

# BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am  
17. Juni 2021

## Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 3 P 5/19 R**

LSG Nordrhein-Westfalen 22.11.2018 - L 5 P 86/17

SG Köln 23.06.2017 - S 27 P 229/15

..... ,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

..... ,

g e g e n

BARMER - Pflegekasse,  
Axel-Springer-Straße 44, 10969 Berlin,

Beklagte und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

..... .

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juni 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. S c h ü t z e , den Richter Prof. Dr. F l i n t und die Richterin Dr. K n o r r sowie die ehrenamtlichen Richter T e e t z und Prof. Dr. W e l t i für Recht erkannt:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers auch im Revisionsverfahren.

Gründe :

I

- 1 Im Streit steht die Zahlung von Pflegegeld von Juli 2013 bis Oktober 2014.
- 2 Der 2003 geborene Kläger ist bei der beklagten Pflegekasse versichert. Bei ihm wurde am 29.5.2013 ein bösartiger Hirntumor diagnostiziert. Am 31.5.2013 erfolgte eine neurochirurgische Tumorentfernung in der Klinik. Anschließend fanden Beratungsgespräche der Eltern des Klägers ua mit einer Mitarbeiterin des psychosozialen Dienstes der Uniklinik statt. Am 10.6.2013 wurde der Kläger aus der stationären Behandlung entlassen. Vom 24. bis 28.6.2013, vom 17. bis 19.7.2013 und vom 5. bis 8.8.2014 erhielt der Kläger eine stationäre kombinierte Strahlen-/Chemotherapie in der Uniklinik. Die Anschlusstherapie erfolgte im Wege tagesklinischer Behandlung. Zuhause wurde der Kläger von seinen Eltern betreut und gepflegt. Von Sommer 2013 bis September 2014 unterstützte dies die Krankenkasse mit einer Haushaltshilfe. Im August 2013 versorgte sie den Kläger mit einem Rollstuhl.
- 3 Im Rahmen einer familienorientierten stationären Rehabilitationsmaßnahme vom 20.10.2014 bis 17.11.2014 erfuhren die Eltern des Klägers von der Möglichkeit, Pflegegeld für den Kläger zu erhalten, was sie am 18.11.2014 beantragten. Nachdem der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) bei dem Kläger eine Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe I seit November 2014 festgestellt hatte, bewilligte ihm die Beklagte Pflegegeld nach der Pflegestufe I ab 18.11.2014 (*Bescheid vom 23.12.2014*). Im Widerspruchsverfahren trugen die Eltern des Klägers vor, von der Klinik nicht auf die Möglichkeit des Anspruchs auf Pflegegeld hingewiesen worden zu sein, und sie baten um Prüfung eines Anspruchs für die Vergangenheit. Nach einer ergänzenden Stellungnahme des MDK bewilligte die Beklagte dem Kläger Pflegegeld nach der Pflegestufe I ab 1.11.2014 und wies den Widerspruch im Übrigen zurück (*Bescheid vom 18.3.2015; Widerspruchsbescheid vom 28.10.2015*): Zwar habe der MDK Pflegebedürftigkeit ab Juli 2013 festgestellt. Jedoch könne der Kläger ausgehend von der Antragstellung im November 2014 Pflegegeld erst ab 1.11.2014 erhalten.
- 4 Das SG hat die Klage auf Pflegegeld bereits ab Juli 2013 nach Beweisaufnahme abgewiesen (*Urteil vom 23.6.2017*). Das LSG hat nach weiterer Beweisaufnahme die Beklagte verurteilt, dem Kläger von Juli 2013 bis Oktober 2014 Pflegegeld nach der Pflegestufe I zu gewähren. Der Kläger sei (spätestens) seit Juli 2013 pflegebedürftig gewesen und habe durchgehend die Voraussetzungen der Pflegestufe I erfüllt. Die spätere Antragstellung stehe einer Leistungsgewährung ab Juli 2013 nicht entgegen. Der Kläger sei nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so zu behandeln, als habe er den Antrag bereits früher gestellt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere der nochmaligen Vernehmung der Mitarbeiterin des psychosozialen Dienstes der Klinik als Zeugin, stehe fest, dass bei im Juni 2013 mindestens sich abzeichnender Pflegebedürftigkeit des Klägers das Krankenhaus seine Benachrichtigungspflicht

nach § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI verletzt habe. Dies sei der Beklagten zuzurechnen, da eine Funktionseinheit zwischen dem Krankenhaus und der Pflegekasse bestehe. Die Pflichtverletzung habe ursächlich dazu geführt, dass der Kläger Pflegegeld nicht schon ab Juli 2013 erhalten habe (*Urteil vom 22.11.2018*).

