarf wird im Gesamtplanverfahren (§§ 117 ff. SGB IX) ermittelt. Die Leistungen zur Pflege in Einrichtungen der Eingliederungshilfe, die – wie dargestellt – einschließlich der Definition der erwarteten Qualität nach der bestehenden Rechtslage integraler Bestandteil³⁵ der Leistungen der Eingliederungshilfe sind, sind in den Gesamtplan und in die Leistungsvereinbarung mit dem Leistungserbringer aufzunehmen. Bestehen zwar Vereinbarungen, umfassen diese aber nicht die Art der Leistungen – mithin auch die zur Pflege -, die der Berechtigte benötigt, darf der Eingliederungshilfeträger die Leistung grundsätzlich nicht bewilligen.³⁶

Wurde in der zwischen dem Leistungserbringer und dem Träger der Eingliederungshilfe geschlossenen Leistungsvereinbarung die bedarfsgerechte pflegerische Versorgung als Leistungsgegenstand vereinbart, sind die vertrags- und vergütungsrechtlichen Voraussetzungen für die Finanzierung dieser Leistungen durch den Träger der Eingliederungshilfe und die Erbringung des Ausgleichsbetrages zur Entlastung der Eingliederungshilfe gegeben. Solange der Berechtigte in der Einrichtung verbleibt, ist danach die bedarfsgerechte Versorgung sichergestellt.

Ein Grund oder Anlass für ein Verlassen der Einrichtung oder eine Gefährdung des weiteren Verbleibs in der Einrichtung ist nicht gegeben. Ursache für die in diesem Zusammenhang verschiedentlich geäußerte Befürchtung, der Berechtigte müsse als Folge der bestehenden Regelungen die Einrichtung wechseln, dürfte die Bestimmung des § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX sein,³⁷ nach der der Träger der Eingliederungshilfe und die zuständige Pflegekasse mit dem Leistungserbringer vereinbaren können, dass die Leistung bei einem anderen Leistungserbringer erbracht wird. Zwingende Voraussetzung dafür ist, dass der Leistungserbringer feststellt, dass der Mensch mit Behinderungen so pflegebedürftig ist, dass die Pflege in seinen Einrichtungen oder Räumlichkeiten nicht sichergestellt werden kann. Die Initiative dafür geht mithin vom Leistungserbringer aus und ist nicht eine Folge der geltenden Regelungen, insbesondere des § 43a SGB XI. Sollte nach Art und Schwere der Pflegebedürftigkeit die pflegerische Versorgung in der Einrichtung grundsätzlich möglich sein, stellt sich eher die Frage, warum der Versorgungsbedarf nicht oder nicht vollständig durch die Leistungsvereinbarung mit dem Träger der Eingliederungshilfe abgedeckt ist und vergütet wird.

³⁴ Bundestags-Drucksache 16/12409, S. 11.

³⁵ BSG vom 11.11.2021 B 3 P 4/20 R.

³⁶ Bieritz-Harder, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 123 Rn. 3; Winkler, in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, SGB IX, 13. Aufl. 2018, § 123 Rn. 7.

³⁷ Die auch bereits nach altem Recht bestand.

Die Freiheit eigene Entscheidungen zu treffen (Selbstbestimmungsrecht, Art 3 Buchst. a UN-BRK), wie auch das Recht nach Art 19 UN-BRK, den Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem man leben will und verpflichtet ist, in besonderen Wohnformen zu leben, haben keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Bestimmungen des Sozialrechts, die die Leistungen nach Gegenstand, Umfang, Ausführung, die Leistungsvoraussetzungen sowie das Wunsch- und Wahlrecht der Berechtigten regeln. Das die Ausübung der Selbstbestimmungsrechte im nationalen Sozialrecht regelnde Wunsch- und Wahlrecht kann in den Anwendungsfällen des § 43a SGB XI ohne Einschränkung bei der Wahl der Versorgungsform (Einrichtung, betreutes Wohnen, häusliche Versorgung) ausgeübt werden.

Bei der Regelung des § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX stößt allein die Bestimmung auf Bedenken, dass bei der Anwendung „*angemessenen Wünschen des Menschen mit Behinderung Rechnung zu tragen ist*“.

Die damit verbundene Verkürzung des Selbstbestimmungsrechts auf ein reines Wunschrecht ist nicht mit Artikel 19 Buchst. a UN-BRK zu vereinbaren, wonach Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben, und ist deshalb verfassungsrechtlich bedenklich.

Soweit Menschen mit Behinderungen Pflegebedarf aufweisen, ist die zuständige Pflegekasse, wenn der Leistungsberechtigte dem zustimmt, zur Abstimmung der Pflegeleistungen mit den Leistungen der Eingliederungshilfe beratend am Gesamtplanverfahren zu beteiligen (§ 117 Abs. 3 Satz 1 SGB IX).³⁸

Nach § 123 Abs. 6 SGB IX hat der Leistungserbringer seit dem 1. Januar 2020 gegen den Träger der Eingliederungshilfe einen unmittelbaren Anspruch auf Vergütung der gegenüber dem Leistungsberechtigten erbrachten Leistungen der Eingliederungshilfe.

