

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 7. November 2016 zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG)  
- BT-Drucksache 18/9522
- b) Antrag der Abgeordneten Katrin Werner, Sigrid Hupach, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
Das Teilhaberecht menschenrechtskonform gestalten - BT-Drucksache 18/10014
- c) Antrag der Abgeordneten Corinna Rüffer, Kerstin Andreae, Markus Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
Mit dem Bundesteilhabegesetz volle Teilhabe ermöglichen - BT-Drucksache 18/9672

**Dr. Oliver Tolmein\***

### Zusammenfassendes Ergebnis:

- Der Behinderungsbegriff der UN-BRK ist für das BTHG-E zu übernehmen.
- Die Gleichstellungsvorschrift des BTHG-E ist an die aktuelle Rechtsprechung anzupassen
- Die Einschränkung von Eingliederungshilfe-Leistungen für ehrenamtliches Engagement ist zu streichen
- Persönliche Assistenz sollte in einer eigenen Vorschrift gesondert geregelt werden.
- Die Abgrenzung von Pflege und EGL sollte nach dem Entwurf des Bundesrates zu § 91 SGB 9 n.F. vorgenommen werden, der dafür allerdings zu modifizieren ist. Dieser Vorschlag enthält zwar eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, die aber gegenüber dem jetzigen Gesetzesentwurf der Bundesregierung die Betroffenen nicht benachteiligt.
- Es sollten für Eingliederungshilfeleistungen keine Einkommen und Vermögen als Beitrag herangezogen werden
- Beim PB sollte die Höhe des Budgets nicht in der Zielvereinbarung festgeschrieben werden.

- **Die Schwerbehindertenvertretung muss mit effektiven rechtlichen Handlungsmöglichkeiten ausgestattet werden.**

### 1. Vorbemerkung

Die UN-Behindertenrechtskonvention verlangt, dass das bundesdeutsche Behindertenrecht auf eine menschenrechtliche Basis gestellt wird. Die grundlegende Reform des SGB 9 und die damit verbundene Schaffung des Bundesteilhabegesetzes (hier: BTHG-E) setzt diese Anforderung allerdings nicht um. Angesichts der Tatsache, dass die UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland seit 2009 geltendes Recht darstellt, verfehlt der Gesetzgeber damit auch das selbst gesteckte Ziel.

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung heißt es unter „**Problem und Ziel**“:

„Mit der Ratifikation der UN-BRK hat sich die Bundesrepublik Deutschland dazu bekannt, das deutsche Recht grundsätzlich in Übereinstimmung mit diesem Menschenrechtsübereinkommen weiterzuentwickeln.“

Diese Formulierung ist charakteristisch für den Gesetzentwurf. Sie suggeriert, dass sich der Gesetzgeber seines Auftrages bewusst ist – und auch bereit ihn

---

\*E-Mail vom 07.11.2016

auszuführen. Tatsächlich enthält die Formulierung aber 2 wesentliche Einschränkungen. Denn die Bundesrepublik Deutschland hat sich nicht dazu „bekannt“ das deutsche Recht in Übereinstimmung mit der UN-BRK weiterzuentwickeln, es hat sich durch die Unterzeichnung und Ratifikation des völkerrechtlichen Vertrages dazu **verpflichtet**. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich auch nicht nur dazu verpflichtet, das deutsche Recht „grundsätzlich“ in Übereinstimmung mit der UN-BRK weiterzuentwickeln, die Übereinstimmung mit der UN-BRK muss auch konkret und im Detail gegeben sein.

Es erscheint insoweit nicht als Zufall, dass in dem Gesetzentwurf zwar an vielen Stellen die UN-BRK erwähnt wird und auch Bezug auf sie genommen wird, gleichzeitig aber an keiner Stelle ausdrücklich formuliert wird, dass das Bundesteilhabegesetz die UN-BRK zumindest in weiten Teilen umzusetzen versucht. Deswegen heißt es unter „**B. Lösung**“:

„Mit diesem Gesetz werden Empfehlungen aus den „Abschließenden Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands“ aufgegriffen und die Behindertenpolitik in Deutschland im Einklang mit der UN-BRK weiterentwickelt.“

Die Empfehlung, die dem Gesetzgeber mit den Abschließenden Bemerkungen gegeben worden ist und die völkerrechtliche Verpflichtung, die er sich durch die Ratifikation der UN-BRK selbst auferlegt hat geht aber nicht dahin Anregungen „**aufzugreifen**“, es geht darum, sie umzusetzen.

Auch wenn eine Reihe von Regelungen im Bundesteilhabegesetz gegenüber den aktuellen rechtlichen Bestimmungen tatsächlich Vorteile für die Menschen mit Behinderungen mit sich bringen kann angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers in vielen drängenden behindertenrechtlichen Fragen sowie mit Blick darauf, dass in zentralen Bereichen die Situation von Menschen mit Behinderungen sogar verschlechtert wird, auf den gesamten Gesetzentwurf bezogen leider auch nicht die Rede davon sein, dass er die Behindertenpolitik in Deutschland „im Einklang“ mit der UN-BRK „weiterentwickelt“. Dass die Bundesregierung, insbesondere das federführende Bundesministerium für Arbeit und Soziales, die nachdrücklichen Proteste seitens zahlreicher Behindertenverbände und Behindertenorganisationen sowie der außerparlamentarischen Behindertenbewegung nicht zum Anlass nimmt, die vielfältigen Kritikpunkte, die die großen und kleinen Behindertenverbände und Organisationen, in zahlreichen ausführlichen und gründlichen Stellungnahmen formuliert haben ernsthaft aufzugreifen und umzusetzen oder wenigstens genau zu erläutern, warum eine Umsetzung nicht in Betracht kommt, desavouiert das Gesetzgebungsverfahren, das damit eingeleitet wurde, eine umfassende Beteiligung der Betroffenen und ihrer Verbände und Organisationen nach dem Grundsatz „Nicht über uns ohne uns“ zu zusichern. Eine Beteiligung, die nur am Anfang eines solchen anspruchsvollen Gesetzesprojektgesetzesprojektes konsequent umgesetzt wird, dann aber, je konkreter die Umsetzung wird, sich zunehmend erschöpft, erfüllt nicht die Anforderung, die in der Präambel zur UN-BRK unter Buchstabe o) gestellt wird:

„in der Erwägung, dass Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit haben sollen, aktiv an Entscheidungsprozessen über politische Konzept und Programme mitzuwirken, insbesondere wenn diese sie unmittelbar betreffen“

Diese Anforderung wurde auch in den „Abschließenden Bemerkungen“. Dort heißt es unter 10.:

„Der Ausschuss empfiehlt dem Vertragsstaat die Entwicklung von Rahmen für die inklusive, umfassende und transparente Partizipation von Organisation, die Menschen mit Behinderungen vertreten (selbst Vertretungsorganisationen), bei der Verabschiedung von Rechtsvorschriften, Konzepten und Programmen zur Umsetzung und Überwachung des Übereinkommens.“

Dieses Gebot, die Betroffenen zu beteiligen, hat wie sich an vielen Stellen im Gesetzentwurf zum Bundesteilhabegesetz zeigen lässt, seinen Sinn: es sind nämlich diejenigen, die mit den rechtlichen Regelungen tagtäglich konfrontiert sind und deren Leben durch diese Vorschriften in einem Maße, wie es sonst nur bei wenigen Gesetzen der Fall ist, umfassend bestimmt wird, die am besten darüber Auskunft geben können, wo es an Reformbedarf gibt. Dabei geht es durchaus auch um die bereitgestellten finanziellen Mittel, es geht aber längst nicht nur um diese. Zumal eine umfassende inklusive Ausgestaltung der Versorgungsstrukturen oder auch der Unterstützung weitaus kostengünstiger kommen würde, als das Nebeneinander von Strukturen, die aussondern und die Inklusion versuchen. Besonders deutlich sind diese Defizite, die nicht auf die Frage einer Ausgabendynamik zu reduzieren sind, beispielsweise im Bereich der Regelungen über die Kompetenzen und Möglichkeiten der Schwerbehindertenvertretungen. Hier würde die Umsetzung der entsprechenden Anforderungen, die Experten und Behindertenverbände empfehlen, keine weiteren Kosten verursachen, die Lage von Menschen mit schweren Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt und in den Betrieben aber voraussichtlich nachhaltig verbessern und vermutlich auch dazu führen, dass die Arbeitslosigkeit von Menschen mit schweren Behinderungen in bestimmtem Umfang verringert werden könnte.

Im Folgenden können bei weitem nicht alle Bestimmungen des Gesetzentwurfes zur „Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen“ (BTHG) diskutiert und erörtert werden. Deswegen wird an einigen zentralen Stellen aufgezeigt, wo schwerwiegende Mängel des Gesetzentwurfes liegen und wie diese gegebenenfalls zu beseitigen sind. Diese Stellungnahme erfolgt aus der Perspektive einer Rechtsvertretung von Menschen mit Behinderungen, die bundesweit ist und die vom Sozialgericht bis zum Bundesverfassungsgericht auch alle Instanzen der rechtlichen Vertretung umfasst. Das Anliegen der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen den vorliegenden Gesetzentwurf grundlegend zu überarbeiten (vgl. BT-Drs. 18/9672) ist daher zu unterstützen. Ein so grundlegendes Regelwerk wie das BTHG darf nicht nur wegen des drohenden Endes der Legislaturperiode ohne ausreichende Zeit beraten werden.

## 2. Definition von Behinderung (§ 2 Abs 1 SGB 9 n.F.)

Ein Kernstück des BTHG-E ist die neue Definition von Behinderung in Paragraph 2 Abs. 1. Ausgangspunkt ist die Empfehlung Nummer 8 in den „Abschließenden Bemerkungen“. Diese lautete:

„Der Ausschuss empfiehlt dem Vertragsstaat, sicherzustellen, dass die gesetzliche Definition von Behinderung überarbeitet wird, mit dem Ziel, sie mit den allgemeinen Prinzipien und Bestimmungen des Übereinkommens in Einklang zu bringen.“

Das ist durch die Formulierung in Paragraph 2 Abs. 1 SGB 9 n. F. nicht übernommen worden.

Allerdings übernimmt er nicht, wie zu wünschen und zu erwarten gewesen wäre, die offene, dynamische Beschreibung von Behinderung, die die UN-BRK prägt. Stattdessen vermengt der Referentenentwurf Begrifflichkeiten der Behinderungsdefinition des aktuellen § 2 Abs 1 SGB IX mit dem Konzept des Artikel 1 UN-BRK.

Insbesondere beharrt das BTHG-E in § 2 Abs 1 Satz 2 SGB 9 n.F. darauf, als Behinderung nur Einschränkungen auffassen zu wollen, die nicht alterstypisch sind.

Begründet wird das mit dem Bemühen zu verhindern, dass „altersbedingte Erkrankungen in der Regel als Behinderung anerkannt werden.“ (S. 226).

