



**Stellungnahme des
Forums behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ)
zum Bericht der Landesregierung NRW zum
Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der
Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen
(Bundesteilhabegesetz – BTHG) und Pflegeverstärkungsgesetz III**

Bearbeitungsstand: 27.09.2016

Inhalt

I. Einleitung.....	3
II. Ziel der Stellungnahme.....	3
III. Stellungnahme zum Bericht der Landesregierung	4
1. Definition des Personenkreises.....	4
2. Wunsch- und Wahlrecht.....	8
3. Verhältnis von EGH und Pflege	12
4. Persönliche Assistenz als Leistungsform.....	14
5. Gemeinsame Leistungserbringung	16
6. Beitrag aus dem Einkommen Leistungsberechtigter	18
IV. Fazit und Ausblick	19

I. Einleitung

Das Forum behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ) nimmt zu ausgewählten Punkten des Berichtes der Landesregierung NRW (Vorlage 16/4181) zu den Vorschriften des Kabinettsentwurfs des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) für ein neues Bundesteilhabegesetz (BTHG), der am 23.9.2016 beschlossenen Stellungnahme des Bundesrates und dem Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Drittes Pflegestärkungsgesetz – PSG III) Stellung. Gleichzeitig werden an einzelnen Punkten Empfehlungen für die in dem Bericht aufgeworfenen Fragen gemacht.

II. Ziel der Stellungnahme

Die nachfolgenden Überlegungen sollen die Beratungen im Gesetzgebungsverfahren insbesondere von Seiten der Landesregierung Nordrhein-Westfalen und dem Nordrhein-Westfälischen Landtag anregen, auf die Beratungen im Bundesrat und Bundestag mit konkreten Regelungsvorschlägen Einfluss zu nehmen.

III. Stellungnahme zum Bericht der Landesregierung

1. Definition des Personenkreises

Bisher wird der anspruchsberechtigte Personenkreis für die Eingliederungshilfe (EGH) in § 53 Abs. 1 SGB XII i. V. m. §§ 1 bis 3 Eingliederungshilfe-Verordnung (EinglhVO) definiert. Behinderung wird danach als ‚wesentliche Teilhabeeinschränkung‘ oder drohende ‚wesentliche Behinderung‘ definiert und der Leistungsanspruch daran geknüpft, dass nach der Besonderheit des Einzelfalles, insbesondere nach Art und Schwere der Behinderung, Aussicht besteht, das Ziel der Eingliederungshilfe zu erreichen. Damit sind mehrere Dimensionen angesprochen:

1. Es muss eine wesentliche Teilhabeeinschränkung vorhanden sein oder
2. eine wesentliche Behinderung drohen,
3. es muss ein Bedarf an Leistungen bestehen, um Teilhabe zu erreichen und
4. das Ziel der Eingliederungshilfe muss erreichbar sein.

In § 1 der EinglhVO wird die wesentliche körperliche Behinderung als wesentliche Teilhabeeinschränkung sehr traditionell als Funktionseinschränkung (z.B. Beeinträchtigung des Stütz- und Bewegungssystems), als Schädigung (z.B. Spaltbildung des Gesichts oder Rumpfes) oder als Ekel der Nichtbehinderten (z.B. abstoßend wirkende Entstellung) definiert. In § 2 EinglhVO wird die wesentliche geistige Behinderung als Schwäche der geistigen Kräfte definiert, die in erheblichem Umfange die Teilhabe am Leben der Gesellschaft einschränkt und nach § 3 EinglhVO sind es seelische Störungen, die die Teilhabefähigkeit wesentlich einschränken sollen.

Dass diese Definition teilweise diskriminierend, zuschreibend und dysfunktional ist und die Dimension der Barrieren, Vorurteile und die Wechselwirkung mit den gesellschaftlichen Reaktionen außen vorlässt, ist mittlerweile Konsens. In der Praxis kommt es aber auch kaum auf diese Zuschreibungen an. Es muss nur eine als relevant anzusehende funktionelle Beeinträchtigung vorliegen, um in den Personenkreis aufgenommen zu werden.

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Entscheidend ist vielmehr, ob ein Bedarf an Leistungen vorliegt, der die Teilhabe an der Gesellschaft erst ermöglicht oder verbessert. Die jetzige EGH ist von ihrer Konstruktion her, eine vorrübergehende Leistung, um bestimmte Teilhabeziele zu erreichen. In der Praxis wird die soziale Teilhabe an der Gesellschaft allerdings mittlerweile als eine dauerhafte Aufgabe begriffen, die auch dauerhaft Leistungen erfordert.

Mit der neuen Definition des Personenkreises von Menschen mit Behinderungen in § 2 Abs. 1 SGB IX n.F. in Anlehnung an Art. 1 Satz 2 der UN-BRK als Wechselwirkung zwischen Funktionsbeeinträchtigung und physischen und einstellungsbedingten Barrieren der Gesellschaft wird ein dynamischer Behinderungsbegriff eingeführt, der nicht auf negative Zuschreibung setzt, sondern das Ergebnis der Auseinandersetzung mit der Gesellschaft betrachtet, nämlich die eingeschränkte Teilhabe.

Für die EGH sollen aber zusätzlich zu dieser Definition des berechtigten Personenkreises weitere Kriterien hinzukommen, die diesen weiter einschränken:

„§ 99 SGB IX n.F. Leistungsberechtigter Personenkreis

(1) Eingliederungshilfe ist Personen nach § 2 Absatz 1 Satz 1 bis 2 zu leisten, deren Beeinträchtigungen die Folge einer Schädigung der Körperfunktion und -struktur sind und die dadurch in Wechselwirkung mit den Barrieren in erheblichem Maße in ihrer Fähigkeit zur Teilhabe an der Gesellschaft erheblich eingeschränkt sind. Eine Einschränkung der Fähigkeit zur Teilhabe an der Gesellschaft in erheblichem Maße liegt vor, wenn die Ausführung von Aktivitäten in mindestens fünf Lebensbereichen nach Absatz 2 nicht ohne personelle oder technische Unterstützung möglich oder in mindestens drei Lebensbereichen auch mit personeller oder technischer Unterstützung nicht möglich ist. Leistungsberechtigt nach diesem Teil sind auch Personen, denen nach fachlicher Kenntnis eine erhebliche Einschränkung im Sinne von Satz 2 mit hoher Wahrscheinlichkeit droht. Ist bei Personen nach § 2 Absatz 1 Satz 1 bis 2 die Ausführung von Aktivitäten in weniger als fünf Lebensbereichen nicht ohne personelle oder technische Unterstützung möglich oder in weniger als drei Lebensbereichen auch mit personeller oder technischer Unterstützung nicht möglich, ist aber im Einzelfall in ähnlichem Ausmaß personelle oder technische Unterstützung zur Ausführung von Aktivitäten notwendig, können Leistungen der Eingliederungshilfe gewährt werden.

