

**Vorschlag des
Forums behinderter Juristinnen und Juristen – FbJJ –
zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts und der
Versorgungsqualität von Versicherten in der häuslichen Umgebung
im Rahmen der Außerklinischen Intensivpflege**

Bearbeitet von:

Arne Frankenstein

Horst Frehe

Nancy Poser

Bearbeitungsstand: 9.8.2023

Forum behinderter Juristinnen und Juristen**I. Vorbemerkung und Begründung****1. Hintergrund des Vorschlages**

Das Gesetz zur Stärkung von intensivpflegerischer Versorgung und medizinischer Rehabilitation in der gesetzlichen Krankenversicherung (Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz – GKV-IPREG) vom 2. Juli 2020 hat mit dem § 37c eine Neuregelung im Fünften Buch Sozialgesetzbuch geschaffen, die Menschen mit Behinderungen in der Praxis vor große Probleme stellt, ihre gesundheitliche Versorgung in der häuslichen Umgebung sicherzustellen.

Nach Aussage des damaligen Bundesgesundheitsministers Jens Spahn bei Vorlage des Gesetzentwurfes vom 20.5.2020 war es Ziel des Gesetzes, Intensiv-Pflegebedürftige häufiger von künstlicher Beatmung zu entwöhnen und bestmöglich zu versorgen:

***„Intensiv-Pflegebedürftige sollen dort versorgt werden können, wo es für sie am besten ist. Das darf keine Frage des Geldbeutels sein. Deswegen schaffen wir verbindliche Qualitätsvorgaben für die Intensivpflege zu Hause, und die Intensivpflege in stationären Einrichtungen wird endlich bezahlbar. Krankenhäuser und Heime verpflichten wir, ihre Patienten wenn möglich von künstlicher Beatmung zu entwöhnen. So stärken wir die Versorgung gerade der Patienten, die oftmals nicht mehr für sich selbst die Stimme erheben können.“
(Drucksache 19/19368 vom 20.5.2020)***

Der vorgelegte Entwurf wurde im Gesetzgebungsverfahren erheblich nachgebessert, u.a. weil er keine Regelung darüber enthielt, welche Optionen eine leistungsberechtigte Person hat, wenn die Krankenkassen ihren Sicherstellungsauftrag nicht erfüllen. Für Menschen mit Behinderungen ist es überlebenswichtig, in der häuslichen Umgebung die Versorgung auch eigenverantwortlich sicherstellen zu können, wenn die Krankenkassen weder einen geeigneten Pflegedienst für die Intensivpflege benennen noch geeignete Pflegefachkräfte zur Verfügung stellen können. Darüber hinaus ist in Art. 19 der Behindertenrechtskonvention festgelegt, dass Menschen mit Behinderungen die „gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen *[haben]* in der Gemeinschaft zu leben“. Die Unterzeichnerstaaten sind verpflichtet „wirksame und geeignete Maßnahmen *[zu treffen]*, 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

a) Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt die Möglichkeit haben, ihren Aufenthaltsort zu wählen und zu entscheiden, wo und mit wem sie leben, und nicht verpflichtet sind, in besonderen Wohnformen zu leben;

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

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Einbeziehung in die Gemeinschaft sowie zur Verhinderung von Isolation und Absonderung von der Gemeinschaft notwendig ist;...“

Dieses Wahlrecht ist ein Grundrecht, das über den Diskriminierungsschutz des Art. 3 GG abgesichert ist. Der Bundesgesetzgeber hat diese Vorgabe des Grundrechts insbesondere durch das Persönliche Budget in § 29 SGB IX umgesetzt und in zahlreichen Vorschriften auch in der Krankenversicherung z.B. in § 11 Abs. 1 Nr. 5 SGB V verankert. Es wurde daher auch in § 37c Abs. 4 Satz 2 SGB V mit folgender Formulierung aufgenommen:

„Die Möglichkeit der Leistungserbringung im Rahmen eines persönlichen Budgets nach § 2 Absatz 2 Satz 2, § 11 Absatz 1 Nummer 5 des Fünften Buches in Verbindung mit § 29 des Neunten Buches bleibt davon unberührt.“

Diese Formulierung ist allein jedoch nicht geeignet, die tatsächlichen Probleme bei der Umsetzung des Persönlichen Budgets für den Anspruch auf außerklinische Intensivpflege auszuräumen und für den Fall eines unzureichenden flächendeckend sichergestellten Angebotes an geeigneten und anerkannten Pflegediensten und intensivmedizinisch ausgebildeten Pflegefachkräften die Versorgung in der vom Versicherten gewählten Wohnform bzw. im Arbeitgebermodell nach § 63b Abs. 6 SGB XII sicherzustellen.

