

# Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG)

der Vereine / Verbände

**NITSA e.V., ForseA e.V., MMB e.V.**

Der Referentenentwurf zum „Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen“ (auch Bundesteilhabegesetz (BTHG) genannt, Stand 26.04.2016) enthält mehrere Neuregelungen, die die Selbstbestimmung, Autonomie und gleichberechtigte Partizipation von Menschen mit Assistenzbedarf weiter einschränken statt, wie im Koalitionsvertrag vereinbart, zu stärken und zu verbessern. Nachfolgende Aufzählung benennt die wichtigsten Paragraphen aus Sicht der Menschen mit Assistenzbedarf, die zwingend im BTHG abzuändern sind.

Darüber hinaus ist es schlichtweg unmöglich, in der geforderten Zeit von drei Wochen eine umfassende Stellungnahme abzugeben, die der Bedeutung der neu zu regelnden Aspekte gerecht wird, da hier nicht unbedeutend in das Leben und die Lebensentwürfe von Menschen mit Behinderungen zum Teil massiv eingegriffen wird. Insbesondere für Vereine/Verbände, die ihre Arbeit auf ehrenamtliches Engagement aufbauen müssen, sind solche kurzen Fristen ein Affront und zeugen nicht von einem Umgang auf Augenhöhe. Nicht zuletzt wird es so unmöglich, alle vorhandenen Auswirkungen zu bewerten und mögliche Benachteiligungen zu erkennen. Alleine aus diesem Grund fordern wir, dieses Gesetz in der neuen Legislaturperiode weiter zu diskutieren und nicht im nächsten halben Jahr durch den Bundestag zu peitschen.

Zudem erscheint der über Jahre durchgeführte, mit viel Kraft seitens der beteiligten Verbände meist auf ehrenamtlicher Arbeit basierende Beteiligungsprozess angesichts des vorliegenden Referentenentwurfs lediglich als Täuschungsmanöver. Geradezu beispielhaft für auf Assistenz angewiesene Menschen ist der Wegfall von Assistenzleistungen bei ehrenamtlichen Tätigkeiten. Soll es in Zukunft nur noch hauptamtlichen Vertretern großer Wohlfahrtsverbände oder Kostenträgern möglich sein, sich politisch zu beteiligen? Soll das wirklich das Ergebnis jahrelangen ehrenamtlichen Engagements für ein gutes Bundesteilhabegesetz sein?

**Wir sagen klar und deutlich NEIN! Dieser Referentenentwurf ist NICHT mit unserer Beteiligung entstanden.**

## Juristische Stellungnahme von RA Dr. Oliver Tolmein, Kanzlei Menschen und Rechte für die Vereine / Verbände NITSA e.V., ForseA e.V. und MMB e.V.

### Einleitung:

Der Referentenentwurf des Bundesteilhabegesetzes, mit Bearbeitungsstand vom 26. April 2016, zu dem hier Stellung bezogen wird, umfasst über 360 Seiten. Er regelt eine hochkomplexe und in vielfältiger Weise durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung geprägte Materie über weite Strecken neu. Die Begründung zu den neuen Regelungen fällt, zumindest was den rechtlichen Gehalt der Vorschriften und ihre Auseinandersetzungen mit Rechtsprechung, sowie mit Auslegung und Problemen der aktuellen Normen des Teilhaberechts in SGB IX und SGB XII angeht, eher knapp aus. Angesichts dessen erscheint eine Stellungnahme überhaupt schwierig, denn wenn der Gesetzgeber schon an vielen Punkten nicht erläutert, wie er einzelne sozialrechtliche Entwicklungen beurteilt und wie sich der neu geschaffene Gesetzestext dazu verhält, ist das für Dritte noch weitaus schwieriger. Jedenfalls ist der Zeitraum von etwa drei Wochen, der für die Stellungnahmen eingeräumt wird, angesichts der Komplexität des Stoffes und mit Blick auf dessen Umfang unangemessen. Er wird der Tragweite des Regelungsgegenstandes nicht gerecht und kann auch nicht dadurch begründet werden, dass es einen langen, vorbereitenden Diskussionsprozess in der Arbeitsgruppe Bundesteilhabegesetz gegeben habe (vgl. [www.gemeinsam-einfach-machen.de](http://www.gemeinsam-einfach-machen.de)), weil die Regelungen, die jetzt hier zu diskutieren sind, kein auch nur annähernd organisches oder logisches Ergebnis dieses Diskussionsprozesses darstellen. Sie lesen sich vielmehr, als habe es einen solchen Diskussionsprozess nicht gegeben.

