

# LSG Sachsen, 11.11.2021, L 8 SO 39/21 B ER

## Leitsatz

Zur Angemessenheit der Vergütung der persönlichen Assistenten bei Sicherstellung der Eingliederungshilfe und der häuslichen Pflege im Wege des Arbeitgebermodells.  
(Rn.33)

## Orientierungssatz

1. Eine fehlende Zielvereinbarung steht der Durchsetzung eines Anspruchs auf Auszahlung eines Vorschusses auf ein Persönliches Budget nicht entgegen.  
(Rn.31)
2. Im Arbeitgebermodell ist eine besondere fachliche Qualifikation der Assistenten grundsätzlich nicht erforderlich. Es genügt, dass sie von dem behinderten Menschen als Arbeitgeber angelernt und in ihre Arbeit eingewiesen worden sind (vgl BSG vom 28.2.2013 - B 8 SO 1/12 R = BSGE 113, 92 = SozR 4-3500 § 65 Nr 4, RdNr 17). (Rn.33)
3. Zur Anwendbarkeit des ArbZG bei einer sog 24-Stunden-Assistenz. (Rn.36)

## Tenor

- I. Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 29. April 2021 wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragsgegnerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin auch im Beschwerdeverfahren.

## Gründe

### I.

- 1 Die Beteiligten streiten um die Höhe eines monatlichen Vorschusses für Leistungen der Eingliederungshilfe und der Hilfe zur Pflege, insbesondere hinsichtlich der Angemessenheit der Vergütung für eine 24-Stunden-Assistenz im Arbeitgebermodell.
- 2 Die 1988 geborene Antragstellerin leidet an einer spinalen Muskelatrophie Typ 2 mit Tetraparese. Sie ist anerkannte Schwerbehinderte mit einem Grad der Behinderung von 100. Ihr Schwerbehindertenausweis ist mit den Merkzeichen B, H, G und aG versehen. Sie bezieht vom Jobcenter A.... Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Die Antragstellerin ist auf die Benutzung eines Elektrorollstuhls angewiesen. Aus der sozialen Pflegeversicherung erhält sie

Leistungen nach dem Pflegegrad 4 seit dem 1. Januar 2017. Die Y....-Pflegekasse hatte die bis zum 31. Dezember 2016 gewährten Leistungen nach der damaligen Pflegestufe 3 auf der Grundlage des Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) vom 26. Februar 2001 unter Bezugnahme auf die Änderungen nach dem Zweiten Pflegestärkungsgesetz übergeleitet nach dem Pflegegrad 4 (Bescheid vom 24. Oktober 2016), ohne die Antragstellerin zuvor erneut begutachtet zu haben. Daneben bezieht die Antragstellerin von der Antragsgegnerin Leistungen der Eingliederungshilfe und der Hilfe zur Pflege für die notwendigen Betreuungs- und Assistenzleistungen, zuletzt in Form einer 24-Stunden-Assistenz im Arbeitgebermodell. Für den Zeitraum vom 1. März 2019 bis 31. Oktober 2019 (Bescheid vom 12. April 2019; Widerspruchsbescheid vom 8. September 2019) legte die Antragsgegnerin zu erstattende Kosten von 13,89 EUR/Stunde für 17 Aktivstunden und 9,19 EUR/Stunde für 7 Passivstunden in Anlehnung an die nach dem Tarifvertrag öffentlicher Dienst (TVöD) Pflege Entgelttabelle (P-Tabelle), Gruppe P6, Stufe 2 aus dem Vorjahr geltenden Stundensätze zugrunde. Über die dagegen beim Sozialgericht Dresden erhobene Klage (Az.: S 42 SO 272/20) ist noch nicht entschieden.

- 3 Die Antragstellerin beantragte im November 2019 für den Zeitraum ab November 2019 bis Dezember 2020 ein persönliches Budget. Über den Antrag wurde bisher nicht entschieden. Über die dagegen erhobene Untätigkeitsklage beim SG Dresden (S 42 SO 83/21) ist noch nicht entschieden worden.
- 4 Die Antragsgegner zahlte in Umsetzung einer vor dem Sächsischen Landessozialgericht (LSG) am 4. November 2019 im Rahmen einer Güterichter Verhandlung (L 9 SF 123/19 GR) getroffenen Vereinbarung ab Dezember 2019 bis März 2020 einen monatlichen Vorschuss in Höhe von 12.917,89 EUR. Die Berechnung beruhte auf einer von der Antragstellerin selbst vorgelegten Kalkulation mit einem Stundensatz von 13,89 EUR für 17 Aktivstunden und 9,19 EUR für 7 Passivstunden unter Berücksichtigung der geltenden TVöD- Stundensätze. Für den Zeitraum vom 1. April 2020 bis zum 30. September 2020 gewährte die Antragsgegnerin der Antragstellerin einen monatlichen Vorschuss in Höhe von 13.300 EUR aufgrund der Erhöhung der Tariflöhne und des Mindestlohnes (Bescheid vom 27. März 2020).
- 5 Die Antragstellerin beantragte am 20. November 2020 erneut die Gewährung von Leistungen der Eingliederungshilfe in Form eines persönlichen Budgets. Sie legte eine Auflistung der von den Pflegehilfskräften durchgeführten täglichen Verrichtungen und eine Berechnung der durchschnittlichen Assistenzkosten vor und gab an, ab Januar 2021 mit ihren Assistenzkräften nunmehr – ohne Unterscheidung in Aktiv- und Passivstunden – einen

einheitlichen Bruttostundenlohn von 17,00 EUR vertraglich vereinbart zu haben. Ausgehend von der vorgelegten Kalkulation betrügen die monatlichen Kosten der Assistenzleistung 18.490,74 EUR. Unter Berücksichtigung von 10 Prozent Lohnschwankungen werde ein Vorschuss in Höhe von 20.339,82 EUR beantragt. In der Kalkulation enthalten war ein Betrag von 7.000 EUR für Reisekosten für zwei Assistenten für die Begleitung der Antragstellerin nach Tansania. Ausweislich der amtsärztlichen Stellungnahme vom 3. Juli 2019 sei im Hinblick auf das Krankheitsbild der Antragstellerin eine Reise in das "warme Ausland (Tansania)" zwar nicht zwingend notwendig, jedoch förderlich. Die Übernahme der Reise- und Unterkunftskosten für die mitreisenden Assistenten hat die Antragsgegnerin zwischenzeitlich dem Grunde nach anerkannt (Bescheid vom 15. Juli 2021).

- 6 Die Antragsgegnerin bewilligte der Antragstellerin einen monatlichen Vorschuss in Höhe von 13.300 EUR für die Zeit vom 1. Januar 2021 bis zum 31. März 2021 (Bescheid vom 14. Dezember 2020) sowie für die Zeit vom 1. April 2021 bis zum 30. Juni 2021 (Bescheid vom 16. März 2021 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 11. Mai 2021). Hiergegen hat die Klägerin am 10. Juni 2021 Klage zum SG erhoben (S 42 SO 142/21).
- 7 Über den Antrag auf Bewilligung der Pflege- und Teilhabeleistungen in Form eines persönlichen Budgets hat die Antragsgegnerin noch nicht entschieden, nachdem die Antragstellerin den Abschluss der von der Antragsgegnerin angebotenen Zielvereinbarung für den Zeitraum 1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2021 im Hinblick auf die Differenzen hinsichtlich der Budgethöhe bislang ablehnt.
- 8 Am 26. März 2021 beantragte die Antragstellerin beim Sozialgericht Dresden, die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache vorläufig einen monatlichen Betrag von 16.500 EUR als Vorschuss zu gewähren.
- 9 Sie beschäftige derzeit drei Assistenten, mit denen sie am 1. Dezember 2020 befristete Arbeitsverträge für die Zeit vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2021 zu einem Bruttostundenlohn von 17 EUR abgeschlossen habe. Der gezahlte Vorschuss von 13.300 EUR genüge nicht, um die monatlichen Kosten zu decken. Es bestünden bereits Außenstände von 6.628,25 EUR. Die Antragstellerin werde von ihren Mitarbeitern hinsichtlich rückständiger Lohnzahlungen angemahnt, was negative Auswirkungen auf das Arbeitsklima und die Gesundheit der Antragstellerin habe. Sie verfüge nicht über eigenes Einkommen oder Vermögen, um die Differenz selbst zu finanzieren. Ihr Assistenzkonto weise einen Betrag von -914,80 EUR aus. Ihr Privatgirokonto habe einen Kontostand von 555,69 EUR. Wenn die

Antragstellerin die Löhne nicht zahle, bestehe die Gefahr, dass die Assistenten ihre Arbeit einstellen. Ihre Versorgung sei daher gefährdet. Sie halte den nunmehr mit den Assistenten vereinbarten Stundenlohn von 17 EUR für angemessen. Der Bundesverband "Forum selbstbestimmter Assistenz behinderter Menschen e. V. (ForseA)" empfehle die Orientierung am TVöD, P-Tabelle Gruppe P 6, Stufe 2, als Mindestvergütung. Daran sei sie nicht gebunden. Ansonsten seien ihrer Ansicht auch die entsprechenden Zuschläge einzukalkulieren. Ausweislich eines von ihr eingeholten Vergleichsangebotes eines privaten häuslichen Alten- und Pflegedienstes (K... GmbH) betrage der Arbeitnehmerbruttolohn 23,00 EUR pro Stunde. Weil die Stundensätze der Pflegedienste regelmäßig darüber lägen, gehe sie davon aus, dass die für ihr Arbeitgebermodell veranschlagten Kosten die für eine vergleichbare Sachleistung aufzuwendenden Kosten nicht übersteigen würden.

