



Vereinbarkeit des § 43a Sätze 1-3 SGB XI mit dem Grundgesetz und dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention)

A. Auftrag

Die Fraktionen der SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN haben sich an den Präsidenten des Landtags gewandt und bitten um eine gutachtliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes zur Vereinbarkeit der Regelung des § 43a Sätze 1 bis 3 SGB XI in der ab 1. Januar 2020 geltenden Fassung mit dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland sowie dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention).

Zur Begründung des Gutachtenauftrags führen die Fraktionen aus:

Die Regelung des § 43a Sätze 1 bis 3 SGB XI in der ab 1. Januar 2020 geltenden Fassung führe im Ergebnis zu einer betragsmäßigen Begrenzung der Leistungen der Pflegekasse auf maximal 266 Euro monatlich für Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5, die in einer der folgenden Wohnformen lebten:

1. Vollstationäre Einrichtung im Sinne des § 71 Abs. 4 Nr. 1 SGB XI in der ab 1. Januar 2020 geltenden Fassung, in der die Teilhabe am Arbeitsleben, an Bildung oder die soziale Teilhabe, die schulische Ausbildung oder die Erziehung von Menschen mit Behinderungen im Vordergrund des Einrichtungszwecks stehe, oder
2. Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nr. 3 SGB XI in der ab 1. Januar 2020 geltenden Fassung, in denen die Pflegebedürftigen Leistungen der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen nach Teil 2 des SGB IX erhielten.

Bei den vorstehend genannten Wohnformen handele es sich gemäß § 71 Abs. 4 SGB XI nicht um Pflegeeinrichtungen im Sinne des § 71 Abs. 2 SGB XI. Dies hätte ohne die Regelung des § 43a SGB XI zur Folge, dass die Bewohner dieser Wohnformen keinen Anspruch auf Leistungen der Pflegekasse zur vollstationären Pflege hätten.

In seiner Funktion als Beratungs-, Gutachter- und Gesetzgebungsdienst des Landtags Rheinland-Pfalz erstellt der Wissenschaftliche Dienst Gutachten, die für den parlamentarischen Gebrauch bestimmt sind. Die Werke des Wissenschaftlichen Dienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die – auch auszugsweise – Verwertung ist nur unter Angabe der Quelle zulässig.

§ 43a SGB XI führe zu einer pauschalen Abgeltung der Kosten für die Pflege von Menschen mit Behinderungen in den o. g. Wohnformen. Für die vorstehend genannte Personengruppe würden die Leistungen der Pflegekasse zur Abgeltung der in § 43 Abs. 2 SGB XI genannten Aufwendungen allerdings auf 15 Prozent der nach Teil 2 Kapitel 8 des SGB IX vereinbarten Vergütung (d. h. des Heimentgeltes) bzw. im Einzelfall auf einen Betrag in Höhe von 266 Euro je Kalendermonat begrenzt.

Die in § 43a SGB XI geregelte betragsmäßige Begrenzung führe somit dazu, dass Menschen mit Behinderung, die in einer der vorgenannten Wohnformen lebten, weniger Leistungen der Pflegekasse erhielten als Menschen, die nicht in einer der genannten Wohnformen lebten, obwohl sie ggf. gleichermaßen Beiträge in die Pflegekasse einzahlten. Für die nicht von der Pflegekasse gedeckten Pflegekosten müsse der Betroffene selbst oder – im Fall von Bedürftigkeit – die Eingliederungshilfe aufkommen. Dies könne insbesondere eine Ungleichbehandlung gegenüber Menschen ohne Behinderung oder gegenüber Menschen mit Behinderung, die jedoch nicht in einer der vorstehend genannten Einrichtungen bzw. Räumlichkeiten lebten, darstellen.

B. Stellungnahme

Die Vorschrift des § 43a SGB XI betrifft die Schnittstelle zwischen den Leistungen der Eingliederungshilfe und den Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung für Menschen mit Behinderung in vollstationären Einrichtungen der Behindertenhilfe. Sie war in dieser Legislaturperiode bereits Gegenstand der Beratungen im Sozialpolitischen Ausschuss.¹ Dabei wurde auch die Verfassungsmäßigkeit der Norm thematisiert.²

Die Antragsteller als regierungstragende Fraktionen haben sich im Koalitionsvertrag vom 17. Mai 2016 für die Legislaturperiode zur Aufgabe gemacht zu prüfen, ob 43a SGB XI verfassungskonform ist. Konkret heißt es:³

„Menschen mit Behinderungen können auch pflegebedürftig sein. Sie haben als Versicherte, die Beiträge in die Pflegeversicherung gezahlt haben, auch Leistungsansprüche an die Pflegeversicherung. Dieser Leistungsanspruch wird für Menschen mit Behinderungen, die in Einrichtungen der Eingliederungshilfe leben, durch die Regelungen des § 43a SGB XI auf zurzeit 266,00 € begrenzt. Wir werden prüfen, ob diese Regelung verfassungskonform ist.“

Der Gutachtauftrag greift den Prüfauftrag aus dem Koalitionsvertrag auf.

¹ LT-Vorl. 17/1908 vom 13. Sept. 2017; LT-Vorl. 17/5329 vom 10. Sept. 2019.

² Prot. SozialA 17/11 vom 28. Sept. 2017, S. 4 ff.; Prot. SozialA 17/28 vom 26. Sept. 2019, S. 16 f.

³ Koalitionsvertrag Rheinland-Pfalz 2016-2021, S. 125.

Die nachfolgende Stellungnahme beschreibt zunächst die Rechtslage einschließlich eines Abrisses zur Entstehung der Norm (Ziffer I.). Im Anschluss wird die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI (Ziffer II.) kurz dargestellt. Darauf aufbauend wird der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm und damit unmittelbar zusammenhängender weiterer Bestimmungen (Ziffer III.) sowie deren Vereinbarkeit mit den maßgeblichen Bestimmungen der UN-Behindertenkonvention (Ziffer IV.) nachgegangen. Den Schluss bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse (Ziffer V.). Nicht Gegenstand der Stellungnahme ist die politische Bewertung von § 43a SGB XI.

I. Rechtslage

1. Entstehung der Vorschrift

Die Vorschrift des § 43a SGB XI stammt aus der Zeit der Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung als weiterer Zweig der Sozialversicherung.⁴ Der Einführung vorausgegangen war eine rund 20 Jahre dauernde Diskussion. Den Kern der Diskussion bildete die Frage der Absicherung des Risikos von Alterspflegebedürftigkeit.⁵ Der Gesetzgeber entschied sich für ein zweigeteiltes Pflegesystem von häuslicher und stationärer Pflege.⁶ Die Leistungen wurden stufenweise umgesetzt; die ambulanten Leistungen zum 1. April 1995, die Leistungen bei stationärer Pflege zum 1. Juli 1996.⁷

Nach den Regelungen im Pflege-Versicherungsgesetz vom 26. Mai 1994⁸ (vgl. §§ 13 Abs. 3, § 36 Abs. 1 SGB XI) war streitig, ob in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe Leistungen der Pflegeversicherung möglich sind. Vor Bestehen der gesetzlichen Pflegeversicherung wurden für Menschen mit Behinderung in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe Pflegeleistungen als kaum getrennt ausgewiesener Bestandteil der allgemeinen Leistungen der Unterbringung, Betreuung und Eingliederung auf Kosten der Träger der Sozialhilfe auf Grundlage des Bundessozialhilfegesetzes erbracht.⁹ Diese Einrichtungen sollten mit Einführung der Pflegeversicherung nicht unter die stationären Pflegeeinrichtungen fallen, da die Pflege im Zusammenhang

⁴ Die gesetzliche Pflegeversicherung besteht aus der sozialen Pflegeversicherung, einer öffentlich-rechtlich verfassten Versicherung, sowie der privaten Pflege-Pflichtversicherung bei privaten Krankenversicherungsunternehmen (vgl. §§ 1 Abs. 1 bis 3 SGB XI). Daneben besteht die Möglichkeit zu einer freiwilligen privaten (Zusatz-)Pflegeversicherung. Vgl. zur Historie die Kurzzusammenfassung in BVerfGE 103, 197 (198 ff.).

⁵ BVerfGE 103, 197 (200 ff.).

⁶ Vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 2 f.

⁷ Vgl. BT-Drs. 13/3696, S. 11.

⁸ BGBl. I, S. 1014.

⁹ Vgl. BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 14 (juris); *Welti*, Die Sonderregelung der Pflegeversicherung in Wohneinrichtungen für behinderte Menschen nach §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 43a Sozialgesetzbuch (SGB) Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung – und die Einschränkung des Wahlrechts zwischen Behinderteneinrichtungen und Pflegeeinrichtungen nach § 55 Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz (GG) und der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK), Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen,

mit den Teilhabeleistungen erfolgt, nicht jedoch, wie das Pflege-Versicherungsgesetz in § 71 Abs. 2 SGB XI¹⁰ vorschrieb, im Rahmen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegekraft.¹¹ Leistungen der ambulanten Pflege sollten ausscheiden, da Menschen mit Behinderung in Einrichtungen der Behindertenhilfe nicht in einem eigenen Haushalt wohnen würden.¹²

Um Auslegungsschwierigkeiten zu beseitigen und um für notwendige Klarstellungen des gesetzgeberischen Willens zu sorgen, steuerte der Gesetzgeber durch das Erste SGB XI-Änderungsgesetz vom 14. Juni 1996¹³ nach. Zur Abgrenzung von Pflegeeinrichtungen und Behinderteneinrichtungen sah der Gesetzentwurf eine Trennung zwischen diesen beiden Einrichtungen mit dem vorrangigen Ziel vor, die Pflegeversicherung vor finanziellen Mehrbelastungen zu schützen.¹⁴ Erreicht werden sollte dies durch eine vollständige Herausnahme von behinderten Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe aus dem Kreis der Leistungsberechtigten der gesetzlichen Pflegeversicherung.¹⁵ Pflegeleistungen in diesen Einrichtungen sollten – wie bisher – vollständig von den Trägern der Eingliederungshilfe erbracht werden. Die Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages betonte, die Pflege in Einrichtungen der Behindertenhilfe sei von Anfang an nicht in den Berechnungen der Aufwendungen der Pflegeversicherung für die stationäre Pflege enthalten gewesen. Es sei zudem nicht vertretbar, Beitragsmittel der Pflegeversicherung zur Finanzierung von Aufgaben zu verwenden, die von der Allgemeinheit zu erfüllen seien.¹⁶

Gegen dieses Ziel formierte sich Widerstand, da mit den Kosten der Pflege von Menschen mit Behinderung die Träger der Eingliederungshilfe belastet würden. Darüber hinaus würde die Abgrenzung von Einrichtungen der Behindertenhilfe zu Umstrukturierungen führen und die bewährte Form der ganzheitlichen Versorgung pflegebedürftiger Menschen mit Behinderung durch Heilerzieher und Heilerziehungspfleger ignorieren. Auch liege ein Verstoß gegen den Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe gegenüber dem vorrangig zuständigen Kostenträger Pflegeversicherung vor.¹⁷ Nach dem Willen des Bundesrates sollte es eine „wenig verwaltungsaufwendige Regelung zur Finanzierung der berechtigten Leistungsansprüche pflegebedürftiger Behinderter,

2015, S. 2, abrufbar unter https://www.reha-recht.de/fileadmin/user_upload/RehaRecht/Infothek/Sonstige_Veroeffentlichungen/2016/Gutachten_Welti_zu_43a_SGB_XI.pdf (Abruf vom 15. Jan. 2020).

¹⁰ Insofern unverändert seit Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung.

¹¹ Vgl. BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 15 (juris); *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 2 f.

¹² Vgl. BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 16 (juris).

¹³ BGBl. I, S. 830.

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 13/3696, S. 1, 11, 15.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 13/3696, S. 15; BR-Drs. 228/96 (Beschluss), Anlage S. 2.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 13/4091, S. 36, 40; zur Gegenansicht vgl. BT-Drs. 13/4091, S. 37 f., 38 ff., 40 f.

¹⁷ BR-Drs. 228/96 (Beschluss), Anlage S. 2 f.; vgl. auch BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 19 (juris).

die in Einrichtungen der Behindertenhilfe versorgt werden“;¹⁸ geben. Dies sollte durch eine Pauschalabgeltung des pflegerischen Kostenanteils¹⁹ in Höhe von mindestens 20 % dieser Kosten erreicht werden.²⁰

Im Ergebnis verständigte sich der Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat darauf, in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe erbrachte Pflegeleistungen durch eine pauschale Kostenbeteiligung der gesetzlichen Pflegeversicherung von – aktuell – monatlich 15 % der Pflegekosten, begrenzt auf einen Betrag von – aktuell – 266 Euro monatlich (§ 43a SGB XI), abzugelten.²¹ Darüber hinaus enthielt das Gesetz noch folgende Regelungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit § 43a SGB XI stehen oder eine Folge der Norm sind (zitiert nach den aktuellen Gesetzesfassungen):²²

- Die Leistungen der Eingliederungshilfe und Pflegeleistungen stehen gleichrangig nebeneinander (§ 91 Abs. 3 SGB IX, § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI).²³
- Stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellte Räumlichkeiten sind als anerkannte Pflegeeinrichtungen der gesetzlichen Pflegeversicherung ausgeschlossen (§ 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI).²⁴
- Die Leistungen der Eingliederungshilfe in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellten Räumlichkeiten umfassen auch die Pflegeleistungen in diesen Einrichtungen oder Räumlichkeiten (§ 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX).²⁵
- Häusliche Pflege ist in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellten Räumlichkeiten nicht zulässig (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 SGB XI).²⁶

¹⁸ BR-Drs. 228/96 (Beschluss), Anlage S. 3.

¹⁹ I.S.d. § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XI.

²⁰ BR-Drs. 228/96 (Beschluss), Anlage S. 3; vgl. auch BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 18 f. (juris).

²¹ Vgl. § 43a SGB XI i.d.F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996. Ursprünglich war eine Kostenbeteiligung von 500 DM monatlich vorgesehen, die zum 1. Jan. 2002 durch das Achte Euro-Einführungsgesetz vom 23. Okt. 2001 (BGBl. I, S. 2702) auf 256 Euro umgestellt und zum 1. Jan. 2015 durch das Erste Pflegestärkungsgesetz vom 17. Dez. 2014 (BGBl. I, S. 2222) auf 266 Euro erhöht wurde. Zum 1. Jan. 2020 wurde die prozentuale monatliche Beteiligung durch das Dritte Pflegestärkungsgesetz vom 2. Dez. 2016 (BGBl. I, S. 3191) auf 15 % erhöht, die Deckelung bei 266 Euro blieb unverändert. Siehe zur Entstehungsgeschichte auch BSG, Urt. vom 13. März 2001 – B 3 P 17/00 R –, Rz. 14 (juris), BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 14 ff. (juris) sowie *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 2 ff., m.w.N.

²² Vgl. Erstes SGB XI-Änderungsgesetz vom 14. Juni 1996, BGBl. I, S. 830.

²³ § 13 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 SGB XI i.d.F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996.

²⁴ § 71 Abs. 4 SGB XI i.d.F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996.

²⁵ § 13 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 SGB XI i.d.F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996: „die notwendige Hilfe in den Einrichtungen nach § 71 Abs. 4 ist einschließlich der Pflegeleistungen zu gewähren.“

²⁶ § 36 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SGB XI i.d.F. des Ersten SGB XI-ÄndG vom 14. Juni 1996.

Mit Einführung des SGB IX zum 1. Juli 2001²⁷ wurde festgelegt, dass dann, wenn die Pflege eines Menschen mit Behinderungen in einer stationären Einrichtung der Behindertenhilfe nicht mehr sichergestellt werden kann, die Pflegekasse, der Einrichtungsträger und der Träger der Sozialhilfe vereinbaren können, dass die Hilfe in einer anderen Einrichtung erbracht wird, also der behinderte Mensch umziehen muss. Dabei ist angemessenen Wünschen des Menschen mit Behinderungen Rechnung zu tragen (§ 103 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SGB IX).

