

**Die Sonderregelung der Pflegeversicherung in Wohneinrichtungen für behinderte Menschen nach §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 43a Sozialgesetzbuch (SGB) Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung – und die Einschränkung des Wahlrechts zwischen Behinderteneinrichtungen und Pflegeeinrichtungen nach § 55 Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe –**

**Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz (GG) und der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK)**

**Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen**

**Prof. Dr. iur. Felix Welti**

**September 2015**

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| 1. Gegenstand des Gutachtens und Gang der Darstellung.....   | 1  |
| 1.1. Entstehungsgeschichte der Regelungen.....   | 2  |
| 1.1.1. Gesetzgebung.....   | 2  |
| 1.1.2. Rechtsprechung.....   | 12 |
| 1.1.3. Literatur.....  | 16 |
| 1.2. Regelungszusammenhang: Zusammenwirken von § 43a SGB XI und weiteren Normen.....   | 19 |
| 2. Prüfungsmaßstab des Gutachtens.....   | 22 |
| 2.1. Grundgesetz.....  | 22 |
| 2.2. UN-Behindertenrechtskonvention.....   | 24 |
| 2.2.1. Bindungswirkung.....  | 25 |
| 2.2.1.1. Umsetzungspflicht der Bundesrepublik Deutschland.....   | 25 |
| 2.2.1.2. Unmittelbare Anwendung der UN-BRK; Nichtanwendung anderer Normen.....   | 26 |
| 2.2.2. Auswirkungen der UN-BRK auf die Rechtsauslegung.....  | 28 |
| 2.2.2.1. Einfaches Recht.....  | 28 |
| 2.2.2.2. Verfassungsrecht.....   | 29 |
| 2.3. Rechtsbehelfe.....  | 30 |
| 2.3.1. Verfassungsbeschwerde.....  | 30 |
| 2.3.2. Abstrakte Normenkontrolle.....  | 31 |
| 2.3.3. Konkrete Normenkontrolle.....   | 31 |
| 2.3.4. Völkerrechtsverifikation.....   | 32 |
| 2.3.5. Beschwerde zum Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen.....                          | 32 |
| 3. Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI/ § 55 SGB XII.....  | 33 |
| 3.1. Vereinbarkeit mit Art. 11 GG.....   | 33 |
| 3.1.1. Betroffenheit des Schutzbereichs der Freizügigkeit durch § 55 Satz 2 SGB XII unter Berücksichtigung von Art. 19 UN-BRK..... | 33 |
| 3.1.2. Eingriff in die Freizügigkeit.....  | 34 |
| 3.1.3. Rechtfertigung.....   | 35 |
| 3.1.3.1. Schranken der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 2 GG).....  | 35 |
| 3.1.3.2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.....  | 36 |
| 3.1.3.3. Zitiergebot.....  | 40 |
| 3.1.4. Ergebnis.....   | 41 |
| 3.2. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG.....   | 41 |
| 3.2.1. Betroffenheit des Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Pflichtversicherung.....                           | 41 |
| 3.2.2. Eingriff durch Pflicht zur Pflegeversicherung.....  | 41 |

|  |    |
|--|----|
| 3.2.3. Rechtfertigung bei eingeschränktem Leistungsumfang .....  | 42 |
| 3.2.3.1. Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG .....  | 42 |
| 3.2.3.2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs .....   | 42 |
| 3.2.4. Ergebnis .....  | 46 |
| 3.3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG .....   | 46 |
| 3.3.1. Betroffenheit des Benachteiligungsverbots bei Ungleichbehandlung zwischen behinderten Menschen .....  | 47 |
| 3.3.2. Bestimmung des Maßstabs von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Zusammenwirken mit Art. 5 UN-BRK .....         | 51 |
| 3.3.3. Ungleichbehandlung behinderter Menschen in Behinderteneinrichtungen durch §§ 43a, 43, 36 SGB XI ..... | 53 |
| 3.3.3.1. Vergleichsgruppe .....  | 53 |
| 3.3.3.2. Rechtfertigungsgründe .....   | 58 |
| 3.3.3.2.1. Knapper Finanzrahmen .....  | 58 |
| 3.3.3.2.2. Schutz der Behindertenhilfe .....   | 58 |
| 3.3.4. Möglichkeit eines Ausgleichs durch verfassungskonforme Auslegung .....                                | 59 |
| 3.3.5. Ergebnis .....  | 61 |
| 3.4. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG .....  | 61 |
| 3.4.1. Vorliegen einer Ungleichbehandlung .....  | 62 |
| 3.4.2. Maßstab der Gleichheitsprüfung .....  | 62 |
| 3.4.3. Rechtfertigungsgründe der Ungleichbehandlung .....  | 63 |
| 3.4.4. Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung .....  | 63 |
| 3.4.5. Ergebnis .....  | 64 |
| 3.5. Ergebnis der Prüfung .....  | 64 |
| 3.5.1. Rechtliches Ergebnis .....  | 64 |
| 3.5.2. Unmittelbare Wirkungen .....  | 65 |
| 3.5.3. Rechtsschutzmöglichkeiten .....   | 65 |
| 4. Prüfung am Maßstab der UN-BRK .....   | 66 |
| 4.1. Diskriminierungsverbot nach Art. 5 UN-BRK .....   | 66 |
| 4.2. Recht auf unabhängiges Leben in der Gemeinde nach Art. 19 UN-BRK .....                                  | 66 |
| 4.3. Recht auf Gesundheit nach Art. 25 UN-BRK .....  | 68 |
| 4.4. Ergebnis der Prüfung zur UN-BRK .....   | 69 |
| 4.4.1. Rechtliches Ergebnis .....  | 69 |
| 4.4.2. Rechtswirkungen .....   | 69 |
| 4.4.2.1. Anwendbarkeit von Art. 25 GG .....  | 69 |
| 4.4.2.2. Unmittelbare Anwendbarkeit .....  | 70 |
| 4.4.3. Rechtsschutzmöglichkeiten .....   | 72 |
| 4.4.3.1. Sozialrechtsweg .....   | 72 |

|   |    |
|---|----|
| 4.4.3.2. Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle einer Geltung durch Art. 25 GG .....  | 73 |
| 4.4.3.3. Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle einer Geltung nur durch Art. 59 Abs. 2 GG.....  | 74 |
| 4.4.3.4. Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem Fakultativprotokoll zur UN-BRK.....   | 75 |
| 5. Prüfung von § 43a SGB XI in einer hypothetischen Fassung (Erhöhung des Pauschalbetrags und Staffelung nach Pflegestufen) ..... | 76 |
| 5.1. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG .....   | 77 |
| 5.2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG .....  | 77 |
| 5.3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG .....   | 78 |
| 5.4. Ergebnis .....   | 78 |
| 6. Gesamtergebnis, rechtliche und politische Würdigung.....   | 78 |
| 6.1. Rechtliche Würdigung.....  | 78 |
| 6.2. Politische Würdigung.....  | 80 |
| Literaturverzeichnis .....  | 82 |

## 1. Gegenstand des Gutachtens und Gang der Darstellung

Dieses Gutachten ist vom Landeswohlfahrtsverband (LWV) Hessen in Auftrag gegeben worden, dem überörtlichen Träger der Sozialhilfe in Hessen. Es soll zu folgenden Fragen Stellung nehmen:

- Ist § 43a SGB XI unter Berücksichtigung der UN-BRK (insbesondere Art. 19) mit dem Grundgesetz (insbesondere Art. 3 Abs. 1 und 3, Art. 1 Abs. 2 und 3) vereinbar?
- Wäre § 43a SGB XI unter Berücksichtigung der UN-BRK mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn der monatliche Pauschbetrag deutlich erhöht und ggf. nach Pflegestufen der Höhe nach gestaffelt wäre?
- Gewährt Art. 19 UN-BRK dem Versicherten, der in einer Einrichtung der Behindertenhilfe lebt, einen durchsetzbaren Individualanspruch gegenüber seiner Pflegeversicherung auf – über den Anspruch nach § 43a SGB XI hinausgehende – Leistungen? Wenn ja, in welcher Form?
- Welche Rechtsfolgewirkungen ergeben sich im Falle der Feststellung, dass § 43a SGB XI verfassungswidrig ist?

Das Gutachten dient der rechtlichen und politischen Beratung des Auftraggebers, auch im Kontext der aktuellen Diskussion um Neuregelungen im Behinderten- und Teilhaberecht.

Das Gutachten stellt zunächst die fraglichen Regelungen vor (1.) und expliziert sodann den Prüfungsmaßstab im Grundgesetz und der UN-Behindertenrechtskonvention unter Einschluss der möglichen Rechtsbehelfe (2.). Darauf folgt eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der sozialrechtlichen Normen am Maßstab der Freizügigkeit (Art. 11 GG), der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), des Verbots der Benachteiligung behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) und des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) (3.). Danach wird

die Vereinbarkeit mit der UN-Behindertenrechtskonvention am Maßstab des Rechts auf selbstbestimmtes Leben in der Gemeinde (Art. 19 UN-BRK) und des Rechts auf Gesundheit (Art. 25 UN-BRK) geprüft (4.). Es folgt die Prüfung einer hypothetischen Fassung von § 43a SGB XI mit einem erhöhten und gestaffelten Pauschalbetrag (5.) und eine Zusammenfassung (6.).

## 1.1. Entstehungsgeschichte der Regelungen

### 1.1.1. Gesetzgebung

Vor Bestehen der Pflegeversicherung wurden in stationären Einrichtungen für behinderte Menschen – insbesondere Wohneinrichtungen für geistig und seelisch behinderte Menschen – Pflegeleistungen soweit ersichtlich als kaum getrennt ausgewiesener Bestandteil der allgemeinen Leistungen der Unterbringung, Betreuung und Eingliederung auf Kosten der Träger der Sozialhilfe nach dem BSHG geleistet.

Das Pflege-Versicherungsgesetz vom 26.5.1994 trat am 1.1.1995 in Kraft<sup>1</sup>. Ab 1.4.1995 wurden die Leistungen bei häuslicher Pflege erbracht, ab 1.7.1996 diejenigen bei stationärer Pflege. Bereits vor diesem Zeitpunkt wurde diskutiert, dass die beschlossene Fassung des Gesetzes keine befriedigende Regelung für die Pflege in stationären Behinderteneinrichtungen enthalte. Grund dafür war, dass die Definition der stationären Pflegeeinrichtung in § 71 Abs. 2 SGB XI verlangt, dass es sich um eine selbstständig wirtschaftende Einheit handelt, in der unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft Pflegebedürftige gepflegt werden. Ausgebildete Pflegefachkräfte sind Berufsangehörige der Gesundheits- und Krankenpflege, der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege und der Altenpflege. In den stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe fand die Pflege im Wesentlichen unter der ständigen Verantwortung von Angehörigen

---

<sup>1</sup>BGBl I, S. 1014.

anderer Berufsgruppen wie der Sozialpädagogik und der Heilpädagogik statt, so dass die Anforderungen von § 71 Abs. 2 SGB XI nicht erfüllt wurden.

Aus der Regelung ergab sich, dass stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe nicht zugleich Einrichtungen der stationären Pflege (Pflegeheime) im Sinne von § 71 Abs. 2 SGB XI sein konnten, so dass ihre Bewohnerinnen und Bewohner keine Leistungen der vollstationären Pflege nach § 43 SGB XI in Anspruch nehmen konnten.

§ 36 Abs. 1 Satz 1 SGB XI lautete:

„Pflegerbedürftige, die in ihrem Haushalt oder einem anderen Haushalt, in den sie aufgenommen sind, gepflegt werden, erhalten Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung als Sachleistung (häusliche Pflegehilfe).“

Auf der Grundlage dieser Formulierung war umstritten, ob pflegerbedürftige Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe Leistungen der häuslichen Pflege beanspruchen konnten<sup>2</sup>. In der Begründung des Entwurfs zum SGB XI wurde für die Pflegesachleistung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Anspruch auf die Eingliederungshilfe für Behinderte ungeschmälert erhalten bleibe. In der Begründung für das Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen hieß es ausdrücklich:

*„Häusliche Pflege wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Pflegebedürftige in einem Altenwohnheim, Altenheim, einem Wohnheim für Behinderte oder einer vergleichbaren Behinderteneinrichtung wohnt. Benötigt der Pflegebedürftige in einer solchen Einrichtung Pflegeleistungen, soll es ihm möglich sein, mit Hilfe des Pflegegeldes die Pflege selbst durch ehrenamtliche Pflegepersonen oder durch den Einkauf professioneller Hilfe sicherzustellen. Dabei ist es auch möglich, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld Pflegeleistungen bezahlt, die von der*

---

<sup>2</sup>Vgl. Udsching, SGB XI, 4. Aufl. 2015, Rz 5 zu § 36.

*Einrichtung selbst erbracht werden, sofern ein entsprechender Vertrag nach § 86 geschlossen wird. Er kann gegebenenfalls auch Sachleistungen nach § 32 durch zugelassene ambulante Pflegedienste in Anspruch nehmen<sup>3</sup>.“*

Im Laufe der Jahre 1995 und 1996 wurde von Beginn der 13. Wahlperiode an jedoch eine intensive Diskussion über die Umsetzung der Vorschriften für die Bewohnerinnen und Bewohner von stationären Behinderteneinrichtungen geführt<sup>4</sup>. Trotz der klaren Begründung war kontrovers, ob Behinderteneinrichtungen als „Haushalt“ gelten könnten<sup>5</sup>.

So wurde aus Anlass der ersten Beratung eines von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eingebrachten Entwurfs für ein Gesetz zur Ergänzung des Pflegeversicherungsgesetzes<sup>6</sup> angesprochen, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zur Eingliederungshilfe komme<sup>7</sup>. Die Regierungsfractionen von CDU/CSU und FDP brachten am 6.2.1996 den Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (1. SGB XI-ÄndG) ein<sup>8</sup>. Darin waren als Regelungsentwürfe enthalten für § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI:

*„Die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz, dem Bundesversorgungsgesetz und dem Achten Buch sind im Verhältnis zur Pflegeversicherung nicht nachrangig; sie umfassen in teil- und vollstationären Einrichtungen der Behindertenhilfe auch die in der Einrichtung erbrachten Pflegeleistungen im Sinne des § 14.“<sup>9</sup>*

Für § 36 Abs. 1 Satz 2 SGB XI wurde vorgeschlagen:

---

<sup>3</sup>BR-Drs. 505/93 vom 13.8.1993/ BT-Drs. 12/5262, S. 112.

<sup>4</sup>Vgl. Igl, Zu einigen sozialrechtlichen und sozialpolitischen Problemen des neuen Pflegeversicherungsrechts, in: achingner/Rothgang (Hrsg.), Die Wirkungen des Pflege-Versicherungsgesetzes, Berlin 1995, S. 279, 291 ff.

<sup>5</sup>Vgl. Bieback, SGB 1995, S. 569, 575; Mrozynski, SGB 1995, S. 104-112.

<sup>6</sup>BT-Drs. 13/99.

<sup>7</sup>MdB Petra Bläss (PDS), 13. WP, 21. S., 16.02.1995, Prot. S. 1468.

<sup>8</sup>BT-Drs. 13/3696 vom 6.2.1996.

<sup>9</sup>BT-Drs. 13/3696, S. 3.



*„Leistungen der häuslichen Pflege sind auch zulässig, wenn Pflegebedürftige nicht in ihrem eigenen Haushalt gepflegt werden; sie sind nicht zulässig, wenn Pflegebedürftige in einer stationären Pflegeeinrichtung oder in einer Einrichtung im Sinne des § 71 Abs. 4 gepflegt werden.“<sup>10</sup>*

Weiterhin war als Entwurf für eine neue Regelung in § 71 Abs. 4 SGB XI enthalten:

*„Einrichtungen, in denen die medizinische Vorsorge oder Rehabilitation, die berufliche oder soziale Eingliederung, die schulische Ausbildung oder die Erziehung Kranker oder Behinderter im Vordergrund des Zweckes der Einrichtung stehen, sowie Krankenhäuser sind keine Pflegeeinrichtungen im Sinne des Absatzes 2.“<sup>11</sup>*

Diese Vorschläge werden nur sehr knapp begründet. Es wird ausgeführt, es handle sich um eine auch aus Finanzierungsgründen notwendige klare Trennung von Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen, in denen Hilfen bei Verrichtungen des täglichen Lebens zur Verfügung gestellt werden, die jedoch von ihrer Grundausrichtung her einem anderen Zweck dienen<sup>12</sup>. Die leistungsrechtliche Regelung wird nur als Klarstellung bezeichnet, deren Umsetzung der Vermeidung von Missbrauch diene<sup>13</sup>. In der ersten Beratung des Gesetzentwurfes am 8.2.1996 wurden die Vorschläge problematisiert. Der Abgeordnete *Gerd Andres* (SPD) führte aus, es sei bei der Schaffung der Pflegeversicherung

*„kein Mensch davon ausgegangen, dass die jetzt in § 71 Abs. 4 SGB XI genannten Einrichtungen als faktisch anerkannte Pflegeeinrichtungen über die Pflegeversicherung abgewickelt werden“.*

---

<sup>10</sup>BT-Drs. 13/3696, S. 4.

<sup>11</sup>BT-Drs. 13/3696, S. 5.

<sup>12</sup>BT-Drs. 13/3696, S. 15.

<sup>13</sup>BT-Drs. 13/3696, S. 12.

Er stellte die daraus folgende Ungleichbehandlung zwischen einem behinderten Kind, das zuhause gepflegt wird und dem gleichen Kind in einer vollstationären Einrichtung dar und sagte:

*„Ob eine solche Regelung unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten und im Hinblick auf Art. 3 des Grundgesetzes verfassungsrechtlich Bestand haben kann, diese Frage will ich hier nur einmal aufwerfen.“<sup>14</sup>*

Ähnlich argumentierte die Abgeordnete *Andrea Fischer* (BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN), die darauf hinwies, dass auch die Behinderten als Erwerbstätige Beiträge zahlen. Sie erwähnte den Vorschlag von Behindertenverbänden, die Kosten in Behinderteneinrichtungen im Verhältnis 80:20 aufzuteilen<sup>15</sup>. Die Abgeordnete *Petra Bläss* (PDS) bezeichnete die geplante Änderung ebenfalls als Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung, der für die Betroffenen einen höheren Eigenanteil mit sich bringe<sup>16</sup>. Der zuständige Bundesminister für Arbeit und Soziales, *Norbert Blüm*, führte dagegen aus, kein Heimbewohner müsse sein Heim verlassen und wer zu Hause bleibe, erhalte auch als Behinderter Leistungen der Pflegeversicherung<sup>17</sup>.

In den Ausschussberatungen wurde der Entwurf für § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI so verändert, wie es im Wesentlichen der heute noch geltenden Formulierung entspricht<sup>18</sup>. Neu eingefügt wurde ein Entwurf für eine Regelung zur Beitragsfreiheit auf Antrag für Mitglieder der Pflegeversicherung, die sich auf nicht absehbare Zeit in stationärer Pflege auf Kosten eines vorrangigen Leistungsträgers oder in einer stationären Behinderteneinrichtung befinden (§ 56 Abs. 4 SGB XI)<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup>MdB Gerd Andres (SPD), 13. WP., 86. S., 8.2.1996, Prot. S. 7648.

<sup>15</sup>MdB Andrea Fischer (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), 13. WP., 86. S., 8.2.1996, Prot. S. 7649.

<sup>16</sup>MdB Petra Bläss (PDS), 13. WP., 86. S., 8.2.1996, Prot. S. 7651 f.

<sup>17</sup>BM Norbert Blüm, 13. WP., 86. S., 8.2.1996, Prot. S. 7653.

<sup>18</sup>BT-Drs. 13/4091, S. 5.

<sup>19</sup>BT-Drs. 13/4091, S. 9.

SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hatten in den Ausschussberatungen Änderungsanträge eingebracht, die eine Kostenerstattung der Pflegekasse an den Träger der Sozialhilfe in Höhe von 20% der Gesamtleistung vorsahen; diese Anträge fanden keine Mehrheit<sup>20</sup>. In der Anhörung zum Gesetz wiesen die Arbeiterwohlfahrt, der Deutsche Caritasverband, das Deutsche Rote Kreuz, der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge, die Bundesvereinigung Lebenshilfe (*Lachwitz*), der VDK (*Backendorf*) und die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände (*Vigener*) kritisch auf das Problem der Ansprüche behinderter Menschen hin, unter anderem unter Hinweis auf die Selbstzahlerinnen und Selbstzahler und die Kostenbeitragsverpflichteten in Einrichtungen. Die Sachverständigen *Rüfner* und *von Maydell* sahen keine verfassungsrechtlichen Probleme<sup>21</sup>.

In der folgenden zweiten und dritten Beratung am 15.3.1996 wurde von Seiten der den Antrag stellenden Fraktionen durch *Birgit Schnieber-Jastram* (CDU) ausgeführt, das Gesetz garantiere den Behinderten ihre bisherigen Ansprüche, von einer Einbeziehung in die Pflegeversicherung profitierten nur 1% der Behinderten als Selbstzahlerin oder Selbstzahler<sup>22</sup>. *Gisela Babel* (FDP) verwies vor allem auf den knappen finanziellen Rahmen der Pflegeversicherung<sup>23</sup>, *Karl-Josef Laumann* (CDU) verband beides mit den Aussagen, der einzelne Behinderte werde nicht schlechter gestellt, eine andere Regelung würde aber bedeuten, 600-800 Millionen DM „an die Sozialhilfe beitragsfinanziert hinüberzuschaukeln“<sup>24</sup>, ebenso äußerte sich Bundesminister *Blüm*<sup>25</sup>. *Gerd Andres* (SPD) und *Ulrike Mascher* (SPD) bezeichneten die Regelung dagegen als völlige Ausgrenzung

---

<sup>20</sup>BT-Drs. 13/4091, S. 26, 27.

<sup>21</sup>BT-Drs. 13/4091, S. 30 ff.; 44. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 28.2.1996, Protokoll Nr. 44.

<sup>22</sup>MdB Birgit Schnieber-Jastram (CDU), 13. WP, 96. S., 15.3.1996, Prot. S. 8594.

<sup>23</sup>MdB Gisela Babel (FDP), 13. WP, 96. S., 15.3.1996, Prot. S. 8599.

<sup>24</sup>MdB Karl-Josef Laumann (CDU), 13. WP, 96. S., 15.3.1996, Prot. S. 8601.

<sup>25</sup>BM Norbert Blüm, 13. WP, 96. S., 15.3.1996, Prot. S. 8605.

140.000 Behinderter<sup>26</sup>, die Abgeordnete *Marieluise Beck* (BÜNDNIS 90/ Die GRÜNEN) als Diskriminierung<sup>27</sup>.