- 10 Die Antragstellerin fügte eine "Stundenübersicht Hilfebedarf" bei, aus der sich pro Tag ein Zeitaufwand für die Grundpflege von 8 Stunden und 51,4 Minuten, für die Hauswirtschaft durchschnittlich von 1 Stunde, für die Freizeitbegleitung von 7 Stunden und 8,6 Minuten und für die Nachtschicht von 7 Stunden ergab. Weiterhin listete sie als Beispiel eines 24-h-Assistenz-Dienstes minutengenau Assistenz- und Pfl egetätigkeiten auf, wonach die jeweilige Assistenzkraft von 0 Uhr bis 24:00 Uhr nahezu ununterbrochen Assistenzleistungen für die Antragstellerin erbringe (Bl. 6 d. Gerichtsakte). Die Antragstellerin erläuterte, dass sie ihre Assistenten in einem Blockmodell beschäftige. Die Arbeitnehmer seien in der Regel sieben Tage hintereinander rund um die Uhr für sie tätig und hätten anschließend den Rest des Monats frei. Ein täglicher Wechsel sei der Antragstellerin aus psychischen Gründen nicht zumutbar. Ausweislich der Dienstpläne für den Monat Januar 2021 und Februar 2021 war eine einzelne Assistenzkraft (Herr X....) an sämtlichen Tagen zum Dienst bei der Antragstellerin eingeteilt.
- 11 Nach Auffassung der Antragsgegnerin sei ein Stundensatz von 17,00 EUR nicht ortsüblich und damit unangemessen. Zudem sei nach Aktiv- und Passivstunden zu unterscheiden. Ausweislich des Stellenportals "indeed" werde in A.... für Pflegehilfskräfte ein durchschnittliches Gehalt von 14,37 EUR pro Stunde gezahlt. Im Bundesland W.... werde dieser Betrag mit 11,99 EUR pro Stunde noch unterschritten. Bei "Ebay-Kleinanzeigen" seien zwei Stellenangebote zu 14,17 EUR bzw. 12,50 EUR pro Stunde festgestellt worden. Eine Anfrage beim Gemeinsamen Arbeitgeberservice der Agentur für Arbeit habe ergeben, dass die Gewährung des Pflegemindestlohnes ortsüblich sei. So habe es ein Stellenangebot eines Privathaushaltes für 13,50 EUR/Stunde und eines ambulanten Pflegedienstes zum Pflegemindestlohn gegeben. Daraus ergebe sich, dass die von der Antragsgegnerin anerkannten Stundenlöhne bereits deutlich darüber lägen

und ein Stundenlohn von 17 EUR nicht angemessen sei. Es sei nicht der Antragsgegnerin anzulasten, dass die Antragstellerin Arbeitsverträge ohne vorherige Zusicherung durch die Antragsgegnerin abschlieÙe. Es sei fraglich, weshalb in den Arbeitsverträgen auch bei Assistenten, die bereits vor dem 1. Januar 2021 bei der Antragstellerin tätig gewesen seien, erneut eine Probezeit vereinbart worden sei. Zudem sei äußerst zweifelhaft, ob die aus den Dienstplänen ersichtliche permanente Beschäftigung des Herrn X.... ohne ersichtliche Pausen oder Freizeitausgleich über Tage hinweg mit einer täglichen Arbeitszeit von 24 Stunden der Wahrheit entspreche; ferner, ob dies arbeitsrechtlich überhaupt zulässig sei.

- 12 Mit Beschluss vom 29. April 2021 hat das SG die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin vorläufig bis zum 30. Oktober 2021 einen monatlichen Zuschuss in Höhe von 16.500 EUR als Vorschuss auf Leistungen der Eingliederungshilfe und der häuslichen Pflege zu zahlen. Die Antragstellerin habe sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 SGB I könne der zuständige Leistungsträger Vorschüsse zahlen, deren Höhe er nach pflichtgemäßem Ermessen bestimme, wenn ein Anspruch auf Geldleistungen dem Grunde nach bestehe und zur Feststellung seiner Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich sei. Das Erfordernis einer Zielvereinbarung als Voraussetzung für die Gewährung eines persönlichen Budgets könne vorliegend offen bleiben, weil die Antragstellerin jedenfalls einen Anspruch auf Kostenerstattung bzw. Kostenfreistellung für die selbst beschafften Assistenzkräfte habe. Die Antragstellerin gehöre mit ihrer Erkrankung zum Personenkreis der Berechtigten auf Leistungen der Eingliederungshilfe in Form der Sozialen Teilhabe und in Form der häuslichen Pflege. Die Beteiligten seien sich darüber einig, dass die Antragstellerin eine 24-Stunden-Assistenz benötige. Diese Assistenz erfolge im Arbeitgebermodell mit einer gewissen Anzahl von (Hilfs-)Pflegekräften, die von der Antragstellerin als Arbeitgeberin beschäftigt und vergütet würden. Nach § 64f Abs. 3 SGB XII sollten die angemessenen Kosten hierfür übernommen werden. Eine besondere berufliche Qualifikation der im Arbeitgebermodell beschäftigten Assistenzkräfte sei nicht erforderlich. Es genüge, dass sie von der Arbeitgeberin angelernt und in die Arbeit eingewiesen worden seien. Die Angemessenheit der Kosten i.S.v. § 64f Abs. 3 SGB XII orientiere sich an der ortsüblichen Entlohnung der jeweiligen Pflegekraft im Verhältnis zum zeitlichen Umfang ihrer Pflegetätigkeit. Ob der von der Antragstellerin mit ihren Assistenzkräften vereinbarte Stundenlohn von 17,00 EUR pro Stunde für 24 Stunden täglich ohne Unterscheidung zwischen Aktiv- und Passivstunden angemessen sei, sei derzeit offen. Der Mindestlohn belaufe sich ab 1. Januar 2021 auf 9,50 EUR/Stunde und sei auf jeden Fall eingehalten. Darüber hinaus bestünden keine verbindlichen

Vorgaben für die Höhe der Entlohnung der Hilfspflegerkräfte bei privaten Arbeitgebern. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei bei Feststellung der Ortsüblichkeit ein tariflich vereinbarter Stundenlohn für eine Hilfspflegerperson nicht heranzuziehen. Der von der Antragsgegnerin benannte Tarifvertrag TVöD-P gelte nach seinem fachlichen und persönlichen Anwendungsbereich nur für im öffentlichen Dienst beschäftigte Pflegekräfte. Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Angaben zur Lohnhöhe von (Hilfs-)Pflegerinnen, die bei privaten Pflegediensten angestellt seien, seien ebenfalls nicht heranzuziehen. Die Antragstellerin sei weder Teil des öffentlichen Dienstes noch ein privater Pflegedienst. Sie beschäftige auch keine bei einem privaten Pflegedienst beschäftigten Pfleger. Für die Feststellung der Ortsangemessenheit der Entlohnung von Pflegepersonen im Arbeitgebermodell seien nach Auffassung des SG Vergleiche zu anderen, ebenfalls im Arbeitgebermodell beschäftigten Pflegepersonen heranzuziehen. Aus der Stellungnahme der Arbeitsvermittlung der Bundesagentur für Arbeit vom 22. April 2021 ergebe sich, dass es zwar vereinzelt Jobangebote bei privaten Arbeitgebern für 13 bis 13,50 EUR/Stunde gegeben habe, es derzeit allerdings schwierig sei, gute Hilfskräfte zu finden und von längeren Suchzeiten auszugehen sei. Dies spreche dafür, dass unter Beachtung von "Angebot und Nachfrage" Pflegekräfte für einen Stundenlohn zwischen 11,50 EUR und 14,40 EUR derzeit auf dem offenen Stellenmarkt eher nicht zu bekommen seien. Zudem spreche für die Angaben der Antragstellerin, dass Pflegedienste einen Stundensatz von 25 EUR, in A... gerichtsbekannt eher 30 EUR in Rechnung stellten. Unter Abzug der Betriebsausgaben erscheine ein Stundenlohn von 17,00 EUR nicht unwahrscheinlich. Da dem Gericht eine umfassende Bedarfsfeststellung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens in angemessener Zeit nicht möglich sei, sei eine Folgenabwägung vorzunehmen. Nachdem die Antragstellerin auf eine 24-Stunden-Assistenz angewiesen sei, die vorgetragene Gründe für eine Erhöhung des Stundenlohnes auf 17,00 EUR nachvollziehbar seien und die Antragstellerin zur Sicherstellung ihrer Versorgung nicht auf eine längere Suche verwiesen werden könne, habe die drohende Beeinträchtigung des Grundrechts der Antragstellerin aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Vorrang vor dem wirtschaftlichen Interesse der Antragsgegnerin, dessen Gefährdung allein darin bestehe, bei späterer endgültiger Festsetzung geringerer Leistungen einen Erstattungsanspruch gegen die Antragstellerin nicht durchsetzen zu können. Auch ein Anordnungsgrund sei gegeben, da bei Beibehaltung des monatlichen Vorschusses von 13.300 EUR eine finanzielle Unterdeckung gegeben sei, die die Antragstellerin nicht durch eigene Mittel finanzieren könne, so dass zu befürchten sei, dass die angestellten Assistenten ihre Arbeit nicht mehr erledigten. Dies würde nach Auffassung des SG zu nicht wiedergutzumachenden Nachteilen für die Antragstellerin führen. Nach der vorgelegten Kalkulation bestehe noch ein Bedarf von

17.907,40 EUR, so dass der geltend gemachte Vorschuss noch darunter liege.

