



# Die Berliner „Persönliche Assistenz“ und die UN-BRK – unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen des SGB IX und der AV Eingliederungshilfe vom 05.02.2020

---

Gutachten von Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Tolmein erstattet für die  
Landesbeauftragte für Menschen mit Behinderungen Christine Braunert-  
Rümenapf

Kontakt:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Tolmein

Menschen und Rechte, Assoziation freier Rechtsanwält\*innen

Am Pflug 13

22765 Hamburg

E-Mail: [rechtsanwalt@tolmein.de](mailto:rechtsanwalt@tolmein.de)

[www.menschenundrechte.de](http://www.menschenundrechte.de)

## Inhalt

<b>I. GUTACHTENFRAGE</b>	<b>3</b>
<b>II. AUSGANGSSITUATION</b>	<b>3</b>
<b>A. Assistenzformen in Berlin im Überblick</b>	<b>3</b>
<b>B. Persönliche Assistenz</b>	<b>4</b>
1. Gesetzliche Verankerung der „Persönlichen Assistenz“	5
2. Leistungsform	6
3. Voraussetzungen für Leistungsberechtigte	8
4. Leistungsinhalt	9
5. Leistungserbringung	10
6. „Persönliche Assistenz“ im Arbeitgebermodell	11
<b>C. Zwischenfazit</b>	<b>12</b>
<b>III. UN-BRK, SGB IX UND PERSÖNLICHE ASSISTENZ</b>	<b>14</b>
<b>A. Anforderungen der UN-BRK</b>	<b>14</b>
<b>B. Zulässigkeit des Ausschlusses von Menschen wegen ihrer speziellen Behinderung von einer Leistungsform</b>	<b>15</b>
1. Allgemeine Leistungsberechtigung für Maßnahmen der Eingliederungshilfe	15
2. Bedeutung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 8 SGB IX für die Wahl einer Leistungsform	16
3. AG-SGB IX und AV EH als entgegenstehende Rechtsnormen	16
4. Weitere möglich Ausschlussgründe	17
a. Einzelfallhilfe durch freiberufliche Einzelfallhelfer	18
b. Allgemeine Assistenz nach § 16 BRV	18
c. Ungeeignetheit der Persönlichen Assistenz	19
5. Weiteres Zwischenfazit	21
<b>IV. UMSETZUNGSMÖGLICHKEITEN UND AUSBLICK</b>	<b>22</b>

## **I. Gutachtenfrage**

Sind die aktuellen Leistungsvoraussetzungen für das besondere Leistungsangebot der „Persönlichen Assistenz“, wie sie die Gemeinsamen Ausführungsvorschriften Eingliederungshilfe vom 5.2.2020 (AV EH) vorsehen, mit den Inklusions- und Anti-Diskriminierungsvorschriften der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) sowie dem Teilhabekonzept des SGB IX vereinbar oder verstoßen sie dagegen, insbesondere, weil sie Menschen mit kognitiven und psychischen Beeinträchtigungen benachteiligen?

## **II. Ausgangssituation**

### **A. Assistenzformen in Berlin im Überblick**

Das Land Berlin hat Assistenzleistungen und deren inhaltliche Ausgestaltung im Berliner Rahmenvertrag vom 5.6.2019 gemäß § 131 Abs. 1 SGB IX für Leistungen der Eingliederungshilfe (im Folgenden: BRV) geregelt: dessen § 16 normiert nicht näher spezifizierte allgemeine Assistenzleistungen gem. 113 Absatz 2 Nummer 2 in Verbindung mit § 78 SGB IX.<sup>2</sup>

§ 17 BRV bestimmt die Ausgestaltung und Umsetzung einer besonderen Form der Assistenz gemäß § 78 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 SGB IX in Kombination mit Pflegeleistungen nach SGB XI und SGB XII, die unter der Bezeichnung „Persönliche Assistenz“ angeboten wird.

Die Leistungsinhalte dieser beiden Assistenz-Leistungen werden in den Anlagen 4 (zu § 16) und 5 (zu § 17) präziser bestimmt.<sup>3</sup>

Gegenwärtig existiert die „Persönliche Assistenz“ in einer weiteren Ausprägung, die aus dem Arbeitgebermodell im Rahmen der Hilfe zur Pflege entwickelt wurde: die

---

<sup>2</sup> Der BRV stützt sich auf § 131 Abs 1 SGB IX, hat also eine gesetzliche Grundlage. Er kann also rechtswirksam die in § 131 Abs 1 Nr. 1-7 abschließend festgelegten Inhalte zwischen den Vertragsparteien bestimmen (insbesondere Vergütungsregelungen treffen, die z.B. für die Erbringung bestimmter Inhalte und für verschiedene Gruppen von Leistungsberechtigten gelten sollen. Gleichwohl ist er ein Vertrag zwischen Leistungsträger und Leistungserbringern und kann als solcher nur die Rechtsverhältnisse zwischen den Vertragsparteien bestimmen, nicht aber die gesetzlich festgelegten Leistungsansprüche der Leistungsberechtigten einschränken oder abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regeln.

<sup>3</sup> Das dürfte, soweit es z.B. die Deckung der Bedarfe von Menschen mit Körperbehinderungen betrifft nach § 131 Abs 1 Nr. 2 SGB IX grundsätzlich rechtmäßig sein, soweit es für die Gruppen von Menschen mit kognitiven oder seelischen Behinderungen einen Ausschluss von Leistungen in Form der Persönlichen Assistenz vorsieht ohne ein entsprechendes Alternativmodell vorzusehen, von der Rechtsgrundlage nicht abgedeckt sein.

"Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell"<sup>4</sup>. Dieses Modell ist einleuchtenderweise nicht durch einen Rahmenvertrag konkretisiert, es gibt (derzeit) auch keine speziellen landesgesetzlichen Regelungen. Verwiesen wird im Rundschreiben Pflege daher lediglich darauf, dass der entsprechende Assistenzbedarf als Leistung nach §§ 113 Absatz 2 Nr. 2, Absatz 3 i.V.m. 78 Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX i.V.m. § 64f Absatz 3 SGB XII oder nach Antragstellung in Form eines Persönlichen Budget nach § 29 SGB IX in Verbindung mit §§ 113 Absatz 2 Nr. 2 Absatz 3, 78 Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX und § 63 Absatz 3 SGB XII gewährt wird (zur Problematik dieser besonderen Ausprägung der „Persönlichen Assistenz unten unter B. Nr. 6.).

Neben diesen Assistenzangeboten, die durch Assistenzdienste oder im Arbeitgebermodell erbracht werden, existiert noch das im Rundschreiben Soz Nr. 12/2020 vom 1.8.2020 mit Änderungen vom 14.4.2022 erläuterte System der „Leistungen der Einzelfallhilfe durch freiberufliche Einzelfallhelfer“, das eine Variante des Arbeitgebermodells für die Hilfe zur Pflege aus dem SGB XII darstellt<sup>5</sup>.

Zudem sind in Berlin aufgrund der bundesgesetzlichen Regelung der §§ 29, 105 Abs 4 SGB IX alle Teilhabeleistungen bzw. Leistungen der Eingliederungshilfe bei entsprechendem Antrag auch in Form eines Persönlichen Budgets auszuführen.

## **B. Persönliche Assistenz**

„Persönliche Assistenz“ stellt in Berlin ein besonderes Leistungsangebot der Eingliederungshilfe dar, das sich nicht in erster Linie durch seinen Inhalt von anderen Leistungen abgrenzen lässt, sondern durch die Form in der es erbracht wird.

Diese Leistungsform ist nicht im Zuge des BTHG neu geschaffen worden, sondern hat eine Geschichte, die älter ist als das 2001 in Kraft getretene SGB IX und erst recht als

---

<sup>4</sup> Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Rundschreiben Pflege Nr. 01/2019 über Leistungen der ambulanten HzP nach den §§ 61 SGB XII in der Fassung vom 30.10.2019 mit Änderungen vom 31.10.2019 (online: Rundschreiben Pflege Nr. 01/2019 über Leistungen der ambulanten HzP nach den §§ 61 SGB XII – Berlin.de ) unter Abschnitt 9.1..Der Rechtscharakter der Rundschreiben wird im „Vorschriften ABC“ der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales (online: Vorschriften ABC - Berlin.de) folgendermaßen qualifiziert: „Rundschreiben sind Schreiben an bestimmte Behörden, in denen lediglich Empfehlungen ausgesprochen, Mitteilungen gemacht oder Auskünfte erbeten werden. Rundschreiben sind für die angesprochenen Behörden nicht verbindlich.“ Sie stellen damit keine Rechtsnormen dar, sie sind nicht einmal – wie Verwaltungsvorschriften – Rechtsvorschriften, denn sie haben ausdrücklich keinen Regelungscharakter.