Dass mit wenigen Tagen Verzögerung auch der Entwurf des PSG III, der eine weitreichende Neuregelung der Hilfe zur Pflege im Rahmen des SGB XII (§ 61 bis 66 SGB XII) vorsieht, versandt worden ist (allerdings nicht an alle Organisationen, die mit Assistenz befasst sind) und für weitere 107 Seiten Entwurf und Begründung ebenfalls eine Stellungnahmefrist von knapp drei Wochen (bis zum 20. Mai) vorgesehen hat, verstärkt den Eindruck, dass es hier nicht auf eine substantielle Erörterung der zugrunde liegenden Pflege und ihre konstruktive und zukunftssträchtige Lösung im Sinne der UN-BRK geht, sondern darum ein Gesetzesvorhaben vom Tisch zu bekommen, das in erster Linie fiskalisch motiviert ist.

Dies vorausgeschickt, sollen hier im Folgenden die neuen Regelungen des Teilhaberechts, die im weiteren Sinne mit Assistenz und Mobilität zu tun haben, sowie die Regelungen zur Einkommens- und Vermögensanrechnung thematisiert werden. Des Weiteren wird erörtert, warum unter Zugrundelegung dieser Perspektive ein Regelungswerk, das die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege §§ 61 bis 66 SGB XII nicht ausdrücklich einbezieht bzw. eng abgestimmt regelt, keinesfalls sinnvoll und akzeptabel ist.

Insgesamt erscheint es nicht ratsam, ein Gesetzeswerk von so grundlegender Bedeutung, wie sie das Bundesteilhabegesetz haben muss, mit Eile und hohem Entscheidungsdruck durchzusetzen. Das ist auch deswegen nicht sinnvoll, weil neben den grundsätzlichen Erwägungen die Um- und Neugestaltung eines vollständigen Sozialgesetzbuches, das zudem mit anderen SGB eng verflochten ist, ein äußerstes komplexes Unterfangen ist, das auch für die Konzeption der rechtlichen Probleme einen ausreichenden Vorlauf benötigt. Diese Probleme zeigen sich im vorliegenden Entwurf, wie hier nur beispielhaft gezeigt werden kann, am Problem der Fragen der Assistenz, in denen Fragen des Rechts der Teilhabe am Arbeitsleben, der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft und der Pflege eng miteinander verbunden sind. Auch im Bereich der Anrechnung von Einkommen und Vermögen bestehen solche Zusammenhänge, die dazu führen können, dass entweder Wertungswidersprüche auftauchen oder

zum Beispiel Problemlösungen durch unveränderte Regelungen in einem anderen SGB konkretisiert werden.

Daraus ergibt sich die grundsätzliche Empfehlung, das BTHG nicht mehr in dieser Legislaturperiode zu beschließen.

Gleichzeitig werden vorliegend aber trotz aller Bedenken gegen das Regelwerk an sich Lösungsansätze formuliert. Damit soll die Diskussion vorangetrieben und die hier entwickelte Position verdeutlicht werden. An den grundsätzlichen Zweifeln, dass der vorgelegte Entwurf, durch einzelnen Änderungen nicht reformierbar ist, ändert das allerdings nichts.

## I. Anmerkungen zum Begriff der Behinderung und der Gleichstellung als Ausgangspunkt des BTHG

### A.) Behinderung und Alter

Der Referentenentwurf regelt den Behinderungsbegriff neu. 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 der Referentenentwurf in § 2 Abs 1 Satz 2 BTHG-E darauf, als Behinderung nur Einschränkungen auffassen zu wollen, die nicht alterstypisch sind.

Begründet wird das mit dem Bemühen darum, zu verhindern, dass „altersbedingte Erkrankungen in der Regel als Behinderung anerkannt werden.“ (S. 222 unten). Das 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) zu recht in einer Entscheidung noch vor Entstehung der UN-BRK eine Benachteiligung wegen des Alters gesehen hat.

„Alterstypische“ Einschränkungen 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 „Pflegebedürftigkeit“ 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 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 „alterstypischer 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 auf entgehen, obwohl sie eine qualifizierte Benachteiligung haben und zudem 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

## B.) Gleichstellung

In § 2 Abs 3 BTHG-E wird geregelt, wer „Schwerbehinderten Menschen“ gleichgestellt werden soll. Die Formulierung entspricht inhaltlich dem § 2 Abs 3 SGB IX. Sprachlich ist anzumerken, dass es auch keine „schwerbehinderten Menschen“ geben sollte, wenn statt „behinderte Menschen“ zutreffenderweise 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 BSG 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 Grundrechtcharta 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, 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 regelmäßig im Beamtenverhältnis ausgeübt wird; vielmehr müssen 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) .

**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 konkreten neuen Arbeitsplatz, den sie anstreben, auf die Gleichstellung angewiesen sind.“

**Alternative:** Vorstellbar wäre aber auch unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BSG in der Gesetzesbegründung zu § 2 Abs 3 BTHG-E 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).

