

L 26 SB 22/03

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Entschädigungs-/Schwerbehindertenrecht
Abteilung
26

1. Instanz
SG Frankfurt (Oder) (BRB)
Aktenzeichen
S 5 SB 30/01

Datum
24.04.2003

2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 26 SB 22/03

Datum
05.04.2006

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 24. April 2003 geändert. Der Bescheid des Amtes für Soziales und Versorgung Frankfurt (Oder) vom 28. Juli 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02. März 2001 wird, soweit dieser den Zeitraum vom 28. Juli 1999 bis zum 27. Januar 2000 betrifft, aufgehoben. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Der Beklagte hat dem Kläger ein Viertel der außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Entziehung des Merkzeichens "H" (hilflos).

Der im Mai 1981 geborene Kläger beantragte am 03. Mai 1995 die Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach dem Schwerbehindertengesetz (SchwbG) bei dem Amt für Soziales und Versorgung – Versorgungsamt – F und gab als Gesundheitsstörung Debilität bis Imbezillität an. Zum Verwaltungsverfahren gelangte eine ärztliche Auskunft der Internistin Dr. K (Juni 1995) mit weiteren Unterlagen über den Kläger, die in einer gutachtlichen Stellungnahme des Allgemeinmediziners Dr. G (Juli 1995) versorgungsärztlich ausgewertet wurden. Dr. G schlug zur Anerkennung einen Grad der Behinderung (GdB) von 80 wegen einer beim Kläger festzustellenden geistigen Behinderung sowie die Merkzeichen "H", "G" (erheblich beeinträchtigt in der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr) und "B" (auf ständige Begleitung bei Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln angewiesen) vor und hielt eine Nachprüfung ab Juni 1999 wegen Vollendung des 18. Lebensjahres des Klägers für erforderlich. Das Amt für Soziales und Versorgung F stellte durch Bescheid vom 02. August 1995 den GdB mit 80 wegen der geistigen Behinderung sowie die Merkmale "H", "G" und "B" fest.

Im Dezember 1998 leitete das Versorgungsamt F eine Überprüfung hinsichtlich der nach dem SchwbG festgestellten Behinderungen ein. Eine weitere ärztliche Auskunft der Internistin Dr. K (März 1999) wurde beigezogen und in gutachtlicher Stellungnahme wiederum des Allgemeinmediziners Dr. G (April 1999) ausgewertet. Er hielt bei dem Kläger weiterhin einen GdB von 80 für die geistige Behinderung und ebenso die Merkzeichen "G" und "B" für weiter feststellungswürdig, nicht aber mehr das Merkzeichen "H". Er regte an, einen psychiatrischen Befund beizuziehen oder eine Untersuchung im Amt für Soziales und Versorgung F durchzuführen.

Ohne dieser Anregung Dr. G nachzukommen und nach Anhörung des Klägers mit Schreiben des Beklagten vom 03. Juni 1999, stellte das Amt für Soziales und Versorgung F durch Bescheid vom 28. Juli 1999 den GdB mit 80 sowie die Merkzeichen "G" und "B", nicht mehr aber das Merkzeichen "H" ab 28. Juli 1999 fest.

Dagegen legte der Prozessbevollmächtigte des Klägers Widerspruch am 09. August 1999 ein. Während des Widerspruchsverfahrens gelangte ein psychiatrisch-neurologisches Gutachten des Prof. Dr. med. habil. H.-G. T. vom 02. Juli 1999 zu den SchwbG-Akten des Beklagten, das das Amtsgericht Frankfurt (Oder) zur Feststellung des Betreuungsumfanges des Klägers in Auftrag gegeben hatte. Dieser Arzt diagnostizierte in seinem Gutachten vom 02. Juli 1999 auf Veranlassung des Amtsgerichts Frankfurt (Oder) beim Kläger: 1. Intelligenzminderung schweren Grades; 2. frühkindliche Hirnschädigung unklarer Genese; 3. Mikrozephalie; 4. Hüft dysplasie beidseits; 5. extremer Großwuchs und massive Adipositas. Das Amtsgericht Frankfurt (Oder) bestellte daraufhin durch Beschluss vom 23. Juli 1999 die Eltern des Klägers für die Aufgabenkreise Sorge für die Gesundheit, Vermögenssorge bzw. Vertretung vor Ämtern und Behörden zu Betreuern.

Die Versorgungsärztin Dipl.-Med. R wertete das Gutachten des Prof. Dr. T. im Widerspruchsverfahren im November 1999 aus und hielt den GdB von 80 für weiter zutreffend, hingegen nicht mehr das Merkzeichen "H". Auch die Pflegestufe I zeige, dass der Kläger nicht hilflos sei.