Dieser Ansatz begegnet in mehrfacher Hinsicht erheblichen Bedenken. Behindertenpolitik in Deutschland zeichnet sich durch ihre Zielorientierung aus; die Frage nach der Ursache der Behinderung, also nach der Kausalität, ist dagegen dem anders konzipierten sozialen Entschädigungsrecht vorbehalten. Der Behinderungsbegriff des SGB IX war insofern schon immer fragwürdig, weil er der Gruppe der Menschen mit alterstypischen Einschränkungen Teilhaberechte vorenthält, worin das LSG Bayern (LSG Bayern vom 12.12.2002, Az.: 18 SB 22/01) bereits zu recht in einer Entscheidung noch vor Entstehung der UN-BRK eine Benachteiligung wegen des Alters gesehen hat.

„Alterstypische Erkrankungen“ (die ja eine gewisse Dauer haben müssen) anders zu bewerten, als Einschränkungen anderer Ursachen schafft auch nicht zu unterschätzende tatsächliche Probleme, denn es bleibt offen, wann welche Einschränkungen altersbedingt sein sollen. Die Autoren des Gesetzentwurfes haben dieses Problem offenbar selbst erkannt und deswegen beispielsweise postuliert, dass „Pflegebefürftigkeit“ keine altersbedingte Einschränkung sein soll. Diese Setzung kann zwar normativ vorgenommen werden – besonders überzeugend ist sie in tatsächlicher Hinsicht aber keineswegs, denn in vielen Fällen kommen die Einschränkungen, die zur Pflegebedürftigkeit führen gerade erst mit dem Alter. Sie resultieren aus sich über die Jahre akkumulierenden Verschleißerscheinungen oder aus Erkrankungen, die überwiegend im Alter auftreten. Diese Einschränkungen sind also im eigentlichen Sinne „altersbedingt“ und damit, da sie nicht selten, sondern häufig vorkommen, auch „alterstypisch“.

Tatsächlich werden durch die Ausgrenzung „alters-typischer Einschränkungen“ aus dem Behinderungsbegriff aber auch Menschen mit Behinderungen, die ihre Ursache in altersbedingten Einschränkungen haben benachteiligt, weil ihre Behinderungen im deutschen Recht dann nicht anerkannt würden, mit der Folge, dass Ihnen Leistungsansprüche zum Beispiel auf angemessene Vorkehrungen entgehen, obwohl sie eine qualifizierte Benachteiligung haben und auch – in durchaus erheblichem Maße - auf Barrieren im Sinne der UN-BRK stoßen, die sie auf längere Sicht an der Teilhabe hindern können.

Damit wird der deutsche Sonderweg in Sachen Behinderungsbegriff trotz Übernahme des Wechselwirkungsmodells der UN-BRK in bestimmten Bereichen fortgeschrieben. Das erweist sich auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Behinderungsbegriff problematisch und auch europarechtswidrig, denn der EuGH hat den europäischen Behinderungsbegriff in den Verfahren (Rs C-335/11 und C-337/11; Rs C-354/13) ohne entsprechende Einschränkungen übernommen (vgl. Tolmein, § 20 Schwerbehindertenrecht, Rn 14-20 in: Berchtold/Richter (Hg.), Prozesse in Sozialsache, 2. A., 2016)

Weniger gravierend, aber auch unglücklich ist angesichts dessen, dass auch die Bezeichnung der Barrieren als „einstellungs- und umweltbedingt“ vom Wortlaut der UN-BRK abweicht, die ganz allgemein anführt, dass „Barrieren“ in Wechselwirkung mit den Einschränkungen stehen: eine Konkretisierung des allgemeinen und allgemein verständlichen Begriffs der Barrieren im Gesetzestext ist nicht erforderlich. Eher besteht die Gefahr, dass die Formulierung „einstellungs- und umweltbedingt“ als Einschränkung verstanden werden könnte. Die Erläuterungen zu § 2 auf Seite 222 der Gesetzesbegründung, die unterstreicht, dass mit Barrieren kommunikative Barrieren ebenso gehören wie bauliche oder vorurteilsbedingte kann dort auch ohne die Ergänzung „einstellungs- und umweltbedingt“ stehen.

**Lösung:** Den offenen und dynamischen Behinderungsbegriff der UN-BRK direkt und ohne sprachliche und konzeptionelle Modifikationen übernehmen, wie es auch der EuGH nahelegt, wenn er diesen Begriff als „europäischen Behinderungsbegriff“ qualifiziert.

## 3. Gleichstellung

In § 2 Abs 3 SGB 9 n.F. wird geregelt, wer „schwerbehinderten Menschen“ gleichgestellt werden soll. Diese Vorschrift ist für die Chancen von Menschen mit erheblichen Behinderungen, die aber nicht als Schwerbehinderung anerkannt werden, von erheblicher Bedeutung. Die Formulierung entspricht inhaltlich dem in Kraft befindlichen § 2 Abs 3 SGB 9.

Sprachlich ist anzumerken, dass es auch keine „schwerbehinderten Menschen“ geben sollte, wenn statt „behinderte Menschen“ zutreffender Weise von „Menschen mit Behinderungen“ die Rede ist. Es müsste also heißen: „Menschen mit einer Schwerbehinderung gleichgestellt werden sollen Menschen mit Behinderungen....“.

Inhaltlich ist angesichts der erheblichen Bedeutung, die die Gleichstellung hat, nicht verständlich, warum der Referentenentwurf die Entscheidung des Bundessozialgerichts zur Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich aufgegriffen hat (BSG, Urteil vom 06. August 2014 – B 11 AL 5/14 R –), zumal die Entscheidung auch ausdrücklich auf Art 27 Abs 1 Satz 2 UN-BRK und Art 21, 26 der Europäischen Grundrechtecharta Bezug nimmt.

Das BSG hat in der Entscheidung begründet, dass das Recht auf Gleichstellung zur Erlangung eines Arbeitsplatzes nicht nur arbeitslose Menschen mit Behinderungen haben müssen, sondern auch solche, die sich beruflich verändern wollen. Denn ein diskriminierungsfreier Zustand sei nicht bereits dann hergestellt, wenn ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben können, die – in diesem konkreten Fall – regelmäßig im Beamtenverhältnis ausgeübt wird; vielmehr müssen dann auch Gesetzgeber und Dienstherr die Voraussetzungen zum Zugang zum Beamtenverhältnis in der Weise modifizieren, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Ausübung der entsprechenden Tätigkeit gerade im Beamtenverhältnis ermöglicht werde. Diese Grundsätze, die im Beamtenrecht, das in diesem Verfahren einschlägig war, in besonderem Maße zu berücksichtigen sind, wirken aber auch über diese Konstellation hinaus (vgl. Tolmein, § 20 Schwerbehindertenrecht, Rn 35-38 in: Berchtold/Richter (Hg.), Prozesse in Sozialsache, 2. A., 2016). Wenn der Gesetzgeber zu dieser Fortentwicklung des § 2 Abs 3 SGB 9 a.F. keine Stellung bezieht, sie aber auch nicht im Gesetz aufgreift, führt das zu Rechtsunsicherheit, denn es bleibt unklar, ob er hier etwas regeln wollte oder nicht. Das wiederum kann neue Verfahren zu dieser Rechtsfrage zur Folge haben. Daher erscheint eine Klarstellung und Übernahme der Rechtsprechung geboten.

**Lösung:** Denkbar wäre hier zum einen eine Ergänzung des Textes der Vorschrift, beispielsweise durch Einfügung eines Satzes 2 in § 2 Abs 3 BTHG-E: *„Dem steht nicht entgegen, dass Menschen mit Behinderungen bereits einen Arbeitsplatz haben, wenn sie für einen bestimmten anderen Arbeitsplatz auf die Gleichstellung angewiesen sind.“*

**Alternative:** Vorstellbar wäre aber auch unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BSG in der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs 3 9 n.F. konkretisierend festzuhalten: *„Die Vorschrift will auch die Freiheit der Berufswahl von Menschen mit Behinderungen schützen. Das Grundrecht aus Art 12 Abs 1 Grundgesetz (GG) will diese Freiheit ua objektivrechtlich gewährleisten (vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, GG 12. Aufl 2012, Vorb vor Art 1 RdNr 3 mwN). Auch Art 27 Abs 1 S 2 Lit a und e UN-BRK und Art 21, 26 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geben (EUGrdRCh) Hinweise zur Auslegung*

des § 2 Abs 3 SGB IX, denn nach diesen völkerrechtlichen und supranationalen Normen ist ein diskriminierungsfreier Zustand anzustreben. Dieser ist nicht bereits dadurch hergestellt, dass ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, vielmehr muss auch der Zugang zu anderen bzw der Wechsel von Berufsfeldern diskriminierungsfrei ermöglicht werden (BSG, Urteil vom 06. August 2014 – B 11 AL 5/14 R –, SozR 4-3250 § 2 Nr 5, Rn. 21)“

#### 4. Assistenz, Pflege und Persönliche Assistenz zwischen BTHG-E, SGB 11 und 12 und UN-BRK

##### A.) Begriffsklärung Assistenz

Aus Sicht der Leistungsberechtigten ist Assistenz ein einheitliches Konzept und ein einheitlicher Bedarf. Unabhängig davon ob Assistenz im Bereich der Grundversorgung (Grundpflege) geleistet wird, ob sie der Teilhabe am Arbeitsleben dient oder ob sie – als Leistung der Eingliederungshilfe – ermöglicht im Alltag selbstbestimmt zu leben und an gesellschaftlichen Aktivitäten teilzuhaben oder sie zu gestalten ist entscheidend stets die (An)Leitung durch die leistungsberechtigte Person. Der Kern der Assistenz ist, dass sie ermöglicht behindernde Barrieren zu überwinden oder die individuellen Einschränkungen zu kompensieren.

Dementsprechend sind Assistenzmodelle dadurch geprägt, dass innerhalb bestimmter Zeitabschnitte Assistentinnen und Assistenten die für die Leistungsberechtigten jeweils erforderlichen Leistungen erbringen: sie schieben bei Bedarf den Rollstuhl, unterstützen die Kommunikation durch Übersetzungen in die und aus der Gebärdensprache, sie betten um, füllen Getränke ein und ermöglichen deren Genuss, sie kopieren schwere Folianten, lesen gedruckte Texte vor oder begleiten zur Toilette, bedienen das Urinal, stellen den Wasserhahn zum Händewaschen an, führen den Stift beim Schreiben, erbringen im Rahmen einer Beschäftigung eine eng definierte Coachingtätigkeit, ermöglichen das Überwinden eines nicht abgesenkten Bordsteins, begleiten Leistungsberechtigte zu kulturellen Ereignissen und helfen dort beim an- und Ausziehen von Überbekleidung und durch sonstige Verrichtungen...

Assistenz ist also ein ganzheitlicher, nicht auf einzelne klar abgrenzbare Verrichtungen bezogenes Konzept. Grundsätzlich können alle Menschen mit Behinderungen, die entsprechende Bedarfe haben, Assistenz in unterschiedlichen Ausprägungsformen nutzen – insbesondere wenn der Assistenznehmer oder die Assistenznehmerin auch mithilfe von Budgetassistenz darin unterstützt wird, seine Assistenz zu organisieren.

