

19. September 2016, Berlin

**Diskriminiert das Pflegeversicherungsrecht
behinderte Menschen?**

**Parlamentarischer Abend der Bundesarbeitsgemeinschaft
überörtlicher Sozialhilfeträger**

Prof. Dr. Felix Welti

(Universität Kassel

**Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht,
Recht der Rehabilitation und Behinderung)**

Prüfungsgegenstand

§ 43a SGB XI:

1 Für Pflegebedürftige 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 Vordergrund des Einrichtungszwecks stehen (§ 71 Abs. 4), übernimmt die Pflegekasse zur Abgeltung der in § 43 Abs. 2 genannten Aufwendungen zehn vom Hundert des nach § 75 Abs. 3 des Zwölften Buches vereinbarten Heimentgelts. 2 Die Aufwendungen der Pflegekasse dürfen im Einzelfall je Kalendermonat 266 Euro nicht überschreiten. (...)

Kontext/ Pflegeversicherung

- Stationäre **Behinderteneinrichtungen dürfen keine Pflegeeinrichtungen sein** (§ 71 Abs. 4 SGB XI); in ihnen können Versicherten **nicht die Leistungen der vollstationären Pflege** (§ 43 SGB XI) in Anspruch nehmen.
- Versicherte in stationären Pflegeeinrichtungen können auch **nicht Pflegesachleistungen bei häuslicher Pflege oder Pflegegeld** in Anspruch nehmen (§ § 36 Abs. 1 Satz 2 und 37 Abs. 1 SGB XI).

Kontext/ Sozialhilfe, Einrichtungsrecht

- Behinderte pflegebedürftige Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe erhalten die **Pflegeleistungen (nur) von der Behinderteneinrichtung** (§ 55 Satz 1 SGB XII).
- Dafür zahlt die Pflegekasse **unabhängig vom Ausmaß der Pflegebedürftigkeit** (Pflegestufe) 10% des Heimentgelts, **maximal 266 €** (§ 43a SGB XI).
- **Kann die Pflege in der Behinderteneinrichtung nicht (mehr) sichergestellt werden**, vereinbaren der Träger der Sozialhilfe und die Pflegekasse mit dem Einrichtungsträger, dass die **Leistung in einer anderen Einrichtung (Pflegeeinrichtung)** erbracht wird (§ 55 Satz 2 SGB XII).
- Das begrenzt die Pflicht des Einrichtungsträgers, den Vertrag mit dem behinderten Menschen anzupassen (§ § 8, 15 WBVG).

Kontext/ Entstehungsgeschichte

- § 43a SGB XI war ursprünglich im Pflege-Versicherungsgesetz vom 26.5.1994 nicht enthalten, das am 1.1.1995 für die ambulante, am 1.7.1996 für die stationäre Pflege in Kraft trat.
- 1995/1996 wurde darüber gestritten, welche Regelung für Versicherte in stationären Behinderteneinrichtungen gelten soll.
- Mit dem 1. SGB-XI-Änderungsgesetz wurden § 43a SGB XI und § 71 Abs. 4 SGB XI zum 25.6.1996 eingeführt. Die Formulierung geht auf den Vermittlungsausschuss zurück.
- Mit dem SGB IX wurde zum 1.7.2001 § 40a BSHG eingeführt, diese Regelung entspricht dem heutigen § 55 SGB XII (seit 1.1.2005).
- Der Pauschalbetrag betrug zunächst 500 DM, dann 256 €, seit 1.1.2015 266 €.

Prüfungsmaßstab

- Das Pflegeversicherungsrecht ist an den **Grundrechten** zu messen (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG).
- Die Menschenrechte behinderter Menschen werden konkretisiert durch die **UN-Behindertenrechtskonvention**, die in Deutschland seit dem 26.3.2009 gilt.
- Die UN-Behindertenrechtskonvention ist **Völkervertragsrecht** (Art. 59 Abs. 2 GG). Sie ist damit grundsätzlich einfaches Bundesrecht.
- Die Grundrechte sind, soweit methodisch vertretbar, **im Lichte der Menschenrechte** auszulegen (Art. 1 Abs. 2 GG; BVerfG vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307, „Görgülü“).
- Das Pflegeversicherungsrecht ist an den Grundrechten im Lichte der UN-BRK zu messen.

