

Assistenzleistungen im Krankenhaus

im Lichte des Grundgesetzes und der UN-
Behindertenrechtskonvention

Clara Becker

**Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in
Deutschland e.V. - ISL**

Im Rahmen des Projektes:

„Keine Angst vorm Krankenhaus!“

Dezember 2015

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Gesundheit

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Inhaltsverzeichnis

Summary	4
A. Pflege bei Krankenhaus: Rechtliche Grundlagen	5
I. Einführung zur Pflege.....	5
II. Rechtliche Grundlagen des Arbeitgebermodells.....	5
III. Kostenträger als Anspruchsgegner	6
IV. Ansprüche aus Sozialrecht auf häusliche und ambulante Pflegeleistungen und während eines Krankenhausaufenthaltes	7
1. Ambulante Leistungen der Krankenversicherung SGB V, KHEntgG	7
a. Anspruch auf Krankenhausbehandlung des Patienten, § 39 SGB V.....	7
aa. Unklare Reichweite des Anspruchs auf Krankenpflege	7
bb. Mitnahme der Assistenz im Arbeitgebermodell	9
cc. Unklare Rechtslage nach der Rechtsprechung	9
dd. Fazit § 39 SGB V	12
b. Ansprüche aus Krankenhausentgeltgesetz.....	12
aa. Zusätzliche Pflege als vom Krankenhaus veranlasste Leistung Dritter, § 2 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG	13
bb. Pflegeassistenz als Mitaufnahme von Begleitpersonen aus medizinischen Gründen, § 2 Abs. 2 Nr. 3 KHEntgG, 11 Abs. 3 SGB V	13
c. Häusliche Krankenpflege und Selbstbeschaffung, § 37 Abs. 4 SGB V	14
d. Häusliche Krankenpflege aus medizinischer Notwendigkeit oder wegen unausführbarer Krankenhausbehandlung, § 37 Abs. 1 und 2 SGB V	15
e. Zusammenfassung zu SGB V und KHEntgG	16
2. Ambulante Leistungen der Pflegeversicherung SGB XI	16
a. Pflegesachleistung, § 36 Abs. 1 SGB XI	17
b. Pflegegeld, § 37 SGB XI und Kombination von Geld- und Sachleistung, § 38 SGB	17
c. Pflege über persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell.....	18
d. Zusammenfassung SGB XI	19
3. Ambulante Leistungen der Sozialhilfe SGB XII.....	19
a. Leistungen zur häuslichen Pflege, § 63 SGB XII.....	20
b. Andere Leistungen, § 65 SGB XII.....	21
c. Pflegegeld, § 64 SGB XII.....	22
d. Zusammenfassung SGB XII	24
V. Zusammenfassung der rechtlichen Grundlagen.....	24

B. Die Gesetzeslage und –handhabung: vereinbar mit höherrangigem und einfachgesetzlichem Recht?.....	25
I. Internationales Recht.....	25
1. Gesundheitsrechte, Art. 25 UN-BRK.....	25
2. Schulung von KH-Personal, Art. 25 S. 3 lit. d UN-BRK.....	26
3. Verhinderung diskriminierungsfreier Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder –leistung, Art. 25 S. 3 lit. f UN-BRK	26
4. Diskriminierungsverbote, Art. 5 Abs. 2, Art. 25 UN-BRK.....	27
5. Völkerrechtliche Verpflichtung, Art. 4 S. 1 UN-BRK	27
II. Europarecht.....	28
III. Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot	28
1. Benachteiligung aufgrund der Art der Pflege, Art. 3 Abs. 1 GG	29
2. Benachteiligung wegen einer Behinderung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.....	31
3. Der gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum: ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung?	33
IV. Antidiskriminierungsrecht	35
C. Gesetzesänderungen	35
1. Das Pflegedefizit im Krankenhaus für Menschen mit Behinderung: Umsetzungsvorschläge zur Verbesserung	35
a. Erweiterung der DRG-Fallpauschalen	36
b. Weitere Vorschläge	36
2. Der Parallelbericht BRK-Allianz: Forderungen an den Gesetzgeber.....	37
3. Zusammenfassende Empfehlungen	39
Literatur- und Quellenverzeichnis	40
Literatur.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
Internetquellen	41
UN-Dokumente	42
Parlamentsdokumente	42
Gerichtsurteile.....	43

Summary

Das vorliegende Gutachten untersucht die komplexe Rechtslage zum Thema Assistenzleistungen im Krankenhaus, genauer zur pflegerischen Versorgung von Menschen mit Behinderung im Krankenhaus und zur Mitnahme der gewohnten Assistenzpersonen während eines Krankenhausaufenthalts. Assistenzleistungen, auch im Krankenhaus, umfassen viele Aspekte und Lebenslagen: von medizinischer Pflege über Kommunikationsassistenz zur Unterstützung von Menschen mit Lernschwierigkeiten. Im Fokus dieser Untersuchung steht die Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderung, die ihre Assistenz im Arbeitgebermodell organisieren und Menschen, die ihre Assistenz über einen Pflegedienst oder Assistenzdienst beziehen oder anderweitig gepflegt werden. Gegenwärtig können seit 2009 durch das Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs nur Menschen mit Behinderung, die ihre Assistenz über das Arbeitgebermodell organisieren, ihre Assistenz mit ins Krankenhaus nehmen. Menschen, die Assistenz über das Dienstleistungsmodell beziehen, können dies nicht.

Vor Gericht argumentieren Krankenkassen und andere Leistungsträger, dass alle notwendigen pflegerischen Leistungen von den Krankenhäusern sicherzustellen seien. Die bisher zum Thema vorliegenden Gerichtsentscheidungen beziehen sich ausschließlich auf den Bereich der medizinischen Pflege. Berichte aus der Praxis und dem Alltag der Betroffenen zeigen allerdings, dass ein Krankenhausaufenthalt ohne die Mitnahme der eigenen persönlichen Assistenzperson nicht möglich, gesundheitsschädigend, oder bspw. im Falle benötigter rund um die Uhr Betreuung lebensbedrohlich sein kann. Der Gesetzgeber hat das Problem erkannt, handelt aber nicht.

Vorliegendes Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die deutsche Gesetzeslage den völkerrechtlichen Vorgaben aus der UN-Behindertenrechtskonvention nicht entspricht. Der Konventionsausschuss hat in seinen abschließenden Bemerkungen zur Staatenprüfung 2015 die Bundesrepublik aufgefordert, die sozialrechtlichen Gesetze dahingehend unabhängig überprüfen zu lassen und anzupassen. Das vorliegende Gutachten stützt diese Empfehlungen.

A. Pflege bei Krankenhaus: Rechtliche Grundlagen

I. Einführung zur Pflege

Die Praxis zeigt, dass die Pflegesituation für Menschen mit Behinderung im Krankenhaus defizitär sein kann. Im Folgenden werden die rechtlichen Grundlagen zur Pflege umrissen. Grundsätzlich klassifiziert das Sozialrecht die Pflegeart nach dessen Leistungsort; es wird danach unterschieden, ob ein Mensch häuslich¹, teilstationär oder stationär² (Pflegeheim, § 71 Abs. 2 SGB XI) gepflegt wird, oder, im Falle häuslicher Pflege ob ambulante Pflege (Pflegedienst, § 71 Abs. 1 SGB XI) erfolgt.³

Die sich ergebenden Anspruchsgrundlagen werden im Folgenden geprüft. Dazu werden zunächst die Leistungsinhalte der Krankenpflege für Menschen mit Behinderung im Krankenhaus nach dem SGB V und nach dem Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) dargestellt (1.). Im Anschluss werden mögliche sozialrechtliche Ansprüche aus SGB XI (2.) und SGB XII (3.) geprüft; bei Bestehen dieser Ansprüche soll so eine zusätzliche Pflege im Krankenhaus durch ambulante Dienste oder persönliche Assistenzpflegekräfte ermöglicht werden und die notwendige pflegerische Versorgung somit sichergestellt werden. Aufgrund gesetzgeberischer Privilegierung wird dabei besonders auf die rechtliche Situation für Menschen mit Behinderung eingegangen, die ihre Pflege durch von ihnen selbst beschäftigte besondere Pflegekräfte im so genannten Arbeitgebermodell sicherstellen.

II. Rechtliche Grundlagen des Arbeitgebermodells

Pflegebedürftige im Arbeitgebermodell⁴ sichern ihre Pflege selbst durch die Anstellung von persönlichen Assistenzkräften, die dann deren Beschäftigte werden. Dieses Modell ist im Sozialrecht nicht in einem eigenen Paragraphen

¹ Laut Pflegestatistik 2011 wurden rund 70 % der Pflegebedürftigen häuslich versorgt, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Pflege/PflegeDeutschlandergebnisse5224001119004.pdf?__blob=publicationFile, S. 7 und 9, Abruf 17.7.2015.

² Knapp 30 % in 2011, ebd.

³ Von den 70 % häuslich Versorgten, wurden knapp 50 % wurden nur von Angehörigen gepflegt, über 20 % mit Unterstützung oder ausschließlich durch Pflegedienste versorgt, ebd.

⁴ Auch Assistenzmodell, vgl. Udsching, SGB XI, § 34 Rn. 17.

ausdrücklich normiert, sondern verstreut in den Sozialgesetzbüchern berücksichtigt. Der Gesetzeswortlaut spricht von Pflegebedürftigen, die ihre Pflege „durch von ihnen selbst beschäftigte besondere Pflegekräfte“ sicherstellen, so zum Beispiel in § 66 Abs. 4 S. 2 SGB XII.

Die persönlichen Assistenzkräfte sichern als „besondere Pflegekräfte“ nicht nur die in Frage stehende pflegerische Versorgung, sondern übernehmen auch andere Assistenz Tätigkeiten für die assistenznehmende Person.⁵ Der Assistenzbedarf wird nach umfangreichen und sehr ausdifferenzierten Kriterien festgestellt und im Regelfall im Rahmen eines Antrags auf persönliches Budget nach § 17 Abs. 3 SGB IX gewährt.⁶ Andernfalls werden die Kosten der Assistenz direkt über den Kostenträger abgerechnet.

III. Kostenträger als Anspruchsgegner

Entsprechend der verschiedenen Ansprüche auf ambulante Pflege ergeben sich unterschiedliche Kostenträger. Die Gesetzliche Krankenversicherung kommt im Rahmen des SGB V auf (III.1.), die Soziale Pflegeversicherung für das SGB XI (III.2.) und die Sozialhilfeträger im Bereich des SGB XII (III.3.). In Einzelfällen kann Pflege für Menschen mit Behinderung auch von der Unfallversicherung, oder bei Impf- oder Kriegsschäden vom Versorgungsamt getragen werden. Dabei kann nicht auf alle Einzelheiten und Eventualitäten eingegangen werden, da die sozialrechtliche Leistungsstruktur unübersichtlich und miteinander verwoben ist. Grundsätzlich ist der Gesetzgeber bemüht Doppelleistungen auszuschließen.

Sozialrechtliche Ansprüche stehen gem. § 31 SGB I unter Gesetzesvorbehalt, das heißt, Rechte und Pflichten können nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt.

§ 37 S. 2 SGB I ordnet an, dass die in S.1 genannten Regelungen – darunter auch § 31 SGB I - strikt und ohne jegliche Relativierung durch die besonderen Teile gelten: solange eine Leistung also nicht gesetzlich vorgesehen ist, kann sie nicht geleistet werden.

⁵ Konzept verständlich erläutert bei: <http://www.corina-zolle.de/5.html>; Abruf 8.7.2015, basierend auf forsea 1/2004, März, S. 8; vgl. auch Darstellung unter Punkt B. II.

⁶ Ausführlichere Darstellung inkl. Bedarfsrechnung (Vorlage S. 54) unter: www.forsea.de/projekte/pers_budget/AGM%20und%20PB.pps, S.7, 11ff., Abruf 14.7.2015.

IV. Ansprüche aus Sozialrecht auf häusliche und ambulante Pflegeleistungen und während eines Krankenhausaufenthaltes

1. Ambulante Leistungen der Krankenversicherung SGB V, KHEntgG

Ansprüche gegen die gesetzliche Krankenversicherung können sich aus §§ 37, 39 SGB V (a., c. und d.) oder dem KHEntgG (b.) ergeben. Der Leistungsträger ist gem. § 2a SGB V verpflichtet, den besonderen Belangen von Menschen mit Behinderung Rechnung zu tragen. Das BSG hat entschieden, dass der sozialrechtliche Gesetzesvorbehalt dadurch nicht überwunden wird. Eine Erweiterung sozialrechtlicher Leistungen auf dem Rechtsweg kann mit § 2a SGB V nicht begründet werden.⁷ Als Umsetzung des verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG muss die Norm bei Anwendung und Auslegung des SGB V berücksichtigt werden.⁸

Nach § 39 Abs. 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf vollstationäre Behandlung im Krankenhaus, welche Krankenpflege umfasst (a.). Wie weit diese Leistung im Einzelfall reicht ist unklar. Weiterhin könnte zusätzliche Pflege über das KHEntgG gewährleistet werden (b.). Soweit die Krankenhausbehandlung nicht durchführbar ist (c.) oder es medizinisch notwendig ist (d.), besteht Anspruch auf Häusliche Krankenpflege, § 37 SGB V, als ambulante Leistung.

a. Anspruch auf Krankenhausbehandlung des Patienten, § 39 SGB V

Versicherte haben nach § 27 SGB V Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist. Davon umfasst ist der Anspruch auf vollstationäre Behandlung im Krankenhaus §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, 39 Abs. 1 SGB V. Diese Behandlung umfasst alle Leistungen die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung notwendig sind, insbesondere u.a. Krankenpflege, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V. Sie wird als Teil einer Komplexleistung des Krankenhauses im Rahmen dessen Versorgungsauftrages erbracht.⁹ Unklar ist, wie weit dieser Versorgungsauftrag im Einzelfall reicht.

aa. Unklare Reichweite des Anspruchs auf Krankenpflege

Der Begriff der Krankenpflege wird weder in der Literatur noch in Regelungen zum Verhältnis von Krankenhäusern und Krankenkassen hinreichend bestimmt.