5 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision rügt die Beklagte die Verletzung von § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI und der Grundsätze des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Die Verletzung des § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI durch ein Krankenhaus sei ihr nicht als eigene Pflichtverletzung im Rahmen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zuzurechnen. Zwischen dem Krankenhaus und der Pflegekasse bestehe keine Funktionseinheit im Sinne eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens. Auch sei § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI kein Schutzgesetz iS des § 823 Abs 2 BGB, sondern eher ein programmatischer Appell.

6 Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 22. November 2018 aufzuheben und die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 23. Juni 2017 zurückzuweisen.

7 Der Kläger beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

## II

8 Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Zutreffend hat das LSG entschieden, dass die Eltern des Klägers im Krankenhaus unzureichend über mögliche Leistungen der Pflegeversicherung im Anschluss an die Tumorbehandlung ihres Sohnes beraten worden sind und die verspätete Antragstellung deshalb nicht seinem Begehren entgegensteht, Pflegegeld seit Eintritt der Pflegebedürftigkeit ab Juli 2013 zu erhalten.

9 1. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens sind neben den Entscheidungen der Vorinstanzen die Bescheide vom 23.12.2014 und 18.3.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 28.10.2015, soweit die Beklagte durch sie einen Anspruch des Klägers auf Pflegegeld von Juli 2013 bis Oktober 2014 abgelehnt hat. Hiergegen wendet sich der Kläger zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1, Abs 4 SGG). Auf diese waren der Sache nach (§ 123 SGG) die angefochtenen Bescheide nicht aufzuheben, sondern nur zu ändern, weil die Beklagte durch diese Pflegegeld zunächst ab 18.11.2014 und sodann ab 1.11.2014 bewilligt hatte.

- 10 2. Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Pflegegeld ist § 37 Abs 1 SGB XI (*§ 37 SGB XI idF des Pflege-Neuausrichtungsgesetzes - PNG - vom 23.10.2012, BGBl I 2246*). Danach können Pflegebedürftige anstelle der häuslichen Pflegehilfe ein Pflegegeld beantragen (*Satz 1*). Der Anspruch setzt voraus, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung in geeigneter Weise selbst sicherstellt (*Satz 2*). Das Pflegegeld beträgt je Kalendermonat für Pflegebedürftige der Pflegestufe I 235 Euro ab 1.1.2012 (*Satz 3 Nr 1 Buchst c*).
- 11 Insoweit steht wie für die der Antragstellung nachfolgende Zeit die Anspruchsberechtigung dem Grunde nach zu Recht nicht im Streit, wie das LSG für den Senat bindend festgestellt hat. Anders als mit der Revision geltend gemacht, steht dem Anspruch des Klägers auf Pflegegeld von Juli 2013 bis Oktober 2014 die bezogen auf den Eintritt der Pflegebedürftigkeit im Juli 2013 verspätete Antragstellung erst im November 2014 nicht entgegen, weil er im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so zu behandeln ist, als ob er den Antrag für dieses Leistungsbegehren rechtzeitig gestellt hat.
- 12 Der richterrechtlich entwickelte sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist allgemein anerkannt und vorliegend anwendbar (*vgl zu den Anwendungsvoraussetzungen nur Spellbrink in Kasseler Komm, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 4, 12 ff und 34, Stand Juli 2020*). Zum einen besteht keine Rechtsgrundlage zur Bewältigung der Fehlerfolgen einer etwaigen sozialrechtlichen Beratungspflichtverletzung durch die Pflegekasse oder Dritte, insbesondere enthält das SGB XI keine Regelungen, die eine Fehlerkorrektur ermöglichen oder ausschließen. Zum anderen liegt hier eine Pflichtverletzung des Krankenhauses vor (*dazu 3.*), die der Pflegekasse zuzurechnen ist (*dazu 4.*), wodurch beim Kläger kausal ein sozialrechtlicher Nachteil eingetreten ist (*dazu 5.*), und es ist der Zustand, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde, durch Vornahme einer zulässigen Amtshandlung der Pflegekasse herstellbar (*dazu 6.*).
- 13 3. Zutreffend ist das LSG davon ausgegangen, dass das den Kläger behandelnde Krankenhaus seine Benachrichtigungspflicht nach § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI verletzt hat.
- 14 a) Nach § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI (*§ 7 SGB XI idF des PNG vom 23.10.2012, BGBl I 2246*) haben mit Einwilligung des Versicherten der behandelnde Arzt, das Krankenhaus, die Rehabilitations- und Vorsorgeeinrichtungen sowie die Sozialleistungsträger unverzüglich die zuständige Pflegekasse zu benachrichtigen, wenn sich der Eintritt von Pflegebedürftigkeit abzeichnet oder wenn Pflegebedürftigkeit festgestellt wird.
- 15 b) Diese Benachrichtigungspflicht mit Einwilligung des Versicherten erfordert zunächst dessen Aufklärung und Beratung durch den Verpflichteten über die Möglichkeit einer Benachrichtigung der Pflegekasse und die hierfür erforderliche Einwilligung. Die Aufklärungs- und Beratungspflicht setzt kein entsprechendes Beratungsbegehren des Versicherten voraus, sondern entsteht als Pflicht zur Spontanberatung ua dann, wenn sich der Eintritt von Pflegebedürftigkeit abzeichnet