Durch die Beschränkung des Auswahlrechtes auf entsprechend anerkannte Pflegedienste mit intensivmedizinisch ausgebildeten Pflegefachkräften oder entsprechend ausgebildete Pflegefachkräfte als Assistenzkräfte im Arbeitgebermodell, wird das Auswahlrecht der budgetnehmenden Person so eingeschränkt, dass sie insbesondere unter den Bedingungen des gegenwärtigen Fachkräftemangels eine Versorgung zu Hause nicht mehr realisieren kann.

Dabei wird nicht nur das Recht von Menschen mit Behinderungen eingeschränkt, die Hilfspersonen (z.B. Assistenzkräfte) auszuwählen, die sie für geeignet halten, sondern zugleich wird hierdurch das Recht auf Leben i.S.d. Art. 2 GG unterminiert: Das Recht, die volle Verantwortung für das eigene behinderte Leben auch bei einem intensiven Unterstützungsbedarf wie der Beatmungspflege zu übernehmen, seine Kräfte selbst anleiten zu können, eine Versorgungssicherheit nach eigenen Erwägungen sicherzustellen und nur die Leistungserbringer und Kräfte einzusetzen, zu denen man das Zutrauen in die verantwortungsvolle Leistungserbringung hat, wird durch die bisherige Wortwahl behinderten Menschen genommen. Sie werden faktisch gezwungen, Leistungsformen wie stationäre Einrichtungen oder fremdbestimmte Beatmungswohngemeinschaften in Anspruch zu nehmen, bei denen sie ihre Versorgungssicherheit vollständig in die Hände eines Dritten, d.h. eines Leistungserbringers legen müssen, der gerade zur Verfügung steht und die von den Krankenkassen gesetzten strukturellen Standards erfüllt.

Über die Zielvereinbarungen zum Persönlichen Budget nach § 29 SGB IX versuchen derzeit die Krankenkassen, strukturelle Anforderungen für die Versorgung - in der gewählten Wohnform - im Persönlichen Budget durchzusetzen, die sie selbst bei der Umsetzung ihres Versorgungsauftrages nicht erfüllen können. Damit machen sie es

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Menschen mit Behinderungen unmöglich, ihr grundrechtlich gesichertes Wahlrecht auf eigenverantwortliche Assistenz tatsächlich umzusetzen und stürzen sie in eine aussichtslose Fehlversorgungssituation.

Die gesetzliche Regelung im § 37c Abs. 4 SGB V muss Menschen mit Behinderungen die Gestaltungsmöglichkeiten belassen, auch durch nicht intensiv-medizinisch-ausgebildete Kräfte den unstreitig bestehenden Bedarf an Assistenz / Unterstützung bei einer Beeinträchtigung, die üblicherweise eine intensiv-medizinisch-ausgebildete Pflegefachkraft voraussetzt, zu decken. Viele Menschen mit Behinderungen oder ihre nahen An- und Zugehörigen verfügen - durch selbst (oder mit fachlicher Unterstützung) erworbene personenbezogene Expertise - über die im Einzelfall notwendigen Kenntnisse, die von einer entsprechenden Pflegefachkraft erwartet werden können. Das Recht, eine solche Versorgung eigenverantwortlich anleiten und sicherstellen zu können, darf ihnen nicht genommen werden.