2. Bundesteilhabegesetz

Durch das Bundesteilhabegesetz vom 23. Dezember 2016²⁸ wurde die Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2020 personenzentriert ausgerichtet. Es erfolgt bei der Erbringung der Leistungen der Eingliederungshilfe keine Unterscheidung mehr nach ambulanten, teilstationären und stationären Leistungen. In stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe und diesen gleichgestellten Räumlichkeiten werden die Fachleistungen der Eingliederungshilfe getrennt von den existenzsichernden Leistungen zur Lebensunterhaltssicherung erbracht.²⁹ Der Bedarf orientiert sich am notwendigen individuellen Bedarf. Dieser wird gemeinsam mit dem Menschen mit Behinderung ermittelt, das passende „Hilfspaket“ zusammengestellt und im gewohnten oder gewünschten Lebensumfeld organisiert.³⁰ An § 43a SGB XI wird trotz weiter bestehender Kritik und umfassend diskutierten Handlungsoptionen weiterhin festgehalten.³¹

Zeit- und wirkungsgleich mit der Personenzentrierung der Eingliederungshilfe wurde durch das Dritte Pflegestärkungsgesetz³² die bisher geltende Fassung des § 43a SGB XI an die neue Systematik angepasst, da die gesetzliche Pflegeversicherung die Unterscheidung zwischen häuslicher und stationärer Pflege, also einen räumlichen Ansatz, beibehält. Nach der Gesetzesbegründung sollen durch die Änderung die bisherigen Rechtswirkungen der Norm aufrechterhalten werden.³³

Kostenrechtlich sind die Teilhabeleistungen der Eingliederungshilfe steuerfinanzierte Fürsorgeleistungen (vgl. § 91 Abs. 1 SGB IX), erbracht vom Träger der Eingliederungshilfe bzw. den zur Kostenbeteiligung nach Landesrecht herangezogenen Stellen (vgl. § 94 Abs. 1 SGB IX, §§ 1, 8

²⁷ § 40a Satz 2 SGB XI i.d.F. des Art. 15 des Gesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I, S. 1046.

²⁸ BGBl. I, S. 3234 ff.; sehr intuitiv zur Entstehung des BTHG *Schmachtenberg*, NZS 2018, S. 337 („Das Bundesteilhabegesetz: Vom Koalitionsvertrag zum Gesetz“).

²⁹ Vgl. BT-Drs. 19/11006, S. 1.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 18/9522, S. 3 ff. und 266 ff.

³¹ Vgl. zur Diskussion nur Protokoll der 7. Sitzung vom 19. Febr. 2015 der Arbeitsgruppe Bundesteilhabegesetz zu TOP 2 und 3, abrufbar unter https://www.gemeinsam-einfach-machen.de/GEM/DE/AS/Umsetzung_BTHG/7_Sitzung/7_sitzung_ap_zu_top2.pdf?_blob=publicationFile&v=1 (Abruf vom 25. März 2020).

³² PSG III, BGBl. I 2016, S. 3191 ff.; vgl. BT-Drs. 18/9518, S. 69.

³³ Vgl. BT-Drs. 19/9518; kritisch hierzu *Hinz/Bessenich*, Einführung zum CBP, BTHG-Fachtag vom 17. Apr. 2018, S. 3, abrufbar unter www.cbpcaritas.de/cms/contents/cbp.caritas.de/medien/dokumente/veranstaltungen/dokumentationen/2.-bthg-fachtag-2018/dokumentation_2._bthg-fachtag_17.04.2018-geschuetzt.pdf (Abruf vom 27. Jan. 2020); *Speicher*, Prot. SozialA 17/28 vom 26. Sept. 2019, S. 16 f.

AGSGB IX Rheinland-Pfalz³⁴). Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung sind grundsätzlich beitragsfinanzierte Versicherungsleistungen (vgl. § 1 Abs. 6 SGB XI).

3. Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis

Das Recht der Eingliederungshilfe ist durch das „sozialrechtliche Dreiecksverhältnis“ geprägt.

Der Träger der Eingliederungshilfe bewilligt der leistungsberechtigten Person durch Verwaltungsakt die Fachleistung, die ihrem konkreten Bedarf entspricht. Zur Leistungserbringung verweist der Träger der Eingliederungshilfe auf freie und gewerbliche Träger (Leistungserbringer), die er mit öffentlich-rechtlichen Verträgen i.S.v. § 125 SGB XI zur Leistungserbringung zugelassen hat. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Leistungsberechtigten und einem Leistungserbringer wiederum beruht auf einem privatrechtlichen Vertrag, den er mit dem Träger eines Leistungserbringers abschließt, sobald er diesen aus den zur Leistungserbringung zugelassenen Trägern ausgewählt hat. Der privatrechtliche Vertrag verpflichtet die leistungsberechtigte Person zur Zahlung der Vergütung für die ihr gegenüber vom Leistungserbringer erbrachten Leistungen.³⁵

Grundlage des Vertrages des Leistungsberechtigten mit dem Träger des Leistungserbringers bildet das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) vom 29. Juli 2009³⁶. Zentrale Vertragselemente sind die Überlassung von Wohnraum, verbunden mit der Erbringung von Pflege- und/oder Betreuungsleistungen. Leitbild des Gesetzes ist die „Stärkung der Selbstbestimmung durch Information und Transparenz“.³⁷

§ 123 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verknüpft das Vertragsrecht (Leistungserbringungsrecht) zwischen Eingliederungshilfeträger und Leistungserbringern mit dem Leistungsrecht zwischen dem Eingliederungshilfeträger und dem Leistungsberechtigten. Danach darf der Träger der Eingliederungshilfe Leistungen der Eingliederungshilfe nur bewilligen, wenn und soweit entsprechende Verträge mit dem Träger des Leistungserbringers vorliegen. Im Gesamtplanverfahren (§§ 117 ff. SGB IX) wird der Bedarf ermittelt und werden vom Träger der Eingliederungshilfe Leistungen fest- und ein Gesamtplan aufgestellt. Vor Bewilligung der Leistungen durch den Eingliederungshilfeträger muss bereits feststehen, welchen Leistungserbringer der Leistungsberechtigte wählt (vgl. § 123 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Nur dann kann der Eingliederungshilfeträger prüfen, ob mit dem von dem Berechtigten gewünschten Leistungserbringer Vereinbarungen nach § 125 SGB IX bestehen. Bestehen zwar Vereinbarungen, umfassen diese aber nicht die Art der Leistungen, die

³⁴ Landesgesetz zur Ausführung des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vom 19. Dez. 2018, GVBl. S. 463.

³⁵ Bieritz-Harder, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 123 Rn. 2; Winkler, in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, SGB IX, 13. Aufl. 2018, § 123 Rn. 3.

³⁶ BGBl. I, S. 2319, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes zur Änderung des Neunten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften vom 30. Nov. 2019, BGBl. I, S. 1948.

³⁷ BT-Drs. 16/12409, S. 11.

der Berechtigte benötigt, darf der Eingliederungshilfeträger die Leistung grundsätzlich nicht bewilligen.³⁸

Soweit Menschen mit Behinderungen Pflegebedarf aufweisen, ist die zuständige Pflegekasse, wenn der Leistungsberechtigte dem zustimmt, zur Abstimmung der Pflegeleistungen mit den Leistungen der Eingliederungshilfe beratend am Gesamtplanverfahren zu beteiligen (§ 117 Abs. 3 Satz 1 SGB IX).³⁹

Nach § 123 Abs. 6 SGB IX hat der Leistungserbringer seit dem 1. Januar 2020 gegen den Träger der Eingliederungshilfe einen unmittelbaren Anspruch auf Vergütung der gegenüber dem Leistungsberechtigten erbrachten Leistungen der Eingliederungshilfe.

4. UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)

a) Allgemeines

Die UN-BRK⁴⁰ ist ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Vereinten Nationen und denjenigen Vertragsstaaten, die ihn durch Ratifizierung für verbindlich erklärt haben.⁴¹ Der Bundesgesetzgeber hat dem Vertrag durch förmliches Gesetz vom 21. Dezember 2008 zugestimmt.⁴² Die Konvention trat mit Wirkung vom 26. März 2009 in Deutschland in Kraft.⁴³ Sie gilt im Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG) und ist grundsätzlich kein Bestandteil der gemäß Art. 25 GG dem einfachen Recht vorgehenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts.⁴⁴

b) Verpflichtungen der Vertragsstaaten

Die Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten (als Vertragspartner) zu Maßnahmen, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern (Art. 4 Abs. 1 UN-BRK).⁴⁵ Sie greift damit auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte sowie auf

³⁸ Bieritz-Harder, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 123 Rn. 3; Winkler, in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, SGB IX, 13. Aufl. 2018, § 123 Rn. 7

³⁹ Winkler, in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, SGB IX, 13. Aufl. 2018, § 117 Rn. 5.

⁴⁰ „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD); am 13. Dez. 2006 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen beschlossen und am 3. Mai 2008 in Kraft getreten.

⁴¹ Vgl. Trenk-Hinterberger, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 4

⁴² BGBl. II 2008, S. 1419; II 2009, S. 812 (Bekanntmachung über das Inkrafttreten).

⁴³ Vgl. Trenk-Hinterberger, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 4.

⁴⁴ Schmitt, NZS 2018, 247 (248); Roller, NZS 2019, 368; Trenk-Hinterberger, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 4; vgl. auch hierzu und zum folgenden Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 24 ff.

⁴⁵ Vgl. Trenk-Hinterberger, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 6, 10.

die wichtigsten Menschenrechtsverträge der Vereinten Nationen zurück und formuliert zentrale Bestimmungen dieser Dokumente für die Lebenssituation von Menschen mit Behinderungen. Damit schafft sie keine Sonderrechte, sondern konkretisiert und spezifiziert die universellen Menschenrechte aus der Perspektive der Menschen mit Behinderungen und vor dem Hintergrund ihrer spezifischen Lebenslagen, die im Menschenrechtsschutz systematische Beachtung finden müssen.⁴⁶

Im Einzelnen haben die Vertragsstaaten die Verpflichtung, bestimmte Rechtspositionen aus einem Menschenrecht zu achten und eine Beeinträchtigung dieses zu unterlassen (Achtungsverpflichtung), zweitens dieses gegen Eingriffe Dritter zu schützen (Schutzverpflichtungen) und drittens dieses für die Berechtigten in möglichst umfassender Weise zu verwirklichen (Leistungsverpflichtungen).⁴⁷

c) Rechtliche Wirkungen der Staatenverpflichtung

Mit dem Zustimmungsgesetz zur UN-BRK besteht ganz allgemein die objektive Verpflichtung der Bundesrepublik und aller ihrer staatlichen Organe, die Konvention anzuwenden. Dabei sind vier unterschiedliche rechtliche Dimensionen zu unterscheiden:⁴⁸

aa) Verpflichtung zur Anwendung

Die Verpflichtung zur Anwendung bedeutet zum einen, eigene konventionswidrige Bestimmungen entsprechend anzupassen und zum anderen, bestimmte, bislang unterlassene Maßnahmen zu ergreifen, um die volle Verwirklichung des jeweiligen Rechts der UN-BRK zu erreichen.⁴⁹

Der Zeitraum der Umsetzung der unterschiedlichen Verpflichtungen dürfte sich dabei durch Auslegung der jeweiligen Bestimmung ergeben. Als Faustregel dürfte gelten, dass die Umsetzung von Achtungs- und Schutzpflichten bei bürgerlichen und politischen Rechten in einem eher kürzeren Zeitraum zu erfolgen hat.⁵⁰

Bei wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten begrenzt Art. 4 Abs. 2 UN-BRK die Umsetzungsverpflichtung. Danach sind Maßnahmen durch die Vertragsstaaten in diesem Bereich nur unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel zu ergreifen. Dieser „Ressourcen-“ oder „Progres-

⁴⁶ Denkschrift der Bundesregierung zu dem Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in: BT-Drs. 16/10808, S. 46.

⁴⁷ Vgl. *Trenk-Hinterberger*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 10 ff.

⁴⁸ Ausführlich zum Ganzen *Trenk-Hinterberger*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 27 ff.

⁴⁹ *Trenk-Hinterberger*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 28.

⁵⁰ *Trenk-Hinterberger*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 29.

sionsvorbehalt“ soll den Vertragsstaaten in diesem Bereich die schrittweise Realisierung menschenrechtlicher Gewährleistungen gemäß ihren verfügbaren Mitteln ermöglichen.⁵¹ Im Hinblick auf diese Rechte dürfte daher in der Regel von einer eher zeitlich gestreckten Implementierungspflicht auszugehen sein. Die zu treffenden Maßnahmen können grundsätzlich nach und nach getroffen werden, soweit bestimmte Bestimmungen nicht ausnahmsweise unmittelbar anwendbar sind.⁵²

Aufgrund der beschriebenen Umsetzungsverpflichtung folgen daher aus der UN-BRK in der Regel keine Ansprüche („*non-self-executing*“), solange das innerstaatliche Recht die Umsetzung noch nicht (bewusst) vollzogen hat.⁵³

bb) Verpflichtung zur unmittelbaren Anwendung

Unmittelbar anwendbar sind nach h.M. ausnahmsweise diejenigen Konventionsartikel, die geeignet und hinreichend bestimmt sind, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, ohne dass es einer weiteren normativen Ausfüllung bedarf („*self-executing*“, vgl. Art. 4 Abs. 2 letzter Halbsatz UN-BRK).⁵⁴ Eine solche Ausnahme der unmittelbaren Anwendbarkeit bildet z.B. das Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK.⁵⁵ Die Zuordnung zu politischen und bürgerlichen Menschenrechten oder zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten ist für die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit grundsätzlich ohne Bedeutung.⁵⁶ Kommt es bei einer unmittelbar anwendbaren Norm zu einer Kollision mit anderslautendem Bundesrecht, ist zu klären, wie dieser Widerspruch aufzulösen ist. Hierbei kommen insbesondere die Kollisionsregeln des Vorrangs des neueren Rechts vor dem älteren oder des spezielleren vor dem allgemeinen in Betracht.⁵⁷

⁵¹ Eichenhofer, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018, S. 26.; Trenk-Hinterberger, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 29 ff.; Lachwitz, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, a.a.O., Art. 4, Rn. 24 ff.

⁵² Trenk-Hinterberger, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 29 ff.

⁵³ BSG, Urt. vom 21. März 2013 – B 3 KR 3/12 R –, Rz. 24 (juris); Roller, NZS 2019, 368 (369).

⁵⁴ Trenk-Hinterberger, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 33 ff.

⁵⁵ BSGE 110, 194 (202 Rz. 29); Trenk-Hinterberger, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 35.

⁵⁶ Trenk-Hinterberger, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 34.

⁵⁷ Vgl. Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 26; Trenk-Hinterberger, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 37 f.; BSGE 110, 194 (198 f. Rz. 19 f.).

cc) Verpflichtung zur unmittelbaren Anwendung bei subjektivem Recht

Ist eine Regelung – objektiv-rechtlich – unmittelbar anwendbar, kann sie darüber hinaus zusätzlich ein subjektives Recht des Einzelnen vermitteln.⁵⁸ Betroffene haben dann im konkreten Einzelfall das Recht, vom Rechtsanwender ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen.⁵⁹

dd) Verpflichtung zur Anwendung bei der Auslegung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Bestimmungen der UN-BRK „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte“ heranzuziehen.⁶⁰ Grundlage hierfür ist die Bindung aller staatlicher Gewalt an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), das Bekenntnis des Grundgesetzes zu den Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG) und die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.⁶¹

Darüber hinaus folgt aus der durch das Zustimmungsgesetz angeordneten Anwendbarkeit die Verpflichtung, die Bestimmungen der UN-BRK zur Auslegung und Konkretisierung des innerstaatlichen Fachrechts heranzuziehen, insbesondere im Rahmen der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe wie Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit und Zumutbarkeit.⁶²

II. Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI

Die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI, insbesondere vor dem Hintergrund einer Ungleichbehandlung von Menschen mit Behinderungen in vollstationären Einrichtungen der Behindertenhilfe gegenüber solchen, die zu Hause gepflegt werden, begann bereits bei den Gesetzesberatungen und ist seither nicht verstummt.⁶³ Sie verstärkte sich mit dem In-

⁵⁸ BSGE 110, 194 (200 Rz. 24) m.w.N.; *Schmitt*, NZS 2018, 247 (248); *Roller*, NZS 2019, 368 (369); *Trenk-Hinterberger*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 39.

⁵⁹ *Trenk-Hinterberger*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 39.

⁶⁰ BVerfGE 128, 282 (306); 111, 307 (317); vgl. auch *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 35 f.; *Trenk-Hinterberger*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 41.

⁶¹ BVerfGE 111, 307 (317 f.); *Trenk-Hinterberger*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 41.

⁶² *Roller*, NZS 2019, 368 (369); *Trenk-Hinterberger*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 40 ff.