⁷ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 R, Rn. 15; Welti in: Becker/Kingreen SGB V, § 2a Rn. 1.

⁸ Welti in: Becker/Kingreen SGB V, § 2a Rn. 1.

⁹ Brandt in: KassKomm § 39 SGB V, Rn. 80.

Der Wortlaut zielt, wie *Tolmein* richtig herausstellt, auf „die durch die Krankheit bewirkte Pflegebedürftigkeit“¹⁰, mithin auf die Behandlungspflege und nicht auf Pflegeassistenz für Menschen mit Behinderung. Die Behandlungspflege umfasst die durch die Krankheit verursachten pflegerischen Maßnahmen.¹¹ Diese sind als Teil der Krankenpflege zu gewährleisten und eindeutig der Krankenkasse zuzuordnen.

Demgegenüber haben Menschen mit Behinderung im Krankenhaus ein Problem ihre Grundpflege zu sichern. Grundpflege umfasst die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens, § 14 Abs. 1 und 4 SGB XI, § 61 Abs. 1 und 5 SGB XII, und soll nicht Teil der SGB V-Leistungen sein.¹² Diese Pflege erfolgt behinderungsbedingt und nicht aufgrund akuter Krankheit und ist demnach nicht der Gesetzlichen Krankenkasse zuzuordnen.¹³ Das Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg stellt durch einen Rückschluss aus § 37 SGB V allerdings klar, dass sowohl Grund- als auch Behandlungspflege vom Krankenhaus zu leisten sind.¹⁴

Die mangelnde Klarheit bezüglich des Begriffs „Krankenpflege“ war Ausgangspunkt für den Erlass des Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus.¹⁵ In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass eine Änderung der Rechtslage notwendig sei, da die pflegerische Versorgung - insbesondere von schwerstbehinderten Menschen - hinsichtlich der Art und ihres Umfangs - über die erforderliche Krankenpflege i.S.v. § 39 Abs. 1 SGB V hinausgehe¹⁶.

Die notwendige pflegerische Versorgung sei in nicht näher konkretisierten „häufigeren Fallkonstellationen“ nicht Bestandteil der erforderlichen Krankenpflege und damit nicht Teil der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁷

¹⁰ Oliver Tolmein in: Ich muss ins Krankenhaus...was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 40.

¹¹ Im Einzelnen vgl. Meßling in: jurisPK-SGB XII, § 61 Rn. 26.

¹² Philipp in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 14 SGB XI, Rn. 16.

¹³ Oliver Tolmein in: Ich muss ins Krankenhaus...was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 40.

¹⁴ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 31.1.2014; AZ. L 1 KR 65/12, Rn. 34.

¹⁵ Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus vom 30.7.2009, BGBl I. S. 2495, in Kraft getreten am 5.8.2009.

¹⁶ BT-Drs. 16/12855, S.6.

¹⁷ BT-Drs. 16/12855, S. 7.

bb. Mitnahme der Assistenz im Arbeitgebermodell

Durch die gesetzlichen Änderungen ist nun eindeutig in § 11 Abs. 3 Var. 2 SGB V normiert, dass Versicherte, die ihre Pflege durch besonders von ihr beschäftigte Personen nach § 66 Abs. 4 S. 2 SGB XII sicherstellen, bei Aufenthalt in einem Krankenhaus i.S.v. § 108 SGB V Anspruch auch auf die Mitaufnahme einer Pflegekraft haben. Gleiches gilt seit Ende 2012¹⁸ für den Aufenthalt in Versorge- und Rehabilitationseinrichtungen i.S.v. § 107 Abs. 2 SGB V. Das Arbeitgebermodell ist also eine der vom Gesetzgeber erkannten „häufigeren Fallkonstellationen“ in denen die notwendige pflegerische Versorgung nicht Bestandteil der erforderlichen Krankenpflege nach § 39 SGB V ist, sondern durch zusätzliche Pflegekräfte gesichert werden soll.

cc. Unklare Rechtslage nach der Rechtsprechung

Unklar ist die Rechtslage für alle übrigen Menschen mit Behinderung, aufgrund der schwierigen und praktisch teilweise nicht möglichen Abgrenzung zwischen Grund- und Behandlungspflege. Trotz detaillierter Konkretisierung der gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen des täglichen Lebens als Kriterium für die Grundpflege und einer dazu ebenso umfangreichen Rechtsprechung und Kommentarliteratur, ergeben sich Überschneidungen von Grund- und Behandlungspflege.¹⁹ Dies führt zu Parallelzuständigkeiten der Kostenträger vor allem im SGB V und XI aber auch im SGB V und XII. Das sei - so wird in der Literatur angemerkt²⁰ - dem Sozialrecht zwar grundsätzlich fremd, vermeide aber Verwaltungsaufwand und sei im Interesse der Pflegebedürftigen²¹.

Aus Betroffenenicht ergeben sich daraus unter Umständen trotzdem Zuständigkeitsprobleme und vor allem strittige Anspruchsumfänge. So entschied in einem Fall ambulanter Pflege das Sozialgericht (SG) München²² im Jahr 2012, dass Pflege nach § 39 Abs. 1 SGB V zum Versorgungsauftrag des Krankenhauses gehöre und „jegliche vom einzelnen Patienten benötigte

¹⁸ Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs in stationären Versorge- oder Rehabilitationseinrichtungen vom 20.12.2012, BGBl. I S. 2789, in Kraft getreten am 28.12.2012.

¹⁹ Philipp in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, § 14 SGB XI, Rn. 17.

²⁰ Meßling in: jurisPK-SGB XII, § 61 Rn. 28.

²¹ Koch in: KassKomm, Band 3, § 14 SGB XII, Rn. 15 b.

²² SG München, Urteil v. 25.6.2012, AZ. S 32 SO 473/10.

Pflege“ umfasse.²³ Sofern das Krankenhaus diese nicht gewährleisten könne, müsse es Dritte dazu veranlassen. Es verwies dabei auf gleichlautende Urteile des SG Osnabrück und des SG Mannheim²⁴, die allerdings vor der Einführung des Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs ergangen waren. Die Rechtslage habe sich durch die neue gesetzliche Regelung jedoch nicht geändert, so das SG München, da „der Umfang der Pflegebedürftigkeit ja nicht von der Organisation der Pflege (Arbeitgebermodell, Pflegedienst oder Pflege durch nahestehende Personen)“ abhinge.²⁵ Die Krankenkasse sei also aus § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V zumindest alternativ zum Sozialhilfeträger leistungs verpflichtet die Kosten für zusätzliche Pflegekräfte zu übernehmen.

Im Ergebnis anders schätzte die Rechtslage hingegen das LSG Bayern in nächster Instanz ein: der gerichtliche Antrag auf stationäre Behandlung im Krankenhaus sei nicht rechtzeitig, sondern erst während des Prozesses gestellt worden, eine Klageänderung nicht einschlägig und eine Verurteilung der Krankenkasse damit unzulässig.²⁶ Über das ablehnende Vorbringen der beigeladenen Krankenkasse wurde in der Sache nicht entschieden. Diese hatte eine Kostenübernahme verneint, mit der Begründung, dass Pflege gem. § 39 SGB V Leistungsbestandteil im Krankenhaus sei und daher auch von diesem sicherzustellen sei, zusätzliche Pflege durch Dritte könnte vom Krankenhaus über Zusatzentgelte (dazu unter b.) abgerechnet werden.²⁷

Ob sich die Rechtsauffassung des SG München durchsetzt, dass jegliche Pflege vom Krankenhaus unabhängig von der Organisation der Pflege zu gewährleisten sei, ist nicht einzuschätzen. Die Berufung der durch das SG verurteilten beklagten Pflegeversicherung hatte materiell Erfolg und das Urteil wurde aufgehoben.

Seine Rechtsauffassung zur Position des SG München könnte derselbe Senat des LSG Bayern in einer zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Gutachtens anhängigen Berufung²⁸ über ein Urteil des SG Landshut äußern. Dieses nahm mit der gesetzgeberischen Begründung zum Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs an, dass „keine Leistungspflicht der gesetzlichen

²³ Ebd. Rn. 25.

²⁴ SG Osnabrück, Urteil v. 9.10.2008, AZ. S 5 SO 64/05; SG Mannheim, Urteil v. 27.3.2001, AZ. S 5 KR 2468/00

²⁵ SG München, Urteil v. 25.6.2012, AZ. S 32 SO 473/10, Rn. 26.

²⁶ LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 27 f., 39 ff.

²⁷ Vorbringen vor dem LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 10.

²⁸ LSG Bayern, AZ. L 8 SO 67/13.

Krankenversicherung zur Übernahme der Kosten der persönlichen Assistenz nach § 39 Abs. 1 SGB V“ bestehe.²⁹ Das kann allerdings nur für den zugrunde liegenden Sachverhalt mit persönlicher Assistenz gelten, der vor Inkrafttreten des Gesetzes liegt.³⁰ Durch § 11 Abs. 3 Var. 2 SGB V ist nun klargestellt, dass persönliche Assistenzkräfte mit aufgenommen werden müssen.

Entgegenstehend vertritt das LSG Berlin-Brandenburg in einem Urteil mit zugrundeliegender Rechtslage vor dem 5.8.2009, dass auch nach „jetziger Fassung des § 11 Abs. 3 SGB V“, die Krankenkasse nicht verpflichtet sei, die Kosten mitaufgenommener Assistenzkräfte zu übernehmen.³¹

Leistungsbestandteil im SGB V sei nur die bloße Ermöglichung der Mitaufnahme. Diese Ansicht contra legem wird mit dem dünnen Hinweis vertreten, das Gesetz hätte bis zu seiner Novellierung den „behinderten Kranken“ zugemutet sich von Fremden betreuen zu lassen und würde nun lediglich um eine Mitaufnahmemöglichkeit erweitert (sog. Rooming-In).

Etwas ausführlicher haben das SG Berlin³² und in Folge auch das LSG Berlin-Brandenburg im Jahr 2014 grundsätzlich eine krankenhäusliche Verpflichtung zur Pflege bejaht, wobei das Krankenhaus notfalls verpflichtet sei, diese über Dritte zu beschaffen. In diesem Fall allerdings gab die Klinik an, auch eine komplett immobilisierte Person pflegerisch adäquat versorgen zu können, so dass die Kostenübernahme für eine persönliche 16-Stunden Assistenz abgelehnt wurde.³³

Eine von der Rechtsprechung bislang nicht aufgegriffene Begründung hat *Tolmein* vorgeschlagen³⁴: er verweist auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁵, das vereinzelt auch Leistungen über der Grenze der Festbeträge in §§ 35, 36 SGB V hinaus annimmt, wenn nur so eine ausreichende, zweckmäßige und qualitative Versorgung gesichert werden könne. Diese Gedanken ließen sich auch auf über Pauschalbeträge abgerechnete Pflege nach § 39 SGB V übertragen.

²⁹ BT-Drs. 16/12855 S. 7; SG Landshut, Urteil v. 6.2.2013, AZ. S 10 SO 63/10, Rn. 51.

³⁰ SG Landshut, Urteil v. 6.2.2013, AZ. S 10 SO 63/10, Rn. 46.

³¹ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 31.1.2014, AZ. L 1 KR 65/12, Rn. 36.

³² SG Berlin, Urteil v. 20.1.2012, AZ. S 208 KR 2530/08.

³³ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 31.1.2014, AZ. L 1 KR 65/12, Rn. 18, 32 ff.

³⁴ Oliver Tolmein in: Ich muss ins Krankenhaus...was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 41.

³⁵ Ebd. m.w.N. u.a. BVerfG Urteil v. 17.12.2002, AZ.1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95, Rn. 113.

dd. Fazit § 39 SGB V

Rechtlicher Ausgangspunkt ist, dass grundsätzlich die Pflege von Menschen mit Behinderung im Krankenhaus von diesem geleistet wird. Nur wenn dieses die Pflege nicht gewährleisten kann, kommt die Kostenübernahme für eine zusätzliche Pflegekraft durch die Krankenkasse in Betracht. Die Pflege kann aber auch durch Dritte von Krankenhaus veranlasst werden.

Wie weit der Anspruch auf Krankenpflege aus § 39 SGB V reicht, ist daher im Einzelfall anhand individuellen Bedarfs und krankenhäuslicher Leistung zu bestimmen. Es muss eine konkrete Bedarfslage im Einzelfall bestehen, um eine Verpflichtung des Krankenhauses zur Gewährung zusätzlicher Pflegeassistenz anzunehmen. Abgerechnet werden diese Leistungen zwischen Krankenhaus und Krankenkasse. Der/die Betroffene wird nicht mit einbezogen.