<sup>5</sup> Vgl. die Legaldefinition in § 63b Abs 4 Satz 1 SGB XII; zur aktuellen Situation und der Erbringungsmöglichkeit der Hilfe zur Pflege siehe das (rechtlich nicht verbindliche, s.o.) Rundschreiben Pflege Nr. 01/2019 über Leistungen der ambulanten HzP nach den §§ 61 SGB XII, insbesondere Abschnitt 1.4. § 63b SGB XII – Leistungskonkurrenz, zur Rechts-Geschichte des Arbeitgebermodells: Degener, Das ambulante Pflegerechtsverhältnis als Modell eines Sozialrechtsverhältnisses, Teil 1 Kapitel 2, Teil 3 Kapitel 3.4., Kapitel 5, Frankfurt a.M. 1994.

die 2006 von den Vereinten Nationen beschlossene UN-Behindertenrechtskonvention<sup>6</sup>. Sie reicht bis 1996 zurück, als das damals noch als Leistungskomplex 32 benannte Angebot als Alternative zum Arbeitgebermodell in der Hilfe zur Pflege nach § 69b BSHG (heute § 63b Abs 4 Satz 1 SGB XII) konzipiert worden war<sup>7</sup>.

### **1. Gesetzliche Verankerung der „Persönlichen Assistenz“**

Landesgesetzlich verankert ist das Berliner Modell der „Persönlichen Assistenz“ als Sachleistung durch einen entsprechenden Assistenz-Dienst heute in § 3 Nr. 2 AG-SGB IX. Diese Vorschrift bestimmt Persönliche Assistenz als „Leistungsform“ – ohne das allerdings auszuführen oder zu konkretisieren. Sie definiert folgerichtig auch nicht, was „Persönliche Assistenz“ inhaltlich umfasst oder ist. Sie bestimmt auch nicht, in welcher Weise sie erbracht wird; sie setzt diese besondere Leistungsform voraus und regelt davon ausgehend eine besondere Zuständigkeit, die an die Stelle der bezirklichen Ämter für Soziales in den jeweiligen Teilhabefachdiensten tritt<sup>8</sup>.

„Dem Landesamt für Gesundheit und Soziales werden (...) folgende Aufgaben des Trägers der Eingliederungshilfe nach § 1 zugewiesen:

1. (...)
2. Leistungen in Form der Persönlichen Assistenz für Menschen mit schwerer Körperbehinderung mit besonderem Pflegebedarf und besonderem Unterstützungsbedarf“

Diese Zuständigkeitszuweisung verknüpft das Konzept der Persönlichen Assistenz mit der Bestimmung einer Zielgruppe, die (nur) aus Menschen mit schwerer Körperbehinderung mit besonderem Pflegebedarf und besonderem Unterstützungsbedarf besteht.

---

<sup>6</sup> United Nations A/Res/61/106 Resolution adopted by the General Assembly on 13 December 2006. Das Übereinkommen trat am 3. Mai 2008 völkerrechtlich in Kraft. Die UN-BRK wurde von Deutschland am 24.2.2009 ratifiziert und trat am 26.3.2009 in Kraft BGBl 2008 II, 1419.

<sup>7</sup> Grundlage war die Vereinbarung über die Vergütung der ambulanten Pflegeleistungen und der hauswirtschaftlichen Versorgung gemäß § 89 SGB XI vom 5. November 1996. Dazu: Rundschreiben I Nr. 04/2005 über Ambulante Versorgung Hilfe- und Pflegebedürftiger vom 10.2.2005 (online: [https://www.berlin.de/sen/soziales/service/berliner-sozialrecht/archiv/rundschreiben/2005\\_04pflege-862105.php](https://www.berlin.de/sen/soziales/service/berliner-sozialrecht/archiv/rundschreiben/2005_04pflege-862105.php)), zur Entwicklung: Rundschreiben I Nr. 06/2010 über Hilfe zur Pflege im Arbeitgebermodell nach dem SGB XII: Kalkulation der Kosten

<sup>8</sup> Zuständigkeit der bezirklichen Ämter für Soziales für die Durchführung der Aufgaben des Trägers der EGL (das ist ausweislich § 1 des AG-SGB IX das Land Berlin) – soweit nichts anderes bestimmt ist - ergibt sich aus § 2 Abs 1 Satz 1 AG-SGB IX. die rechtspraktische Umsetzung (vor allem mit Blick auf die Kostenseite) wird beschrieben in Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 19 / 11 864 (insb S. 3), sowie geregelt in Gemeinsame Ausführungsvorschriften Eingliederungshilfe (AV EH) vom 5.5.2020 (Abl. S. 972, Nr 31. )Zu den Gründen der besonderen Aufgabenzuweisung und der Vorgeschichte der PAS: Abgeordnetenhaus Berlin Drs.18/2027 vom 10.07.2019, S. 23ff.

Ob die zu diesen Zielgruppen gehörenden Personen neben ihrer schweren Körperbehinderung auch andere Beeinträchtigungen haben können, insbesondere kognitive oder psychische Beeinträchtigungen aber auch Sinnesbeeinträchtigungen, ergibt sich aus der gesetzlichen Formulierung nicht. Das ist auch kein Zufall, denn normiert werden soll durch das Ausführungsgesetz nur die Zuständigkeit für eine bereits existierende, von niemandem in Frage gestellte Form der Leistungserbringung. Das ergibt sich insbesondere aus der Gesetzesbegründung, die auf die Vorgängerregelung, den LK 32 und den Rahmenvertrag BRV verweist.<sup>9</sup> Es ist auch rechtssystematisch passend, da das Ausführungsgesetz auch in seinen anderen Vorschriften Zuständigkeiten, Vorgehensweisen und Verfahren regelt, sowie institutionelle Beteiligungen beispielsweise an den Teilhabebeiräten und für die Rahmenvertragsverhandlungen oder auch ein Prüfrecht für Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfungen, nicht aber eine inhaltliche Ausgestaltung von Leistungen oder Zugangsmöglichkeiten zu entsprechenden Angeboten.

Das LAGeSo selbst stellt die „Persönliche Assistenz“ in den Zusammenhang der unabhängigen Behindertenbewegung:

„Als Teil der Independent-Living-Bewegung ist die Leistungsform der Persönlichen Assistenz in den 1970er-Jahren entstanden. Zielsetzung war und ist es, Menschen (wieder) in die Lage zu versetzen, das eigene Leben außerhalb von Einrichtungen oder Familie weitestgehend selbstbestimmt zu gestalten.“<sup>10</sup>

## **2. Leistungsform**

Die Leistungsformen, in denen Leistungen der Teilhabe erbracht werden, sind in § 105 SGB IX geregelt. Die Vorschrift lehnt sich an § 10 Abs 1 SGB XII an und soll diese „inhaltsgleich“ übernehmen (BTDRs. 18/9522, 280; vgl. auch Fuchs/Ritz/Rosenow/Rosenow, 7. Aufl. 2021, SGB IX § 105 Rn. 1, 2). § 105 Abs 1 sieht vor, dass Leistungen der Eingliederungshilfe als Sach-, Geld- oder Dienstleistungen erbracht werden. Abs 3 normiert, dass Leistungen der sozialen Teilhabe auch in Form der „pauschalen Geldleistung“ erbracht werden können; § 105 Abs 4 SGB IX sieht ergänzend vor, dass Teilhabeleistungen in Form eines Persönlichen Budgets nach § 29 SGB IX erbracht werden, wenn seitens des oder der Leistungsberechtigten ein entsprechender Antrag gestellt worden ist.

Die in § 105 Abs 1 SGB IX geregelten Leistungsformen stehen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander.

---

<sup>9</sup> AbgH Bln Drs. 18/2027 vom 10.07.2019, S. 28. Die Drucksache begründet in diesem Zusammenhang auch die Sonderzuständigkeit des LAGeSo damit, dass „sich insbesondere die Berliner Interessenvertretungen für Menschen mit Behinderungen dafür eingesetzt (haben), für den Personenkreis, der heute Leistungen im sog. Arbeitgebermodell oder im Rahmen des bisherigen Leistungskomplex 32 erhalten, eine unitarische Lösung umzusetzen.“

<sup>10</sup> LAGeSo, Persönliche Assistenz, online: <https://www.berlin.de/lageso/soziales/persoенliche-assistenz/>

Aus § 105 Abs 3 SGB IX, der die Erbringung von Leistungen zur Sozialen Teilhabe in Form „pauschaler Geldleistungen“ (vgl. auch § 116 Abs 1 SGB IX) regelt, ergibt sich, dass der Gesetzgeber Regelungsbedarf für weitere Erbringungsformen von Leistungen gesehen hat, auch wenn sich diese grundsätzlich unter eine der bereits vorgesehenen Leistungsformen (Geld-, Sach- und Dienstleistungen) subsumieren lassen. Das ergibt sich auch aus der zum Persönlichen Budget getroffenen Regelung in § 105 Abs 4 SGB IX, denn auch das Persönliche Budget wird grundsätzlich als Geldleistung gewährt.

