

Das Recht auf Pflegekräfte des eigenen Geschlechts unter besonderer Berücksichtigung der Situation pflegebedürftiger Frauen

Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag des Bildungs- und Forschungsinstituts zum selbstbestimmten Leben Behinderter - bifos e.V., Kassel

**im Rahmen eines Projektes des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend:
der ‚bundesorganisationsstelle behinderte frauen‘**

von

Universitätsprofessor Dr. jur. Gerhard Igl

Direktor des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

unter Mitarbeit von

Sibylle Dünnes, wiss. Mitarbeiterin, Universität Gießen

Juni 2002

Inhaltsverzeichnis

A. GUTACHTENSAUFTRAG	1
B. PROBLEMSTELLUNG	1
I. ZUM SACHLICHEN PROBLEM.....	1
II. DAS RECHTLICHE PROBLEM.....	4
C. EINFACHGESETZLICHE GRUNDLAGEN	6
I. INDIVIDUALISIERUNGSPRINZIP UND WUNSCH- UND WAHLRECHT (§ 33 SGB I)	6
1. Individualisierungsprinzip (§ 33 Satz 1 SGB I)	6
a) Allgemeines zur Funktion der Vorschrift.....	6
b) Merkmal „persönliche Verhältnisse“	7
c) Merkmal „Bedarf und Leistungsfähigkeit“	10
d) Ergebnis	10
2. Wunsch- und Wahlrecht (§ 33 Satz 2 SGB I)	10
II. WUNSCH- UND WAHLRECHT DES LEISTUNGSBERECHTIGTEN IM RECHT DER REHABILITATION (§ 9 SGB IX)	11
III. PFLEGEVERSICHERUNG	13
IV. SOZIALHILFE	14
V. KRANKENVERSICHERUNG.....	19
VI. ZUSAMMENFASSUNG	23
D. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN	24
I. SOZIALSTAATSPRINZIP	25
II. STAATLICHE SCHUTZPFLICHT DER MENSCHENWÜRDE.....	26
III. ALLGEMEINES PERSÖNLICHKEITSRECHT	27
IV. GLEICHHEITSSATZ – VERBOT DER DISKRIMINIERUNG BEHINDERTER MENSCHEN	30
E. INTERPRETATION DER EINSCHLÄGIGEN GESETZLICHEN BESTIMMUNGEN IM LICHT DES VERFASSUNGSRECHTS	32
I. ANFORDERUNGEN AN DIE GESTALTUNG DER LEISTUNGSERBRINGUNG	33
1. Ausgangspunkte	33
2. Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit des Wunsches auf geschlechtsspezifische Pflege	34
a) Pflegebedürftige Menschen nach SGB XI als behinderte Menschen nach SGB IX.....	34
b) Vergleichbare Situationen beim Leistungsbezug	37
c) Unvergleichbare Leistungszwecke als zulässiges Kriterium der Differenzierung?	38
d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	40
e) Wirkung des Gleichheitsverstößes	43
3. Abwägungsgesichtspunkte bei der Berücksichtigung angemessener Wünsche auf geschlechtsspezifische Pflege	45
a) Zweckorientierung der Pflege	45
b) Betroffene Lebensbereiche / Aktivitäten des täglichen Lebens	46

c) <u>Kontinuität / Häufigkeit / Dauer / Intensität der Pflege</u>	47
d) <u>Finanzielle Relevanz</u>	48
e) <u>Relevanz betriebsorganisatorischer Elemente</u>	49
II. <u>VERFASSUNGSKONFORME VERSTÄRKUNG DER HINWEISPFLICHTEN AUF WUNSCH- UND WAHLRECHTE (§§ 14 FF. SGB I)</u>	50
F. <u>GESETZGEBERISCHE ERFORDERNISSE</u>	52
G. <u>ERGEBNISSE / ZUSAMMENFASSUNG</u>	53
<u>LITERATURVERZEICHNIS</u>	56

A. Gutachtensauftrag

Das Bildungs- und Forschungsinstitut zum selbstbestimmten Leben Behinderter - bifos e.V., Kassel, hat folgenden Auftrag erteilt:

Für das Rechtsprojekt der bifos „bundesorganisationsstelle behinderte frauen“ soll eine wissenschaftliche Expertise zum Thema „Das Recht auf Pflegekräfte des eigenen Geschlechts unter besonderer Berücksichtigung der Situation pflegebedürftiger Frauen“ erstellt werden. Die Expertise soll untersuchen ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Empfängerinnen und Empfänger von gesetzlichen Pflegeleistungen nach gegenwärtigem Recht ein (Wahl-) Recht auf Pflegepersonen des gleichen Geschlechts haben bzw. aber, ob und wo dieses gesetzlich verankert werden könnte. Die Expertise berücksichtigt dabei insbesondere Unterschiede in den Bedarfslagen der Leistungsempfängerinnen und –empfänger, die sich im Hinblick auf ihr Geschlecht ergeben (können).

B. Problemstellung

I. Zum sachlichen Problem

Pflegeleistungen sind, wenn sie nicht als Geldleistungen, z.B. als Pflegegeld, gewährt werden, Leistungen, die als Dienstleistungen seitens einer Person (= Pflegeperson) gegenüber einer hilfebedürftigen Person (= pflegebedürftige Person) erbracht werden. Sie erstrecken sich in der Regel auf die Unterstützung bei bestimmten Aktivitäten des täglichen Lebens, die existenziellen Charakter haben, so vor allem bei der Körperpflege, bei der Ernährung, bei der Mobilität und bei der Kommunikation. Sie können sich weiter erstrecken auf Dienstleistungen medikalischer Art, z.B. die Verabreichung von Spritzen, die Ernährung mit Sonde, das Anlegen von Kathetern. Die Pflege im Krankenhaus umfasst eine Palette von Dienstleistungen, die insgesamt darauf gerichtet ist, die Patientinnen und Patienten zu heilen und sie wieder entlassen zu können. Hier hat Pflege ein anderes Ziel als insbesondere in der Alten- und Behindertenarbeit. Während Pflege im Krankenhaus vorübergehender Art ist, bleibt sie bei alten und

behinderten Menschen lebensbegleitend. Pflegeleistungen können auch eingebettet sein in ein Konzept besonderer Betreuung, wie es oft in der Behindertenarbeit der Fall ist. Nicht zur Pflege werden gerechnet Versorgungstätigkeiten im Umfeld der pflegebedürftigen Person, so insbesondere die hauswirtschaftliche Versorgung, wobei die Grenzen zur pflegerischen Tätigkeit jedoch manchmal fließend sein können.

Wird Pflege als Dienstleistung erbracht – und nur davon soll im Folgenden noch die Rede sein –, so bedeutet dies in der Regel eine enge persönliche und körperliche Kontaktnahme zwischen Pflegeperson und pflegebedürftiger Person. Dies gilt besonders für die Bereiche der Körperpflege und insgesamt für die direkten Tätigkeiten an der Person. Aber auch eine über das Körperliche hinausgehende Kontaktnahme ist gegeben, wenn es um Hilfen bei der Mobilität und bei der Kommunikation geht. Damit muss die Pflegeperson tief in die Lebenswelt der pflegebedürftigen Person eindringen. Die pflegebedürftige Person zahlt den Preis für die Unterstützung in ihrer Hilfeabhängigkeit mit dem Verlust von wesentlichen Elementen ihrer Persönlichkeits- und Intimsphäre. Dieser Verlust korreliert mit der Intensität und mit der Dauer der Hilfeabhängigkeit.¹ Nicht unerwähnt soll bleiben, dass diese personalen Nähesituationen durchaus dazu führen können, dass über die schon pflegebedingt erforderlichen Preisgaben hinaus auch Übergriffe mit strafrechtlicher Relevanz stattfinden können. Die pflegebedingte Nähesituation kann solche Übergriffe erleichtern oder sogar fördern.

Davon abgesehen erweist sich aber nicht nur der Eingriff in die Persönlichkeits- und Intimsphäre als oft notwendige Voraussetzung und Folge von Pflege als problematisch.² Ein wirksames Funktionieren von Pflege als Interaktion zwischen Personen setzt insgesamt die Stimmigkeit dieser Interaktion voraus. Ein wichtiges Element dieser Stimmigkeit kann darin gesehen werden, dass die pflegebedürftige Person Vertrauen in die Pflegeperson hat, und dies

¹ Zu diesen Fragen s. bereits Igl, Gerhard, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse, VSSR 1978, S. 201 ff. (233, 237 ff.). Der 52. Deutsche Juristentag (Wiesbaden 1978) hat sich diesen Fragen in seiner sozialrechtlichen Abteilung zugewandt. S. hier insbesondere das Gutachten E von Krause, Peter, Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?, insbesondere S. E 26 ff., E 105 ff., in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, 1978, Band I Gutachten. In dieser Richtung jüngst wieder Zacher, Hans F., Der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderungen, in: Igl, Gerhard/Welti, Felix (Hrsg.), Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaates für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation, 2001, S. 1 ff. (20 f.).

² Für die Eingriffssituation gibt es bereits besondere Regelungen, so bei Durchsuchung, auch mit Entkleidung verbundener Durchsuchung im Strafvollzug, die jeweils bei Männern nur von Männern bzw. in Gegenwart von Männern und bei Frauen nur von Frauen bzw. in Gegenwart von Frauen vorgenommen werden darf, vgl. § 84 Strafvollzugsgesetz. S. auch die gleichgelagerte ordnungsrechtliche Durchsuchungsregelung in § 203 Abs. 2 des Landesverwaltungsgesetzes Schleswig-Holstein.

nicht nur in Richtung auf ihre Handlungskompetenz, sondern auch in Richtung auf die Person als solche.

Wenn im Folgenden der Frage nach einem Recht auf geschlechtsspezifische Pflege nachgegangen wird, so ist diese Frage vor dem Hintergrund der vorstehend angesprochenen Probleme zu sehen. In der Bundesrepublik Deutschland wird diesen Problemen, soweit ersichtlich, weder institutionell noch rechtlich in besonderer Weise begegnet. Wo Pflege in Einrichtungen (Heimen, Krankenhäusern o.ä.) erbracht wird, begegnet die pflegebedürftige Person einer Institution, die ihren Personaleinsatz vornehmlich nach betriebswirtschaftlichen und fachlichen Gesichtspunkten regelt. Dies gilt in vergleichbarer Weise für die professionelle ambulante Pflege. Nur dort, wo pflegebedürftige Personen die Möglichkeit haben, in einem Umfeld von ehrenamtlicher, nachbarschaftlicher und familialer Pflege eine Auswahl zu treffen, kann sich das personale Pflegearrangement mehr nach den Vorstellungen der pflegebedürftigen Person richten. Gleiches gilt, wenn Möglichkeiten bestehen, Pflegepersonen in einem Arbeitsverhältnis mit der pflegebedürftigen Person zu beschäftigen.

Die problematische Ausgangssituation wird vor allem wie folgt geschildert: Wenn Pflegebedürftige den Wunsch äußern, nicht von einer bestimmten Person gepflegt zu werden, stellt sich die Frage, inwieweit diesem Wunsch auch unter Inkaufnahme möglicher Mehrkosten zu entsprechen ist. Dies gilt besonders, wenn eine pflegebedürftige Frau den Wunsch äußert, nicht von Männern gepflegt zu werden, denn in diesem Fall scheidet zum einen der kostengünstige Einsatz von Zivildienstleistenden aus. Zum anderen sind vergleichbar kostengünstige weibliche Pflegekräfte kaum zu finden, da eine Vollzeitpflege weder im Rahmen ehrenamtlicher Nachbarschaftshilfe geleistet werden kann, noch eine ausreichende Anzahl Frauen zur Verfügung steht, die ein freiwilliges soziales Jahr ableisten. Ein entsprechender Bedarf kann daher nur durch den Einsatz von weiblichen Vollzeitkräften gedeckt werden.³

Wendet man sich den Möglichkeiten zu, wie dem Wunsch einer pflegebedürftigen Person, von einer Person des eigenen Geschlechts gepflegt zu werden, Rechnung getragen werden kann, so ergeben sich folgende Ansätze:

³ Degener, Das ambulante Pflegerechtsverhältnis als Modell eines Sozialrechtsverhältnisses, S. 224 f.

- *Akzentuierung des Wunsch- und Wahlrechts bei Beibehalt des Sozialleistungsrechts:* Im Rahmen des gegebenen gesetzlichen Leistungsrahmens wird dem Wunsch nach individualisierter Leistungsgestaltung im Sinne geschlechtsspezifischer Pflege Rechnung getragen.
- *Verpflichtung des Leistungserbringers, dem Wunsch der pflegebedürftigen Person Rechnung zu tragen:* Der Leistungserbringer wird im Rahmen leistungserbringungsrechtlicher Vorschriften verpflichtet, seine Leistungserbringung so zu gestalten, dass er dem Wunsch nach geschlechtsspezifischer Pflege Rechnung tragen kann.
- *Veränderung des Sozialleistungsrechts:* Das Sozialleistungsrecht wird so ausgestaltet, dass sich die pflegebedürftige Person die Leistung selbst beschaffen kann; rechtlich kann dies durch einen Kostenerstattungsanspruch oder durch Vergabe eines eigenen Budgets für diese Leistung geschehen.

Die beiden letztgenannten Ansätze würden eine Veränderung des geltenden Rechts verlangen, während nach dem erstgenannten Ansatz zunächst zu prüfen ist, ob eine entsprechende Interpretation des geltenden Rechts bereits zu den gewünschten Lösungen führt. Ist dies nicht der Fall, müsste über mögliche Gesetzesänderungen nachgedacht werden. Gemäß dem Gutachtensauftrag konzentriert sich die nachfolgende Erörterung auf den erstgenannten Ansatz.

II. Das rechtliche Problem

Pflegeleistungen sind als ambulant oder stationär erbrachte Dienstleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V), in der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI) und in der Sozialhilfe (BSHG) vorgesehen. Pflegeleistungen sind weiter vorgesehen in der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII) und im Kriegssopferversorgungsrecht (Bundesversorgungsgesetz - BVG), auf das das gesamte soziale Entschädigungsrecht Bezug nimmt. Die beiden letzteren Gesetzesbereiche sollen jedoch gemäß dem Gutachtensauftrag außer Betracht bleiben.

Das Recht auf Pflegeleistungen ist im SGB V, im SGB XI und im BSHG als Anspruchsleistung, nicht als Ermessensleistung ausgestaltet. Bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen besteht mithin der Leistungsanspruch. Die rechtliche Grundsatzfrage, die sich aus der Gut-

achtersfrage ergibt, richtet sich nicht auf den Leistungsanspruch, sondern auf die Gestaltung der Leistung, also nicht auf das Ob, sondern auf das Wie der Leistung.

Im Sozialrecht ist man sich spätestens seit der Einführung des Sozialgesetzbuches (SGB) bewusst, dass die Gestaltung der Leistung ein wesentliches Element der Leistungserbringung insbesondere dann ist, wenn es sich um Dienstleistungen handelt. Dies kommt in sehr allgemeiner Weise in der für das gesamte Sozialrecht des SGB geltenden Vorschrift⁴ über die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten zum Ausdruck, die nach Art und Umfang nicht im einzelnen bestimmt sind (§ 33 Satz 1 SGB I). Da diese Voraussetzung bei Pflegeleistungen in der Regel gegeben ist, ist die Vorschrift also anwendbar. Damit sind gemäß der Vorschrift u.a. die persönlichen Verhältnisse und der Bedarf der oder des Leistungsberechtigten zu berücksichtigen. Dabei kann die leistungsberechtigte Person auch diesbezügliche Wünsche vorbringen, die, soweit sie angemessen sind, berücksichtigt werden sollen (§ 33 Satz 2 SGB I). Mit dieser Vorschrift besteht also ein Gebot für die Sozialleistungsträger zur Leistungsgestaltung im Sinne der Individualisierung von im Einzelnen nicht bestimmter Leistungen. Darüber hinaus sind aber auch Individualisierungsgebote in den einzelnen Sozialleistungsgesetze enthalten.

Die vorliegende Fragestellung ist auch vor verfassungsrechtlichem Hintergrund zu reflektieren. Das Verfassungsrecht bietet hierfür einige Ansatzpunkte. Neben dem Sozialstaatsprinzip sind vor allem die Menschenwürde, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Diskriminierungsverbot für behinderte Menschen und für Frauen sowie der allgemeine Gleichheitssatz heranzuziehen. Es wird zu sehen sein, ob und wie sich diese Verfassungsbestimmungen auf einen möglichen Leistungsgestaltungsanspruch auf geschlechtsspezifische Pflege auswirken.

Den Gegenstand der Untersuchung bildet daher die Frage, ob sich aus der derzeitigen Rechtslage ergibt, dass Pflegebedürftige einen Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen haben. Hierzu soll im Folgenden zunächst ein Normbefund der einfachgesetzlichen Vorschriften vorgenommen werden (Abschnitt C.). Danach sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu untersuchen (Abschnitt D.). Weiter wird das einfache Gesetz im Licht des Verfassungsrecht reflektiert (Abschnitt E.). Schließlich wird auf die gesetzgeberischen Erfordernisse eingegangen (Abschnitt F.).

⁴ Gemäß § 37 Satz 2 SGB I steht diese Vorschrift nicht unter dem Vorbehalt der Regelungen der besonderen Teil des SGB.

C. Einfachgesetzliche Grundlagen

Neben der für das gesamte Sozialrecht des SGB geltenden Vorschrift des § 33 SGB I sind für den Bereich der Teilhabe und Rehabilitation weiter einschlägig § 9 SGB IX, eine Vorschrift, die als einzige auch das Geschlecht als Leistungsgestaltungskriterium nennt, sowie in den Sozialleistungsgesetzen § 2 SGB XI und § 3 BSHG. Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung enthält keine spezifische Vorschrift zur Leistungsgestaltung.

I. Individualisierungsprinzip und Wunsch- und Wahlrecht (§ 33 SGB I)

§ 33 SGB I hat zwei Regelungsinhalte: das Individualisierungsprinzip (Satz 1) und das diesbezügliche Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten (Satz 2). Die Vorschrift gewährleistet den schon als Ausfluss der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) garantierten Anspruch, den Einzelnen nicht als Objekt der Verwaltung zu behandeln⁵. Weiter wird mit der Vorschrift dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) Rechnung getragen⁶.

1. Individualisierungsprinzip (§ 33 Satz 1 SGB I)

a) *Allgemeines zur Funktion der Vorschrift*

§ 33 Satz 1 SGB I findet nur Anwendung, wenn der Inhalt von Rechten und Pflichten nach Art und Umfang nicht im einzelnen bestimmt ist. Während die Pflichtenstellung der bzw. des Sozialleistungsberechtigten nicht von Interesse ist⁷, geht es hier darum, auf welche Rechte der Betroffenen das Individualisierungsprinzip Anwendung findet. Zunächst setzt die Vorschrift voraus, dass grundsätzlich ein Anspruch auf Leistungen besteht. Erst im Anschluss daran stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung der Rechte. Es geht also nicht um das „Ob“, sondern vielmehr um das „Wie“ der Leistung⁸. Ein Gestaltungsspielraum des Sozialleistungsträ-

⁵ Heinze, in SRH, B Rn. 39; von Maydell, GK-SGB I, § 33 Rn. 16; ähnlich Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 2.

⁶ Vgl. BT-Drs. 7/868, S. 27.

⁷ Siehe dazu Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 3.

⁸ Wertenbruch, in BK, § 33 Rn. 2; Wannagat, SGB I, § 33 Rn. 6; Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 2.

gers bei der Leistungserbringung besteht nur für den Fall, dass der Inhalt der Leistung noch konkretisierungsfähig ist. Dies ist bei Geldleistungen nicht der Fall, da diese in der Regel in der Höhe betragsmäßig festgelegt sind. Ihren wesentlichen Anwendungsbereich hat die Vorschrift infolgedessen bei Dienstleistungen⁹.

b) *Merkmal „persönliche Verhältnisse“*

Als erstes Kriterium bei der Ausgestaltung der Rechte der bzw. des Betroffenen nennt § 33 Satz 1 SGB I die „persönlichen Verhältnisse“. Zur Auslegung dieses Begriffs liegt bisher nur ein Urteil des Bundessozialgerichts vor¹⁰. Hierbei ging es um einen Mann, der aufgrund einer Vielzahl von Erkrankungen zu 100 Prozent in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert war. Das Bundessozialgericht (BSG) entschied, dass die „schweren Erkrankungen“ des Klägers und die sich daraus für ihn ergebenden Folgen zu seinen „persönlichen Verhältnissen“ im Sinne von § 33 Abs. 1 SGB I zu zählen sind. Einige andere Urteile zu dieser Vorschrift ordnen lediglich die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse an, ohne diese jedoch genauer zu definieren¹¹. Ob das Geschlecht hierzu zu zählen ist, wurde bisher in der Rechtsprechung nicht entschieden.