Des Weiteren gelangten zum Widerspruchsverfahren ein Pflegegutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung im Land Brandenburg (MDK) vom 25. Februar 2000 nach Begutachtung des Klägers am 28. Januar 2000, wegen dessen Einzelheiten auf Blatt 71 bis 76 der SchwbG-Akten des Beklagten verwiesen wird. Danach liege beim Kläger eine Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe I vor. Für die Körperpflege, Ernährung und Mobilität seien Hilfestellungen mit einem Zeitaufwand von insgesamt 46 Minuten, für die hauswirtschaftliche Versorgung ein Hilfebedarf von 315 Minuten erforderlich.

Die Versorgungsärztin Dr. W hielt in einer weiteren versorgungsärztlichen Überprüfung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens im März 2000 einen GdB von 100 ab Antragstellung für gegeben. Der Kläger sei geistig so beeinträchtigt, dass er auf Dauer nur in einer Werkstatt für Behinderte arbeiten könne. Die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "H" bejahte Dr. W, weil das neurologisch-psychiatrische Gutachten des Prof. Dr. Tals auch das Pflegegutachten des MDK vom 25. Februar 2000 einen Hilfebedarf für häufig und regelmäßig wiederkehrende Verrichtungen zur Sicherung der persönlichen Existenz nachweise. Der Kläger sei auch über das 18. Lebensjahr hinaus aus versorgungsärztlichen Gesichtspunkten hilflos im Sinne des SchwbG. In einer gutachtlichen Stellungnahme (März 2000) bestätigte die Prüfarztin des Beklagten Dr. F die Bewertung der Versorgungsärztin Dr. W.

Auf Veranlassung der Versorgungsverwaltung erstellte die Versorgungsärztin und Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie Dipl.-Med. R über den Kläger ein ärztliches Gutachten (ohne Datum) nach Untersuchungen am 11. September 2000 und 01. November 2000. Sie befürwortete einen GdB von 80 für die geistige Behinderung. Das Merkzeichen "H" liege nach dem Ergebnis ihrer Untersuchung, dem Gutachten von Prof. Dr. T, dem Pflegegutachten sowie dem von den Eltern u. a. überreichten Abgangszeugnis der H-Schule F - Förderschule für geistig Behinderte - nicht mehr vor. Zudem erreiche, werde das Urteil des Bundessozialgerichts vom 08. März 1995 (Aktenzeichen) zugrunde gelegt, der Kläger den Status der Hilflosigkeit nicht mehr. Hingegen seien die Merkzeichen "G" und "B" weiter zuzuerkennen. Der Besuch der Werkstatt für Behinderte spreche nicht für eine 100%ige geistige Behinderung. Aufgrund des allgemeinen Arbeitsmarktes würden immer mehr Behinderte mit einem höheren Leistungsvermögen die Werkstätten besuchen, damit sie weiter betreut und gefördert würden und nicht nur zu Hause verblieben. Dr. W schloss sich am 27. Dezember 2000 der Beurteilung der Dipl.-Med. R an und hielt nunmehr auch das Merkzeichen "H" für nicht mehr gegeben.

Durch Widerspruchsbescheid vom 02. März 2001 wies daraufhin das Landesamt für Soziales und Versorgung - Landesversorgungsamt - den Widerspruch zurück. Wegen der Einzelheiten des Widerspruchsbescheides wird auf Blatt 116 bis 118 der SchwbG-Akten des Beklagten verwiesen. Der Widerspruchsbescheid wurde am 05. März 2001 abgesandt.

Am 06. April 2001 hat der Kläger Klage vor dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) erhoben. Das Merkzeichen "H" liege weiter vor. Prof. Dr. T habe in seinem Gutachten vom 02. Juli 1999 ausdrücklich festgestellt, dass er eine geistige Behinderung schweren Grades sowie leichte körperliche Behinderungen habe, die gutachtlich von untergeordneter Bedeutung seien. Bei der frühkindlich erworbenen Schädigung bzw. Veranlagung handele es sich um einen Endzustand. Prof. Dr. T habe ausdrücklich festgestellt, dass die nötige Betreuung nicht befristet werden könne und er seinen Willen auch nur in begrenztem Umfang Ausdruck verleihen könne. Er sei nicht in der Lage, seine Entscheidungen sinnvoll zu gestalten. Insbesondere seien keine anderen Hilfsmöglichkeiten, die eine Betreuung entbehrlich machen würden, gegeben. Er könne sich lediglich in sehr begrenztem Umfang verständigen. Auch den weiteren vorliegenden ärztlichen Unterlagen könne entnommen werden, dass weder eine Besserung noch eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu erwarten sei. Dr. W habe ausdrücklich festgestellt, dass ein Hilfebedarf vorliege, und zwar zur Sicherung der persönlichen Existenz. Auch über das 18. Lebensjahr hinaus sei er hilflos.