Letztlich ist der leistungsverpflichtete Träger der Eingliederungshilfe berechtigt, als erstattungsberechtigter Träger im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft die Feststellung der Leistungspflicht der Pflegekasse gegenüber dem Versicherten zu betreiben und insoweit einen eigenen Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X zu verfolgen.³⁹

III. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 43a SGB XI

Die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI, insbesondere vor dem Hintergrund einer Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen in vollstationären Einrichtungen der Behindertenhilfe gegenüber solchen, die zu Hause gepflegt

³⁸ Winkler, in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, SGB IX, 13. Aufl. 2018, §117 Rn. 5.

³⁹ BSG vom 11.11.2021 B3 P 4 /20 R.

werden, begann bereits bei den Gesetzesberatungen 1994 und ist seither nicht verstimmt.⁴⁰

Im Vorfeld der Neuregelungen durch das BTHG beauftragte der Landeswohlfahrtsverband Hessen als überörtlicher Träger der Sozialhilfe in Hessen Prof. Dr. Felix Welti mit der Begutachtung der Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI. Nach dessen Auffassung verstößt § 43a SGB XI gegen das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG, gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und gegen das Benachteiligungsverbot wegen Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG oder – falls dessen Anwendungsbereich nicht eröffnet sein sollte – gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 5, 19 und 25 UN-BRK.⁴¹

Gegen die Argumentation des Gutachtens wurden in Bezug auf die Bezieher von Eingliederungshilfe von verschiedenen Akteuren⁴² grundsätzliche Bedenken geltend gemacht, da sie die weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht hinreichend beachte. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sei anerkannt, dass es vornehmlich Sache des Gesetzgebers ist, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.⁴³

Mit Blick auf diese Bedenken wurde die Forderung nach Streichung des § 43a SGB XI vom Gesetzgeber weder mit den Pflegestärkungsgesetzen noch mit dem Bundesteilhabegesetz aufgegriffen.

IV. Auswirkungen auf die Forderung nach Streichung des § 43a SGB XI

Die Entwicklungsgeschichte zeigt, dass § 43a SGB IX ein Baustein eines in sich schlüssigen Regelungskomplexes und Leistungssystems ist.

Seit dem Bundessozialhilfegesetz ist es ununterbrochen politische Auffassung, dass Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen der Eingliederungshilfe mit pflegerischem Versorgungsbedarf Leistungen aus einer Hand von einem Träger, nämlich dem der Eingliederungshilfe, erhalten sollen. Deswegen sind die pflegerische Versorgung

⁴⁰ Vgl. mit umfangreichen Nachweisen nur Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 5 ff., 12 ff., 16 ff.; ders., Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, Beitrag D36-2016 unter www.reha-recht.de; 27.09.2016; ders., Verstößt § 43a SGBXI gegen das Grundgesetz und die UN-Behindertenrechtskonvention?, in: SozSich 2018, 418.

⁴¹ Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015; ders., Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, S.1ff.; ders., in: SozSich 2018,418 ff.

⁴² U. a. Landtag Rheinland-Pfalz, Wissenschaftlicher Dienst Gutachten „Vereinbarkeit des § 43a Sätze 1 – 3 SGB XI mit dem Grundgesetz und der UN-Behindertenrechtskonvention vom 13.05.2020 Az.: 52-1714.

⁴³ Vgl. BVerfGE 77, 84 (106) m. w. N.

und deren Kosten in Einrichtungen der Eingliederungshilfe integraler Bestandteil der Leistungen der Eingliederungshilfe und von dieser in den Leistungsvereinbarungen bedarfsgerecht zu vereinbaren und zu vergüten.

Da danach die pflegerische Versorgung für diesen Personenkreis durch die Eingliederungshilfe sichergestellt ist, besteht daneben – bis auf den Ausgleichbetrag nach § 43a SGB XI – kein Anspruch auf ambulante oder stationäre Leistungen der Pflegeversicherung.

Das gilt grundsätzlich auch für Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen, die mangels Versicherung weder gegen die gesetzliche, noch die private Pflegekasse auf der Grundlage des SGB XI Leistungsansprüche haben (reine Selbstzahler). Dieser Personenkreis hat jedoch dem Grunde nach Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe, wenn die Zugangsvoraussetzungen des § 99 SGB IX erfüllt werden, weil es bereits seit dem SGB IX von 2001 für den Anspruch dem Grunde nach auf die Bedürftigkeit des Antragstellers nicht mehr ankommt. In der Regel wird sich jedoch der Anspruch der Höhe nach durch die Einkommensanrechnung ggf. bis auf Null reduzieren. Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen, die als Mitglied einer privaten Krankenkasse dort pflegeversichert sind und Versicherte der gesetzlichen Pflegeversicherung (teilweise Selbstzahler) haben Anspruch auf den Ausgleichsbetrag nach § 43a SGB XI, aber keinen individuellen Anspruch auf Pflegesachleistungen bzw. Pflegegeld und werden somit in beiden Systemen gleichbehandelt. Das gilt auch, wenn sich bei dem Anspruch gegen die Eingliederungshilfe durch die Einkommensanrechnung kein Leistungsbetrag mehr ergibt.

