

– Fachbeitrag D36-2016 –

27.09.2016

## **Sonderregelung für pflegebedürftige behinderte Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK<sup>1</sup>**

*Von Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel*

### **I. Hintergrund**

Seit 1996 gilt in der Pflegeversicherung mit § 43a Sozialgesetzbuch (SGB) XI eine Sonderregelung für Menschen, die in stationären Behinderteneinrichtungen leben. Obwohl das Bundesteilhabegesetz (BTHG) die Trennung zwischen ambulanten und stationären Fachleistungen aufheben soll, schreibt der Entwurf des Pflegestärkungsgesetzes III die Sonderregelung fort und weitet sie möglicherweise aus. Der Autor hat über die Regelung in § 43a SGB XI ein Rechtsgutachten im Auftrag des Landeswohlfahrtsverbandes Hessen (LWV), des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe in Hessen, erstellt. Er meint, dass die Regelung gegen das Grundgesetz und die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) verstößt.

### **II. Die Sonderregelung in § 43a SGB XI**

Das Pflege-Versicherungsgesetz trat am 1. Januar 1995 in Kraft<sup>2</sup>. Die Leistungen bei stationärer Pflege konnten ab 1. Juli 1996 in Anspruch genommen werden. Noch vor diesem Zeitpunkt war strittig, was für die Pflege in stationären Behinderteneinrichtungen gelten sollte. Dort lebten und leben viele pflegebedürftige behinderte Menschen. Da die Pflege in den Behinderteneinrichtungen meist nicht in einer selbstständig wirtschaftenden Einheit unter Verantwortung einer Pflegefachkraft ausgeführt wurde, sondern in engem Zusammenhang mit den Teilhabeleistungen, konnten sie nicht als stationäre Pflegeeinrichtungen zugelassen werden, in denen stationäre Leistungen nach

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag D36-2016 in der Kategorie D: Konzepte und Politik veröffentlicht; Zitiervorschlag: Welti: Sonderregelung für pflegebedürftige behinderte Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK; Beitrag D36-2016 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 27.09.2016. Das im Beitrag genannte Rechtsgutachten des Autors für den Landeswohlfahrtsverband Hessen ist unter folgendem Link zu finden: <http://www.reha-recht.de/infothek/beitrag/artikel/laut-gutachten-verstoessst-sonderregelung-fuer-pflegebeduerftige-menschen-in-behinderteneinrichtungen-geg/>.

<sup>2</sup> BGBl. I, S. 1014.

§ 43 SGB XI beansprucht werden können. Mit dem Ersten SGB-XI-Änderungsgesetz wurde klargestellt, dass Wohneinrichtungen für behinderte Menschen keine Pflegeeinrichtungen sein können (§ 71 Abs. 4 SGB XI) und geregelt, dass die Pflegekassen für pflegebedürftige Versicherte in Behinderteneinrichtungen einen Betrag von 10% des Heimentgelts, maximal 500 DM (später 256 €) zahlen, unabhängig von deren Pflegestufe (§ 43a SGB XI). Die Sach- und Dienstleistungen der häuslichen Pflegehilfe (§ 36 SGB XI) oder das Pflegegeld (§ 37 SGB XI) können diese Versicherten nicht in Anspruch nehmen.

Zusammen mit dem SGB IX<sup>3</sup> wurde zum 1. Juli 2001 die Regelung in § 40a Bundessozialhilfegesetz (BSHG) eingeführt, wonach Pflegekasse, Einrichtungsträger und Träger der Sozialhilfe dann, wenn die Pflege in der Behinderteneinrichtung nicht mehr sichergestellt werden kann, vereinbaren, dass die Hilfe in einer anderen Einrichtung erbracht wird. Angemessenen Wünschen des behinderten Menschen soll dabei Rechnung getragen werden. Diese Regelung ist heute in § 55 SGB XII enthalten. Die Regelung ist bis im Grundsatz heute unverändert. Zum 1. Januar 2015 wurde der Höchstbetrag auf 266 € angehoben.

### III. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit

Schon in den Gesetzesberatungen waren Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI geäußert worden. 2001 hatte das Bundessozialgericht die Regelung in einem Rechtsstreit für verfassungsgemäß gehalten<sup>4</sup>. Seit 2009 ist in der Bundesrepublik Deutschland die UN-BRK geltendes Recht. Die Grundrechte des Grundgesetzes binden den Gesetzgeber (Art. 1 Abs. 3 GG). Sie sind im Lichte der Menschenrechte auszulegen, soweit dies methodisch möglich ist<sup>5</sup>. Damit kann auch die UN-BRK Einfluss auf die Auslegung der Grundrechte haben.