In einer nichtöffentlichen Sitzung des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 14. Februar 2002 hat der Kläger u. a. erklärt, in G auf einem Bauerngut zu arbeiten. Er miste dort aus, die Arbeit beginne um 08.00 Uhr, es gebe dort Mittagessen, das Mittagessen werde aus der Küche geholt. Er hole sich das Essen selber und setze sich an einen Tisch. Er esse alleine und kleckere nicht. Die Arbeit dauere bis 15.00 Uhr an. Bei der Arbeit werde er schmutzig. Er dusche dort, und zwar alleine und trockne sich auch alleine ab. Der Vertreter des Klägers hat diese Aussage dahingehend ergänzt, dass der Kläger, wenn er nach Hause komme, noch einmal nachgewaschen werden müsse.

Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2002 hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers weiter vorgetragen, der Kläger selbst sei nicht in der Lage, beispielsweise mit öffentlichen Verkehrsmitteln von zu Hause nach Gzu fahren. Er werde abgeholt und auch wieder nach Hause gebracht. Zu Hause sei bei allen Tätigkeiten eine Hilfestellung erforderlich. Diese werde entweder von einem Elternteil oder der Schwester des Klägers gegeben. Richtig sei sicherlich, dass auf Seiten des Klägers nicht sofort akute Lebensgefahr eintrete, wenn eine Hilfestellung gerade nicht gegeben werden könne. Dennoch sei er ganz unzweifelhaft hilflos.

Der Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Dr. M hat unter dem 14. Dezember 2002 ein nervenfachärztliches Gutachten nach Beweisanordnung des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) erstellt. Er hat nach ambulanter Untersuchung am 12. Dezember 2002 beim Kläger eine schwere Intelligenzminderung diagnostiziert und ist zu einer vom versorgungsärztlichen Gutachten (ohne Datum) nach Untersuchung vom 11. September 2002 abweichenden Auffassung gekommen. Hiernach läge beim Kläger eine stärkere Einschränkung der Eingliederungsmöglichkeiten mit hochgradigem Mangel an Selbständigkeit und Bildungsfähigkeit sowie fehlender Sprachentwicklung vor, die eine Beschäftigung nur in einer Werkstatt für Behinderte unabhängig von der Arbeitsmarktlage und auf Dauer ermögliche. Die Voraussetzungen des Merkzeichens "H" hat der Sachverständige Dr. M bejaht. In einer versorgungsärztlichen Stellungnahme vom 03. Februar 2003 hat die Versorgungsärztin Dr. H das Merkzeichen "H" nicht für gegeben erachtet. Das Merkzeichen "H" werde gewährt, wenn für eine Reihe häufiger und wiederkehrender Verrichtungen zur Sicherung der persönlichen Existenz dauernder Hilfebedarf oder Hilfe in Form von ständiger Überwachung erforderlich werde. Die Erheblichkeit im Umfang der Hilfeleistung fehle, der Zeitaufwand für die hauswirtschaftlichen Verrichtungen sei dagegen erheblich. Zwar beschreibe der Sachverständige Dr. M, dass der Kläger für die alltäglichen Dinge seines Lebens Anregung, Aufsicht und Kontrolle bedürfe. Der Aufwand der Pflege sei im Pflegegutachten minuziös aufgeführt worden und entspreche den Tatsachen. Unselbständigkeit bestehe bei "für Sicherheit sorgen" und "soziale Bereiche des Lebens sichern". Alle anderen Verrichtungen seien "bedingt selbständig" oder "teilweise unselbständig" zu ermitteln gewesen. Die Bewegung werde selbständig durchgeführt. Insgesamt sei das Merkzeichen "H" nicht zu bejahen.

Nach weiteren Erklärungen des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 24. April 2003 über die Hilfeleistungen, die von seinen Eltern erbracht würden, hat das Sozialgericht Frankfurt (Oder) den Beklagten unter Änderung des Bescheides vom 28. Juli 1999 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 02. März 2001 verurteilt, bei dem Kläger die gesundheitlichen Voraussetzungen für das Merkzeichen "H"

festzustellen und sich zur Begründung im Wesentlichen auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. Mbezogen; Urteil vom 24. April 2003.

Gegen das dem Beklagten am 08. August 2003 zugestellte Urteil hat er am 02. September 2003 Berufung eingelegt. Hilflos sei nicht, wer in relativ geringem Umfang, täglich etwa eine Stunde, auf fremde Hilfe angewiesen sei. In dem Pflegegutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung vom 25. Februar 2000 werde beim Kläger für die Grundpflege ein Zeitaufwand von 36 Minuten ermittelt. Dem Vorliegen der Hilflosigkeit widersprächen auch die im Erörterungstermin vom 14. Februar 2002 und in der mündlichen Verhandlung vom 24. April 2003 vom Kläger gemachten Äußerungen. Danach gehe er regelmäßig einer Arbeit im Stall in Gnach. Dort hole er sich das Essen selbst von der Ausgabe und nehme es alleine zu sich. Nach der Arbeit dusche er dort und könne sich allein abtrocknen. Ein Fahrdienst hole ihn ab und bringe ihn zurück. Zu Hause schließe er alleine die Tür auf.

