Praxisrubrik

Roland Rosenow/Eva Kocher

24-Stunden-Live-in-Betreuung nach Sozialhilfe statt 24-Stunden-Assistenz als Eingliederungshilfe?

Anmerkung zu LSG Berlin-Brandenburg, B. v. 17.5.2022 – L 23 SO 6/22 B ER

Der 55-jährige A. benutzt aufgrund einer progredienten Muskelerkrankung (spinale Muskelatrophie) bereits seit 38 Jahren einen Rollstuhl. Er ist mittlerweile weitgehend gelähmt und benötigt für nahezu jede Bewegung Assistenz. Die Pflegeversicherung hat den Pflegegrad 5 festgestellt. Er lebt in einer Wohnung, die durch eine Verbindungstür mit der Wohnung seiner 78-jährigen Mutter, die ihn bis Ende des Jahres 2020 versorgt hat, verbunden ist. Wegen des fortschreitenden Alters der Mutter beantragte er im Jahr 2020 Leistungen der Eingliederungshilfe in Form der Assistenz (§§ 90 ff. SGB IX). In einem vergleichbaren Fall hat z.B. das LSG Sachsen hierfür einen Betrag von 16.500 € pro Monat zugesprochen;[1] damit können mehrere Personen täglich abwechselnd unterstützend zur Verfügung stehen. Das Schicksal des Antrags von A zeigt nun, wie diese bisherige Praxis der Gewährung solcher Assistenzen aktuell durch einen Markt der Pflege- und Betreuungsleistungen unter Druck gerät, der durch die Untätigkeit des Gesetzgebers bei gleichzeitig weitgehender gesellschaftlicher Akzeptanz von (meist unter Widerspruch gegen das Arbeitsrecht erbrachter) „24-h-Betreuung" völlig aus dem Ruder läuft.

Ausgangspunkt ist dabei das Recht der Eingliederungshilfe (§§ 90 ff SGB IX), das einen Anspruch auf bedarfsdeckende Leistungen zur Teilhabe für Menschen mit Behinderungen enthält. Zur (mit Abstand wichtigsten) Gruppe der Leistungen zur „sozialen Teilhabe" (§ 5 Nr. 5 SGB IX) gehört die Assistenz. Sie dient dazu, dass ein Mensch mit einer Behinderung gleichberechtigt mit anderen am sozialen Leben teilhaben kann (§ 113 Abs. 2 Nr. 2, § 78 SGB IX); sie dient also insbesondere der eigenständigen Gestaltung des Alltags, oft in der eigenen Wohnung. In Fällen von 24-Stunden-Assistenz beschäftigt die leistungsberechtigte Person die Assistenzkräfte oft selbst, hat diesen gegenüber also eine Arbeitgeberstellung inne.

In A.s Fall beschied der Landkreis, der Träger der Eingliederungshilfe und zugleich Sozialhilfeträger ist, dessen Antrag auf Assistenz zunächst abschlägig, da der Bedarf im Rahmen der Sozialhilfe gedeckt werden könne, und zwar durch Leistungen der „Hilfe zur Pflege" nach §§ 63 Abs. 1 b, 64b SGB XII. Da die Vermögensfreigrenzen bei der So-

1 Siehe z.B. LSG Sachsen, B. v. 11.11.2021 – L 8 SO 39/21 B ER.

DOI: 10.5771/0023-4834-2022-4-503

zialhilfe deutlich niedriger sind als bei der Eingliederungshilfe,[2] scheiterte dieser Anspruch zunächst daran, dass A. noch über Vermögen verfügte, das den sozialhilferechtlichen Schonbetrag von 5.000 Euro[3] überstieg. Als dieses Vermögen dann aufgebraucht war, wurden ihm zwar sozialhilferechtliche Leistungen der Hilfe zur Pflege bewilligt. Finanziert wurde so aber lediglich eine „24-Stunden-Betreuung" durch einen Pflegedienst, d.h. zwei Live-in-Betreuungskräfte, die sich in 14-tägigem Rhythmus abwechseln und während ihrer jeweils zweiwöchigen Einsatzzeiten praktisch rund um die Uhr in Bereitschaft sind.

