

## L 2 P 10/05

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Pflegeversicherung

Abteilung

2

1. Instanz

SG Augsburg (FSB)

Aktenzeichen

S 10 P 93/03

Datum

15.11.2004

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 2 P 10/05

Datum

26.09.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 15. November 2004 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid vom 6. August 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Oktober 2003 abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Klägerin für die Zeit vom 1. Juli 2002 bis 31. August 2003 Pflegegeld nach der Stufe II anstatt der Stufe I zusteht.

Bei der 1987 geborenen Klägerin bestehen Entwicklungsstörungen nach Frühgeburt sowie eine Herz- und Hauterkrankung. Sie erhielt seit 1995 Leistungen der Pflegeversicherung nach der Stufe II. Im Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) vom 13. Juli 1995 wurde im Vergleich zur vorangegangenen Untersuchung am 15. Juni 1994 ein unveränderter Hilfebedarf von 176 Minuten im Bereich der Grundpflege für erforderlich gehalten. In einem späteren Gutachten vom 27. April 1998 wurde eine Besserung erkannt. Für Grundpflege seien nur noch 90 Minuten an Hilfe notwendig. Hiervon sei die Pflege abzuziehen, die ein gleichaltriges gesundes Kind benötige, nämlich 30 Minuten, so dass nur noch ein Hilfebedarf von 60 Minuten übrig bleibe. Auf den Widerspruch der Klägerin revidierte der MDK dieses Ergebnis im Gutachten vom 20. Juli 1998 und veranschlagte einen Hilfebedarf von 179 Minuten. Unter Abzug des Hilfebedarfs eines gleichaltrigen gesunden Kindes von 30 Minuten errechnete er einen Pflegebedarf von 149 Minuten.

Im Bescheid vom 21. Juli 1998 erklärte die Beklagte, ab 1. Mai 1998 stünden Leistungen aus der Pflegeversicherung nach der Stufe II zu. Diese gewähre sie vorläufig bis zum 30. Juni 2002 befristet. Gleichzeitig bat sie, die Klägerin möge sich rechtzeitig vor Ablauf der Pflegegeldzahlungen mit ihr in Verbindung setzen. Der Bescheid erlangte Bestandskraft.

Die Beklagte beauftragte im Mai 2002 den MDK mit einer erneuten Begutachtung. Dieser kam im Gutachten vom 29. Mai 2002 zum Ergebnis, ab Juni 2002 lägen nur noch die Voraussetzungen für Leistungen nach der Stufe I vor. Bei der Körperpflege benötige die Klägerin fremde Hilfe im Umfang von 63 Minuten, bei der Ernährung von 1 Minute, nämlich nur noch für mundgerechtes Zubereiten von Fleisch, und im Bereich der Mobilität von 10 Minuten, also insgesamt 74 Minuten. Der reduzierte Hilfebedarf beruhe auf Fortschritten im Bereich der Motorik aufgrund umfassender Förderung. Eine weitere Besserung sei zu erwarten, so dass eine Begutachtung für Juni 2006 empfohlen werde. Auf Frage der Beklagten, ob eine wesentliche Änderung nachzuweisen sei, antwortete der MDK am 24. Juli 2002, der Hilfebedarf habe sich aufgrund verbesserter Motorik erheblich verringert. Die erste Begutachtung der Klägerin habe im Jahre 1994 noch nach Maßgabe des Fünften Sozialgesetzbuchs stattgefunden. Damals sei die Klägerin sechs Jahre und neun Monate alt gewesen, so dass altersbedingt von anderen Fähigkeiten auszugehen war. Hinzugekommen sei, dass die Untersuchung seinerzeit wenige Monate nach dem Tod ihrer Mutter stattgefunden habe und die Klägerin zu dieser Zeit starken seelischen Belastung ausgesetzt gewesen sei.

Mit Bescheid vom 6. August 2002 entzog die Beklagte mit Wirkung ab 1. Juli 2002 Leistungen der Pflegeversicherung nach der Stufe II und gewährte nur noch solche nach der Stufe I weiter. Im Widerspruch dagegen machte die Klägerin geltend, wegen einer schwierigen Kieferregulation nehme die Zahnpflege sehr viel Zeit in Anspruch, ebenso die Hautpflege wegen ihrer Neurodermitis. Verdauungsbeschwerden machten Zwischenmahlzeiten mit jeweils mundgerechter Zubereitung der Nahrung notwendig. Es seien häufige Arztbesuche erforderlich, zu denen sie begleitet werden müsse. Inzwischen sei eine Anfallserkrankung hinzugekommen. Auf dem Schulweg müsse sie i.d.R. begleitet werden.