Ohne eine solche Ergänzung oder Klarstellung bestünde die Gefahr, dass in Frage gestellt wird, ob die neue Rechtsprechung trotz der unveränderten Beibehaltung der Vorschrift und ohne, dass auf die Rechtsprechung wenigstens in der Gesetzesbegründung erwähnt wird, fortgelten soll. Auch in anderen vergleichbaren, aber noch nicht entschiedenen Konstellationen könnten sich insoweit Unklarheiten ergeben, die durch entsprechende Berücksichtigung vermieden werden könnten.

## II. Anmerkungen zur Assistenz im Rahmen des BTHG-E

### 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 ermöglicht im Alltag selbstbestimmt zu leben und an gesellschaftlichen Aktivitäten teilzuhaben oder sie zu gestalten. Entscheidend ist 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 IX - unveränderter Form die Übernahme der notwendigen Kosten einer Arbeitsassistenz im 3. Teil (dem alten Schwerbehinderten-Arbeitsrecht) geregelt (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“ ist, irritiert).

Jenseits dessen wird der Begriff „Assistenz“ in ausdrücklicher Abgrenzung „zu förderzentrierten Ansätzen der Betreuung, die ein Über/Unterordnungsverhältnis“ voraussetzen, verwendet (S. 260 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.

### 1.) Leistungen nach § 78 BTHG-E (Teil 1 Kapitel 13)

§ 78 BTHG-E 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 BTHG-E). 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 IX nicht verbunden seien (S. 259 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.

Ausdrücklich eingeschränkt werden Assistenz-Leistungen für leistungsberechtigte Personen, die ein Ehrenamt ausüben. Ihnen stehen nach § 78 Abs 5 BTHG-E nämlich keine Assistenzleistungen zu, sondern lediglich die Erstattung „angemessener Aufwendungen für eine notwendige Unterstützung durch Personen aus dem familiären, befreundeten oder nachbarschaftlichen Umfeld“ und auch das nur „soweit die Unterstützung nicht zumutbar unentgeltlich erbracht werden kann.“ Damit wird die in Teilen der Rechtsprechung, nicht aber vom Bundessozialgericht (vgl. BSG, Urteil vom 23. August 2013 – B 8 SO 24/11 R –: „Die von der Klägerin ausgeübte ehrenamtliche Tätigkeit gehört in besonderer Weise zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft.“) vertretene Auffassung verfestigt, dass ehrenamtliche Tätigkeit zwar aner kennenswert sei, aber nicht durch Sozialleistungen bezuschusst werden sollte (so Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 15. September 2011 – L 9 SO 40/09 –).

## 2.) Leistungen nach 113 Abs 2 Nr. 2 BTHG-E (Teil 2, Kapitel 6)

Leistungen nach § 113 Abs 2 Nr 2 BTHG-E 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 BTHG-E festgehalten, dass die Leistungen „nach Absatz 1 Nummer 1 bis 8“ (gemeint ist vermutlich „Absatz 2 Nummer 1 bis 8“) sich nach §§ 77 bis 84 BTHG-E bestimmen, also im Fall der Assistenzleistungen nach § 78 BTHG-E, so dass die dort angeführten Bestimmungen und Einschränkungen auch auf § 78 BTHG-E zu übertragen sind. Maßgeblich für die Leistungen sollen die Bedarfsermittlung und -Feststellungen nach Teil 2 Kapitel 7 sein.

## 3.) Abgrenzung zu Leistungen der Hilfe zur Pflege nach §§ 61 ff. SGB XII

In der Begründung zu § 78 BTHG-E 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 rätselhaft wirkende Exkurs lenkt aber den Blick darauf, dass Assistenz in der Pflege gerade nicht Gegenstand der §§ 78, 113 BTHG-E ist, sondern in der Hilfe zur Pflege der Sozialhilfe (§§ 61 ff. SGB XII) verortet bleibt. Die §§ 61 bis 66 SGB XII sollen denn auch durch das PSG III weitgehend den Bestimmungen der Pflegeversicherung angenähert werden – nicht etwa dem Assistenzbegriff des BTHG-E.

In diesem Zusammenhang ist vor allem festzuhalten, dass die Unterscheidung zwischen sozialhilferechtlichem und pflegeversicherungsrechtlichem Pflegebegriff aufgegeben worden ist. § 61 Abs 1 Satz 2 SGB XII 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 XI 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 XII nunmehr in §§ 61 a, 61 b SGB XII-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.

Gleichzeitig existieren aber Überschneidungen zwischen 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 BTHG-E die Länder die zuständigen Träger erst noch bestimmen müssen, die Hilfe zur Pflege aber größtenteils dem Sozialhilfeträger obliegt.