##### B.) Assistenz im BTHG-E

Im BTHG-E ist Assistenz im oben skizzierten umfassenden und ganzheitlichen Sinn nicht vorgesehen. Einerseits wird hier in – im Vergleich zum gegenwärtigen SGB 9 – unveränderter Form die Übernahme

der notwendigen Kosten einer Arbeitsassistenz (Kapitel 10, § 49 Abs 8 Nr. 3) geregelt.<sup>1</sup> Diese wird aber nicht in Beziehung gesetzt zu anderen Formen der Assistenz, die bergifflich in ausdrücklicher Abgrenzung „zu förderzentrierten Ansätzen der Betreuung, die ein Über/Unterordnungsverhältnis“ verstanden werden (S. 261 oben). Es wird auch ein breites Spektrum möglicher Assistenzleistungen angeführt, wobei der Erledigung des Haushalts eine besondere Bedeutung zugemessen wird, weil sich hier Hilfe zum Lebensunterhalt und Fachleistung (der Eingliederungshilfe) überschneiden sollen. Assistenzleistungen nach dem BTHG-E sollen zudem ausdrücklich auch als Leistungen der Elternassistenz möglich sein.

Assistenz wird im Rahmen des BTHG-E als Leistung zur Sozialen Teilhabe in einer eigenständigen Vorschrift in Teil 1, Kapitel 13, § 78, sowie als Unterpunkt in Teil 2, Kapitel 6, § 113 Abs 2 Nr. 2 geregelt.

#### a.) Nachrang der Leistungen nach § 78 SGB 9 n.F.

§ 78 SGB 9 n.F. fasst Assistenz als Leistung, die zur selbstbestimmten und eigenständigen Bewältigung des Alltags erbracht wird. Dabei soll es sowohl um die vollständige, als auch um die teilweise Übernahme von Handlungen zur Alltagsbewältigung sowie um die Begleitung der Leistungsberechtigten gehen.

Eine andere Form der Assistenz soll den Leistungsberechtigten bei der Tagesstrukturierung helfen und sie zur eigenständigen Alltagsbewältigung befähigen. Darunter fasst die Vorschrift die Anleitung und Übung von allgemeinen Erledigungen des Alltags, der Haushaltsführung aber auch der Gestaltung sozialer Beziehungen (bis hin zur Gestaltung der Partnerschaft, was zumindest eine deutliche Gefahr paternalistischer oder wenigstens pädagogischer Interventionen im Gewand des Selbstbestimmungsrechts erkennbar werden lässt) und der persönlichen Lebensplanung, sowie der Freizeitgestaltung inklusive kultureller und sportlicher Aktivitäten. Die Assistentinnen und Assistenten für diese Leistungsart sollen Fachkräfte sein

Art und Umfang dieser Form der Assistenz ergibt sich aus dem Teilhabeplan (nach § 19 SGB 9 n.F.). Den Leistungsberechtigten wird auf dieser Grundlage die Entscheidung über die konkrete Gestaltung der Leistung hinsichtlich „Ablauf, Ort und Zeitpunkt der Inanspruchnahme“ zugebilligt.

Die Begründung dieser Vorschrift führt ausdrücklich an, dass „neue Leistungen“ mit der Einführung von „Assistenzleistungen“ ins reformierte SGB 9 nicht verbunden seien (S. 261 zu § 78). Vielmehr sollen

hier lediglich Leistungen nach den bisherigen § 55 Absatz 2 Nummer 6 und Nummer 7 SGB IX (Hilfe zum selbstbestimmten Leben in betreuten Wohnmöglichkeiten, Hilfe zur Teilhabe am gemeinschaftlichen und kulturellen Leben) oder des offenen Leistungskatalogs („insbesondere“) neu firmieren.

Fahrtkosten und weitere Aufwendungen der Leistungsberechtigten werden, soweit „nach den Besonderheiten des Einzelfalls notwendig“ als ergänzende Leistungen erbracht.

#### b.) Einschränkung der Assistenz für ehrenamtliche Tätigkeiten durch § 78 Abs 5

Ausdrücklich eingeschränkt werden Assistenzleistungen für leistungsberechtigte Personen, die ein Ehrenamt ausüben. Ihnen stehen nach § 78 Abs 5 SGB 9 n.F. nämlich keine Assistenzleistungen zu. Zwar führt die Begründung des Gesetzes aus, dass gegebenenfalls die notwendige Unterstützung auch hier nachrangig durch eine Assistenz erbracht werden kann – ausdrücklich formuliert wird das nicht, auch der Standort der Regelung (nach den Details der Assistenzleistung selbst) spricht nicht dafür, dass hier eine im Sinne des Absatzes 1 „reguläre“ Assistenz umfasst sein soll, sondern allenfalls ausnahmsweise eine Notlösung ermöglicht werden soll. Die Hürden dafür dürften in der Praxis hoch sein. Denn der Gesetzeswortlaut sieht lediglich die Erstattung „angemessener Aufwendungen für eine notwendige Unterstützung“ die vorrangig durch Personen aus dem familiären, befreundeten oder nachbarschaftlichen Umfeld erbracht werden kann und auch das nur „soweit die Unterstützung nicht zumutbar unentgeltlich erbracht werden kann.“ Damit wird Menschen mit Behinderungen und Assistenzbedarf die Möglichkeit ehrenamtlich tätig zu sein erheblich erschwert oder sogar ganz unmöglich gemacht. Das ist vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Bedeutung des Ehrenamtes ein Nachteil für die gesamte Gesellschaft, zumal Menschen mit Behinderungen vor dem Hintergrund ihrer Lebenserfahrung in vielerlei Hinsicht auch im Ehrenamt besonderes Wissen und besondere Fähigkeiten haben.

Der Gesetzgeber stellt sich damit auch in Widerspruch zur aktuellen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, das zwar nicht mit Blick auf Assistenzleistungen (weil es diese Problematik so bislang nicht gab), sondern zu Kfz-Hilfeleistungen grundlegende Ausführungen über die Möglichkeit gemacht hat, Sozialleistungen zu beziehen, die auch für ehrenamtliche Tätigkeiten eingesetzt werden:

„Die von der Klägerin ausgeübte ehrenamtliche Tätigkeit gehört in besonderer Weise zur Teilhabe am

<sup>1</sup> Darauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen, immerhin soll hier angemerkt werden, dass auch diese unveränderte Fortschreibung der Arbeitsassistenz angesichts der den Wortlaut der Vorschrift relativierenden Empfehlungen zur Arbeitsassistenz der BIH sowie der zum Teil erheblichen Auseinandersetzungen über die Frage, was „notwendig“ angesehen ist, nicht nachvollziehbar ist. Angesichts der herausragenden Bedeutung der Arbeitsassistenz wäre der Gesetzgeber hier gehalten angesichts der Unklarheiten, die auch in gerichtliche Auseinandersetzungen – vgl. der Rechtsstreit über die Anwendung von § 17 Abs 2 SGB I für Gebärdensprachdolmetscher als Arbeitsassistenten (Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 30. Mai 2016 – 7 A 10583/15 –, juris ). Dieser Streit hat angesichts der bestehenden Knappheit an Dolmetschern für Gebärdensprache, aber auch in grundsätzlicher Hinsicht für die Betroffenen erhebliche Bedeutung, denn es geht um die Frage, warum die Leistung, die üblicherweise nach JVEG vergütet wird, im Rahmen einer Arbeitsassistenz schlechter (und nach nicht festgelegten Grundsätzen) vergütet werden soll, mit der Konsequenz, dass es ausgesprochen schwierig werden kann, entsprechende Dolmetscherleistungen überhaupt erhalten und faktisch in Anspruch nehmen zu können.

Leben in der Gemeinschaft. Dies verdeutlicht § 11 Abs 2 Satz 2 SGB 12; danach umfasst die aktive Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft auch ein gesellschaftliches Engagement. Es spielt mithin keine Rolle, dass durch etwaige Eingliederungshilfeleistungen die ehrenamtliche Tätigkeit mittelbar ‚gefördert‘ wird. Ob die Teilhabemöglichkeit in der Ausübung einer ehrenamtlichen Tätigkeit oder dem Besuch von Sportveranstaltungen oder Musikaufführungen besteht oder mit einer (sonstigen) aktiven Vereinsmitgliedschaft zusammenhängt, obliegt der Entscheidung des Behinderten. Er bestimmt selbst, was er in seiner Freizeit tut und welche Möglichkeiten zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft er ergreift. Gerade ältere, aus dem Arbeitsleben ausgeschiedene Menschen haben ein besonderes Bedürfnis, neue soziale Kontakte zu finden oder alte aufrechtzuerhalten, und nutzen die Möglichkeit, dies in ehrenamtlichen Tätigkeiten zu tun, um ihre Fähigkeiten sinnvoll und gewinnbringend einzusetzen und nicht auf das ‚Abstellgleis geschoben‘ zu werden.“ (BSG, Urteil vom 23. August 2013 – B 8 SO 24/11 R –)

Es ist schwer nachzuvollziehen und weist auf ein eingeschränktes Verständnis von Eingliederungshilfe hin, wenn in der Gesetzesbegründung argumentiert wird, dass hier Leistungen „in angemessenem Umfang“ bereitgestellt würden, die Ausübung eines Ehrenamtes aber nicht mit einer selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Bewältigung des Alltags gleichgesetzt werden dürfe. Auch ehrenamtliches Engagement und die Möglichkeit es auszuüben kann vielmehr ein Teil des Alltags sein und es ist eine Einschränkung (und damit eine Behinderung), wenn Menschen mit Einschränkungen, weil sie Assistenzbedarf haben, sich künftig mit den Trägern der Eingliederungshilfe darüber auseinandersetzen müssen, ob sie in der örtlichen Flüchtlingsinitiative tätig sein können, obwohl sie dafür Unterstützung benötigen, die von einer Assistentin oder einem Assistenten erbracht werden muss.

**Lösung:** Absatz 5 könnte gestrichen werden. Soll das Ehrenamt ausdrücklich erwähnt werden empfiehlt es sich, das bereits in Absatz 1 zu tun, beispielsweise nach „die Gestaltung sozialer Beziehungen, auch durch ehrenamtliche Betätigung, die persönliche Lebensplanung....“

Auch die alternative Formulierung des Bundesrates zu Paragraf 78 Abs. 5 SGB 9 n. F. ist gegenüber der Formulierung im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorzugswürdig. Allerdings erscheint eine Auflistung der entsprechenden Tätigkeitsbereiche im

1. Absatz klarer und wirft die Frage nach der unterschiedlichen Behandlung der verschiedenen Betätigungsfelder gar nicht erst auf. In

#### **c.) Leistungen nach § 113 Abs 2 Nr. 2 SGB 9 n.F. (Teil 2, Kapitel 6)**

Leistungen nach § 113 Abs 2 Nr 2 SGB 9 n.F. dienen als soziale Teilhabeleistungen im Rahmen der Eingliederungshilfe dazu, Menschen mit Behinderungen zu einer „möglichst selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Lebensführung im eigenen Wohnraum sowie in ihrem Sozialraum zu befähigen und sie hierbei zu unterstützen“. Auch wenn der Wortlaut anderes vermuten ließe, wird in § 113 Abs 3 SGB 9 n.F. festgehalten, dass die Leistungen „nach Nummer 1 bis 8“ sich nach §§ 77 bis 84 SGB 9 n.F. bestimmen, also im Fall der Assistenzleistungen nach § 78 SGB 9 n.F., so dass die dort angeführten Bestimmungen und Einschränkungen auch auf § 78 SGB 9 n.F. zu übertragen sind. Maßgeblich für die Leistungen sollen die Bedarfsermittlung und -feststellungen nach Teil 2 Kapitel 7 sein.