- 13 Gegen den ihr am 30. April 2021 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 20. Mai 2021 Beschwerde eingelegt. Die Antragstellerin habe nicht alles versucht, Pflegehilfskräfte auf der Basis zwischen 13,00 EUR oder 14,00 EUR/Stunde zu finden. Die pauschale Behauptung, dass sie für weniger als 17 EUR/Stunde keine Assistenten finden könne, genüge nicht. Das SG habe die Löhne mit denen von privaten Pflegediensten verglichen. Dabei werde verkannt, dass Pflegedienste höhere Kosten in Ansatz bringen müssten, um wirtschaftlich zu arbeiten. In der Regel seien dort Fachkräfte beschäftigt. Laut der Internetplattform "Indeed" liege der Stundenlohn für Altenpfleger bei 19,00 EUR/Stunde, der für Krankenpfleger bei 17 EUR/Stunde. Voraussetzung sei dabei jeweils eine abgeschlossene Berufsausbildung. Mit Schreiben vom 11. August 2021 (eingegangen am 16. August 2021) übermittelte die Antragsgegnerin die Ergebnisse einer kurzfristig durchgeführten Umfrage bei anderen Leistungsträgern im Bundesgebiet sowie bei örtlichen Leistungserbringern zu den dort im Rahmen des Arbeitgebermodells anerkannten bzw. den an Fach- und Hilfskräfte gezahlten Stundenlöhnen.
- 14 Die Antragsgegnerin beantragt sinngemäß,
- 15 den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 29. April 2021 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.
- 16 Die Antragstellerin beantragt,
- 17 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 18 Sie verteidigt den Beschluss des Sozialgerichts. Zu der von der Antragsgegnerin anerkannten Stundenvergütung sei auf dem Arbeitsmarkt kein Assistent zu bekommen. Sie habe mit der Inserentin eines von der Antragsgegnerin in Bezug genommenen "ebay-Kleinanzeigen" - Inserats Kontakt aufgenommen. Diese habe mitgeteilt, dass sie nur deshalb Anzeigen mit einem Stundensatz von 14,17 EUR schalte, weil von der Antragsgegnerin nur dieser Betrag refinanziert werde, dieser aber nicht ausreiche. Die Inserentin habe deshalb bisher nur etwa sieben Bewerber gehabt, die nach einem Bewerbungsgespräch oder einem Dienst nicht wiedergekommen seien. Zwei Bewerber hätten abgelehnt, weil keine Zuschläge zum Lohn gezahlt würden. Ferner legte die Antragstellerin die E-Mail eines weiteren Assistenznehmers vor, in der dieser einen Stundenlohn von 14,59 EUR ohne Zuschläge als zu gering kritisierte. Die Antragstellerin meint, sie auch nicht verpflichtet, bei der Vergütungshöhe nach Aktiv- und Passivstunden zu

unterscheiden. Sie selbst habe im Stadtmagazin eine Anzeige geschaltet und in Selbsthilfegruppen und durch Mundpropaganda Personalsuche betrieben, jeweils mit lediglich mäßigem Erfolg. Aufgrund der Arbeit in Blöcken seien die Arbeitsbedingungen schwierig. Es hätten wiederholt Assistenten aufgrund des geringen Verdienstes gekündigt. Sie könne nur Männer beschäftigen, weil Frauen nicht kräftig genug seien. Zuletzt hätten sich lediglich zwei Männer beworben, von denen einer Kettenraucher gewesen und deshalb nicht in Betracht gekommen sei.

- 19 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie die Verwaltungsakten des Antragsgegners Bezug genommen.

## II.

- 20 Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist nach § 172 Abs. 1 SGG statthaft. Insbesondere ist sie nicht nach § 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG ausgeschlossen, da der Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 750 EUR überschreitet (§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG).
- 21 Es kann dahinstehen, ob das Rechtsschutzbedürfnis der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren deshalb entfallen ist, weil die erstinstanzlich bis zum 30. Oktober 2021 vorläufig zugesprochenen Leistungen zwischenzeitlich an die Antragsgegnerin - monatlich im Voraus - ausgezahlt worden sind und die Frage, ob dem Leistungsempfänger die Leistung tatsächlich zusteht, im Hauptsacheverfahren zu klären ist (vgl. Bayerisches LSG, Beschluss vom 14. April 2021 – L 20 KR 81/21 B ER – juris Rn. 35ff.; Bayerisches LSG, Beschluss vom 25. Juni 2018 – L 8 SO 49/18 B ER – juris Rn. 23 - 28; LSG Hamburg, Beschluss vom 29. Mai 2007 – L 5 B 591/06 ER AS – juris Rn. 2).
- 22 Denn die Beschwerde erweist sich jedenfalls als unbegründet. Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG können die Gerichte auf Antrag zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Dazu sind gemäß § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i. V. m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO) sowohl der durch die Anordnung zu sichernde, im Hauptsacheverfahren geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) als auch der Grund, weshalb die Anordnung ergehen und dieser Anspruch vorläufig bis zur Entscheidung der Hauptsache gesichert werden soll (Anordnungsgrund), glaubhaft zu machen. Außerdem kann das Gericht dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung entsprechend grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und dem Antragsteller nicht schon in vollem Umfang das gewähren, was er im Hauptsacheverfahren erreichen kann. Die summarische Prüfung kann sich insbesondere bei schwierigen Fragen auch auf Rechtsfragen beziehen (Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Auflage 2020, § 86b

Rn. 16c), wobei dann die Interessen- und Folgenabwägung stärkeres Gewicht gewinnt. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass dann, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären und wenn sich das Gericht in solchen Fällen an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren will, die Sach- und Rechtslage abschließend geprüft werden muss. Ist eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, ist aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 12. Mai 2005 -1 BvR 569/05 – juris Rn. 25, 26). Letzteres bestätigend hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 25. Februar 2009 (Az.: 1 BvR 120/09, juris Rn. 11) weiter ausgeführt, dass das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition umso weniger zurückgestellt werden darf, je schwerer die Belastungen des Betroffenen wiegen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbunden sind. Art 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) verlange auch bei Vornahmesachen jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.

- 23 Ein Anordnungsgrund liegt vor, wenn sich aus den glaubhaft gemachten Tatsachen ergibt, dass es die individuelle Interessenlage des Antragstellers unzumutbar erscheinen lässt, den Antragsteller zur Durchsetzung seines Anspruchs auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen. Ob die Anordnung derart dringlich ist, beurteilt sich insbesondere danach, ob sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen, ebenso schwerwiegenden Gründen nötig erscheint. Dazu müssen Tatsachen vorliegen bzw. glaubhaft gemacht sein, die darauf schließen lassen, dass der Eintritt des wesentlichen Nachteils im Sinne einer objektiven und konkreten Gefahr unmittelbar bevorsteht (vgl. Keller, a. a. O., § 86b Rn. 27a).
- 24 Der Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht, wenn das Gericht auf Grund einer vorläufigen, summarischen Prüfung zu der Überzeugung gelangt, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass dem Antragsteller ein Rechtsanspruch auf die begehrte Leistung zusteht und er deshalb im Hauptsacheverfahren mit demselben Begehren voraussichtlich Erfolg haben würde.
- 25 Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund stehen nicht isoliert nebeneinander. Vielmehr verhalten sie sich in einer Wechselbeziehung zueinander, in welcher die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit

zunehmender Eilbedürftigkeit bzw. Schwere des drohenden Nachteils (des Anordnungsgrundes) zu verringern sind und umgekehrt.

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bilden nämlich aufgrund ihres funktionalen Zusammenhangs ein bewegliches System (Hessisches LSG, Beschluss vom 29. September 2005 - Az. L 7 AS 1/05 ER – juris Rn. 28; Keller a. a. O., § 86b Rn. 27 und 29 m. w. N). Wäre eine Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden ist. Wäre eine Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, so vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund, auch wenn in diesem Fall nicht gänzlich auf einen Anordnungsgrund verzichtet werden kann. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn etwa eine vollständige Aufklärung der Sach- oder Rechtslage im einstweiligen Rechtsschutz nicht möglich ist, hat das Gericht im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden, welchem Beteiligten ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache eher zuzumuten ist.

- 26 Vorliegend dringt die Antragstellerin mit ihrem Begehren im Wege einer Folgenabwägung durch.
- 27 Streitgegenstand ist vorliegend die Höhe des Vorschusses auf ein Persönliches Budget für die Sicherstellung der Pflege und Eingliederungshilfe im Wege des Arbeitgebermodells. Der Streitgegenstand des einstweiligen Rechtsschutzes kann nicht weiter gehen als in dem Hauptsacheverfahren, dem es folgt (Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 16. Juli 2012 - L 11 AS 323/12 B ER – juris Rn. 10). Streitgegenstand des Hauptsacheverfahrens ist der Bescheid vom 16. März 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Mai 2021. Zudem ist über den Antrag auf Bewilligung eines persönlichen Budgets seitens der Antragsgegnerin noch nicht entschieden.
- 28 Die Antragstellerin gehört mit der spinalen Muskelatrophie Typ 2 mit Tetraparese zum Personenkreis der Leistungsberechtigten i. S. d. §§ 90, 99 SGB Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – (SGB IX) i. V. m. § 53 Abs. 1 und 2 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (SGB XII) und den §§ 1 bis 3 Eingliederungshilfe-Verordnung in der bis zum 31. Dezember 2019 gültigen Fassung. Ebenso unstrittig ist ihr Anspruch dem Grunde nach auf Leistungen der Eingliederungshilfe in Form der Sozialen Teilhabe gem. §§ 102 Abs. 1 Nr. 4, 113 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 78 SGB IX und auf Leistungen der Hilfe zur Pflege in Form der häuslichen Pflegehilfe im Arbeitgebermodell (§ 103 Abs. 2 SGB IX i.V.m. §§ 64b Abs. 1 und Abs. 2, 64f Abs. 3 SGB XII). Der Eingliederungshilfe steht nicht entgegen, dass sich die Antragstellerin im Jahr

mehrere Wochen in Tansania aufhält, da sie weiterhin ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, § 101 Abs. 1 Satz 1 SGB IX.

