

§ 61 SGB XII Leistungsberechtigte und Leistungen

(Fassung vom 28.05.2008, gültig ab 01.07.2008)

(1) ¹Personen, die 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, ist Hilfe zur Pflege zu leisten. ²Hilfe zur Pflege ist auch Kranken und behinderten Menschen zu leisten, die voraussichtlich für weniger als sechs Monate der Pflege bedürfen oder einen geringeren Bedarf als nach Satz 1 haben oder die der Hilfe für andere Verrichtungen als nach Absatz 5 bedürfen; für Leistungen für eine stationäre oder teilstationäre Einrichtung gilt dies nur, wenn es nach der Besonderheit des Einzelfalles erforderlich ist, insbesondere ambulante oder teilstationäre Leistungen nicht zumutbar sind oder nicht ausreichen.

(2) ¹Die Hilfe zur Pflege umfasst häusliche Pflege, Hilfsmittel, teilstationäre Pflege, Kurzzeitpflege und stationäre Pflege. ²Der Inhalt der Leistungen nach Satz 1 bestimmt sich nach den Regelungen der Pflegeversicherung für die in § 28 Abs. 1 Nr. 1, 5 bis 8 des Elften Buches aufgeführten Leistungen; § 28 Abs. 4 des Elften Buches gilt entsprechend. ³Die Hilfe zur Pflege kann auf Antrag auch als Teil eines trägerübergreifenden Persönlichen Budgets erbracht werden. ⁴§ 17 Abs. 2 bis 4 des Neunten Buches in Verbindung mit der Budgetverordnung und § 159 des Neunten Buches sind insoweit anzuwenden.

(3) Krankheiten oder Behinderungen im Sinne des Absatzes 1 sind:

1. Verluste, Lähmungen oder andere Funktionsstörungen am Stütz- und Bewegungsapparat,
2. Funktionsstörungen der inneren Organe oder der Sinnesorgane,
3. Störungen des Zentralnervensystems wie Antriebs-, Gedächtnis- oder Orientierungsstörungen sowie endogene Psychosen, Neurosen oder geistige Behinderungen,
4. andere Krankheiten oder Behinderungen, infolge derer Personen pflegebedürftig im Sinne des Absatzes 1 sind.

(4) Der Bedarf des Absatzes 1 besteht in der Unterstützung, in der teilweisen oder vollständigen Übernahme der Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens oder in Beaufsichtigung oder Anleitung mit dem Ziel der eigenständigen Übernahme dieser Verrichtungen.

(5) Gewöhnliche und regelmäßig wiederkehrende Verrichtungen im Sinne des Absatzes 1 sind:

1. im Bereich der Körperpflege das Waschen, Duschen, Baden, die Zahnpflege, das Kämmen, Rasieren, die Darm- und Blasenentleerung,
2. im Bereich der Ernährung das mundgerechte Zubereiten oder die Aufnahme der Nahrung,

3. im Bereich der Mobilität das selbstständige Aufstehen und Zu-Bett-Gehen, An- und Auskleiden, Gehen, Stehen, Treppensteigen oder das Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung,
 4. im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung das Einkaufen, Kochen, Reinigen der Wohnung, Spülen, Wechseln und Waschen der Wäsche und Kleidung und das Beheizen.
- (6) Die Verordnung nach § 16 des Elften Buches, die Richtlinien der Pflegekassen nach § 17 des Elften Buches, die Verordnung nach § 30 des Elften Buches, die Rahmenverträge und Bundesempfehlungen über die pflegerische Versorgung nach § 75 des Elften Buches und die Vereinbarungen über die Qualitätssicherung nach § 113 des Elften Buches finden zur näheren Bestimmung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit, des Inhalts der Pflegeleistung, der Unterkunft und Verpflegung und zur Abgrenzung, Höhe und Anpassung der Pflegegelder nach § 64 entsprechende Anwendung.

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 08.04.2014

Gliederung

A. Basisinformation	Rn. 1
I. Textgeschichte/Gesetzgebungsmaterialien zu den §§ 61 ff. SGB XII	Rn. 1
II. Vorgängervorschriften	Rn. 6
III. Parallelvorschriften, insbesondere: SGB II	Rn. 8
IV. Untergesetzliche Normen/Verwaltungsvorschriften	Rn. 9
V. Systematische Zusammenhänge	Rn. 10
1. Verhältnis zu den Leistungen nach dem SGB XI	Rn. 10
2. Verhältnis zur Eingliederungshilfe für behinderte Menschen	Rn. 16
3. Verhältnis zur Hilfe zur Gesundheit (§§ 47 ff. SGB XII) bzw. zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (§§ 37 ff. SGB V bzw. § 264 SGB V)	Rn. 22
a. Versorgung im häuslichen Bereich	Rn. 23
b. Versorgung im stationären Bereich	Rn. 30
4. Verhältnis zur Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII)	Rn. 32
5. Verhältnis zur Hilfe zur Weiterführung des Haushalts (§ 70 SGB XII)	Rn. 37
6. Abgrenzung zur Blindenhilfe und zur Landesblindenhilfe	Rn. 38
7. Nachranggrundsatz in der Hilfe zur Pflege	Rn. 39
VI. Ausgewählte Literaturhinweise	Rn. 45
B. Auslegung der Norm	Rn. 46
I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm	Rn. 46
II. Normzweck	Rn. 48
III. Tatbestandsmerkmale	Rn. 49
1. Ausgangspunkt: Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XI (Absatz 1 Satz 1, Absätze 3-5)	Rn. 49
a. Körperliche, geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung (Absatz 3)	Rn. 51
b. Gewöhnliche und regelmäßig wiederkehrende Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens (Absatz 5)	Rn. 54
c. Dauerhaftigkeit des Hilfebedarfs	Rn. 73
d. Erheblicher Pflegebedarf	Rn. 75
2. Die Öffnungsklausel des Absatzes 1 Satz 2	Rn. 80
a. Pflegebedarf unter sechs Monaten (Absatz 1 Satz 2 Alternative 1)	Rn. 81
b. Geringerer Pflegebedarf (Absatz 1 Satz 2 Alternative 2)	Rn. 82

c. Pflegebedarf für andere Verrichtungen (Absatz 1 Satz 2 Alternative 3)	Rn. 85
d. Ermittlung des Vorliegens erweiterter Pflegebedürftigkeit und ihre Auswirkungen auf den Leistungsbezug	Rn. 91
3. Feststellung der Pflegebedürftigkeit (Absatz 4)	Rn. 94
IV. Inhalt der Hilfe zur Pflege (Absatz 2)	Rn. 95
1. Übersicht	Rn. 95
2. Die Leistungen der Hilfe zur Pflege im Einzelnen	Rn. 100
a. Häusliche Pflege	Rn. 100
b. Hilfsmittel	Rn. 119
c. Teilstationäre Pflege	Rn. 130
d. Kurzzeitpflege	Rn. 142
e. Vollstationäre Pflege	Rn. 148
f. Hilfe zur Pflege als Teil eines trägerübergreifenden Persönlichen Budgets (Absatz 2 Sätze 3 und 4)	Rn. 154
V. Rechtscharakter der Hilfe zur Pflege	Rn. 163
VI. Entsprechende Anwendbarkeit bestimmter Regelungen des SGB XI (Absatz 6)	Rn. 165
C. Praxistipps	Rn. 170

A. Basisinformation

I. Textgeschichte/Gesetzgebungsmaterialien zu den §§ 61 ff. SGB XII

- Die „Hilfe zur Pflege“ ist seit jeher eine der wesentlichen Aufgaben des Sozialhilferechts. Ursprünglich stellte sie die einzige Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit dar. Nicht zuletzt aufgrund erheblicher Zunahme der Fälle hilfebedürftiger Pflegebedürftiger und der damit einhergehenden finanziellen Belastungen der Sozialhilfeträger wurde schließlich durch das **Gesetz zur Einführung der Sozialen Pflegeversicherung** (PflegeVG) vom 26.05.1994¹ mit Wirkung zum 01.04.1995 eine gesetzliche Pflichtversicherung zur Schaffung einer eigenständigen Absicherung des Pflegerisikos eingeführt, die seither im Einzelnen im SGB XI geregelt ist. Im Zuge der Einführung der sozialen Pflegeversicherung wurden auch die sozialhilferechtlichen Regelungen der Hilfe zur Pflege (bis dahin §§ 68 und 69 BSHG) durch Art. 18 PflegeVG neu geregelt und im Umfang auf sechs detaillierte Vorschriften (§§ 68-69c BSHG) erheblich ausgeweitet. Die sozialhilferechtlichen Bestimmungen wurden dabei insbesondere hinsichtlich des Pflegebedürftigkeitsbegriffs und des Leistungskatalogs an die Regelungen des SGB XI angepasst. Die maßgeblichen Gesetzesmaterialien zur Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung mit den entsprechenden Änderungen des Sozialhilferechts finden sich in BT-Drs. 12/5263, S. 167 ff.
- Nach einer Reihe lediglich kleinerer Änderungen der §§ 68 ff. BSHG (z.B. aufgrund des Euro-Einführungsgesetzes oder infolge von Gesetzesänderungen zu Regelungen des SGB IX bzw. des SGB XI)² wurde mit Erlass des **Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozial-**

¹ BGBl I 1994, 1014.

² Vgl. dazu i.E. die Aufstellung bei *Lachwitz* in: *Fichtner/Wenzel*, § 61 Rn. 2.

gesetzbuch vom 27.12.2003³ das BSHG zum 31.12.2004 außer Kraft gesetzt, und die sozialhilferechtlichen Regelungen wurden ab 01.01.2005 in das SGB XII überführt. Die Hilfe zur Pflege ist seitdem in den §§ 61 ff. SGB XII geregelt. Der Gesetzgeber hat dabei die bislang geltenden Vorschriften der §§ 68 ff. BSHG mit nur wenigen Änderungen (insoweit aber wesentlich: die Einführung eines trägerübergreifenden Persönlichen Budgets, § 61 Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB XII) in das SGB XII übernommen. Die maßgeblichen Gesetzesmaterialien hierzu finden sich in BT-Drs. 15/1636 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch) sowie in BR-Drs. 559/03 (Empfehlungen des Bundesrates).

- 3 Seither ist lediglich durch Art. 7 Nr. 2 des **Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes** vom 28.05.2008⁴ eine Änderung an den §§ 61 ff. SGB XII erfolgt: § 61 Abs. 6 SGB XII, der auf Vorschriften des SGB XI verweist, wurde an eine Änderung des SGB XI angepasst. Die insoweit einschlägigen Gesetzesmaterialien finden sich in BT-Drs. 16/7439.
- 4 In der jüngeren Vergangenheit gibt es erhebliche **Reformbestrebungen** für das Recht der sozialen Pflegeversicherung. Insbesondere wird die Einführung eines **neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs** diskutiert. Wesentliche Aspekte, wie beispielsweise die Kommunikation und soziale Teilhabe, würden ausgeblendet und der Bedarf an allgemeiner Betreuung, Beaufsichtigung und Anleitung, insbesondere bei Menschen mit eingeschränkter Alltagskompetenz, zu wenig berücksichtigt.⁵ Gleichwohl ist § 14 SGB XI bislang unverändert geblieben. Die Regelung hat weder durch Inkrafttreten des Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.05.2008 mit Wirkung zum 01.07.2008⁶ noch insbesondere des Gesetzes zur Neuausrichtung der Pflegeversicherung (**Pflege-Neuausrichtung-Gesetz – PNG**) vom 23.10.2012⁷ eine Änderung erfahren. Das PNG hat die Bestrebungen aus der jüngeren Vergangenheit, den Begriff der Pflegebedürftigkeit grundlegend neu zu definieren, (vorerst) zurückgestellt. In der Gesetzesbegründung findet sich dazu der Hinweis, zwar bestehe ein gesellschaftlicher Konsens über das Erfordernis einer Neudefinition der Pflegebedürftigkeit. Allerdings sei für die Einführung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs, „auch aufgrund einer Vielzahl von technischen Fragen“, ein längerer Umsetzungsprozess erforderlich, der mithilfe eines Expertenbeirats fachlich fundiert vorbereitet werden solle.⁸ Ein solcher Expertenbeirat wurde bereits konstituiert.⁹ Ein konkreter Zeitplan war jedoch bislang nicht ersichtlich. Nun findet sich im Koalitionsvertrag der Bundesregierung die Absichtserklärung, einen neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff auf der Grundlage der Empfehlungen des Expertenbeirats einzuführen.¹⁰ Sollte eine entsprechende Gesetzesreform verwirklicht werden, wird dies aller Voraussicht nach wesentliche Änderungen auch für die Hilfe zur Pflege mit sich bringen; insbesondere dürfte sich ihr Anwendungsfeld deutlich verkleinern.

³ BGBl I 2003, 3022.

⁴ BGBl I 2008, 874.

⁵ Vgl. zum Stand der Diskussion insbes. *Udsching*, Strukturelle Probleme der Pflegeversicherung, in *Sozialrecht – eine Terra incognita*, 2009, S. 87 ff.

⁶ BGBl I 2008, 874.

⁷ BGBl I 2012, 2246.

⁸ Vgl. BT-Drs. 17/9369, S. 18 f.

⁹ Vgl. dazu auch die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Gesundheit vom 01.03.2012: „Startschuss für den Expertenbeirat zur Ausgestaltung eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs.“

¹⁰ Vgl. dazu den Koalitionsvertrag „Deutschlands Zukunft gestalten“ zwischen CDU, CSU und SPD in der 18. Legislaturperiode. Im Wortlaut ist dazu wie folgt formuliert: „Wir wollen die Pflegebedürftigkeit besser anerkennen, um die Situation der Pflegebedürftigen, von Angehörigen und Menschen, die in der Pflege arbeiten, zu verbessern. Dazu wollen wir den neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff auf der

- 5 Durch das **Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24.03.2011**¹¹ haben die Regelungen der §§ 61 ff. SGB XII indes keine Änderung erfahren.

II. Vorgängervorschriften

- 6 Die Regelungen der §§ 61 ff. SGB XII sind die Nachfolgeregelungen zu den §§ 68-69c BSHG. Unmittelbare Vorgängervorschrift zu § 61 SGB XII ist daher § 68 BSHG, dessen Inhalt und Wortlaut § 61 SGB XII weitgehend übernommen hat: Abgesehen von der Einführung des trägerübergreifenden Persönlichen Budgets in § 61 Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB XII sind die in § 61 SGB XII gegenüber § 68 BSHG vorgenommenen Änderungen nur redaktioneller Art.
- 7 Die Bestimmungen über das Persönliche Budget sind gem. Art. 70 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003 schon am 01.07.2004 und damit noch unter Geltung des BSHG in Kraft getreten.

III. Parallelvorschriften, insbesondere: SGB II

- 8 Parallelvorschriften zu den §§ 61 ff. SGB XII in anderen Gesetzbüchern und insbesondere in SGB II existieren nicht. Für **Empfänger von Alg II** besteht unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 2a SGB XI Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung. Im Regelfall ist für diese daher die Pflegeversicherung zuständig. Leistungen der Pflege sieht das SGB II nur – als Ermessensleistung – in § 16a Abs. 1 Nr. 1 SGB II vor, und zwar als Eingliederungsleistung zugunsten des SGB-II-Empfängers in Form der Gewährleistung der Pflege von Angehörigen. Für sich selbst kann der SGB-II-Leistungsempfänger aber Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII beantragen. Die **Ausschlussregelungen des § 5 Abs. 2 SGB II und des § 21 Satz 1 SGB XII** gelten nur für die Leistungen des Dritten Kapitels des SGB XII und wegen der für Leistungsansprüche nach dem SGB II erforderlichen Erwerbsfähigkeit auch für Leistungen nach den §§ 41 ff. SGB XII, nicht jedoch für Leistungen nach den §§ 61 ff. SGB XII. Sie können neben dem Alg II bezogen werden.¹² Der gegenüber dem Träger der SGB-II-Leistungen gestellte Antrag auf Hilfe zur Pflege eines Empfängers von Alg II ist dann auch als Antrag gegenüber dem Sozialhilfeträger zu verstehen.¹³

IV. Untergesetzliche Normen/Verwaltungsvorschriften

- 9 Im Bereich des § 61 SGB XII finden über die Verweisungsvorschrift in Absatz 6 verschiedene Richtlinien, Rahmenverträge, Bundesempfehlungen und Vereinbarungen entsprechende Anwendung, die jeweils auf der Grundlage von Vorschriften des SGB XI erlassen wurden. Dadurch soll die Zugrundelegung gleicher Maßstäbe für die Feststellung von Pflegebedürftigkeit bei Leistungen nach dem SGB XI und dem SGB XII gewährleistet werden. Vgl. dazu i.E. Rn. 165.

Grundlage der Empfehlungen des Expertenbeirates in dieser Legislaturperiode so schnell wie möglich einführen. Insbesondere Menschen mit Demenzerkrankungen sollen damit bessere und passgenauere Leistungen erhalten. Diejenigen, die heute Leistungen erhalten, werden durch die Einführung nicht schlechter gestellt.“

¹¹ BGBl I 2011, 453.

¹² So auch das BSG v. 26.08.2008 - B 8/9b SO 18/07 R - SozR 4-3500 § 18 Nr. 1, sowie BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1; ebenso schon das LSG Baden-Württemberg v. 07.03.2006 - L 7 SO 509/06 ER-B - juris; vgl. eingehend zum Thema auch *Knickrehm*, NZS 2007, 128.

¹³ Vgl. BSG v. 26.08.2008 - B 8/9b SO 18/07 R - SozR 4-3500 § 18 Nr. 1, sowie BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1.

V. Systematische Zusammenhänge

1. Verhältnis zu den Leistungen nach dem SGB XI

- 10** Seit Einführung der sozialen Pflegeversicherung im SGB XI orientieren sich die sozialhilferechtlichen Regelungen der Hilfe zur Pflege inhaltlich in wesentlichen Punkten an den Regelungen des SGB XI. So knüpfen die §§ 61 ff. SGB XII hinsichtlich der zentralen Anspruchsvoraussetzung der Hilfe zur Pflege, nämlich der Pflegebedürftigkeit, zunächst einmal an den Pflegebedürftigkeitsbegriff nach dem SGB XI an. Allerdings findet dieser Begriff für das SGB XII durch § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII eine wesentliche Erweiterung: Auch in Fällen, die noch keine erhebliche Pflegebedürftigkeit im Sinne des SGB XI erreichen, kann Hilfe zur Pflege geleistet werden (sog. Pflegestufe „Null“, vgl. dazu noch i.E. Rn. 82). Weiter ist auch der Leistungskatalog der §§ 61 ff. SGB XII an die Leistungen des SGB XI angebunden (vgl. dazu Rn. 95). Und schließlich gibt § 62 SGB XII eine Bindungswirkung der Entscheidungen der Pflegekasse für den Sozialhilfeträger vor. Die soziale Pflegeversicherung setzt daher für die Ausgestaltung der sozialhilferechtlichen Hilfe zur Pflege in mehrfacher Hinsicht entscheidende Maßstäbe.
- 11** Soweit dem Pflegebedürftigen aus der sozialen Pflegeversicherung ein Leistungsanspruch zusteht, wird die Anwendbarkeit der §§ 61 ff. SGB XII verdrängt. Dies folgt aus **§ 13 Abs. 3 SGB XI**, der wiederum spezialgesetzlich den ohnehin im Sozialhilferecht geltenden **Nachranggrundsatz der Sozialhilfe** (§ 2 Abs. 1 SGB XII) nochmals ausdrücklich aufgreift (vgl. zum Nachranggrundsatz Rn. 39). Nach seiner Formulierung „gehen die Leistungen der Pflegeversicherung den Leistungen der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII vor“. Hilfe zur Pflege wird damit in dem Umfang nicht gewährt, in welchem ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XI besteht.
- 12** Gleichwohl ergibt sich nach wie vor ein breites Anwendungsfeld auch für die Hilfe zur Pflege. Dies folgt insbesondere aus der grundlegend unterschiedlichen Konzeption von sozialer Pflegeversicherung und Hilfe zur Pflege. Ansprüche auf Leistungen der **sozialen Pflegeversicherung** bestehen zwar unabhängig von den finanziellen Verhältnissen der pflegebedürftigen Person. Gewährleistet wird jedoch nur eine Grundsicherung, die nicht jeglichen pflegerischen Bedarf abdecken, sondern nur eine teilweise Hilfe gewährleisten soll (daher auch „**Teilkasko-Versicherung**“ genannt). Deshalb sind die Leistungen nach dem SGB XI der Art nach begrenzt und der Höhe nach gedeckelt. Auch ist ein Leistungsanspruch aus der sozialen Pflegeversicherung vom Vorliegen gewisser versicherungsrechtlicher Voraussetzungen abhängig. Demgegenüber ist die **Hilfe zur Pflege** als vollumfängliche Absicherung des Pflegerisikos angelegt. Sie geht vom Erfordernis einer ganzheitlichen Pflege mit voller Bedarfsdeckung aus (sog. „**Vollkasko-Versicherung**“). Zugute kommt sie jedoch nicht grundsätzlich jedermann; vielmehr wird sie immer nur einkommens- und vermögensabhängig gewährt, also nur dem Bedürftigen.
- 13** Die Leistungen nach dem SGB XI verdrängen die Hilfe zur Pflege daher nicht vollständig. Ansprüche auf Leistungen nach den §§ 61 ff. SGB XII bestehen vielmehr insbesondere in folgenden Fallkonstellationen:
- Wenn die der Höhe nach gedeckelten Leistungen der Pflegeversicherung im Einzelfall zur Deckung des vollen Pflegebedarfs eines bedürftigen Pflegebedürftigen nicht ausreichen und deshalb ergänzt werden müssen (sog. **Ergänzungs- oder Aufstockungsbedarf**).¹⁴ Die Leistungen der Pflegeversicherung betragen derzeit¹⁵ monatlich:

¹⁴ So schon zu § 68 BSHG das BVerwG v. 15.06.2000 - 5 C 34/99 - BVerwGE 111, 241 ff.

¹⁵ Ab 01.01.2012, vgl. die §§ 36, 37, 41, 43, 45b SGB XI jeweils i.d.F. vom 28.05.2008.

	Pflegestufe I	Pflegestufe II	Pflegestufe III
bei ambulanter Pflege in Form der Sachleistung (§ 36 SGB XI)	450 €	1.100 €	1.550 € in Härtefällen auch 1.918 €
bei ambulanter Pflege in Form der Geldleistung (§ 37 SGB XI)	235 €	440 €	700 €
bei teilstationärer Pflege (§ 41 SGB XI)	450 €	1.100 €	1.550 €
bei vollstationärer Pflege (§ 43 SGB XI)	1.023 €	1.279 €	1.550 € in Härtefällen auch 1.918 €

Bei zusätzlichem erheblichem Betreuungsbedarf (etwa im Falle einer Demenzerkrankung) einen monatlichen Grundbetrag von 100 € bzw. den erhöhten Betrag von 200 € (vgl. die zum 01.07.2008 neu eingeführten §§ 45a, 45b SGB XI). Pflegebedürftige, deren finanzielle Mittel nicht ermöglichen, den mit Blick darauf von der Pflegeversicherung der Eigenverantwortung überlassenen Finanzierungsanteil zu tragen, erhalten zusätzliche bedarfsdeckende Leistungen,

- wenn die zu pflegende Person **nicht in der sozialen Pflegeversicherung versichert** ist oder die **versicherungsrechtlichen Voraussetzungen** (etwa die Vorversicherungszeit nach § 33 Abs. 2 SGB XI oder die Vorpflegezeit nach § 39 Abs. 2 SGB XI) nicht vorliegen, jedoch ein unabweisbarer Pflegebedarf besteht,
- wenn die pflegebedürftige Person einen zeitlich kürzeren als sechs Monate andauernden Pflegebedarf aufweist oder aber eine Pflegesituation gegeben ist, die den Pflegebedürftigkeitsbegriff des SGB XI (noch) nicht erfüllt, weil der Pflegebedarf auf „**andere Verrichtungen**“ zielt oder durch „**andere Krankheiten oder Behinderungen**“ bedingt ist oder aber ein **geringerer Bedarf** als für die Pflegeversicherung relevant vorliegt, insoweit aber der in § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII erweiterte Pflegebedürftigkeitsbegriff erfüllt ist (vgl. dazu i.E. Rn. 80),
- wenn die Voraussetzungen einer **vorläufigen Bedarfssituation** zu bejahen sind, insbesondere weil sich die Bewilligung oder Auszahlung von Leistungen nach dem SGB XI verzögert, jedoch ein unaufschiebbarer Bedarf besteht.

14 Probleme wirft die Regelung des **§ 13 Abs. 3a SGB XI** auf, die durch das **Pflegeleistungsergänzungsgesetz vom 14.12.2001**¹⁶ zusammen mit den Regelungen der §§ 45a-45c SGB XI (mittlerweile: bis § 45d SGB XI) eingeführt worden ist. Die **§§ 45a-45d SGB XI** ergänzen die Leistungen der Pflegeversicherungen. Nach § 45b SGB XI umfassen die zusätzlichen Betreuungsleistungen einen monatlichen Grundbetrag von höchstens 100 € monatlich oder einen erhöhten Betrag von höchstens 200 € monatlich. Ziel dieser Regelungen ist, pflegenden Angehörigen, die durch die häusliche Pflege eines Pflegebedürftigen mit erheblichem allgemeinem Betreuungsbedarf (z.B. ein Demenzkranker) in besonderer psychischer und physischer Weise belastet sind, die **zusätzliche** Möglichkeit von dringend notwendigen Entlastungen zu eröffnen.¹⁷ § 13 Abs. 3a SGB XI sieht vor, dass die hierzu durch die Pflegeversicherung gewährten Leistungen „bei den Fürsorgeleistungen zur Pflege“ (und also auch den Leistungen nach den §§ 61 ff. SGB XII, vgl. insoweit § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB XI) nach § 13 Abs. 3 Satz 1 SGB XI keine Berücksichtigung finden. In der Lite-

¹⁶ BGBl I 2001, 3728; neu gefasst durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz vom 28.05.2008, BGBl I 2008, 874.

¹⁷ So der Gesetzgeber in BT-Drs. 14/7473, S. 5, 19 f.

ratur wird teilweise in Abrede gestellt, dass mit dieser Vorschrift die Sozialhilfeträger verpflichtet werden, Leistungen wegen anderer Verrichtungen im Beaufsichtigungsbereich auch dann zu erbringen, wenn Betreuungsleistungen nach den §§ 45a ff. SGB XI gezahlt werden.¹⁸ Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass es sich bei den Leistungen nach § 45b SGB XI einerseits und der Hilfe zur Pflege andererseits nicht um gleichartige Leistungen handele; er habe jedoch verkannt, dass der allgemeine Betreuungsbedarf im Sinne des § 45b SGB XI im Rahmen der Öffnungsklausel des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII als Hilfe zur Pflege sehr wohl Berücksichtigung finde. § 13 Abs. 3a SGB XI könne daher nach Sinn und Zweck nur dann zur Anwendung kommen, wenn als Hilfe zur Pflege dem § 45b SGB XI nicht gleichartige Leistungen erbracht würden; sonst seien durch den Sozialhilfeträger Leistungen zu gewähren, wo eigentlich kein Bedarf bestehe. Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden; sie verstieße gegen Wortlaut, Sinn und Zweck des § 13 Abs. 3a SGB XI und den Willen des Gesetzgebers. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass die zusätzlichen Betreuungsleistungen den Pflegebedürftigen und ihren pflegenden Angehörigen auch im Bezug von Hilfe zur Pflege möglichst ungeschmälert erhalten bleiben sollen.¹⁹ In Fällen, in denen der Gesetzgeber eine pflegerische Ausnahmesituation sieht, soll ein zusätzlicher monatlicher Betrag zur Verfügung gestellt werden, der auch Pflegepersonen in der Hilfe zur Pflege über die bloße Bedarfsdeckung hinaus einen zusätzlichen finanziellen Spielraum der Entlastung eröffnen soll. Vor allem aber wäre die vorgeschlagene Auslegung eine solche contra legem und kann schon deshalb nicht überzeugen. Aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt unzweideutig, dass die Sozialhilfeträger Leistungen im Beaufsichtigungsbereich auch dann zu erbringen haben, wenn Betreuungsleistungen nach den §§ 45a ff. SGB XI gezahlt werden.²⁰ Nach der von der Literatur vorgeschlagenen Auffassung liefe demgegenüber die Regelung des § 13 Abs. 3 SGB XI ins Leere.

