

L 27 P 70/12

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Pflegeversicherung
Abteilung
27
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 86 P 617/11
Datum
11.07.2012
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 27 P 70/12
Datum
05.09.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin werden der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 11. Juli 2012 sowie der Bescheid der Beklagten vom 13. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. März 2011 aufgehoben. Die Beklagte hat der Klägerin deren notwendige außergerichtliche Kosten des ge-samten Verfahrens zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen einen Aufhebungsbescheid der Beklagten.

Die 1992 geborene Klägerin ist an Trisomie 21 und einem angeborenen schweren Herzfehler erkrankt. Ihr wurde ein Grad der Behinderung von 100 und das Merkzeichen "H" zuerkannt.

Nach einem Antrag auf Leistungen bei Schwerpflegebedürftigkeit ließ die Beklagte den Umfang der Pflegebedürftigkeit der Klägerin am 9. März 1994 durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) begutachten. Die Gutachterin T stellte fest, dass die Klägerin im Vergleich zu einem gleichaltrigen Kind einen erheblich höheren Pflegebedarf habe. Sie sei ständig aufsichtsbedürftig. Sie könne greifen, sei aber in der Feinmotorik eingeschränkt. Freies Stehen und Sitzen sei möglich und die Klägerin könne krabbeln. Sie könne einige Schritte mit Festhalten laufen. Frei laufen oder klettern könne sie noch nicht. Sie könne keine festen Speisen zu sich nehmen und auch das Essen mit dem Löffel sei ihr noch nicht möglich. Sie müsse zu allen Mahlzeiten gefüttert werden. Die Nahrungsmittelaufnahme gestalte sich schwierig, da die Klägerin oft nur mit Widerwillen und sehr langsam esse. Sie benötige ständig Hilfe im Bereich der Mobilität und im Bereich der Hygiene. Daraufhin erkannte die Beklagte mit Bescheid vom 24. Mai 1994 an, dass ab dem Tag der ärztlichen Feststellung, dem 9. März 1994, Schwerpflegebedürftigkeit gemäß [§ 53 SGB V](#) vorliege.

Am 16. März 1995 teilte die Beklagte der Mutter der Klägerin mit, dass die Klägerin ab dem 1. April 1995 automatisch in die Pflegestufe II eingestuft werde.

Die Beklagte veranlasste im Jahre 1996 eine Nachbegutachtung hinsichtlich des Umfangs der Pflegebedürftigkeit der Klägerin durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung. Der Gutachter Dr. S stellte in seinem Gutachten nach Durchführung eines Hausbesuchs am 5. September 1996 bei der Klägerin fest, dass aufgrund der globalen Entwicklungsverzögerung und der eingeschränkten Belastbarkeit wegen des Herzfehlers bei dieser ein Grundpflegebedarf in Form der Übernahme des Waschens, Duschens/Badens, der Zahnpflege und des Kämmens bestehe. Die Nahrung müsse mundgerecht zubereitet werden und die Klägerin müsse auch an- und ausgekleidet werden. Sie könne nur in Begleitung die Wohnung verlassen und wieder aufsuchen. Hinsichtlich der Darm- und Blasenentleerung und des Aufstehens und Zubettgehens benötige die Klägerin Impulse. Im Vergleich zum Vorgutachten seien aber deutliche Entwicklungsfortschritte erkennbar. Es werde empfohlen in Zukunft, Leistungen der Pflegestufe I zu gewähren. Der zeitliche Umfang an Hilfe gegenüber einem gleichaltrigen gesunden Kind ordne sich gemäß SGB XI in die Pflegestufe I grenzwertig ein.

Mit Bescheid vom 19. Februar 1997 teilte die Beklagte der Mutter der Klägerin mit, dass nur noch Leistungen der Pflegestufe I gewährt werden. Nach Widerspruchseinlegung holte die Beklagte eine Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung ein. Die ärztliche Gutachterin Dr. S stellte in einer gutachterlichen Stellungnahme vom 28. August 1997 nach Aktenlage fest, dass sich ein nachvollziehbarer pflegerischer Aufwand von ca. 180 Minuten am Tag (40 Minuten Duschen/Baden; 15 Minuten Zähneputzen; 5 Minuten Kämmen; 30 Minuten Darm-/Blasenentleerung; 30 Minuten Ernährung; 30 Minuten An- und Ausziehen) ergebe. Bei einem gesunden gleichaltrigen Kind sei ein Hilfebedarf von 135 Minuten zu berücksichtigen. Es liege somit ein Mehraufwand von 45 Minuten vor, so dass grenzwertig die Voraussetzungen der Pflegestufe I erfüllt

seien.