A. verfolgte seinen Antrag auf Eingliederungshilfe in Form einer Assistenz nach § 78 SGB IX weiter, aber erfolglos: Sein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurde erstinstanzlich abgewiesen; die dagegen gerichtete Beschwerde wies das LSG Berlin-Brandenburg mit Beschluss vom 17.5.2022 zurück.[4] Während das SG in wenigen Worten den Anspruch auf rehabilitationsrechtliche Eingliederungshilfe verneinte, erkannte das LSG dem Grunde nach zwar an, dass Eingliederungshilfe nach SGB IX beansprucht werden konnte. Es war jedoch der Meinung, dass A.s Bedarf an sozialer Teilhabe durch die bestehende „24-Stunden-Betreuung" gedeckt sei und verneinte deshalb die Eilbedürftigkeit der Sache.

Diese Entscheidung ist nicht nur sozialrechtlich höchst problematisch und verkennt die Bedeutung des Grundrechts auf eine eigenständige Lebensführung. Sie droht darüber hinaus ein „Modell" der Betreuung oder Pflege, das sozialpolitisch und arbeitsrechtlich hoch problematisch ist, zu legitimieren.

Sozialhilfe und Eingliederungshilfe

Das Verhältnis von Eingliederungshilfe zur Teilhabe behinderter Menschen einerseits und Sozialhilfe andererseits ist rechtlich eigentlich klar geregelt. Nach § 9 SGB I ist Sozialhilfe im Verhältnis zu allen anderen Leistungen nach dem SGB grundsätzlich nachrangig. § 63b Abs. 1 SGB XII bestätigt dies für die sozialhilferechtlichen Leistungen der Hilfe zur Pflege. Und noch konkreter sieht § 103 Abs. 2 SGB IX vor, dass Personen, die vor Erreichen des Rentenalters Eingliederungshilfe erhalten, nicht auf die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege verwiesen sind. Haben sie einen pflegerischen Bedarf, der mit den dem sog. „Teilkaskoprinzip" unterliegenden Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung nicht gedeckt werden kann, ist dieser Bedarf im Rahmen der Eingliederungshilfe zu

2 Bei der Eingliederungshilfe beträgt das geschützte Barvermögen rund 60.000 € statt 5.000 €. Einkommen ist nur in sehr viel geringerem Umfang einzusetzen (Sozialhilfe: §§ 82, 85, 87 SGB XII, Einsatz von etwa 80 % des Nettoeinkommens oberhalb des Freibetrages, der zur zurzeit 898 € zzgl. Kosten der Unterkunft beträgt. Eingliederungshilfe: §§ 135–137 SGB IX, Beitrag zu den Aufwendungen i.H.v. von 24 % des Bruttoeinkommens oberhalb eines Freibetrages, der für Bezieher von Renten zurzeit 1.974 € monatlich beträgt). Dazu kommt die Heranziehung bestimmter Angehöriger im Sozialhilferecht, die das Recht der Eingliederungshilfe nicht kennt.

3 §§ 139, 140 SGB IX, § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII i.V.m. DVO zu § 90 SGB XII.

4 LSG Berlin-Brandenburg, B. v. 17.5.2022 – L 23 SO 6/22 B ER, auf https://sozialrecht-rosenow.de/files/alle/Entscheidungen/LSG_Potsdam_17.05.2022_L_23_SO_6-22_B_ER.pdf; erste Instanz: SG Neuruppin, B. v. 25.11.2021 – S 14 SO 81/21 ER (unveröffentlicht).

decken.[5] Wie das LSG richtig erkannt hat, hätte A. von Anfang an nicht auf die Einkommensgrenzen des Sozialhilferechts verwiesen werden dürfen.

Deckung des Bedarfs?