#### **d.) Persönliche Assistenz als gesondert geregelte Leistungsform**

Angesichts der umfassenderen Bedeutung von Assistenz im hier erwähnten Sinn und angesichts der inhaltlichen Regelungsdefizite für diese wichtige, aber auch komplexe Leistungsform erscheint es daher sinnvoll, eine eigene Vorschrift zur Persönlichen Assistenz zu schaffen, wie es das Forum behinderter Juristinnen und Juristen in seinem Vorschlag des § 29a SGB 9 n.F. getan hat (Stellungnahme Horst Frehe, S. 16 mit eingehender Begründung). Dieser Vorschlag wird hier ausdrücklich unterstützt.

#### **C.) Vorrang/Nachrang: Abgrenzung zu Leistungen der Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff. SGB 12**

In der Begründung zu § 78 SGB 9 n.F. wird unvermittelt, zwischen einem Absatz, der den Rahmen für Assistenz auf Basis einer pauschalen Geldleistung absteckt und einer Erklärung zum Bereich der Elternassistenz, festgestellt, dass Pflegebedürftige mit einem hohen Pflegeaufwand, die ein Arbeitgebermodell für ihre Pflege aufgebaut haben, diese Leistungen auch während eines vorübergehenden Aufenthalts im Krankenhaus erhalten (S. 261).

Der an dieser Stelle unvermittelt wirkende Exkurs lenkt den Blick darauf, dass Assistenz in der Pflege im Regelfall gerade nicht Gegenstand der §§ 78, 113 SGB 9 n.F. ist, sondern in der Hilfe zur Pflege der Sozialhilfe (§§ 61 ff. SGB 12) verortet bleibt. Die §§ 61 bis 66 SGB 12 sollen denn auch durch das PSG III

weitgehend den Bestimmungen der Pflegeversicherung angenähert werden – nicht etwa dem Assistenzbegriff des BTHG-E.<sup>2</sup>

Gleichzeitig existieren aber Überschneidungen zwischen sozialhilfrechtlicher Hilfe zur Pflege und Eingliederungshilfe, die es auch im Rahmen der gegenwärtigen Regelungen gibt, ohne dass das – sieht man von wenigen Ausnahmen ab – allerdings gravierende Folgen hätte, da der Leistungsträger für Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege rechtlich identisch ist, so dass hier regelmäßig eine Abstimmung möglich wird. Diese Voraussetzung ist künftig nicht mehr zwingend gegeben, wenn die Eingliederungshilfe nach Teil II des BTHG-E gewährt wird, wo nach § 94 SGB 9 n.F. die Länder die zuständigen Träger erst noch bestimmen müssen, die Hilfe zur Pflege aber größtenteils dem Sozialhilfeträger obliegt.

#### **a.) Nachrang der EGL in § 91 SGB 9 n.F.**

§ 91 SGB 9 n.F. bestimmt nunmehr einen Nachrang der Eingliederungshilfe, der in § 91 Abs 3 SGB 9 n.F. dahingehend konkretisiert wird, dass „im häuslichen Umfeld“ die Leistungen der verschiedenen Träger der Pflege (auch die Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12) der Eingliederungshilfe vorgehen. Eine Ausnahme soll vorliegen, wenn „bei der Leistungserbringung die Erfüllung der Eingliederungshilfe im Vordergrund (steht)“. Außerhalb des häuslichen Umfelds gehen dagegen die Leistungen der Eingliederungshilfe den Leistungen der Pflegeleistungsträger vor.

Die Umsetzung dieser Form von Bestimmung des Nachrangprinzips dürfte in vielen Fällen schwierig sein, die Vorstellung der Gesetzesbegründung es sollten „einheitliche Lebenszusammenhänge“ nicht zerrissen werden, ist ein klar formulierter Auftrag, der Gesetzeswortlaut wird die Zuordnung in der Praxis nicht einfach machen.

Gerade in den Assistenzmodellen, in denen es darum geht, eine ganzheitliche Leistung zu erbringen, die an sich ermöglicht, dass Menschen mit Behinderungen und Unterstützungsbedarf selbstbestimmt leben, ist für die Leistungserbringung in der Regel nicht festzustellen, ob „pflegefachliche“ oder „teilhabeorientierte Fachkenntnisse“ erforderlich sind, weil oftmals keines erforderlich sein wird – gerade im Arbeitgebermodell kommt es ja auch darauf an, dass der oder die Betroffene selbst (ggf. mit Unterstützung) ihre Assistenten selbst angelernt haben. Die Unterstützung bei Toilettengang zu Hause vor dem Zubettgehen, während einer Doppelkopfrunde

am Küchentisch oder bei einem Besuch in der Oper ist jeweils ohne besondere pflegefachliche oder psychosoziale Kenntnisse zu erbringen, die Bestimmung der Leistungsträger dürfte aber schwierig ausfallen, denn selbst wenn sich Schwerpunkte ermitteln lassen, wird auf jeden Fall ein einheitlicher Lebenszusammenhang zerrissen. Auch der Bezug zur Wohnung ist kein hilfreiches Kriterium, weil oftmals nicht absehbar ist, wie oft jemand das häusliche Umfeld verlassen wird, diese Konstellationen von Tag zu Tag oder von Woche zu Woche ganz unterschiedlich ausfallen können.

Hier drohen Auseinandersetzungen zwischen Leistungsträgern und zwischen Leistungsträgern und Leistungsberechtigten, die möglicherweise auch zu Lasten der Betroffenen ausgehen können. Das gilt angesichts der gegenwärtigen Erfahrungen insbesondere für Leistungen des nachts, für Leistungen, in denen die Eingliederungshilfe bei mehrtägigen Touren rund-um-die-Uhr in Anspruch genommen werden soll oder für Leistungen, bei denen ein schneller, aber nicht immer klar vorhersehbarer Wechsel von teilhabeorientierter und pflegerischer Leistung erfolgen muss.

#### **b.) Lösung für erwerbstätige Menschen mit Behinderungen in § 103 Abs. 2 SGB 9 n.F.**

Eine eindeutige Lösung, die den Grundsatz der Leistung aus einer Hand nachvollziehbar umsetzt, regelt das BTHG-E in § 103 Abs 2 SGB 9 n.F., dass für den Fall, dass Leistungen der außerhalb einer Räumlichkeit im Sinne von Paragraph 43a SGB 11 (also einer stationären Pflegeeinrichtung) erbracht werden, die Eingliederungshilfeleistung auch die Leistung der Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12 umfasst, soweit der Leistungsberechtigte Einkommen aus selbstständiger oder nichtselbstständiger Tätigkeit (bzw. kurzfristiges Erwerbserstatzeinkommen) bezieht, das die Geringfügigkeitsgrenze des Paragraphen 8 SGB 4 übersteigt. Diese Lösung greift aber zu kurz und diskriminiert den zeitweise privilegierten Personenkreis ab Rentenbezug.

#### **c.) Lösung des Bundesrats (Nr. 33): Keine (zusätzliche) Altersdiskriminierung**

Der Entwurf des Bundesrates (Drs. 428/16, S. 29f.) regelt in Absatz 3 das Verhältnis von Leistungen der Pflegeversicherung zu den Leistungen der Eingliederungshilfe. Wichtig ist hier, dass bei Zusammentreffen beider Leistungsarten trotz des Vorrangs der Leistungen der Pflegeversicherung, der Leistungsbe-

<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang ist vor allem festzuhalten, dass die Unterscheidung zwischen sozialhilfrechtlichem und pflegeversicherungsrechtlichem Pflegebegriff aufgegeben worden ist. § 61 Abs 1 Satz 2 SGB 12 enthält eine Öffnungsklausel („geringeren Bedarf als nach Satz 1 haben der der Hilfe für andere Verrichtungen als nach Absatz 5 bedürfen“), die in der Praxis höchst bedeutsam ist und sicherstellt, dass auch atypische Lagen oder Konstellationen, die von der Pflegeversicherung systematisch nicht erfasst werden, zuverlässig berücksichtigt werden. Das mag insofern weniger gravierend erscheinen, als der Pflegebegriff des SGB 11 modernisiert und von der Fixierung auf einzelne, im Zeittakt zu bestimmende Verrichtungen losgelöst worden ist. Ob der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff in der praktischen Anwendung tatsächlich eine umfassende Lösung sicherstellt und keine neuen Leistungslücken reißt, ist schwer zu prognostizieren. Jedenfalls enthält das SGB 12I nunmehr in §§ 61 a, 61 b SGB 12-E keine Formulierung mehr, die gleichermaßen sicherstellt, dass auch ein Unterstützungsbedarf abgedeckt wird, der durch Pflege oder Assistenz zu decken wäre, der aber von den Kriterien des neuen pflegeversicherungsrechtlichen Pflegebegriffs nicht oder nicht ausreichend erfasst wird.

rechtigte den Eingliederungshilfeträger als Ansprechpartner hat. Das ist wichtig, weil nur so sichergestellt werden kann, dass der oder die Leistungsberechtigte nur einen Ansprechpartner hat. Der Träger Eingliederungshilfe ist insoweit der bessere Ansprechpartner, als in der Regel die Leistungen der Eingliederungshilfe umfangreicher sein werden.

Wichtiger allerdings (und problematischer) erscheinen die neu einzuführenden Abs. 4 und 5. Hier geht es um das Verhältnis von Leistungen der Hilfe zur Pflege nach SGB 12 und Eingliederungshilfe. Das ist deswegen entscheidend, weil für Leistungen der Hilfe zur Pflege nach SGB 12 andere, für die Leistungsempfänger nachteiligere, Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften gelten. In Abs. 4 werden 2 Gruppen von Berechtigten unterschieden. Unterscheidungskriterium ist das Alter, Bezugspunkt ist die Regelaltersgrenze nach Paragraph 35 SGB 6 – derzeit ist diese bei Vollendung des 67. Lebensjahres erreicht. Leistungsberechtigte, die vor Erreichen der Altersgrenze Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe (EGL) haben, sind diese Leistungen gegenüber der Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12 vorrangig. Dieser Vorrang bleibt auch für das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus bestehen – allerdings nur so weit und solange die Ziele der Eingliederungshilfe erreicht werden können. Wichtig ist, dass in diesem Zusammenhang auch geregelt wird, dass die Eingliederungshilfe dann auch die erforderliche Pflegeleistung umfasst. Das gilt allerdings nicht, wie sich aus Abs. 6 ergibt, für Menschen die in vollstationären Pflegeeinrichtungen leben, denn deren Bedarf soll ungeachtet ihres Lebensalters weiterhin vorrangig durch Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12 gedeckt werden.

Abs. 5 regelt, dass bei Personen, die erstmals nach Erreichen der Regelaltersgrenze Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe haben diese Leistungen gegenüber der Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12 nachrangig sind.