In der Literatur sind die Äußerungen zur Auslegung dieses Merkmals auch eher spärlich. So sollen davon diejenigen Merkmale umfasst sein, die den rechtlichen und sozialen Status des Individuums charakterisieren¹². Hierzu gehören danach die familiären und die gesundheitlichen Verhältnisse, das Einkommen und das Vermögen.

Angesichts der immer noch unterschiedlichen, anhand von Einkommen, beruflichem Status und Betreuungssituation in den Familien typisierten Lebenssituationen von Frauen und Männern ist davon auszugehen, dass der individuelle soziale Status jedenfalls auch durch das Ge-

⁹ Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 3 f.

¹⁰ BSG SozR 2200 § 1243 Nr 7.

¹¹ So BSG SozR 3 1200 § 33 Nr. 1, wo das Gericht feststellte, dass der Versicherte unter verschiedenen, aber gleichermaßen geeigneten und wirtschaftlichen Hilfsmitteln (hier: Elektromobil und Elektrostuhl) auch im Rahmen des Sachleistungsprinzips der Krankenversicherung gem. § 33 Abs. 1 SGB I die Wahl hat; eine bloße Anordnung der Anwendung des § 33 Abs. 1 SGB I enthalten LSG Berlin, SGB 2001, 503 und LSG Berlin L 6 An 33/84; schließlich hat das BSG (ErsK 1981, 105 f.) festgestellt, dass die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Berechtigten eine Pauschalierung der Leistung und eine typisierende Regelung auch durch Verwaltungsvorschriften nicht generell ausschließt.

¹² Wertenbruch, in BK, § 33 Rn. 15; Hauck/Noftz, SGB I, § 33 Rn. 4; Heinze, in SRH, B. Rn. 42.

schlecht mitbestimmt wird¹³. Das Geschlecht nimmt daher Einfluss auf die persönlichen Verhältnisse. Fraglich ist aber, ob dieses Merkmal für sich genommen unter den Begriff der „persönlichen Verhältnisse“ fällt. Die Antwort auf diese Frage muss anhand einer Wortlautauslegung, einer systematischen und einer teleologischen Auslegung gewonnen werden. Die historische Auslegung hilft nicht weiter¹⁴.

Der Begriff „persönliche Verhältnisse“ ist kein in der Rechtssprache üblicher oder allgemein verwendeter Begriff. In der Umgangssprache wird der Begriff vor allem verwendet, um die Umstände einer Person zu kennzeichnen, in der diese lebt. Häufig wird damit die familiäre Situation gemeint, auch die berufliche Situation, oder die Wohnsituation. In diesem eher engen Sinn verstanden würden also nur äußere Merkmale, die auf die Person wirken, unter den Begriff fallen, nicht jedoch Merkmale, die in der Person selbst gegeben sind, z.B. die psychische Situation, die individuelle Bewältigungsfähigkeit von Leiden, die vorhandenen Selbsthilfekapazitäten, oder eben auch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht. Es kann aber nicht gesagt werden, dass dieser Begriff ausnahmslos und unumgänglich nur in dieser engen Interpretation verstanden wird und damit praktisch eine rigorose Begrenzung der Wortlautbedeutung gegeben wäre. In der umgangssprachlichen Verwendung ist eine solche Begrenzung nicht auszumachen. Auch auf Gebieten, in denen die Erforschung oder Kenntnisnahme der persönlichen Verhältnisse eines Menschen erforderlich ist, so z.B. in der Sozialarbeit oder bei der Anamnese durch einen Arzt, werden diese Verhältnisse nicht ausschließlich auf die äußeren Umstände, sondern auch auf die direkten Umstände der Person bezogen¹⁵.

Als Ergebnis der Wortlautanalyse kann deshalb festgehalten werden, dass der Begriff der persönlichen Verhältnisse erstens keine rechtliche Vorprägung gefunden hat, und zweitens umgangssprachlich zwar vornehmlich auf die äußeren Lebensumstände einer Person bezogen

¹³ Siehe Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern vom 24. April 2002, S. 3 ff.

¹⁴ Siehe die Gesetzesbegründung zu § 33 SGB I in BT-Drucks. 7/868, S. 27: „Die Achtung vor der Menschenwürde und der Freiheit des einzelnen, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Ziel, so leistungsfähig wie möglich zu arbeiten, gebieten der Sozialverwaltung, im Interesse der berechtigten und verpflichteten Bürger auf die Umstände des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen, sofern und soweit das Gesetz einen Handlungsspielraum lässt. Diese Grundgedanken werden in Satz 1 und Satz 2 konkretisiert. Die Vorschrift knüpft an die Regelung des § 3 BSHG an. Das Wort „vertretbar“ in Satz 2 will zum Ausdruck bringen, dass auch die Belange des zuständigen Leistungsträgers berücksichtigt werden müssen.“

¹⁵ Vgl. hierzu für den Bereich der Medizin Fießl/Middeke, Anamnese und klinische Untersuchung, S. 35 ff.; Dahmer, Anamnese und Befund, S. 63 f.; Lange Anamnese und klinische Untersuchung, S. 42 ff.; für den Bereich der Sozialarbeit siehe Ohlmeier, in: Eyferth/Otto/Thiersch, Handbuch zur Sozialarbeit und Sozialpädago-

wird, jedoch nicht darauf begrenzt ist. Damit kann auch die Geschlechtszugehörigkeit einer Person zu den persönlichen Verhältnissen i.S.d. § 33 Satz 1 SGB I rechnen.

Sieht man den Begriff der persönlichen Verhältnisse in der Reihung der anderen Merkmale, die in § 33 Satz 1 SGB I leistungsindividualisierend wirken sollen, also dem Bedarf, der Leistungsfähigkeit und der örtlichen Verhältnisse, stellt sich das Merkmal der örtlichen Verhältnisse als äußeres, d.h. nicht personales Merkmal dar, während die Merkmale Bedarf und Leistungsfähigkeit wieder mehr mit der Person zusammenhängen. Diese beiden letzteren Merkmale stehen in einem Zusammenhang, weil sich der Bedarf auch nach der Leistungsfähigkeit einer Person richtet. Aus der systematischen Interpretation kann immerhin der Schluss gezogen werden, dass das Merkmal der persönlichen Verhältnisse in der Reihung der anderen Merkmale dasjenige ist, das den stärksten personalen Bezug aufweist. Im Vergleich mit den ebenfalls einen personalen Bezug aufweisenden kombinierten Merkmalen des Bedarfs und der Leistungsfähigkeit kann weiter der Schluss gezogen werden, dass es keine weiteren Merkmale gibt, die so direkt auf die Person der einzelnen Leistungsberechtigten Bezug nehmen wie das Merkmal der persönlichen Verhältnisse. Deshalb spricht viel dafür, den Begriff eher weit zu verstehen.

Bei einer am Sinn und Zweck der Vorschrift ausgerichteten Interpretation hat man die Individualisierung der Leistungsgestaltung im Vordergrund zu sehen. Die Person ist der Bezugspunkt des Leistungsgeschehens. An ihr hat sich die erforderliche Leistungsgestaltung zu orientieren. Danach kann es nicht angehen, eine künstliche Trennung zwischen inneren und äußeren Umständen einer Person vorzunehmen. Diese Umstände wirken aufeinander ein und stehen in einer Wechselbeziehung. Genau genommen können die direkten personalen Merkmale wie die Geschlechtszugehörigkeit für den Leistungsgestaltungsbedarf einer Person sogar entscheidender sein als die äußeren Umstände.

Die Geschlechtszugehörigkeit einer Person fällt deshalb unter den Begriff der „persönlichen Verhältnisse“ i.S.d. § 33 Satz 1 SGB I.

c) *Merkmal „Bedarf und Leistungsfähigkeit“*

Als weiteres zu berücksichtigendes Kriterium für die Ausgestaltung von Sozialleistungen nennt § 33 Satz 1 SGB I den Bedarf. Dieses Merkmal steht grammatikalisch und inhaltlich im Zusammenhang mit dem Merkmal der Leistungsfähigkeit („sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit“), während das weitere Merkmal der örtlichen Verhältnisse mit dem Bindewort „sowie“ angeschlossen ist. Bei einer gleichwertigen Reihung der Merkmale persönliche Verhältnisse, Bedarf, Leistungsfähigkeit und örtliche Verhältnisse hätte das letzte Merkmal nur mit „und“ angeschlossen werden dürfen. Dies ist aber nicht geschehen. Somit enthält § 33 Satz 1 SGB I nur drei Merkmale, die für die Individualisierung bei der Leistungsgestaltung entscheidend sind. Diese Auslegung ist auch insofern sinnvoll, als eine nur auf den Bedarf abstellende Leistungsgestaltung nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen und in der Regel typisierten Bedarfsfestlegung stattfinden kann. Allerdings ist auch zu sehen, dass das kombinierte Merkmal Bedarf und Leistungsfähigkeit wohl insgesamt wenig leistungsgestaltungsrelevant sein kann. Es wird nur dort zum Zuge kommen, wo der Leistungsrahmen verhältnismäßig offen ist, also bei bestimmten Geldleistungen wie etwa der Sozialhilfe (z.B. bei Leistungen nach §§ 15a, 15b BSHG).

Nach dieser Interpretation des kombinierten Merkmals Bedarf und Leistungsfähigkeit kann ein möglicherweise aus der Geschlechtszugehörigkeit resultierender Bedarf nicht unter diesen Begriff gezählt werden.

d) *Ergebnis*

Daraus folgt, dass das Individualisierungsprinzip des § 33 Satz 1 SGB I im Rahmen des Merkmals der persönlichen Verhältnisse des Leistungsberechtigten auch die Berücksichtigung der Geschlechtszugehörigkeit erfordern kann.

2. **Wunsch- und Wahlrecht (§ 33 Satz 2 SGB I)**

Bei der Ausgestaltung der Rechte und Pflichten soll den Wünschen der oder des Berechtigten entsprochen werden, soweit sie angemessen sind (§ 33 Satz 2 SGB I). Zu berücksichtigen ist

also auch die subjektive Einschätzung der betroffenen Person. So gesehen legt § 33 Satz 1 SGB I die objektiven, § 33 Satz 2 SGB I die subjektiven Elemente des Individualisierungsprinzips fest¹⁶. Hierbei spielen die Anliegen der oder des Betroffenen grundsätzlich erst dann eine Rolle, wenn mehrere Arten der Leistungsgestaltung eine bedarfsgerechte Lösung darstellen. Denn die Geeignetheit der Leistung zur Erfüllung des mit ihr verfolgten Zwecks ist grundsätzlich schon im Rahmen der objektiven Umstände, also unter § 33 Satz 1 SGB I zu prüfen¹⁷.

Bei Satz 2 des § 33 SGB I handelt es sich um eine Soll-Regelung. Daher ist der Wunsch der Leistungsempfängerin oder des Leistungsempfängers grundsätzlich zu berücksichtigen, es sei denn, dieser ist unangemessen. Ins Verhältnis zu setzen sind hier die Verwirklichung des Wunsches der Leistungsempfängerin oder des Leistungsempfängers einerseits und die Leistungsfähigkeit des Sozialleistungsträgers andererseits¹⁸. Hierbei geht es zwar insbesondere um die Frage, wie der finanzielle Aufwand des Wunsches zu bewerten ist. Die Frage der Wirtschaftlichkeit stellt jedoch nicht das einzige maßgebliche Kriterium dar, da hierdurch die Prüfung der Angemessenheit entwertet würde¹⁹. Weitere Aspekte können insbesondere die Verwaltungspraktikabilität sowie die Orientierung an den Leitprinzipien des jeweiligen Sozialleistungsbereichs und der konkreten Hilfeart sein²⁰.

II. Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten im Recht der Rehabilitation (§ 9 SGB IX)

¹⁶ Welti/Sulek, Die individuelle Konkretisierung des sozialrechtlichen Anspruchs auf Rehabilitation, VSSR 2000, S. 435, 460.

¹⁷ Welti/Sulek, VSSR 2000, S. 435, 462.

¹⁸ Welti/Sulek, VSSR 2000, 435, 462.

¹⁹ Krause/Nitsche, Wahlfreiheit des Leistungsempfängers und Bestimmungsrecht des Leistungsträgers – am Beispiel der Therapieeinrichtungen für Suchtkranke, ZfSH/SGB 1984, S. 51, 56.

²⁰ Vgl. Igl/Giese, Über den Begriff „unvertretbare Mehrkosten“ iSd § 3 Abs. 2 BSHG, ZfSH 1982, S. 65, 68 f.; die hier gefundenen Kriterien können auf die Auslegung von § 33 Abs. 1 SGB I übertragen werden, da § 3 BSHG das Vorbild war für § 33 Abs. 1 SGB I, siehe dazu Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 3, dort auch zu den Unterschieden zwischen § 33 SGB I und § 3 BSHG.; ausführlich zu den Kriterien der Angemessenheit von Mehrkosten siehe unten, Teil E. I. 3.

Pflegebedürftige Personen können auch zum Kreis der behinderten Menschen rechnen. Damit können für sie die Regelungen des am 1. Juli 2001 in Kraft getretene SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen) einschlägig sein.

In § 9 Abs. 1 SGB IX wird erstmals ausdrücklich das Geschlecht als eines derjenigen Merkmale genannt, die im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts der Leistungsberechtigten zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus gewährt Absatz 2 der Vorschrift erstmals das Recht, Sachleistungen als Geldleistungen ausführen zu lassen, wenn sie gleich wirksam und wirtschaftlich erbracht werden können. Daraus folgt, dass die behinderte Person ihren Wunsch nach geschlechtsspezifischen Leistungen durch die Anstellung selbst ausgewählter Assistenzkräfte erfüllen und hierfür vom Rehabilitationsträger Geld- statt Sachleistungen verlangen kann, wenn hierdurch eine gleichermaßen wirksame und wirtschaftliche Leistungserbringung gewährleistet wird.

Zu den sozialversicherungsrechtlichen Rehabilitationsträgern zählen gem. § 6 Abs. 1 SGB IX nur die Kranken-, Renten- und Unfallkassen sowie die Bundesanstalt für Arbeit, nicht jedoch die Pflegekassen. Aufgrund dessen hat das Merkmal des Geschlechts in § 9 SGB IX keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Erbringung von Pflegeleistungen im Rahmen der Pflegeversicherung. Nur soweit Pflegebedürftige im Sinne von § 14 SGB XI zugleich als behinderte Personen im Sinne von § 2 SGB IX zu qualifizieren sind, ist für sie mit der Neuregelung des § 9 Abs. 1 SGB IX klargestellt, dass die zu erbringenden *Teilhabeleistungen* nach dem Wunsch des oder der Leistungsberechtigten das Geschlecht der Pflegeperson zu berücksichtigen haben.

Demgegenüber könnten *Pflegeleistungen* ohne Berücksichtigung geschlechtsspezifischer Wünsche erbracht werden unter Berufung darauf, dass § 2 SGB XI eine Beachtung des Geschlechts im Gegensatz zu § 9 Abs. 1 SGB IX gerade nicht ausdrücklich vorsieht. Fraglich ist, ob der in § 9 Abs. 1 SGB IX im Zusammenhang des Wunsch- und Wahlrechts stehende Rechtsgedanke der Rücksichtnahme auf das Geschlecht auch auf diejenigen Vorschriften zu erstrecken ist, mit denen die Gestaltung von Pflegeleistungen gesteuert wird. Wenn es sich bei den Versorgungs- und Betreuungssituationen für pflegebedürftige und für behinderte Personen nämlich um vergleichbare Sachverhalte handelt, könnte in einer Ungleichbehandlung beider Sachverhalte eine Verletzung des speziellen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

bzw. des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG²¹ liegen. Auf diese Fragen ist im verfassungsrechtlichen Teil einzugehen²².

III. Pflegeversicherung

Im Bereich der Pflegeleistungen enthält § 2 SGB XI die wesentlichen Zielbestimmungen der Pflegeversicherung. Angestrebt wird gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB XI, dass den Pflegebedürftigen trotz ihrer Hilfsbedürftigkeit ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben ermöglicht werden soll. Darüber hinaus legt § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB XI den Grundsatz der aktivierenden Pflege fest. Schließlich enthält diese Vorschrift in Absatz 2 Satz 2 ein eigenes Wunschrecht der oder des Betroffenen, das ähnlich wie § 33 Satz 2 SGB I die Berücksichtigung der Wünsche unter dem Vorbehalt der Angemessenheit anordnet.

Absatz 1 Satz 1 und 2 der Vorschrift stellen Programmsätze dar, sie haben dementsprechend keinen unmittelbar normativen Gehalt²³. Bedeutung für die Ausgestaltung der Leistungserbringung gewinnt vor allem § 2 Abs. 2 SGB XI, der den Pflegebedürftigen ein Wunsch- und Wahlrecht auf die Berücksichtigung ihrer individuellen Anliegen verleiht²⁴. Dieses spezialgesetzliche Wunsch- und Wahlrecht dient gleichermaßen wie das allgemeine Individualisierungsprinzip des § 33 SGB I dem Schutz der Menschenwürde der Bürgerin und des Bürgers und soll verhindern, dass diese im Falle ihrer Hilfsbedürftigkeit einer existenziell bedrückenden Alternativlosigkeit ausgeliefert sind²⁵. Ein solcher Schutz ist insbesondere bei Pflegeleistungen notwendig, da die Situation der Pflegebedürftigkeit in der Regel mit Einschränkungen der freien Gestaltung der Lebensführung, mit Abhängigkeit und Fremdbestimmung durch Pflegekräfte verbunden ist und zu Eingriffen in die Privat- und Intimsphäre führt²⁶. Vor diesem Hintergrund bestimmt § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB XI, dass den Wünschen zur Gestaltung der Hilfe im Rahmen des Leistungsrechts entsprochen werden soll, soweit sie angemessen sind.

²¹ Zudem kommt eine Verletzung des speziellen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (Geschlecht) in Betracht, da wegen der Altersstruktur pflegebedürftiger Menschen zumeist Frauen den Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen äußern werden.

²² S. dazu unten Abschnitt E.

²³ Trenk-Hinterberger, in: Wannagat, SGB XI, § 2 Rn. 3 u. 6; Dalichau/Grüner/Müller-Alten, SGB XI, § 2 S. 5 f. mit Hinweis darauf, dass die Vorschrift Konkretisierungen für die Heranziehung des Betroffenen zu den Mehrkosten enthalte.

²⁴ Vgl. Dalichau/Grüner/Müller-Alten, SGB XI, § 2 S. 6 f.; Trenk-Hinterberger, in: Wannagat, SGB XI, § 2 Rn. 7 ff.

²⁵ Vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 89 zu § 2 d.E.

Da die Leistungserbringung durch Pflegekräfte, deren Geschlecht der oder die Pflegebedürftige ablehnt, einen Eingriff in deren Privat- und Intimsphäre darstellen²⁷, fällt auch der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB XI.

Problematisch ist, wie die Grenze zu ziehen ist, bis zu der die Wünsche der oder des Betroffenen nach solchen Leistungen als angemessen zu bewerten sind. Hinweise in der Literatur, wonach Wünsche, die den Normzweck vereiteln oder einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand darstellen²⁸, unangemessen sein sollen, führen im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter. Unangemessen sollen aber auch solche Wünsche sein, die unverhältnismäßige Mehrkosten verursachen²⁹. Zwar nennt § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB XI im Gegensatz etwa zu § 3 Abs. 2 Satz 3 BSHG die Mehrkosten nicht ausdrücklich. Daraus kann man jedoch nicht schließen, dass dieses Kriterium gänzlich unberücksichtigt bleiben soll. Vielmehr folgt aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB XI lediglich, dass Mehrkosten nicht vorrangig zu berücksichtigen sind, sondern bei der Individualisierung der Leistung neben anderen Kriterien die Angemessenheit des Wunsches mitbestimmen³⁰. Soweit in diesem Zusammenhang überhaupt Zahlen genannt werden, reicht der Maßstab bis zu 75 %³¹ der überdurchschnittlichen Kosten, die noch als zulässig erachtet werden. Hierbei handelt es sich um einen sehr weiten Maßstab, der nicht für alle Fälle gleichermaßen gelten dürfte. Vielmehr ist auf der Grundlage einer Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grundlagen festzustellen, welche Kriterien allgemein für die Bewertung der Angemessenheit wunschbedingter Mehrkosten heranzuziehen sind³².

IV. Sozialhilfe

²⁶ Trenk-Hinterberger, in Wannagat, SGB XI, § 2 Rn. 4

²⁷ Neumann, in Schulin, HS-PfV, § 20 Rn. 43 mit Hinweis auf Degener, Das ambulante Pflegerechtsverhältnis als Modell des Sozialleistungsverhältnisses, S. 224 ff.