- 15** Für den Fall, dass Leistungen der Pflegeversicherung mit solchen der Hilfe zur Pflege aus o.g. Gründen zusammentreffen, sollen nach **§ 13 Abs. 4 SGB XI** die Pflegekasse und der Träger der Sozialhilfe vereinbaren, dass im Verhältnis zum Pflegebedürftigen nur eine Stelle die Leistungen übernimmt und die andere Stelle die Kosten der von ihr zu tragenden Leistungen erstattet. § 13 Abs. 4 SGB XI schafft keine eigenständige Leistungsgrundlage, sondern stellt eine Regelung zur Handhabung der Verwaltungspraxis dar, die der Verfahrensvereinfachung dienen soll. Da in der Regel der Sozialhilfeträger die Stelle ist, die den Gesamtleistungsanspruch (unter Abzug ggf. des Leistungsanspruchs nach dem SGB XI) errechnet, sollte er in der Regel auch die durchführende Stelle sein. Aus § 13 Abs. 4 SGB XI hat die durchführende Stelle einen eigenständigen Erstattungsanspruch, der den §§ 102 ff. SGB X als *lex specialis* vorgeht.²¹

2. Verhältnis zur Eingliederungshilfe für behinderte Menschen

- 16** Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege verfolgen im Ausgangspunkt **unterschiedliche Zielrichtungen**. Mit der Hilfe zur Pflege wird nicht vornehmlich auf die Besserung des gesundheitlichen Zustands, sondern vielmehr auf die Erleichterung der Beschwerden zur Ermöglichung der erforderlichen Verrichtungen des Alltags abgestellt. Der behinderte Mensch soll nicht an den

¹⁸ So insbes. *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 49a.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/7473, S. 5, 19 f.

²⁰ Wie hier i.E. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 38.

²¹ Vgl. *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 72.

Grunderfordernissen des täglichen Lebens scheitern.²² Demgegenüber hat die Eingliederungshilfe zum Ziel, auf eine Integration des behinderten Menschen in die Gesellschaft und auf eine entsprechende berufliche Rehabilitation hinzuwirken.

- 17** Gleichwohl schließen sich Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege nicht von vornherein gegenseitig aus; die Leistungen können ggf. **auch nebeneinander** erbracht werden.²³ Dies folgt insbesondere aus der Regelung des § 53 Abs. 3 SGB XII, wonach die Eingliederungshilfe auch darauf zielt, den Hilfeempfänger „soweit wie möglich unabhängig von Pflege zu machen“. Dies impliziert, dass – solange dies noch nicht der Fall ist – Eingliederungshilfe neben der Pflegehilfe in Betracht kommt. So ist denkbar, dass ein behinderter Mensch tagsüber in einer Einrichtung (etwa einer Werkstatt für behinderte Menschen) teilstationäre Eingliederungshilfe erhält, aber zu Hause unter Inanspruchnahme häuslicher Pflege und Bezug z.B. eines Pflegegeldes nach § 64 SGB XII lebt.
- 18** Allerdings sind in denjenigen Fällen, in denen Leistungen der **Eingliederungshilfe vollstationär** in einer Einrichtung der Behindertenhilfe im Sinne des § 43a SGB XI erbracht werden, von den Eingliederungsleistungen auch die in der Einrichtung gewährten Pflegeleistungen umfasst (§ 55 SGB XII). Dies hat zur Folge, dass der Sozialhilfeträger in einem solchen Fall den Hilfebedürftigen nicht auf die sonst vorrangigen SGB XI-Leistungen verweisen kann, denn gem. § 13 Abs. 3 Satz 3 SGB XI ist Eingliederungshilfe im Verhältnis zur sozialen Pflegeversicherung nicht nachrangig (vgl. hierzu i.E. die Kommentierung zu § 55 SGB XII Rn. 6 ff.).²⁴ Zwar ist in § 43a Satz 1 SGB XI eine Kostenbeteiligung der Pflegekasse von bis zu 256 € monatlich geregelt; dieser Betrag liegt aber deutlich unter den sonst in der Pflegeversicherung genannten Höchstgrenzen für Pflegesachleistungen.²⁵
- 19** Für die Frage, wie in Fällen **stationären Aufenthalts** der Anwendungsbereich der Eingliederungsleistungen nach den §§ 53 ff. SGB XII von demjenigen der Hilfe zur Pflege nach den §§ 61 ff. SGB XII **inhaltlich abzugrenzen** ist, kommt es entscheidend auf die Konzeption des Einrichtungsträgers und den mit dem Aufenthalt verfolgten vorrangigen Zweck an. Liegt dieser vornehmlich in der Reintegration ins Arbeitsleben bzw. der Eingliederung in die Gesellschaft, liegt ein Fall der Eingliederungshilfe auch dann vor, wenn die Pflegebedürftigkeit eines Menschen im Verhältnis zu seiner Förderung einen erheblichen zeitlichen Aufwand einnimmt.²⁶ Eine Eingliederung der hilfebedürftigen Person in die Gesellschaft in dem Sinne, dass diese selbstbestimmt und überwiegend unabhängig ihren Alltag bewältigen kann, muss dabei nicht zu erwarten sein.²⁷
- 20** Im Einzelnen kann die Abgrenzung zwischen Eingliederungshilfe und Hilfe zur Pflege sehr schwierig sein. Dies gilt insbesondere im Bereich der „anderen Verrichtungen“ im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII. Denn dort können auch Hilfen zur Wahrnehmung von Tätigkeiten in Betracht kommen, die der Sicherung sozialer Bereiche des Lebens dienen, also Kommunikation, Bildung und Freizeit. Damit aber sind auch klassische Bereiche der Eingliederungshilfe (vgl. §§ 53 ff. SGB XII i.V.m. § 55, § 58 SGB IX) betroffen. Letztlich kann hier nur im Einzelfall anhand des Schwerpunkts der Maßnahme abgestellt werden. In der Rechtsprechung ist eine Entscheidung, auf welcher Grundlage ein Anspruch besteht, bisweilen unterblieben.²⁸

²² LSG Baden-Württemberg v. 19.03.2012 - L 2 SO 72/12 ER-B; BVerwG v. 10.11.1965 - V C 104.64 - BVerwGE 22, 319 ff.

²³ BVerwG v. 27.10.1977 - V C 15.77 - BVerwGE 55, 31 ff.; SG Gotha v. 11.01.2006 - S 14 SO 2243/05 ER - juris.

²⁴ Vgl. dazu auch *Rasch*, NDV 2013, 186.

²⁵ Vgl. dazu i.E. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 186.

²⁶ Vgl. so auch schon das OVG Saarlouis v. 22.05.1980 - 1 R 4/80 - FEVS 29, 29, 30.

²⁷ Vgl. OVG Schleswig v. 11.04.2003 - 2 MB 47/03, 2 MB 46/03, 2 MB 45/03 - FEVS 55, 184 ff.

²⁸ So in LSG Baden-Württemberg v. 19.03.2012 - L 2 SO 72/12 ER-B.

21 Die überwiegende Rechtsprechung zum BSHG hat allerdings in der Möglichkeit des Hilfebedürftigen, **Leistungen als Eingliederungsleistungen einheitlich aus einer Hand** zu beziehen, ein schutzwürdiges Interesse des Einzelnen gesehen und daher die Klage gegen die Umstellung der Eingliederungshilfe auf Leistungen der Hilfe zur Pflege für zulässig erachtet.²⁹ Dem ist auch für das SGB XII zuzustimmen. Der Bezug von Leistungen der Hilfe zur Pflege mit dem Erfordernis, vorrangig Leistungen nach dem SGB XI in Anspruch zu nehmen und also ggf. in der Verantwortlichkeit zweier Leistungsträger zu beziehen, bedeutet u.U. für den Einzelnen einen erheblichen Mehraufwand, auf den er nicht verwiesen werden darf, wenn Leistungen aus einer Hand in Betracht kommen.

3. Verhältnis zur Hilfe zur Gesundheit (§§ 47 ff. SGB XII) bzw. zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (§§ 37 ff. SGB V bzw. § 264 SGB V)

22 Die Empfänger von Hilfe zur Gesundheit (§§ 47 ff. SGB XII) sind nach § 52 SGB XII den Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung gleichgestellt.³⁰ Die **Abgrenzung des Anwendungsbereichs** der Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff. SGB XII) vom Anwendungsbereich der Hilfe zur Gesundheit (§§ 47 ff. SGB XII) bzw. zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (soweit Krankenversicherungsschutz besteht nach den §§ 37 ff. SGB V bzw. wo dies nicht der Fall ist nach Maßgabe des § 264 SGB V) erfolgt daher im Regelfall anhand der gleichen Kriterien, die für die Abgrenzung der Krankenversicherungsleistungen von den Leistungen der sozialen Pflegeversicherung entwickelt wurden.³¹

a. Versorgung im häuslichen Bereich

23 Wo die **Krankenversorgung im häuslichen Bereich** erfolgt, kann diese Abgrenzung Schwierigkeiten bereiten. Für die Leistungen der Krankenversicherung regelt **§ 37 SGB V** abschließend die im häuslichen Bereich zu erbringenden Versicherungsleistungen. Die durch diese Vorschrift gesetzten Maßstäbe sind entsprechend in der Abgrenzung der Hilfe zur Pflege von der Hilfe zur Gesundheit heranzuziehen.³²

24 Die häusliche Krankenpflege gem. § 37 SGB V differenziert zwischen der Krankenhausersatzpflege oder auch Krankenhausvermeidungspflege (§ 37 Abs. 1 SGB V) und der Behandlungssicherungspflege (§ 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V). Die **Krankenhausersatzpflege (§ 37 Abs. 1 SGB V)** umfasst die im Einzelfall erforderliche Grund- und Behandlungspflege sowie die hauswirtschaftliche Versorgung. Unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 SGB V sollen also die Leistungen der Krankenversicherung bzw. ebenso die Leistungen nach den §§ 47 ff. SGB XII umfassend auch den gesamten pflegerischen Bedarf mit abdecken. Leistungen der Hilfe zur Pflege kommen dann von vornherein nicht in Betracht. Allerdings besteht ein Anspruch auf Krankenhausersatzpflege nur in akuten Behandlungsfällen³³ und dem Gesetz nach grundsätzlich nur bis zu vier Wochen je Krankheitsfall. Der Anspruch auf **Behandlungssicherungspflege (§ 37 Abs. 2 SGB V)** unterliegt keiner solchen zeitlichen Begrenzung. Nach dieser Vorschrift erhalten Versicherte in ihrem Haushalt oder in ihrer Familie (nur) Behandlungspflege als häusliche Pflege, wenn sie zur Sicherung

²⁹ So z.B. das OVG Lüneburg v. 12.04.2000 - 4 L 35/00 - FEVS 52, 87 ff.; VGH München v. 11.10.2001 - 12 B 00.1959 - RdLH 2002, 102; a.A. allerdings das OVG Münster v. 07.01.2002 - 16 E 966/01 - RdLH 2002, 62.

³⁰ Diese Gleichstellung gilt seit der Neufassung des Unterabschnitts IV des BSHG durch das am 01.07.2000 in Kraft getretene SGB IX; vgl. zum Verhältnis von Hilfe bei Gesundheit und Krankenversicherungsleistungen i.E. die Kommentierung zu § 47 SGB XII ff. Vgl. zusammenfassend zudem *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 181.

³¹ Vgl. ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 181.

³² Vgl. ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 181 ff.; *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 75 ff.

³³ Vgl. BSG v. 28.01.1999 - B 3 KR 4/98 R - BSGE 83, 254 ff.

des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist.³⁴ Die Sicherstellung der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung ist demgegenüber hier nicht Aufgabe der Krankenversorgung, sondern der Pflegeversicherung bzw. der Hilfe zur Pflege. Werden die Grundpflege und die Behandlungspflege von ein und derselben Person erbracht, ist nach dem jeweils entstehenden Zeitaufwand abzugrenzen und entsprechend der eine Kostenteil als Krankenleistung, der andere als Pflegeleistung zu übernehmen.³⁵

25 § 37 SGB V teilt die pflegerische Versorgung also in drei Bereiche auf, nämlich die **Grundpflege** und **hauswirtschaftliche Versorgung** sowie die **Behandlungspflege**. Mit der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung greift es die beiden Pflegebereiche auf, die das nach dem SGB XI versicherte Pflegerisiko begründen. Anhand des Konzepts des § 37 SGB V wird also deutlich, dass die grundsätzlich dem Bereich der sozialen Pflegeversicherung und entsprechend auch der Hilfe zur Pflege zugewiesenen Aufgaben die Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung umfassen; nur im Ausnahmefall des § 37 Abs. 1 SGB V wird auch dieser Bedarf durch die Krankenversicherung mitübernommen. Demgegenüber ist ureigenste Aufgabe der Krankenversicherung, wie sich anhand von § 37 Abs. 2 SGB V sowie der Tatsache ergibt, dass im SGB XI der Begriff der Behandlungspflege gar keinen Eingang gefunden hat, die Gewährleistung der Behandlungspflege.

26 **Behandlungspflege** meint dabei diejenigen Pflegemaßnahmen, die durch eine bestimmte Erkrankung verursacht werden, speziell auf den Krankheitszustand der erkrankten Person abgestimmt sind und dazu beitragen, die Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu verhindern oder zu lindern.³⁶ Hierunter fallen etwa die Durchführung von Injektionen, das Anlegen und Wechseln von Verbänden, die Katheterisierung, Spülungen, Dekubitusbehandlungen, Blutdruck- und Blutzuckermessungen, Verabreichen von Medikamenten usw. Demgegenüber betreffen die Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung, also die **Leistungen im Bereich der Pflegeversicherung**, die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens (so ausdrücklich § 14 Abs. 1 SGB XI bzw. § 61 Abs. 1 und 5 SGB XII, vgl. dazu noch i.E. Rn. 49).

27 Allerdings ist die **Trennlinie zwischen Behandlungs- und Grundpflege** im Einzelfall nicht immer einfach zu ziehen. Problematisch zuzuordnen sind namentlich diejenigen Fälle, in denen die Grundpflege gleichzeitig Krankenpflege ist und umgekehrt. Das BSG war daher schon früh damit befasst, in diesem Bereich Kriterien der Abgrenzung aufzustellen. Es hat insoweit entschieden, dass eine Behandlungsmaßnahme dann der Grundpflege i.S.d. § 14 Abs. 4 Nrn. 1-3 SGB XI zugerechnet werden kann, wenn es sich um eine Hilfe handelt, die untrennbar Bestandteil einer Verrichtung aus dem Katalog grundpflegerischer Verrichtungen des § 14 Abs. 4 SGB XI ist oder jedenfalls mit einer solchen Verrichtung objektiv notwendig in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang steht (sog. **verrichtungsbezogene Behandlungspflege**).³⁷

³⁴ Die Satzung der jeweiligen Krankenversicherung kann zwar bestimmen, dass zusätzlich zur Behandlungspflege auch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung erbracht werden. Ist der Hilfesuchende also krankenversichert, kommt ggf. bis zum Eintritt von Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XI ebenfalls ein die pflegerischen Erfordernisse umfassend abdeckender Anspruch gegen die Krankenversicherung in Betracht. Entsprechende Satzungsleistungen sind jedoch nach Eintritt von Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XI nicht mehr zulässig (§ 37 Abs. 2 Satz 5 SGB V) und ohnehin unüblich. Bei dauernder Pflegebedürftigkeit umfasst der Anspruch nach § 37 Abs. 2 SGB V gegen die Krankenkasse und entsprechend auch der Anspruch auf Hilfe zur Gesundheit daher nur die Behandlungspflege.

³⁵ BSG v. 28.01.1999 - B 3 KR 4/98 R - BSGE 83, 254 ff. Bei gleichzeitiger Erbringung von Grundpflege und Behandlungspflege durch dieselbe Fachkraft hat das BSG eine konkrete Berechnungsmethode zur gerechten Verteilung der Kosten auf Kranken- und Pflegekasse vorgegeben, vgl. BSG v. 17.06.2010 - B 3 KR 7/09 R - BSGE 106, 173; vgl. dazu auch noch Rn. 29.

³⁶ BSG v. 28.01.1999 - B 3 KR 4/98 R - BSGE 83, 254, 258.

³⁷ So erstmals BSG v. 26.11.1998 - B 3 P 20/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 9.

28 Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung zunächst generell anerkannt und daher in § 15 Abs. 3 Satz 3 SGB XI geregelt, dass die verrichtungsbezogene Behandlungspflege bei der Feststellung des Zeitaufwands für die Zuordnung zu einer Pflegestufe zu berücksichtigen ist. Durch das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003³⁸ hat er zudem in § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V einen 2. Halbsatz eingefügt, wonach der Anspruch auf häusliche Krankenpflege das An- und Ausziehen von Kompressionsstrümpfen ab Kompressionsklasse 2 auch in denjenigen Fällen erfasst, in denen dieser Hilfebedarf bei Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI zu berücksichtigen ist.³⁹ Diese Regelung hat das BSG in seinem Grundsatzurteil vom 17.03.2005⁴⁰ für rechtlich bedenklich gehalten. Zum einen schaffe sie im Sozialrecht grundsätzlich nicht bekannte Parallelzuständigkeiten. Zum anderen sei die Vorschrift unter dem Aspekt des allgemeinen Gleichheitssatzes bedenklich, weil sie speziell für Kompressionsstrümpfe eine Regelung treffe, die für andere verrichtungsbezogene Krankenbehandlungsmaßnahmen nicht gelte. Das BSG hat daher die Auffassung vertreten, dass man zu einer verfassungskonformen Auslegung der neu eingeführten Regelung nur komme, wenn man dem Pflegebedürftigen ein Wahlrecht dazu einräume, ob verrichtungsbezogene Maßnahmen der Behandlungspflege oder der Grundpflege zugeordnet werden sollten. Auch auf diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber reagiert und mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007⁴¹ in § 15 Abs. 3 Satz 3 SGB XI und § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB V klargestellt, dass der Bedarf an verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen sowohl in der Krankenversicherung im Rahmen der häuslichen Krankenpflege als auch in der Pflegeversicherung bei der Pflegebegutachtung Berücksichtigung findet. Er hat also an dieser Schnittstelle trotz insoweit geäußelter Bedenken des BSG⁴² eine **Parallelzuständigkeit von gesetzlicher Krankenversicherung und Pflegeversicherung** begründet.⁴³ Nach den Gesetzesmaterialien⁴⁴ soll die Doppelzuständigkeit insbesondere gelten für das An- und Ausziehen von Kompressionsstrümpfen ab Klasse 2, eine oro/trachale Sekretabsaugung, das Einreiben mit Dermatika, die Verabreichung eines Klistiers, die Verabreichung eines Einlaufs, die Einmalkatheterisierung, das Wechseln einer Sprechkanüle gegen eine Dauerkanüle bei einem Tracheostomapatienten zur Ermöglichung des Schluckens und sowie für die Maßnahmen zur Sekretlimitation bei Mukoviszidose oder Erkrankungen mit vergleichbarem Hilfebedarf. Diese Aufzählung ist nur beispielhaft; sie ist entsprechend der Rechtsprechung des BSG auch auf andere Fälle verrichtungsbezogener Behandlungspflege zu erweitern.

29 Die **gesetzliche Parallelzuständigkeit** wird im **Bereich der Sozialhilfe** aufgrund des hier geltenden Nachranggrundsatzes eingeschränkt (vgl. zum Nachranggrundsatz in der Hilfe zur Pflege auch noch Rn. 39). Soweit gegen die gesetzliche Krankenversicherung nach § 37 SGB V ein Anspruch in Betracht kommt, also ggf. auch im Bereich der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege, ist dieser vorrangig in Anspruch zu nehmen. Nur wo der Hilfebedürftige nicht gesetzlich kranken-

³⁸ BGBl I 2003, 2190 ff.

³⁹ Diese Kompressionsstrümpfregelung ist eine Reaktion auf das Stützstrumpf-Urteil des BSG v. 30.10.2001 - B 3 KR 2/01 R - SozR 3-2500 § 37 Nr. 3.

⁴⁰ BSG v. 17.03.2005 - B 3 KR 9/04 R - BSGE 94, 192 ff.

⁴¹ BGBl I 2007, 378.

⁴² BSG v. 17.03.2005 - B 3 KR 9/04 R - BSGE 94, 192, 198 ff.

⁴³ Vgl. hierzu z.B. *Udsching* in: ders., SGB XI, 2010, § 15 Rn. 20. Ausgeführt hat der Gesetzgeber hierzu, aufgrund des nur kleinen Kreises Begünstigter seien die Auswirkungen der Doppelversicherung nicht so gravierend, dass die Doppelzuständigkeit als unvereinbar mit dem Wesen der Sozialversicherung anzusehen sei, vgl. den Vierten Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Pflegeversicherung, BT-Drs. 16/7772, S. 20.

⁴⁴ BR-Drs. 755/06, S. 500 f.

versichert ist, kommen für die verrichtungsbezogene Behandlungspflege unter Übertragung der Grundsätze des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes sowohl Hilfe zur Pflege als auch Hilfe zur Gesundheit in Betracht. Damit stellen sich die Probleme der gerechten Kostenverteilung in dem Fall, dass Grundpflege und Behandlungspflege durch dieselbe Fachkraft erbracht werden,⁴⁵ bei Bezug allein von Hilfe zur Pflege nicht. Es ist dann nur zu ermitteln, in welchem Umfang häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 2 SGB V einschließlich der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege notwendig ist; diese Kosten sind vollständig durch die Krankenkasse zu übernehmen. Zwar entsteht dadurch eine ungleiche Leistungsverpflichtung der gesetzlichen Krankenkasse je nachdem, ob der Leistungsumfang gegenüber der Pflegekasse oder (nur) dem Sozialhilfeträger abzugrenzen ist. Dies ist jedoch die zwangsläufige Folge einer – ohnehin problematischen – Doppelleistungspflicht einerseits sowie des Nachranggrundsatzes andererseits. Wo allerdings ein Leistungsanspruch auch gegen die Pflegekasse besteht, bleibt es bei der gesetzlichen Parallelzuständigkeit von Kranken- und Pflegekasse. Der Sozialhilfeträger kann hier nicht in das Leistungsverhältnis beider Versicherungsträger zueinander in dem Sinne „eingreifen“, dass die Krankenkasse voll die Behandlungspflege übernimmt mit der Folge, dass dann die Leistungen der Pflegeversicherung (die dann im Übrigen auch niedriger ausfallen könnten) anderweitig zum Einsatz kommen können.

b. Versorgung im stationären Bereich

- 30** Anders stellt sich die Abgrenzung von Hilfe zur Pflege und Krankenhilfe- bzw. Krankenversicherungsleistungen **im stationären Bereich** dar. Bei **Krankenhausaufenthalt** umfassen nach § 39 Abs. 1 Satz 3 SGB V die Leistungen der Krankenkassen neben der medizinischen Versorgung auch die erforderlichen Maßnahmen zur Pflege des Kranken.⁴⁶ Sobald allerdings bei längeren Krankenhausaufenthalt die Pflegebedürftigkeit dergestalt in den Vordergrund tritt, dass sich die ärztlichen Maßnahmen auf eine allgemeine Überwachung des Gesundheitszustands beschränken, ist die Leistungspflicht der Krankenkasse für den Krankenhausaufenthalt nicht mehr gegeben.⁴⁷ In diesen Fällen kommt die Übernahme der für den Krankenhausaufenthalt entstehenden Kosten als Hilfe zur stationären Pflege in Betracht. Leistungen der Hilfe zur Pflege sind daher frühzeitig zu beantragen, um einen möglichst nahtlosen Übergang der einen in die andere Leistung zu gewährleisten. Der Sozialhilfeträger hat in diesen Fällen aber darauf hinzuwirken, dass der Pflegebedürftige baldmöglichst aus dem Krankenhaus entlassen und in seine häusliche Umgebung bzw. eine Pflegeeinrichtung überstellt wird.⁴⁸ Bei **voll- und teilstationärer Pflege** ist umgekehrt Bestandteil der Pflegeleistungen auch die medizinische Behandlungspflege (vgl. § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII i.V.m. §§ 41 Abs. 2 und 43 Abs. 2 SGB XI und Rn. 122).
- 31** Die Abgrenzung der Leistungszuständigkeit bei **Hilfsmitteln** erfolgt anhand des mit dem Hilfsmittel verfolgten Zwecks. Hilfsmittel, die den Erfolg einer Krankenbehandlung sichern, einer drohenden Behinderung vorbeugen oder eine Behinderung ausgleichen sollen, gehören zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. der Hilfe zur Gesundheit. Hilfsmittel zur Erleichterung der Pflege oder zur Linderung der Beschwerden im Alltag des Pflegebedürftigen sind dagegen in der Regel als Hilfe zur Pflege zu gewähren (vgl. zum Begriff der Pflegehilfsmittel i.E. noch Rn. 122).

⁴⁵ Vgl. dazu i.E. BSG v. 17.06.2010 - B 3 KR 7/09 R - BSGE 106, 173 = SozR 4-2500 § 37 Nr. 11; BSG v. 28.01.1999 - B 3 KR 4/98 R - BSGE 83, 254 ff.

⁴⁶ Dementsprechend sieht § 63 Satz 3 SGB XII auch vor, dass keine zusätzliche häusliche Pflege bei Akutversorgung in einem Krankenhaus als Hilfe zur Pflege übernommen werden kann. Vgl. dazu aber jetzt als Ausnahmeregelung § 63 Sätze 4-6 SGB XII, wonach auch im Krankenhaus zusätzliche häusliche Pflege als Sozialhilfeleistung erbracht werden kann.

⁴⁷ Vgl. hierzu BSG v. 15.02.1978 - 3 RK 29/77 - BSGE 46, 41, 47.

⁴⁸ Vgl. hierzu die SHR Westfalen-Lippe T 68 Z. 7.2.7.; vgl. auch *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 79.

4. Verhältnis zur Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII)

- 32** Auch die Abgrenzung der Hilfe zur Pflege von der Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII), die „insbesondere Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Heizung und persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens umfasst“ (§ 27a Abs. 1 Satz 1 SGB XII), kann im Einzelfall schwierig sein.
- 33** Lebt die Hilfe suchende Person **in einer stationären Einrichtung**, ist für die Abgrenzung maßgeblich, ob dieser Leistungen gewährt werden, wie sie die Mehrheit der Bewohner dort als altersgerechte Hilfen erhält, oder ob sie krankheits- oder behinderungsbedingte Sonderleistungen erhält. Die üblichen Leistungen sind als Hilfe zum Lebensunterhalt in Einrichtungen nach **§ 27b SGB XII** zu qualifizieren. Hiervon ist auch dann noch auszugehen, wenn der Kern des Hilfebedarfs in der Deckung des notwendigen Lebensunterhalts besteht – aber mit der besonderen Notwendigkeit, diese Hilfe innerhalb einer Einrichtung erhalten zu müssen.⁴⁹ Nur die Sonderleistungen sind als Hilfe zur Pflege zu gewähren (vgl. zum Inhalt dieser Sonderleistungen genauer noch Rn. 130). **Kosten der Unterkunft und Verpflegung** sind daher stets Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 35 SGB XII.⁵⁰ Eine dem früheren § 27 Abs. 3 BSHG entsprechende Regelung, wonach in einer Einrichtung auch diese Leistungen als Hilfen in besonderen Lebenslagen mitzuübernehmen sind, existiert im SGB XII nicht mehr. Ein Fall von Hilfe zum Lebensunterhalt liegt aber auch dann vor, wenn die betreffende Person in häuslichem Umfeld zu verwaarloosen drohte, innerhalb einer stationären Einrichtung unter entsprechender Kontrolle jedoch in der Lage ist, die wesentlichen Verrichtungen selbständig zu erledigen.⁵¹ Wo allerdings der Hilfe Suchende auch innerhalb der Einrichtung alleine nicht in der Lage wäre, ein in jeder Hinsicht menschenwürdiges Leben zu führen, ist Hilfe zur Pflege erforderlich.
- 34** Die Abgrenzung zwischen beiden Leistungsarten ist wichtig, weil der Zugang zur Hilfe zur Pflege breiter als der Zugang zur Hilfe zum Lebensunterhalt gem. §§ 27 ff. SGB XII konzipiert ist. Der Gesetzgeber hat eine **Privilegierung der pflegebedürftigen Hilfesuchenden** statuiert, um deren besonderer Lebenslage gerecht zu werden: Soweit Hilfe zur Pflege gewährt wird, ist Einkommen nicht in gleichem Umfang wie für Leistungen nach den §§ 27 ff. SGB XII einzusetzen; es gelten die höheren Einkommensgrenzen der §§ 85 f. SGB XII. Auch Vermögen ist teilweise geschützt (§§ 90, 91 SGB XII), und der Rückgriff auf Unterhaltsberechtigte (§ 94 Abs. 2 SGB XII) kommt nur begrenzt in Betracht. Es ist daher möglich, dass pflegerische Leistungen in einer stationären Einrichtung aufgrund der Einkommensprivilegierung als Hilfe zur Pflege übernommen werden können, der Betreffende für die Kosten der Unterkunft jedoch aufgrund der allgemeinen Einkommensanrechnungsvorschriften selbst aufkommen muss (vgl. dazu auch noch Rn. 99).
- 35** Im **häuslichen Bereich** ist die Abgrenzung zum Anwendungsbereich des **§ 27 Abs. 3 SGB XII** problematisch. Nach § 27 Abs. 3 SGB XII kann Hilfe zum Lebensunterhalt auch Personen gewährt werden, die „ein für den notwendigen Lebensunterhalt ausreichendes Einkommen oder Vermögen haben, jedoch einzelne für ihren Lebensunterhalt erforderliche Tätigkeiten nicht verrichten können“. Das BSG⁵² verweist für die Abgrenzung – unter Bezugnahme auf frühere Rechtsprechung des

⁴⁹ Vgl. VG Aachen v. 26.03.2003 - 6 K 1310/99 - ZfF 2004, 155 ff.