Der Bundesrat rief den Vermittlungsausschuss an<sup>28</sup>. Dies wurde in den Ausschussberatungen des Bundesrats insbesondere mit der Ausgrenzung Behinderter in stationären Einrichtungen begründet. Es wurde befürchtet, dass pflegebedürftige Behinderte die Einrichtung wechseln müssten. Vorgeschlagen wurde eine pauschale Abgeltung der Pflegekosten in Höhe von mindestens 20% der Gesamtkosten<sup>29</sup>. Der Unterausschuss Recht des Bundesrats befasste sich mit der Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs<sup>30</sup>. Er sah das Benachteiligungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG als nicht berührt an, da eine Differenzierung innerhalb der Gruppe der Behinderten in Rede stehe. Gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG sei die Ungleichbehandlung verfassungsgemäß, da die unterschiedlichen Rahmenbedingungen der Hilfgewährung in stationären Pflegeeinrichtungen und in stationären Behinderteneinrichtungen sie rechtfertigten. Im Plenum des Bundesrats führte Staatsministerin *Ursula Männle* (Freistaat Bayern; CSU) aus, dass vollstationäre Behinderteneinrichtungen als Pflegeeinrichtungen anerkannt werden sollten, um einem Leistungsausschluss entgegenzuwirken und um zu verhindern, dass der ganzheitliche Betreuungsansatz der Behindertenhilfe zerstört würde<sup>31</sup>.

Am 2.5.1996 stellte die Bundesvereinigung Lebenshilfe für geistig Behinderte ein Rechtsgutachten von *Bodo Piroth* vor, in dem dieser die geplanten Regelungen

---

<sup>26</sup>MdB Gerd Andres (SPD), 13. WP, 96. S., 15.3.1996, Prot. S. 8595, 8603.

<sup>27</sup>MdB Marieluise Beck (BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN), 13. WP, 96. S., 15.3.1996, Prot. S. 8598.

<sup>28</sup>BR-Drs. 228/96, Beschluss vom 3.5.1996; BT-Drs. 13/4521 v. 6.5.1996.

<sup>29</sup>BR-Drs. 228/1/96, Empfehlungen der Ausschüsse, S. 2 ff., 10 ff., 374. Sitzung des Gesundheitsausschusses vom 17.4.1996.

<sup>30</sup>Unterausschusssitzung am 11.4.1996, R 055 (6), Nr. R 25/96.

<sup>31</sup>BR, 696. S., 3.5.1996, Prot. S. 167.

als verfassungswidrig bewertete<sup>32</sup>. *Pieroth* wies dabei insbesondere auf die Belastung der Selbstzahlerinnen und Selbstzahler – deren Anteil er einer empirischen Studie<sup>33</sup> folgend auf 2,9% bezifferte – sowie der mit Kostenbeiträgen belasteten Bewohnerinnen und Bewohner und ihrer Angehörigen hin<sup>34</sup>. *Pieroth* sah das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung als einschlägig an, da es zu einer Benachteiligung behinderter Menschen in Behinderteneinrichtungen gegenüber anderen Pflegebedürftigen in stationären Einrichtungen führe<sup>35</sup>. Auch am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG gemessen sei die Regelung verfassungswidrig, die finanzielle Entlastung der Pflegeversicherung kein tauglicher Rechtfertigungsgrund<sup>36</sup>.

Die – wie üblich – nicht begründete<sup>37</sup> Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 22.5.1996<sup>38</sup> enthielt dann den Vorschlag, einen § 43a SGB XI einzufügen, der wie folgt formuliert war:

„Für Pflegebedürftige in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe, in der die berufliche und soziale Eingliederung, die schulische Ausbildung oder die Erziehung Behinderter im Vordergrund des Einrichtungszwecks stehen (§ 71 Abs. 4) übernimmt die Pflegekasse zur Abgeltung der in § 43 Abs. 2 genannten Aufwendungen zehn vom Hundert des nach § 93 Abs. 2 des Bundessozialhilfegesetzes vereinbarten Heimentgelts. Die Aufwendungen der Pflegekasse dürfen im Einzelfall je Kalendermonat 500 Deutsche Mark nicht überschreiten.“

---

<sup>32</sup> *Pieroth*, Das Verhältnis von Sozialhilfe und Pflegeversicherung bei Behinderten – Rechtsgutachten zur Tragweite und Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 Abs. 3, 36 Abs. 1, 71 Abs. 4 des Entwurfs eines 1. SGB XI-Änderungsgesetzes (BT-Drucks. 13/4091), April 1996.

<sup>33</sup> *Hornung/Metzler/Wacker/Wetzler*, Möglichkeiten und Grenzen selbstständiger Lebensführung in Einrichtungen, 2. Zwischenbericht, Dezember 1995, S. 46.

<sup>34</sup> *Pieroth*, Gutachten, S. 25 f.

<sup>35</sup> *Ebd.*, S. 39.

<sup>36</sup> *Ebd.*, S. 45 f.

<sup>37</sup> Vgl. dazu: BVerfG, B. v. 8.12.2009, 2 BvR 758/07, BVerfGE 125, 104.

<sup>38</sup> BT-Drs. 13/4668 v. 22.5.1996.

In § 71 Abs. 4 SGB XI wurde noch das Wort „Stationäre“ am Satzanfang eingefügt. § 13 und § 36 SGB XI wurden nicht verändert. Die Beitragsfreiheit für Behinderte in Einrichtungen nach § 56 entfiel.

Der Deutsche Bundestag stimmte der Beschlussempfehlung in der Sitzung vom 23.5.1996 zu. In der Diskussion führte *Heribert Blens* (CDU/CSU) aus, dass diese Regelung eine Entlastung der Kommunen um 450 Millionen DM bedeute<sup>39</sup>. *Peter Struck* (SPD) bezeichnete die „*Hereinnahme der Behinderten in die Pflegeversicherung*“ als wesentlichen Schritt<sup>40</sup>. *Ulrich Irmer* (FDP) führte aus, es bestehe ein Risiko, dass die Grenze von 450 Millionen DM „*unter verfassungsrechtlichen Aspekten durchbrochen werden könnte*“<sup>41</sup>. Der Bundesrat stimmte der Regelung am 24.5.1996 zu<sup>42</sup>. Das Gesetz wurde am 14.6.1996 verkündet<sup>43</sup> und trat am 25.6.1996 in Kraft.

§ 43a SGB XI wurde terminologisch durch das SGB IX<sup>44</sup> zum 1.7.2001 geändert („behinderte Menschen“ statt „Behinderte“). Zudem wurde die Regelung in § 40a BSHG eingeführt. Sie lautete:

*„Wird Eingliederungshilfe in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe im Sinne des § 43a des Elften Buches Sozialgesetzbuch erbracht, umfasst die Hilfe auch die in der Einrichtung gewährten Pflegeleistungen. Stellt der Träger der Einrichtung fest, dass der behinderte Mensch so pflegebedürftig ist, dass die Pflege in der Einrichtung nicht sichergestellt werden kann, vereinbaren der Träger der Sozialhilfe und die zuständige Pflegekasse mit dem Einrichtungsträger, dass*

---

<sup>39</sup>MdB Heribert Blens (CDU/CSU), 13. WP., 107 S., 23.5.1996, Prot. S. 9421.

<sup>40</sup>MdB Peter Struck (SPD), 13. WP., 107 S., 23.5.1996, Prot. S. 9422.

<sup>41</sup>MdB Ulrich Irmer (FDP), 13. WP., 107 S., 23.5.1996, Prot. S. 9422.

<sup>42</sup>BR, 697. S., 24.5.1996.

<sup>43</sup>Erstes Gesetz zur Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 14.6.1996, BGBl. I, S. 830.

<sup>44</sup>Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen v. 19.6.2001, BGBl. I, S. 1046.

*die Hilfe in einer anderen Einrichtung erbracht wird; dabei ist angemessenen Wünschen des behinderten Menschen Rechnung zu tragen.“*

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, diese Regelung diene der Klarstellung, dass die Eingliederungshilfe in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe die notwendige Pflege mit umfasst. Die Regelung stelle sicher, dass dem Wunsch behinderter Menschen, in der Einrichtung zu verbleiben, grundsätzlich Rechnung zu tragen ist. Eine Verlegung pflegebedürftiger behinderter Menschen sei nur im Einzelfall und nur dann möglich, wenn ihre Pflege in der Einrichtung der Behindertenhilfe nicht sichergestellt werden könne. Dies müssten Pflegekasse, Sozialhilfeträger und Einrichtungsträger einvernehmlich sicherstellen<sup>45</sup>.

Der Bundesrat nahm zu dem Entwurf kritisch Stellung. Er forderte, dass die Feststellung, dass der behinderte Mensch nicht mehr in der Einrichtung versorgt werden könne, nicht alleine von der Einrichtung vorgenommen werden dürfe. Die fachgerechte Hilfe solle in Pflegeeinrichtungen ausgeführt werden, in denen aufstockend Eingliederungshilfe geleistet wird. Die Träger der Sozialhilfe und die Pflegekassen sollten verpflichtet werden, auf das Vorhandensein solcher Einrichtungen mit kombiniertem Hilfeangebot hinzuwirken<sup>46</sup>. Die Stellungnahme bewirkte jedoch keine Änderung. In den Beratungen im Deutschen Bundestag zum SGB IX wurde § 40a BSHG nur von der Abgeordneten *Silvia Schmidt* (SPD) thematisiert, die ausführte, behinderte Menschen könnten in Zukunft nicht mehr, weil es einfach und billig sei, ohne ihre Einwilligung in Pflegeheime abgeschoben werden<sup>47</sup>. In den Ausschussberatungen bezog sich der Bundesverband Selbsthilfe

---

<sup>45</sup>BT-Drs. 14/5074, S. 124.

<sup>46</sup>BR-Drs. 49/01, S. 27 ff.

<sup>47</sup>MdB Silvia Schmidt (SPD), 14. WP, 165. S., 6.4.2001, Prot. S. 16114.

Körperbehinderter dagegen kritisch auf die Regelung und forderte, das Wort „angemessen“ zu streichen<sup>48</sup>.

Zum 1.1.2002 wurde der Betrag auf 256 € umgestellt<sup>49</sup>. Weiterhin wurde Satz 3 angefügt, wonach für Tage, an denen die pflegebedürftigen Behinderten zu Hause gepflegt und betreut werden und anteiliges Pflegegeld beansprucht wird, An- und Abreisetag als volle Tage der häuslichen Pflege gelten<sup>50</sup>.

Die Regelung in § 40a BSHG wurde im Wortlaut unverändert zum 1.1.2005 als § 55 SGB XII übernommen. Die Bezugnahme in § 43a wurde angepasst<sup>51</sup>.

Durch das Erste Pflegestärkungsgesetz wurde der Betrag zum 1.1.2015 auf 266 € erhöht<sup>52</sup>. Die Bundesvereinigung Lebenshilfe nahm ihre Stellungnahme zum Anlass zu erklären, die Leistung sei weit davon entfernt, die Kosten des tatsächlichen Pflegebedarfs abzubilden<sup>53</sup>.

### 1.1.2. Rechtsprechung

Die Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI war – soweit ersichtlich – Gegenstand nur zweier Entscheidungen des für die Pflegeversicherung zuständigen 3. Senats des Bundessozialgerichts (BSG). In dem durch Urteil vom 13.3.2001 entschiedenen Fall<sup>54</sup> stand zunächst in einem Rechtsstreit zwischen dem Träger der Sozialhilfe und einer privaten Pflegeversicherung die Berechnung der Pauschalzahlung für Zeiten der Abwesenheit vom Heim in Frage. Die beklagte Pflegeversicherung stellte bei dieser Gelegenheit auch die Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI in

---

<sup>48</sup>Bundesverband Selbsthilfe Körperbehinderter, Stellungnahme zur Anhörung am 19./20.2.2001, Ausschussdrucksache 14/1236 vom 9.2.2001.

<sup>49</sup>Gesetz zur Umstellung von Gesetzen und anderen Vorschriften auf dem Gebiet des Gesundheitswesens auf Euro (Achstes Euro-Einführungsgesetz) v. 23.10.2001, BGBl. I, S. 2702.

<sup>50</sup>Gesetz zur Ergänzung der Leistungen bei häuslicher Pflege von Pflegebedürftigen mit erheblichem allgemeinem Betreuungsbedarf v. 14.12.2001, BGBl. I, S. 3728.

<sup>51</sup>Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch v. 27.12.2003, BGBl. I, S. 3022.

<sup>52</sup>Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften, BGBl. I, S. 2222.

<sup>53</sup>Bundesvereinigung Lebenshilfe, Stellungnahme vom 17.9.2014 zu BT-Drs. 18/1798 und BT-Drs. 18/2379.

<sup>54</sup>BSG, Urt. v. 13.3.2001, B 3 P 17/00 R, SozR 3-3300 § 43a Nr. 3.



Frage. Das BSG führte hierzu aus, die Verfassungswidrigkeit ergebe sich nicht daraus, dass die Regelung Gegenstand eines politischen Kompromisses zwischen Bundestag und Bundesrat war. Auch sei die Regelung nicht systemwidrig, da es sich bei den von der Beklagten zu deckenden Kosten um Kosten bei Pflegebedürftigkeit handele.

In dem vom 3. Senat des BSG am 26.4.2001 entschiedenen Fall<sup>55</sup> klagte eine Bewohnerin einer Behinderteneinrichtung, die 1995 in Pflegestufe III eingestuft worden war und Pflegegeld bezogen hatte, gegen die Pflegekasse. Die Klägerin beantragte Leistungen nach § 43 SGB XI in Höhe von 2.800 DM. Wegen § 43a SGB XI übernahm die Pflegekasse jedoch nur die Zahlung von 500 DM. Die Klägerin sah sich dadurch verfassungswidrig benachteiligt. Sie hatte keinen Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe, vermutlich wegen Überschreitens der Einkommens- und Vermögensgrenzen. Ermittlungen hierzu wurden vom vorinstanzlichen SG Köln<sup>56</sup> nicht angestellt und vom BSG nicht für notwendig gehalten.

Das BSG führte aus, der vom Gesetzgeber bewusst betriebene Ausschluss der Einrichtungen der Behindertenhilfe aus dem Kreis der Leistungserbringer, die vollstationäre Pflegeleistungen erbringen könnten, sei bei einer Gesamtwürdigung nicht verfassungswidrig. Im Fall der Klägerin sei diese zu Unrecht davon ausgegangen, ihre Pflege könne nur in einer Einrichtung der Behindertenhilfe sachgerecht durchgeführt werden. Nach den Feststellungen des SG Köln dominiere aber die Erforderlichkeit von Pflege eindeutig und es seien nach einem jahrzehntealten konstanten Behinderungsbild Ansatzpunkte für rehabilitative Möglichkeiten nicht erkennbar.

---

<sup>55</sup>BSG, Urt. v. 26.4.2001, B 3 P 11/00 R, SozR 3-1100 Art. 3 Nr. 169.

<sup>56</sup>SG Köln, Urt. v. 24.1.200, S 23 P 51/98 – juris.

Der Gesetzgeber habe, so das BSG, Behinderte, bei denen die Notwendigkeit umfassender Pflege und nicht die Eingliederung in die Gesellschaft überwiege, darauf verweisen dürfen, stationäre Pflegeleistungen in zugelassenen Pflegeheimen in Anspruch zu nehmen.

Unabhängig davon liege eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht vor, da die Regelung in § 43a SGB XI eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung enthalte. Sie orientiere sich am durchschnittlichen Anteil pflegebedingter Kosten in den Pflegesätzen der Behindertenhilfe. Der Behinderte werde dadurch entlastet. Sei der Anteil der Pflegekosten an den Einrichtungskosten wesentlich höher, sei dies ein Indiz dafür, dass der betreffende Mensch – wie die Klägerin – „fehluntergebracht“ sei.

Die unterschiedliche Behandlung verstoße auch nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, da die unterschiedlichen Regelungen in §§ 43, 43a SGB XI nicht am Bestehen einer Behinderung, sondern am Ort der Versorgung anknüpfen.

Mit der Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI befasst sich auch ein Urteil des SG Itzehoe vom 11.9.2002<sup>57</sup>. Hier hatte ein Bewohner einer Behinderteneinrichtung wiederum Leistungen nach § 43 SGB XI bei der Pflegekasse beantragt. Die Klage wurde abgewiesen. Nach Auffassung des SG Itzehoe konnte § 43a SGB XI nicht verfassungskonform so ausgelegt werden, dass die Leistungen in der in § 43 SGB XI vorgesehenen Höhe gewährt werden können. Ebenso sei § 43a SGB XI nicht verfassungswidrig. Die Regelung knüpfe nicht an der Eigenschaft als Behinderter an, so dass Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht betroffen sei. Sie sei auch nicht willkürlich, sondern knüpfe an vorgefundene Strukturen der Behindertenhilfe und der Altenhilfe an. Daher verstoße sie auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Das Gericht führt aber weiter aus, ein Umzug in eine zugelassene Pflegeeinrichtung

---

<sup>57</sup>SG Itzehoe, Urt. v. 11.9.2002, S 2 P 22/01, RdLH 2002, S. 158 ff.

könne nicht ohne weiteres als zumutbar angesehen werden. Hierfür spreche auch § 40a BSHG. Es bestehe auch bei einem jahrzehntelang konstanten Behinderungsbild ein Anspruch auf Eingliederungshilfe. Die Regelung erscheine insgesamt – insbesondere für Selbstzahlerinnen und Selbstzahler – unbefriedigend, woraus sich jedoch noch keine Verfassungswidrigkeit ergebe.

Weitere Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit, die sich mit § 43a SGB XI befassen, thematisieren die Verfassungsmäßigkeit nicht. Zur systematischen Einordnung könnten Entscheidungen beitragen, in denen der Leistungsumfang Gegenstand ist. Mit Entscheidung vom 28.6.2001 hat der 3. Senat des BSG entschieden, dass der Anspruch nach § 43a SGB XI wie derjenige nach § 43 SGB XI die medizinische Behandlungspflege und die soziale Betreuung umfasst<sup>58</sup>. Anders akzentuiert der 3. Senat in einer Entscheidung vom 1.9.2005, wonach der Anspruch nach § 43a SGB XI den Anspruch auf Häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB V nicht ausschließt<sup>59</sup>. Dies haben – bestärkt durch die Neuregelung von § 37 SGB V, die auch einen sonstigen geeigneten Ort als möglichen Leistungsort der Häuslichen Krankenpflege ansieht – auch weitere Landessozialgerichte und Sozialgerichte entschieden<sup>60</sup>. In diesen Entscheidungen kam es nicht darauf an, dass die vollstationäre Pflege nach § 43 SGB XI auch die Behandlungspflege umfasst. Zu einer Entscheidung des für die Sozialhilfe zuständigen 8. Senats des BSG kam es wegen Anerkenntnisses nicht<sup>61</sup>.

Keinen Erfolg hatte die Klage einer Behinderteneinrichtung auf Übernahme der Kosten für die Grundpflege eines Bewohners durch einen Pflegedienst gegen den

---

<sup>58</sup>BSG, Urt. v. 28.6.2001, B 3 P 7/00 R, SozR 3-3300 § 43a Nr. 5.

<sup>59</sup>BSG, Urt. v. 19.2005, B 3 KR 19/04 R, SozR 4-2500 § 37 Nr. 5.

<sup>60</sup>LSG Hamburg, B. v. 12.11.2009, L 1 B 202/09 ER/KR, RdLH 2010, 13; LSG Berlin-Brandenburg v. 20.9.2013, L 1 KR 90/12, RdLH 2014, 9; LSG Hessen v. 19.12.2013, L 8 KR 411/12 B ER; LSG Bayern v. 12.3.2014, L 4 KR 119/12 – juris; LSG Niedersachsen-Bremen v. 17.12.2014, L 4 KR 316/10; SG Stralsund, Urt. v. 10.8.2012, S 3 KR 78/10, RdLH 2013, 10; SG Frankfurt am Main, B. v. 25.10.2012, S 25 KR 520/12 ER, RdLH 2013, 10; SG Lübeck v. 12.8.2014, S 1 KR 322/11 – juris; vgl. Weber, NZS 2011, S. 650, 653.

<sup>61</sup>Az. B 8 SO 16/09 R, Terminsbericht vom 10.11.2011.

Träger der Sozialhilfe<sup>62</sup>. Das Gericht verwies hier auf § 55 SGB XII. Abgelehnt wurde auch ein Anspruch gegen die Pflegekasse auf zusätzliche Betreuungsleistungen nach §§ 45a, b SGB XI für einen Bewohner einer Behinderteneinrichtung<sup>63</sup>.

### 1.1.3. Literatur

Die Regelung in § 43a SGB XI wird verschiedentlich in der rechtswissenschaftlichen und sozialpolitischen Literatur problematisiert. Die Fachverbände für Menschen mit geistiger Behinderung kritisierten bereits in einem im Februar 1997 veröffentlichten Positionspapier zur Umsetzung des 1. SGB XI-Änderungsgesetzes, dass die durch das Gesetz induzierte Umwandlung von Einrichtungen oder Einrichtungsteilen in Pflegeeinrichtungen und die Verweisung auf Pflegeeinrichtungen dazu führe, dass Menschen aus ihren Lebenszusammenhängen gerissen, gettoisiert und falsch versorgt würden<sup>64</sup>. Die verfassungsrechtlichen Bedenken konnten nach Auffassung der Verbände durch die niedrig angesetzte Pauschalzahlung nicht ausgeräumt werden. Diese Position wurde auch 1999 vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge vertreten<sup>65</sup>.

*Baur*<sup>66</sup> berichtet 1998 darüber, dass die Praxis auf die Regelung mit einer Binnendifferenzierung der Einrichtungen reagiert, um in engem räumlichen Zusammenhang selbstständige Behinderteneinrichtungen und Pflegeeinrichtungen zu etablieren. Bei diesen Lösungen handele es sich jedoch um Behelfslösungen, die rechtssystematisch und praktisch nicht befriedigten. Gesetzgeberische Lösungen seien entweder die Einbeziehung der Behinderteneinrichtungen in § 43 SGB XI

---

<sup>62</sup>LSG Schleswig-Holstein, B. v. 21.12.2012, L 9 SO 151/12 B ER.

<sup>63</sup>SG Saarland v. 29.1.2015, S 19 P 75/14.

<sup>64</sup>*Bundesvereinigung Lebenshilfe für Menschen mit geistiger Behinderung et al.*, RdLH 1997, S. 3-11.

<sup>65</sup>*Deutscher Verein*, NDV 1999, S. 181-184.

<sup>66</sup>*Baur*, NDV 6/1998, S. 167-171.

oder die Zulassung der Leistungen nach § 36 SGB XI in Behinderteneinrichtungen. Letzteres sei auch konzeptionell folgerichtig, da der Behinderte in der Einrichtung seine Wohnung hat.