(2) Lebensbereiche im Sinne von Absatz 1 sind

1. Lernen und Wissensanwendung,
2. Allgemeine Aufgaben und Anforderungen,
3. Kommunikation,

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

4. Mobilität,
5. Selbstversorgung,
6. Häusliches Leben,
7. Interpersonelle Interaktionen und Beziehungen,
8. Bedeutende Lebensbereiche sowie
9. Gemeinschafts-, soziales und staatsbürgerliches Leben.

(3) Personelle Unterstützung im Sinne von Absatz 1 Satz 2 ist die regelmäßig wiederkehrende und über einen längeren Zeitraum andauernde Unterstützung durch eine anwesende Person. Bei Kindern und Jugendlichen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs bleibt die Notwendigkeit von Unterstützung auf Grund der altersgemäßen Entwicklung unberücksichtigt.

(4) Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach Kapitel 4 erhalten Personen, die die Voraussetzungen nach § 58 Absatz 1 Satz 1 erfüllen.

(5) Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Inhalte der Lebensbereiche nach Absatz 2 bestimmen.“

§ 99 Abs. 1 SGB IX n.F. greift dagegen wieder auf die Schädigung zurück („Folge einer Schädigung der Körperfunktion und –struktur“). Andere Beeinträchtigungen, die weder auf körperlichen Schädigungen noch auf geschädigten Körperstrukturen fußen, bleiben außen vor. Es bleibt daher die Frage, ob psychische Erkrankungen oder kognitive Einschränkungen auf Schädigungen zurückgeführt werden sollen. Das wäre wohl ein medizinisch-pädagogisches Konstrukt, das einer wissenschaftlichen Analyse kaum standhalten wird. Außerdem wird eine kausale Wirkung zwischen dieser Schädigung und der Wechselwirkung mit den Barrieren unterstellt, die dann zu einer erheblichen Teilhabeeinschränkung führen soll. Damit ist die alte diskriminierende Definition der EGH in der Sozialhilfe wieder eingeführt, die die Ursache der Teilhabeeinschränkung in der Schädigung sieht. Daneben werden kognitive und psychische Funktionseinschränkungen auch noch auf geschädigte Körperfunktion und -strukturen reduziert. Damit wird auch die erhebliche Teilhabefähigkeit zu einer individuellen Eigenschaft gemacht und der behinderten Person zugeschrieben, anstatt die Barrieren für die Einschränkungen der Teilhabe verantwortlich zu machen.

Der Bundesrat (BR) hat in seiner Stellungnahme unter dem Punkt 51 die Wörter „**deren Beeinträchtigungen die Folge einer Schädigung der Körperfunktion und**

-struktur sind und die dadurch“ durch das Wort „**die**“ ersetzt. Dadurch hat er die Kausalität von Beeinträchtigung und sozialer Behinderung durch Barrieren aufgehoben und den schädigungsbezogenen Ansatz entschärft. Die wesentlich gravierendere Einschränkung der fünf von neun Lebensbereichen, in denen die Teilhabe im Alltag nur mit technischen oder personellen Hilfen möglich sein soll oder in drei Bereichen auch damit nicht herzustellen ist, hat er nicht verändert. Sogar ein Antrag (Punkt 55), dass geprüft werden solle, ob die Eingrenzung des Personenkreises in § 99 SGB IX n.F. Menschen mit psychischen oder Sinnesbeeinträchtigungen ausschließt, fand im Plenum keine Mehrheit.

Auch bei der Definition der ‚drohenden erheblichen Einschränkung‘ wird vor allem auf das funktionelle Defizit abgestellt, denn fachlich (d.h. medizinisch, psychiatrisch oder pädagogisch) kann nur die Funktionseinschränkung prognostisch bestimmt werden. Auch die Einfügung einer Ermessensentscheidung für den Personenkreis, der sein Defizit nicht in 5 bzw. 3 Lebensbereichen nachweisen kann, löst das Problem nicht. Eine schwere funktionelle Beeinträchtigung, die in nur 2 Lebensbereichen, die ohne Leistungen der EGH zum Ausschluss aus der Teilhabe führt, muss einen unbedingten Anspruch begründen und nicht nur eine vom Ermessen abhängige Leistung.

Alle anderen Rehabilitationsträger kommen ohne eine solche diskriminierende Definition aus. Was macht die EGH so besonders, dass sie zur Definition des leistungsberechtigten Personenkreises der Stigmatisierung und Defizitbeschreibung bedarf? Es geht doch darum, dass mit personellen oder technischen Hilfen eine gesellschaftliche Teilhabe behinderter Menschen erreicht wird, die anlässlich des Wechselverhältnisses von Funktionseinschränkung und Barrieren ihnen sonst verwehrt würde.

Das Interesse der EGH-Träger ist es, keine Ausweitung des Personenkreises zuzulassen. Präsentiert wird aber eine Definition, die den Personenkreis erheblich einschränkt und nur eine Leistung eröffnet, wenn behinderte Menschen sich Schädigungen zuschreiben, die ihre Teilhabefähigkeit erheblich, d.h. in mindestens 5 Lebensbereichen einschränken oder in 3 Bereichen auf null reduzieren.