§ 91 BTHG-E bestimmt nunmehr einen Nachrang der Eingliederungshilfe, der in § 91 Abs 3 SGB dahingehend konkretisiert wird, dass „im häuslichen Umfeld“ die Leistungen der verschiedenen Träger der Pflege (auch die Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII) 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 der Leistungen der Pflegeleistungsträger vor.

Die Begründung für diesen Nachranggrundsatz ist bemerkenswert, konterkariert er doch die Position, die Eingliederungshilfe werde reformiert, um sie an die (anspruchsvollen) Zielsetzungen der UN-BRK anzupassen und aus dem Bereich der Fürsorge herauszulösen.: „Die steuerfinanzierten Leistungen der Eingliederungshilfe stellen das unterste Netz für Leistungen für Menschen mit Behinderungen dar.“

Aber auch die Umsetzung dieser Form von Bestimmung des Nachrangprinzips dürfte in vielen Fällen keineswegs, wie es die Gesetzesbegründung behauptet, „klar“ sein. 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 nicht festzustellen, ob „pflegefachliche“ oder „teilhabeorientierte Fachkenntnisse“ erforderlich sind. Die Unterstützung bei Toilettengang zu Hause vor dem Zubettgehen, während einer Doppelkopfrunde zu Hause 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, denn es 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 erhebliche Auseinandersetzungen 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.

#### 4.) Resumee

Das BTHG-E hat keine klar konzeptionelle Vorstellung von Assistenz. Das gilt insbesondere, wenn man die Vorschriften in Zusammenhang mit den neuen Vorschriften für die Hilfe zur Pflege im Rahmen des SGB XII liest. Der ganzheitliche Charakter der Assistenz, ihre Ausrichtung auf die Erfordernisse und Wünsche der Leistungsberechtigten, werden zwar gelegentlich affirmativ erwähnt. Gleichzeitig prägen aber auch tradierte Vorstellungen den Assistenzbegriff, insbesondere, wenn es um Assistenz für Menschen mit kognitiven oder psychischen Beeinträchtigungen geht. Auch die Abgrenzung zwischen Hilfe zur Pflege und Assistenz im Rahmen der Eingliederungshilfe macht deutlich, dass der Zusammenhang von Selbstbestimmung der Leistungsberechtigten und Assistenz als Möglichkeit gesehen, aber nicht als wesentliches Konzept verstanden wird.

Gravierender ist allerdings, dass die Unterscheidung von Eingliederungshilfe und Pflege angesichts der Konzeption des 2. Teils des BTHG-E an Bedeutung gewinnt. Gleichzeitig sind aber die Kriterien nicht trennschärfer, sondern eher unklarer geworden. Für die Leistungsberechtigten wird das überwiegend Nachteile haben, weil die Leistungen zukünftig seltener aus einer Hand erfolgen werden und zu erwarten ist, dass der Abgrenzungsstreit zu Leistungseinbußen führen kann. Das gilt beispielsweise auch, wenn in bestimmten Konstellationen Menschen mit Assistenzbedarf nicht die aufwändiger zu ermittelnden und voraussichtlich strengeren Anforderungen an die Leistungsberechtigung nach § 99 BTHG-E erfüllen und deswegen unter Umständen auf die Leistungsträger der Hilfe zur Pflege alleine angewiesen bleiben.

Als folgenreich könnten sich auch die Einschränkungen im Bereich der Assistenz für Menschen mit Behinderungen, die ehrenamtlich tätig sind erweisen, denn darunter fallen neben klassischen altruistischen Tätigkeiten wie dem Führen ehrenamtlicher Betreuung oder der Mitarbeit im Kirchenvorstand auch Betätigungen in Selbsthilfe- und Selbstvertretungsgruppen, in politischen Organisationen oder in Bereichen der nicht-professionellen kulturellen Arbeit. Die durch § 78 Abs 5 BTHG-E vorgenommene Beschränkung hier auf Unterstützung durch Familie, Freunde oder Nachbarn kann erhebliche Beeinträchtigungen des ehrenamtlichen Engagements von Menschen mit Behinderungen und damit von deren Selbstvertretungsmöglichkeiten führen.

**Lösungsmöglichkeiten:** a) § 78 Abs V BTHG-E sollte lauten: „Leistungsberechtigte Personen haben auch für ehrenamtliche Tätigkeiten Anspruch auf Assistenz.“ b) Assistenz muss zumindest mit Blick auf die Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII als einheitliche Leistung ausgestaltet sein. Einen Nachranggrundsatz kann es hier weder in der einen noch in der anderen Weise geben.