Mit der Umwandlungs- und Umwidmungspraxis bei der Umsetzung von § 43a SGB XI befasst sich auch der erste Bericht an die Bundesregierung zur Pflegeversicherung<sup>67</sup>. Der Deutsche Bundestag nahm den Bericht zur Kenntnis, führte zur Umwandlung von Behinderteneinrichtungen und Pflegeheime eine Expertenanhörung durch und beschloss einen Entschließungsantrag, der sich mit der Praxis kritisch auseinandersetzt<sup>68</sup>. Darin heißt es aber auch, dass die Anhebung der Leistungen der Pflegeversicherung für pflegebedürftige Behinderte kein geeigneter Weg sei, da der weit überwiegende Teil von ihnen weiter Leistungen der Eingliederungshilfe beziehen müsste und das Kostengefälle nicht beseitigt werde. Der Deutsche Bundestag forderte, dass kein pflegebedürftiger behinderter Mensch gegen seinen Willen allein aus finanziellen Gründen gezwungen werden soll, in eine Pflegeeinrichtung zu gehen oder zu wechseln.

*Bieback* bewertete die Praxis ebenfalls kritisch, da sie zu künstlicher Trennung und zur Herausbildung unterschiedlicher Behandlungsprogramme führe, die zuvor mit guten Gründen einheitlich waren<sup>69</sup>. *Hertwig* forderte einen einheitlichen Leistungsbetrag der Pflegeversicherung für Einrichtungen nach § 71 Abs. 2 und § 71 Abs. 4 SGB XI, die Mehrkosten seien gegebenenfalls zu vermeiden, indem dieser niedriger ausfalle als bisher nach § 43 SGB XI<sup>70</sup>. *Kesselheim* führte 1999 die Praxis der Umwidmung von Einrichtungen in Pflegeeinrichtungen auf rechtswidrigen Druck der Sozialhilfeträger zurück und schlug als Lösung vor, den Leistungsanspruch der Behinderten in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe

---

<sup>67</sup>Erster Bericht über die Entwicklung der Pflegeversicherung vom 19.12.1997, BT-Drs. 13/9528, S. 32 ff.

<sup>68</sup>BT-Drucks. 13/10312, S. 4, 8.

<sup>69</sup>*Bieback*, VSSR 4-5/1999, S. 251, 259.

<sup>70</sup>*Hertwig*, VSSR 1998, S. 57, 64 ff.

wieder ganz entfallen zu lassen<sup>71</sup>. *Paquet* bewertete im gleichen Jahr die leistungsrechtliche Zuordnung als „relativ willkürlich“, eine Veränderung wegen des hohen Finanzvolumens aber als „nicht verkraftbar“<sup>72</sup>. *Klie* und *Leonhard* untersuchten das Verhältnis von Eingliederungshilfe zu Leistungen der Pflegeversicherung in vollstationären Einrichtungen für geistig Behinderte in einem 2000 dem Bundesverband für Körper- und Mehrfachbehinderte erstatteten Gutachten und kamen zu dem Ergebnis, die Regelungen seien nicht verfassungswidrig, forderten aber den Gesetzgeber zu sozialpolitischem Handeln heraus<sup>73</sup>. Die Praxis widerspreche zudem dem Sinn und Zweck von § 43a SGB XI<sup>74</sup>. Anders wurde das Spannungsfeld von *Sauer* beschrieben, der ausführte, der Vollzug des Gesetzes gelinge „trotz der gesetzlichen Grundlagen“<sup>75</sup>.

*Best*<sup>76</sup> schreibt 2008, die Angebotsstruktur in der stationären Behindertenhilfe habe nicht erhalten werden können. Es sei zu Umstrukturierungen und Verlegungen gekommen. Die Regelung in § 43a SGB XI stünde dann nicht mehr im Einklang mit höherrangigem Recht, wenn der Sicherstellungsauftrag gefährdet wäre. Der *Deutsche Verein* veröffentlichte 2009 ein Gutachten, um klarzustellen, dass das SGB XI nicht jede Kombination von Eingliederungshilfe und von Pflegeleistungen in stationären Pflegeeinrichtungen ausschließe<sup>77</sup>.

*Münning* sah 2011 § 43a SGB XI im Konflikt mit Art. 28 UN-BRK, da die Norm zumindest Menschen im dritten Lebensabschnitt einen gleichberechtigten Zugang zu Leistungen der Alterssicherung verwehre<sup>78</sup>. *Langer* führte 2012 im Kontext des

---

<sup>71</sup> *Kesselheim*, Arbeit und Sozialpolitik 3-4/1999, S. 57-61.

<sup>72</sup> *Paquet*, Sozialer Fortschritt 1-2/1999, S. 33, 36.

<sup>73</sup> *Klie/Leonhard*, Verhältnis von Eingliederungshilfe zu Leistungen der Pflegeversicherung in vollstationären Einrichtungen für geistig Behinderte, Frankfurt am Main, 2000, S. 62 f.

<sup>74</sup> *Klie/Leonhard*, Die Abgrenzung zwischen SGB XI und BSHG in der häuslichen und vollstationären Versorgung von Menschen mit Behinderungen, in: Igl, G./ Welti, F. (Hrsg.), Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaats für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation, Wiesbaden 2001, S. 171, 182.

<sup>75</sup> *Sauer*, RsDE 44, 2000, S. 1, 5.

<sup>76</sup> *Best*, NDV 2008, S. 335-339.

<sup>77</sup> *Deutscher Verein*, Gutachten vom 17.2.2009 – G 3/08, NDV 2009, S. 146-151.

<sup>78</sup> *Münning*, Der Landkreis 3/2011, S. 121, 123.

Pflege-Neuausrichtungsgesetzes aus, dieses versäume es, § 43a SGB XI abzuschaffen, da die Norm die tatsächlichen Pflegerealtäten nicht abbilde sowie gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, Art. 19 UN-BRK und Art. 25 UN-BRK verstoße<sup>79</sup>. Dagegen führte *Nürnberger* 2014 aus, es handele sich beim Unterstützungsbedarf für Menschen mit Behinderungen um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die aus Steuern finanziert werden müsse<sup>80</sup>. *Udsching* sieht in einem Ausblick auf einen erweiterten für die Pflegeversicherung maßgeblichen Pflegebedürftigkeitsbegriff und personenzentrierte Leistungen in der Eingliederungshilfe als zweifelhaft an, ob der Leistungsausschluss allein wegen der Versorgung in einer Einrichtung nach § 71 Abs. 4 SGB XI noch aufrechterhalten werden könne<sup>81</sup>. *Vorholz* weist darauf hin, dass bei einer zukünftig konsequenten Personenzentrierung der Leistungen zur Teilhabe die gesetzgeberische Anknüpfung von § 43a SGB XI nicht mehr möglich sein werde<sup>82</sup>.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Regelungen zu jedem Zeitpunkt verfassungsrechtlich und sozialpolitisch umstritten waren.

## 1.2. Regelungszusammenhang: Zusammenwirken von § 43a SGB XI und weiteren Normen

Leben behinderte Menschen in einer vollstationären Einrichtung der Hilfe für behinderte Menschen, in der die Teilhabe am Arbeitsleben und am Leben in der Gemeinschaft, die schulische Ausbildung oder die Erziehung behinderter Menschen im Mittelpunkt des Einrichtungszwecks stehen, so übernimmt nach § 43a SGB XI die Pflegekasse zur Abgeltung der stationären Pflegeleistungen nach § 43 Abs. 2 SGB XI ein Zehntel des nach § 75 Abs. 3 SGB XII vereinbarten Heimentgelts, höchstens 266 € im Monat.

---

<sup>79</sup> *Langer*, RdLH 2/2012, S. 51, 52.

<sup>80</sup> *Nürnberger*, SozSich 4/2014, S. 134, 139.

<sup>81</sup> *Udsching*, SGB 2014, S. 354, 357 f.; ebenso bereits: *Udsching*, Strukturelle Probleme der Pflegeversicherung, in: Jürgen Bender/ Wolfgang Eicher (Hrsg.), Sozialrecht – eine Terra incognita, Festschrift 50 Jahre saarländische Sozialgerichtsbarkeit, 2009, S. 87, 98.

<sup>82</sup> *Vorholz*, ZG 2012, S. 328, 339.

Die genannten Einrichtungen sind nach § 71 Abs. 4 SGB XI keine Pflegeeinrichtungen im Sinne von § 71 Abs. 2 SGB XI. Dies hat zur Folge, dass die in diesen Einrichtungen wohnenden Menschen keine Leistungen der vollstationären Pflege der Pflegeversicherung nach § 43 Abs. 2 SGB XI in Anspruch nehmen können. Zugleich können sie keine Leistungen der häuslichen Pflege nach §§ 36-40 SGB XI in Anspruch nehmen, da diese in § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI für sie ausdrücklich ausgeschlossen sind.

§ 43a SGB XI setzt voraus, dass von den genannten Einrichtungen Verträge mit dem Träger der Sozialhilfe oder den Trägern der Sozialhilfe nach § 75 SGB XII geschlossen sind. Diese Verträge regeln die Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen nach §§ 53, 54 SGB XII in diesen Einrichtungen. Solche Leistungen in einer vollstationären Einrichtung umfassen nach § 55 SGB XII auch die Pflegeleistungen in der Einrichtung. Träger der Sozialhilfe und Einrichtung sind verpflichtet, dies in der Leistungsvereinbarung nach § 75 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB XII zu berücksichtigen. § 13 Abs. 3 Satz 3 1. Hs. SGB XI schreibt für das Verhältnis zwischen den Leistungen der Eingliederungshilfe und denen der Pflegeversicherung grundsätzlich eine Gleichrangigkeit fest. Die Leistungen stehen nebeneinander. Diese Gleichrangigkeit wird dadurch modifiziert, dass nach § 13 Abs. 3 Satz 3 2. Hs. SGB XI die Leistungen in Einrichtungen nach § 71 Abs. 4 SGB XI entsprechend § 55 Satz 2 SGB XII einschließlich der notwendigen Pflegeleistungen zu gewähren sind<sup>83</sup>. Insofern kann sich der Träger der Sozialhilfe nicht darauf berufen, dass Leistungen der Pflegeversicherung außer der Pauschalleistung nach § 43a SGB XI in Anspruch zu nehmen seien. In diesen Einrichtungen der Behindertenhilfe können keine weiteren Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch genommen werden.

---

<sup>83</sup>Zum Rangverhältnis vgl. *Schweigler*, SGB 6/2014, S. 307-312.



Die Bewohnerinnen und Bewohner einer solchen Einrichtung schließen mit dieser einen Wohn- und Betreuungsvertrag ab. Dieser muss nach § 15 Abs. 2 WBVG dann den Regelungen des SGB XII entsprechen, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner Leistungen der Eingliederungshilfe in Anspruch nehmen. Nehmen Sie Leistungen der Pflegeversicherung – einschließlich denen nach § 43a SGB XI – in Anspruch, so müssen die Leistungen nach § 15 Abs. 1 WBVG auch den Regelungen des SGB XI entsprechen.

Stellt der Träger der Einrichtung fest, dass der behinderte Mensch so pflegebedürftig ist, dass die Pflege in der Einrichtung nicht sichergestellt werden kann, müssen der Träger der Sozialhilfe und die Pflegekasse mit dem Einrichtungsträger vereinbaren, dass die Leistung in einer anderen Einrichtung erbracht wird (§ 55 Satz 2 1. Hs. SGB XII). In diesem Fall – typischerweise bei steigendem Pflegebedarf – muss der behinderte Mensch in eine Pflegeeinrichtung im Sinne von § 71 Abs. 2 SGB XI wechseln. Dort können weiterhin ergänzend zu den Pflegeleistungen Leistungen zur Teilhabe des Trägers der Sozialhilfe (Eingliederungshilfe) in Anspruch genommen werden. Nach § 55 Satz 2 2. Hs. SGB XII ist dabei angemessenen Wünschen des behinderten Menschen Rechnung zu tragen. Möchte der behinderte Mensch die Einrichtung, in der er lebt, nicht wechseln, ist daher zwischen den Interessen der Beteiligten abzuwägen.

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 WBVG muss die Einrichtung dem Bewohner oder der Bewohnerin bei einem sich verändernden Pflege- oder Betreuungsbedarf eine Vertragsanpassung anbieten. Diese Pflicht kann vertraglich gesondert ausgeschlossen werden, wenn der Träger der Einrichtung daran ein berechtigtes Interesse hat und dies in der Vereinbarung schriftlich begründet; dabei sind die Belange behinderter Menschen besonders zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 4 WBVG).

## 2. Prüfungsmaßstab des Gutachtens

### 2.1. Grundgesetz

Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt sind an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Grundrechte des Grundgesetzes binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Daher sind auch §§ 36, 43a SGB XI und § 55 SGB XII am Maßstab des Grundgesetzes zu messen. Verstößen sie gegen das Grundgesetz, kann das Bundesverfassungsgericht in den dafür vorgesehenen Verfahren (Artt. 93 Abs. 1, 100 GG) ihre Nichtigkeit feststellen.

Zur Verfassungsmäßigkeit einer Norm gehören ihre formelle Verfassungsmäßigkeit und ihre materielle Verfassungsmäßigkeit. Die formelle Verfassungsmäßigkeit umfasst insbesondere den Erlass der Norm durch den zuständigen Gesetzgeber (Bund oder Länder) nach Artt. 70-74 GG und die Einhaltung des Gesetzgebungsverfahrens (Artt. 76-82 GG).

Aus den gestellten Gutachtenfragen und eigenen Überlegungen ergeben sich keine Anzeichen gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit der Normen. Die Gesetzgebungskompetenz für die Pflegeversicherung ergibt sich für den Bund aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Recht der Sozialversicherung), für das Sozialhilferecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge). Beide Gesetzgebungstitel gehören der konkurrierenden Gesetzgebung an, so dass die Regelungen in Art. 72 GG zu beachten sind. Diese sind zuletzt in der Föderalismusreform von 2006<sup>84</sup> geändert worden. § 43a SGB XI und § 55 SGB XII sind vor der Föderalismusreform erlassen worden, so dass sie jedenfalls als Bundesrecht fortgelten, selbst wenn sie nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden dürften (Art. 125a Abs. 1 GG). Aus Art. 72 Abs. 2 GG in der Neufassung von 2006 ergibt sich, dass nur im Bereich

---

<sup>84</sup>Gesetz zur Änderung des GG vom 28.8.2006 (BGBl. I, S. 2034).

der öffentlichen Fürsorge (nicht der Sozialversicherung) die Erforderlichkeit von Bundesgesetzgebung zu prüfen ist.

Die Bindung aller Staatsgewalt an das Grundgesetz bedeutet, dass auch die Anwendung von §§ 36, 43a SGB XI und § 55 SGB XII durch die Pflegekassen und die Träger der Sozialhilfe und ihre Auslegung durch die Gerichte dem Grundgesetz genügen müssen. Ist eine dem Grundgesetz gemäße Anwendung und Auslegung möglich, sind die Normen nicht verfassungswidrig. Das Gutachten muss daher auch untersuchen, welche methodisch vertretbaren verfassungskonformen Alternativen<sup>85</sup> es zur bisherigen Anwendung und Auslegung der Gesetze gibt, falls die bisherige Praxis und Rechtsprechung für verfassungswidrig gehalten würde. Nur wenn es keine Möglichkeit einer mit dem Grundgesetz vereinbaren Anwendung und Auslegung gibt, kann die Verfassungswidrigkeit festgestellt werden.

Bei der Auslegung des Grundgesetzes ist zu beachten, dass das Grundgesetz das Bekenntnis zu unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten enthält (Art. 1 Abs. 2 GG). Hieraus und aus der grundsätzlichen Bindung der Bundesrepublik Deutschland an die von ihr eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG) ergibt sich, dass die völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge, die von der Bundesrepublik ratifiziert worden sind, bei der Auslegung des Grundgesetzes so weit wie möglich zu beachten sind<sup>86</sup> und zu prüfen ist, ob es sich bei ihnen zugleich um allgemeine Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) handelt. Dies gilt auch für die hier zu prüfende UN-Behindertenrechtskonvention.

Die Gutachtenfrage benennt als mögliche Prüfmaßstäbe aus den Grundrechten den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Dies liegt nahe, da die zu

---

<sup>85</sup>Vgl. BVerfG, B. v. 30.3.1993, 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, 1 BvL 11/90, BVerfGE 88, 145; zu den Grenzen: BVerfG, B. v. 16.12.2014, 1 BvR 2142/11, DVBl 2015, S. 429.

<sup>86</sup>BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, BVerfGE 111, 307-332.

überprüfenden Normen eine Ungleichbehandlung einer Gruppe behinderter Menschen bewirken.

Zusätzlich zu der gleichheitsrechtlichen Prüfung wird auch eine Prüfung am Maßstab von Freiheitsrechten vorgenommen. Dies betrifft das Grundrecht der Freizügigkeit im Bundesgebiet (Art. 11 GG), soweit § 55 SGB XII im Zusammenwirken mit §§ 36, 43a SGB XI bewirken kann, dass die Freiheit der Wohnsitzwahl eingeschränkt wird und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die im Rahmen des Pflichtversicherungsverhältnisses zur sozialen Pflegeversicherung unverhältnismäßig eingeschränkt sein könnte.

## 2.2. UN-Behindertenrechtskonvention

Die Bundesrepublik Deutschland hat 2008 entsprechend Art. 59 Abs. 2 GG durch Beschluss von Bundestag und Bundesrat die Konvention der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention, UN-BRK) ratifiziert<sup>87</sup>, sie ist in der Bundesrepublik am 26.3.2009 in Kraft getreten. Die UN-BRK ist damit Teil der deutschen Rechtsordnung geworden. Sie kann als Maßstab für die Überprüfung von §§ 36, 43a SGB XI und § 55 SGB XII herangezogen werden, die Menschen mit Behinderungen betreffen.

Relevant werden können hierbei insbesondere die den bereits genannten Verfassungsnormen korrespondierenden Normen. Dies sind das Diskriminierungsverbot (Art. 5 UN-BRK) wegen der unterschiedlichen Behandlung in der Pflegeversicherung, das Recht auf selbstbestimmtes Leben in der Gemeinde (Art. 19 UN-BRK) wegen des Einflusses auf die Wohnortwahl sowie in Bezug auf die Ausgestaltung des sozialen Sicherungssystems das Recht auf Gesundheit (Art. 25 UN-BRK) und das Recht auf angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz (Art. 28 UN-BRK).

---

<sup>87</sup>BGBl. II, 2008, S. 1420.

### 2.2.1. Bindungswirkung

Zu untersuchen ist vor einer solchen Prüfung zunächst, welche Bindungswirkung der UN-BRK zukommt.

#### *2.2.1.1. Umsetzungspflicht der Bundesrepublik Deutschland*

Art. 4 UN-BRK regelt die allgemeinen Pflichten der Vertragsstaaten der UN-BRK. Diese verpflichten sich, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern. Zu diesem Zweck verpflichten sich die Vertragsstaaten, alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Umsetzung der in der UN-BRK genannten Rechte zu treffen (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 lit. a UN-BRK) und alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung und Aufhebung bestehender Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen darstellen (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 lit. b UN-BRK). Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass sich aus der UN-BRK Pflichten zur Änderung ihr entgegenstehender Gesetze sowie zur veränderten Auslegung und Anwendung von Gesetzen ergeben können<sup>88</sup>. Hieraus rechtfertigt sich völkerrechtlich eine Prüfung bestehenden Rechts und bestehender Rechtsauslegung am Maßstab der UN-BRK. Nach dem deutschen Recht ergeben sich die innerstaatlichen Wirkungen von Völkerrecht aus Art. 59 Abs. 2 GG für Völkervertragsrecht und aus Art. 25 GG für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, so dass eine völkerrechtliche Norm zunächst auch verfassungsrechtlich eingeordnet werden muss.

Fraglich ist dann, welche Folgen sich aus der Feststellung eines Widerspruchs zwischen UN-BRK und deutschem Recht, zum Beispiel § 43a SGB XI oder § 55

---

<sup>88</sup>Vgl. im Einzelnen: *Kotzur/Richter*, Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht in: Antje Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, S. 81-92.

SGB XII, ergeben. Fraglich ist, ob eine Kollision der UN-BRK mit sozialrechtlichen Normen dazu führen würde, dass diese von einem deutschen Gericht nicht angewandt werden dürfte oder für nichtig erklärt werden könnte.

Wird die UN-BRK ganz oder teilweise als Kodifizierung allgemeiner Regeln des Völkerrechts eingeordnet, so gilt Art. 25 GG mit dem Ergebnis, dass sie den Gesetzen vorgeht und unmittelbar Rechte und Pflichten erzeugt. Ist die UN-BRK nur Völkervertragsrecht nach Art. 59 Abs. 2 GG, so gilt sie im Range einfachen Bundesrechts, so dass im Falle einer Kollision mit entgegenstehendem Bundesrecht diese im Einzelfall als Kollision gleichrangiger Rechtsnormen aufzulösen wäre. Hierbei kämen insbesondere die Kollisionsregeln des Vorrangs des neueren Rechts vor dem älteren Recht oder des spezielleren Rechts vor dem allgemeinen Recht in Betracht<sup>89</sup>.

Beide Regeln werden häufig zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, da die UN-BRK im Verhältnis zu vielen Normen des Bundesrechts jünger, aber allgemeiner ist. Es ist auch deswegen zunächst wichtig zu prüfen, ob wirklich eine Kollisionslage besteht und ob sie möglicherweise mit anderen Mitteln aufzulösen ist, zu denen eine konventionskonforme Auslegung des einfachen Rechts oder des Verfassungsrechts gehören.

#### *2.2.1.2. Unmittelbare Anwendung der UN-BRK; Nichtanwendung anderer Normen*

Fraglich ist also, unter welchen Umständen eine Norm der UN-BRK unmittelbar angewandt werden kann, ohne dass sie in einer (anderen) Rechtsnorm des deutschen Rechts umgesetzt, das heißt in ihrem Regelungsgehalt erfasst ist. Eine solche „Umsetzung“ kann sich sowohl durch eine nach der UN-BRK gesetzte neue

---

<sup>89</sup>Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 12. Dezember 2000 – 2 BvR 1290/99 –, juris.

Norm ergeben als auch durch die – ggf. veränderte – Anwendung einer bereits vor Inkrafttreten der UN-BRK bestehenden Norm.

Diskutiert wird insbesondere darüber, ob und wann eine Norm der UN-BRK „unmittelbar anwendbar“ („self executing“) ist<sup>90</sup>. Dies würde bedeuten, dass Menschen sich in der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Verwaltung oder Gerichten auf diese Norm berufen können und diese sie bei Vorliegen der Voraussetzungen als Rechtsnorm anzuwenden haben. In einem solchen Fall könnten sich aus der UN-BRK auch Ansprüche ergeben, nämlich das Recht, von einem anderen ein Tun (z.B. eine Leistung) oder ein Unterlassen (z.B. einer Benachteiligung) zu verlangen.