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Ob die Lebensbereiche in Absatz 2 hinreichend für eine rechtliche Subsumtion definiert sind, bleibt weiter offen. Was sind ‚Allgemeine Aufgaben und Anforderungen‘ und wer definiert, was als Lebensbereich ‚bedeutend‘ ist? Dieses soll der Verordnungsgeber nach Absatz 5 dann näher bestimmen. Damit wird die eigentliche Regelung des Zugangs zu EGH-Leistungen in die Verordnung verschoben.

Das Konzept des sogenannten zweistufigen Behinderungsbegriffs in § 99 SGB IX n.F. ist gründlich missglückt! Die Frage, ob ein Leistungsanspruch auf EGH besteht wird nicht wirklich beantwortet, sondern ein demütigendes Verfahren mit Selbstzuschreibungen eröffnet.

Zur Lösung des Dilemmas kommt daher nur der Verzicht auf eine weitere Einschränkung des berechtigten Personenkreises nach § 2 SGB IX-E oder eine Konkretisierung der Leistungsberechtigung in Frage. Diese könnte wie folgt formuliert werden:

„§ 99 Leistungsberechtigter Personenkreis

(1) Einen Anspruch auf Leistungen haben Personen nach § 2 Absatz 1 Satz 1 bis 2, die zur Teilhabe an der Gesellschaft in einem Lebensbereich oder mehreren Lebensbereichen in erheblichem Umfang personeller oder technischer Unterstützung bedürfen. Leistungsberechtigt sind auch Personen, denen nach fachlicher Einschätzung eine Beeinträchtigung im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 2 mit hoher Wahrscheinlichkeit droht und daher Leistungen erforderlich sind, um eine Einschränkung der Teilhabe an der Gesellschaft abzuwenden.

Absatz 3 wird Absatz 2 und Absatz 4 wird Absatz 3. Absatz 5 entfällt.

2. Wunsch- und Wahlrecht

Im Gegensatz zu der Überschrift des § 104 SGB IX n.F. gefährdet diese Regelung eine Leistung nach der Besonderheit des Einzelfalls. Maßstab muss Artikel 19 der UN-BRK sein, der eine selbstbestimmte Lebensführung und die volle Einbeziehung in die Gesellschaft einfordert. Unter a) und b) wird dieser Anspruch weiter konkretisiert:

„a) 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;

b) Menschen mit Behinderungen Zugang zu einer Reihe von gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen gemeindenahen Unterstützungsdiensten haben, einschließlich der persönlichen Assistenz, die zur Unterstützung des Lebens in der Gemeinschaft und der Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft notwendig ist;

Damit werden die folgenden Anforderungen gestellt:

1. Recht auf Auswahl des Wohnortes,
2. Entscheidung darüber, wo und mit wem sie zusammenleben wollen,
3. Keine Verpflichtung in einer besonderen Wohnform zu leben,
4. Anspruch auf gemeindenaher Unterstützungsdienste,
5. Anspruch auf ‚Persönliche Assistenz‘,
6. Einbeziehung in und Teilhabe an der Gemeinschaft.

Diesen Anforderungen wird die Regelung in § 104 SGB IX n.F. nicht gerecht:

„§ 104 SGB IX n.F. Leistungen nach der Besonderheit des Einzelfalles

(1) Die Leistungen der Eingliederungshilfe bestimmen sich nach der Besonderheit des Einzelfalles, insbesondere nach der Art des Bedarfes, den persönlichen Verhältnissen, dem Sozialraum und den eigenen Kräften und Mitteln. Sie werden so lange geleistet, wie die Teilhabeziele nach Maßgabe des Gesamtplanes (§ 121) erreichbar sind.

(2) Wünschen der Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, ist zu entsprechen, soweit sie angemessen sind. Die Wünsche der Leistungsberechtigten gelten nicht als angemessen,

1. wenn und soweit die Höhe der Kosten der gewünschten Leistung die Höhe der Kosten für eine vergleichbare Leistung von Leistungserbringern, mit denen eine Vereinbarung nach Kapitel 8 besteht, unverhältnismäßig übersteigt und
2. der Bedarf nach der Besonderheit des Einzelfalles durch die vergleichbare Leistung gedeckt werden kann.

(3) Bei der Entscheidung nach Absatz 2 ist zunächst die Zumutbarkeit einer von den Wünschen des Leistungsberechtigten abweichenden Leistung zu prüfen. Dabei sind die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände angemessen zu berücksichtigen. Bei Unzumutbarkeit einer abweichenden Leistungsgestaltung ist ein Kostenvergleich nicht vorzunehmen.

(4) Auf Wunsch der Leistungsberechtigten sollen die Leistungen der Eingliederungshilfe von einem Leistungsanbieter erbracht werden, der die Betreuung durch Geistliche ihres Bekenntnisses ermöglicht.

(5) Leistungen der Eingliederungshilfe für Leistungsberechtigte mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland können auch im Ausland erbracht werden, wenn dies im Interesse der Aufgabe der Eingliederungshilfe geboten ist, die Dauer der Leistungen

durch den Auslandsaufenthalt nicht wesentlich verlängert wird und keine unververtretbaren Mehraufwendungen entstehen.“

Während der Absatz 1 noch auf die individuelle Bestimmung der Teilhabeziele und des Leistungsanspruches abzielt, wird dieser in Absatz 2 erheblich eingeschränkt. Zunächst soll für die EGH nicht das Wunsch- und Wahlrecht nach § 8 SGB IX n.F. mit den ‚**berechtigten**‘ Wünschen, sondern nur die ‚**angemessenen**‘ Wünsche in § 104 Abs. 2 SGB IX n.F. gelten. Damit wird der Kostenvergleich zum zentralen Kriterium für das Wahlrecht und nicht die Eignung der Maßnahme. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die EGH gegenüber anderen Rehabilitationsträgern nur ein eingeschränktes Wahlrecht vorsehen soll.

