

L 7 SO 14/07 ER

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Sozialhilfe

Abteilung

7

1. Instanz

SG Frankfurt (HES)

Aktenzeichen

S 59 SO 82/07 ER

Datum

05.03.2007

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 7 SO 14/07 ER

Datum

30.04.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

I. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 5. März 2007 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten ist, eine Beschäftigung ihres Neffen als selbstbeschaffte Pflegekraft weiterhin zu finanzieren.

Die im Jahre 1961 geborene Antragstellerin leidet an den Folgen einer Conterganschädigung, die bei ihr eine 24-Stunden-Pflege erforderlich machen. Im Rahmen der ihr bisher gewährten Hilfe zur Pflege stellte sie diese durch selbst beschäftigte Pflegekräfte unter Mitwirkung von S. (ein Verein, der nach eigener Aussage behinderte Menschen unterstützt, die ihre Helferinnen im Rahmen der selbst organisierten Pflege selbst einstellen) auf der Grundlage des sogenannten Arbeitgebermodells nach [§ 66 Abs. 4 S. 2](#) des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XII) sicher. Der entsprechende Bewilligungsbescheid vom 22. März 2006 wurde bis zum 31. Januar 2007 befristet. Im Frühjahr 2006 hatte die Antragstellerin mit mehreren Pflegekräften Arbeitsverträge abgeschlossen, darunter am 20. Februar 2006 auch mit ihrem Neffen R. A., der ab 1. März 2006 die Pflege der Antragstellerin übernahm. Bei einem mit allen Pflegekräften vereinbarten Stundenlohn von 10,25 EUR brutto errechneten sich monatliche Gesamtkosten in Höhe von etwa 9.300,00 EUR (Kostenvoranschlag der S. vom 28. Februar 2006).

Mit Schreiben vom 17. November 2006 wies die Antragsgegnerin die Antragstellerin darauf hin, dass die Beschäftigung ihres Neffen als Pflegehilfe im Rahmen des [§ 66 Abs. 4 SGB XII](#) nicht zulässig sei. Nach [§ 77 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI), der anzuwenden sei, seien Verträge mit Verwandten und Ver-schwägerten bis zum dritten Grad unzulässig. Die Lohnabrechnung für die Tätigkeit ihres Neffen über S. könne daher ab 1. Dezember 2006 nicht mehr erfolgen.

Im Dezember 2006 beantragte die Antragstellerin die Anerkennung der Weiterbeschäftigung ihres Neffen als Pflegehilfe bis zum 15. April 2007. Die Antragsgegnerin teilte daraufhin mit Schreiben vom 8. Dezember 2006 unter Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 17. November 2006 erneut mit, dass das Beschäftigungsverhältnis mit ihrem Neffen unzulässig sei und eine Abrechnung über S. nicht mehr erfolgen könne. Gleichwohl räumte die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine Übergangsfrist bis zum 31. Januar 2007 unter der Voraussetzung ein, den Nachweis über die Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses mit R.A. vorzulegen. Eine Verlängerung der Anerkennung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2007 sei nicht möglich.

Am 14. Dezember 2006 legte die Antragstellerin ein Schreiben des Inhalts vor, dass das Arbeitsverhältnis mit ihrem Neffen zum 31. Januar 2007 gekündigt werde. Das Schreiben enthält den Zusatz: "sollte ich bis zum 31. Januar 2007 keinen Ersatz gefunden haben, kann die Kündigung zurückgenommen werden vom Arbeitgeber, denn meine Versorgung muss sichergestellt werden."

Durch Bescheid vom 9. Februar 2007 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass diese bei einer Vorsprache vom 1. Februar 2007 die Anerkennung der Weiterbeschäftigung ihres Neffen beantragt und die Rücknahme seiner Kündigung vom 29. Januar 2007 vorgelegt habe. Es werde auf die Schreiben vom 17. November 2006 und 8. Dezember 2006 verwiesen, in welchem der Antragstellerin bereits bekannt gegeben worden sei, dass ab Februar 2007 die Lohnabrechnung für die Tätigkeit des R.A ... nicht mehr über S. erfolgen könne. Der Antragstellerin bleibe es überlassen, sich weiterhin von ihrem Neffen pflegen zu lassen und dafür gegebenenfalls ihr frei

bleibendes Pflegegeld einzusetzen.