²⁸ Trenk-Hinterberger, in: Wannagat, SGB XI, § 2 Rn. 12.

²⁹ Trenk-Hinterberger, in: Wannagat, SGB XI, § 2 Rn. 12.

³⁰ Vgl. Welti/Sulek, VSSR 2000, S. 435, 466, die allerdings zwischen der Prüfung der Angemessenheit und der Wirtschaftlichkeit trennen.

³¹ Diese Rechtsprechung ist an die Praxis in der Sozialhilfe angelehnt, siehe Trenk-Hinterberger, in: Wannagat, SGB XI, § 2 Rn. 12 mit Hinweis auf BVerwG, NJW 1983, 2586.

³² Siehe unten, Teil E.I.3.

§ 3 BSHG wurde im Rahmen des Bundessozialhilfegesetzes 1961 geschaffen und stellt die älteste Vorschrift dar, die das Individualisierungsprinzip für Sozialleistungen vorsieht³³. Dieser Grundsatz wurde später durch § 33 SGB I auf das gesamte Sozialrecht des SGB ausgedehnt³⁴ und erst danach in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung spezialgesetzlich festgeschrieben. § 33 SGB I und sein Vorbild, § 3 BSHG³⁵, sind jedoch nicht völlig gleichlautend. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass § 33 SGB I im Gegensatz zu § 3 BSHG nicht nur die Leistungsberechtigung, sondern auch die Pflichtenstellung der Hilfeberechtigten betrifft³⁶. Beide Vorschriften regeln andererseits insofern gleiche Sachverhalte, als sie jeweils nur die Ausgestaltung des Leistungsanspruchs betreffen³⁷. Soweit es also um die Gestaltung der sozialrechtlichen Hilfe geht, ist § 3 BSHG daher *lex specialis* zu § 33 SGB I³⁸.

Hinsichtlich des Verhältnisses der Sozialhilfe zur Sozialversicherung und zum Versorgungsrecht gilt Folgendes: Lange wurde das Individualisierungsprinzip des § 3 BSHG neben dem Nachranggrundsatz in § 2 BSHG als wesentliches Unterscheidungskriterium der Sozialhilfe gegenüber den Bereichen der Versicherung und Versorgung verstanden³⁹. Mit Einführung des § 33 SGB I ist der Individualisierungsgrundsatz zwar auf alle besonderen Sozialleistungsbereiche des SGB ausgedehnt worden. Trotzdem hat dieser Grundsatz in der Sozialhilfe nach wie vor gegenüber den anderen Sozialleistungsbereichen eine besonders herausragende Stellung. Bereits die Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfe richtet sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben nach dem individuellen Bedarf. Die nach dem Bedarf zu erbringenden Leistungen sind anhand der Besonderheiten des Einzelfalls zu ermitteln, die in Absatz 1 des § 3 BSHG beispielhaft aufgezählt sind⁴⁰. Darüber hinaus ordnet Absatz 2 des § 3 BSHG die Berücksichtigung der Wünsche des Hilfeempfängers an. Hierbei handelt es sich um eine Soll-Vorschrift, so dass nur in atypischen Ausnahmefällen das Wunschrecht der oder des Betroffenen unberücksichtigt bleiben kann⁴¹. Die Beschränkung dieses Wunschrechts schreibt Satz 3 des § 3 Abs. 3 fest. Danach braucht der Träger der Sozialhilfe solchen Wünschen nicht

³³ Welti/Sulek, VSSR 2000, S. 453, 463.

³⁴ Schellhorn, Walter/Schellhorn, Helmut, Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz, 16. Aufl., 2002, § 3 Rn. 6.

³⁵ Aus Art. II § 14 SGB I ergibt sich, dass § 3 Abs. 1 u. 2 BSHG nicht aufgehoben ist, so dass für die Sozialhilfe eine Sonderregelung i.S.v. § 37 S. 1 SGB I besteht. Wegen § 37 S. 2 SGB I bleibt daneben allerdings § 33 SGB I anwendbar.

³⁶ Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 3; von Maydell, in: GK-SGB I, § 33 Rn. 1; Schellhorn/Schellhorn, BSHG, § 3 Rn. 6.

³⁷ Mrozynski, SGB I, § 33 Rn. 2; BVerwGE 91, 114, 116 zu § 3 Abs. 2 BSHG.

³⁸ Vgl. Hauck/Noftz, SGB I, § 33 Rn. 7.

³⁹ Fichtner, BSHG, § 3 Rn. 3.

⁴⁰ BVerwGE 75, 168, 170.

zu entsprechen, die mit unvertretbaren Mehrkosten verbunden sind. Im Hintergrund dieser Vorschrift steht der Gedanke, dass die notwendigen Mittel zur Gewährleistungen der Sozialhilfe von der Gemeinschaft zur Verfügung gestellt werden und daher sachgerecht eingesetzt werden sollen⁴².

Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu im Bereich des Wohngelds (Unterkunftskosten) grundlegende Kriterien entwickelt, um die Angemessenheit von Wünschen der Hilfeempfänger zu beurteilen. Die Abwägungsgesichtspunkte, die gegeneinander zu stellen sind, bilden danach die Mehrbelastung des Sozialhilfehaushalts einerseits und die Gründe der oder des Hilfeempfängers für deren Wünsche andererseits⁴³. Im Bereich der Hilfe zur Miete ist für die Beurteilung der entstehenden Kosten zunächst abstrakt der Spielraum der marktüblichen Mietzinsen für vergleichbaren Wohnraum zu ermitteln, innerhalb dessen noch von einem angemessenen Mietzins ausgegangen werden kann. Darüber hinaus ist zu festzustellen, ob im konkreten Fall tatsächlich eine kostengünstigere Wohnung für die oder den Betroffenen verfügbar ist⁴⁴. Wie das BVerwG in diesem Zusammenhang betont, erschöpft sich die Frage nach der (Un-)Verhältnismäßigkeit wunschbedingter Mehrkosten jedoch nicht in einem rein rechnerischen Kostenvergleich⁴⁵. Der Mehrkostenvorbehalt in § 3 Abs. 2 S. 3 BSHG „verlangt vielmehr auch eine wertende Betrachtungsweise“⁴⁶. Diese dürfte gerade dann umso notwendiger sein, wenn es um die Erbringung von Pflegeleistungen geht, die geeignet sind, in erheblichem Maße in den Intim- und Persönlichkeitsbereich der Betroffenen einzugreifen. Denn in diesem Bereich sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in die betroffenen Grundrechte⁴⁷ erheblich höher als bei der freien Gestaltung des Wohnumfeldes, die lediglich unter dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG steht.

Diese wertende Betrachtung dürfte auch den Entscheidungen des VGH Kassel zugrunde gelegen haben, bei denen zu würdigen war, ob einem Hilfsbedürftigen die gewünschte kostenaufwendigerer Hilfe zur Pflege zu Hause anstatt in einem Heim zu gewähren ist. Hierbei wurde dargelegt, dass die niedrigeren Kosten der Hilfe in einem Heim dann nicht den Kosten der gewünschten Hilfe gegenüber gestellt werden dürfen, wenn es dem Hilfeempfänger aus be-

⁴¹ BVerwGE 56, 220, 223.

⁴² BVerwGE 65, 52, 55.

⁴³ BVerwGE 97, 110, 113.

⁴⁴ So zusammenfassend BVerwGE 101, 194, 197 f.

⁴⁵ BVerwGE, 97, 110, 116.

⁴⁶ BVerwGE, a.a.O.

sonderen Gründen des Einzelfalls nicht zumutbar ist, in einem Heim zu leben⁴⁸. Zudem ist nach dieser Rechtsprechung die Grenze der unverhältnismäßigen Mehrkosten höher anzusetzen, wenn für die gewünschte häusliche Hilfe die grundsätzliche Vorrangentscheidung des Gesetzgebers für offene Hilfen in § 3 Abs. 2 Satz 2, § 3 a BSHG spricht, als wenn dies nicht der Fall ist⁴⁹.

Im Bereich der Pflege werden Leistungen der Sozialhilfe insbesondere dann relevant, wenn die Leistungen der Pflegeversicherung oder anderer vorrangig verpflichteter Leistungsträger den Bedarf der oder des Betroffenen nicht abdecken und deswegen ergänzende Leistungen der Sozialhilfe gem. §§ 68 ff. BSHG beantragt werden. Hierzu kann es gerade auch dann kommen, wenn von der oder dem Pflegebedürftigen Pflegekräfte eines bestimmten Geschlechts angefordert werden und diesem Wunsch im Rahmen der „normalen“ Pflegeleistungen nicht durch höhere Kostenaufwendungen der Pflegekasse entsprochen werden kann. Grundsätzlich ist die Abdeckung solcher Mehrkosten durch die Sozialhilfeträger möglich, da die Pflegeleistungen nach dem BSHG über den Leistungsrahmen des SGB XI hinausgehen und neben der Grundversorgung der Pflegebedürftigen die Gesamtversorgung im häuslichen Bereich sicherstellen sollen⁵⁰. Wie das VG Lüneburg festgestellt hat, folgt hieraus für das Verhältnis zwischen häuslicher Pflege und Heimpflege, dass die Kosten einer häuslichen Pflege auch dann noch angemessen sein können, wenn sie über den Kosten einer entsprechenden Heimpflege liegen⁵¹. Des Weiteren hat das OVG Münster inzwischen zur Angemessenheit besonderer Pflegekräfte festgestellt, dass sich die Kostengrenze ausschließlich aus dem Kriterium der Angemessenheit ergibt, aus der Angemessenheit selbst aber keine absolute Kostengrenze für die wunschbedingte Mehrkosten abgeleitet werden kann⁵². Eine solche absolute Kostengrenze annehmen zu wollen, lässt sich mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbaren, „weil dann an sich angemessene Kosten allein wegen Überschreitung einer fixen Kostengren-

⁴⁷ Zur sog. Sphärentheorie siehe Pieroth/Schlink, Rn. 376 sowie unten Abschnitt D.III.

⁴⁸ VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 562, 562; VGH Kassel, ZfSH/SGB 1992, 82, 83; siehe auch VG Kassel, AZ 5/4 G 2449/93; Andererseits kann der Träger der Sozialhilfe im Einzelfall trotz des in § 3 Abs. 2 und § 3 a BSHG zum Ausdruck gebrachten Vorrangs der offenen oder ambulanten Hilfen berechtigt sein, die Hilfe zur Pflege auf den Betrag zu begrenzen, der zu übernehmen wäre, wenn der Hilfeempfänger in einer stationären Einrichtung lebte und nicht – wie er es wünscht – in seiner privaten Wohnung von Pflegekräften, die er selbst angestellt hat, betreut wird. So jedenfalls VGH Kassel, ZfSH/SGB 1991, 367 in einem Fall, in dem die zu übernehmenden Kosten des Heimaufenthalts weniger als die Hälfte der Kosten der häuslichen Pflege betragen.

⁴⁹ So insbesondere VGH Kassel, ZfSH/SGB 1992, 82, 83; VFG Kassel NVwZ-RR 1991, 562, 562.

⁵⁰ VG Lüneburg, Beschl. v. 4. Juni 1996, RsDE 36, 112, 116.

⁵¹ VG Lüneburg a.a.O.

⁵² OVG Münster, ZfS 1992, 235, 236.

ze ungedeckt bleiben⁵³. Nach dem OVG Münster sind insoweit durchaus besondere Umstände denkbar, die dazu führen können, „dass selbst sehr hohe Betreuungskosten in der eigenen Wohnung noch sozialhilferechtlich angemessen sein können“⁵⁴.

Die einzige gerichtliche Entscheidung, bei der ausdrücklich die Angemessenheit des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Leistungen zu beurteilen war, liegt mit einem Urteil des hessischen VGH aus dem Jahr 1987 vor⁵⁵. Hierbei ging es um eine 23-jährige Studentin, die wegen einer schweren Behinderung nach ärztlichem Befund 15 Stunden täglich auf fremde Pflegekräfte angewiesen war. Sie wollte in ihrer eigenen Wohnung leben und nicht in einem Pflegeheim untergebracht werden. Die erforderliche Pflege wollte sie nicht von Zivildienstleistenden, also von Männern, sondern nur von weiblichen Pflegekräften durchführen lassen. Sie beantragte die Übernahme der hierdurch entstehenden Mehrkosten durch den zuständigen Sozialhilfeträger, dieser sollte die Kosten als ergänzende Leistungen zur Pflege im Sinne von §§ 68 ff. BSHG ersetzen. Der VGH Kassel entschied, dass der Studentin die Erbringung der Pflegeleistungen, die sich auch auf den Intimbereich beziehen, durch Männer nicht zumutbar sei; die Frau brauche sich nicht auf eine kostengünstigere Pflege durch Zivildienstleistende verweisen zu lassen. Allerdings könne sie die Übernahme der notwendigen Pflegekosten nur bis zur Höhe der für ein Pflegeheim aufzubringenden Kosten beanspruchen. Hieraus ergibt sich, dass die Studentin de facto vor die Alternative gestellt war, entweder in eine eigene Wohnung zu ziehen, dafür aber auf den Wunsch nach ausschließlich weiblichen Pflegekräften verzichten zu müssen, oder wieder ins Pflegeheim zu ziehen, um so der unerwünschten Pflege durch Männer zu entgehen, dafür aber ohne die selbständige Ausgestaltung der Wohnsituation verwirklichen zu können. Festzuhalten ist allerdings, dass dem Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen nach Ansicht des VGH Kassel jedenfalls grundsätzlich entsprochen werden musste.

Dieser Normbefund sowie die Analyse einschlägiger Entscheidungen zeigen, dass der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen auch im Bereich der ergänzenden Pflegeleistungen des Sozialhilferechts Berücksichtigung finden kann. Ob dieser auch regelmäßig berücksichtigt werden muss bzw. welche Kriterien für die Beurteilung der Angemessenheit wunschbedingter Mehrkosten gelten, wird – gleichermaßen wie für den Bereich der Pflegever-

⁵³ OVG Münster, a.a.O.

⁵⁴ OVG Münster, a.a.O.

sicherung - im Anschluss an die Ermittlung der verfassungsrechtlichen Grundlagen zu erörtern sein.

V. Krankenversicherung

Im Recht der Krankenversicherung ist das Individualisierungsprinzip nicht spezialgesetzlich normiert. Für die Leistungen der Krankenversicherung gilt vielmehr gem. § 37 Satz 1 SGB I der allgemeine Grundsatz über die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten in § 33 SGB I. Dies ergibt sich auch aus § 37 Satz 2 SGB I, wonach der Vorbehalt spezialgesetzlicher Regelungen für § 33 SGB I gerade nicht gilt. Somit kommt § 33 SGB I im Bereich des Krankenversicherungsrechts unmittelbar zur Anwendung. Danach sind, wie oben bereits dargelegt wurde, bei der Ausgestaltung der Leistungen die persönlichen Verhältnisse der Versicherten zu berücksichtigen, wozu auch das Geschlecht gehören kann.

Bei der gesamten Leistungserbringung im Recht der Krankenversicherung ist allerdings grundsätzlich zu beachten, dass sie umfassend unter dem Primat der Wirtschaftlichkeit steht⁵⁶, was insbesondere aus den §§ 2, 12 und 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V hervorgeht. So bestimmt § 2 Abs. 1 SGB V, dass die Krankenkassen den Versicherten die Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zur Verfügung stellen. Absatz 4 des § 2 SGB V bringt ebenso wie das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V zum Ausdruck, dass die Leistungen der Krankenversicherung ausreichend, wirtschaftlich und zweckmäßig zu sein haben und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. Dies wird in ähnlicher Form in § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V wiederholt. Die genannten Begriffsmerkmale geben dem Wirtschaftlichkeitsbegriff ihr Gepräge⁵⁷. Ausreichend ist eine Leistung dann, wenn sie nach Umfang und Qualität hinreichend Chancen für einen Heilerfolg bietet⁵⁸. Zweckmäßig ist sie, wenn sie auf eines der in § 11 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 SGB V genannten Ziele (Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten) objektiv ausgerichtet und auch hinreichend wirksam ist⁵⁹. Notwendig ist sie schließlich dann, wenn sie objektiv erforderlich ist, um eines der genannten

⁵⁵ VGH Kassel, ZfSH/SGB 1988, 314 – Leitsätze.

⁵⁶ Schneider, in: SchulIn HS-KV § 22 Rn. 4.

⁵⁷ Schneider, in: SchulIn HS-KV § 22 Rn. 6.

⁵⁸ BSGE 55, 188, 193.

⁵⁹ BSGE 52, 70, 73 f.

Ziele zu erreichen⁶⁰. Diese Mittel-Zweck-Relation verdeutlicht, dass der Begriff der Wirtschaftlichkeit im Sinne eines ökonomischen Prinzips auszulegen ist⁶¹. Nur diejenige Leistung ist wirtschaftlich, bei der das günstigste Verhältnis zwischen Aufwand und Wirkung besteht⁶². Mit dem Einsatz geringster Mittel ist der größtmögliche Erfolg zu erzielen⁶³. Diese Maßstäbe gelten bei der Leistungserbringung neben den allgemeinen Grundsätzen des SGB I. Für die Berücksichtigung des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen kommt es somit wesentlich auf das Verhältnis zwischen dem Individualisierungsprinzip des § 33 Abs. 1 SGB I und dem Wirtschaftlichkeitsprinzip an.

Dieses Verhältnis soll hier nicht abstrakt für alle Leistungsarten der Krankenversicherung bestimmt werden. Vielmehr ist insoweit eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Leistungsarten notwendig. Entsprechend dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sollen dabei nur solche Leistungsarten berücksichtigt werden, bei denen der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen im Rahmen von Leistungen der Krankenversicherung relevant werden kann. Hierbei handelt es sich um die ärztliche Behandlung (§ 28 SGB V), um die häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V) sowie um die Krankenhausbehandlung (§ 39 SGB V).

Pflegebedürftige Personen bedürfen im Regelfall der wiederholten ärztlichen Betreuung. In diesen Fällen kann es dazu kommen, dass ein Patient oder eine Patientin nur von einem Arzt oder nur von einer Ärztin behandelt werden will. Grundsätzlich haben die Versicherten gem. § 76 Abs. 1 SGB V das Recht der freien Arztwahl zwischen denjenigen Ärztinnen und Ärzten, die aufgrund einer Zulassung oder einer Ermächtigung berechtigt sind, an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen⁶⁴. Eingeschränkt ist diese freie Arztwahl gemäß den Absätzen 2 und 3 des § 76 SGB V dann, wenn der oder die Versicherte ohne zwingenden Grund einen anderen als den nächsterreichbaren Arzt aufsuchen⁶⁵ oder den Arzt innerhalb eines Kalender- vierteljahres wechseln will. In der Regel dürften die einzelnen Leistungsberechtigten jedoch in

⁶⁰ Höfler, in: KassKomm, SGB V, § 12 Rn. 28.

⁶¹ Schneider, in: HS-KV, § 22 Rn. 6.

⁶² Höfler, in: KassKomm, SGB V, § 12 Rn. 29.

⁶³ BSGE 56, 197, 198.

⁶⁴ Hess, in: KassKomm, SGB V, § 76 Rn. 3; Klückmann, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 76 Rn. 9, siehe auch § 95 Abs. 1 SGB V; ggf. ist eine Überweisung notwendig, wenn eine spezialisierte Behandlung erforderlich ist, vgl. Hess, in: KassKomm, SGB V, § 76 Rn. 4.

⁶⁵ Zu diesem Ausnahmefall vgl. Hess, in: KassKomm, SGB V, § 76 Rn. 19; Klückmann, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 76 Rn. 18.

ihrer näheren Umgebung den gewünschten Arzt oder die gewünschte Ärztin finden. Pflegebedürftige werden in der Regel durch einen zuständigen Hausarzt oder eine Hausärztin betreut. Gerade in diesem Bereich ist die flächendeckende Versorgung aber so weit gewährleistet⁶⁶, dass Pflegebedürftige sich ihren Wunsch nach geschlechtsspezifischer Behandlung im Rahmen der freien Arztwahl erfüllen können.

Problematischer stellt sich die Situation demgegenüber im Bereich der häuslichen Krankenpflege dar, die gem. § 37 SGB V⁶⁷ neben der ärztlichen Behandlung durch geeignete Pflegekräfte erbracht wird. Hierbei ist zum einen zu beachten, dass solche Leistungen der Krankenversicherung nur dann erbracht werden, wenn es um Behandlungspflege geht. Bedarf allein an Grundpflege löst im Rahmen der häuslichen Krankenpflege keine Leistungsverpflichtung aus⁶⁸. Zum anderen spielt – wie bereits oben dargelegt wurde – das Wirtschaftlichkeitsgebot in der Krankenversicherung eine wesentliche Rolle⁶⁹.