- 29 Gemäß § 29 SGB IX in Verbindung mit § 105 Abs. 4 Satz 1 SGB IX und § 63 Abs. 3 SGB XII sind die Leistungen der Eingliederungshilfe und die Leistungen der Hilfe zur Pflege auf Antrag als Persönliches Budget zu gewähren. Nach § 29 Abs. 4 S. 1 und 2 SGB IX ist hierfür eine Zielvereinbarung abzuschließen, die mindestens Regelungen über die Ausrichtung der individuellen Förder- und Leistungsziele, die Erforderlichkeit eines Nachweises zur Deckung des festgestellten individuellen Bedarfs, die Qualitätssicherung sowie die Höhe der Teil- und des Gesamtbudgets enthält.
- 30 Inwieweit ein persönliches Budget trotz fehlender Zielvereinbarung im Wege des Eilrechtsschutzes oder im Klagewege durchsetzbar ist, ist umstritten. Zwar handelt es sich bei der Zielvereinbarung lediglich um eine formelle Voraussetzung für die Bewilligung von Teilhabeleistungen in Form eines persönlichen Budgets (vgl. BSG, Urteil vom 28. Januar 2021 – B 8 SO 9/19 R – juris, Rn. 27). Welche Konsequenzen eine fehlende Zielvereinbarung für das persönliche Budget hat, ist höchstrichterlich jedoch nicht geklärt (offen gelassen in BSG, a. a. O.).
- 31 Die Zielvereinbarung bindet die Beteiligten dagegen nur materiell im Hinblick auf den individuellen Leistungsbedarf, der dem Persönlichen Budget wegen der notwendigen Ausgestaltung und der Höhe zugrunde liegt (BSG, Urteil vom 27. Januar 2021 – B 8 SO 9/19 R – juris Rn. 28). Die fehlende Zielvereinbarung steht der Durchsetzung des vorliegend geltend gemachten Anspruchs auf Auszahlung eines Vorschusses (§ 42 Abs. 1 Erstes Buch Sozialgesetzbuch – SGB I) nicht entgegen. Danach kann – auf Antrag muss – der Leistungsträger Vorschüsse zahlen, wenn ein Anspruch auf Geldleistungen dem Grunde nach besteht und zur Feststellung seiner Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist. Wie bereits aus dem Wortlaut des § 29 Abs. 1 Satz 1 SGB IX folgt, handelt es sich bei dem Persönlichen Budget nicht um eine neue Leistungsart, sondern um eine alternative Leistungsform. Es können daher nur solche Leistungen in das Budget einfließen, die auch ohne Budget zu gewähren wären (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 9. Dezember 2010 – L 13 AL 4629/10 ER-B – juris Rn. 21). Bezogen auf die Antragstellerin ist unter Berücksichtigung des Meistbegünstigungsprinzips, wonach die Antragstellerin grundsätzlich alles begehrt, was ihr auf Grund des von ihr geschilderten Sachverhalts rechtlich zusteht (vgl. BSG, Urteil vom 24. April 2008 – B 9/9a SB 10/06 R – juris Rn. 16) jedenfalls davon auszugehen, dass bis zur Bewilligung des Persönlichen Budgets jedenfalls die zugrunde liegende Teilhabeleistung – mithin vorliegend die Spitzabrechnung im Arbeitgebermodell – mitbeantragt ist. Da die der Antragstellerin tatsächlich zustehende Höhe der Leistungen noch

offen ist, kommt die Gewährung von Vorschüssen in Betracht.

- 32 Für die Sicherstellung der Pflege durch besondere Pflegekräfte bedarf es eines umfassenden, konkreten Konzepts, das die Sicherstellung der Pflege belegt, insbesondere die erforderlichen Pflegebedarfe und das dafür notwendige Personal beschreibt (vgl. Meßling in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 3. Aufl. [Stand: 25. Januar 2021], § 63b SGB XII, Rn. 45; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 15. September 2006 – L 7 SO 4051/06 ER-B – juris Rn. 5; OVG Bremen, Beschluss vom 28. Februar 2008 – S 3 B 536/07 – juris, Rn. 22; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26. März 2015 – L 8 SO 52/14 B ER – juris Rn. 18).
- 33 Der Umfang der notwendigen Assistenz und die Höhe des angemessenen Arbeitnehmerbruttolohnes bestimmt sich zunächst nach dem ermittelten Bedarf. Danach steht nicht in Streit, dass Fachkräfte für die Deckung des Hilfebedarfs der Antragstellerin nicht erforderlich sind. Zwar geht das Gesetz davon aus, dass Leistungen der Eingliederungshilfe grundsätzlich durch Fachkräfte zu erbringen sind (§ 97 SGB IX). Im Arbeitgebermodell ist eine besondere fachliche Qualifikation der Assistenten nicht erforderlich. Es genügt, dass sie von dem behinderten Menschen als Arbeitgeber angeleitet und in ihre Arbeit eingewiesen worden sind (BSG, Urteil vom 28. Februar 2013 – B 8 SO 1/12 R – juris Rn. 15, 17). Zwar gehen die Beteiligten übereinstimmend davon aus, dass die Antragstellerin einen Assistenzbedarf von 24 Stunden am Tag hat. Streitig ist allerdings, in welchem Umfang darin Zeiten der Vollarbeit bzw. Zeiten der Arbeitsbereitschaft bzw. Bereitschaftsdienst enthalten sind und welche Vergütungshöhe jeweils angemessen ist. Im ITP vom 23. April 2021 geht die Antragsgegnerin dabei davon aus, dass 8 aktive Stunden auf die Eingliederungshilfe und 16 Stunden (7 Stunden passiv, 9 Stunden aktiv) auf die Pflege entfallen. Dabei fehlt es allerdings an einem Instrument, das die aufgezeigten Ressourcen und Defizite in einen konkreten Hilfebedarf "übersetzt". Die Antragstellerin macht unter Vorlage des beispielhaften Tagesablaufs geltend, dass 24 Stunden in Vollarbeit zu leisten sind. Nach der Stellungnahme von Frau Dipl.-Med. V.... vom amtsärztlichen Dienst der Antragsgegnerin vom 26. November 2020 schätzt diese – nach Vorstellung der Antragstellerin am 24. November 2020 – den übermittelten Tagesablauf als realistisch ein. Es wird weiter ausgeführt, dass die Antragstellerin nach eigenen Angaben an Schlafstörungen mit panischem Erwachen und aufgrund von Schmerzen im Hüftbereich leide. Ein selbständiger Lagerungswechsel sei ihr nicht möglich. Ohne Aufsicht drohten Schmerzen, Panik und ggf. Bedarf an notärztlicher Hilfe.
- 34 Die Angaben der Antragstellerin zum Umfang der Vollarbeitszeit erscheinen allerdings widersprüchlich. Denn in der Gesamtschau mit den Dienstplänen,

die dem amtsärztlichen Dienst offensichtlich nicht vorlagen, dürfte es kaum vorstellbar sein, dass ein Assistent physisch und psychisch in der Lage ist, mehrere Tage hintereinander 24 Stunden Vollarbeit zu verrichten. Insbesondere die aus den Dienstplänen von Januar und Februar 2021 ersichtlichen Personaleinsätze erscheinen selbst bei Annahme hoher Anteile an Bereitschaftsdiensten an der Arbeitszeit nicht ohne weiteres plausibel. Eine hinreichende Bedarfsfeststellung seitens der Antragsgegnerin hat – trotz der augenscheinlichen Widersprüche und des ausweislich der Verwaltungsakten bereits seit 2020 seitens der Antragstellerin geäußerten Bedarfs an einer Berücksichtigung von 24 Stunden Assistenz in Vollarbeit – bislang nicht stattgefunden. Die Feststellung des Pflegebedarfs durch die Antragsgegnerin erfolgte – offensichtlich aufgrund der Corona-Pandemie – ohne Hausbesuch, sondern allein nach Aktenlage sowie anhand von Telefonaten und E-Mail-Verkehr. Ausweislich einer in den Verwaltungsakten befindlichen E-Mail der für die Ermittlung des Bedarfs an Hilfe zur Pflege zuständigen Mitarbeiterin der Antragsgegnerin vom 24. März 2021 sind dabei Widersprüche und Unstimmigkeiten aus der Vergangenheit bewusst nicht thematisiert worden. Dabei wurde eingeschätzt, dass sich der pflegerische Bedarf von 17 Aktivstunden und 7 Passivstunden nicht verändert habe.