⁵⁰ Vgl. den VGH Mannheim v. 23.06.2009 - 12 S 2854/07 - juris, der ausdrücklich klarstellt, dass der Bezug von Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 35 SGB XII bei gleichzeitigem Bezug von Hilfe zur Pflege nicht seinen selbständigen Charakter verliert; vgl. ebenso auch *Heinz*, ZfF 2008, 121, 131.

⁵¹ Vgl. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn 190.

⁵² BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - juris Rn. 22 - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1.

BVerwG⁵³ – darauf, dass § 27 Abs. 3 SGB XII dem eindeutigen Wortlaut nach keine Bedürftigkeit voraussetzt. Dies sei im Bereich der Hilfe zur Pflege anders. Die erweiterte Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 27 Abs. 3 SGB XII umfasst daher nur Personen, die einen geringen Unterstützungsbedarf haben, welchen sie – trotz ausreichenden Einkommens oder Vermögens – aufgrund ihrer persönlichen Verfassung nicht in eigener Verantwortung organisieren können.

- 36** Allerdings hatte das BVerwG⁵⁴ in Fällen, in denen zwar nur für einzelne Verrichtungen Hilfe benötigt wurde, es jedoch an einem ausreichenden Einkommen gerade fehlte, nicht den Anwendungsbereich der Hilfe zur Pflege eröffnet gesehen, sondern dem Bedürftigen zur Unterstützung bei dieser Verrichtung eine Erhöhung des Regelsatzes (heute wäre dies gem. **§ 27a Abs. 4 Satz 1 SGB XII**) zugebilligt. Dem ist das BSG mit Blick auf die Öffnungsklausel des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII zu Recht nicht gefolgt.⁵⁵ Aus dem Umstand, dass § 27 Abs. 3 SGB XII bei fehlender Bedürftigkeit (ausnahmsweise) die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt ermöglicht, kann nicht geschlossen werden, dass bei bestehender Bedürftigkeit auch nach Inkrafttreten des SGB XI und der Neufassung der Hilfe zur Pflege im BSHG am 01.04.1995 Haushaltshilfeleistungen für einzelne Verrichtungen statt unter die §§ 61 ff. SGB XII unter die allgemeine Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 28 SGB XII zu subsumieren ist – die §§ 61 ff. SGB XII stellen in diesen Fällen nunmehr einschlägige Spezialvorschriften dar.

5. Verhältnis zur Hilfe zur Weiterführung des Haushalts (§ 70 SGB XII)

- 37** Zweck der Hilfe zur Weiterführung des Haushalts nach **§ 70 SGB XII** ist nicht – wie bei der Hilfe zur Pflege – die auf Dauer angelegte behindertenbezogene Pflege in Form der hauswirtschaftlichen Versorgung, sondern vielmehr **die persönliche Betreuung von Haushaltsangehörigen** bei einem (grundsätzlich nur vorübergehenden, vgl. § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB XII) Ausfall des Haushaltsführers sowie die Weiterführung des Haushalts.⁵⁶ Geht es also um die Hilfe an der kranken oder behinderten Person, liegt ein Fall der Hilfe zur Pflege vor, und zwar auch insoweit, als diese Person Hilfe zur hauswirtschaftlichen Versorgung benötigt. Geht es demgegenüber um die vorübergehende Sicherstellung der Fortführung des Haushalts zur Vermeidung seiner Auflösung mit all den dazugehörigen Verrichtungen und folglich um eine Leistung zugunsten der Angehörigen im Falle einer vorübergehenden Notlage, ist der Anwendungsbereich des § 70 SGB XII eröffnet. Das BSG geht daher auch davon aus, dass Leistungen nach § 70 SGB XII in einem Ein-Personen-Haushalt im Grundsatz nicht in Betracht kommen.⁵⁷ Soweit Leistungen in einem Mehr-Personenhaushalt in Frage stehen, können ggf. auch beide Leistungen nebeneinander gewährt werden. Für beide gelten die Einkommensgrenzen der §§ 85 ff. SGB XII.

6. Abgrenzung zur Blindenhilfe und zur Landesblindenhilfe

- 38** Das Verhältnis von **Blindenhilfe (§ 72 SGB XII)** und Hilfe zur Pflege ergibt sich aus § 72 Abs. 4 SGB XII. Danach wird Hilfe zur Pflege wegen Blindheit außerhalb von stationären Einrichtungen nicht gewährt. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss zum einen, dass bei vollstationärer Pflege

⁵³ BVerwG v. 15.12.1995 - 5 C 8/94 - FEVS 47, 63 ff.

⁵⁴ Vgl. BVerwG v. 15.12.1995 - 5 C 8/94 - FEVS 47, 63 ff.

⁵⁵ BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - juris Rn. 22 - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1.

⁵⁶ Vgl. BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - juris Rn. 21 ff. - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1; BSG v. 26.08.2008 - B 8/9b SO 18/07 R - juris Rn. 13 - SozR 4-3500 § 18 Nr. 1.

⁵⁷ Vgl. BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - juris Rn. 21; vgl. auch *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 82 der entsprechend darauf verweist, dass einer alleinstehenden Person Leistungen nach § 70 SGB XII nicht gewährt werden, wenn die Unfähigkeit zur Fortführung des Haushalts auf der Behinderung beruht, aber – bei Mehrpersonenhaushalten – auch zugunsten der Angehörigen Leistungen nach § 70 SGB XII neben Leistungen nach den §§ 61 ff. SGB XII für die pflegebedürftige Person in Betracht kommen.

neben der Hilfe zur Pflege auch die Blindenhilfe gewährt wird, sowie zum anderen, dass auch außerhalb von vollstationären Einrichtungen Hilfe zur Pflege aus anderen Gründen als Blindheit – und dann ggf. auch neben der Blindenhilfe – in Betracht kommt.⁵⁸ Blindenhilfe wird aber nach § 66 Abs. 1 SGB XII zu Teilen auf nach § 64 SGB XII gewährtes Pflegegeld angerechnet (vgl. dazu i.E. die Kommentierung zu § 66 SGB XII Rn. 14). Auch die **Landesblindenhilfe** wird als gleichartige Leistung von § 66 Abs. 1 Satz 2 SGB XII umfasst.

7. Nachranggrundsatz in der Hilfe zur Pflege

- 39** Anhand der vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass gerade im Bereich der Leistungen der Hilfe zur Pflege auch die Möglichkeit der Zuständigkeit anderer Sozialleistungsträger besteht.⁵⁹ Damit spielt der Nachranggrundsatz gem. **§ 2 SGB XII** gerade in diesem Leistungsbereich eine große Rolle.
- 40** Das BSG hat in einer grundlegenden Entscheidung⁶⁰ die Regelung des § 2 Abs. 1 SGB XII als allgemeinen Programmsatz verstanden. Es hat ausgeführt, einer hilfeschenden Person könne nicht unter Hinweis auf § 2 Abs. 1 SGB XII entgegengehalten werden, sie müsse sich vorrangig um die Realisierung von Ausgleichsansprüchen gegen Dritte bemühen. Bei § 2 Abs. 1 SGB XII handele es sich nicht um eine isolierte Ausschlussnorm; dies ergebe sich insbesondere aus der Systematik des SGB XII insgesamt. Nicht zuletzt beweise dies auch der Wortlaut der Norm, der nicht auf bestehende andere Leistungsansprüche, sondern auf den Erhalt anderer Leistungen abstelle. Eine Ausschlusswirkung ohne Rückgriff auf andere Normen des SGB XII sei allenfalls denkbar in extremen Ausnahmefällen (allgemeine Selbsthilfe nach § 2 Abs. 1 Alt. 1 SGB XII), etwa wenn sich der Bedürftige generell eigenen Bemühungen verschließe und Ansprüche ohne weiteres realisierbar seien.⁶¹
- 41** Mit dieser Entscheidung hat das BSG die grundsätzliche Nachrangigkeit von Leistungen der Sozialhilfe nicht in Frage gestellt. § 2 SGB XII stellt daher – auch soweit keine etwa dem § 13 Abs. 3 Nr. 1 SGB XI entsprechende Regelung das Vorrang-/Nachrangverhältnis zweier Leistungsträger nochmals spezialgesetzlich regelt – klar, dass zur Leistung grundsätzlich andere Leistungsträger vorrangig verpflichtet sind.
- 42** Allerdings soll es dem Sozialhilfeträger nur dann, wenn die hilfebedürftige Person bereits anderweitig Leistungen tatsächlich erhält, möglich sein, diese Person zunächst an den vorrangigen Leistungsträger zu verweisen – es sei denn, es liegt ein „extremer Ausnahmefall“ oder aber eine spezielle gesetzliche Regelung vor, die dies ausdrücklich anders regelt. In allen anderen Fällen soll zunächst der Sozialhilfeträger leisten, um sich dann ggf. im Rahmen der Erstattungsansprüche (§§ 103 ff. SGB X) oder aber mit den prozessualen Möglichkeiten nach den §§ 93 ff. SGB XII an den vorrangigen Leistungsträger zu wenden.
- 43** Gerade im Bereich der Leistungen der Hilfe zur Pflege, in denen häufig mehrere Leistungsträger in Betracht kommen, erscheint diese Rechtsprechung allerdings sehr weitgehend. Sie sieht den Sozialhilfeträger, soweit er erstangegangene Behörde ist, stets auch dann zunächst in der Pflicht zu leisten, wenn offensichtlich die Pflegeversicherung oder die gesetzliche Krankenversicherung als vorrangig verpflichtete Leistungsträger in Betracht kommen, ein Anspruch gegen sie jedoch noch gar nicht geltend gemacht wurde. Auch mit Blick auf § 62 SGB XII, der offenkundig davon

⁵⁸ Ebenso *Baur* in: *Mergler/Zink*, § 72 Rn. 29.

⁵⁹ Vgl. zum Ganzen auch *Udsching*, *SDSRV* Nr. 63, 167.

⁶⁰ BSG v. 29.09.2009 - B 8 SO 23/08 R.

⁶¹ BSG v. 29.09.2009 - B 8 SO 23/08 R - juris Rn. 20.

ausgeht, dass zunächst die Pflegeversicherung mit der Entscheidung am Zuge sein soll, erscheint daher richtiger, dass für die Frage der Verweisbarkeit der sozialhilfebedürftigen Person an den vorrangig verpflichteten Leistungsträger nicht darauf abzustellen ist, ob dieser von dort schon tatsächlich Leistungen bezieht, sondern vielmehr darauf, ob die Ansprüche gegen den anderen Leistungsträger leicht zu realisieren sind. Aus dem Nachranggrundsatz des § 2 SGB XII folgt daher auch, dass der Hilfe suchenden Person zunächst zuzumuten ist, bei einem vorrangig zur Leistung verpflichteten Leistungsträger Leistungen zu beantragen. Erst wenn deutlich wird, dass dieser vorrangig zuständige Leistungsträger dem Leistungsantrag nicht zeitnah nachkommen wird, dass es sich also bei dem Anspruch gegen diesen Träger nicht um bereite Mittel handelt, ist der Sozialhilfeträger zunächst unmittelbar zur Leistung verpflichtet⁶² – freilich dann mit der Möglichkeit der Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs nach den §§ 103 ff. SGB X oder aber mit den prozessualen Möglichkeiten nach den §§ 93 ff. SGB XII.

- 44 Selbst wenn man jedoch der insoweit engeren Auffassung des BSG folgt, findet sich im Bereich der Hilfe zur Pflege insbesondere in § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII eine Regelung, nach der nicht auf den tatsächlichen Leistungsbezug abzustellen ist. Denn § 66 Abs. 4 Satz 1 SGB XII lässt ausdrücklich ausreichen, dass die pflegebedürftige Person **in der Lage** ist, zweckentsprechende Leistungen nach anderen Rechtsvorschriften in Anspruch zu nehmen (vgl. dazu noch im Einzelnen die Kommentierung zu § 66 SGB XII Rn. 38).

VI. Ausgewählte Literaturhinweise

- 45 *Heinz*, Die Hilfe zur Pflege nach dem Recht der Existenzsicherung – Eine Übersicht unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung, ZfF 2008, 172 ff.; *ders.*, Die Hilfe zur Pflege im Recht der Existenzsicherung und die „Pflegezulage“ des Sozialen Entschädigungsrechts – Erstattungsansprüche gemäß §§ 102 ff. SGB X der Sozialhilfeträger wegen vorrangiger finanzieller Sicherung im Pflegefall gemäß dem Bundesversorgungsgesetz, ZfF 2008, 121 ff.; *Löcher/vom Rath*, Hilfe zur Pflege im Sozialhilferecht, ZfS 2006, 129 ff.; *Knickrehm*, Haushaltshilfe für Empfänger von Alg II?, NZS 2007, 128 ff.; *Krahmer/Manns*, Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, 3. Aufl. 2005; *Mroczynski*, Die Grundsicherung für Arbeitsuchende im Kontext des Fürsorgesystems (Teil I), SGB 2009, 450 ff.; *Rasch*, Zum Verhältnis von Leistungen der Eingliederungshilfe zu Leistungen der Pflege nach dem SGB XI im ambulant betreuten Wohnen, NDV 2013, 186; *Udsching*, Demographiefestigkeit und Reformfähigkeit der Pflegeversicherung – Kommentar, SDSRV Nr. 63, 167 ff.; *Udsching*, Kommentar zum SGB XI, 2010; *Udsching*, Strukturelle Probleme der Pflegeversicherung, in: Sozialrecht – eine Terra incognita 2009 (Festschrift), S. 87 ff.; *Zeitler*, Änderung der §§ 67-90 BSHG durch das 1. SGB XI-Änderungsgesetz und das Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts, NDV 1996, 389.

B. Auslegung der Norm

I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm

- 46 Die Hilfe zur Pflege stellt eine Leistung der Sozialhilfe dar. Sie hat daher – soweit Bedürftigkeit vorliegt – die umfassende Deckung pflegerischen Bedarfs zum Ziel.

⁶² Vgl. ebenso etwa *Armborst* in: LPK-SGB XII, § 2 Rn. 14.

47 § 61 Abs. 1 SGB XII formuliert die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der Hilfe zur Pflege. Er definiert die Pflegebedürftigkeit als einen Zustand der körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung, aufgrund derer eine Person für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens längerfristig der Hilfe bedarf, § 61 Abs. 1 **Satz 1 SGB XII**. Mit dieser Definition orientiert sich die Hilfe zur Pflege grundsätzlich am Begriff der Pflegebedürftigkeit in der sozialen Pflegeversicherung. Allerdings enthält § 61 Abs. 1 **Satz 2 SGB XII** eine Öffnungsklausel, die das Vorliegen von Pflegebedürftigkeit nach Maßgabe der Sozialhilfe weiter fasst und der daher eine tatbestandliche Aufnahmefunktion zukommt. Welche Krankheiten und Behinderungen Pflegebedürftigkeit im Sinne von Absatz 1 begründen können, wird durch **§ 61 Abs. 3 SGB XII** definiert. **§ 61 Abs. 5 SGB XII** statuiert demgegenüber, welche Verrichtungen im Alltag durch Absatz 1 in Bezug genommen werden. Nach **§ 61 Abs. 4 SGB XII** sind auch die verrichtungsbezogene Anleitung und Beaufsichtigung in die Beurteilung des Pflegebedarfs miteinzubeziehen. **§ 61 Abs. 2 SGB XII** gibt einen Überblick über die verschiedenen Pflegehilfen, die sich ebenfalls weitgehend am SGB XI orientieren. Mit dem Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das SGB ist dabei durch Hinzufügen der **Sätze 3 und 4** die Möglichkeit eröffnet worden, Leistungen der Pflege in Form eines **trägerübergreifenden Persönlichen Budgets** zu erbringen. In **§ 61 Abs. 6 SGB XII** werden die zum SGB XI insoweit maßgeblichen materiellen Vorschriften sowie Rahmenverträge der Pflegekassen und Bundesempfehlungen über die Pflegerische Versorgung für entsprechend anwendbar erklärt.

II. Normzweck

48 Die Hilfe zur Pflege verfolgt den Zweck, die mit einer Krankheit und/oder Behinderung einhergehenden Beschwerden zu lindern und abzufangen, um so der hilfebedürftigen Person, soweit sie dazu aus finanziellen Gründen nicht eigenständig in der Lage ist, die erforderlichen Verrichtungen des Alltags zu ermöglichen. Der behinderte Mensch soll nicht an den Grunderfordernissen des täglichen Lebens scheitern.⁶³

III. Tatbestandsmerkmale

1. Ausgangspunkt: Pflegebedürftigkeit i.S.d. SGB XI (Absatz 1 Satz 1, Absätze 3-5)

49 Anspruch auf Leistungen der Hilfe zur Pflege haben nur solche Personen, die im Sinne des **§ 61 Abs. 1 SGB XII** pflegebedürftig sind. Diesem Begriff der Pflegebedürftigkeit liegt die Definition von Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI zugrunde. Entsprechend ist auch der Wortlaut des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII weitgehend parallel zum Wortlaut des § 14 Abs. 1 SGB XI gefasst. Für die inhaltliche Bestimmung der Auslegung einzelner Merkmale nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII kann daher auf Literatur und Rechtsprechung zu § 14 Abs. 1 SGB XI zurückgegriffen werden.⁶⁴ Allerdings wird der Pflegebedürftigkeitsbegriff durch die Öffnungsklausel des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII in der Hilfe zur Pflege erheblich erweitert (vgl. schon Rn. 13 sowie noch i.E. Rn. 80).

⁶³ BVerwG v. 10.11.1965 - V C 104.64 - BVerwGE 22, 319 ff.

⁶⁴ Mit Blick darauf lassen die Reformbestrebungen zum Pflegebedürftigkeitsbegriff des SGB XI auch Änderungen für das SGB XII erwarten; vgl. dazu bereits Rn. 4.

50 Personen sind nach **§ 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII pflegebedürftig**, wenn sie eine körperliche, geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung haben (vgl. Rn. 51), wenn die Krankheit oder Behinderung zu einem Hilfebedarf bei den gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens führt (vgl. Rn. 54), wenn der Hilfebedarf voraussichtlich mindestens sechs Monate andauern wird (vgl. Rn. 73) und wenn der Hilfebedarf in erheblichem oder höherem Maße besteht (vgl. Rn. 82) (im Folgenden: **enger Pflegebedürftigkeitsbegriff** im Gegensatz zum erweiterten Begriff i.S.d. § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII).

a. Körperliche, geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung (Absatz 3)

51 Der Begriff der Pflegebedürftigkeit nach § 61 Abs. 1 SGB XII knüpft an das Vorliegen von **Krankheit oder Behinderung** an. Dies dient der Klarstellung dessen, dass natürlich bedingte Pflegebedürftigkeit (von Säuglingen, Kindern, Jugendlichen) ebenso wenig als Auslöser für Ansprüche der Hilfe zur Pflege in Betracht kommt⁶⁵ wie etwa selbst gewählte Verwahrlosung als Ausdruck einer bestimmten Lebensform⁶⁶ oder kulturelle Umstände wie z.B. eine Fehlerziehung zur Unselbständigkeit.⁶⁷

52 Welche Krankheiten oder Behinderungen von § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII erfasst sind, ist in **§ 61 Abs. 3 SGB XII** erschöpfend definiert. In Betracht kommen danach Verluste, Störungen oder Funktionseinschränkungen am Stütz- und Bewegungsapparat (Nr. 1), an den inneren Organen und Sinnesorganen (Nr. 2) sowie auf nervenfachärztlichem Gebiet, hier einschließlich psychischer Erkrankungen (Nr. 3). Der Wortlaut der in den Nrn. 1-3 gewählten Auflistung ist ebenfalls im Wesentlichen identisch mit der Bestimmung einschlägiger Krankheiten und Behinderungen in § 14 Abs. 2 SGB XI. Allerdings erweitert **§ 61 Abs. 1 Nr. 4 SGB XII** die in Frage kommenden körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen um „andere Krankheiten oder Behinderungen, infolge derer Personen pflegebedürftig sind“. Diese Vorschrift eröffnet also die Möglichkeit, auf neue pflegewissenschaftliche und medizinische Erkenntnisse zu reagieren. Ihr kommt daher entsprechend der Aufgabe der Sozialhilfe, vollständige Bedarfsdeckung zu gewährleisten, eine Auffangfunktion zu. Bislang wissenschaftlich nicht anerkannte Phänomene (z.B. Übersinnliches) kommen als Grundlage für einen Pflegebedarf jedoch nicht in Betracht.⁶⁸

53 Die Vorschrift lässt offen, wann von einer **Krankheit** und wann dagegen von einer **Behinderung** auszugehen ist. Es gilt daher die Definition des Krankheitsbegriffs i.S.d. Vorschriften zur Hilfe zur Gesundheit (§ 48 SGB XII) und der Behinderungsbegriff i.S.d. Eingliederungshilfsvorschriften (§ 53 SGB XII). Eine Differenzierung innerhalb der Hilfe zur Pflege ist zwar nicht erforderlich, weil das Gesetz in den Rechtsfolgen hier nicht differenziert und zudem die Auffangregelung des § 61 Abs. 3 Nr. 4 SGB XII sowohl für „andere Krankheiten“ als auch für „andere Behinderungen“ gilt. Möglicherweise wird eine Abgrenzung aber dort relevant, wo eine wesentliche Behinderung i.S.v. § 53 SGB XII vorliegt und daher anstelle der Hilfe zur Pflege ein Anspruch auf Eingliederungshilfe in Betracht kommt.

⁶⁵ Vgl. ebenso *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 12. Wann Kinder als pflegebedürftig einzuschätzen sind, wird durch § 64 Abs. 4 SGB XII geregelt; vgl. daher insoweit die Kommentierung zu § 64 SGB XII Rn. 42.

⁶⁶ Vgl. dazu *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 13.

⁶⁷ Vgl. dazu BSG v. 30.03.1977 - 5 RKn 20/76 - BSGE 43, 236, 237 f.

⁶⁸ Vgl. hierzu *von Renesse* in: Jahn/Jung, § 61 Rn. 14.

b. Gewöhnliche und regelmäßig wiederkehrende Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens (Absatz 5)

- 54** Die Krankheit oder Behinderung muss zu einem Hilfebedarf bei den gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens führen. Der Begriff der Verrichtungen umfasst grundsätzlich alle Handlungen eines Menschen zur Bewältigung des Lebensalltags.⁶⁹ Welche Verrichtungen solche im Sinne des § 61 Abs. 1 **Satz 1** SGB XII sind, definiert **§ 61 Abs. 5 SGB XII**, der wiederum wörtlich mit § 14 Abs. 4 SGB XII übereinstimmt.⁷⁰
- 55** Die im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 SGB XII zu berücksichtigenden Verrichtungen sind in **vier Lebensbereiche** aufgegliedert: Körperpflege (Absatz 5 Nr. 1), Ernährung (Absatz 5 Nr. 2) und Mobilität (Absatz 5 Nr. 3) – diese drei Bereiche machen zusammen die sog. **Grundpflege** aus – sowie die hauswirtschaftliche Versorgung (Absatz 5 Nr. 4). Andere Lebensbereiche, also z.B. die **Religionsausübung** (etwa in Form ritueller Waschungen) oder die **Unterhaltung, Erholung, Kommunikation oder Bildung**, sind nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu berücksichtigen.⁷¹
- 56** Die vier maßgeblichen Bereiche des § 61 Abs. 5 SGB XII umfassen nach der gesetzlichen Auflistung insgesamt **21 verschiedene Verrichtungen**, die „**gewöhnlich und regelmäßig wiederkehrend**“ sein müssen. Daher müssen sie nicht jeden Tag, aber doch mit gewisser Regelmäßigkeit im Alltag des Pflegebedürftigen anfallen.⁷² Verrichtungen, die seltener als zumindest einmal pro Woche erforderlich sind, bleiben außen vor, auch wenn sie einen hohen Zeitaufwand verursachen.⁷³ Für den engen Pflegebedürftigkeitsbegriff muss nach der Rechtsprechung des BSG zu § 14 SGB XI zudem mindestens einmal täglich Hilfe im Bereich der Grundpflege erforderlich sein.⁷⁴
- 57** Im Bereich der Abgrenzung von Pflegeversicherungs- und Krankenversicherungsleistungen hat der Gesetzgeber mittlerweile die Rechtsprechung des BSG umgesetzt, wonach Leistungen der sogenannten **verrichtungsbezogenen Behandlungspflege** (auch) dem Leistungskatalog der gesetzlichen Pflegeversicherung zuzuordnen sind (vgl. zur Abgrenzung i.E. Rn. 27). Entsprechend kann auch in der Hilfe zur Pflege verrichtungsbezogene Behandlungspflege mitzuübernehmen sein; allerdings ist bei Bestehen von Krankenversicherungsschutz ggf. die Krankenkasse, die für verrichtungsbezogene Behandlungspflege nunmehr parallel zuständig ist, vorrangig in Anspruch zu nehmen (vgl. dazu Rn. 28). Die Frage, ob Verrichtungsbezogenheit gegeben ist, ist stets im Einzelfall zu prüfen. Das BSG hat insbesondere klargestellt, dass allein die Tatsache, dass ein **Hilfebedarf zur Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen** besteht, die Berücksichtigungsfähigkeit als Pflegebedarf nicht begründen kann.⁷⁵ Eine Langzeit-Sauerstoff-Beatmung reicht deshalb zur Anerkennung eines Grundpflegebedarfs selbst dann nicht aus, wenn die Beatmung Voraussetzung dafür ist, dass der Hilfebedürftige am Leben bleibt und gepflegt werden kann; sie steht nämlich nicht im Zusammenhang mit einer der gesetzlich aufgelisteten Verrichtungen.⁷⁶

⁶⁹ So die zutreffende Definition von *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 29.

⁷⁰ Allerdings ist Absatz 5 nicht nur für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit, sondern auch für die Erbringung der Leistungen der Pflegehilfe von Bedeutung, denn der Hilfebedarf besteht in der Sicherstellung gerade dieser Verrichtungen.

⁷¹ Vgl. BSG v. 10.10.2000 - B 3 P 15/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 16.

⁷² BT-Drs. 12/5262, S. 95.

⁷³ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 12/98 R - juris.

⁷⁴ BSG v. 14.12.2000 - B 3 P 5/00 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 11.

