

– Fachbeitrag D12-2016 –

07.04.2016

Wegfall des Vorrangs der ambulanten Hilfe im Arbeitsentwurf für ein Bundesteilhabegesetz¹

Von Roland Rosenow, Freiburg

I. Wegfall des Vorrangs ambulanter Leistungen

1. Einleitung

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat einen Arbeitsentwurf für ein Bundesteilhabegesetz (BTHG) erstellt.² Das BTHG soll die Eingliederungshilfe aus der Sozialhilfe in das Sozialgesetzbuch (SGB) IX transferieren. „Im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)“ sollen mit dem Gesetz unter anderem folgende Ziele verwirklicht werden:

„Die Möglichkeiten einer individuellen und den persönlichen Wünschen entsprechenden Lebensplanung und -gestaltung sollen unter Berücksichtigung des Sozialraumes bei den Leistungen zur Sozialen Teilhabe gestärkt werden.“

Für eine Lebensplanung und -gestaltung, die sich an individuellen und persönlichen Wünschen orientiert, ist die eigene Wohnung von besonderer Bedeutung. Das Leben in einer stationären Einrichtung bedeutet bis heute in der Regel große Einbußen in Bezug auf die Selbstbestimmtheit alltäglichen Lebens und Handelns. Daraus resultiert die besondere Bedeutung des Vorrangs der ambulanten Hilfe, der 1984 erstmals normiert wurde.

2. Der Vorrang der ambulanten Hilfe im aktuellen Recht

Der Vorrang der ambulanten Hilfe wurde 1984 mit § 3a Bundessozialhilfegesetz (BSHG) in das Recht der Sozialhilfe eingefügt.³ Zum 01.08.1996 wurde die Vorschrift

¹ Dieser Beitrag wurde unter www.reha-recht.de als Fachbeitrag D12-2016 in der Kategorie D: Konzept und Politik veröffentlicht; [Zitiervorschlag](#): Rosenow: Wegfall des Vorrangs der ambulanten Hilfe im Arbeitsentwurf für ein Bundesteilhabegesetz; Beitrag D12-2016 unter www.reha-recht.de; 07.04.2016.

² <http://www.dgsp-sh.de/download/2015-12-Arbeitsentwurf-BTHG.pdf>, Abfrage 24.03.2016, im Folgenden: BTHG-AE.

³ Der Träger der Sozialhilfe soll darauf hinwirken, dass die erforderliche Hilfe soweit wie möglich außerhalb von Anstalten, Heimen oder gleichartigen Einrichtungen gewährt werden kann. (§ 3a BSHG in der Fassung vom 22.12.1983).

um den Vorbehalt unverhältnismäßiger Mehrkosten und die Zumutbarkeitsgrenze ergänzt.⁴ Diese Struktur wurde im Wesentlichen in § 13 SGB XII übernommen.

Seit dem 26.03.2009 gilt darüber hinaus Art. 19 UN-Behindertenrechtskonvention. Nach dieser Vorschrift gewährleisten die Vertragsstaaten u. a., dass „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“. Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe *unverhältnismäßige Mehrkosten* und *Zumutbarkeit* ist diese Vorschrift nach Maßgabe der Regeln, die das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) für die Anwendung der europäischen Menschenrechtskonvention entwickelt hat, zu beachten.⁵

3. Trennung von Fachleistung und Grundsicherung im Arbeitsentwurf

Die Bedürftigkeitsabhängigkeit der Eingliederungshilfe⁶ spielte in den Diskussionen im Vorfeld des BTHG eine herausgehobene Rolle. Als eine mögliche Lösung wurde diskutiert, in stationären Einrichtungen die Fachleistung von Leistungen zum Lebensunterhalt zu trennen, um insoweit eine Gleichbehandlung mit ambulanten Versorgungsformen zu bewirken.⁷

Diesen Gedanken hat das BMAS im Arbeitsentwurf konsequent umgesetzt, allerdings ohne dem Wunsch nach Bedürftigkeitsunabhängigkeit der Leistungen zu entsprechen. Der Arbeitsentwurf kennt bereits begrifflich keine stationären Einrichtungen mehr. Es ist konzipiert als ein Recht der Fachleistung, das unabhängig vom Recht der Grundsicherungsleistung, das im SGB XII verbleiben soll, fungiert. Der Vorrang der ambulanten Hilfe einschließlich der Zumutbarkeitsregelung entfällt. Das Gesetz macht sich blind für den Unterschied zwischen ambulant und stationär.