(zur mit der Benachrichtigungspflicht vorausgesetzten Aufklärungs- und Beratungspflicht gegenüber dem Versicherten LSG Berlin-Brandenburg vom 23.9.2010 - L 27 P 5/09 - juris RdNr 30; Wagner in Hauck/Noftz, SGB XI, § 7 RdNr 20, Stand Juli 2015). Die Beratungsleistungen eines Krankenhauses haben sich im Zusammenhang mit dessen Informations- und Beratungspflichten im Rahmen des Versorgungs- und Entlassmanagements auf alle Folgen zu erstrecken, die - hier bezogen auf einen etwaigen Pflegebedarf - nach Entlassung des Versicherten bei Behandlungsabschluss als möglich erscheinen können (zum Zusammenhang der Verpflichtung des Krankenhauses nach § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI mit dem Versorgungs- und Entlassmanagement unter 4.). Die Beratung muss auch solche nicht fernliegende Komplikationen einbeziehen, die mit der jeweiligen Behandlung typischerweise einhergehen können und auf die Versicherte und Angehörige (vgl § 7 Abs 2 Satz 1 SGB XI) deshalb vorbereitet sein sollten.

- 16 c) Auf der Grundlage der nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und deshalb den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG), für die es sich auf seine revisionsrechtlich nicht zu beanstandende tatrichterliche Beweisaufnahme und Beweiswürdigung gestützt hat (vgl zur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung letztens nur BSG vom 3.9.2020 - B 14 AS 34/19 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 22 Nr 110, RdNr 20 f, 31, 36), liegt eine objektiv rechtswidrige Pflichtverletzung seitens des Krankenhauses dadurch vor, dass der psychosoziale Dienst der Klinik im Juni 2013 die Abfrage einer Einwilligung der Eltern des Klägers zur Benachrichtigung der Beklagten über einen sich abzeichnenden Eintritt von Pflegebedürftigkeit des Klägers bei Entlassung aus dem Krankenhaus in die eigene Häuslichkeit unterlassen hat. Für die Verpflichtung zur Aufklärung und Beratung hierüber kommt es nach dem Schutzzweck der Norm nur darauf an, ob ein sich abzeichnender Eintritt von Pflegebedürftigkeit des Klägers als eine objektiv nicht untypische Folge der Tumorbehandlung für das Krankenhaus als Adressat der Benachrichtigungspflicht des § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI aufgrund der konkreten Behandlungssituation im Juni 2013 objektiv erkennbar war, wovon das LSG zutreffend ausgegangen ist.
- 17 d) Die Pflicht des Krankenhauses zur Benachrichtigung der Pflegekasse, um diese bei der Erfüllung ihrer Pflichten nach dem SGB XI gegenüber den Versicherten zu unterstützen, und die mit ihr vorausgesetzte Aufklärungs- und Beratungspflicht hat drittschützende Wirkung zugunsten des Versicherten, um dessen Zugang zu gesetzlichen Leistungsansprüchen gegen die Pflegekasse es geht. Der möglichst weitgehenden Verwirklichung dieser individuellen Sozialleistungsansprüche (dazu § 2 Abs 2 Halbsatz 2 SGB I) dient § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI - wie auch die anderen sozialrechtlichen Beratungs- und Auskunftspflichten (insbesondere §§ 14, 15 SGB I) - an den Schnittstellen im gegliederten Sozialleistungssystem, in das Dritte als Leistungserbringer eingebunden sind. Diese sind hier in Gestalt der Krankenhäuser als Normadressat Verpflichtete nicht nur gegenüber den Pflegekassen, sondern auch gegenüber den Versicherten (dazu noch unter 4.). Versicherte können von Krankenhäusern beanspruchen, bei sich abzeichnender Pflegebedürftigkeit über die Möglichkeit - ihre Einwilligung vorausgesetzt - der unmittelbaren Benachrichtigung der Pflegekasse aufgeklärt und beraten zu werden, um frühzeitig und bestmöglich die