⁷⁵ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 9/98 R - BSGE 84, 1, 4 ff.; BSG v. 29.04.1999 - P 3 P 12/98 R - juris.

⁷⁶ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 9/98 R - BSGE 84, 1, 4 ff.; BSG v. 29.04.1999 - P 3 P 12/98 R - juris.

aa. Körperpflege (Absatz 5 Nr. 1)

58 Im Bereich der **Körperpflege** (§ 61 Abs. 5 Nr. 1 SGB XII, der § 14 Abs. 4 Nr. 1 SGB XI entspricht) sind das Waschen, Duschen, Baden, die Zahnpflege, das Kämmen, Rasieren sowie die Darm- und Blasenentleerung gesetzlich aufgelistet. Der Gesetzgeber hat dabei im Gesetzgebungsverfahren zu § 14 Abs. 4 Nr. 1 SGB XI ausdrücklich **nur die täglich erforderlichen Verrichtungen** der Körperpflege aufgezählt; seltener erforderliche Verrichtungen, namentlich die **Nagelpflege** und die **Haarwäsche**, hat er aus dem Gesetzentwurf wieder gestrichen.⁷⁷ Nach Auffassung des BSG sollen aber dennoch auch nicht tägliche Verrichtungen wie z.B. das Haarewaschen von § 14 Abs. 4 Nr. 4 und dementsprechend § 61 Abs. 5 Nr. 1 SGB XII umfasst sein, wenn sie zu den dort genannten Tätigkeiten im Bereich der Körperpflege zählen. Der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers habe im Gesetzeswortlaut keinen entsprechenden Niederschlag gefunden.⁷⁸ Auch das Haaretrocknen und die notwendigen begleitenden Hilfen sind zu berücksichtigen.⁷⁹

59 Als Maßnahme der Körperpflege ist auch das **Haarewaschen mit einem speziellen Shampoo** gegen Erkrankungen der Kopfhaut zu berücksichtigen. Zwar stellt dies der Sache nach eine Behandlungspflege dar; diese ist jedoch untrennbar mit dem Bereich Waschen, Duschen und Baden verbunden.⁸⁰ Maßnahmen der **Hautpflege** wie das Eincremen mit Öl und Fett oder das Pudern sind ebenfalls verrichtungsbezogene Behandlungspflege, wenn gerade das Waschen diese Behandlung erforderlich macht, etwa weil die Haut des Pflegebedürftigen durch das Waschen so austrocknet, dass eine Fettzufuhr von außen im unmittelbaren Anschluss an das Waschen unerlässlich ist.⁸¹ Wenn aber der erforderliche Hilfebedarf der Hautpflege zwar im Zusammenhang mit dem Waschen, jedoch nur schubweise als Folge einer Hauterkrankung (Neurodermitis oder Mukoviszidose) erfolgt, so liegt gleichwohl keine Maßnahme der Körperpflege im gesetzlichen Sinne vor, wenn der Bedarf nicht mindestens einmal pro Woche anfällt.⁸² Das Einreiben, das nur zur Verringerung von Schmerzzuständen und Reduzierung von Nebenwirkungen von Medikamenten erfolgt, ist von vornherein nicht verrichtungsbezogen.⁸³

60 Hilfebedarf, der sich aus **Störungen der Feinregulation** der Nerven oder der Muskulatur ergibt, ist als verrichtungsbezogen z.B. beim Rasieren oder Zähneputzen zu berücksichtigen.⁸⁴ Die **Stomaversorgung** ist zwar der Sache nach eine Maßnahme der Behandlungspflege; da sie aber mit der Darmentleerung untrennbar verbunden ist, ist sie als verrichtungsbezogen auch im pflegerischen Grundbedarf zu berücksichtigen.⁸⁵ Entsprechendes gilt für die **Katheterisierung** eines querschnittsgelähmten Hilfebedürftigen.⁸⁶

bb. Ernährung (Absatz 5 Nr. 2)

61 Zum Bereich der **Ernährung** (§ 61 Abs. 5 Nr. 2 SGB XII, der § 14 Abs. 4 Nr. 2 SGB XI entspricht) gehören lediglich das mundgerechte Zubereiten und die Aufnahme der Nahrung, also nur die Tätigkeiten, die mit dem Vorgang der Nahrungsaufnahme in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

⁷⁷ BT-Drs. 12/5920, S. 22 f. und BT-Drs. 12/5952, S. 35.

⁷⁸ BSG v. 31.08.2000 - B 3 P 14/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

⁷⁹ BSG v. 31.08.2000 - B 3 P 14/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

⁸⁰ BSG v. 31.08.2000 - B 3 P 14/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

⁸¹ BSG v. 13.05.2004 - B 3 P 7/03 R - SozR 4-3300 § 23 Nr. 2; BSG v. 31.08.2000 - B 3 P 14/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

⁸² BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 9/98 R - BSGE 84, 1, 4 ff.

⁸³ BSG v. 31.08.2000 - B 3 P 14/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

⁸⁴ So der Wille des Gesetzgebers, vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 96.

⁸⁵ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 12/98 R - juris.

⁸⁶ BSG v. 22.08.2001 - B 3 P 23/00 R - juris.

Zur **mundgerechten Zubereitung** der Nahrung gehört also allein der letzte Schritt vor der Nahrungsaufnahme, soweit ein solcher nach der Fertigstellung der Mahlzeit krankheits- oder behinderungsbedingt erforderlich wird, also z.B. das Anrichten der Nahrung im Sinne von Zerkleinern oder Zerschneiden in mundgerechte Bissen, das Pürieren, das Heraustrennen von Knochen oder Gräten, das Einweichen harter Nahrung bei Kau- oder Schluckbeschwerden, das Zubereiten von Broten, das Einfüllen von Getränken in Gefäße oder das Bereitstellen behindertengerechter Geschirre oder Essbestecke.⁸⁷ Zur **Nahrungsaufnahme** gehört insbesondere die Hilfe beim Umgang mit dem Besteck oder aber, wo dies erforderlich ist, das Füttern des zubereiteten Essens. Ebenso gehören hierzu die Sonderernährung mit ausschließlich flüssigen Nahrungsmitteln z.B. bei Erkrankung des Magens oder Darms und das Füttern des Pflegebedürftigen.⁸⁸

62 Die **gesamte übrige Vorbereitung** der Nahrungsaufnahme wie Erstellung des Speiseplans, Einkaufen, Berechnen, Abwiegen, Zusammenstellung der Speisen und Kochen gehört zum Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung, und zwar auch dann, wenn sie z.B. bei Diabetikern einen krankheitsbedingten Diätplan zur Sicherstellung der Verträglichkeit umfasst.⁸⁹ Auch die Prüfung der Stoffwechsellage (Blutzuckermessungen u.Ä.) und die Versorgung mit Medikamenten (z.B. Insulinspritzen), die nicht notwendig mit der Verrichtung der „Nahrungsaufnahme“ selbst verbunden ist, begründen keinen ernährungsbedingten Pflegeaufwand.⁹⁰ Anderes gilt nur, wenn die Medikamentengabe jeweils im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Aufnahme der Nahrung erforderlich ist.⁹¹ Keine Hilfe bei der Nahrungsaufnahme ist die Aufsicht zur Verhinderung übermäßigen Essens.⁹² Beaufsichtigung und Kontrolle sind jedoch dann berücksichtigungsfähiger Hilfebedarf, wenn sie von einer solchen Intensität sind, dass die Hilfe über das bloße „Im-Auge-Behalten“ des Pflegebedürftigen und das nur vereinzelte, gelegentliche Auffordern oder Ermahnen hinausgeht und die Pflegeperson dadurch an der Erledigung anderer Aufgaben gehindert ist.⁹³

cc. Mobilität (Absatz 5 Nr. 3)

63 Für den Bereich der **Mobilität** listet § 61 Abs. 5 Nr. 3 SGB XII (der § 14 Abs. 4 Nr. 3 SGB XI entspricht) das selbständige Aufstehen und Zu-Bett-Gehen, das An- und Auskleiden, das Gehen, Stehen und Treppensteigen sowie das Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung auf. Die Mobilität umfasst also den **Hilfebedarf innerhalb und außerhalb der Wohnung**.

64 Alle die Mobilität betreffenden Verrichtungen können aber nur insoweit berücksichtigt werden, als sie **zur Aufrechterhaltung eines selbstständigen Haushalts notwendig** sind. Der Wortlaut macht zwar keine Einschränkung hinsichtlich der Zwecke, aufgrund derer die Verrichtungen (also etwa das Treppengehen, das Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung etc.) vorzunehmen sind. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, diese Verrichtungen seien unabhängig vom

⁸⁷ BSG v. 31.08.2000 - B 3 P 14/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 15.

⁸⁸ So ausdrücklich der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 96 f.

⁸⁹ BSG v. 28.06.2001 - B 3 P 7/00 R - SozR 3-3300 § 43a Nr. 5.

⁹⁰ BSG v. 17.06.1999 - B 3 P 10/98 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 7.

⁹¹ Bejaht hat das BSG dies für den Fall, dass die Einnahme eines Medikaments unmittelbar erforderlich ist, um die Nahrungsaufnahme als physischen Vorgang überhaupt erst zu ermöglichen, etwa weil anderenfalls Schluckbeschwerden die Nahrungsaufnahme unmöglich machen würden, vgl. BSG v. 17.03.2005 - B 3 KR 9/04 R. Rein praktische Erwägungen, ein Medikament im Zusammenhang mit der Nahrungsaufnahme zu sich nehmen zu wollen, reichen demgegenüber nicht aus. Vgl. zum Ganzen auch BSG v. 13.02.1998 - B 3 P 3/97 R - BSGE 82, 27, 31 ff.; BSG v. 19.02.1998 - B 3 P 5/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 3; BSG v. 17.06.1999 - B 3 P 10/98 R - SozR 3-3300 und § 15 Nr. 7.

⁹² BSG v. 28.06.2001 - B 3 P 7/00 R - SozR 3-3300 § 43 a Nr. 5.

⁹³ BSG v. 27.08.1998 - B 10 KR 4/97 R - BSGE 82, 276, 278 ff.

jeweiligen Anlass und Zweck in den notwendigen Pflegebedarf eingeschlossen. Aus dem Sinn und Zweck der Pflegeleistungen, die Aufrechterhaltung der Existenz in der häuslichen Umgebung zu sichern, folgt vielmehr, dass sie bei der Bemessung des Zeitaufwands für die notwendige Pflege nur insoweit berücksichtigt werden können, als sie im Zusammenhang mit den anderen in § 61 Abs. 5 SGB XII genannten Verrichtungen im häuslichen Bereich erforderlich werden.⁹⁴ Nicht zum Hilfebedarf für die Mobilität gehören daher insbesondere Hilfeleistungen, die zur Wahrnehmung eines Schulbesuchs oder zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit des Pflegebedürftigen erforderlich sind, wie z.B. Begleitung auf dem Weg zur Arbeitsstelle und das An- und Ausziehen der Arbeitskleidung, oder aber Hilfeleistungen zur Durchführung rehabilitativer Maßnahmen.⁹⁵

65 Zur Verrichtung des **Aufstehens** gehören nach der neueren Rechtsprechung des BSG nicht mehr ohne Weiteres alle Maßnahmen, mit denen die Folgen der Nachtruhe beseitigt werden, um für das Tagesgeschehen „in Gang zu kommen“. ⁹⁶ Maßnahmen der Behandlungspflege wie etwa das morgendliche Reinigen der Atemwege eines Mukoviszidosekranken können nur dann als verrichtungsbezogen dem Aufstehen zugerechnet werden, wenn sie zwischen dem Aufwachen und dem Verlassen des Bettes, spätestens aber in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Aufstehen, also vor jeder anderen Tätigkeit, durchgeführt werden müssen.⁹⁷ Das BSG hat dies im Zusammenhang mit der Pflege von Kindern je nach Einzelfall für möglich erachtet.⁹⁸

66 Die Verrichtung des **Zu-Bett-Gehens** betrifft den körperlichen Bewegungsvorgang mit dem Ziel des Hineingelangens in ein Bett, der mit der Einnahme einer zum Ruhen oder Schlafen geeigneten Position im Bett endet.⁹⁹ Die Häufigkeit richtet sich nach dem individuellen Ruhe- und Schlafbedürfnis. Daher kann die Hilfe auch mehrmals erforderlich sein, weil der Pflegebedürftige bewusst oder (z.B. altersverwirrt) unbewusst die zum Schlafen oder Ruhen geeignete Position verlässt, neu einnehmen muss und dies ohne fremde Hilfe nicht kann.¹⁰⁰ Das Beruhigen Schlafgestörter ist dagegen keine Hilfe beim Zu-Bett-Gehen und kann auch nicht als Pflegebedarf bei einer anderen Grundverrichtung berücksichtigt werden.¹⁰¹

67 An- und Auskleiden ist auch das An- und Ausziehen von Stützstrümpfen als Maßnahme der verrichtungsbezogenen Behandlungspflege.¹⁰²

68 Zum **Gehen, Stehen und Treppensteigen** gehören nur die Verrichtungen innerhalb der Wohnung (auswärtige Fortbewegung wird vom Aufsuchen und Verlassen der Wohnung erfasst), dies aber nur, soweit damit andere Verrichtungen der Grundpflege ermöglicht werden sollen.¹⁰³ Erfasst ist also etwa der Weg zum Duschen, nicht dagegen der Weg zur Durchführung von Freizeitprogramm, die Beaufsichtigung zur Verhinderung von Selbst- oder Fremdgefährdung oder die Hilfe allein zur Förderung des Gehens.¹⁰⁴ Die Verrichtungen Gehen, Stehen und Treppensteigen meinen nicht

⁹⁴ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10; BSG v. 24.06.1998 - B 3 P 4/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 5.

⁹⁵ BSG v. 06.08.1998 - B 3 P 17/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 6; BSG v. 05.08.1999 - B 3 P 1/99 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 8; vgl. zu weiteren Einzelbeispielen noch im Folgenden.

⁹⁶ So noch die Rspr. des 10. Senats, BSG v. 27.08.1998 - B 10 KR 4/97 R - BSGE 82, 276, 278 ff.

⁹⁷ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 9/98 R - BSGE 84, 1, 4 ff.

⁹⁸ Vgl. ausführlicher zur Abgrenzung verrichtungsbezogene und „normale“ Behandlungspflege bei Mukoviszidosekranken *Meßling* in: jurisPK-SGB XI, § 14 Rn. 28.

⁹⁹ BSG v. 17.05.2000 - B 3 P 20/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 14.

¹⁰⁰ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10.

¹⁰¹ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10.

¹⁰² BSG v. 30.10.2001 - B 3 KR 2/01 R - SozR 3-2500 § 37 Nr. 3; vgl. dazu aber Rn. 28.

¹⁰³ BSG v. 26.11.1998 - B 3 P 13/97 R - SozR 3-3300 § 54 Nr. 8.

¹⁰⁴ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10.

nur die eigenständige Fortbewegungsfähigkeit. Insoweit bestehender Hilfebedarf ist vielmehr auch zu berücksichtigen, soweit Unterstützung, Beaufsichtigung, Anleitung oder Führung mit dem Ziel der eigenständigen Übernahme dieser Verrichtungen nicht mehr ausreichen, weil der Hilfebedürftige auch unter Hilfe zur eigenständigen Fortbewegung dazu nicht mehr in der Lage ist. Deshalb ist auch jedes Stützen und Tragen erheblich, soweit es im Zusammenhang mit einer der anderen pflegerischen Verrichtungen steht.¹⁰⁵

69 Das Leben des Hilfebedürftigen soll nicht auf die Wohnung beschränkt bleiben, er soll vielmehr die Möglichkeit zum **Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung** haben. Berücksichtigungsfähig sind auch hier aber nur solche Verrichtungen außerhalb der Wohnung, die für die Aufrechterhaltung der Lebensführung zu Hause unumgänglich sind und das persönliche Erscheinen des Pflegebedürftigen notwendig machen. Dies kann etwa zutreffen auf den Besuch von Ärzten, Krankengymnasten, Apotheken oder Behörden, allerdings auch nur dann, wenn die Besuche regelmäßig mindestens einmal pro Woche erfolgen. Seltener erforderlich werdende Besuche zählen nicht zum berücksichtigungsfähigen Pflegeaufwand. Nach der Rechtsprechung des BSG stellt das Gesetz mit hinreichender Deutlichkeit klar, dass bei der Ermittlung des Grundpflegebedarfs auf die Woche als Maßeinheit abzustellen ist.¹⁰⁶ Im Falle der Berücksichtigungsfähigkeit sind neben den notwendigen Zeiten für die Begleitung auch solche zwangsläufig anfallenden Wartezeiten anzusetzen, während derer der Pflegebedürftige untersucht wird, soweit die Begleitperson in dieser Zeit keiner anderen sinnvollen Tätigkeit nachgehen kann, die auch ohne die Wartezeit zu erledigen wäre.¹⁰⁷ Von vornherein nicht zur Aufrechterhaltung der Lebensführung zu Hause dienen z.B. Hilfen bei Spaziergängen¹⁰⁸ oder bei Besuchen von kulturellen oder kirchlichen Veranstaltungen,¹⁰⁹ die Begleitung des Pflegebedürftigen zum Erbringer einer als Reha-Maßnahme zu wertenden Leistung wie z.B. zum Logopäden und die Begleitung zum Schulbus zu einer Behinderteneinrichtung.¹¹⁰ In letzterem Fall kommen ggf. Leistungen der Eingliederungshilfe in Betracht (vgl. zur Abgrenzung allgemein schon Rn. 16). Transferzeiten zu und von der Wohnung der Pflegeperson scheiden als Pflegebedarf aus, selbst wenn nur auf diese Weise die häusliche Pflege aufrechterhalten werden kann.¹¹¹

70 In der Aufzählung nicht mit aufgeführt sind die Hilfe zum **Liegen** sowie zum **Sitzen**. Das BSG sieht darin eine offensichtliche Gesetzeslücke. Der grundsätzlich als abschließend zu betrachtende Katalog des § 14 Abs. 4 SGB XI (und entsprechend auch des § 65 Abs. 5 SGB XII) sei daher nach Sinn und Zweck der Regelung im Bereich der Mobilität zur Ausfüllung einer offensichtlichen Lücke um die Verrichtungen Sitzen und Liegen zu ergänzen.¹¹² Hilfe zum Liegen ist insbesondere das

¹⁰⁵ BSG v. 26.11.1998 - B 3 P 20/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 9; BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10.

¹⁰⁶ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10.

¹⁰⁷ BSG v. 10.10.2000 - B 3 P 15/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 16; BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10.

¹⁰⁸ Soweit der Spaziergang medizinisch angeordnet ist, etwa um die Durchblutung zu fördern, dient dies zwar der Aufrechterhaltung des häuslichen Lebens, ist aber der Sache nach eine Maßnahme der Behandlungspflege, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einer grundpflegerischen Verrichtung steht und daher auch nicht als verrichtungsbezogene Behandlungspflege der Grundpflege zugerechnet werden kann, vgl. BSG v. 10.10.2000 - B 3 P 15/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 16.

¹⁰⁹ BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 7/98 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 10; BSG v. 10.10.2000 - B 3 P 15/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 16.

¹¹⁰ BSG v. 26.11.1998 - B 3 P 13/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 8.

¹¹¹ BSG v. 21.02.2002 - B 3 P 12/01 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 19.

¹¹² BSG v. 19.02.1998 - B 3 P 3/97 R - BSGE 82, 27, 31 ff.

Umlagern eines pflegebedürftigen Menschen.¹¹³ Bedeutsam ist dies für die Hilfe zur Pflege insoweit, als das Umbetten und ähnliche liege- bzw. sitzbezogene Verrichtungen keine „andere Verrichtung“ i.S.d. § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII darstellen.

dd. Hauswirtschaftliche Versorgung (Absatz 5 Nr. 4)

71 Zur hauswirtschaftlichen Versorgung gehören das Einkaufen, Kochen, Reinigen der Wohnung, Spülen, Wechseln und Waschen der Wäsche und Kleidung sowie das Beheizen. Allgemeiner Maßstab ist, dass es sich um Verrichtungen handeln muss, die für eine angemessene Lebensführung unumgänglich sind.¹¹⁴ Auch hier sind aber pflegespezifische Einschränkungen zu berücksichtigen. Das **Einkaufen** kann nur insoweit berücksichtigt werden, als es Lebens-, Reinigungs- und Körperpflegemittel umfasst, da nur diese den pflegerischen Bereich betreffen. Insoweit beinhaltet es aber auch den Überblick, welche Lebensmittel wo gekauft werden müssen sowie die Kenntnis der Genieß- und Haltbarkeit von Lebensmitteln. Der Einkauf von Büchern etwa und anderen Gegenständen zur Unterhaltung bleibt dagegen außer Betracht. Die hauswirtschaftliche Versorgung meint nur die Durchführung der Verrichtung des Einkaufens, nicht jedoch die Übernahme der Kosten für die Lebens-, Pflegemittel usw. selbst; diese werden durch den jeweils maßgeblichen Grundsicherungsregelsatz abgedeckt.¹¹⁵ Das **Reinigen** der Wohnung ist nur berücksichtigungsfähig, soweit der allgemein übliche Lebensbereich des Hilfebedürftigen betroffen ist, nicht also zwangsläufig die gesamte Wohnung. Beim **Kochen** ist nur der Hilfebedarf des Pflegebedürftigen selbst maßgeblich, nicht derjenige anderer Personen wie etwa der Pflegeperson. Zum Kochen gehört die Zubereitung der Nahrung, auch von Diätkost und Diätgetränken,¹¹⁶ ebenso das Zusammenstellen, Berechnen, Abwiegen und Portionieren, selbst wenn es aufwendig ist. Das **Waschen der Wäsche und Kleidung** umfasst gleichermaßen die gesamte übrige Pflege, insbesondere das Bügeln und Ausbessern der Wäscheteile und Kleidungsstücke. Zum **Beheizen** gehört auch das Beschaffen und Entsorgen des Heizstoffs.

72 Der Hilfebedarf in der hauswirtschaftlichen Versorgung ist im Rahmen des § 61 Abs. 1 **Satz 1** SGB XII **unselbstständiger Bestandteil der Pflege**. Er allein vermag keine Anerkennung erheblicher Pflegebedürftigkeit zu begründen (vgl. zur Berücksichtigungsfähigkeit nach Satz 2 noch Rn. 84). Erforderlich ist vielmehr, dass Hilfebedarf in mindestens zwei Verrichtungen der Grundpflege und nur zusätzlich Hilfebedarf bei der hauswirtschaftlichen Versorgung besteht; nur dann ist die hauswirtschaftliche Versorgung Bestandteil der Pflege. Andererseits ist ein zeitlicher Mindestbedarf für die hauswirtschaftliche Versorgung nicht vorgesehen. § 15 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI und § 64 Abs. 1 SGB XII machen lediglich zur Voraussetzung, dass hauswirtschaftliche Hilfe mehrfach in der Woche benötigt wird. Eine Grenze gesetzt wird in diesen Vorschriften umgekehrt nur für das zeitliche Höchstmaß, mit dem hauswirtschaftliche Versorgung berücksichtigt werden kann.

c. Dauerhaftigkeit des Hilfebedarfs

73 Weitere Voraussetzung der Pflegebedürftigkeit nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist, dass die **Hilfe auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate** benötigt wird. Durch diese Voraussetzung soll die Hilfe zur Pflege von bloßen Krankheitsfällen, die grundsätzlich dem Anwen-

¹¹³ BSG v. 17.05.2000 - B 3 P 20/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 14.

¹¹⁴ *Udsching* in: *Udsching*, § 14 SGB XI Rn. 30.

¹¹⁵ Dies musste das LSG Nordrhein-Westfalen v. 03.09.2008 - L 12 SO 30/07 - juris, klarstellen.

¹¹⁶ BSG v. 19.02.1998 - B 3 P 5/97 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 3; BSG v. 17.06.1999 - B 3 P 10/98 R - SozR 3-3300 und § 15 Nr. 7.

dungsfeld der §§ 47 ff. SGB XII unterfallen, abgegrenzt werden. Allerdings ist Pflegebedürftigkeit im Sinne dieser Vorschrift auch dann zu bejahen, wenn ein Pflegebedarf gegeben ist, die Lebenserwartung aber wohl weniger als sechs Monate betragen wird.¹¹⁷

- 74** Die Dauer der Pflegebedürftigkeit ist **prognostisch** zu beurteilen. Stellt sich später heraus, dass die Pflegebedürftigkeit tatsächlich eine kürzere Zeitspanne angedauert hat als sechs Monate, hat das auf die Rechtmäßigkeit einmal gewährter Leistungen der Hilfe zur Pflege keinen Einfluss mehr.

d. Erheblicher Pflegebedarf

- 75** Der Tatbestand des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist schließlich nur erfüllt, wenn der Hilfebedürftige in **erheblichem oder höherem Maße** der Hilfe bedarf. § 14 Abs. 1 SGB XI, an den sich § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII mit seiner Formulierung anlehnt, verweist für die Definition dieser Richtgröße auf § 15 SGB XI und stellt damit klar, dass der Pflegebedarf ein Ausmaß erreicht haben muss, welches einem der drei in § 15 SGB XI definierten Pflegestufen entspricht. Im SGB XII ist ein entsprechender Verweis zwar nicht enthalten. Die in § 15 Abs. 3 SGB XI genannten Mindestzeiten stimmen jedoch mit den in den Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen über die Abgrenzung der Merkmale der Pflegebedürftigkeit und der Pflegestufen sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit (PfIRi), vgl. dazu Rn. 169, aufgeführten Pflegezeiten überein,¹¹⁸ die wiederum über § 61 Abs. 6 SGB XII entsprechend anzuwenden sind (vgl. dazu noch Rn. 165). Auch für die Erheblichkeit der Pflegebedürftigkeit nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist daher maßgeblich auf das Vorliegen mindestens von Pflegestufe 1 i.S.d. § 15 Abs. 3 SGB XI abzustellen, und mit dem „höheren Maße“ sind die Pflegestufen 2 und 3 gemeint.¹¹⁹ Im Übrigen folgt die Maßgeblichkeit des § 15 Abs. 3 SGB XI auch aus § 64 SGB XII, der die Höhe eines Anspruchs auf Pflegegeld von der jeweiligen Pflegestufe abhängig macht.¹²⁰
- 76** Die Maßstäbe, anhand derer die Zuordnung in die einzelnen Pflegestufen zu erfolgen hat, sind durch § 15 Abs. 1 und Abs. 3 SGB XI sowie entsprechend durch Ziff. 4.1 PfIRi vorgegeben. Danach gilt Folgendes:
- 77** Die Voraussetzungen der **Pflegestufe I** (sog. **erhebliche Pflegebedürftigkeit**) liegen vor, wenn die hilfebedürftige Person in einem oder mehreren Bereichen der Grundpflege wenigstens bei zwei Verrichtungen mindestens einmal täglich der Hilfe bedarf und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfe bei der hauswirtschaftlichen Versorgung in Anspruch nehmen muss. Der tägliche Zeitaufwand muss im Durchschnitt mindestens 90 Minuten betragen, wovon auf die Verrichtungen der Grundpflege **mehr als** 45 Minuten entfallen müssen. Die zeitlichen Voraussetzungen sind in untrennbarem Zusammenhang mit der gesetzlichen Vorgabe mindestens zweier Verrichtungen der Grundpflege zu sehen. Wenn also nur bei Durchführung einer Verrichtung Hilfe in Anspruch

¹¹⁷ So Ziff. 3.2 der PfIRi; vgl. dazu auch *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 14.

¹¹⁸ Vgl. Ziff. 4.1.1 ff PfIRi zu § 17 SGB XI.

¹¹⁹ Vgl. ebenso *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 24; *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 15.