Anders stellt sich die Rechtslage bei Menschen mit Behinderungen dar, die ihre Pflege im Arbeitgebermodell sicherstellen. Sie können ihre persönlichen Pflegekräfte seit dem 5.8.2009 nach dem Willen des Gesetzgebers mit ins Krankenhaus oder in Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen i.S.v. § 107 Abs. 2 SGB V nehmen. Die Kosten gehören zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung und sind von dieser zu übernehmen. Der entgegenstehenden und nicht begründeten Meinung des LSG Berlin-Brandenburg kann nicht gefolgt werden.³⁶

B. Ansprüche aus Krankenhausentgeltgesetz

Weiterhin kommen Ansprüche auf Krankenhausleistungen nach dem Krankenhausentgeltgesetz in Betracht, worauf die Krankenkassen verweisen (vgl. oben unter a.cc.). Es ist gem. § 1 KHEntgG anwendbar für Krankenhäuser, die nach dem DRG-System³⁷ abrechnen³⁸, soweit nicht Grenzen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes greifen. § 2 KHEntgG entspricht dabei § 39 SGB V und regelt die allgemeinen (Abs. 1) und die darüber hinaus

³⁶ Haupt- und Nebenleistungspflichten, deren Verletzung und den sich ergebenden Folgen aus Verträgen zwischen Patient und Krankenhaus werden hier nicht geprüft. Einen Überblick gibt Brandt in: KassKomm § 39 SGB V, Rn. 142 f.

³⁷ Diagnosis Related Groups, deutsche Übersetzung diagnosebezogene Fallgruppen. Seit 2003 gültiges Abrechnungssystem basierend auf Fallpauschalen, vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Diagnosebezogene_Fallgruppen.

³⁸ Über 1.750 Krankenhäuser rechnen DRG-Fallpauschalen ab, das sind über 96 Prozent der Akut-Krankenhäuser, Stand 2010, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/redaktion/pdf_broschueren/Abrechnungstationaerer-Krankenhausleistungen.pdf, S. 2, Abruf 21.7.2017.

erfassten Leistungen (Abs. 2), wie die vom Krankenhaus veranlasste Leistung Dritter oder die Mitaufnahme von Begleitpersonen aus medizinischen Gründen.

aa. Zusätzliche Pflege als vom Krankenhaus veranlasste Leistung Dritter, § 2 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG

Pflege über persönliche Assistenz oder einen ambulanten Dienst könnte als eine vom Krankenhaus veranlasste Leistung Dritter nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG eingestuft werden. Diese würde dann - vereinfacht dargestellt - von der Krankenkasse getragen, also von ihr direkt an den Krankenhausträger gezahlt, § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, § 18 Abs. 2 KHG. Es liegt aber regelmäßig kein Leistungsauftrag des Krankenhauses, sondern nur ein Leistungswunsch des Patienten vor, weshalb Tolmein eine Finanzierungspflicht der Krankenkasse ablehnt.³⁹ Weiterhin steuere der Patient die zusätzliche Pflegekraft, weshalb sie nicht als Dritte anzusehen sei. Es bestehe daher kein Anspruch auf persönliche Assistenz über § 2 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG. Grundsätzlich anders lesen sich dazu die gerichtlichen Ausführungen zu Leistungsumfang und auch –verpflichtung des Krankenhauses (vgl. s.o. unter a.cc.). Eine explizite Entscheidung dazu lässt sich allerdings nicht finden.

bb. Pflegeassistenz als Mitaufnahme von Begleitpersonen aus medizinischen Gründen, § 2 Abs. 2 Nr. 3 KHEntgG, 11 Abs. 3 SGB V

Eine Mitaufnahmepflicht für eine Begleitperson kann sich bei medizinischer Notwendigkeit ergeben, § 2 Abs. 2 Nr. 3 Var. 1 KHEntgG, § 11 Abs. 3 Var. 1 SGB V, sodass eine Leistungspflicht des Krankenhauses und eine Finanzierungspflicht der Krankenkasse als Sozialleistungsträger bestehen. Diese Regelung zielt auf Angehörige und begründet nur eine Ausgleichszahlung für Unterkunft und Verpflegung von 45€ am Tag. Die vorausgesetzte medizinische Notwendigkeit wird regelmäßig zu bejahen sein, wenn zusätzliche Pflegekräfte geboten sind um eine ausreichende Pflege sicherzustellen⁴⁰; das Krankenhaus sich also nicht in der Lage sieht, die notwendige Pflege zu gewährleisten. Auch hier handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, die nach Pflegebedarf und Leistungsmöglichkeit des Krankenhauses zu treffen sein wird. Ausreichend zur Finanzierung ambulanter Pflege sind 45€ täglich nicht, zumal diese auch nur als Aufwandsentschädigung

³⁹ Oliver Tolmein in: Ich muss ins Krankenhaus...was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 42.

⁴⁰ Ders, ebd.

für Bett und Essen der Begleitperson gedacht sind⁴¹. Der Betrag wird direkt vom Krankenhaus gegenüber der Krankenkasse abgerechnet, § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, § 18 Abs. 2 KHG.

Für das Arbeitgebermodell ist die Mitaufnahme einer Pflegekraft angeordnet auch ohne, dass diese medizinisch notwendig ist⁴², § 2 Abs. 2 Nr. 3 Var. 2 KHEntgG, § 11 Abs. 3 Var. 2 und 3 SGB V. Umfasst sind nach Auffassung der Literatur nur die durch die Mitaufnahme unmittelbar entstehenden Kosten, nicht der Verdienst der Pflegekraft in der Zeit ihrer Aufnahme.⁴³ Anders entschieden haben dies das SG Kiel⁴⁴ und das LSG Schleswig-Holstein⁴⁵ in einem Fall, in dem die Assistenzkosten durch die Krankenkasse getragen wurden. Nach Auffassung der Gerichte ist nicht nur die Mitaufnahme erfasst, sondern „alle Kosten die dem Versicherten für die Beschäftigung der Pflegekraft entstehen (Lohn, Sozialversicherungsbeträge, Steuern etc.)“.⁴⁶ Die Assistenzkräfte seien im Einvernehmen mit der Krankenkasse angestellt worden. Es verstieße daher gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen, wenn es möglich sei, Pflege über persönliche Assistenz zu beziehen, aber bei einem vorübergehenden Krankenhausaufenthalt die Kosten für die eigenen Beschäftigten selbst tragen zu müssen, zumal diesen nicht kurzfristig gekündigt werden könne.⁴⁷ Dies gelte auch dann, wenn das Krankenhaus die Pflege umfassend sicherstellen könne und unabhängig davon, ob die Pflegekraft tatsächlich mit aufgenommen wird, da deren Beschäftigungskosten unabhängig davon anfielen, ob die Assistenzkraft die Pflege im Krankenhaus auch tatsächlich weiterführt.⁴⁸

c. Häusliche Krankenpflege und Selbstbeschaffung, § 37 Abs. 4 SGB V

Die Entscheidungen in Schleswig-Holstein fielen im Zusammenhang häuslicher Krankenpflege nach § 37 SGB V. Diese wurde dem Versicherten, der sich nicht

⁴¹ § 2 der Vereinbarung von Zuschlägen für die Aufnahme von Begleitpersonen nach § 17 b Abs.1, S. 4 KHG v. 16.9.2004, https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/krankenhaeuser/abrechnung/zu___abschlaege/Zuschlag_Begleitperson_2007.pdf, Abruf 1.11.2015.

⁴² Roters in: KassKomm § 11 SGB V, Rn 22a.

⁴³ Ders., edb.

⁴⁴ SG Kiel, Beschluss v. 1.7.2013, AZ. S 10 KR 22/13.

⁴⁵ LSG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 2.9.2013, AZ. L 5 KR 144/13 B ER.

⁴⁶ SG Kiel, Beschluss v. 1.7.2013, AZ. S 10 KR 22/13, Rn. 32.

⁴⁷ SG Kiel, Beschluss v. 1.7.2013, AZ. S 10 KR 22/13, Rn. 30.

⁴⁸ SG Kiel, Beschluss v. 1.7.2013, AZ. S 10 KR 22/13, Rn. 30, 32.

mehr bewegen und nicht mehr sprechen kann, gewährt. Als er wegen Atemnot ins Krankenhaus eingeliefert wurde, lehnte die Krankenkasse die Kostenübernahme für die Assistenzkräfte für die Zeit des Krankenhausaufenthaltes ab, da dort keine häusliche Krankenpflege erbracht werden könne.

Das SG Kiel stellte fest, dass Kosten, die der Sphäre der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen seien, grundsätzlich von dieser getragen werden müssen, wie es bei pflegerischer Versorgung der Fall ist. Die Leistungen sollten nicht zu solchen der Sozialhilfe nach SGB XII werden. Es erkannte eine Regelungslücke, da der Gesetzgeber die Kostenübernahme für eigene Pflegekräfte, deren Kosten von der Krankenversicherung gem. § 37 SGB V getragen werden, während eines Krankenhausaufenthaltes nicht ausdrücklich geregelt hat. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit dem Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs eine vollumfängliche Absicherung des Arbeitgebermodells, insofern sei diese Lücke auch planwidrig. Das zuständige Referat des Bundesministeriums für Gesundheit habe bestätigt, dass die vorliegende Konstellation nicht bedacht worden sei.⁴⁹

Das LSG Schleswig-Holstein schloss sich dem an und sah auch keinen Unterschied zum Arbeitgebermodell nach dem SGB XII: Würde die versicherte Person nicht von der Krankenkasse versorgt, hätte sie einen Anspruch nach dem SGB XII (und wäre Arbeitgebern nach § 66 Abs. 4 S. 2 SGB XII) und würde so letztlich gem. § 11 Abs. 3 SGB V die Kosten für persönliche Assistenz geleistet bekommen. Dabei entstünde allerdings eine benachteiligende Versorgungslücke, die gegen das Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 GG verstoße und für die kein sachlicher Grund bestehe.⁵⁰ Die Krankenkasse wurde verpflichtet die Kosten für die persönliche Assistenz zu übernehmen, §§ 37 Abs. 4, 11 Abs. 3 SGB V analog (selbstbeschaffte Mitaufnahme einer Pflegekraft ins Krankenhaus bei Leistung häuslicher Krankenpflege).

d. Häusliche Krankenpflege aus medizinischer Notwendigkeit oder wegen unausführbarer Krankenhausbehandlung, § 37 Abs. 1 und 2 SGB V

Grundsätzlich kann also ein Anspruch auf häusliche Krankenpflege trotz Krankenhausaufenthalts bestehen. Voraussetzung für häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 1 SGB V ist, dass eine Krankenhausbehandlung geboten, aber

⁴⁹ SG Kiel, Beschluss v. 1.7.2013, AZ. S 10 KR 22/13, Rn. 31.

⁵⁰ LSG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 2.9.2013, AZ. L 5 KR 144/13 B ER, Rn. 19.

nicht ausführbar ist oder, dass diese durch häusliche Krankenpflege verkürzt oder vermieden wird. § 37 Abs. 2 SGB V sieht eine Behandlung zu Hause oder an einem sonstigen geeigneten Ort vor, sofern dies medizinisch notwendig ist. Es ist also Charakter häuslicher Krankenpflege, dass diese ambulant geleistet wird. Gleichzeitig soll ihrem Zweck nach gerade außerhalb des Krankenhauses, nämlich häuslich, geleistet werden, so dass bei Krankenhausaufenthalt kein Anspruch besteht.

e. Zusammenfassung zu SGB V und KHEntgG

Der besondere pflegerische Bedarf von Menschen mit Behinderung wird nur teilweise berücksichtigt. Weitergehende besondere Bedürfnislagen, wie Nicht-Regelfall-Kommunikation (sondern bspw. ABC-Tafeln⁵¹) oder vertraute Personen im Umgang sind gar nicht berücksichtigt. Im Arbeitgebermodell besteht ein vollumfänglicher Anspruch auf Kostenübernahme persönlicher Assistenzkräfte während eines Krankenhausaufenthaltes, unabhängig von deren tatsächlicher Mitaufnahme. Bei anderer Pflegeorganisation muss jegliche pflegerische Versorgung durch das Krankenhaus gewährleistet werden. Im Einzelfall kann sich ein Anspruch auf die Pflege durch Dritte oder die medizinisch notwendige Mitaufnahme einer Begleitperson ergeben. Entscheidungen, in denen ein Krankenhaus verurteilt wurde Pflege durch Dritte sicherzustellen, sind nicht bekannt. Werden Pflegekräfte dagegen aus medizinischer Notwendigkeit mitaufgenommen, kann das Krankenhaus dafür einen Pauschalbetrag von 45€ abrechnen, der allerdings nicht kostendeckend ist.

2. Ambulante Leistungen der Pflegeversicherung SGB XI

§ 28 SGB XI listet die Leistungsarten der Pflegeversicherung auf. In groben Zügen kann zwischen Leistungen bei stationärer und bei ambulanter Pflege abgegrenzt werden. Die ambulante Versorgung regeln die §§ 36-40 SGB XI. Sie enthalten Ansprüche auf Pflegesachleistung (a.), Pflegegeld oder einer Kombination aus beidem (b.). Das Arbeitgebermodell wird gesondert berücksichtigt (c.).

⁵¹ Hierbei handelt es sich um sogenannte Hilfen für die direkte Kommunikation, wenn die Formulierung von Wörtern nicht möglich ist. Durch das Zeigen auf Symbole kann kommuniziert werden. Siehe z.B. http://www.rehadat-hilfsmittel.de/de/kommunikation-information/direkte_kommunikation/index.html, Abruf 18.11.2015.

a. Pflegesachleistung, § 36 Abs. 1 SGB XI

Bei häuslicher Pflege haben Pflegebedürftige einen Anspruch auf Pflegesachleistung gegenüber der Pflegeversicherung, § 36 Abs. 1 S. 1 SGB XI. Nach Satz 2 2. HS besteht dieser Anspruch nicht bei Pflege in einer stationären Einrichtung oder einer Einrichtung i.S.v. § 71 Abs. 4 SGB XI, worunter Krankenhäuser gefasst werden.