Das wird noch deutlicher bei der Bestimmung, nach der eine Leistung nicht mehr angemessen ist. Gibt es einen günstigeren Leistungsanbieter mit dem ein Vertrag nach § 124 Abs. 1 SGB IX n.F. besteht, so ist nur noch diese Leistung angemessen. Eine solche Vergütungsvereinbarung wird nach § 124 Abs. 1 SGB IX n.F. aber nur geschlossen, wenn die Vergütung sich im unteren Drittel der Angebote befindet oder nachweislich notwendigerweise ein höherer Aufwand bei wirtschaftlicher Betriebsführung betrieben wird. Diesen Vergleich können Leistungsberechtigte nie überprüfen, da ihnen die Kalkulationsunterlagen des herangezogenen Vergleichsanbieters nicht vorliegen. Aber sie stehen dem EGH-Träger zur Verfügung. Diese asymmetrische Entscheidungskonstellation kann daher nur zu Gunsten des EGH-Trägers ausgehen.

Es kommt nach der Nummer 2 in Absatz 2 des § 104 SGB IX n.F. auch nicht mehr auf die Qualität der Leistung an. Es reicht aus, wenn sie den Bedarf in irgendeiner Weise deckt. Umstände der Leistungserbringung, besondere Vertrauensverhältnisse, Sicherheit der Leistungserbringung und die ‚Ergebnisqualität‘ spielen keine Rolle. Dieses ist mit den Anforderungen des Art. 19 UN-BRK mit der Verpflichtung zu gemeindenahen Unterstützungsdiensten im Sinne ‚Persönlicher Assistenz‘ nicht in Einklang zu bringen.

Insbesondere wenn Leistungspauschalen nach § 125 Abs. 3 SGB IX n.F. vereinbart wurden, kann ein Vergleich mit einer individuell organisierten ‚Persönlichen Assistenz‘ nicht durchgeführt werden, weil die individuell ausgeführte Leistung eben nicht den durchschnittlichen Kosten eines Dienstes oder einer Einrichtung entspricht. Wenn durch den Wegfall der Unterscheidung von stationären und ambulanten Leistungen der Vergleich mit einer Einrichtung der unteren Qualitätsstufe mit pauschalen Kostensätzen im unteren Drittel durchgeführt wird, ist das Wahlrecht faktisch suspendiert und entgegen der Intentionen des Gesetzentwurfes der Druck in Richtung stationärer Leistungen verstärkt. Dieses verletzt die Menschenrechte Behinderteter nach Artikel 19 UN-BRK, weil niemand aus Kostengründen aus der privaten Wohnung in eine stationäre oder quasi stationäre Versorgung gezwungen werden darf.

In Absatz 3 werden nun die Zumutbarkeitskriterien des § 13 Abs. 1 Satz 5 SGB XII unverändert übernommen und damit an die bestehende Rechtsprechung angeknüpft. Diese ist aber in Deutschland sehr uneinheitlich, so dass auch damit keine Rechtssicherheit gewonnen ist. Grundsätzlich ist zunächst die Eignung einer Leistung nach den Grundsätzen der Bedarfsermittlung zu prüfen. Sind beide Maßnahmen hinsichtlich des Ziels geeignet, wird die Zumutbarkeit geprüft. Dabei fallen Unterschiede in der Eignung weg, die bei einer Prüfung der berechtigten Wünsche schon zum Verzicht auf die Angemessenheitsprüfung führen könnten. Liegt die Zumutbarkeit vor, erfolgt der Kostenvergleich, mit der Auswahl des kostengünstigsten Leistungserbringers. Gerade bei der Zumutbarkeit kommt es sehr auf das Vorverständnis der Entscheider an. Kann jemand nach jahrelanger selbstbestimmter Organisation seiner ‚Persönlichen Assistenz‘ mit von ihm ausgewählten und vertrauten Assistentinnen oder Assistenten zu einem fremdbestimmten Setting in einer trägergesteuerten und nach einem Dienstplan gestalteten Wohngemeinschaft mit anderen Behinderten gezwungen werden? Dieses wäre mit Sicherheit eine Menschenrechtsverletzung nach Artikel 19 UN-BRK.

Dieses hat der BR erkannt und in seiner Stellungnahme unter Punkt 56 den Absatz 1 mit einem Satz 2 ergänzt:

"Vorrang haben inklusive Leistungen außerhalb von besonderen Wohnformen nach Artikel 19 UN-BRK."

Darüber hinaus hat er unter Punkt 57 die folgende Änderung des §104 Abs. 2 und 3 SGB IX n.F. beschlossen:

"(2) Wünschen der Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, ist zu entsprechen, soweit sie berechtigt sind. Die

Wünsche der Leistungsberechtigten gelten als nicht berechtigt,

1. wenn und soweit die Höhe der Kosten der gewünschten Leistung die Höhe der Kosten einer die Ziele des Teilhabeplanes in gleicher Weise erfüllende Leistung von Leistungserbringern, mit denen eine Vereinbarung nach Kapitel 8 besteht, unverhältnismäßig übersteigt und

2. wenn der Bedarf durch eine die Ziele des Teilhabeplanes in gleicher Weise erfüllende Leistung gedeckt werden kann und diese Leistung zumutbar ist.

Dabei ist im Sinne einer inklusiven Leistungsgestaltung zu berücksichtigen, dass Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit haben sollen, gleichberechtigt mit Anderen ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben wollen, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben.

(3) Bei der Entscheidung nach Absatz 2 ist zunächst die Eignung für die im Teilhabeplan festgelegten Ziele zu prüfen. Sind die verglichenen Leistungen oder Leistungsgestaltungen gleich geeignet und die Leistungserbringung durch den günstigeren Leistungsanbieter zumutbar, kann das Wunsch- und Wahlrecht auf die günstigere Leistung oder Leistungsgestaltung beschränkt

werden. Dabei sind die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände angemessen zu berücksichtigen. Bei schlechterer Eignung oder Unzumutbarkeit einer abweichenden Leistungsgestaltung ist ein Kostenvergleich nicht vorzunehmen."