Am 26. Februar 2007 hat die Antragstellerin bei dem Sozialgericht Frankfurt am Main (SG) den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt mit dem Ziel, die Antragsgegnerin zu verpflichten, vorläufig weiterhin Leistungen zur Finanzierung der Weiterbeschäftigung ihres Neffen als Pflegekraft zu erbringen. Zur Begründung hat sie vorgetragen, ihren Neffen gemäß [§ 66 Abs. 4 SGB XII](#) beschäftigt zu haben. Die Kosten hierfür seien monatelang von der Antragsgegnerin übernommen worden. Aufgrund deren Mitteilung, dass diese Leistung wegen der Verwandtschaftsbeziehung zu ihrem Neffen nicht mehr weiter erbracht werden könne, sei sie bereit, sich eine neue Pflegekraft zu suchen. Die Suche nehme jedoch einige Zeit bis spätestens Mitte des Jahres 2007 in Anspruch. Während dieser Zeit - bis sie einen geeigneten Ersatz gefunden habe - sei die Pflege weiterhin erforderlich. Wenn keine Zahlungen mehr erfolgen würden, werde ihr Neffe sie ab 1. Mai 2007 auch nicht mehr pflegen.

Durch Beschluss vom 5. März 2007 hat das SG den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abgelehnt. Der Antragstellerin stehe bereits ein Rechtsschutzbedürfnis nicht zur Seite. Vorläufiger Rechtsschutz könne erst nach oder frühestens zugleich mit einer entsprechenden Vorbefassung des Leistungsträgers in Anspruch genommen werden; es sei weder von der Antragstellerin vorgetragen noch aus den Unterlagen ersichtlich, dass die Antragstellerin den von ihr beanstandeten Bescheid vom 9. Februar 2007 vor oder zumindest zeitgleich mit der Antragstellung bei Gericht bei der Antragsgegnerin selbst angefochten hätte. Im Übrigen seien vorliegend weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund im Sinne des [§ 86b Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) gegeben. Im Rahmen des von der Antragstellerin gewünschten Arbeitgebermodells nach [§ 66 Abs. 4 SGB XII](#) könne sie die Gewährung von Leistungen zur Finanzierung der Beschäftigung ihres Neffen als Pflegekraft nicht beanspruchen. Die Vorschrift des [§ 77 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 SGB XI](#) schließe den Abschluss entsprechender Arbeitsverträge mit Verwandten oder Verschwägerten des Pflegebedürftigen bis zum dritten Grad sowie mit Personen, die mit dem Pflegebedürftigen in häuslicher Gemeinschaft lebten, aus. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin die entsprechende Leistungserbringung ablehne. Auch ein Anordnungsgrund sei nicht glaubhaft gemacht. Die Pflege der Antragstellerin könne auch ohne Weiterbeschäftigung ihres Neffen fortgeführt werden. Die für sie erforderliche 24-Stunden-Pflege, die durch R.A. allein ohnehin nicht gewährleistet werden könnte, könne dem glaubhaften Vortrag der Antragsgegnerin zufolge durch Pflegedienste übernommen werden. Der Umstand, dass es die Antragstellerin ablehne, durch einen Pflegedienst gepflegt zu werden und auf der Finanzierung der Weiterbeschäftigung ihres Neffen als Pflegekraft beharre, vermöge die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderliche Eilbedürftigkeit nicht zu begründen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 8. März 2007 eingegangenen Beschwerde, der das SG nicht abgeholfen hat (Beschluss vom 9. März 2007). Zur Begründung führt sie - unter Beifügung einer eidesstattlichen Versicherung - im Wesentlichen aus, dass sie dringend auf die Pflege durch den zurückgewiesenen Verwandten angewiesen sei. Für sie sei es nicht möglich, einen Pflegedienst in Anspruch zu nehmen, da die in Betracht kommenden Pflegedienste eine Zusammenarbeit mit ihr ablehnten. Gegen den Bescheid vom 9. Februar 2007 habe sie entgegen der Darlegung des SG Widerspruch eingelegt, über den freilich noch nicht entschieden sei. Es treffe zwar zu, dass die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit Verwandten gemäß [§ 77 SGB XI](#) nicht erfolgen könne. Diese Vorschrift beziehe sich jedoch ausdrücklich nur auf einen Vertrag zwischen den Pflegekassen und dem Verwandten. Eine Anwendung der genannten Vorschrift aus dem SGB XI auf die vorliegend einschlägigen Regelungen des SGB XII sei nicht möglich. Soweit ersichtlich, existiere auch keine Rechtsprechung, die diese Übertragung des Rechtsgedankens des [§ 77 SGB XI](#) für zulässig erachte. Soweit die Antragsgegnerin auf die Vorschrift des [§ 66 Abs. 4 SGB XII](#) Bezug nehme, führe das nicht weiter. Die Auslegung dieser Vorschrift sei bereits Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung der Beteiligten gewesen (Verfahren vor dem Hessischen Landessozialgericht mit dem Aktenzeichen L 7 SO 66/06); dabei sei es jedoch um die Frage der Anrechnung von Leistungen der Pflegeversicherung auf Leistungen nach dem SGB XII gegangen und nicht um die Frage der Auswahl von Pflegepersonal. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, die von der Antragsgegnerin vertretene Rechtskonstruktion sei zulässig, müsse das Eilverfahren Erfolg haben. Es bedürfe in diesem Fall nämlich einer Klärung der Rechtsfrage im Hauptsacheverfahren. Dass der in Rede stehende Bescheid offensichtlich rechtmäßig sei, könne nicht gesagt werden. Insoweit überwiege auch in diesem Fall das Interesse der Antragstellerin, von nicht wieder gutzumachenden Nachteilen bis zur Klärung im Hauptsacheverfahren verschont zu bleiben.