In der jetzigen gesetzlichen Fassung wird das Ziel verfehlt, für den Fall, dass eine Krankenkasse ihrem Versicherten keine angemessene Versorgung in der eigenen häuslichen Umgebung durch Bereitstellung geeigneter Pflegefachkräfte ermöglichen kann, den Versorgungsauftrag an die Versicherten zurückzugeben und abweichend vom Sachleistungsprinzip die Kosten für eine selbst gestaltete Bedarfsdeckung zu erstatten. Es darf nicht sein, dass die Kassen, wenn sie mangels geeignetem Fachpersonal nicht selbst für Versorgungssicherheit sorgen können, diese Aufgabe zu fast gleichen unerfüllbaren Bedingungen dem Versicherten aufbürden. Das Wahl- und Gestaltungsrecht im Persönlichen Budget kann nur ermöglicht bzw. erhalten werden, wenn der Selbstbestimmungsgedanke durch ein entsprechendes Auswahlrecht gesichert wird. Das Forum behinderter Juristinnen und Juristen (FbJJ) sieht daher die dringende Notwendigkeit, durch Nachbesserung des Gesetzes die vorgebrachte Kritik, insbesondere hinsichtlich der fehlenden Umsetzung der Rechte aus der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und des in ihnen verankerten Auftrages zur Schaffung eines inklusiven und diskriminierungsfreien Gemeinwesens, auszuräumen.

2. Brisanz der gegenwärtigen Versorgungslage

Laut dem Institut der deutschen Wirtschaft in Köln könnten in Deutschland in der stationären Versorgung bis zum Jahr 2035 rund 307.000 Pflegekräfte fehlen. Die Versorgungslücke im Pflegebereich insgesamt könnte sich bis zu diesem Jahr auf insgesamt knapp 500.000 Fachkräfte vergrößern. Damit wäre auch im stationären Bereich die Versorgung von Menschen mit umfangreichen Pflegebedarf gar nicht mehr zu bewältigen. Derzeit fehlen bereits mindestens 200 000 Pflegekräfte in Pflegeheimen und Krankenhäusern, darunter mehr als 4.000 auf Intensivstationen. Der Bedarf an Pflegekräften in Deutschland ist trotz der fast 2 Millionen aktiven Pflegekräfte im Jahr 2021 nicht gedeckt. Diese Kluft vergrößert sich seit 20 Jahren kontinuierlich und war auch zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsprozesses bereits unbestreitbare Tatsache.

Zudem ist der demografische Wandel auch in Deutschland ungebrochen, die Gesellschaft altert weiter, so dass immer mehr 60- bis 80-Jährige pflegebedürftig

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

werden. Im Jahr 2021 gab es in Deutschland 4,1 Millionen Pflegebedürftige, eine Zahl, die sich innerhalb von 10 Jahren verdoppelt hat und bis 2030 voraussichtlich um mindestens eine Million steigen wird. 80 % dieser Menschen sind über 65 Jahre alt. Außerdem sind 76 % der über 90-Jährigen pflegebedürftig, sowohl zu Hause als auch in Pflegeheimen. Das Problem der Überalterung ist in Deutschland, das eine der ältesten Bevölkerungen Europas hat, keineswegs eine Überraschung. Im Jahr 2060 wird der Anteil der über 65-Jährigen fast ein Drittel der deutschen Bevölkerung ausmachen, während es in Frankreich nur 27% sind.

Im hier relevanten Sektor der Versorgung intensivpflegepflichtiger Menschen in eigener Häuslichkeit, konnten Menschen mit Behinderung auf eigenen Wunsch bisher im Rahmen der Behandlungspflege einen Notstand durch das Anlernen von Nicht-Pflegekräften exakt bezogen auf die im konkreten Einzelfall bestehenden medizinischen und pflegerischen Erfordernisse, abfedern. Diese Möglichkeit muss erhalten bleiben.