- 35 Die Durchführung einer Bedarfsermittlung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ist im Eilverfahren nicht durchführbar. Dies muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Allerdings ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens, das sowohl den Eingliederungshilfebedarf als auch den Bedarf an Pflegeleistungen erhebt, nach der Ansicht des Senats unerlässlich, zumal das Pflegegutachten des MDK im Jahr 2001 erstellt worden ist. Im Rahmen der Bedarfsermittlung durch die Antragsgegnerin im Verwaltungsverfahren wäre hierbei eine Hospitation über ein oder zwei Tage in der Häuslichkeit der Antragstellerin in Betracht zu ziehen. Dabei wären zugleich die von der Antragstellerin nunmehr vorgetragene psychischen Beeinträchtigungen in den Blick zu nehmen.
- 36 Bei dem derzeit von den Beteiligten angenommenen Assistenzbedarf von 24 Stunden täglich bestehen gegen die derzeitige praktische Umsetzung des Konzepts der Antragstellerin erhebliche Bedenken, weil der Einsatz der Mitarbeiter gegen das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) verstößt. Nach Auffassung des Senats ist die Anwendung des ArbZG vorliegend nicht gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG ausgeschlossen. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG ist das Arbeitszeitgesetz nicht anzuwenden auf Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. Diskutiert wurde diese Problematik bislang hauptsächlich im Zusammenhang mit ausländischen Pflegepersonen, die im Rahmen der sog. 24-Stunden-Pflege auch im

Haushalt der zu pflegenden Menschen wohnen. Soweit ersichtlich, liegen höchstrichterliche Entscheidungen konkret zur Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes bei sog. 24-Stunden-Pflegekräften nicht vor. Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen war bislang vor allem Umfang und Höhe der Vergütung von 24-Stunden-Pflegekräften (vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 24. Juni 2021, Az. 5 AZR 505/20). Das Bundesverwaltungsgericht hat hinsichtlich der Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes auf Erzieher in Wohngruppen von Kindern und Jugendlichen ausgeführt, dass ein Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG ein gemeinsames Wohnen und Wirtschaften auf längere Zeit voraussetzt, das auf personelle Kontinuität sowie nahezu permanente Verfügbarkeit des Arbeitnehmers angelegt und davon geprägt ist, dass sich Arbeits- und Ruhezeiten nicht voneinander trennen lassen (vgl. BVerwG, Urteil vom 8. Mai 2019 – 8 C 3/18 – juris, Rn. 11 - 12). Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Normen des Arbeitszeitgesetzes der Umsetzung der EU-Richtlinie 2003/88/EG und der vorangegangenen Richtlinie 93/104/EG in deutsches Recht dienen. Die Norm § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG ist dabei im Lichte des Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG und damit eng auszulegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die darin vorgesehene Abweichung so auszulegen, dass ihr Anwendungsbereich zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglicht, auf das unbedingt Erforderliche begrenzt wird (EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017 – C-175/16 – juris Rn. 31).

- 37 Das Bundesverwaltungsgericht hat in Anwendung dieser Grundsätze das Arbeitszeitgesetz auf in Wohngruppen für Kinder und Jugendliche mit alternierender Betreuung tätige Bedienstete für anwendbar gehalten. Nachdem dort individuelle Dienstpläne erstellt wurden, aus denen sich die täglichen Arbeitszeiten der Erzieher ergaben, erachtete es die Tätigkeit der Betreuer nicht als davon geprägt, dass sich Arbeits- und Ruhezeiten nicht voneinander trennen ließen. Nachdem der durchgehende Verbleib der Erzieher in den Wohngruppen auf Phasen von zwei bis sieben Tagen beschränkt war, sah es die Tätigkeit ferner nicht auf personelle Kontinuität und nahezu permanente Verfügbarkeit des einzelnen Erziehers angelegt (vgl. BVerwG, Urteil vom 8. Mai 2019 – 8 C 3/18 – juris Rn. 23). In der Instanzrechtsprechung (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 8. März 2012 – L 3 R 72/08 – juris Rn. 54) und in der Literatur wird die Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG auf 24-Stunden-Pflegekräfte, soweit ersichtlich, überwiegend abgelehnt (vgl. BeckOK ArbR/Kock, 61. Ed. 1. September 2021, ArbZG § 18 Rn. 5; ErfK/Wank, 21. Aufl. 2021, ArbZG § 18 Rn. 5; Thüsing/Beden/Denzer/Bleckmann/Pöschke: Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden, NZS 2021, 321 [324] m.w.N.; Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-Stunden-Betreuung durch ausländischer Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, Nomos-Verlag, 2018, S. 164ff, S. 189ff.; a. A.

ohne nähere Begründung: Schmitz, NZA-RR 2019, 233 [237]). Dabei wird insbesondere darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG lediglich den in der Beschlussempfehlung aufgeführten Fall der "SOS-Kinderdorfmutter" vor Augen gehabt habe (vgl. Thüsing/Beden/Denzer/Bleckmann/Pöschke, NZS 2021, 321 [324]).

- 38 Zum Tatbestandsmerkmal der Eigenverantwortlichkeit hat das BVerwG in seiner o. g. Entscheidung nicht mehr Stellung genommen. In der Ausgangsentscheidung hat das Verwaltungsgericht Berlin ausgeführt, dass Eigenverantwortlichkeit i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG nur vorliege, wenn keine oder allenfalls geringe Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung der Betreuungstätigkeit bestünden (vgl. VG Berlin, Urteil vom 24. März 2015 – 14 K 184.14 – juris Rn. 41). In Anwendung dieser nachvollziehbaren Grundsätze geht der Senat nach den vorliegenden Unterlagen davon aus, dass die Antragstellerin das Arbeitszeitgesetz zu beachten hat. Auch wenn die Assistenten während ihrer Dienstzeiten in einem von der Antragstellerin in ihrer Wohnung bereitgehaltenen Zimmer wohnen, liegt kein Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft vor. Die Assistenten halten sich dort auf, um ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit nachzugehen. Im Hinblick auf die alternierende Anwesenheit eines Assistenten an bis zu sieben Tagen fehlt es an einer personellen Kontinuität. Zudem werden auch vorliegend Dienstpläne erstellt. Schließlich ist die Tätigkeit auch nicht davon geprägt, dass sich Arbeits- und Ruhezeiten nicht voneinander trennen lassen, denn dies ist allein eine Frage der Organisation. Schließlich fehlt es auch am Merkmal der Eigenverantwortlichkeit der Assistenten, nachdem diese in der Ausübung ihrer Tätigkeit vollumfänglich den Anweisungen der Antragstellerin unterliegen. Zudem besteht vorliegend auch kein Qualifikationsvorsprung der Assistenten gegenüber der Antragstellerin, was etwa bei hochqualifizierten Fachkräften gegeben wäre. Besondere förmliche Qualifikationsanforderungen sind im Arbeitgebermodell auch gerade wegen der mit der Arbeitgeberstellung des zu Pflegenden verbundenen Gestaltungshoheit und der vom Gesetzgeber gewollten Privilegierung nicht zu stellen, so dass es unerheblich ist, ob die beschäftigten Pflegekräfte über eine Ausbildung im pflegerischen Bereich verfügen. Es genügt, dass sie von ihm angelernt und in ihre Arbeit eingewiesen werden (BSG, Urteil vom 28.02.2013 – B 8 SO 1/12 R – juris Rn. 15, 17).
- 39 Bei einem tatsächlich bestehenden Assistenzbedarf von 24 Stunden täglich durch Vollarbeit oder zumindest Bereitschaftszeit verstößt der derzeitige Einsatz der Angestellten der Antragstellerin gegen zwingende Normen des Arbeitszeitgesetzes. Die zulässige Arbeitszeit beträgt nach § 3 ArbZG täglich höchstens acht bzw. bei entsprechendem Ausgleich höchstens zehn Stunden. Ferner ist nach Beendigung der Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit

von mindestens elf Stunden zu gewährleisten, § 5 Abs. 1 ArbZG. Zudem sind die Regeln der Sonn- und Feiertagsruhe nach §§ 9ff ArbZG zu beachten. Abweichungen hiervon nur den Tarifvertragsparteien bzw. den Betriebspartnern gestattet (§§ 12, 7 Abs. 1, 2, 2a ArbZG) oder durch einzelvertragliche Übernahme eines – fachlich, räumlich und zeitlich anwendbaren – Tarifvertrages (§ 7 Abs. 3 ArbZG) oder in bestimmten Fällen aufgrund Genehmigung der Aufsichtsbehörden (§ 7 Abs. 5 ArbZG). Einzelvertragliche Abweichungen vom ArbZG verstoßen gegen ein gesetzliches Verbot und sind daher nichtig, § 134 BGB. Selbst bei zugelassen Abweichungen gilt etwa nach § 7 Abs. 9 ArbZG, dass dem Arbeitnehmer bei einer werktäglichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers aufgrund der Verlängerung von mehr als zwölf Stunden im unmittelbaren Anschluss an den Arbeitseinsatz eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden gewährt werden muss. Eine Verkürzung der Ruhezeit aufgrund anderer Regeln ist unzulässig. 24-Stunden-Dienste an mehreren Tagen sind somit in keinem Fall möglich. Ausnahmen sind allenfalls vorübergehend nach Maßgabe des § 14 ArbZG möglich, wobei die Voraussetzungen dieser Vorschrift im Falle der Antragstellerin offensichtlich nicht vorliegen. Dabei kann es dahinstehen, ob 24 Stunden Vollarbeit zu leisten ist oder ob darin auch Stunden der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes enthalten sind, denn auch diese sind Arbeitszeit i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 a ArbZG. Hierunter fällt auch eine vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer entweder am Arbeitsplatz oder einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle anwesend sein muss, um die Arbeit entweder von sich aus (Arbeitsbereitschaft) oder auf Anforderung (Bereitschaftsdienst) aufnehmen zu können und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, er also weder Pause (§ 4 ArbZG) noch Freizeit hat (BAG, Urteil vom 20. April 2011 – 5 AZR 200/10 – juris Rn. 21 m.w.N.). Allenfalls Rufbereitschaft kann als Ruhezeit gelten. Diese ist jedoch nicht vergütungspflichtig. Ergibt die – nachzuholende – umfassende Bedarfsermittlung, dass zumindest zeitweise Rufbereitschaft genügt, wäre der Assistenzbedarf entsprechend anzupassen.