Damit hat er das das Wunsch- und Wahlrecht an den § 8 SGB IX n.F. angepasst und zusätzlich Art. 19 UN-BRK umgesetzt. **Diese Änderung sollte unbedingt so beibehalten werden!**

3. Verhältnis von EGH und Pflege

Menschen mit Beeinträchtigungen benötigen für ihren Alltag häufig neben den Leistungen der Eingliederungshilfe und den Leistungen der Pflegeversicherung nach dem SGB XI auch Leistungen der Hilfe zur Pflege (HzP) nach dem SGB XII. Damit gelten für sie die gegenwärtig unveränderten Anrechnungsvorschriften für Einkommen und Vermögen der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Mit den verbesserten Regelungen für eine Heranziehung mit einem Eigenbeitrag zu den Leistungen der Eingliederungshilfe aus dem Einkommen und Vermögen der antragstellenden Person, kommt es besonders darauf an, ob die Leistungen der HzP Teil der EGH sind oder ob es weiterhin zu der Heranziehung nach den Regeln der Sozialhilfe wegen der vorrangigen HzP kommt. Insbesondere die Heranziehung von Partnerinnen und Partnern stellt für erwachsene Behinderte eine starke Einschränkung ihrer Möglichkeit zur Begründung einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder einer Familie mit Kindern dar. Der nun eingefügte § 103 Abs. 2 SGB IX-E stellt zwar für mehr als geringfügig Beschäftigte und kurzfristig Arbeitslose (ALG1) den Vorrang der EGH her, so dass die Pflegeleistungen Teil der EGH werden und Partnerinnen und Partner nicht mehr mit ihrem Einkommen und Vermögen für die Leistungen an den Partner herangezogen werden. Für nicht Erwerbstätige bleibt alles beim Alten.

Auch wäre ein Wechsel von der EGH des SGB IX in die Sozialhilfe des SGB XII wegen einer während des Berufslebens eingetretenen vollen Erwerbsminderung oder Eintritt in die Altersrente eine unangemessene Härte für die antragstellende Person und die Partnerin bzw. den Partner. Für diejenigen, die voll erwerbsgemindert sind, Grundsicherung oder eine Versichertenrente wegen Alters oder voller Erwerbsminderung beziehen, bleibt es bei der vorgesehenen Regelung bei der

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

sozialhilferechtlichen Heranziehung in der Partnerschaft, auch wenn kein Grundsicherungsanspruch besteht. Die Regelung ist daher nicht ausreichend.

Der Bericht konstatiert eine zunehmende Überschneidung von EGH und HzP insbesondere durch die Änderungen im PSG III. Eine sinnvolle Lösung erscheint uns grundsätzlich bei der eigenen Häuslichkeit zwischen inner- und außerhäuslichem Unterstützungsbedarf zu unterscheiden, wie dies in § 13 Abs. 3 SGB XI n.F. und § 91 Abs. 3 SGB IX n.F. vorgesehen ist. Es bleibt allerdings bei der Schwierigkeit, die eigene Häuslichkeit legal zu definieren. Der Verweis auf § 36 Abs. 4 SGB XI mit dem Verweis auf die Definition der Pflegeeinrichtung nach § 71 SGB XI ist dazu nicht geeignet.

Der BR hat allerdings unter Punkt 48 eine bemerkenswerte Änderung des § 91 Abs. 3 bis 6 SGB IX n. F. in Verbindung mit einer Änderung des Art. 10 (SGB XII) Nr. 3 und 11 vorgeschlagen, die das Problem erheblich entschärfen würde:

"(3) Die Leistungen der Pflegeversicherung gehen den Leistungen der Eingliederungshilfe vor. Treffen Leistungen der Pflegeversicherung mit Leistungen der Eingliederungshilfe zusammen, ist der Träger der Eingliederungshilfe im Verhältnis zur leistungsberechtigten Person leistungspflichtig; in Höhe des Anspruchs gegen die Pflegeversicherung besteht ein Erstattungsanspruch des Trägers der Eingliederungshilfe nach § 104 des Zehnten Buches.

(4) Bei Personen, die erstmals vor Erreichen der Regelaltersgrenze nach § 35 Satz 2 in Verbindung mit § 235 Absatz 2 Sechstes Buch Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe haben, sind diese Leistungen gegenüber der Hilfe zur Pflege nach dem Siebten Kapitel des Zwölften Buches vorrangig. Der Vorrang der Eingliederungshilfe bleibt über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus bestehen, solange und soweit die Ziele der Eingliederungshilfe erreicht werden können. Die Eingliederungshilfe umfasst auch die erforderliche Pflegeleistung. Absatz 6 bleibt unberührt.

(5) Bei Personen, die erstmals nach Erreichen der Regelaltersgrenze nach § 35 Satz 2 in Verbindung mit § 235 Absatz 2 Sechstes Buch Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe haben, sind diese Leistungen gegenüber der Hilfe zur Pflege nach dem Siebten Kapitel des Zwölften Buches nachrangig.

(6) Der Bedarf von Personen für anerkannte vollstationäre Pflegeeinrichtungen nach dem Elften Buch wird ungeachtet des Lebensalters vorrangig durch Hilfe zur Pflege nach dem Siebten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vor der Eingliederungshilfe gedeckt."

Mit dieser Regelung könnte grundsätzlich der Charakter der EGH gestärkt und wichtige Zuordnungsprobleme gelöst werden.

4. Persönliche Assistenz als Leistungsform

Kern der Bestimmungen zur sozialen Teilhabe ist die Vorschrift zu den Assistenzleistungen in § 78 SGB IX n.F.. In der Vorschrift wird das Ziel der Unterstützung als selbstbestimmte und eigenständige Bewältigung des Alltages bestimmt. Allerdings werden nicht die Anforderungen an die ‚Persönliche Assistenz‘ definiert, die zur Umsetzung der Selbstbestimmung erforderlich sind. International hat sich ein Verständnis von ‚Persönlicher Assistenz‘ durchgesetzt, das 6 Voraussetzungen definiert, damit Unterstützungsleistungen die Form der ‚Persönlichen Assistenz‘ annehmen. Dagegen enthält die Vorschrift zu den Assistenzleistungen in § 78 SGB IX n.F. auch den Anspruch auf qualifizierte pädagogische Unterstützungsleistungen, die insbesondere für Menschen mit Lernschwierigkeiten oder Personen mit Verlust der Alltagskompetenz aufgrund einer psychischen Erkrankung erforderlich sind. Zu Recht werden diese unterschiedlichen Formen der Unterstützung differenziert, da verschiedene berufliche Anforderungen erfüllt werden müssen. Beide Formen erfüllen aber nicht automatisch die Anforderungen der ‚Persönlichen Assistenz‘ nach internationalem Verständnis in der Menschenrechtsdiskussion, der Fachöffentlichkeit, und der Behindertenbewegung.