Aus der Praxis⁵² und Vorträgen vor Gericht⁵³ ist bekannt, dass die Pflege im Krankenhaus aber nicht immer tatsächlich erfolgt oder erfolgen kann. Daher könnte der Wortlaut des § 36 Abs. 1 S. 2 2. HS SGB XI, dass Pflegebedürftige „gepflegt werden“, so verstanden werden, dass der Anspruch auf die Pflegesachleistung so lange nicht besteht, wie die Pflege tatsächlich vom Krankenhaus übernommen wird. Kriterium für die Leistung wäre demnach die Art der Durchführung der Pflege und nicht deren Ort.⁵⁴ Erfolgt die Pflege nicht, besteht der Anspruch auf die Pflegesachleistung auch während eines Krankenhausaufenthaltes.

Dieser Auslegung steht jedoch der Wortlaut des § 34 Abs. 2 S. 1 SGB XI entgegen, der einen Leistungsausschluss für den Fall der Unterbringung in einer Einrichtung nach § 71 Abs. 4 SGB XI vorsieht. Als Ausnahmetatbestand sind nur Fälle des § 39 SGB XI - die so genannte Verhinderungspflege - vorgesehen. Somit besteht kein Anspruch nach § 36 Abs. 1 SGB XI bei Unterbringung in einem Krankenhaus.⁵⁵ Bei Unterbrechung des Aufenthaltes (z.B. über das Wochenende) lebt er allerdings wieder auf.⁵⁶

b. Pflegegeld, § 37 SGB XI und Kombination von Geld- und Sachleistung, § 38 SGB XI

Anstelle häuslicher Pflegehilfe als Sachleistung, kann Pflegegeld nach § 37 Abs. 1 S. 1 SGB XI oder eine Kombination von beiden nach § 38 S. 1 SGB XI gewährt werden. Das Pflegegeld gilt als wichtigste Leistung der Pflegeversicherung. Laut Pflegestatistik 2011 bezogen knapp 50 % der

⁵² Vgl. bspw. ForseeA Kampagne „Ich muss ins Krankenhaus – was nun?“.

⁵³ SG München, Urteil v. 25.6.2012, Az. S 32 SO 473/10, Rn. 6 f. „auf Grund ihres hohen Pflegeaufwandes eine Assistenz zur Therapie mitbringen müsse“, Rn. 33. SG Kiel, Beschluss v. 1.7.2013, Az. S 10 KR 22/13 ER, Rn. 11 „mit den fremden Pflegekräften nur eingeschränkt kommunizieren könne und zunehmend unter Angst, Schlaflosigkeit und Verspannung leide“. Siehe auch Teil E.

⁵⁴ Udsching, SGB XI, § 36 Rn. 4.

⁵⁵ Planholz in: LPK-SGB XI, § 36 Rn. 8.

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 13/3696, S.12, wonach ein „Ruhe der Leistungen (...) nur für die Zeiträume (...) in denen sich Pflegebedürftige in (...) stationären Einrichtung tatsächlich aufhalten“ angeordnet ist.

Pflegebedürftigen ausschließlich Pflegegeld, d.h. sie wurden ausschließlich durch Angehörige (oder Nachbar_innen bzw. andere nicht professionelle Personen) gepflegt⁵⁷. Das Pflegegeld beträgt je nach Pflegestufe 235 €, 440 € oder 700 € monatlich.

Bei vollstationärem Krankenhausaufenthalt oder vollstationärer medizinischer Rehabilitation wird das Pflegegeld – für § 38 SGB XI anteilig – die ersten vier Wochen weiterbezahlt, § 34 Abs. 2 S. 2 1. HS SGB XI. Grund ist die Pflegebereitschaft der Verwandten oder Personen häuslicher Pflege zu honorieren und nicht, eine zusätzliche ambulante Pflege zu gewährleisten.⁵⁸ Das Pflegegeld ist auch seiner Höhe nach grundsätzlich nicht dazu geeignet alle Kosten für erforderliche Hilfe abzudecken.⁵⁹

c. Pflege über persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell

Der Bezug von Sachleistungen nach § 36 SGB XI ist bei Organisation der Pflege durch selbstbeschäftigte Kräfte i.S.v. § 66 Abs. 4 S. 2 SGB XII ausgeschlossen.⁶⁰ In Betracht kommt daher nur der niedriger bemessene⁶¹ Anspruch auf Pflegegeld der sozialen Pflegeversicherung.

Das Pflegegeld wird dann im Gegensatz zu allen anderen Anspruchsberechtigten auch über die vier Wochen eines vollstationären Krankenhausaufenthaltes oder einer stationären medizinischen Rehabilitation hinaus oder im Falle häuslicher Krankenpflege, weitergeleistet, § 34 Abs. 2 S. 2 2. HS SGB XI. Der Anspruch auf Pflegegeld besteht also während der gesamten Dauer einer vollstationären Kranken(haus)behandlung zur Akutbehandlung.⁶² Diese Privilegierung wurde 2009 mit dem Gesetz zur Sicherung des Assistenzpflegebedarfs eingefügt. Ein Grund zur Änderung war die Erkenntnis der Praxis, dass „die pflegerische Versorgung (...) während eines Krankenhausaufenthaltes nicht ausreichend sichergestellt“ sei.⁶³ Daneben

⁵⁷ https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Pflege/PflegeDeutschlandergebnisse5224001119004.pdf?__blob=publicationFile, S. 7 und 9, Abruf 17.7.2015.

⁵⁸ BT-Drs. 13/3696 S.12; Höfer in LPK-SGB XI, § 34 Rn. 11; LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 1.3.2013, AZ. L 10 P 5/12, Rn. 27.

⁵⁹ LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 1.3.2013, AZ. L 10 P 5/12, Rn. 28.

⁶⁰ Ausgenommen Besitzstandsregelungen für Arbeitsverträge vor dem 1.5.1996, vgl. Kraher/Sommer in: LPK-SGB XII, § 66 Rn. 12.

⁶¹ <http://www.corina-zolle.de/5.html>, Abruf 8.7.2015, basierend auf forseA 1/2004, S.8

⁶² BT-Drs. 16/12855, S. 7; Leitherer in: KassKomm Band 3, § 34 SGB XI Rn. 23d. Akut heißt, dass es sich um eine „zusätzliche“ Krankheit handelt und die Behandlung also nicht behinderungsbedingt ist (bspw. stationäre medizinische Rehabilitation).

⁶³ BT-Drs. 16/12855, S. 8.

sollte die dauerhafte Weiterbeschäftigung der Assistenzkräfte sicher gestellt werden, damit kein Versorgungsbruch ent- und Planungssicherheit für beide Seiten besteht.⁶⁴

d. Zusammenfassung SGB XI

Einzig das Pflegegeld der sozialen Pflegeversicherung wird in den ersten vier Wochen eines Krankenhausaufenthaltes weiter geleistet. Dies geschieht als Honorierung für die nicht erwerbsmäßig tätigen Pflegekräfte. Zusätzliche ambulante Pflege für die gesamte Dauer des stationären Krankenhausaufenthaltes erhalten nur Menschen mit Behinderung, die ihre Pflege durch besonders von ihnen beschäftigte Pflegekräfte sicherstellen. Die Rechtslage erscheint eindeutig, zumindest sind dazu – bis auf Einzelheiten bezüglich der Pflegegeldhöhe⁶⁵ – keine Rechtsstreitigkeiten zu finden.

3. Ambulante Leistungen der Sozialhilfe SGB XII

Die soziale Pflegeversicherung ist keine Vollversicherung⁶⁶, so können ungedeckte Bedarfe von der Sozialhilfe getragen werden. Sozialhilfe – SGB XII – wird nachrangig, § 2 Abs. 1 SGB XII⁶⁷ und nach den Bestimmungen der §§ 85 ff. SGB XI einkommens- und vermögensabhängig gewährt⁶⁸. Bei Schwerstpflegebedürftigen und bei blinden Menschen darf höchstens 40 % des Einkommens über der Einkommensgrenze eingesetzt werden, §§ 87 Abs. 1 S. 3 SGB XII.

Die Ansprüche auf Hilfe zur Pflege sind in den §§ 61 bis 66 SGB XI geregelt. Der in § 61 Abs. 2 S. 1 SGB XII konkretisierte Leistungsumfang der Hilfe zur Pflege umfasst die häusliche Pflege, Hilfsmittel, teilstationäre Pflege, Kurzzeitpflege und stationäre Pflege. Um eine zusätzliche ambulante Versorgung bei Krankenhausaufenthalt zu gewährleisten, kommen die

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ Das LSG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil v. 17.1.2013, AZ. L 27 P 86/10 entschieden, die Entscheidung, dass anteiliges Pflegegeld in einem Monat mit Krankenhausaufenthalt nicht höher gegenüber einem Monat ohne einen solchen liegen dürfe, sei nicht zu beanstanden.

⁶⁶ Kraher/Sommer in: LPK-SGB XII Vor §§ 61 ff. Rn. 1; Meßling in: juris-PK SGB XII, Rn.12; Kritisch mit Rechnungsbeispiel als Vollversicherung: https://www.verdi.de/++file++50a4d3d86f684477b6000021/download/Kurzfassung_Gutachten_Pflegeversicherung.pdf, Abruf 17.7.2015.

⁶⁷ Vgl. zu Nachrangigkeit auch Kraher/Sommer in: LPK-SGB XII, § 66 Rn. 11.

⁶⁸ Ausnahmen bspw. bei Kraher/Sommer in: LPK-SGB XII, Vor §§ 61 ff. Rn. 10. Zur Völkerrechtswidrigkeit der Einkommens- und Vermögensabhängigkeit von Eingliederungshilfe: Larissa Rickli/ Anne Wiegmann, Begründung einer einkommens- und vermögensunabhängigen Eingliederungshilfe anhand der UN-Behindertenrechtskonvention, Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte, Working Paper Nr. 4, 2013.

Ansprüche auf Leistungen zur häuslichen Pflege – § 63 SGB XII – (a.), andere Leistungen – § 65 SGB XII – (b.) und Pflegegeld – § 64 SGB XII – (c.) in Betracht. Die Hilfe zur Pflege gem. § 61 Abs. 1 S. 2 1. HS SGB XII wird nicht als eigenständiger Anspruch auf ambulante Pflege aufgefasst⁶⁹, sondern wird als Einschränkung des Wunschrechts aus § 9 Abs. 2 SGB XII verstanden.⁷⁰

Leistungsberechtigte sind 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, § 61 Abs. 1 S. 1 SGB XII.

a. Leistungen zur häuslichen Pflege, § 63 SGB XII

Die häusliche Pflege nach § 63 S. 1 SGB XII umfasst nicht nur die Pflege selbst, sondern auch die hauswirtschaftliche Versorgung und soll von Angehörigen oder Nachbar_innen, also von nicht professionellen Kräften übernommen werden. Bei Aufenthalt in einer teilstationären oder stationären Einrichtung besteht kein Anspruch auf Hilfe zur Pflege, § 63 S. 3 SGB XII. Krankenhäuser sind nach § 13 Abs. 2 SGB XII als stationäre Einrichtungen zu qualifizieren, die der Pflege und Behandlung dienen.

Parallel zur Diskussion um § 36 Abs. 1 SGB XI stellt sich die Frage, ob der Anspruch doch bestehen könnte, soweit die Pflege im Krankenhaus tatsächlich nicht sichergestellt und erbracht wird.⁷¹ Allerdings wird im Wortlaut von § 63 SGB XII anders als im SGB XI schon gar nicht auf die Pflege, sondern nur auf den Aufenthaltsort abgestellt. Es soll kein Anspruch bestehen, da Pflege grundsätzlich – anders als beispielsweise bei Altersheimen – Leistungsbestandteil des Krankenhauses ist.⁷²

Ausdrücklich ausgenommen von der Pausierung häuslicher Pflege sind Personen, die ihre Pflege durch von ihnen selbst beschäftigte besondere Pflegekräfte sicherstellen, § 63 S. 4 SGB XII. Der Anspruch auf Leistungen zur häuslichen Pflege besteht im Arbeitgebermodell also fort. Gleiches gilt bei Aufenthalt in Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen i.S.d. § 107 Abs. 2 SGB V. Die Regelung gilt nur für bereits bestehende

⁶⁹ Vgl. Leistungsübersicht bei Krahrmer/Sommer in: LPK-SGB XII, Vor §§ 61 ff. Rn. 15.

⁷⁰ Meßling in: jurisPK § 61 Rn. 93.

⁷¹ Schnellhorn in: Schelhorn/Hohm/Scheider, SGB XII, § 63 Rn. 8.

⁷² Oliver Tolmein in: Ich muss ins Krankenhaus...was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 37.

Beschäftigungsverhältnisse, nicht dagegen für solche, die erst geschlossen werden, um die pflegerische Versorgung während eines vorübergehenden Krankenhausaufenthaltes sicherzustellen.⁷³

b. Andere Leistungen, § 65 SGB XII

§ 65 SGB XII konkretisiert Leistungen der Hilfe zur Pflege. Ist es nötig, anstelle oder neben häuslicher Pflege nach § 63 S. 1 SGB XII, eine besondere Pflegekraft heran zu ziehen, so müssen die angemessenen Kosten übernommen werden, § 65 Abs. 1 S. 2 Var. 1 SGB XII.

Auf dieser Grundlage haben verschiedene Gerichte die Sozialhilfeträger zur Übernahme der Kosten ambulanter Pflege während eines Krankenhausaufenthaltes verurteilt. Vor der Novellierung durch das Gesetz zur Sicherung des Assistenzpflegebedarfs entschied das LSG Niedersachsen-Bremen, die Kosten für persönliche Assistenz im Krankenhaus seien von dem Sozialhilfeträger zu tragen, der die Hilfe zur Pflege nach §§ 69b Abs. 1, 69c Abs. 4 S. 2 BSHG (entspricht §§ 65 Abs. 1, 66 Abs. 4 S. 2 SGB XII) gewährte.⁷⁴ Es stufte ein Krankenhaus nicht als eine zu Heim oder Anstalt gleichartige Einrichtung ein, so dass ein Anspruch durch § 69 S. 3 BSHG nicht ausgeschlossen sei. Das dem Bundessozialhilfegesetz nachfolgende Sozialhilfegesetzbuch ist im Wortlaut eindeutiger und normiert in § 63 S. 3 SGB XII einen Leistungsausschluss bei Krankenhausaufenthalt.