⁶³ Vgl. mit umfangreichen Nachweisen nur *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 5 ff., 12 ff., 16 ff.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016; in: Beitrag D36-2016 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-d36-2016/> (Abruf vom 15. Jan. 2020); *ders.*, Verstößt § 43a SGB XI gegen das Grundgesetz und die UN-Behindertenrechtskonvention?, in: *SozSich* 2018, 418.

krafttreten der UN-BRK, die eine Abkehr von der bisher primär auf Fürsorge und Ausgleich bestimmter Defizite aufbauenden Behindertenpolitik symbolisiert.⁶⁴ Während die Verfassungsmäßigkeit der 1996 getroffenen Regelungen vor allem mit der Ausgabenbegrenzung der gesetzlichen Pflegeversicherung, den historisch gewachsenen Besonderheiten der Einrichtungen und Hilfesysteme sowie der „bewährten Form der ganzheitlichen Versorgung pflegebedürftiger Behinderter“ in Einrichtungen der Behindertenhilfe begründet wurde,⁶⁵ stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit heute vor einem geänderten Hintergrund möglicherweise neu. Menschen mit Behinderungen haben ein Recht auf gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe, Gleichstellung und Selbstbestimmung. Darüber hinaus stehen ihnen eigene Leistungsansprüche gegenüber der gesetzlichen Pflegeversicherung zu, insbesondere wenn sie hierzu selbst Beiträge bezahlt haben.⁶⁶

Im Vorfeld der Neuregelungen durch das BTHG⁶⁷ beauftragte der Landeswohlfahrtsverband Hessen als überörtlicher Träger der Sozialhilfe in Hessen Professor Dr. Felix Welti mit der Begutachtung der Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI. Seiner Auffassung nach verstößt § 43a SGB XI gegen das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG, gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und gegen das Benachteiligungsverbot wegen Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG oder – falls dessen Anwendungsbereich nicht eröffnet sein sollte – gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie gegen Art. 5, 19 und 25 UN-BRK.⁶⁸

Nach Einschätzung der hiesigen Landesregierung sind die Schlussfolgerungen im Gutachten von Welti nicht zwingend. Er befasse sich intensiv mit der Frage der Verfassungskonformität der Kostenwirkung für die Leistungs- und Kostenträger. Die eigentliche Frage bestehe aber darin, ob sich § 43a SGB XI auf die Leistungsrechte von Menschen mit Behinderungen auswirke. Insofern erscheine das Gutachten für eine mögliche Verfassungsklage⁶⁹ als nicht hinreichend. Die Landesregierung verfolge gleichwohl den Prüfauftrag aus dem Koalitionsvertrag weiter.⁷⁰

Ein Ergebnis der Prüfung durch die Landesregierung liegt, soweit ersichtlich, bislang nicht vor.

Nachfolgend wird gemäß dem Auftrag nunmehr die Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 43a SGB XI sowie die Vereinbarkeit mit der UN-Behindertenrechtskonvention erörtert. Einbezogen

⁶⁴ Vgl. *Trenk-Hinterberger*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 44.

⁶⁵ Vgl. Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 5 ff., 12 ff., 80; ders., Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 6; ders., in: SozSich 2018, 418 f.; BR-Drs. 228/96 (Beschluss), Anlage S. 2 f.

⁶⁶ Vgl. *Bätzing-Lichtenthäler*, Prot. SozialA 17/11 vom 28. Sept. 2017, S. 4; dies., Prot. SozialA 17/28 vom 26. Sept. 2019, S. 16.

⁶⁷ BGBl. I, S. 3234 ff.

⁶⁸ Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015; ders., Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, S. 1 ff.; ders., in: SozSich 2018, 418 ff.

⁶⁹ Vgl. Welti, SozSich 2018, 418 (422).

⁷⁰ *Bätzing-Lichtenthäler*, Prot. SozialA 17/28 vom 26. Sept. 2019, S. 16.

in die Prüfung werden die mit § 43a SGB XI in untrennbarem Zusammenhang stehenden Vorschriften § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX und § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI. Zur besseren Lesbarkeit werden jeweils die aktuellen gesetzlichen Bestimmungen und nicht die bei Abfassung des Gutachtens von *Welti* geltenden zitiert.

III. Verfassungsmäßigkeit von §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI und § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX

1. Freizügigkeit (Art. 11 GG)

Eine Verständigung des Trägers der Eingliederungshilfe und der zuständigen Pflegekasse auf Grundlage von § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX kann dazu führen, dass ein pflegebedürftiger Mensch mit Behinderung nicht mehr in einer Einrichtung oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI verbleiben kann, sondern in ein Pflegeheim umziehen muss. § 43a SGB XI begrenzt die pflegebedürftigen Menschen in vorgenannten Einrichtungen und Räumlichkeiten zustehenden Pflegeleistungen auf maximal 266 Euro monatlich. Leistungen aufgrund ambulanter Pflege sind nicht zulässig (§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI).

Die Verpflichtung zum Umzug ist am Grundrecht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) zu messen.

a) Betroffenheit des Schutzbereichs

Das Grundrecht auf Freizügigkeit aus Art. 11 Abs. 1 GG schützt das Recht, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnung zu nehmen. Dazu zählt auch die Freizügigkeit zwischen Ländern, Gemeinden und innerhalb einer Gemeinde.⁷¹ Die, auch mittelbare, Verpflichtung zu einem Umzug berührt damit den sachlichen Schutzbereich.⁷²

Die Betroffenheit des Schutzbereichs dürfte sich auch durch eine Heranziehung von Art. 19 lit. a) UN-BRK ergeben. In Art. 19 lit. a) UN-BRK anerkennen die Vertragsstaaten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben.⁷³

⁷¹ BVerfGE 110, 177 (190); 134, 242 (323 ff., Rz. 251 ff.), jeweils m.w.N.; *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 33 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 2 f.; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

⁷² *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 33 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

⁷³ *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 33 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

Vom persönlichen Schutzbereich umfasst Art. 11 GG nur Deutsche. Unionsbürgern dürfte aus dem unionsweiten Freizügigkeitsrecht aller Unionsbürger (Art. 21 AEUV) ein Anspruch auf völlige rechtliche und prozessuale Gleichstellung mit Deutschen zukommen, so dass ihnen der Sache nach das gleiche Recht zustehen dürfte.⁷⁴ Andere Ausländer können sich auf das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG und die davon umfasste Freiheit der Wahl des Aufenthaltsortes und des Wohnsitzes in der Bundesrepublik berufen.⁷⁵

b) Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG fraglich

Nach Auffassung von *Welti*⁷⁶ greifen § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX i.V.m. § 43a SGB XI mittelbar in den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 GG ein. Der Mensch mit Behinderung müsse in bestimmten Fällen seinen angestammten Wohnsitz aufgeben und in eine andere Einrichtung umziehen.

Das Vorliegen eines Eingriffs dürfte indes fraglich sein.

Ein Eingriff in Art. 11 Abs. 1 liegt jedenfalls dann vor, wenn der Staat gegenüber dem Bürger unmittelbar, zielgerichtet, rechtsförmlich und unter Anwendung von Zwang Verhaltensweisen behindert, die dem Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 unterfallen („direkter Eingriff“).⁷⁷

Über diese Fälle hinaus herrscht eine große Meinungsvielfalt, wann ein mittelbarer Eingriff vorliegt, der einem unmittelbaren gleichzustellen ist.⁷⁸ Das Bundesverfassungsgericht⁷⁹ verlangt in der Spätaussiedlerentscheidung für einen mittelbaren Eingriff eine Maßnahme, die „in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff“ gleichkommt. Die Maßnahme müsse einen „spürbaren Nachteil“ an die Ausübung des Grundrechts knüpfen.⁸⁰ Im Garzweiler-Urteil verneint das Bundesverfassungsgericht⁸¹ einen Grundrechtseingriff durch die Zulassung eines Rahmenbetriebsplans für den Braunkohleabbau, auch wenn dieser dazu führt, dass die betroffenen Menschen ihr Wohngrundstück aufzugeben und wegziehen müssen.

⁷⁴ Vgl. *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 64 f.

⁷⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 9. Febr. 2001 – 1 BvR 781/98 –, Rz. 21 (juris); vgl. auch *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 61 ff. m.w.N.

⁷⁶ *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 34 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 2 f.; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

⁷⁷ *Ogorek*, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 42. Edition Stand: 1. Dez. 2019, Art. 11 Rn. 20; *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 114.

⁷⁸ Vgl. nur *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 113 ff. m.w.N.

⁷⁹ BVerfGE 110, 177 (191); vorher bereits BVerfGE 105, 252 (273); 105, 279 (300 f.); danach: BVerfGE 113, 63 (76); vgl. auch *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 115 m.w.N.

⁸⁰ Vgl. auch *Ogorek*, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 42. Edition Stand: 1. Dez. 2019, Art. 11 Rn. 21; *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 115.

⁸¹ BVerfGE 134, 242 (325 f. Rn. 257 f.).

Auch *Welti*⁸² stützt seine Argumentation auf die Spätaussiedlerentscheidung. Seiner Auffassung nach genügt es, dass die Vereinbarung der Träger „faktisch zu einem Wohnortwechsel führt, auch wenn ihr Zweck ein anderer – hier: die Sicherstellung der Pflege – ist“. Diese Argumentation erscheint vor dem Zweck der Regelung des § 103 Abs. 1 SGB IX fraglich. Der Sache nach dürfte die Vorschrift (nur) eine komplexe Zuständigkeitsvorschrift im Verhältnis zwischen dem Träger der Eingliederungshilfe, dem Träger der Sozialhilfe und dem Träger der Pflegeversicherung darstellen.⁸³ Als solche dürfte ihr vor dem oben dargestellten Hintergrund des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses die erforderliche Eingriffsqualität fehlen.

Erbringt ein Träger der Eingliederungshilfe in einer Einrichtung oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI Leistungen, hat er nach § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX auch die notwendigen Pflegeleistungen zu erbringen, die integraler Bestandteil der Eingliederungshilfe sind. Welche Leistungspflichten den Träger der Eingliederungshilfe konkret treffen, ergibt sich für den Leistungsberechtigten aus seinem zivilrechtlichen Vertrag mit der Einrichtung und gegenüber dem Träger der Eingliederungshilfe ausschließlich aus dem SGB IX. Für die Pflegeleistungen erfolgt eine zusätzliche Vereinbarung nach § 13 Abs. 4 SGB XI zwischen den beteiligten Trägern über die Anerkennung des Pflegegrades sowie die Kostenerstattung. Dieser Vereinbarung hat der Leistungsberechtigte zuzustimmen.⁸⁴

Ändert sich der Pflege- und Betreuungsbedarf des Menschen mit Behinderung, muss der Träger der Einrichtung dem Bewohner nach § 8 Abs. 1 Satz 1 WBVG eine entsprechende Anpassung der Leistung an den erhöhten oder verringerten Pflege- und Betreuungsbedarf anbieten. Diese mit Inkrafttreten des WBVG neu geschaffene Regelung, die im vorher gültigen Heimgesetz nur im Rahmen des dem Einrichtungsträgers nach seiner Personal- und sonstigen Ausstattung Möglichen galt,⁸⁵ soll den Leistungsberechtigten grundsätzlich davor schützen, bei verändertem Bedarf in eine andere Einrichtung umziehen zu müssen.⁸⁶ Allerdings soll nach der Gesetzesbegründung auch keine unbeschränkte Anpassungspflicht bestehen, um die Gestaltungsfreiheit der Unternehmer zu stärken, die Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers zu verbessern und die Entwicklung neuer Wohnformen zu ermöglichen.⁸⁷ Die Pflicht zur Anpassung kann daher nach § 8 Abs. 4 Satz 1 WBVG durch eine bei Vertragsschluss zu treffende gesonderte Vereinbarung mit dem Leistungsberechtigten ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Der schriftlich abzufassende Ausschluss ist zudem nur wirksam, soweit der Unternehmer unter Berücksichtigung des dem Vertrag zugrunde gelegten Leistungskonzepts daran ein berechtigtes Interesse hat und dieses in der Vereinbarung begründet (§ 8 Abs. 4 Satz 2 und 4 WBVG). Dabei sind die Belange von Menschen mit Behinderungen besonders zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 4 Satz 3 WBVG), so dass

⁸² Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 34.

⁸³ *Wehrhahn*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018 (Stand: 10. Sept. 2019), § 103 Rn. 12.

⁸⁴ Vgl. *Wehrhahn*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018 (Stand: 10. Sept. 2019), § 103 Rn. 14; vgl. auch BSG, Urt. vom 25. Feb. 2015 – B 3 KR 10/14 R –, Rz. 27 (juris).

⁸⁵ Vgl. zur vorherigen Rechtslage BSG, Urt. vom 25. Feb. 2015 – B 3 KR 10/14 R –, Rz. 27 (juris).

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 16/12409, S. 12.

⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 16/12409, S. 12, 22.

ein Ausschluss der Angebotspflicht nur ausnahmsweise in Betracht kommt.⁸⁸ Als Beispiel kann die Verfolgung eines Leistungskonzepts dienen, das auf die Betreuung von Menschen mit Behinderung in besonderen Wohngruppen ausgerichtet ist. Hier kann es vor dem Hintergrund der Förderung der Selbstbestimmung und des Rechts auf Teilhabe am Leben in der Gesellschaft sinnvoll sein, Wohngruppen mit Menschen mit ähnlichen Behinderungen oder behinderten Menschen einer bestimmten Altersgruppe zu bilden und den Ausschluss, eine Anpassung anzubieten, entsprechend zu gestalten.⁸⁹ Flankierend mit diesen Regelungen kann der Träger der Behinderteneinrichtung bei geändertem Betreuungs- oder Pflegebedarf nur aus wichtigem Grund kündigen, wenn der Leistungsberechtigte entweder eine angebotene Anpassung ablehnt oder der Träger seine Pflicht zum Angebot wirksam im Vertrag begrenzt hat und er aus diesem Grund eine fachgerechte Leistung nicht mehr erbringen kann und ihm ein Festhalten am Vertrag deshalb nicht mehr zumutbar ist (§ 12 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 WBVG).

§ 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX regelt das Verfahren für den Fall, dass sich herausstellt, die Pflege in der Einrichtung oder in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI kann durch den Träger nicht oder nicht mehr sichergestellt werden. Bereits nach dem Wortlaut der Bestimmung kommt dabei keinem der drei Beteiligten der Vereinbarung das Recht zu, allein eine für alle verbindliche Entscheidung zu treffen.⁹⁰ Dieser Fall kann auf Basis von § 8 Abs. 1 WBVG nur in den dargestellten und den Einrichtungsträger zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigenden Fällen eintreten. In beiden Fällen liegt eine freie Entscheidung des Leistungsberechtigten vor. Lehnt der Leistungsberechtigte ein Anpassungsangebot ab, liegt dies auf der Hand. Gleiches gilt auch für den zweiten Fall des wirksamen Ausschlusses. Denn aufgrund der transparenten Regelung im Vertrag wusste der Leistungsberechtigte bereits bei Unterzeichnung der Vereinbarung um die insoweit beschränkte Erweiterungsmöglichkeit sowie die dafür maßgeblichen Gründe, hat sich aber trotzdem freiwillig für einen Einzug in diese Einrichtung entschieden.

Vor diesem Hintergrund dürfte § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX auf sozialrechtlicher Ebene lediglich die zivilrechtliche Kündigungsmöglichkeit des Trägers der Einrichtung ergänzen, indem er alle Beteiligten verpflichtet, im Rahmen einer neuen Gesamtplanung (§§ 117 ff. SGB IX) einvernehmlich eine Leistungserbringung in einer anderen Einrichtung zu vereinbaren. Da der Einrichtungsträger in Wahrung seiner Organisationsautonomie und mangels weitergehender gesetzlicher Grundlage nicht zu einer neuen, erweiterten Vereinbarung gezwungen werden kann, dürfte der Vorschrift des § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX letztlich (nur) die Bedeutung eines Initiativrechts zukommen.⁹¹ Grundlage der Initiative ist die Sicherstellung künftiger Pflegeleistungen des Leistungsberechtigten, nicht hingegen der Verlust dessen Wohnorts. Damit dürfte der Vorschrift, auch vor dem Hintergrund, dass der Leistungsberechtigte der Leistungserweiterung entweder

⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 16/12409, S. 23.

⁸⁹ BT-Drs. 16/12409, S. 23.

⁹⁰ Wehrhahn, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018 (Stand: 10. Sept. 2019), § 103 Rn. 15.

⁹¹ Vgl. Wehrhahn, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, 3. Aufl. 2018 (Stand: 10. Sept. 2019), § 103 Rn. 15.

nicht zugestimmt hat oder die nur beschränkte Erweiterungsmöglichkeit und die hierfür maßgeblichen Gründe seit Vertragsschluss kannte, kein Eingriffscharakter für Art. 11 Abs. 1 GG zukommen.

Dies dürfte auch für Selbstzahler oder Leistungsberechtigte gelten, die Beiträge aus Einkommen oder Vermögen (§§ 135 ff. SGB IX) zu den Leistungen der Eingliederungshilfe zahlen. Soweit sie einer Vertragsänderung nur deshalb nicht zustimmen können, weil ihnen die notwendigen finanziellen Mittel fehlen, z.B. weil die Leistung der sozialen Pflegeversicherung auf 266 Euro begrenzt ist, dürfte auch dies mangels Finalität keinen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG darstellen. Die Begrenzung der Leistungen der Pflegeversicherung dürfte (einzig) an Art. 2 Abs. 1 GG und an den Gleichheitsrechten zu messen sein, nicht jedoch an Art. 11 Abs. 1 GG.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines (unterstellten) Eingriffs

Bejaht man mit *Welti*⁹² einen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG, könnte dieser nach Art. 11 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein, wenn keine ausreichende Lebensgrundlage vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht – die Gewährleistung der Freizügigkeit für nicht EU-Bürger – unterliegt nur den weiten Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG und dabei insbesondere der verfassungsmäßigen Ordnung, zu der sämtliche formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehenden Rechtsnormen zählen.⁹³ Ist ein Eingriff von Art. 11 Abs. 2 GG gedeckt, genügt er daher auch der Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG.