Die UN-Behindertenrechtskonvention, Veränderungen in den Behinderteneinrichtungen und in der Behindertenpolitik, wie sie jetzt im Bundesteilhabegesetz diskutiert werden, könnten zu einer neuen Beurteilung führen, ob die Sonderregelung in § 43a SGB XI mit den Grundrechten der von ihr betroffenen behinderten pflegebedürftigen Menschen vereinbar ist.

#### 1. Freizügigkeit (Art. 11 Grundgesetz [GG]) und Recht auf unabhängiges Leben in der Gemeinde (Art. 19 UN-BRK)

Im Zusammenwirken können § 43a SGB XI und § 55 SGB XII bewirken, dass der Träger der Einrichtung, der Träger der Sozialhilfe und die Pflegekasse beschließen, dass ein pflegebedürftiger behinderter Mensch nicht in seiner Wohneinrichtung bleiben kann, sondern in ein Pflegeheim ziehen muss. Damit ist die freie Wahl des Wohnorts

---

<sup>3</sup> BGBl. I, S. 1046.

<sup>4</sup> BSG, Urt. v. 26.04.2001, B 3 P 11/00 R, SozR 3-1100 Art. 3 Nr. 169.

<sup>5</sup> BVerfG, B. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 („Görgülü“).

betroffen, die von Art. 11 Abs. 1 GG geschützt wird. Es handelt sich um einen mittelbaren Eingriff, der aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch am Grundrecht der Freizügigkeit zu messen ist<sup>6</sup>.

Nach Art. 19 lit. a UN-BRK müssen die Vertragsstaaten gewährleisten, dass behinderte Menschen das Recht haben, gleichberechtigt mit anderen ihren Aufenthaltsort zu wählen und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben. Diese Verpflichtung in Art. 19 UN-BRK unterstützt die Auffassung, dass Art. 11 Abs. 1 GG auch das Recht behinderter Menschen schützt, nicht auf Grund einer gesetzlichen Regelung von einer Behinderteneinrichtung in ein Pflegeheim umziehen zu müssen.

Eingriffe in das Recht auf Freizügigkeit sind nach Art. 11 Abs. 2 GG möglich in Fällen, in denen keine ausreichende Lebensgrundlage vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden. Fraglich ist aber, ob § 43a SGB XI und § 55 SGB XII in verhältnismäßiger Weise eine solche Schranke des Rechts auf Freizügigkeit errichten. Tatsächlich können dem Träger der Sozialhilfe Lasten entstehen, wenn Personen mit hohem Pflegebedarf in einer Behinderteneinrichtung verbleiben und auf Eingliederungshilfe angewiesen sind. Allerdings entstehen diese Lasten in vielen Fällen vor allem deshalb, weil die Bewohnerinnen und Bewohner von Behinderteneinrichtungen, obwohl sie pflegeversichert sind, keine Leistungen der ambulanten Pflege in Anspruch nehmen können, die höher sind und mit denen die nötigen Pflegeleistungen im Behindertenheim möglich wären. Geschützt werden also nicht die öffentlichen Kassen, sondern nur die Lastenverteilung zwischen diesen. Für Selbstzahler ohne Anspruch auf Sozialhilfe gilt die verkürzte Leistung der Pflegeversicherung in Behinderteneinrichtungen auch. Sie sind von der Regelung besonders stark betroffen. Der Eingriff in die Freizügigkeit ist nicht gerechtfertigt.

## **2. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), Recht auf Gesundheit (Art. 25 UN-BRK) und Recht auf soziale Sicherheit und angemessenen Schutz (Art. 28 UN-BRK)**

§ 43a SGB XI bewirkt, dass pflegebedürftige Menschen, die in Behinderteneinrichtungen leben, durch die Pflegeversicherung nur in geringem Ausmaß gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit gesichert sind. Insbesondere ist ihr Schutz gegen das Risiko, durch Pflegebedürftigkeit ihren bisherigen Wohnort verlassen zu müssen, eingeschränkt, da sie an ihrem Wohnort keine ambulanten Sach- und Dienstleistungen der Pflegeversicherung und kein Pflegegeld in Anspruch nehmen können.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die allgemeine Handlungsfreiheit auch dagegen schützt, unnötig in eine Pflichtversicherung einbezogen zu sein. Das kann der Fall sein, wenn Beitrag und Leistungen nicht im Verhältnis zueinander stehen<sup>7</sup>. Dies wird gestützt dadurch, dass behinderte Menschen nach Art. 25 UN-BRK ei-

---

<sup>6</sup> BVerfG, Urt. v. 17.03.2004, 1 BvR 1266/00, BVerfGE 110, 177 („Spätaussiedler“).