¹²⁰ § 64 Abs. 1-3 SGB XII listet drei Schweregrade von Pflegebedürftigkeit auf, die in ihrer Definition den Pflegestufendefinitionen des § 15 SGB XI entsprechen. Auch hieraus folgt, dass hier vergleichbare Maßstäbe zum SGB XI anzulegen sind – auch wenn die Pflegestufen im SGB XII systemwidrig nur im Zusammenhang mit dem Pflegegeld auftauchen (vgl. dazu *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 64 Rn. 3; vgl. dazu auch noch die Kommentierung zu § 64 SGB XII Rn. 8). Das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit wirkt sich aber unmittelbar auch nur auf die Höhe des Pflegegeldes aus. Denn anders als im SGB XI ist sonst die Leistungshöhe nicht unmittelbar von der Zuordnung in Pflegestufen abhängig; es gilt vielmehr der Bedarfsdeckungsgrundsatz; vgl. hierzu i.E. die Kommentierung zu § 65 SGB XII. Für die Beurteilung der Erheblichkeit sind allerdings, anders als für das SGB XI, auch „andere Verrichtungen“ nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 SGB XII zu berücksichtigen. In diesen Fällen ist die Pflege allein durch die Hilfe zur Pflege sicherzustellen, vgl. dazu noch i.E. die Kommentierung zu § 64 SGB XII Rn. 9.

genommen werden muss, genügt dies selbst dann den Anforderungen der Pflegestufe 1 nicht, wenn insoweit ein Zeitaufwand von mehr als 45 Minuten entsteht.¹²¹ Allerdings wird in einem solchen Fall die Öffnungsklausel des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII relevant (vgl. dazu noch Rn. 80).

78 Pflegebedürftige der **Pflegestufe II** (sog. **Schwerpflegebedürftige**) sind Personen, die im Bereich der grundpflegerischen Verrichtungen mindestens dreimal täglich zu verschiedenen Tageszeiten der Hilfe bedürfen und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfe bei der hauswirtschaftlichen Versorgung in Anspruch nehmen müssen. Der tägliche Zeitaufwand muss im Durchschnitt mindestens drei Stunden betragen, wovon auf die Verrichtungen der Grundpflege mindestens zwei Stunden entfallen müssen.

79 Der **Pflegestufe III** (sog. **Schwerstpflegebedürftigkeit**) sind Personen zuzuordnen, die für die Grundpflege täglich und rund um die Uhr, auch nachts, der Hilfe bedürfen und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfe bei der hauswirtschaftlichen Versorgung in Anspruch nehmen müssen. Hierbei muss der tägliche Zeitaufwand im Durchschnitt mindestens fünf Stunden betragen, wovon auf die Verrichtungen der Grundpflege mindestens vier Stunden entfallen müssen. Das tatbestandliche Erfordernis von Bedarf nach Hilfe rund um die Uhr, auch nachts, ist nach der Rechtsprechung des BSG zu bejahen, wenn der Pflegebedürftige mindestens dreimal täglich zu verschiedenen Uhrzeiten und mindestens einmal nachts (definiert als die Zeitspanne von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr) Hilfe bei Verrichtungen der Grundpflege in Anspruch nehmen muss.¹²²

2. Die Öffnungsklausel des Absatzes 1 Satz 2

80 § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII **erweitert den sozialhilferechtlichen Pflegebegriff**, indem er ihn in dreierlei Hinsicht gegenüber dem Begriff der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI öffnet. Pflegebedürftig i.S.d. SGB XII kann danach auch derjenige sein, der voraussichtlich weniger als sechs Monate gepflegt werden muss (erste Alternative), der einen geringeren Pflegebedarf als denjenigen nach Pflegestufe 1 erreicht (zweite Alternative) sowie derjenige, der Hilfebedarf hinsichtlich anderer Verrichtungen als solcher nach § 61 Abs. 5 SGB XII hat (dritte Alternative). Die drei Öffnungen können **einzeln oder kumulativ** auftreten.¹²³ Mit dieser Öffnung des Tatbestands der Pflegebedürftigkeit wird die Hilfe zur Pflege ihrem Charakter als sozialhilferechtliche Leistung gerecht. Es wird so das Ziel der **umfassenden Bedarfsdeckung** erreicht.¹²⁴

a. Pflegebedarf unter sechs Monaten (Absatz 1 Satz 2 Alternative 1)

81 Nach der ersten Alternative kann auch derjenige, der voraussichtlich weniger als sechs Monate gepflegt werden muss, einen Anspruch auf Hilfe zur Pflege haben. Die zeitliche Verkürzung des Pflegezeitraums erlangt Bedeutung insbesondere dann, wenn nach einer Entlassung aus dem Krankenhaus im häuslichen Bereich ein längerer Pflegebedarf gegeben ist, jedoch noch nicht absehbar ist, ob die Zeit der Pflegebedürftigkeit mindestens sechs Monate anhalten wird, dieser Pflegebedarf aber nicht durch Leistungen der Krankenversicherung bzw. durch Leistungen gem. § 48 SGB XII abgedeckt wird (z.B. weil ein Anspruch der Krankenversicherung nach § 37 Abs. 3 SGB V ausscheidet; vgl. zur Abgrenzung i.E. Rn. 22).

¹²¹ BSG v. 17.06.1999 - B 3 P 10/98 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 7.

¹²² BSG v. 17.05.2000 - B 3 P 20/99 R - SozR 3-3300 § 14 Nr. 14; BSG v. 25.09.2007 - GS 1/06 - BSGE 99, 111, 116.

¹²³ Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen v. 24.08.2005 - L 8 SO 78/05 ER - FEVS 75, 433, 434 ff.; LSG Baden-Württemberg v. 07.03.2006 - L 7 SO 509/06 ER-B - FEVS 58, 93 ff.; LSG Baden-Württemberg v. 15.05.2006 - L 13 AS 1708/06 ER-B - juris.

¹²⁴ In der Literatur wird dieser Tatbestand daher teilweise als der „eigentliche Grundtatbestand der Hilfe zur Pflege“ bezeichnet, so z.B. Baur in: Mergler/Zink, § 61 Rn. 33; Lachwitz in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 23.

b. Geringerer Pflegebedarf (Absatz 1 Satz 2 Alternative 2)

- 82** Die Leistungen nach dem SGB XI erfassen im Regelfall nur Menschen mit erheblichem Pflegebedarf, die also mindestens die Voraussetzungen der Pflegestufe 1 erfüllen.¹²⁵ Nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 SGB XII können Hilfe zur Pflege aber auch Menschen in Anspruch nehmen, die einen geringeren Pflegebedarf haben (sog. „**Pflegestufe Null**“). Allein für das Pflegegeld (§ 64 SGB XII) ist ein erhebliches Maß an Pflegebedürftigkeit erforderlich.¹²⁶
- 83** Grundsätzlich ist jeder messbare Pflegebedarf relevant; eine zeitliche Untergrenze verlangt § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 SGB XII nicht.¹²⁷ Um die Kosten für den Sozialhilfeträger nicht ausufern zu lassen, ist als Mindestnachweis aber erforderlich, dass der geltend gemachte Pflegebedarf für die **Aufrechterhaltung einer menschenwürdigen Lebensführung** benötigt wird, er also ein elementares Bedürfnis für den Betroffenen darstellt.¹²⁸ Dabei genügt jedoch, wenn nur einzelne Verrichtungen des täglichen Lebens betroffen sind, wobei hier nicht nur die Verrichtungen nach Absatz 5 in Betracht kommen, sondern auch andere (vgl. dazu Rn. 85). Zudem muss der Pflegebedarf nicht täglich, sondern kann auch seltener anfallen.
- 84** Problematisch ist, ob auch ein **rein hauswirtschaftlicher Bedarf** unter den erweiterten Pflegebedürftigkeitsbegriff der Sozialhilfe zu fassen sein kann. Diese Frage hat die Instanzgerichte lange Zeit beschäftigt; überwiegend haben sie jedoch den rein hauswirtschaftlichen Bedarf ausreichen lassen.¹²⁹ Als Argument dagegen wurde in der Literatur teilweise angeführt, dass sich anderenfalls Schwierigkeiten bei Abgrenzung der §§ 61 ff. SGB XII vom Anwendungsbereich des § 27 Abs. 3 SGB XII bzw. des § 70 SGB XII ergäben; auch orientiere sich der Pflegebedürftigkeitsbegriff trotz seiner Öffnung in § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII dennoch maßgeblich am Begriff des SGB XI, der wiederum hauswirtschaftliche Versorgung nur einbeziehe, soweit auch ein personenbezogener Bedarf festgestellt sei.¹³⁰ Das BSG hat dies jedoch anders beurteilt. Es hat entschieden, dass die Voraussetzungen des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII auch dann erfüllt sind, wenn (im konkreten Fall: aufgrund eines eingeschränkten Gehvermögens) Hilfe lediglich für gewöhnliche und wiederkehrende Verrichtungen im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung benötigt wird.¹³¹ Es ist daher im SGB XII, anders als im SGB XI, nicht erforderlich, dass neben der hauswirtschaftlichen Versorgung ein Hilfebedarf auch in den Bereichen der Grundpflege im Sinne des § 61 Abs. 5 Nr. 1-3 SGB XII existiert.¹³² Hierdurch entsteht weder eine Überschneidung mit dem Anwendungsbereich

¹²⁵ Diese Regel durchbrochen haben allerdings die §§ 45a ff. SGB XI, eingeführt durch das Pflege-Weiterentwicklungsgesetz mit Wirkung zum 01.07.2008; vgl. dazu Rn. 14.

¹²⁶ Für die Beurteilung der Erheblichkeit sind jedoch, anders als für das SGB XI, auch „andere Verrichtungen“ nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 SGB XII zu berücksichtigen. In diesen Fällen ist die Pflege allein durch die Hilfe zur Pflege sicherzustellen, vgl. dazu noch i.E. die Kommentierung zu § 64 SGB XII Rn. 26.

¹²⁷ Vgl. Hessisches LSG v. 04.07.2006 - L 9 SO 24/06 ER - juris.

¹²⁸ Ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn 31 Rn. 25. Strenger noch *Knopp-Fichtner*, Kommentar zum BSHG, § 68 BSHG Rn. 31, der verlangte, dass die Hilfe zur Erhaltung der physischen Existenz notwendig sei; dieser Maßstab erzeugte allerdings Wertungswidersprüche, da die Vorschriften über die Hilfe zur Pflege auch nicht-existentielle Verrichtungen mitberücksichtigen (vgl. § 65 Abs. 5 SGB XII – Kämmen und Rasieren).

¹²⁹ Vgl. Hessisches LSG v. 04.07.2006 - L 9 SO 24/06 ER; LSG Baden-Württemberg v. 15.05.2006 - L 13 AS 1708/06 ER-B; LSG Berlin-Brandenburg v. 30.03.2006 - L 15 B 45/06 SO ER; SG Stuttgart v. 19.07.2006 - S 11 SO 431/06 - alle zitiert nach juris.

¹³⁰ So *Mrozyński*, SGB 2009, 450, 455.

¹³¹ BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1; bestätigt und fortgeführt durch BSG v. 26.08.2008 - B 8/9b SO 18/07 R - SozR 4-3500 § 18 Nr. 1.

¹³² So zu Recht das BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - juris Rn. 16 - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1.

des § 27 Abs. 3 SGB XII, da dieser fehlende Bedürftigkeit voraussetzt (vgl. dazu genauer Rn. 32), noch mit dem Anwendungsbereich des § 70 SGB XII, der Leistungen zugunsten der Haushaltsangehörigen, nicht der Pflegeperson selbst vorsieht (vgl. dazu genauer Rn. 37).¹³³

c. Pflegebedarf für andere Verrichtungen (Absatz 1 Satz 2 Alternative 3)

- 85** Schließlich sieht § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII in seiner 3. Alternative eine Erweiterung des Hilfebedarfs über das SGB XI hinaus auch im Bereich der berücksichtigungsfähigen Verrichtungen vor. Hilfe zur Pflege ist danach auch solchen kranken oder behinderten Menschen zu leisten, die Hilfe bei „anderen Verrichtungen“ als den Katalogverrichtungen nach § 61 Abs. 5 SGB XII benötigen.
- 86** Im Zuge des 1. SGB XI-Änderungsgesetzes war beabsichtigt worden, diese Erweiterungsvariante – damals noch: des § 68 BSHG – zu streichen.¹³⁴ Auf Veranlassung des Bundesrates wurde sie jedoch nach Anrufung des Vermittlungsausschusses wieder in die Vorschrift aufgenommen.¹³⁵ Erklärtes Ziel des Bundesrates war es gewesen, zu verhindern, dass durch die beabsichtigte Reduzierung der Hilfe zur Pflege auf die nach dem SGB XI maßgeblichen Verrichtungen „das Bedarfsdeckungsprinzip außer Kraft gesetzt“ werde.¹³⁶ Hierin wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Inbezugnahme auch „anderer Verrichtungen“ in § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII eine Öffnungsklausel normiert hat, die durch größtmögliche Offenheit geprägt ist und es dem Sozialhilfeträger ermöglicht, auf höchst unterschiedliche Bedarfssituationen flexibel zu reagieren.¹³⁷ In Betracht kommen also grundsätzlich alle Hilfestellungen für die Bewältigung eines menschlichen Lebensalltags.
- 87** Unter den Begriff der „anderen Verrichtungen“ fallen daher einerseits die Verrichtungen, die **den in § 61 Abs. 5 SGB XII genannten Bereichen zwar grundsätzlich zuzuordnen** sind, dort aber nicht genannt werden und daher nach § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII nicht berücksichtigt werden können. Hierzu gehört z.B. die Monatshygiene bei Frauen, die Bestandteil der Körperpflege ist, ohne jedoch in den Katalogverrichtungen aufgezählt zu sein.¹³⁸ Entsprechendes gilt für die Begleitung bei Fahrten oder Spaziergängen im Bereich der Mobilität sowie beim Einkaufen von Kleidung, Mobiliar oder Ähnlichem als nicht katalogisierte Verrichtung der hauswirtschaftlichen Versorgung. Da § 61 Abs. 5 SGB XII zudem voraussetzt, dass die Verrichtung regelmäßig wiederkehrend ist und also mindestens einmal wöchentlich auftritt (vgl. dazu schon Rn. 54), sind unter „andere Verrichtungen“ auch solche zu fassen, die zwar zu den elementaren Grundbedürfnissen zählen, aber nur in größeren Zeitabständen anfallen.¹³⁹ Dies trifft z.B. auf Fahrten zum Arzt/einer Klinik zu, die etwa nur in monatlichem Rhythmus anzutreten sind.¹⁴⁰

¹³³ BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - juris Rn. 22 - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1.

¹³⁴ Vgl. BT-Drs. 13/4091, S. 21.

¹³⁵ Vgl. BT-Drs. 13/4521, S. 3.

¹³⁶ Vgl. BT-Drs. 13/4521, S. 3.

¹³⁷ So das VG Leipzig v. 14.07.2004 - 2 K 1028/03, zu § 68 Abs. 5 BSHG; vgl. ebenso auch *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn 31.

¹³⁸ Ebenso *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn 35. Vgl. allerdings nochmals die Rspr. des BSG dazu, dass auch etwa Haarewaschen und Nägelschneiden als Verrichtungen im Bereich der Körperpflege zu berücksichtigen sind; vgl. hierzu schon Rn. 58. Ob die Monatshygiene entsprechend zu den Verrichtungen des Grundbedarfs zu zählen ist, hat das BSG bislang offengelassen, vgl. BSG v. 10.02.1998 - B 3 P 7/97 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 1. Es hat in einer späteren Entscheidungen jedoch ausgeführt, dass das Erfordernis der regelmäßig wiederkehrenden Verrichtung einen jedenfalls einmal wöchentlich auftretenden Bedarf verlangt, vgl. BSG v. 29.04.1999 - B 3 P 12/98 R - juris. Damit ist die Monatshygiene jedenfalls aus diesem Grund ein typischer Fall für eine andere Verrichtung.

¹³⁹ So ausdrücklich das BSG v. 14.12.2000 - B 3 P 5/00 R - SozR-3300 § 15 Nr. 11 zu §§ 68 ff. BSHG.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu auch BSG v. 14.12.2000 - B 3 P 5/00 R - SozR-3300 § 15 Nr. 11; vgl. weiter *Udsching* in: Udsching, § 14 SGB XI Rn. 18.

- 88** Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 61 Abs. 1 SGB XII beschränkt sich das Begriffspaar der „anderen Verrichtungen“ jedoch andererseits nicht auf die vier in § 61 Abs. 5 SGB XII aufgeführten Bereiche. Dies folgt im Übrigen auch daraus, dass der Gesetzgeber unspezifisch von „anderen Verrichtungen“ und nicht nur von solchen „im Bereich der Körperpflege, ...“ spricht. Daher gehören auch Tätigkeiten dazu, die der **Sicherung sozialer Bereiche des Lebens** dienen.¹⁴¹ Hierunter fallen vor allem **Kommunikation, Freizeitgestaltung und Bildung**, die nach der Rechtsprechung des BSG von vornherein nicht Bestandteil der gesetzlichen Pflegeversicherung sind,¹⁴² die jedoch für den pflegebedürftigen Menschen – z.B. als tagesstrukturierende Maßnahmen oder zur Verhinderung von dessen Vereinsamung – von essentieller Bedeutung sein können. Durch § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII umfasst sind daher etwa auch die Herstellung von Beziehungen zur Umwelt durch Vermittlung von Anregungen kultureller, sportlicher oder sonstiger freizeitgestaltender Art, aber auch sonstige Hilfen bei der Anleitung und Beschäftigung zu Tätigkeiten, die sich nicht mit den Verrichtungen des § 61 Abs. 5 SGB XII verbinden lassen.¹⁴³ In diesem Zusammenhang wird allerdings die Abgrenzung zu Leistungen der Eingliederungshilfe (§§ 53 ff. SGB XII, § 58 SGB IX) besonders schwierig. Abzustellen ist auch hier auf den vorrangigen Zweck der Leistung (vgl. dazu Rn. 16 ff.).
- 89** Zu „anderen Verrichtungen“ gehören weiter auch Zeiten einer sog. **Anwesenheitsbereitschaft**. Hierunter sind Zeiten innerhalb der Gesamtversorgung von Schwerbehinderten zu verstehen, in denen keine Hilfe bei pflegerischen Verrichtungen im Sinne von § 61 Abs. 5 SGB XII erfolgt, in denen aber gleichwohl die Anwesenheit einer Pflegekraft erforderlich ist, weil jederzeit ein nicht planbarer Hilfebedarf auftreten kann.¹⁴⁴ Anwesenheitsbereitschaft meint damit Tages- und Nachtwachen, aber auch die Beaufsichtigung zur Verhinderung einer Eigen- oder Fremdgefährdung¹⁴⁵ oder aber die Beaufsichtigung der regelmäßigen und ordnungsgemäßen Medikamenteneinnahme.¹⁴⁶ Sie kann insbesondere bei Menschen mit Querschnittslähmung (hier mit Bedarf nach Tages- und Nachtwachen), aber auch bei Menschen mit Demenzerkrankungen oder mit psychischen und geistigen Behinderungen erforderlich werden. Der Sozialhilfeträger kann den versicherten Hilfesuchenden wegen § 13 Abs. 3a SGB XI in diesem Bereich nicht darauf verweisen, er müsse vorrangig Leistungen nach den §§ 45a ff. SGB XI in Anspruch nehmen (vgl. dazu i.E. Rn. 14).
- 90** Die aufgeführten Beispiele zeigen, dass eine abschließende Aufzählung von „anderen Verrichtungen“ im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 SGB XII nicht möglich ist. Denkbar sind sie überall dort, wo Hilfebedarf durch die Pflegeversicherung nicht erfasst wird. Liegt ein solcher Fall vor, ist anhand der **Besonderheiten des Einzelfalls** nachzuprüfen, ob eine berücksichtigungsfähige Verrichtung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt. Da der Sozialhilfeträger gehalten ist, die öffentlichen Mittel sorgsam und d.h. nur im Falle sozialhilferechtl. Notwendigkeit zu verwenden, muss ausschlaggebendes Kriterium hier letztlich sein, ob das Unterlassen der Hilfe für den Hilfesuchenden

¹⁴¹ Vgl. etwa den VGH Kassel v. 08.09.1998 - RdLH 98, 168.

¹⁴² BSG v. 19.02.1998 - B 3 P 11/97 R - juris.

¹⁴³ Ebenso H. Schellhorn in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 35.

¹⁴⁴ Ebenso das VG Karlsruhe v. 26.03.2003 - 2 K 4604/02 - juris.

¹⁴⁵ Ebenso LSG Baden-Württemberg v. 19.03.2012 - L 2 SO 72/12 ER-B.

¹⁴⁶ Vgl. H. Schellhorn in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 35.

zu menschenunwürdigen Bedingungen führte.¹⁴⁷ Unter der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Entscheidungen zum Sozialhilferecht ist die Rechtsprechung in diesem Bereich eher großzügig gewesen,¹⁴⁸ und auch die Sozialgerichte haben sich dieser Tendenz angeschlossen.¹⁴⁹

d. Ermittlung des Vorliegens erweiterter Pflegebedürftigkeit und ihre Auswirkungen auf den Leistungsbezug

- 91** Da die Pflegeversicherung zu den anderen Verrichtungen keine Feststellungen trifft, obliegen die **Ermittlungen in diesem Bereich** allein dem Sozialhilfeträger. Er kann sich hierzu Sachverstand durch Einholung eines Gutachtens und/oder Einschaltung von Ärzten des Gesundheitsamtes bzw. des Sozialen Dienstes verschaffen.¹⁵⁰
- 92** Gelangt der Sozialhilfeträger zu dem Ergebnis, dass ein Hilfebedarf nach § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 SGB XII (kürzere Dauer als sechs Monate) oder auch bei „anderen Verrichtungen“ im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 SGB XII besteht, ist dies nicht nur für die Ermittlung einer Pflegestufe Null relevant, sondern **in allen Stufen der Pflegebedürftigkeit zu beachten**. Pflegebedarf, der nur im Sozialhilferecht relevant wird, kann daher auch zur Einstufung der pflegebedürftigen Person in eine höhere Pflegestufe als durch den Medizinischen Dienst der Pflegekasse ermittelt führen.¹⁵¹ Die Bindungswirkung des § 62 SGB XII (vgl. dazu noch i.E. die Kommentierung zu § 62 SGB XII Rn. 13) ist insoweit eingeschränkt; bei zusätzlichem sozialhilferechtlichem Pflegebedarf kann sich folglich z.B. die Höhe des Pflegegeldes nach § 64 SGB XII verändern. Allerdings ist hier darauf zu achten, dass nach dem Wortlaut des § 64 SGB XII im Rahmen des Pflegegeldes nur solche „anderen Verrichtungen“ berücksichtigt werden können, die den vier in § 61 Abs. 5 SGB XII genannten Bereichen entstammen. Damit ist etwa die Hilfe bei der Zusammenstellung der Ernährung für die Erhöhung des Pflegegeldes berücksichtigungsfähig, die Hilfe bei der Kommunikation dagegen nicht (vgl. dazu noch i.E. die Kommentierung zu § 64 SGB XII Rn. 26). Hilfen bei Verrichtungen wie der Anleitung zur Kommunikation sind demgegenüber ggf. nach § 65 SGB XII (in Form eines kleinen Pflegegeldes oder einer besonderen Pflegekraft; vgl. i.E. die Kommentierung zu § 65 SGB XII Rn. 22 und die Kommentierung zu § 65 SGB XII Rn. 32) Rechnung zu tragen.
- 93** Personen, die von vornherein gar nicht pflegebedürftig im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sind, sondern nur vom erweiterten Pflegebedürftigkeitsbegriff des Satzes 2 erfasst werden (Pflegestufe Null), können nach der Regelung des **§ 61 Abs. 1 Satz 2 HS. 2 SGB XII** Leistungen zur **Hilfe bei Pflege in stationären oder teilstationären Einrichtungen** nur in Anspruch nehmen, wenn dies „nach der Besonderheit des Einzelfalls erforderlich ist“. Nach der gesetzlichen Definition ist das insbesondere dann zu bejahen, wenn ambulante oder teilstationäre Leistungen nicht zumutbar sind oder nicht ausreichen. Mit dieser Regelung wird ein Grundsatz wiederholt, der auch in den allgemeinen Leistungsgrundsätzen – nämlich § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB XII – verankert ist. Anders als dort wird jedoch in § 61 Abs. 1 Satz 2 HS. 2 SGB XII nicht an einem Wunschrecht des Betroffenen angesetzt. Dieser Unterschied lässt darauf schließen, dass der eigentliche Regelungsgehalt des § 61 Abs. 1 Satz 2 HS. 2 SGB XII in einer Einschränkung des Wunsch- und Wahlrechts des § 9 Abs. 2 SGB XII besteht. Hier gilt daher vorrangig ein objektiver Maßstab.

¹⁴⁷ Ebenso *Grube* in: *Grube/Wahrendorf*, § 61 Rn. 30.

¹⁴⁸ Vgl. mit dieser Einschätzung auch *Lachwitz* in: *Fichtner/Wenzel*, § 61 Rn. 34.

¹⁴⁹ Vgl. etwa LSG Baden-Württemberg v. 19.03.2012 - L 2 SO 72/12 ER-B.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu *Lachwitz* in: *Fichtner/Wenzel*, § 61 Rn. 39.

¹⁵¹ Ebenso *Klie* in: *Hauck/Noftz*, § 61 Rn. 5, *Krahmer/Sommer* in: *LPK-SGB XII*, § 61 Rn. 7; *Lachwitz* in: *Fichtner/Wenzel*, § 61 Rn. 40; dieser Auffassung ist zuzustimmen, da anderenfalls eine ungerechtfertigte Benachteiligung von höher einzustufenden Pflegepersonen gegenüber solchen der Pflegestufe Null vorläge; a.A. allerdings *Zeitler*, NDV 1996, 389, 392.

3. Feststellung der Pflegebedürftigkeit (Absatz 4)

- 94 Für die Feststellung des Bestehens und des Ausmaßes von Pflegebedürftigkeit ist der Hilfebedarf der hilfesuchenden Person bei den Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens zu ermitteln und der für die Hilfeleistung erforderliche **Zeitaufwand** minutengenau zu erfassen.¹⁵² Dabei stellt **§ 61 Abs. 4 SGB XII**, der mit § 14 Abs. 3 SGB XI fast wortgleich ist, klar, dass für die Feststellung der Pflegebedürftigkeit nicht nur Hilfeleistungen in Form der Unterstützung oder der teilweisen oder vollständigen Übernahme der Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens zu berücksichtigen sind, sondern auch die **Beaufsichtigung oder Anleitung** bei diesen Verrichtungen. Da sich die Beaufsichtigung von Personen im Rahmen der Hilfe zur Pflege nicht auf die Verrichtungen des § 11 Abs. 4 SGB XI bzw. § 61 Abs. 5 SGB XII beziehen muss, sondern auch andere Verrichtungen in Betracht kommen, kommt der Beaufsichtigung von Hilfebedürftigen in der Sozialhilfe eine erhebliche Bedeutung zu (vgl. dazu auch schon Rn. 89). Insbesondere die aktivierende Pflege, die Beaufsichtigung und Anleitung zu allen Tageszeiten sowie die soziale Betreuung nehmen in der Sozialhilfe insgesamt einen breiten Raum ein.¹⁵³

IV. Inhalt der Hilfe zur Pflege (Absatz 2)

1. Übersicht

- 95 Welche Leistungen als Hilfe zur Pflege in Betracht kommen, ergibt sich aus § 61 Abs. 2 SGB XII. **Satz 1** zählt die **möglichen Leistungen ihrer Art nach** auf. Umfasst sind danach häusliche Pflege, Hilfsmittel, teilstationäre Pflege, Kurzzeitpflege und stationäre Pflege. Dies entspricht wesentlichen Leistungen aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Pflegeversicherung, der in § 28 Abs. 1 SGB XI statuiert ist.¹⁵⁴
- 96 § 61 Abs. 2 **Satz 2** SGB XII verweist für den Inhalt der in Satz 1 aufgezählten Leistungsarten auf die Anwendung bestimmter Vorschriften aus dem Leistungskatalog des SGB XI. Indem dieser Verweis ausdrücklich nur für den **Leistungsinhalt** ausgesprochen ist, wird deutlich, dass die Regelungen des SGB XI über versicherungsrechtliche Leistungsvoraussetzungen (Wartezeiten) ebenso wenig zur Anwendung kommen wie die im SGB XI für die Pflegeversicherung geregelten Beschränkungen der Leistungshöhe.¹⁵⁵ Dies wäre mit dem Bedarfsdeckungsprinzip des Sozialhilferechts auch nicht vereinbar. Für **nicht versicherte** Pflegebedürftige muss der Sozialhilfeträger folglich jeweils die vollen Kosten bis zur Bedarfsdeckung tragen, für **Pflegeversicherte** demgegenüber die Differenz von durch die Pflegekasse übernommenen Leistungen bis zur Bedarfsdeckung. Reichen die von den Pflegekassen anerkannten Maßnahmen schon im Grundsatz nicht aus, um den Pflegebedürfnissen des Hilfeempfängers gerecht zu werden, kommt die Übernahme von Kosten der Hilfe für andere Verrichtungen (**§ 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII**) in Betracht.
- 97 Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung, dass sich der Inhalt der Pflegeleistungen des § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII nach den Regelungen der Pflegeversicherung für die in § 28 Abs. 1 Nr. 1, 5-8 SGB XI aufgeführten Leistungen bestimmt, hat zur Folge, dass die damit in Bezug genommenen **SGB XI-Regelungen zum Bestandteil der Hilfe zur Pflege** geworden sind.¹⁵⁶ Die in § 62 Abs. 2

¹⁵² Vgl. das SG Karlsruhe v. 28.05.2009 - S 4 SO 869/08 - juris.