### III. Detailfragen der Assistenz

#### A.) Persönliches Budget / § 29 BTHG

Hier taucht das Problem Arbeitgebermodell nach § 66 Abs 4 Satz 2 SGB XII auf: Soll dieses Modell, das ja eine Art 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 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 ) überall dort funktioniert/ funktionieren kann, wo nicht zusätzlich andere Leis-

tungsträger (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 Satz 5 BTHG 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 IX künftig anders stellt, da es sich hier oftmals nicht mehr um die Leistung eines Trägers handeln wird.

Die Frage hat deswegen eine gewisse 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 BTHG-E in der jetzt vorliegenden Form beschlossen wird (siehe dazu 1.)

### 1.) Zielvereinbarung

In § 29 Abs 4 BTHG-E wird ausweislich der Gesetzesbegründung die Zielvereinbarung gesetzlich fundiert, da die BudgetVO aufgehoben werden wird. Die Zielvereinbarung ist zumindest was den Bereich der Assistenz angeht ohnehin kein hilfreiches Instrument. In der Praxis erweist sich ihr Charakter als (öffentlich-rechtlicher) Vertrag als Problem: vorgegeben werden die Zielvorgaben von der Behörde, die Betroffenen haben kaum die Möglichkeit, hier steuernd Einfluss zu nehmen oder gar eigene Ziele vorzugeben. Als besonders problematisch erweist sich das, wenn die Leistungsträger versuchen in der Zielvereinbarung ein bestimmtes Kostenniveau oder eine Stundenzahl festzuschreiben, die unterhalb dessen liegt, was die Leistungsberechtigten als erforderlich ansehen. In vielen Fällen kommt es dann zu keiner einvernehmlichen Zielvereinbarung und damit auch nicht zu einem PB, was für den Bereich der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege kein Problem darstellen muss, weil hier das Arbeitgebermodell als Ausweidlösung in Betracht kommt. In anderen Konstellationen, beispielsweise bei Hilfe zur Pflege im Rahmen der Unfallversicherung, gibt es solche Auffanglösungen nicht. Damit führt der Nicht-Abschluss einer Zielvereinbarung leicht zum Verlust der Leistung oder zumindest von Teilen des Leistungsanspruchs.

Sollte das Arbeitgebermodell im SGB XII aufgegeben oder durch die Trennung von sozialhilferechtlicher HzP und EGL marginalisiert werden, droht hier eine ähnlich Entwicklung,

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, die bislang vor den Gerichten gewonnen wurde und die daher auch auf Ebene der Verwaltungsverfahren zurückgedrängt werden konnte (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), zu Ungunsten der Leistungsberechtigten entschieden. Dies ist auch deswegen problematisch, weil entweder der Rechtsschutz der Leistungsberechtigten oder ihre Möglichkeit ein PB durchzusetzen verloren geht, 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, so dass am Ende nur die Frage steht: stimme ich einem unterdimensionierten PB rechtskräftig zu oder verzichte ich auf das PB und nehmen die Leistung als auf einen Verwaltungsakt basierend in Anspruch.

Die Regelung des Nr. 4, obwohl sie offensichtlich von den Regelungen der BudgetVO abweicht, wird in der Gesetzesbegründung nicht einmal thematisiert. Schon gar nicht gibt es eine Begründung dafür.

## 2.) Lösungsmöglichkeiten:

**Kleine Lösung:** in bestimmten Fällen wird auf das Erfordernis der Zielvereinbarung verzichtet (z.B. wenn sozialhilferechtliche Pflege Bestandteil des PB ist – analog § 29 Abs 4 Satz 2 BTHG: „Satz 1 findet keine Anwendung, wenn Pflegekassen oder Sozialhilfeträger Leistungsträger nach Absatz 3 sind“)

**Größere Lösung:** Nr. 4 wird gestrichen oder, besser noch, es wird ausdrücklich festgestellt, dass die Höhe der Budgets und Teilbudgets durch VA vom leistenden Rehaträger festgelegt werden und nicht Bestandteil der ZV sind.

### B.) 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 BTHG-E in § 29 BTHG-E: § 38 Abs 2 BTHG gilt entsprechend.

### C.) Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung

Eine unabhängige Teilhabeberatung erscheint angesichts der Komplexität der hier 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 „Vorerst“-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.“)

## D.) Leistungen zur Mobilität (§ 114 BTHG)

Hier wird als Voraussetzung für die Gewährung eines Kfz im Rahmen der EGL gemacht, dass die Leistungsberechtigten „ständig“ auf die Nutzung eines Kfz angewiesen sind. Das wird begründet mit einer Auslegung von § 8 EinglHVO („insbesondere zur Teilhabe am Arbeitsleben“). Diese Auslegung wird gestützt durch Verweis auf eine Rechtsprechung des BSG B 8 SO 18/12 R vom 12.12.2013, (die als B 9 SO18/12 R vom 12.12.2014 falsch zitiert wird).