Der MDK nahm hierzu am 8. November 2002 Stellung. Er stellte fest, die Klägerin besuche jetzt die achte Klasse der Regelschule. Regelmäßig wöchentliche Arztbesuche fänden nicht statt. Das Eincremen wegen der Neurodermitis sei bei der Körperpflege berücksichtigt. Für das Kleinschneiden von Fleisch könne man fünf Minuten und im Bereich der Mobilität 19 Minuten ansetzen. Insgesamt bleibe der Hilfebedarf mit 90 Minuten deutlich unter den Voraussetzungen der Pflegestufe II. Auch die weiteren Einwände der Klägerin hielt der MDK nicht für begründet. Kinderturnen sei nicht ärztlich verordnet und die Begleitung zu Ergotherapie rechtfertige nur einen Mehrbedarf von auf den Tag umgerechnet 9 Minuten (60 Minuten pro Woche:7). Mit Bescheid vom 8. Oktober 2003 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Dagegen erhob die Klägerin beim Sozialgericht Augsburg (SG) Klage und brachte vor, bei ihr handle es sich um ein seltenes und komplexes Krankheitsbild, das besondere Pflegemaßnahmen erfordere. Sie legte ein Pfl egetagebuch über den Zeitraum vom 28. November bis 11. Dezember 2003 vor. Das SG zog einen Befundbericht des Hausarztes bei und beauftragte die Pflegesachverständige F. mit der Erstattung eines Gutachtens. Nach Hausbesuch am 5. April 2004 gelangte die Sachverständige im Gutachten vom 9. April 2004 zum Ergebnis, durchschnittlich sei pro Tag Hilfe im Bereich der Körperpflege von 78,5 Minuten, der Ernährung von drei Minuten und der Mobilität von 26 Minuten angemessen. Insgesamt betrage der tägliche Pflegeaufwand mindestens 107,5 Minuten. Dies entspreche dem krankheitsbedingten Mehraufwand an Pflege, da bei einem gesunden Kind ab dem 12. Lebensjahr keine Hilfe anfallt, die einen Abzug rechtfertige. Für die Zeit von Juli 2002 bis einschließlich August 2003 sei die Zahnpflege wegen einer Kieferregulierung aufwändiger und der Hilfebedarf dadurch höher gewesen. Er habe insgesamt 112,5 Minuten betragen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 15. November 2004 schränkte die Klägerin ihren Klageantrag ein. Sie beantragte nur noch Leistungen nach der Pflegestufe II über den 1. Juli 2002 bis zum 31. August 2003. Zu diesem Zeitpunkt, so räumte sie ein, sei die aufwändige Zahnregulierung abgeschlossen gewesen; der Hilfebedarf habe sich reduziert.

Mit Urteil vom 15. November 2001 verurteilte das SG die Beklagte, unter Abänderung der angefochtenen Bescheide Leistungen nach der Pflegestufe II bis einschließlich 31. August 2003 zu erbringen. Die von der Beklagten im Bescheid vom 21. Juli 1998 ausgesprochene Befristung bis 30. Juni 2002 sei rechtswidrig gewesen. Ein Fall der wesentlichen Änderung mit Neufeststellung nach § 48 des Zehnten Sozialgesetzbuchs (SGB X) liege nicht vor. Für eine wesentliche Änderung sei die Beklagte beweispflichtig. Eine solche sei von ihr nicht nachgewiesen worden. Zwar habe die Sachverständige F. nur einen Hilfebedarf bescheinigt, der Leistungen nach der Stufe I rechtfertige. Jedoch könnten die von den Pflegerichtlinien vorgegebenen Zeitkorridore für die einzelnen Verrichtungen auch großzügig ausgelegt werden, so dass sich der Hilfebedarf erhöhe. Darüber hinaus sei auch die im Pfl egetagebuch dokumentierte Pflege von durchschnittlich 132 Minuten zu berücksichtigen. Es sei von einem Grenzfall auszugehen. Erst ab 1. September 2003 sei eine Rückstufung in Pflegestufe I gerechtfertigt.

Dagegen legte die Beklagte Berufung ein. Sie rügte, das SG habe sich über die Feststellungen der gerichtlichen Sachverständigen hinweggesetzt. Das Bundessozialgericht (BSG) habe im Urteil vom 7. Juli 2005 - [B 3 P 12/04 R](#) entschieden, die Feststellung von Leistungen aus der Pflegeversicherung nach Ablauf der Befristung einer bestandskräftigen Leistung sei eine Erstentscheidung. In einem derartigen Fall bedürfe es nicht des Nachweises einer wesentlichen Änderung im Vergleich zur vorangegangenen Entscheidung. Im übrigen lasse sich im vorliegenden Fall die Reduzierung der Hilfe in der Grundpflege nach dem Gutachten der gerichtlichen Sachverständigen eindeutig nachweisen.