- 40 Dass die herausfordernden Arbeitsbedingungen für die Assistenten aufgrund des aufgezeigten Verstoßes gegen das Arbeitszeitgesetz der Antragsgegnerin nicht entgegengehalten werden können, um die Refinanzierung höherer Vergütungen durchzusetzen, versteht sich von selbst. Darüber hinaus hat das BSG bereits ausgeführt, dass ein Leistungsträger nicht dazu verpflichtet werden kann, Leistungen zum Ersatz von Entgelten zu erbringen, wenn diese nicht entsprechend den gesetzlichen Regelungen (Sozialversicherungsbeiträge, Steuern) gezahlt worden sind, bzw. wenn die Arbeitsleistungen selbst gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen (BSG, Urteil vom 11. Dezember 2007 – B 8/9b SO 12/06 R – juris, Rn. 12).

Gleiches muss gelten, wenn ersichtlich ist, dass der Einsatz der Angestellten unter Missachtung des Arbeitszeitgesetzes erfolgt.

- 41 Gemäß § 64f Abs. 3 SGB XII sollen im Arbeitgebermodell die angemessenen Kosten übernommen werden. Dabei ist zunächst der im Rahmen der Bedarfsfeststellung ermittelte Hilfebedarf (Anzahl der Stunden) und die hierfür notwendige Ausbildung der Assistenten (Fachkraft/Hilfskraft) zu Grunde zu legen. Nach der im Eilrechtsschutz gebotenen summarischen Prüfung geht der Senat davon aus, dass zur Pflege der Antragstellerin keine Fachkraft erforderlich ist. Allerdings ist auch dieser Aspekt im Hauptsacheverfahren für die Bedarfe an Eingliederungshilfe und an solchen der Hilfe zur Pflege sorgfältig zu prüfen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Tagesablaufplan. Bei der Prüfung der Angemessenheit ist darauf abzustellen, wie hoch üblicherweise der Stundenlohn einer einfachen Assistenz- bzw. Pflegekraft nach den örtlichen Gegebenheiten ist; dieser muss unter dem für eine Fachkraft bleiben (vgl. zu § 65 SGB XII a. F.: BSG, Urteil vom 11. Dezember 2007 – B 8/9b SO 12/06 R – juris Rn. 18, 20; BSG, Urteil vom 26. August 2008 – B 8/9b SO 18/07 R – juris Rn. 20). Mithin ist die ortsübliche Vergütung zu ermitteln. Nach § 612 Abs. 2 BGB ist die übliche Vergütung diejenige, die am gleichen Ort in ähnlichen Gewerben und Berufen für entsprechende Arbeit bezahlt zu werden pflegt; maßgeblich ist die übliche Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftskreis (vgl. BAG, Urteil vom 20. April 2011 – 5 AZR 171/10 – juris, Rn. 16 m.w.N.). Sätze an der oberen oder an der unteren Grenze einer Spanne sind in der Regel unüblich (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 1985 – IVa ZR 211/82 – juris, Rn. 17). In den Vergleich können nach Auffassung des Senats durchaus auch die Arbeitnehmerbruttolöhne von bei professionellen Leistungserbringern angestellten Arbeitnehmern herangezogen werden, wenn deren Tätigkeit mit bei dem behinderten Menschen direkt angestellten Beschäftigten vergleichbar ist. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Leistungserbringer üblicherweise vergleichbare Dienstleistungen im Auftragsmodell (persönliches Budget) oder als Sachleistung erbringt. Die ortsübliche Vergütung kann mangels eigener Sachkenntnis vom Senat nicht festgestellt werden. Ggf. wäre diese sachverständig zu ermitteln, was im Rahmen eines Eilverfahrens regelmäßig untunlich ist, sondern dem Hauptsacheverfahren überlassen bleibt. Anhaltspunkte für die Einordnung einer Vergütung als ortsüblich können die im Beschwerdeverfahren seitens des Antragsgegners vorgetragene Ergebnisse aus der bei verschiedenen anderen Leistungsträgern im Bundesgebiet bzw. Leistungserbringern in A... vorgenommenen Abfrage anerkannter bzw. gezahlter Arbeitnehmer-Brutto-Löhne bieten. Danach zahlen die Leistungsträger Stundenlöhne (Arbeitnehmerbrutto) zwischen 13,30 EUR und 19,87 EUR, wobei sich zwei der angeschriebenen

Leistungsträger an Tariflöhnen (Landesverband R....: TVÖD P-Tabelle Gr. P 6 Stufe 2 bzw. Stadt L....: TVÖD VKA E 3/Stufe 2) orientieren. Bei den Stundensätzen des Bezirks U... ist allerdings fraglich, ob es sich dabei um Arbeitnehmerbruttovergütungen oder Verrechnungsstundensätze für Sachleistungen handelt. Soweit die Stadt T... angibt, für Hilfskräfte ausgehend von einer Richtlinie des K... W... (K....) einen Bruttolohn von 19,87 EUR zu zahlen, ist zu bemerken, dass der K... auf telefonische Nachfrage der Berichterstatterin des Senats die Anwendung einer Richtlinie für das Arbeitgebermodell nicht bestätigte. Vielmehr beziehe man sich beim Arbeitgebermodell indiziell auf den Entgeltatlas der Bundesagentur für Arbeit (<https://web.arbeitsagentur.de/entgeltatlas/>). Danach erhält eine Betreuungskraft/Alltagsbegleiter/in (Anforderungsniveau: Helfer) in W... ein mittleres monatliches Vollzeitbruttoeinkommen (Median) von 2.585 EUR (<https://web.arbeitsagentur.de/entgeltatlas/beruf/9060?region=17>, zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2021). Bei 174 Arbeitsstunden im Monat sind das 14,87 EUR/Stunde. Bei einer/einem Pflegeassistent/-in (Anforderungsniveau: Helfer) liegt der Median in W... bei 2.309 EUR (<https://web.arbeitsagentur.de/entgeltatlas/beruf/135347?region=17>, zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2021), was einem Stundenlohn von 13,27 EUR entspricht. Gleiches gilt für eine/n Gesundheits- und Krankenpflegehelfer/in (Anforderungsniveau: Helfer, <https://web.arbeitsagentur.de/entgeltatlas/beruf/30192?region=17>, zuletzt abgerufen am 31. Oktober 2021). Für die Stadt A... liegen allerdings keine gesondert ausgewiesenen Daten vor.

- 42 Aus den Antworten der Leistungserbringer im Raum A... wiederum ergibt sich, dass für Hilfskräfte in der Pflege ein Arbeitnehmerlohn von 12,81 EUR bis 19,40 EUR pro Stunde gezahlt wird, in der Eingliederungshilfe von 12,25 EUR bis 19,40 EUR. Dabei liegt lediglich ein Leistungserbringer im oberen Bereich mit Stundensätzen von 16,04 EUR bis 19,40 EUR. Für Fachkräfte werden Stundenvergütungen zwischen 16,00 EUR und 21,71 EUR gezahlt.
- 43 Auch unter Berücksichtigung der fehlenden Repräsentativität dieser Umfrage ergibt sich, dass – isoliert betrachtet – ein Stundenlohn von 17 EUR für Hilfskräfte durchaus im oberen Bereich angesiedelt ist.
- 44 Für eine Ortsüblichkeit einer Differenzierung der Vergütung nach Vollarbeitsstunden (Aktivstunden) und Stunden der Bereitschaft (Passivstunden) ergaben sich aus den Ermittlungsergebnissen zunächst keine Anhaltspunkte, wobei nicht auszuschließen ist, dass Bereitschaftszeiten jedenfalls bei den abgefragten Leistungserbringern entweder gar nicht anfallen (sondern nur Rufbereitschaft) oder es sich bei einigen der angegebenen Stundenlöhne bereits um Durchschnittsstundenlöhne handelt. Arbeitsrechtlich zwingend ist allerdings lediglich, dass der Arbeitgeber den

gesetzlichen Mindestlohn für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde und damit für alle Stunden zahlt, während derer der Arbeitnehmer die gemäß § 611 Abs. 1 BGB geschuldete Arbeit erbringt. Vergütungspflichtige Arbeit ist dabei nicht nur die Vollarbeit, sondern auch die Bereitschaft (vgl. BAG, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 5 AZR 591/16 – juris Rn. 13). Soweit diese Maßgabe eingehalten wird, ist es nicht unüblich, Zeiten des Bereitschaftsdienstes in geringerer Höhe zu entlohnen als Vollarbeit, da die Arbeitsleistung in der Bereitschaft eine geringere ist als während der Vollarbeit. Ein Anhaltspunkt für ggf. vorzunehmende Abschläge für Bereitschaftszeiten kann etwa der Anteil der dabei erfahrungsgemäß durchschnittlich tatsächlich zu erbringenden Arbeitsleistungen sein. Ist eine Heranziehung während des Bereitschaftsdienstes danach in nahezu jedem Bereitschaftsdienst mehrere Male zu erwarten, kann es angemessen sein, keinen oder nur einen geringen Abschlag von der für die Vollarbeit üblichen Vergütung vorzunehmen. Abzugrenzen dürften jedoch die Tätigkeiten sein, die bei entsprechender Organisation auch außerhalb der Bereitschaft erbracht werden könnten (z. B. Wäsche waschen, Küche desinfizieren).