4. Wunsch- und Wahlrecht

Der fehlende Vorrang ambulanter Leistungen könnte durch ein starkes Wunsch- und Wahlrecht kompensiert werden. Der Entwurf sieht jedoch eine weitgehende Einschränkung der aktuellen Wahlmöglichkeiten vor. Nach derzeitigem Recht wird das Wunsch- und Wahlrecht aus § 9 SGB IX in der Eingliederungshilfe durch § 9 SGB XII ergänzt, wonach Wünschen des Leistungsberechtigten entsprochen werden soll, soweit sie angemessen sind und solange ihre Erfüllung nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. § 9 Abs. 1 SGB IX wurde im Arbeitsentwurf in § 8 Abs. 1 SGB IX-

⁴ § 3a Vorrang der offenen Hilfe: (1) Die erforderliche Hilfe ist soweit wie möglich außerhalb von Anstalten, Heimen oder gleichartigen Einrichtungen zu gewähren. (2) Dies gilt nicht, wenn eine geeignete stationäre Hilfe zumutbar und eine ambulante Hilfe mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. (3) Bei der Prüfung der Zumutbarkeit sind die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände angemessen zu berücksichtigen.
(§ 3a BSHG in der Fassung vom 23.07.1996)

⁵ BVerfG, 14.10.2014, 2 BvR 1481/04 (Görgülü) und BVerfG, 22.03.2011, 2 BvR 882/09 (Zwangsbehandlung); Rosenow, Die UN-BRK in der anwaltlichen Praxis, ASR 2015, 93–98.

⁶ §§ 19 Abs. 3, 87, 88, 90, 92, 92a SGB XII.

⁷ §§ 27b, 92a SGB XII waren erste Schritte in diese Richtung.

Arbeitsentwurf (AE) übernommen. § 9 SGB XII wird danach jedoch durch eine Regelung ersetzt, die das Wunsch- und Wahlrecht durch einen strengen Mehrkostenvorbehalt begrenzt:

„Wünschen der Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, ist zu entsprechen, soweit sie angemessen sind. Der Leistungsträger hat diesen Wünschen zu entsprechen, wenn die Höhe der Kosten der gewünschten Leistung die Höhe der Kosten für eine vergleichbare Leistung anderer Leistungserbringer, mit denen eine Vereinbarung nach [Kapitel 8] besteht, nicht übersteigt. Satz 2 ist nicht anzuwenden, wenn und soweit der Bedarf nach der Besonderheit des Einzelfalles im Sinne des Absatz 1 durch vereinbarte Leistungen nicht oder nicht ausreichend gedeckt werden kann.“ (§ 101 Abs. 2 SGB IX-AE)

Mit einer solchen Regelung entfielen nicht nur die gesetzliche Wertung, nach der ambulante Leistungen stationären vorzuziehen sind.⁸ Darüber hinaus wäre das Wunsch- und Wahlrecht nur noch in zwei Fällen wirksam:

- Die gewünschte (und angemessene) Leistung kostet dasselbe oder weniger als die Leistung, die der Eingliederungshilfeträger anbietet.
- Der Eingliederungshilfeträger kann keine geeignete Leistung anbieten, weil er für die Leistung, die benötigt wird, keine Leistungsvereinbarung mit einem Leistungserbringer geschlossen hat.

Die zweite Variante läuft ins Leere: Wenn der Leistungsträger keine Leistungsvereinbarung für eine nach seiner Auffassung geeignete Leistung geschlossen hat, kann er den Leistungsberechtigten ohnehin nicht auf eine Leistung verweisen. Damit begrenzt der Entwurf das Wunsch- und Wahlrecht auf Fälle, in denen seine Berücksichtigung kostenneutral ist oder die Kosten verringert.