Umso deutlicher zeigt die äußerst knapp begründete Entscheidung des LSG ein grundsätzliches Problem auf. Der für die Finanzierung zuständige Sozialleistungsträger verständigt sich mit einem Leistungserbringer (=Dienstleister) auf eine sehr unspezifisch gefasste Leistung und ein Entgelt.[6] Die konkreten Leistungen werden dann auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Vertrages zwischen Dienstleister und leistungsberechtigter Person erbracht; doch dieser wird durch die öffentlich-rechtliche Leistungsvereinbarung, an der die leistungsberechtigte Person nicht mitgewirkt hat, weitgehend determiniert. Je vager die Leistung durch Sozialleistungsträger und Dienstleister bestimmt wird, desto unklarer und damit schwächer wird der vertragliche Anspruch der leistungsberechtigten Person gegen den Dienstleister.[7] So können die Dienstleister unternehmerische Risiken auf die Klient:innen abwälzen. Die Sozialleistungsträger wiederum können die Vergütung niedrig halten, da der Leistungsumfang vage bleibt. Die beiden starken Player im Dreiecksverhältnis teilen sich den Vorteil, der schwache Player – die leistungsberechtigte Person – hat das Nachsehen.

Insofern ist der hier beschriebene Fall ganz typisch: Der Dienstleister (ein Pflegedienst) gibt gegenüber dem Leistungsträger (Landkreis) an, den Bedarf vollständig zu decken. Das LSG stützte seine Entscheidung auf eine Telefonnotiz in der Akte, derzufolge der Pflegedienst gegenüber dem Landkreis telefonisch mitgeteilt habe, „bei dem vereinbarten Tagessatz handele es sich um einen sogenannten All-inclusive-Preis, der alle Leistungen und Aktivitäten, auch außer Haus, erfasse. Tagesausflüge, Begleitung ins Kino, Konzert, usw. seien kein Problem und würden jederzeit ohne Aufpreis begleitet". Tatsächlich aber wurde eine Leistung erbracht, die weit davon entfernt ist, den Bedarf zu decken. Nach Angaben des Pflegedienstes beinhaltet „der täglich zur Verfügung stehende Stundenumfang der [...] Pflegekraft in der Regel eine aktive Zeit von sechs Stunden, eine Bereitschaftszeit von zwei Stunden und eine Rufbereitschaft von 16 Stunden. Die aktive Zeit beinhaltet Leistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlicher Tätigkeiten." In der Akte befand sich auch eine (vom LSG nicht berücksichtigte) Mitteilung gegenüber A. (dem Leistungsberechtigten), wonach die vereinbarten Leistungen durch die erforderliche Pflege „ausgeschöpft" seien; „Freizeitaktivitäten sind bei diesem zeitlichen Umfang

5 Zum Verhältnis der Eingliederungshilfe zu Leistungen der Pflegeversicherung und der Sozialhilfe s. Rosenow, in Fuchs/Ritz/Rosenow (FRR), SGB IX, § 91 Rn. 58 ff. (Sozialhilfe), § 91 Rn. 102 ff. (Leistungen der Pflegeversicherung) und § 103 Rn. 93 ff. (Hilfe zur Pflege). Nach dieser Auffassung ist die Eingliederungshilfe im Verhältnis zur Sozialhilfe wg. § 9 SGB I grundsätzlich vorrangig. Können Bedarfe mit Leistungen der Eingliederungshilfe oder der Hilfe zur Pflege gedeckt werden, besteht ein Wahlrecht; im Ergebnis bestätigend B. v. LSG Celle – 3.5.2021, L 8 SO 47/21 B ER; s. *Rosenow*, Anmerkung zum Beschluss des LSG Niedersachsen-Bremen vom 03.05.2021, L 8 SO 47/21 B ER; Beitrag A40–2021 unter www.reha-recht.de.

6 Zur sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe (bis Ende 2019) s. BSG, U. 25.9.2014 – B 8 SO 8/13 R; U. v. 6.12.2018 – B 8 SO 9/18 R; U. v. 6.12.2018 – B 8 SO 11/18 R.