Eine ausreichende Lebensgrundlage fehlt dort, wo ein Betroffener nicht nur vorübergehend hilfsbedürftig im Sinne des Fürsorgerechts ist.⁹⁴ Erhebliche Lasten umfassen insbesondere die Bereitstellung von Wohnraum, infrastrukturelle Folgekosten wie z.B. die Herstellung oder Erweiterung von Einrichtung der Betreuung von Kindern, der schulischen Ausbildung, von Kultur und Sport sowie von Anlagen der öffentlichen Ver- und Entsorgung.⁹⁵ Sie sind erst dann erheblich, wenn sie im Einzelfall das sozialstaatlich vertretbare Maß überschreiten.⁹⁶

⁹² Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 34 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 2 f.; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

⁹³ BVerfG, Beschl. vom 9. Febr. 2001 – 1 BvR 781/98 –, Rz. 21 (juris).

⁹⁴ BVerwGE 3, 135 (139 f.); 6, 173 (175); *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 135.

⁹⁵ BVerfGE 110, 177 (192 f.); *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 135.

⁹⁶ *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL Aug. 2019, Art. 11 Rn. 135.

aa) Auffassung von *Welti*⁹⁷

Eine Rechtfertigung des Eingriffs auf Grundlage des Art. 11 Abs. 2 GG verneint *Welti* mit dem Argument, dass zwar dem Träger der Eingliederungshilfe bei Personen mit hohem Pflegebedarf in einer Behinderteneinrichtung, die Eingliederungshilfe in Anspruch nehmen, besondere Lasten entstehen könnten, da die Einrichtung nach § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verpflichtet sein könnte, die notwendige Pflege kostenintensiv in der Einrichtung sicherzustellen. Diese besonderen Kosten entstünden in vielen Fällen allerdings nur deshalb, da die Bewohnerinnen bzw. Bewohner, obwohl sie pflegeversichert seien, keine Leistungen der häuslichen Pflege in Anspruch nehmen könnten (vgl. § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI), die höher sind und mit denen die nötigen Pflegeleistungen im Behindertenheim möglich wären. Geschützt würden also nicht die öffentlichen Kassen, sondern die Lastenverteilung zwischen diesen. Besonders stark betroffen von der Regelung seien Selbstzahler und Beitragszahler in Einrichtungen der Behindertenhilfe. Daher sei die Regelung vor dem Hintergrund der Entlastung der Träger der Eingliederungshilfe (früher der Träger der Sozialhilfe) bereits nicht erforderlich, soweit die Pflege mit den Ansprüchen auf häusliche Krankenpflege (§§ 36 ff. SGB XI) in Behinderteneinrichtungen sichergestellt werden könnte.

bb) Grundsätzliche Bedenken an der Argumentation von *Welti***(1) Bezieher von Eingliederungshilfe**

Diese Argumentation dürfte in Bezug auf die Bezieher von Eingliederungshilfe grundsätzlichen Bedenken begegnen, da sie die weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht hinreichend beachten dürfte. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass es vornehmlich Sache des Gesetzgebers ist, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.⁹⁸

In Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI erfolgt nach der gesetzlichen Regelung keine häusliche Pflege. Pflegeleistungen sind, wie auch *Welti* anerkennt, integraler Bestandteil der Eingliederungshilfe, die vom Träger der Einrichtung nach § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX zu erbringen ist. Die gesamten Kosten für die Pflege sind vom Träger der Eingliederungshilfe als deren Bestandteil zu tragen. Für diese Einrichtungen trifft § 43a SGB XI die bewusst abschließende Regelung, dass der rein pflegerische Anteil an den Leistungen von den Pflegekassen lediglich mit einer pauschalen, vom konkreten Pflegeaufwand im Einzelfall

⁹⁷ Zuvor § 55 Satz 2 SGB XII i.V.m. §§ 36 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, 43a SGBXI; *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 35 ff, 79.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 2 ff.; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419); vgl. auch bereits *ders.*, SRA 2012, 189 (191 f.).

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 77, 84 (106) m.w.N.

unabhängigen, die Pflegesachleistung ersetzenden Vergütung an den Träger der Behinderteneinrichtung abgegolten wird.⁹⁹ Der ungedeckte Bedarf geht nach der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung zu Lasten des Trägers der Eingliederungshilfe.¹⁰⁰ Damit korrespondierend hat der Gesetzgeber dem Leistungsberechtigten zivilrechtlich (§ 8 Abs. 1 Satz 1 WBVG) grundsätzlich einen Anspruch auf Anpassung der Pflegeleistung zuerkannt, selbst wenn sich der Bedarf erst nachträglich ergibt. Diese gesetzgeberische Wertentscheidung im Zivil- und Sozialrecht dürfte nicht in Frage zu stellen sein.

Bei einem Bezieher von Eingliederungshilfe kann der Träger der Behinderteneinrichtung den Vertrag sogar durch einseitige Erklärung auf die für einen erhöhten Pflegebedarf anfallenden Kosten anpassen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 WBVG). Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass für diese Bewohner bezüglich der Anpassung der Leistungen bereits besondere Regelungen aufgrund der Vereinbarungen zwischen dem Unternehmer und dem jeweiligen Kostenträger nach dem SGB XI (Soziale Pflegeversicherung) oder SGB XII (Sozialhilfe) bestehen.¹⁰¹ Der Träger der Eingliederungshilfe übernimmt daher grundsätzlich auch die erhöhten Kosten. Lediglich wenn ein wirksamer Ausschluss der Pflicht zur Erbringung erhöhter Pflegeleistungen im Wohn- und Betreuungsvertrag vorliegt, könnte ein Umzug des Leistungsberechtigten in eine andere Einrichtung erforderlich sein, wenn seine Pflege nicht mehr sichergestellt werden kann. In diesem Fall kannte der Leistungsberechtigte jedoch die insoweit von der Einrichtung nicht abgedeckte erhöhte Pflegeleistung aufgrund der Transparenzklausel im Vertrag und hat sich mit dieser Regelung ausdrücklich einverstanden erklärt. Im letzten Fall dürfte es daher sogar bereits an einem Eingriff fehlen.

(2) Beitragszahler

Die vorstehende Argumentation dürfte gleichfalls für die Leistungsberechtigten greifen, die Beiträge aus Einkommen oder Vermögen (§§ 135 ff. SGB XI) zu den Leistungen der Eingliederungshilfe zahlen (sog. Beitragszahler). Da nach dem Systemwechsel zum 1. Januar 2020 nicht mehr der Einsatz des Einkommens verlangt wird, das über einer individuell festzusetzenden Einkommensgrenze liegt, sondern ab einem bestimmten Einkommen ein Beitrag gefordert wird, ändert sich für diese Beitragszahler trotz der auch für sie geltenden Regelung des § 43a SGB XI an der Höhe ihrer finanziellen Beteiligung bei erhöhtem Pflegebedarf nichts. Der Träger der Behinderteneinrichtung ist grundsätzlich auch in ihrem Fall verpflichtet, einen erhöhten Pflegebedarf abzudecken (§ 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Die dadurch erhöhten Pflegekosten sind auch für die Beitragszahler vom Träger der Eingliederungshilfe zu übernehmen. Auf etwaige Leistungen aufgrund – unterstellter – ambulanter Pflege kommt es nicht an.

⁹⁹ Vgl. BSG, Urt. vom 20. Apr. 2016 – B 3 P 1/15 R –, Rz. 23, 26 (juris).

¹⁰⁰ Vgl. Bundesverband evangelische Behindertenhilfe e.V., Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)801, S. 121; Schindler, SRa 2018, 137 (140, 142).

¹⁰¹ BT-Drs. 16/12409, S. 22.

(3) Selbstzahler

Die Gruppe der (reinen) Selbstzahler von Bewohnern in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI ist dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Leistungen der Eingliederungshilfe erhält und insoweit für sie das sozialrechtliche Leistungsdreieck nicht gilt. Sie zahlt die Fachleistungen der Eingliederungshilfe aus eigenem Einkommen oder Vermögen. Erhöht sich ihr Pflegebedarf, so muss sie die diesbezüglichen Kosten selber tragen. Die Kostenübernahme durch den Träger der Eingliederungshilfe für die erhöhten Pflegekosten gilt für sie nicht. Die Pflegekasse beteiligt sich auch bei ihnen nach § 43a SGB XI nur mit maximal 266 Euro monatlich an den Pflegekosten.

Die Schranke des Art. 11 Abs. 2 GG greift vom Wortlaut her nicht, da eine Mehrbelastung des Trägers der Eingliederungshilfe bei erhöhtem Pflegebedarf nicht in Betracht kommt. Für diese Gruppe von Bewohnern dürfte sich indes die Thematik vollständig auf der zivilrechtlichen Ebene des Wohn- und Betreuungsvertrages verlagern. Die selbstzahlenden Bewohner hatten bei Abschluss des Vertrages aufgrund der Transparenzpflicht Kenntnis davon, dass sie bei erhöhtem Pflegebedarf diesen selbst zahlen müssen und ihnen nur der Maximalbetrag von 266 Euro von der Pflegekasse gezahlt wird. Aufgrund dessen dürfte sich für diese Gruppe von Bewohnern die Thematik des Schutzes der Freizügigkeit noch deutlicher als bei Leistungsbeziehern auf die Ebene des Eingriffs verlagern. Bei einem möglichen Umzug in ein Pflegeheim dürfte der Träger der Eingliederungshilfe mangels Leistung nicht beteiligt sein, so dass hier die Annahme eines mittelbaren Eingriffs besonders problematisch sein dürfte. Zudem dürfte auch die generelle Ausgestaltung der Einschränkungsmöglichkeiten des Freizügigkeitsrechts in Art. 11 Abs. 2 GG gegen eine solche Annahme sprechen. Die dort genannten Fallgruppen sind durch eine besondere Notlage gekennzeichnet, die für einen Selbstzahler in der Eingliederungshilfe, der ja über genügend Einkommen oder Vermögen verfügt und sich deshalb gerade nicht eine besonderen Notlage befindet, nicht zutrifft.¹⁰² Insofern dürfte sich neben den oben gegen einen Eingriff sprechenden Gründen für die Fallgruppe der Selbstzahler aus der Schranke des Art. 11 Abs. 2 GG ein zusätzliches starkes Argument ableiten lassen, dass kein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.¹⁰³

(4) Pflege in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI bei (unterstellter) Leistung aus häuslicher Pflege

Soweit darüber hinaus bei unterstellter Leistung der häuslichen Pflege mit dieser zusätzlichen Leistung die Pflege in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nicht sichergestellt werden könnte, hält auch *Welti*¹⁰⁴ die Regelung des § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX für erforderlich und angemessen.

¹⁰² Vgl. hierzu und zum folgenden BVerfGE 134, 242 (327 ff. Rn. 262).

¹⁰³ Eine andere Frage ist, ob wegen der auf 266 Euro monatlich begrenzten Beteiligung der Pflegekasse ein nicht gerechtfertigtes Missverhältnis von Versicherungspflicht und Versicherungsleistung vorliegt. Dies ist jedoch anhand von Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen, nicht hingegen im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 GG.

¹⁰⁴ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 38 f.

2. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Die Regelungen der §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 und 43a SGB XI führen zu unterschiedlich hohen Leistungsansprüchen. Pflegebedürftige Versicherte der Pflege(pflicht-)versicherung (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 8 SGB XI) in stationären Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI erhalten als Leistung der gesetzlichen Pflegeversicherung nur den Maximalbetrag von 266 Euro monatlich (§ 43a SGB XI), während sie in Pflegeheimen Leistungen bis zu maximal 2.005 Euro erhalten (§ 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Leistungen der häuslichen Pflege sind in stationären Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nicht zulässig (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 SGB XI).

a) Eingriff in den Schutzbereich

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt ein Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit vor, wenn der Gesetzgeber Personen der Pflichtversicherung in einem System der sozialen Sicherheit unterwirft.¹⁰⁵ Dies gilt sowohl für die soziale als auch die private Pflege(pflicht-)versicherung. Für die soziale Pflichtversicherung ist maßgeblich, dass durch die Anordnung von Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht in einem öffentlich-rechtlichen Verband der Sozialversicherung die allgemeine Betätigungsfreiheit des Einzelnen durch Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht unerheblich eingeengt wird.¹⁰⁶ Bei der privaten Pflegepflichtversicherung betrifft der Eingriff die Vertragsfreiheit des Einzelnen, indem dieser zur finanziellen Absicherung des Pflegerisikos zum Abschluss eines Versicherungsvertrages verpflichtet wird.¹⁰⁷

Für die gesetzliche Krankenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass sich in den Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter weiteren engen Voraussetzungen in einer notstandsähnlichen Situation ausnahmsweise ein unmittelbarer Leistungsanspruch auf Krankenversorgung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip sowie aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergeben kann.¹⁰⁸ Darüber hinaus vermitteln die Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch über einen verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch hinaus subjektivrechtlichen Grundrechtsschutz. Die Ausgestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich an der grundrechtlichen Pflicht des Staates zu orientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu stellen. Zugleich schützt das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip in einem auf Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht beruhenden Versicherungssystem, bei dem der Einzelne typischerweise keinen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe seines Beitrags und auf Art und Aus-

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 115, 25 (42) m.w.N.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 115, 25 (42 f.).

¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 103, 197 (215).

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 115, 25 (44 f., 49 ff.); 140, 229 (233 f. Rz. 12); BVerfG, Beschl. vom 26. März 2014 – 1 BvR 2415/13 –, Rn. 14 (juris); BVerfG, Beschl. vom 11. Apr. 2017 – 1 BvR 452/17 –, Rz. 22 (juris).

maß der aus seinem Versicherungsverhältnis zu beanspruchenden Leistung hat, den beitragspflichtigen Versicherten vor einer Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung. Zwar ergibt sich daraus grundsätzlich kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte Leistungen zur Krankenbehandlung. Gesetzliche oder auf Gesetz beruhende Leistungsausschlüsse und Leistungsbegrenzungen sind aber daraufhin zu prüfen, ob sie im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG bleiben. Den Versicherten steht insoweit ein Anspruch auf eine verfassungsmäßige Ausgestaltung und auf eine grundrechtsorientierte Auslegung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung zu.¹⁰⁹

Diese Vorgaben dürften auf die gesetzliche Pflegeversicherung übertragbar sein. Auch bei ihr handelt es sich um eine Pflichtversicherung, bei der der Einzelne keinen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe und das Ausmaß seiner Beiträge sowie den Umfang seiner Leistungen hat, so dass §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen sind.

*Welti*¹¹⁰ stützt seine Argumentation ergänzend auf das Recht auf Gesundheit nach Art. 25 UN-BRK und auf soziale Sicherheit nach Art. 28 UN-BRK. Das Recht auf Gesundheit verpflichte den Staat, eine unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung auf demselben Standard wie anderen Menschen auch zur Verfügung zu stellen. Das Recht auf soziale Sicherheit erkenne das Recht von Menschen mit Behinderungen auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und ihre Familien an und lege dem Staat eine Pflicht zur stetigen Verbesserung der Lebensbedingungen auf. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Normen ergänzend herangezogen werden können. Sie sollen auch nach Auffassung von *Welti* das obige Ergebnis nur unterstützen und nicht erweitern, so dass es auf sie letztlich nicht ankommt.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit erfolgt nach Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG insbesondere durch die verfassungsmäßige Ordnung. Darunter sind alle Normen zu verstehen, die sich formell und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang befinden und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.¹¹¹

An der formellen Verfassungsgemäßheit der betreffenden Normen dürften keine Zweifel bestehen.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschl. vom 11. Apr. 2017 – 1 BvR 452/17 –, Rz. 23 (juris) m.w. N.

¹¹⁰ Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3 f.; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 97, 271 (286); 103, 197 (215); 115, 25 (42 ff.).

aa) Legitimer Zweck und Geeignetheit der Regelungen

*Welti*¹¹² beurteilt die Geeignetheit der Regelungen anhand des übergeordneten Zwecks, durch eine Pflichtversicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit die eigene Freiheit zu sichern sowie die Unterhaltspflichtigen und den Träger der Sozialhilfe gegen die finanziellen Folgen der Pflegebedürftigkeit zu schützen. Auf diesen übergeordneten Zweck dürfte es allerdings an dieser Stelle nicht ankommen, da nicht die allgemeine Versicherungspflicht¹¹³ in Frage steht, sondern die Ausgestaltung der Schnittstelle zwischen Pflegeversicherung und Eingliederungshilfe. Insofern dürfte nicht der übergeordnete Zweck einer Pflichtversicherung, sondern derjenige der konkreten Regelungen maßgeblich sein.