Am 23. September 1997 teilte die Beklagte der Mutter der Klägerin mit, dass nach eingehender Prüfung dem Widerspruch abgeholfen werde und weiterhin Leistungen der Pflegestufe II zur Verfügung gestellt würden. Hintergrund sei die sogenannte Besitzstandswahrung.

In einem weiteren Gutachten vom 16. Dezember 1998 stellte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung durch die Pflegefachkraft B einen Pflegebedarf im Bereich der Grundpflege von 140 Minuten und Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung von 45 Minuten fest. Unter Berücksichtigung des Hilfebedarfes eines gleichaltrigen gesunden Kindes lägen – grenzwertig zur Nichtgewährung – die Voraussetzungen der Pflegestufe I vor. Am 7. April 1999 teilte die Beklagte der Mutter der Klägerin mit, dass nur noch Leistungen der Pflegestufe I gewährt werden könnten. Es werde eine Möglichkeit der Äußerung gegeben. Nach der Äußerung der Mutter der Klägerin holte die Beklagte eine Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung nach Aktenlage ein. Die ärztliche Gutachterin Dr. K erkannte unter Berücksichtigung eines von der Mutter der Klägerin eingereichten Pflegetagebuches in der gutachterlichen Stellungnahme vom 1. November 1999 einen Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege von 140 Minuten. Die Voraussetzungen für die Einstufung in die Pflegestufe II seien bei Berücksichtigung eines altersgemäßen Hilfebedarfes nicht erfüllt. Mit Gutachten vom 6. Dezember 1999 nach Aktenlage schloss sich die Gutachterin Dr. S den Einschätzungen der Gutachter B und Dr. K an. Die zeitlichen Voraussetzungen zur Leistungsgewährung der Pflegestufe II würden eindeutig nicht erfüllt. Mit Bescheid vom 8. Dezember 1999 teilte die Beklagte dann der Mutter der Klägerin mit, dass nur noch Leistungen der Pflegestufe I gewährt werden.

Mit Schreiben vom 4. März 2000 beantragte die Mutter der Klägerin erneut Leistungen der Pflegestufe II. Am 10. März 2000 legte sie Widerspruch gegen die Rückstufung ein. Mit Schreiben vom 27. März 2000 wurde beantragt, den Bescheid vom 8. Dezember 1999 nach [§ 44 SGB X](#) aufzuheben. Daraufhin nahm die Beklagte am 5. Mai 2000 den "Bescheid vom 7. April 1999" zurück. Es würden weiterhin Leistungen der Pflegestufe II gewährt. Dem Widerspruch sei damit in vollem Umfang abgeholfen.

Im Gutachten vom 11. November 2002 stellte die Gutachterin G des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung einen Grundpflegebedarf von 108 Minuten pro Tag (60 Minuten Körperpflege, 20 Minuten Ernährung, 28 Minuten Mobilität), im Gutachten vom 26. Juni 2006 die Pflegefachkraft Seinen Grundpflegebedarf in Höhe von 102 Minuten (54 Minuten Körperpflege, 12 Minuten Ernährung, 36 Minuten Mobilität) täglich fest.

Die Beklagte veranlasste im Jahre 2010 eine weitere Nachbegutachtung hinsichtlich des Umfangs der Pflegebedürftigkeit der Klägerin durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung. Die Gutachterin B ermittelte in ihrem Gutachten vom 12. Juli 2010 einen Grundpflegebedarf von 67 Minuten pro Tag (57 Minuten Körperpflege, 0 Minuten Ernährung, 10 Minuten Mobilität) und im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung von 60 Minuten täglich. Die Klägerin benötige Beaufsichtigung und Anleitung zum Waschen, Duschen, zur Zahnpflege, zum Kämmen und Unterstützung beim An- und Entkleiden insbesondere aufgrund mentaler Defizite. Handlungen würden abgebrochen. Die Tagesstruktur müsse vorgegeben werden. Die Beklagte hörte die Klägerin daraufhin am 19. Juli 2010 wegen einer beabsichtigen Herabstufung der Pflegestufe an. Aufgrund der Einwendungen der Klägerin, die insbesondere einen Hilfebedarf im Bereich Ernährung geltend machte, veranlasste die Beklagte eine erneute Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung. Der Arzt Dr. B stellte in seinem Gutachten vom 28. Dezember 2010 nach einer häuslichen Untersuchung vom selben Tag ebenfalls einen Grundpflegebedarf von 67 Minuten pro Tag (57 Minuten Körperpflege, 0 Minuten Ernährung, 10 Minuten Mobilität) und in der hauswirtschaftlichen Versorgung von 60 Minuten am Tag fest.