<sup>7</sup> BVerfG, B. v. 06.01.2005, 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 („Alternativmedizin“); BVerfG, Urt. v. 10.06.2009, 1 BvR 706/08 u. a., BVerfGE 123, 186, „Basistarif“.

ne unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung in derselben Bandbreite, von derselben Qualität und auf demselben Standard haben müssen wie andere Menschen und sie nach Art. 28 UN-BRK ein Recht auf angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz haben.

Dagegen könnte eingewandt werden, dass die Versicherten keine Einbußen in ihrer sozialen Sicherheit bei Pflegebedürftigkeit haben, sondern bedarfsdeckende Leistungen lediglich von einem anderen Träger – der Sozialhilfe – erhalten. Dies trifft aber nicht zu, wenn Versicherte auf Grund von § 55 SGB XII die Einrichtung wechseln müssen, weil sie die häuslichen Pflegeleistungen nach §§ 36, 37 SGB XI in Behinderteneinrichtungen nicht in Anspruch nehmen können. Es trifft auch nicht zu für Selbstzahler, die wegen der Anrechnung von eigenem Einkommen oder Vermögen oder von Einkommen und Vermögen eines Ehepartners keinen Anspruch auf Eingliederungshilfe haben. Auch für sie ist nach § 43a SGB XI der Anspruch gegen die Pflegekasse begrenzt. Jedenfalls für diese Gruppen ist der Leistungsumfang der Pflegeversicherung unangemessen beschränkt.

### 3. Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und Art. 5 UN-BRK)

Schließlich werden pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen mit pflegebedürftigen Menschen außerhalb von Behinderteneinrichtungen ungleich behandelt. Sie können weder die Leistungen der vollstationären Pflege (§ 43 SGB XI) in Anspruch nehmen, die sie bekommen würden, wenn sie in einem Pflegeheim lebten noch die Leistungen der ambulanten Pflege, die sie in einer Wohnung bekommen würden, die nicht in einem Behindertenheim liegt. Die Ungleichbehandlung ist besonders stark, wenn die pflegebedürftigen Menschen in Behinderteneinrichtungen Pflegestufe II oder Pflegestufe III haben. Dies wird in der folgenden Übersicht deutlich:

	Eigene Wohnung (Sachleistung)	Eigene Wohnung (Pflegegeld)	Pflegeheim	Behinderten- einrichtung
Pflegestufe I	468 €	244 €	1.064 €	266 €
Pflegestufe II	1.144 €	458 €	1.330 €	266 €
Pflegestufe III	1.612 €	728 €	1.612 €	266 €
Härtefall	1.995 €	728 €	1.995 €	266 €

Rechtlich umstritten ist, welcher Maßstab an die Prüfung der Ungleichbehandlung anzulegen ist. Das Bundessozialgericht meinte in seiner Entscheidung von 2001<sup>8</sup>, dass hier keine Benachteiligung wegen Behinderung vorliegt, die nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2

<sup>8</sup> BSG, Urt. v. 26.04.2001, B 3 P 11/00 R.

GG strikt verboten ist. Da hier behinderte Menschen mit anderen behinderten Menschen an Hand des Wohnorts ungleich behandelt werden, werde nicht wegen der Behinderung ungleich behandelt, sondern zwischen behinderten Menschen. Dem kann entgegengehalten werden, dass der Wortlaut der Norm sagt „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Es geht also um ein individuelles Recht, das auch zwischen behinderten Menschen gelten kann. Durch § 43a SGB XI werden Menschen benachteiligt, die in Behinderteneinrichtungen leben. Dort leben Menschen mit einem bestimmten Unterstützungsbedarf, insbesondere geistig und seelisch behinderte Menschen. Sie werden vor allem gegenüber den körperlich gebrechlichen Pflegebedürftigen in anderen Wohnsituationen benachteiligt. Eine solche Ungleichbehandlung sollte Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unterfallen, wie sich auch aus dem ausdrücklichen Verbot der mittelbaren Benachteiligung in Art. 5 UN-BRK ergibt.

Auch wenn man dem Bundessozialgericht folgt und die Ungleichbehandlung nur an Hand des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) prüft, ist jedoch zu beachten, dass die betroffenen Personen der Ungleichbehandlung nur schwer ausweichen können und sie im Ergebnis an der Person und ihrem Hilfebedarf anknüpft. Dann ist ein strenger Maßstab zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung anzulegen<sup>9</sup>.