¹⁵³ So ausdrücklich *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 21; vgl. dazu auch schon Rn. 89.

¹⁵⁴ Dort geregelt in § 28 Abs. 1 Nrn. 1-14 SGB XI.

¹⁵⁵ Ebenso *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 19.

¹⁵⁶ Vgl. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 50; *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 37.

Satz 1 SGB XII genannten Leistungen sind anhand der §§ 36, 40, 41, 42 und 43 SGB XI näher zu bestimmen, und zwar in dem Sinne, dass die in den genannten SGB XI-Regelungen aufgestellten Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen, um einen Rechtsanspruch auf eine der in § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII genannten Leistungsarten gegenüber dem Sozialhilfeträger auszulösen.¹⁵⁷ Für den Verweis auf § 28 Abs. 1 Nr. 5-8 SGB XI bereitet dies im Grundsatz keine Schwierigkeiten. Hinsichtlich der dort genannten Leistungsarten (Hilfsmittel, teilstationäre Pflege, Kurzzeitpflege und stationäre Pflege) hält das SGB XII kein eigenes gesetzliches Regelwerk bereit. Im Bereich der häuslichen Pflege führt der Verweis des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII jedoch zu erheblichen Auslegungsproblemen, da hierfür das SGB XII in seinen §§ 63-65 ein eigenständiges Regelwerk aufstellt. Im Ergebnis ist hier davon auszugehen, dass die Regelungen über die häusliche Pflege in den §§ 63-65 SGB XII gegenüber der Bezugnahme in § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII auf das SGB XI Vorrang haben (vgl. dazu i.E. Rn. 101).

98 Bei der Leistungserbringung gilt laut Verweis in § 61 Abs. 2 Satz 2, letzter HS. SGB XII die Regelung des **§ 28 Abs. 4 SGB XI** entsprechend. Es ist daher darauf zu achten, dass die Pflege auch die Aktivierung des Pflegebedürftigen zum Ziel hat, um vorhandene Fähigkeiten zu erhalten bzw. verlorene zurückzugewinnen,¹⁵⁸ und im Übrigen so zu gestalten ist, dass die Bedürfnisse des Pflegebedürftigen nach Kommunikation berücksichtigt werden, um der Gefahr der Vereinsamung entgegenzuwirken. Für den Bereich der Pflegeversicherung enthält § 28 Abs. 4 SGB XI keine selbständigen Leistungstatbestände; im Bereich der Hilfe zur Pflege können diese Anweisungen jedoch nach Maßgabe des § 61 Abs. 1 Satz 2 HS. 1 SGB XII auch eigenständige Bedeutung haben (vgl. hierzu schon Rn. 88).

99 Für alle Leistungsarten gilt die privilegierte **vereinheitlichte Einkommensgrenze nach § 85 SGB XII** unter Berücksichtigung auch von § 86 SGB XII. Nur soweit der Sozialhilfeträger im stationären Bereich zusätzlich die Kosten der Verpflegung und Unterkunft nach den §§ 27 ff. SGB XII zu decken hat (vgl. dazu Rn. 32), ist Einkommen nach Maßgabe der §§ 82-84 SGB XII anzurechnen.

2. Die Leistungen der Hilfe zur Pflege im Einzelnen

a. Häusliche Pflege

100 Als erste Leistung der Hilfe zur Pflege führt § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII die häusliche Pflege auf. Sie ist gem. §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 61 Satz 1 SGB XII gegenüber den anderen Pflegehilfen grundsätzlich vorrangig.

aa. Inhalt des Begriffs der häuslichen Pflege

101 Was Inhalt der „häuslichen Pflege“ im Sinne des Sozialhilferechts ist, lässt sich nicht ohne Weiteres beantworten. Das BSG hat bislang hierzu noch nicht abschließend entschieden (vgl. dazu noch Rn. 111 f.). Die Verweisungsvorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII legt auch für den Bereich der häuslichen Pflege nahe, dass sich deren Leistungsinhalt nach Maßgabe des SGB XI beurteilt. Dort finden sich Regelungen zur häuslichen Pflege in den §§ 36-40 SGB XI. § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII verweist über § 28 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 SGB XI jedoch allein auf § 36 SGB XI (die sog. „Pflegesachleistung“).¹⁵⁹

¹⁵⁷ So ausdrücklich auch *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 50.

¹⁵⁸ *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 46.

¹⁵⁹ Daneben wird zwar noch auf § 40 SGB XI verwiesen, eine Vorschrift, die sich ebenfalls innerhalb des Kapitels zur häuslichen Pflege befindet. Inhaltlich betrifft diese Regelung jedoch „Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen“. Der Verweis auf § 40 SGB XI dient daher der Konkretisierung der Leistungsart des Hilfsmittels in § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII. Um den Inhalt der „häuslichen Pflege“ auszufüllen, verbleibt über die Verweisungsvorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII allein der Verweis auf die Regelung des § 36 SGB XI.

- 102** In welchem Maße die Regelung des **§ 36 SGB XI zur Pflegesachleistung** allerdings für den Inhalt der häuslichen Pflege in der Sozialhilfe Bedeutung entfalten kann, ist mit Blick auf die §§ 63-65 SGB XII fraglich. In diesen Vorschriften findet sich ein gänzlich eigenständiges Regelwerk zur häuslichen Pflege, das zum Inhalt des § 36 SGB XI teilweise in Widerspruch steht. Während nach § 36 SGB XI **Pflegesachleistungen** gewährt werden und zudem in § 36 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SGB XI bestimmt ist, dass die Pflegeleistungen durch „**geeignete** Pflegekräfte erbracht werden“, enthält § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII eine eigene Regelung zur Durchführung der häuslichen Pflege durch eine Fremdkraft, der als Anspruch auf „Heranziehung einer **besonderen** Pflegekraft“ ausgestaltet ist und zudem durch **Kostenübernahme**, nicht dagegen Sachleistung, erfüllt wird.
- 103** Angesichts dieser Widersprüchlichkeiten hält die herrschende Lehre den Verweis in § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII für „sprachlich missglückt“.¹⁶⁰ Teilweise wird daher eine vom eigentlichen Wortlaut des SGB XII abrückende Lesart des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII vorgeschlagen: „Der Inhalt der Hilfen nach Satz 1 bestimmt sich **für die** in § 28 Abs. 1 Nr. 1, 5 bis 8 SGB XI aufgeführten Leistungen nach den Regelungen der Pflegeversicherung.“¹⁶¹ So verstanden beschränkte sich der Regelungsgehalt des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII auf die sozialhilferechtliche Umsetzung der in Bezug genommenen Leistungsinhalte der Pflegeversicherung; allein diese würden – für die Beschreibung des Leistungsinhalts – den Regelungen des SGB XI unterstellt. Damit trete die Pflegesachleistung nach Maßgabe des § 36 SGB XI neben die Leistungen der §§ 63 ff. SGB XII, und nur für die Pflegesachleistung seien die Vorschriften des SGB XI anwendbar.¹⁶² Wie allerdings das vorgeschlagene Nebeneinander von unterschiedlichen Leistungsansätzen in der Praxis zu handhaben ist, wird nicht aufgeschlüsselt. Im Ergebnis führt ohnehin dieser Interpretationsversuch nicht zu vollständig stimmigen Ergebnissen. Denn soweit auf die Leistungen in § 28 Abs. 1 Nr. 5-8 SGB XI verwiesen wird, bedarf es einer solchen sprachlichen Verrenkung grundsätzlich nicht. Problematisch ist im Wesentlichen der Verweis auf § 36 SGB XI, vgl. allerdings auch Rn. 138 zum Inhalt des Einrichtungsbegriffs.
- 104** Die richtige Lösung hat von den **Besonderheiten der §§ 63-66 SGB XII** auszugehen. Diese Vorschriften enthalten ein in sich vollständiges Regelwerk zur häuslichen Pflege in der Sozialhilfe. § 63 Satz 1 SGB XII bestimmt einen Vorrang der häuslichen vor (teil-)stationären Pflege,¹⁶³ wobei die häusliche Pflege nicht etwa durch ambulante Pflegedienste, sondern vorrangig unvergütet durch Privatpersonen aus dem Umfeld der pflegebedürftigen Person sicherzustellen ist. § 63 Satz 2 SGB XII enthält für den Inhalt der häuslichen Pflege eine eigene Verweisungsvorschrift und macht hierdurch deutlich, dass bei der konkreten Ausgestaltung der häuslichen Pflege in erster Linie auf die §§ 64-66 SGB XII abzustellen ist – § 36 SGB XI wird demgegenüber nicht in Bezug genommen.¹⁶⁴ In den §§ 64 und 65 SGB XII sind Regelungen über konkrete Bestandteile der häuslichen Pflege enthalten, die gerade den in § 63 Satz 1 SGB XII formulierten Ansatz der häuslichen Pflege durch Privatpersonen realisieren sollen. § 64 SGB XI enthält eine eigene Vor-

¹⁶⁰ Ebenso *von Renesse* in: Jahn/Jung, § 61 Rn. 25; *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 19; i.E. so auch *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 51 ff. Obwohl schon § 68 BSHG eine entsprechende Verweisungsvorschrift enthielt, hatte sich die Rechtsprechung zu dieser Frage bislang noch nicht zu verhalten. Vgl. hierzu i.Ü. auch *Heinz*, ZfF 2008, 172, der den Verweis nochmals anders versteht und ausführt, die häusliche Pflege umfasse alle Leistungen, die in § 36 SGB XI als Sachleistungen vorgesehen seien. Diese Formulierung legt nahe, dass im SGB XII die dortigen Leistungen – aber nicht als Sachleistungen – zu erbringen sind.

¹⁶¹ So auch *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 19.

¹⁶² So insbesondere *von Renesse* in: Jahn/Jung, § 61 Rn. 25.

¹⁶³ Vgl. zu den Einschränkungen dieses Grundsatzes durch die §§ 9 Abs. 2, 13 Abs. 1 SGB XII die Kommentierung zu § 63 SGB XII Rn. 6.

¹⁶⁴ Ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 63 Rn. 4.

schrift über die Gewährung von Pflegegeld, und § 65 Abs. 1 und 2 SGB XII beinhaltet verschiedene Ansprüche zur Schadloshaltung der pflegebereiten Privatperson. Für den Fall, dass sich eine unbezahlte Pflegekraft nicht organisieren lässt, sieht § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII einen Anspruch auf Kostenübernahme für eine besondere Pflegekraft vor. § 66 SGB XII statuiert eine eigene Konkurrenz-Regelung, die zwar die Leistungen der häuslichen Pflege, wie sie im SGB XII geregelt sind, untereinander abstimmt und zudem die von der Pflegekasse nach Maßgabe der §§ 36 ff. SGB XI gewährten Leistungen mit weitergehenden Ansprüchen der Sozialhilfe in Abstimmung bringt; nicht jedoch werden dort die Leistungsinhalte der häuslichen Pflege nach den §§ 63 ff. SGB XI mit der Pflegesachleistung des § 36 SGB XI als Leistung der Sozialhilfe abgestimmt.

105 Mit Blick auf dieses in sich geschlossene Regelwerk ist der Ausgangspunkt von *Schellhorn*, wonach die besonderen **Regelungen der §§ 63 ff. SGB XII** gegenüber der Bezugnahme in § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII „den **Vorrang** haben“, überzeugender.¹⁶⁵ Die Inhalte des § 36 SGB XI kommen also als Maßstab für die häusliche Pflege nur dort zum Tragen, wo sie nicht von den spezialgesetzlichen Regelungen der §§ 63 ff. SGB XII verdrängt werden. Damit bietet sich folgende Lesart des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII an: „Der Inhalt der Leistungen nach Satz 1 bestimmt sich nach den Regelungen der Pflegeversicherung für die in § 28 Abs. 1 Nr. 1, 5-8 [SGB XI] aufgeführten Leistungen, soweit die §§ 61 ff. SGB XII keine spezialgesetzlichen Regelungen hierzu enthalten.“ Dieses Normverständnis lässt sich mit dem Wortlaut der Vorschrift noch vereinbaren und erscheint vor dem Hintergrund der aufgezeigten systematischen Erwägungen das einzig Richtige.

106 Die **Bedeutung des Verweises** auf § 36 SGB XI als Maßstab für den Inhalt der häuslichen Pflege in der Sozialhilfe ist damit **im Ergebnis** freilich eher **gering**. Hier gilt im Einzelnen Folgendes: § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB XI regelt die häusliche Pflege für die soziale Pflegeversicherung (soweit nicht Pflegegeld in Anspruch genommen wird) als Pflegesachleistung. Diese Vorschrift kann zwar für die Sozialhilfe nicht in entsprechender Weise vorgeben, dass Ausgangspunkt der häuslichen Pflege die Pflegesachleistung sein soll. Dem steht § 63 Satz 1 SGB XII entgegen.¹⁶⁶ Vorrangig ist die häusliche Pflege daher privat zu organisieren. Wohl aber lässt sich die Vorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB XI so in die §§ 63 ff. SGB XII integrieren, dass mit ihr dem Sozialhilfeträger die zusätzliche Möglichkeit eröffnet wird, die Pflege durch eine Fremdperson – soweit eine solche nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII erfolgen muss – nicht nur in Form der Kostenübernahme durchzuführen, sondern auch als **echte Sachleistung** zu erbringen. Insoweit ist z.B. denkbar, dass der Sozialhilfeträger eine eigene, bei ihm beschäftigte Pflegekraft als „besondere Pflegekraft“ im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII zur Verfügung stellt oder aber eine solche unmittelbar beauftragt und bezahlt.¹⁶⁷ Diese zusätzliche Möglichkeit setzt sich zu den Grundsätzen der §§ 63 ff. SGB XII nicht in Widerspruch, da sie das dortige Prioritätengefüge nicht verschiebt, sondern lediglich die Form der Leistungserbringung um eine weitere Möglichkeit ergänzt. Allerdings wird die Möglichkeit der Übernahme einer besonderen Pflegekraft als Sachleistung auch schon aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 65 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 SGB XII, nämlich der Begrifflichkeit des „Übernehmens“ deutlich (vgl. dazu die Kommentierung zu § 65 SGB XII Rn. 52). Letztlich kommt damit dem Verweis auf § 36 SGB XI nur eine diese Auslegung unterstützende Funktion zu.

¹⁶⁵ H. Schellhorn in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 39.

¹⁶⁶ So auch Lachwitz in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 55, der auf das Hierarchiegefüge des § 63 Satz 1 SGB XII gegenüber § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII verweist.

¹⁶⁷ Ebenso Baur in: Mergler/Zink, § 65 Rn. 22.

- 107** Für die Interpretation des Begriffes der „**besonderen Pflegekraft**“ im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII vermag § 36 SGB XI wiederum keine konkreten Maßstäbe vorzugeben. **§ 36 Abs. 1 Satz 3 SGB XI** bestimmt für die Pflegesachleistung des SGB XI, dass diese nur durch **geeignete** Pflegekräfte erbracht werden kann, die entweder von der Pflegekasse oder bei ambulanten Pflegeeinrichtungen, mit denen die Pflegekasse einen Versorgungsvertrag abgeschlossen hat, angestellt sind. Daneben können auch Einzelpersonen häusliche Pflege als Sachleistung erbringen, allerdings ebenfalls nur, soweit diese mit der Pflegekasse einen Versorgungsvertrag (§ 77 Abs. 1 SGB XI) abgeschlossen haben (§ 36 Abs. 1 Satz 4 SGB XI). Aus diesen Vorschriften lässt sich indes kein Maßstab für die richtige Interpretation des Begriffes der „besonderen Pflegekraft“ gem. § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII gewinnen. Dies ließe sich mit dem Regelwerk der §§ 63 ff. SGB XII nicht vereinbaren.¹⁶⁸ Dagegen spricht vor allem die Regelung des § 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII. Ihr zufolge kann ein Pflegebedürftiger seine Pflege auch durch von ihm selbst beschäftigte besondere Pflegekräfte im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII sicherstellen und dann gegenüber dem Träger der Sozialhilfe die Erstattung der Kosten nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII verlangen (sog. Arbeitgebermodell; vgl. dazu noch i.E. die Kommentierung zu § 66 SGB XII Rn. 46). Demgegenüber dürfen Pflegepersonen im Sinne des § 36 SGB XI gerade keinen Vertrag mit der zu pflegenden Person eingehen (vgl. § 77 Abs. 1 Satz 3 SGB XI). § 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII verlöre seinen Sinn, wenn unter die „besondere Pflegekraft“ nur Personen zu subsumieren wären, die das Arbeitgebermodell gar nicht eingehen dürften.¹⁶⁹ Die besondere Pflegekraft im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII **kann** daher, **muss** jedoch nicht „geeignete Pflegekraft“ im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 3 oder 4 SGB XI sein.¹⁷⁰ In Betracht kommen folglich auch solche Personen, die nicht nach Maßgabe des § 36 Abs. 1 Satz 3 oder 4 SGB XI unter Vertrag genommen sind (vgl. dazu noch i.E. die Kommentierung zu § 65 SGB XII).
- 108** In die häusliche Pflege der Sozialhilfe einbezogen werden kann schließlich noch die Regelung des **§ 36 Abs. 1 Satz 2 SGB XI**. Danach sind Leistungen der häuslichen Pflege auch dann zulässig, wenn der Pflegebedürftige nicht in seinem eigenen Haushalt gepflegt wird. Da jedoch § 63 Satz 3 SGB XII eine vergleichbare Regelung enthält, kommt § 36 Abs. 1 Satz 2 SGB XII keine eigenständige Bedeutung zu.
- 109** **§ 36 Abs. 2 und 3 SGB XI** enthält Vorschriften über eine Begrenzung der Pflegesachleistungen der Höhe nach. Auf sie bezieht sich § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII schon deshalb nicht, weil die Regelung lediglich auf Leistungsinhalt, nicht -umfang verweist (vgl. dazu schon Rn. 96).
- 110** Letztlich beschränkt sich damit die Bedeutung des Verweises in § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII hinsichtlich der Regelung des § 36 SGB XI auf eine Klarstellung, dass die besondere **Pflegekraft im Sinne des § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII auch als Sachleistung durch den Sozialhilfeträger** erbracht werden kann. Anderes ergibt sich im Übrigen auch aus der – bislang nur vereinzelt hiermit befassten – **Rechtsprechung** nicht. Soweit diese überhaupt die Verweisungsvorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII (bzw. früher: des § 68 Abs. 2 Satz 2 BSHG) thematisiert, ist auch ihr nur zu entnehmen, dass die besondere Pflegekraft nach § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII über § 36 Abs. 1 SGB XI auch als Pflegesachleistung erbracht werden kann.¹⁷¹ In den meisten Fällen haben die

¹⁶⁸ So wohl die ganz h.L.; vgl. insbes. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 53 ff.; *Baur* in: Mergler/Zink, § 65 Rn. 22; *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 65 Rn. 13.

¹⁶⁹ Ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 54.

¹⁷⁰ Vgl. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 53 ff.; *von Renesse* in: Jahn/Jung, § 61 Rn. 26.

¹⁷¹ So z.B. das LSG Berlin-Brandenburg v. 08.10.2009 - L 15 SO 267/08 - juris Rn. 53; vgl. auch das OVG Niedersachsen v. 08.07.1997 - 4 M 2314/97 - juris.

Gerichte und insbesondere auch das BSG jedoch von vornherein im Rahmen der Hilfe zur Pflege nur die §§ 63 ff. SGB XII geprüft, ohne überhaupt die Verweisungsvorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII zu berücksichtigen.¹⁷²

- 111** Nach der aktuellen **Rechtsprechung des BSG**¹⁷³ kommt ein Rückgriff auf § 36 SGB XI für den Bereich der **häuslichen Pflege im Arbeitgebermodell** angesichts der in den §§ 63 ff. SGB XII enthaltenen ausdifferenzierten und vollständigen Regelungen zu den Leistungsvoraussetzungen und dem Leistungsumfang von vornherein gar nicht in Betracht. Dieses Verständnis von § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII folge auch aus der in der Privilegierung des von § 66 Abs. 4 Satz 2 SGB XII vorausgesetzten Arbeitgebermodells in der Sozialhilfe gegenüber dem SGB XI.
- 112** Die weiteren Ausführungen des BSG, wonach durch die Verweisungsvorschrift zum Ausdruck gebracht werden könnte, dass (nur) dort, wo das SGB XII keine besonderen Regelungen zu den Leistungen der Hilfe zur Pflege enthalte, auf das SGB XI zurückzugreifen sei, könnten darauf hindeuten, dass sich das BSG im Übrigen der hier vertretenen Auffassung anschließen wird.¹⁷⁴

bb. Überblick über die daraus resultierenden Inhalte der häuslichen Pflege

- 113** Die häusliche Pflege läuft im Rahmen der Sozialhilfe daher im Überblick auf folgende Leistungsansprüche hinaus (für die Leistungsinhalte i.E. wird auf die Kommentierung zu § 63 SGB XII ff. verwiesen):
- 114 § 65 Abs. 1 Satz 1 SGB XII** sieht einen **Aufwendungsersatz** (Halbsatz 1) bzw. die Bezahlung von **Beihilfen** (Halbsatz 2) vor. Mit dieser Regelung wird an § 63 SGB XII angeknüpft, der dem Sozialhilfeträger aufgibt, zunächst auf eine Übernahme der häuslichen Pflege durch nahe stehende und daher grundsätzlich unbezahlte Pflegepersonen hinzuwirken. Lässt sich eine solche Pflegeperson finden, stellt § 65 Abs. 1 Satz 1 SGB XII dann die finanzielle Schadloshaltung derselben sicher.
- 115** Neben diesen finanziellen Ausgleichsleistungen wird die private Pflegeperson auch noch anderweitig unterstützt: **§ 65 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 SGB XII** sieht die Bezahlung von **Beiträgen für eine angemessenen Alterssicherung** der Pflegeperson vor. Durch **§ 65 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 SGB XII** ist bei Bedarf auch eine **Beratung der Pflegeperson** gewährleistet.
- 116 § 65 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 SGB XII** gelangt zur Anwendung, wenn eine unentgeltliche Pflegekraft nicht zur Verfügung steht. Diese Vorschrift sieht die **Erstattung der angemessenen Kosten einer besonderen Pflegekraft** vor und gewährleistet damit die Beauftragung einer fremden Pflegeperson, die entweder durch den Sozialhilfeträger („Pflegesachleistung“ im Sinne von § 36 SGB XI, vgl. dazu Rn. 101 ff.) oder aber durch die zu pflegende Person selbst (Kostenübernahme durch „Kostenerstattung“) erfolgen kann. Die „besondere Pflegekraft“ kann zum einen neben einer unbezahlten Pflegeperson – entweder dauerhaft zur Übernahme bestimmter Aufgaben oder nur zeitweilig zu deren vorübergehender Entlastung –, zum anderen aber auch gänzlich an ihrer Stelle eingesetzt werden, wenn sich die Möglichkeit einer kostenfreien Pflege gar nicht ergibt. Sie muss nicht bei den Pflegekassen unter Vertrag stehen.
- 117** Schließlich sieht **§ 64 SGB XII** die Bezahlung eines **Pflegegeldes** für Pflegebedürftige der Pflegestufen I-III vor.

¹⁷² Vgl. hier insbesondere die Entscheidungen des BSG zur häuslichen Pflege, BSG v. 26.08.2008 - B 8/9b SO 18/07 R - SozR 4-3500 § 18 Nr. 1, sowie BSG v. 11.12.2007 - B 8/9b SO 12/06 R - SozR 4-3500 § 21 Nr. 1, in welchen sich das BSG mit den Vorschriften der Hilfe zur Pflege im häuslichen Umfeld zu befassen hatte, in beiden Fällen jedoch unmittelbar den Einstieg in die Vorschriften der §§ 63 ff. SGB XII gewählt hat, ohne die Verweisungsvorschrift zu berücksichtigen. Dabei hat es den Begriff der besonderen Pflegekraft entsprechend der Definition von *Schellhorn* ausgelegt – ohne also § 36 Abs. 1 Satz 3 oder 4 SGB XI eine Bedeutung beizumessen.

¹⁷³ BSG v. 28.02.2013 - B 8 SO 1/12 R.

¹⁷⁴ BSG v. 28.02.2013 - B 8 SO 1/12 R.

118 In welchem Verhältnis die einzelnen Leistungen der häuslichen Pflege zueinander stehen, wird durch die Leistungskonkurrenz-Vorschrift des **§ 66 SGB XII** bestimmt.

b. Hilfsmittel

aa. Allgemeines

119 Anders als für die häusliche Pflege stellt das SGB XII für die Gewährung von **Hilfsmitteln** kein eigenes Regelwerk zur Verfügung. Der Inhalt dieser Leistungsart bestimmt sich daher über die Verweisungsvorschrift des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII maßgeblich nach dem SGB XI und hier nach § 28 Abs. 1 Nr. 5 SGB XI, der insoweit „Hilfsmittel und technische Hilfen“ gemäß dem mit Wirkung v. 30.10.2012 neu gefassten § 40 SGB XI in Bezug nimmt.

120 Die Hilfsmittel der Hilfe zur Pflege sind gegenüber allen anderen Rechtsansprüchen auf Hilfsmittel (d.h. insbesondere nach Maßgabe der gesetzlichen Kranken-, der gesetzlichen Unfall- und der sozialen Pflegeversicherung sowie des Bundesversorgungsgesetzes) **nachrangig**.¹⁷⁵

121 Da die Regelung des § 40 SGB XI dem Titel „Leistungen bei häuslicher Pflege“ unterstellt ist, können Pflegehilfsmittel – auch als Leistungen der Hilfe zur Pflege – **nur bei häuslicher Pflege** gewährt werden.¹⁷⁶ Hilfsmittel, die von pflegebedürftigen Heimbewohnern benötigt werden, sind entweder vom Heimträger vorzuhalten oder fallen in die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 33 SGB V) bzw. sind Bestandteil der Hilfe zur Gesundheit (§ 48 SGB XII). Dem Inhalt des § 40 SGB XI nach sind Hilfsmittel als Leistungen der Hilfe zur Pflege **„Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen“**.

bb. Pflegehilfsmittel

122 Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 SGB XI sind unter **Pflegehilfsmitteln** alle Produkte zu verstehen, die „zur Erleichterung der Pflege oder zur Linderung der Beschwerden des Pflegebedürftigen beitragen oder ihm eine selbständigere Lebensführung ermöglichen“. Bei der Prüfung, ob es sich um ein Pflegehilfsmittel handelt, ist in erster Linie das Pflegehilfsmittelverzeichnis (§ 78 SGB XI) heranzuziehen, das am 14.03.1996 erstmals von den Spitzenverbänden der Pflegekassen verabschiedet wurde¹⁷⁷ und seither fortgeschrieben wird. Es enthält Produkte, die generell nach ihrer Konstruktion, Ausstattung, Funktion und Zweckbestimmung die Pflege erleichtern, Beschwerden lindern bzw. eine selbständigere Lebensführung ermöglichen. Schon in der sozialen Pflegeversicherung ist Anspruchsvoraussetzung jedoch nicht, dass das Pflegehilfsmittel im Pflegehilfsmittelverzeichnis erfasst ist. Die Hilfsmittelverzeichnisse der sozialen Pflege- und der sozialen Krankenversicherung stellen lediglich Auslegungs- und Orientierungshilfen dar.¹⁷⁸ Sie verkörpern, anders als in der PKV und PPV, keine abschließende, die Leistungspflicht der Kranken- und Pflegekassen i.S. einer

¹⁷⁵ Vgl. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 59.