Im Ergebnis werden dadurch die Bezieher von Eingliederungshilfeleistungen, die erstmals vor dem 67. Lebensjahr Leistungsberechtigte sind und die nicht in einer vollstationären Pflegeeinrichtung leben, gegenüber Menschen bevorzugt, die erst nach dem 67. Lebensjahr erstmals Leistungsansprüche für Eingliederungshilfeleistungen erhalten. Für sie gilt nämlich die höhere Einkommens- und Vermögensgrenze der Paragraphen 135-140 SGB 9 n.F..

Diejenigen, die erst nach dem 67. Lebensjahr die Voraussetzungen für Eingliederungshilfeleistungen erfüllen sind gegenüber der 1. Gruppe, die schon vorher Leistungen der EGL bezogen hat, benachteiligt. Denn bei Ihnen sind die Leistungen der Eingliederungshilfe nachrangig gegenüber der Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12 und werden deswegen aller Voraussicht nach gar nicht erst bewilligt.

Gleichzeitig gelten für sie, weil damit auch die Eingliederungshilfe nicht die erforderliche Pflegeleistung umfassen kann, weiterhin die Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften des SGB 12. Diese sind gegenüber denen des SGB 9 aber deutlich nachteiliger unter anderem auch, weil das Einkom-

men der Ehegatten oder des Ehegatten (bzw. des Lebenspartners oder der Lebenspartnerin) angerechnet werden, aber auch weil die Einkommens- und Vermögensfreigrenzen spürbar niedriger sind.

Betrachtet man die Lage eines Menschen, der mit beispielsweise 70 Jahren erblindet oder bei dem eine fortschreitende Demenz diagnostiziert wurde und der nun Leistungen der Eingliederungshilfe beantragt, der aber auch Leistungen der Hilfe zur Pflege benötigt, einmal nach den Regelungen des BT-Drs. 18/9522 und einmal nach den Vorschriften des Bundesrates ergibt sich Folgendes:

Nach den Regelungen des Bundesrates besteht kein Zweifel daran, dass für diesen 70jährigen Betroffenen Leistungen der Hilfe zur Pflege wegen seines hohen Erstbezugsalters vorrangig sind. Damit ist sicher, dass sie den Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften des SGB 12 unterfällt – und auch sein Lebenspartner, der 10 Jahre jünger ist und in einer Managerposition arbeitet, mit seinem Einkommen und Vermögen mit für die Behinderung haftet.

Nach den Regelungen des Regierungsentwurfes ist die Lage schwieriger. Hier kommt es darauf an, ob der Betroffene Einkommen aus selbstständiger oder nicht selbstständiger Tätigkeit bezieht (§ 103 Abs 2 SGB 9 n.F.). Es geht hier also offenbar nicht allgemein um den Bezug von Einkommen nach § 135 SGB 9 n.F. - wozu auch Renten und andere sonstige Einkünfte nach § 22 EStG gehören. Insofern greift hier § 103 Abs 2 SGB 9 n.F. (eine Vorschrift, die, folgt man dem Entwurf des Bundesrates, gestrichen werden soll) nur, wenn der 70jährige, was ja nicht ausgeschlossen, aber voraussichtlich eher selten vorkommen wird, noch Einkünfte aus selbstständiger oder nicht selbstständiger Tätigkeit bezieht, mit der Folge, dass bei Leistungen der EGL außerhalb einer Einrichtung im Sinne des § 43a SGB 11 diese auch die Leistungen der Hilfe zur Pflege umfassen würden. Das hätte, für diese vermutlich recht kleine Gruppe von Menschen zur Folge, dass die schärferen Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften des SGB 12 im Regierungsentwurf für sie nicht greift und EGL gewährt werden würde. Für den größeren Kreis von Menschen, die z.B. Altersrenten aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen, würde § 103 Abs 2 SGB 9 n.F. nicht greifen, mit der Folge, dass dieser – größere - Personenkreis nach dem Regierungsentwurf dem § 91 SGB Abs 3 SGB 9 n.F. unterfallen würde. Das hätte zur Folge, dass im häuslichen Umfeld für sie Leistungen der Pflegeversicherung und der Hilfe zur Pflege nach dem SGB 12 vorgehen – mit der Konsequenz, dass die Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften des SGB 12 auch durchschlagen und u.U. gar keine EGL geleistet wird. Hier würde sich – trotz einer wenig konkreten Ausnahmeklausel („es sei denn bei der Leistungserbringung steht die Erfüllung der Aufgaben der EGL im Vordergrund“) – die Lage der Betroffenen zwischen Anwendung der Bundesratsvorschriften und der der Bundesregierung wohl kaum unterscheiden (immerhin hat die Regelung der Bundesregierung eine Ausnahmemöglichkeit). Allerdings zeigt das auch die höchst bedenklichen Grenzen der Regelung des § 102 Abs 3 auf: Menschen mit

Behinderungen profitieren solange sie erwerbstätig sind und daraus Einkünfte haben von den großzügigeren Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften der EGL. Im Alter, wenn sie ihre Renten beziehen, unterfallen sie aber wieder dem SGB 12 – und damit wird dann auch Einkommen und Vermögen ihrer Lebenspartner wieder angerechnet.

Menschen, die einen EGL-Bedarf erst nach dem 67. Geburtstag haben, die aber keine Renten beziehen oder so geringe Renten, dass sie die Geringfügigkeitsgrenze nach § 8 SGB IV (derzeit 450 EUR) nicht übersteigen, werden mit Blick auf den Regierungsentwurf nicht in die Reichweite des § 103 Abs 2 SGB 9 kommen. Für sie wäre dann § 91 Abs 3 SGB 9 einschlägig, was für sie die gleichen Folgen hätte, wie für die Menschen, die EGL schon vor einer Altersgrenze bezogen haben. Auch hier würde sich – trotz einer wenig konkreten Ausnahmeklausel – die Lage der Betroffenen zwischen Anwendung der Bundesratsvorschriften und der der Bundesregierung wohl kaum unterscheiden (immerhin hat die Regelung der Bundesregierung eine Ausnahmemöglichkeit).

Im Ergebnis löst der Bundesratsentwurf also ein Problem für viele Menschen, die vor dem 67. Lebensjahr Beeinträchtigungen bekommen haben, aus denen sich ein EGL-Bedarf ergibt, wenn sie keine eigenen, über der Geringfügigkeitsgrenze liegenden Einkünfte aus selbstständiger oder nichtselbstständiger Tätigkeit haben: sie werden dennoch nicht in die Regelungen der Sozialhilfe abgedrängt und können dadurch Vermögen in gewissem Umfang (50.000 EUR) er- und behalten (Einkommen haben sie ja gerade nicht). Der Bundesratsentwurf verhindert auch die Altersdiskriminierung, die im Entwurf der Bundesregierung in § 103 Abs 2 SGB 9 angelegt ist: hier geht mit altersbedingtem Bezug von Rentenleistungen statt Einkommen aus selbstständiger/ nichtselbstständiger Tätigkeit die Privilegierung der Betroffenen nach § 103 Abs 2 SGB 9 n.F. verloren – mit gravierenden Folgen auch für die Lebens-/Ehepartner, die dann ebenfalls der Einkommens- und Vermögensanrechnung unterfallen. Im Alter verschlechtern sich die Lebensverhältnisse dieser Gruppe von Leistungsberechtigten zwingend dramatisch. Zwar sieht auch der Bundesratsentwurf in § 91 Abs 4 SGB 9 n.F. vor, dass Eingliederungshilfe nur solange die erforderliche Pflegeleistung mitumfasst, wie die Ziele der Eingliederungshilfe erreicht werden können (auch hier fallen die Betroffenen danach in das SGB 12 Anrechnungssystem zurück) – allerdings dürfte das nur für eine vergleichsweise kleine Gruppe relevant sein, denn Teilhabe wird in der Regel ja ein lebenslanges Projekt sein.

Für Menschen, die in höherem Alter durch eine Beeinträchtigung leistungsberechtigt für EGL werden, erweist sich die Bundesratsregelung zwar als Benachteiligung gegenüber jüngeren Beziehern von EGL – sie stehen sich andererseits aber voraussichtlich nicht schlechter als bei Einführung der von der Bundesregierung eingeführten Regelung.

Insofern erscheint die Bundesratsregelung zwar einerseits bedenklich, weil sie Alter als Unterscheidungskriterium heranzieht, ohne dass es hierfür eine andere als eine fiskalische Rechtfertigung gibt. Die damit bewirkte Benachteiligung wegen des Alters

führt aber voraussichtlich zu keinen Leistungsnachteilen gegenüber der von der Bundesregierung geplanten Regelung. Für eine andere Gruppe, die der gegenwärtig nach § 103 Abs 3 SGB 9 n.F. nur für die Zeit des Bezugs von Erwerbseinkommen aus dem SGB 12-Anrechnungssystem bewahrten Menschen mit Pflege- und Eingliederungshilfebedarf, verhindert die Bundesratslösung dagegen die (etwas verstecktere Form der) Altersdiskriminierung, die mit Wechsel von Erwerbseinkommen zu Altersrente (aber auch von Erwerbseinkommen z.B. zu Erwerbsminderungsrente oder Arbeitslosengeld) verbunden sein wird.

**Lösung:** Insofern sollte die Bundesratslösung modifiziert werden – ist dann aber entschieden zu unterstützen. Die Modifikation betreffen die Absätze 5 und 6 in denen formuliert werden muss, dass hier ggf. Eingliederungshilfeleistungen neben Leistungen der Hilfe zur Pflege gewährt werden müssen, auch wenn diese Menschen im SGB 12-Anrechnungssystem verbleiben.

Sollte die Bundesratsregelung nicht übernommen werden, wäre § 103 Abs 2 SGB 9 n.F. dahingehend zu modifizieren, dass die Eingliederungshilfeleistung immer dann auch die Pflegeleistung umfasst, wenn der Leistungsberechtigte Einkommen im Sinne von § 2 Abs 1 EStG bezieht (damit würde vermieden, dass Menschen mit Behinderungen, die erwerbstätig waren, im Alter wieder den restriktiven Einkommens- und Vermögensanrechnungsvorschriften des SGB 12 unterfallen (und dann auch ihre Lebens- oder Ehepartner wieder zur Zahlung von Pflegekosten herangezogen werden).

##### 5. Beiträge aus Einkommen und Vermögen (§§ 135 bis 142 SGB 9 n.F.)

„Der Ausschuss ist besorgt darüber, dass Menschen mit Behinderungen **zusätzliche behinderungsbedingte Aufwendungen selbst tragen**, insbesondere Aufwendungen für eine unabhängige Lebensführung. Der Ausschuss empfiehlt dem Vertragsstaat, umgehend eine Prüfung des Umfangs vorzunehmen, in dem Menschen mit Behinderungen ihr persönliches Einkommen verwenden, um ihre Bedürfnisse zu decken und unabhängig zu leben. Der Ausschuss empfiehlt dem Vertragsstaat ferner, Menschen mit Behinderungen soziale Dienstleistungen anzubieten, die ihnen den gleichen Lebensstandard ermöglichen wie Menschen ohne Behinderungen mit vergleichbarem Einkommen.“ (Nummern 51, 52)

Die Anrechnung von Einkommen und Vermögen von Menschen mit Behinderungen, die Leistungen der Eingliederungshilfe oder Assistenzleistungen in Zusammenhang mit Pflege benötigen, ist mit der UN-BRK und ihrem Verständnis von Behinderung nichts vereinbaren – weswegen dem Antrag von Bündnis 90/ Die Grünen zuzustimmen ist, die eine einkommensunabhängige Gewährung von Teilhabeleistungen verlangen.