Der sachliche Grund der Ungleichbehandlung muss im Verhältnis zu deren Schwere stehen. Schwerwiegend ist die Ungleichbehandlung jedenfalls für diejenigen Personen, die wegen der Regelung ihren Wohnort wechseln müssen und für diejenigen, die als Selbstzahler oder Kostenbeitragsverpflichtete finanziell zum Teil erheblich mehr belastet sind als andere Versicherte mit dem gleichen Grad der Pflegebedürftigkeit.

Als Rechtfertigung der Ungleichbehandlung wurde der knappe Finanzrahmen der Pflegeversicherung angeführt. Fraglich ist, ob Knappheit überhaupt ein legitimer Grund für die Benachteiligung Einzelner sein kann. Jedenfalls ist aber festzuhalten, dass der Beitragssatz der Pflegeversicherung (§ 55 SGB XI) seit deren Einführung dreimal erhöht worden ist (2008<sup>10</sup>, 2013<sup>11</sup>, 2015<sup>12</sup>) und 2017<sup>13</sup> erneut steigen wird. Er beträgt dann

---

<sup>9</sup> BVerfG v. 26.01.1993, 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87 („Transsexuelle“).

<sup>10</sup> Zum 01.07.2008 auf 1,95%. „Mit der Anhebung des Beitragssatzes um 0,25 Prozentpunkte können die Auswirkungen der demografischen Entwicklung sowie die Leistungsverbesserungen mit Ausnahme der Dynamisierung dauerhaft finanziert werden. Entsprechend reicht der Beitragssatz bis Ende 2014/Anfang 2015 zur Finanzierung der Reformmaßnahmen aus.“ (BT-Drs. 16/7439 [Pflege-Weiterentwicklungsgesetz]).

<sup>11</sup> Zum 01.01.2013 auf 2,05%. „Aufgabe einer Finanzierungsreform ist es, neben der kurzfristig wirksamen Beitragssatzerhöhung um 0,1 Beitragssatzpunkte langfristig unter Berücksichtigung der künftigen Beitragsentwicklung und der künftigen Leistungsentwicklung zu einer ausgewogeneren Belastung der Generationen zu kommen.“ (BT-Drs. 17/9369 [Pflege-Neuausrichtungsgesetz]).

<sup>12</sup> Zum 01.01.2015 auf 2,35%. „Der Beitragssatz wird zum 1. Januar 2015 um 0,3 Beitragssatzpunkte angehoben. Mit der Bildung eines Vorsorgefonds soll die Finanzierung der aufgrund der demografiebedingt im Zeitverlauf steigenden Leistungsausgaben gerechter auf die Generationen verteilt werden.“ (BT-Drs. 18/1798 [Fünftes SGB XI-Änderungsgesetz]/ PSG I BGBl. I, 2222).

<sup>13</sup> Zum 01.01.2017 auf 2,55%. „In Verbindung mit der Einführung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs wird der Beitragssatz der sozialen Pflegeversicherung um 0,2 Beitragssatzpunkte erhöht.“ (BT-Drs. 18/5926 [PSG II]).

2,55% statt ursprünglich 1,7%. Die Beträge der ambulanten Sachleistung (§ 36 SGB XI), die die Versicherten bekommen könnten, wenn es § 43a SGB XI nicht gäbe, sind viermal erhöht worden (2008, 2010, 2012, 2015) und betragen nun 468 € statt zunächst 384 €. Der Höchstbetrag nach § 43a SGB XI ist nur einmal, 2015, von 256 € auf 266 € erhöht worden.

Eine weitere Begründung der Regelung in § 43a SGB XI ist der Schutz der „ganzheitlichen“ Betreuung und Pflege in Einrichtungen der Behindertenhilfe, die dort aus einer Hand als Einrichtungsleistung erbracht wird. Dieses Ziel könnte jedoch genauso erreicht werden, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner Pflegegeld (§ 37 SGB XI) beantragen und in das Heimentgelt einbringen könnten. Zugleich hätten die Versicherten und die Einrichtungen aber ohne § 43a SGB XI auch die Möglichkeit, sich für eine externe Sicherstellung der Pflege zu entscheiden – wie alle anderen Versicherten es in ihrer Wohnung auch können.