Eine Rechtsfindung contra verba sed secundum rationem legis, gegen den Wortlaut, aber entsprechend dem Zweck, nahmen auf den Ausschlussstatbestand bezogen das SG Landshut und das SG München vor und verurteilten die Sozialhilfeträger auf Grundlage von § 65 Abs. 1 i.V.m. § 63 S. 2 bzw. § 19 Abs. 3 SGB XII zur Leistung.⁷⁵ Ziel des historischen Gesetzgebers sei es nicht gewesen, nötige nicht gedeckte Hilfe zu verwehren.⁷⁶ Ein grundsätzlicher Ausschluss des Nebeneinanders ambulanter und stationärer Leistungen stoße auf grundrechtliche Bedenken hinsichtlich Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG⁷⁷. Wesentlicher Sinn und Zweck von

⁷³ Meßling in: jurisPK SGB XII, § 63 Rn. 36.

⁷⁴ LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 24.2.2011, AZ. L 8 SO 188/08, S. 5.

⁷⁵ SG München Urteil v. 25.6.2012, AZ. S 32 SO 473/10; SG Landshut, Urteil v. 6.2.2013, AZ. S 10 SO 63/10.

⁷⁶ SG München Urteil v. 25.6.2012, AZ. S 32 SO 473/10, Rn. 36, BT-Drs. 13/4091, S 45: „Die Regelung schließt nicht aus, dass (...) ambulante Leistungen erbracht werden können“.

⁷⁷ SG Landshut, Urteil v. 6.2.2013, AZ. S 10 SO 63/10, Rn 43.

§ 63 S. 3 SGB XII sei es, keine Doppelleistungen durch unterschiedliche Sozialträger zu ermöglichen; sein Wortsinn sei zu weit. Bei ungedecktem, aber notwendigen pflegerischen Bedarf sei § 63 S. 3 SGB XII daher teleologisch zu reduzieren.

Diese Gesetzeslücke bestand nach Auffassung des SG Landshut nur bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs. Mit diesem habe der Gesetzgeber die erkannte, nicht ausreichende Versorgung nur für Menschen mit Behinderung im Arbeitgebermodell beheben wollen. Diese Ansicht vertritt auch das LSG Bayern in der insoweit erfolgreichen Berufung im Bezug auf das Urteil des SG München. Eine Rückausnahme von § 63 S. 3 SGB XII, so das Gericht, sei unvertretbar, entgegen dessen Wortlaut und im Gesetzgebungsverfahren verworfen worden.⁷⁸ Es weicht damit deutlich von der vom SG vertretenen Meinung ab, die Auffassung des Gesetzgebers zum Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs könne, insoweit sie von der Auffassung des historischen Gesetzgebers abweicht, unberücksichtigt bleiben.⁷⁹

Auch wenn die Entscheidung des SG München in der Literatur positiv aufgenommen wurde⁸⁰, ist in Anbetracht der Rechtsprechung nunmehr geklärt, dass außer für Menschen im Arbeitgebermodell kein Anspruch auf Übernahme ambulanter Pflegekosten im Krankenhaus gegenüber den Sozialhilfeträgern besteht, da der Gesetzgeber trotz anders lautender Änderungsanträge ausdrücklich nur das Arbeitgebermodell privilegiert hat. Das Krankenhaus und nicht der Sozialhilfeträger seien für die Pflege verantwortlich, urteilte das LSG in Einklang mit der bisher herrschenden Kommentarliteratur.⁸¹

c. Pflegegeld, § 64 SGB XII

Pflegegeld wird erheblich Pflegebedürftigen, Schwer- und Schwerstpflegebedürftigen gewährt und ist an der Einteilung in Pflegestufen nach § 37 Abs. 1 S. 3 SGB XI orientiert. Über den Weiterbezug des Pflegegeldes nach § 64 SGB XII bei Aufenthalt im Krankenhaus gibt es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Im systematischen Vergleich zu § 63 SGB XII und Gewähr dessen, dass der § 69 BSHG⁸² – die

⁷⁸ LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 36.

⁷⁹ SG München Urteil v. 25.6.2012, AZ. S 32 SO 473/10, Rn. 36.

⁸⁰ Noch zum Beschluss des SG: Norbert Schumacher, RdLH 2011 180 f.

⁸¹ LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 37; Meßling in: jurisPK SGB XII, § 63 Rn. 37.

⁸² Bundessozialhilfegesetz, in Kraft vom 1.6.1962 bis zum 1.1.2005, Ablösung des Fürsorgerechts von 1924.

Vorgängervorschrift des § 64 SGB XII – keine Leistung für diesen Fall vorsah, könnte ein Anspruch verneint werden.

Ein anderes Ergebnis eröffnet der Blick auf die Regelungen zum Pflegegeld im Pflegeversicherungsrecht, §§ 34, 37, 38 SGB XI, die den Weiterbezug des Pflegegeldes für die ersten vier Wochen stationärer Behandlung ermöglichen und das pflegeversicherungsrechtliche Gegenstück⁸³ zu § 64 SGB darstellen. Mit dem Argument, die Pflegebereitschaft sei zu honorieren, könnte auch für § 64 SGB XII ein Anspruch begründet werden. Dafür spricht, dass § 64 Abs. 1 SGB XII bezüglich der Höhe des Pflegegeldes auf § 37 SGB XI verweist. Tolmein vertritt angesichts dessen, es bestünde zumindest ein Anspruch auf eine Ermessensentscheidung über den Bezug von Pflegegeld während der ersten vier Wochen des Krankenhausaufenthalts.⁸⁴

Der Auffassung, die den Weiterbezug unter Verweis auf die Parallelen zum Pflegeversicherungsrecht ableitet, hat sich das SG Mannheim in einem Fall ambulanter Pflege nicht angeschlossen.⁸⁵ Die unterschiedlichen Regelungen beruhen auf abweichenden Regelungskonzepten, argumentierte das Gericht. Das pflegeversicherungsrechtliche Pflegegeld sei beitragsfinanziert, während das sozialhilferechtliche Pflegegeld als allgemeine Fürsorgeleistung aus Steuermitteln finanziert werde⁸⁶. Bei Unterbringung in einer stationären Kurzzeitpflege gelte daher die Leistungseinschränkung gem. § 63 S. 3 SGB XII für Leistungen der Hilfe zur Pflege mit Ausnahme des Arbeitgebermodells.

So sieht es teilweise auch Literatur. Nachdem der Weiterbezug mangels einer gesetzlichen Regelung umstritten war, lässt sich seit dem Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Umkehrschluss ableiten, dass ein Weiterbezug der Leistungen nicht bei ambulanten Leistungen in Frage kommt.⁸⁷ Allerdings wird immer noch⁸⁸ und auch ausdrücklich entgegen dieser Ansicht vertreten, ein Weiterbezug sei zu gewähren, da die Pflegebereitschaft aufrecht erhalten werden müsse und dies von den Sozialhilfeträgern zum Pflegegeld nach dem BSHG auch so gehandhabt worden sei⁸⁹.

⁸³ Meßling in: jurisPK-SGB XII, § 64 Rn. 7.

⁸⁴ Oliver Tolmein in: Ich muss ins Krankenhaus...was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 37 f.

⁸⁵ SG Mannheim, Urteil v. 6.5.2014, AZ. S 9 SO 519/14.

⁸⁶ SG Mannheim, Urteil v. 6.5.2014, AZ. S 9 SO 519/14, Rn. 19.

⁸⁷ Meßling in: jurisPK SGB XII, § 64 Rn. 54 mit Darstellung der vertretenen Meinungen.

⁸⁸ Lachwitz in: Fichtner/Wenzel SGB XII, § 64 Rn. 28.

⁸⁹ Krahrmer/Sommer in: LPK-SGB XII, § 64 Rn. 12.

d. Zusammenfassung SGB XII

Nach derzeitiger Rechtslage ist davon auszugehen, dass nur Menschen mit Behinderung im Arbeitgebermodell das Pflegegeld weiter beziehen dürfen. Dessen Bezug setzt nur voraus, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend seine erforderliche Pflege in geeigneter Weise selbst sicherstellen kann, § 64 Abs. 5 S. 1 SGB XII.

V. Zusammenfassung der rechtlichen Grundlagen

In der Gesamtschau besteht bei Aufenthalt im Krankenhaus kein Anspruch auf zusätzliche Pflegeleistungen, die nicht Leistungsbestandteil der krankenhäuslichen Krankenpflege sind. Ausnahme bildet das vierwöchig weiter zu leistende Pflegegeld der sozialen Pflegeversicherung.

Nur für Menschen, die Pflege über das Assistenzmodell/Arbeitgebermodell erhalten bestehen die Ansprüche seit den Änderungen in SGB V, XI und XII 2009 fort. Sie erhalten seit 2012 auch Leistungen bei Aufenthalt in Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung nach § 107 Abs. 2 SGB V.

Menschen mit Behinderung, die anderweitig stationär, ambulant oder häuslich gepflegt werden, haben die Möglichkeit von einer Person begleitet zu werden, wenn dies im Einzelfall zur Sicherstellung ausreichender Pflege medizinisch geboten ist. Diese Begleitung zielt auf Unterstützung, statt auf Pflege und beinhaltet daher nur eine Ausgleichszahlung von 45 €/Tag. Krankenhäuser müssen, soweit sie die Pflege nicht selbst gewährleisten können, diese von Dritten veranlassen.

B. Die Gesetzeslage und –handhabung: vereinbar mit höherrangigem und einfachgesetzlichem Recht?

I. Internationales Recht

Auf der Ebene des Völkerrechts kommt der UN-Behindertenrechtskonvention⁹⁰ als spezifischem Menschenrechtspakt die wichtigste Rolle zu. Sie enthält keine besonderen, sondern auf den Kontext von Behinderung zugeschnittenen Rechte.⁹¹ Durch das Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 GG erhalten völkerrechtliche Verträge wie UN-BRK Gesetzeskraft und damit unmittelbare Geltung. Über die innerstaatliche Anwendbarkeit entscheiden Wortlaut, Zweck und Inhalt der Norm, danach ob sie geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten.⁹²

Ob Regelungen der UN-BRK subjektive Rechte, das heißt im Ergebnis von Individuen einklagbare Rechte, enthalten, entscheidet also deren Auslegung. Vor allem die Rechte aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, dem Bürgerrechts- und Sozialpakt⁹³ werden als subjektive Rechte eingestuft.⁹⁴ Im Bezug auf die sozialen Menschenrechte⁹⁵ sind vermehrt Staatenverpflichtungen normiert, die von der Legislative umzusetzen sind.⁹⁶

1. Gesundheitsrechte, Art. 25 UN-BRK

Bezüglich des in Art. 25 UN-BRK anerkannten diskriminierungsfreien Rechtes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit, ist die Bundesregierung bei der Transformierung in Bundesrecht nicht von über den Wortlaut der Konvention

⁹⁰ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl. II, S. 1419. Inkraft getreten mit Wirkung zum 23.6.2009.

⁹¹ Theresia Degener, Die UN-BRK als Inklusionsmotor, RdJB 2/2009, 200 ff., 207.

⁹² BVerwG, Beschluss v. 18. Januar 2010, AZ. 6 B 52/09, Rn. 4; BVerfG Urteil v. 9.12.1970, AZ. 1 BvL 7/66, Rn. 42.

⁹³ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III); Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966, BGBl. 1973 II, S. 1533, 1534.

⁹⁴ Siebzehn subjektive Rechte enthält die UN-BRK nach Theresia Degener, Die UN-BRK als Inklusionsmotor, RdJB 2/2009, 200 ff., 207 m.w.N.

⁹⁵ Zur Kritik an der Trennung der Menschenrechten und für Untrennbarkeit: dies., ebd., 208 m.w.N.

⁹⁶ Peter Masuch, Die Behindertenrechtskonvention anwenden, http://www.reha-recht.de/fileadmin/download/foren/d/2012/D5-2012_UN-Behindertenrechtskonvention_anwenden.pdf, S.5, Abruf 31.8.2015.

hinausgehenden Verpflichtungen ausgegangen.⁹⁷ Satz 3 lit. a schreibt eine unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung in derselben Bandbreite, von derselben Qualität und auf demselben Standard wie für andere Menschen fest. Diesbezüglich stellte das Bundessozialgericht (BSG) 2014 fest, dass dieses Recht keinen unmittelbaren Anspruch gebe, die Regelung also non-self-executing sei. Es bedürfe einer weiteren Ausführungsgesetzgebung. Festgelegt sei dem Wortlaut nach ein „zur Verfügung“ stellen bzw. „anbieten“.⁹⁸ Auch Art. 25 S. 3 lit. b sei nicht unmittelbar anwendbar; dem Wortlaut nach enthalten sei eine Verpflichtung Leistungen anzubieten.⁹⁹ Andere Normen wie bspw. Art. 30 Abs. 4 UN-BRK seien in ihrer Formulierung verpflichtender. Bei Betracht des Regelungszusammenhanges, ergebe sich, dass lit. b und damit auch alle andern lit. eine beispielhafte Spezifizierung der als allgemeine Staatenverpflichtung konzipierten Sätze 1 und 2 seien.¹⁰⁰ Damit gibt es im Ergebnis keinen unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Anspruch auf Gesundheitsversorgung aus Art. 25 S. 3 lit. a oder b UN-BRK.