Sowohl die pauschale Geldleistung, als auch das Persönliche Budget weichen aber vom typischen Bild der Geldleistung ab.<sup>11</sup> Dass andererseits das Pooling (§ 116 Abs 2 SGB IX), das auch eine Leistungsform darstellt, in § 105 SGB IX nicht gesondert erwähnt wird, zeigt, dass der Gesetzgeber hier nicht zwingend alle Abweichungen von den grundlegenden Leistungsformen regeln wollte – zumindest nicht solange sie, wie die gemeinsame Inanspruchnahme oder die Möglichkeit der Ausführung des Persönlichen Budgets durch Einsatz von Gutscheinen, überhaupt gesetzlich geregelt sind (vgl. § 29 Abs 1 Satz 5, § 116 Abs 2 SGB IX).

Dass der Gesetzgeber für den Teil 2 der Eingliederungshilfe im Bereich der Formen der Leistungserbringung auch weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten der Träger der Eingliederungshilfe wollte, ergibt sich aus den sowohl für die pauschale Geldleistung als auch aus den für das Pooling vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten der Leistungsträger (§ 116 Abs 1 S. 2 SGB IX<sup>12</sup>, § 116 Abs 2 Satz 1 SGB IX<sup>13</sup>).

Bemerkenswert ist hinsichtlich des Poolings allerdings noch etwas anderes: § 116 Abs 3 SGB IX verlangt, dass das Pooling, also die gemeinsam für mehrere Leistungsberechtigte erbrachte Leistung, auf Wunsch der Leistungsberechtigten zu erfolgen hat – selbstverständlich vorausgesetzt, die Teilhabeziele können (auch) so erbracht werden. Diese Regelung unterstreicht die auch an anderen Stellen im SGB IX deutlich gemachte besondere Bedeutung der Wünsche von Leistungsberechtigten: Während ihre Wünsche nach gemeinsamer Erbringung der Leistungen verbindlich für die Leistungsträger sind, stehen entsprechende Vorstellungen der Leistungsträger, die in deren Ermessen gestellt werden, unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit für die Leistungsberechtigten. Die Regelung führt damit den Rechtsgedanken der Verbindlichkeit des Wunsches von Leistungsberechtigten nach Erbringung einer

---

<sup>11</sup> Die pauschale Geldleistung ist eine auf Typisierungen aufbauende Leistung. Das Persönliche Budget ermöglicht die Inanspruchnahme aller Teilhabeleistungen als Geldleistung – und geht insoweit über das reine Wunsch- und Wahlrecht der §§ 8, 104 Abs 2 SGB IX hinaus.

<sup>12</sup> „Die zuständigen Träger der Eingliederungshilfe regeln das Nähere zur Höhe und Ausgestaltung der pauschalen Geldleistungen sowie zur Leistungserbringung.“

<sup>13</sup> Das hier formulierte Erfordernis des Vorhandenseins der „entsprechender Vereinbarungen“ setzt voraus, dass diese Vereinbarungen von den Trägern der Eingliederungshilfe mit den Leistungserbringern geschlossen werden (Grundsatz aus § 123 Abs 1 Satz 1 SGB IX).

Leistung in Form des Persönlichen Budgets weiter – und lässt sich als Konkretisierung des Grundprinzips der Teilhabeleistungen des Eingliederungshilferechts verstehen: Die Leistungen zielen zuallererst auf Ermöglichung einer individuellen Lebensführung der Leistungsberechtigten und deren möglichst umfassend zu realisierendes Recht auf Selbstbestimmung und eigenverantwortliches Handeln. In dieser Perspektive sind auch die Bestimmungen und Vereinbarungen zur speziellen Berliner Leistungsform der „Persönlichen Assistenz“ zu sehen.

### **3. Voraussetzungen für Leistungsberechtigte**

Die „Persönliche Assistenz“ dient der eigenständigen Gestaltung des Alltags in der eigenen Wohnung beziehungsweise in einer selbstgewählten Umgebung außerhalb von Einrichtungen und Räumlichkeiten im Sinne der §§ 43a, 71 Abs. 4 SGB XI.

Kumulative Anforderungen an die Leistungsberechtigten, die ihren Assistenzanspruch in Form der Persönlichen Assistenz wahrnehmen wollen, sind in den Gemeinsamen Ausführungsvorschriften Eingliederungshilfe (AV EH) vom 5.2.2020 (ABl. S. 972) in Nr. 31 Abs 3 lit a bis f festgehalten<sup>14</sup>:

Bei den Leistungsberechtigten muss eine Pflegebedürftigkeit im Sinne des SGB XI, sowie eine schwere Körperbehinderung<sup>15</sup> festgestellt sein (lit a).

Der Bedarf an Leistungen der Pflege und Eingliederungshilfe hat sehr hoch zu sein (in der Regel mindestens 5 Stunden täglich) und zudem vielschichtig, so dass eine Ausdifferenzierung in einzelne Leistungskomplexe nicht möglich ist (lit b).

Es wird ein kontinuierlicher Pflege- und Betreuungsbedarf verlangt, der die Anwesenheit einer Pflegekraft (keine Fachkraft) erforderlich macht (lit c).

Die leistungsberechtigte Person muss kognitiv in der Lage sein, die bei ihr eingesetzten Assistenzkräfte selbst anzuleiten; es ist daher geregelt, dass bei „wesentlichen geistigen oder seelischen Behinderungen und Einschränkungen“ diese Leistungsform ausgeschlossen ist.<sup>16</sup>; ergänzt wird

---

<sup>14</sup> Die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsvorschriften ergibt sich aus § 8 AG-SGB IX.

<sup>15</sup> Der Begriff der „schweren Körperbehinderung“ ist nicht gesetzlich definiert. Das SGB IX kennt nur den Begriff der „schweren Behinderung“; § 99 Abs 4 verweist zur Feststellung der Leistungsberechtigung auf die §§ 1 bis 3 der Eingliederungshilfe-Verordnung in der am 31. Dezember 2019 geltenden Fassung. § 1 EinglHv normiert aber auch nicht die „schwere Körperbehinderung“, sondern klärt wer als „körperlich wesentlich behinderter Mensch“ gelten soll.

<sup>16</sup> Persönliche Assistenz ist eine von Menschen mit Behinderungen bewusst gewählte Unterstützungsform. Ihre Wahl setzt kumulativ voraus (...), dass die leistungsberechtigte Person kognitiv in der Lage ist, die Pflegekräfte selbst anzuleiten – bei wesentlichen geistigen oder seelischen Behinderungen und Einschränkungen ist diese Leistungsform ausgeschlossen; gegebenenfalls können



allerdings, dass „gegebenenfalls“ Angehörige oder eingesetzte Betreuer/Bevollmächtigte den bestehenden Willen des Assistenznehmers zum Ausdruck bringen können (lit d).

Die Leistungsform muss zudem von der berechtigten Person selbst gewählt werden und der eigenständigen Gestaltung der Versorgung und des Lebensalltags dienen. Diese Anforderung liegt vor, wenn die leistungsberechtigte Person bestimmen möchte, wann welche Leistungen wie und wo erbracht werden (lit e).

Weiterhin wird verlangt, dass die leistungsberechtigte Person volljährig ist und keine Hilfen für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII bezieht (lit f).

Auch in der Anlage 5 des BRV wird unterstrichen, dass die Bewilligung der Leistungsform Persönliche Assistenz voraussetze,

„dass der Leistungsberechtigte die für eine solche eigenständige Gestaltung der Hilfeorganisation erforderlichen Entscheidungen selbstbestimmt treffen kann.“<sup>17</sup>

#### **4. Leistungsinhalt**

Die Leistungsform setzt einen Leistungsinhalt voraus. Die „Persönliche Assistenz“ ist eine Leistung der Eingliederungshilfe. Ihre Ausgestaltung richtet sich nach den Aufgaben der Eingliederungshilfe (§ 90 SGB IX) und setzt eine Leistungsberechtigung nach § 99 SGB IX voraus.