¹⁷⁶ Ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 64; *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 41. Vgl. im Übrigen auch das BSG, das anlässlich einer Klage auf Bezahlung eines Rollstuhls durch die gesetzliche Krankenkasse den Grundsatz aufgestellt hat, dass Pflegekassen nur für die Versorgung der Versicherten mit Rollstühlen im häuslichen Bereich zuständig seien, BSG v. 10.02.2000 - B 3 KR 26/99 R - BSGE 85, 287 ff. Später hat es an diesem Grundsatz zwar festgehalten, ihn jedoch in einer komplizierten Kasuistik teilweise wieder eingeschränkt, insbesondere mit der Begründung, die Heimsphäre sei nicht im räumlichen Sinne zu verstehen; vgl. hierzu BSG v. 28.05.2003 - B 3 KR 30/02 R - SozR 4-2500 § 33 Nr. 4. Vgl. im Übrigen zum Nachranggrundsatz in der Hilfe zur Pflege nach der Rechtsprechung des BSG zu § 2 Abs. 1 SGB XII Rn. 39.

¹⁷⁷ Veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 155a vom 20.08.1996.

¹⁷⁸ BSG v. 15.11.2007 - B 3 A 1/07 R - juris Rn. 20 m.w.N.; vgl. auch *Behrend* in: jurisPK-SGB XI, § 40 Rn. 26.

„Positivistische“ beschränkende Regelung. Erst recht ist dieses Pflegehilfsmittelverzeichnis für den Träger der Sozialhilfe weder bindend noch abschließend.¹⁷⁹ Zu übernehmen ist daher der tatsächliche Bedarf.¹⁸⁰

123 Als **Beispiele** typischer Pflegehilfsmittel im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 SGB XI lassen sich Hebe- und Stützvorrichtungen insbesondere am Bett bzw. im Bad und an der Toilette, zudem Fortbewegungshilfen wie Gehböcke, Rollatoren und Rollstühle, ebenso Zimmerinventar wie z.B. Zimmertoiletten, Urinflaschen oder Bettpfannen, außerdem am Körper zu tragende Produkte wie Bruchbänder, Prothesen, Stützkorsetts u.Ä. und schließlich zum Verbrauch bestimmte Gegenstände (vgl. § 40 Abs. 2 SGB XI) wie Desinfektionsmittel, Einmalhandschuhe, Windeln und Bettschutzeinlagen benennen.¹⁸¹ Aus § 40 Abs. 3 SGB XI folgt, dass zu den Pflegehilfsmitteln ausdrücklich auch technische Hilfsmittel zählen. Der Gesetzgeber hat insoweit beispielhaft auf Hausnotrufanlagen verwiesen.¹⁸²

124 Abzugrenzen sind die Pflegehilfsmittel vor allem von den **Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens**, wozu die Rechtsprechung beispielsweise einen elektrisch verstellbaren Stuhl rechnet.¹⁸³ Entsprechend können elektrische Gebrauchsmittel wie Dosenöffner oder Elektromesser oder aber Kissen und Decken nicht als Pflegehilfsmittel gewährt werden. Entscheidend ist insoweit, ob es sich um einen Gegenstand handelt, der nur für Kranke und Behinderte hergestellt wird.¹⁸⁴ Daneben hat das BSG eine Abgrenzung gegenüber **beruflich bedingten Gegenständen** vorgenommen. So hat es die Übernahme eines schwenkbaren Autositzes, der durch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit des Pflegebedürftigen veranlasst war, als Pflegehilfsmittel abgelehnt mit der Begründung, der Autositz werde in einem Lebensbereich eingesetzt, der nicht in die Risikosphäre der Pflegeversicherung falle.¹⁸⁵ Entsprechend ist für die Hilfe zur Pflege zu argumentieren: Ein beruflich bedingter Hilfsmiteleinsatz wäre hier durch den Sozialhilfeträger nicht als Hilfe zur Pflege, sondern etwa im Rahmen der Eingliederungshilfe zu übernehmen.

125 Der Verweis des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII auf den Inhalt der Leistungsart der Pflegehilfsmittel umfasst auch die Regelung des **§ 40 Abs. 3 Sätze 1-3 SGB XI**. Nach Satz 1 sollen technische Hilfsmittel in allen geeigneten Fällen vorrangig leihweise überlassen werden. Satz 2 erlaubt es, die Bewilligung eines Pflegehilfsmittels von der Anpassung an die konkrete Person oder aber von einer Einweisung derselben oder der Hilfsperson in den richtigen Gebrauch des Pflegemittels abhängig zu machen. Satz 3 stellt klar, dass der Anspruch auf Bewilligung eines Hilfsmittels auch die notwendige Änderung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung sowie die Ausbildung zu ihrem Gebrauch umfasst.

126 Demgegenüber enthalten sowohl **§ 40 Abs. 2 SGB XI**, der die Aufwendungen der Pflegekasse für zum Verbrauch bestimmte Hilfsmittel auf einen Betrag von 31 € monatlich begrenzt, als auch die Regelungen in **§ 40 Abs. 3 Sätze 4-7 SGB XI**, die unter bestimmten Voraussetzungen eine

¹⁷⁹ So das BSG v. 11.04.2002 - B 3 P 10/01 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 9; vgl. zustimmend z.B. auch *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 § Rn. 13.

¹⁸⁰ So auch *Heinz*, ZfF 2008, 172, 177.

¹⁸¹ Vgl. insoweit etwa die Aufzählungen bei *Baur* in: *Mergler/Zink*, § 61 Rn. 58 ff.; *H. Schellhorn* in: *Schellhorn/Schellhorn/Hohm*, SGB XII, § 61 Rn. 12.

¹⁸² Vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 113.

¹⁸³ So das BSG v. 22.08.2001 - B 3 P 13/00 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 7.

¹⁸⁴ Vgl. das BSG v. 12.09.2008 - B 3 KR 11/08 R - juris Rn. 15 (zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen) zur entsprechenden Abgrenzung von Hilfsmitteln nach § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V von den Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens.

¹⁸⁵ Vgl. das Urteil des BSG v. 11.04.2002 - B 3 P 10/01 - SozR 3-3300 § 40 Nr. 9.

Zuzahlungsverpflichtung für den Pflegebedürftigen statuieren, Regelungen zur Leistungshöhe, nicht zum Leistungsinhalt, die daher in der Hilfe zur Pflege nicht anwendbar sind.¹⁸⁶ Hier gelten vielmehr die §§ 85 ff. SGB XII (vgl. dazu schon Rn. 96).

cc. Zuschüsse für Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes

- 127** Von der Verweisung des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII sind auch die Hilfen im Sinne des **§ 40 Abs. 4 SGB XI** umfasst. Es zählen daher auch „**Maßnahmen zur Verbesserung des individuellen Wohnumfeldes**“ des Pflegebedürftigen zu den Leistungen der Hilfe zur Pflege. Was darunter zu verstehen ist, unterliegt als unbestimmter Rechtsbegriff der vollen gerichtlichen Überprüfung.¹⁸⁷ Maßstab ist ein üblicher und durchschnittlicher Wohnungsstandard; dies ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 4 Abs. 3, 29 Abs. 1 SGB XI. Nicht bezuschussungsfähig sind daher überdurchschnittliche Sonderausstattungen wie elektrisch betriebene Rollläden¹⁸⁸ oder die Errichtung eines Freisitzes im Garten.¹⁸⁹ In Betracht kommen dagegen z.B. der behindertengerechte Umbau des Bades oder der Küche, der Einbau eines Treppenliftes, der Einbau eines Aufzugs,¹⁹⁰ die Verbreiterung von Türen und der Einbau von Fenstern mit niedrigen Fenstergriffen zur Anpassung an einen Rollstuhl,¹⁹¹ der Einbau einer Gegensprechanlage mit Türöffner bei Bettlägerigkeit der zu pflegenden Person¹⁹² sowie der Einbau von Sicherheitstüren bei Pflege eines Demenzkranken, um dessen unkontrolliertes Verlassen der Wohnung zu verhindern.¹⁹³ Außerdem hat das BSG klargestellt, dass nicht nur solche Maßnahmen wohnumfeldverbessernd sind, die unmittelbar im häuslichen Bereich erforderlich werden, sondern auch Maßnahmen zum Verlassen der Wohnung, wenn dadurch elementare Grundbedürfnisse (Einkäufe tätigen u.Ä.) befriedigt werden.¹⁹⁴
- 128** Jede Maßnahme kann nur **einmal** bezuschusst werden. Dabei ist „**eine** Maßnahme“ auch eine größere Umbauaktion unter Einschluss mehrerer Umbauposten (Bad, Küche etc.). Die Gewährung eines weiteren Zuschusses kommt nur in Betracht bei objektiver Veränderung der Pflegesituation mit nachvollziehbar entstandenem neuem Pflegebedarf oder wenn ein Umzug erforderlich wird (und zwar selbst dann, wenn auch die frühere Wohnung schon bezuschusst wurde).¹⁹⁵ Die Zusammenfassung mehrerer Einzelmaßnahmen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verbesserung des individuellen Umfeldes eines Pflegebedürftigen notwendig sind, zu einer Gesamtmaßnahme im Rechtssinne gilt auch dann, wenn die Einzelmaßnahmen nicht in einem Auftrag gemeinsam vergeben oder zeitlich nacheinander durchgeführt werden.¹⁹⁶

¹⁸⁶ So für § 40 Abs. 2 SGB XI die ganz einhellige Meinung; vgl. etwa *Klie* in: Hauck/Noftz, § 61 Rn. 11; *Frieser* in: Linhart/Adolph § 61 Rn. 33; für § 40 Abs. 3 Satz 4 SGB XI sieht *Schellhorn* dies allerdings anders, vgl. *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 41.

¹⁸⁷ Vgl. BSG v. 13.05.2004 - B 3 P 5/03 R - SozR 4-3300 § 40 Nr. 1; BSG v. 03.11.1999 - B 3 P 3/99 - SozR 3-3300 § 40 Nr. 1.

¹⁸⁸ BSG v. 03.11.1999 - B 3 P 3/99 - SozR 3-3300 § 40 Nr. 1.

¹⁸⁹ BSG v. 26.04.2001 - B 3 P 15/00 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 4.

¹⁹⁰ Vgl. BSG v. 13.05.2004 - B 3 P 5/03 R - SozR 4-3300 § 40 Nr. 1.

¹⁹¹ BSG v. 26.04.2001 - B 3 P 24/00 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 5.

¹⁹² BSG v. 28.06.2001 - B 3 P 3/00 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 6.

¹⁹³ Vgl. BSG v. 30.10.2001 - B 3 P 3/01 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 8.

¹⁹⁴ BSG v. 13.05.2004 - B 3 P 5/03 R - SozR 4-3300 § 40 Nr. 1.

¹⁹⁵ BSG v. 19.04.2007 - B 3 P 8/06 R - SozR 4-3300 § 40 Nr. 4.

¹⁹⁶ BSG v. 17.07.2008 - B 3 P 12/07 R - SozR 4-3300 § 40 Nr. 9.

129 Liegen die Voraussetzungen für eine Maßnahme im Sinne des § 40 Abs. 4 SGB XI vor, kommt eine Antragstellung auch nach Durchführung der Maßnahme in Betracht.¹⁹⁷ Die in § 40 Abs. 4 Satz 3 SGB XI vorgesehene Begrenzung von Zuschüssen durch die Pflegeversicherung gilt als Regelung über den Umfang der Leistung nicht; vielmehr sind auch hier die §§ 85 ff. SGB XII zu beachten (vgl. dazu schon Rn. 96).

c. Teilstationäre Pflege

130 § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII verweist weiter über § 28 Abs. 1 Nr. 6 SGB XI auf die Vorschrift des § 41 SGB XI. Danach haben Pflegebedürftige der Pflegestufen I-III einen Anspruch auf **teilstationäre Pflege** in Einrichtungen der Tages- und Nachtpflege, wenn häusliche Pflege nicht in ausreichendem Umfang sichergestellt werden kann oder dies zur Ergänzung oder Stärkung der häuslichen Pflege erforderlich ist (§ 41 Abs. 1 Satz 1 SGB XI). Dies entspricht dem in § 63 Satz 1 SGB XII statuierten Grundsatz des Vorrangs häuslicher Pflege (vgl. dazu noch die Kommentierung zu § 63 SGB XII Rn. 17). Bei sonstigen Pflegebedürftigen enthält § 61 Abs. 1 Satz 2 letzter HS. SGB XII eine ergänzende Regelung. Teilstationäre Hilfe soll hier nur gewährt werden, wenn es nach den Besonderheiten des Einzelfalles erforderlich ist, z.B. weil ambulante Hilfen nicht ausreichen.

131 Der konkrete **Inhalt der Hilfen bei teilstationärer Pflege** richtet sich – mangels eigenständigen Regelwerks im SGB XII – nach dem SGB XI. Gem. § 41 Abs. 1 Satz 1 SGB XI sind die pflegebedingten Aufwendungen, die Aufwendungen der sozialen Betreuung sowie die Aufwendungen für die in der Einrichtung notwendigen Leistungen der medizinischen Behandlungspflege Bestandteil teilstationärer Pflege.¹⁹⁸ Daneben ist auch die notwendige Beförderung des Pflegebedürftigen zur Pflegeeinrichtung hin und von ihr zurück erfasst (§ 41 Abs. 1 Satz 2 SGB XI).

132 Zu den **pflegebedingten Aufwendungen** gehören alle für die Versorgung des Pflegebedürftigen nach Art und Schwere der Pflegebedürftigkeit erforderlichen Pflegeleistungen. Nicht hiervon umfasst sind allerdings die Kosten für Unterkunft und Verpflegung, wie sich aus § 4 Abs. 2 Satz 2 letzter HS. SGB XI ergibt. Im SGB XII existiert nämlich eine dem früheren § 27 Abs. 3 BSHG entsprechende Sonderregelung nicht mehr. Diese sah vor, dass bei einer Hilfestellung in einer Einrichtung zur teilstationären Betreuung die Hilfe in besonderen Lebenslagen (also z.B. die Hilfe zur Pflege nach den §§ 68 ff. BSHG) auch den in der Einrichtung gewährten Lebensunterhalt umfasste. Für Kosten der Unterkunft und Verpflegung gilt also nicht die privilegierte Einkommensanrechnung nach den §§ 85, 86 SGB XII (vgl. hierzu auch schon Rn. 34). Nicht von den pflegebedingten Aufwendungen umfasst sind zudem die nicht durch die Landesförderung abgedeckten Investitionskosten nach § 9 SGB XI.¹⁹⁹

133 Die **soziale Betreuung** soll das Bedürfnis nach zwischenmenschlicher Kommunikation decken, um einer Vereinsamung des Pflegebedürftigen entgegenzuwirken und zu einer angemessenen Tagesstruktur beizutragen. Hierzu gehört ggf. auch die Erledigung von Behörden- oder Botengängen.²⁰⁰

134 In der teilstationären (wie im Übrigen auch der vollstationären) Pflege ist schließlich – anders als im häuslichen Bereich – die **medizinische Behandlungspflege** Bestandteil der Hilfe zur Pflege. Auf eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Grund- und Behandlungspflege kommt es daher anders als im häuslichen Bereich im Regelfall nicht an (vgl. dazu auch Rn. 30). Leistungsinhalte

¹⁹⁷ So ausdrücklich das BSG v. 14.12.2000 - B 3 P 1/00 R - SozR 3-3300 § 40 Nr. 3.

¹⁹⁸ Bis zum Erlass des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes vom 26.03.2007 galt dies nur befristet, seither ist die Behandlungspflege jedoch unbefristeter Bestandteil der teilstationären Pflege (vgl. hierzu die Begründung in BT-Drs. 16/3100 zu § 41 SGB XI).

¹⁹⁹ Vgl. *Udsching* in: Udsching, § 41 SGB XI Rn. 5.

²⁰⁰ Vgl. *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 82.

teilstationärer Pflege sind folglich – neben derjenigen Behandlungspflege, die ohnehin der Grundpflege zuzurechnen ist (vgl. dazu Rn. 27) – auch Pflegemaßnahmen durch fachlich qualifizierte Vertreter medizinischer Hilfsberufe, die in einen ärztlichen Behandlungsplan eingebunden sind, aber auch Maßnahmen der Behandlungspflege durch das Personal der Einrichtung wie etwa das Spritzen-Setzen, die Wundversorgung und das Verabreichen von Medikamenten.²⁰¹

135 Maßgeblich ist die Unterscheidung verschiedener Leistungsinhalte allerdings auch im Bereich (teil-)stationärer Pflege für das **Aufstockungsverbot in § 91 Abs. 2 SGB XI**. Begibt sich nämlich ein **versicherter** Pflegebedürftiger in eine Einrichtung der Tages- und Nachtpflege, die zwar im Sinne der §§ 71 ff. SGB XI zugelassen ist, die jedoch keine Vergütungsvereinbarung nach den §§ 85 und 89 SGB XI geschlossen hat (vgl. § 91 Abs. 1 SGB XI), so hat der Pflegebedürftige gegen die jeweilige Pflegekasse lediglich einen Kostenerstattungsanspruch in Höhe von 80% der „pflegebedingten Aufwendungen“. Eine weitergehende Kostenerstattung durch den Sozialhilfeträger kommt nach § 91 Abs. 2 Satz 3 SGB XI nicht in Betracht. Diese Regelung widerspricht allerdings dem sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatz, soweit die pflegebedürftige Person nur durch eine ganz bestimmte Einrichtung in der erforderlichen Weise versorgt werden kann. Erfordern es also die besonderen Bedürfnisse der zu pflegenden Person, dass gerade eine bestimmte Einrichtung, mit der allerdings keine Vergütungsvereinbarung der Pflegekasse besteht, die Pflege übernimmt, gebietet insbesondere der sozialhilferechtliche Bedarfsdeckungsgrundsatz eine einschränkende Auslegung des § 91 Abs. 2 Satz 3 SGB XI. Auf entsprechende Bedarfsfälle ist die Norm dann nicht anwendbar, der Sozialhilfeträger hat dann gleichwohl die Leistungen aufzustocken.²⁰² Diese Interpretation bewegt sich zweifelsohne an der Grenze einer noch zulässigen Auslegung. Sie dürfte aber gerade noch mit dem Wortsinn der Vorschrift vereinbar sein.²⁰³ Die Regelung ist so pauschal formuliert, dass sie eine einschränkende Auslegung in ganz besonderen Einzelfallkonstellationen ermöglicht. Sie ist im Übrigen wohl auch die einzig verfassungskonforme. Sie alleine steht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang, da nicht versicherte Pflegebedürftige im Bedarfsfall von vornherein nicht durch § 91 Abs. 2 Satz 3 SGB XII eingeschränkt sind. Eine daraus folgende Ungleichbehandlung bei nicht einschränkender Auslegung ließe sich durch keinen sachlichen Grund rechtfertigen.²⁰⁴

136 Eine Übernahme der vollen Kosten kommt überdies im „**Arbeitgebermodell**“ nach § 65 SGB XII in Betracht. § 92 Abs. 2 Satz 3 SGB XII umfasst schon nach seinem Wortlaut nur die Höhe der Vergütung für zugelassene Pflegeeinrichtungen, die Pflegesachleistungen erbringen. Für die im Arbeitgebermodell insoweit korrespondierenden unmittelbaren Kosten der Pflege (also anstelle der Pflegesachleistung die unmittelbaren Kosten für die Beschäftigung von besonderen Pflegekräften), trifft das SGB XII jedoch eine Sonderregelung, sodass Satz 3 schon bei der Organisation der Pflege im Arbeitgebermodell hinsichtlich der Höhe der zu übernehmenden Pflegekosten keine Anwendung finden kann. Für die nur mittelbar durch die eigentliche Pflege entstandenen Kosten, für die schon keine Vergütungsvereinbarung nach den §§ 85, 89 SGB XI abgeschlossen werden kann, findet Satz 3 erst recht keine Anwendung. Zudem besteht bei diesen mittelbaren Kosten

²⁰¹ *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 83

²⁰² A.A. insoweit *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 65 Rn. 29 unter Verweis auf Rechtsprechung zum früheren BSHG, namentlich das VG Freiburg v. 23.06.1998 - 4 K 133/98 - NDV-RD 1999, 58.

²⁰³ A.A. *O'Sullivan* in: jurisPK-SGB XI, § 90 Rn. 30.

²⁰⁴ Offengelassen durch BSG v. 13.02.2013 - B 8 SO 1/12 R - SozR 4-3500 § 65 Nr. 4.

nicht die Gefahr, der Satz 3 begegnen will, nämlich dass Pflegeeinrichtungen ohne Vergütungsvertrag mit Pflegebedürftigen Preisvereinbarungen zu Lasten des Sozialhilfeträgers abschließen und damit das vertragliche Vergütungssystem der sozialen Pflegeversicherung unterlaufen.²⁰⁵

- 137** Welche Pflegemaßnahmen den in § 41 Abs. 2 SGB XI genannten pflegebedingten, sozialen und medizinischen Aufwendungen im Einzelnen zuzurechnen sind, ergibt sich aus den **Rahmenverträgen der einzelnen Bundesländer** zur teilstationären Pflege nach **§ 75 Abs. 1 SGB XI** sowie der dazu ergangenen **gemeinsamen Empfehlung nach § 75 Abs. 5 SGB XI**. Gem. § 61 Abs. 6 SGB XII sind Rahmenverträge wie Empfehlung für den Sozialhilfeträger verbindlich (vgl. dazu auch noch Rn. 165).
- 138** Schwierigkeiten in der Übertragung der Vorschriften des SGB XI in den Bereich der Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII ergeben sich hinsichtlich des richtigen Verständnisses des **Einrichtungsbegriffs**. Aus dem Verweis des § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII auf § 41 SGB XI könnte abzuleiten sein, dass die teilstationäre Pflege nur in einer Einrichtung im Sinne des § 41 SGB XI in Betracht kommt. Dann müsste es sich stets um eine Einrichtung handeln, mit der die **Pflegekasse** einen Versorgungsvertrag abgeschlossen hat, was wiederum die Pflege durchgängig durch eine ausgebildete Pflegekraft voraussetzte (vgl. die §§ 29 Abs. 2, 71 ff. SGB XI). Die h.L. geht jedoch zu Recht davon aus, dass der Einrichtungsbegriff in der Hilfe zur Pflege im Zusammenhang mit teilstationären (wie im Übrigen auch vollstationären) Leistungen nach Maßgabe des § 13 Abs. 2 SGB XII zu verstehen ist, der einen weiteren Einrichtungsbegriff vorgibt.²⁰⁶ § 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII, der die verschiedenen Leistungsarten benennt, spricht nämlich von „Leistungen für eine stationäre oder teilstationäre Einrichtung“ und verwendet damit genau die Formulierung des § 13 Abs. 2 SGB XII. Im Übrigen führte ein enges Verständnis des Einrichtungsbegriffs im Sinne von § 41 SGB XI zu dem widersinnigen Ergebnis, dass Pflegebedürftige im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII eine geringere Auswahl nutzbarer Einrichtungen zur Verfügung hätten als Pflegebedürftige nach § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII. Dies stellte einen Wertungswiderspruch dar. Daher können auch Alten(wohn)heime und ähnliche Alteneinrichtungen für die teilstationäre Hilfe zur Pflege herangezogen werden. Sollen allerdings Leistungen – für **versicherte** Pflegebedürftige – nur als Aufstockungsleistungen erbracht werden, ist das Aufstockungsverbot (und die erforderliche einschränkende Auslegung) zu berücksichtigen (vgl. dazu Rn. 134).
- 139** Von der Verweisung des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII mitumfasst ist der Verweis auf **§ 41 Abs. 3-6 SGB XI** zur Möglichkeit der Kombination von Leistungen teilstationärer und ambulanter Pflege. Für die Frage, inwieweit der Sozialhilfeträger hier auf die volle Inanspruchnahme der Leistungen nach § 41 SGB XI drängen kann, vgl. im Einzelnen die Kommentierung zu § 66 SGB XII Rn. 31. In jedem Falle aber hat der Sozialhilfeträger dann, wenn teilstationäre Pflege erforderlich ist, weil die häusliche Pflege (etwa aufgrund Berufstätigkeit der Pflegeperson) zu bestimmten Zeiten nicht in Anspruch genommen werden kann, für einen nach § 19 Abs. 3 SGB XII Leistungsberechtigten grundsätzlich sowohl die Kosten der häuslichen wie der teilstationären Pflege zu übernehmen, soweit sie nicht durch vorrangig in Anspruch zu nehmende Leistungen nach dem SGB XI gedeckt sind.²⁰⁷ Denn für die Hilfe zur Pflege gilt der Grundsatz des Vorrangs der häuslichen Pflege, der

²⁰⁵ Ebenso *O'Sullivan* in: jurisPK-SGB XI, § 90 Rn. 30; BSG v. 28.02.2013 - B 8 SO 1/12 R - juris Rn. 20.

²⁰⁶ So etwa *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 17; *Baur* in: Mergler/Zink, § 61 Rn. 76; *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 109.

²⁰⁷ Ebenso *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 43.

ggf. auch unter Ergänzung durch teilstationäre Leistungen zu realisieren ist. Er wird allerdings überlagert durch die Regelung des § 13 Abs. 1 SGB XII (vgl. dazu i.E. die Kommentierung zu § 63 SGB XII Rn. 6).

- 140** Von der Verweisung des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII nicht umfasst ist die Regelung des **§ 41 Abs. 2 SGB XI**, da diese den Umfang, nicht den Inhalt der Leistung betrifft (vgl. dazu Rn. 96).
- 141** Die Leistungen der teilstationären Pflege werden vom Sozialhilfeträger regelmäßig nach **§ 75 Abs. 3 SGB XII** auf der Grundlage von **Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsvereinbarungen** erbracht. Für die Hilfe durch zugelassene Pflegeeinrichtungen (§ 72 SGB XII) richtet sich die Vergütung über § 75 Abs. 5 SGB XII nach den Vorschriften des SGB XI, soweit nicht Leistungen zu erbringen sind, die das SGB XI nicht vorsieht (insbesondere Leistungen nach § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII). Allerdings ist für versicherte Hilfebedürftige auch insoweit das Aufstockungsverbot zu berücksichtigen (vgl. dazu schon Rn. 134).

d. Kurzzeitpflege

- 142** Die Hilfe zur Pflege umfasst weiter die **Kurzzeitpflege**, die sich – mangels spezieller Regelungen des SGB XII – nach § 28 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. § 42 SGB XI abgrenzt. Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 SGB XI wird sie gewährt, wenn die häusliche Pflege zeitweise nicht, noch nicht oder nicht in erforderlichem Umfang erbracht werden kann und auch teilstationäre Pflege nicht ausreicht. Es handelt sich also bei der Kurzzeitpflege um einen **Sonderfall der Pflege in einer vollstationären Einrichtung**. Als solche kann sie auch durch Pflegebedürftige im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII in Anspruch genommen werden, steht allerdings unter dem Erforderlichkeitsvorbehalt des § 61 Abs. 2 Satz 2 letzter HS. SGB XII.
- 143** Das SGB XI gibt zwei Konstellationen vor, in denen häusliche und teilstationäre Pflege nicht ausreichend im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 1 SGB XI erbracht werden können. Nach Satz 2 kommt dies entweder für eine **Übergangszeit** im Anschluss an eine stationäre Behandlung des Pflegebedürftigen in Betracht oder in **sonstigen Krisensituationen**, in denen vorübergehend häusliche oder teilstationäre Hilfe nicht möglich oder nicht ausreichend ist. Im Bereich der sozialen Pflegeversicherung wird der **Begriff der Krisensituationen großzügig ausgelegt**. § 42 SGB XI gelangt daher auch dann zur Anwendung, wenn der Pflegebedürftige für Zeiten der Krankheit, des Urlaubs oder einer sonstigen Verhinderung seiner Pflegeperson der Kurzzeitpflege bedarf, weil er diese Situation nicht durch eine Ersatzkraft im Sinne des § 39 SGB XI überwinden kann (so das Gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Pflegekassen zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des Pflegeversicherungsgesetzes vom 28.10.1996 zu § 42 SGB XI²⁰⁸).
- 144** Zu Recht wird in der Literatur die Auffassung vertreten, diese großzügige Auslegung müsse **Maßstab auch für die Sozialhilfeträger** sein.²⁰⁹ Zwar folgt dies nicht aus § 61 Abs. 6 SGB XII, der auf das Gemeinsame Rundschreiben nicht verweist. Der Sozialhilfeträger müsste sich aber widersprüchliches Verhalten vorhalten lassen, wenn er einerseits versicherte Pflegebedürftige – aufgrund des Nachranggrundsatzes (vgl. allerdings zum richtigen Verständnis des Nachranggrundsatzes auch Rn. 39) auch z.B. bei urlaubsbedingten Pflegeengpässen – auf Leistungen der Pflegekasse verwies, selbst jedoch lediglich in echten Krisensituationen eine Kurzzeitpflege gewährte.²¹⁰ Allerdings hat der Sozialhilfeträger wegen § 63 Satz 1 SGB XII in der Hilfe zur Pflege stets

²⁰⁸ Abgedruckt bei *Vollmer*, Pflegehandbuch 4 PVB 01. So im Übrigen auch die Gesetzesbegründung zur Kurzzeitpflege, vgl. BT-Drs. 12/5262, S. 115.