Wenn Behinderung durch das Zusammenspiel von Beeinträchtigungen und Barrieren entsteht, wie es im neuen, menschenrechtlich geprägten Behinderungsbegriff klar formuliert wird, ist es eine Benachteiligung der Menschen mit Behinderungen, wenn

sie mit ihrem Einkommen und Vermögen herangezogen werden um Leistungen zu erhalten, die in rechtlicher Hinsicht gesehen angemessene Vorkehrungen sind, die überhaupt erst eine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ermöglichen. Ein menschenrechtlich geprägtes Behinderungsbild, in dem Menschen mit Behinderungen nicht als defizitäre Wesen gesehen werden, sondern als selbstständige Individuen, die gleichberechtigter Teil einer Gesellschaft auf dem Weg in die Inklusion sind, die aber für ihre Selbstständigkeit und zur Überwindung von Barrieren, die in der Gesellschaft in reichlichem Maße vorhanden sind, Assistenz benötigen, passt nicht zur Heranziehung von Einkommen und Vermögen von Menschen mit Behinderungen. Diese Heranziehung würde nur dann Sinn machen, wenn man die Betroffenen in irgendeiner Art und Weise als durch die Leistungen privilegiert gegenüber anderen Menschen ansieht oder der Auffassung ist, dass sie selbst Verursacher der Beeinträchtigungen und Barrieren sind, deren Wechselspiel die zu Behinderung hervorruft, die den Assistenzbedarf im Wesentlichen schafft.

Angesichts dessen sind die Einkommens- und Vermögensanrechnung, die in den Paragraphen 135 SMS SGB 9 n. F. vorgenommen werden im Ansatz verfehlt. Zu fordern ist, dass eine Einkommens- und Vermögensanrechnung für Leistungen der Eingliederungshilfe und der Hilfe zur Pflege überhaupt nicht stattfindet. Erschwerend kommt hinzu, dass verschiedene Formen von Assistenz, ohne dass hierfür ein über die unterschiedliche Ausgestaltung der jeweiligen Normen hinausgehender sachlicher Grund ersichtlich wäre, unterschiedlich gewertet werden. Während die Arbeitsassistenz zu keiner Einkommens- und Vermögensanrechnung führt, hat die Assistenz im Rahmen der Eingliederungshilfe privilegierte Einkommens und Vermögensanrechnung-Grundsätze und die Assistenz im Rahmen der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege wird gegenüber der Assistenz im Rahmen der Eingliederungshilfe mit höheren Eigenanteilen (auch von Lebens- bzw. Ehepartnern) belegt.

Zu den Vorschriften im Einzelnen ist festzustellen:

#### **A.) Freilassung des Einkommens von Ehe-/Lebenspartnern**

Die im BTHG-E in § 137 Abs. 1 SGB SGB 9 n.F. vorgesehene Freilassung des Einkommens und Vermögens von Dritten ist sachgerecht.

#### **B.) Vermögen**

Die Liste der beitragsfreien Aufwendungen nach § 138 Abs 1 ist zu eingeschränkt. Insbesondere Teilhabeleistungen zu Bildung müssen umfassend freigestellt werden, angesichts des hohen Wertes gerade von Bildung für Menschen mit Behinderungen. Dass hier nur eine entsprechende Grund-Schul-Bildung privilegiert werden soll, entspricht gerade mit Blick auf die hohe Zahl arbeitsloser Menschen mit erheblichen Behinderungen nicht den Anforderungen des Benachteiligungsverbots. In § 139 SGB 9 n.F. fehlt die Öffnungsklausel des § 90 Abs 3 S 2 SGB 12, die in Fällen besonderer Härte und mit Blick auf die möglich bleibende angemessene Lebensführung eine Ausnahmeregelung trifft. Diese Regelung wird nicht

unnötig, weil der nicht heranzuziehende Vermögensbetrag insgesamt bis etwa 50.000 EUR heraufgesetzt worden ist. Dieser Betrag, kann nach persönlicher Lage und besonderen, ggf. auch behinderungsbedingten Bedürfnissen, durchaus deutlich zu niedrig sein. Er ist beispielsweise geringer als die Kosten eines behindertengerecht umgebauten Kraftfahrzeuges, das sich mit einem E-Rollstuhl befahren lässt. Auch mit Blick auf das durchschnittliche Bruttovermögen pro Haushalt von 240.000 EUR, sowie das durchschnittlich Erben von 363.000 EUR (Zahlen 2015, Statistisches Bundesamt) sind 50.000 EUR durchaus eine überschaubare Größenordnung. Die Schaffung einer angemessenen Altersvorsorge ist mit einem Betrag in dieser Höhe nicht möglich.

Es besteht zudem die Gefahr, dass bei Erhöhung der Freibeträge auf diese Höhe zusätzliche Ansparmöglichkeiten (z.B. für ein Auto, Wohnungsumbauten oder Erweiterungen) nicht mehr genehmigt werden.

**Lösung:** Keine Heranziehung des Vermögens. Andernfalls wäre das Vermögen in Höhe des vom Statistischen Bundesamt erfassten durchschnittlichen Haushaltsvermögens zum Schonvermögen zu erklären.

#### **C.) Einkommen**

Als Einkommen wird hier die Summe der Einkünfte des Vorvorjahres nach § 2 Abs 2 EStG bezeichnet. Das erscheint nicht sachgerecht. Stattdessen sollte, wenn überhaupt, das zu versteuernde Einkommen nach § 2 Abs 5 EStG Grundlage eventueller Berechnungen sein. Die Freibeträge für unterhaltsberechtigte Lebenspartner und Kinder sind gering und im Ergebnis unter der Grenze der Werte der Düsseldorfer Tabelle.

Insgesamt ist festzustellen, dass durch § 136 Abs 2 SGB 9 n.F. schon die Bezieher von knapp durchschnittlichen Einkommen (29.600 EUR jährlich = 85 % der jährlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs 1 SGB IV) zu den Aufwendungen der Eingliederungshilfe herangezogen werden. Familien werden dabei angesichts der vergleichsweise niedrigen Freibeträge aus § 136 Abs 3 und 4 SGB 9 n.F. tendenziell stärker benachteiligt, jedenfalls keineswegs, wie es zu erwarten gewesen wäre, durch großzügige Kinderfreibeträge privilegiert.

Von dem Einkommen wird sodann nach § 137 Abs 2 BTHG ein zweiprozentiger monatlicher Eigenbetrag festgesetzt, der vom Leistungsberechtigten entrichtet wird. Schon bei einem für Akademiker keineswegs ungewöhnlich hohen Einkommen von 60.000 EUR jährlich, das den Grenzwert aus § 136 Abs 2 SGB 9 n.F. um 30.400 EUR übersteigt, würden so pro Monat 608 EUR monatlich Eigenbetrag zu Leistungen der Eingliederungshilfe anfallen. Im Ergebnis wird dieser Betrag noch deutlich höher ausfallen, da eventuelle Beträge, die dennoch bei angemessener Lebensführung als Vermögen angespart werden könnten, schließlich zu Vermögen werden, das nach § 140 SGB 9 n.F. in erheblichem Umfang eingesetzt werden muss.

Beispielsrechnungen von NITSA e.V. haben ergeben, dass nach dem neuen Recht (nach Verstreichen des

Übergangsrechts) vor allem die Gruppe der besonders schwer behinderten Menschen (die in Pflegestufe 3 eingruppiert sind) ab einem Bruttoeinkommen von 3500 EUR monatlich mit höheren Beträgen zur Mitfinanzierung ihrer Assistenz herangezogen werden, als das gegenwärtig der Fall ist. Handelt es sich bei 3500 EUR brutto noch um 40 bis 140 EUR monatlich Mehrkosten, sind es bei einem Bruttoeinkommen von 6000 EUR bereits 440 bis 640 EUR (vgl.: [http://nitsa-ev.de/wp-content/uploads/2016/08/2016\\_08\\_01\\_Ausschuss\\_fuer\\_Arbeit\\_und\\_Soziales\\_BMAS\\_EkAnr.pdf](http://nitsa-ev.de/wp-content/uploads/2016/08/2016_08_01_Ausschuss_fuer_Arbeit_und_Soziales_BMAS_EkAnr.pdf)) Dass das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung zu deutlich günstigeren Beträgen kommt, hat mehrere Ursachen. Zum einen rechnet das BMAS in seinen Fallbeispielen aufgrund von statistischen Durchschnittswerten mit Mieten von 400 EUR/Monat, die aber gerade für Menschen mit einem hohen Assistenzbedarf unrealistisch sind, da diese ja auch einen höheren Quadratmeterbedarf haben, weil sie sich mit dem Rollstuhl in der Wohnung bewegen können müssen und die auch arbeitsrechtlichen Gründen ein Ruhezimmer für ihre Assistenten benötigen. Außerdem betrachtet das BMAS nicht die Heranziehung von Menschen mit Pflegestufe 3 nicht gesondert. Das wäre aber erforderlich, weil deren Situation durch das geltende Recht insofern verbessert wird, als in § 87 Abs 1 S 3 SGB 12 die Heranziehung von maximal 40 % des Einkommens über der Einkommensgrenze erlaubt ist, in vielen Fällen sind es aber auch nur 10 oder 20 %. Diese Werte hat NITSA mit einberechnet und ist deswegen zu deutlich weniger günstigen Ergebnissen gekommen.

Dass es einen Bestandsschutz für Bezieher von Leistungen gibt, die heute schon Leistungen beziehen, kann bei diesen verhindern, dass sie schlechter gestellt werden. Für Menschen mit Behinderungen deren Bedarf erst in ein, zwei Jahren anfällt oder später, ändert das aber nichts daran, dass sie dann gegenüber den heutigen Leistungsempfängern benachteiligt werden.

**Lösung:** Eine Heranziehung des Einkommens sollte unterbleiben. Sollte weiterhin das Einkommen des betroffenen Einkommensbeziehers herangezogen werden, sollte zum einen die Regelung des § 87 S. 3 SGB 9 n.F. für die in hohem Maße pflegebedürftigen Betroffenen auch in die Eingliederungshilfe übernommen werden, so dass maximal 40 % des Einkommens über der Einkommensgrenze herangezogen werden können. Ergänzend wäre daran zu denken, einen niedrigeren Beitrag, beispielsweise in Höhe von 1,5 oder 1 %, des Einkommens über der Einkommensgrenze heranzuziehen.

#### UN-BRK und Vermögen/Einkommen

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit den oben erwähnten Anrechnungsmethoden den Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention und auch den Abschließenden Bemerkungen des UN-Behindertenrechtsausschusses nicht gerecht wird.