2. Schulung von KH-Personal, Art. 25 S. 3 lit. d UN-BRK

Aus Art. 25 S. 3 lit. d UN-BRK kann im Wege konventionsgemäßer Auslegung bei der Handhabung von Auslegungs- und Abwägungsspielräumen die Notwendigkeit der Schulung von Krankenhauspersonal und der Zurverfügungstellung von Gebärdendolmetscher_innen hergeleitet werden.¹⁰¹

3. Verhinderung diskriminierungsfreier Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder –leistung, Art. 25 S. 3 lit. f UN-BRK

Art. 25 S. 3 lit. f UN-BRK sieht eine staatliche Verhinderungsverpflichtung zur diskriminierenden Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen oder von Nahrungsmitteln und Flüssigkeiten aufgrund von Behinderung. Das BSG hat diese Norm für unmittelbar anwendbar erklärt, sieht aber gleichzeitig die Reichweite diesen speziellen Diskriminierungsverbotes geklärt: es ergänze

⁹⁷ Abgleich mit BT-Drs.: 16/10808, S. 58 f. Ein der Denkschrift gegenüber ablehnender Antrag der LINKEN wurde nicht angenommen. Darin wurde kritisiert, die Denkschrift sei zwar rechtlich unverbindlich, würde aber als Teil des Gesetzentwurfes zu einem historischen Argument, vgl. BT-Drs.: 16/11234, S. 9.

⁹⁸ BSG Urteil v. 15.10.2014, AZ. B 12 KR 17/12 R, Rn. 27.

⁹⁹ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 23.

¹⁰⁰ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 26. Das BSG schlussfolgert daraus allein noch nichts. Die Spezifikation reicht i.E. aber nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit aus, vgl. Rn 23.

¹⁰¹ Marcus Kreutz, ZFSH SGB 2011, 629-634, 633f. wonach die UN-BRK die Zurverfügungstellung von Gebärdendolmetscher_innen „gebietet“. Der Autor äußert sich nicht zur aus der UN-BRK ableitbaren unmittelbaren Ansprüchen auf Gebärdendolmetscher_innen.

und wiederhole bereichsspezifisch das allgemeine Verbot behinderungsbedingten Diskriminierung aus Art. 5 Abs. 2 UN-BRK.¹⁰²

4. Diskriminierungsverbote, Art. 5 Abs. 2, Art. 25 UN-BRK

Zu den Diskriminierungsverboten aus Art. 25 S. 3 lit. a und lit. f UN-BRK sowie Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, führte das BSG folgendes aus: Wie schon 2012¹⁰³ entschieden, bekräftigte das Gericht, dass eventuell anwendbare Diskriminierungsverbote aus der Konvention dem verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG entsprechen.¹⁰⁴ Es präzisierte, dass dies auch bei Leistungsbestimmungen der GKV gelte.¹⁰⁵ Das unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot aus Art. 5 Abs. 2 UN-BRK entspreche wesentlich dem Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.¹⁰⁶ Dies sei auf Art. 25 S. 3 lit. f UN-BRK übertragbar.¹⁰⁷ Ob das eine Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes bedeutet oder lediglich deklaratorisch wirkt, bleibt dabei offen. Gleichwohl unterstreicht diese Implementierung des Völkerrechts die Wichtigkeit diskriminierungsfreier Wahrnehmung der Rechte von Menschen mit Behinderung.

5. Völkerrechtliche Verpflichtung, Art. 4 S. 1 UN-BRK

Es bleibt also bei der völkerrechtlichen Verpflichtung aus Art. 4 S. 1 lit. a UN-BRK die volle Verwirklichung der Menschenrechte aller Menschen mit Behinderung ohne jede Diskriminierung zu fördern und der entsprechenden Verpflichtung geeignete Gesetzgebungs- und sonstige Maßnahmen zur Umsetzung zu treffen. Im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leistungsfähigkeit ist diese auf die Ausschöpfung der verfügbaren Mittel begrenzt (Progressionsvorbehalt). Ausgenommen davon sind nur die unmittelbar anwendbaren Normen. Darunter fällt Art. 25 S. 3 lit. b UN-BRK jedoch nicht.¹⁰⁸ Das BSG zieht dabei auch eine Parallele

¹⁰² BSG Urteil v. 10.5.2012, AZ. B 1 KR 78/11 B, Rn. 9.

¹⁰³ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 31.

¹⁰⁴ BSG Urteil v. 15.10.2014, AZ. B 12 KR 17/12 R, Rn. 30.

¹⁰⁵ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 31, ebenso: BSG Urteil v. 10.5.2012, AZ. B 1 KR 78/11 B, Rn. 9.

¹⁰⁶ BSG Urteil v. 10.5.2012, AZ. B 1 KR 78/11 B, Rn. 9.

¹⁰⁷ Ebd.

¹⁰⁸ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 28. Ähnliches wird die übrigen lit. des Art. 25 UN-BRK gelten, soweit sie nicht unmittelbar anwendbar sind.

zu Art. 12 Abs. 2 WSK-Pakt,¹⁰⁹ der beispielhaft Schritte zur Verwirklichung des erreichbaren Höchstmaßes vorsieht.¹¹⁰

Eine völkerrechtliche Verletzung könnte vom Ausschuss der Konvention nach Art. 34 UN-BRK im Rahmen eines Staaten- oder Individualbeschwerdeverfahrens¹¹¹ festgestellt werden. Dazu bräuchte es eine nachgewiesene Verletzung des Rechtes auf ein Höchstmaß an Gesundheit im Einzelfall, das bestenfalls empirisch als strukturelles Problem nachgewiesen werden könnte.

II. Europarecht

Auch im europäischen Recht sind Antidiskriminierungsvorschriften verankert. Das Diskriminierungsverbot aufgrund von Behinderung in Art. 21 GRCh gilt nur im Anwendungsbereich der GRCh, Art. 51 GRCh. Nach Rechtsprechung des EuGH bedeutet dies im Anwendungsbereich von Unionsrecht.¹¹² Für die Sozialgesetzgebung ist die EU in Art. 168 AEUV nicht ermächtigt und hat auch im Übrigen keine Regelungen zur Sicherstellung der pflegerischen Versorgung bei einem Krankenhausaufenthalt getroffen.¹¹³ Der Beitritt der Union zu UN-BRK im April dieses Jahres bindet zwar gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV Unionsorgane und Mitgliedstaaten. Er wirkt nur im Zuständigkeitsrahmen der EU, die Rechtslage ändert sich dadurch also nicht.

III. Verfassungsrechtliches Diskriminierungsverbot

Das Benachteiligungsverbot wegen Behinderungen ist in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG festgeschrieben. Grundlegend hat das Bundesverfassungsgericht dazu festgestellt, dass eine Diskriminierung auch gegeben sein kann, „wenn die Lebenssituation von Menschen mit Behinderung im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, die ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offenstehen“.¹¹⁴ Gesetzgeber und Rechtsprechung seien gefordert, gleichberechtigter Teilhabemöglichkeiten Rechnung zu tragen.¹¹⁵ Die Verletzung von Gleichheitsrechten durch die Gleichbehandlung von

¹⁰⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966, BGBl. 1973 II S. 1569.

¹¹⁰ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 27 m.w.N.

¹¹¹ Vorgesehen im Fakultativprotokoll zur Konvention.

¹¹² EuGH v. 26.2.2013 RS: C-617/10 - Åkerberg Fransson.

¹¹³ Vgl. auch Einschätzung der Bundesregierung in der Denkschrift zur UN-BRK, BT-Drs.: 16/10808, S.46.

¹¹⁴ BVerfG Beschluss v. 10.10.2014, AZ. 1 BvR 856/13, Rn. 5.

¹¹⁵ Ebd. Rn. 6.

Ungleichem unabhängig von den Diskriminierungskategorien in Absatz 3 findet sich Art. 3 Abs. 1 GG.

Für die vorliegende Problemstellung ergeben sich mehrere Ansatzpunkte: Erstens kann die nach Art der Pflege differenzierende Gesetzeslage untersucht werden. Zweitens kann die pflegerische Versorgung von Menschen mit und ohne Behinderung unterschieden werden. Dabei muss die UN-BRK als Auslegungshilfe¹¹⁶ für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden.

1. Benachteiligung aufgrund der Art der Pflege, Art. 3 Abs. 1 GG

Im Bezug auf die Art der Pflege, hat das LSG Schleswig-Holstein 2013 innerhalb des Arbeitgebermodells einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz angenommen, sollten Arbeitgeber nach SGB XII bzw. nach SGB V unterschiedlich behandelt werden.¹¹⁷ Das Gericht konnte keinen sachlichen Grund feststellen, der die Ungleichbehandlung rechtfertigte. Personen, die ihre Pflege über § 37 SGB V organisierten, seien benachteiligt gegenüber solchen, die ihre Pflege über das Arbeitgebermodell im Rahmen des SGB XII erhielten.¹¹⁸ Denn seien diese nicht krankenversichert, hätten sie einen Anspruch über das SGB XII.

Anders verhält es sich im Bezug auf die Ungleichbehandlung von Arbeitgebermodell und anderen Pflegearten. Seit der Einführung des Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs werden Rechtfertigungsgründe in Rechtsprechung und Literatur angeführt.¹¹⁹ Betont werden die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen der assistenznehmenden Person. Ziel sei die Ermöglichung zur Aufrechterhaltung des oft mühsam organisierten Pflegesystems. Zweck des Gesetzes sei nicht gewesen, einen allgemeinen Pflegenotstand im Krankenhaus zu beheben.¹²⁰ Da weder die Mitaufnahme, noch die Finanzierung der Assistenz während eines Krankenhausaufenthaltes eindeutig gewesen seien¹²¹, sei eine Durchbrechung der Systematiken des Sozialhilferechts daher nur für dieses Modell vorgenommen worden. Eine

¹¹⁶ BVerfG Urteil v. 23.3.2011, AZ. 2 BvR 882/09, Rn. 52 unter Verweis auf den Görgülü Beschluss v. 14.10.2004, AZ. 2 BvR 1481/04, Rn. 32, 62 zum Rang der EMRK.

¹¹⁷ LSG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 2.9.2013, AZ. L 5 KR 144/13 B ER, Rn. 19.

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ Meßling in: jurisPK SGB XII, § 63 Rn. 29, 37; LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 36.

¹²⁰ LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 37.

¹²¹ BT Drs. 16/13417, S.1.

solche Durchbrechung habe es auch schon in der Vergangenheit für dieses Modell gegeben.¹²² Die im Gesetzgebungsprozess hinreichend diskutierte Ungleichbehandlung bzw. Privilegierung sei gerechtfertigt.¹²³ Bisher von der Rechtsprechung unberücksichtigt bleibt dabei, dass durch Anknüpfen an die Arbeitgebereigenschaft strukturell einige Gruppen von Menschen mit Behinderung benachteiligt werden. Wie die ehemalige Sozialministerin des Landes Baden-Württemberg feststellte, können bspw. Menschen mit Lernschwierigkeiten oder demenzkranke Menschen in aller Regel nicht als Arbeitgeber einer Pflegekraft auftreten und können daher auch nicht von der gesetzlichen Privilegierung profitieren.¹²⁴ Dies aufgrund einer anderen Art der Behinderung und einer damit einhergehenden anderen Art der Pflege.

Der sich aus der alleinigen Besserstellung des Arbeitgebermodells ergebende Widerspruch wurde auch im Gesetzgebungsverfahren thematisiert. In der Beschlussempfehlung zum Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs wird zwar konstatiert, dass „auch andere Pflegebedürftige von der Problematik betroffen seien“¹²⁵. Die Nicht-Berücksichtigung dieser weitaus größeren Anzahl von Menschen mit Behinderung, die bspw. ambulante Pflege als Sachleistung erhalten, sei eine Ungleichbehandlung dieses Personenkreises, merkt die FDP an.¹²⁶ Für „schwer zu begründen und zu rechtfertigen“ und für „unverständlich und inkonsistent“ hielten es Bündnis 90/Die Grünen, dass die Leistungsgewährung von der Arbeitgebereigenschaft und nicht vom Bedarf abhängen solle.¹²⁷ Das SG München hat richtig festgestellt, dass „der Umfang der Pflegebedürftigkeit ja nicht von der Organisation der Pflege“ abhängt.¹²⁸ Auch im Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblemen zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung ist festgehalten, dass der gleiche Bedarf besteht.¹²⁹ Aus dem Beratungsverlauf

¹²² Durchbrechung des Beschäftigungsverbot nach § 77 Abs. 1 S. 3 SGB XI zwischen Pflegekräften und –bedürftigen, LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 37.

¹²³ LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 37.

¹²⁴ BR-Protokoll, Plenarprotokoll 860, S. 337 C, Dr. Monika Stolz (CDU).

¹²⁵ BT-Drs. 16/13417, S. 5.

¹²⁶ BT-Plenarprotokoll 16/228 S. 25534 C f., Erwin Lotter (FDP).

¹²⁷ BT-Plenarprotokoll 16/228 S. 25536 C f., Elisabeth Scharfenberg (Bündnis 90/Die Grünen).

¹²⁸ SG München Urteil v. 25.6.2012, AZ. S 32 SO 473/10, Rn. 26.

¹²⁹ Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblem zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung im Anhang des Ergebnisprotokoll der 91. Arbeits- und Sozialministerkonferenz, S. 111 ff., S. 115, <http://msagd.rlp.de/arbeits-und-sozialministerkonferenz-2014/ergebnisse>.

zum Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs ergibt sich aber auch, dass ein Erweiterungsantrag der Partei DIE LINKE auf alle pflegebedürftigen Menschen mit Behinderung abgelehnt worden ist. Ebenso der vorgestellte neuere Änderungsentwurf von Bündnis 90/Die Grünen (dazu s.o. Teil E. IV.).