Für den Bereich der häuslichen Krankenpflege wird das besondere Gewicht des Wirtschaftlichkeitsprinzips speziell daraus ersichtlich, dass sie die kostenaufwändige stationäre Behandlung ersetzen soll⁷⁰. Es ist diejenige häusliche Behandlungspflege zu gewähren, die objektiv geeignet ist, die Krankheit der pflegebedürftigen Person zu heilen, wobei die Krankheit nicht in der Pflegebedürftigkeit selbst zu sehen ist, sondern in einem darüber hinausgehenden regelwidrigen Körper- und Geisteszustand⁷¹, der behandlungsbedürftig ist. Da die häusliche Krankenpflege im Wesentlichen auf die baldige Genesung ausgerichtet ist, bleibt hier für die Berücksichtigung individueller Wünsche der Betroffenen weniger Raum als im Bereich der

⁶⁶ So waren im Jahre 2000 in Deutschland 185360 niedergelassene Ärzte und 109316 niedergelassene Ärztinnen tätig, siehe Nachweise des Statistischen Bundesamts, <http://www.destatis.de/basis/d/gesu/gesutab2.htm>.

⁶⁷ Gemäß § 13 Abs. 2 SGB XI bleiben die Leistungen der häuslichen Krankenpflege von der Pflegeversicherung unberührt. Dementsprechend ruhen gem. § 34 Abs. 2 S. 1 SGB XI bestimmte Leistungen der Pflegeversicherung unter den dort genannten Voraussetzungen.

⁶⁸ Da die Grund- und die Behandlungspflege sowie die hauswirtschaftliche Versorgung gem. § 37 Abs. 1 S. 1 SGB V an die Stelle einer Krankenhausbehandlung treten (Krankenhausersatzpflege), umfassen sie im Grundsatz alle diejenigen Maßnahmen, die ansonsten im Rahmen einer stationären Behandlung erbracht werden, vgl. BSGE 50, 73, 76 f.; hierzu gehören rein pflegerische Maßnahmen, wie sie im Rahmen der Grundpflege i.S.v. § 37 Abs. 1 S. 2 SGB V zu erbringen sind, nicht. Vgl. Schneider, in: Schulin HS-KV § 22 Rn. 322; Für die Behandlungssicherungspflege gem. § 37 Abs. 2 SGB V kommen Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung ohnehin nur als satzungsmäßige Mehrkosten in Betracht, siehe § 37 Abs. 2 S. 2 u. 3 SGB V.

⁶⁹ Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Recht der Pflegeversicherung (§ 29 SGB XI) ist der entsprechenden Vorschrift des Krankenversicherungsrechts (§ 12 SGB V) nachgebildet. Demgegenüber ist das Gebot zur wirtschaftlichen Ausrichtung der Leistungserbringung im Recht der Rehabilitation nur im Zusammenhang mit der Koordination der Leistungen in § 10 Abs. 1 S. 2 SGB IX geregelt.

⁷⁰ BSGE 30, 144, 146; 83, 254; Höfler, in: KassKomm, SGB V, § 37 Rn. 6.

⁷¹ Vgl. allg. zur Definition des Krankheitsbegriffs BSGE 13, 134, 136, 33, 9, 10; Kummer, in: Schulin HS-KV, § 20 Rn. 18 ff.; Gitter/Schmitt, Sozialrecht, § 9 Rn. 31 ff.

Pflege. Gerade wegen dieser wirtschaftlichen Ausrichtung der Leistung kann der Wunsch nach geschlechtsspezifischer Behandlungspflege nach der geltenden Rechtslage wohl nur dann Berücksichtigung finden, wenn er keine Mehrkosten verursacht oder wenn er beispielsweise wegen der psychischen Situation der Patientin oder des Patienten objektiv geboten ist, um den Behandlungserfolg nicht zu gefährden⁷².

Der dritte und letzte Bereich, in dem der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen relevant werden kann, ist die Krankenhausbehandlung gem. § 39 SGB V. Sie soll gem. Satz 2 des § 39 Abs. 1 SGB V nur dann gewährt werden, wenn die Aufnahme nach Prüfung durch das Krankenhaus erforderlich ist, weil das Behandlungsziel nicht durch teilstationäre, vor- oder nachstationäre oder ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden kann. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des § 12 SGB V muss die notwendige stationäre Behandlung somit nur mit den besonderen Mitteln eines Krankenhauses durchgeführt werden können⁷³. Sie umfasst gem. § 39 Abs. 1 Satz 3 SGB V im Rahmen des Versorgungsauftrags des Krankenhauses alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung erforderlich sind. Hierzu gehören in Abgrenzung zu den Leistungen der Pflegeversicherung wiederum nicht die Fälle, bei denen die erforderliche Pflege im Vordergrund steht⁷⁴.

In allen diesen Aspekten liegt für den Bereich der Krankenhausbehandlung eine besondere Ausgestaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots. Daher ist hier im Anschluss an das oben im Rahmen der häuslichen Krankenpflege gefundene Ergebnis davon auszugehen, dass der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen bei der Krankenhausbehandlung im Rahmen des geltenden Rechts nur ganz eingeschränkt berücksichtigt werden kann.

Neben der gesetzlichen Situation soll in diesem Zusammenhang auf eine in der Praxis auftretende Schwierigkeit hingewiesen werden. Die Verwirklichung des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen dürfte sich nämlich auch vor dem organisatorischen Hintergrund des Krankenhausbetriebes als äußerst schwierig erweisen. Die Dienstpläne müssen zur Koordinierung der verschiedenen Arbeitskräfte längere Zeit im Voraus geplant wer-

⁷² Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Situation, nicht von einer Pflegeperson des gewünschten Geschlechts gepflegt zu werden, gerade wegen der zeitlichen Begrenzung der Krankenpflege für den Patienten oder die Patientin leichter erträglich sein dürfte als im Bereich der dauerhaft angelegten Pflege.

⁷³ Std. Rspr., z.B. BSG SozR 2200 § 184 Nr. 28.

den. Außerdem kann der Bedarf an Pflegekräften eines bestimmten Geschlechts ad hoc auftreten, wenn Patienten oder Patientinnen unerwartet ins Krankenhaus eingeliefert werden. Wenn in diesen Fällen ein Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen bestünde, wäre die organisatorische Überforderung der Krankenhäuser die wohl absehbare Folge. Wegen dieser besonderen Umstände ist daher davon auszugehen, dass der Wunsch nach Pflegekräften eines bestimmten Geschlechts vielleicht im Einzelfall aufgrund konkreter Absprache vor Ort verwirklicht werden kann, dass von einer rechtlichen Ausformung in diese Richtung aber auch vor dem Hintergrund des grundsätzlich anwendbaren Individualisierungsprinzips des § 33 Abs. 1 SGB I bei der Krankenhausbehandlung nicht ausgegangen werden kann.

VI. Zusammenfassung

Die Untersuchung der einfachgesetzlichen Vorschriften im Hinblick auf einen Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen ergibt somit ein uneinheitliches Bild für die unterschiedlichen Sozialleistungsbereiche. Aus dem allgemeinen Individualisierungsprinzip des § 33 Satz 1 SGB I folgt, dass im Rahmen des Merkmals der persönlichen Verhältnisse der Leistungsberechtigten auch ihre Geschlechtszugehörigkeit zu berücksichtigen sein kann. Allerdings steht die Berücksichtigung des Wunsch- und Wahlrechts in § 33 Satz 2 SGB I unter dem Vorbehalt der Angemessenheit. Dieser Zielkonflikt zwischen dem Individualisierungsprinzip einerseits und dem Gebot der Angemessenheit entstehender Mehrkosten andererseits zieht sich durch alle hier interessierenden Sozialleistungsbereiche. So ist zwar im neu geschaffenen Recht der Rehabilitation erstmals in § 9 Abs. 1 Satz 2 SGB IX ausdrücklich angeordnet, dass bei der Leistungserbringung auf das Geschlecht Rücksicht zu nehmen ist. Auch hierbei ist jedoch § 33 Satz 2 SGB I zu beachten, so dass nur angemessene Wünsche zu beachten sind⁷⁵. Dennoch ist festzuhalten, dass wegen der nunmehr erfolgten gesetzlichen Normierung dem Geschlecht im Recht der Rehabilitation erhebliche Bedeutung zukommt. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundlagen bleibt im Anschluss allerdings zu untersuchen, ob die Grundsätze des § 9 Abs. 1 Satz 2 SGB IX wegen Diskriminierung anderer Pflegebedürftiger auch auf andere Sozialleistungsbereiche auszudehnen sind.

⁷⁴ Zu dieser Abgrenzung siehe Höfler, in: KassKomm, SGB V, § 39 Rn. 21.

⁷⁵ Götze, in Hauck/Noftz, SGB IX § 9 Rn. 4.

Sowohl im Recht der Pflegeversicherung als auch im Recht der Sozialhilfe ist bei der Leistungserbringung im Rahmen des Wunsch- und Wahlrechts in § 2 Abs. 2 SGB IX und § 3 Abs. 2 BSHG die Geschlechtszugehörigkeit zu berücksichtigen. In beiden Leistungsbereichen ist jedoch erneut der Vorbehalt der Angemessenheit (wie ihn § 33 Abs. 1 Satz 2 SGB I anordnet) wiederholt, so in § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB XI und in § 3 Abs. 3 BSHG. Für den Bereich der Sozialhilfe hat die Rechtsprechung festgestellt, dass der Mehrkostenvorbehalt eine wertende Betrachtungsweise des Einzelfalls erfordert. Im Rahmen der Erbringung von ergänzenden Pflegeleistungen an eine junge Frau hat der VGH Kassel entschieden, dass eine Pflege durch Männer, die sich auch auf den Intimbereich bezieht, unzumutbar ist.

Die rechtliche Situation innerhalb der Krankenversicherung stellt sich wiederum für die verschiedenen Leistungsbereichen unterschiedlich dar. Während sich die Patientin oder der Patient im Rahmen der freien Arztwahl den Wunsch nach geschlechtsspezifischer Leistung regelmäßig selbst erfüllen kann, wird dies bei der häuslichen Krankenpflege sowie vor allem bei der Krankenhausbehandlung nur in ganz besonderen Ausnahmefällen möglich sein. In diesem Zusammenhang wirkt sich die umfassende Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Recht der Krankenversicherung aus. Wegen der kurzfristigen Ausrichtung der Leistungserbringung erscheint dies im Bereich der Krankenleistungen allerdings am ehesten hinnehmbar.

D. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Für die Frage des Rechts von Pflegebedürftigen auf Pflegekräfte des eigenen Geschlechts ergeben sich aus der Verfassung verschiedene Ansatzpunkte. Zunächst ist zu untersuchen, ob sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG möglicherweise Anforderungen für die Ausgestaltung von Pflegeleistungen ableiten lassen. Da durch die Pflegeleistungen regelmäßig in die „engere persönliche Lebenssphäre“ des oder der Pflegebedürftigen eingegriffen wird, sind darüber hinaus die Maßstäbe des allgemeine Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu erörtern. Hierbei liegt das besondere Gewicht auf der Frage, inwieweit sich aus der Schutzpflicht des Staates für pflegebedürftige Menschen konkrete Vorgaben für das Recht auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen ableiten lassen. Schließlich können der allgemeine bzw. auch die speziellen Gleichbehandlungsgrundsätze einschlägig sein, soweit Pflegebedürftige als Behinderte im Sinne des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 3 Satz 2

GG) angesehen werden oder Frauen in spezifischer Art und Weise von der typisierten Ausgestaltung der Pflegeleistungen betroffen werden (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG).

I. Sozialstaatsprinzip

Die erste Handlungspflicht, die dem Gesetzgeber im Bereich des Sozialrechts durch die Verfassung auferlegt wird, ist im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegt. Der Staat ist danach zum korrigierenden Eingreifen verpflichtet, wenn Einzelne oder gesellschaftliche Gruppen an den wirtschaftlichen, kulturellen und anderen Formen des sozialen Lebens ohne ein solches Eingreifen nicht teilhaben können⁷⁶. Ursprünglich war mit der Forderung nach der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums nur die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen gemeint⁷⁷. Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht diesen Verfassungsauftrag aber darüber hinaus ausgedehnt in einen allgemein formulierten Auftrag zur Gestaltung der Lebensverhältnisse im Sinne sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit⁷⁸. Dies beinhaltet insbesondere die Forderung, auf einen Ausgleich für diejenigen hinzuwirken, die aufgrund ihrer physischen oder geistigen Möglichkeiten nicht oder zumindest nur eingeschränkt in der Lage sind, eigenverantwortlich ihre Lebensverhältnisse zu gestalten. Denn die gesellschaftliche Wirklichkeit ist orientiert am Menschenbild des sogenannten Durchschnittsmenschen, so dass für diejenigen, die diesem Bild nicht entsprechen, zusätzliche staatliche Maßnahmen zur Herstellung möglichst gleichberechtigter Teilnahme geschaffen werden müssen.

Unzweifelhaft ist, dass diese Anforderungen gerade auch für behinderte oder pflegebedürftige Menschen gelten. Diese Personen können ein selbstbestimmtes Leben nur dann weitgehend verwirklichen, wenn ihnen von staatlicher Seite entsprechende Unterstützung geleistet wird. Das korrigierende Eingreifen des Staates ist in diesem Zusammenhang an dem Bild des sog. Normalmenschen auszurichten⁷⁹, d.h. die Hilfe ist so zu organisieren, dass der einzelne Mensch als gleichwertiges Mitglied der Gesellschaft ohne diskriminierende Einschränkung zu leben vermag.

⁷⁶ Benda, in: Benda/Maihofer/Vogel, § 17 Rn. 93 f.

⁷⁷ BVerfGE 5, 85, 198; 13, 230, 233; 22, 180, 204; 27, 253, 270; 59, 231, 263; 69, 272, 314.

⁷⁸ Siehe u.a. BVerfGE 5, 85, 198; 6, 55, 72; 45, 376, 387.

⁷⁹ Sog. „Normalisierungsprinzip“, siehe Fuchs, in: Schulin HS-PfV, § 5 Rn. 35.

Der Verfassungsauftrag des Sozialstaatsprinzips trifft in erster Linie den Gesetzgeber, der gehalten ist, die Rahmenbedingungen zu schaffen, die es auch dem behinderten und pflegebedürftigen Menschen ermöglichen, durch selbstbestimmtes Handeln die eigenen Lebensumstände zu konkretisieren. Allerdings lässt das Sozialstaatsprinzip dem Gesetzgeber bei der Frage, wie er diesen Ausgleich herbeiführt, einen weiten Gestaltungsspielraum⁸⁰. Seine Pflicht zur Verwirklichung der Ziele sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit unterliegt dem Vorbehalt des Gewollten und Finanzierbaren⁸¹. Daraus folgt, dass sich aus dem Sozialstaatsprinzip kaum konkrete Handlungspflichten für den Gesetzgeber ableiten lassen. Insbesondere der Vorbehalt des Finanzierbaren ermöglicht dem Gesetzgeber, sich darauf zurückzuziehen, dass die Wünsche der oder des einzelnen Pflegebedürftigen hinter der notwendigen Typisierung von Pflegeleistungen zurückstehen haben, da ansonsten eine nicht überschaubare Ausweitung der Leistungserbringung drohe.

Dennoch ist berücksichtigen, dass das Sozialstaatsprinzip den Wunsch nach Individualisierung von Pflegeleistungen insofern verstärkt, als der Ausgleich bestehender Nachteile im Hinblick auf ein selbstbestimmtes Leben der Betroffenen von der Forderung nach sozialer Gleichheit unterstützt wird. Konkrete Schlüsse für die Frage, inwieweit der Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen als angemessen zu berücksichtigen ist, lassen sich hieraus jedoch nicht ableiten.

Die Pflichten des Staates aus dem Sozialstaatsprinzip dürfen jedoch nicht isoliert betrachtet, sondern müssen im Zusammenhang mit den Anforderungen der Grundrechte gesehen werden.

II. Staatliche Schutzpflicht der Menschenwürde

Aus dem Begriff der Menschenwürde ergibt sich ein unbedingter Achtungsanspruch eines jeden Menschen, zu dessen Schutz Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG den Staat ausdrücklich verpflichtet. Hierbei beschränkt sich die staatliche Schutzpflicht nicht darauf, den einzelnen vor Eingriffen zu bewahren, sondern verlangt darüber hinaus auch bei staatlichen Leistungen, den

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 27, 253, 270 u. 283; 59, 231, 263; 69, 272, 314.

⁸¹ Vgl. Neumann, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997, 92, 92 f.; Degener, Verfassungsrechtliche Probleme der Behindertendiskriminierung in Deutschland, KJ 2000, S. 425, 427.

Menschen als Rechtssubjekt im Blick zu halten⁸². Die konkreten Anforderungen, die sich daraus ergeben, werden vom BVerfG allerdings nicht unmittelbar aus Art. 1 GG hergeleitet, sondern jeweils im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Freiheits- und Gleichheitsrechten der Art. 2 ff. GG⁸³.

III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht entwickelt. Es umfasst nicht nur das Recht, die private Sphäre dem Einblick und dem Zugriff anderer zu entziehen, sondern weitergehend das Recht, diese Sphäre nach eigener Entscheidung zu gestalten⁸⁴. Ein wesentlicher Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist die Privatheit der Sexualsphäre⁸⁵. Die sexuelle Selbstbestimmung fällt dementsprechend nach der Rechtsprechung des BVerfG in den Bereich des Persönlichkeitsrechts⁸⁶. Selbstbestimmung meint in diesem Zusammenhang das Recht eines jeden Menschen, „seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen“⁸⁷. Jeder Mensch soll selbst darüber befinden können, ob, in welchen Grenzen und mit welchem Ziel er Einwirkungen auf diese Einstellung hinnehmen will⁸⁸.

Soweit es um den Intimbereich geht, handelt es sich nach dem BVerfG um denjenigen Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist⁸⁹. Er genießt dementsprechend den höchsten Schutz vor Eingriffen des Staates oder Privater. In der weiteren Abstufung, die sich nach der Schutzbedürftigkeit des Lebensbereichs richtet⁹⁰, ist ein Eingriff in die Privatsphäre zwar grundsätzlich zulässig, unterliegt jedoch strengen Maßstäben im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung⁹¹.

⁸² Vgl. Bieritz-Harder, Menschenwürdig leben, S. 260, 266.

⁸³ Vgl. BVerfGE 39, 1, 41; 45, 187, 255; 46, 161, 164; 49, 24, 53; 88, 203, 251; siehe dazu auch Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, 489, 493.

⁸⁴ Kunig, in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 32 f.

⁸⁵ BVerfGE 96, 56, 61.

⁸⁶ BVerfGE 49, 286, 298 f.; siehe auch Dreier, in: Dreier, Art. 2 Rn. 51; Murswiek, in: Sachs, GG Art. 2 Rn. 69.

⁸⁷ BVerfGE 47, 46, 73.

⁸⁸ BVerfGE, a.a.O.

⁸⁹ BVerfGE 6, 32, 41; 34, 238, 245 f.; 38, 316, 320.

⁹⁰ Sog. Sphärentheorie, siehe Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 376; kritisch hierzu Kunig, in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 41.

⁹¹ BVerfGE 95, 220, 241.

Da die Erbringung von Pflegeleistungen regelmäßig mit einem Eingriff in die Privat- und Intimsphäre des Pflegebedürftigen verbunden ist, wird durch die Zuteilung bestimmter Pflegekräfte, die von dem oder der Pflegebedürftigen abgelehnt werden, der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Ausprägung der sexuellen Selbstbestimmung betroffen. Wenn hierdurch der *Abwehrcharakter* des Grundrechts angesprochen wäre, wäre dieser Eingriff nur zulässig in dem Rahmen, den der allgemeine Gesetzesvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, Art. 2 Abs. 1 GG, vorgibt. Die Vorschriften des SGB IX, SGB XI, SGB V und des BSHG könnten als eine Rechtsgrundlage für solche Eingriffe nur dann herangezogen werden, wenn sie ihrerseits verfassungskonform wären. Vorliegend steht jedoch nicht der abwehrrechtliche Charakter des Grundrechts im Vordergrund. Denn der oder die Pflegebedürftige begehrt gerade nicht, von staatlichen Stellen in ihrer Situation in Ruhe gelassen zu werden, sondern er oder sie verlangt eine Versorgung, also eine staatliche Leistung, die seinen oder ihren Wünschen gerecht wird. Wenn man zudem bedenkt, dass zwar die Träger der Pflege- und der Krankenversicherung, der Rehabilitation und der Sozialhilfe öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Selbstverwaltung sind, die Leistungen aber von privaten Leistungserbringern erbracht werden, wird deutlich, dass die Frage nach dem Umfang der staatlichen *Schutzpflicht* im vorliegenden Zusammenhang die eigentlich entscheidende ist.