Die Klägerin wandte dagegen ein, der vom BSG entschiedene Fall betreffe einen anderen Sachverhalt. Dort habe die Verwaltung nach Ablauf der Befristung über Jahre hinweg ohne Rechtsgrundlage Pflegegeld weitergezahlt. Hier habe die Beklagte hingegen noch vor Ablauf der Befristung eine Nachprüfung eingeleitet.

Die inzwischen volljährige Klägerin legte auf Ersuchen des Senats eine von ihr unterzeichnete Vollmacht vor.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 15. November 2004 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 6. August 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Oktober 2003 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 15. November 2004 zurückzuweisen.

Im Übrigen wird gem. [§ 136 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) auf den Inhalt der Akte der Beklagten sowie der gerichtlichen Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig ([§§ 143, 151 SGG](#)) und begründet. Sie führt zur Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts Augsburg vom 15. November 2004.

Der Senat schließt sich der Auffassung des BSG (a. a. O.) an, wonach im Anschluss an einen befristeten Leistungsbescheid eine Bewilligungsentscheidung, mit der eine geringere Leistungen als zuvor gewährt wird, als Leistungsablehnungsentscheidung anzusehen ist. Maßgebend hierfür ist, dass der Bescheid vom 21. Juli 1998 Bestandskraft erlangte und Leistungen nach der Pflegestufe II befristet auf den 30. Juni 2002 zusicherte. Ob die Befristung einen hinreichenden Rechtsgrund hatte, kann dahinstehen, weil der Bescheid von der Klägerin nicht angefochten worden war. Er erlangte damit Bestandskraft. Damit war für die Beklagte der Weg frei, nach Ablauf der Befristung neu über den Anspruch der Klägerin zu entscheiden. Zwar hatte sich die Klägerin nicht, wie von der Beklagten im Bescheid vom 21. Juli 1998 empfohlen, vor Ablauf der Pflegegeldzahlungen mit der Beklagten in Verbindung gesetzt, um eine Weitergewährung zu erreichen. Jedoch ist ihr späteres Vorbringen im Widerspruchsverfahren als Antrag, ihr über den 30. Juni 2002 hinaus Pflegegeld nach der Stufe II zu gewähren, zu werten. Insoweit ist der hier zu entscheidende Fall durchaus mit dem, der dem Urteil des BSG vom 7. Juli 2005 zugrunde lag, vergleichbar.

Dass zwischen der Befristung auf den 30. Juni 2002 und dem Erlass des angefochtenen Bescheides am 6. August 2002 nur eine kurze Zeitspanne liegt und die Herabsetzung auf Stufe I mit Wirkung zum 1. Juli 2002 nahtlos an die Befristung anschließt, ändert nichts an der Rechtslage. Allein entscheidend ist, dass für Zahlungen von Pflegegeld ab dem 1. Juli 2002 bis zum Erlass des angefochtenen Bescheides keine Rechtsgrundlage bestand. Folgerichtig entschied die Beklagte auch nur, dass ab 1. Juli 2002 ausschließlich Leistungen nach der Stufe I

zustehen; den vorangegangenen Bescheid vom 21. Juli 1998 hob sie nicht auf. Dieses Vorgehen ist in sich schlüssig und offenbart, dass die Beklagte der Meinung war, sie sei berechtigt, eine erste Entscheidung ohne Bindung an frühere Entscheidungen treffen zu können. Eine Umdeutung des angefochtenen Bescheids in eine wirksame Leistungsablehnungsentscheidung, wie in dem vom BSG entschiedenen Rechtsstreit, ist hier nicht erforderlich.

Die vom SG angeregte, in der Niederschrift vom 15. November 2004 dokumentierte Antragstellung der Klägerin, deutet ebenfalls auf eine Anfechtungs- und Leistungsklage hin. Nach seiner Auffassung, die Pflegegeldleistungen hätten nicht befristet werden dürfen bzw. die Voraussetzungen für eine Neufeststellung nach [§ 48 SGB X](#) hätten nicht vorgelegen, hätte das SG auf eine Antragstellung i. S. einer Anfechtungsklage hinwirken müssen. Es hätte genügt, den streitigen Bescheid aufzuheben.

Der Senat vertritt die Auffassung, dass die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 6. August 2002 i. d. F. des Widerspruchsbescheids vom 8. Oktober 2003 eine Leistungsablehnung ausgesprochen hat. Auf den Nachweis einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse im Vergleich zur maßgeblichen Vorbegutachtung kommt es nicht an. Die Rechtmäßigkeit der vorgenannten Bescheide hängt somit allein davon ab, ob ab 1. Juli 2002 für die Pflege der Klägerin mindestens 120 Minuten erforderlich waren.