Der Sache nach handelt es sich bei der „Persönlichen Assistenz“ um eine Leistung der Teilhabe, und zwar eine einfache Assistenzleistung im Sinne des § 78 Abs 1 Nr. 1 SGB IX, die im Rahmen des Teil 2 des SGB IX nach § 113 Abs 2 Nr. 2 SGB IX als Leistung zur sozialen Teilhabe gewährt werden kann. Charakteristisch für die einfache Assistenz nach § 78 Abs 2 Nr 1 SGB IX ist, dass es um die (vollständige bzw. teilweise) Übernahme von Handlungen zur Alltagsbewältigung und der Begleitung der Leistungsberechtigten geht. Zu diesen Handlungen zählen auch grundpflegerische Maßnahmen wie Körperpflege, Ernährung und Ausscheidungen, für deren Übernahme keine formellen fachlichen Qualifikationen erforderlich sind und die von der Anleitungs- und Organisationskompetenz des Assistenzberechtigten umfasst sind (vgl. Anlage 5 § 1 Abs 5 mit Verweis auf Abs 4 Nr 1 und Nr 4).

Die schon gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsmöglichkeiten der Leistungsberechtigten über die konkrete Gestaltung der Leistung, den Leistungsort, den Ablauf der Leistungserbringung und den Zeitpunkt der Inanspruchnahme (§ 78 Abs 2 S. 1 SGB IX) werden durch die in § 17 BRV und dessen Anlage 5 formulierten

---

Angehörige oder eingesetzte Betreuer/Bevollmächtigte den bestehenden Willen des Assistenznehmers zum Ausdruck bringen.

<sup>17</sup> BRV, Anlage 5 Abs 1.

Anforderungen konkretisiert und ergänzt. Allerdings beziehen sich diese Anforderungen und Rahmenbedingungen der Ausgestaltung der Persönlichen Assistenz nur auf die Variante der durch einen Assistenzdienst erbrachten „Persönlichen Assistenz“.

Hervorgehoben wird dabei das Recht des auf Assistenz angewiesenen Menschen, die Assistent\*innen selbst anzuleiten und deren Einsatz zu organisieren.<sup>18</sup> Um diese Rechte zu gewährleisten hat der Leistungserbringer pflegerische und sozialarbeiterische Fachkräfte, sogenannte Einsatzbegleitungen, zu beschäftigen, die „in Abhängigkeit von den Kompetenzen des Assistenznehmers den Assistenzprozess unterstützen, steuern, begleiten und sichern“. Dabei geht es u.a. um die (pflege)fachliche Einarbeitung, Anleitung und Begleitung der Assistenten, die Planung und Durchführung von Team-, Dienst- und Fallbesprechungen, die sachgerechte Einschätzung von Risiken, Beratung hierzu und ggf. die Planung diesbezüglicher Maßnahmen, die Bearbeitung von Konflikten, die bedarfsorientierte Fortbildung und Supervision der Assistenten sowie die Zusammenarbeit mit Dritten (wie Angehörige beziehungsweise andere nahe Bezugspersonen, Ärzte, Therapeuten und Sozialleistungsträger).

Zusätzlich zu den regelmäßigen Dienstbesprechungen hat der Assistenzdienst im Bedarfsfall einsatzbezogene Supervisionen anzusetzen. Auch die Stärkung der Anleitung- und Organisationskompetenz der auf Assistenz angewiesenen Menschen hat im Fokus des Leistungserbringers zu sein, der beispielsweise darauf hinzuwirken hat, dass den Assistenznehmenden Fortbildungen auf der Grundlage des Peer-Counseling-Ansatzes zur Verfügung stehen.<sup>19</sup>

## **5. Leistungserbringung**

An die Leistungserbringer werden besondere Anforderungen gestellt, die sich nicht aus dem AG-SGB IX und den AV EH, sondern aus § 17 Berliner Rahmenvertrag gemäß § 131 Abs. 1 SGB IX für Leistungen der Eingliederungshilfe vom 5.6.2019 (BRV) sowie aus dessen Anlage 5 ergeben.

Diese strukturellen, vom Leistungserbringer umzusetzenden Maßnahmen, zielen auf die Erreichung personeller Kontinuität der Assistenzdienstleistung bei gleichzeitiger Flexibilität der Leistungserbringung.

Hier ist auch eine wesentliche Besonderheit dieser Leistungsform geregelt: Die Leistungserbringer, die Persönliche Assistenz anbieten, schließen neben einem Vertrag im Rahmen der Eingliederungshilfe nach § 123 Abs 1 SGB IX auch einen Vertrag gemäß § 89 SGB XI über die Vergütung ambulanter Pflegeleistungen ab. Damit wird sichergestellt, dass sie für die von ihnen erbrachten Assistenzleistungen auch die Pflegesachleistungen nach § 36 SGB XI abrechnen können und nicht nur – wie in

---

<sup>18</sup> Vgl. BRV, Anlage 5 Abs. 5.

<sup>19</sup> BRV, Anlage 5, Abs. 7ff.

anderen Konstellationen üblich – die Pflegekassen nur die spürbar geringeren Pflegegeld-Beträge bezahlen müssen. Der besondere Stellenwert, den der Pflegebedarf für die „Persönliche Assistenz“ hat, wird auch dadurch deutlich, dass „Persönliche Assistenz“ in Anlage 5 als Leistung beschrieben wird, die bestimmt ist die durch die Lebensrealität der auf Assistenz angewiesenen Menschen, die eine kontinuierliche Arbeitstätigkeit erforderlich macht, deren Ausdifferenzierung in Einzelleistungen nicht sinnvoll ist. Als Regelbeispiel dafür wird angeführt, dass „nicht planbare pflegerische Leistungen im großen Umfang parallel zu anderen Leistungen anfallen.“

Neben weiteren Besonderheiten wird als Charakteristikum der Persönlichen Assistenz erwähnt, dass sowohl personelle Kontinuität als auch Flexibilität in der Leistungserbringung erforderlich sind, die durch „Hilfen aus einer Hand“ erreicht werden.

Im BRV werden auch von den Leistungserbringern zu ergreifende Maßnahmen beschrieben, die die Anleitungs- und Organisationskompetenz der auf Assistenz angewiesenen Menschen stärken. Dazu gehört, dass der der Leistungserbringer darauf hinzuwirken hat, dass den auf Persönliche Assistenz angewiesenen Menschen Fortbildungen auf der Grundlage des Peer-Counseling-Ansatzes zur Verfügung stehen.

#### **6. „Persönliche Assistenz“ im Arbeitgebermodell**

Aufgrund der Rechtsänderungen in der Eingliederungshilfe seit dem 1.1.2020 hat sich die rechtliche Basis für die Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell grundlegend geändert. Wie auch die Persönliche Assistenz selbst ist die Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell dadurch eine Leistung der Eingliederungshilfe. Sie orientiert sich in Bezug auf ihre spezifischen Voraussetzungen und den Umfang der Leistung an den Regelungen zur Persönlichen Assistenz nach § 17 des am 05.6.2019 geschlossenen neuen Berliner Rahmenvertrags der Eingliederungshilfe. Zuständig für die zentrale Bearbeitung der „Persönlichen Assistenz im Arbeitgebermodell“ ist seitdem auch berlinweit das Landesamt für Gesundheit und Soziales.<sup>20</sup>

Die Voraussetzungen für „Persönliche Assistenz“ im Arbeitgebermodell entsprechen den Voraussetzungen, die für Persönliche Assistenz als Leistung nach § 17 BRV vorgesehen worden sind. Das betrifft sowohl das Mindestmaß an Assistenzbedarf von mindestens 5 Stunden täglich, als auch das Vorliegen einer „wesentlichen Körperbehinderung nach § 99 Abs 1, Absatz 4 Satz 2 SGB IX iVm § 1 EingliederungshilfeVO.

---

<sup>20</sup> Rundschreiben Pflege Nr. 01/2019, Abschnitt 9.1.1.

Das Vorliegen einer wesentlichen geistigen oder seelischen Behinderung nach § 99 Absatz 1, Absatz 4 Satz 2 SGB IX in Verbindung mit §§ 2, 3 Eingliederungshilfverordnung soll dagegen ein Ausschlussgrund auch für „Persönliche Assistenz“ im Arbeitgebermodell sein.<sup>21</sup>

Während die Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell ausgeschlossen sein soll, wenn ein ausschließlicher Bedarf an qualifizierter Assistenz vorliegt, soll es durchaus möglich sein, Leistungen qualifizierter Assistenz neben der Gewährung Persönlicher Assistenz zu erhalten.<sup>22</sup>

Als Kennzeichen der Persönlichen Assistenz im Arbeitgebermodell wird die Kombination aus Leistungen der Hilfe zur Pflege mit Leistungen zur Teilhabe gesehen. Deswegen soll eine Kostenübernahme für ausschließlich pflegerischen Bedarf im Wege des Arbeitgebermodells nicht möglich sein<sup>23</sup>.