Zwar sollen nach Absatz 2 der beabsichtigten Regelung des § 78 SGB IX n.F. die Leistungsberechtigten über die konkrete Gestaltung der Leistungen hinsichtlich Ablauf, Ort und Zeitpunkt der Inanspruchnahme entscheiden. Dienstpläne, fachlich festgelegte Abläufe, berufliche Vorverständnisse über den Inhalt der Leistungen und Festlegungen über den Leistungsort und die zeitlichen Abläufe lassen häufig wenig Gestaltungsspielräume für die Nutzerinnen und Nutzer dieser Unterstützungsleistungen. Sowohl Einrichtungen als auch ambulant betreute Wohngemeinschaften und ambulante Dienste sind aus wirtschaftlichen und personalpolitischen Gründen häufig in ein enges Korsett der Leistungserbringung gezwängt, das Gestaltungsspielräume der Nutzerinnen und Nutzer sehr beschränkt. ‚Persönliche Assistenz‘ geht von einer direkten Zuständigkeit der Assistentin / des Assistenten für eine Person aus.

‚Persönliche Assistenz‘ i.S. des Art. 19 b) UN-BRK ist eine Form der Unterstützungsleistung, die gemeindenah organisiert ist, innerhalb der Gemeinschaft die Einbeziehung von Menschen mit Behinderungen in die Gemeinschaft organisiert, die Teilhabe am Leben der Gemeinschaft eröffnet, dadurch Isolation und Absonderung verhindert und ein selbstbestimmtes Leben ermöglicht. ‚Persönliche Assistenz‘ ist die bedarfsdeckende individuelle persönliche Unterstützung oder Hilfeleistung, die es behinderten Menschen ermöglicht, gleichberechtigt mit anderen Menschen an der Gesellschaft teilzuhaben. Sie beinhaltet das Recht der behinderten Person,

1. die Personen, die die Hilfen erbringen sollen, selbst auszuwählen (Personalauswahlrecht),

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

2. über die Einsatzzeiten und die Struktur der Hilfeleistung zu entscheiden (Organisationsrecht),
3. über Form, Art, Umfang und Ablauf der Hilfen im Einzelnen zu bestimmen (Anleitungsrecht),
4. den Ort der Leistungserbringung festzulegen (Entscheidung über den Leistungsort),
5. die Finanzierung der Hilfen grundsätzlich zu kontrollieren (Finanzkontrollrecht) und
6. eine umfassende Unterstützung von einer Person, einem Dienstleistungserbringer oder einzelne Hilfen von verschiedenen Personen oder Dienstleistungserbringern in Anspruch nehmen zu können (Modularisierungsmöglichkeit).

Damit ermöglicht ‚Persönliche Assistenz‘ als Leistungsform, die selbstbestimmte Organisation und Inanspruchnahme von Unterstützungsleistungen. Ähnlich wie das ‚Persönliche Budget‘ begründet die Vorschrift zur ‚Persönlichen Assistenz‘ keinen neuen Anspruch, sondern das Recht seine Leistungen in einer umfassend selbstbestimmten Form zu erhalten. Sie kann von Leistungserbringern, die von den Leistungsnehmerinnen und Leistungsnehmern gesteuert werden, erbracht oder im sog. ‚Arbeitgeber-Modell‘ selbst organisiert werden. Die Umsetzung von Art. 19 UN-BRK erfordert eine solche Legaldefinition im Gesetz und die Möglichkeit diese Leistungsform zu wählen.

Eine solche Vorschrift könnte im allgemeinen Teil hinter der Regelung zum ‚Persönlichen Budget‘ eingefügt werden. Sie könnte wie folgt gefasst werden:

„§ 29a SGB IX n.F. Persönliche Assistenz

(1) Persönliche Assistenz ist die bedarfsdeckende individuelle persönliche Unterstützung oder Hilfeleistung, die es behinderten Menschen ermöglicht, gleichberechtigt mit anderen Menschen an der Gesellschaft teilzuhaben. Sie beinhaltet das Recht der behinderten Person,

- 1. die Personen, die die Hilfen erbringen sollen, auszuwählen (Personalauswahlrecht),**
- 2. über die Einsatzzeiten und die Struktur der Hilfeleistung zu entscheiden (Organisationsrecht),**
- 3. über Form, Art, Umfang und Ablauf der Hilfen im Einzelnen zu bestimmen (Anleitungsrecht),**
- 4. den Ort der Leistungserbringung festzulegen (Entscheidung über den Leistungsort),**
- 5. die Finanzierung der Hilfen grundsätzlich zu kontrollieren (Finanzkontrollrecht) und**
- 6. eine umfassende Unterstützung von einer Person, einem Dienstleistungserbringer oder einzelne Hilfen von verschiedenen Personen oder Dienstleistungserbringern in Anspruch nehmen zu können (Modularisierungsmöglichkeit).**

(2) Die im Teilhabeplan nach § 19 festgestellten Assistenzleistungen nach § 78 sollen in dieser Leistungsform für alle Lebensbereiche als Komplexleistung in erbracht werden.“

5. Gemeinsame Leistungserbringung

Im § 116 Abs. 2 SGB IX n.F. wird eine schwierige Abwägungsfrage einseitig zu Gunsten der Leistungsträger (EGH) gelöst. Während in § 116 Abs. 1 SGB IX n.F. die Pauschalierung von Leistungen von der Zustimmung der Leistungsberechtigten abhängig gemacht wird, wird die gesamte gemeinsame Leistungserbringung an die Zumutbarkeit geknüpft. Vorherige Entwürfe sahen auch hier eine Zustimmung der Leistungsberechtigten bei der Assistenz vor. Der § 116 SGB IX n.F. ist daher zweigeteilt: Absatz 1 findet die Zustimmung des FbJJ, Absatz 2 lehnen wir in dieser Form ab:

„§ 116 SGB IX n.F. Pauschale Geldleistung, gemeinsame Inanspruchnahme

(1) Die Leistungen

1. zur Assistenz zur Übernahme von Handlungen zur Alltagsbewältigung sowie Begleitung der Leistungsberechtigten (§ 113 Absatz 2 Nummer 2 in Verbindung mit § 78 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 5),
2. zur Förderung der Verständigung (§ 113 Absatz 2 Nummer 6) und
3. zur Beförderung im Rahmen der Leistungen zur Mobilität (§ 113 Absatz 2 Nummer 7 in Verbindung mit § 83 Absatz 1 Nummer 1)

können mit Zustimmung der Leistungsberechtigten als pauschale Geldleistungen nach § 105 Absatz 3 erbracht werden. Die zuständigen Träger der Eingliederungshilfe regeln das Nähere zur Höhe und Ausgestaltung der pauschalen Geldleistungen sowie zur Leistungserbringung.

(2) Die Leistungen

1. zur Assistenz (§ 113 Absatz 2 Nummer 2),
2. zur Heilpädagogik (§ 113 Absatz 2 Nummer 3),
3. zum Erwerb und Erhalt praktischer Fähigkeiten und Kenntnisse (§ 113 Absatz 2 Nummer 5),
4. zur Förderung der Verständigung (§ 113 Absatz 2 Nummer 6),
5. zur Beförderung im Rahmen der Leistungen zur Mobilität (§ 113 Absatz 2 Nummer 7 in Verbindung mit § 83 Absatz 1 Nummer 1) und
6. zur Erreichbarkeit einer Ansprechperson unabhängig von einer konkreten Inanspruchnahme (§ 113 Absatz 2 Nummer 2 in Verbindung mit § 78 Absatz 6)

können an mehrere Leistungsberechtigte gemeinsam erbracht werden, soweit dies nach § 104 für die Leistungsberechtigten zumutbar ist und mit Leistungserbringern

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

entsprechende Vereinbarungen bestehen. Maßgeblich sind die Ermittlungen und Feststellungen im Rahmen der Gesamtplanung nach Kapitel 7.

(3) Die Leistungen nach Absatz 2 sind auf Wunsch der Leistungsberechtigten gemeinsam zu erbringen, soweit die Teilhabeziele erreicht werden können.“

Assistenzleistungen, die behinderten Menschen die Teilhabe an der Gesellschaft ermöglichen, unterscheiden sich sehr wesentlich von Leistungen therapeutischer Art wie der der Heilpädagogik, der Schulung zum Erwerb lebenspraktischer Kenntnisse, eine Beförderung mit dem Fahrdienst oder einem Bereitschaftsdienst. Es ist unmittelbar einsichtig, dass ein Fahrdienst, wenn die Fahrzeit zumutbar bleibt und es wirtschaftlicher ist, mehrere Personen gleichzeitig befördern kann. Auch der Einsatz von Gebärdensprachdolmetschern auf einer öffentlichen Veranstaltung ist sinnvoller Weise für mehrere Gehörlose möglich zu organisieren. Dagegen ist die Übersetzung in Gebärdensprache bei einem Arztgespräch selbstverständlich nicht gemeinsam organisierbar.

Dagegen muss im Sinne einer individuellen Leistungserbringung die Assistenzleistung nach § 78 SGB IX n.F., soweit sie den persönlichen Bereich betrifft, grundsätzlich individuell organisiert werden. Dabei kann es auch sinnvoll sein, die Leistung gemeinsam zu erbringen. Dieses ist insbesondere bei der Schulassistenz der Fall, wenn die Assistenz für mehrere Schülerinnen und Schüler im Unterricht gemeinsam erfolgt. Ausnahmsweise kann auch hier z.B. bei der pflegerischen Assistenz im Intimbereich bei einer pubertierenden Schülerin es notwendig sein, auf eine selbst ausgesuchte vertraute weibliche Person zurückzugreifen. Dieses Selbstbestimmungsrecht wird bereits im Pflgerecht in § 2 Abs. 2 Satz 3 SGB XI anerkannt. Eine Zumutbarkeitsprüfung würde in diesem Fall daher hinter das bestehende Recht zurückfallen.

Es ist verständlich, dass die Sozialhilfeträger angesichts der explodierenden Kosten der Schulassistenz nach Möglichkeiten suchen, den Anspruch einschränken zu können. Allerdings würde eine generelle Zumutbarkeitsprüfung bei den Assistenzleistungen auch im privaten Bereich unter den Voraussetzungen des § 104 SGB IX n.F. das Selbstbestimmungsrecht von Menschen mit Behinderungen unzulässig einschränken und im Ergebnis stationäre Angebotsformen begünstigen und damit Artikel 19 UN-BRK verletzen. Es muss bei der Zustimmung als Voraussetzung für eine gemeinsame Leistungserbringung für den Bereich der Assistenz im privaten Bereich verbleiben. Das FbJJ schlägt daher die folgende Regelung für den § 116 Abs. 2 SGB IX n.F. vor:

„(2) Die Leistungen

- 1. zur Heilpädagogik (§ 113 Absatz 2 Nummer 3),**
- 2.. zum Erwerb und Erhalt praktischer Fähigkeiten und Kenntnisse (§ 113 Absatz 2 Nummer 5),**
- 3. zur Förderung der Verständigung (§ 113 Absatz 2 Nummer 6),**

4. zur Beförderung im Rahmen der Leistungen zur Mobilität (§ 113 Absatz 2 Nummer 7 in Verbindung mit § 83 Absatz 1 Nummer 1) und

5. zur Erreichbarkeit einer Ansprechperson unabhängig von einer konkreten Inanspruchnahme (§ 113 Absatz 2 Nummer 2 in Verbindung mit § 78 Absatz 6)

können an mehrere Leistungsberechtigte gemeinsam erbracht werden, soweit dies nach § 104 für die Leistungsberechtigten zumutbar ist und mit Leistungserbringern entsprechende Vereinbarungen bestehen. Maßgeblich sind die Ermittlungen und Feststellungen im Rahmen der Gesamtplanung nach Kapitel 7. Werden Leistungen außerhalb einer Räumlichkeit im Sinne von § 43a Satz 3 des Elften Buches erbracht, ist eine gemeinsame Erbringung von Leistungen zur Assistenz (§ 113 Absatz 2 Nummer 2), insbesondere bei der Leistungsform der Persönlichen Assistenz nach § 29a, von der Zustimmung der Leistungsberechtigten abhängig.