Der Schutzgedanke der Grundrechte folgt nach dem Bundesverfassungsgericht aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte, d.h. die Grundrechte werden als objektive Wertentscheidungen verstanden, die den einzelnen Bürger und die einzelne Bürgerin nicht nur vor Eingriffen des Staates schützen sollen, sondern die den Staat darüber hinaus verpflichten, aktiv den Schutz des jeweils in den Grundrechten angesprochenen Rechtsguts zu gewährleisten⁹². Daraus folgt zunächst, dass der Staat gehalten ist, den einzelnen Menschen vor Übergriffen auf Leben und Gesundheit zu schützen⁹³. Das gilt insbesondere dann, wenn sich der Staat zur Erbringung der Leistung Privater bedient, wie dies im Bereich der Sozialleistungen der Fall ist. Hierdurch wird es bei der Pflege den Leistungserbringern nämlich erst ermöglicht, in den Privatbereich der Pflegebedürftigen einzudringen. Unmittelbar einsichtig wird das Bestehen der staatlichen Schutzpflicht, wenn es um den Schutz Leistungsberechtigter vor sexualisierter Gewalt geht. Die aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG resultierende Schutzpflicht des Staates umfasst jedoch mehr als nur den Schutz vor Übergriffen auf Leben und Gesundheit. Man kann

⁹² BVerfGE 39, 1, 42; 88, 203, 251 ff.

sie vielmehr weiter dahingehend auslegen, dass sie den Staat auch dann verpflichtet einzugreifen, wenn den Betroffenen das Recht auf ein selbstbestimmtes Leben durch Dritte versagt und sie Eingriffen von Dritten ausgesetzt werden, durch die ihnen die Rechtssubjektivität faktisch abgesprochen wird⁹⁴.

Allerdings ist bei der Frage, wie die Schutzpflichten zu erfüllen sind, zu beachten, dass der Gesetzgeber einen weiten Entscheidungsspielraum hat⁹⁵. Das Schutzgewährrecht der und des einzelnen ist nach dem Konzept des BVerfG nur dann verletzt, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben“⁹⁶.

Der Gesetzgeber hat es durch die Aufnahme des Individualisierungsprinzips in die verschiedenen sozialrechtlichen Regelungen ermöglicht, dass der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen berücksichtigt werden kann bzw. speziell im Recht der Rehabilitation, dass das Geschlecht bei der Leistungserbringung berücksichtigt werden muss. Diese Anordnung ist zwar grundsätzlich nicht völlig ungeeignet, den pflegebedürftigen Menschen den gebotenen staatlichen Schutz zuteil werden zu lassen. Allerdings steht die Berücksichtigung dieses Wunsches regelmäßig unter dem Vorbehalt unvertretbarer Mehrkosten, was dazu führt, dass die oder der Betroffene mit ihrem oder seinem Wunsch nach Pflegekräften des eigenen Geschlechts nicht in jedem Fall durchdringen wird. Aufgrund dessen könnte sich die Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht als unzulänglich erweisen.

Die verfassungsrechtlich gewährleistete staatliche Schutzpflicht für pflegebedürftige Menschen verstärkt den Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen jedoch zumindest im Rahmen der Abwägung der Verhältnismäßigkeit der Mehrkosten. Daraus folgt, dass bei solchen Leistungen, die in den *Intimbereich* pflegebedürftiger eingreifen, das Begehren der Betroffenen nur dann abgelehnt werden kann, wenn die notwendige Versorgung mit Pflegeleistungen anders nicht sichergestellt werden könnte und deswegen gänzlich unterbleiben

⁹³ BVerfGE 45, 178, 254 f.; 46, 160, 164; 56, 54, 63; 77, 381, 402 f.; siehe auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 61.

⁹⁴ Bieritz-Harder, Menschenwürdig leben, S. 260; Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn. 78; Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Rn. 3.

⁹⁵ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 91.

⁹⁶ BVerfGE 92, 26, 46.

müsste. Die Annahme einer Kostengrenze verbietet sich dadurch, dass die Intimsphäre jeglichem Eingriff Dritter unzugänglich ist. Wenn man hiervon abweichen würde, würde man für pflegebedürftige Menschen einen geringeren Schutz ihrer Intimsphäre gewähren als für Menschen, die sich nicht in einer solchen Abhängigkeit von anderen befinden. Eine Ungleichbehandlung wegen der körperlichen Fähigkeiten verbietet sich aber schon mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

Anders stellt sich die Situation nach dem oben Gesagten hinsichtlich solcher Leistungen dar, die die *Privatsphäre* pflegebedürftiger Menschen betreffen. Hier ist ein Eingriff grundsätzlich zulässig, seine Rechtfertigung unterliegt jedoch strengen Anforderungen. Grundsätzlich stellt hier die Kostenfrage einen zulässigen Rechtfertigungsgrund für Eingriffe dar. Im Anschluss an die Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen gilt es aber, die Maßstäbe für die Abwägung zwischen dem verfassungsrechtlich verstärkten Wunschrecht der Betroffenen einerseits und den entstehenden Mehrkosten andererseits herauszuarbeiten.

IV. Gleichheitssatz – Verbot der Diskriminierung behinderter Menschen

Schließlich impliziert der unterschiedslos gewährleistete Achtungsanspruch des Grundgesetzes die grundsätzliche Gleichheit aller, die nicht die Gleichheit im Ergebnis der jeweiligen Lebensgestaltung meint, sondern die Gleichheit im Sinne einer Ausgangsbasis im Auge hat, von der aus jeder einzelne sich entsprechend seiner oder ihrer Möglichkeiten entwickeln und entfalten kann⁹⁷. Diesen Gleichheitssatz hat der Verfassungsgeber in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Hinblick auf behinderte Menschen noch einmal konkretisiert.

Zunächst soll überprüft werden, ob eine Benachteiligung Behinderter festgestellt und daraus Folgerungen für die Frage nach dem Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen gezogen werden können. Wie der Fall der Studentin im Urteil des VGH Kassel⁹⁸ deutlich macht, führt ihre Behinderung dazu, dass sie einen Teil ihrer Selbstbestimmung aufgeben muss: entweder sie verzichtet auf das Leben außerhalb einer Anstalt und nimmt dafür in Kauf, dass sie möglicherweise gegen ihren Willen von Männern betreut wird oder sie wahrt ihre sexuelle Selbstbestimmung, indem sie Pflegeleistungen durch Männer ablehnt, die ihr aber

⁹⁷ Höfling, in: Sachs, Art. 1 Rn. 27; Podlech, in: AK-GG, Art. 1 Abs. 1, Rn. 29.

⁹⁸ VGH Kassel, RsDE 3 (1988), 89.

aufgrund der Personallage nur innerhalb einer Behinderteneinrichtung erbracht werden können. Hierin liegt eine Benachteiligung gegenüber Menschen ohne körperliche Einschränkungen, die ihre Lebenssituation zumindest hinsichtlich ihrer Wohnsituation weitgehend selbst bestimmen können, ohne dass dabei ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung überhaupt eine Rolle spielen würde. Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung gibt es nicht, da die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG absolute Diskriminierungsverbote darstellen⁹⁹.

Die so beschriebene Problemlage stellt sich gerade im Bereich der Altenpflege weitaus häufiger für pflegebedürftige Frauen. Diese Ungleichbehandlung beruht im Wesentlichen darauf, dass Frauen aufgrund ihrer höheren Lebenserwartung faktisch die größere Gruppe pflegebedürftiger Menschen darstellen und zum Zivildienst nur Männer herangezogen werden. Aufgrund dessen kommt jedoch auch das Benachteiligungsgebot wegen des Geschlechts gem. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG zum Tragen.

Beide Ungleichbehandlungen sind jedoch nicht rechtlicher, sondern faktischer Natur. Sie ergeben sich erst aus dem System der Leistungserbringung, beruhen insofern zwar auf dem geltenden Recht, folgen aber letztlich aus der tatsächlichen Umsetzung im Rahmen desselben. Deshalb könnte fraglich sein, ob sich aus dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes überhaupt Anforderungen für den Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen ergeben, denn die Rechtslage ermöglicht gerade die Berücksichtigung des Geschlechts im Rahmen des Individualisierungsprinzips (§ 2 SGB XI).

Die Forderung nach Herstellung gleicher Lebenschancen ist denn auch nicht alleine aus dem Gleichheitssatz, sondern in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip herzuleiten, genauer gesagt, aus dem Grundsatz der Herstellung sozialer Gleichheit¹⁰⁰. In diesem Sinne ist das BVerfG zu verstehen, wenn es Art. 3 Abs. 1 GG mit dem Sozialstaatsprinzip verbindet¹⁰¹. Durch die Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip wird der Gleichheitssatz daher um ein Gebot zur Herstellung faktischer Gleichheit erweitert¹⁰². Damit wäre allerdings dann nichts gewonnen, wenn durch diese Verbindung zugleich die weit gezogen Grenzen der sozialstaatlichen Pflichten herangezogen werden müssten und dadurch die Verwirklichung der sozialen

⁹⁹ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 447.

¹⁰⁰ Neumann, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997, S. 92, 93 f.

¹⁰¹ BVerfGE 51, 295, 302; 52, 231, 263; 69, 272, 314.

¹⁰² Neumann, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997, S. 92, 94.

Gleichheit unter dem Vorbehalt des Gewollten und des Finanzierbaren stünde. Die Forderung nach sozialer Gleichheit führt jedoch dazu, dass dem einzelnen Menschen zumindest in denjenigen Bereichen ein derivatives Teilhaberecht zusteht, in denen ihm die Grundvoraussetzungen für dem Normalstandard vergleichbare Lebenschancen fehlen. So verhält es sich mit dem Anspruch auf das Existenzminimum¹⁰³.

Nun dient die Pflege zwar auch der Sicherung der Existenz, fraglich ist hier jedoch nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Pflege, also ihre Ausgestaltung. Allerdings wäre die erforderliche Ausweitung von Sozialleistungen, die zur Herstellung sozialer Gleichheit durch Beseitigung faktischer Nachteile, die sich aus den Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kriterien ergeben, wohl unübersehbar. Daher ist eine Ausweitung des derivativen Teilhabeanspruchs über das Existenzminimum hinaus weder möglich noch geboten, da hierdurch – gleichsam im Umkehrschluss - der Handlungsspielraum des Gesetzgebers zu sehr beeinträchtigt würde. Allerdings beinhaltet der Begriff des Existenzminimums – wie bereits dargelegt wurde – nicht nur das physische Existenzminimum, sondern gewinnt im Bereich der Pflege aufgrund der besonderen Abhängigkeitssituation der Betroffenen darüber hinaus besondere Bedeutung. Es ist danach eine Betreuung zu gewährleisten, die innerhalb der Möglichkeiten der pflegebedürftigen Person dieser ein selbstbestimmtes Leben ermöglicht. Da die Fähigkeiten zur Wahrnehmung gleicher Lebenschancen bei Pflegebedürftigen bereits im Ansatz verringert sind, sind daher in elementaren Bereichen der Selbstbestimmung die Anforderungen an die Höhe dessen, was von staatlicher Seite zum Ausgleich der sozialen Nachteile zu leisten ist, eindeutig höher im Vergleich zur Gewährleistung des Existenzminimums bei „Durchschnittsmenschen“. Daraus folgt ein Teilhaberecht Behinderter auf staatliche Unterstützung, die auf den Ausgleich jener Benachteiligungen hinwirkt, die ihn oder sie von einer selbstbestimmten Lebensführung abhält. Dies folgt aus den speziellen Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG i.V.m. dem Gebot sozialer Gleichheit im Rahmen des Sozialstaatsprinzips.

E. Interpretation der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen im Lichte des Verfassungsrechts

¹⁰³ Neumann, a.a.O.

I. Anforderungen an die Gestaltung der Leistungserbringung

1. Ausgangspunkte

Geschlechtsspezifische Belange sind im Sozialrecht zum ersten Mal im Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen wahrgenommen worden (§§ 1 Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2 SGB IX). Ansonsten sind die Vorschriften, die zu einer Förderung des Anliegens der Wahrnehmung geschlechtsspezifischer Belange beitragen könnten, nur allgemein gehalten. Sie stellen sich dar als Leistungsgestaltungsoption im Sinne der Individualisierung von Leistung, wobei die objektiv-rechtliche Verpflichtung der Sozialleistungsträger hierzu weiter ausgestattet ist mit einem Wunsch- und Wahlrecht der oder des Leistungsberechtigten. Diese Maßgaben gelten für das gesamte im Sozialgesetzbuch inkorporierte Sozialrecht.

Das Verfassungsrecht kennt spezielle Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts und wegen der Behinderung (Art. 3 Abs. 3 GG). Ob und inwieweit diese Diskriminierungsverbote auch Förderungsgebote enthalten, ist umstritten¹⁰⁴. Neben den Diskriminierungsverboten wirken verfassungsrechtlich auch das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Selbstbestimmungs- und Persönlichkeitsrecht, schließlich in Verbindung mit diesen Vorschriften auch das Sozialstaatsprinzip. Auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist zu beachten. Die verfassungsrechtlichen Maßgaben sind bei der Auslegung der entsprechenden einfachgesetzlichen Vorschriften durch die Gerichte und bei der Anwendung dieser Vorschriften durch die Sozialleistungsträger heranzuziehen.

Im Lichte der genannten verfassungsrechtlichen Maßgaben lassen sich für die Auslegung der einfachgesetzlichen Bestimmungen, insbesondere für § 33 SGB I, Grundregeln für die Berücksichtigung des Wunsches nach geschlechtsspezifischer Pflege entwickeln. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der grundsätzlichen Berücksichtigungsfähigkeit des Wunsches auf geschlechtsspezifische Pflege und den Abwägungen, die im Einzelfall zu treffen sind.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 101; verneinend BVerfGE 64, 135, 156; 85, 191, 207; bejahend Frowein, in: FS Zacher, S. 157, 160 ff.

2. Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit des Wunsches auf geschlechtsspezifische Pflege

Ein Wunsch nach geschlechtsspezifischer Pflege ist grundsätzlich berücksichtigungsfähig. Er entspricht dem Gebot der Individualisierung bei der Leistungsgestaltung (§ 33 Satz 1 SGB I). Dieses schon aus der Interpretation des § 33 Satz 1 SGB I gefundene Ergebnis¹⁰⁵ wird möglicherweise verstärkt durch eine verfassungsrechtlich gebotene und am Gleichbehandlungssatz des Art. 3 Abs. 1 GG¹⁰⁶ orientierte Erstreckung des § 9 Abs. 1 SGB IX (Behindertenrecht) auf Pflegeleistungen, die an Pflegebedürftige im Sinne des Pflegeversicherungsrechts erbracht werden. Diese Erstreckung des Rechtsgedankens in § 9 Abs. 1 SGB IX auf das Wahlrecht bei Pflegeleistungen nach anderen Gesetzen – hier nach SGB XI, BSHG und SGB V – ist geboten, wenn pflegebedürftige Menschen dem Kreis der behinderten Menschen zuzurechnen sind, und wenn die Situationen, in denen sie sich beim Leistungsbezug befinden, vergleichbar sind, und wenn schließlich die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen ist.

a) *Pflegebedürftige Menschen nach SGB XI als behinderte Menschen nach SGB IX*

Zunächst ist festzustellen, ob der Begriff der Pflegebedürftigkeit und der Behindertenbegriff gleichgesetzt werden können. Auszugehen ist hierbei von den beiden Definitionen, derjenigen des behinderten Menschen (§ 2 SGB IX) einerseits und der pflegebedürftigen Person (§ 14 SGB XI) andererseits. Die ältere Vorschrift, § 14 SGB XI, definiert die Pflegebedürftigkeit einer Person dahingehend, dass sie wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedürfen. Die Pflegebedürftigkeit muss also auf einer der in Abs. 2 der Vorschrift genannten Krankheiten oder Behinderungen beru-

¹⁰⁵ S. dazu oben Abschnitt C.I.

¹⁰⁶ Prüfungsmaßstab ist hier Art. 3 Abs. 1 GG und nicht der spezielle Gleichheitssatz des Abs. 3 S. 2, weil hier nicht zwischen behinderten Menschen und nicht behinderten Menschen, sondern – wenn der einfachgesetzliche Behindertenbegriff des § 2 SGB IX auch für das Pflegerecht gelten sollte – innerhalb dieses verbotenen Differenzierungsmerkmals unterschieden wird. Wenn man dies ausschließlich an dem absoluten Differenzierungsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG messen würde, könnte man eine möglicherweise vorliegende gesetzliche Benachteiligung von Pflegebedürftigen gegenüber Behinderten nicht feststellen. Wegen des hohen Anteils pflegebedürftiger Frauen ist allerdings zu bedenken, dass sie von einer möglichen Benachteiligung indirekt stärker betroffen werden als Männer, siehe dazu oben Abschnitt D.IV.

hen¹⁰⁷. Die zeitliche Grenze, ab der sie nicht mehr nur vorübergehend ist, liegt bei sechs Monaten. Neben die zeitliche Einschränkung tritt eine solche dahingehend, dass ein gewisser Grad an Pflegebedürftigkeit erforderlich ist (erhebliche Pflegebedürftigkeit), um Leistungen der Pflegeversicherung auszulösen. Durch die Kriterien der Krankheiten und Behinderungen sollen andere Hilfebedürftigkeiten ausgeschlossen werden, die auf nicht-medizinischen Ursachen beruhen¹⁰⁸. Schließlich ist der Katalog des Abs. 4 hinsichtlich der Verrichtungen, die der oder die Pflegebedürftige nicht ausführen kann, abschließend¹⁰⁹.

Die Vorschrift des § 2 SGB IX enthält eine Legaldefinition der Behinderung, die ausweislich der Gesetzesbegründung an diejenige der WHO angelehnt ist¹¹⁰. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, ihre geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Auch in dieser Definition taucht das zeitliche Erfordernis einer Beeinträchtigung von mindestens sechsmonatiger Dauer wieder auf. Hierbei ist es unerheblich, worauf die Behinderung beruht¹¹¹. Der für das „jeweilige Lebensalter untypische Zustand“ ist als der Verlust oder die Beeinträchtigung von normalerweise vorhandenen körperlichen Funktionen oder Fähigkeiten zu verstehen. Die Behinderung wird dementsprechend nicht mehr als Eigenschaft erfasst, sondern als soziale Situation¹¹². Problematisch wird die Einstufung dessen, was noch typische Fähigkeiten sein sollen, allerdings bei Kindern und Jugendlichen sowie bei sehr alten Personen¹¹³. Abgrenzungen in diesem Bereich lassen sich nur durch normative Wertungen lösen¹¹⁴.

Bei einem Vergleich der beiden Vorschriften wird deutlich, dass im SGB XI im Hinblick auf den begrenzten Katalog¹¹⁵ der Pflegeleistungen restriktiver als im SGB IX¹¹⁶ festgelegt wird,

¹⁰⁷ Es gilt insoweit die im Sozialrecht maßgebliche Theorie der wesentlichen Bedingung, vgl. Trenk-Hinterberger in: Wannagat, SGB XI, § 14 Rn. 12.

¹⁰⁸ Udsching, SGB XI, § 14 Rn. 7; Trenk-Hinterberger, in: Wannagat, SGB XI, § 14 Rn. 13.

¹⁰⁹ BSGE 82, 27, 30 ff.

¹¹⁰ BT-Drs. 14/5074, Begründung S. 18.

¹¹¹ Götze, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 4 Rn. 3.

¹¹² Schuln/Igl, Sozialrecht, Rn. 1022.

¹¹³ Welti, Chance und Verpflichtung, in: Soziale Sicherheit 2001, S. 146, 149 f.; Götze, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 2 Rn. 12.

¹¹⁴ Schuln/Igl, Sozialrecht, Rn. 1022.

¹¹⁵ Vgl. Schuln/Igl, Sozialrecht, Rn. 357 f.

¹¹⁶ Der Begriff der Rehabilitation ist im SGB IX auf die medizinische Rehabilitation (§ 5 Nr. 1 SGB IX) begrenzt, soll hier jedoch in einem weiteren Sinne verstanden werden als alle Maßnahmen, die das Ziel haben, eine Behinderung zu vermeiden oder zu verringern (vgl. auch § 6 Abs. 1 SGB IIX, wo die Träger der Leistungen zur Teilhabe auch als *Rehabilitationsträger* legaldefiniert sind).

welche Beeinträchtigungen körperlicher, seelische oder geistiger Art Pflegeleistungen auslösen. Hierbei wird der Begriff der Behinderung zwar als eine mögliche Ursache der Pflegebedürftigkeit genannt, allerdings wird er in § 14 Abs. 2 SGB XI eigenständig umschrieben. In § 2 Abs. 2 SGB IX ist demgegenüber jede Abweichung von normalerweise vorhandenen körperlichen und geistigen Funktionen, die ein gewisses Maß an Beeinträchtigung für die oder den Betroffenen mit sich bringt, als Behinderung anerkannt. Der einzelne Mensch soll in seiner gesamten sozialen Situation berücksichtigt und gefördert werden.