Der Beklagte beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 24. April 2003 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Tenor lautet: Der Bescheid vom 28. Juli 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02. März 2001 wird aufgehoben.

Zum Verfahren ist u. a. ein Befundbericht des Dr. Med. A H (Dezember 2004) beigezogen worden.

Die für den Kläger zuständige Pflegekasse der BKK V /H hat im Juni 2005 ein Gutachten des MDK Berlin-Brandenburg vom 28. April 2005 zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach dem Sozialgesetzbuch Elftes Buch übermittelt. Danach ist der Kläger am 28. April 2005 von dem Gutachter Dr. Ebegutachtet worden, der den Zeitaufwand der Grundpflege mit insgesamt 46 Minuten pro Tag, den der hauswirtschaftlichen Versorgung mit 45 Minuten pro Tag und die Pflegestufe I befürwortet hat. Wegen der weiteren Einzelheiten des Gutachtens des MDK vom 28. April 2005 wird auf Blatt 122 bis 130 der Gerichtsakten verwiesen.

Den Beteiligten ist das Urteil des Bundessozialgerichts vom 12. Februar 2003 (Aktenzeichen) zur Stellungnahme übersandt worden. Der Beklagte hat unter Berücksichtigung dieses Urteils weiterhin die Voraussetzungen für die Zuerkennung des Merkmals "H" nicht als gegeben angesehen, weil weder täglich ein Hilfebedarf von zwei Stunden am Tag bestehe noch der wirtschaftliche Wert der Pflege besonders hoch sei, zumal der tägliche Pflegeaufwand täglich unter einer Stunde liege.

Die Beteiligten haben einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vorbringen der Beteiligten und wegen des Verfahrens wird auf die Gerichtsakten, die SchwbG-Akten (Geschäftszeichen) und die Pflegeakten der Pflegekasse der BKK V /H. Die Akten haben vorgelegen und sind Gegenstand der Beratung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte ohne weitere mündliche Verhandlung entscheiden, denn die Beteiligten haben einer Entscheidung ohne mündlichen Verhandlung zugestimmt; [§ 153 Abs. 1](#) i. V. m. [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten ist zulässig, jedoch nur teilweise begründet. Das Sozialgericht hat zu Unrecht der zulässigen Klage im vollem Umfang stattgegeben. Die Verwaltungsentscheidungen des Beklagten sind teilweise rechtswidrig und verletzen den Kläger insoweit in seinen Rechten. Der Kläger hat erst für die Zeit ab 28. Januar 2000 keinen Anspruch mehr auf die Feststellung des Merkmals "H".

Rechtsgrundlage hierfür ist [§ 48 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X). Die Vorschrift regelt: Soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Diese Voraussetzungen sind bezüglich des streitigen Merkmals "H" für die Zeit ab 28. Januar 2000 gegeben.

Nach [§ 69 Abs. 1 Satz 1](#) des zum 01. Juli 2001 in Kraft getretenen Sozialgesetzbuches Neuntes Buch (SGB IX) stellen auf Antrag des behinderten Menschen die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes (BVG) zuständigen Behörden das Vorliegen einer Behinderung und den GdB fest. Sind neben dem Vorliegen der Behinderung weitere gesundheitliche Merkmale Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen, so treffen diese Behörden die erforderlichen Feststellungen im Verfahren nach [§ 69 Abs. 1 SGB IX](#) ([§ 69 Abs. 4 SGB IX](#)). Demgemäß entscheiden diese Behörden auch darüber, ob die gesundheitlichen Voraussetzungen der vom Kläger beanspruchten - u. a. steuerrechtlichen (vgl. [§ 33 b Abs. 3 Satz 3, Abs. 6 Satz 1](#) Einkommenssteuergesetz - EStG) - Förderung bei Hilflosigkeit gegeben sind. Im Schwerbehindertenausweis ist das Merkmal "H" einzutragen, wenn der schwerbehinderte Mensch hilflos im Sinne des [§ 33 b EStG](#) oder entsprechender Vorschriften ([§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Schwerbehindertenausweisverordnung - SchwbAV](#)) der aufgrund von [§ 70 SGB IX](#) ergangenen SchwbAV ist. Durch das seit dem 01. Juli 2001 geltende neue Recht hat sich vorliegend in der Sache keine Änderung gegenüber dem bis dahin geltenden [§ 4 Abs. 4](#) des Schwerbehindertengesetzes (SchwbG) ergeben. Diese Vorschrift ist noch für die Zeit bis zum 30. Juni 2001 auf den hier zugrunde liegenden Sachverhalt ab 01. August 1999 anzuwenden.