Zweck der Regelungen sind der Schutz der (beitragsfinanzierten) Pflegeversicherung vor finanziellen Mehrbelastungen und die Sicherstellung einer einheitlichen Leistungserbringung in den Einrichtungen der Behindertenhilfe, indem der Einrichtungsträger auch die dortigen Pflegeleistungen erbringt. Diese Zwecke dürften legitim sein, die Eignung der Regelungen hierfür außer Frage stehen.

bb) Erforderlichkeit

Die Regelungen dürften darüber hinaus erforderlich sein. Es ist nicht erkennbar, dass ein gleich wirksames, die Grundrechtsberechtigten weniger beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung steht, um den mit den Regelungen verfolgten Zweck zu erreichen, wobei der Gesetzgeber auch hier über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum verfügt.¹¹⁴ Der Ausgleich der Mehrbelastungen für die Träger der Einrichtungen und Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI erfolgt pauschal auf Basis des § 43a SGB XI. Jede Erweiterung der Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung würde zu finanziellen Mehrbelastungen führen. Die Zulässigkeit häuslicher Pflege würde die Einheitlichkeit der Leistungserbringung in der Pflege aufgrund verschiedener Leistungsträger in Frage stellen. Vor dem Hintergrund der mit den Regelungen verfolgten Ziele dürfte es kein evident weniger einschneidendes Mittel geben.

cc) Angemessenheit

Eine Grundrechte einschränkende Regelung ist angemessen, wenn sie die verschiedenen grundrechtlich geschützten Belange in einen angemessenen Ausgleich bringt. Sie darf nicht außer Verhältnis zu einem mit ihr verfolgten Zweck stehen. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere grundrechtlicher Beeinträchtigungen und dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie

¹¹² Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 42 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3 f.; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

¹¹³ Vgl. insoweit zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 103, 197.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 116, 202 (225); 145, 20 (80 Rn. 153); 149, 126 (145 Rz. 50).

rechtfertigenden Gründe muss die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben und dürfen die Betroffenen nicht übermäßig belastet werden.¹¹⁵

(1) Auffassung von *Welti*¹¹⁶

Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung von *Welti* nicht gewahrt. Pflegebedürftige Versicherte der Pflegeversicherung in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI seien aufgrund von § 43a SGB XI nur in geringem Ausmaß gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit gesichert. Ihnen würden trotz Versicherungspflicht Leistungsansprüche gegen die Pflegeversicherung ganz oder weitgehend vorenthalten und dadurch der Zweck der Pflichtversicherung verfehlt. Dagegen könnte eingewandt werden, Versicherte hätten aufgrund des § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, der den Träger der Einrichtung verpflichtet, die notwendige Pflege sicherzustellen, keinen Nachteil. Dies treffe jedoch auf zwei Gruppen von Menschen mit Behinderung nicht zu: Zum einen Personen, deren notwendige Pflege nicht sichergestellt werden könne und die deswegen nach § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX die Einrichtung bzw. die Räumlichkeiten verlassen müssten, weil sie keine häuslichen Pflegeleistungen in Anspruch nehmen könnten (vgl. § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI). Für diese Personen würden die zentralen Ziele der Pflegeversicherung der Selbstbestimmung und des Verbleibs in der bisherigen Umgebung anstelle eines Pflegeheims verfehlt. Ihnen würden Leistungen vorenthalten, die Versicherte in einer anderen Umgebung erhalten würden. Zum anderen betroffen seien Selbst- und Beitragszahler, die die Leistungen in der Einrichtung oder in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI einschließlich der Pflege ganz oder teilweise aus dem eigenen Einkommen oder Vermögen erbringen oder bei denen unterhaltspflichtige Personen in Anspruch genommen würden. Trotz Pflegeversicherung erhielten sie an ihrem bisherigen Wohnort wesentlich geringere Leistungen als sie an einem anderen Ort bekommen würden. Entscheide sich der Gesetzgeber für ein Modell der Pflichtversicherung, müsse er auch den Versicherten Zugang zu deren essentiellen Leistungen geben. Habe eine Gruppe von Versicherten sehr eingeschränkten Zugang zu der Sicherung des versicherten Risikos, wie dies bei Selbst- und Beitragszahlern der Fall sei, sei dies freiheitsrechtlich relevant.

(2) Bezieher von Eingliederungshilfe

Für Leistungsberechtigte, die ihre Pflegeleistungen aufgrund von § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX durch den Träger der Eingliederungshilfe finanziert erhalten, dürfte sich, wie auch *Welti*¹¹⁷ anerkennt, die Beschränkung des § 43a SGB XI nur als alternative und der Wohnsituation angepasste Form

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 121, 317 (355); 126, 112 (152 f.); 145, 20 (80 f. Rn. 155); BVerfGE 149, 126 (147 Rn. 54).

¹¹⁶ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 42 ff., 78 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3; *ders.*, SozSich 2018, 418 (419).

¹¹⁷ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 43 f.; Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 4; SozSich 2018, 418 (419).

der Leistungserbringung darstellen. Sie erhalten bedarfsdeckende Leistungen lediglich von einem anderen Träger, nämlich dem Träger der Eingliederungshilfe. Eine Leistungsbeschränkung ist damit nicht verbunden. Für diese Personengruppe dürfte sich die Beschränkung des § 43a SGB XI daher als angemessen darstellen.

(3) Beitragszahler

Wie bereits bei der Prüfung zu Art. 11 GG, dürfte die vorstehende Argumentation gleichfalls für die Beitragszahler greifen. Aufgrund des Systemwechsels zum 1. Januar 2020 sind erhöhte Pflegekosten für die Beitragszahler vom Träger der Eingliederungshilfe zu übernehmen, ohne dass sich dadurch ihr Beitrag erhöht. Auf etwaige Leistungen aufgrund – unterstellter – ambulanter Pflege kommt es nicht an.

(4) Selbstzahler

Schwierig zu bewerten sein dürfte die Fallgruppe der pflichtversicherten pflegebedürftigen Selbstzahler in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI. Diese Personengruppe erhält für Pflegeleistungen von der Pflegekasse lediglich den Maximalbetrag von 266 Euro monatlich. Damit ergibt sich ein deutliches Missverhältnis von Versicherungspflicht und Versicherungsleistung. Eine Kompensation über eine alternative Form der Leistungserbringung findet nicht statt. Lediglich aufgrund des besonderen Wohnortes – stationäre Einrichtung der Behindertenhilfe oder dieser gleichgestellte Räumlichkeiten – erfolgen deutlich geringere Leistungen als in anderen Wohnsituationen befindlichen pflegeversicherten pflegebedürftigen Selbstzahler erhalten (vgl. § 36 Abs. 2, 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Der übergeordnete Zweck der Pflichtversicherung, Schutz gegen das Risiko vor Pflegebedürftigkeit zu gewähren, wird – gerade auch im Vergleich zu den Beziehern von Eingliederungshilfe – insoweit nur unzureichend erfüllt.

Diese Argumentation dürfte schlüssig, jedoch nicht zwingend sein. *Welti*¹¹⁸ selbst verweist auf die Gegenauffassung, die eine Angemessenheit mit der Begründung bejaht, die Gruppe der Selbstzahler sei zahlenmäßig gering. Er geht in seinem Gutachten aus September 2015 von geschätzt ca. 1,11 %, ausmachend 2.350 Personen, in der Gruppe der Selbstzahler in Einrichtungen der Behindertenhilfe aus, von denen 58 %, ausmachend 1.363 Personen, pflichtversicherte pflegebedürftige Bewohner seien. Der Gesetzgeber ging im Jahre 1996 von 1% Selbstzahlern in Einrichtungen der Behindertenhilfe aus.¹¹⁹ Nach Auffassung von *Welti* sind jedoch auch für einen kleinen Personenkreis Grundrechtsverletzungen nicht hinnehmbar.

¹¹⁸ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 45 f.

¹¹⁹ Vgl. *Schnieder-Jastram*, BT-Plenarprotokoll 13/96, S. 8594.

Seit der Reform der Regelungen zum Einsatz von Einkommen und Vermögen zum 1. Januar 2020 dürfte sich, davon geht jedenfalls der Gesetzgeber aus, im Vergleich zum bisherigen Recht nochmals eine deutliche Besserstellung ergeben,¹²⁰ so dass die Anzahl der aktuell in dieser Fallgruppe befindlichen Personen noch unter den Zahlen von *Welti* liegen dürfte. Wieviel Personen konkret betroffen sind, ist nicht ersichtlich. Dies dürfte indes vor dem Hintergrund der generalisierenden Regelung maßgeblich mit zu berücksichtigen sein. So ist es ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Prüfung des Gleichheitssatzes, für die Bewertung von Ungleichbehandlungen bei notwendig typisierenden Regelungen gewisse Härten oder Ungerechtigkeiten hinzunehmen, ebenso wie unbeabsichtigte Nebenfolgen einer im Grundsatz verfassungsmäßigen Norm.¹²¹ Voraussetzungen hierfür sind, dass die durch eine typisierende Regelung entstehenden Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Grundrechtsverstoß nicht sehr intensiv ist.

Da der Regelungskomplex sowohl Freiheitsrechte wie auch den Gleichheitssatz gleichermaßen betrifft, dürfte diese zum Gleichheitssatz ergangene Rechtsprechung auf den Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG übertragbar sein.¹²² Ob allerdings die Voraussetzungen vor dem Hintergrund der – nunmehr – verringerten Zahl der Betroffenen in der Gruppe der Selbstzahler erfüllt sind, kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden.

Selbst wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen, dürfte als weiterer Aspekt in der Diskussion die Frage eines möglichen Härteausgleichs für die Gruppe der Selbstzahler eine Rolle spielen. Im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG ist anerkannt, dass der Gesetzgeber durch einen Härteausgleich im Einzelfall unverhältnismäßige oder gleichheitswidrige Belastungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit insgesamt vermeiden kann.¹²³ Insofern könnte der Gesetzgeber, ohne den Regelungskomplex grundlegend zu ändern, den vorstehend beschriebenen verfassungsrechtlichen Bedenken durch die Einführung eines Härteausgleichs für die pflegebedürftigen Selbstzahler in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI begegnen, bei denen die Leistungen der Pflegeversicherung von maximal 266 Euro monatlich die tatsächlichen Pflegekosten nur unzureichend abdecken.

3. Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG)

Die zu bewertenden Regelungen behandeln pflegeversicherte pflegebedürftige Menschen in Einrichtungen und Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI gegenüber Menschen außerhalb von entsprechenden Einrichtungen bzw. Räumlichkeiten unterschiedlich. Personen, die außerhalb solcher Einrichtungen bzw. Räumlichkeiten leben, erhalten, wenn sie in einer Wohnung wohnen, häusliche Pflegehilfe bis zu 1.995 Euro (§ 36 Abs. 3 SGB XI), und wenn sie in einem Pflegeheim wohnen, Ersatz ihrer pflegebedingten Aufwendungen bis zu 2.005 Euro

¹²⁰ Vgl. BT-Drs. 18/9522, S. 302.

¹²¹ Vgl. BVerfGE 13, 21 (29); 17, 1 (23 f.); 111, 115 (137); 111, 176 (188); BVerfGK 18, 4 (8 f.); dem folgend BSG, Urt. vom 27. Okt. 2016 – B 10 EG 4/15 R –, Rz. 23 (juris).

¹²² Vgl. BVerfGE 58, 137 (150).

¹²³ Vgl. BVerfGE 100, 226 (244 ff.).

(§ 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Der Anspruch auf Pflegeleistungen von Menschen, die in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI leben, beschränkt sich nach § 43a SGB XI auf den Maximalbetrag von 266 Euro monatlich.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bestimmt, dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Dieses besondere Benachteiligungsverbot ist nach allgemeinen Regeln vor dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen.

a) Bestimmung der Vergleichsgruppen

In allen Fällen hat zu Beginn der Prüfung die Bildung der maßgeblichen Vergleichsgruppen zu erfolgen. Als Vergleichsgruppen kommen in Betracht: Zum einen pflegeversicherte Menschen mit Behinderung in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI mit pflegeversicherten Menschen mit Behinderung außerhalb solcher Einrichtungen oder Räumlichkeiten sowie zum anderen pflegeversicherte Menschen mit Behinderung in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI mit pflegeversicherten Menschen ohne Behinderung, die außerhalb solcher Einrichtungen oder Räumlichkeiten leben.

aa) Auffassung von *Welti*¹²⁴

Nach Auffassung von *Welti* erfasst das besondere Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch Differenzierungen zwischen Menschen mit verschiedenen Arten von Behinderungen, so dass die erste Vergleichsgruppe heranzuziehen sei. Dies folge zunächst aus dem Wortlaut, der von einem individuellen Recht ausgehe, das eben auch zwischen Menschen mit Behinderung gelten könne. Zudem unterfielen unter den Begriff der Behinderung unterschiedliche Beeinträchtigungen, so dass sich praktisch immer für eine Regelung, die Menschen mit Behinderung benachteiligend betreffe, auch eine behinderte Vergleichsgruppe bilden lasse. In Behinderteneinrichtungen lebten typischerweise besonders benachteiligte Menschen, die stärker behindert seien als andere und für einen längeren Zeitraum, oft lebenslang. Sie seien daher stärker behinderungsgefährdet als andere Menschen mit Behinderung in stationären Pflegeeinrichtungen, so dass eine solche Ungleichbehandlung vom Sinn und Zweck her Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unterfalle sollte. Dies ergebe sich auch aus dem ausdrücklichen Verbot der mittelbaren Benachteiligung in Art. 5 UN-BRK.

¹²⁴ *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 47 ff.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 5; *ders.*, SozSich 2018, 418 (420).

bb) Keine Binnendifferenzierung zwischen verschiedenen Arten von Behinderungen

Nach der Rechtsprechung¹²⁵ und der h.Lit.¹²⁶ ist als Vergleichsgruppe für die Feststellung einer benachteiligenden Ungleichbehandlung stets die Gruppe der Menschen ohne Behinderung heranzuziehen. Differenzierungen, etwa nach Art oder Schweregrad der Behinderung, sind nicht am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, sondern allein am allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Eine solche Auslegung des Benachteiligungsverbots widerspräche dem Zweck der Vorschrift, die nach der Gesetzesbegründung die Stärkung der Stellung behinderter Menschen in Recht und Gesellschaft gegenüber Nichtbehinderten insgesamt beabsichtigt. Der Gesetzentwurf spricht insofern nur allgemein von der „Gruppe der Behinderten“, die – ein heterogenes Verständnis des Begriffs zugrunde legend – als „hinreichend groß und – über das dauerhafte Merkmal der Behinderung – klar erkenn- und eindeutig bestimmbar“ bezeichnet wird.¹²⁷

b) Keine Betroffenheit von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Zieht man mit der ganz h.M. als Vergleichsgruppe diejenige der Menschen heran, die außerhalb von Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI wohnen, dürfte eine Betroffenheit von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ausscheiden. Wie bereits das Bundessozialgericht¹²⁸ betont hat, fordert die Regelung eine Benachteiligung des Menschen mit Behinderung gerade „wegen seiner Behinderung“. Die unterschiedlichen Leistungen knüpfen bei der relevanten Vergleichsgruppe der nicht behinderten Menschen außerhalb der genannten Einrichtungen oder Räumlichkeiten jedoch nicht an das Bestehen oder Nichtbestehen einer Behinderung, sondern allein daran an, wo sich der Mensch mit Behinderung versorgen lässt. Eine Betroffenheit des besonderen Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG dürfte daher ausscheiden.

4. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Scheidet Art. 3 Abs. 3 Satz 3 GG mangels Betroffenheit als Prüfungsmaßstab aus, ist eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu prüfen.

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 99, 341 (357); 128, 138 (156); BVerfG, Beschl. vom 10. Okt. 2014 – 1 BvR 856/13 –, Rz. 5 (juris); BSG, Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 24 f. (juris); BSG, Urt. vom 13. März 2001 – B 3 P 17/00 R –, Rz. 20 (juris); SG Itzehoe, Urt. vom 11. Sept. 2002 – S 2 P 22/01 –, Rz. 17 (juris).

¹²⁶ Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 89. EL Oktober 2019, Art. 3 Abs. 3 Rn. 123; Boysen, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 194 f.

¹²⁷ Vgl. BT-Drs. 12/8165, S. 28 f., 38 f.; Boysen, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 195;

¹²⁸ Hierzu und zum Folgenden: Urt. vom 26. Apr. 2001 – B 3 P 11/00 R –, Rz. 25 (juris); ebenso: SG Itzehoe, Urt. vom 11. Sept. 2002 – S 2 P 22/01 –, Rz. 17 (juris).

a) Grundsatz

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Ausschluss, bei dem eine Begünstigung dem einen Personenkreis gewährt, dem anderen aber vor-enthalten wird.¹²⁹

Daraus ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.¹³⁰

Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Im Übrigen hängt das Maß der Bindung unter anderem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird.¹³¹

b) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Pflegebedürftige Menschen, die in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI wohnen, werden anders behandelt als pflegebedürftigen Menschen, die außerhalb solcher Einrichtungen oder Räumlichkeiten wohnen. In den genannten Einrichtungen oder Räumlichkeiten erhalten Sie nach § 43a SGB XI Leistungen der Pflegeversicherung in Höhe

¹²⁹ BVerfGE 129, 49 (68 Rz. 63) m.w.N.