Leistungen nach dem SGB XI nutzen zu können (zu dieser Zweckrichtung Wagner in Hauck/Noftz, SGB XI, § 7 RdNr 19, Stand Juli 2015; vgl allgemein dazu, dass aufgrund der verletzen Norm für deren Adressaten dem Versicherten gegenüber Pflichten zum Schutz von dessen Rechten bestanden haben müssen, Spellbrink in Kasseler Komm, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 17 ff, Stand Juli 2020).

- 18 Soweit die Beklagte mit ihrer Revision auf obergerichtliche zivilrechtliche Rechtsprechung aus dem Jahr 2007 hingewiesen hat, in der eine Wirkung des § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI als Schutzgesetz im Rahmen des § 823 Abs 2 BGB bezweifelt oder verneint worden ist (ua Hanseatisches OLG vom 20.3.2007 - 1 W 6/07 - juris RdNr 10 f; OLG Hamm vom 13.11.2007 - 3 U 207/07 - juris RdNr 4 ff), folgt der Senat bei seiner Annahme einer drittschützenden Wirkung des § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI zugunsten Versicherter dieser Rechtsprechung nicht. Sie stimmt weder überein mit der Rechtsentwicklung im SGB V und SGB XI zur Einbindung der Leistungserbringer in die Aufklärung und Beratung der Versicherten (dazu unter 4.) noch mit der neueren Rechtsprechung des BGH zu Amtshaftungsansprüchen bei Beratungsfehlern auf sozialrechtlichem Gebiet (BGH vom 2.8.2018 - III ZR 466/16 - NJW 2019, 68; zu den Querverbindungen dieser Entscheidung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch Voelzke, jM 2019, 236, 237 f).
- 19 4. Die Pflichtverletzung des Krankenhauses ist der Beklagten auch zuzurechnen. Verletzen Krankenhäuser sozialrechtliche Informations- und Beratungspflichten im Rahmen des Versorgungs- und Entlassmanagements zu Leistungen der sozialen Pflegeversicherung, sind Beratungsfehler Pflegekassen im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zuzurechnen.
- 20 a) Diese Zurechnung steht im engen Zusammenhang mit der drittschützenden Wirkung der gegenüber der zuständigen Pflegekasse bestehenden Benachrichtigungspflicht des Krankenhauses, damit die Pflegekassen die Ansprüche ihrer Versicherten möglichst weitgehend verwirklichen können. Die Zurechnung ist geboten, um bei der Verletzung von Pflichten, die zur Verwirklichung sozialer Rechte begründet sind, durch Dritte eine Fehlerfolgenlosigkeit im Verhältnis von Pflegekassen und Versicherten zulasten der Versicherten zu vermeiden. Diese wäre nicht zu vereinbaren mit dem Sicherstellungsgebot des § 2 Abs 2 Halbsatz 2 SGB I, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden (dazu Spellbrink in Kasseler Komm, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 22, Stand Juli 2020: "optimale Sozialrechtsrealisierung"; zu § 2 Abs 2 Halbsatz 2 SGB I als sozialrechtliches effet utile BSG vom 30.1.2020 - B 2 U 2/18 R - BSGE 130, 1 = SozR 4-2700 § 8 Nr 70, RdNr 34).
- 21 b) Eine bezogen auf den Eintritt der Pflegebedürftigkeit verspätete Antragstellung ist nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht nur unschädlich, wenn Versicherte von der Pflegekasse nicht ausreichend über mögliche Leistungen im Pflegefall beraten worden sind und deshalb eine rechtzeitige Beantragung von Pflegeleistungen unterlassen haben. Sondern das gilt vergleichbar, wenn in einem Krankenhaus über mögliche Ansprüche auf Pflegeleistungen im Anschluss an eine stationäre Versorgung unzureichend beraten worden ist, obwohl