Die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm setzt zunächst voraus, dass diese aus dem Normtext heraus als gewollt und möglich zu erkennen ist. Dies wird – auch vom Bundessozialgericht – grundsätzlich für das Diskriminierungsverbot in Art. 5 UN-BRK angenommen. Eine zusätzliche Problematik ergibt sich für den Fall, dass die Anwendbarkeit einer Norm der UN-BRK die Nichtanwendung einer anderen Norm erfordert. Eine solche entgegenstehende Norm kann ein Verbot oder ein Gebot, aber auch eine Leistungsbeschränkung sein. Der Gesetzesvorbehalt im Sozialrecht (§ 31 SGB I) steht hingegen einem Anspruch aus der unmittelbaren Anwendung einer Norm der UN-BRK heraus nicht zwingend im Wege, da Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts durch ihn unberührt bleiben (§ 30 Abs. 2 SGB I). Insoweit tritt die unmittelbar anwendbare Norm neben den bestehenden Normbestand, die Kollision ist nach allgemeinen Regeln aufzulösen. Ist dies nicht möglich, kommt ein Verstoß gegen das Gebot der rechtsstaatlichen Normklarheit und damit eine Verfassungswidrigkeit in Betracht.

---

<sup>90</sup>Dazu *Kotzur/Richter*, Rn 7 f.; vgl. BSG, Urteil vom 06. März 2012 – B 1 KR 10/11 R –, SozR 4-1100 Art 3 Nr 69, BSGE 110, 194-204, SozR 4-2500 § 34 Nr 10.

## 2.2.2. Auswirkungen der UN-BRK auf die Rechtsauslegung

Es wird deutlich, dass die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm – soweit nicht vom Normgeber geplant und intendiert – eher die Ausnahme darstellt, auch im Hinblick auf die Wirkungen der UN-BRK. Aus der Denkschrift der Bundesregierung zur Ratifikation der UN-BRK<sup>91</sup>, die zur Ermittlung des Willens der gesetzgebenden Körperschaften die Funktion einer Gesetzesbegründung einnehmen kann, ergibt sich, dass Bundestag und Bundesrat keinen unmittelbaren gesetzgeberischen Handlungsbedarf gesehen haben. Vielmehr führt die Denkschrift eine Fülle von zum Zeitpunkt der Ratifikation bestehenden Normen auf, mit denen die UN-BRK umgesetzt wird. Hierzu gehört nicht zuletzt das verfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für Art. 5 UN-BRK.

### 2.2.2.1. Einfaches Recht

Für jede Rechtsnorm des deutschen Rechts ist zu prüfen, ob ihre Anwendung durch die Verwaltung und ihre Auslegung durch die Gerichte in Übereinstimmung mit der UN-BRK steht. Ist eine Auslegung möglich, die im Rahmen der juristischen Methoden dieses Ergebnis erreichen kann, so ist dieser der Vorzug zu geben. Die Grenze bildet der Wortlaut der Norm. Ebenso dürfte eine konventionskonforme Auslegung nicht zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen. Dagegen müssen rein traditionsbasierte Argumente der hergebrachten oder gefestigten Rechtsauffassung nicht den Ausschlag geben, wenn durch die Ratifikation der UN-BRK der Gesetzgeber den Willen formuliert und die staatlichen Organe daran gebunden hat, der Gesetzesauslegung entsprechend Art. 4 UN-BRK eine andere Richtung zu geben. Der historische Wille des Gesetzgebers ist insofern durch einen neuen gesetzgeberischen Willen relativiert worden, der in der UN-BRK seinen Ausdruck gefunden hat.

---

<sup>91</sup>BT-Drs. 16/10808 v. 8.11.2008.



Eine an der UN-BRK orientierte Auslegung des SGB XI oder des SGB XII würde also gerade nicht daran scheitern, dass der Gesetzgeber die UN-BRK noch nicht umgesetzt habe. Sie wäre vielmehr, falls möglich, gerade die Umsetzung der Konvention.

#### *2.2.2.2. Verfassungsrecht*

Die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung deutscher Rechtsnormen im Sinne der UN-BRK erfasst auch das deutsche Verfassungsrecht. In der Denkschrift zur UN-BRK hat die Bundesregierung darauf hingewiesen, dass Art. 5 UN-BRK durch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG („Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“) umgesetzt wird<sup>92</sup>. Das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot entspricht dem verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbot. Zwar ist Art. 5 UN-BRK ausführlicher formuliert. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich aus Wortlaut oder Systematik des Grundgesetzes Widersprüche zwischen beiden Normen ergeben.

Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere in seiner zum Verhältnis von Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention (EMRK) 2004 gefällten Entscheidung zum Fall „Görgülü“ festgehalten, dass das Grundgesetz eine völkerrechtsfreundliche Rechtsanwendung der deutschen Gerichte und eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes selbst verlangt<sup>93</sup>. Dies bedeutet, dass die Grundrechte des Grundgesetzes im Einklang mit den ihnen entsprechenden Menschenrechten der EMRK sowie der diese konkretisierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auszulegen sind, wenn dies methodisch vertretbar ist. Diese Verknüpfung von Grundrechtsschutz und Menschenrechtsschutz kann auf die anderen von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten Menschenrechtspakte übertragen werden,

---

<sup>92</sup>BT-Drs. 16/10808, S. 48.

<sup>93</sup>BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, BVerfGE 111, 307-332.

auch wenn diese nicht durch eine spezifische internationale Gerichtsbarkeit, sondern „nur“ durch das Überwachungssystem der Vereinten Nationen konkretisiert werden. Das BVerfG hat auch in mehreren Entscheidungen deutlich gemacht, dass es die Regelungen der UN-BRK, soweit sie dem Benachteiligungsschutz dienen, als einen relevanten Maßstab im deutschen Grundrechtsschutz ansieht<sup>94</sup>.

Die Regelungen der UN-BRK nehmen also am Vorrang des Verfassungsrechts vor dem einfachen Recht teil, soweit sie im Rahmen der Auslegung des Grundgesetzes, insbesondere des Benachteiligungsverbotes nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zur Geltung kommen.

### 2.3. Rechtsbehelfe

Zu prüfen ist, wie ein möglicher Verstoß der zu prüfenden Normen gegen das GG oder die UN-BRK verbindlich gerichtlich überprüft werden kann.

#### 2.3.1. Verfassungsbeschwerde

In Betracht kommt eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 4a GG, § 90 BVerfGG. Diese kann von jeder Person erhoben werden, die sich durch die öffentliche Gewalt in ihren Grundrechten beeinträchtigt sieht, wenn eine solche Grundrechtsverletzung möglich ist. Eine Verfassungsbeschwerde kann sich unmittelbar gegen ein Gesetz richten. Dies wäre im Falle von §§ 36, 43a SGB XI und § 55 SGB XII bereits verfristet, da sie nur binnen eines Jahres nach Inkrafttreten erhoben werden kann (§ 93 Abs. 3 BVerfGG).

In Betracht kommt also die Verfassungsbeschwerde gegen einen hoheitlichen Einzelakt oder eine Gerichtsentscheidung. Da Personen, die eine Verfassungsbeschwerde führen, verpflichtet sind, zunächst den Rechtsweg auszuschöpfen (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG), käme konkret eine Verfassungsbeschwerde gegen eine

---

<sup>94</sup>BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, BVerfGE 128, 282-322; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 10. Oktober 2014 – 1 BvR 856/13 –, juris.

letztinstanzliche Gerichtsentscheidung in Betracht, die einen auf die fragliche Norm gestützten Verwaltungsakt der Pflegekasse oder des Trägers der Sozialhilfe als rechtmäßig ansieht und damit im Falle der Verfassungswidrigkeit der Norm Grundrechte der klagenden Person verletzen könnte. Ein Verstoß gegen die UN-BRK könnte dabei nur insoweit gerügt werden, als er gleichzeitig ein Verstoß gegen Grundrechte – z.B. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG – wäre.

Ist die Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil erfolgreich, kann das BVerfG entweder einen vom Gericht nicht gesehenen Weg zur verfassungskonformen Auslegung aufzeigen oder die zu Grunde liegende Norm für nichtig erklären. Bei einem Gleichheitsverstoß, den der Gesetzgeber auf unterschiedliche Weise beseitigen kann, kommt auch eine Erklärung der Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz in Betracht, die mit einer Fristsetzung an den Gesetzgeber für eine verfassungsgemäße Neuregelung verbunden wird.

### 2.3.2. Abstrakte Normenkontrolle

Antragsberechtigt für eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG sind die Bundesregierung, jede Landesregierung oder ein Viertel der Mitglieder des Bundestags. Eine abstrakte Normenkontrolle kann sich unmittelbar gegen ein Gesetz richten. Sie ist nach § 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG zulässig, wenn der Antragsteller Bundes- oder Landesrecht wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht für nichtig hält. Sie ist nicht fristgebunden. Es genügt ein besonderes objektives Interesse. Die Antragsbefugnis entfällt nicht, wenn das Land dem Gesetz im Bundesrat zugestimmt hat.

### 2.3.3. Konkrete Normenkontrolle

Wenn im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens – das der Zuständigkeit wegen vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit geführt werden würde – ein zur Entscheidung berufener Spruchkörper eines Gerichts zu der Überzeugung käme, dass

eine entscheidungserhebliche Norm verfassungswidrig ist, müsste das Gericht unabhängig vom weiteren Instanzenzug das Verfahren aussetzen und die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm dem BVerfG zur konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG; §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG) vorlegen. Das BVerfG hat dann zu entscheiden, ob die vorgelegte Norm verfassungswidrig und damit nichtig ist.

#### 2.3.4. Völkerrechtsverifikation

Wenn im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens ein zur Entscheidung berufener Spruchkörper eines Gerichts ernsthafte Zweifel hätte, ob eine für die Entscheidung relevante Norm eine Regel des Völkerrechts ist, die nach Art. 25 GG unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt, so hat das Gericht die Entscheidung des BVerfG einzuholen (Art. 100 Abs. 2 GG; §§ 13 Nr. 12, 83 f. BVerfGG).

#### 2.3.5. Beschwerde zum Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Die Bundesrepublik Deutschland hat auch das Fakultativprotokoll zur UN-BRK ratifiziert. Dies öffnet nach Art. 1 Fakultativprotokoll betroffenen Menschen den Weg zu einer individuellen Beschwerde an den Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Wenn sie meinen durch einen Akt der öffentlichen Gewalt, der mit keinem innerstaatlichen Rechtsbehelf mehr kontrolliert werden kann, in ihren Rechten aus der UN-BRK verletzt zu sein, können sie die Beschwerde erheben. Die Rechtsfolge einer erfolgreichen Beschwerde ist nicht eindeutig geregelt. Durch die Ratifikation des Fakultativprotokolls haben sich die Vertragsstaaten jedoch verpflichtet, dessen Spruchpraxis zu respektieren.

### 3. Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI/ § 55 SGB XII

Zunächst soll der Regelungskomplex darauf überprüft werden, ob er mit Freiheitsrechten betroffener Menschen übereinstimmt.

#### 3.1. Vereinbarkeit mit Art. 11 GG

##### 3.1.1. Betroffenheit des Schutzbereichs der Freizügigkeit durch § 55 Satz 2 SGB XII unter Berücksichtigung von Art. 19 UN-BRK

Nach Art. 11 Abs. 1 GG genießen alle Deutschen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet. Fraglich ist zunächst, ob durch § 55 Satz 2 SGB XII der Schutzbereich dieses Grundrechts betroffen sein könnte. Das Grundrecht der Freizügigkeit schützt das Recht, an einem Ort der eigenen Wahl im Bundesgebiet den Wohnsitz zu nehmen. Damit könnte dieses Recht bei dem Wechsel von einer Behinderteneinrichtung in eine Pflegeeinrichtung betroffen sein, wenn sie nach den Regelungen in § 55 Satz 2 SGB XII gegen den Willen der betroffenen Person durchgesetzt werden könnte.

Das Grundrecht nach Art. 11 Abs. 1 GG umfasst nicht nur die Freizügigkeit im Verhältnis mehrerer Gemeinden (interlokale Freizügigkeit), sondern auch die Wohnsitznahme innerhalb einer Gemeinde (intralokale Freizügigkeit)<sup>95</sup>. Versteht man die Freizügigkeit als Freiheitsrecht zur eigenen Wahl des Lebensumfeldes, so spricht – gerade in größeren Städten – viel dafür, dass auch die Wohnsitznahme innerhalb der Gemeinde vom Schutzbereich betroffen ist. Das Recht, an jedem Ort im Bundesgebiet Aufenthalt oder Wohnsitz zu nehmen, umfasst auch das Recht, an dem frei gewählten Ort verweilen oder wohnen zu dürfen<sup>96</sup>.

Dies wird verstärkt, wenn Art. 19 UN-BRK zur Auslegung herangezogen wird, wonach die Vertragsstaaten gewährleisten müssen, dass Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit haben gleichberechtigt mit anderen ihren Aufenthaltsort

---

<sup>95</sup>BVerfGE 110, 177, 191; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Rz 3 zu Art. 11 GG; *Baldus* in: *Epping/Hillgruber*, GG, Rz 2 zu Art. 11.

<sup>96</sup>BVerfG v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08; BVerfGE 134, 242.

zu wählen. Der Begriff des Aufenthaltsortes („place of residence“) ist weiter zu verstehen als die politische Gemeinde. Letztlich kann diese Frage offenbleiben, da § 55 Satz 2 SGB XII nicht ausschließt, dass sich die Pflegeeinrichtung in einer anderen Gemeinde befindet als die Behinderteneinrichtung. Damit kann § 55 SGB XII den Schutzbereich der Freizügigkeit betreffen.

### 3.1.2. Eingriff in die Freizügigkeit

Fraglich ist, ob eine Entscheidung nach § 55 Satz 2 SGB XII auch ein Eingriff in das Grundrecht der Freizügigkeit sein könnte. Dies setzt zunächst voraus, dass der Träger der Einrichtung trotz § 8 Abs. 1 WBVG dem behinderten Menschen kein Angebot zur Deckung seines Bedarfs macht. Weiterhin setzt es voraus, dass trotz § 55 Satz 2 2. Hs. SGB XII ein Wunsch des behinderten Menschen, weiter in der Behinderteneinrichtung zu leben, nicht berücksichtigt wird. Ein solches Verständnis der Norm erscheint insofern nach dem Wortlaut nahe liegend, dass ein Entscheidungsrecht der Sozialleistungsträger in § 55 Satz 2 1. Hs. enthalten ist und die Prüfung der Angemessenheit eines Wunsches typischerweise eine Abwägung beinhaltet, so dass diese auch zu Lasten des behinderten Menschen ausfallen kann.

Ein Eingriff in die Freizügigkeit läge weiterhin nur dann vor, wenn ein Eingriff nicht intentional auf den Wohnortwechsel gerichtet sein müsste, sondern es ausreicht, dass eine Entscheidung faktisch zu einem Wohnortwechsel führt, auch wenn ihr Zweck ein anderer – hier: die Sicherstellung der Pflege – ist.

Dass auch mittelbare Grundrechtseingriffe zu Grundrechtsverletzungen führen können, ist in der Rechtsprechung des BVerfG und der rechtswissenschaftlichen Literatur<sup>97</sup> anerkannt. Dass dies auch für das Grundrecht der Freizügigkeit zutreffen kann, hat das BVerfG in der Entscheidung zur Zuweisung von Wohnsitzen für

---

<sup>97</sup>Baldus in: Epping/Hillgruber, GG, Rz 14 zu Art. 11 GG; Jarass in: Jarass/Pieroth, Rz 8 zu Art. 11 GG.

Spätaussiedler anerkannt<sup>98</sup>. § 55 Satz 2 SGB XII kann daher gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das Grundrecht der Freizügigkeit sein, soweit entsprechende Entscheidungen gegen den Willen der Betroffenen getroffen werden.

### 3.1.3. Rechtfertigung

Zu prüfen ist, ob ein Eingriff in das Recht der Freizügigkeit gerechtfertigt ist.

#### 3.1.3.1. Schranken der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 2 GG)

Die Freizügigkeit darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutz der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist (Art. 11 Abs. 2 GG). Die Schrankenregelung ist ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt, eine Einschränkung der Freizügigkeit kommt nur aus einem der benannten Gründe in Betracht.

Hier kommt nur eine Einschränkung in Betracht, die auf besondere Lasten der Allgemeinheit bei Fehlen einer ausreichenden Lebensgrundlage gestützt wird. Voraussetzung einer Entscheidung nach § 55 Satz 2 SGB XII ist, dass die fragliche Person Leistungen der Sozialhilfe in Anspruch nimmt. Dies indiziert, dass eine ausreichende Lebensgrundlage dieser Person nicht vorhanden ist, da sie die für ihre Teilhabe und Pflege erforderlichen Leistungen nicht selbst finanzieren kann.

Fraglich ist aber, ob der Allgemeinheit besondere Lasten entstehen würden. Soweit eine Entscheidung nach § 55 Satz 2 SGB XII Mehrkosten für den Träger der Sozialhilfe oder ggf. für weitere Sozialleistungsträger verursacht, könnte sie durch

---

<sup>98</sup>BVerfGE 110, 177, 191.

die fragliche Schranke gerechtfertigt sein. Dient sie anderen Zwecken, etwa nur der systematischen Trennung von Pflegeeinrichtungen und Behinderteneinrichtungen, so wäre dies nicht der Fall.

Würde die behinderte pflegebedürftige Person bei ansonsten unveränderter Rechtslage in der Einrichtung verbleiben, so könnte diese nach § 55 Satz 1 SGB XII und § 8 Abs. 1 WBVG verpflichtet sein, die notwendige Pflege in dieser Einrichtung sicherzustellen. Die Kosten dafür müssten dann den Umständen des Einzelfalls entsprechend möglicherweise zusätzlich vom Träger der Eingliederungshilfe übernommen werden, wenn keine Vereinbarungen über Leistungen für Personen mit hohem Pflegebedarf abgeschlossen sind (§ 75 Abs. 4 Satz 1 SGB XII). Diese Kosten könnten höher liegen als sie in Pflegeeinrichtungen liegen würden, da dort Personal und sächliche Mittel vorgehalten werden, die in einer Behinderteneinrichtung möglicherweise nicht vorhanden sind. Insoweit könnten der Allgemeinheit (dem Träger der Sozialhilfe) besondere Lasten entstehen, die im Falle eines Einrichtungswechsels nicht entstehen würden. Es könnten also besondere Lasten für die Allgemeinheit entstehen, die eine Einschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen könnten.

#### *3.1.3.2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs*

Fraglich ist aber, ob der Eingriff auch verhältnismäßig ist. Er könnte im Einzelfall geeignet sein, die Belastung des Trägers der Sozialhilfe zu verringern.

Zu prüfen ist, ob der Eingriff auch erforderlich ist. Erforderlich ist ein Eingriff, wenn keine gleich geeignete Maßnahme zur Verfügung steht, um das gewünschte Ergebnis unter größerer Schonung der Grundrechte zu erreichen. Unabhängig von den Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls ist zu fragen, ob ein schonenderes Mittel für den Gesetzgeber wäre, behinderten Menschen in Behinderteneinrichtungen Zugang entweder zu Leistungen in Höhe derjenigen in stationären Pflegeeinrichtungen (§ 43 SGB XI) oder zumindest den Leistungen



der ambulanten Pflege (§§ 36, 37 SGB XI) zu geben. In jedem dieser beiden Fälle stünden zusätzliche Mittel zur Deckung des Pflegebedarfs zur Verfügung, die nicht vom Träger der Sozialhilfe, sondern aus einem Versicherungssystem aufgebracht würden.

Der Gesetzgeber hat den Regelungskomplex von §§ 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., 43a SGB XI und § 55 SGB XII nicht nur mit der Belastung der Träger der Sozialhilfe, sondern auch mit der Belastung der Pflegekassen gerechtfertigt. Auch hierbei könnte es sich, da die Pflegeversicherung als Volksversicherung für ein allgemeines Lebensrisiko ausgestaltet ist, um eine Belastung der Allgemeinheit handeln.

Dieses Argument kann jedoch nicht zur Rechtfertigung von § 55 Satz 2 SGB XII angeführt werden. Muss nämlich der behinderte pflegebedürftige Mensch gegen seinen Willen in eine Pflegeeinrichtung umziehen, so bestehen dort Ansprüche nach § 43 SGB XI, es tritt keine Entlastung, sondern eine Belastung der Pflegekasse ein.

Durch § 55 Satz 2 SGB XII wird also nur der Träger der Sozialhilfe vor Belastungen geschützt. Ein erheblicher Teil dieser Belastungen folgt aber daraus, dass die Pflegeversicherungsleistungen der häuslichen Pflege in den Behinderteneinrichtungen nicht erreichbar sind, während sie an jedem anderen Ort erreichbar wären. Insofern bestehen erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung, jedenfalls insoweit als das gleiche Ziel – Entlastung der Sozialhilfe – auch erreichbar wäre, indem die pflegebedürftigen behinderten Menschen jene Leistungsansprüche hätten, die sie an jedem anderen Ort, an dem sie leben, auch hätten, also die Ansprüche nach §§ 36, 37 SGB XI. Der Gesetzgeber müsste in diesem Falle auch nicht das Konzept ändern, dass Pflegeeinrichtungen den in § 71 Abs. 2 SGB XI festgelegten Anforderungen genügen müssen. Er müsste nur durch Aufhebung von § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI den pflegebedürftigen behinderten Menschen ermöglichen, durch ihren Anspruch auf Pflegesachleistung

oder Pflegegeld die Pflege in ihrem bisherigen Wohnumfeld sicherzustellen. Erst wenn dies nicht möglich wäre, könnte ein erzwungener Wohnortwechsel auch innerhalb des heutigen gesetzgeberischen Konzepts erforderlich sein. Es ist also festzuhalten, dass die Regelung in § 55 Satz 2 SGB XI insoweit nicht zum Schutz der Allgemeinheit vor Belastungen erforderlich ist, als die Pflege mit den Ansprüchen auf häusliche Pflege nach §§ 36, 37 SGB XI in Behinderteneinrichtungen sichergestellt werden könnte.

Wird § 55 Satz 2 SGB XII für diejenigen Fälle als nicht erforderlich angesehen, in denen die notwendige Pflege in der Behinderteneinrichtung durch eine zusätzliche Leistung im Umfang der Leistungen der häuslichen Pflege sichergestellt werden kann, verbleibt der Norm nur noch ein Anwendungsbereich für diejenigen Fälle, in denen auch mit dieser zusätzlichen Leistung die Pflege in Behinderteneinrichtungen nicht sichergestellt werden könnte. In diesen Fällen entstehen dem Träger der Sozialhilfe zusätzliche Lasten, wenn der behinderte pflegebedürftige Mensch in der Behinderteneinrichtung verbleibt. Diese Lasten könnten bei einem Wechsel in eine Pflegeeinrichtung niedriger sein, da dort die Kosten durch die Pflegeversicherung im Umfang von § 43 SGB XI übernommen werden und da durch die andere Einrichtungsstruktur möglicherweise die Pflege – auch soweit zusätzlich als Hilfe zur Pflege nach § 61 SGB XII zu übernehmen – kostengünstiger zu gewährleisten ist.