Beim Arbeitgebermodell sieht das Rundschreiben Pflege auch vor, dass die Assistentinnen oder Assistenten den individuellen Hilfebedarf umfassend und kontinuierlich abdecken. Deshalb soll während der Arbeitszeit der Assistentinnen und Assistenten „in der Regel“ zeitlich parallel kein weiterer Bedarf an Teilhabeleistungen zu decken sein.<sup>24</sup> Mögliche Ausnahmefälle werden im Rundschreiben nicht erwähnt. Dabei dürften diese so selten nicht auftreten: Beispielsweise stellt sich für den Fall einer erforderlichen, die Persönliche Assistenz ergänzenden Kommunikationsassistenz oder auch für das Zusammentreffen von Elternassistenz und Persönlicher Assistenz in anderen Bereichen die Situation so dar, dass hier regelmäßig ein Teilhabebedarf neben dem der Persönlichen Assistenz vorliegen dürfte.

## **C. Zwischenfazit**

Persönliche Assistenz ist sowohl als Leistung eines Leistungserbringers als auch als Leistung im Arbeitgebermodell eine innovative Leistungsform, die für die Zielgruppe ein

---

<sup>21</sup> Rundschreiben Pflege Nr. 1/2019, 9.1.3.

<sup>22</sup> Rundschreiben Pflege Nr. 01/2019, Abschnitt 9.1.3.

<sup>23</sup> Hier zeigt sich exemplarisch die begriffliche und damit auch konzeptionelle Schwäche des Rundschreibens Pflege Nr. 01/2019, denn selbstverständlich ist sozialhilferechtlich ein Arbeitgebermodell für reine Pflegebedarfe weiterhin möglich, da es gesetzlich in § 63b Abs 4 (Legaldefinition des Arbeitgebermodells) SGB XII und § 64f Abs. 3 SGB XII geregelt und vorgesehen ist. Das wird auch unter Ziffer 9.2., die irritierenderweise als „AGM bei geringerem pflegerischen Bedarf“ überschrieben ist, anerkannt: das Arbeitgebermodell ist im Rahmen der Hilfe zur Pflege durch das SGB XII aber bei allen Pflegegraden ab 2 (einschließlich) vorgesehen.

<sup>24</sup> Rundschreiben Pflege Nr. 01/2019, 9.1.4.

erhebliches Plus an Teilhabe und Selbstbestimmungsmöglichkeit bewirken kann. Zwar ist das Recht auf Selbstbestimmung im Assistenzmodell auch schon in der „einfachen Assistenz“ nach § 78 Abs 2 Nr. 1 SGB IX und im Arbeitgebermodell der Hilfe zur Pflege enthalten. Die Leistungsform Persönliche Assistenz konkretisiert aber - insbesondere in Anlage 5 zu § 17 BRV - die strukturellen Voraussetzungen, die für die Selbstbestimmung Leistungsberechtigter in umfassenden Assistenzkonstellationen förderlich sind und trägt dazu bei, dass die Leistungserbringer zur Umsetzung der dafür erforderlichen Maßnahmen entscheidend beitragen, indem sie das Empowerment ihrer Klienten unterstützen. § 17 BRV Anlage 5 trägt auch dazu bei, den Leistungsberechtigten die Wahrnehmung ihrer Rechte zu erleichtern, indem sie Strukturen zur Qualifikation der Assistent\*innen für ihre Tätigkeit beim Leistungserbringer aufzubauen hilft und eine realistische Finanzierung dieser Ressourcen durch den Leistungsträger bewirkt.

Die noch aus dem Vorläuferangebot, dem LK 32, stammende Verbindung von Pflege- und Assistenzleistungen hat für diesen Bereich immer noch eine gewisse Bedeutung, die allerdings durch § 13 Abs 4 SGB XI und § 103 Abs 2 SGB IX sowie die Einbeziehung der Pflegeversicherung in die Gesamtplanung (§ 117 Abs 3 SGB IX) heute geringer ist als vor Inkrafttreten des neuen SGB IX, zumal sich auch der Grundsatz der Leistung wie aus einer Hand mittlerweile etabliert hat.

Weiterhin ist aber die Leistungsform selbst und hier insbesondere deren konsequente Orientierung auf das Selbstbestimmungsrecht der Leistungsberechtigten, die Kontinuität der Leistungserbringung, die Begleitung und ggf. Supervision des Erbringungsprozesses, sowie die Kooperation mit Peer-Counseling-Angeboten beispielhaft. Bei der Persönlichen Assistenz im Arbeitgebermodell treten solche strukturellen Aspekte zurück, weil hier durch die besondere Qualität der oder des Leistungsberechtigten als Arbeitgeber\*in schon dem Selbstbestimmungsrecht der oder des Leistungsberechtigten in besonderer Weise Rechnung getragen wird. Weitere strukturelle Unterstützung könnte hier über qualifizierte Assistenz (auch von Peers), die der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber bei der Ausgestaltung des Modells im Ganzen oder in Teilen assistiert, erfolgen.

Allerdings wirft der Ausschluss von Menschen, die einen Rechtsanspruch auf Eingliederungshilfe und einen hohen Pflegebedarf haben, die aber kognitiv oder psychisch beeinträchtigt sind oder die keinen hohen Grundpflegebedarf, aber aus anderen Gründen einen hohen Assistenzbedarf haben, rechtliche Probleme auf. Sie erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskonvention, wie im Folgenden zu thematisieren ist, fragwürdig.

### **III. UN-BRK, SGB IX und Persönliche Assistenz**

Die Eingliederungshilfe, die durch das Bundesteilhabegesetz grundlegend reformiert wurde, entwickelt ausgehend von den Empfehlungen aus den „Abschließenden Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands“, die Behindertenpolitik in Deutschland im Einklang mit der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) weiter. Sie folgt damit einem menschenrechtlichen Verständnis von Behinderung und Teilhabe, das sich auch im neuen Behinderungsbegriff des § 2 Abs 1 SGB IX ausdrückt, der den Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an der Gesellschaft formuliert und die Hinderung daran durch die Wechselwirkung von Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingte Barrieren als Ausgangspunkt von Behinderung begreift.

#### **A. Anforderungen der UN-BRK**

Die UN-BRK formuliert in Artikel 12 als grundlegendes Prinzip die gleiche Anerkennung von Menschen mit Behinderungen vor dem Recht, das insbesondere darin zum Ausdruck gebracht wird, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit Anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen (Artikel 12 Abs 2 UN-BRK). Diese Aussage beinhaltet, neben dem Vergleich von Menschen mit Behinderungen und Menschen ohne Behinderungen, auch ein umfassendes Gleichberechtigungsgebot innerhalb der Gruppe von Menschen mit Behinderungen: Allen Menschen mit Beeinträchtigungen wird in gleichem Maße Rechts- und Handlungsfähigkeit zuerkannt, unabhängig davon wie und in welchem Umfang sie Beeinträchtigungen haben. Das erfordert bei entsprechendem Bedarf, dass Unterstützungsmaßnahmen geschaffen und Menschen mit Beeinträchtigungen angeboten werden müssen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit benötigen (Art 12 Abs 3 UN-BRK). Dieser Gedanke wird auch in der Allgemeinen Bemerkung (General Comment) Nr. 5 (2017)<sup>25</sup> hervorgehoben, die zu Artikel 19 („Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft“) festhält:

„Selbstbestimmt Leben bedeutet, dass Menschen mit Behinderungen alle notwendigen Mittel gewährt werden, die es ihnen ermöglichen, Wahlfreiheit und Kontrolle über ihr Leben auszuüben und alle Entscheidungen, die ihr Leben betreffen, zu treffen.“<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> CRPD/C/GC/5, General comment No. 5 (2017) on living independently and being included in the community

<sup>26</sup> GC No. 5, Nr. 16: “Independent living/living independently means that individuals with disabilities are provided with all necessary means to enable them to exercise choice and control over their lives and make all decisions concerning their lives.”

## **B. Zulässigkeit des Ausschlusses von Menschen wegen ihrer speziellen Behinderung von einer Leistungsform**

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob überhaupt und ggf. unter welchen Umständen ein Ausschluss bestimmter Gruppen von Menschen mit Behinderungen wegen ihrer besonderen Art der Behinderung von einer bestimmten Form von Leistungserbringung im Rahmen der Eingliederungshilfe zulässig ist. Insbesondere wäre das hier für die Gruppe der durch AV EH Nr. 31 Abs 3 lit d von Erbringung der Leistungen der Assistenz nach §§ 78 iVm 113 SGB IX ausgeschlossenen Gruppe der „Menschen mit wesentlichen geistigen und seelischen Behinderungen“ zu prüfen.