In Bezug auf die konkrete Lebenssituation der Betroffenen überschneiden sich diese Definitionen praktisch sehr weitgehend. Augenfällig ist zunächst, dass jedes Mal eine Beeinträchtigung von einer mindestens sechsmonatigen Dauer verlangt wird. Darüber hinaus zielen beide Definitionen auf eine Umschreibung der Lebenssituation der Betroffenen ab. So legt das Recht der Pflegeversicherung detailliert für die verschiedenen Stufen der Pflegebedürftigkeit fest, bei welchen Verrichtungen in welchem Umfang Hilfestellungen benötigt werden (§ 15 SGB XI). Auch das Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen berücksichtigt nur eine solche Behinderung, die ihre „Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt“ (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Daraus folgt, dass zumindest für diejenigen Personen, die aufgrund ihrer Behinderungen bei den gewöhnlichen oder täglich wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens Hilfe benötigen, der Begriff der Pflegebedürftigkeit und der Behinderung gleichermaßen einschlägig ist. Gerade um diesen Personenkreis handelt es sich aber, wenn es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung um die Frage geht, ob es ein Recht auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen gibt. Denn gerade diese Personen sind in ihrem Persönlichkeits- und Intimbereich von den Hilfeleistungen des Pflegepersonals betroffen.

Die vorstehenden Erwägungen gelten auch für die in § 68 Abs. 1 BSHG genannten pflegebedürftigen Personen. Dabei ist noch darauf hinzuweisen, dass hier der Begriff der Pflegebedürftigkeit in Richtung auf Quantität und Qualität des Hilfebedarfs im Verhältnis zu § 14 SGB XI erweitert worden ist (vgl. § 68 Abs. 1 Satz 2 BSHG).

Bei den Pflegeleistungen des SGB V ist zu unterscheiden zwischen der Krankenhausbehandlung und der häuslichen Krankenpflege. Bei einer länger als sechs Monate dauernden Krankenhausbehandlung kann durchaus eine Behinderung im Sinne von § 2 SGB IX vorliegen. Bei

den Leistungen der häuslichen Krankenpflege (§ 37 SGB V) ist zu unterscheiden zwischen der Krankenhausvermeidungspflege (§ 37 Abs. 1 SGB V), die nur zeitlich begrenzt gewährt wird, und der Sicherungspflege (§ 37 Abs. 2 SGB V), die als Behandlungspflege zeitlich unbegrenzt gewährt wird, während die damit – nur aufgrund Satzung gewährte – einhergehende Grundpflege zeitlich begrenzt werden kann. Eine Person, die Behandlungspflege als Sicherungspflege erhält, kann also die Voraussetzungen des Behinderungsbegriffes nach § 2 SGB IX erfüllen.

Daher kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sich aus dem Wortlaut der verschiedenen Vorschriften – bis auf die im Krankenversicherungsrecht sich notwendig erweisenden Differenzierungen - keine wesentlichen Unterschiede zwischen Pflegebedürftigen und Behinderten ermitteln lassen. Es handelt sich insoweit – jedenfalls hinsichtlich des hier zugrunde liegenden Untersuchungsgegenstandes - um den gleichen Personenkreis.

b) Vergleichbare Situationen beim Leistungsbezug

Eine Ungleichbehandlung muss sich auf vergleichbare Sachverhalte beziehen. Für die Frage, ob es sich um im wesentlich Gleiches handelt, kommt es deshalb weiter auf die Vergleichbarkeit der Situationen beim Leistungsbezug im Verhältnis von Leistungen zur Teilhabe und Pflegeleistungen an, beide gewährt als Dienstleistungen.

Für den Bereich der Pflegeleistungen wurde bereits oben geschildert, dass Pflege als direkte Leistung am Körper der pflegebedürftigen Person etwa beim Waschen und bei der Hilfe bei Ausscheidungsvorgängen notwendig ein Eindringen in die Intimsphäre bedingt. Darüber hinaus wird aber das Persönlichkeitsrecht schon dort tangiert, wo ständige Begleitung, Hilfe bei der Kommunikation etc. erforderlich ist. Bei der Erbringung von Leistungen zur Teilhabe können sich diese Situationen ebenfalls ergeben, wobei das Spektrum der jeweiligen Dienstleistungsleistungen sicherlich sehr viel breiter ist als das der Pflegeleistungen.

Es ist also durchaus möglich, dass sich bei der Erbringung von Leistungen zur Teilhabe Situationen ergeben können, die denen der Erbringung von Pflegeleistungen vergleichbar sind.

c) *Unvergleichbare Leistungszwecke als zulässiges Kriterium der Differenzierung?*

Eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte könnte daher nur noch für den Fall abzulehnen sein, dass sich die Zielrichtungen der Förderung in den beiden Leistungsbereichen, also der Pflege einerseits und der Teilhabe andererseits, grundlegend unterscheiden¹¹⁷ und wenn die mögliche Nichtvergleichbarkeit der Leistungszwecke prägend für die zu vergleichenden Sachverhalte ist.

Die Teilhabe, die als rechtlicher Begriff erstmals im SGB IX verwendet wird, beschreibt das umfassende Ziel der zu erbringenden Leistungen. Dieses ist gem. § 10 SGB I und § 4 SGB IX darauf ausgerichtet, den Einzelnen in die Gemeinschaft, insbesondere ins Arbeitsleben, einzubeziehen (vgl. § 5 Nr. 2 i.V.m. § 33 SGB IX¹¹⁸). Demgegenüber zielt die Pflege grundsätzlich gem. § 2 SGB XI darauf ab, den Pflegebedürftigen im Rahmen ihrer verbliebenen Möglichkeiten ein selbstbestimmtes und menschenwürdiges Leben zu ermöglichen¹¹⁹. Während damit der grundsätzliche Unterschied zwischen Teilhabe und Pflege klar ist, sind die Grenzen jedoch im Einzelfall fließend. So zielt die aktivierende Pflege¹²⁰ darauf ab, die eigenen Fähigkeiten der oder des Pflegebedürftigen zu stärken oder wiederherzustellen, gerade auch mit dem Ziel, ein möglichst eigenständiges Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen¹²¹. Andererseits können auch die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (§ 26 SGB IX) sich stark an Pflegeleistungen annähern, was insbesondere bei schwer geistig oder körperlich behinderten sowie bei psychisch kranken Menschen der Fall sein dürfte, die durch diese Fördermaßnahmen zunächst grundlegende soziale Fähigkeiten erlernen müssen¹²². Hier findet insoweit eine Verzahnung von Rehabilitation und Pflege statt¹²³.

¹¹⁷ Dieses Problem wurde bereits früher für die Abgrenzung von Pflegeleistungen zur sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe erörtert, s. Mrozyński, ZfSH/SGB 1999, 333 ff.; ders. SGB 1995, 104 ff.; Baur, ZfSH/SGB 1997, 579 ff.; Friedrichs, ZfSH/SGB 2000, 17 ff. Diese Frage wurde jedoch weder in diesem Zusammenhang noch jetzt durch die Einführung des SGB IX abschließend geklärt; Schulin/Igl, Sozialrecht, Rn. 1036; Welti, Soziale Sicherheit 2001, S. 146, 149.

¹¹⁸ § 33 SGB IX entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Recht des RehaAnglG und des SGB III, vgl. Götze, in: Hauck/Noftz, SGBIX, § 33 Rn. 3.

¹¹⁹ Mrozyński, ZfSH/SGB 1999, 333, 338 u. 340.

¹²⁰ Den Grundsatz der aktivierenden Pflege bildet § 5 Abs. 2 SGB XI, der vorsieht, dass die Leistungsträger darauf hinzuwirken haben, „die Pflegebedürftigkeit zu überwinden, zu mindern oder eine Verschlimmerung zu verhindern“. Zudem sieht § 6 SGB XI die Eigenverantwortung des Pflegebedürftigen für die Verbesserung seiner Situation vor.

¹²¹ Mrozyński, a.a.O., S. 338

¹²² In diesem Sinne für psychisch Kranke auch Brodkorb in Hauck/Noftz, SGB IX, § 26 Rn. 29.

¹²³ Dieser Gedanke, der zunächst für die Abgrenzung zwischen Pflegeleistungen und Eingliederungshilfe festgestellt wurde (siehe Mrozyński, SGB 1995, 105, 106), trifft für das hier zu untersuchende Verhältnis zwischen Pflege und Rehabilitation gleichermaßen zu.

An dieser Stelle kommt zunächst der ursprünglich im Rentenversicherungsrecht verankerte Grundsatz der „Rehabilitation vor Rente“¹²⁴ in den Blick. Wenn man diesen Grundsatz abweichend von der Rente auf alle Bereiche sozialversicherungsrechtlicher Leistungen ausdehnt, sollen danach soweit wie möglich präventive Maßnahmen ergriffen werden, bevor Behandlungsmaßnahmen notwendig werden; diese Behandlungsmaßnahmen sollen soweit wahrgenommen werden, wie sie den Zustand der oder des Betroffenen noch verbessern, bevor eben Pflegemaßnahmen ergriffen werden, die vorrangig auf die Wahrung und Förderung der noch verbliebenen Fähigkeiten ausgerichtet sind. Dieser Grundsatz findet sich in allen Bereichen der Sozialversicherung gleichermaßen und in verschiedenen Zusammenhängen, so z.B. in § 11 Abs. 2 SGB V, § 9 Abs. 1 Satz 2 SGB VI, §§ 14 ff., 26 Abs. 3 SGB VII, § 31 SGB XI sowie jetzt auch in § 8 Abs. 2 u. 3 SGB IX („Teilhabe vor Rente“¹²⁵).

Dementsprechend wären Teilhabeleistungen immer schon dann zu erbringen, wenn überhaupt noch Fortschritte im Hinblick auf eine Erweiterung der eigenen Fähigkeiten möglich erscheinen. Tatsächlich gehen einige Urteile des BVerwG in diese Richtung, wenn sie Eingliederungshilfe nach dem BSHG auch in denjenigen Fällen bejahen, wo schwer behinderte Menschen Fähigkeiten erlernen, die erst den Umgang in einer Gemeinschaft mit anderen ermöglichen¹²⁶. Nach der Rechtsprechung hängt diese Beurteilung jedoch vom Einzelfall ab. Festgestellt ist hiermit lediglich, dass nicht pauschal vom Alter oder vom Grad der Behinderung darauf geschlossen werden kann, dass nur noch Pflegeleistungen in Betracht kommen¹²⁷.

Vielmehr ist jeder Einzelfall danach zu beurteilen, welchen Zweck die Leistung im konkreten Fall verfolgt. Wenn die Leistung mit dem Ziel erbracht wird, mit pädagogischen Mitteln der bzw. dem Betroffenen eine eigenständige Teilnahme im Rahmen ihres oder seines jeweiligen gesellschaftlichen Umfelds zu ermöglichen, so ist von einer Rehabilitationsmaßnahme auszugehen. Steht demgegenüber bei der Anleitung bestimmter Tätigkeiten die Überwachung ihrer oder seiner Tätigkeiten und die Sicherung der Existenz im Vordergrund, so handelt es sich um Pflegemaßnahmen¹²⁸.

¹²⁴ Waltermann, Sozialrecht, Rn. 345.

¹²⁵ Götze, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 8 Rn. 4 f.

¹²⁶ BVerwGE 80, 328 ff.

¹²⁷ Friedrichs, ZfSH 2000, 17, 20.

Für die Frage, ob es sich bei der Pflegebedürftigkeit und bei Behinderung um vergleichbare Sachverhalte in Bezug auf die Frage der geschlechtsspezifischen Leistungen handelt, ergibt sich aus dem Gesagten folgendes: Weder nach den tatsächlich erbrachten Leistungen noch nach den dahinter stehenden Leistungssystemen lässt sich im Einzelfall ohne weiteres unterscheiden, ob es sich im jeweiligen Fall um Rehabilitations- bzw. Teilhabeleistungen eines behinderten Menschen handelt oder um Pflegeleistungen. Zudem kann eine einheitliche Teilhabe- bzw. Pflegeleistung – jedenfalls in einem Bereich, der unmittelbaren Körperkontakt erfordert - nicht zerlegt und auf diesem Wege verschiedenen Leistungsbereichen zugeordnet werden. Dennoch ist aber festzuhalten, dass sich die Leistungszwecke grundsätzlich unterscheiden.

Dieser Befund lässt aber nicht den Schluss zu, dass es sich bei der Situation der Pflege einerseits und dem Empfang von Leistungen der Teilhabe andererseits um wesentlich unvergleichbare Situation handelt, die der Gesetzgeber dann ungleich behandeln dürfte. Die Leistungszwecke von Pflege und Teilhabe liefern kein geeignetes Differenzierungskriterium, da sie – für sich genommen - nicht auf die zu betrachtende Situation abstellen. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, dass das SGB IX gerade wegen einer ausschließlichen besonderen Lage im Bereich der Teilhabe und Rehabilitation nur für diesen Bereich eine solche Regelung der Berücksichtigung des Geschlechts geschaffen wissen wollte.

Daraus ergibt sich, dass die Elemente für die Vergleichbarkeit der Sachverhalte nur aus den situativen Aspekten gewonnen werden können. Dies bedeutet, dass die Situation bei Empfang von Pflegedienstleistungen grundsätzlich der Situation beim Empfang von Leistungen der Rehabilitation und Teilhabe vergleichbar sein kann. Aus der Vergleichbarkeit der Sachverhalte folgt, dass bei der Leistungserbringung dieselben Kriterien zu berücksichtigen sind. Daher liegt in der Beachtung des Geschlechts im Rahmen des Wahlrechts von behinderten Menschen gegenüber der nicht ausdrücklichen Erwähnung dieses Merkmals in der Pflegeversicherung eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung.

d) *Verfassungsrechtliche Rechtfertigung*

¹²⁸ Mrozyński, ZfSH/SGB 1999, 333, 338.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG richtet sich der Maßstab der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nach dem Maß der Ungleichbehandlung¹²⁹. Wenn diese als unwesentlich einzustufen ist, ist die sog. Willkürformel anzuwenden, wonach jeder sachliche Grund zur Rechtfertigung ausreichend ist. Ist die Ungleichbehandlung dagegen von höherer Intensität, so ist nach der sog. neuen Formel eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der vorliegenden Ungleichbehandlung vorzunehmen¹³⁰. Eine Ungleichbehandlung ist dann von hoher Intensität, wenn das Unterscheidungskriterium einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten entspricht, wenn die oder der Betroffene das Kriterium der Ungleichbehandlung nicht beeinflussen kann oder wenn die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten erschwert¹³¹.

Als eines der möglicherweise einschlägigen Unterscheidungskriterien des Abs. 3 kommt im vorliegenden Zusammenhang das Geschlecht in Betracht. Zwar sieht keine der hier in Rede stehenden gesetzlichen Regelungen eine Unterscheidung der Sozialleistungen nach dem Geschlecht vor. Wegen der demographischen Entwicklungen, insbesondere der höheren Lebenserwartung von Frauen, stellen diese jedoch den größeren Anteil der pflegebedürftigen Personen als Männer. Das Problem hinsichtlich geschlechtsspezifischer Pflegeleistungen spitzt sich dadurch zu, dass es sich bei den kostengünstigen Pflegekräften um Zivildienstleistende, also um Männer handelt. Hierdurch kann es zu einer indirekten Ungleichbehandlung kommen, womit eine Ungleichbehandlung gemeint ist, die sich aus der sozialen Realität entwickelt. Einer solchen indirekten Ungleichbehandlung soll Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG entgegenwirken¹³². Aufgrund dieser Vorschrift muss der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördern und auf eine Nachteilsbeseitigung hinwirken. Vor diesem Hintergrund ist wegen der faktischen Benachteiligung von pflegeleistungsberechtigten Frauen davon auszugehen, dass hier eine Ungleichbehandlung von hoher Intensität vorliegt, die dementsprechend hohe Anforderungen an die Rechtfertigung stellt.

Des Weiteren könnte das Benachteiligungsgebot für behinderte Menschen gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG von Bedeutung sein. Nach der verfassungsrechtlichen Definition, die schon nach der Rechtslage vor dem SGB IX an den Behindertenbegriff des Schwerbehindertengesetzes

¹²⁹ BVerfGE 88, 87, 96; 91, 389, 401; 95, 267, 316 f.

¹³⁰ So zusammenfassend Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 439 f.

¹³¹ Siehe Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 438.

¹³² Gubelt, in: von Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 93 a; siehe auch Heun, in: Dreier, Art. 3 Rn. 96, der insoweit von mittelbaren Diskriminierungen spricht; ähnlich auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 81; kritisch dagegen Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Rn. 59 ff.

angeknüpft hat, ist Behinderung die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht¹³³. Dies trifft auf pflegebedürftige und auf behinderte Menschen gleichermaßen zu. Da die vorliegende Ungleichbehandlung jedoch innerhalb dieses weiten verfassungsrechtlichen Behindertenbegriffs erfolgt, wird das Merkmal der Behinderung vorliegend nicht selbst zum Unterscheidungskriterium. Daher ähnelt das Unterscheidungskriterium bei den hier zu untersuchenden Sachverhalten nicht dem Diskriminierungsgebot für behinderte Menschen gem. Art. 3 Abs. 3 GG. Jedoch kann die einzelne pflegebedürftige oder behinderte Person das Kriterium ihrer Einstufung in die eine oder in die andere Gruppe nicht beeinflussen. Dies gilt jedenfalls soweit, wie sie in normalem Umfang die ihr angebotenen Leistungen wahrnimmt. Vielmehr ist diejenige Person, die auf Pflegeleistungen angewiesen ist, in besonderem Maße von anderen abhängig. Ob dies wegen einer Behinderung oder wegen einer auf Krankheit oder Behinderung beruhenden Pflegebedürftigkeit der Fall ist, spielt dabei keine Rolle.

Schließlich könnte auch deswegen ein strengerer Maßstab an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu legen sein, weil sie den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten erschwert. Wenn pflegebedürftigen Menschen bestimmte Pflegepersonen zugeteilt werden, die Zugang zu ihrem Privat- und Intimbereich erhalten, und sie keinen Einfluss auf das Geschlecht der Pflegepersonen nehmen können, so ist hiervon ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung betroffen. Dieses Recht ist vom BVerfG als ein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herausgearbeitet worden¹³⁴. Wenn also die Wünsche der einzelnen Betroffenen nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen nicht berücksichtigt werden, wird dieses Grundrecht eingeschränkt. Daher sind auch aufgrund dessen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers für eine Ungleichbehandlung enge Grenzen gesetzt.

Wegen der Intensität der Ungleichbehandlung ist diese nur dann gerechtfertigt, wenn sie den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entspricht. Es müsste also zunächst ein legitimer Zweck für die Ungleichbehandlung vorliegen. Als ein solcher Grund kommt vorliegend eine möglicherweise erhöhte Kostenbelastung der Pflegekassen in Betracht, wenn sie den Wünschen der Pflegebedürftigen nach Pflegepersonals eines bestimmten Geschlechts

¹³³ Vgl. BVerfGE 96, 288, 301; so auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 106; Gubelt, in: von Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 104 c.

¹³⁴ BVerfGE 47, 46, 73; 49, 286, 298 f.; 96, 56, 61; siehe oben Abschnitt D.III.

nachkommen soll. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt wurde¹³⁵, entsteht dieses Problem insbesondere dann, wenn pflegebedürftige Frauen es ablehnen, sich von Männern pflegen zu lassen, da in diesem Fall die kostengünstige Alternative der Versorgung durch Zivildienstleistende nicht in Betracht kommt. Die Kostenfrage stellt jedoch keinen legitimen Zweck für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dar. Möglicherweise kann dies einen rechtfertigenden Grund für die Einschränkung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung darstellen, also für die Beschränkung eines Freiheitsrechts. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso geschlechtsspezifische Wünsche von behinderten Menschen Berücksichtigung bei der Versorgung finden sollen, diejenigen von Pflegebedürftigen dagegen nicht. Denn auch bei solchen Personen, die unter den Behindertenbegriff des SGB IX fallen, stellt sich das Problem, dass eine Versorgung, die geschlechtsspezifisch erfolgen soll, möglicherweise die notwendigen Ausgaben für die Rehabilitationsträger erhöht, weil sich der Kreis des in Betracht kommenden Personals einschränkt.