Die Beklagte teilte daraufhin mit Bescheid vom 13. Januar 2011 mit, dass ab dem 1. Februar 2011 nur noch ein monatliches Pflegegeld im Rahmen der Pflegestufe I gezahlt würde. Den von der Klägerin hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17. März 2011 zurück. Der Bescheid vom 16. März 1995 sei zu Recht aufgehoben worden, mit der Folge, dass ab dem 1. April 2011 nur noch Leistungen der Pflegeversicherung im Ausmaß der Pflegestufe I zur Verfügung gestellt werden.

Die Klägerin hat am 15. April 2011 Klage vor dem Sozialgericht Berlin mit dem Ziel der Weitergewährung der ihr ursprünglich bewilligten Pflegeleistungen der Pflegestufe II erhoben. Eine wesentliche Änderung, also Reduzierung des Hilfebedarfs sei nicht eingetreten und auch nicht nachgewiesen. Dem Bescheid vom 5. Mai 2000 habe das Gutachten vom 23. Januar 1999 zugrunde gelegen. In diesem sei ein Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege von 140 Minuten ermittelt worden, wovon ein altersentsprechender Hilfebedarf von 90 Minuten abgezogen worden sei, so dass ein Hilfebedarf in Höhe von 50 Minuten anerkannt worden sei. Dieser Hilfebedarf habe sich nicht verringert.

Das Sozialgericht hat zur medizinischen Sachverhaltsaufklärung ein Gutachten über den Umfang der Pflegebedürftigkeit der Klägerin bei der Ärztin W eingeholt. Die Sachverständige beschreibt in ihrem Gutachten vom 29. Juli 2011 nach einem Hausbesuch bei der Klägerin am selben Tag einen Grundpflegebedarf im Umfang von 61 Minuten und einen Bedarf an hauswirtschaftlicher Hilfe im Umfang von 80 Minuten. Seit Juli 2010 sei der Pflegeaufwand im Wesentlichen gleich geblieben. Allerdings werde von der Mutter nunmehr die Zahnpflege als durchführbar geschildert und ein Hilfebedarf beim Aufstehen und Zu-Bett-Gehen negiert. Alters- und entwicklungsbedingt sowie durch kontinuierliche Förderung habe sich der Hilfebedarf im Laufe der letzten Jahre zunehmend reduziert, die alterspraktischen Fähigkeiten konnten gesteigert werden. In einer gutachterlichen Stellungnahme vom 27. Oktober 2011 führte die Gutachterin aus, dass im Jahre 1999 ein Gesamthilfebedarf von 95 Minuten am Tag ermittelt worden sei (140 Minuten Grundpflege, 45 Minuten hauswirtschaftliche Versorgung, abzüglich des altersgerechten Hilfebedarfs für ein gleichaltriges gesundes Kind in Höhe von 90 Minuten). Es sei also seit 1999 entwicklungs- und altersbedingt kontinuierlich zu einer Reduzierung des grundpflegerischen Bedarfs gekommen. Das Gutachten von 1996 mit der Empfehlung der Gewährung von Leistungen der Pflegestufe I sei für sie nicht nachvollziehbar, da konkrete Zeitangaben, die diese Entscheidung begründen, fehlten. Das Sozialgericht hat nach Anhörung der Beteiligten die Klage mit Gerichtsbescheid vom 11. Juli 2012 abgewiesen. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, dass die Klägerin nach der durchgeführten medizinischen Sachaufklärung spätestens seit dem 1. Februar 2011 nicht mehr die Voraussetzungen für die Anerkennung der Pflegestufe II erfülle, so dass die Beklagte den ursprünglichen Bewilligungsbescheid wegen einer wesentlichen Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen ab diesem Zeitpunkt im Vergleich zum letzten Bewilligungsbescheid vom 5. Mai 2000 habe aufheben dürfen. Im Jahre 2000 habe der zu berücksichtigende Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege noch bei 105 Minuten täglich gelegen, weil der Abzugswert des Pflegebedarfs eines gesunden Kindes der aktuellen Richtlinien auch für die Zeit vor dem 1. September 2006 anzuwenden sei. Vom gesamten Grundpflegebedarf von 140 Minuten seien deshalb nur 35 Minuten für den Pflegebedarf eines gesunden 6-7-jährigen Kindes abzuziehen gewesen. Nunmehr liege nur noch ein Hilfebedarf von 61 Minuten täglich vor. Damit sei eine wesentliche Änderung eingetreten.