### **1. Allgemeine Leistungsberechtigung für Maßnahmen der Eingliederungshilfe**

§ 99 SGB IX regelt, wer Anspruch auf Leistungen der Eingliederungshilfe hat. Im Zentrum steht dabei die in § 99 Abs 1 Satz 1 legal definierte „wesentliche Behinderung“, die festgestellt sein muss. Daneben ist Leistungsvoraussetzung, dass nach der Besonderheit des Einzelfalls Aussicht besteht, dass die Aufgabe der Eingliederungshilfe nach § 90 erfüllt werden kann.

§ 99 Abs 4 Satz 2 SGB IX regelt ergänzend, dass zur Konkretisierung der Leistungsvoraussetzung „wesentliche Behinderung“ die §§ 1 bis 3 der Eingliederungshilfe-Verordnung in der am 31. Dezember 2019 geltenden Fassung entsprechend gelten, bis eine neue Rechtsverordnung über die Konkretisierung der Leistungsberechtigung in Kraft getreten sein wird. § 2 der EinglHV definiert, wer „geistig wesentlich behindert“ ist:

„Geistig wesentlich behindert im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sind Personen, die infolge einer Schwäche ihrer geistigen Kräfte in erheblichem Umfang in ihrer Fähigkeit zur Teilhabe am Leben in der Gesellschaft eingeschränkt sind.“

§ 3 EinglHV bestimmt, was als „seelisch wesentliche Behinderung“ gilt:

„körperlich nicht begründbare Psychosen, seelische Störungen als Folge von Krankheiten oder Verletzungen des Gehirns, von Anfallsleiden oder von anderen Krankheiten oder körperlichen Beeinträchtigungen, Suchtkrankheiten, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen.“

Als Aufgabe der Eingliederungshilfe wird in § 90 SGB IX bestimmt Leistungsberechtigten eine individuelle Lebensführung zu ermöglichen, die der Würde des Menschen entspricht, und die volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern. Die Leistung soll sie befähigen, ihre Lebensplanung und -führung möglichst selbstbestimmt und eigenverantwortlich wahrnehmen zu können.

## **2. Bedeutung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 8 SGB IX für die Wahl einer Leistungsform**

Welche Leistungen und in welcher Form diese ausgeführt werden, richtet sich im Rahmen der Eingliederungshilfe vor allem nach den Vorstellungen der Leistungsberechtigten. Festgelegt ist das Wunsch- und Wahlrecht für die gesamte Eingliederungshilfe in § 8 Abs 1 SGB IX:

„Bei der Entscheidung über die Leistungen und bei der Ausführung der Leistungen wird berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten entsprochen.“

Diese Maßgabe eröffnet dem Leistungsträger hinsichtlich berechtigter Wünsche keinen Ermessensspielraum. Gerade im Lichte der UN-Behindertenkonvention kommt dem Wunsch- und Wahlrecht damit zu Recht erhebliches Gewicht zu – das gilt besonders gegenüber Kostenargumenten, vor allem aber auch mit Blick darauf, dass durch die Berücksichtigung berechtigter Wünsche die Motivation zur und die Wirksamkeit der Maßnahmen befördert wird.<sup>27</sup> Die Prüfung konzentriert sich, neben der Frage, welche Leistungen und Leistungsformen es gibt, daher auf die Auslegung des gerichtlich voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriffs „berechtigte Wünsche“.

Berechtigt sind Wünsche insbesondere, wenn mit der begehrten und im Katalog enthaltenen Leistung auf die sich der Wunsch richtet, das Ziel der Eingliederungshilfe erreicht werden kann und wenn den Wünschen keine Rechtsnormen entgegenstehen.<sup>28</sup>

## **3. AG-SGB IX und AV EH als entgegenstehende Rechtsnormen**

Das AG-SGB IX des Landes Berlin ist eine Rechtsnorm. Sie steht dem Wunsch von Menschen mit geistigen oder psychischen Behinderungen, Leistungen in Form der „Persönlichen Assistenz“ zu erhalten aber nicht entgegen. § 3 Nr. 2 AG-SGB IX regelt nämlich nicht, dass Leistungen der Persönlichen Assistenz Menschen mit geistigen oder psychischen Behinderungen nicht gewährt werden können oder dürfen. § 3 AG-SGB IX regelt lediglich, dass „Leistungen in Form der Persönlichen Assistenz für Menschen mit schwerer Körperbehinderung mit besonderem Pflegebedarf und besonderem Unterstützungsbedarf“ als Aufgabe einer besonderen Behörde zugewiesen sind. Der Leistungsinhalt wird damit nicht geregelt, auch nicht der Leistungszweck. Er wird, wie oben bereits dargelegt, vorausgesetzt. Das entspricht auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, das lediglich die „Ausführung des Neunten Buches Sozialgesetzbuch“ zum Gegenstand hat, nicht aber die Veränderungen, Konkretisierung oder Neubestimmung von Inhalt, Voraussetzungen und Erbringungsform von Leistungen.

---

<sup>27</sup> So LPK-SGB IX/Jacob Jousen, 6. Aufl. 2022, SGB IX § 8 Rn. 2.

<sup>28</sup> LPK-SGB IX/Jacob Jousen, 6. Aufl. 2022, SGB IX § 8 Rn. 6.



Der Inhalt der Leistungsform Persönliche Assistenz wird in den Gemeinsamen Ausführungsvorschriften Eingliederungshilfe geregelt – allerdings unter Verweis auf § 17 BRV i.V. m. Anlage 5 BRV (dagegen wird nicht auf die Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell verwiesen und auf das Rundschreiben Pflege Nr. 1 / 2019)

Dieser Leistungsinhalt selbst ist aber nicht ausschließend. Er sieht lediglich vor, dass Hilfen am individuellen Bedarf orientiert sind und eine Ausdifferenzierung in Einzelleistungen nicht sinnvoll erscheint. Der Zusammenhang zu den „nicht planbaren pflegerischen Leistungen“, die „im großen Umfang parallel zu anderen Leistungen anfallen“ ist lediglich als Regelbeispiel formuliert. Damit kann auch die Frage offen bleiben, ob der Inhalt von § 17 BRV iVm Anlage 5 sich noch im Rahmen der Rechtsgrundlage des § 131 SGB IX hält.

Der Ausschluss von Menschen mit wesentlicher geistiger oder psychischer Behinderung erfolgt auf Grundlage der AV EH selbst (in Nr. 31 Abs 3 lit d) und ist in dieser Form nicht in § 17 BRV vereinbart (wohl aber, für die Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell, im Rundschreiben Pflege Nr. 1 / 20219 festgelegt)

Die AV EH dürften damit über das eigene Programm hinausgehen, denn der Ausschluss von Menschen mit bestimmten Behinderungen von einer Leistungsform ist schwerlich als deren „Ausführung“ zu verstehen.

Unabhängig davon handelt es sich bei den AV EH jedoch um Verwaltungsvorschriften, die als solche zwar – insbesondere zur Sicherung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art 3 Abs 1 GG – eine gewisse Bindungskraft auch nach außen entfalten, die aber grundsätzlich keine normsetzende Wirkung haben, da es eine entsprechende Regelungskompetenz im SGB IX nicht gibt. Es handelt sich damit auch nicht um Normen, gegen die ein Wunschrecht, soll es wirksam ausgeübt werden, nicht verstoßen darf.<sup>29</sup>

#### **4. Weitere möglich Ausschlussgründe**

Wenn der Wunsch des oder der Leistungsberechtigten nicht unberechtigt ist, weil ihm eine Rechtsnorm entgegensteht, könnte er unwirtschaftlich sein. Dafür müsste es eine gleich geeignete Maßnahme geben, die günstiger ist als die gewünschte.<sup>30</sup>

Grundsätzlich kommen hier als günstigere Maßnahmen, die auch Assistenz-Dienstleistungen zum Gegenstand haben, die Einzelfallhilfe durch freiberufliche Einzelfallhelfer (vgl. zuletzt Rundschreiben Soz Nr. 12/2020) in Betracht, sowie die Allgemeine Assistenz (BRV § 16 und Anlage 4).

---

<sup>29</sup> Vgl. Guckelberger, § 27 Verwaltungsvorschriften, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. A., 2023, Baden-Baden; Zu den Grundlagen: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 250ff.

<sup>30</sup> LPK-SGB IX/Jacob Jousen, 6. Aufl. 2022, SGB IX § 8 Rn. 8.