Ein anderer Zweck, der die Ungleichbehandlung zwischen behinderten und pflegebedürftigen Personen rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Da somit kein legitimer Zweck vorhanden ist, ist die gesetzlich vorgesehene Benachteiligung von Pflegebedürftigen im Sinne von § 14 SGB XI gegenüber Behinderten im Sinne von § 2 SGB IX nicht gerechtfertigt.

e) *Wirkung des Gleichheitsverstößes*

Fraglich ist somit noch, wie dieser Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu behandeln ist. Das BVerfG dehnt eine Begünstigung, die einer Gruppe ungleich vorenthalten wird, nur unter sehr eng begrenzten Voraussetzungen auf die zu Unrecht benachteiligte Gruppe aus. Diese Zurückhaltung des BVerfG resultiert daraus, dass die Kompetenz zur Ausfüllung einer solchen „Gesetzeslücke“ beim Gesetzgeber und nicht bei der Rechtsprechung liegt¹³⁶. Zur eigenständigen Ausfüllung einer solchen Gesetzeslücke sieht sich das BVerfG nur unter zwei Voraussetzungen berechtigt. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn ein Verfassungsauftrag die begünstigende Handlung einer bestimmten Gruppe von Bürgerinnen und Bürgern verlangt und diese Bevorzugung einem Teil dieser Gruppe gleichheitswidrig vorent-

¹³⁵ Siehe oben Abschnitt B.I. mit Fußn. 3.

¹³⁶ BVerfGE 22, 349, 360; siehe dazu auch Bryde/Kleindiek, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Jura 1999, 36, 44; Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 484.

halten wird¹³⁷. Zum anderen dann, wenn ein bestimmtes Regelungssystem nur dann in sich konsequent und stimmig ist, wenn eine Begünstigung auf die benachteiligte Gruppe ausgedehnt wird¹³⁸.

Beide Fallgruppen sind auf die vorliegende Problemstellung anwendbar. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verlangt nicht nur, dass Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung vermieden werden, sondern darüber hinaus die Förderung und den Abbau von Benachteiligungen in der Gesellschaft¹³⁹. Wenn sich der Begriff des behinderten Menschen und derjenige des pflegebedürftigen Menschen aber gerade – wie oben gezeigt wurde¹⁴⁰ – bei denjenigen Personen überschneidet, die auf Hilfeleistungen bei Verrichtungen des täglichen Lebens angewiesen sind, so müssen Pflegebedürftige die gleiche Förderung erhalten können wie Behinderte. Wegen des besonders hohen Anteils pflegebedürftiger Frauen kommt hierbei zudem dem Förderungsgebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG Bedeutung zu. Die insbesondere in der Altenpflege entstehende faktische Ungleichbehandlung von pflegebedürftigen Frauen kann durch die Erstreckung der in § 9 Abs. 1 SGB IX angeordneten Berücksichtigung des Geschlechts auf das SGB XI beseitigt werden.

Darüber hinaus ist Folgendes zu bedenken: Eine menschenwürdige Pflege muss vor dem Hintergrund der steigenden Anzahl pflegebedürftiger Personen in den nächsten Jahren deutlicher auf die Stärkung und Erhaltung von Potenzialen dieser Personen als auf den Ausgleich von Defiziten ausgerichtet sein¹⁴¹. Gerade in diesem Grenzbereich zwischen Pflege einerseits und Rehabilitation und Teilhabe andererseits ist es daher von Bedeutung, diese Bereiche aufeinander abzustimmen, um eine einheitliche Versorgung der Betroffenen sicherstellen zu können. Die Forderung nach einer Zusammenführung von Rehabilitation und Pflege¹⁴² macht daher nur dann Sinn, wenn diese beiden Regelungssysteme aufeinander abgestimmt werden. Daher ist die Möglichkeit, geschlechtsspezifische Pflegeleistungen zu verlangen, die mit § 2 SGB IX ins Recht der Rehabilitation eingeführt wurde, auch auf Pflegebedürftige auszudehnen. Dies kann durch eine entsprechende Berücksichtigung des Wunsches nach einem bestimmten, geschlechtsorientiert ausgewählten Pflegepersonal im Rahmen der Pflegeleistungen

¹³⁷ BVerfGE 22, 349, 361.

¹³⁸ BVerfGE 101, 113, 118 f.

¹³⁹ BT-Drucks. 12, 8165, S. 29.

¹⁴⁰ Siehe oben Abschnitt, E.II.2.a, S. 32 f.

¹⁴¹ Ähnlich Welti, Chance und Verpflichtung, in: SozSich 2001, S. 146, 149.

¹⁴² So Welti, a.a.O.

erfolgen. Hierzu ist entweder unmittelbar das Selbstbestimmungsrecht des § 2 SGB XI oder der Begriff der „persönlichen Verhältnisse“ in § 33 Abs. 1 SGB I dahingehend auszulegen, dass auch solchen Wünsche in angemessenem Rahmen zu entsprechen ist¹⁴³.

Aus der Analyse der verfassungsrechtlichen Anforderungen ergibt sich damit, dass die erstmalige ausdrückliche Berücksichtigung des Geschlechts im Rahmen der Leistungserbringung in § 2 Abs. 1 SGB IX unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts auch Auswirkungen auf das Recht der Pflege hat.

3. Abwägungsgesichtspunkte bei der Berücksichtigung angemessener Wünsche auf geschlechtsspezifische Pflege

Bei der Prüfung der Angemessenheit des Wunsches (§ 33 Satz 2 SGB I) sind folgende Erwägungen anzustellen:

a) Zweckorientierung der Pflege

Es wird unterschiedlich danach vorzugehen sein, ob die Pflege im Zusammenhang einer stationären Krankenhausbehandlung, im Zusammenhang der Arbeit mit behinderten Menschen oder im Zusammenhang der Altenbetreuung stattfindet. Die Pflege im Krankenhaus begleitet den ärztlichen Prozess und steht daher nicht im Zentrum der Zweckorientierung dieser Art von Behandlung. Die Behandlung im Krankenhaus ist grundsätzlich als vorübergehend angelegt. Ähnliches wird man von der ambulanten Pflege in der Art der Sicherungs- und Krankenhausvermeidungspflege nach § 37 SGB V sagen können. In der Betreuung älterer und/oder behinderter Menschen orientiert sich die Pflege dagegen an grundsätzlich anderen Zwecken. Sie dient kontinuierlich und häufig auf Lebensdauer angelegt der Verschaffung, Erhaltung und Sicherung lebenswichtiger Funktionen. Pflege wird damit Bestandteil des täglichen Lebens und gleichzeitig Bestandteil der Existenz der pflegebedürftigen Person. Bei dieser Art der Pflege kann der Wunsch der pflegebedürftigen Person sehr viel mehr Gewicht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung erlangen als bei der Pflege, die eine Krankheit begleitet.

¹⁴³ Dies wird im Rahmen der gesetzgeberischen Erfordernisse näher ausgeführt, siehe unten Abschnitt F.

b) Betroffene Lebensbereiche / Aktivitäten des täglichen Lebens

Des Weiteren muss sich die Angemessenheit des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen daran orientieren, welcher Lebensbereich der Pflegeperson von der Betreuung betroffen ist. Schwer pflegebedürftige Menschen bedürfen der Unterstützung bei nahezu allen Handlungen des täglichen Lebens. Hiervon betroffen ist insbesondere auch der Bereich der Körperpflege im weitesten Sinne. Dies kann reichen vom Wechseln der Kleidung und Waschen bis zur Hilfe bei Ausscheidungsvorgängen. Darüber hinaus können medikalisierte Leistungen davon umfasst sein, wie das Anlegen von Kathetern oder die Verabreichung von Spritzen. Wegen der gebotenen Rücksichtnahme vor der Intimsphäre pflegebedürftiger Personen wird der Maßstab der Angemessenheit wunschbedingter Mehrkosten in diesem Bereich weit zu ziehen sein. Nur in ganz außergewöhnlichen Ausnahmefällen kann das Anliegen Betroffener, geschlechtsspezifische Pflegeleistungen zu erhalten, abgelehnt werden. Es sind alle Möglichkeiten auszuschöpfen, die zu seiner Erfüllung beitragen können, wie zum Beispiel die Umorganisation des Pflegepersonals eines Leistungserbringers, die Verlegung in ein anderes Pflegeheim oder die Ersetzung der Kosten im Wege der Erstattung, damit sich der oder die Pflegebedürftige selbst eine von ihm bzw. ihr gewünschte Pflegeperson beschaffen kann. So ist im Recht der Rehabilitation jetzt erstmals in § 17 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 u. 3 SGB IX vorgesehen, dass die Leistungen durch ein persönliches Budget ausgeführt werden können. Diese Vorschrift ergänzt die in § 9 Abs. 2 SGB IX vorgesehene Möglichkeit der Umwandlung von Sach- in Geldleistungen und trägt damit gleichermaßen dem Anspruch behinderter Menschen auf eine selbstbestimmte und eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Lebensumstände Rechnung¹⁴⁴. Allerdings sind persönliche Budgets auf den Bereich beschränkt, in dem Rehabilitationsleistungen ambulant erbracht werden¹⁴⁵. Hier können sie jedoch vor allem schwerst- und mehrfachbehinderten Menschen von Nutzen sein, die von verschiedenen Sozialleistungsträgern Teilleistungen erhalten und durch das persönliche Budget in die Lage versetzt werden, diese Leistungen nach ihren persönlichen Verhältnissen zielgerichtet einzusetzen¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Brodkorb, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 17 Rn. 12; Da die Träger der Rehabilitation darüber hinaus eine Prüfpflicht hinsichtlich der Wirksamkeit der Maßnahme haben, werden hierdurch zugleich die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit verwirklicht, vgl. Brodkorb, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 17 Rn. 13.

¹⁴⁵ Brodkorb, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 17 Rn. 13.

¹⁴⁶ Fuchs, Reform von historischer Bedeutung, in: SozSich 2001, 150, 155; Brodkorb, in: Hauck/Noftz, SGB IX, § 17 Rn. 13.

Anders stellt sich die Situation dagegen für diejenigen Lebensbereiche dar, die nicht die Intim-, sondern die Privatsphäre betreffen. Hiervon können Verrichtungen wie Darreichen der Nahrung, Verabreichen von Medikamenten, Kommunikation und die Versorgung im Haushalt in allen denkbaren Formen umfasst sein. Das Recht, den Umgang mit bestimmten anderen Menschen abzulehnen, fällt in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Diese kann im Rahmen des Schrankenvorbehalts der allgemeinen Gesetze wesentlich weiter eingeschränkt werden als die Persönlichkeitssphäre des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Für behinderte oder pflegebedürftige Personen können sich die Bereiche der Persönlichkeitssphäre einerseits und der allgemeinen Handlungsfreiheit andererseits sehr weitgehend überschneiden, da die Hilfe in ihrem unmittelbaren persönlichen Umfeld geleistet wird und regelmäßig geleistet werden muss. So wird die allgemeine Handlungsfreiheit zwar durch die Vorgabe bestimmter Pflegekräfte einerseits beschränkt, andererseits aber gerade auch erst ermöglicht im Rahmen der Fähigkeiten des oder der Betroffenen. Wegen der Überschneidung mit der allgemeinen Handlungsfreiheit sind in diesem Bereich jedenfalls weitergehende Beschränkungen möglich als dies für solche Pflegeleistungen der Fall ist, die im Intimbereich der Betroffenen geleistet werden. Aus Sicht der Leistungserbringer verringert sich dementsprechend der Maßstab dessen, was noch an angemessenen Mehrkosten von den Sozialleistungsträgern übernommen werden muss.

c) *Kontinuität / Häufigkeit / Dauer / Intensität der Pflege*

Bei der Beurteilung des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen sollte des Weiteren auch nach der Intensität der Pflege differenziert werden. Wenn eine zeitlich umfassende Versorgung der pflegebedürftigen Person erforderlich ist, werden die Grenzen zwischen Leistungen im Intim- und im Privatbereich nämlich fließend. Wegen der bei Schwerstpflegebedürftigen zumeist gebotenen dauerhaft körperlichen Betreuung ist aber häufig ein Bereich betroffen, der bei nicht-pflegebedürftigen Menschen jedem Zutritt Dritter verschlossen ist. Um den grundrechtlich verstärkten Schutz des Intimbereichs gleichermaßen für Pflegebedürftige wie für Nicht-Pflegebedürftige zu gewährleisten, ist für solche Personen, die ständig auf Hilfe angewiesen sind, auf Wunsch eine regelmäßige Versorgung durch Pflegekräfte des eigenen Geschlechts sicherzustellen.

Die zeitlich umfassende Versorgung mit Pflegepersonen des gewünschten Geschlechts ist demzufolge umso weniger geboten, je geringer die Pflegeintensität der zu pflegenden Person ist. Soweit eine Versorgung möglich ist, die die zeitliche Trennung der unterschiedlichen Pflegemaßnahmen erlaubt, kann diese vorgenommen werden, um einen Teil der Pflegezeit durch kostengünstigeres Personal (z.B. Zivildienstleistende) abdecken zu können. In diesem Fall ist jedoch zu beachten, dass nicht eine Vielzahl von Pflegepersonen an der Versorgung einer oder eines Pflegebedürftigen mitwirken sollte, um den notwendigen dauerhaften persönlichen Kontakt zwischen beiden Seiten zu ermöglichen, aufrechtzuerhalten und zu stärken.

d) *Finanzielle Relevanz*

Die finanziellen Auswirkungen stellen sich unterschiedlich dar für die verschiedenen Bereiche der Sozialleistungen. Im Recht der Krankenversicherung, also im Bereich der häuslichen Krankenpflege und der Krankenhausbehandlung, dürften die Auswirkungen eher gering sein. Denn wunschbedingte Mehrkosten können wegen der kurzfristig angelegten Versorgung regelmäßig als unangemessen abgelehnt werden.

Die Rehabilitationsträger könnten demgegenüber von höheren finanziellen Belastungen betroffen werden, weil in diesem Bereich einige Zivildienstleistende arbeiten, die durch entsprechend teurere Fachkräfte ersetzt werden müssten. Wie oben bereits angedeutet wurde, erscheint hier eine Unterteilung der verschiedenen Versorgungsleistungen und eine entsprechende Umorganisation bei den Leistungserbringern möglich. Da das Recht der Rehabilitation erstmals ausdrücklich anordnet, dass das Geschlecht bei der Leistungserbringung zu berücksichtigen ist, sind dennoch entstehende Mehrkosten von den Rehabilitationsträgern zu tragen.

Die größte finanzielle Belastung wird wahrscheinlich auf die Pflegekassen zukommen, weil hier die besondere Konstellation vorliegt, dass überwiegend Frauen Leistungsempfängerinnen sind und die Versorgung zu einem großen Teil von kostengünstigen Zivildienstleistenden erbracht wird. Wenn in diesem Bereich in größerem Umfang weibliche, auszubildende oder examinierte Pflegekräfte eingesetzt werden müssten, wären die Mehraufwendungen für die Pflegekassen erheblich. Wenn man die oben dargelegten Argumente aufgreift, müssten gerade schwerstpflegebedürftige Frauen auf Wunsch ausschließlich noch von Pflegepersonal des ei-

genen Geschlechts versorgt werden. Soweit solche Menschen jedoch in Pflegeheimen versorgt werden, besteht hier die Möglichkeit, die Dienstpläne so umzuorganisieren, dass eben Leistungen im Intimbereich und im Privatbereich getrennt von verschiedenen Pflegepersonen erbracht werden. Grundsätzlich ist dies auch bei solchen pflegebedürftigen Personen möglich, die zu Hause von Pflegepersonen betreut werden. Allerdings könnte es sich hier schwieriger gestalten, zumindest dann, wenn die Versorgung nur einige Stunden am Tag erbracht wird, denn in diesem Fall werden regelmäßig verschiedene Leistungen von einer Pflegeperson zugleich erbracht werden. Gerade die Pflege, die den Intimbereich betrifft, wird dann aber zumeist von geschulten weiblichen Pflegekräften der Sozialdienste geleistet werden müssen. Regelmäßig dürfte daher nur noch weibliches – und damit teureres - Pflegepersonal in diesem Bereich eingesetzt werden. Soweit diese Mehrkosten nicht durch die normalen Pflegesätze abgedeckt werden, kommt eine Finanzierung durch die ergänzenden Leistungen der Sozialhilfe in Betracht, weil das Geschlecht nach dem Recht der Pflegeversicherung noch nicht ausdrücklich zu berücksichtigen ist¹⁴⁷. Wenn dies von den Pflegekassen ablehnt wird, können diese Kosten somit weiterhin auf die Sozialhilfe abgewälzt werden, obwohl das Risiko der Pflegebedürftigkeit mit den daraus entstehenden Bedürfnissen für die Leistungserbringung eigentlich im Recht der Pflegeversicherung umfassend rechtlich aufgefangen und geregelt werden sollte.

e) *Relevanz betriebsorganisatorischer Elemente*

Schließlich sind in diesem Zusammenhang auch in der Praxis auftretende Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die sich in den einzelnen Leistungsbereichen jeweils unterschiedlich gestalten. Wie oben gezeigt wurde, stellt sich die Situation insbesondere vor dem organisatorischen Hintergrund des Krankenhausbetriebes als problematisch dar, weil jeweils ad hoc nach der Patientinnen- und Patientensituation eine Umorganisation der Pflegekräfte vorgenommen werden müsste¹⁴⁸.

Demgegenüber erscheint die Einteilung der Pflegepersonen bei den auf Dauer angelegten Versorgungsleistungen der Pflegeversicherung und der Rehabilitation grundsätzlich eher möglich.

¹⁴⁷ Wie oben gezeigt wurde, kann das Geschlecht jedoch auch jetzt schon im Rahmen des § 2 SGB XI berücksichtigt werden, siehe oben Abschnitt C.III.; Darüber hinaus ist eine Ausweitung der entsprechenden Regelung im Recht der Rehabilitation auf das Pflegeversicherungsrecht geboten, siehe oben Abschnitt E.I.

Hier sollte sich die Berücksichtigung des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen anhand der bereits bestehenden gesetzlichen Anforderungen in Zukunft stärker durchsetzen und schon bei der Planung der Dienstpläne von den jeweiligen Leistungserbringern beachtet werden.

II. Verfassungskonforme Verstärkung der Hinweispflichten auf Wunsch- und Wahlrechte (§§ 14 ff. SGB I)

Gemäß § 14 SGB I haben alle Sozialleistungsberechtigten einen Rechtsanspruch auf Beratung über ihre Rechte und Pflichten, der von den für die Leistung zuständigen Trägern zu erfüllen ist. Der Sozialleistungsträger ist ausdrücklich verpflichtet, diese Beratung umfassend vorzunehmen¹⁴⁹.

Da § 9 Abs. 1 Satz 2 SGB IX die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Leistungserbringung ausdrücklich anordnet, umfasst die Beratungspflicht des jeweiligen Trägers der Rehabilitationsleistungen (§ 6 SGB IX) gerade auch die Pflicht, die Betroffenen auf die Möglichkeit einer geschlechtsspezifischen Betreuung hinzuweisen. Das gilt insbesondere dann, wenn die behinderte Person ihr Recht in dieser Hinsicht nicht kennt.

Sowohl § 2 Abs. 1 SGB XI als auch die allgemeine Vorschrift des § 33 Abs. 1 SGB I sind dahingehend auszulegen, dass Wünsche nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen grundsätzlich berücksichtigt werden sollen bzw. können. Wenn ein effektiver Schutz des grundrechtlich abgesicherten Intim- und Persönlichkeitsbereich für pflegebedürftige Personen gewährleistet werden soll, muss über die Möglichkeit einer solchen Leistungserbringung zunächst einmal umfassend beraten werden. Daher kann man davon ausgehen, dass die Hinweispflicht des § 14 SGB I auch für geschlechtsspezifische Leistungen in der Pflegeversicherung gilt.

Gleichermaßen haben die Sozialhilfeträger im Rahmen ihrer Beratungspflicht auf die Möglichkeit geschlechtsspezifischer Leistungen hinzuweisen. Für die Eingliederungshilfe für be-

¹⁴⁸ Siehe oben Abschnitt C.V.

hinderte Menschen gem. §§ 39 ff. BSHG ergibt sich dies aus dem Verweis in § 39 Abs. 4 BSHG, wonach die Vorschriften des SGB IX für die Leistungen zur Teilhabe gelten. Aufgrund dessen ist das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten gem. § 9 SGB IX zu berücksichtigen, innerhalb dessen das Geschlecht eines der maßgeblichen Kriterien sein kann. Im Bereich der ergänzenden Leistungen zur Pflege gem. §§ 68 ff. BSHG folgt dies aus § 68 Abs. 2 Satz 2, 2. Hs. BSHG, wonach § 28 Abs. 4 SGB IX entsprechend gilt. Nach Satz 1 des § 28 Abs. 4 SGB IX soll die Pflege auch die Aktivierung der Pflegebedürftigen zum Ziel haben, um vorhandene Fähigkeiten zu erhalten und, soweit dies möglich ist, verlorene Fähigkeiten zurückzugewinnen. Damit gilt auch für die ergänzenden Leistungen der Sozialhilfe der Grundsatz der aktivierenden Pflege, der den Betroffenen zu einem selbständigen und selbstbestimmten Leben verhelfen soll. Dies entspricht im wesentlichen dem Grundsatz der Leistungserbringung gem. § 2 Abs. 1 SGB XI. Da diese Vorschrift aus Gründen der Gleichbehandlung von behinderten und pflegebedürftigen Menschen so auszulegen ist, dass das Geschlecht bei der Leistungserbringung auch bei Pflegebedürftigen zu berücksichtigen ist¹⁵⁰, gilt dies für die ergänzenden Leistungen der Sozialhilfe gleichermaßen. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt man durch die Anwendung des § 33 Abs. 1 SGB I, der auch für die Sozialhilfe gilt. Allerdings ist es aufgrund dieser Vorschrift lediglich *möglich*¹⁵¹, dass der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen berücksichtigt wird, während dies nach § 2 Abs. 1 SGB XI *geboten* ist.