Die Klägerin hat gegen den ihr am 16. Juli 2012 zugestellten Gerichtsbescheid am 6. August 2012 Berufung zum Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingelegt, mit der sie ihr Begehren weiter verfolgt. Eine wesentliche Änderung sei nicht eingetreten. Im Vergleich zum Jahre 2000 habe sich der Gesamtpflegebedarf nicht vermindert. Im Jahre 2000 seien von dem Grundpflegebedarf in Höhe von 140 Minuten 90 Minuten abgezogen worden, zuzüglich des festgestellten Hilfebedarfes im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung habe im Jahre 2000 ein Hilfebedarf von 95 Minuten vorgelegen. Bereits damals sei die Einstufung in die Pflegestufe I empfohlen worden, was aber nicht geschehen sei. Nunmehr liege der Hilfebedarf bei 112 Minuten (67 Minuten Grundpflege, 45 Minuten hauswirtschaftliche Versorgung).

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 11. Juli 2012 sowie den Bescheid der Beklagten vom 13. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. März 2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend. Es sei eine Veränderung im Vergleich zum Vorgutachten eingetreten.

Dem Senat haben die Verwaltungsvorgänge der Beklagten vorgelegen. Diese waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die Schriftsätze, das Protokoll und die Verwaltungsvorgänge der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere statthaft gemäß [§ 144 Absatz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG), und auch in der Sache begründet.

Zu Unrecht hat das Sozialgericht mit dem angegriffenen Gerichtsbescheid die Klage abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 13. Januar 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. März 2011 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Klägerin hat weiterhin einen Anspruch auf Leistungen der Pflegeversicherung nach der Pflegestufe II gegen die Beklagte.

Mit dem angegriffenen Bescheid hat die Beklagte, wie sie im Widerspruchsbescheid ausgeführt hat, den ursprünglichen Bewilligungsbescheid vom 16. März 1995 (sowie die Bestätigungen vom 23. September 1997 und 5. Mai 2000) nach [§ 48 Absatz 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) mit Wirkung ab dem 1. März 2011 aufgehoben.

Nach [§ 48 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt.

Die Beklagte hatte der Klägerin mit dem Bescheid vom 16. März 1995 ab dem 1. April 1995 Leistungen der Pflegeversicherung der Pflegestufe II auf Dauer gewährt.

Die Beklagte konnte in rein formeller Sicht den Bescheid vom 16. März 1995 aufheben, da dieser zum Zeitpunkt des Erlasses des Aufhebungsbescheides am 11. Juli 2012 auch noch existent war. Er war insbesondere nicht bereits zuvor durch die Bescheide vom 19. Februar 1997 oder 8. Dezember 1999 aufgehoben worden oder – wie das Sozialgericht wohl angenommen hat – durch die Bescheide vom 23. September 1997 bzw. 5. Mai 2000 gegenstandslos geworden.

Hinsichtlich des Bescheides vom 19. Februar 1997, mit dem die Beklagte erklärt hatte, dass ab April 1997 Pflegegeld der Pflegestufe I gewährt wird und der nach dem Empfängerhorizont als Aufhebungsbescheid auszulegen ist, hatte die Klägerin Widerspruch eingelegt. Mit Abhilfebescheid vom 23. September 1997 hat die Beklagte dem Widerspruch abgeholfen und erklärt, dass weiterhin Leistungen der Pflegestufe II bewilligt werden. Der Abhilfebescheid ist nach seinem Sinn so zu verstehen, dass dieser wiederum den Herabsetzungsbescheid vom 19. Februar 1997 aufhebt. Da die Beklagte im Bescheid vom 23. September 1997 ausdrücklich erklärt hat, dass dieser im Rahmen des Widerspruchsverfahrens als Abhilfebescheid ergeht, ist in diesem auch insbesondere kein Neubewilligungsbescheid bzw. Zweitbescheid zu sehen, aufgrund dessen der ursprüngliche Bescheid gegenstandslos wird und sich "auf sonstige Weise erledigt" (siehe hierzu Urteil des BSG vom 7. Juli 2005, [B 3 P 8/04 R](#)). Auch der Verfügungssatz deutet nicht auf einen Zweitbescheid, der den ursprünglichen Bescheid ersetzt hat. In dem Bescheid wird lediglich begründend dargelegt, dass nach eingehender Prüfung vor dem Hintergrund der Besitzstandswahrung weiterhin Pflegegeld gemäß der Pflegestufe II gezahlt würde.