dazu objektiv Anlass bestanden hat. Das berührt nicht nur für die Pflegeversicherung grundsätzlich unbeachtliche Pflichten im Verhältnis zwischen Krankenhaus und Patient. Vielmehr haben die Krankenhäuser insoweit (auch) sozialrechtliche Informations- und Beratungspflichten, deren Verletzung sich die Pflegekassen wie eigene Beratungsfehler zurechnen lassen müssen.

- 22 Krankenversicherungsrechtliche Grundlage dessen sind die 2007 und 2012 eingeführten und seither sukzessive mit zunehmender Regelungsdichte näher ausgeformten Vorschriften über das Versorgungs- und Entlassmanagement im Krankenhaus nach (im hier maßgeblichen Zeitraum) § 11 Abs 4 und § 39 Abs 1 Satz 4 bis 6 SGB V (*nunmehr § 39 Abs 1a SGB V*). Hiernach haben Versicherte Anspruch allgemein auf ein Versorgungsmanagement und umfasst die Krankenhausbehandlung im Besonderen ein Entlassmanagement zur Lösung von Problemen beim Übergang in die verschiedenen Versorgungsbereiche bzw in die Versorgung nach der Krankenhausbehandlung. Als Nebenleistung zur eigentlichen Behandlung können die Versicherten danach als Leistung der Krankenversicherung grundsätzlich alle Maßnahmen beanspruchen, die sicherstellen sollen, dass die Versorgung, auf die sie Anspruch haben, sie auch tatsächlich erreicht und wirksam wird. Zu erfüllen sind diese Ansprüche von den Krankenkassen mittels der beteiligten Leistungserbringer, die für eine sachgerechte Anschlussversorgung der Versicherten sorgen und zur Erfüllung dieser Aufgabe von den Krankenkassen zu unterstützen sind (§ 11 Abs 4 Satz 2 und 3 SGB V; *vgl zum Gesamten BSG vom 8.10.2019 - B 1 A 3/19 R - BSGE 129, 156 = SozR 4-2500 § 11 Nr 6, RdNr 19 ff, 24*). Hintergrund für diese Managementaufgaben speziell von Krankenhäusern ist, dass sich das Versorgungsgeschehen dort hin zu kürzeren Verweildauern verändert hat, was umso mehr eine Koordinierung der Nachsorge und sachgerechten Anschlussversorgung bei Entlassung von Versicherten in die eigene Häuslichkeit erfordert (*zu diesen Zusammenhängen Plagemann in jurisPK-SGB V, 4. Aufl, § 11 RdNr 29 f, Stand 10.11.2020; zu den Regelungszielen und zur Regelungshistorie Wahl in jurisPK-SGB V, 4. Aufl, § 39 RdNr 127, Stand 2.3.2021*).
- 23 Verstöße gegen die hiernach vom Krankenhaus zu erfüllenden Informations- und Beratungspflichten muss sich auch eine Pflegekasse nach Regelungszweck und -systematik der Vorschriften zum Versorgungs- und Entlassmanagement wie eigene Beratungsfehler zurechnen lassen, soweit die Inanspruchnahme von Leistungen der Pflegeversicherung betroffen ist. Die Pflegekassen sind zusätzlich zu Beratung und Auskunft (§§ 14 und 15 SGB I, § 7 Abs 2 Satz 1 SGB XI) schon nach den allgemeinen Vorschriften verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass jeder Versicherte die ihm zustehenden Leistungen in zeitgemäßer Weise, umfassend und zügig erhält (§ 17 Abs 1 Nr 1 SGB I). Um das in der vom Gesetzgeber angestrebten frühzeitigen Weise für einen nahtlosen Übergang zur Pflege insbesondere im häuslichen Bereich zu ermöglichen (*vgl BT-Drucks 12/5262 S 91 f*), sind Krankenhäuser und andere Leistungserbringer bereits bei Einführung der sozialen Pflegeversicherung verpflichtet worden, mit Einwilligung des Versicherten unverzüglich die zuständige Pflegekasse zu benachrichtigen, wenn sich der Eintritt von Pflegebedürftigkeit abzeichnet oder wenn Pflegebedürftigkeit festgestellt wird (§ 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI).