6. Beitrag aus dem Einkommen Leistungsberechtigter

Die Einkommensanrechnung bei Leistungen der EGH geht in § 135 SGB IX n.F. von den nach dem Einkommenssteuergesetz zu berücksichtigenden Einkünften des Vorjahres bzw. der Bruttorente in diesem Zeitraum aus. Ziel ist es, durch Vorlage des Steuer- oder Rentenbescheides den zu leistenden Beitrag leichter und unbürokratischer ermitteln zu können. Dabei müssen die unterschiedlichen Abzugsmöglichkeiten bei unselbständig, selbständig oder freiberuflich Beschäftigten, nicht sozialversicherungspflichtigem Einkommen z.B. von Beamten- und Renteneinkommen unterschieden werden. Die im Entwurf zu Grunde gelegten Sätze sind willkürlich gewählt und berücksichtigen z.B. nicht die Behindertenfreibeträge, die als außergewöhnliche Belastungen geltend gemacht werden können. Auch wird die Zuordnung schwierig, da auch Beamte, die freiwillig versichertes Mitglied der Krankenkasse sind, in der gesetzlichen Pflegeversicherung versicherungspflichtig sind. Die Regelungen der §§ 135, 136 SGB IX n.F. sind daher nicht eindeutig, zu kompliziert und berücksichtigen unzureichend die unterschiedlichen Lebenslagen:

In dem Bericht wird fälschlicherweise der Eindruck erweckt, dass von dem das den Freibetrag übersteigenden Einkommen nur 2 % monatlich beigesteuert werden muss. Der Eigenbeitrag beträgt aber monatlich 2 % des den Freibetrag übersteigenden Jahreseinkommens. Dieses stellt für viele behinderte Menschen eine erhebliche Eigenleistung dar.

Das FbJJ schlägt dagegen vor, grundsätzlich auf die Einkommens- und Vermögensanrechnung zu verzichten. Ein völliger stufenweiser Ausstieg wurde auch von Bayern im BR beantragt. Dieser Antrag fand allerdings keine Mehrheit.

Als Kompromisslösung sollte man von dem im Steuerbescheid festgestellten zu versteuernden Einkommen ausgehen. Bei Renteneinkommen sollte nur das Renteneinkommen herangezogen werden, das steuerpflichtig ist. Dieses ist in § 2

Abs. 1 und 4 EStG miterfasst. Wenn das Ziel ist, nur Behinderte mit einem überdurchschnittlichen Einkommen heranzuziehen, reicht es, den Betrag der Bezugsgröße freizustellen und das darüber liegende Einkommen anzurechnen. Das FbJJ schlägt daher die folgenden Regelungen für den § 135 Abs. 1 SGB IX n.F. und § 136 Abs. 2 SGB IX n.F. vor:

„§ 135 SGB IX n.F. Begriff des Einkommens

(1) Maßgeblich für die Ermittlung des Beitrages nach § 136 ist die Summe des nach § 2 Absatz 4 des Einkommensteuergesetzes zu versteuernden Einkommens des Vorvorjahres.

§ 136 SGB IX n.F. Beitrag aus Einkommen zu den Aufwendungen

(1) Bei den Leistungen nach diesem Teil ist ein Beitrag zu den Aufwendungen aufzubringen, wenn das Einkommen im Sinne des § 135 der antragstellenden Person sowie bei minderjährigen Personen der Eltern oder eines Elternteils die Beträge der jährlichen Bezugsgröße nach § 18 Absatz 1 des Vierten Buches übersteigt.

Absatz 2 wird gestrichen

Absätze 3 bis 4 bleiben unverändert.

IV. Fazit und Ausblick

Der vorliegende Kabinettsentwurf für ein neues Bundesteilhabegesetz wird den Anforderungen aus der UN-BRK an eine volle und wirksame Teilhabe von Menschen mit Behinderung gleichberechtigt mit Anderen in vielerlei Hinsicht nicht gerecht. Es erscheint daher nachvollziehbar, wenn behinderte Menschen in Deutschland auch nach den Änderungen zum Referentenentwurf mit diesem Entwurf unzufrieden sind.

Das FbJJ hat in mehrjähriger Arbeit einen tragfähigen und schlüssigen Entwurf für ein ‚Gesetz zur Sozialen Teilhabe‘ vorgelegt. Dieser Entwurf hat in der Öffentlichkeit – aber auch in der Fachwelt – viel Anklang gefunden. Umso mehr enttäuscht es mitzuerleben, dass nur sehr wenige Elemente des Entwurfs des FbJJ Eingang in den Kabinettsentwurf gefunden haben.

Die vorgelegten Änderungsvorschläge umfassen lediglich die als unbedingt erforderlich angesehen Änderungen, die verhindern helfen, dass es zu einer Verschlechterung kommt bzw. die u.E. angemessene Verbesserungen vorsehen.

Der Bericht der Landesregierung NRW greift wesentliche Punkte der Schwächen des Entwurfes auf. Berechtigter Personenkreis der EGH, die gemeinsame Leistungserbringung, die Legaldefinition der Persönlichen Assistenz und die Veränderung der Einkommensanrechnung müssen unbedingt – neben den konstruktiven Vorschlägen des BR – verändert werden, um das BTHG zustimmungsfähig zu machen.

Das FbJJ bietet ausdrücklich seine Unterstützung bei den Beratungen an.