### **a. Einzelfallhilfe durch freiberufliche Einzelfallhelfer**

Die Einzelfallhilfe durch freiberufliche Einzelfallhelfer hat einen grundsätzlich anderen Ansatz als die „Persönliche Assistenz“. Zwar werden auch Assistenzleistungen nach §§ 78, 113 SGB IX erbracht. Die Einzelfallhilfe wird aber im Rundschreiben Soz Nr. 12/2020 als „niedrigschwelliges Leistungsangebot“ zur Unterstützung der Teilhabe im Rahmen der Leistungsgruppe soziale Teilhabe beschrieben, das in Berlin „ausschließlich von freiberuflich/ selbständig-arbeitenden Einzelfallhelferinnen und Einzelfallhelfern ausgeübt (wird).“ Einzelfallhilfe ist zudem „grundsätzlich eine vorübergehende und zeitlich befristete Leistungsform.“ Sie kann sowohl als „einfache Assistenz“ als auch als „qualifizierte Assistenz“ erbracht werden.

Es handelt sich dabei der Sache nach um ein Assistenzmodell, das grundsätzlich als (weniger verbindliches) Honorarmodell konzipiert ist, bei dem „freie Mitarbeiter“, die nicht sozialversicherungsrechtlich angestellt sind und damit auch weniger klar einem Direktionsrecht oder den organisatorischen Vorstellungen ihrer Auftraggeber\*innen unterliegen. Die leistungsberechtigte Person ist selbst für die Begleichung der Rechnungen der Leistungserbringer verantwortlich (vgl. III 1. 1.1. des Rundschreibens). Nur ausnahmsweise bei Einwilligung der leistungsberechtigten Person soll der Träger nach Erhalt und Prüfung der Rechnung selbst an den Leistungserbringer zahlen (Vgl. III 1 1.2 des Rundschreibens). Auch die Stundensätze sind im Rundschreiben bereits festgelegt, ohne dass ersichtlich wäre, inwieweit diese ausreichen, den Bedarf zu decken – zumal keine Verträge des Landes Berlin mit entsprechenden Leistungserbringern oder ihren Verbänden vorliegen. Die Stundensätze für die Einzelfallhilfe betragen für die hier vor allem relevante einfache Assistenz 26,28 EUR/Std. (29,25 € ab dem vierten nachgewiesenen fortfolgenden Auftragsjahr der Tätigkeit als Einzelfallhelfende\*r).

Angesichts dessen erscheint diese Leistungsform, die ein vergleichsweise hohes Maß an Flexibilität und kurzfristiger Organisationsfähigkeit und Organisationsbereitschaft verlangt, die keine strukturellen Schutzmaßnahmen für das Verhältnis Assistent\*innen und Assistenzberechtigte bereit hält, gerade für die Gruppe von kognitiv oder psychisch beeinträchtigten Menschen jedenfalls in vielen Fällen nicht besonders geeignet und damit jedenfalls in einer Anzahl von Fällen auch nicht gleich geeignet mit der Assistenz, die in Leistungsform der Persönlichen Assistenz erbracht wird (zur Eignung der Leistungsform der Persönlichen Assistenz, siehe unten).

### **b. Allgemeine Assistenz nach § 16 BRV**

Die Allgemeine Assistenz wie sie in Anlage 4 zu § 16 BRV beschrieben wird, zeichnet sich durch ein umfassendes Angebot aus, das alle in § 78 Abs 1, 2 und 3 SGB IX erwähnten Bereiche umfasst. Die in Anlage 4 erwähnten grundsätzlich mit der Assistenzleistung immanent verbundenen Leistungsbestandteile sind überwiegend technisch-organisatorischer Natur und funktional ausgerichtet, nicht fokussiert auf den

Bereich der Selbstbestimmung. Die in § 11 der Anlage 4 erwähnten Anforderungen an die Leistungserbringer beschränken sich darauf, von ihnen das Angebot „aller Methoden der Assistenz“ zu verlangen. Die in § 12 der Anlage 4 unter Strukturqualität geforderte Bereithaltung von Gemeinschafts-, Therapie-, Gruppenräumen und/oder Betreuungsstützpunkten unterstreicht, dass die allgemeine Assistenz weniger auf individuelle Assistenzleistungen ausgerichtet ist und ihren Schwerpunkt legt. Folgerichtig ist die Herstellung von Verbindungen zu Peer-Counseling-Initiative, die zur Stärkung der Selbstvertretungs- und Anleitungskompetenz motivieren und qualifizieren, hier auch kein Thema.

Das zeigt, dass hier zumindest insofern mit Blick auf das Wunsch- und Wahlrecht der leistungsberechtigten Menschen mit Behinderungen keine Probleme der Unwirtschaftlichkeit des Angebots Persönliche Assistenz im Fokus stehen dürften, da dieses Angebot im Vergleich mit der allgemeinen Assistenz nach § 16 BRV einen gänzlich anderen Ansatz verfolgt. Für Menschen mit Behinderungen (unabhängig von deren jeweiliger Ausprägung) können beide Ansätze jeweils geeignet erscheinen, aufgrund der unterschiedlichen Akzentsetzung wird der Fall, dass beide Formen von Erbringung der Assistenzleistung für eine konkrete Person gleichermaßen geeignet erscheinen, kaum jemals eintreten. Die zugrundeliegenden Differenzen hinsichtlich der Eignung dürften aber, zumindest mit Blick auf die Bedarfslage und die Wünsche der Leistungsberechtigten weitgehend unabhängig von ihrer Behinderung sein.

### **c. Ungeeignetheit der Persönlichen Assistenz**

Ein Ausschlussgrund für die Bewilligung einer gewünschten Eingliederungshilfeleistung ist, wenn damit das Ziel der Leistung nicht erreicht werden kann, wenn also das konkret gewünschte Leistungsangebot für die an sich leistungsberechtigte Person mit Behinderung ungeeignet wäre.

Das Ziel der Eingliederungshilfeleistungen und insbesondere der Leistungen für die soziale Teilhabe, zu denen die Assistenzleistungen nach §§ 78 iVm 113 SGB IX zählen, ist in § 90 Abs 1 und 5 SGB IX beschrieben: Die Eingliederungshilfe zielt insgesamt darauf, eine individuelle Lebensführung zu ermöglichen, die der Würde des Menschen entspricht und die die volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft fördert. Letzteres ist auch die besondere Aufgabe der sozialen Teilhabe.

Grundsätzlich können und sollen diese Ziele insbesondere durch Inanspruchnahme der Assistenz in Form der Persönlichen Assistenz erreicht werden, dafür wurde dieses besondere Angebot ausdrücklich entwickelt. Es beruft sich auch auf die Ziele der US-amerikanischen Independent Living Bewegung, die selbstangeführte und selbstbestimmte Assistenz als ein wesentliches Element für ein selbstbestimmtes Leben formuliert hat.

Dieser Ansatz hat sich in der UN-BRK in besonderem Maße in Artikel 12 und Artikel 19 niedergeschlagen, die einerseits die umfassende Rechts- und Handlungsfähigkeit für alle Menschen mit Behinderungen als normativen Ausgangspunkt beschreiben und die andererseits das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben formulieren und dafür „wirksame und geeignete Maßnahmen“ verlangen „um Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss dieses Rechts und ihre volle Einbeziehung in die Gemeinschaft und Teilhabe an der Gemeinschaft zu erleichtern.“

Als ein wirksames Mittel dafür wird die „Persönliche Assistenz“ beschrieben, womit zwar nicht exakt die Ausprägung gemeint ist, die diese Leistungsform in Berlin erhalten hat, aber doch deren aus der Independent Living Bewegung übernommenes Grundprinzip, das die strukturelle und qualitative Form des Berliner Modells, wie es in § 17 BRV und der Anlage 5 seinen Niederschlag gefunden hat – allerdings ohne dessen exkludierenden Ansatz zu haben.

Dass auch Menschen mit (wesentlichen) kognitiven und/ oder (wesentlichen) psychischen Beeinträchtigungen ein auf Selbstanleitung und konsequenter Selbstbestimmung aufbauendes Assistenzmodell mit Gewinn nutzen und formen können, ist grundsätzlich in Modellversuchen und in der Assistenzlandschaft vor allem der skandinavischen Staaten erprobt und nachgewiesen worden. Es existieren jedenfalls keine gruppenbezogenen Erkenntnisse, die aus sachlichen Gründen rechtfertigen können, dass hier zwei Gruppen von Menschen mit Behinderungen gegenüber einer anderen Gruppe von Menschen mit Behinderungen benachteiligt werden können.