Prüfungsmaßstab: möglicherweise betroffene Grundrechte

- **Freizügigkeit** (Art. 11 Abs. 1 GG) im Lichte des Rechts auf **unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft** (Art. 19 UN-BRK) durch erzwungenen Wechsel des Wohnorts
- **Allgemeine Handlungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG) im Lichte des Rechts auf angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz (Art. 28 UN-BRK) und des Rechts auf Gesundheit (Art. 25 UN-BRK) durch Pflichtversicherung in der Pflegeversicherung ohne adäquaten Leistungsanspruch
- **Gleichbehandlung** einer Gruppe behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; Art. 5 UN-BRK) durch niedrigere Leistungsansprüche Versicherter in Abhängigkeit von ihrer Wohnform

Freizügigkeit (Art. 11 GG)

- Schutzbereich: Das **Recht auf freie Wahl des Wohnorts**, auch innerhalb einer Gemeinde
- Eingriff:
 - Kommt es durch § 43a SGB XI zur Entscheidung über einen Einrichtungswechsel nach § 55 SGB XII, weil die Pflege in der Behinderteneinrichtung nicht sichergestellt werden kann, muss der Wohnort möglicherweise gegen den Willen behinderter pflegebedürftiger Menschen gewechselt werden.
 - Das ist ein **mittelbarer Eingriff**. Mittelbare Eingriffe können auch das Grundrecht der Freizügigkeit verletzen (BVerfG vom 17.3.2004, 1 BvR 1266/00, BVerfGE 110, 177; „Spätaussiedler“).
 - Unterstützt durch Art. 19 UN-BRK: „gleichberechtigt mit anderen die Möglichkeit haben, ihren **Aufenthaltort zu wählen** und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben und **nicht verpflichtet sind in besonderen Wohnformen zu leben.**“

Freizügigkeit (Art. 11 GG)

- Rechtfertigung?
 - Möglich durch Gesetz für Fälle in denen keine ausreichende Lebensgrundlage vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden (Art. 11 Abs. 2 GG).
 - Lasten könnten ohne Wohnortwechsel für Träger der Sozialhilfe entstehen.
 - Diese entstünden ohne §§ 43a, 36 SGB XI nicht, weil die Pflegekasse zusätzliche Aufwendungen als Pflegesachleistung übernehme.
 - Stattdessen übernimmt die Pflegekasse die Aufwendungen im Pflegeheim (§ 43 SGB XI), einen möglichen Rest die Hilfe zur Pflege (§ 61 SGB XII).
 - In solchen Fällen schützt § 43a SGB XI nicht die Allgemeinheit vor Lasten, sondern die Abgrenzung der Sozialleistungssysteme.
 - Das ist für die betroffenen pflegebedürftigen behinderten Menschen unverhältnismäßig.
 - Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt.

Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

- Schutzbereich: Das **Recht, nicht unnötig in eine Pflichtversicherung einbezogen zu sein** (BVerfG v. 6.12.2005, 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 „Nikolaus/ Alternativmedizin“; BVerfG v. 10.6.2009, 1 BvR 706/08 u.a., BVerfGE 123, 186, „Basistarif“).
- Eingriff:
 - Einer Pflichtversicherung müssen auch Leistungsansprüche gegenüberstehen, die im Verhältnis zur Versicherungspflicht stehen.
 - Einwand: Bei Anwendung von § 43a SGB XI erhalten die Versicherten bedarfsdeckende Pflege, nur von einem anderen Träger.
 - Gegeneinwand I: Dies gilt nicht für **Personen, die die Einrichtung wechseln müssen**. Das betrifft ihr Risiko, in der bisherigen Wohnsituation erhöhten Pflegebedarf zu bekommen.
 - Gegeneinwand II: Dies gilt nicht oder nicht voll für Personen, die wegen des Nachrangs der Sozialhilfe keine oder keine kostendeckenden Leistungen der Sozialhilfe bekommen (**Selbstzahler, Kostenbeitragsverpflichtete**).

Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

- Rechtfertigung?
 - Niedriger Beitrag dieser Versicherten? Die Pflegeversicherung ist **Risikoversicherung**. In ihr gibt es keinen Zusammenhang zwischen Beitrag und Leistungshöhe.
 - Geringe Anzahl der betroffenen Versicherten? **Selbstzahler** sind geschätzt 1-2% der Personen in Behinderteneinrichtungen. Von diesen sind geschätzt über 50% pflegebedürftig. Insgesamt wären das geschätzt ca. 1.400 Betroffene. Einen **Kostenbeitrag** aus eigenem Einkommen und Vermögen oder demjenigen der Ehepartner leisten im Lebensverlauf die meisten Leistungsberechtigten
 - Die Anzahl der Betroffenen ist nicht genau ermittelt, kann aber nicht vernachlässigt werden. Zudem wäre eine **relativ niedrige Anzahl von Betroffenen ein schwaches Argument** zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs.
 - Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt.

Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG)

- Anwendungsbereich:
 - Behinderte pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen werden bei ihren Ansprüchen an die Pflegeversicherung anders behandelt als pflegebedürftige Menschen, die nicht in Behinderteneinrichtungen leben.
 - Fraglich: Ist es eine **Benachteiligung „wegen seiner Behinderung“** (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG)?
 - Einwand: Es ist eine **Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Gruppen behinderter Menschen**, unterfällt daher nach Bundessozialgericht (BSG) nicht Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (BSG vom 26.4.2001, B 3 P 11/00 R, SozR 3-1100 Art. 3 Nr. 169).
 - Gegeneinwand: Wortlaut heißt „wegen **seiner** Behinderung“. Auch die **Ungleichbehandlung verschiedener Gruppen von behinderten Menschen** (hier faktisch: geistig und seelisch behinderte vs. körperlich gebrechliche behinderte Pflegebedürftige) **ist verboten**.

Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG)

- Anwendungsbereich:

- Auch wenn der BSG-Rechtsprechung von 2001 gefolgt wird, ist die Ungleichbehandlung **jedenfalls am allgemeinen Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen.
- Dabei ist ein um so strengerer Maßstab zu wählen, wenn die **Ungleichbehandlung an der Person anknüpft und wenn die betroffenen Personen ihr nicht ausweichen können** (BVerfG v. 26.1.1993, 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87 „Transsexuelle“).
- Einwand: § 43a SGB XI ist einrichtungsbezogen, nicht personenbezogen.
- Gegeneinwand: Die **Betroffenheit ist personenbezogen**, da sie sich an dem spezifischen Bedarf an einer stationären Behinderteneinrichtung anknüpft. Entsprechend können Personen mit diesem Bedarf – meist geistig und seelisch behinderte Menschen – der Ungleichbehandlung nur schwer ausweichen.
- Es ist jedenfalls ein **strenger Maßstab an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung** anzulegen.

Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG)

- Vergleichsmaßstab:
 - Fraglich ist, womit zu vergleichen ist: Ist mit den Leistungen zur vollstationären Pflege (§ 43 SGB XI) oder mit denen zur ambulanten Pflege (§ § 36, 37 SGB XI) zu vergleichen?
 - Die Ungleichbehandlung zwischen den stationären Einrichtungen ist einrichtungsbezogen, sie geht auf § 71 Abs. 4 SGB XI zurück.
 - Die Ungleichbehandlung mit den ambulanten Pflegeansprüchen ist personenbezogen, sie geht auf den Hilfebedarf und den Wohnort zurück.

Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG)

- Vergleich der Pflegeversicherungsleistungen:

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

Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG)

- Rechtfertigung?
 - Der **knappes Finanzrahmen der Pflegeversicherung** war, soweit ersichtlich, 1996 die zentrale Rechtfertigung der Regelung und ist so 2001 vom BSG akzeptiert worden.
 - Seit 2001 ist der Beitragssatz dreimal erhöht worden (2008, 2013, 2014), von 1,7% auf 2,35%. Er wird zum 1.1.2017 erneut auf 2,55% erhöht.
 - Seit 2001 sind die ambulanten Sachleistungen viermal erhöht worden (2008, 2010, 2012, 2015) von 384 € auf 468 €.
 - Seit 2001 ist der Pauschalbetrag für die Pflege in Behinderteneinrichtungen einmal erhöht worden, von 256 € auf 266 €.
 - **Knappheit ist kein gutes Argument für ungerechte Verteilung.** Angesichts der Ausweitung von Beitrag und Leistungen in den letzten Jahren entfällt das Argument ganz.

Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 und 3 GG)

- Schutz der Behindertenhilfe?
 - Als Rechtfertigung ist in der Diskussion der **Schutz bewährter „ganzheitlicher“ Konzepte der Behinderteneinrichtungen** genannt worden, die Teilhabe- und Pflegeleistungen aus einer Hand anbieten.
 - Dies wäre aber, wo es die Beteiligten wünschen, auch weiterhin möglich, wenn die Bewohnerinnen und Bewohner der Behinderteneinrichtungen Pflegegeld beziehen und an die Einrichtung weitergeben könnten.
- **Die Ungleichbehandlung ist nicht zu rechtfertigen.**

Ergebnis

- Die Regelung in § 43a SGB XI verstößt gegen das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG), gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie gegen das Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).
- Rechtsschutz beim BVerfG können betroffene pflegebedürftige behinderte Menschen durch **Verfassungsbeschwerde** (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) nach Erschöpfung des Rechtsweges erlangen.
- Die Regelung kann auch auf Grund einer **abstrakten Normenkontrolle** auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestags vom BVerfG überprüft werden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG).

Ausblick

- Im Entwurf des Dritten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung (**PSG III**), BR-Drs. 410/16/ BT-Drs. 18/9518 wird § 43a SGB XI im Wesentlichen beibehalten.
- Da der Entwurf des Bundesteilhabegesetzes (**BTHG**), BR-Drs. 428/16/ BT-Drs. 18/9522 die Trennung von ambulanten und stationären Leistungen der Eingliederungshilfe aufhebt, bezieht sich die geplante Neufassung von § 71 Abs. 4 SGB XI durch das PSG III auf

„Räumlichkeiten, in denen der Zweck des Wohnens von Menschen mit Behinderungen und der Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe für diese im Vordergrund steht und auf deren Überlassung das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz Anwendung findet.“

- Dies könnte eine **Ausweitung des Anwendungsbereichs** von § 43a SGB XI bewirken, vgl. Begründung, BT-Drs. 18/9518, 71 „...oder sind diesen gleichzustellen.“