Nach [§ 33 b Abs. 6 Satz 2 EStG](#) in der seit dem 01. Januar 1995 geltenden und hier anzuwendenden Fassung ist eine Person hilflos, wenn sie für eine Reihe von häufig und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen zur Sicherung ihrer persönlichen Existenz im Ablauf eines jeden Tages fremder Hilfe dauernd bedarf. Diese Voraussetzungen sind auch erfüllt, wenn die Hilfe in Form einer Überwachung oder einer Anleitung zu den in Satz 2 dieser Vorschrift genannten Verrichtungen erforderlich ist oder wenn die Hilfe zwar nicht dauernd geleistet werden muss, jedoch eine ständige Bereitschaft zur Hilfe erforderlich ist (vgl. [§ 33 b Abs. 6 Satz 3 EStG](#)).

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) beurteilt sich die Frage, ob ein Behinderter hilflos ist, nach der Zahl der regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen des täglichen Lebens, die der Behinderte ohne fremde Hilfe nicht ausführen kann und nach dem zeitlichen Aufwand, der für die Hilfeleistung erforderlich ist (vgl. u. a. BSG [SozR 3-3100 § 35 Nr. 9](#)). An dieser Rechtsprechung, die der erkennende Senat nach eigener Prüfung als zutreffend und überzeugend erachtet und ihr deswegen folgt, hat das Bundessozialgericht in zwei Entscheidungen neueren Datums (Urteile vom 10. Dezember 2002 - [B 9 V 3/01 R](#) - [SozR 3-3100 § 35 Nr. 12](#) - und insbesondere vom 12. Februar 2003 - [B 9 SB 1/02 R](#) - [SozR 4 - 3250 § 69 Nr. 1](#)) festgehalten und bezüglich des in [§ 33 b EStG](#) geforderten Hilfebedarfs folgende Grundsätze aufgestellt:

"Bei den gemäß [§ 33 Abs. 6 EStG](#) zu berücksichtigenden Verrichtungen handelt es sich um solche, die im Ablauf eines jeden Tages unmittelbar zur Wartung, Pflege und Befriedigung wesentlicher Bedürfnisse des Betroffenen gehören sowie häufig und regelmäßig wiederkehren (vgl. dazu auch Bück, [ZfS 1998, 97](#), 100). Dazu zählen zunächst die auch von der Pflegeversicherung (vgl. [§ 14 Abs. 4 SGB XI](#)) erfassten Bereiche der Körperpflege (Waschen, Duschen, Baden, Zahnpflege, Kämmen, Rasieren, Darm- und Blasenentleerung), Ernährung (mundgerechtes Zubereiten und Aufnahme der Nahrung) und Mobilität (Aufstehen, Zubettgehen, An- und Auskleiden, Gehen, Stehen, Treppensteigen, Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung). Diese Bereiche werden unter dem Begriff der sog Grundpflege zusammengefasst (vgl. [§ 4 Abs. 1 Satz 1](#), [§ 15 Abs. 3 SGB XI](#); [§ 37 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#); zur Erläuterung: Höfler in Kasseler Komm. [§ 37 SGB V](#) Rdnr. 22 m.w.N.). Hinzu kommen nach der Rechtsprechung des BSG (vgl. [BSGE 72, 285](#) = [SozR 3-3870 § 4 Nr. 6](#); ähnlich auch Nr. 21 Abs. 3 der Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem SchwbG, hrsg. vom BMA, 1996 (AHP 1996)) Maßnahmen zur psychischen Erholung, geistige Anregungen und Kommunikation (Sehen, Hören, Sprechen und Fähigkeit zu Interaktionen). Nicht vom Begriff der Hilflosigkeit umschlossen ist der Hilfebedarf bei hauswirtschaftlichen Verrichtungen (vgl. z.B. zu [§ 35 BVG](#): BSG, Urteil vom 2. Juli 1997, [SozR 3-3100 § 35 Nr. 6](#)). Was das Ausmaß des in [§ 33b EStG](#) angesprochenen Hilfebedarfs anbelangt, geht der Senat von folgenden Grundsätzen aus (vgl. dazu Senatsurteil vom 10. Dezember 2002 - [B 9 V 3/01 R](#) -, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen): Die tatbestandlich vorausgesetzte "Reihe von Verrichtungen" kann regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn es sich um mindestens drei Verrichtungen handelt, die einen Hilfebedarf in erheblichem Umfang erforderlich machen (vgl. BSG [SozR 3-3100 § 35 Nr. 6](#); Urteil vom 2. Juli 1997 - [9 RVs 9/96](#) -, [VersorgVerw 1997, 94](#); vgl. auch [BT-Drucks 12/5262 S. 164](#)). Die Beurteilung der Erheblichkeit orientiert sich an dem Verhältnis der dem Beschädigten nur noch mit fremder Hilfe möglichen Verrichtungen zu denen, die er auch ohne fremde Hilfe bewältigen kann. In der Regel wird dabei auf die Zahl der Verrichtungen, den wirtschaftlichen Wert der Hilfe und den zeitlichen Aufwand abzustellen sein. Mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben in der sozialen Pflegeversicherung (vgl. [§ 15 SGB XI](#)) hält es der erkennende Senat für sachgerecht, die Erheblichkeit des Hilfebedarfs in erster Linie nach dem täglichen Zeitaufwand für erforderliche Betreuungsleistungen zu beurteilen. Dazu hat er bereits entschieden, dass nicht hilflos ist, wer nur in relativ geringem Umfang, täglich etwa eine Stunde, auf fremde Hilfe angewiesen ist (vgl. [BSGE 67, 204](#), 207 = [SozR 3-3870 § 4 Nr. 1](#); BSG [SozR 3-3870 § 4 Nr. 12](#); BSG [SozR 3-3100 § 35 Nr. 6](#); Senatsurteil vom 10. September 1997 - [9 RV 8/96](#) -). Daraus ergibt sich jedoch nicht schon, dass bei einem Überschreiten dieser Mindestgrenze in jedem Fall Hilflosigkeit zu bejahen ist. Vielmehr sieht der Senat einen täglichen Zeitaufwand - für sich genommen - erst dann als hinreichend erheblich an, wenn dieser mindestens zwei Stunden erreicht. Diese Grenzziehung soll den Bedürfnissen der Praxis Rechnung tragen (vgl. dazu auch das Rundschreiben des BMA vom 31. August 1998 - VI 5-55463-5/1 (55492)); sie ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Da die Begriffe der Pflegebedürftigkeit (vgl. [§§ 14, 15 SGB XI](#)) und der Hilflosigkeit (vgl. [§ 35 BVG](#), [§ 33b EStG](#)) nicht völlig übereinstimmen (vgl. dazu BSG [SozR 3-3870 § 4 Nr. 12](#)), können im vorliegenden Zusammenhang die zeitlichen Grenzwerte der sozialen Pflegeversicherung zwar nicht unmittelbar übernommen werden, sie lassen sich jedoch als gewisse Orientierungspunkte nutzen. Immerhin decken sich die von beiden Begriffen erfassten Verrichtungsbereiche insoweit, als es die sog Grundpflege (Körperpflege, Ernährung und Mobilität) betrifft. Im Rahmen der [§ 33b EStG](#) (bzw. [§ 35 BVG](#)) sind - wie oben gezeigt - zusätzlich noch der Bereich der geistigen Anregung und Kommunikation und - ebenfalls anders als grundsätzlich in der Pflegeversicherung (vgl. BSG [SozR 3-3300 § 14 Nr. 8](#)) - Anleitung, Überwachung und Bereitschaft zu berücksichtigen. Da im Hinblick auf den insoweit erweiterten Maßstab bei der Prüfung von Hilflosigkeit leichter ein größerer Zeitaufwand für fremde Betreuungsleistungen erreicht wird als im Bereich der Grundpflege bei der Pflegeversicherung, liegt es nahe, hier von einer Zwei-Stunden-Grenze auszugehen, was dem Grundpflegeerfordernis für die Pflegestufe II der Pflegeversicherung entspricht (vgl. [§ 15 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI](#)). Ein weiteres Argument für eine solche Grenzziehung lässt sich aus [§ 33b EStG](#) selbst gewinnen. Die Höhe des durch diese Vorschrift dem steuerpflichtigen behinderten Menschen gewährten Pauschbetrages von 7.200 DM bzw. 3.700 EUR hebt sich außerordentlich von dem Pauschbetrag ab, der behinderten Menschen mit einem GdB von 100 zusteht (1.420 EUR bzw. 2.760 DM). Dieser Begünstigungssprung ist nur bei Erforderlichkeit zeitaufwändiger und deshalb entsprechend teurer Hilfeleistungen erklärbar und gerechtfertigt. Eine entsprechende Tendenz ergibt sich auch aus [§ 65 Abs. 2 Satz 2 Einkommensteuereinführungsgesetz 2000 \(BGBl I 717\)](#), wonach der Nachweis von Hilflosigkeit nicht nur durch einen Schwerbehindertenausweis mit eingetragenem Merkzeichen "H" erbracht werden kann, sondern auch durch die Einstufung als Schwerstpflegebedürftiger in Pflegestufe III nach [§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB XI](#). Da diese Vorschrift lediglich alternative Nachweismöglichkeiten für Leistungen eröffnet, zwingt sie nicht dazu, den für die Bejahung von Hilflosigkeit erforderlichen Zeitaufwand mit mehr als zwei Stunden anzusetzen. Um den individuellen Verhältnissen des Beschädigten hinreichend Rechnung tragen zu können, erscheint es geboten, bei der Beurteilung von Hilflosigkeit nicht allein auf den zeitlichen Betreuungsaufwand abzustellen. Vielmehr kommt dabei auch weiteren Umständen der Hilfeleistung, insbesondere ihrem wirtschaftlichen Wert, Bedeutung zu. Dieser Wert wird wesentlich durch die Zahl und die zeitliche Verteilung der Verrichtungen mitbestimmt, bei denen fremde Hilfe erforderlich ist. Denn eine Hilfsperson kann regelmäßig nur für zusammenhängende Zeitabschnitte, nicht jedoch für einzelne Handreichungen herangezogen bzw. beschäftigt werden. Dieser Umstand rechtfertigt es, Hilflosigkeit im hier geforderten Sinne bereits bei einem täglichen Zeitaufwand für fremde Hilfe zwischen einer und zwei Stunden dann anzunehmen, wenn der wirtschaftliche Wert der erforderlichen Pflege (wegen der Zahl der Verrichtungen bzw. ungünstiger zeitlicher Verteilung der Hilfeleistungen) besonders hoch ist."