¹³⁰ BVerfGE 129, 49 (68 f. Rz. 63) m.w.N.

¹³¹ BVerfGE 129, 49 (69 Rz. 64).

von maximal 266 Euro monatlich. Leben sie in Pflegeheimen, erhalten sie Leistungen bis zu 2.005 Euro monatlich (§ 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI), im eigenen Haushalt bis zu 1.995 Euro monatlich (§ 36 Abs. 3 SGB XI).

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt, wenn mit ihr ein legitimer Zweck verfolgt wird und sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Dabei sind die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten und unter vorstehendem lit. a) dargestellten Grundsätze und Differenzierungen zu beachten.

(aa) Eignung zu einem legitimen Zweck

Die Ungleichbehandlung erfolgt sowohl gegenüber Menschen in Pflegeheimen als auch solchen, die in einem eigenen Haushalt wohnen. Zu untersuchen ist daher, ob möglicherweise unterschiedliche Regelungszwecke bestehen.

*Welti*¹³² argumentiert, Pflegeeinrichtungen erfüllten zur Sicherstellung der Pflege höhere spezifische Standards. Der Gesetzgeber habe durch die differenzierten Regelungen im SGB XI einen in stationären Pflegeeinrichtungen besonders hohen Aufwand und Standard abgelten wollen. Er gehe davon aus, in stationären Behinderteneinrichtungen genüge durch Überschneidungen zwischen Teilhabe- und Pflegeleistungen und einen anderen Standard in vielen Fällen eine niedrigere Leistung. Für diejenigen Fälle, in denen das nicht zutreffe, sehe er den Einrichtungswechsel vor.

Der von *Welti* beschriebene Zweck ist allerdings – soweit ersichtlich – von den Gesetzesmaterialien nicht gedeckt. Die Argumentation um die Regelung des § 43a SGB drehte sich, wie eingangs beschrieben, maßgeblich um einen Kompromiss mit dem Ziel der Kostenbegrenzung der Ausgaben der Pflegeversicherung. Auch Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren deuten darauf hin, dass es nicht um die Honorierung eines besonders hohen Aufwands in stationären Pflegeeinrichtungen, sondern um eine wenig verwaltungsaufwendige Kostenbegrenzung der Leistungen der Pflegeversicherung ging.¹³³ Die Leistungen der Pflege in Einrichtungen der Behindertenhilfe waren von Anfang an nicht im Beitragssatz mit einkalkuliert. Eine Erhöhung des Beitragssatzes aufgrund weiterer Leistungen der Pflegeversicherung bereits zu Beginn der Pflegeversicherung sollte nach dem Willen der damaligen parlamentarischen Mehrheit nicht erfolgen.¹³⁴ Die wesentlichen Kosten der Pflege in Einrichtungen der Behindertenhilfe sollten weiterhin beim Träger der Eingliederungshilfe verbleiben.

¹³² *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 55.

¹³³ Vgl. BT-Drs. 13/4091, S. 27, 38, 39; BR-Drs. 228/96 (Beschluss), S. 3; BT-Plenarprotokoll 13/96, S. 8594: „Der Beitragssatz ist festgeschrieben und muß auf lange Zeit festgeschrieben bleiben.“

¹³⁴ Vgl. BT-Drs. 13/4091, S. 35 f., 37, 40.

Wolti¹³⁵ bezweifelt, ob ein „knapper Finanzrahmen“ überhaupt als legitimer Grund für die Benachteiligung Einzelner in Betracht kommt, da der Beitragssatz der Pflegeversicherung (§ 55 SGB XI) seit Einführung der Pflegeversicherung bereits fünfmal erhöht worden sei. Gleichzeitig seien die Leistungen fünfmal erhöht worden. Insofern liege kein Knappheits-, sondern ein Verteilungsproblem vor, das zu Lasten der Menschen mit Behinderung gelöst werde.

Diese Argumentation dürfte wiederum die weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Sozialgesetzgebung und dessen Einschätzungs- und Prognosevorrang nicht hinreichend beachten. Im Übrigen widerspricht sich Wolti¹³⁶ selbst, da er in seinem Gutachten die Knappheit der Mittel der Pflegeversicherung als grundsätzlich legitimen Grund für den Gesetzgeber, das Leistungsrecht der Pflegeversicherung restriktiv auszugestalten, anerkennt. Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.¹³⁷ Daher ist es seine Entscheidung, wie er das Risiko der Pflegebedürftigkeit in stationären Einrichtungen und zu Hause absichern möchte. Eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber im Einzelfall eine angemessene Absicherung gewährt. An der generellen Legitimität des Grundes „knapper Finanzrahmen“ dürfte daher nicht zu zweifeln sein.

Damit dürfte es dabei bleiben, dass die Regelungen einen Kompromiss zwischen den berechtigten Leistungsansprüchen der pflegeversicherten Menschen mit Behinderung, dem Ziel der Kostenbegrenzung der Pflegeversicherung sowie dem ganzheitlichen Leistungsansatz in der Eingliederungshilfe bilden. Hierzu dürften sie geeignet sein. Aufgrund der einheitlichen Ziele dürfte eine getrennte Betrachtung der Menschen in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe mit Menschen, die in stationären Pflegeeinrichtungen wohnen, und solchen, die in einem eigenen Haushalt wohnen, nicht erforderlich sein.

(bb) Erforderlichkeit

Die Regelung dürfte darüber hinaus zu dem gesetzgeberischen Ziel erforderlich sein. Ein offensichtlich gleich wirksames, aber die Grundrechte weniger einschränkendes Mittel dürfte nicht zur Verfügung stehen. Bei dieser Bewertung ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu beachten. Er hat einen Prognose- und Beurteilungsspielraum bei der Wahl der Mittel.¹³⁸ Daher ist die Erforderlichkeit nur dann zu verneinen, wenn die Erwägungen so offensichtlich fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.¹³⁹

¹³⁵ Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 5 f.; ders., SozSich 2018, 418 (420).

¹³⁶ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 65.

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 77, 84 (106) m.w.N.

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 102, 197 (218).

¹³⁹ Vgl. BVerfGE 77, 84 (106 f., 109 ff.).

Die Regelung bildet – wie dargestellt – einen Kompromiss. Nach Auffassung von *Welti*¹⁴⁰ ist die Pauschalzahlung des § 43a SGB XI insoweit nicht erforderlich, als der Zweck darin besteht, eine ganzheitliche Betreuung und Pflege in Einrichtungen der Behindertenhilfe zu ermöglichen. Dieser Zweck könnte seiner Auffassung nach in gleicher Weise oder besser erreicht werden, wenn die Betroffenen Anspruch auf häusliche Pflegeleistungen hätten. Dann könnten sie Pflegegeld beantragen und dieses in das Heimentgelt einbringen. Zugleich hätten sie – ohne die Regelung des § 43a SGB XI – die Möglichkeit, sich für eine externe Sicherstellung der Pflege zu entscheiden.

Diese Argumentation dürfte sich zu sehr auf den gesetzgeberischen Zweck der ganzheitlichen Betreuung konzentrieren und den der Kostenbegrenzung vernachlässigen. Zudem dürfte der Vorschlag, Leistungen auf häusliche Pflege zu ermöglichen, den gesetzgeberischen Prognose-spielraum nicht hinreichend berücksichtigen und insofern unzulässig in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen. Dieser hat sich bewusst gegen Leistungsansprüche aus häuslicher Pflege in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI entschieden. Dies dürfte zu respektieren sein.

Alternativ möglich wäre eine höhere Leistung der Pflegeversicherung oder – im Rahmen der alternativen Leistungserbringung – durch den Träger der Eingliederungshilfe. Die erste Möglichkeit würde dem Ziel der Kostenbegrenzung der Pflegeversicherung entgegenwirken, da höhere Leistungen unmittelbar zu höheren Kosten führen. Die zweite Möglichkeit würde zu höheren Kosten beim Träger der Eingliederungshilfe führen, die, da die Eingliederungshilfe steuerfinanziert ist, auf andere Weise gedeckt werden müssen. Vor diesem Hintergrund dürfte dem Gesetzgeber jedenfalls kein offensichtlich die Grundrechte weniger belastendes Mittel zur Verfügung stehen.

(cc) Angemessenheit

(1) Auffassung von *Welti*¹⁴¹

Nach Ansicht von *Welti* ist die Regelung unverhältnismäßig. Die betroffenen Personen könnten der Ungleichbehandlung nur schwer ausweichen. Die Regelung knüpfe im Ergebnis an der Person und ihrem Hilfebedarf an. Daher sei ein strenger Maßstab zur Rechtfertigung heranzuziehen. Der sachliche Grund der Ungleichbehandlung müsse im Verhältnis zu deren Schwere stehen. Schwerwiegend sei die Ungleichbehandlung jedenfalls für diejenigen Personen, die in ihrer Wahlfreiheit betroffen seien und wegen der Regelung ihren Wohnort wechseln müssten, und für diejenigen, die als Selbstzahler oder Kostenbeitragsverpflichtete finanziell zum Teil erheblich mehr belastet seien als andere Versicherte mit gleichem Grad der Pflegebedürftigkeit. Weder

¹⁴⁰ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 63 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 6; *ders.*, SozSich 2018, 418 (420 f.).

¹⁴¹ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 63 f.; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 5; *ders.*, SozSich 2018, 418 (420).

der knappe Finanzrahmen noch der Zweck der ganzheitlichen Betreuung könne dies rechtfertigen.

(2) Bezieher von Eingliederungshilfe

Die Argumentation von *Welti* dürfte erneut die gesetzgeberischen Grundentscheidungen nicht hinreichend berücksichtigen. Der Gesetzgeber hat ein differenziertes Pflegesystem geschaffen und sich dafür entschieden, in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nicht zuzulassen. Hierfür kann er neben dem schon mehrfach erwähnten Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistungserbringung auch organisatorische Gründe anführen, die gegen eine Zulassung ambulanter Pflege sprechen. Die entsprechende Zulassung würde zu einer Vielzahl von Mitarbeitern von Pflegediensten führen, die neben den Mitarbeitern des Einrichtungsträgers in der Einrichtung arbeiten, was bereits rein praktisch zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann. Im Übrigen respektiert die gesetzgeberische Entscheidung die Organisationshoheit des Einrichtungsträgers.

Bezieher von Eingliederungshilfe sind durch die gesetzliche Regelung maßgeblich (nur) in ihrer Wahlfreiheit bei der Gestaltung ihrer Pflege betroffen sein. Menschen mit Behinderung in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI erhalten bekanntermaßen aufgrund von § 103 Abs. 1 Satz 1 SGB IX die notwendigen Pflegeleistungen als integralen Bestandteil ihrer Eingliederungshilfe. Dafür leistet die Pflegeversicherung monatlich maximal 266 Euro (§ 43a SGB XI). Darüber hinausgehende Pflegekosten gehen zu Lasten des Trägers der Eingliederungshilfe. Zivilrechtlich abgesichert ist der Anspruch auf erweiterte Pflegeleistungen durch § 8 Abs. 1 Satz 1 WBGV.

Zudem dürfte sich der Eingriff in die Wahlfreiheit der Betroffenen, die ausnahmsweise aufgrund eines erhöhten Pflegebedarfs die Einrichtung wechseln müssen, auch aufgrund der Transparenzklausel des § 8 Abs. 4 WBGV als angemessen darstellen. Der Ausschluss weitergehender Pflege war den Leistungsberechtigten bereits bei Einzug in die Einrichtung der Behindertenhilfe bekannt. Sie wussten, welche erweiterten Pflegeleistungen noch vom Träger der Einrichtung erbracht werden und welche Grenzen für Pflegeleistungen in der von ihnen gewählten Einrichtung bestehen. Sie haben sich bewusst für diese Einrichtung entschieden, in Kenntnis der bestehenden Grenzen. Vor diesem Hintergrund dürfte der Eingriff in die Wahlfreiheit angemessen sein.

(3) Beitragszahler

Wie bereits bei den Prüfungen zu Art. 11 GG und Art. 2 Abs. 1 GG dürfte die vorstehende Argumentation gleichfalls für die Beitragszahler greifen. Aufgrund des Systemwechsels zum 1. Januar 2020 sind erhöhte Pflegekosten für die Beitragszahler vom Träger der Eingliederungshilfe zu übernehmen, ohne dass sich dadurch ihr Beitrag erhöht. Auf etwaige Leistungen aufgrund – unterstellter – ambulanter Pflege kommt es nicht an.

(4) Selbstzahler

Schwierig zu bewerten sein dürfte erneut die Fallgruppe der pflichtversicherten pflegebedürftigen Selbstzahler in Einrichtungen und Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI. Die Argumentation von *Welti* ist wiederum als schlüssig, jedoch nicht zwingend zu bewerten. Hier dürfte aufgrund der gleichermaßen betroffenen Freiheits- wie Gleichheitsrechte dieselbe Einschätzung greifen wie zu Art. 2 Abs. 1 GG. Insofern kann auf die obige Argumentation¹⁴² verwiesen werden, bei der bereits die aus der Sicht des Gleichheitsrechts maßgeblichen Gesichtspunkte erörtert wurden. Im Ergebnis ist bestehen danach verfassungsrechtliche Bedenken an der Angemessenheit der Regelung. Diesen könnte der Gesetzgeber durch die Einführung eines Härteausgleichs für die pflegebedürftigen Selbstzahler in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI begegnen, bei denen die Leistungen der Pflegeversicherung von maximal 266 Euro monatlich die tatsächlichen Pflegekosten nur unzureichend abdecken.

IV. Vereinbarkeit von §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI und § 103 Abs. 1 Satz 2 IX mit der UN-BRK

Nach Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz erfolgt nunmehr eine Prüfung am Maßstab der UN-BRK. Zu prüfen sind die Vereinbarkeit der §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI und § 103 Abs. 1 Satz 2 IX mit Art. 19 UN-BRK (Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft), Art. 25 UN-BRK (Gesundheit), Art. 28 UN-BRK (Angemessener Lebensstandard und sozialer Schutz) sowie Art. 5 UN-BRK (Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung).

Die Frage der Vereinbarkeit von Bestimmungen des nationalen Rechts mit den Bestimmungen der UN-BRK wird generell kontrovers und oft nur schlagwortartig diskutiert. Die jeweilige Bewertung ist vielfach interessengesteuert.¹⁴³ Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Wirkungen der staatlichen Verpflichtungen so vielschichtig sind¹⁴⁴ und, soweit die Bestimmungen der UN-BRK nicht unmittelbar anwendbar sind, der Bundesrepublik als Vertragsstaat bei der Umsetzung ein erhebliches Gestaltungsermessen zukommt.¹⁴⁵ Die nachfolgende Prüfung muss

¹⁴² B. IV. 2. b) cc) (4).

¹⁴³ Vgl. Materialien zur Anhörung von Sachverständigen zum BTHG – BT-Drs. 18/9522 – und weiterer parlamentarischer Anträge im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)801 vom 4. Nov. 2016; Materialien zur Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Neunten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Rechtsvorschriften – BT-Drs. 19/11006 – und weiterer parlamentarischer Anträge im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 19(11)420 vom 10. Okt. 2019.

¹⁴⁴ Siehe oben B. I. 4 c).

¹⁴⁵ Vgl. nur den Nationalen Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung zur UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) vom 28. Juni 2016, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/inklusion-nationaler-aktionsplan-2.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Abruf vom 25. März 2020), sowie die Antworten der Bundesregierung zum zweiten und dritten Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 17. Juli 2019, S. 37 f., abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Down->

sich daher auf die Fragen des Geltungsvorrangs der konkreten Norm der UN-BRK und deren unmittelbaren Anwendbarkeit beschränken. Die daran anschließende Frage, ob die Bundesrepublik gegen die objektive Staatenverpflichtung zur Anpassung des nationalen Rechts¹⁴⁶ verstoßen hat, kann aufgrund der politischen Fragestellung in dieser Stellungnahme nicht beantwortet werden.

1. Art. 19 UN-BRK (Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft)

Art. 19 UN-BRK betrifft mit den Rechten auf eine unabhängige Lebensführung und auf Einbeziehung in die Gemeinschaft den Regelungsbereich von Art. 11 GG (Freizügigkeit).

Kann die Pflege eines Menschen mit Behinderung in einer Einrichtung oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nicht mehr sichergestellt werden, können – wie im Rahmen der Prüfung zu Art. 11 GG herausgearbeitet – der Träger der Eingliederungshilfe und die zuständige Pflegekasse auf Grundlage von § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX die Initiative zu einem Einrichtungswechsel des betroffenen Menschen mit Behinderung in ein Pflegeheim ergreifen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 43a SGB XI die Leistungen der Pflegeversicherung in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI auf maximal 266 Euro begrenzt und häusliche Pflege dort nicht zulässig ist (§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI).