In den Anmerkungen zu Artikel 28 zeigt sich der Ausschuss besorgt darüber, dass Menschen mit Behinderungen zusätzliche behinderungsbedingte Aufwendungen selbst tragen müssen, insbesondere die

Aufwendungen für eine unabhängige Lebensführung. Das sind die Kosten der Eingliederungshilfe und der Assistenz. Der Ausschuss empfiehlt daher eine Prüfung des Umfangs vorzunehmen, in dem Menschen mit Behinderungen ihr persönliches Einkommen verwenden, um ihre Bedürfnisse zu decken und unabhängig zu leben. Das heißt keineswegs, dass der Ausschuss davon ausgeht, dass ein gewisser Eigenanteil verbleiben könne. Im folgenden Satz wird nämlich vorgeschlagen soziale Dienstleistungen anzubieten, die den Leistungsberechtigten den gleichen Lebensstandard ermöglichen wie Menschen ohne Behinderungen mit vergleichbarem Einkommen. Diesem Maßstab wird die vorgesehene Regelung nicht gerecht.

Das gilt insbesondere mit Blick auf die im PSG III-E vorgesehene Regelung des § 66a SGB 12-E, die für Bezieher von Hilfe zur Pflege einen zusätzlichen Vermögensbeitrag von 25.000 EUR vorsehen, keine Einkommensprivilegierung für die Ehepartner von Menschen mit Behinderungen, die Hilfe zur Pflege-Bedarf nach §§ 61 ff SGB 12 haben und eine andere Form der Einkommensanrechnung.

Da im Ergebnis viele Bezieher von Eingliederungshilfe auch Bezieher von sozialhilferechtlicher Hilfe zur Pflege sein werden, kommen ihnen die Privilegierungen der Eingliederungshilfe nicht oder nur teilweise zugute.

Aber auch diese „Privilegierung“ gegenüber der sozialhilferechtlichen Anrechnung ist im Ergebnis diskriminierend und zwar einerseits, weil das verfügbare Einkommen wegen der Behinderung durch Eigenbeteiligungen, die der Überwindung von (gesellschaftlichen) Barrieren dienen, gegenüber Menschen ohne Behinderung in ansonsten gleicher Lage reduziert ist. Andererseits ist aber auch innerhalb der Gruppe der Menschen mit Behinderungen auffällig, dass als fürsorgerechtlicher Normalfall der Menschen mit Behinderung mit geringem Einkommen gesehen wird, bei dem das diskriminierungspotenzial gering angesetzt wird, während Menschen mit Behinderung, die bestimmte Ziele der Inklusion und Eingliederungshilfe erreicht haben – Arbeitsplatz, durchschnittliches oder überdurchschnittliches Einkommen, Familie, Kinder, ein gewisses Vermögen – stärkeren Diskriminierungen ausgesetzt sind, indem sie für ihre Behinderung und die Überwindung entsprechender Barrieren zu immer größeren Teilen selbst aufkommen müssen.

**Lösung:** Abschaffung der Einkommens- und Vermögensanrechnung bzw. -beteiligung von Menschen mit Behinderung.

#### 6. Persönliches Budget / § 29 SGB 9 n.F.

Hier taucht das Problem Arbeitgebermodell nach § 66 Abs 4 Satz 2 SGB 12 auf: Soll dieses Modell, das rechtlich gesehen ein Persönliches Budget ohne Zielvereinbarung darstellt, weiterhin in dieser Form existieren (was zu fordern wäre) oder nicht? Im PSG III wird das Arbeitgebermodell in § 63b Abs 4 SGB XII erwähnt, es wird aber auch dort nicht ausgeführt wo der Unterschied zum ebenfalls erwähnten Persönlichen Budget liegen soll.

Derzeit ist es rechtlich so, dass das Arbeitgebermodell auf Basis des SGB XII Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff SGB 12 ) überall dort funktioniert/ funktionieren kann, wo nicht zusätzlich andere Leistungsträger (insbesondere GKV, Integrationsamt – anders die Lage bei Pflegekassen) in Anspruch genommen werden und die Sozialhilfe allein die Kosten der Assistenz trägt (sei es als reine Hilfe zur Pflege, sei es in einer Kombination von Hilfe zur Pflege /EGL).

In § 29 Abs 1 SGB 9 n.F. wird ausdrücklich die Budgetfähigkeit der Hilfe zur Pflege erwähnt. Das muss kein Abschied von der Idee des „klassischen“ Arbeitgebermodells sein, denn budgetfähig sind die Leistungen auch heute. Es kann aber so gedeutet werden, insbesondere, weil sich die Problematik Abgrenzung HzP/ EGL aufgrund der Neukonzeption des SGB 9 künftig anders stellt, da es sich hier oftmals nicht mehr um die Leistung eines Trägers handeln wird.

Die Frage hat deswegen Relevanz, weil das PB formale Anforderungen stellt, deren Bedeutung von der Rechtsprechung auch unterstrichen werden, die dem Arbeitgebermodell an sich fremd sind.

Diese formalen Probleme können an Bedeutung gewinnen, wenn § 29 Abs 4 SGB 9 n.F. in der jetzt vorliegenden Form beschlossen wird (siehe dazu 1.)

Ein besonderes Problem stellt in diesem Zusammenhang die Zielvereinbarung dar. In § 29 Abs 4 wird ausweislich der Gesetzesbegründung die Zielvereinbarung gesetzlich fundiert, da die BudgetVO aufgehoben werden wird. Die Zielvereinbarung ist aber mit Blick auf die Assistenz angeht kein hilfreiches Instrument.

In der Praxis erweist sich schon ihr Charakter als (öffentlich-rechtlicher) Vertrag als Problem. Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen wird ein Gleichordnungsverhältnis vorausgesetzt, das dann dazu führen soll, dass Verwaltung und Vertragspartner auf Augenhöhe miteinander verhandeln können. Im Fall der Assistenz kann von einer Gleichordnung aber nicht ausgegangen werden, da die Menschen mit einem Anspruch auf Assistenz diese existentiell benötigen, die Verwaltung aber nicht. Angesichts dessen hat die Verwaltung, die in der Praxis regelmäßig die Vorgaben für die Zielvereinbarung macht, mit der Zielvereinbarung ein Instrument in der Hand, mit dem sie zusätzlich auf den Betroffenen einwirken kann – mit der besonderen Problematik, dass dieser oder diese zustimmen müssen, da sie sonst die für sie erforderliche Leistung nicht erhalten.

Da der Verwaltung dagegen keinen Handlungsdruck hat, haben die Betroffenen ihrerseits kein Mittel in der Hand, um im Rahmen der Zielvereinbarung steuernd Einfluss zu nehmen oder gar eigene Ziele vorzugeben.

Als besonders problematisch erweist sich das gegenwärtig, wenn die Leistungsträger in der Zielvereinbarung ein bestimmtes Kostenniveau oder eine Stundenzahl festzuschreiben, die unterhalb dessen liegen, was die Leistungsberechtigten selbst als erforderlich ansehen. Regelmäßig kommt es dann zu keiner einvernehmlichen Zielvereinbarung und damit auch nicht zu einem Persönlichen Budget. Für den

Bereich der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege muss das kein Problem darstellen, weil hier oftmals das Arbeitgebermodell als Ausweichlösung in Betracht kommt. Ein solches Arbeitgebermodell ist aber in der Eingliederungshilfe nach dem BTHG nicht geregelt. Auch in anderen Konstellationen, beispielsweise bei Hilfe zur Pflege im Rahmen der Unfallversicherung, gibt es solche Auffanglösungen nicht. Damit führt der Nicht-Abschluss einer Zielvereinbarung zum zeitweisen Verlust der Leistung oder zumindest von Teilen des Leistungsanspruchs (vgl. BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 19/15 R –; BSG, Urteil vom 31. Januar 2012 – B 2 U 1/11 R –, BSGE 110, 83-93).

Angesichts dessen erscheint es höchst problematisch, dass nunmehr in § 29 Abs 4 Nr. 4 BTHG normiert wird, dass die Höhe der Teil- und Gesamtbudgets Gegenstand der Zielvereinbarung werden sollen. Damit wird eine langjährige Auseinandersetzung zwischen Budgetnehmern und Leistungsträgern zu Ungunsten der Budgetnehmer entschieden und damit eine Verschlechterung der Lage von Menschen mit Behinderungen, die das PB in Anspruch nehmen wollen bewirkt. (vgl. insbesondere: SG München, Urteil vom 07. Mai 2013 – S 48 SO 235/12 –, juris):

„Eine in einer Zielvereinbarung gem. § 4 BudgetV getroffene Regelung über die Höhe des persönlichen Budgets ist nach § 58 Abs 1 SGB 10 iVm § 134 BGB nichtig. Die Regelung der Höhe der zu erbringenden Leistung hat nach den gesetzlichen Vorgaben durch eine (rechtsbehelfsfähige) Entscheidung der Verwaltung, also durch Verwaltungsakt zu erfolgen.“ – Orientierungssatz 2)

Die neue, nachteilige Regelung wird in der Gesetzesbegründung (S. 244) weder erwähnt noch begründet.

Die neue Regelung ist bedenklich, aber auch unnötig: Die Behörde entscheidet ohnehin nach Abschluss der Zielvereinbarung im Wege des Verwaltungsaktes über das PB und in diesem Zusammenhang auch über dessen Höhe. Es besteht also kein Bedarf dafür, die Höhe des Budgets bereits in die Zielvereinbarung aufzunehmen und damit den Leistungsberechtigten vor die Wahl zu stellen entweder ganz auf das PB zu verzichten, oder dessen Höhe vertraglich zu vereinbaren, obwohl er mit ihr gar nicht einverstanden ist.

Die Folgen dieser unnötigen gesetzlichen Regelung, die auch in der bisherigen Normierung der Zielvereinbarung in der BudgetVO nicht enthalten war, sind schwer absehbar: bislang haben sich Gerichte, wenn es in solchen Verfahren zu gerichtlichen Entscheidungen gekommen ist, gegen die Einbeziehung der Budgethöhe in die Zielvereinbarung ausgesprochen bzw. sie haben dieser Einigung keine rechtliche Bedeutung beigemessen, weil andernfalls die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen nicht mehr gewahrt wären. Ob diese Haltung auch beibehalten werden würde, wenn der Gesetzgeber normiert, dass die Höhe des PB in der Zielvereinbarung enthalten ist, ist nicht klar. Damit droht aber der Rechtsschutz der Leistungsberechtigten oder ihre Möglichkeit ein PV durchzusetzen verloren zu gehen: wenn sie sich mit der Behörde auf eine Budgethöhe einigen müssen ohne Instrumente zu haben, ihrer Position im

Rahmen der Verhandlung des PB Nachdruck zu verleihen, steht am nur die Frage: stimme ich einem unterdimensionierten PB rechtskräftig zu oder verzichte ich auf das PB und nehmen die Leistung als auf einen Verwaltungsakt basierend in Anspruch, was unter Umständen aber gar nicht möglich ist oder Nachteile bewirken kann, weil es zum Beispiel schwierig werden wird, dann eine Anspruchsgrundlage für ein Casemanagement zu finden, das aber gerade für Menschen mit psychischen oder geistigen Beeinträchtigungen erforderlich sein kann.