3. Was ist das Arbeitgebermodell?

Mit dem Pflegestärkungsgesetz (PSG III) vom 23.12.2016 ist das Arbeitgebermodell mit Wirkung zum 01.01.2017 in § 63b Abs. 4 Satz 1 SGB XII aufgenommen und dort legal-definiert worden. Es folgt dem menschenrechtsbasierten Ansatz, dass pflegebedürftige Menschen ihre Pflege eigenverantwortlich durch von ihnen selbst beschäftigte besondere Pflegekräfte sicherstellen können. Dazu müssen sie (oder der gesetzliche Vertreter) über besondere Kernkompetenzen verfügen. Nach internationalen Kriterien (Frehe, in: Die Randschau 01/1996, S. 8 ff.) gehören dazu die Kompetenz, die Person auswählen zu können (Personalkompetenz), sie anleiten zu können (Anleitungskompetenz), den Ort (Raumkompetenz) und den Ablauf der Leistung bestimmen zu können (Organisationskompetenz). Gleichzeitig muss die Organisation der verschiedenen Leistungen in der Hand der leistungsberechtigten Personen oder ihrer gesetzlichen Vertreter liegen und die Unterstützungsleistung nicht in unterschiedliche Module untergliedert werden. Das Arbeitgebermodell wurde in den 70er- und 80er-Jahren von behinderten Assistenznehmer*innen entwickelt und soll gewährleisten, dass allein bei ihnen oder ihrer gesetzlichen Vertretern die Entscheidungsbefugnis über die Umsetzung ihres Unterstützungsbedarfs verbleibt. Es privilegiert die selbst organisierte Pflege durch besondere Pflegekräfte gegenüber der Leistungserbringung durch Einrichtungen und Dienste und ist historisch gewachsen. Die Einführung eines gegenüber anderen Arten der Leistungserbringung privilegierten Arbeitgebermodells für das Kranken- und Pflegeversicherungsrecht ist insoweit systematisch folgerichtig und würde einige der bestehenden rechtlichen Barrieren überwinden, die der selbstbestimmten Lebensführung des Personenkreises von pflegebedürftigen Menschen mit Behinderungen oftmals entgegenstehen. Zugleich würde sie zur Herstellung von Konvergenz des Leistungsrechts im gegliederten Sozialleistungssystem beitragen, die notwendige Diversifikation von bedarfsgerechten Leistungsangeboten fördern und auf diese Weise der langfristigen Absicherung eines die Menschenwürde sicherstellenden, personenzentrierten Leistungsangebots für

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

pflegebedürftige Menschen mit Behinderungen in Zeiten zunehmend verschärfter Probleme bei der Akquise von Fachkräften dienen. Die Verantwortung für die Befriedigung des persönlichen Pflegebedarfs würde damit vorrangig bei den leistungsberechtigten Personen oder ihrer gesetzlichen Vertretern liegen.

4. Herstellung von Konvergenz im gegliederten Leistungsrecht

Einen Gleichlauf der rechtlichen Instrumente in der Organisation selbstbestimmter Lebensführung von pflegebedürftigen Menschen mit Behinderungen zwischen den Regelungssystemen herzustellen, die im gegliederten System Leistungen für behinderte Menschen vorsehen, wäre ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur Konvergenz des Leistungsrechts für behinderte Menschen, der gleichsam bestehende Gleichbehandlungsprobleme überwinden kann. Die Berücksichtigung des Arbeitgebermodells im § 37c Absatz 4 Satz 2 könnte grundsätzlich dafür einen materiell-rechtlichen Beitrag leisten, um das SGB IX als gemeinsames Dach der Rehabilitation und Teilhabe stärker auch im Krankenversicherungsrecht zu verankern.

Über die Kodifikation im Sozialhilferecht hinaus hat das Arbeitgebermodell bereits heute erhebliche Praxiswirkung auch in anderen Zweigen der Sozialversicherung. Die Möglichkeit, seine Pflege durch Hauspflege im Rahmen des Arbeitgebermodells zu organisieren, bietet z.B. auch das gesetzliche Unfallversicherungsrecht in § 44 Abs. 5 SGB VII. Es ist systematisch nicht überzeugend, dass diese Kodifikation für die Außerklinische Intensivpflege im SGB V über die Zielvereinbarungen gem. § 29 SGB IX eingeschränkt wird.

5. Weiterentwicklung der Grundlagen im Krankenversicherungsrecht

Die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit der Versicherten ist auch im Recht der Krankenversicherung nach dem SGB V ein angestrebtes Ziel. Beispiele hierfür sind die Einführung des persönlichen Budgets oder die Selbstbeschaffung einer Haushaltshilfe. Bereits § 37 Abs. 4 SGB V (Häusliche Krankenpflege) und § 38 Abs. 4 SGB V (Haushaltshilfe) sehen die Möglichkeit vor, dass Versicherte die Kosten für eine selbstbeschaffte Kraft erstattet bekommen, wenn die Krankenkasse keine Kraft stellen kann oder Gründe bestehen, davon abzusehen. Dieses Recht muss in der Außerklinischen Intensivpflege in gleicher Weise umgesetzt werden.