7 Vgl. *Rosenow*, Anstalten im rechtsfreien Raum. Die Träger der Eingliederungshilfe machen sich ihre Regeln selbst, in: Derin u.a. (Hrsg.), Grundrechtereport 2021. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland, Frankfurt/M 2021, 121–125.

nicht berücksichtigt." Da erscheint die zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer vereinbarte Vergütung (380 € pro Kalendertag, also monatlich 11.588,33 €[8]) am Ende doch recht großzügig[9] – ohne dass der Bedarf von A. an gesellschaftlicher Teilhabe annähernd gedeckt würde. Eine reguläre 24-Stunden-Assistenz wäre dagegen teurer.[10]

Immerhin folgte das LSG im einstweiligen Rechtsschutz nicht der Annahme des Landkreises, A. sei allein aufgrund „seiner Einschränkungen" daran gehindert, aktiv am Leben teilzunehmen; dies könne „nicht mit Mitteln der Eingliederungshilfe beeinflusst werden". Wenn man sich staatlicherseits nicht einmal mehr vorstellen kann, dass auch behinderte Menschen zu sozialer Interaktion in der Lage sein können, ist dies ein besonders eklatanter Verstoß gegen geltendes Recht (§ 2 SGB IX i.V.m Art. 1 Abs. 2 UN-BRK, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG).

Sozialpolitische Problematik der „24-h-Live-In-Betreuung"

Dem LSG ist aber nicht nur vorzuwerfen, dass es aus der Akte willkürlich gerade die Telefonnotiz herauspickte, die ein 24-h-Angebot bestätigte, ohne zu berücksichtigen, dass diese Aussage u.a. der vertraglichen Vereinbarung entgegenstand. Es hätte auch erkennen müssen, dass seine eigene Annahme (Bedarf gedeckt) nur zutreffen konnte, wenn man eine schwerwiegende Verletzung grundlegender Rechte der Live-In-Beschäftigten in Kauf nimmt.

Denn das vom LSG für die Eingliederungshilfe akzeptierte Modell der „24-h-Betreuung" durch Live-In-Kräfte ist als solches sozialpolitisch höchst problematisch.[11] Der Landkreis hatte A. auf einen bundesweit tätigen und nach dem SGB XI (Pflegeversicherung) zugelassenen Pflegedienst aus Süddeutschland verwiesen, der sein Angebot einer „24-Stunden-Assistenz" für Menschen mit Behinderungen im Internet bewirbt. Unter Vermittlung des Landkreises kam zwischen diesem Unternehmen und A. ein „Pflege- und Betreuungsvertrag" zustande. Und hier kommt nun eine vierte Partei ins Spiel, die ebenfalls zwischen Leistungsträger und Dienstleister (ihrem Arbeitgeber) unter die Räder zu drohen gerät: die vom Pflegedienst beschäftigten Live-in-Kräfte.

Bezeichnend ist auch hier die Inkongruenz zwischen Vertragswortlaut und Praxis. So bestimmte der schriftliche Vertrag zwar, dass „während der Rufbereitschaft [...] für die Pflegekraft keinerlei Verpflichtung, sich im Haus des Pflegebedürftigen aufzuhalten" bestehe. Tatsächlich aber war (und ist) die jeweils im Einsatz befindliche Pflegekraft mit Ausnahme der Zeiten, innerhalb derer sie Einkäufe erledigt oder gelegentlicher

8 Die Leistungen der Pflegeversicherung nach § 36 Abs. 3 Nr. 4 SGB XI betragen 2.095 € monatlich. Dazu kommen weitere Leistungen wie Verhinderungspflege, die der Pflegedienst gegen die Pflegeversicherung abrechnet. Die Kosten, die beim Sozialhilfeträger verbleiben, belaufen sich deshalb nur auf rund 9.000 € im Monat.

9 Ausgehend von dem schriftlichen Vertrag: sechs Stunden Betreuung durch ungelernte Kräfte und zwei Stunden Bereitschaft = acht Stunden, die mit einem Fachleistungsstundensatz von 25 € angemessen vergütet wären; für Zeiten der Rufbereitschaft wären 2€/Std. großzügig bemessen. Das ergäbe 232 €/Tag; der Landkreis akzeptiert 380 €/Tag.