Diese Entscheidung trägt den Gesetzeswortlaut bzw. die Auslegung von § 8 EinglHVO nicht. Es wird dort vielmehr gerade mit Blick auf § 8 EinglHVO auf einen „individuellen und personenzentrierten Maßstab (abgestellt), der regelmäßig einer pauschalierenden Betrachtung des Hilfefalls entgegensteht.“

Die andere Leitentscheidung des BSG zum Kfz. im Rahmen der EGL datiert vier Monate früher: B 8 SO24/11 R vom 23.8.2013. Dort ist der Schwerpunkt allerdings der Umbau des Kfz (§ 9 EinglHVO):

„Das LSG hat bei der Frage, ob die Klägerin auf den behindertengerechten Umbau des Kfz angewiesen ist, zu Unrecht einen rein objektiven Maßstab anhand der Anzahl ehrenamtlich veranlasster Fahrten außerhalb des Stadtgebiets von H. in den Jahren 2009 und 2010 angelegt. Nach der Rechtsprechung des Senats hätten aber die besondere Situation der Klägerin, die auch in der Vergangenheit ein behindertengerecht umgebautes Fahrzeug benutzt hat, sowie ihre individuellen Bedürfnisse und Wünsche unter Einbeziehung von Art und Ausmaß der Behinderung berücksichtigt werden und in die Entscheidung mit einfließen müssen (BSG SozR 4-5910 § 39 Nr 1 RdNr 22 f). Weshalb nur Fahrten außerhalb von H. und auch nur ehrenamtlich veranlasste Fahrten - nicht aber andere Fahrten mit dem Ziel der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft - berücksichtigungsfähig sein sollen, ist im Übrigen nicht nachvollziehbar. Dies gilt erst recht, folgte man der Begründung des LSG, dass das Primat der beanspruchten Leistung bei der Teilhabe am Arbeitsleben liege, weil es dann allein auf die Regelmäßigkeit der Nutzung ankommt, nicht aber auf besonders veranlasste Fahrten außerhalb des Nahbereichs abzustellen wäre.“

Die Rechtsprechung des BSG weicht damit nicht ausdrücklich von der älteren Rechtsprechung des BVerwG ab (vgl.: BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 1977 – V C 15.77 –, BVerwGE 55, 31-40), setzt aber die Akzente deutlich anders. Eine aktuelle höchstrichterliche Entscheidung zur Anschaffung von Kfz. im Rahmen der EGL gibt es nicht. Die Kommentierung (*Wehrhahn* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 8 EinglHV) fasst die Problematik präzise zusammen:

„Mit seinem Beschluss vom 27.11.2013 (L 9 SO 16/11) hat das LSG Schleswig zum Angewiesensein eines behinderten Menschen auf ein Kfz ausgeführt, dies erfordere eine ständige oder jedenfalls regelmäßige, d.h. tägliche oder fast tägliche Benutzung des Kfz. Mit dieser Entscheidung dürfte das LSG von der Linie des BSG (v. 12.12.2013 - B 8 SO 18/12 R, Rn. 16) und des BVerwG (v. 27.10.1977 - V C 15.77) abweichen, nach welcher die Nutzung nicht nur vereinzelt oder gelegentlich erfolgen dürfe. Dies ist erkennbar auch dann noch gegeben, wenn das Kfz nicht fast täglich genutzt wird; die Schwelle des BSG und BVerwG ist also niedriger. Richtigerweise sollte die Grenze auf einer anderen Ebene gesucht werden, nämlich bei der Frage der für die individuellen und personenzentrierten Zwecke zumutbaren Alternativen (BSG v. 12.12.2013 - B 8 SO 18/12 R - juris Rn. 15, 16). Letztlich verfährt das LSG trotz der oben zitierten Formulierung in seiner Entscheidung ebenso.“

9.2 Ein behinderter Mensch (hier: Muskelatrophie), der neben einem Elektrorollstuhl stets medizinische Gerätschaften von erheblichem Gewicht mit sich führen muss (hier: 46 kg),

kann nicht auf die Nutzung des Behindertenfahrdienstes verwiesen werden (Bayerisches LSG v. 21.01.2016 - L 8 SO 159/13). Der Begriff der Regelmäßigkeit im Sinne von § 10 Eingl-HV hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, also insbesondere von Art und Schwere der Behinderung sowie von der Art der geltend gemachten Fahrten (Weiterentwicklung: Bayerisches LSG v. 29.06.2010 - L 8 SO 132/09).