In diesem Fall wäre aber fraglich, ob die Regelung in § 55 Satz 2 SGB XII verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass der Wohnort eines Menschen erhebliche Bedeutung für seine Persönlichkeitsentfaltung hat. Dies wird verdeutlicht durch Art. 19 UN-BRK. Danach sollen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo

und mit wem sie leben und dass sie nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben.

§ 55 Satz 2 SGB XII setzt vor eine Entscheidung, die diese freie Wahl beschränkt, nur die Prüfung der Angemessenheit. Für eine die freie Wahl des Wohnorts einschränkende Entscheidung für stationäre anstelle teurerer ambulanter Hilfen ist in § 13 Abs. 1 Satz 3-6 SGB XII festgeschrieben, dass eine solche Entscheidung nur möglich ist, wenn sie zumutbar ist und die ambulanten Hilfen mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden sind. Die Zumutbarkeit ist zuerst zu prüfen, dabei sind die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände angemessen zu berücksichtigen. Bei Unzumutbarkeit ist ein Kostenvergleich nicht vorzunehmen. Es könnte bezweifelt werden, dass der Wechsel von einer Behinderteneinrichtung, in der behinderte Menschen oft Jahrzehnte lang leben, in eine Pflegeeinrichtung, weniger einschneidend sein soll, als der Wechsel von einer Wohnung mit ambulanter Pflege und Betreuung in eine Einrichtung. Entsprechend könnte eine Prüfung in der in § 13 Abs. 1 Satz 3-6 SGB XII beschriebenen Art das Recht auf Freizügigkeit in verhältnismäßiger Weise einschränken.

Auch für § 13 Abs. 1 Satz 3-6 SGB XII ist umstritten, ob diese Norm eine verfassungs- oder konventionskonforme Schranke der Freizügigkeit darstellt<sup>99</sup>.

Um dem hohen Gewicht der Freizügigkeit für die Persönlichkeitsentfaltung gerecht zu werden, muss der Begriff der Zumutbarkeit weit verstanden werden. Eine solche Auslegung ist möglich, so dass § 13 SGB XII verfassungskonform ist. § 55 Satz 2 SGB XII ist bei einer Auslegung des Begriffs der Angemessenheit in entsprechender Weise ebenfalls mit Art. 11 Abs. 1 GG vereinbar, soweit ihm im Bereich tatsächlicher Mehrkosten ein Anwendungsbereich verbleibt.

---

<sup>99</sup>Vgl. *Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, RdLH 2010, S. 45-52; *Dillmann*, ZfF 2010, S. 97-106.

### 3.1.3.3. Zitiergebot

Fraglich ist, ob für die Grundrechtseinschränkung durch § 55 Satz 2 SGB XII das Zitiergebot zu beachten ist. Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss das Gesetz das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Das Zitiergebot soll sicherstellen, dass dem Gesetzgeber die Einschränkung von Grundrechten bewusst ist und nur wirklich gewollte Eingriffe erfolgen<sup>100</sup>. Das Zitiergebot gilt nur für unmittelbare und gezielte Einwirkungen, nicht jedoch für mittelbare Grundrechtseingriffe<sup>101</sup>. Es gilt nicht für die allgemeine Handlungsfreiheit, für die Gleichheitssätze und für gesetzliche Ausgestaltungsgebote.

Für das Grundrecht der Freizügigkeit gilt das Zitiergebot. Im SGB XII ist weder für § 13 SGB XII noch für § 55 SGB XII ein Hinweis auf eine damit verbundene Grundrechtseinschränkung enthalten. Fraglich ist, ob die Norm deshalb wegen eines Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nichtig ist. Die Benennung des Grundrechtseingriffes im Gesetz könnte entbehrlich sein, wenn es sich um einen rein mittelbaren Grundrechtseingriff handelt. In § 55 Satz 2 SGB XII ist die Verpflichtung zum Wohnortwechsel umschrieben damit, dass die Leistung in einer anderen Einrichtung erbracht wird. Dies kann zwar im Einzelfall zwingend mit einem Wohnortwechsel verbunden sein, ist aber nur mittelbare Folge des Einrichtungswechsels. Es sind Fälle möglich, in denen Behinderteneinrichtungen und Pflegeeinrichtungen unter einem Dach bestehen, so dass der Einrichtungswechsel nicht mit einem Wohnortwechsel verbunden ist. § 55 Satz 2 SGB XII ist daher nur mittelbar eine grundrechtseinschränkende Norm. Das Zitiergebot ist nicht verletzt.

---

<sup>100</sup>Enders in: Epping/ Hillgruber, GG, Rz 15 zu Art. 19 GG; Jarass in: Jarass/ Pieroth, GG, Rz 3 zu Art. 19 GG.

<sup>101</sup>BVerfG, Kammerbeschluss vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98, 1 BvR 2182/98, 1 BvR 2183/98 –, juris; Enders in: Epping/Hillgruber, GG, Rz 17 zu Art. 19 GG; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Rz 4 zu Art. 19 GG.

#### 3.1.4. Ergebnis

§ 55 Satz 2 SGB XII und § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI verletzen Art. 11 Abs. 1 GG, wenn ein Wechsel von einer Behinderteneinrichtung in eine Pflegeeinrichtung angeordnet wird und die Pflege nur deshalb nicht in der Behinderteneinrichtung sichergestellt werden kann, weil dort die Leistungen der häuslichen Pflege nach §§ 36, 37 SGB XI nicht in Anspruch genommen werden können.

§ 55 Satz 2 SGB XII ist in Fällen, in denen auch dann die Pflege nicht in einer Behinderteneinrichtung sichergestellt werden kann, wenn Leistungen der häuslichen Pflege in Anspruch genommen werden, mit Art. 11 Abs. 1 GG vereinbar. Es könnte entsprechend § 13 Abs. 1 Satz 3-6 SGB XII die Zumutbarkeit des Wechsels der Einrichtung geprüft werden.

#### 3.2. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Die leistungsrechtlichen Regelungen in §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI könnten mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar sein, wenn die von ihnen betroffenen Versicherten in die Pflichtversicherung einbezogen sind, aber von ihren Leistungen ausgeschlossen sind.

##### 3.2.1. Betroffenheit des Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Pflichtversicherung

Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt das Recht, die Persönlichkeit durch freigeählte Handlungen zu entfalten. Hierzu kann die eigene Disposition über Vorsorge für allgemeine Lebensrisiken gehören. Die Pflegeversicherung ist als Pflichtversicherung in sozialrechtlicher oder privatrechtlicher Form ausgestaltet.

##### 3.2.2. Eingriff durch Pflicht zur Pflegeversicherung

Die Pflichtversicherung nach §§ 20-26 SGB XI ist ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit.

### 3.2.3. Rechtfertigung bei eingeschränktem Leistungsumfang

Die Freiheitsbeschränkung durch die Pflichtversicherung kann dadurch gerechtfertigt werden, dass im Gegenzug ein freiheitssichernder Schutz gegen die von der Pflichtversicherung erfassten Wechselfälle des Lebens erfolgt. Dabei ist der Gesetzgeber berechtigt, Solidargemeinschaften von Personen mit unterschiedlicher Leistungsfähigkeit und unterschiedlichem Risiko zu bilden, um auf diese Weise eine dauerhafte und leistungsfähige Versichertengemeinschaft zu konstituieren<sup>102</sup>.

Personen, die in Einrichtungen nach § 71 Abs. 4 SGB XI leben, sind regelmäßig pflegeversichert, da der Schutz der Pflegeversicherung fast die gesamte Wohnbevölkerung erfasst. Viele der betroffenen Personen unterliegen dem spezifischen Versicherungsschutz nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB XI für behinderte Menschen in anerkannten Werkstätten (WfbM), wie sich auch daraus ergibt, dass die in § 71 Abs. 4 SGB XI genannten Einrichtungen auch der Teilhabe am Arbeitsleben gewidmet sind.

#### 3.2.3.1. Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit unterliegt den Schranken der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes. Daraus ergibt sich, dass eine Einschränkung durch oder auf Grund eines Gesetzes möglich ist, das einen verfassungsgemäßen Zweck in verhältnismäßiger Weise verfolgt.

#### 3.2.3.2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Die Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Pflichtversicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit wird gerechtfertigt durch die eigene Freiheitssicherung und den Schutz der Unterhaltspflichtigen und der Träger

---

<sup>102</sup>BVerfG, Urteil vom 10. Juni 2009 – 1 BvR 706/08, 1 BvR 814/08, 1 BvR 819/08, 1 BvR 832/08, 1 BvR 837/08 –, BVerfGE 123, 186-267.

der Sozialhilfe gegen die finanziellen Folgen der Pflegebedürftigkeit<sup>103</sup>. Der Eingriff ist auch grundsätzlich geeignet, diese Ziele zu erreichen.

Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs könnte aber für einen Personenkreis nicht gegeben sein, dem Leistungsansprüche gegen die Pflegeversicherung ganz oder weitgehend vorenthalten werden und bei dem dadurch der Zweck der Pflichtversicherung verfehlt wird. Ein solches Missverhältnis von Versicherungspflicht und Versicherungsleistung hat das BVerfG beim Ausschluss von Leistungen für lebensbedrohliche Krankheiten in der gesetzlichen Krankenversicherung angenommen<sup>104</sup>. Bei der Rentenversicherung hat es für möglich gehalten, dass ein solches Missverhältnis vorliegt, wenn kein angemessener Rentenanspruch erreicht werden kann<sup>105</sup>.

Mitglieder der Pflegeversicherung in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe können weder die Leistungen der häuslichen Pflege nach §§ 36, 37 SGB XI noch die Leistungen der stationären Pflege nach § 43 SGB XI in Anspruch nehmen. Die Pflegekasse zahlt stattdessen den Pauschalbetrag von 266 € als Beitrag zum nach § 75 SGB XII mit dem Träger der Sozialhilfe vereinbarten Heimentgelt. Da der Träger der Einrichtung nach § 55 Satz 1 SGB XII verpflichtet ist, die notwendige Pflege sicherzustellen, kann argumentiert werden, dass § 43a SGB XI den Anspruch der Bewohnerinnen und Bewohner von Behinderteneinrichtungen auf Leistungen der Pflegeversicherung nicht verkürzt, sondern lediglich einen alternativen und der Wohnsituation angepassten Weg der Leistungserbringung öffnet.

Diese Argumentation trifft jedoch auf zwei Gruppen von behinderten Menschen nicht zu:

---

<sup>103</sup>BVerfG, Urteil vom 03. April 2001 – 1 BvR 2014/95 –, BVerfGE 103, 197-225.

<sup>104</sup>BVerfG, Beschluss vom 06. Dezember 2005 – 1 BvR 347/98 –, BVerfGE 115, 25-51.

<sup>105</sup>Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26. Juni 2007 – 1 BvR 2204/00, 1 BvR 1355/03 –, juris.

Personen, deren notwendige Pflege in der Behinderteneinrichtung nicht sichergestellt werden kann, und die deswegen nach § 55 Satz 2 SGB XII diese Einrichtung verlassen müssen, erhalten keine Leistungen der Pflegeversicherung an ihrem bisherigen Lebensmittelpunkt. Für diese Personen werden die zentralen Ziele der Pflegeversicherung der Selbstbestimmung und des Verbleibs in der bisherigen Umgebung anstelle eines Pflegeheims (§§ 2, 3 SGB XI) verfehlt. Ihnen werden Leistungen vorenthalten, die Versicherte in einer anderen Umgebung erhalten würden.

Personen, die auf Grund des Nachrangs der Sozialhilfe (§§ 2, 19 Abs. 3, 82-92a SGB XII) keine oder keine kostendeckenden Leistungen nach §§ 53 ff. SGB XII erhalten, müssen die Leistungen der Behinderteneinrichtung einschließlich der Pflege ganz oder teilweise aus ihrem Einkommen oder Vermögen bezahlen oder es werden ihre unterhaltspflichtigen Eltern, Kinder, Ehepartner, Lebenspartner oder Personen in eheähnlicher Gemeinschaft (§ 20 SGB XII) in Anspruch genommen. Sie sind versichert, erhalten aber auf Grund ihres Lebensmittelpunktes in einer Behinderteneinrichtung durch §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI wesentlich geringere Leistungen als sie an einem anderen Ort bekommen würden.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für ein Modell der Pflichtversicherung, so muss er auch den Versicherten Zugang zu deren essentiellen Leistungen geben. Hat eine Gruppe von Versicherten sehr eingeschränkten Zugang zu der Sicherung des versicherten Risikos, wie die Selbstzahlerinnen und Selbstzahler in Behinderteneinrichtungen, so ist dies nicht nur gleichheitsrechtlich, sondern auch freiheitsrechtlich relevant.

Gegen die Überlegung, diese Leistungsberechtigten würden durch eine Pflichtversicherung unverhältnismäßig belastet, könnte angeführt werden, dass viele dieser Versicherten einen absolut gesehen geringen Beitrag zahlen. Versicherte, die in WfbM arbeiten, zahlen einen Beitrag auf der Basis von mindestens 20%



der monatlichen Bezugsgröße (567 €; vgl. § 57 Abs. 1 Satz 1 SGB XI; § 235 Abs. 3 SGB V). Der Pflegeversicherung (wie der Krankenversicherung) als gesetzlicher Risikoversicherung ist jedoch eine solche Verknüpfung von Beitrag und Leistung bei ihren Sach- und Dienstleistungen fremd. Sie wird auch in der Pflegeversicherung für keinen Personenkreis praktiziert. Zudem treffen die Regelungen in §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI alle Pflegeversicherten, unabhängig von ihrem Versichertenstatus und ihrer Versichertenbiographie, also z.B. auch solche, die erst im Lebensverlauf in eine Behinderteneinrichtung eingezogen sind oder solche, die auf Grund der Familienversicherung versichert sind und deren Eltern oder Ehepartner selbst einen hohen Beitrag zur Pflegeversicherung zahlen.

In der rechtswissenschaftlichen und pflegepolitischen Literatur wird in Bezug auf die letztgenannte Gruppe ausgeführt, dass sie zahlenmäßig gering sei, so dass die Regelung hieraus gerechtfertigt werden könne. Die Gruppe der Selbstzahlerinnen und Selbstzahler in Einrichtungen der Behindertenhilfe wird auf ca. 1,11% und damit 2.350 Personen geschätzt. Von diesen sind – geschätzt nach den Zahlen im Leistungsbereich des LWV Hessen – 58% pflegebedürftig und damit von § 43a SGB XI betroffen, dies wären 1.363 Personen, die trotz Pflegebedürftigkeit als Versicherte die Pflegeleistungen zum ganz erheblichen Teil selbst bezahlen müssen.

Die Gruppe derjenigen, die selbst einen Kostenbeitrag leisten, ist größer. Von den Leistungsberechtigten des LWV haben drei Viertel einen Kostenbeitrag geleistet, der aber im Schnitt nur bei 67 € monatlich lag. Allerdings haben ca. 2% der Leistungsberechtigten einen Kostenbeitrag von mehr als 500 € monatlich geleistet. Bei 3% der Leistungsberechtigten haben die Ehepartner einen Kostenbeitrag geleistet, der im Schnitt bei 196 € lag. 26 Ehepartner haben einen Kostenbeitrag von mehr als 500 € im Monat geleistet. Ca. 10% der Leistungsberechtigten haben

in einem Jahr Vermögen eingesetzt, zum Beispiel aus Erbschaften. Dieser Vermögenseinsatz betrug im Schnitt 273,50 € monatlich. Auch diese Personen haben einen höheren Kostenbeitrag als wenn sie die üblichen Leistungen der Pflegeversicherung in Anspruch nehmen könnten.

Insgesamt ist festzuhalten, dass Grundrechtsverletzungen auch für einen kleinen Personenkreis nicht hinzunehmen sind. Die genannten Zahlen zeigen aber zudem, dass der betroffene Personenkreis nicht vernachlässigt werden kann und es sich nicht um seltene Einzelfälle handelt.

#### 3.2.4. Ergebnis

§ 43a SGB XI ist soweit mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar, als Versicherte davon betroffen sind, die für die Leistungen einer Behinderteneinrichtung ganz oder teilweise selbst bezahlen müssen oder Kostenbeiträge leisten.

§ 43a SGB XI ist weiterhin für diejenigen Versicherten mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar, deren Pflege nur wegen dieser Norm in einer Behinderteneinrichtung nicht sichergestellt werden kann.

#### 3.3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Zu prüfen ist weiter, ob die durch § 43a SGB XI entstehenden Ungleichbehandlungen gerechtfertigt sind. Dies sind die Ungleichbehandlung von Pflegeversicherten in Behinderteneinrichtungen mit Pflegeversicherten in Pflegeeinrichtungen und die Ungleichbehandlung von Pflegeversicherten in Behinderteneinrichtungen mit Pflegeversicherten, die nicht in Einrichtungen leben.

Die Prüfung eines Gleichheitsverstoßes ist mit dem spezielleren und strengeren Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung zu beginnen.

### 3.3.1. Betroffenheit des Benachteiligungsverbots bei Ungleichbehandlung zwischen behinderten Menschen

Unstrittig ist, dass das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung auf Fälle anzuwenden ist, in denen Menschen mit einer Behinderung anders behandelt werden als Menschen ohne Behinderung. Umstritten ist jedoch, ob das Verbot auch für Fälle gilt, in denen verschiedene Gruppen von Menschen mit einer Behinderung ungleich behandelt werden. Das BSG hat in seiner Entscheidung vom 26.4.2001 abgelehnt, § 43a SGB XI am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu prüfen, da die Ungleichbehandlung ausschließlich zwischen behinderten Menschen stattfindet, nämlich zwischen behinderten Menschen in Behinderteneinrichtungen und behinderten Menschen in Pflegeeinrichtungen. In diesem Fall, so das BSG, sei allein der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und damit ein weniger strenger Maßstab anzuwenden. Dagegen hatte *Pieroth* in seinem Gutachten im Gesetzgebungsverfahren Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG angewandt und als Vergleichsgruppen „Behinderte“ und „Pflegebedürftige“ angesehen.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Prämisse des BSG zutrifft, dass der Vergleich nur zwischen behinderten Menschen erfolgt. Das Wohnen in einer Einrichtung nach § 71 Abs. 4 SGB XI setzt schon nach dessen Definition voraus, dass sich die Einrichtung an behinderte Menschen richtet, die Leistungsvoraussetzungen nach §§ 53, 54 SGB XII verweisen auf den Behinderungsbegriff nach § 2 Abs. 1 SGB IX. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

Leistungsberechtigt in der Pflegeversicherung und damit in Einrichtungen nach § 71 Abs. 2 SGB XI sind nach § 14 Abs. 1 SGB XI Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen

Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedürfen.

Nach der Definition in § 14 Abs. 1 SGB XI kann eine Pflegebedürftigkeit durch Krankheit oder Behinderung verursacht werden. Im zweiten Fall ist klar, dass pflegebedürftige Menschen auch behindert sind. Es ist zu fragen, ob es auch eine durch Krankheit ausgelöste Pflegebedürftigkeit gibt, bei der die Pflegebedürftigen nicht behindert sind. Festzuhalten ist zunächst, dass das zeitliche Element in § 2 Abs. 1 SGB IX und in § 14 Abs. 1 SGB XI – mindestens sechs Monate – gleich ist. Kurzzeitig pflegebedürftige Menschen, z.B. in Krankenhäusern, sind also in beiden Fällen nicht gemeint. Fraglich ist also, ob eine Person auf Grund von Krankheit länger als sechs Monate pflegebedürftig sein kann, ohne zugleich behindert im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX zu sein. Bedarf eine Person im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe, so ist davon immer auch die Teilhabe an der Gesellschaft betroffen.

Das einzige Tatbestandsmerkmal, aus dem sich eine Differenzierung ergeben könnte, wäre daher die Abweichung von dem für das Lebensalter typischen Zustand nach § 2 Abs. 1 SGB IX. Würde man Pflegebedürftigkeit als für ein Lebensalter – etwa sehr hohes Alter – typisch beschreiben, so könnten Hochaltrige pflegebedürftig sein, ohne behindert zu sein. Tatsächlich erreicht der Anteil der Pflegebedürftigen (erst) bei den über 90-jährigen über 50%<sup>106</sup>. Es ist jedoch fraglich, ob daraus zu schließen ist, dass über 90-jährige Pflegebedürftige nicht behindert sind, unter 90-jährige Pflegebedürftige jedoch schon. Weder bei der Anerkennung als schwerbehindert nach § 2 Abs. 3 SGB IX noch z.B. beim Anspruch auf Hilfsmittel zum Behinderungsausgleich nach § 33 SGB V wird eine entsprechende

---

<sup>106</sup>DESTATIS, Pflegestatistik 2011, Tabelle 1.2. Pflegebedürftige nach Alter und Pflegequote zum Jahresende 2011: 57,8%.

Grenze gezogen, die zur Folge hätte, dass diese Personen nicht als schwerbehindert anerkannt würden oder keinen Anspruch mehr auf Hilfsmittel hätten. Bei verständiger Auslegung ist das Tatbestandsmerkmal vielmehr auf eine altersadäquate Teilhabe zu beziehen, die jedenfalls die Verrichtungen des täglichen Lebens umfasst, auf welche Menschen jeden Alters angewiesen sind. Nach diesem Verständnis sind alle pflegebedürftigen Menschen auch behindert. Aber auch wenn von einer ab 90 Jahren alterstypischen Pflegebedürftigkeit ausgegangen würde, so sind doch nur 15% der Pflegebedürftigen in der Pflegeversicherung über 90 Jahre alt. Letztlich kann also dahinstehen, ob auch die über 90-jährigen Pflegebedürftigen behindert im Rechtssinne sind, da der Vergleich zwischen Personen in Pflegeheimen und Personen in Behindertenheimen in jedem Fall ein Vergleich ist, der im Wesentlichen zwischen behinderten Menschen angestellt wird.

Es bleibt daher zu untersuchen, ob und wann ein Vergleich zwischen zwei unterschiedlich Normbetroffenen auch dann dem Benachteiligungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unterfällt, wenn beide behindert sind.

Zunächst ist der Wortlaut zu betrachten: Der Satz „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ bezieht sich auf Individuen („niemand“, „seiner“). Er betrifft also auch Benachteiligungen, die einzelne behinderte Menschen oder einen Teil der behinderten Menschen betreffen. Es handelt sich nicht um ein Gruppenrecht, sondern um ein Recht, das sich auf eine je individuelle Eigenschaft bezieht. Eine Benachteiligung wegen der Religion liegt nicht nur vor, wenn sie alle religiösen Menschen im Vergleich zu nichtreligiösen Menschen betrifft, sondern auch wenn sie Katholiken im Vergleich zu Protestanten betrifft oder umgekehrt.