Hinsichtlich des Bescheides vom 8. Dezember 1999, der ebenso wie der Bescheid vom 19. Februar 1997 als Aufhebungsbescheid zu betrachten ist, hat die Klägerin am 10. März 2000 zwar nicht fristgemäß Widerspruch eingelegt und auch bereits am 4. März 2000 einen Neuantrag gestellt. Jedoch hat die Beklagte mit Bescheid vom 5. Mai 2000 den Bescheid vom "7. April 1999" zurückgenommen und erklärt, dass dem Widerspruch damit abgeholfen worden ist. Bei der Bezeichnung "7. April 1999" handelt es sich um eine offenbare Unrichtigkeit im Sinne des [§ 38 SGB X](#). Am 7. April 1999 ist lediglich ein Anhörungsschreiben und nicht der Bescheid versandt worden. Mit Bescheid vom 5. Mai 2000 hat die Beklagte somit – wie von der Klägerin beantragt – den auf das Anhörungsschreiben vom 7. April 1999 ergangenen Aufhebungsbescheid vom 8. Dezember 1999 aufgehoben. Darüber hinaus hat die Beklagte dem Widerspruch auch trotz Verfristung entsprochen. Der Bescheid vom 5. Mai 2000 ist insbesondere nicht als ein Neubewilligungsbescheid auszulegen. Mit dem Verfügungssatz wird der Bescheid vom "7. April 1999" zurückgenommen. Bei dieser Formulierung handelt es sich nicht um einen Zweitbescheid, der den Bescheid vom 16. März 1995 ab einem bestimmten Zeitpunkt gegenstandslos werden lässt.

Selbst wenn entgegen dieser Ansicht des Senats angenommen würde, dass es sich bei den Bescheiden vom 23. September 1997 und 5. Mai

2000 um Zweitbescheide handelt, hätten diese Zweitbescheide ebenso wie der Bescheid vom 16. März 1995 nur auf Grundlage des Art. 45 Pflegeversicherungsgesetz (PfleVG) ergehen können, denn aus den medizinischen Ermittlungen zu den maßgeblichen Zeitpunkten 1997 und 2000 ergeben sich keine Anhaltspunkte für das Vorliegen der Pflegestufe II. Der Bescheid vom 23. Mai 1997 ist auch ausdrücklich mit der Besitzstandswahrung begründet worden und nimmt damit eindeutig Bezug auf Art. 45 PfleVG. Insoweit wäre auch bei Annahme des Vorliegens von Zweitbescheiden die rechtliche Bewertung der materiellen Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Aufhebungsbescheides, insbesondere das Vorliegen einer wesentlichen Änderung, identisch mit den folgenden Erwägungen.

Im Hinblick auf das Vorliegen einer wesentlichen Änderung im Sinne des [§ 48 SGB X](#) ist zu beachten, dass der Bescheid vom 16. März 1995 (und auch so sie denn als Zweitbescheide betrachtet würden, die Bescheide vom 23. September 1997 und 5. Mai 2000) auf der Übergangsregelung in Art. 45 PfleVG beruht, woraus sich ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab ergibt. Nach dieser Vorschrift wurden pflegebedürftige Versicherte, die bis zum 31. März 1995 Leistungen bei Schwerpflegebedürftigkeit nach den [§§ 53 bis 57 SGB V](#) a.F. erhalten hatten, in die Pflegestufe II eingestuft und erhielten ohne erneute Antragstellung entsprechende Leistungen der Pflegeversicherung. Bei der Klägerin lagen die Voraussetzungen des Art. 45 PfleVG vor. Mit Bescheid vom 24. Mai 1994 waren ihr Leistungen wegen Schwerpflegebedürftigkeit anerkannt und häusliche Pflegehilfe als Geldleistung gewährt worden.