5. Keine individualisierten Leistungen

Der Arbeitsentwurf setzt das Prinzip der Individualisierung von Teilhabeleistungen nicht um, sondern schreibt das Prinzip der pauschalen Finanzierung von Leistungstypen, das bislang im Ermessen der Sozialhilfeträger stand, verbindlich fest. Dieses Prinzip bewirkt die einrichtungsinterne Querfinanzierung, von der die Praxis der sozialhilfrechtlichen Eingliederungshilfe seit Jahrzehnten geprägt ist. § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XII lautet: „Die Maßnahmepauschale kann nach Gruppen für Leistungsberechtigte mit vergleichbarem Bedarf kalkuliert werden.“ § 120 Abs. 3 Satz 3 SGB IX-AE lautet: „Die Leistungspauschalen sind nach Gruppen von Leistungsberechtigten mit vergleichbarem Bedarf oder Stundensätzen sowie für die gemeinsame Inanspruchnahme durch mehrere Leistungsberechtigte ([§ 113] Absatz 2) zu kalkulieren.“

⁸ Zwar lässt der Gesetzesentwurf § 13 SGB XII unberührt. Die Verlagerung der Eingliederungshilfe in das SGB IX hätte aber zur Folge, dass die Vorschrift für die Eingliederungshilfe keine Anwendung mehr fände. Sie gälte dann nur noch für die stationären Leistungen, die im SGB XII verbleiben, also die Hilfe zur Pflege und die Hilfen nach §§ 67 ff. SGB XII.

Für stationäre Einrichtungen, die es unverändert geben wird, wird es unter einer solchen Regelung bei dem System der Leistungstypen bleiben. Das Bundessozialgericht (BSG) hat im Nachwachenurteil vom 25.09.2014⁹ aufgezeigt, was das bedeutet: Leistungserbringer müssen im Rahmen vereinbarter Leistungstypen auch solche Bedarfe decken, die stark überdurchschnittliche Kosten verursachen und die nicht vorhersehbar sind. Ein anschauliches Beispiel sind auch die Förder- und Betreuungsgruppen in Baden-Württemberg: Die Auffassung der Sozialhilfeträger, dass auch Leistungsberechtigte, die eine nur für sie zuständige Betreuungsperson benötigen (1:1-Betreuung), im Rahmen der Pauschalvergütung von 50 bis 55 Euro pro Kalendertag in Förder- und Betreuungsgruppen aufzunehmen sind, wurde vom Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg mehrfach bestätigt.¹⁰

Die Zusammenfassung unterschiedlicher Bedarfe zu Leistungstypen wirkt sich auf den Kostenvergleich mit ambulanten Leistungen aus. Die Leistungen in Einrichtungen für Leistungsberechtigte mit hohen Bedarfen werden zum Teil durch Entgelte finanziert, die für Leistungsberechtigte mit geringeren Bedarfen gezahlt werden. Das Entgelt bildet zwar die tatsächlichen Kosten nicht ab, ist aber Vergleichsgröße für den Mehrkostenvorbehalt, der das Wunsch- und Wahlrecht begrenzt.¹¹ Wenn die Leistungen dagegen ambulant erbracht werden, muss ein individuelles Versorgungskonzept entwickelt werden, für das im Regelfall ein Entgelt zu zahlen ist, das den tatsächlichen Maßnahmekosten entspricht. Leistungen in der oberen Hälfte des Bedarfsspektrums, das zu einem Leistungstyp zusammengefasst wird, werden dadurch für den Leistungsträger systematisch kostengünstiger als ambulante Leistungen.¹²

Dieser Effekt wird ergänzt durch strukturelle Kostenvorteile stationärer Leistungen: In Einrichtungen werden Leistungen für viele Personen zusammengefasst (Pools) und die Tendenz zu ersetzender (statt anleitender) Unterstützung ist stärker ausgeprägt.

Ein struktureller Kostennachteil liegt hingegen darin, dass stationäre Einrichtungen in der Regel Sonderbauten sind, deren Erstellungskosten höher sind als die Kosten regulärer Wohnbauten. Die Kosten der Unterkunft in einer Einrichtung sind deshalb tendenziell höher als in einer eigenen Wohnung. Die vorgesehene Entkoppelung von Grund-

⁹ B 8 SO 8/13 R; mit Anmerkung von Giese, M. siehe: Giese, M., Kostenübernahme für eine Nachwache, in: Recht und Praxis der Rehabilitation, Heft 4/2015, S. 28–31.