Hilflosigkeit ist somit regelmäßig nicht gegeben, wenn der tägliche Zeitaufwand für die Betreuungsleistungen eine Stunde nicht überschreitet. Hilflos ist in jedem Fall derjenige, der für die Verrichtungen des täglichen Lebens für mindestens zwei Stunden am Tag fremder Hilfe dauernd bedarf. Bei einem täglichen Zeitaufwand für fremde Hilfe zwischen einer und zwei Stunden ist Hilflosigkeit nur dann anzunehmen, wenn der wirtschaftliche Wert der erforderlichen Pflege besonders hoch ist (vgl. BSG [SozR 4-3250 § 69 Nr. 1](#)).

Diese Voraussetzungen sind nach den vorliegenden medizinischen Unterlagen über den Kläger unter Berücksichtigung seines Vorbringens seit dem 28. Januar 2000 nicht mehr gegeben. Für den Senat folgt dieses Ergebnis aus dem Pflegegutachten des MDK vom 25. Februar 2000. Ausweislich dieses Gutachtens wurde der Kläger am 28. Januar 2000 durch die Pflegefachkraft K häuslicher Pflege begutachtet. Als Grundpflegebedarf wurden insgesamt 46 Minuten ermittelt (26 Minuten für das Waschen pro Tag, Baden 2 Minuten pro Tag, Zahnpflege 6 Minuten pro Tag, Rasieren 5 Minuten pro Tag, Darm- und Blasenentleerung 1 Minute pro Tag, Hilfe bei der mundgerechten Zubereitung 1

Minute pro Tag, Aufnahme der Nahrung 2 Minuten pro Tag, Aufstehen/Zubettgehen 1 Minute pro Tag, Ankleiden 1 Minute pro Tag, Verlassen/Wiederaufsuchen der Wohnung/Pflegeeinrichtung 1 Minute pro Tag). Der Pflegeaufwand wird auch, weil die Grundpflege "nur" 46 Minuten beträgt als i. S. d. Rechtsprechung des BSG (a. a. O.) nicht besonders hoch angesehen, denn die Grundpflege erreicht beim Kläger nicht mehr mindestens eine Stunde.

Dass das Merkzeichen "H" nicht mehr (ab 28. Januar 2000) beim Kläger gegeben ist, lässt sich im Ergebnis auch aus dem Gutachten der Neurologin und Psychiaterin Dipl.-Med. R mit Untersuchungen des Klägers vom 11. September 2000 bzw. 01. November 2000 unter Berücksichtigung der o. a. Rechtsprechung des BSG feststellen. Diesem Gutachten ist u. a. zu entnehmen, dass der Kläger den Weg zur Werkstatt für Behinderte mit der Straßenbahn und dem Bus alleine bewältige, dass er sich alleine an- und ausziehen könne. Seine Mutter müsse ihn bei der Körperhygiene beobachten. Der Kläger sei sozial gut eingebunden. Er könne sich seine "Stullen" alleine zubereiten und Essen selbst zu sich nehmen, wenn er Hunger habe. Hauswirtschaftliche Verrichtungen, wie z. B. den Mülleimer herunterbringen, mache er nicht nur nach Aufforderung, sondern auch spontan von sich heraus. Früh morgens könne er allein aufstehen und werde durch das Aufstehen anderer Familienmitglieder von allein wach. Eine Feststellung, in welchem Umfang nun eine Hilfestellung mit welchem zeitlichen Umfang zu entnehmen ist bzw. welcher Hilfebedarf in welchem zeitlichen Umfang entfallen ist, lässt sich zwar dem Gutachten der Dipl.-Med. R nicht entnehmen. Insgesamt gelangt die Gutachterin Dipl.-Med. Raberauch deswegen zu der Bewertung, dass das Merkzeichen "H" nicht mehr vorliege, weil eine höhere Pflegestufe als I für den Kläger nicht gegeben sei. Nur den Schluss dieser Gutachterin, dass die Voraussetzungen für das Merkzeichen "H" auch schon seit Juli 1999 nicht mehr gegeben sein sollen, kann der Senat aus den o. a. Gründen nicht nachvollziehen. Diese liegen nach Überzeugung des Senats erst aufgrund des Pflegegutachtens vom 25. Februar 2000 nicht mehr vor.