- 24 Mit den Regelungen zum Versorgungs- und Entlassmanagement hat der Gesetzgeber auch diese Informations- und Beratungspflichten der Sache nach weiter ausgeformt und die Pflichten explizit zu einem Beratungsverfahren mit Managementauftrag weiterentwickelt, das in Fällen des Übergangs von der stationären Krankenbehandlung in die pflegerische Versorgung für eine regelhafte Einbindung der Krankenhäuser in den Beratungsauftrag der Pflegekassen sorgen soll und auf dessen ordnungsgemäße Erfüllung die Versicherten in gleicher Weise Anspruch haben wie auf die Beratung durch die Pflegekassen selbst (*zur Einbindung der Krankenhäuser in den Beratungsprozess Shafaei in Udsching/Schütze, SGB XI, 5. Aufl 2018, § 7 RdNr 6*). Jedenfalls damit sind die Krankenhäuser insoweit vom Gesetzgeber im Sinne der Rechtsprechung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch partiell derart "arbeitsteilig" in die Aufgabenerfüllung der Pflegekassen eingebunden worden, dass Beratungsfehler jener diesen wie eigene zuzurechnen sind, um nachteilige leistungsrechtliche Folgen für deren Versicherte auch dann zu verhindern, wenn die Pflichtverletzung nicht einem anderem Sozialleistungsträger unterlaufen ist (*zum Zurechnungsgrund einer arbeitsteiligen Funktionseinheit vgl mit Nachweisen zur Rechtsprechung Spellbrink in Kasseler Komm, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 40 f, 45 f, Stand Juli 2020; vgl auch LSG Berlin-Brandenburg vom 23.9.2010 - L 27 P 5/09 - juris RdNr 31*). Für das Gelingen der Kooperation von Krankenhäusern und Pflegekassen, hier für die pflichtgemäße Aufklärung und Beratung der Versicherten und ggf Benachrichtigung der Pflegekassen durch die hierzu gesetzlich herangezogenen Krankenhäuser, tragen die Pflegekassen eine Strukturverantwortung (§ 17 Abs 1 SGB I, § 12 Abs 2 SGB XI).
- 25 In diesem gesetzlichen Rahmen § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI nur als eher programmatischen Appell an Leistungserbringer zu verstehen (*so noch Leitherer in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4, 1997, § 15 RdNr 63*), widerspräche dem sich in der aufgezeigten Rechtsentwicklung ausdrückenden gesetzgeberischen Anliegen einer besseren Koordinierung der Leistungssysteme durch Aufklärung und Beratung der Versicherten seitens der Leistungsträger und der Leistungserbringer. In diesem Rahmen stellt sich § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI als konkrete Pflicht der Krankenhäuser gegenüber den Pflegekassen und deren Versicherten zur Verwirklichung der Leistungsansprüche der Versicherten dar.
- 26 5. Durch die der Beklagten zuzurechnende Pflichtverletzung des Krankenhauses ist beim Kläger kausal ein sozialrechtlicher Nachteil eingetreten (*zum sozialrechtlichen Nachteil vgl Spellbrink in Kasseler Komm, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 24 ff, Stand Juli 2020*). Dieser besteht hier in der Zahlung von Pflegegeld für den Kläger erst ab November 2014 statt bereits ab Juli 2013, weil seine Eltern für ihn nicht bereits nach Entlassung aus dem Krankenhaus einen Antrag auf Pflegegeld gestellt haben und dies einem Anspruch auf Pflegegeld von Juli 2013 bis Oktober 2014 grundsätzlich entgegensteht.
- 27 Kausal hierfür war die Pflichtverletzung bzw der Beratungsfehler des Krankenhauses. Die Kausalität des Fehlers für den Nachteil erfordert, dass der Fehler mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Ursache dafür war, dass der Versicherte eine rechtlich erhebliche Handlung unterlassen