²⁰⁹ So z.B. *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 15; *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 44.

²¹⁰ In den meisten Sozialhilferichtlinien findet sich daher auch ein entsprechend großzügiger Auslegungsmaßstab, vgl. etwa die SHR Niedersachsen, 68.2.4.

noch besonders zu prüfen, ob statt der vollstationären Kurzzeitpflege nicht doch häusliche Pflege durch Heranziehung einer besonderen Pflegekraft gem. § 65 Abs. 1 Satz 2 SGB XII erbracht werden kann. Dies ist aber wiederum z.B. dann nicht der Fall, wenn der Pflegebedürftige nicht allein gelassen und ihm aufgrund einer spezifischen (geistigen) Behinderung ein häufiger Wechsel der Pflegekräfte nicht zugemutet werden kann.²¹¹ Für die Frage, ob die Kurzzeitpflege auch aus finanziellen Gründen gegenüber der häuslichen Pflege vorrangig sein kann, vgl. die Kommentierung zu § 63 SGB XII Rn. 6.

- 145** Nach **§ 42 Abs. 2 Satz 2 SGB XI**, der über § 62 Abs. 2 Satz 2 SGB XII auch in der Sozialhilfe gilt, umfasst die Kurzzeitpflege die pflegebedingten Aufwendungen, die Aufwendungen der sozialen Betreuung sowie die Aufwendungen für die medizinische Behandlungspflege. Für den **Inhalt der verschiedenen Aufwendungen** vgl. schon Rn. 132; der dort bezeichnete Maßstab gilt auch hier. Wie dort müssen auch die vollstationären Leistungen nicht in einer nach den §§ 71 Abs. 1, 72 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtung erbracht werden (vgl. dazu Rn. 138).
- 146** Nach **§ 42 Abs. 2 Satz 1 SGB XI** ist der Anspruch auf Kurzzeitpflege im Bereich der Pflegeversicherung auf vier Wochen pro Kalenderjahr und einen Höchstbetrag von 1550 € begrenzt. Aufgrund des bloßen Inhaltsverweises in § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII (vgl. dazu Rn. 96) gilt diese Begrenzung für den Sozialhilfeträger nicht. Er muss die Kurzzeitpflege vielmehr ggf. bedarfsdeckend erbringen und je nach den Umständen des Einzelfalls betragsmäßig aufstocken.
- 147** Während der vollstationären Kurzzeitpflege kommt ein **Anspruch auf Pflegegeld** nach § 64 SGB XII nicht in Betracht; es gilt § 63 Satz 3 SGB XII.²¹² Allerdings kann nach § 27b Abs. 2 SGB XII ein angemessener Barbetrag als Taschengeld gewährt werden.

e. Vollstationäre Pflege

- 148** Bestandteil der Leistungen der Hilfe zur Pflege ist schließlich auch die (nicht nur vorübergehende) **vollstationäre Pflege**, für die § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII auf § 28 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. § 43 SGB XII verweist. Nach § 43 Abs. 2 Satz 1 SGB XI umfasst auch die vollstationäre Pflege die pflegebedingten Aufwendungen, die Aufwendungen der sozialen Betreuung sowie die Aufwendungen für die medizinische Behandlungspflege. Für den **Inhalt der verschiedenen Aufwendungen** vgl. Rn. 132; der dort für die teilstationäre Hilfe bezeichnete Maßstab gilt auch hier. Die einzelnen Leistungen müssen im Übrigen auch insoweit nicht in einer nach den §§ 71 Abs. 1, 72 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtung erbracht werden (vgl. dazu Rn. 138).
- 149** § 43 Abs. 1 SGB XI statuiert einen **grundsätzlichen Nachrang** der vollstationären Pflege gegenüber häuslicher wie teilstationärer Pflege. Sie wird nach § 43 Abs. 1 SGB XI nur gewährt, wenn häusliche oder teilstationäre Pflege nicht möglich ist oder wegen der Besonderheit des Einzelfalles nicht in Betracht kommt. Dieser Grundsatz gilt auch im Bereich der Hilfe zur Pflege (vgl. hier auch § 63 Satz 1 SGB XII), wird allerdings überlagert durch die spezifische sozialhilferechtliche Regelung des § 13 Abs. 1 SGB XII (vgl. dazu i.E. die Kommentierung zu § 63 SGB XII Rn. 6).
- 150** Pflegebedürftige im Sinne des **§ 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII** haben einen Anspruch auf vollstationäre Leistung nur, wenn dies nach den Besonderheiten des Einzelfalles erforderlich ist (Halbsatz 2), insbesondere ambulante Maßnahmen nicht zumutbar oder nicht ausreichend sind. Dies kann z.B. bei demenz- oder psychisch kranken Pflegebedürftigen der Fall sein.²¹³

²¹¹ Ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 101.

²¹² Z.T. haben die Sozialhilfeträger – noch nach den Regelungen des BSHG – das Pflegegeld weiterbezahlt, um die Pflegebereitschaft der Pflegeperson zu erhalten. Nach Maßgabe des § 63 Satz 3 SGB XII ist eine solche Praxis jedoch als rechtswidrig zu beurteilen.

²¹³ Ebenso *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 61 Rn. 45.

- 151** Auch im Rahmen der vollstationären Pflege hat der Sozialhilfeträger darauf zu bestehen, dass ein **versicherter** Pflegebedürftiger zunächst die ihm von der Pflegekasse zu gewährenden Leistungen ausschöpft. Dies bedeutet auch die Verpflichtung zur Geltendmachung von Leistungen nach § 43 Abs. 5 SGB XI. Dieser Vorschrift zufolge werden bei nur vorübergehender Abwesenheit der pflegebedürftigen Person aus dem Pflegeheim die Leistungen für vollstationäre Pflege durch die Pflegekasse weiterhin erbracht, soweit die Voraussetzungen des § 87a Abs. 1 Sätze 5 und 6 SGB XI (Abwesenheit nur bis zu 42 Tage oder aber krankenhausaufenthaltsbedingt) vorliegen.
- 152** Soweit die Leistungen der Pflegeversicherungen nicht genügen, sowie für **nicht versicherte** Pflegebedürftige hat der Sozialhilfeträger bis zur Bedarfsdeckung den verbleibenden bzw. bestehenden Bedarf zu finanzieren. Aufgrund des auf den Inhalt der vollstationären Pflege beschränkten Verweises des § 61 Abs. 2 Satz 2 SGB XII (vgl. dazu Rn. 96) findet **§ 43 Abs. 2 Satz 2 bis Abs. 4 SGB XI** in der Hilfe zur Pflege keine Anwendung.
- 153** Während der vollstationären Pflege kommt ein **Anspruch auf Pflegegeld** nach § 64 SGB XII nicht in Betracht; es gilt § 63 Satz 3 SGB XII.²¹⁴ Allerdings kann nach § 35 Abs. 2 SGB XII ein angemessener Barbetrag als Taschengeld gewährt werden. Soweit die zu pflegende Person vorübergehend häuslich betreut wird (z.B. zu Zeiten eines durch die Familie ermöglichten Urlaubs im häuslichen Bereich), lebt der Pflegegeldanspruch wieder auf. Für die Berechnung des Pflegegeldes gilt dann § 64 Abs. 5 Satz 2 SGB XII.

f. Hilfe zur Pflege als Teil eines trägerübergreifenden Persönlichen Budgets (Absatz 2 Sätze 3 und 4)

- 154** Durch das Gesetz zur Einordnung der Sozialhilfe in das Sozialgesetzbuch vom 27.12.2003²¹⁵ hat der Gesetzgeber erstmals für die Hilfe zur Pflege in **§ 61 Abs. 2 Satz 3 SGB XII** die Möglichkeit eröffnet, auf Antrag Leistungen der Hilfe zur Pflege auch als Teil eines **trägerübergreifenden Persönlichen Budgets** zu erbringen. Der Inhalt dieser Möglichkeit erschließt sich aufgrund der Verweisungsvorschrift des **§ 61 Abs. 2 Satz 4 SGB XII** nach Maßgabe des **§ 17 Abs. 2-4 SGB IX**.
- 155** Sinn und Zweck der Einräumung eines Persönlichen Budgets ist es, dem Leistungsberechtigten in eigener Verantwortung ein möglichst selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 HS. 2 SGB IX). Der Budgetberechtigte soll selbst und individuell entscheiden können, ob und ggf. welche Leistungen er zu einem bestimmten Zeitpunkt in Anspruch nehmen will. Zudem besteht für ihn auch ein Gestaltungsrecht bezogen darauf, wer die benötigte Hilfe erbringen und wie diese Hilfe ausgestaltet sein soll.²¹⁶ Um dies zu ermöglichen, wird von den beteiligten Leistungsträgern ein Budget als **Komplexleistung** erbracht (§ 17 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).
- 156** **Beteiligte Leistungsträger** können die Rehabilitationsträger (und daher auch die Sozialämter – auch als Erbringer von Hilfe zur Pflege), die Integrationsämter, die Kranken- und Pflegekassen und die Unfallversicherungsträger sein (§ 17 Abs. 2 Sätze 2 und 4 SGB IX).
- 157** Der Sache nach stellt das persönliche Budget **keine neue Leistungsart** dar, sondern nur eine neue Form der Leistungserbringung, bei welcher jeder Träger für die von ihm zu gewährende Leistung verantwortlich bleibt.²¹⁷ Allerdings werden diese Einzelleistungen insoweit zu einer Gesamtleistung zusammengeführt, als sie von einem Leistungsträger im Auftrag der anderen betei-

²¹⁴ Z.T. haben die Sozialhilfeträger jedoch – noch nach den Regelungen des BSHG – das Pflegegeld weiterbezahlt, um die Pflegebereitschaft der Pflegeperson zu erhalten. Nach Maßgabe des § 63 Satz 3 SGB XII ist eine solche Praxis jedoch als rechtswidrig zu beurteilen.

²¹⁵ BGBl I 2003, 3022.

²¹⁶ So die Gesetzesbegründung zu § 17 SGB IX, vgl. BT-Drs. 15/1514, S. 73; vgl. hierzu auch *Kreikebohm* in: Kommentar zum Sozialrecht, § 17 SGB IX Rn. 6; vgl. dazu jetzt auch BSG v. 11.05.2011 - B 5 R 54/10 R - BSGE 108, 158 ff.

²¹⁷ Vgl. *Kreikebohm* in: Kommentar zum Sozialrecht, § 17 SGB IX Rn. 3.

lichten Leistungsträger aus einer Hand erbracht und **in einem Verwaltungsakt gewährt** werden (§ 17 Abs. 4 SGB IX).²¹⁸ Erlassen wird dieser Verwaltungsakt gem. § 17 Abs. 4 Satz 1 SGB IX durch denjenigen Leistungsträger, der nach § 14 SGB IX zuständig ist – es sei denn, die Leistungsträger haben eine andere **Zuständigkeit** vereinbart (§ 17 Abs. 4 Satz 2 SGB IX). Da § 61 Abs. 2 Satz 4 SGB XII aber auch auf die **Budgetverordnung vom 27.05.2004** verweist, kann ein Verwaltungsakt, in welchem das Persönliche Budget festgesetzt und geregelt wird, nur erlassen werden, wenn zwischen der beantragenden Person und dem beauftragten Leistungsträger eine Zielvereinbarung geschlossen wurde (§ 3 Abs. 5 Budgetverordnung).

- 158** Die Abgrenzung danach, ob Leistungen im Rahmen eines trägerübergreifenden Budgets oder als Individualleistungen erbracht werden, erfolgt nicht anhand der Tatsache, dass der SGB XII-Leistungsträger in seinen Bescheiden Leistungen anderer Träger erwähnt bzw. berücksichtigt; vielmehr erfolgt die Leistungserbringung im Rahmen eines trägerübergreifenden persönlichen Budgets nur unter bestimmten formalen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bzw. Rahmenbedingungen, die erfüllt sein müssen, z.B. § 17 Abs. 2 und Abs. 4 SGB IX und § 4 Budgetverordnung.²¹⁹
- 159** Nach § 17 Abs. 2 Satz 4 SGB IX sind **budgetfähige Leistungen** nur solche, die sich auf alltäglich und regelmäßig wiederkehrende Bedarfe beziehen und **als Geldleistungen oder durch Gutscheine** erbracht werden können. Nur zeitweise oder unregelmäßig auftretende Bedarfe können damit nicht Bestandteil des Persönlichen Budgets sein.²²⁰ In der Hilfe zur Pflege kommen daher vor allem die wiederkehrenden Leistungen zur Finanzierung des ambulanten, teilstationären oder vollstationären Bereichs in Betracht.
- 160** Wird das Persönliche Budget als **Geldleistung** erbracht, ist ein Gesamtgeldbetrag festzusetzen. Maßstab für dessen Bemessung ist gem. § 17 Abs. 3 Satz 2 SGB IX die Deckung des individuell festgestellten Bedarfs einschließlich der erforderlichen Beratung und Unterstützung (etwa durch einen Budget-Assistenten²²¹). Obergrenze ist aber die Summe aller bisher einzeln erbrachten Sachleistungen der einzelnen Leistungsträger (§ 17 Abs. 3 Satz 3 SGB IX).
- 161** Für das Bewilligungsverfahren gelten § 10 SGB IX und § 3 Budgetverordnung. Sind bereits einzelne Sozialleistungen bewilligt, die in einem persönlichen Budget zusammengefasst werden sollen, so stellt die Bewilligung eines persönlichen Budgets einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung dar, mit dem zugleich die bisherigen Einzelbewilligungen aufgehoben werden.²²²
- 162** Auch wenn § 61 Abs. 2 Satz 3 SGB XII von einem **trägerübergreifenden** Budget spricht, folgt daraus nicht, dass stets zwei Leistungsträger an der Bewilligung eines solchen Budgets beteiligt sein müssen.²²³ § 2 Satz 1 Budgetverordnung enthält eine Regelung, derzufolge auch allein „Leistungen der Hilfe zur Pflege“ als Persönliches Budget erbracht werden können. In Betracht kommt daher auch eine **Alleinzuständigkeit** des Sozialhilfeträgers. In der Praxis werden allerdings häufig auch Leistungen der Pflegekasse Budgetbestandteil sein. Dann ist § 66 SGB XII zu beachten.

²¹⁸ Vgl. dazu jetzt auch BSG v. 11.05.2011 - B 5 R 54/10 R - BSGE 108, 158 ff.: Der Antrag auf ein trägerübergreifendes Persönliches Budget ist auf eine einheitliche Leistung aus der Hand des zuständigen Trägers unter Einbeziehung aller nach dem festgestellten individuellen Bedarf im Innenverhältnis der beteiligten Träger zu erbringenden budgetfähigen Teil-Leistungen gerichtet.

²¹⁹ LSG Nordrhein-Westfalen v. 28.11.2011 - L 20 SO 82/07.

²²⁰ Lachwitz in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 119 f.

²²¹ Vgl. hierzu Krahmer/Sommer in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 21.

²²² BSG v. 31.01.2012 - B 2 U 1/11 R - BSGE 110, 83.

²²³ Dies folgt auch aus BSG v. 11.05.2011 - B 5 R 54/10 R - BSGE 108, 158 ff.

V. Rechtscharakter der Hilfe zur Pflege

- 163** Auf die Leistungen der Hilfe zur Pflege besteht vom Grundsatz her ein Anspruch; sie sind als Pflichtleistungen („muss“) ausgestaltet. Abweichend davon sind allerdings zum einen die Beihilfen und die Beitragsübernahme für Pflegepersonen nach § 65 Abs. 1 SGB XII als Ermessensleistungen ausgestaltet („kann“); zum anderen steht auch die Gewährung von Maßnahmen zur Verbesserung des individuellen Wohnumfeldes (§ 40 Abs. 4 SGB XI) im Ermessen des Sozialhilfeträgers, da vom Inhaltsverweis des § 62 Abs. 2 Satz 2 SGB XII auch der Rechtscharakter der Leistung umfasst ist.
- 164** Die Entscheidungen des Sozialhilfeträgers sind auch bezogen auf die genannten Ermessensvorschriften gerichtlich insoweit überprüfbar, als wesentliches Entscheidungskriterium die für die Pflegehilfe maßgebliche Zielsetzung des § 63 Satz 1 SGB XII (grundsätzlicher Vorrang der häuslichen Pflege) sein muss; seine Nichtberücksichtigung stellt daher einen Ermessensfehl- bzw. -nichtgebrauch dar.

VI. Entsprechende Anwendbarkeit bestimmter Regelungen des SGB XI (Absatz 6)

- 165** Nach § 61 Abs. 6 SGB XII finden „zur näheren Bestimmung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit, des Inhalts der Pflegeleistung, der Unterkunft und Verpflegung und zur Abgrenzung, Höhe und Anpassung der Pflegegelder nach § 64 SGB XII“ verschiedene Verordnungen, Richtlinien, Rahmenverträge, Bundesempfehlungen und Vereinbarungen entsprechende Anwendung, die jeweils auf der Grundlage von Vorschriften des SGB XI erlassen wurden. Hierdurch soll die Zugrundelegung gleicher Maßstäbe für die Feststellung von Pflegebedürftigkeit bei Leistungen nach dem SGB XI und dem SGB XII gewährleistet werden.²²⁴ Da § 61 Abs. 6 SGB XII nicht nur Bezug nimmt auf die erhebliche Pflegebedürftigkeit im Sinne des § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, sondern vielmehr ganz generell auf Hilfe zur Pflege gem. § 61 Abs. 1 SGB XII, gelten die in Absatz 6 in Bezug genommenen Bestimmungen auch, soweit Ermittlungen zum erweiterten Pflegebedürftigkeitsbegriff des § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII durchzuführen sind.²²⁵
- 166** Verwiesen wird zunächst auf die entsprechende Anwendung der Verordnung zu § 16 SGB XI, die bisher allerdings noch nicht erlassen worden ist. Ihr Inhalt wird derzeit durch die Richtlinien nach § 17 SGB XI abgedeckt, auf die ebenfalls verwiesen wird.²²⁶ Sie finden zur näheren Bestimmung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit entsprechende Anwendung, und zwar auch dann, wenn es sich um nicht in der Pflegeversicherung versicherte Personen handelt, für die der Träger der Sozialhilfe in eigener Verantwortung den Umfang der Pflegebedürftigkeit zu ermitteln hat. Nicht weiter

²²⁴ Ebenso *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 176; vgl. hierzu auch LSG Thüringen v. 28.03.13 - L 6 KR 955/09 - juris Rn. 26.

²²⁵ So zu Recht *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 63 Rn. 10; a.A. aber offenbar *H. Schellhorn* in: Schellhorn/Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 63 Rn. 14, ohne allerdings eine Begründung für eine solche einschränkende Auslegung des § 61 Abs. 6 SGB XII zu geben.

²²⁶ Es sind dies die Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen über die Abgrenzung der Merkmale der Pflegebedürftigkeit und der Pflegestufen sowie zum Verfahren der Feststellung der Pflegebedürftigkeit (Pflegebedürftigkeits-Richtlinien – PflRi) i.d.F. vom 11.05.2006, abgedruckt z.B. bei *Vollmer*, Pflegehandbuch 2 PVB 01; die Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI (Begutachtungs-Richtlinien – BRi) i.d.F. vom 08.06.2009, abrufbar z.B. beim Medizinischen Dienst des Spitzenverbandes der Krankenkassen e.V. (MDS) unter <http://www.mds-ev.org/3319.htm> (abgerufen am 02.04.2014) sowie die Richtlinien der Spitzenverbände der Pflegekassen zur Anwendung der Härteregelung vom 03.07.1996, abgedruckt z.B. bei *Vollmer*, Pflegehandbuch 4 PVB 02.

führt der Verweis auf die Richtlinien nach § 17 SGB XI allerdings, soweit es um die Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach § 61 Abs. 1 Satz 2 SGB XII geht. Hierzu enthalten die Richtlinien keine Maßstäbe.

- 167** Die Gerichte sind an die Inhalte der in Bezug genommenen Richtlinien nach § 17 SGB XI nicht gebunden. Die Richtlinien unterliegen daher der vollen gerichtlichen Kontrolle dahingehend, ob sie sich mit dem Gesetz vereinbaren lassen. Rechtswirkungen im Außenverhältnis kann den Richtlinien nur über Art. 3 Abs. 1 GG zukommen, weil sich die Verwaltungspraxis an ihnen orientiert.²²⁷
- 168** § 61 Abs. 6 SGB XII verweist weiter auf die Verordnung zu § 30 SGB XI (Dynamisierung der Leistungen), die jedoch ebenfalls noch nicht erlassen wurde.
- 169** Schließlich wird auf die Rahmenverträge über die pflegerische Versorgung nach § 75 Abs. 1-5 SGB XI²²⁸ und die Bundesempfehlungen zum Inhalt der Rahmenverträge nach § 75 Abs. 6 SGB XI²²⁹ sowie auf die Vereinbarungen über die Qualitätssicherung nach § 80 SGB XI²³⁰ verwiesen. Hiermit soll erreicht werden, dass für die Bestimmung der Pflegebedürftigkeit im Rahmen von SGB XI und SGB XII gleiche Maßstäbe verwendet werden.

C. Praxistipps

- 170 Anspruchsberechtigt** für die Hilfe zur Pflege ist immer die pflegebedürftige Person – und zwar auch dann, wenn die Leistung einem Dritten (der Pflegeperson oder der besonderen Pflegekraft) zugutekommt.²³¹
- 171** Zwar ist Leistungsvoraussetzung nicht, dass der Anspruchsberechtigte einen **Leistungsantrag** stellt; die Kenntnis des Sozialhilfeträgers um den bestehenden Bedarf löst auch in der Hilfe zur Pflege den Leistungsanspruch aus.²³² Jedoch ist in der Praxis anzuraten, so früh wie möglich einen entsprechenden Antrag zu stellen – und zwar insbesondere dann, wenn die Zuständigkeit zwischen zwei Leistungsträgern (etwa der Krankenversicherung nach Entlassung aus dem Krankenhaus einerseits sowie des Sozialhilfeträgers andererseits) zu klären ist.
- 172** Grundsätzlich stellt die Sozialhilfe und folglich auch die Hilfe zur Pflege keine rentengleiche Dauerleistung dar. Die einschränkungslose **Bewilligung** von Leistungen der Hilfe zur Pflege **ab einem bestimmten Zeitpunkt** ist jedoch ausgehend von dem objektivierten Empfängerhorizont als

²²⁷ So schon das BSG zur Verbindlichkeit der von den Spitzenverbänden der Krankenkassen erlassenen Richtlinien zu §§ 53 ff. SGB V, vgl. z.B. BSG v. 19.02.1998 - B 3 P 7/97 R - SozR 3-3300 § 15 Nr. 1.

²²⁸ Abgedruckt z.B. bei *Vollmer*, Pflege-Handbuch, 1 PVL 01-16 PVL 01.

²²⁹ Es sind dies die Gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenverbände zum Inhalt der Rahmenverträge nach § 75 Abs. 1 SGB XI zur ambulanten pflegerischen Versorgung vom 02.02.1995, zum Inhalt der Rahmenverträge nach § 75 Abs. 1 SGB XI zur teilstationären Pflege vom 25.11.1996, zum Inhalt der Rahmenverträge nach § 75 Abs. 1 SGB XI zur Kurzzeitpflege vom 25.11.1996, zum Inhalt der Rahmenverträge nach § 75 Abs. 1 SGB XI zur vollstationären Pflege vom 25.11.1996; abgedruckt alle bei *Vollmer*, Pflege-Handbuch 7 PVB 03/1-03/4.

²³⁰ Es sind dies die Gemeinsamen Grundsätze und Maßstäbe zur Qualitätssicherung einschließlich des Verfahrens zur Durchführung der Qualitätsprüfungen nach § 80 SGB XI in der ambulanten Pflege i.d.F. vom 31.05.1996, in der teilstationären Pflege i.d.F. vom 31.05.1996, in der Kurzzeitpflege i.d.F. vom 31.05.1996, in der vollstationären Pflege i.d.F. vom 31.10.1996; alle abgedruckt bei *Vollmer*, Pflege-Handbuch 7 PVB 04/1-04/4.

²³¹ Ebenso Lachwitz in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 19; einzige Ausnahme bildet der Anspruch auf Übernahme der Beratungskosten nach § 65 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 SGB XII.

²³² Vgl. BSG v. 02.02.2012 - B 8 SO 5/10 R - SozR 4-3500 § 62 Nr. 1; so auch die h.M., vgl. etwa *Krahmer/Sommer* in: LPK-SGB XII, § 61 Rn. 36; *Lachwitz* in: Fichtner/Wenzel, § 61 Rn. 20; a.A. allerdings das VG Hannover v. 25.03.1980 - ZfF 1980, 254.

grundsätzlich unbeschränkte Leistungsbewilligung zu verstehen und folglich als Dauerverwaltungsakt zu qualifizieren.²³³ Eine Aufhebung oder Änderung der Bewilligung kann daher nur nach Maßgabe der §§ 45, 48 SGB X erfolgen.²³⁴

- 173** Leistet der Sozialhilfeträger – z.B. in Fällen von Kompetenzstreitigkeiten – Hilfe zur Pflege zur einstweiligen Deckung eines unabweisbaren Bedarfs, ist er aber der Auffassung, dass z.B. Leistungen nach dem SGB XI in Betracht kommen, muss er den Leistungsbezieher zur Antragstellung bei der Pflegekasse veranlassen bzw. nach **§ 95 SGB XII die Antragstellung selbst betreiben** oder die Pflegekasse auf einen **Erstattungsanspruch nach § 104 SGB X** in Anspruch nehmen.
- 174** Grundsätzlich gilt auch für die Hilfe zur Pflege der Grundsatz des § 18 SGB XII, dass keine Hilfe für die Vergangenheit zu leisten ist. Eine **Nachzahlung von Pflegegeld** (§ 64 SGB XII) kommt aber dann in Betracht, wenn die unterbliebene Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten auf fehlerhafter Beratung durch den Sozialhilfeträgers beruht.²³⁵
- 175** Die **Zuständigkeit für die Leistungen der Hilfe zur Pflege** liegt in der Hand des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe (§ 97 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII), soweit nach Landesrecht hierzu keine anderweitige Regelung getroffen ist.

²³³ Vgl. dazu auch das BSG v. 09.12.2008 - B 8/9b SO 12/07 R - juris Rn. 12.

²³⁴ So das LSG Niedersachsen-Bremen v. 24.01.2006 - L 8 SO 83/05 ER - FEVS 58, 28, 29 f.

²³⁵ So das OVG Münster v. 20.06.2001 - 12 A 3386/98 - FEVS 53, 84.