In typischen Fällen geht es beim Benachteiligungsverbot darum, rechtliche und rechtlich bewirkte Benachteiligungen behinderter Menschen im Vergleich zu

nichtbehinderten Menschen zu verbieten. Die Gruppe der behinderten Menschen ist jedoch sehr groß und vielfältig. Behinderung ist ein hoch aggregierter Begriff, der Menschen mit sehr unterschiedlichen Beeinträchtigungen von Gesundheit und Teilhabe zusammenfasst. Somit findet sich praktisch immer für eine Regelung, die behinderte Menschen benachteiligend betrifft nicht nur eine nicht-behinderte Vergleichsgruppe, sondern auch eine behinderte Vergleichsgruppe. So hatte das BVerfG über ein Testierverbot für schreib- und sprechbehinderte Personen zu befinden<sup>107</sup>. Hier hätte auch ein Vergleich mit anderen sinnesbehinderten Personen, z.B. blinden Menschen, zu dem Ergebnis führen können, dass das Testierverbot nicht zu rechtfertigen ist. Benachteiligungen, die eine bestimmte Art von Behinderung betreffen, können auch im Vergleich zu einer anderen Art von Behinderung spürbar sein. Dies war etwa lange Zeit so in der Benachteiligung von seelisch behinderten oder geistig behinderten Menschen im Vergleich zu körperlich behinderten Menschen. Insofern sprechen auch historische Argumente nicht überzeugend für eine Beschränkung des Vergleichs auf diejenigen von behinderten mit nichtbehinderten Menschen.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die möglicherweise benachteiligte Gruppe der behinderten Menschen in Behinderteneinrichtungen durch ein von der Lebenssituation der Behinderung besonders geprägtes Merkmal definiert wird: In diesen Einrichtungen stehen die Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben und am Leben in der Gemeinschaft, die schulische Ausbildung oder die Erziehung behinderter Menschen im Vordergrund des Einrichtungszwecks. Nach dem auch das sozialhilferechtliche Teilhaberecht prägenden Erforderlichkeitsgrundsatz (vgl. § 2 Abs. 1 SGB XII für den allgemeinen Vorrang der Selbsthilfe, § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB XII für den Vorrang ambulanter Hilfen, § 136 Abs. 1 Satz 2 SGB IX für den Vorrang des allgemeinen Arbeitsmarkts, § 4 Abs. 1

---

<sup>107</sup>BVerfG, Beschluss vom 19. Januar 1999 – 1 BvR 2161/94 –, BVerfGE 99, 341-360.

Satz 1 SGB IX für die Beschränkung auf notwendige Leistungen) leben in stationären Behinderteneinrichtungen nur solche Menschen, deren Teilhabe behinderungsbedingt nicht anders gesichert werden kann. Diese Menschen sind daher typischerweise stärker behindert als andere und für einen längeren Zeitraum, oft lebenslang. Sie sind typischerweise geistig behindert oder seelisch behindert und gehören deswegen zu einer besonders benachteiligungsgefährdeten Gruppe. Auf Grund dieser typischen Eigenschaften erscheint es auch möglich, dass sie stärker benachteiligungsgefährdet sind als behinderte Personen in stationären Pflegeeinrichtungen, die häufiger körperlich behindert sind und im Lebenslauf erst zu einem späten Zeitpunkt pflegebedürftig und behindert werden. Ebenso erscheint plausibel, dass behinderte Menschen in stationären Behinderteneinrichtungen stärker benachteiligungsgefährdet sind als behinderte Menschen, die in einer eigenen Häuslichkeit leben können.

Im Ergebnis sprechen Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck des Benachteiligungsverbots nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht dagegen, es auch auf Ungleichbehandlungen zwischen behinderten Menschen anzuwenden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass eine Gruppe behinderter Menschen gegenüber einer anderen Gruppe behinderter Menschen wegen ihrer Behinderung ungerechtfertigt benachteiligt wird. Für die Gruppe der in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe lebenden Menschen ist dies anzunehmen, da sie typischerweise lang anhaltend und stark in Gesundheit und Teilhabe beeinträchtigt sind.

### 3.3.2. Bestimmung des Maßstabs von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Zusammenwirken mit Art. 5 UN-BRK

Der Inhalt des Benachteiligungsverbots in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist unter Heranziehung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck zu bestimmen. Weiterhin ist das Diskriminierungsverbot in Art. 5 UN-BRK zur Auslegung heranzuziehen, da das Benachteiligungsverbot völkerrechtsfreundlich auszulegen ist

und auf diese Weise das Gebot erfüllt werden kann, die UN-BRK innerstaatlich umzusetzen.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG schützt nach dem Wortlaut gegen Benachteiligungen. Darunter ist jede nachteilig unterschiedliche Behandlung zu verstehen. Ob eine Behandlung nachteilig ist, ist auch an Hand der Präferenzen der betroffenen Person zu bestimmen. Eine besondere Behandlung gegen den Willen der betroffenen Person als Bevorzugung zu definieren und vorzuschreiben, ist regelmäßig nicht möglich. Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte, die mit der Behindertenbewegung verknüpft ist, und die sich für Selbstbestimmung und gegen eine – auch fürsorglich gemeinte – Bevormundung richtete und richtet.

Das Benachteiligungsverbot schützt auch gegen Benachteiligungen, die sich nicht unmittelbar aus einer Rechtsnorm, sondern mittelbar aus ihrer Wirkung ergeben, wenn diese Wirkung der Norm zurechenbar ist. Dies entspricht der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, die auch mittelbare Grundrechtseingriffe und daraus resultierende Verletzungen erkannt hat. Für die Gleichheitssätze ist das Verbot mittelbarer Diskriminierungen zunächst im Europäischen Antidiskriminierungsrecht anerkannt gewesen, wird aber nun auch vom BVerfG angewandt<sup>108</sup>. Das Verbot mittelbarer Diskriminierung ist auch in den Begriffsbestimmungen in Art. 2 UN-BRK angesprochen, nach denen jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung verboten ist, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte oder Grundfreiheiten beeinträchtigt oder vereitelt wird. In der final orientierten Formulierung „oder zur Folge hat“ wird deutlich, dass nicht nur intendierte und unmittelbare Benachteiligungen verboten sind.

---

<sup>108</sup>BVerfG, Beschluss vom 14. April 2010 – 1 BvL 8/08 –, BVerfGE 126, 29-55; BVerfG, Beschluss vom 05. April 2005 – 1 BvR 774/02 –, BVerfGE 113, 1-29.



Das BVerfG hat in der Sonderschul-Entscheidung 1997<sup>109</sup> ausgeführt, dass eine Benachteiligung auch vorliegen kann, wenn der Ausschluss aus einem öffentlich gestalteten Bereich nicht durch fördernde Maßnahmen kompensiert werde. Darin liegt der Sache nach die Pflicht zu nach Art. 5 Abs. 3 UN-BRK gebotenen und in Art. 2 UN-BRK definierten angemessenen Vorkehrungen. Dabei handelt es sich um notwendige und geeignete Anpassungen und Vorkehrungen, die in einem bestimmten Fall vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen können. Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen bedeutet, dass im Einzelfall ein Tun statt eines Unterlassens geboten sein kann, um eine Benachteiligung zu vermeiden<sup>110</sup>.

Eine Benachteiligung wegen einer Behinderung kann nur gerechtfertigt werden, wenn sie zwingend erforderlich ist, etwa um ein gleichwertiges Rechtsgut zu schützen oder weil die Art der Beeinträchtigung es erfordert.

### 3.3.3. Ungleichbehandlung behinderter Menschen in Behinderteneinrichtungen durch §§ 43a, 43, 36 SGB XI

Zu prüfen ist nun, ob sich aus § 43a SGB XI im Zusammenwirken mit § 43 SGB XI und § 36 SGB XI eine Benachteiligung von behinderten Menschen, die in Behinderteneinrichtungen leben, mit behinderten Menschen ergibt, die nicht in Behinderteneinrichtungen leben.

#### 3.3.3.1. Vergleichsgruppe

Der Vergleich bezieht sich auf Menschen, die sowohl Bedarf an Pflegeleistungen wie auch an Leistungen zur Teilhabe haben und die Leistungsansprüche gegen die Pflegeversicherung sowie dem Grunde nach gegen den Träger der Sozialhilfe haben.

---

<sup>109</sup>BVerfG, Beschluss vom 08. Oktober 1997 – 1 BvR 9/97 –, BVerfGE 96, 288-315.

<sup>110</sup> *Welti*, RdLH 2012, S. 1-3; *Kocher/Wenckebach*, Soziales Recht 2013, S. 17-28.

In den Behinderteneinrichtungen haben diese Menschen einen Anspruch auf die vereinbarten (§ 75 Abs. 3 SGB XII), ggf. die erforderlichen (§ 75 Abs. 4 SGB XII) Leistungen zur Teilhabe. Diese umfassen nach § 55 Satz 1 SGB XII die erforderlichen Pflegeleistungen. Hierfür zahlt die Pflegekasse pauschal einen Zuschuss von 266 €. Im Übrigen werden die Teilhabe- und Pflegeleistungen vom Träger der Sozialhilfe bezahlt, soweit nicht auf Grund des Nachrangs diese ganz oder teilweise von den behinderten Menschen oder ihnen unterhaltspflichtigen Personen bezahlt werden. Die Inanspruchnahme zusätzlicher Pflegeversicherungsleistungen in der Behinderteneinrichtung ist nicht möglich. Kann der Pflegebedarf in der Behinderteneinrichtung nicht gedeckt werden, so können Pflegekasse, Träger der Sozialhilfe und Einrichtungsträger vereinbaren, dass die Leistung in einer anderen Einrichtung erbracht wird.

In stationären Pflegeeinrichtungen haben diese Menschen einen Anspruch auf die gesamten Pflegeleistungen (§ 84 Abs. 4 SGB XI). Die Pflegekasse zahlt hierzu einen Betrag, der 1064 € (Pflegestufe I), 1330 € (Pflegestufe II), 1612 € (Pflegestufe III) oder 1995 € (Härtefall) beträgt. Den verbleibenden Rest des Pflegesatzes trägt der behinderte Mensch selbst oder der Träger der Sozialhilfe (§ 61 SGB XII). Dass in der Pflegeeinrichtung zusätzliche Leistungen zur Teilhabe in Anspruch genommen werden, ist nicht ausgeschlossen.

Menschen, die nicht in stationären Einrichtungen leben, erhalten bei gleichem Bedarf nach Maßgabe des Nachrangs der Sozialhilfe bedarfsdeckende Leistungen zur Teilhabe sowie entweder Sachleistungen der häuslichen Pflege im Wert von 468 € (Pflegestufe I), 1144 € (Pflegestufe II), 1612 € (Pflegestufe III) oder 1995 € (Härtefall), wahlweise ein Pflegegeld von 244 € (Pflegestufe I), 458 € (Pflegestufe II) oder 728 € (Pflegestufe III).

Fraglich ist nun zunächst, mit wem die Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe verglichen werden sollten: mit den Menschen in stationären Pflegeheimen oder mit den Menschen außerhalb von stationären Einrichtungen? Fraglich ist, ob es sich hierbei um eine Ungleichbehandlung handelt, die auf Personengruppen bezogen ist oder sich jedenfalls auf unterscheidbare Personengruppen auswirkt.

Es kann beim Vergleich mit Pflegeheimen argumentiert werden, dass die Pflegeeinrichtungen zur Sicherstellung der Pflege höhere spezifische Standards erfüllen, die sich aus § 73 Abs. 3 SGB XI sowie weiteren Regelungen des SGB XI ergeben. Der Gesetzgeber hat durch die differenzierten Leistungen im SGB XI einen in stationären Pflegeeinrichtungen besonders hohen Aufwand und Standard abgelten wollen. Er geht dagegen davon aus, dass in stationären Behinderteneinrichtungen durch Überschneidungen zwischen Teilhabe- und Pflegeleistungen und einen anderen Standard eine niedrigere Leistung in vielen Fällen ausreicht. Für diejenigen Fälle, in denen das nicht zutrifft, sieht er den Einrichtungswechsel vor. Die Differenzierung zwischen § 43 SGB XI und § 43a SGB XI ist insofern nur die Folge der gesetzgeberischen Grundentscheidung, das Risiko der Pflegebedürftigkeit anders als das Teilhaberisiko in einer Sozialversicherung abzusichern.

Behinderte Menschen mit Pflegebedarf können in Pflegeeinrichtungen, in Behinderteneinrichtungen und ambulant in der eigenen Häuslichkeit Pflegeleistungen in Anspruch nehmen. Der Gesetzgeber hat die Pflege in stationären Pflegeeinrichtungen als besonders aufwändig und intensiv privilegiert. Sie steht aber allen pflegebedürftigen Menschen offen, auch denjenigen, die zuvor in Behinderteneinrichtungen gelebt haben. Spezifische Teilhabebedarfe müssen in Pflegeeinrichtungen durch Leistungen zur Teilhabe abgedeckt werden können. Das SGB XII und andere Leistungsgesetze der Teilhabe enthalten keine Sperre für ergänzende

Teilhabeleistungen in Pflegeeinrichtungen. Die Pflegekassen und Träger der Sozialhilfe sind nach § 13 Abs. 4 SGB XI zur Kooperation verpflichtet. Insoweit ist die Ungleichbehandlung, die sich aus §§ 43a, 43 SGB XI ergibt, keine personenbezogene, sondern eine einrichtungsbezogene Ungleichbehandlung. Sie könnte allenfalls eine verbotene Ungleichbehandlung der Einrichtungsträger sein, nicht aber spezifisch der behinderten Menschen.

Fraglich ist aber, ob die Ungleichbehandlung von behinderten pflegebedürftigen Menschen, die in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe leben, mit behinderten pflegebedürftigen Menschen, die in einem Haushalt außerhalb einer stationären Einrichtung leben, eine verbotene Benachteiligung sein könnte.

Für Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe umfasst die Leistung der Einrichtung auch die Pflege, soweit möglich (§ 55 SGB XII). Die Pflegeversicherung zahlt hierzu 266 € zum Entgelt nach § 75 SGB XII. Menschen, die in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe wohnen, erhalten also bei gleichem Pflegedarf eine wesentlich niedrigere Versicherungsleistung im Vergleich zu denjenigen, die in einer eigenen Häuslichkeit leben, mit Ausnahme des Pflegegeldes in Pflegestufe I. Menschen in Einrichtungen der Behindertenhilfe sind also jedenfalls als Selbstzahlerinnen und Selbstzahler oder bei Entrichtung eines Kostenbeitrags finanziell schlechter gestellt als solche, die in einer eigenen Wohnung leben. Sie haben auch eine geringere Wahlfreiheit, da sie nicht entscheiden können, ob sie die Pflege ganz oder teilweise von einem Pflegedienst außerhalb der Behinderteneinrichtung oder durch selbst beschaffte Pflegehilfen in Anspruch nehmen wollen. Sie sind nach § 35a SGB XI auch von der Möglichkeit ausgeschlossen, ihre Leistungen im Rahmen eines trägerübergreifenden persönlichen Budgets in Anspruch zu nehmen.

Fraglich ist, ob es sich bei der Ungleichbehandlung um eine personenbezogene Ungleichbehandlung handelt oder ob sie allein an der unterschiedlichen Versorgung anknüpft. Behinderteneinrichtungen sind nach § 71 Abs. 4 SGB XI für die Pflegeversicherung ausdrücklich als solche definiert, in denen die Teilhabe und nicht die Pflege im Mittelpunkt des Einrichtungszwecks steht. Sie sind also für die Pflegeversicherung vor allem Nicht-Pflegeeinrichtungen, nicht anders als der familiäre Haushalt, Wohngemeinschaften oder andere Wohnformen, in denen behinderte Menschen Leistungen zur Teilhabe und Leistungen der häuslichen Pflege in Anspruch nehmen können. Festzuhalten ist auch, dass seit der Konzeption der Pflegeversicherung die Grenzen zwischen stationären und ambulanten Leistungen der Behindertenhilfe und Teilhabe fließender geworden sind. Dies findet seinen normativen Ausdruck darin, dass nach § 55 Abs. 1 SGB IX die dort prägenden Leistungen einheitlich definiert sind als Leistungen, die den behinderten Menschen die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ermöglichen und sichern oder sie so weit wie möglich unabhängig von Pflege machen und nach § 55 Abs. 2 Nr. 6 SGB IX Leistungen zum Wohnen einheitlich als Hilfen zu selbstbestimmtem Leben in betreuten Wohnmöglichkeiten definiert sind. Damit wird deutlich, dass die stationären und die ambulanten Leistungen zur Teilhabe nach ihrem genuinen Zweck nicht durch die Sicherstellung von Pflege, sondern durch die größtmögliche Unabhängigkeit von Pflege definiert sind. Sind sie durch Pflege zu ergänzen, so ist dies primär Aufgabe der Leistungen zur Pflege der Pflegeversicherung.

Es sind daher weder aus der Pflegeversicherung heraus noch aus dem Teilhaberecht in SGB XII und SGB IX zwingende einrichtungsbezogene Gründe ersichtlich, warum Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe in der Pflegeversicherung einen geringeren Leistungsanspruch haben als andere gleich pflegebedürftige Menschen außerhalb von Pflegeeinrichtungen. Die Ungleichbehandlung trifft vielmehr vergleichbare Personengruppen, die auf Grund eigener

Entscheidung oder bestehenden Angebots ihre Leistungen zur Teilhabe entweder ambulant oder stationär erhalten und die im Regelfall keinen zwingenden Bedarf an den Leistungen einer stationären Pflegeeinrichtung haben.

### *3.3.3.2. Rechtfertigungsgründe*

#### *3.3.3.2.1. Knapper Finanzrahmen*

Im Gesetzgebungsverfahren war zur Begründung der Regelung zunächst auf den knappen Finanzrahmen verwiesen worden. Ein knapper Finanzrahmen kann aber nicht die Benachteiligung einer einzelnen Gruppe von Versicherten rechtfertigen, insbesondere nicht, wenn dieser durch einen hohen behinderungsbedingten Leistungsbedarf definiert ist. Zudem kann diese Begründung, auch wenn sie in der Einführungsphase der Pflegeversicherung akzeptabel gewesen wäre, nach fast zwanzig Jahren und mehreren Erweiterungen des Finanzrahmens durch Beitragssatzerhöhungen<sup>111</sup> nicht mehr akzeptiert werden.

#### *3.3.3.2.2. Schutz der Behindertenhilfe*

Als weitere Begründung für die Regelung in § 43a SGB XI war angeführt worden, dass mit ihr die bewährte Verknüpfung von Teilhabeleistungen und Pflegeleistungen in Einrichtungen der Behindertenhilfe fortgeführt werden könne. Die anhaltenden kritischen Berichte aus der Praxis lassen bereits an der Geeignetheit des Mittels zur Zweckerreichung zweifeln.

Jedenfalls aber wäre dieses Ergebnis grundrechtsschonender erreichbar, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner in Behinderteneinrichtungen die allgemeinen Ansprüche nach §§ 36, 37 SGB XI hätten und das Pflegegeld in ihr Einrichtungsentgelt einbringen könnten. Sie hätten dann jedenfalls ab Pflegestufe II auch als Kostenbeitragsverpflichtete eine geringere Belastung. Zugleich hätten sie – wie

---

<sup>111</sup>Der Beitragssatz nach § 55 SGB XI betrug zunächst 1,7%, er beträgt mittlerweile 2,35%.

andere Versicherte auch – die Wahlfreiheit, auch innerhalb einer Behinderteneinrichtung die Pflege anders sicherzustellen.

Dies würde auch dem sozialpolitisch anerkannten und in Art. 19 UN-BRK verankerten Anliegen entsprechen, das Leben in Behinderteneinrichtungen so weit wie möglich dem in einem eigenen Haushalt anzupassen. Dieses Bestreben ist auch gesetzgeberisch deutlich geworden bei der 2007 erfolgten Neufassung von § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB V, wonach Häusliche Krankenpflege auch in betreuten Wohnformen möglich ist.

#### 3.3.4. Möglichkeit eines Ausgleichs durch verfassungskonforme Auslegung

Fraglich ist, ob die Verfassungswidrigkeit von §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI durch eine verfassungskonforme Auslegung vermieden werden kann. Beide Normen sind so eindeutig als leistungsrechtliche Sonderregelung bzw. als Leistungsausschluss formuliert, dass eine verfassungskonforme Auslegung innerhalb der Grenzen des Wortlauts nicht möglich ist.

Es könnte aber eingewandt werden, dass die Benachteiligung der behinderten pflegebedürftigen Menschen in Behinderteneinrichtungen durch eine verfassungskonforme Auslegung des Sozialhilferechts vermieden werden könnte.

Nach § 19 Abs. 3 SGB XII wird Eingliederungshilfe für behinderte Menschen geleistet, soweit den Leistungsberechtigten, ihren nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartnern und, wenn sie minderjährig und unverheiratet sind, auch ihren Eltern oder einem Elternteil die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen nicht zuzumuten ist. Nach § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist bei Einkommen, das die Einkommensgrenze nach § 85 SGB XII übersteigt, die Aufbringung der Mittel durch die hilfebedürftige Person in angemessenem Umfang zuzumuten. Bei der Prüfung, welcher Umfang angemessen ist, sind insbesondere die Art des Bedarfs, die Art oder Schwere der Behinderung oder der

Pflegebedürftigkeit, die Dauer und Höhe der erforderlichen Aufwendungen sowie besondere Belastungen der nachfragenden Person und ihrer unterhaltspflichtigen Angehörigen zu berücksichtigen (§ 85 Abs. 1 Satz 2 SGB XII). Bei Personen, deren Einkommen unter der Einkommensgrenze liegt, soll in angemessenem Umfang die Aufbringung der Mittel verlangt werden, wenn eine Person für voraussichtlich längere Zeit Leistungen in einer stationären Einrichtung bedarf (§ 88 Abs. 1 Satz 2 SGB XII). Für die meisten von §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI betroffenen Personen wird die letztgenannte Norm zutreffen.