hat (zur Kausalität vgl. *Spellbrink in Kasseler Komm*, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 27 ff, Stand Juli 2020). Hiernach ist mit dem LSG davon auszugehen, dass bei einer Abfrage einer Einwilligung der Eltern durch das Krankenhaus zur Benachrichtigung der Beklagten über die zumindest sich abzeichnende Pflegebedürftigkeit des Klägers im Juni 2013 die Eltern mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Einwilligung erteilt hätten und das Krankenhaus unverzüglich die Beklagte benachrichtigt hätte. Die Beklagte hätte dann die Eltern über die Leistungen nach dem SGB XI unterrichtet und beraten (§ 7 Abs 2 Satz 1 SGB XI) und die Eltern hätten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit sogleich nach Krankenhausentlassung und Beginn der Strahlentherapie im Juni 2013 Pflegegeld ab Juli 2013 beantragt.

28 6. Der Zustand, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde, ist durch Vornahme einer sozialrechtlich zulässigen Amtshandlung der Beklagten herstellbar.

29 Liegt einem für das Leistungsbegehren verspäteten Antrag des Leistungsberechtigten ein Fehler des Sozialleistungsträgers oder ein diesem zuzurechnender Fehler eines Dritten zugrunde, so kann im Wege des Herstellungsanspruchs die rechtzeitige Antragstellung fingiert werden (*Spellbrink in Kasseler Komm*, vor §§ 13-15 SGB I RdNr 16, 31, Stand Juli 2020). Der Kläger ist hier daher so zu behandeln, als hätten seine Eltern für ihn rechtzeitig Pflegegeld zum begehrten Leistungsbeginn ab Juli 2013 beantragt. Hierfür spricht mit Blick auf den Anspruch auf Pflegegeld zudem, dass schon die - vorliegend pflichtwidrig unterlassene - Benachrichtigung der Pflegekasse mit Einwilligung des Versicherten durch das Krankenhaus nach § 7 Abs 2 Satz 2 SGB XI selbst als Antrag auf Leistungen gewertet werden kann (*dazu Kraemer/Kempchen in LPK-SGB XI*, 5. Aufl 2018, § 7 RdNr 14; *Leitherer in Kasseler Komm*, § 33 SGB XI RdNr 8, Stand Dezember 2016; *Lungstras in Udsching/Schütze*, SGB XI, 5. Aufl 2018, § 33 RdNr 4; *Udsching in Spickhoff, Medizinrecht*, 3. Aufl 2018, § 7 SGB XI RdNr 3; *Wagner in Hauck/Noftz*, SGB XI, § 7 RdNr 21, Stand Juli 2015).

30 Der Rechtscharakter des Pflegegeldes steht einer Leistung "für die Vergangenheit" aufgrund einer fingierten rechtzeitigen Antragstellung nicht entgegen. Zwar kann Pflegegeld nur anstelle der häuslichen Pflegehilfe geleistet werden und kommt eine rückwirkende Pflegesachleistung grundsätzlich nicht in Betracht. Dies ist indes anders, wenn Pflegebedürftige sich diese Leistung in der Vergangenheit selbst beschafft haben und soweit sie deshalb statt eines Sachleistungsanspruchs einen Kostenerstattungsanspruch haben (*dazu Wahl in Udsching/Schütze*, SGB XI, 5. Aufl 2018, § 36 RdNr 5 unter Hinweis auf BSG vom 30.10.2001 - B 3 KR 27/01 R - BSGE 89, 50 = SozR 3-3300 § 12 Nr 1, juris RdNr 36 und BSG vom 15.11.2007 - B 3 P 9/06 R - SozR 4-3300 § 40 Nr 7 RdNr 23). Entsprechend kann Pflegegeld vom Pflegebedürftigen im Rahmen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auch dann nach § 37 Abs 1 Satz 1 und 2 SGB XI anstelle der häuslichen Pflegehilfe beansprucht werden, wenn seine erforderliche Pflege in der Vergangenheit in geeigneter Weise sichergestellt war, obwohl hierfür kein Pflegegeld geleistet worden war. So liegt es hier im streitigen Zeitraum nach den unangegriffenen Feststellungen des

LSG. Die mit dem Pflegegeld verbundene Anerkennungsfunktion zugunsten pflegender Angehöriger kann deshalb auch noch nachträglich realisiert werden (*zur Anerkennungsfunktion des Pflegegeldes Wahl, aaO, § 37 RdNr 2*).

31 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Schütze

Knorr

Flint