- 45 Die Zahlung von Tariflohn ist ortsüblich, wenn die jeweilige Tätigkeit üblicherweise nach Tarif entlohnt wird. Dies ist im Hinblick auf die Vielzahl der grundsätzlich nicht tarifgebundenen Arbeitgeber in dem relevanten Markt zwar fraglich. Allerdings hat das Schleswig-Holsteinische LSG die Zahlung von Tariflohn für eine persönliche Assistenz für angezeigt erachtet, vor allem auch unter Verweis auf die – allerdings nicht verbindlichen – Empfehlungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) für die Erbringung finanzieller Leistungen zur Arbeitsassistenz schwerbehinderter Menschen gemäß § 185 Abs. 5 SGB IX (vgl. Beschluss vom 15. August 2016 – L 9 SO 124/16 B ER – juris Rn. 12 - 14). Dort wird für ein persönliches Arbeitsassistentenbudget zwischenzeitlich (Stand: 24. August 2020) unter Ziffer 7.2. für Hilfs- und Unterstützungstätigkeiten, für die in der Regel eine Ausbildung oder besondere Qualifikation nicht erforderlich ist, die Orientierung an der Entgeltgruppe 3 (alternativ 4) Stufe 1 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) empfohlen, inklusive der Berücksichtigung von Zuschlägen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, sofern der behinderte Mensch diese Zuschläge mit seinen Assistenten vereinbart hat und auch zahlt (vgl. <https://www.integrationsaemter.de/bihempfehlungen/547c236/index.html#>, zuletzt abgerufen am 1. November 2021).
- 46 Für eine Tariforientierung beim Arbeitgebermodell spricht auch, dass bei professionellen Leistungserbringern die Zahlung tariflicher Vergütungen nicht als unwirtschaftlich angesehen werden kann (vgl. für Verträge mit Leistungserbringern der häuslichen Krankenpflege § 132a Abs. 4 Satz 7 SGB

V; hierzu auch BSG, Urteil vom 23. Juni 2016 – B 3 KR 26/15 R – juris, Rn. 44f.). Gleiches gilt für den Bereich der Pflegeversicherung, in der gem. § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI ab dem 1. September 2022 Versorgungsverträge nur noch mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden dürfen, die ihren Arbeitnehmern, die Leistungen der Pflege oder Betreuung von Pflegebedürftigen erbringen, eine Entlohnung nach dem abgeschlossenen Tarifvertrag bzw. – bei fehlender Tarifbindung – in Höhe der Entlohnung eines Tarifvertrages zahlen, dessen räumlicher, zeitlicher, fachlicher und persönlicher Geltungsbereich eröffnet ist bzw. dessen fachlicher Geltungsbereich mindestens eine andere Pflegeeinrichtung in der Region erfasst, in der die Pflegeeinrichtung betrieben wird, und dessen zeitlicher und persönlicher Geltungsbereich eröffnet ist.

- 47 Nach dieser grundsätzlichen Wertentscheidung des Gesetzgebers ist es nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden, wenn die Antragstellerin ihre Arbeitskräfte in Anlehnung an den – fachlich naheliegenden – TVöD, P-Tabelle, Gruppe 6, Stufe 2 vergütet. Es erschiene nämlich widersprüchlich, wenn bei der Bemessung des persönlichen Budgets grundsätzlich auf den Charakter als Surrogat zur Sachleistung verwiesen, andererseits aber eine Tarifierung beim Arbeitgebermodell abgelehnt wird (vgl. auch Schweigler, SGB 2019, 661, 666). Insofern ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb Tarifierhöhungen seitens der Antragsgegnerin bisher nur mit einer Verzögerung von einem Jahr übernommen wurden.
- 48 Dafür, dass eine übertarifliche Vergütung angemessen, insbesondere ortsüblich, ist, liegen hingegen keine Anhaltspunkte vor. Das ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Antragstellerin. Die Angaben der Antragstellerin, weshalb ein Stundenlohn von 17 EUR vereinbart werden musste, sind äußerst ungenau und allgemein gehalten. Trotz expliziter Nachfrage des Senats wurde nicht dargelegt, weshalb bei den Bestandskräften eine derart deutliche Erhöhung der Stundenvergütung notwendig gewesen sein soll. Auch zu den Gehaltsverhandlungen mit den neu hinzugewonnenen Assistenten wird nichts dargelegt. Es wird lediglich allgemein ohne Bezug zur Gegenwart ausgeführt, dass frühere Assistenten wegen der als zu gering empfundenen Bezahlung gekündigt hätten. Die Bemühungen der Antragstellerin, Assistenten zu finden, erscheinen auch überschaubar. Es wurde lediglich eine Anzeige geschaltet. Nachfragen beim Arbeitsamt erfolgten offenbar nicht. Die Antragstellerin hat sich – was bei großer Personalnot naheliegend gewesen wäre – auch nicht mit einem entsprechenden Beratungsanliegen an die Antragsgegnerin gewandt.
- 49 Für die Berechnung des Vorschusses ist somit im Eilrechtsschutz von einem – auch von der Antragsgegnerin nicht angegriffenen – Assistenzbedarfs von 24 Stunden auszugehen. In der Hauptsache könnte sich der Bedarf auf der

Grundlage des notwendigen Sachverständigengutachtens ggf. ändern. Dabei gehen beide Beteiligte davon aus, dass diese 24 Stunden auch grundsätzlich vergütungspflichtig sind. Unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Amtsärztin ist es zumindest plausibel, dass auch in der Nacht während der Bereitschaftszeit regelmäßig mehrmals tatsächliche Pflegeleistungen erbracht werden müssen (ausweislich des MDK-Gutachtens vom 26. Februar 2001 ist das Umlagern in der Nacht mindestens fünf Mal notwendig), so dass im Rahmen der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung zunächst kein Vergütungsabschlag für die Passivstunden vorgenommen wird. Kalkulatorisch werden 20 Prozent Nachtzuschlag und 25 Prozent Sonntagszuschlag berücksichtigt. Diese werden von der Antragstellerin derzeit zwar nicht geschuldet, dafür ist der vereinbarte Bruttolohn/Stunde derzeit höher. Ausgehend von einem Tarifstundenlohn von 14,88 EUR für 24 Stunden an 365 Tagen, 28 Tagen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, 34 Tagen Urlaub, 11 Feiertagen, 22,875 Prozent Arbeitgeberanteilen, 1,5 Prozent der Vergütung für Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung, 50 Prozent Erstattung der fiktiven Lohnkosten, 420 EUR Regiekosten und 1.200 EUR für die Lohnabrechnung ergibt sich ein Jahresbetrag von 208.595,55 EUR, mithin pro Monat ein Betrag von 17.382,96 EUR. Nach Abzug des Pflegegeldes nach SGB XI iHv. 728 EUR verbleibt ein Betrag von rund 16.600 EUR. Der Senat hat dabei im Eilrechtsschutz die Angaben der Antragstellerin zu Urlaubs und Krankheitstagen zugrunde gelegt. In der Hauptsache wäre dies allerdings zu überprüfen. Insbesondere dürften bei den Krankheitstagen die durchschnittlichen Arbeitsunfähigkeitstage aus dem Vorjahr anzusetzen sein. Nach einer Erhebung der Techniker Krankenkasse fehlten im Jahr 2020 Altenpflegekräfte aufgrund von Krankheiten 24,8 Tage und damit rund zehn Tage mehr im Jahr als Berufstätige insgesamt (14,6 Tage). Beschäftigte in der Krankenpflege verzeichneten im Schnitt 22,4 Fehltag (Quelle: <https://www.tk.de/presse/themen/praevention/gesundheitsstudien/steigende-fehlzeiten-bei-pflegekraeften-2111088?tkcm=ab>, zuletzt abgerufen am 11. November 2021).

- 50 Trotz der fehlenden Tragfähigkeit des Konzepts der Antragstellerin im Hinblick auf die Arbeitszeiten ihrer Assistenten erscheint es im Rahmen der Folgenabwägung nicht geboten, die bereits vorläufig zugesprochenen Leistungen allein deshalb teilweise aufzuheben. Kennzeichnend für die Zahlung eines Vorschusses gemäß § 42 Abs. 1 Satz 1 SGB I ist zwar, dass der Leistungsträger vom Bestehen eines Anspruchs auf eine Geldleistung dem Grunde nach ausgeht. Nach der Rechtsprechung des BSG kommt es insoweit nicht auf das objektive Vorliegen der materiellen Leistungsvoraussetzungen an; ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr, dass der Anspruch zur Überzeugung des Leistungsträgers nach dem aktuellen Stand der Ermittlungen gegeben ist (BSG, Urteil vom 1. Juli

2010 – B 11 AL 19/09 R – juris Rn. 13 m.w.N.). Darüber hinaus muss der zuständige Leistungsträger hinreichend deutlich machen, dass er wegen eines von seinem Standpunkt aus dem Grunde nach bestehenden Anspruchs auf Geldleistungen, dessen genaue Höhe noch nicht zeitnah festgestellt werden kann, ein Recht auf Zahlungen bewilligt, das noch keinen dauerhaften Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Gezahlten bildet und dessen Ausübung daher wirtschaftlich mit dem Risiko einer möglichen Rückzahlungspflicht behaftet ist (BSG, a. a. O. Rn. 14). Bei danach zu Recht unter den Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 SGB I gezahlten Vorschüssen richtet die Rückforderung allein nach § 42 Abs. 2 SGB I und nicht nach den Vorgaben des § 45 SGB X, selbst wenn die Behörde später das Nichtbestehen des Leistungsanspruchs feststellt (BSG, Urteil vom 1. Juli 2010 – B 11 AL 19/09 R – juris Rn. 18). Bei der sich dann aufdrängenden Prüfung eines Erlasses einer etwaigen Rückforderungssumme wird die Antragsgegnerin allerdings zu berücksichtigen haben, dass auch sie selbst das Konzept der Antragstellerin im Hinblick auf die Arbeitszeiten der Assistenten bislang nicht beanstandet und auch – im Rahmen ihres Sicherstellungsauftrages nach § 95 SGB XI – keine Alternative zur Deckung des Assistenzbedarfs durch Sachleistungen unterbreitet hat sowie vorliegend der Leistungszeitraum bereits in der Vergangenheit liegt und die Pflege- und Assistenzleistungen offensichtlich erbracht wurden.