**Lösungsmöglichkeiten:** § 29 Abs 4 Nr. 4 wird gestrichen.

Besser wäre noch, die ausdrückliche Klarstellung, dass die Höhe der Budgets und Teilbudgets durch VA vom leistenden Rehaträger festgelegt werden und nicht Bestandteil der ZV sind in einem neu einzufügenden § 29 Abs 4 S. 2: „

### 7. Tariflohn

§ 38 Abs 2 BTHG-E regelt, dass bei Verträgen der Leistungsträger mit Leistungserbringern die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen nicht als „unwirtschaftlich“ abgelehnt werden kann. Eine solche Regelung existiert für das Arbeitgebermodell und für die Persönlichen Budgets nicht. Dabei ist auch hier eine Abwärtsspirale, die zu einer Verschlechterung des Leistungsangebots führt, das durch das Persönliche Budget/ Arbeitgebermodell bewirkt werden kann, zu verhindern. Es ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, warum im Rahmen von Persönlichen Budgets und Arbeitgebermodell tarifgebundene Leistungen nicht abgesichert werden sollten – gerade will hier ansonsten der Druck in Richtung einer auch qualitativ unzureichenden und das Selbstbestimmungsrecht der Leistungsberechtigten nicht wahrenenden Billigpflege immer größer wird (vgl. auch LSG NRW vom 06.02.2014, L 20 SO 436/13 B ER, das eine Bezahlung der Assistenzkräfte nach Tarif als angemessen qualifiziert hat).

**Lösung:** Bezugnahme auf § 38 Abs 2 SGB 9 n.F. in § 29 SGB 9 n.F.: § 38 Abs 2 SGB 9 n.F. gilt entsprechend.

### 8. Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung

Eine unabhängige Teilhabeberatung erscheint angesichts der Komplexität der hoer aufgeworfenen Fragen und Probleme zwingend. Auf sie muss ein Rechtsanspruch bestehen, es handelt sich hier also nicht nur um eine ergänzende Leistung. Auch die Begrenzung auf „2022“ erscheint nicht sinnvoll.

**Lösung:** „Ergänzend“ streichen. Beratungsanspruch für Leistungsberechtigte vorsehen. Begrenzung der Finanzierung 2022 streichen bzw. in einen „Vor-erst“-Vorschrift umformulieren. Beratungsanspruch auch insbesondere für Menschen, die rechtliche Betreuung haben, formulieren. (in diesem Zusammenhang § 33 BTHG weniger paternalistisch formulieren: „...diese Personen einer Beratungsstelle ...vorstellen.“)

### 9. Schwerbehindertenvertretung

Die Schwerbehindertenvertretung (SBV) ist ein in der Praxis ausgesprochen wichtiges Instrument für

Menschen mit Behinderungen, die dem ersten Arbeitsmarkt beschäftigt sind. Allerdings gibt es erhebliche Probleme, weil die SBV mit weniger Kompetenzen ausgestattet ist, als Betriebs- oder Personalrat und weil Arbeitgebern, die die Beteiligungsrechte der SBV missachten keine Sanktionen drohen. Die Regelungen in § 178 Abs 2 und 4 SGB SGB 9 n.F., die den Regelungen des § 95 Abs 2 und 4 SGB 9 entsprechen, erweisen sich insoweit als nicht ausreichend – weswegen auch Bündnis 90/Die Grünen zu Recht eine Stärkung der SBV fordern.

Nach einer im März 2016 von der IGM in Süddeutschland durchgeführten Erhebung werden die SBV in weniger als der Hälfte der Fälle vor Entscheidungen des Arbeitgebers in den Angelegenheiten der einzelnen Schwerbehinderten oder ihrer Gruppe gemäß § 95 Abs.2 Satz 1 SGB IX unterrichtet und angehört. Das deckt sich auch mit unseren Erfahrungen in der Kanzlei.

Beispielsweise kann der Arbeitgeber eine Abmahnung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer aussprechen, ohne die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen. Wenn diese sich ans Arbeitsgericht wendet und verlangt, dass – wie es § 95 Abs 2 SGB 9 vorsieht, die ohne Beteiligung der SBV getroffene Maßnahme ausgesetzt wird, wird dieses der SBV unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG vom 30.4.2014, 7 ABR 30/12) feststellen, dass eine bereits ausgesprochene Abmahnung durch den Zugang der Abmahnung bei dem Arbeitnehmer vollzogen ist und daher nicht mehr „ausgesetzt“ werden kann. Die einzige Möglichkeit, die die SBV nach Paragraph 95 hat, gegen ihre nicht Beteiligung vorzugehen, läuft damit bei solchen Entscheidungen ins Leere.

Die Rechtsprechung hat festgestellt, dass die SBV nach § 23 Abs 3 BetrVG nicht berechtigt ist, beim Arbeitsgericht nicht wie z.B. der BR zum vorbeugenden Unterlassen einer erneuten Pflichtverletzung, ein Ordnungsgeld bzw. dessen Androhung zu beantragen. Diese Sanktion scheidet für die SBV von Gesetzes wegen aus, denn der Unterlassungsanspruch müsste dafür ausdrücklich im SGB 9 verankert sein. (LAG Rheinland-Pfalz 19. Juli 2012 – 10 TaBV 13/12 –, juris = AE 2013, 23; LAG München 11. April 2012 – 11 TaBV 18/12 –, juris) Damit fehlt hier der SBV ein wichtiges präventiv wirkendes Instrument.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner neueren Rechtsprechung sogar ausgeschlossen, dass ein Arbeitsgericht auf Antrag hin feststellen kann, dass die Arbeitgeberin durch ein bestimmtes Verhalten gegen § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB 9 verstoßen habe. Dieser Antrag zielt nämlich auf die Dokumentation einer in der Vergangenheit liegenden Tatsache und deren rechtliche Bewertung, nicht dagegen auf das nach § 256 ZPO erforderliche Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. (BAG 30.04.2014 – 7 ABR 30/12 – NZA 2014, 1223)

Beispielhafte Regelungen, die auch für die Stärkung der SBV genutzt werden könnten, gibt es zum Beispiel im BGleig, das am 1.5.2015 in Kraft getreten ist. Hat die Dienststelle Rechte der Gleichstellungsbeauftragten verletzt, kann die Gleichstellungsbeauftragte nach § 33 BGleig Einspruch einlegen. Bleibt

der Einspruch erfolglos, kann nach § 34 BGlG die Gleichstellungsbeauftragte das Verwaltungsgericht anrufen, ihre Rechte zu sichern und die Folgen von Rechtsverletzungen zu beseitigen.

Hinsichtlich personeller Maßnahmen einschließlich der Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen und des Arbeitsplatzes muss der Schwerbehindertenvertretung eine stärkere Rechtsstellung eingeräumt werden (so fordert es auch der Bundesrat zu § 178 SGB 9 n.F.) Entscheidungen des Arbeitgebers, die schwerbehinderte Menschen betreffen und ohne die Information und Anhörung der SBV beschlossen wurden, sollten erst wirksam werden, wenn die Beteiligung nachgeholt wurde.

#### **10. Praxis der Sozialämter und Ermessensentscheidungen/ Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.**

Wenn Leistungen oder deren Bemessen ins (pflichtgemäße) Ermessen der Behörde gestellt werden ergeben sich daraus deutliche Probleme hinsichtlich des Rechtsschutzes von Menschen mit Behinderungen. In einem solchen Fall haben die Gerichte nicht die Möglichkeit die Entscheidungen der Verwaltung in vollem Umfang zu überprüfen. Gerichte können keine Verpflichtungsklagen auf bestimmte Leistungen abschließend entscheiden, sie haben dann lediglich die Möglichkeit eine Neubescheidung durch die Behörde unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichtes anzuordnen. Für die Klägerinnen und Kläger bedeutet das dass sie nach einem oft jahrelangen Prozess am Ende immer noch nicht die Leistung erhalten, die sie benötigen, sondern darauf angewiesen sind, dass die Behörde bei der nunmehr erfolgenden Ausübung des Ermessens selbst zu dem gewünschten Ergebnis kommt, was erfahrungsgemäß nicht besonders wahrscheinlich ist. Einen Ausweg bietet hier lediglich, wenn es dem Kläger oder der Klägerin gelingt durchzusetzen, dass das Gericht von einer Ermessensreduzierung auf Null ausgeht. Das gelingt aber nur äußerst selten.

Erfahrungsgemäß sind Behörden nicht bereit, Leistungsansprüche zu bewilligen bei denen das „Ob“ des Anspruchs ins Ermessen gestellt wird (vgl. z.B. § 99 SGB 9 n.F.) – die Überprüfung des Ermessens ist hier in der Praxis ausgesprochen schwierig und führt eben zu dem Dilemma, dass das Gericht ein Ergebnis der Ermessensprüfung zwar u.U. als ermessensfehlerhaft beurteilen, aber dann nicht sein eigenes Ermessen an Stelle des Ermessens der Verwaltung setzen kann.

Der Lebenssachverhalt sieht hier so aus, dass Leistungsempfänger, die ja in der Regel Behinderungen haben, schlecht ausgebildet sind, abhängig von Leistungsbearbeitern nicht verderben wollen, auf die Behörde wollen, dort etwas haben wollen – zum Beispiel: Gebärdensprachdolmetscher um mal mit Nachbar kommunizieren zu können – dann mitgeteilt bekommen, das gebe es nicht. Wenn sie eine Leistung bekommen wollten, müssten sie erstmal einen genauen Bedarfsplan haben und diese Leistung ganz genau beschreiben – wozu die Klienten oftmals nicht in der Lage sind, weil sie von der alltäglichen Situation, in der sie die Leistung benötigen nicht auf die abstrakte Ebene (Leistung zur sozialen Teilhabe) gelangen. So dann werden sie mit Verwaltungsrichtlinien zur Bewilligung konfrontiert, die als gegeben und unabänderliche dargestellt werden und bekommen nichts – oft weil ihnen auch das Antragsverfahren und die Notwendigkeit auf einen rechtsmittelfähigen Bescheid zu dringen nicht bekannt sind und sie darüber von der Behörde auch nicht aufgeklärt werden (die dann ggf. später vorträgt, der Klient habe auch nicht beraten werden wollen, sondern nur eine Leistung beansprucht, die es halt nicht gab.....).

Unbestimmte Rechtsbegriffe lassen die Leistung für die Betroffenen noch ferner und unbestimmter erscheinen – und werden von den Verwaltungen auch oft in diese Richtung instrumentalisiert. Gerade die „Zumutbarkeit“, den wir heute vor allem aus § 13 SGB 12 kennen, ist hier ein besonders heikler Begriff, weil einerseits eine stark individuell geprägte Dimension hat, andererseits aber gerade auf Gruppen von Konstellationen typisierend angewandt wird. Zudem ist es für die Betroffenen sehr schwer „Unzumutbarkeit“ darzulegen, insbesondere, wenn es ja Menschen in Lebenssituationen gibt, die damit klar kommen ohne sich zu wehren (zum Beispiel in stationären Einrichtungen, in denen Leistungen ja strukturell immer gepoolt werden). „Unzumutbarkeit“ ist insofern besonders schwer auszulegen und legt die Anforderungen an die Betroffenen auch sehr hoch.

Je konkreter und anschaulicher für die Betroffenen (leichte oder klare Sprache) die Voraussetzungen benannt werden, desto mehr können sie mit den Vorschriften anfangen und dementsprechend dann Leistungen auch einfordern.