In Abgrenzung zum persönlichen Budget kann von einem Arbeitgebermodell indes erst gesprochen werden, wenn für die im Rahmen eines persönlichen Budgets zu erbringenden Leistungen Pflegekräfte durch die leistungsberechtigte Person oder ihrer gesetzlichen Vertreter ausgewählt und selbst angestellt werden. Hierfür dürfen für die budgetnehmende Person keine Hürden in der Arbeitgebergestaltungsfreiheit, z.B. durch fachliche Anforderungen oder bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, aufgebaut werden. Das gleiche gilt bei der Auswahl des Pflegedienstes im Rahmen des Persönlichen Budgets.

6. Qualitätsgesicherte Versorgung

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Besonders klärungsbedürftig ist die Frage, wie die fachgemäße Erbringung von Tätigkeiten sichergestellt werden kann. Diese Klärung ist von Verfassungswegen geboten, da den Gesetzgeber insoweit eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG) trifft, die auch durch Art. 17 UN-BRK untermauert wird.

Pflegekräfte sind nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Arbeitgebermodell in der Sozialhilfe dann „besondere Pflegekräfte“, wenn sie nicht in häuslicher oder nachbarschaftlicher Verbundenheit pflegen (BSG, Urteil vom 28.02.2013, B 8 SO 1/12 R juris, RN. 17). Diese Begrenzung trägt dafür Sorge, dass Missbrauch vermieden wird. Mit ihr einher geht die richtige Schlussfolgerung, dass nur solche Personen Leistungen gegen Geld erbringen dürfen, die hierzu nicht bereits anderweitig verpflichtet sind oder in einem Näheverhältnis zur leistungsberechtigten Person stehen, das Missbrauch Vorschub leisten könnte.

Förmliche Qualifikationsanforderungen sind im Arbeitgebermodell der Sozialhilfe wegen der mit der Arbeitgeberstellung gem. § 611a Abs. 1 BGB des zu Pflegenden verbundenen Gestaltungshoheit und der vom Gesetzgeber gewollten Privilegierung nicht zu stellen (BSG, Urteil vom 28.02.2013, B 8 SO 1/12 R juris, Rn 16). Unerheblich ist insoweit, ob die beschäftigten Pflegekräfte über eine besondere Ausbildung im pflegerischen Bereich verfügen. Es genügt, dass sie auf die Person angeleitet und in ihre Arbeit eingewiesen worden sind. Welche Qualifikationsanforderungen an „geeignete“ Pflegekräfte (§ 36 Abs. 4 Satz 2 SGB XI) für die Erbringung von Sachleistungen zu richten sind, ist nicht von Belang. Es muss allerdings ein umfassendes, konkretes Konzept vorliegen, dass die Sicherstellung der Pflege belegt (Meßling, in: Juris Praxis Kommentar, SGB XII, § 66 Rn. 47).

Die Beschränkungen in den §§ 71, 72 SGB XI sollen der Qualitätssicherung dienen (Igl/Welti: Öffentlich-rechtliche Grundlagen für die Entwicklung vorbehaltener Aufgabenbereiche im Berufsfeld Pflege. Vierteljahresschrift für Sozialrecht 1999 (1): 21–55.). Sie ähneln insoweit dem Arztvorbehalt in der gesetzlichen Krankenversicherung, entfalten jedoch – anders als dieser – strukturelle rechtliche Barrieren, die der gleichberechtigten Teilhabe von langfristig pflegebedürftigen Menschen mit Behinderungen entgegenstehen. Es überzeugt deshalb nicht, diese Beschränkung im § 37c Abs. 4 SGB V zu übernehmen. Vielmehr muss überlegt werden, wie die zweifelsohne wichtige Qualitätssicherung auf andere Weise sichergestellt werden kann. Dies gilt umso mehr, als der pflegerische Qualitätsstandard im Persönlichen Budget durch die Budgetnehmer*innen weitgehend eigenverantwortlich hergestellt wird.