10 Entscheidend ist im Einzelfall, ob ein behinderter Mensch wegen Art und Schwere seiner Behinderung zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft auf ein Kraftfahrzeug angewiesen ist; Vergleichsmaßstab ist dabei ein nichtbehinderter und nicht sozialhilfebedürftiger Mensch. 10 Ist also m.a.W. auch ein nichtbehinderter und nicht sozialhilfebedürftiger Mensch auf ein Kfz angewiesen, so ist es nicht die Art und Schwere der Behinderung, die zur Teilhabe ein Kfz erfordert.“

Der Gesetzgeber wäre mit Blick auf Art 20 UN-BRK gehalten die Schwelle für Kfz-Hilfe zu Zwecken der EGL gerade für die Fälle zu senken, in denen es keine zumutbaren Alternative gibt. Das wird hier nicht erfüllt.

### Lösung:

- a) § 114 Nr. 1 BTHG: Die Leistungsberechtigten zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft auf die Nutzung eines Kfz angewiesen sind, weil sie dieses nicht nur gelegentlich benötigen und eine individuell zumutbare Alternative aufgrund der Schwere oder Besonderheit ihrer Behinderung nicht existiert.
- b) Nr. 1 streichen

### E.) Poolen von Leistungen (insbesondere § 116 Abs 3 BTHG)

Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen Poolen auf Wunsch der Leistungsberechtigten § 116 Abs 3 BTHG und Poolen auf Initiative des Leistungsträgers (§ 116 Abs 2 Satz 1 BTHG), das man wohl als Zwangs-„Poolen“ verstehen muss. Hier soll § 104 (Leistungen nach der Besonderheit des Einzelfalls) greifen, der sich in Abs 3 faktisch als Vorschrift zur Eingrenzung des Selbstbestimmungsrechts erweist und dem § 13 II SGB XII verwandt ist – mit dem Unterschied, dass im Vordergrund nicht der ambulanzabwehrende Charakter des § 13 II SGB XII steht, sondern die Dominanz des Ziels der wirtschaftlichen Leistungserbringung.

#### 1. Exkurs Angemessenheitsobergrenze

Der „Mehrkostenvorbehalt“ des §13 SGB XII wird daher durch eine „Angemessenheitsobergrenze“ ersetzt (vgl. S 278 II. Absatz Begründung).

Begründung stellt darauf ab, dass nicht mehr der Ort der Leistungserbringung strittig sei, sondern die Kosten. Diese Entwicklung gibt es teilweise im SGB XII ja auch: Leute werden nicht mehr ins Heim geschickt, sondern auf „günstige Pflegeangebote“ verwiesen, insbesondere osteuropäische Kräfte.

In diesem Zusammenhang kommt § 124 BTHG-E besondere Bedeutung zu, der einerseits verdeutlicht, dass die Leistungserbringung nicht nur wirtschaftlich, sondern auch sparsam zu erfolgen hat und der das konkretisiert: im externen Vergleich sind demnach geeignet nur die Leistungserbringer des unteren Drittels – ein Setzung, die geeignet ist eine Abwärtsspirale in Gang zu setzen.

Allerdings wird auch hier geregelt, dass das Zahlen von Tariflohn als „wirtschaftlich angemessen“ zu beurteilen sei: Höhere Personalkosten der Leistungserbringer, so auch die Gesetzesbegründung (S. 294, zu § 124 1. Absatz BTHG-E) sollen insoweit nicht zu Lasten der Leistungserbringer gehen. Das ist auch in Bereich des PB und bei sonstigen selbstbeschäftigten Arbeitskräften wünschenswert; der Arbeitgeber mit Behinderung sollte insoweit nicht schlechter dastehen, als der allgemeine Leistungserbringer und Tariflohn zahlen dürfen

## 2. Zwangs-Poolen: Möglichkeiten und Grenzen

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass „nicht selten“ mehrere Leistungsberechtigte gleiche Leistungen zum gleichen Zeitpunkt am gleichen Ort benötigen, ergänzen müsste man wohl: auf gleiche Weise. Bemerkenswerterweise wird als Beispiel der Einkauf genannt oder das Erlernen der Tätigkeiten der Haushaltsführung. Beide Beispiele sind aber eher für das Gegenteil typisch: wann ich einkaufe und wie ist individuell bestimmt. Gemeinsame Gruppeneinkäufe sind, angesichts völlig unterschiedlicher Bedürfnisse, die Ausnahme.

Anders mag es sein, wenn ein GSD auf einer Tagung für mehrere Gehörlose dolmetscht. Aber schon im Studium dürfte das aufgrund individueller Entscheidungen für bestimmte Veranstaltungen schwierig werden.