Zu prüfen ist daher, ob sich aus Art. 19 UN-BRK ein allgemeines Verbot ergibt, aufgrund des beschriebenen gesetzlichen Regelungskonzepts in besonderen Fällen aus einer Einrichtung oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI in ein Pflegeheim umziehen zu müssen oder ob das gesetzliche Regelungskonzept aus anderen Gründen gegen Art. 19 UN-BRK verstößt.

a) Regelungsauftrag

Nach Art. 19 UN-BRK anerkennen die Vertragsstaaten das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben, und treffen wirksame und geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern, indem sie unter anderem gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben (lit. a). Die Vertragsstaaten sollen des Weiteren gewährleisten, Menschen mit Behinde-

[loads/DE/Thema-Internationales/staatenbericht-un-behindertenrechtskonvention.pdf?_blob=publicationFile&v=1](#) (Abruf vom 25. März 2020); kritisch z.B. Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 18(11)801, S. 226.

¹⁴⁶ Siehe oben B. I. 4. c) aa).

rungen Zugang zu einer Reihe von gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu Hause und in Einrichtungen sowie zu sonstigen gemeindenahen Unterstützungsdiensten zu geben (lit. b) und gemeindenahe Dienstleistungen Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung zur Verfügung zu stellen und ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen (lit. c).

b) Keine allgemeine Regel des Völkerrechts

Art. 19 UN-BRK dürfte kein Geltungsvorrang nach Art. 25 GG vor den Regelungen der §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI, § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX zukommen, so dass er die genannten Regelungen nicht verdrängen dürfte.

Ein Geltungsvorrang würde sich nur ergeben, wenn es sich um eine universell geltende Regel des Völkergewohnheitsrechts handeln würde. Dies wiederum erfordert eine gefestigte Praxis zahlreicher Staaten, die in der Überzeugung ausgeübt wird, hierzu aus Gründen des Völkerrechts verpflichtet zu sein.¹⁴⁷ Daran dürfte es fehlen. Eine gefestigte Staatenpraxis, die durch Art. 19 UN-BRK wiedergegeben wird, dürfte nicht festzustellen sein. So ist ein entsprechendes Recht weder in der Europäischen Menschenrechtskonvention noch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union enthalten.¹⁴⁸ Art. 19 UN-BRK dürfte damit in Deutschland lediglich im Rang eines einfachen Bundesgesetzes gelten.

c) Unmittelbare Anwendbarkeit

Zu prüfen ist damit im nächsten Schritt die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 19 UN-BRK.

Nach Auffassung von *Welti*¹⁴⁹ sprechen der Wortlaut und der freiheitsrechtliche Bezug für eine unmittelbare Anwendbarkeit, ebenso die systematische Stellung in einem Abschnitt, in der Menschen mit Behinderungen als Subjekte vollziehbarer Rechte angesprochen seien. Nach Meinung von *Trenk-Hinterberger*¹⁵⁰ orientiere sich das Wahl-, Entscheidungs- und Verweigerungsrecht im Kern am Verbot der Diskriminierung und am Recht auf Freizügigkeit. Daher bestehe sowohl eine Pflicht der Vertragsstaaten zur unmittelbaren Anwendung der Norm, als auch folge aus ihr eine subjektive, individualschützende Rechtsposition.

In Folge der unmittelbaren Anwendbarkeit bejaht *Welti*¹⁵¹ einen Verstoß gegen Art. 19 lit. a) UN-BRK. Das Zusammenwirken von §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI und § 103 Abs. 1 Satz 2 IX könne dazu führen, dass pflegebedürftige Menschen mit Behinderung nicht gleichberechtigt mit

¹⁴⁷ Vgl. nur BSGE 110, 194 (199 Rz. 21) m.w.N.

¹⁴⁸ Vgl. insoweit zu Art. 25 Satz 3 UN-BRK BSGE 110, 194 (199 Rz. 21).

¹⁴⁹ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71.

¹⁵⁰ *Trenk-Hinterberger*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 19 Rn. 7 ff.

¹⁵¹ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 67; ebenso einen Verstoß bejahend: *Kuhn-Zuber*, in: Deinert/Welti, StichwortKommentar Behindertenrecht, 2. Aufl. 2018, Stichwort „Heim“ Rz. 19, und *Schmitt*, NZS 2018, 247 (250).

anderen die Möglichkeit hätten, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben wollten, weil Pflegeleistungen der Pflegeversicherung nicht im gleichen Umfang wie anderswo in Behinderteneinrichtungen in Anspruch genommen werden könnten. Auch könnten die Normen dazu führen, dass pflegebedürftige Menschen mit Behinderung in Pflegeeinrichtungen leben müssten, obwohl dies bei Verfügbarkeit von häuslicher Pflege in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nicht erforderlich wäre.

Zu den von lit. b) geforderten gemeindenahen Unterstützungsdiensten können nach Auffassung von *Welti*¹⁵² auch Pflegedienste gehören, deren Inanspruchnahme in Einrichtungen und Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nach § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI untersagt seien. Allerdings räumt er selbst ein, dass es hierfür einer konkreten Anspruchsregelung gegen einen bestimmten Sozialleistungsträger bedürfe, so dass er im Ergebnis einen Verstoß gegen lit. b) und c) mangels unmittelbarer Anwendbarkeit verneint.¹⁵³

Entgegen der dargestellten Auffassungen dürfte die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 19 UN-BRK im hier maßgeblichen Regelungskomplex mangels hinreichender Bestimmtheit zu verneinen sein („*non-self-executing*“). Art. 19 lit. a) UN-BRK dürfte insoweit keine Vorgaben enthalten, die einen Umzug aufgrund einer Initiative des Trägers der Einrichtung oder Räumlichkeit im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI oder der Pflegekasse unmittelbar verbieten. Darüber hinaus dürfte sich aus Art. 19 lit. a) UN-BRK auch weder ein unmittelbares Verbot zu vom Wohnort unabhängigen bereichsspezifischen Leistungen der Pflegeversicherung noch zu Leistungen der Pflegeversicherung unabhängig von der jeweiligen Organisationsstruktur der Einrichtung ableiten lassen. Aus Art. 19 lit. b) und c) dürfte sich – insoweit wohl unstrittig – auch kein Anspruch auf Leistung ambulanter Pflege in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI ergeben.

Bereits der Wortlaut von Art. 19 lit. a) UN-BRK dürfte zu unbestimmt für die Annahme der entsprechenden Verbote sein. Denn danach treffen die Vertragsstaaten „*wirksame und geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern*“. Dies deutet darauf hin, dass das Übereinkommen an dieser Stelle gerade nicht unmittelbar anwendbar ist und auch keine subjektiven Rechte schaffen will, sondern die nähere Umsetzung des in Art. 19 UN-BRK eingeräumten Rechts aller Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben, den Vertragsstaaten vorbehalten bleiben soll. Systematisch verwendet die UN-BRK den Begriff „*Anspruch*“ dann, wenn subjektive Rechte der behinderten Menschen begründet werden sollen (z.B. in Art. 22 Abs. 1 UN-BRK: „*Menschen mit Behinderungen haben Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen*“, oder in Art. 30 Abs. 4 UN-BRK: „*Menschen mit Behinderungen haben gleich-*

¹⁵² Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 67; vgl. hierzu auch Zinsmeister, in: Deinert/Welti, StichwortKommentar Behindertenrecht, 2. Aufl. 2018, Stichwort „*Betreutes Wohnen*“ Rz. 3.

¹⁵³ Vgl. Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71 f.

berechtigt mit anderen Anspruch auf Anerkennung und Unterstützung ihrer spezifischen kulturellen und sprachlichen Identität“. Die Formulierung eines solchen „Anspruchs“ findet sich in Art. 19 UN-BRK jedoch gerade nicht.¹⁵⁴

Trotz der sicherlich vorhandenen Nähe zum allgemeinen Diskriminierungsverbot und zum Recht auf Freizügigkeit dürfte es aufgrund der sehr offenen Formulierung, die eine Vielzahl von Interpretationsspielräumen bietet, an der von der Rechtsprechung für eine unmittelbare Anwendbarkeit geforderten erforderlichen Eignung und Bestimmtheit fehlen. So ist bereits umstritten, ob der Begriff „Gemeinschaft“ im Sinne einer politischen Gemeinde¹⁵⁵ oder als Gegenstück zu einer fremdbestimmten, institutionalisierten Lebenswelt der „besonderen Wohnform“ (wie z.B. Heime) zu verstehen ist.¹⁵⁶ Ebenso ist unklar, was das Wort „aller“ beim Anerkenntnis des gleichen Rechts auf Wahlmöglichkeiten „aller Menschen mit Behinderungen“ bedeutet. Möglicherweise ist es als Recht auf gleiche Wahlmöglichkeiten in Gestalt eines Wahl-, Entscheidungs- und Verweigerungsrechts zu verstehen, das allen Menschen mit Behinderungen unabhängig davon zusteht, ob sie überhaupt in der Lage sind, außerhalb von besonderen Wohnformen (selbständig) zu leben. Dann müssten entsprechende Unterstützungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen und zugänglich sein, um das ihnen mögliche Maß an Unabhängigkeit und Selbstbestimmung zu ermöglichen.¹⁵⁷ Ob und wenn ja in welcher Form und unter welchen organisatorischen Bedingungen dies zu ermöglichen wäre, lässt sich aus Art. 19 lit. a) UN-BRK nicht mit der notwendigen Bestimmtheit entnehmen, sondern bedarf der Umsetzung durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber. Zudem ist unklar, was es bedeutet, wenn Art. 19 lit. a) UN-BRK das Recht anerkennt, mit „gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen“ in der Gemeinschaft zu leben? Hier stellt sich die Frage, wer die Vergleichsgruppe der „anderen“ ist. Aus der Gegenüberstellung von gleichem Recht „aller Menschen mit Behinderungen“ und den „gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen“, könnte man folgern, dass mit „anderen Menschen“ die Menschen ohne Behinderungen gemeint sind. Dies würde allerdings bedeuten, dass das, was Menschen ohne Behinderungen wählen können, in gleicher Weise auch Menschen mit Behinderungen wählen können müssen. Daran anschließend stellt sich die Frage der Praktikabilität, da zwei unterschiedliche, in sich inhomogene soziale Gruppen ohne nähere Bestimmung, nämlich Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderungen, im Hinblick auf die Wahlmöglichkeiten gleichgesetzt werden. Denn auch Menschen ohne Behinderungen haben z.B. abhängig vom sozialen

¹⁵⁴ St. Rspr., siehe nur LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. vom 6. Febr. 2014 – L 20 SO 436/13 B ER –, Rz. 60 (juris) m.w.N.; LSG Baden-Württemberg, Urt. vom 22. Febr. 2018 – L 7 SO 3516/14 –, Rz. 66 (juris); LSG Baden-Württemberg, Urt. vom 25. Sept. 2019 – L 7 SO 4668/15 –, Rz. 68 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. vom 12. Dez. 2017 – 13 PA 222/17 –, Rz. 15 (juris); BSGE 110, 194 (200 f. Rz. 25); SG Hamburg, Urt. vom 4. Dez. 2018 – S 28 SO 279/14 –, Rz. 11 (juris); ebenso gegen unmittelbare Anwendbarkeit Roller, NZS 2019, 368 (373), Theben, Artikel 19 UN-BRK – Segen und Verheißung, 4. April 2019, in: Beitrag A5-2019 unter www.reha-recht.de; abrufbar unter https://www.reha-recht.de/fileadmin/user_upload/RehaRecht/Diskussionsforen/Forum_A/2019/A5-2019_Theben_Artikel_19_UN-BRK.pdf (Abruf vom 6. April 2020).; a.A. SG Düsseldorf, Urt. vom 7. Okt. 2013 – S 22 SO 319/13 ER –, Rz. 23(juris).

¹⁵⁵ So wohl, ohne nähere Begründung, Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 33 f.; ders., Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3; ders., SozSich 2018, 418 (419).

¹⁵⁶ Vgl. Trenk-Hinterberger, NLMR 2015, 91 (93 f.) m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. Trenk-Hinterberger, NLMR 2015, 91 (94) m.w.N.

Stand, vom Ausbildungsstand oder vom Alter ungleiche Wahlmöglichkeiten.¹⁵⁸ Art. 19 lit. a) UN-BRK dürfte daher nicht unmittelbar anwendbar sein.

Da auch Art. 19 lit. b) und c) UN-BRK – insoweit wohl unstreitig – nicht unmittelbar anwendbar sind, dürfte ein Verstoß gegen Art. 19 UN-BRK daher zu verneinen sein.

Ob der Gesetzgeber gegen die allgemeine Staatenverpflichtung zur Umsetzung von Art. 19 UN-BRK verstoßen hat, muss – wie eingangs erläutert – aufgrund der politischen Fragestellung in dieser Stellungnahme offen bleiben.

2. Art. 25 UN-BRK (Gesundheit)

Art. 25 UN-BRK regelt das Recht eines jeden auf Gesundheit.

Die zu bewertenden Regelungen behandeln pflegeversicherte pflegebedürftige Menschen in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI gegenüber Menschen außerhalb von entsprechenden Einrichtungen bzw. Räumlichkeiten unterschiedlich. Personen, die außerhalb solcher Einrichtungen bzw. Räumlichkeiten leben, erhalten, wenn sie in einer Wohnung wohnen, häusliche Pflegehilfe bis zu 1.995 Euro (§ 36 Abs. 3 SGB XI), und wenn sie in einem Pflegeheim wohnen, Ersatz ihrer pflegebedingten Aufwendungen bis zu 2.005 Euro (§ 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Der Anspruch auf Pflegeleistungen von Menschen, die in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI leben, beschränkt sich nach § 43a SGB XI auf den Maximalbetrag von 266 Euro monatlich.

Zu prüfen ist daher, ob sich aus Art. 25 UN-BRK ein Verbot des vorbeschriebenen Regelungskonzepts ergibt.

a) Regelungsauftrag

Nach Art. 25 UN-BRK anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung von Behinderung. Sie treffen alle geeigneten Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu geschlechtsspezifischen Gesundheitsdiensten, einschließlich gesundheitlicher Rehabilitation, haben. Insbesondere sind sie verpflichtet, Menschen mit Behinderung eine unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung in derselben Bandbreite, von derselben Qualität und auf demselben Standard zur Verfügung wie anderen Menschen (Satz 3 lit. a).

¹⁵⁸ Vgl. *Trenk-Hinterberger*, NLMR 2015, 91 (94 f.) m.w.N.

Neben der allgemeinen Verpflichtung zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts und zur weiteren Konkretisierung bislang hinter den Schutzansprüchen zurückgebliebenem Rechts, beinhaltet Art. 25 Satz 3 lit. a) UN-BRK nach h.M. ein spezielles Diskriminierungsverbot.¹⁵⁹

Zwar spricht Art. 25 UN-BRK nur von Gesundheits- und nicht von Pflegeleistungen, weshalb die Norm nach Auffassung des Bayerischen Landessozialgerichts¹⁶⁰ bereits aus diesem Grund für einen Rechtsverstoß ausscheidet, nach h.M.¹⁶¹ umfasst der Begriff der „Gesundheitsdienste“ der UN-BRK auch den Bereich der Pflege. Dies dürfte sich daraus ergeben, dass die UN-BRK nicht zwischen Gesundheit und Pflege unterscheidet, Art. 26 UN-BRK die Vertragsstaaten aber allgemein zu geeigneten Maßnahmen der Rehabilitation verpflichtet. Auch die Bundesregierung zählt in ihrer Denkschrift zur UN-Behindertenrechtskonvention die soziale Pflegeversicherung zur „gesundheitlichen Sicherung“ im Rahmen des Art. 25 UN-BRK und nimmt zur sozialen Pflegeversicherung umfassend Stellung.¹⁶²

b) Keine allgemeine Regel des Völkerrechts

Auch Art. 25 UN-BRK dürfte kein Geltungsvorrang nach Art. 25 GG vor den Regelungen der § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 und § 43a SGB XI zukommen, so dass er die genannten Regelungen nicht verdrängen dürfte. Es dürfte – soweit ersichtlich – keine gefestigte Staatenpraxis feststellbar sein, welche die deutsche Regelung aus Gründen des Völkerrechts als unzulässig ablehnt.

c) Unmittelbare Anwendbarkeit

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 25 UN-BRK für die allgemeine Verpflichtung zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts und zur weiteren Konkretisierung bislang hinter den Schutzansprüchen zurückgebliebenem Rechts dürfte mit der ganz h.M.¹⁶³ zu verneinen sein, so dass sich aus Art. 25 UN-BRK kein Verbot der Leistungsdifferenzierung nach Maßgabe der vorstehenden Regelungen ergibt. Bei Art. 25 UN-BRK dürfte es sich um ein dem Progressionsvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 UN-BRK unterfallendes soziales Menschenrecht handeln, so dass eine Umsetzung im Regelfall nur nach und nach unter Ausschöpfung der verfügbaren Mittel voll zu verwirklichen ist.¹⁶⁴ Der Wortlaut der verbindlichen (vgl. Art. 50 Abs. 1 UN-BRK) englischen Fassung „provide“ (bzw. „fournissent“ in der französischen Fassung) verlangt lediglich ein „zur Verfügung stellen“

¹⁵⁹ BSGE 110, 194 (197 Rz. 16); Bay. LSG, Urt. vom 3. Sept. 2015 – L 2 P 22/13 –, Rz. 36 (juris); Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71.