7. Fazit

Aus verfassungsrechtlichen, menschenrechtlichen und rechtssystematischen Gründen weist die Rechtswissenschaft schon lange darauf hin, dass bestehende rechtliche und praktische Barrieren in der Umsetzung sowohl für den behinderten Personenkreis als auch für die – auch diesem Gesetzentwurf zugrundeliegenden – sozialpolitischen Zielvorstellungen problematisch sind (Welti, Ambulante

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Unterstützung im Spiegel von Leistungsgesetzen, in: Wansing/Windisch (Hrsg.): Selbstbestimmte Lebensführung und Teilhabe, S. 80-88). Insbesondere die uneingeschränkte Nutzungsmöglichkeit des Persönlichen Budgets und des Arbeitgebermodells in der nachfolgend vorgeschlagenen Fassung wäre eine gute Möglichkeit, das soziale Leistungsrecht in der bestehenden rechtlichen Regelungssystematik und ohne weitreichende Konsequenzen zeitigende Novellierungserfordernisse personenzentrierter und wirtschaftlicher zu gestalten und so die normativen Bekenntnisse zur Selbstbestimmung (§ 1 SGB IX; § 2 SGB XI) mit Leben zu füllen. Es ist Grundbedingung für eine bedarfsgerechte Weiterentwicklung der unzureichenden Angebotsstrukturen im Gesundheitswesen, die viel zu sehr von der Dichotomie zwischen ambulanter und stationärer Versorgung und viel zu wenig durch Bedarfsgerechtigkeit geprägt ist.

II. Änderungsvorschlag

Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch in der Fassung des Gesetzes zur Stärkung von intensivpflegerischer Versorgung und medizinischer Rehabilitation in der gesetzlichen Krankenversicherung (Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz – GKV-IPREG):

Artikel 1

Änderungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

1. § 37c Absatz 1 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Ein besonders hoher Bedarf an medizinischer Behandlungspflege liegt vor, wenn lebensbedrohliche Situationen mit hoher Wahrscheinlichkeit kurzfristig und unvorhersehbar auftreten können, die eine sofortige medizinische oder pflegerische Intervention erfordern und dieser Bedarf nicht im Voraus bestimmt werden kann, oder ein vergleichbar intensiver Pflegeaufwand erforderlich ist.“

2. In § 37c wird der Absatz 4 wie folgt geändert:

„(4) Kann die Krankenkasse keine qualifizierte Pflegefachkraft für die außerklinische Intensivpflege in der eigenen Häuslichkeit stellen oder besteht Grund, davon abzusehen, sind dem Versicherten die Kosten für eine Kraft und deren Fortbildung in angemessener Höhe zu erstatten. Dabei haben Versicherte oder ihre gesetzlichen Vertreter für eine geeignete Leistungserbringung in der eigenen Häuslichkeit durch Anleitung und Fortbildung zu sorgen. Die Möglichkeit der Leistungserbringung im Rahmen eines persönlichen Budgets nach § 2 Absatz 2 Satz 2, § 11 Absatz 1 Nummer 5 des Fünften Buches in Verbindung mit § 29 des Neunten Buches bleibt davon unberührt. Das gilt insbesondere für das Recht der eigenen Auswahl der Assistenzkräfte im Arbeitgebermodell oder des Leistungserbringers in der eigenen Häuslichkeit.“

III. Begründung im Einzelnen

Zu 1.

In der gegenwärtigen Fassung des § 37c Absatz 1 Satz 2 SGB V wird eine Legaldefinition der außerklinischen Intensivpflege proklamiert, die sich im Wesentlichen auf die Notwendigkeit der ständigen Anwesenheit von geeigneten Fachpflegekräften stützt. Es erscheint dagegen in einer Zeit, in der diese Voraussetzung nicht immer erfüllt werden kann, wesentlich sinnvoller, die außerklinische Intensivpflege an dem Bedarf der Leistungsberechtigten an kurzfristiger und nicht vorhersehbarer medizinischer oder pflegerischer Intervention festzumachen, die die ständige Anwesenheit einer geeigneten Kraft voraussetzt. Anstatt die Anspruchsberechtigung an berufspolitischen und leistungsrechtlichen Voraussetzungen festzumachen, sollte der Unterstützungsbedarf der Versicherten für eine Legaldefinition im Vordergrund stehen. Dieser besteht vor allem darin, dass ohne Verzögerung die richtige und