Das ebenfalls erwähnte Beispiel des Fahrdienstes verdeutlicht ebenfalls eher die Probleme: Poolen macht hier vor allem Sinn, wenn viele Leistungsberechtigte von einem einzigen Ausgangsort ein gemeinsames Ziel ansteuern. Das geht am Besten aus einem Heim an einen Förderort. Mit dem Ziel der personenzentrierten Eingliederung hat das wenig zu tun. Für sie passt gerade Poolen zumeist schlecht.

Das Poolen soll unter Einbeziehung des Leistungsberechtigten „auf Augenhöhe“ erfolgen – die Maßstäbe für die „Zumutbarkeit“ ergeben sich aus § 104 BTHG.

Die Probleme werden sich hier in der Praxis stellen. Hier wird sich auch erweisen, ob die Möglichkeit für den Leistungsträger nicht-freiwillige Pools durchzusetzen, tatsächlich den erhofften Spareffekt hat. Die Erfahrungen mit der bisherigen Einkommens- und Vermögensanrechnung, wecken hier eher Zweifel.

**Lösung:** Kein Poolen gegen den Willen der Leistungsberechtigten, sondern stets nur auf deren Initiative hin.

## IV. Einkommen und Vermögensanrechnung §§ 135- 140

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

Die Freilassung des Einkommens von Dritten ist grundsätzlich positiv, hilft aber wenig, wenn deren angespartes Einkommen hinterher als Vermögen schließlich doch einbezogen wird (§ 140 Abs BTHG).

### 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. Es fehlt auch die Öffnungsklausel des § 90 Abs 3 insb S 2 SGB XII, die in Fällen besonderer Härte und mit Blick auf die möglich bleibende angemessene Lebensführung immer wieder Ausnahmegenehmigung ermöglichen können muss. Die § 90 Nr. 1 bis 8 SGB XII sind abschließend und nicht flexibel.

Auch der Begriff des Vermögens (§ 139 BTHG-E) muss klar gefasst werden: Wird er pro vermögiger Person festgesetzt? Kann eine Person ein höheres Vermögen haben, wenn die andere ein niedrigeres hat.? Warum gibt es hier keinen gesonderten Vermögens-Freibetrag für Kinder?

Zudem ist der Vermögensbeitrag deutlich zu niedrig bemessen. Die Schaffung einer Altersvorsorge ist davon nicht möglich.

Es besteht auch eine Gefahr, dass bei Erhöhung der Freibeträge auf diese Höhe zusätzliche Ansparmöglichkeiten (z.B. für ein Auto) nicht mehr genehmigt werden.

### C. Einkommen

Als Einkommen wird hier die Summe der Einkünfte des Vorjahres 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 unterhaltsberechtigten Lebenspartner und Kinder sind gering und im Ergebnis unter der Grenze der Werte der Düsseldorfer Tabelle.

Übersteigen die Einkünfte eines Jahres 85% der Bezugsgröße (aktuell rund 30.000 Euro) ist der übersteigende Betrag auf die Fachleistungen anzurechnen. Dabei sind 2% der übersteigenden Einkünfte eines Jahres vom monatlichen Nettolohn des Leistungsberechtigten zu entrichten. Damit werden in Wahrheit 24% der übersteigenden monatlichen Einkünfte jeden Monat vom Nettolohn angerechnet. Gerade für Assistenznehmer Pflegestufe III mit einem höher qualifizierten Berufsabschluss ergeben sich hier massive Verschlechterungen. Dabei wirkt der vorgesehene Bestandsschutz zwar auf aktuelle Leistungsbezieher, aber jetzt Studierende träfe die Verschlechterungen direkt nach ihrem Abschluss in den nächsten Jahren. Eine Verbesserung auf einer breiten Basis ist hingegen nicht zu erwarten.

### D. 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 XII-E, die für Bezieher von Hilfe zur Pflege einen zusätzliche Vermögensbeitrag von 25.000 EUR vorsehen, keine Einkommensprivilegierung für die Ehepartner von Menschen mit Behinderungen, die Hilfe zur Pflege-Bedarf nach §§ 61 ff SGB XII 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 „Privilegierungen“ 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.



Bundesverband  
Forum selbstbestimmte Assistenz behinderter Menschen e.V.  
Gerhard Bartz, Vorsitzender  
Nelkenweg 5, 75673 Muldingen-Hollenbach  
URL: <http://www.forsea.de>



Mobil mit Behinderung e.V.  
Heinrich Buschmann, 1. Vorsitzender  
Orchideenstraße 9, 76751 Jockgrim  
URL: <http://www.mobil-mit-behinderung.de>



Netzwerk für Inklusion, Teilhabe,  
Selbstbestimmung und Assistenz  
c/o Dr. Klaus Mück  
Schückstr. 8, 76131 Karlsruhe  
URL: <http://www.nitsa-ev.de>