Neben der Beratungspflicht des § 14 SGB I ist im vorliegenden Zusammenhang auch die von der Rechtsprechung entwickelte, sich aus dem Sozialrechtsverhältnis ergebende besondere Betreuungspflicht relevant. Gegenstand dieser besonderen Betreuungspflicht ist die „verständnisvolle Förderung“ der Leistungsberechtigten und die Wahrung ihrer – dem Leistungsträger anvertrauten – Interessen¹⁵². Insoweit können und sollten die Leistungsträger zugunsten der Pflegebedürftigen bei den Leistungserbringern darauf hinwirken, dass durch die entsprechende zeitliche Organisation der Dienstpläne der Wunsch der Pflegebedürftigen verwirklicht werden kann. Wenn dies nicht möglich ist, die Erbringung von geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen aber zum Beispiel in einer anderen Einrichtung oder von einem anderen Pflege-

¹⁴⁹ Zum Umfang der Beratungspflicht vgl. Mroczynski, SGB I, § 14 Rn. 8 u. 11; Schellhorn, in: GK-SGB, § 14, Rn. 16 ff.; Degener, Das ambulante Pflegerechtsverhältnis als Modell des Sozialleistungsverhältnisses, S. 182 ff.

¹⁵⁰ Siehe oben Abschnitt E.I.2.e.

¹⁵¹ Siehe oben Abschnitt C.I.1., darüber hinaus ist aber auch die verfassungskonforme Auslegung erforderlich, siehe Abschnitt D.III.

dienst besser gewährleistet werden kann, ist der Sozialleistungsträger zudem verpflichtet, die oder den Betroffenen hierauf hinzuweisen und gegebenenfalls beim Wechsel des Leistungserbringers zu unterstützen.

Schließlich können sich die Betroffenen auch an die für ihren Wohnbereich zuständigen Servicestellen gem. § 22 SGB IX wenden. Aufgabe dieser Servicestellen ist es, behinderten bzw. von Behinderung bedrohten Menschen sowie ihren Vertrauenspersonen und Personensorgeberechtigten Beratung und Unterstützung anzubieten. Solche Tätigkeit umfasst gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX zum Beispiel die Pflicht, die Betroffenen bei der Inanspruchnahme von Leistungen dahingehend zu unterstützen, dass sie diese Leistungen auch tatsächlich im vollen Umfang gewährt bekommen. Hiervon umfasst ist selbstverständlich auch die Inanspruchnahme von geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen.

F. Gesetzgeberische Erfordernisse

Das neu geschaffene Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen ist der bisher erste Bereich der Sozialleistungsgesetze, der die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Leistungserbringung ausdrücklich anordnet (§ 9 Abs. 1 Satz 2 SGB IX). Da die Begriffe des behinderten und des pflegebedürftigen Menschen sich für die hier interessierenden Fälle pflegebedürftiger Personen weitgehend überschneiden, kommt es im Bereich der Pflegeversicherung zu Ungleichbehandlungen, wenn die Geschlechtszugehörigkeit nicht berücksichtigt wird. Diese Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG sollte dadurch beseitigt werden, dass die geschlechtsspezifischen Erfordernisse im Rahmen der Selbstbestimmung pflegebedürftiger in § 2 SGB XI ausdrücklich normiert werden. Wegen der Ausrichtung der Pflegeversicherung auf die Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (§ 1 Abs. 1 SGB XI) dürfte diese den größten Anteil der anfallenden Pflegeleistungen abdecken. Daher ist hier die Normierung der geschlechtsspezifischen Anforderungen an die Leistungserbringung von besonderer Bedeutung.

Zudem ist zu erwägen, ob auch im allgemeinen Individualisierungsprinzip des § 33 SGB I die Berücksichtigung der Geschlechtszugehörigkeit ausdrücklich angeordnet werden sollte. We-

¹⁵² Zur Betreuungspflicht aus einem Sozialrechtsverhältnis vgl. Schellhorn, in: GK-SGB I, § 14 Rn. 65; siehe auch Degener, Das ambulante Pflegerechtsverhältnis als Modell des Sozialleistungsverhältnisses, S. 91.

gen der umfassenden Geltung des § 33 SGB I (siehe § 37 Satz 2 SGB I) hätte diese Änderung Bedeutung für alle Sozialleistungsbereiche. Hierbei ist jedoch zu bedenken, welche Schwierigkeiten sich aus der Anordnung geschlechtsspezifischer Leistungserbringung für die Krankenversicherung ergeben und dass die Erbringung solcher Leistungen wegen der zeitlich begrenzten Leistungen nicht erforderlich erscheint. Daher ist eine entsprechende Anordnung in § 33 SGB I als zu weitgehend abzulehnen. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass die Auslegung des § 33 Satz 1 SGB I im Einzelfall zu einem Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen führen kann.

Demgegenüber erscheint es geboten, die Berücksichtigung der Geschlechtszugehörigkeit in der Sozialhilfe ausdrücklich anzuordnen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass über die ergänzenden sozialhilferechtlichen Leistungen zur Pflege häufig entstehende Mehrkosten abgedeckt werden, die gerade bei dem Wunsch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen anfallen können. Die bessere Ausbringung der geschlechtsspezifischen Erfordernisse im Bundessozialhilfegesetz könnte hierbei sowohl im Individualisierungsgrundsatz des § 3 BSHG vorgenommen werden als auch – was wegen des Sachzusammenhangs sinnvoller erscheint – im Rahmen der Vorschriften über die Hilfe zur Pflege gemäß §§ 68 ff. BSHG.

G. Ergebnisse / Zusammenfassung

Bereits bei der Analyse des bestehenden einfachgesetzlichen Leistungsrahmens wurde deutlich, dass der Wunsch nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen berücksichtigt werden kann. Am deutlichsten wird dies im neu eingeführten Recht der Rehabilitation und der Teilhabe (SGB IX), weil hier die Berücksichtigung des Geschlechts erstmals ausdrücklich angeordnet ist. Der Anspruch auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen ist jedoch nicht auf diesen Bereich beschränkt. Insbesondere kann der Begriff der „persönlichen Verhältnisse“ in § 33 Satz 1 SGB I dahingehend ausgelegt werden, dass hierunter auch die Geschlechtszugehörigkeit gefasst werden kann. Verstärkte Anforderungen in diese Richtung ergeben sich allerdings erst aus der Betrachtung dieser Vorschrift vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Ähnlich verhält es sich mit dem Wunsch- und Wahlrecht im Bereich der Pflegeversicherung (§ 2 SGB XI) und mit dem Individualisierungsprinzip der Sozialhilfe (§ 3 BSHG). Zwar kann grundsätzlich die Geschlechtszugehörigkeit bei der Leistungserbringung aufgrund dieser Vorschriften zu berücksichtigen sein. Die Grenze, bis zu der wunschbedingte Mehrkosten noch vom Träger der Pflegeversicherung und der Sozialhilfe zu übernehmen sind, bildet jedoch in beiden Fällen die Angemessenheit der entstehenden Mehrkosten. Aus der Betrachtung der einfachgesetzlichen Regelungen alleine lassen sich noch keine konkreten Maßstäbe für die Bewertung diesbezüglich ableiten. Hierzu ist vielmehr eine Betrachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben erforderlich.

Von entscheidender Bedeutung ist hierbei die staatliche Schutzpflicht des Intim- und Privatbereichs pflegebedürftiger Menschen. Zumindest in denjenigen Fällen, in denen das Recht des oder der Pflegebedürftigen auf sexuelle Selbstbestimmung durch die Leistungserbringung betroffen ist, ist aufgrund dieser Schutzpflicht die uneingeschränkte Berücksichtigung des Anspruchs auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen geboten. Insoweit sind sowohl das Selbstbestimmungsrecht des § 2 SGB XI als auch das Individualisierungsprinzip des § 3 BSHG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass jedenfalls bei Leistungen, die in den Intimbereich der Betroffenen eingreifen, der Wunsch nach Pflegekräften des eigenen Geschlechts nicht abgelehnt werden darf. Soweit neben diesen spezialgesetzlichen Regelungen das allgemeine Individualisierungsprinzip des § 33 SGB I zur Anwendung kommt, gelten diese verfassungsrechtlichen Anforderungen hierfür gleichermaßen.

Auf der Grundlage dieser allgemeinen Überlegungen können bei der Abwägung der Angemessenheit des Wunsches auf geschlechtsspezifische Pflege im Einzelfall folgende Kriterien eine Rolle spielen: die Zweckorientierung der Pflege, die betroffenen Lebensbereiche, die Kontinuität, Häufigkeit, Dauer und Intensität der Pflege, die finanzielle Relevanz der Berücksichtigung geschlechtsspezifischer Wünsche sowie die Relevanz der betriebsorganisatorischen Elemente beim Leistungserbringer.

Verfassungsrechtlich relevant sind weiter die speziellen Diskriminierungsverbote für behinderte Menschen und für Frauen. Aus Art. 3 Abs. 3 GG i.V.m. dem Gebot sozialer Gleichheit im Rahmen des Sozialstaatsprinzips ergibt sich die Notwendigkeit, auch mittelbare Ungleichbehandlungen abzubauen. In Hinblick auf behinderte Menschen, insbesondere in Hinblick auf

pflegebedürftige Frauen können hieraus Förderungsgebote wie das Recht auf Berücksichtigung geschlechtsspezifischer Wünsche erwachsen.

Im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitsgebot ergibt sich schließlich, dass die fehlende Berücksichtigung des Geschlechts im Rahmen des Pflegeversicherungsrechts (§ 2 SGB XI) gegenüber dem Recht der Rehabilitation (§ 9 SGB IX) grundsätzlich eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellt. Dieser Ungleichbehandlung kann nur mit einer entsprechenden Berücksichtigung des Geschlechts auch in der Pflegeversicherung begegnet werden.

Um eine wirksame Geltendmachung des Wunsches nach geschlechtsspezifischen Pflegeleistungen und den hierdurch bewirkten Grundrechtsschutz der Betroffenen zu gewährleisten, ist zudem zu beachten, dass die Beratungspflicht der Sozialleistungsträger (§ 14 SGB I) sich auch auf Informationen über die entsprechenden Möglichkeiten erstreckt.

Auch wenn aus der Interpretation der einfachgesetzlichen Vorschriften im Lichte des Verfassungsrechts Ansprüche auf geschlechtsspezifische Pflegeleistungen folgen können, sollte der Gesetzgeber die geschlechtsspezifischen Erfordernisse im Gesetz deutlicher zur Geltung bringen. Dies gilt vor allem für die Pflegeversicherung, und zwar zum einen, um die Ungleichbehandlung gegenüber dem Recht der Rehabilitation zu beseitigen, zum anderen, weil in diesem Bereich die meisten Menschen von Pflegeleistungen betroffen sein dürften, die in ihren Intim- und Persönlichkeitsbereich eingreifen. Wegen der ergänzenden Funktion der Sozialhilfe in diesem Bereich erscheint zudem die Formulierung der geschlechtsspezifischen Erfordernisse im Sozialhilferecht geboten, wobei dies am ehesten im Zusammenhang der Hilfe zur Pflege geschehen sollte.

Literaturverzeichnis

- Baur, Fritz
 Behinderte und Pflege – Zum Verhältnis von Sozialhilfe und Pflegeversicherung
 ZFSH/SGB 1997, S. 579 – 587.
- Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.)
 Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
 2. Aufl., Berlin/New York 1994
 (zit.: Bearb. in: Benda/Maihofer/Vogel)
- Bieritz-Harder, Renate
 Menschenwürdig leben
 Berlin 2001
- Bochumer Kommentar
 Bochumer Kommentar zum Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil
 (Hrsg.: Wilhelm Wertenbruch, bearb. v. Otto Freitag u.a.)
 Berlin/New York 1979
 (zitiert: Bearb. in: BK)
- Bryde, Brun-Otto/Kleindiek, Ralf
 Der allgemeine Gleichheitssatz,
 In: Jura 1999, S. 36 – 44.
- Bundesregierung (Hrsg.)
 Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern vom 24. April 2002
- Dahmer, Jürgen
 Anamnese und Befund: Die ärztliche Untersuchung als Grundlage klinischer Diagnostik
 8. Aufl., Stuttgart/New York 2001
- Dalichau, Gerhard/Grüner, Hans/Müller-Alten, Lutz
 Pflegeversicherung
 Sozialgesetzbuch Elftes Buch
 Kommentar
 Loseblatt, Stand: Oktober 2001
 (zitiert: Dalichau/Grüner/Müller-Alten, SGB XI)
- Degener, Theresia
 Das ambulante Pflegerechtsverhältnis als Modell eines Sozialrechtsverhältnisses
 Frankfurt a.M. 1994

- Degener, Theresia
Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland
In: Kritische Justiz 2000, S. 425 – 433.
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.)
Fachlexikon der sozialen Arbeit
4. Aufl., Frankfurt a.M. 1997
(zit.: Bearb. in: Fachlexikon)
- Dreier, Horst (Hrsg.)
Grundgesetz Kommentar
Band I: Artikel 1-19
Tübingen 1996
(zitiert: Bearbeiter, in: Dreier)
- Eyferth, Hanns/Otto, Hans-Uwe/Thiersch, Hans
Handbuch zur Sozialarbeit/Sozialpädagogik
Neuwied/Darmstadt 1984
(zit.: Bearb. in: Eyferth/Otto/Thiersch, Handbuch)
- Fichtner, Otto (Hrsg.)
Bundessozialhilfegesetz
Kommentar
Bearb. von Ernst Bräutigam
München 1999
(zitiert: Fichtner, BSHG)
- Friedrichs, Anne
Die Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Eingliederungshilfe für ältere und schwerstpflegebedürftige Behinderte
ZFSH/SGB 2000, S. 17 – 20.
- Frowein, Jochen Abr.
Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag
In: Festschrift Zacher 1998
S. 157 – 168.
- Fuchs, Harry
Reform von historischer Bedeutung,
in: Soziale Sicherheit 2001, S. 150 – 158.
- Füeßl, Hermann S./Middeke, Martin R. F.
Anamnese und klinische Untersuchung
Stuttgart 1998
- Gitter, Wolfgang/Schmitt, Jochem
Sozialrecht
5. Aufl., München 2001

- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang
- Sozialgesetzbuch
Gesamtkommentar, Loseblatt
Berlin
- SGB I: Allgemeiner Teil
Stand: Dezember 2001
(zit.: Bearb., in: Hauck/Noftz, SGB I)
- SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung
Stand: Dezember 2001
(zit.: Bearb. in: Hauck/Noftz, SGB V)
- SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen
Stand: Januar 2002
(zit.: Bearb., in: Hauck/Noftz, SGB IX)
- Igl, Gerhard
- Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und
Betreuungsverhältnisse
In: VSSR 1978, S. 201 ff.
- Igl, Gerhard/Giese, Dieter
- Über den Begriff „unvertretbare Mehrkosten“
iSd § 3 Abs. 2 BSHG
In: ZfSH 1982, S. 65 – 75.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo
- Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland
Kommentar
6. Aufl., München 2002
(zitiert: Bearb. in: Jarass/Pieroth)
- Kasseler Kommentar
- Kasseler Kommentar Sozialversicherungs-
recht
Gesamtredaktion: Klaus Niesel
Bearb. v. Winfried Funk u.a.
Band 1
München, Loseblatt, Stand Januar 2002
(zit.: Bearb, in: KassKomm, SGB V)
- Klein, Hans H.
- Die grundrechtliche Schutzpflicht
In: DVBl. 1994, S. 489 – 497.
- Krause/Nitsche
- Wahlfreiheit des Leistungsempfängers und
Bestimmungsrechts des Leistungsträgers – am
Beispiel der Therapieeinrichtungen für Sucht-
kranke
In: ZfSH/SGB 1984, S. 51 ff.

- Krause, Peter
Empfiehl es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?
In: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, 1978
Band I Gutachten
- Kreft, Dieter/Mielenz, Ingrid (Hrsg.)
Wörterbuch Soziale Arbeit
Aufgaben, Praxisfelder, Begriffe und Methoden der Sozialarbeit und Sozialpädagogik
4. Aufl., Weinheim und Basel 1996
(zit.: Bearb. in Dieter/Mielenz, Wörterbuch Soziale Arbeit)
- Kretschmer, Hans-Jürgen / Maydell, Bernd von/Schellhorn, Walter
Gesamtkommentar zum Sozialgesetzbuch GK-SGB I
Allgemeiner Teil
3. Aufl., 1996
(zitiert: Bearb. in: GK-SGB I)
- Lange, Armin
Anamnese und klinische Untersuchung
5. Aufl., Berlin/Heidelberg u.a. 1998
- Maydell, Bernd von (Hrsg.)
Sozialrechtshandbuch
2. Aufl., Neuwied u.a. 1996
(zitiert: Bearb. in: SRH)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter
Grundgesetz
Kommentar
Band I: Art. 1-11
Loseblatt, Stand: Juli 2001
(zit.: Bearbeiter, in: Maunz/Dürig)
- Mrozynski, Peter
Sozialgesetzbuch I
Allgemeiner Teil
2. Aufl. 1995
- Mrozynski, Peter
Zweifelsfragen der Pflegeversicherung im Zusammenhang mit geistiger, körperlicher oder seelischer Behinderung
SGB 1995, S. 104 – 112.
- Mrozynski, Peter
Das Verhältnis der Pflegeleistungen zur Eingliederungshilfe
ZFSH/SGB 1999, S. 333 – 346.
- Münch, Ingo von /Kunig, Philip (Hrsg.)
Grundgesetz-Kommentar
Band 1 (Präambel bis Art. 19),
5., Aufl., München 2000
(zit.: Bearb., in: von Münch/Kunig)

Neumann, Volker	Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik In: DVBl. 1997, S. 92 – 100.
Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard	Grundrechte Staatsrecht II 17. Aufl., Heidelberg 2001
Reihe Alternativkommentare	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundes- republik Deutschland Bearb. von Axel Azzola u.a. Band 1: Art. 1-37 2. Aufl., Neuwied 1989 (zitiert: AK-GG-Bearb.)
Sachs, Michael (Hrsg.)	Grundgesetz Kommentar 2. Aufl., München 1999 (zitiert: Bearb. in: Sachs)
Schellhorn, Walter/Schellhorn, Helmut	Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz 16. Aufl., Neuwied u.a. 2002
Schulin, Bertram (Hrsg.)	Handbuch des Sozialversicherungsrechts - Band 1: Krankenversicherungsrecht München 1994 (zitiert: Bearbeiter, in Schulin HS-KV) - Band 4 : Pflegeversicherungsrecht München 1997 (zitiert: Bearbeiter, in Schulin HS-PfV)
Schulin, Bertram/Igl, Gerhard	Sozialrecht Ein Studienbuch 7. Aufl., Düsseldorf 2002 (zitiert: Schulin/Igl, Sozialrecht)
Udsching, Peter	Soziale Pflegeversicherung SGB XI 2. Aufl., München 2000
Waltermann, Raimund	Sozialrecht 3. Aufl., Heidelberg 2002
Wannagat, Georg (Hrsg.)	Kommentar zum Sozialgesetzbuch Loseblatt - Allgemeiner Teil SGB I Stand: September 2000 (zitiert: Bearb. in: Wannagat, SGB I) - Soziale Pflegeversicherung SGB XI Stand: Juni 2001 (zitiert: Bearb. in: Wannagat, SGB XI)

Welti, Felix

Chance und Verpflichtung

In: Soziale Sicherheit 2001, S. 146 – 151.

Welti, Felix/Sulek, Constanze

Die individuelle Konkretisierung des sozialrechtlichen Anspruchs auf Rehabilitation

In: VSSR 2000, S. 453 – 472.

Zacher, Hans F.

Der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderung

In: Igl, Gerhard/Welti, Felix (Hrsg.): Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaats für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation, Wiesbaden 2001, S. 1 ff.