Ein Ansatz dafür ergibt sich bereits aus AV EH Nr. 31 Abs 3 lit d, der die Möglichkeit eröffnet, dass „gegebenenfalls“ Angehörige oder eingesetzte Betreuer/Bevollmächtigte den bestehenden Willen des Assistenznehmers zum Ausdruck bringen könnten. Dieser Ansatz könnte grundsätzlich auch für die Persönliche Assistenz im Arbeitgebermodell nutzbar gemacht werden.

Allerdings lässt diese Überlegung außer Acht, dass eine leistungsberechtigte Person, die ihren (natürlichen oder auch rechtlich verbindlichen) Willen bzw. andere Gedanken einer Angehörigen oder einem Betreuer/ Bevollmächtigten<sup>31</sup> kommunizieren kann, auch wahrscheinlich gegenüber Assistent\*innen dazu in der Lage sein wird – insbesondere

---

<sup>31</sup> Sollte es eine Bevollmächtigte oder einen Bevollmächtigten geben, setzte das voraus, dass die Person zumindest zu irgendeinem Zeitpunkt geschäftsfähig gewesen sein muss. Hier stellen sich insbesondere mit Blick auf Artikel 12 UN-BRK, der die volle Rechts- und Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen normiert, Fragen, die im Rahmen dieses Gutachtensauftrags nicht erörtert und geklärt werden können, die aber von erheblicher Bedeutung sind. Grundsätzlich wird es darauf ankommen, hier Lösungen zu entwickeln, die den normativen menschenrechtlichen Ansatz der UN-BRK in der Realität der Assistenzmodelle mit Leben füllen und nicht Gruppen von Menschen aufgrund ihrer spezifischen Beeinträchtigungen die Verwirklichung ihres Selbstbestimmungsrechts erschweren.

wenn diese, wie in der „Persönlichen Assistenz“ vorgesehen eine hohe personelle Kontinuität in ihrer Betreuung aufweisen, die entsprechende Person also gut kennen und – wie in BRV Anlage 5 § 1 Abs 7 beschrieben, zudem Fachkräfte als Einsatzbegleitungen vorgesehen sind, deren Aufgabe sein soll „in Abhängigkeit von den Kompetenznehmern“ den Assistenzprozess zu „unterstützen, steuern, begleiten und sichern.“

Damit sind die Voraussetzungen für eine an den Zielen der Eingliederungshilfe ausgerichtete Nutzung des Leistungsangebotes Assistenz mit Blick auf die Durchsetzungs- und Umsetzungsmöglichkeiten von Selbstbestimmung kognitiv und psychisch beeinträchtigter Menschen grundsätzlich besser als beispielsweise bei reinen „einfachen Assistenzleistungen“ nach Anlage 4 des BRV, bei denen das begleitende Umfeld der Assistenzleistung nur „immanent“ mit dieser verbunden ist und das weitaus weniger individuelle begleitende Bestandteile enthält.

Ein auf Gruppenzugehörigkeit basierender Ausschluss von einer Leistungsform, die gezielt Ressourcen dafür einsetzt, das Selbstbestimmungsrecht zu stärken, steht auch schon § 104 Abs 1 SGB IX entgegen: Leistungen sind demnach nach der Besonderheit des Einzelfalls zu gewähren und nicht nach vermuteten Fähigkeiten aufgrund einer Gruppenzugehörigkeit. Auch Menschen mit wesentlichen kognitiven oder psychischen Einschränkungen haben als jeweils Einzelne unterschiedliche Voraussetzungen, Kompetenzen und Probleme.

## **5. Weiteres Zwischenfazit**

Grundsätzlich ist das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten im SGB IX stark ausgeprägt. Wer an der Gesellschaft teilhaben will und soll, muss auch den Weg dorthin möglichst weitgehend selbst bestimmen können. Berechtigten Wünschen der Menschen mit Behinderungen, die einen Leistungsanspruch haben, ist daher zu entsprechen.

Das gilt auch und gerade für eine Leistungsform, die stärker als die meisten anderen Leistungsformen – mit Ausnahme des Persönlichen Budgets – dem Gedanken der Teilhabe verpflichtet ist und die auch ausdrücklich aus den Vorstellungen und Konzepten der emanzipatorischen Behindertenbewegung schöpft. Der Weg in die Persönliche Assistenz kann Menschen mit wesentlichen geistigen und/oder psychischen Beeinträchtigungen nicht grundsätzlich versperrt werden. Sie haben insbesondere auch Anspruch darauf, dass ihnen in besonderem Maße Unterstützung gewährt wird, damit sie ihre Anleitungskompetenzen ausbauen und entwickeln können. Hier muss, zu Vermeidung einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung ggf. die Konzeption der Persönlichen Assistenz modifiziert werden.

Dieses Ergebnis folgt aus der leistungsrechtlichen Konzeption des SGB IX und dessen enger Verbindung mit den Zielen und Teilhabevorstellungen, die die UN-BRK prägen.

## **IV. Umsetzungsmöglichkeiten und Ausblick**

Angesichts der Veränderungen im Leistungsrecht des SGB IX, das insbesondere für Leistungsberechtigte der Eingliederungshilfe die Pflege durch Pflegeversicherung und die sozialhilferechtliche Hilfe zur Pflege nah an die Teilhabeansprüche gerückt hat (vgl. §§ 103 Abs 1, Abs 2, 117 Abs 3 SGB IX, § 13 Abs 4, 4a SGB XI), erscheint es sinnvoll und angemessen die Perspektive der Persönlichen Assistenz konzeptionell auf Bereiche zu erweitern, in denen Leistungsberechtigte heute auf rechtliche und tatsächliche Bedingungen stoßen, die in besonderer Weise verlangen, dass ihre Selbstbestimmungsmöglichkeiten und ihre rechtlich fundierten Selbstbestimmungswünsche, berücksichtigt und gefördert werden. Nur so kann die Eingliederungshilfe von Trägerseite aus die Leistungsberechtigten darin unterstützen, Wahlfreiheit und Kontrolle über ihr Leben auszuüben und damit selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu leben.

Die Persönliche Assistenz, die das Konzept des Empowerments schon in sich trägt, ist insofern eine besonders wichtige Leistungsform, die allerdings, um ihr Potenzial weiter zu entfalten, ergänzt werden muss. Insbesondere muss aber der sachlich nicht gerechtfertigte, gruppendifferenzierende – und deswegen auch unwirksame – Nr. 31 Abs 3 lit d gestrichen werden.

Die neue Ausgestaltung der Nr. 31 sollte sodann insbesondere die Erbringung unterschiedlicher Einzelleistungen aus einer Hand in einem ganzheitlichen/ einheitlichen Setting als wesentliches Merkmal unterstreichen, sowie die strukturell gestützte besondere Bedeutung des Selbstbestimmungs-Rechts der Leistungsberechtigten in umfassendem Sinn und in den Details der Leistungserbringung, hervorheben, dessen Umsetzung in individuell verschiedener Weise erfolgen kann. Dabei ist klarzustellen, dass die Verwirklichung des umfassenden Grundsatzes der Rechts- und Handlungsfähigkeit, wie ihn Art 12 der UN-BRK vorsieht und normiert hat, ein zentrales Element dieser Leistungsform ist.

Schon heute besteht aber ein individueller Rechtsanspruch darauf, die Leistung Persönliche Assistenz, durch einen Leistungserbringer, die als Teilhabeleistung nach § 29 SGB IX budgetfähig ist, auch als Mensch mit wesentlicher psychischer oder geistiger Beeinträchtigung bewilligt zu bekommen und die Leistung dann in direkter Absprache mit dem Leistungserbringer individuell modifiziert auszugestalten und zu vereinbaren, dass sie den Bedarf mit der besonderen Zielsetzung einer den Selbstbestimmungs-Grundsätzen folgenden Leistungserbringung decken. Für eine solche in Form eines Persönlichen Budgets erbrachte, der Persönlichen Assistenz weit angenäherte Leistung, sind die Rahmenbedingungen des § 17 BRV und der Anlage 5 nur insoweit verbindlich, als sie zwischen dem leistungsberechtigten Menschen und

dem Leistungserbringer vereinbart und ggf. in der Zielvereinbarung festgehalten werden.

Eine andere, direkt umsetzbare Möglichkeit ist die Bewilligung von Persönlicher Assistenz im Arbeitgebermodell mit – im Bedarfsfall und bei entsprechender Beantragung – ergänzend zu bewilligender qualifizierter Assistenz, die bei der organisatorischen Umsetzung dieses Modells assistiert und so den Voraussetzungen des Artikel 12 Abs 4 UN-BRK entsprechend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit in diesem durch Art 19 b UN-BRK hervorgehobenem Bereich der „Unabhängigen Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft“ hilft sicherzustellen.