Die Antragstellerin beantragt, unter Aufhebung des Beschlusses des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 5. März 2007 die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig zu verpflichten, ihr weiterhin Leistungen zur Finanzierung der Weiterbeschäftigung ihres Neffen zu erbringen.

Die Antragsgegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, es sei nicht zutreffend, dass die Antragstellerin ausschließlich auf die Pflege durch ihren Neffen angewiesen wäre. Die erforderlichen Pflegemaßnahmen könnte auch ein Pflegedienst durchführen. Nicht zutreffend sei, dass die in Betracht kommenden Pflegedienste eine Zusammenarbeit mit der Antragstellerin ablehnten. Wenn ihre Betreuung - wie die Antragstellerin vorgetragen habe - nicht mehr gewährleistet sein solle, liege dies allein in ihrer Verantwortung. Sie müsse lediglich die angebotene Hilfe annehmen. Dies sei ihr auch am 29. März 2007 persönlich mitgeteilt worden, als sie gegenüber der Mitarbeiterin des Sozialrathauses die Unterversorgung geltend gemacht habe. Ihr Verhalten, Hilfe nicht anzunehmen und dann "von jetzt auf gleich" die Versorgung im Rahmen einer 24-Stunden-Pflege durchsetzen zu wollen, wohl wissend, dass dies nicht möglich sei, lasse nur den Schluss zu, dass sie mit allen Mitteln versuche, ihre Forderung nach Weiterbeschäftigung ihres Neffen durchzusetzen. Pflegepersonen, deren angemessene Aufwendungen dem Pflegebedürftigen gemäß [§ 65 Abs. 1 SGB XII](#) zu erstatten seien, seien Angehörige, Nachbarn oder sonstige dem Pflegebedürftigen nahestehende Personen, die den Pflegebedürftigen nicht erwerbsmäßig häuslich pflegten. Hierunter sei auch der Neffe zu fassen, der im gleichen Hause wie die Antragstellerin wohne; es bestünden keine Bedenken, dass er die Antragstellerin pflege und dazu das Pflegegeld gemäß [§ 37 SGB XI](#), das der Antragstellerin gezahlt werde, verwendet werde. Wie schon im Bundessozialhilfegesetz (BSHG) vorgesehen und in das SGB XII übernommen, sollten nahe stehenden Personen die Pflege grundsätzlich unentgeltlich leisten. Eine erwerbsmäßige Vergütung sei für diesen Personenkreis nicht vorgesehen. Dies lasse sich aus [§ 65 Abs. 1 SGB XII](#) ableiten. Beschäftigungsverhältnisse mit Angehörigen kämen daher auch nach [§ 66 Abs. 4 SGB XII](#) nicht in Betracht. [§ 77 SGB XI](#) gehe in dieselbe Richtung und konkretisiere den Einsatz von Pflegepersonen und seine Bezahlung dahingehend, dass Angehörige dritten Grades - und dazu gehöre R.A. als Neffe - nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses mit Angehörigen Leistungen der Pflegekassen erhalten könne. Es sei zwar richtig, dass dazu bisher noch keine Rechtsprechung für das SGB XII existiere. Dies bedeute aber nicht, dass [§ 77 SGB XI](#) nicht auf die Pflegeaufwendungen nach dem SGB XII Anwendung finde. Wer Pflegeansprüche nach dem SGB XII habe, solle sicherlich nicht besser gestellt werden als derjenige, der lediglich