¹⁶⁰ Urt. vom 3. Sept. 2015 – L 2 P 22/13 –, Rz. 34 (juris).

¹⁶¹ Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 25 Rn. 6; Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 68.

¹⁶² Denkschrift der Bundesregierung zu dem Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in: BT-Drs. 16/10808, S. 59 f.

¹⁶³ Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 25 Rn. 3; Welti, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71; BSGE 117, 117 (124 Rz. 27); Bay. LSG, Urt. vom 3. Sept. 2015 – L 2 P 22/13 –, Rz. 34 (juris).

¹⁶⁴ Lachwitz, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 25 Rn. 3.

bzw. „anbieten“. Die Norm gibt damit ihrem Regelungsinhalt nach keinen unmittelbaren Anspruch auf eine Gesundheits- bzw. Pflegeversorgung; sie bedarf insoweit vielmehr erst einer Ausführungsgesetzgebung und ist in dieser Hinsicht *non-self-executing*.¹⁶⁵

Trotz der auch von *Welti*¹⁶⁶ verneinten unmittelbaren Anwendbarkeit der Norm, bejaht er einen Verstoß der nationalen Normen gegen Art. 25 UN-BRK mit der Begründung, pflegebedürftige Menschen mit Behinderung erhielten Leistungen der Pflegeversicherung nicht in derselben Bandbreite und derselben Erschwinglichkeit wie außerhalb von Behinderteneinrichtungen. Dies dürfte aus zweierlei Gründen bedenklich sein. Zum einen knüpft die Begründung nicht an eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung, sondern wegen der Wohnsituation an, so dass bereits aus diesem Grund ein Verstoß zu verneinen sein dürfte. Zum anderen dürfte seine Bewertung eine politische sein, dass seiner Auffassung nach der Gesetzgeber die UN-BRK nicht hinreichend umgesetzt hat. Die Bundesregierung hingegen ist der Auffassung, mit der Neufassung des § 43a SGB XI mit Wirkung zum 1. Januar 2020 der UN-BRK hinreichend Rechnung zu tragen.¹⁶⁷

Soweit Art. 25 Satz 3 lit. a) UN-BRK ein spezielles Diskriminierungsverbot enthält, ist dieses nach allg. Meinung unmittelbar anwendbar.¹⁶⁸ Verhaltensweisen, die diesem Diskriminierungsverbot zu wider laufen, sind gemäß Art. 5 Abs. 2 UN-BRK verboten. Nach h.M. entspricht das spezielle Diskriminierungsverbot des Art. 25 Satz 3 lit. a) UN-BRK inhaltlich dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 5 Abs. 2 UN-BRK.¹⁶⁹ Ein Verstoß gegen dieses Verbot wird daher nachfolgend im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 UN-BRK erörtert.

Mangels unmittelbarer Anwendbarkeit dürften § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 und § 43a SGB XI – vorbehaltlich eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot – nicht gegen Art. 25 Satz 3 lit. a) UN-BRK verstoßen. Die weitere Bewertung hat wiederum aufgrund der politischen Fragestellung der Umsetzung der allgemeinen Staatenverpflichtung an dieser Stelle offen zu bleiben.

3. Art. 28 UN-BRK (Angemessener Lebensstandard und sozialer Schutz)

Art. 28 UN-BRK verpflichtet die Staaten auf einen angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz von Menschen mit Behinderungen.

¹⁶⁵ Vgl. BSGE 117, 117 (124 Rz. 27).

¹⁶⁶ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71, 68.

¹⁶⁷ Vgl. Antworten der Bundesregierung zum zweiten und dritten Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 17. Juli 2019, S. 37 f..

¹⁶⁸ Vgl. BSGE 117, 117 (125 Rz. 30); *Lachwitz*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 25 Rn. 3; *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71.

¹⁶⁹ Vgl. BSGE 117, 117 (125 Rz. 30); Bay. LSG, Urt. vom 3. Sept. 2015 – L 2 P 22/13 –, Rz. 36 (juris); *Welti*, Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 71.

Zu prüfen ist – wie bei Art. 25 UN-BRK – ob die unterschiedlich hohen Leistungsansprüche pflegeversicherter pflegebedürftigen Menschen in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI gegenüber Menschen außerhalb solcher Einrichtungen bzw. Räumlichkeiten gegen Art. 28 UN-BRK verstoßen.

a) Regelungsauftrag

Nach Art. 28 Abs. 1 UN-BRK erkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf einen angemessenen Lebensstandard für sich selbst und ihre Familien, einschließlich angemessener Ernährung, Bekleidung und Wohnung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen an und unternehmen geeignete Schritte zum Schutz und zur Förderung der Verwirklichung dieses Rechts ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Absatz 2 verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, das Recht von Menschen mit Behinderungen auf sozialen Schutz und den Genuss dieses Rechts ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung anzuerkennen. Gleichzeitig haben die Vertragsstaaten geeignete Schritte zum Schutz und zur Förderung der Verwirklichung dieses Rechts zu unternehmen.

b) Keine allgemeine Regel des Völkerrechts

Auch Art. 28 UN-BRK dürfte keine allgemeine Regel des Völkerrechts wiedergeben. Wie bereits zu Art. 25 UN-BRK dargestellt, dürfte sich – soweit ersichtlich – keine gefestigte Staatenpraxis feststellen lassen, welche die deutsche Regelung aus Gründen des Völkerrechts als unzulässig ablehnt.

c) Unmittelbare Anwendbarkeit

Nach h.M. ist Art. 28 UN-BRK nicht unmittelbar anwendbar, so dass bereits aus diesem Grund ein Verstoß der obigen Regelungen gegen die Norm nicht feststellbar ist. Die Vorschrift ist erkennbar offen und als Programmsatz für die Gesetzgebung formuliert.¹⁷⁰ Absatz 2 führt in der Aufzählung zahlreiche Beispiele an, in welchem konkreten Bereich Schutz- und Handlungspflichten bestehen.¹⁷¹

Auch *Welti* dürfte wohl eine unmittelbare Anwendbarkeit verneinen. In seinem Gutachten geht er auf Art. 28 UN-BRK nicht ein. In seinen beiden Fachaufsätzen¹⁷² zieht er Art. 28 nur unterstützend zur Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG heran.

¹⁷⁰ Vgl. Bay. LSG, Urt. vom 3. Sept. 2015 – L 2 P 22/13 –, Rz. 35 (juris); *Kreutz*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis*, 2013, Art. 28 Rn. 4 ff.

¹⁷¹ Vgl. *Kreutz*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis*, 2013, Art. 28 Rn. 4.

¹⁷² Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 3 f.; *ders.*, *SozSich* 2018, 418 (419).

Ein Verstoß gegen Art. 28 UN-BRK dürfte damit ebenfalls aufgrund einer fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit ausscheiden. Weitergehende Bewertungen wären erneut politischer Natur und bleiben daher hier außen vor.

4. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK (Allgemeines Diskriminierungsverbot)

Art. 5 Abs. 2 UN-BRK enthält ein umfassendes Diskriminierungsverbot. Zu prüfen ist, ob die unterschiedlich hohen Leistungsansprüche pflegebedürftiger Menschen in unterschiedlichen Wohnsituationen gegen Art. 5 Abs. 2 UN-BRK verstoßen.

a) Regelungsauftrag

Das allgemeine Diskriminierungsverbot verbietet den Vertragsstaaten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantiert Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleich aus welchen Gründen.

Menschen mit Behinderungen werden in Art. 1 Abs. 2 UN-BRK definiert. Dieser Behindertenbegriff liegt inzwischen auch § 2 Abs. 1 SGB IX zugrunde.¹⁷³ „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ bedeutet nach Art. 2 UN-BRK jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Genießen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Davon umfasst sind alle Formen der Diskriminierung einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen. Solche sind gemäß Art. 2 UN-BRK notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können.

Nach Auffassung des Bundessozialgerichts¹⁷⁴ entspricht das allgemeine Diskriminierungsverbot für die Leistungsbestimmungen der gesetzlichen Krankenversicherung dem Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Dies dürfte aufgrund der Vergleichbarkeit beider Versicherungen in Bezug auf die Beitragspflicht und die gesetzlich festgelegten Leistungen auf die gesetzliche Pflege(pflicht-)versicherung übertragbar sein.

Welti¹⁷⁵ wendet in seinem Gutachten nicht Art. 5 Abs. 2 UN-BRK, sondern Art. 5 Abs. 1 UN-BRK an. Diese Norm statuiert den allgemeinen Gleichheitssatz, wie er Art. 3 Abs. 1 GG entspricht, mit dem

¹⁷³ Seit 1. Jan. 2018 Vgl. BT-Drs. 18/9522, S. 192, 227.

¹⁷⁴ „Beide Regelungen entsprechen sich“, BSGE 124, 1 (8 Rz. 20); BSGE 110, 194 (202 f. Rz. 31); dem folgend: Bay. LSG, Urt. vom 9. Jan. 2018 – L 15 BL 10/17 –, Rz. 61 (juris); vgl. auch BSGE 117, 117 (126 Rz. 31).

¹⁷⁵ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 66.

Zusatz, dass alle Menschen ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz und gleiche Vorteile durch das Gesetz haben. Daraus leitet *Welti*¹⁷⁶ ab, die UN-BRK erfasse auch behinderungsbezogene Diskriminierungen zwischen behinderten Menschen, da auch bei ihnen Menschen vom Gesetz ungleich behandelt würden und die Diskriminierung aufgrund von Behinderung erfolge. Die Ungleichbehandlung zwischen behinderten pflegebedürftigen Menschen in Behinderteneinrichtungen nach § 71 Abs. 4 SGB XI und behinderten pflegebedürftigen Menschen, die nicht in solchen Einrichtungen lebten, erfolge wegen eines behinderungsbezogenen Merkmals.

Diese Auslegung dürfte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widersprechen. Die Verpflichtung zum diskriminierungsfreien Schutz erfolgt auf der Ebene des Grundgesetzes durch das besondere Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.¹⁷⁷ Diese Norm erfasst jedoch keine Differenzierungen zwischen verschiedenen Arten von Behinderungen.¹⁷⁸ Die UN-BRK schafft kein Sonderrecht für Menschen mit Behinderungen.¹⁷⁹ Ein weitergehender Schutz als das Grundgesetz dürfte daher Art. 5 Abs. 1 UN-BRK nicht gewähren.

b) Unmittelbare Anwendbarkeit

Nach wohl allg. Meinung ist Art. 5 Abs. 2 UN-BRK unmittelbar anwendbar.¹⁸⁰ Daher kann offen bleiben, ob Art. 5 Abs. 2 UN-BRK bereits als allgemeine Regel des Völkerrechts anwendbar ist.

c) Kein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 UN-BRK

Die unterschiedlich hohen Leistungsansprüche pflegebedürftiger Menschen in unterschiedlichen Wohnsituationen dürften nicht gegen Art. 5 Abs. 2 UN-BRK verstoßen. Wie herausgearbeitet, entspricht der Regelungsgehalt des Art. 5 Abs. 2 UN-BRK für die Leistungsbestimmungen der Pflegepflichtversicherung dem Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Wie weiter herausgearbeitet, liegt kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vor. Die unterschiedliche Behandlung von Menschen mit Behinderung in Einrichtungen und Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI und außerhalb davon knüpft nicht an der Behinderung, sondern allein daran an, wo sich der Mensch mit Behinderung versorgen lässt. Die unterschiedliche Leistungshöhe betrifft jeden Bewohner einer Einrichtung oder Räumlichkeit im Sinne von § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI, unabhängig von Bestehen und Ausmaß einer Behinderung.

¹⁷⁶ Gutachten für den Landeswohlfahrtsverband Hessen, 2015, S. 66; *ders.*, Sonderregelung für pflegebedürftige Menschen in Behinderteneinrichtungen § 43a SGB XI verstößt gegen Grundgesetz und UN-BRK, 27. Sept. 2016, S. 5; *ders.*, SozSich 2018, 418 (420).

¹⁷⁷ *Lachwitz*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 5 Rn. 8.

¹⁷⁸ Siehe oben B. III. 3. a) bb).

¹⁷⁹ Denkschrift der Bundesregierung zu dem Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in: BT-Drs. 16/10808, S. 46.

¹⁸⁰ Vgl. nur BSGE 110, 194 (202 f. Rz. 31); BSGE 117, 117 (126 Rz. 31); Bay. LSG, Urt. vom 9. Jan. 2018 – L 15 BL 10/17 –, Rz. 62 (juris); *Lachwitz*, in: Kreuz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Art. 5 Rn. 12.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Verfassungsmäßigkeit

§ 43a SGB XI in der ab 1. Januar 2020 geltenden Fassung sowie die damit in untrennbarem Zusammenhang stehenden Vorschriften § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX und § 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI dürften sich grundsätzlich verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen.

a) Aufgrund von § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX können der Träger der Eingliederungshilfe und die zuständige Pflegekasse „vereinbaren“, dass ein pflegebedürftiger Mensch mit Behinderung nicht mehr in einer Einrichtung oder in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI verbleiben kann, sondern in ein Pflegeheim umziehen muss. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 43a SGB XI die Leistungen der Pflegeversicherung in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI auf maximal 266 Euro begrenzt und häusliche Pflege dort nicht zulässig ist (§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI).

Die Regelung des § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB IX (i.V.m. §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI) dürfte bereits keinen Eingriff in das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) des betroffenen Menschen darstellen. Bei sachgerechter Auslegung und Berücksichtigung des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses kommt ihr (lediglich) die Bedeutung eines Initiativrechts zu. Selbst wenn ein Eingriff vorliegen sollte, dürfte er verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

b) Pflegebedürftige Menschen in Einrichtungen oder Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI stehen geringere Leistungsansprüche aus der Pflege(pflicht-)versicherung zu als Menschen, die außerhalb solcher Einrichtungen oder Räumlichkeiten wohnen. In Einrichtungen oder in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI erhalten sie nach § 43a SGB XI (als Kostenerstattung an den Träger der Einrichtung) Leistungen der Pflegeversicherung in Höhe von maximal 266 Euro monatlich. Leben sie in Pflegeheimen erhalten sie Leistungen bis zu 2.005 Euro monatlich (§ 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI), im eigenen Haushalt bis zu 1.995 Euro monatlich (§ 36 Abs. 3 SGB XI). Häusliche Pflege ist in Einrichtungen und in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI nicht zulässig (§§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 71 Abs. 4 Nr. 1 und 3 SGB XI).

Diese unterschiedlichen Pflegeleistungsansprüche bedeuten für die Betroffenen einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Eingriffe dürften für die Bezieher von Eingliederungshilfe einschließlich der Beitragszahler verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sein.

Problematisch sein dürfte die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Gruppe der pflegeversicherten pflegebedürftigen Selbstzahler in Einrichtungen oder in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI. Aufgrund des monatlichen Maximalbetrages von 266 Euro besteht bei dieser Personengruppe ein deutliches Missverhältnis von Versicherungspflicht und Versicherungsleistung sowie gegenüber in anderen Wohnsituationen befindlichen pflichtversicherten pflegebedürftigen Selbstzahlern (vgl. § 36 Abs. 2, 43 Abs. 2 Satz 2 SGB XI). Der übergeordnete Zweck der Pflichtversicherung, Schutz gegen das Risiko vor Pflegebedürftigkeit zu gewähren, wird nur unzureichend erfüllt. Die Regelung begegnet daher insoweit verfassungsrechtlichen Bedenken. Diesen könnte der Gesetzgeber, ohne den Regelungskomplex grundlegend zu ändern, durch die Einführung eines Härteausgleichs für die pflegebedürftigen Selbstzahler in Einrichtungen und in Räumlichkeiten im Sinne des § 71 Abs. 4 Nrn. 1 und 3 SGB XI begegnen, bei denen die Leistungen der Pflegeversicherung von maximal 266 Euro monatlich die tatsächlichen Pflegekosten nur unzureichend abdecken.

Das besondere Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG dürfte nicht betroffen sein, da die unterschiedliche Behandlung an der Wohnsituation und nicht an der Behinderung anknüpft.

2. Vereinbarkeit mit der UN-BRK

Ein Verstoß der §§ 36 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, 43a SGB XI und § 103 Abs. 1 Satz 2 IX gegen Art. 19 (Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft), Art. 25 (Gesundheit) und Art. 28 UN-BRK (Angemessener Lebensstandard und sozialer Schutz) kann mangels unmittelbarer Anwendbarkeit der Normen nicht festgestellt werden. Ob die Bundesrepublik als Vertragspartner der UN-BRK gegen die allgemeine Staatenverpflichtung zur Umsetzung der Konvention verstoßen hat, obliegt der politischen Einschätzung und kann daher in dieser Stellungnahme nicht beantwortet werden.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ist zwar unmittelbar anwendbar, dürfte jedoch nicht verletzt sein.

Wissenschaftlicher Dienst