Würde man – ohne Weiteres – die Regelung des § 43a SGB XI streichen, würde sich für den Betroffenen nichts ändern. Der Anspruch auf pflegerische Versorgung durch die Eingliederungshilfe besteht unverändert fort. Ein Leistungsanspruch gegen die Pflegeversicherung – z. B. auf die Pflegesachleistung oder das Pflegegeld – entsteht damit nicht.

Um dies zu erreichen, müssten §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 SGB XI insbesondere bzgl. der Begrenzung der Leistungserbringung auf die Häuslichkeit geändert werden. Das würde allerdings den mühsam im Vermittlungsausschuss zum Ersten SGB-XI-Änderungsgesetz vom 14. Juni 1996 erzeugten Kompromiss (siehe oben) aufheben und insbesondere die hinsichtlich der Fiskalströme im gegliederten System geführten Diskussionen wiederbeleben. Es dürfen Zweifel geäußert werden, ob dafür eine politische Mehrheit zu gewinnen ist. Dies umso mehr, als das den § 43a SGB XI im stationären Bereich basierende Prinzip der Leistungen aus einer Hand durch das Bundesteilhabegesetz mit § 103 Abs. 2 SGB IX (Lebenslagenmodell) für den nichtstationären Bereich übernommen wurde.

Unter Beibehaltung der übrigen Regelungen müssten die Träger der Eingliederungshilfe mit der Streichung des § 43a SGB IX die gesamten Kosten der pflegerischen Versorgung in Einrichtungen der Eingliederungshilfe ohne die Entlastung durch den Ausgleichbetrag nach § 43a SGB IX tragen, was insbesondere die kommunalen Haushalte belasten

würde. In diesem Zusammenhang sind Zweifel an der politischen Mehrheitsfähigkeit berechtigt.

Das Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn pflegebedürftigen Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen der Eingliederungshilfe durch eine Änderung der §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 SGB XI ein Individualanspruch gegen die Pflegeversicherung eingeräumt würde. Auch dies erscheint wegen der damit verbundenen weiteren Belastung mit Blick auf die Finanzlage der Pflegeversicherung politisch fraglich.

Würde man für Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen der Eingliederungshilfe die §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 SGB XI im Sinne eines Individualanspruchs auf Pflegesachleistungen und Pflegegeld gegen die Pflegeversicherung ändern, bedeutet das zugleich eine systemische Änderung des seit dem Bundessozialhilfegesetz bestehenden Grundsatzes, dass die Eingliederungshilfe die gesamte Versorgung dieser Menschen in diesen Einrichtungen einschließlich der pflegerischen Versorgung aus einer Hand sicherzustellen hat. Damit verbunden steht die derzeitige Regelung der Gleichrangigkeit der Leistungen von Eingliederungshilfe und Leistungen der Pflegeversicherung (§ 91 Abs. 3 SGB IX, § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI) zur Diskussion, mit unabsehbaren Folgen u. a. für die Abgrenzung der Assistenzleistungen nach § 78 SGB IX und zu den Betreuungsleistungen in den Zuschüssen zur Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI.

Die Umsetzung einer solchen Regelung wirft letztlich weitere organisations-, leistungs- und vergütungsrechtliche Fragen auf, die mit der Tätigkeit von Pflegediensten in Einrichtungen bzw. Alternativen wie der Beschäftigung von Pflegefachkräften in Einrichtungen verbunden sind. Damit würden insbesondere die Einrichtungen belastet. Die differenzierte Zuordnung einzelner Leistungsanteile zu den Kosten der ambulanten Pflege oder der Eingliederungshilfe ist mit erheblichem Aufwand insbesondere der Personalkosten verbunden und betrifft das gesamte Leistungsverfahren von der Aufstellung des Gesamtplans bis zur Abrechnung der Kosten mit den Leistungsträgern.

Im Sinne der Zielsetzung, den Einrichtung eine bessere Finanzierung ihres pflegerischen Aufwandes zu gewährleisten, ist es erfolgversprechender, eine Forderung nach Erhöhung des 15 vH.-Wertes und des Anpassungsbetrages von 266 Euro zu stellen. Diese Forderung ist begründet, weil der Pauschalbetrag seit 2015 unverändert ist und schon allein mit Blick auf die Kostenentwicklung einer Anpassung bedarf.

Die in Kreisen der Eingliederungshilfe in diesem Zusammenhang diskutierte Staffelung des Ausgleichsbetrages nach Pflegegraden entspricht nicht der Absicht des Bundesrates, eine „wenig verwaltungsaufwendige Regelung zur Finanzierung der berechtigten Leistungsansprüche pflegebedürftiger Behinderter, die in Einrichtungen der Behindertenhilfe versorgt werden“ zu gestalten, die die Entlastung über einen Pauschalbetrag begründet.⁴⁴

⁴⁴ Vgl. Bundesrats-Drucksache 228/96 (Beschluss), Anlage S. 3.

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf www.reha-recht.de.