Art. 45 PfleVG schließt eine Überprüfung des Leistungsanspruchs und gegebenenfalls eine Aufhebung des auf der alten Rechtsgrundlage ergangenen Leistungsbescheides zwar nicht von vornherein aus, wie der 3. Senat des Bundessozialgerichts bereits im Urteil vom 13. März 2001 (Az. [B 3 P 20/00 R](#)) entschieden hat. Art. 45 PfleVG ist keine generelle Bestandsschutzregelung, die auch die Aufhebung eines Bescheides über die Gewährung von Pflegeleistungen nach der Pflegestufe II gemäß [§ 48 SGB X](#) aufgrund einer nachträglichen wesentlichen Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse von vornherein ausschließt. Ein solcher allgemeiner Ausschluss ist bereits dem Wortlaut des Art. 45 PfleVG nicht zu entnehmen. Die Vorschrift regelt lediglich, dass eine erneute Antragstellung bei Bezug von Leistungen wegen Schwerpflegebedürftigkeit nach den [§§ 53 ff SGB V](#) a.F. für die Gewährung von Leistungen ab 1. April 1995 nicht erforderlich ist und diese nach der Pflegestufe II, auf Antrag und bei

Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch nach der Pflegestufe III, gewährt werden. Das Bundessozialgericht hat aber im Urteil vom 13. März 2001 (Az. [B 3 P 20/00 R](#)) deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber mit der pauschalen Überführung aller Leistungsempfänger nach den [§§ 53 ff SGB V](#) a.F. in die Pflegestufe II bewusst in Kauf genommen hat, dass in Einzelfällen auch solche Versicherte in den Genuss von Leistungen nach der Pflegestufe II

kommen, die nach den Kriterien der [§§ 14 und 15 Sozialgesetzbuch XI. Buch \(SGB XI\)](#) lediglich in die Pflegestufe I hätten eingeordnet werden dürfen oder überhaupt nicht leistungsberechtigt wären. Eine Herabstufung dieser Pflegebedürftigen wegen von Anfang an zu günstiger Einstufung kommt danach schon aus Rechtsgründen (partieller Bestandsschutz) nicht in Betracht. [§ 45 SGB X](#) bietet hier keine Rechtsgrundlage, weil es wegen des genannten partiellen Bestandsschutzes an der Rechtswidrigkeit der von Anfang an zu günstigen Überleitung - sofern ein entsprechender Bescheid ergangen ist - in die Pflegestufe II fehlt; [§ 48 SGB X](#) ist insoweit unanwendbar, als Art 45 PfleVG die Folgen der Rechtsänderung speziell regelt.

Ein Versicherter, der in den Anwendungsbereich der Bestandsschutzregelung des Art. 45 PfleVG fällt, kann also nur dann in die Pflegestufe I herabgestuft oder vom Leistungsbezug ganz ausgeschlossen werden, wenn sich der Pflegebedarf durch Umstände verringert hat, die seit dem 1. April 1995 eingetreten sind. Denn der allein auf dem vorangegangenen Leistungsbezug beruhende, von der Erfüllung der aktuellen Tatbestandsvoraussetzungen unabhängige partielle Bestandsschutz ist im Rahmen des [§ 48 SGB X](#) auch insoweit zu beachten, als es um die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse geht. Eine Herabstufung bei gegenüber dem Zustand vom 31. März 1995 nach Art und Umfang unverändertem Hilfebedarf, also bei fehlender nachträglicher wesentlicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse i.S. des [§ 48 Abs 1 Satz 1 SGB X](#), ist somit ausgeschlossen (Urteil des Bundessozialgerichts vom 13. März 2001, Az. [B 3 P 20/00 R](#)).

Im vorliegenden Fall kann der Senat nicht erkennen, dass in Bezug auf den Zeitpunkt 31. März 1995 nach [§ 48 SGB X](#) in den für die frühere Leistungsgewährung maßgebenden Verhältnissen, insbesondere beim Umfang des Pflegebedarfs, eine wesentliche Änderung zu Lasten der Klägerin eingetreten ist.

Der Umfang des Pflegebedarfs bemisst sich nach [§ 14 Abs. 1 SGB XI](#). Pflegebedürftigkeit liegt hiernach vor, wenn der Betroffene wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedarf, die nach [§ 14 Abs. 3 SGB XI](#) in der Unterstützung, in der teilweisen oder vollständigen Übernahme der Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens oder in der Beaufsichtigung oder Anleitung mit dem Ziel der eigenständigen Übernahme dieser Verrichtungen besteht. Als gewöhnliche und regelmäßig wiederkehrende Verrichtungen im vorgenannten Sinne gelten nach [§ 14 Abs. 4 SGB XI](#) im Bereich der Körperpflege, der neben den Bereichen der Ernährung und der Mobilität zur Grundpflege gehört das Waschen, Duschen, Baden, die Zahnpflege, das Kämmen, Rasieren und die Darm- oder Blasenentleerung, im Bereich der Ernährung das mundgerechte Zubereiten oder die Aufnahme der Nahrung, im Bereich der Mobilität das selbständige Aufstehen und Zu-Bett-Gehen, An- und Auskleiden, Gehen, Stehen, Treppensteigen oder das Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung sowie im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung das Einkaufen, Kochen, Reinigen der Wohnung, Spülen, Wechseln und Waschen der Wäsche und Kleidung oder das Beheizen.