Die Auslegung des Begriffs des angemessenen Umfangs lässt Raum dafür, die Möglichkeit, die besondere Belastung durch den (gleichheitswidrigen) Ausschluss der Leistungen der häuslichen Pflege zu berücksichtigen, wenn diese zu einem höheren Heimentgelt führt. Die Träger der Sozialhilfe könnten also im Einzelfall wegen dieser Belastung von einer Kostenbeteiligung absehen oder sie niedriger ansetzen. Fraglich ist aber, ob die Normen des Sozialhilferechts eine Auslegung zulassen, mit der die Verfassungswidrigkeit von §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI vermieden werden kann. Hierzu müsste immer in einem der Differenz zwischen den Leistungsbeträgen nach § 43a und § 36 SGB XI entsprechenden Umfang von der Kostenbeteiligung abgesehen werden. Die Ungleichbehandlung könnte bei einer solchen Auslegung für manche Personen im Ergebnis vermieden werden. Gegen eine solche Lösung spricht nicht schon, dass der Gesetzgeber eine solche finanzielle Folge für die Träger der Sozialhilfe nicht gewollt hat. Die Aufteilung von Kosten zwischen verschiedenen Sozialleistungsträgern ist nicht grundrechtlich geschützt.

Dagegen spricht aber, dass – trotz des auslegungsfähigen Begriffs „angemessen“ – ein solcher genereller Verzicht auf einen Teil der Kostenbeteiligung die Wortlautgrenze überschreiten würde. Das wird insbesondere an der Formulierung „soll“ in § 88 Abs. 1 Satz 2 SGB XII deutlich. Diese zeigt, dass nur in atypischen



Fällen auf Kostenbeiträge verzichtet werden soll. Dass die Pflegekosten Teil der von der Sozialhilfe getragenen Heimkosten sind, ist aber nicht atypisch, sondern in Behinderteneinrichtungen typisch.

### 3.3.5. Ergebnis

Im Ergebnis verstoßen §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI als benachteiligende Sonderregelung für Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Von der Benachteiligung konkret betroffen sind jedenfalls alle Versicherten der sozialen Pflegeversicherung, die das Einrichtungsentgelt in Behinderteneinrichtungen selbst zahlen oder die selbst oder durch Unterhaltspflichtige einen Beitrag aus Einkommen oder Vermögen zahlen müssen oder deren Pflegebedarf wegen dieser Regelungen in der Einrichtung nicht sichergestellt werden kann.

Eine Kompensation dieser Regelung durch die Träger der Sozialhilfe ist vom Gesetz nicht gewollt. Aber selbst wenn die erhöhten Pflegekosten im Heimentgelt dieser Personen bei der Bestimmung der Angemessenheit des Kostenbeitrags im SGB XII zu berücksichtigen wären, könnte die Verfassungswidrigkeit im SGB XI nicht beseitigt werden.

### 3.4. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Wird ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bejaht, so ist dies spezieller als ein möglicher Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser wird hier gleichwohl hilfsgutachterlich geprüft, da umstritten ist, ob eine Ungleichbehandlung zwischen behinderten Menschen dem Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung unterfällt. Wird auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bejaht, so kann diese Frage im Ergebnis dahinstehen.

### 3.4.1. Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung liegt, wie oben gezeigt, vor zwischen Menschen mit Teilhabe- und Pflegebedarf in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe und Menschen mit Teilhabe- und Pflegebedarf, die nicht in stationären Einrichtungen leben.

### 3.4.2. Maßstab der Gleichheitsprüfung

Eine Ungleichbehandlung auf Grund gesetzlicher Regelungen bedarf eines sachlichen Grundes. Die Legitimität dieses sachlichen Grundes und sein Gewicht im Verhältnis zur Gleichbehandlung werden umso intensiver geprüft, je mehr die Ungleichbehandlung auf persönlichen Gründen beruht, die von den Betroffenen nicht oder nur schwerlich verändert werden können<sup>112</sup>, und je mehr die Ungleichbehandlung die Betätigung von Freiheitsrechten betrifft<sup>113</sup>.

Betroffene Menschen könnten der Ungleichbehandlung ausweichen, indem sie aus der stationären Behinderteneinrichtung in eine eigene Häuslichkeit umziehen, in der sie Leistungen zur Teilhabe und Leistungen der häuslichen Pflege nebeneinander beziehen können. Ein solcher Umzug ist jedoch für viele Betroffene schwer zu realisieren, da möglicherweise ein entsprechendes Leistungsangebot bei hohem Unterstützungsbedarf zur Teilhabe nicht in der Nähe ihres bisherigen Wohnortes besteht oder sie – zum Teil nach langjährigem Leben in einer Behinderteneinrichtung – nicht in der Lage oder nicht willens sind, einen solchen Umzug zu realisieren. Das Ansinnen eines solchen Umzuges würde zudem in das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG), zumindest aber in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) eingreifen und betrifft damit Freiheitsrechte. Jedenfalls in die Persönlichkeitsentfaltung greift die mit §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2

---

<sup>112</sup>BVerfG Beschluss vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/07 –, BVerfGE 129, 49-78; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Rz 21 zu Art. 3 GG.

<sup>113</sup>BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2012 – 1 BvL 21/11 –, BVerfGE 130, 131-151; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Rz 22 zu Art. 3 GG.

2. Hs. SGB XI vorenthaltene Möglichkeit ein, die Entscheidungen über die eigene Pflege mit Hilfe von §§ 36, 37, 35a SGB XI selbstbestimmter zu treffen als bei einer alleinigen Zuordnung der Pflege zu der Behinderteneinrichtung. Schließlich trifft die erhebliche Kostenbelastung die betroffenen Versicherten und ihre Unterhaltspflichtigen zum Teil stark.

Im Ergebnis ist daher ein strenger Maßstab anzulegen, bei dem die Gründe der Ungleichbehandlung mit ihren Folgen ins Verhältnis gesetzt werden.

#### 3.4.3. Rechtfertigungsgründe der Ungleichbehandlung

Mögliche Rechtfertigungsgründe sind auch bei einer Prüfung nach dem allgemeinen Gleichheitssatz die Knappheit der Mittel der Pflegeversicherung und die Ermöglichung der Pflege in Behinderteneinrichtungen.

#### 3.4.4. Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung

Die Knappheit der Mittel der Pflegeversicherung ist grundsätzlich ein legitimer Grund für den Gesetzgeber, das Leistungsrecht der Pflegeversicherung restriktiv auszugestalten. Jede leistungsrechtliche Restriktion ist grundsätzlich geeignet, den knappen Finanzrahmen zu schützen.

Es ist jedoch fraglich, ob ein Grund besteht, warum eine Restriktion in so starker Weise und über mehrere Erweiterungen des Finanzrahmens durch Beitragssatzerhöhungen hinweg nur eine bestimmte Gruppe von Versicherten trifft. Eine mögliche Begründung wäre, dass diese Versicherten bereits durch die Leistungen der Sozialhilfe in gleicher Weise gesichert sind. Dies trifft aber nicht zu für die nicht unerhebliche Menge der Selbstzahlerinnen und Selbstzahler, der Kostenbeitragspflichtigen sowie für diejenigen, deren Pflege in den Behinderteneinrichtungen nicht (mehr) sichergestellt werden kann. Weiterhin sind sämtliche Versicherten in Behinderteneinrichtungen von der Einschränkung ihrer Wahlfreiheit bei der Gestaltung ihrer Pflege betroffen. Insofern könnten viele die Versicherten

in Behinderteneinrichtungen weniger belastende gleich geeignete Möglichkeiten benannt werden, den Finanzrahmen einzuhalten.

Dies könnte aber ein problematischer Eingriff in die sozialpolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sein, so dass die Erforderlichkeit des Eingriffs dahinstehen kann. Jedenfalls ist die Ungleichbehandlung aber so gravierend nach Ausmaß und Folgen, dass sie nicht verhältnismäßig zu dem verfolgten Zweck der Schonung knapper Mittel ist.

Als weiterer Zweck gilt die Ermöglichung von Pflege als Bestandteil der Leistungen von Behinderteneinrichtungen. Für diesen Zweck ist die Pauschalzahlung nach § 43a SGB XI geeignet. Sie ist aber nicht erforderlich, da der Zweck in gleicher oder besserer Weise erreicht werden könnte, wenn die Versicherten in Behinderteneinrichtungen die Möglichkeit hätten, ihren Anspruch auf häusliche Pflege, hier insbesondere auf Pflegegeld, für eine solche integrierte Lösung zu nutzen. Nicht ersichtlich ist, dass die alleinige Zuordnung des Pflegeversicherungsanspruchs zur Behinderteneinrichtung erforderlich ist, um deren Leistungsfähigkeit zu schützen. Eine entsprechende Modularisierung des Leistungsangebots ist vielmehr im Leistungserbringungsrecht nach § 75 SGB XII möglich und angelegt.

#### 3.4.5. Ergebnis

§§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI verstoßen gegen das allgemeine Gleichheitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG.

### 3.5. Ergebnis der Prüfung

#### 3.5.1. Rechtliches Ergebnis

§§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI verstoßen gegen die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, gegen das Benachteiligungsverbot wegen einer

Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. § 55 Satz 2 SGB XII verstößt gegen das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, soweit ein Wohnortwechsel nur wegen des Leistungsausschlusses in § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI erforderlich wird.

### 3.5.2. Unmittelbare Wirkungen

Die Regelung in § 43a SGB XI und der Leistungsausschluss in § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI sind so formuliert, dass eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist. Die Nichtanwendung von § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI durch die Pflegekassen oder die Anordnung ihrer Nichtanwendung durch die Gerichte wären ein Verstoß gegen das Verwerfungsmonopol des BVerfG.

### 3.5.3. Rechtsschutzmöglichkeiten

Um eine Klärung der Verfassungsmäßigkeit von §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI herbeizuführen, müsste eine betroffene versicherte behinderte pflegebedürftige Person, die in einer Einrichtung nach § 71 Abs. 4 SGB XI lebt, Leistungen nach § 36 oder nach § 37 SGB XI beantragen. Gegen die vorhersehbare Ablehnung des Antrages müsste diese Person Widerspruch, sodann gegen den ablehnenden Widerspruchsbescheid Klage beim zuständigen Sozialgericht erheben. Um unter allen relevanten Gesichtspunkten in eigenen Grundrechten betroffen zu sein, sollte diese Person Selbstzahlerin oder Selbstzahler oder zu einem Kostenbeitrag verpflichtet sein. Sie sollte zudem bei einer möglichen Einstufung mindestens Pflegestufe II erreichen. Das sozialgerichtliche Verfahren könnte durch eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu einer konkreten Normenkontrolle oder nach Erschöpfung des Rechtsweges zur Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde führen.

Eine abstrakte Normenkontrolle wäre in jedem Fall möglich.

## 4. Prüfung am Maßstab der UN-BRK

Neben der verfassungsrechtlichen Prüfung, die bereits unter Berücksichtigung des Einflusses der UN-BRK auf die Auslegung des Grundgesetzes erfolgt ist, soll nun eine eigenständige Prüfung am Maßstab der UN-BRK erfolgen.

### 4.1. Diskriminierungsverbot nach Art. 5 UN-BRK

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 5 Abs. 1 UN-BRK verpflichtet die Vertragsstaaten anzuerkennen, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, vom Gesetz gleich zu behandeln sind und ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz haben. Die Formulierung in Art 5 Abs. 1 UN-BRK legt noch stärker als diejenige in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nahe, dass auch behinderungsbezogene Diskriminierungen zwischen behinderten Menschen erfasst werden, da auch bei ihnen Menschen vom Gesetz ungleich behandelt werden und die Diskriminierung aufgrund von Behinderung erfolgt.

Die Ungleichbehandlung zwischen behinderten pflegebedürftigen Menschen in Behinderteneinrichtungen nach § 71 Abs. 4 SGB XI und behinderten pflegebedürftigen Menschen, die nicht in Einrichtungen leben, erfolgt wegen eines behinderungsbezogenen Merkmals.

§§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI verstoßen aus den bereits oben dargelegten Gründen gegen Art. 5 UN-BRK.

### 4.2. Recht auf unabhängiges Leben in der Gemeinde nach Art. 19 UN-BRK

Die fraglichen Normen könnten zudem gegen Art. 19 UN-BRK verstoßen. Nach Art. 19 UN-BRK anerkennen die Vertragsstaaten das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben und treffen wirksame und geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft

zu erleichtern. Nach Art. 19 lit. a UN-BRK müssen sie unter anderem gewährleisten, 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.

§ 55 Satz 2 SGB XII in Verbindung mit §§ 43, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI könnte daher aus den gleichen Gründen gegen Art. 19 UN-BRK verstoßen wie sie bereits beim Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 GG geprüft worden sind.

Das Zusammenwirken der Normen kann dazu führen, dass pflegebedürftige behinderte Menschen nicht gleichberechtigt mit anderen die Möglichkeit haben ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben wollen, weil Pflegeleistungen der Pflegeversicherung nicht im gleichen Umfang wie anderswo in Behinderteneinrichtungen in Anspruch genommen werden können. Es kann auch dazu führen, dass pflegebedürftige behinderte Menschen in stationären Pflegeeinrichtungen und damit in besonderen Wohnformen leben müssen, obwohl dies bei Verfügbarkeit von häuslicher Pflege in Behinderteneinrichtungen nicht erforderlich wäre.

Art. 19 lit. b und c UN-BRK fordern von den Vertragsstaaten weiterhin, Menschen mit Behinderungen Zugang zu einer Reihe von gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu geben und gemeindenahen Dienstleistungen Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung zur Verfügung zu stellen und ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Zu den gemeindenahen Unterstützungsdiensten können auch Pflegedienste im Sinne von § 71 Abs. 1 SGB XI gehören, deren Inanspruchnahme in Einrichtungen durch § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI gerade untersagt wird. Die Verpflichtungen in Art. 19 lit. b und c UN-BRK zeigen die Verbindung des Sozialrechts mit dem Recht auf freie Wohnortwahl für behinderte Menschen deutlich auf.

§ 55 Satz 2 SGB XI und §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI verstoßen gegen Art. 19 UN-BRK.

#### 4.3. Recht auf Gesundheit nach Art. 25 UN-BRK

Die Normen könnten weiterhin gegen Art. 25 UN-BRK verstoßen. Danach anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Insbesondere stellen die Vertragsparteien Menschen mit Behinderungen eine unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung in derselben Bandbreite, von derselben Qualität und auf demselben Standard zur Verfügung wie anderen Menschen (Art. 25 lit. a UN-BRK).

Ob die Leistungen der Pflegeversicherung dem Recht auf Gesundheit unterfallen oder dem Recht auf Habilitation und Rehabilitation nach Art. 26 UN-BRK ist klärungsbedürftig, da die UN-BRK den für Pflegeleistungen nach dem SGB XI international üblichen Begriff der Langzeitpflege nicht enthält. Allerdings hat die Bundesregierung in der Denkschrift zur UN-BRK<sup>114</sup> die Pflege in diesem Kontext erwähnt. Pflegeleistungen setzen nicht primär auf der Ebene der Teilhabe, sondern auf der Ebene der Aktivitäten an. Art. 25 Satz 3 lit. d. UN-BRK spricht die Gesundheitsberufe an. Zu diesen gehören in Deutschland jedenfalls die Pflegeberufe. Die Leistungen der Pflegeversicherung dienen daher mindestens auch der Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit nach Art. 25 UN-BRK.

Pflegebedürftige Menschen mit Behinderungen in Behinderteneinrichtungen erhalten durch §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI Leistungen der Pflegeversicherung nicht in derselben Bandbreite und derselben Erschwinglichkeit wie außerhalb von Behinderteneinrichtungen. Die Normen verstoßen daher auch gegen Art. 25 UN-BRK.

---

<sup>114</sup>BT-Drs. 16/10808, S. 59.



## 4.4. Ergebnis der Prüfung zur UN-BRK

### 4.4.1. Rechtliches Ergebnis

§§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI verstoßen gegen Art. 5 UN-BRK und Art. 25 UN-BRK, im Zusammenwirken mit § 55 Satz 2 SGB XII auch gegen Art. 19 UN-BRK.

### 4.4.2. Rechtswirkungen

Fraglich ist, welche rechtlichen Wirkungen die festgestellten Verstöße gegen die UN-BRK haben.

#### 4.4.2.1. Anwendbarkeit von Art. 25 GG

Die UN-BRK ist Völkervertragsrecht. Dieses partizipiert regelmäßig nicht – auch nicht bei hohem Ratifikationsstand – an der Privilegierung durch Art. 25 GG<sup>115</sup>, wonach die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind und diesem vorgehen. Allerdings hat das BVerfG ausgeführt, dass grundlegende, als zwingendes Völkerrecht einzustufende Menschenrechte ebenfalls von Art. 25 GG erfasst werden<sup>116</sup>. Sie sind damit nicht nur vertragsrechtlich, sondern allgemein anerkannt. Dies hat das BVerfG etwa für das Folterverbot ausdrücklich angenommen<sup>117</sup>.

Fraglich ist, ob die internationalen Menschenrechtsübereinkommen – und damit auch die UN-BRK – in ihrer Gesamtheit allgemeine Regeln des Völkerrechts kodifizieren und insoweit von Art. 25 GG erfasst werden. Dagegen spricht zunächst, dass die vom Grundgesetz vorgesehene Trennung der Geltungsgründe von allgemeinem Völkerrecht nach Art. 25 GG und Völkervertragsrecht nach Art. 9 GG dadurch durchbrochen würde. Dafür spricht, dass die Menschenrechte im

---

<sup>115</sup>BVerfG, Beschluss vom 08. Mai 2007 – 2 BvM 1/03, 2 BvM 2/03, 2 BvM 3/03, 2 BvM 4/03, 2 BvM 5/03, 2 BvM 1/06, 2 BvM 2/06 –, BVerfGE 118, 124-167; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Rz 6 zu Art. 25 GG.

<sup>116</sup>BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 2004 – 2 BvR 955/00, 2 BvR 1038/01 –, BVerfGE 112, 1-49; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Rz 10 zu Art. 25 GG; eher ablehnend: *Heintschel von Heinegg* in: *Epping/Hillgruber*, GG, Rz 27.1. zu Art. 25 GG.

<sup>117</sup>Vgl. BVerfG-Kammerbeschluss vom 8.4.2004, 2 BvR 253/04, BVerfGK 3, 159.

Grundgesetz in Art. 1 Abs. 2 GG ebenso herausgehoben werden wie das Völkerrecht. Die Menschenrechtspakte waren 1949 noch nicht geschlossen, so dass der Verfassungsgeber ihre Transformation in Völkervertragsrecht noch nicht vorhersehen konnte. Vielmehr wird die ebenfalls in Art. 1 Abs. 2 GG angesprochene Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland zur Friedenssicherung in Art. 24 und Art. 26 GG besonders angesprochen. Es wäre systematisch nahe liegend, auch die Geltung der Menschenrechte im grundlegenden Teil des Grundgesetzes über den Bund und die Länder und nicht im Staatsorganisationsrecht bei Art. 59 GG zu verankern. Dafür, dass die Menschenrechtspakte einschließlich der UN-BRK allgemeine Grundsätze des Völkerrechts kodifizieren spricht auch, dass sie unmittelbar von den Vereinten Nationen initiiert werden und sich in ihrer Präambel auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und die UN-Charta berufen. Somit sprechen die besseren systematischen Argumente dafür, die UN-BRK den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts nach Art. 25 UN-BRK zuzuordnen.

#### *4.4.2.2. Unmittelbare Anwendbarkeit*

Möglich ist auch, dass Völkervertragsrecht unmittelbar anwendbar („self-executing“) ist. Dies wird dann angenommen, wenn der Vertrag nach Wortlaut und Willen der Vertragsparteien subjektive Rechte vermitteln soll. Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit bezieht sich nicht auf die Normhierarchie, sondern darauf, ob einzelne Personen aus der völkerrechtlichen Norm Ansprüche herleiten können, ohne dass diese in einer weiteren Norm des nationalen Rechts verankert sind. Entscheidend für die unmittelbare Anwendbarkeit ist also vor allem ein Wortlaut, dessen Inhalt unmittelbar vollziehbar ist.

Das Bundessozialgericht hat Art. 5 UN-BRK in einem obiter dictum als unmittelbar vollziehbar angesehen<sup>118</sup>. Zugleich hat es darauf hingewiesen, dass Art. 5 UN-BRK und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bei richtiger Auslegung den gleichen Inhalt haben. Insoweit kann die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 5 UN-BRK praktisch meist dahinstehen.

Für Art. 25 UN-BRK hat das BSG in der gleichen Entscheidung eine unmittelbare Anwendbarkeit abgelehnt. Dies kann insoweit zutreffen, als der besonders konkrete Kerninhalt von Art. 25 UN-BRK, wonach Gesundheitsleistungen in derselben Bandbreite und Qualität für behinderte wie für nichtbehinderte Menschen zu erbringen sind, bereits Inhalt von Art. 5 UN-BRK ist. Darüber hinaus gehende Inhalte des sozialen Rechts auf bestmögliche Gesundheit können unterschiedlich umgesetzt und vollzogen werden und sind insoweit nicht unmittelbar anwendbar.

Für Art. 19 UN-BRK ist die unmittelbare Anwendbarkeit umstritten<sup>119</sup>. Für Art. 19 lit. a. UN-BRK betreffend die Wahlfreiheit in Bezug auf den Wohnsitz und das Recht, nicht in besonderen Wohnformen leben zu müssen, wird eine unmittelbare Anwendbarkeit unter Hinweis auf den klaren Wortlaut und den freiheitsrechtlichen Bezug bejaht. Dafür spricht auch, dass in diesem Abschnitt von Art. 19 UN-BRK Menschen mit Behinderungen klar als Subjekte vollziehbarer Rechte angesprochen sind. Art. 19 lit. a UN-BRK ist daher nach richtiger Ansicht unmittelbar anwendbar.

Fraglich ist aber, ob auch Art. 19 lit. c unmittelbar anwendbar ist mit dem Ergebnis, dass ein unmittelbarer Individualanspruch gegen die Pflegeversicherung besteht. Die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, gemeindenahe Dienstleistungen und Einrichtungen Menschen mit Behinderung auf der Grundlage der

---

<sup>118</sup>BSG, Beschluss vom 10. Mai 2012 – B 1 KR 78/11 B –, SozR 4-2500 § 140f Nr 1, SozR 4-2500 § 135 Nr 18, SozR 4-1500 § 160 Nr 23.

<sup>119</sup>Dafür: *Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, RdLH 2010, S. 45-52.

Gleichberechtigung zur Verfügung zu stellen und ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen, ist nicht hinreichend konkret, um einen individuellen Anspruch gegen einen bestimmten Sozialleistungsträger zu begründen. Vielmehr ist die Regelung umsetzungsbedürftig. Es bedarf noch einer konkreten Anspruchsregelung. Insbesondere ist Art. 19 lit. c nicht geeignet, § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI zu suspendieren.

#### 4.4.3. Rechtsschutzmöglichkeiten

Zu prüfen ist, welche Rechtsschutzmöglichkeiten für die dargestellten Konflikte zwischen Sozialrecht und UN-BRK bestehen.