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

geeignete Intervention erfolgen kann, um Lebensrisiken abzuwenden. Dass dies in der eigenen Häuslichkeit und bei einer selbstbestimmten und selbst angeleiteten Versorgung oft besser sicherzustellen ist, als in einem stationären Setting mit wechselnden Pflegekräften und Zuständigkeit für mehrere Patienten gleichzeitig, dürfte unstrittig sein. Dies gilt zumindest, sofern die eingesetzten Kräfte über die im konkreten Fall erforderlichen, medizinischen Kompetenzen verfügen. Anders als im stationären Setting mit verschiedenen Patienten ist jedoch zur Sicherstellung der Qualität im häuslichen Bereich gerade keine allumfassende medizinische Ausbildung erforderlich, sondern spezifische, fallbezogene Fachkenntnisse. Neben den wesentlich besseren Teilhabemöglichkeiten in der häuslichen Umgebung, ist gerade die Versorgungsqualität und Versorgungssicherheit in der Regel deutlich besser als in stationären Zusammenhängen. Art. 2 GG erfordert für das Recht auf Leben und persönliche Freiheit ein Wahlrecht für eine Lebensgestaltung, die anspruchsberechtigten Versicherten in der außerklinischen Intensivpflege auch subjektiv eine bestmögliche Versorgungssicherheit und Lebensqualität bietet.

Zu 2.

Bisher stellt der Absatz 4 einerseits auf die fehlende Möglichkeit des Leistungsträgers ab, die Versorgung mit geeigneten Pflegefachkräften sicherzustellen; andererseits soll er den Leistungsberechtigten weitgehende Gestaltungsfreiheit einräumen. Für die Leistungsberechtigten ist es dabei zunehmend schwerer die geforderte Bedingung der Einstellung voll ausgebildeter Pflegefachkräfte auf einem umkämpften Arbeitsmarkt zu realisieren. Im Arbeitgebermodell oder über geeignete zugelassene Fachdienste ist dies im Persönlichen Budget nach § 29 SGB IX kaum noch zu erreichen. Die Anwendung des Persönlichen Budgets einerseits als Umsetzung des Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderungen in Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 GG zu postulieren, andererseits dafür strukturelle Qualitätsanforderungen für eine Pflegefachkraft aufzustellen, lässt das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht faktisch leer laufen. Bei einem übermäßig angespannten Arbeitsmarkt für Pflegefachkräfte diese Anforderung auch für das Persönliche Budget nach § 29 SGB IX zur Voraussetzung zu machen, verhindert ein selbstbestimmtes Leben der Betroffenen. Zugleich verschärft es die ohnehin angespannte Fachkräftelage im stationären Bereich, wo aufgrund des unterschiedlichen Patienten Kollektiv eine umfassende Ausbildung tatsächlich unabdingbar ist. Bereits jetzt versuchen einige Krankenkassen in den Zielvereinbarungen die zuvor bei der Behandlungspflege nicht zwingend erforderliche ausschließliche Anstellung von Fachkräften für die Bewilligung zur Voraussetzung zu machen, sowohl für die Versorgung durch Pflegedienste als auch beim Arbeitgebermodell. Diese Praxis ist Folge der nicht an den Inhalten der Versorgung sondern ausschließlich an der Ausbildung der eingesetzten Kräfte orientierten Definition der Außerklinischen Intensivpflege.

Forum behinderter Juristinnen und Juristen

Da so die Verfassungsrechte der Leistungsberechtigten eklatant verletzt werden und die Betroffenen in eine ausweglose und vor allem lebensbedrohliche Situation gebracht werden, ist die Änderung erforderlich.

Die Neufassung knüpft an § 37 Abs. 4 SGB V an und modifiziert den Anspruch für die Versorgung in der eigenen Häuslichkeit. Statt formalen berufsqualifikatorischen Anforderungen wird von den Leistungsberechtigten oder deren gesetzlichen Vertretern gefordert, durch eigene Anleitung, eigene Fortbildung und Mitarbeiterfortbildung die Gefahren einer selbst organisierten Versorgung mit Kräften ohne entsprechenden Abschluss weitgehend einzuschränken.