Unzweifelhaft beträgt zum Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung im Jahre 2011 der Pflegebedarf im Bereich der Grundpflege 61 Minuten täglich und im Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung 80 Minuten täglich. Dies ergibt sich aus den schlüssigen Feststellungen der Ärztin W, die den Ausführungen der Gutachter B und Bim Wesentlichen folgt.

Der Umfang des Pflegebedarfs für die Klägerin am 31. März 1995 ist für den Senat hingegen nicht aus den vorliegenden medizinischen Unterlagen ersichtlich und auch nicht mehr zu ermitteln. Es ist zwar ersichtlich, dass im März 1995 ein Grundpflegebedarf bestand, der höher war als der eines gesunden Kindes, es ergeben sich aber keine Anhaltspunkte, dass der zu berücksichtigende Grundpflegebedarf höher war als 61 Minuten, wie durch die Ärztin W schlüssig und nachvollziehbar für das Jahr 2011 festgestellt.

Im Gutachten der Gutachterin T vom 9. März 1994 sind keine Zeiten für den Pflegebedarf angegeben. Es sind entsprechend der damaligen gesetzlichen Vorgaben für die Bestimmung, ob Schwerpflegebedürftigkeit besteht, lediglich die Verrichtungen aufgeführt, bei denen die Klägerin, die 22 Monate alt war, Hilfe benötigte. Sie hatte hiernach Hilfebedarf beim Gehen, Treppensteigen, Aufstehen und Zu-Bett-Gehen, Waschen, Duschen/Baden, bei der Zahn- und Mundhygiene, beim Kämmen, Verrichten der Notdurft, An- und Auskleiden, bei den

hauswirtschaftlichen Verrichtungen, beim Zubereiten- und Aufnehmen der Nahrung, bei der Kommunikation, Kooperation nach Aufforderung und Koordination des Tagesablaufes. Allein aus diesen aufgeführten Tätigkeiten lässt sich für den Senat eine Pflegezeit für die Grundpflege nicht ermitteln, da hier gerade keine pauschalen Zeiten zugrunde gelegt werden können.

Auch aus den Ausführungen der Gutachterin, dass das Entwicklungsalter der 22 Monate alten Klägerin dem eines 9-10 Monate alten Kindes entspräche, ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte für den Umfang der Pflegebedürftigkeit. Allenfalls wäre zu erwägen aufgrund dieser Einschätzung vereinfacht den Pflegeaufwand nach den Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem XI. Buch des Sozialgesetzbuches eines gesunden 2-jährigen Kindes (169 Minuten) von dem eines 1/2-jährigen gesunden Kindes (225 Minuten) abzuziehen. Es würde sich dann ein Pflegemehraufwand im Vergleich zu einem gesunden Kind von 56 Minuten ergeben. Unabhängig davon, dass eine solche vereinfachte Betrachtung ohne konkrete Prüfung des Einzelfalles nicht statthaft ist, berücksichtigt sie zudem nicht, dass sich die Situation der Klägerin im März 1995 im Vergleich zur Begutachtungssituation im März 1994 insofern geändert hatte, als die Klägerin, die mit 27 Monaten laufen gelernt hatte, nunmehr selbständig gehen konnte. Bei der Begutachtung hatte die Gutachterin noch festgestellt, dass freies Laufen noch nicht möglich war. Es ist auch nicht festgestellt, inwieweit sich innerhalb des Jahres das selbständige Essen und Trinken eingestellt hat.

Dr. S gibt in seinem Gutachten nach der Untersuchung im September 1996 ebenso keine konkreten Zeiten an. Er stellte einen Hilfebedarf im gesamten Bereich der Körperpflege, im Bereich der mundgerechten Zubereitung der Nahrung und bei der Nahrungsaufnahme beim Aufstehen und Zu-Bett-Gehen und beim Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung fest. Hierbei handelt es sich aber auch gerade um die Verrichtungen, bei denen auch gesunde vierjährige Kinder Hilfe bedürfen. Der Gutachter führte dann aus, dass eine erhebliche Pflegebedürftigkeit bestehe. Der zeitliche Umfang an Hilfe gegenüber einem gleichaltrigen gesunden Kind ordne sich gemäß SGB XI in die Pflegestufe I grenzwertig ein. Hieraus könnte allenfalls der vage Schluss gezogen werden, dass nach Einschätzung des Gutachters der Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege nur unwesentlich über 45 Minuten lag. Auch die Ärztin W führte in ihrer ergänzenden Stellungnahme jedoch nachvollziehbar aus, dass die Einstufung des Gutachters S nicht nachvollziehbar sei, da konkrete Zeitangaben, die diese Entscheidung begründen, fehlen.