Keine ausreichende Grundlage für die Entscheidung das Merkzeichen "H" bereits ab 28. Juli 1999 zu entziehen, bietet die gutachtliche Stellungnahme des Allgemeinmediziners Dr. G vom 21. Mai 1999. Der Bescheid vom 28. Juli 1999 des Beklagten, mit dem er das Merkzeichen "H" ab 28. Juli 1999 nicht mehr feststellte, beruhte im Wesentlichen auf der Beiziehung einer ärztlichen Auskunft der Internistin Dr. K (März 1999) und eben der gutachtlichen Stellungnahme des Allgemeinmediziners Dr. G. Dieser Arzt erachtete in dieser Stellungnahme zwar das Merkzeichen "H" für nicht mehr gegeben, er fügte aber seiner Bewertung den Zusatz hinzu, dass bei einem Widerspruch (des Klägers) ein psychiatrischen Befund anzufordern bzw. eine Untersuchung im Amt durchzuführen sei. Insoweit stellt die Beurteilung des Allgemeinmediziners Dr. G, das Merkzeichen "H" liege nicht mehr vor, keine zu diesem Zeitpunkt gesicherte Erkenntnis dar, die es dem Beklagten erlauben konnte, den Bescheid vom 28. Juli 1999 zu erlassen. Insoweit entbehrt dieser Bescheid schon einer ausreichend ermittelten tatsächlichen Grundlage.

Das psychiatrisch-neurologische Gutachten des Prof. Dr. T vom 02. Juli 1999 ist auf Anforderung des Amtsgerichts Frankfurt (Oder) zu der Frage erstellt worden, ob der Kläger nach dem Betreuungsgesetz einer Betreuung bedarf und ist ebenfalls nicht zur Begründung heranzuziehen, dass bei dem Kläger schon ab 28. Juli 1999 das Merkzeichen "H" nicht mehr vorgelegen hat. Keinesfalls ist dem Gutachten zu entnehmen, ob und in welchem Umfang ein Pflegebedarf im Sinne des Merkzeichens "H" vorliegend noch erforderlich war oder ist. Eine Antwort zu einer derartigen Fragestellung zu geben, hat das Amtsgericht Frankfurt (Oder) den Sachverständigen auch nicht aufgefordert.

Dem Gutachten des Sachverständigen Dr. M vom 14. Dezember 2002, der das Merkzeichen "H" für den Kläger weiter bejaht, folgt der Senat nicht. Der Sachverständige diagnostiziert zwar beim Kläger eine schwere Intelligenzminderung und schlussfolgert, der Kläger gehöre zu den Menschen, die der lebenslangen Beaufsichtigung bedürften. Dies rechtfertigt indessen nicht mit der zuvor genannten Rechtsprechung des BSG, die Hilflosigkeit im Sinne des Merkzeichens "H" (weiter) zu bejahen. Der Sachverständige M setzt sich insoweit nicht detailliert mit dem Umfang der Hilflosigkeit (im Sinne des [§ 33 b EStG](#)) auseinander. Die Begriffe der Pflegebedürftigkeit ([§§ 14, 15 Sozialgesetzbuch Elftes Buch - SGB XI](#)) und der Hilflosigkeit stimmen – wie bereits ausgeführt – nicht völlig überein (vgl. BSG [SozR 3-3870 § 4 Nr. 12](#)). Im vorliegenden Zusammenhang können die zeitlichen Grenzwerte der sozialen Pflegeversicherung zwar nicht unmittelbar übernommen werden, sie lassen sich jedoch als gewisse Orientierungspunkte nutzen. Immerhin decken sich die von beiden Begriffen erfassten Verrichtungsbereiche insoweit, als sie die so genannte Grundpflege (Körperpflege, Ernährung, Mobilität) betreffen. Mit dem in dem Gutachten des MDK vom 25. Februar 2000 ermittelten Pflegebedarf hinsichtlich der Grundpflege von 46 Minuten wird das Merkzeichen "H" aber nicht mehr erreicht (s. o.).

Dass das Merkzeichen "H" ab 28. Januar 2000 nicht mehr vorliegt, ist schließlich dem MDK-Gutachten vom 28. April 2005 zu entnehmen. In diesem Gutachten wird der Zeitaufwand der Grundpflege weiterhin mit 46 Minuten angegeben, so dass sich auch hieraus nicht ein Pflegeaufwand von mindestens einer Stunde ergibt, der eine andere Beurteilung nach dem 27. Januar 2000 zu lässt.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Gründe für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) haben nicht vorgelegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2006-07-27