10 S. Fn. 1; 16.500 €/Monat entsprechen 542,47 €/Tag.

11 *Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/von Deetzen*, Gute Arbeit für Live-In-Care. Gestaltungsoptionen für Praxis und Politik, NBI-Positionen, 2021/2; *Kocher*, Der rechtliche Rahmen der 24-Stunden-Pflege in Deutschland, in: Rudolph/Schmidt (Hrsg.), Interessenvertretung und Care. Voraussetzungen, Akteure und Handlungsebenen, 2019, 195.

Abwesenheiten von bis zu zwei Stunden stets anwesend. Dies ist in der Sache auch erforderlich. Da A. u.a. Hilfe benötigt, um zur Toilette zu gehen, kann er jederzeit Unterstützung benötigen. Die Live-In-Kräfte geraten allein damit, dass sie im Haushalt von A. wohnen (eine Unterbringung, für die der Landkreis übrigens keinerlei Kosten übernimmt) in eine prekäre Abhängigkeit.

Da auch die Bereitschaftszeiten in diesen Fällen als Arbeitszeiten zu werten sind,[12] dürfte die Einhaltung der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes kaum gewährleistet sein.[13] Ausgehend von der tatsächlichen Arbeitszeit erscheint es zudem als unwahrscheinlich, dass die Entlohnung der Pflegekräfte den Mindestlohn erreicht.[14] Wird der Mindestlohn deutlich unterschritten, könnte wiederum der Tatbestand der ausbeuterischen Beschäftigung i.S.d. § 1 Abs. 3 Nr. 5 SchwarzArbG erfüllt sein.

Das Arrangement hat zuletzt auch zur Folge, dass der Pflegedienst, der Arbeitgeber der Live-In-Beschäftigten, sein Weisungsrecht diesen gegenüber kaum selbst ausüben wird. Dies ist überwiegend, wahrscheinlich sogar umfassend Sache des Leistungsberechtigten. Damit kann A. hier also auch wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung in die Arbeitgeberhaftung geraten.[15]

Wie weiter?

A. hat Verfassungsbeschwerde eingelegt, die das BVerfG nicht zur Entscheidung angenOmmen hat. [16]

Die Entscheidung macht aber auch deutlich, wie dringend Qualitätsstandards für die sog. 24-h-Betreuung (Live-in Care) entwickelt und durchgesetzt werden müssen, die auch die Interessen der Arbeitnehmer:innen berücksichtigen[17] – bevor sich diese Beschäftigungsform noch weiter bis in den Bereich der Eingliederungshilfe ausbreitet.

12 BAG, U. v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20 (m. Anm. von *Tschenker*, 24 Stunden Arbeit – 24 Stunden Lohn, NZA-RR 2021, 641).

13 *Kocher*, Die Ungleichbehandlung von Hausangestellten in der 24-Stunden-Pflege gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – eine Frage des Verfassungsrechts, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.), (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, 2014, 85 ff, auch zu § 18 Abs. 1 Satz 3 ArbZG; *Habel/Tschenker*, Reduktion der Arbeitszeit in der Live-In-Pflege. Eine interdisziplinäre Untersuchung von Maßnahmen der Vermittlungsagenturen, Study der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2022; vgl. auch LSG Sachsen, B. v. 11.11.2021 – L 8 SO 39/21 B ER (für 24h-Assistenz).

14 Vgl. BAG, U. v. 24.6.2021 – 5 AZR 505/20.

15 Zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von der Dienstleistung s. *Willemsen/Mehrens*, Arbeitnehmerüberlassung versus Dienstleistung. Plädoyer für eine wertschöpfungsorientierte Abgrenzungsmethodik, NZA 2019, 1473–1481 m.w.N.

16 Nichtannahmebeschluss ohne Begründung vom 30.08.2022, 1 BvR 1191/22.

17 *Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/von Deetzen* (Fn. 11).