##### 4.4.3.1. Sozialrechtsweg

In jedem Fall können betroffene behinderte pflegebedürftige Menschen ihre Rechtspositionen aus der UN-BRK im Rechtsstreit gegen die Pflegekasse oder den Träger der Sozialhilfe vor dem Sozialgericht geltend machen. Das Sozialgericht hat diese zu beachten und bei der Auslegung der sozialrechtlichen Normen so weit wie möglich zu berücksichtigen. Da die Rechtspositionen aus dem Pflegeversicherungsrecht und aus dem Sozialhilferecht zusammenhängen, muss dabei möglicherweise bei einem Rechtsstreit gegen die Pflegekasse der Träger der Sozialhilfe beigeladen werden oder umgekehrt (§ 75 Abs. 2 SGG).

Fraglich ist, ob das Sozialgericht, wenn es einen Konflikt zwischen der UN-BRK und dem SGB XI oder dem SGB XII annimmt, selbst eine Unvereinbarkeit mit der UN-BRK und deren Rechtsfolgen feststellen kann oder ob es den Fall dem BVerfG vorlegen muss. Fraglich ist ebenso, welche individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, wenn das Sozialgericht nicht zu diesem Ergebnis kommt.

Geht das Sozialgericht mit dem BVerfG davon aus, dass die Inhalte von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und Art. 5 UN-BRK kongruent sind, kann es den Weg der Vorlage nach Art 100 Abs. 1 GG nutzen. Ebenso können behinderte Menschen auf dieser

Grundlage eine Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche Entscheidungen erheben.

Gehen jedoch Sozialgericht oder behinderter Mensch davon aus, dass in Art. 5, 19 oder 25 UN-BRK weiter gehende Rechtspositionen enthalten sind oder wollen sie diese durch die Berufung auf die UN-BRK ergänzend überprüfen, so ist zu prüfen, welche verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten bestehen.

#### *4.4.3.2. Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle einer Geltung durch Art. 25 GG*

Hält man mit der oben begründeten Auffassung für möglich, dass Menschenrechtsübereinkommen zugleich allgemeine Regeln des Völkerrechts enthalten oder ist dies zweifelhaft, so hat das Gericht nach Art. 100 Abs. 2 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf ankommt. Die bisherigen Äußerungen des BVerfG zur Einordnung von Menschenrechten als allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind nicht eindeutig. Diese Situation ist geeignet, die zur Vorlage verpflichtenden Zweifel zu begründen.

Würde ein letztinstanzliches Gericht trotz der im Verfahren erörterten relevanten Zweifel an der Einordnung der UN-BRK als Kodifizierung allgemeiner Regeln des Völkerrechts das Verfahren nicht nach Art 100 Abs. 2 GG aussetzen und die Entscheidung des BVerfG einholen, könnte dies ein Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sein, der mit der Verfassungsbeschwerde nach § 93 Abs. 1 Nr. 4a GG gerügt werden könnte.

Wäre das Gericht bereits ohne Zweifel überzeugt, dass die UN-BRK allgemeine Regeln des Völkerrechts kodifiziert und dass eine der entscheidungserheblichen Normen dagegen verstößt, müsste es den Fall in entsprechender Anwendung von Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorlegen<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup>Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rz 629; Pieroth in: Jarass/Pieroth, Rz 18 zu Art. 100; offen lassend: Morgenthaler in Epping/Hillgruber, GG, Rz 39 zu Art. 100.

#### *4.4.3.3. Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle einer Geltung nur durch Art. 59 Abs. 2 GG*

Fraglich ist, wie das Gericht vorzugehen hat, wenn es die UN-BRK lediglich als Völkervertragsrecht einordnet und zu dem Ergebnis kommt, dass eine Norm des SGB XI oder des SGB XII mit einer als unmittelbar anwendbar angesehenen Norm der UN-BRK – wie hier vertreten etwa Art. 5 UN-BRK oder Art. 19 lit. a UN-BRK – kollidiert. In diesem Fall würde es sich bei den Normen in SGB XI oder SGB XII und der UN-BRK um kollidierendes gleichrangiges Recht handeln. Fraglich ist, wie das Sozialgericht damit umzugehen hätte.

Bei Anwendung der Regel „lex posterior derogat legi priori“ müsste das Sozialgericht davon ausgehen, dass der Gesetzgeber mit der späteren Regelung die frühere derogiert habe und nur die spätere Regel anwendbar sei. Dies würde bei der 1998 in Kraft getretenen Regelung in § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI und der 2005 in Kraft getretenen Regelung in § 55 SGB XII bedeuten, dass die UN-BRK das spätere Recht wäre. § 43a SGB XI ist hingegen durch die Erhöhung des Pauschalbetrags auf 266 € zum 1.1.2015 neu gefasst worden. Der Gesetzgeber hat damit erneut den Willen betätigt, diese Norm zu beschließen. Es wäre damit zu überlegen, ob in diesen Willen auch die korrespondierenden Normen einbezogen sind. Diese Überlegungen zeigen bereits auf, dass die „lex posterior“-Regelung möglicherweise nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen könnte. Zudem wäre es möglich, dass unterschiedliche Gerichte die Normkollision unterschiedlich auflösen. Damit wäre die Einheit der Rechtsordnung und der Rechtsanwendung gefährdet. Um die Einheit der Rechtsordnung zu sichern, ist im Grundgesetz für die Fälle der möglichen Verfassungswidrigkeit und der möglichen Verletzung allgemeiner Regeln des Völkerrechts die Vorlage zum BVerfG in Art. 100 Abs. 1 GG und Art. 100 Abs. 2 GG angeordnet. Das BVerfG hat in diesen Fällen ein Monopol zur

Verwerfung von Normen, die der Gesetzgeber nicht außer Kraft gesetzt hat und die auf Grund anderer Normen nicht mehr gelten sollen.

Möglich wäre, dass in Fällen der angenommen unmittelbaren Anwendbarkeit einer völkervertragsrechtlichen Norm das BVerfG in entsprechender Anwendung von Art. 100 Abs. 1 GG berufen sein könnte, über die unmittelbare Anwendbarkeit und ihre Folgen zu entscheiden. Angesichts der Tragweite und Entscheidungsbedürftigkeit entsprechender Normenkonflikte ist eine solche Möglichkeit zu bejahen.

Möglich wäre weiterhin, dass in einer vom Gesetzgeber geschaffenen widersprüchlichen und Grundrechte Einzelner betreffenden Rechtslage, die das Gericht mit den Mitteln der Rechtsauslegung nicht auflösen kann, ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot nach Art. 20 Abs. 1 GG liegen könnte. Auch in diesem Fall könnte eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG angezeigt sein<sup>121</sup>.

Mit der Behauptung eines Normwiderspruchs und damit eines sie belastenden Verstoßes gegen das Rechtsstaatsgebot könnten auch individuelle Beschwerdeführer die Verfassungsbeschwerde gegen eine letztinstanzliche Entscheidung begründen, wenn sie den Widerspruch von §§ 43a, 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI und UN-BRK rügen.

#### *4.4.3.4. Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem Fakultativprotokoll zur UN-BRK*

Nach Art. 1 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen können Einzelpersonen oder Personengruppen dem Ausschuss der Vereinten Nationen Mitteilungen machen, in denen sie behaupten, Opfer einer Verletzung des Übereinkommens durch den betreffenden Vertragsstaat zu sein.

---

<sup>121</sup>Vgl. für einen Normwiderspruch von einfachem Recht und EMRK: Kammergericht Berlin, Beschluss vom 21. Dezember 2012 – 9 W 51/11 –, juris.

Nach Art. 2 des Fakultativprotokolls ist eine solche Mitteilung unter anderem dann unzulässig, wenn sie anonym oder missbräuchlich ist oder wenn nicht alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sind, es sei denn dass das Verfahren bei der Anwendung solcher Rechtsbehelfe unangemessen lange dauert oder keine wirksame Abhilfe erwarten lässt.

Ob zu den auszuschöpfenden innerstaatlichen Rechtsbehelfen auch die Verfassungsbeschwerde gehört, ist nicht geklärt. Da es sich um einen außerordentlichen Rechtsbehelf außerhalb des regulären Rechtszuges handelt, ist anzunehmen, dass dies nicht der Fall ist. Bei der bisher einzigen vom Ausschuss abschließend behandelten Mitteilung aus der Bundesrepublik Deutschland war das BVerfG nicht angerufen worden und der Ausschuss hat dies auch nicht thematisiert.

### **5. Prüfung von § 43a SGB XI in einer hypothetischen Fassung (Erhöhung des Pauschalbetrags und Staffelung nach Pflegestufen)**

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die gefundene Verfassungswidrigkeit aufgelöst werden könnte, wenn § 43a SGB XI so neu gefasst würde, dass der Pauschalbetrag erhöht und nach Pflegestufen gestaffelt würde. Im Gefüge des SGB XI erschiene es denkbar, dass der Pauschalbetrag an das Pflegegeld nach § 37 Abs. 1 SGB XI angeglichen würde. Er würde dann bei Pflegestufe I 244 €, bei Pflegestufe II 458 € und bei Pflegestufe III 728 € betragen. Damit würde der unterschiedlichen Pflegebedürftigkeit pflegebedürftiger Menschen in Behinderteneinrichtungen stärker Rechnung getragen. Für die Pflege derjenigen von ihnen, die in Pflegestufe II oder Pflegestufe III eingestuft sind stünde deutlich mehr Geld zur Verfügung. Nicht aufgehoben würde bei dieser Neuregelung das Verbot nach § 36 Abs. 1 Satz 2. 2. Hs. SGB XI für die Bewohnerinnen und Bewohner der Pflegeeinrichtungen, selbst Leistungen der häuslichen Pflege, wahlweise nach § 36 SGB XI oder nach § 37 SGB XI, in Anspruch zu nehmen.



### 5.1. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Fraglich ist, ob eine entsprechende Ausgestaltung die Unvereinbarkeit mit der allgemeinen Handlungsfreiheit beseitigen könnte, die dadurch entsteht, dass den behinderten pflegebedürftigen Bewohnerinnen und Bewohnern von Pflegeheimen Leistungen der Pflegeversicherung vorenthalten werden. Die Unverhältnismäßigkeit des Leistungsausschlusses begründet sich daraus, dass diese Personen trotz Pflegeversicherung für die Pflegeleistungen ganz oder teilweise selbst aufkommen müssen. Sie begründet sich weiterhin daraus, dass einzelne pflegebedürftige Versicherte nach § 55 Satz 2 SGB XI den Wohnort wechseln müssen, obwohl die Leistungen der häuslichen Pflege der Pflegeversicherung gerade dazu dienen sollen, den Umzug in ein Pflegeheim zu verhindern.

Die vorgeschlagene Neugestaltung vermindert oder beseitigt die Unverhältnismäßigkeit von Versicherungspflicht und Leistung für diejenigen Versicherten, die in der Sozialhilfe einen Kostenbeitrag zahlen. Ihr Kostenbeitrag vermindert sich. Sie beseitigt die Unverhältnismäßigkeit nicht für diejenigen Versicherten, die weiterhin Selbstzahlerin oder Selbstzahler in der Behinderteneinrichtung sind. Für sie ändert sich durch die Neuregelung nichts. Sie beseitigt die Unverhältnismäßigkeit auch nicht für diejenigen Versicherten, deren Einrichtungswechsel nur verhindert werden könnte, wenn sie die Wahlfreiheit hätten, auch die Sachleistung der häuslichen Pflege in Anspruch zu nehmen.

Im Ergebnis ist die Zahl der betroffenen Personen geringer, auch bei der diskutierten Neuregelung bleiben aber die Gründe für die Unverhältnismäßigkeit von Pflichtmitgliedschaft und Leistung bestehen.

### 5.2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Fraglich ist, ob die Neuregelung mit dem Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vereinbar wäre. Die bisherige Regelung

ist deshalb damit unvereinbar, weil behinderte Menschen in Behinderteneinrichtungen ohne zwingenden Grund anders behandelt werden als behinderte Menschen, die nicht in stationären Einrichtungen wohnen, weil sie die Leistungen der häuslichen Pflege nach §§ 36, 37 SGB XI nicht in Anspruch nehmen können.

Die vorgeschlagene Neuregelung führt dazu, dass diejenigen Versicherten nicht mehr betroffen sind, die Empfänger von Eingliederungshilfe sind und deren Pflege von der Behinderteneinrichtung sichergestellt wird. Weiterhin betroffen sind diejenigen Versicherten, die ihre Pflege lieber durch häusliche Pflege nach § 36 SGB XI sicherstellen lassen würden und diejenigen Versicherten, die als Selbstzahlerin oder Selbstzahler von der Neuregelung nicht betroffen wären.

Im Ergebnis ist die Zahl der betroffenen Personen geringer, auch bei der diskutierten Neuregelung werden aber behinderte Menschen auf Grund des Lebens in einer Behinderteneinrichtung benachteiligt.

### **5.3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG**

Die Prüfung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes führt zum gleichen Ergebnis.

### **5.4. Ergebnis**

Die hypothetische Neuregelung könnte die Verfassungswidrigkeit und die Konflikte mit der UN-BRK abmildern, indem von ihnen ein kleinerer Personenkreis betroffen wäre. Sie könnte sie aber nicht beseitigen.

## **6. Gesamtergebnis, rechtliche und politische Würdigung**

### **6.1. Rechtliche Würdigung**

Die Regelungen in §§ 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., 43a SGB XI sind verfassungswidrig. Sie verletzen behinderte pflegebedürftige Versicherte der Pflegeversicherung in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe nach § 71 Abs. 4 SGB XI in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, im Benachteiligungsverbot

wegen einer Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und im allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Betroffen sind jedenfalls diejenigen behinderten pflegebedürftigen Versicherten in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe, die Selbstzahlerin oder Selbstzahler sind oder dem Träger der Sozialhilfe einen Kostenbeitrag zahlen müssen, der ohne diese Regelungen niedriger ausfallen würde. Betroffen sind weiterhin diejenigen behinderten pflegebedürftigen Versicherten in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe, deren Pflege in diesen wegen der Regelungen nicht sichergestellt werden kann und die deshalb auf stationäre Pflegeeinrichtungen verwiesen werden.

Die Regelung in § 55 Satz 2 SGB XII ist im Zusammenwirken mit §§ 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., 43a SGB XI verfassungswidrig. Sie verletzt behinderte pflegebedürftige Versicherte in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe in ihrem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, soweit sie nur deshalb auf stationäre Pflegeeinrichtungen verwiesen werden, weil die Ansprüche auf häusliche Pflege nach § 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. SGB XI ausgeschlossen sind.

Die Regelungen in §§ 36 Abs. 1 Satz 2 2. Hs., 43a SGB XI und § 55 Satz 2 SGB XII verstoßen im Zusammenwirken gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 5 UN-BRK, gegen das Recht auf unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft nach Art. 19 UN-BRK und gegen das Recht auf Gesundheit nach Art. 25 UN-BRK. Es sprechen gute Argumente dafür, dass die Menschenrechtspakete allgemeine Regeln des Völkerrechts kodifiziert haben und deshalb ihre Inhalte Art. 25 GG unterfallen. Auch wenn dies nicht der Fall ist, sind Art. 5 UN-BRK und Art. 19 UN-BRK als unmittelbar anwendbar anzusehen.

Die Verstöße gegen das Grundgesetz und die UN-BRK können von den betroffenen Personen auf dem Sozialrechtsweg gegen die Pflegekassen und die Träger der Sozialhilfe geltend gemacht werden. Halten die Gerichte eine der entscheidungserheblichen Normen für verfassungswidrig, haben sie den Rechtsstreit

nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen. Eine Verfassungswidrigkeit könnte sich auch aus einem rechtsstaatswidrigen Normwiderspruch zur UN-BRK ergeben, wenn deren Normen als allgemeine Grundsätze des Völkerrechts nach Art. 25 GG oder aus anderen Gründen als unmittelbar anwendbar eingestuft werden. Die Sozialgerichte haben keine eigene Verwerfungskompetenz, auch wenn sie die UN-BRK für unmittelbar anwendbar halten. Ist für die Sozialgerichte zweifelhaft, ob eine Regel der UN-BRK eine allgemeine Regel des Völkerrechts nach Art. 25 GG ist, so hat es nach Art. 100 Abs. 2 GG die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

## 6.2. Politische Würdigung

§§ 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 Wohneinrichtungen 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 Wohneinrichtungen 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.

## Literaturverzeichnis

- Baur, F.*, Zum Verhältnis von Behinderung und Pflegebedürftigkeit, NDV 6/1998, S. 167-171.
- Best, G.*, Zur Leistungsbeschränkung der Pflegeversicherung bei Unterbringung behinderter Menschen in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe (§ 43a SGB XI), NDV 2008, S. 335-340.
- Bieback, K.-J.*, Fünf Jahre SGB XI und die Besonderheiten der Pflegeversicherung, VSSR 4-5/1999, S. 251-274.
- Bieback, K.-J.*, Probleme des Leistungsrechts der Pflegeversicherung, SGB 1995, S. 569-579.
- Bundesverband Selbsthilfe Körperbehinderter*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Sozialgesetzbuchs – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (BT-Drs. 14/5074) am 19. und 20.2.2001, Ausschussdrucksache 14/1236 vom 9.2.2001.
- Bundesvereinigung Lebenshilfe e.V.*, Stellungnahme vom 17.09.2014 zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch – Leistungsausweitung für Pflegebedürftige, Pflegevorsorgefonds (Fünftes SGB XI-Änderungsgesetz – 5. SGB XI-ÄndG) BT-Drs. 18/1798 – zur Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung BT Drs. 18/2379, Berlin 2014.
- Bundesvereinigung Lebenshilfe für Menschen mit geistiger Behinderung e.V. et al.*, Positionspapier der vier Fachverbände für Menschen mit geistiger Behinderung zur Umsetzung des 1. SGB XI-Änderungsgesetzes, RdLH 1/1997, 3-11.
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Stellungnahme zum Weiterentwicklungsbedarf des SGB XI und verwandter Gesetze, NDV 1999, S. 181-184
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.*, Gutachten vom 17.2.2009 – G 3/08, NDV 2009, S. 146-151.
- Dillmann, F.*, Globalisierung des Sozialhilferechts inklusive? - Zu den Auswirkungen des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen im SGB XII, ZfF 2010, S. 97-106.
- Epping, V./Hillgruber, C.* (Hrsg.), Grundgesetz: GG, Kommentar, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Epping/Hillgruber).
- Hertwig, S.*, Der Begriff des „Behindertenheimes“ und das Pflegeversicherungsgesetz, VSSR 1998, S. 57-65.
- Hillgruber, C./Goos, C.*, Verfassungsprozessrecht, München 2004.
- Hornung, C./ Metzler, H./Wacker, E./Wetzler, R.*, Möglichkeiten und Grenzen selbstständiger Lebensführung in Einrichtungen, 2. Zwischenbericht, Dezember 1995.

- Igl, G.*, Zu einigen sozialrechtlichen und sozialpolitischen Problemen des neuen Pflegeversicherungsrechts, in: Fachinger, U./Rothgang, H. (Hrsg.), Die Wirkungen des Pflege-Versicherungsgesetzes, Berlin 1995, S. 279-294.
- Jarass H./Pieroth B.* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, Kommentar, 13. Aufl., München 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Jarass/ Pieroth).
- Kesselheim, H.*, Pflegeversicherung – quo vadis?, Arbeit und Sozialpolitik 3-4/1999, S. 57-61.
- Klie, T./ Leonhard, B.*, Die Abgrenzung zwischen SGB XI und BSHG in der häuslichen und vollstationären Versorgung von Menschen mit Behinderungen, in: Igl, G./ Welti, F. (Hrsg.), Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaats für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation, Wiesbaden 2001, S. 171-200.
- Klie, T./ Leonhard, B.*, Verhältnis von Eingliederungshilfe zu Leistungen der Pflegeversicherung in vollstationären Einrichtungen für geistig Behinderte, Gutachten, Sonderdrucke und Sonderveröffentlichungen des Deutschen Vereins, Bd. 32, Frankfurt am Main, 2000.
- Kocher, E./Wenckebach, J.*, § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen, Soziales Recht 2013, S. 17-28.
- Kotzur, M./Richter, C.*, Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht, in: Antje Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Berlin, 2012, S. 81-92.
- Lachwitz, K./Trenk-Hinterberger, P.*, Zum Einfluss der Behindertenrechtskonvention (BRK) der Vereinten Nationen auf die deutsche Rechtsordnung - Versuch einer Darstellung am Beispiel der Art 19 BRK (Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft), RdLH 2010, S. 45-52.
- Langer, R.*, Reform der sozialen Pflegeversicherung – Gesetzentwurf ist unzureichend, RdLH 2/2012, S. 51-57.
- Mrozynski, P.*, Zweifelsfragen der Pflegeversicherung im Zusammenhang mit geistiger, körperlicher und seelischer Behinderung, SGB 1995, S. 104-112.
- Münning, M.*, Perspektiven der Eingliederungshilfe für ältere Menschen mit Behinderungen, Der Landkreis 3/2011, S. 121-123.
- Nürnberg, I.*, Reform der Eingliederungshilfe und des Teilhaberechts, SozSich 4/2014, S. 134-140.
- Paquet, R.*, Risikozuweisung und Risikoverlagerung im Bereich der Pflegeversicherung, Sozialer Fortschritt 1-2/1999, S. 33-38.
- Pieroth, B.*, Das Verhältnis von Sozialhilfe und Pflegeversicherung bei Behinderten – Rechtsgutachten zur Tragweite und Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 Abs. 3, 36 Abs. 1, 71 Abs. 4 des Entwurfs eines 1. SGB XI-Änderungsgesetzes (BT-Drucks. 13/4091), April 1996.

- Sauer, J.*, § 43a SGB XI – „Systembruch“ oder Systeminnovation, RsDE 44, 2000, S. 1-11.
- Schweigler, D.*, Das Verhältnis der Leistung der Pflegeversicherung zur stationären Eingliederungshilfe nach dem SGB XII, SGB 6/2014, S. 307-312.
- Udsching, P.*, SGB XI – Soziale Pflegeversicherung, Kommentar, 4. Aufl., München 2015.
- Udsching, P.*, Soziale Sicherheit bei Pflegebedürftigkeit – Perspektiven nach 20 Jahren Pflegeversicherung, SGB 7/2014, S. 354-360.
- Udsching, P.*, Strukturelle Probleme der Pflegeversicherung, in: Jürgen Bender/ Wolfgang Eicher (Hrsg.), Sozialrecht – eine Terra incognita, Festschrift 50 Jahre saarländische Sozialgerichtsbarkeit, Saarbrücken 2009, S. 87-104.
- Vorholz, I.*, Das neue „Bundesleistungsgesetz“ für behinderte Menschen: Erwartungen – Inhalte – Finanzierung, ZG 2012, S. 328-348.
- Weber, S.*, Häusliche Krankenpflege nach SGB V in einer stationären Einrichtung der Eingliederungshilfe, NZS 2011, S. 650-655.
- Welti, F.*, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK - Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte, RdLH 2012, S. 1-3.