Leistungen nach dem SGB XI beziehe. Soweit die Antragstellerin in ihrer eidesstattlichen Versicherung behauptete, die Antragsgegnerin müsse den Pflegedienst beauftragen, so treffe dies nicht zu. Der Antragstellerin seien Pflegedienste gerade genannt worden, damit sie sich mit diesen in Verbindung setze und einen von diesen für ihre Pflege auswähle. Es seien keine Gründe bekannt, weshalb sie nicht in der Lage wäre, ihre Rechtsgeschäfte selbst zu tätigen. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum eine Einarbeitung eines Pflegedienstes erfolgen müsste. Die Antragstellerin sei bisher ausschließlich von Laien-Helfern, nicht von ausgebildeten Pflegekräften gepflegt worden. Medizinische Bescheinigungen, aus denen sich besondere pflegerische Probleme ergäben, lägen nicht vor.

Die Antragsgegnerin hat ein Schreiben des Ambulanten P. vom 29. März 2007 vorgelegt, in welchem bestätigt wird, dass am Montag dem 2. April 2007, mittags gegen 13:00 Uhr, der Einsatz des Dienstes bei der Antragstellerin beginne. Hierzu hat die Antragstellerin vorgetragen, sie werde nicht über einen Pflegedienst gepflegt, so dass insoweit auch der Anordnungsgrund fortbestehe.

Der Senat hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 2. April 2007 aufgefordert, durch Vorlage von Auskünften der von der Antragsgegnerin benannten Pflegedienste glaubhaft zu machen, dass eine Sicherstellung der Pflege in ihrem Falle nicht möglich sei. Hierzu hat sich die Antragstellerin nicht erklärt.

Im Übrigen wird wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten auf den Inhalt der Akte der Antragsgegnerin und der Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat das SG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache, soweit nicht ein Fall des Abs. 1 dieser Vorschrift vorliegt, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Satz 2). Die Voraussetzungen für die hier - wie vom SG zutreffend erkannt - allein in Betracht kommende Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) liegen indes nicht vor.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt die Statthaftigkeit und Zulässigkeit des Antrags und des Weiteren - auf der Begründetheitsebene - die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung - ZPO -). Maßgebend für die Beurteilung der Anordnungsvoraussetzungen sind - wie der Senat mehrfach entschieden hat (vgl. etwa Beschluss vom 21. Februar 2006 - [L 7 AS 3/06 ER](#)) - regelmäßig die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung.

Für das vorliegende Begehren auf einstweiligen Rechtsschutz fehlt es zwar nicht am Rechtsschutzbedürfnis; die Antragstellerin hat nämlich entgegen der Auffassung des SG und von der Antragsgegnerin auch unwidersprochen - Widerspruch gegen den Bescheid vom 9. Februar 2007 erhoben. Es mangelt jedoch am Anordnungsgrund, wie das SG in dem angefochtenen Beschluss zu Recht ausgeführt hat. Die Antragstellerin kann den bei ihr unzweifelhaft vorliegenden Pflegebedarf durch Inanspruchnahme der vom Antragsgegner angebotenen Leistungen eines Pflegedienstes decken. Damit ist aber eine Notlage, die ein sofortiges gerichtliches Tätigwerden erfordert, nicht vorhanden. Das gilt umso mehr, als die Antragstellerin in ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 12. März 2007 ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass ihr Neffe derzeit die einzige bei ihr fest angestellte Pflegekraft sei und sie bereits gegenwärtig "pflegekraftmäßig unterversorgt" sei; wenn R.A. als Arbeitskraft ausfallen würde, hätte sie keine Pflegekraft mehr. Vor diesem Hintergrund bedeutet das Angebot der Antragsgegnerin, die Pflege der Antragstellerin durch einen Pflegedienst sicherzustellen, eine Verbesserung der Stellung der Antragstellerin, weil dadurch die beklagte Unterversorgung beseitigt würde.

Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass in ihrem Fall die Pflege mittels Einschaltung eines Pflegedienstes nicht sichergestellt wäre. Der Aufforderung, durch Vorlage von Auskünften der von der Antragsgegnerin benannten Pflegedienste glaubhaft zu machen, dass eine Sicherstellung der Pflege in ihrem Falle nicht möglich sei, ist sie nicht nachgekommen. Demgegenüber hat die Antragsgegnerin ein Schreiben des Ambulanten P. vom 29. März 2007 vorgelegt, in welchem bestätigt wird, dass am Montag, den 2. April 2007, mittags gegen 13:00 Uhr, der Einsatz des Dienstes bei der Antragstellerin beginne. Zwar hat die Antragstellerin vorgetragen, dass sie nach wie vor nicht von einem Pflegedienst gepflegt werde, darauf kommt es jedoch nicht an. Entscheidend ist, dass die Pflege der Antragstellerin grundsätzlich sichergestellt ist. Zu Recht weist die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das Verhalten der Antragstellerin nur den Schluss zulässt, dass sie mit allen Mitteln versucht, ihre Forderung nach Weiterbeschäftigung ihres Neffen durchzusetzen.

Auch das Vorliegen eines Anordnungsanspruches ist nicht glaubhaft gemacht. Es bestehen zumindest erhebliche Zweifel, dass der geltend gemachte Anspruch auf Übernahme der Kosten der von ihr selbst beschäftigten Pflegekraft nach [§ 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII](#) bestehen kann. Diese Vorschrift setzt voraus, dass Pflegebedürftige die Pflege durch von ihnen beschäftigte besondere Pflegekräfte "sicherstellen". Bereits daran fehlt es vorliegend. Die Sicherstellung der Pflege ist nämlich, da es jedenfalls gegenwärtig - bezogen auf eine 24-Stunden-Pflege - an dem dafür notwendigen Personal fehlt, nicht gewährleistet. Allein eine Pflege durch R.A. entspricht nicht dem festgestellten pflegerischen Bedarf, bleibt vielmehr hinter diesem zurück.

Auch die - vom SG bestätigte - Auffassung der Antragsgegnerin, nahe Angehörige könnten nicht zu den von [§ 66 Abs. 4 S. 2 SGB XII](#) genannten besonderen Pflegekräften gehören, dürfte bei summarischer Prüfung zutreffend sein. Dafür spricht die Systematik des Gesetzes. Nach [§ 65 Abs. 1 S. 1 SGB XII](#) sind Pflegebedürftigen die angemessenen Aufwendungen der "Pflegeperson" zu erstatten. Dabei ist anerkannt, dass mit dem Begriff "Pflegeperson" an die Erwartung des [§ 63 S. 1 SGB XII](#) angeknüpft wird, wonach die häusliche Pflege durch Personen, die dem Pflegebedürftigen nahe stehen oder durch Nachbarschaftshilfe, übernommen werden soll. Daraus ist zu folgern, dass Pflegepersonen keine professionellen Pflegekräfte sind, sondern vor allem der Ehepartner, Kinder beziehungsweise Eltern, Verwandte, Nachbarn, Freunde und Bekannte (s. etwa Grube in: Grube/Warendorf, SGB XII, § 60 Rdnr. 5; s. auch Kraher in LPK-SGB XII § 65 Rdnr. 3). Diesen Pflegepersonen - dazu gehört auch R.A. als Neffe - sind die ihnen entstehenden Aufwendungen zu erstatten, in den Genuss einer

festen Vergütung können sie jedoch nicht gelangen (Grube a.a.O., Rdnr. 6). Zwar kennt das SGB XII eine dem [§ 77 SGB XI](#) vergleichbare Vorschrift nicht. Dies schließt indes auch eine entsprechende Anwendung der genannten Norm nicht zwangsläufig aus, zumal der Einwand der Antragsgegnerin nicht von der Hand zu weisen ist, es könne nicht angehen, Pflegebedürftige, die Pflegeansprüche nach dem SGB XII haben, besser zu stellen als Pflegebedürftige, die lediglich Leistungen nach dem SGB XI beziehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2009-03-27