Die gutachterliche Stellungnahme der Gutachterin Dr. S, die nach Aktenlage allein auf Grundlage des Gutachtens des Gutachters Seinen Bedarf in der Grundpflege von 180 Minuten ermittelte, ist für den Senat nicht nachvollziehbar, zumal die Gutachterin offensichtlich auch von einem hohen Pflegebedarf für ein gesundes Kind ausgeht. So erläutert die Gutachterin, dass die Übernahme der großen Körperpflege bei einem vierjährigen Kind als altersgerecht anzusehen sei und unterstellt dafür einen zeitlichen Aufwand von 40 Minuten pro Tag. In den Begutachtungsrichtlinien sind hingegen lediglich 20 Minuten bei einem gesunden Kind angesetzt. In vielen Punkten ist nicht ersichtlich, wie die Gutachterin den Pflegebedarf ermittelt und ob dieser nach ihrer Ansicht über dem eines normal entwickelten Kindes liegt.

Erstmals stellte die Pflegefachkraft B nach Untersuchung am 16. Dezember 1998 den Pflegebedarf im Bereich der Grundpflege mit 140 Minuten fest. Aus diesem Gutachten können aufgrund des Alters der Klägerin jedoch keine Schlüsse mehr auf den Pflegebedarf im März 1995 gezogen werden. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass 1998 ein höherer Pflegebedarf bereits aus dem höheren Alter und damit einer geringeren Absetzung des Bedarfs eines gesunden Kindes folgt.

Eine wesentliche Verbesserung des Umfangs der Pflegebedürftigkeit im Jahre 2011 im Vergleich zum Jahre 1995 kann der Senat somit nicht erkennen, insbesondere, weil der Pflegebedarf im Zeitpunkt des Erlasses des Ausgangsbescheides nicht feststellbar ist.

Es ist auch unerheblich, dass zwischenzeitlich, wie sich aus den schlüssigen Gutachten ergibt, zweifellos zeitweise ein höherer Pflegebedarf als 61 Minuten bestand, denn hinsichtlich der Beurteilung, ob eine wesentliche Änderung vorliegt, ist allein der Pflegeumfang am 1. April 1995 mit dem Pflegeumfang im Zeitpunkt des Aufhebungsbescheides zu vergleichen. Anders könnte dies nur zu betrachten sein, wenn zwischenzeitlich die Voraussetzungen der Pflegestufe II nach [§§ 14, 15 SGB XI](#) vorgelegen haben und diesbezüglich ein bewilligender Bescheid ergangen wäre. Dies war aber vorliegend - wie oben ausgeführt - nicht der Fall.

Die objektive Beweislast, die sogenannte materielle Feststellungslast, der zu Folge derjenige die Folgen der Nichtfeststellbarkeit einer Tatsache trägt, der aus dieser Tatsache ein Recht oder Vorteil herleiten will, bezüglich des Vorliegens einer wesentlichen Änderung im Sinne des [§ 48 SGB X](#) liegt bei der Beklagten (Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, [§ 103 SGG](#), Rdnr. 19 d). Die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache geht damit zu ihren Lasten.

Da eine wesentliche Änderung zu Lasten der Klägerin nicht festgestellt werden kann, konnte der Bescheid nicht nach [§ 48 SGB X](#) aufgehoben werden. Die Klägerin hat weiterhin Anspruch auf Leistungen der Pflegestufe II.

Auch eine Rücknahme nach [§ 45 SGB X](#) kommt nicht in Betracht, weil der Bescheid vom 16. März 1995 zum Einen nicht rechtswidrig war. Er beruht auf [Art. 45 PfIVG](#) (s.o.). Darüber hinaus steht einer Rücknahme des Bescheides vom 16. März 1995 der Zeitablauf ([§ 45 Abs. 3 SGB X](#)) entgegen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Absatz 1 SGG](#) und folgt dem Ergebnis in der Hauptsache.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil Zulassungsgründe gemäß [§ 160 Absatz 2 SGG](#) nicht gegeben sind.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2013-11-13