¹⁰ LSG Stuttgart, 04.12.2014, L 7 SO 135/11 (Revision anhängig unter B 8 SO 19/15 R); LSG Stuttgart, 25.06.2015, L 7 SO 1447/11 (Revision durch das BSG zugelassen, 24.02.2016, B 8 SO 79/15 B) und mittlerweile wohl anhängig.

¹¹ Dasselbe Problem besteht bereits heute bei der Anwendung von § 17 Abs. 3 Satz 4 SGB IX (Deckelung des persönlichen Budgets auf die Kosten der Sachleistung).

¹² Die Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Sozialhilfeträger hat im Jahr 2012 die fiskalischen Auswirkungen der Ambulantisierung in der Eingliederungshilfe untersucht. Die Erhebung beschränkt sich auf Übergänge von stationären in ambulante Versorgungsformen. Der Kostenvergleich bezieht sich auf alle Kosten der Sozialhilfeträger, also auch auf die Kosten der Grundsicherung nach dem 3. und 4. Kapitel des SGB XII. Das betrifft z. B. Fälle, in denen der örtliche Sozialhilfeträger für die Grundsicherung und der überörtliche für die Eingliederungshilfe zuständig ist. In diesen Fällen wurden die Kosten bei beiden Trägern erhoben. In 84 % der Fälle bewirkte der Übergang in eine ambulante Versorgung einen deutlichen Rückgang der Kosten. In 16 % der Fälle stiegen die Kosten.

sicherung und Teilhabeleistung bewirkt aber, dass dieser Effekt im Kostenvergleich unberücksichtigt bleibt. Der Entwurf sieht in § 101 Abs. 2 SGB IX-AE einen isolierten Kostenvergleich der Teilhabeleistung vor. Es kann also sogar dazu kommen, dass eine ambulante Versorgung wegen höherer Kosten der Teilhabeleistung versagt wird, obwohl die Summe der Kosten von Teilhabeleistung und Grundsicherung in der Einrichtung höher ist als in der eigenen Wohnung.¹³

II. Thesen

1. Gleichheitsgrundsatz

Die Wechselwirkung von Leistungstypen, in denen Gruppen von Bedarfen zusammengefasst werden, und einem strengen Mehrkostenvorbehalt, der das Wunsch- und Wahlrecht weitgehend aushebelt, führt zunächst zu einer Ungleichbehandlung: Ob die Kosten der ambulanten Versorgung im Einzelfall höher oder niedriger als die Kosten der stationären Leistung ausfallen, hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Leistungstypen ab. Personen, die in den unteren Bereich des Bedarfsspektrums eines Leistungstyps fallen, sind nach einer solchen Regelung unabhängig von ihren Wünschen in einem ambulanten Setting und solche, die in obere Bereiche fallen, unabhängig von ihren Wünschen in einem stationären Setting zu versorgen. Diese Ungleichbehandlung reflektiert nicht etwa Unterschiede in den Bedarfen oder Beeinträchtigungen, sondern ergibt sich aus der Ausgestaltung von Leistungstypen in Landesrahmenverträgen und Leistungsvereinbarungen. Das ist kein zulässiges Anknüpfungsmerkmal. Eine solche Ungleichbehandlung dürfte also vor dem Gleichheitsgrundsatz kaum zu rechtfertigen sein.

2. Art. 19 UN-BRK

Für die Gruppe derjenigen, deren Bedarf in einer besonderen Wohnform wie z. B. einer stationären Einrichtung kostengünstiger gedeckt werden kann, entfällt die Möglichkeit, außerhalb einer Einrichtung zu leben. Wenn das System der Leistungstypen – wie nach dem Entwurf zu erwarten – weitergeführt wird, wie es heute bekannt ist, muss man annehmen, dass diese Gruppe eine relevante Größe haben wird. Eine Prüfung von Verhältnismäßigkeit etwaiger Mehrkosten der ambulanten Versorgung ist ebenso wenig vorgesehen wie eine Prüfung der Zumutbarkeit der stationären Unterbringung. Eine konventionskonforme Auslegung der Vorschriften des Entwurfes, die an unbestimmte Rechtsbegriffe anknüpfen könnte, ist nicht möglich.

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

¹³ Dieser Effekt würde wohl auch nicht durch § 77 Abs. 2 SGB IX-AE entschärft, weil diese Vorschrift auf besondere Raumbedarfe persönlicher Assistenten zielt.