Diese Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit Pflegegeld nach der Pflegestufe II gem. §§ 37 Abs. 1 Ziff. 2, 15 Abs. 1 Ziff. 2 des Elften Sozialgesetzbuchs (SGB XI) gezahlt werden kann. Danach können Pflegebedürftige Pflegegeld beantragen, wenn sie selbst mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung in geeigneter Weise sicherstellen können. Die Höhe des Pflegegeldes richtet sich nach der Pflegestufe, die in [§ 15 Abs. 1 und Abs. 2 SGB XI](#) näher definiert wird. Pflegebedürftige der Pflegestufe II sind Personen, die bei der Körperpflege, der Ernährung oder der Mobilität mindestens dreimal täglich zu verschiedenen Tageszeiten der Hilfe bedürfen und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfe bei der hauswirtschaftlichen Versorgung benötigen. Für Pflegestufe II müssen mindestens 120 Minuten auf die Grundpflege entfallen. Welche Verrichtungen der Grundpflege zuzurechnen sind, beschreibt [§ 14 Abs. 4 SGB XI](#) im Einzelnen.

Nach den Feststellungen der gerichtlichen Sachverständigen, der Pflegefachkraft F., benötigte die Klägerin im streitigen Zeitraum zwischen dem 1. Juli 2002 und dem 31. August 2003 für die in [§ 14 Abs. 4 SGB XI](#) genannten Verrichtungen lediglich 112,5 Minuten täglich im Wochendurchschnitt. Der Senat schließt sich dieser Einschätzung an. Er sieht keine so erhebliche Abweichung von der Beurteilung des MDK, dass Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens aufkommen müssten. Der MDK befürwortete im Gutachten vom 8. November 2002 Hilfe im Grundpflegebereich von insgesamt 90 Minuten. Die Differenz von 22,5 Minuten liegt im Toleranzbereich, der bei Schätzungen hingenommen werden muss. Denn exakte Zeitangaben sind bei der Pflegehilfe nicht zu gewinnen. Dies offenbaren auch die Begutachtungsrichtlinien, die sogenannte Zeitkorridore beschreiben, innerhalb derer ein Verrichtungsaufwand plausibel erscheint. Hier ist anzumerken, dass die Gutachterin F. bei der Körperpflege maximale Zeitwerte ansetzte, die in den Zeitkorridoren genannt werden. Deutliche Überschreitungen müssen sich auf Besonderheiten der Pflege im einzelnen zurückführen lassen. Pflegeerschwerende Umstände nannte die Sachverständige in ihrem Gutachten und berücksichtigte sie bei der Zeiteinschätzung. Zudem differenzierte sie nach der Art der Hilfeleistung. Danach wird deutlich, dass die Klägerin teilweise lediglich der Beaufsichtigung und Kontrolle bedurfte. Die von ihrem Vater im Pfl egetagebuch dokumentierten Hilfeleistungen haben ihre Mithilfe nicht hinreichend miteinbezogen. Nicht zu übersehen ist, dass im Pfl egetagebuch eine Reihe von Tätigkeiten aufgeführt werden, die nicht dem Verrichtungskatalog des [§ 14 SGB XI](#) zugerechnet werden können, wie Begleitung auf dem Schulweg und auf Spaziergängen. Betreuungsaufwand beim Hausaufgabenmachen, nicht regelmäßig einmal wöchentlich anfallende Arztbesuche und nicht ärztlich verordnete Therapiemaßnahmen können ebenfalls nicht berücksichtigt werden.

Insofern sieht der Senat - anders als das SG dies von seinem Rechtsstandpunkt sah - keinen Grenzfall, der es rechtfertigen würde, entgegen der Zeiteinschätzung durch die Sachverständige die im Pfl egetagebuch genannten Zeiten als Korrektiv heranzuziehen. Vielmehr geht er davon aus, dass maximal 112,5 Minuten im streitigen Zeitraum an Hilfeleistung notwendig waren. Damit werden 120 Minuten pro Tag wie in [§ 15 Abs. 3 Ziff. 2 SGB XI](#) vorgegeben, nicht erreicht. Der Senat kommt zum Ergebnis, dass die Klägerin in der Zeit zwischen dem 1. Juli 2002 und dem 31. August 2003 keinen Anspruch auf Leistungen aus der Pflegeversicherung nach der Pflegestufe II hatte. Das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 15. November 2004 war aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 6. August 2002 und Widerspruchsbescheid vom 8. Oktober 2003 abzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf [§ 193 SGG](#).

Für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#) besteht kein Anlass.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2008-01-10