- 51 Allerdings ist zukünftig auf die Einhaltung der Vorschriften zum Arbeitszeitgesetz zu achten. Im der Hauptsache wird im Hinblick auf die unterschiedlichen Angaben in den Kalkulationen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin insbesondere auch zu prüfen sein, wie hoch die Erstattung der fiktiven Lohnkosten tatsächlich ist und welcher Beitragssatz für die Unfallversicherung veranschlagt wird. Soweit die Antragstellerin in ihrer Kalkulation noch Kosten für ein Assistenzzimmer geltend macht, wird zu berücksichtigen sein, dass ausweislich des Bescheides des Jobcenters A.... vom 4. September 2020 bereits Kosten der Unterkunft und Heizung iHv. 562,50 EUR berücksichtigt sind. Ausweislich der Kontoauszüge werden 577,50 EUR für Miete aufgewendet (Differenz lediglich 15 EUR). Hier ist zur Vermeidung von Doppelleistungen aufzuklären, ob die Kosten für das Assistenzzimmer ggf. bereits vom Jobcenter übernommen wurden.
- 52 Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Dieser ergibt sich bereits daraus, dass sie auf die Assistenz angewiesen ist und sie die fehlenden Beträge nicht vorübergehend aus eigenen Mitteln bestreiten kann. Zwar erscheint der Vortrag zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen lückenhaft, weil die Antragstellerin keine Angaben zu ihrem Kreditkartenkonto gemacht hat, das - gerichtsbekannt - bei der ... auch im Guthaben geführt werden kann und ausweislich der Abbuchungen auf den vorgelegten Kontoauszügen auch vorhanden ist. Zudem ist aus den

Verwaltungsakten ersichtlich, dass die Antragstellerin in der Vergangenheit Einkommen bzw. Vermögen aus einer Erbschaft erzielt hat. Im Hinblick darauf und auf den Umstand, dass die Antragstellerin Reisekosten für einen mehrmonatigen Aufenthalt in Tansania aufwendet, erscheint es nicht plausibel, dass keinerlei Sparvermögen vorhanden sein soll. Vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin jedenfalls bis Ende September 2021 Arbeitslosengeld II bezogen hat, ist nachvollziehbar, dass sie die Differenz zwischen dem Vorschuss der Antragsgegnerin und dem vom SG einstweilen zugesprochenen Betrag in Höhe von 3.200 EUR im Monat aus Eigenmitteln nicht aufbringen kann. Es ist der Antragstellerin auch nicht zuzumuten, sich durch Nichtzahlung der Arbeitsvergütung zunächst vertragswidrig zu verhalten und Kündigungen der Assistenten zu provozieren.

- 53 Die vom SG vorgenommene Folgenabwägung ist nicht zu beanstanden.
- 54 Lediglich ergänzend sei angemerkt, dass es keinen Rechtssatz gibt, wonach beim Arbeitgebermodell im persönlichen Budget generell die Stundensätze zu zahlen sind, die die Antragsgegnerin an einen professionellen Leistungserbringer zahlen müsste. Das Persönliche Budget ist so zu bemessen, dass der individuell festgestellte Bedarf gedeckt werden und die erforderliche Beratung und Unterstützung erfolgen kann (§ 29 Abs. 2 Satz 6 SGB IX). Dabei soll die Höhe des Persönlichen Budgets die Kosten aller bisher individuell festgestellten Leistungen nicht überschreiten, die ohne das Persönliche Budget zu erbringen sind, § 29 Abs. 2 Satz 7 SGB IX (Grundsatz der Budgetneutralität). Der mit dem Persönlichen Budget verbundene Geldleistungsanspruch des behinderten Menschen darf grundsätzlich nicht zu einer Kostensteigerung für die ansonsten gleiche Leistung führen. Nach der Gesetzesbegründung soll die Norm im Grundsatz eine Obergrenze darstellen, um Leistungsausweitungen und damit unkalkulierbare Mehrkosten für die Leistungsträger zu vermeiden. Die Höhe des Gesamtbudgets soll im Einzelfall die Kosten aller ohne Budget zu erbringenden bisher individuell festgestellten Leistungen nicht überschreiten (vgl. BT-Drucks 15/1514, S. 72 zu Art. 8). Das BSG hat dazu ausgeführt, dass eine Ausnahme vom Verbot, diese Obergrenze zu überschreiten, nur in Betracht kommt, wenn eine für die Lebensqualität des Versicherten wesentliche und vorübergehende Änderung im Hilfebedarf vorliegt oder vorübergehende Zusatzaufwendungen für die Beratung und Unterstützung bei der Verwaltung des persönlichen Budgets nötig werden (BSG, Urteil vom 31. Januar 2012 – B 2 U 1/11 R – juris Rn. 43f). Es hat weiter ausgeführt, dass derjenige, der statt des Erhalts einer von persönlicher Dienstleistung geprägten Naturalleistung seinen Dienstleistungsbedarf in "Eigenregie" decken will, aufgrund seiner – im Vergleich zum Leistungsträger – geringen Nachfragemacht regelmäßig zusätzliche, zur Deckung seines individuellen Bedarfs objektiv nicht erforderliche Mehrkosten in Kauf nehmen muss, diese für ihn typischerweise

anfallenden Mehrkosten aber bei der Höhe des Budgets aufgrund des Grundsatzes der Kostenneutralität nicht berücksichtigt werden dürfen (BSG, Urteil vom 31. Januar 2012 – B 2 U 1/11 R – juris, Rn. 48).

Vergleichsmaßstab für die Prüfung der Budgetneutralität sind die Kosten der Sachleistung im konkreten Bedarfsfall (vgl. Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 20. August 2015 – L 8 SO 327/13 – juris Rn. 21). Danach ist ein Vergleich noch weitgehend unproblematisch möglich, wenn die Antragstellerin mit ihrem Persönlichen Budget nicht selbst Pflegekräfte anstellt, sondern die Leistungen ihrerseits im Auftragsmodell von einem professionellen ambulanten Pflegedienst einkauft. Bei der Bedarfsdeckung im Rahmen des Arbeitgebermodells ist ein Vergleich mit der Sachleistung allerdings schon deshalb problematisch, weil es an einem entsprechenden Sachleistungsäquivalent gerade fehlt (Schweigler, SGB 2019, 661 [666]). Denn an die Stelle des Sachleistungsanspruches – etwa aus § 64a SGB XII – tritt beim Arbeitgebermodell von vornherein ein Anspruch auf Übernahme der angemessenen Kosten für die Beschäftigung von Pflegekräften, mithin ein Geldleistungsanspruch. Das sozialhilferechtliche Dreiecksverhältnis gilt von vornherein nicht (vgl. Meßling in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 3. Aufl. [Stand 1. Februar 2020], § 64f SGB XII Rn. 38). Maßstab für die zu erstattenden Kosten im Arbeitgebermodell ist daher auch beim Persönlichen Budget die angemessene, mithin ortsübliche Vergütung. Der von der Antragstellerin ins Feld geführte Vergleich zwischen dem von der Antragsgegnerin refinanzierten Arbeitnehmerbruttolohnes im Arbeitgebermodell mit dem Betrag, den die Antragsgegnerin bei der Erbringung von Sachleistungen aufgrund von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach §§ 75ff. SGB XII bzw. §§ 123ff SGB IX an einen Leistungserbringer zahlen würde, geht fehl, weil diese Beträge nicht vergleichbar sind. In der an den Leistungserbringer gezahlten Vergütung sind auch die Arbeitgeberanteile und die anteiligen Verwaltungskosten (Sachkosten und sog. "Overhead-Kosten") enthalten, die – soweit sie überhaupt anfallen und angemessen sind – auch der Antragstellerin im Rahmen des persönlichen Budgets gewährt werden können (z. B. Assistenzzimmer, Steuerberaterkosten, Regiekosten). Bestimmte (Gemein-)Kosten fallen bei ambulanten Pflegediensten zwangsläufig aufgrund der Größe und Mitarbeiterzahl und der dadurch erforderlichen Organisationsstruktur an, die bei einem Arbeitgebermodell nicht notwendig sind. Darin ist keine "Subventionierung" der Gewinne ambulanter Pflegedienste durch die Antragsgegnerin zu sehen. Vielmehr erfüllt die Antragsgegnerin durch den Abschluss der Verträge mit den Leistungserbringern ihren Sicherstellungsauftrag aus § 95 SGB IX. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass im Arbeitgebermodell dem Leistungsberechtigten generell mindestens der Betrag zur Verfügung gestellt werden muss, den die Antragsgegnerin bei Erbringung der Sachleistung an

einen Leistungserbringer zu zahlen hätte und der Leistungsberechtigte dann darin frei wäre, die Vergütung seiner Beschäftigten auf ein Maß zu erhöhen, welches nicht mehr als angemessen angesehen werden könnte.

- 55 Für künftige Zeiträume ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin im Arbeitgebermodell als Arbeitgeberin allein die Verantwortung für die Beschaffung und den Einsatz ihres Personals trägt und dabei dafür Sorge zu tragen hat, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Es steht der Antragstellerin natürlich frei, oberhalb des gesetzlichen Mindestlohnes jeden erdenklichen Lohn mit ihren Assistenten zu vereinbaren. Von der Antragsgegnerin zu refinanzieren ist grundsätzlich nur die angemessene Vergütung. Insbesondere wenn die Antragstellerin – wie vorliegend – entgegen bisheriger Übung ohne Rücksprache mit der Antragsgegnerin Arbeitsverträge zu höheren Löhnen abschließt und für eine Ortsüblichkeit der Vergütung keine Anhaltspunkte bestehen, läuft die Antragstellerin Gefahr, die eingegangenen zivilrechtlichen Verpflichtungen aus den Arbeitsverträgen nicht erfüllen zu können.
- 56 Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.
- 57 Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das BSG anfechtbar (§ 177 SGG).