2. Benachteiligung wegen einer Behinderung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Eine Benachteiligung muss sich „wegen“ einer Behinderung ergeben, also mit kausal aus der Behinderung ergeben. Eine direkte Anknüpfung der in Frage stehenden sozialrechtlichen Regeln an die Art der Behinderung besteht nicht. Eine Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen kann sich aber mittelbar aus den Folgen der gesetzlichen Regelung ergeben.

Ohne zwischen Menschen mit und ohne Behinderung zu unterscheiden, ist für alle ein Anspruch auf Krankenpflege gem. § 39 SGB V gegeben. Wie *Zumbansen* richtig feststellt, beruht dieser auf der Notwendigkeit medizinischer Versorgung nach Art und nach Schwere der Krankheit.¹³⁰ Eine Behinderung ist keine Krankheit. Der besondere Bedarf pflegebedürftiger Menschen mit Behinderung ist bei der Schaffung des Sozialgesetzbuchs nicht mitgedacht worden. Es ist ein individueller, zusätzlicher Bedarf von Menschen mit Behinderung. Zusätzlich ist dieser Bedarf nur, weil die Krankenhausversorgung nicht von ihrer Entstehung her inklusiv gedacht wird. So werden alle Menschen jenseits der dem Recht implizierten Norm zu Sonderfällen und ihre Pflege kann ggf. als Zusatzentgelt abrechnet werden.

Die Entgelte werden vom DRG-Institut, dem Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK) kalkuliert. Dieses greift dafür auf Kosten- und Leistungsdaten von so genannten Kalkulationskrankenhäusern zurück. Der Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblem zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung schließt daraus, dass der besondere Aufwand bei Menschen, die in ihrer Alltagskompetenz deutlich eingeschränkt sind – das sind letztlich Demenz, Lernschwierigkeiten oder psychische Erkrankung – über die Zusatzentgelte nicht unmittelbar berücksichtigt sei.¹³¹ Auch unabhängig von hinreichender Beachtung des besonderen Bedarfs liegt ein faktisches Versorgungsdefizit in Praxis vor,

¹³⁰ Annika Zumbansen, RdLH 2015, 28 f., 28.

¹³¹ Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblem zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung im Anhang des Ergebnisprotokoll der 91. Arbeits- und Sozialministerkonferenz, S. 111 ff., S. 116 f., <http://msagd.rlp.de/arbeits-und-sozialministerkonferenz-2014/ergebnisse/>.

welchem Menschen ohne Behinderung aufgrund dieser Eigenschaft grundsätzlich nicht gegenüberstehen.

Insofern ist es unverständlich, dass das LSG Bayern keine Benachteiligung wegen der Behinderung sah. Es gehe bei Art. 3 Abs. 3 GG um den Schutz vor Benachteiligungen, die an das Merkmal Behinderung anknüpfen und nicht um den Schutz besonderer Gruppen, so das Gericht.¹³² Die Benachteiligung ergibt sich hier jedoch mittelbar aus den gesetzlichen Regelungen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung klargestellt, dass die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale auch nicht mittelbar als Anknüpfungspunkte für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden dürfen.¹³³ Auch im Schrifttum ist anerkannt, dass der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 GG sich auf mittelbare Diskriminierungen erstrecken kann.¹³⁴ Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor, „wenn der durch Art. 3 Abs. 3 GG nicht verbotene sachliche Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG strikt verboten ist“¹³⁵. Wie gezeigt ist der von sich aus andere Bedarf von Menschen mit Behinderung grundsätzlich nicht in den gesetzlichen Regelungen mitgedacht worden.

Bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 3 GG zu berücksichtigen ist auch das allgemeine konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund von Behinderung aus Art. 5 Abs. 2 UN-BRK. Es ist ebenso wie die spezielle Regelung in Art. 25 S. 3 lit. f UN-BRK unmittelbar anwendbar, da es die Vertragsstaaten dem Wortlaut nach eindeutig verpflichtet. Das Diskriminierungsverbot gewährt gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen. Diskriminierung liegt nach Art. 2 UN-BRK vor, wenn Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung zur Folge hat, dass das Genießen aller Menschenrechte im sozialen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Umfasst ist auch die Versagung angemessener Vorkehrungen. Solche sind u.a. notwendige

¹³² LSG Bayern, Urteil v. 28.1.2014, AZ. L 8 SO 166/12, Rn. 37.

¹³³ BVerfG, Beschluss v. 27.08.2003, AZ. 2 BvR 2032/01, Rn 17; BVerfG, Beschluss v. 07.10.2003, AZ. 2 BvR 2118/01, Rn 21.

¹³⁴ Für viele Osterloh in: Sachs, GG, 7. Auflage 2014.

¹³⁵ BVerfG, Beschluss v. 18.07.2008 AZ. 2 BvL 6/07, BVerfGE Beschluss v. 18.6.2008, AZ. 2 BvL 6/07, Rn 49.

Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderung gleichberechtigt alle Menschenrechte genießen können. Davon ausgehend hat das BSG festgestellt, dass das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot, Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, im Wesentlichen dem verfassungsrechtlichen Benachteiligungsverbot entspricht.¹³⁶ Gleiches gelte für das spezielle Diskriminierungsverbot aus Art. 25 S. 3 lit. f UN-BRK.¹³⁷ Wie auch in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall, knüpft § 39 SGB V nicht an eine Behinderung an. Da auch Art. 5 UN-BRK mittelbare Diskriminierung kennt, ist das also ein zusätzliches Argument dafür, dass mittelbare Diskriminierungen von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG erfasst sind.

3. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum: ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung?

Als sachlicher Grund der Ungleichbehandlung wird letztlich der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers mit Blick auf die Finanzierung der Leistung herangezogen. Im Einzelnen bedeutet das mit Blick auf die Regelungen der SGB folgendes: 1. SGB V: der GKV-Leistungskatalog darf auch nach Wirtschaftlichkeit ausgestaltet sein; 2. SGB XI: die Pflegeversicherung muss nicht alle Kosten tragen; 3. SGB XII: Sozialhilfe greift nachrangig und ist als Fürsorgeleistung für den Basisbedarf gedacht. Trotz einer erweiterten Bedürftigkeit könne der gesetzliche Geltungsbereich mit Rücksicht auf die entstehenden hohen Kosten aus jetziger Sicht nicht erweitert werden, so die Entscheidung der parlamentarischen Mehrheit im Gesetzgebungsverfahren.¹³⁸ In Konsequenz wurde diese Mehrleistung nur den etwa 6.000 Menschen mit Behinderung, die ihre Pflege durch persönliche Assistenz erhalten¹³⁹ gewährt. Demgegenüber leben etwa 10 Mio. Menschen mit Behinderung in Deutschland¹⁴⁰, respektive etwas über 2,5 Mio. pflegebedürftige Menschen¹⁴¹.

¹³⁶ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11 Rn. 31; bestätigt in: BSG Urteil v. 15.10.2014, AZ. B 12 KR 17/12 R.

¹³⁷ BSG Urteil v. 10.5.2012, AZ. B 1 KR 78/11 B, Rn. 9.

¹³⁸ BT-Drs. 16/13417, S. 5.

¹³⁹ <http://www.assistenz.org/>, Abruf 21.7.2015; Hilde Mattheis (SPD) geht von nur rund 500 Betroffenen aus, BT-Plenarprotokoll 16/228 S. 25533 A.

¹⁴⁰ <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Behinderte/BehinderteMenschen.html>, Abruf 21.7.2015.

¹⁴¹ <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Pflege/Tabellen/PflegebeduerftigePflegestufe.html>, Abruf 4.11.2015.

Das BVerfG hat den Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung nach Maßgabe der Wirtschaftlichkeit für grundgesetzkonform erklärt. Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber vorsehe, Leistungen hätten ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich zu sein und dürften nicht das Maß des Notwendigen überschreiten¹⁴². Finanzwirtschaftliche Erwägungen dürfen den Leistungskatalog mitbestimmen. Die Kostenentscheidung habe gerade im Gesundheitswesen erhebliches Gewicht für den Gesetzgeber.¹⁴³

In Folge dessen, erkannte das BSG keine Verletzung des gesetzgeberischen Spielraums bei einer Leistung, die in erster Linie der Steigerung der Lebensqualität jenseits lebensbedrohlicher Zustände diene.¹⁴⁴ Dies sei erst recht so in Fällen, in denen der krankhafte Zustand maßgeblich vom subjektiven Empfinden des Einzelnen abhängt. Auch die UN-BRK erkenne den Vertragsstaaten zu, keine unverhältnismäßigen oder unbilligen Belastungen auf sich zu nehmen, weshalb auch konventionsrechtlich keine höheren Rechtfertigungsanforderung als die sich aus dem Verfassungsrecht ergebenden zu stellen seien.¹⁴⁵ Da das spezielle Diskriminierungsverbot aus Art. 25 S. 3 lit.f UN-BRK nach Rechtsprechung des BSG der Reichweite des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK entspricht¹⁴⁶, wird auch dieses nicht weitergehenden Rechtfertigungsgründe erfordern.

Zusammengefasst wird die verfassungsrechtliche Grenze wie folgt zu ziehen sein: Grundsätzlich darf der Gesetzgeber die Leistungen der Pflege und der Krankenversicherung wie aktuell ausgestalten. Auch die Bevorzugung des Arbeitgebermodells ist verfassungskonform. Die Leistungen für Menschen mit Behinderung dürfen allerdings nicht das Maß der Notwendigen unterschreiten. Es darf nicht zu lebensbedrohlichen Zuständen aufgrund von Unterversorgung kommen. Hier kommt es also auf Einzelfälle aus der Praxis an. Als unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Grenze gilt die Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder -leistungen oder von Nahrungsmitteln und Flüssigkeiten aufgrund von Behinderung, welche sich auch mittelbar ergeben kann. Um das Maß und die Qualität der Versorgung einschätzen zu können,

¹⁴² BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11, Rn. 34.

¹⁴³ BVerfG Beschluss v. 20.3.2001, AZ. 1 BvR 491/96, Rn. 51.

¹⁴⁴ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11, Rn. 35, Kostenübernahme eines Medikamentes bei erektiler Dysfunktion.

¹⁴⁵ BSG Urteil v. 6.3.2012, AZ. B 1 KR 10/11, Rn. 33.

¹⁴⁶ BSG Urteil v. 10.5.2012, AZ. B 1 KR 78/11 B, Rn. 9.

fehlt jenseits der Darstellungen in diesem Gutachten empirisches Material. Erst so kann die Tragweite weitergehender, struktureller gesetzgeberischer Verpflichtungen zu einer diskriminierungsfreien Gesundheitsversorgung besser erkennbar werden.

IV. Antidiskriminierungsrecht

Eine spezielle Antidiskriminierungsvorschrift ist das AGG. Es ist für das Sozialrecht gem. Art. 33c S. 1 SGB I anwendbar. Anspruchs begründend ist es nur soweit, wie Inhalt und Reichweite der Ansprüche in den Vorschriften des Besonderen Teils festgelegt sind, vgl. auch § 2 Abs. 2 AGG. Selbst wenn eine mittelbare Benachteiligung gem. § 1 i.V.m. §§ 2 Abs. Nr. 5, 3 Abs. 2 AGG angenommen werden kann, die sich aus der faktischen Ungleichbehandlung von Menschen mit Lernschwierigkeiten oder Demenz ergibt, die aufgrund dessen regelmäßig nicht als Arbeitgeber_Innen auftreten können und denen damit die privilegierenden Regelungen vorenthalten bleiben, führt dies nicht zu einem leistungsrechtlichen Gleichstellungsanspruch.

C. Gesetzesänderungen

Aus der Analyse der nationalen und internationalen Rechtslage ergeben sich konkrete Änderungsmöglichkeiten. Vorgestellt werden die Vorschläge der Arbeitsgruppe zur Schnittstellenproblematik zwischen SGB V und SGB XI der Arbeits- und Sozialministerkonferenz, sowie die abschließenden Bemerkungen des UN-BRK Ausschusses zur diesjährig stattgefundenen Staatenprüfung.

1. Das Pflegedefizit im Krankenhaus für Menschen mit Behinderung:

Umsetzungsvorschläge zur Verbesserung

Die Arbeitsgruppe zur Schnittstellenproblematik zwischen SGB V und SGB XI hat in ihrem Bericht von 2014 mehrere Lösungsmöglichkeiten für eine Verbesserung der Versorgungslage vorgeschlagen.¹⁴⁷ Unberücksichtigt bleiben dabei die Leistungen der Sozialhilfe; der Schwerpunkt liegt auf Menschen mit eingeschränkter Alltagskompetenz¹⁴⁸, so dass nicht alle Vorschläge gleich

¹⁴⁷ Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblem zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung im Anhang des Ergebnisprotokoll der 91. Arbeits- und Sozialministerkonferenz, S. 111 ff., <http://msagd.rlp.de/arbeits-und-sozialministerkonferenz-2014/ergebnisse>.