#### **4. Ergebnis der rechtlichen Prüfung**

§ 43a SGB XI verstößt gegen das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, gegen die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und gegen das Benachteiligungsverbot wegen Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG oder, falls dessen Anwendungsbereich hier nicht eröffnet sein sollte, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Dies könnte gerichtlich überprüft werden, wenn betroffene Personen in Behinderteneinrichtungen für sie ausgeschlossene Leistungen nach §§ 36 oder 37 SGB XI beantragen und gegen die Ablehnung klagen. Nach Ausschöpfung des Rechtswegs könnten sie Verfassungsbeschwerde zum Bundessverfassungsgericht erheben (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG).

Auch die Bundesregierung, die Regierung eines Landes oder ein Viertel der Abgeordneten des Bundestages könnten die Regelung zur Überprüfung beim BVerfG durch eine abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) stellen.

#### **IV. Politischer Ausblick**

Die Regelung in § 43a SGB XI soll nach dem Entwurf des Dritten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung (PSG III)<sup>14</sup> im Wesentlichen beibehalten werden, obwohl nach dem Entwurf des Bundesteilhabegesetzes<sup>15</sup> nicht mehr zwischen ambulanten und stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe unterschieden werden soll. Das Gesetz soll zukünftig in § 71 Abs. 4 SGB XI daran anknüpfen, ob der Wohnort der behinderten pflegebedürftigen Versicherten unter das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) fällt. Dies könnte zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs von

---

<sup>14</sup> BR-Drs. 410/16/ BT-Drs. 18/9518.

<sup>15</sup> BR-Drs. 428/16/ BT-Drs. 18/9522.

§ 43a SGB XI auf bislang nicht erfasste betreute und unterstützte Wohnformen führen. Dies räumt auch die Gesetzesbegründung ein, in der es heißt, die erfassten Wohnorte seien schon bisher einbezogen oder seien diesen gleichzustellen<sup>16</sup>.

§§ 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., 43a SGB XI und § 55 SGB XII statuieren Sonderrecht für behinderte Menschen in Einrichtungen. Sie laufen damit nicht nur im beschriebenen Umfang dem Grundgesetz und der UN-BRK zuwider, sondern auch den politischen Bestrebungen der Behindertenpolitik, der Pflegepolitik und der Gesundheitspolitik, behinderte Menschen so weit wie möglich gleichzustellen, in die allgemeinen Institutionen einzubeziehen und Sondereinrichtungen abzubauen oder umzuwandeln. Bezogen auf Wohnrichtungen für behinderte Menschen bedeutet dies, dass alle Sonderregelungen, die das Wohnen in ihnen vom Leben in anderen Wohnmöglichkeiten unterscheiden auf den Prüfstand gestellt werden müssen.

Die Rechtfertigung der genannten Sonderregelungen lag von vornherein nicht zwingend in den Besonderheiten der behinderten Menschen, sondern in den historisch gewachsenen Besonderheiten der Einrichtungen und Hilfssysteme begründet. Mit den Veränderungen der Wohnrichtungen und der angestrebten konsequenteren, vom Leistungsort gelösten Personenzentrierung der Leistungen zur Teilhabe sind sie nicht mehr vereinbar.

In der Pflegeversicherung wurden Sonderregelungen für behinderte Menschen in Einrichtungen zudem damit gerechtfertigt, dass die Pflegeversicherung bei ihrer Einführung zunächst Leistungen für eine andere Zielgruppe sicherstellen sollte, die erst im Alter pflegebedürftig wurde. Diese Begründung war schon zur Entstehungszeit der Pflegeversicherung fragwürdig. Ihr politischer Sinn ist aber heute entfallen, wie auch an der bevorstehenden Reform der Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB XI deutlich wird, mit der Nachteile für geistig und seelisch behinderte Menschen abgebaut werden sollen.

Die rechtliche und politische Argumentation gewinnt an Glaubwürdigkeit, wenn sie konsequent nicht die Interessen der Einrichtungen und der Sozialleistungsträger, sondern die Wahlfreiheit der behinderten Menschen im Hinblick auf ihren Lebensmittelpunkt und die für sie erbrachten Leistungen in den Mittelpunkt stellt. Von diesem Standpunkt aus geht es nicht darum, ob die Pflege in Behinderteneinrichtungen oder Pflegeeinrichtungen „besser“ ist, sondern es geht darum, die Beurteilung dieser Frage so weit wie möglich den auf Pflege angewiesenen Personen zu überlassen. Dies ist ein Grundgedanke der Pflegeversicherung ebenso wie des Rechts der Leistungen zur Teilhabe. Er sollte auch an der Schnittstelle beider Systeme gelten.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.  
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/9518, 71.