¹⁴⁸ Das heißt mit demenzbedingten Fähigkeitsstörungen oder geistiger Behinderung oder psychischer Erkrankung.

wirksam für alle Menschen mit Behinderung wären. Folgende Änderungen wurden vorgeschlagen:

a. Erweiterung der DRG-Fallpauschalen

Durch Erweiterung der DRG Fallpauschalen könnten auch nicht akut medizinisch bedingte Pflege und Betreuung abgerechnet werden. Das würde eine Erweiterung des anrechenbaren Leistungsspektrums der Krankenhäuser gegenüber den Krankenkassen bedeuten. Denkbar wäre die Schaffung einer eigenen DRG Fallpauschale oder die Anlage eines bundeseinheitlichen Zusatzentgeltes. Problematisch bei Zusatzentgelten ist der zusätzliche Dokumentationsaufwand für das Krankenhaus¹⁴⁹. Fraglich ist, wie gut eine Pauschalzahlung den individuell unterschiedlichen Unterstützungsbedarf von Menschen mit Behinderung im Krankenhaus abdecken kann, mithin wie detailliert und differenziert diese Regelung ausgestaltet wäre. Systemische Kritik am Erfassen pflegerischer Leistungen als DRG äußerte Sachsen, da die Gefahr von Doppelzahlungen bestünde.¹⁵⁰

Vor dem Hintergrund der Bedürfnisse und Bedarfe von Menschen mit Behinderungen ist anzumerken, dass der Pflegebedarf, der nicht aufgrund von akuter Krankheit besteht, nicht zwingend von der Krankenkasse zu tragen sein sollte. Die zu leistende Krankenpflege steht gemäß dem Wortlaut von § 39 SGB V eben im Zusammenhang mit der Krankheit. Bei der diskutierten Bedarfslage handelt es sich dagegen um die Pflege des Alltags. Es wäre sachgerecht diese Grundpflege von der Pflegeversicherung auch im Krankenhaus zu gewähren, damit dieses dann nur für die Krankenpflege zuständig ist. Somit würde der Bedarf von Menschen mit Behinderung auch nicht in einem sie heraushebenden Zusatzentgelt geregelt. Durch eine gesonderte Berücksichtigung wird zwar ihrer Förderung Rechnung getragen, auf der anderen Seite entsteht dadurch eine Art von Stigmatisierung.

b. Weitere Vorschläge

Vorgeschlagen wurden auch eine unbegrenzte Weiterzahlung des Pflegegeldes nach §§ 37, 38 SGB XI auch für Menschen ohne persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell. Nicht erfasst wären dabei Menschen, die Sachleistungen

¹⁴⁹ Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblem zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung, AMSK a.a.O., S. 116.

¹⁵⁰ Bericht zur Bereinigung von Schnittstellenproblem zwischen gesundheitlicher (SGB V) und pflegerisch-betreuerischer (SGB XI) Versorgung, AMSK a.a.O., S. 118.

nach § 36 SGB XI erhalten und kein Pflegegeld beziehen. Weiterhin denkbar wäre der Export anderer häuslicher Leistungen ins Krankenhaus, wie bspw. von Betreuungsleistungen nach § 45b SGB XI. Diese sind auf Menschen mit eingeschränkter Alltagskompetenz beschränkt und greifen daher nicht für alle Menschen mit Behinderung.

Schließlich sollten Krankenhäuser als Pflegeeinrichtung i.S.d. SGB XI definiert werden, so dass die soziale Pflegeversicherung auch für dort geleistete Pflege in Anspruch genommen werden könnte. Auch hier kritisiert Sachsen, dass dies eine Systemänderung mit unabsehbaren Konsequenzen sei. Unter anderem müssten Krankenhäuser dann Versorgungsverträge nach dem SGB XI abschließen.¹⁵¹

Außerdem käme eine Regelung für Krankenhäuser analog zu § 87b SGB XI in Betracht. Diese regelt einen Vergütungszuschlag für zusätzliche Betreuung und Aktivierung bei stationärer Pflege. Durch eine ähnliche Vorgabe seien Krankenhäuser gebunden, zusätzliches Personal zur Pflege von Menschen mit Behinderung vorzuhalten. Diese Regelung wäre in Grundzügen einer Erweiterung des DRG's ähnlich, nur dass hier die soziale Pflegeversicherung aufkommt. Positiv ist, dass durch eine präzisere Regelung Krankenhäuser gezwungen wären, in ihrem Personalschlüssel Kräfte für die Pflege von Menschen mit Behinderung bereitzustellen.

Weiterhin sei darauf hingewiesen, dass es im sozialrechtlichen Geflecht von Zuständigkeiten und Leistungsinhalten schwierig ist erfolgreich zu klagen. Im Verhältnis zur großen Anzahl pflegebedürftiger Personen gibt es wenige Klagen. In der Regel müssen die Ansprüche aufgrund ihrer Dringlichkeit im einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht werden. Dies ist eine zusätzliche Belastung neben einer akuten Krankheit oder dem sonstigen Grund für den Krankenhausaufenthalt. Die Gesetzeslage sollte daher übersichtlicher gestaltet werden. Dies gebietet schon die Rechtssicherheit.

2. Der Parallelbericht BRK-Allianz: Forderungen an den Gesetzgeber

Aus dem Parallelbericht der BRK-Allianz ergeben sich folgende Forderungen an den Gesetzgeber: Zugangsbarrieren in der Gesundheitsversorgung müssen systematisch abgebaut werden und die Einbeziehung erforderlicher nichtmedizinischer personeller Unterstützung (also z.B. Assistenzpersonen)

¹⁵¹ Ebd., S. 118.

muss in allen Bereichen der medizinischen Rehabilitation gewährleistet werden¹⁵².

Aus den Concluding Observations des Committee on the Rights of Persons with Disabilities zum deutschen Staatenprüfverfahren ergeben sich wichtige Forderungen des Komitees an den deutschen Gesetzgeber. Unter Punkt 12. wird die Prüfung aller relevanten Gesetze auf Konformität mit der UN-BRK von einem unabhängigen Gremium gefordert.¹⁵³ Dies betrifft in diesem Fall besonders die dargestellten sozialrechtlichen Regelungen. Ebenso fordert das Committee:

„The Committee recommends that the State party develop and implement plans and allocate resources for the accessibility of healthcare services, including services for refugees, rights-based training for healthcare professionals, communication, information, respect for free and informed individual consent, and universally designed equipment.“¹⁵⁴

Die Regierung wird vor diesem Hintergrund aufgefordert diese Forderungen im zweiten nationalen Aktionsplan umzusetzen.

Zu fordern ist daher, den bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen und die gezeigten Ungleichbehandlungen aufzuheben. Ein entsprechender Antrag auf Erweiterung des Rechtsanspruches von Bündnis 90/Die Grünen wurde abgelehnt.¹⁵⁵ Ebenso ist es nicht mehr zeitgemäß, Teilhabe- und Gleichstellungsleistungen für Menschen mit Behinderung in den Nachfolgevorschriften der Fürsorgegrundsätze der Weimarer Republik zu regeln.

Eine völkerrechtlich begründete menschenrechtliche Sicht im Umgang mit Behinderung ist im deutschen Sozialrecht noch nicht erkennbar. Willi Zylajew (CDU) würdigte die erreichten Teilhabeleistungen im Gesetzgebungsprozess 2009. Er betonte, dass es sich dabei um einen Prozess handele, und das Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs ein weiterer Schritt in eine gute Richtung sei.¹⁵⁶

¹⁵² BRK-Allianz, 2013; S. 54-55.

¹⁵³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015: Concluding observations on the initial report of Germany, S. 2.

¹⁵⁴ Ebd. S. 8.

¹⁵⁵ BT-Drs.: 18/3155. Siehe ausführlich oben Teil E. IV.

¹⁵⁶ BT-Plenarprotokoll 16/228 S. 25531 D f.

3. Zusammenfassende Empfehlungen

In Zusammenfassung heißt dies: Die Gesundheitsversorgung in Deutschland muss BRK-konform gestaltet werden, die Einkommensabhängigkeit von Assistenzleistungen muss abgeschafft werden und die rechtlichen Grundlagen für einen Weiterbezug der Leistungen bzw. zur Sicherung der Versorgungskontinuität im Krankenhaus müssen für alle Assistenznehmer_innen geschaffen werden, nicht nur für diejenigen, die ihre Assistenz im Arbeitgebermodell organisieren. Weiterhin sollten die sich aus dem Völkerrecht ergebenden menschenrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands beim aktuell diskutierten Bundesteilhabegesetz berücksichtigt und umgesetzt werden.

Literatur- und Quellenverzeichnis

Becker/ Ulrich, Kingreen/Thorsten, SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Auflage 2014.

Bieritz-Harder, Renate/ Conradis, Wolfgang/ Thie, Stephan, SGB XII Sozialhilfe, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Auflage 2015.

Budroni, Helmut, Qualitative Voruntersuchung zur Kampagne „Ich muss ins Krankenhaus... und nun?“ in: ForseA e.V. (2007): Ich muss ins Krankenhaus... was nun? Dokumentation der Kampagne 2006/2007, S. 8-33.

BRK-Allianz (Hrsg.), Für Selbstbestimmung, gleiche Rechte, Barrierefreiheit, Inklusion, Erster Bericht der Zivilgesellschaft zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland, 2013.

ForseA - forum selbstbestimmter Assistenz behinderter Menschen e.V., 1/2004, S. 8.

Fichtner, Otto/ Wenzel, Gerd, Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe, 4. Auflage 2009.

Juris PraxisKommentar SGB XII Sozialhilfe mit AsylbLG, Schlegel, Rainer/ Voelzke, Thomas (Gesamthrsg.), 2. Auflage 2014.

Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 3, Körner, Anne/ Leitherer, Stephan/ Mutschler, Bernd (Hrsg.), 2015.

Kile, Thomas/ Kraher, Utz/ Plantholz, Markus, SGB XI Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage 2014.

Knickrehm, Sabine/ Kreikebohm, Ralf/ Waltermann, Raimund, Kommentar zum Sozialrecht, 4. Auflage 2015.

Krah, Felix und Zimmermann, Lea, Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen in der deutschen Rechtsordnung, Working Paper der HLCMR Nr.6, 2015, http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2015/04/Working_Paper_Nr.6.pdf.

Marcus Kreutz, ZFSH SGB 2011, 629-634

Netzwerk Artikel 3 e.V., Schattenübersetzung, Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2010.

Larissa Rickli/Anne Wiegmann, Begründung einer einkommens- und vermögensunabhängigen Eingliederungshilfe anhand der UN-Behindertenrechtskonvention, Humbolt Law Clinic Grund- und Menschenrechte, Working Paper Nr. 4, 2013, http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2014/12/Working_Paper_Nr.4.pdf.

Sachs, Michael (Hrg.), Kommentar GG, 7. Auflage 2014.

Schellhorn, Walter/ Schellhorn, Helmut/ Hohm, Karl-Heinz/ Schneider, Peter, Kommentar zum Sozialgesetzbuch, 19. Auflage 2015.

Udsching, Peter/ Schütze, Bernd/ Behrend, Nicola/ Bassen, Andreas, SGB XI Soziale Pflegeversicherung, 4. Auflage 2015.

Internetquellen

<http://www.assistenz.org/>, zuletzt abgerufen am: 21.7.2015.

<http://www.corina-zolle.de/5.html>; zuletzt abgerufen am 8.7.2015.

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Pflege/Pflege_Deutschlandergebnisse5224001119004.pdf?__blob=publicationFile, S. 7 und 9, zuletzt abgerufen am 17.7.2015.

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Behinderte/BehinderteMenschen.html>, zuletzt abgerufen am 21.7.2015.

www.forsea.de/projekte/pers_budget/AGM%20und%20PB.pps; zuletzt abgerufen am 14.7.2015.

https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/krankenhaeuser/abrechnung/zu___abschlaege/Zuschlag_Begleitperson_2007.pdf.

<http://msagd.rlp.de/arbeits-und-sozialministerkonferenz-2014/ergebnisse/>, zuletzt abgerufen am 5.8.2015.

http://www.reha-recht.de/fileadmin/download/foren/d/2012/D5-2012_UN-Behindertenrechtskonvention_anwenden.pdf, S. 5, zuletzt abgerufen am 31.8.2015.

https://www.verdi.de/++file++50a4d3d86f684477b6000021/download/Kurzfassung_Gutachten_Pflegeversicherung.pdf, zuletzt abgerufen am 17.7.2015.

<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle/staatenberichtspruefung/>, zuletzt abgerufen am 03.7.2015.

UN-Dokumente

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany 2015.

Parlamentsdokumente

BR- Plenarprotokoll 860: Stenografischer Bericht zur 860. Sitzung, Erklärung der Sozialministerin Baden-Württembergs zum Gesetz zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus, S. 337 ff.

BT-Drucksache 13/3696: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (Erstes SGB XI-Änderungsgesetz -1. SGB XI-ÄndG).

BT-Drucksache 16/10808: Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.

BT-Drucksache 16/11234: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zu a) dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 16/10808, 16/11197 – Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und zu b) dem Antrag der Grünen – Drucksache 16/10841 – Historische Chance des VN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen nutzen.

BT-Drucksache 16/12855: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus.

BT-Drucksache 16/13417: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD – Drucksache 16/12855 – Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus.

BT-Drucksache 18/3155: Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Die gesundheitliche Versorgung von Menschen mit Behinderung menschenrechtskonform gestalten“.

BT-Plenarprotokoll 16/228: Stenografischer Bericht zur 228. Sitzung, die zu Protokoll gegebenen Reden zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus, S. 25525 C ff.

Gerichtsurteile

Die dargestellten Gerichtsurteile zum Sozialrecht (Teil A. Rechtliche Grundlagen) wurden in einer Tabelle zusammengefasst. Sie befindet sich im Anhang.

Impressum:

Herausgeberin: Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland e.V. (ISL); Krantorweg 1, 13503 Berlin

Telefon: 030- 4057 1409 Fax: 030-4057 3685

Web: www.isl-ev.de E-Mail: info@isl-ev.de

Die ISL ist der Dachverband der Zentren für selbstbestimmtes Leben in Deutschland und der deutsche Zweig der internationalen Selbstvertretungsorganisation Disabled Peoples` International (DPI)

Autorin: Clara Becker

Redaktionsstand: 16.12. 2015

© ISL e.V.



Interessenvertretung
Selbstbestimmt Leben
in Deutschland e.V. - ISL

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Gesundheit

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages