

## L 2 P 53/05

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Pflegeversicherung  
Abteilung  
2  
1. Instanz  
SG Regensburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 2 P 11/05  
Datum  
07.07.2005  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 2 P 53/05  
Datum  
12.12.2007  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 3 P 6/08 B  
Datum  
14.05.2008  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 7. Juli 2005 wird zurückgewiesen.  
II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.  
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Gewährung von Leistungen der Pflegestufe II für die Zeit vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001.

Der 1992 geborene Kläger leidet an einem angeborenen Herzfehler, der mehrmals operiert wurde, und an einem allgemeinen Entwicklungsrückstand mit geistiger Behinderung. Am 30. Mai 2000 beantragte die gesetzliche Vertreterin, seine Mutter, die Gewährung von Pflegegeld. Im Gutachten vom 22. Januar 2001 (Untersuchung am 8. Januar 2001) führte der Gutachter des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung in Bayern (MDK) aus, es bestehe eine erhebliche psychomotorische Entwicklungsverzögerung. Im Bereich der Körperpflege sei ein Zeitbedarf von 42 Minuten pro Tag gegeben und im Bereich der Mobilität von 21 Minuten pro Tag. Bei Abzug des Pflegebedarfs eines gesunden Kindes dieses Alters, 40 Minuten, ergebe sich ein pflegerischer Mehrbedarf von 23 Minuten täglich, bei Berücksichtigung einer verordneten Ergotherapie weitere 17 Minuten täglich. Mit Bescheid vom 5. Februar 2001 erklärte die Beklagte, die Mindestdauer von mehr als 45 Minuten für die Pflegestufe I werde nicht erreicht.

Auf den Widerspruch des Klägers vom 9. März 2001, mit dem er geltend machte, sowohl bei der Körperpflege als auch bei der Mobilität sei erhebliche Unterstützung nötig, außerdem müsse er ständig beaufsichtigt und angeleitet werden, holte die Beklagte ein Gutachten vom 7. August 2001 (Untersuchung 31. Juli 2001) ein, in dem festgestellt wurde, der Kläger leide an erheblichen psychomotorischen Defiziten, geistiger Retardierung und Retardierung des Sprechvermögens, außerdem bestünden schwere Störungen des Sozialverhaltens. Es ergebe sich ein höherer Hilfebedarf im Bereich der Sauberkeitserziehung und der Essenaufnahme. Der Zeitbedarf im Bereich der Körperpflege betrage 66 Minuten, im Bereich der Ernährung 4 Minuten und im Bereich der Mobilität 22 Minuten. Bei einem Gesamtpflegebedarf von 142 Minuten - 60 Minuten Zeitbedarf für Hauswirtschaft - werde nach Abzug des Pflegebedarfs eines gesunden Kindes von 40 Minuten ein pflegerischer Mehrbedarf von 112 Minuten erreicht, davon 52 Minuten in der Grundpflege. Die ständige allgemeine Beaufsichtigung könne dagegen nicht berücksichtigt werden. Bei entsprechender Förderung könne sich der Pflegebedarf allerdings reduzieren.

Die Beklagte bewilligte mit Bescheid vom 13. August 2001 Pflegegeld der Pflegestufe I ab 1. Juni 2000.

Am 10. Dezember 2001 beantragte der Kläger Pflegegeld nach Stufe II. Der Pflegeaufwand habe sich deutlich erhöht. Aus familiären Gründen stimmten die Betreuer des Klägers erst am 10. Juni 2002 einer erneuten Begutachtung zu. Im Gutachten vom 21. August 2002 (Untersuchung 1. August 2002) führte der MDK aus, es bestehe Pflegebedarf bei Verdacht auf Intelligenzminderung leichter bis mittelgradiger Ausprägung und Hyperaktivität sowie Verhaltensauffälligkeiten mit Einnässen/Einkoten. Der Zeitbedarf im Bereich der Körperpflege betrage 68 Minuten, im Bereich der Ernährung 15 Minuten und im Bereich der Mobilität 47 Minuten. Es ergebe sich ein pflegerischer Mehrbedarf von 130 Minuten täglich.

Mit Bescheid vom 29. August 2002 bewilligte die Beklagte ab 1. Juni 2002 Pflegegeld der Stufe II.

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2002 beantragte die Mutter des Klägers, rückwirkend Rentenversicherungsbeiträge zu entrichten, da bereits ab 1. Juni 2000 die regelmäßige Pflege mindestens 14 Stunden pro Woche erfordert habe. Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 6. November 2002 eine Beitragszahlung ab, da der ausgeübte Umfang der Pfllegetätigkeit für die Zeit vom 1. Juni 2000 bis 31. Mai 2002 unter

14 Stunden in der Woche liege.

Ab 01.11.2002 ist der Kläger wegen Wechsel des Arbeitgebers des Vaters bei der AOK Bayern familienversichert.

Mit Antrag vom 15. April 2004 beehrte der Kläger Pflegegeld der Stufe II ab 1. Juni 2000. Der Verwaltungsakt vom 13. August 2001 sei gemäß § 44 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, da er unrichtig gewesen sei. Eine Änderung im Gesundheitszustand sei nicht eingetreten; die regelmäßige Pflege habe schon ab 1. Juni 2000 mehr als 14 Stunden pro Woche in der Grundpflege betragen.

Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 22. April 2004 den Antrag ab. Die Pflegestufe II habe ab 1. Juni 2002 aufgrund der Änderung der Situation, nämlich des höheren Lebensalters von knapp 10 Jahren, anerkannt werden können. Denn aufgrund des Alters habe sich kein Abzug mehr im Vergleich zu einem gleichaltrigen gesunden Kind ergeben.

Auf den Widerspruch des Klägers machte die Beklagte am 1. Juli 2004 telefonisch ein Vergleichsangebot, in dem sie die Bereitschaft erklärte, Pflegestufe II ab Höherstufungsantrag (10. Dezember 2001) zu bewilligen. Mit Schreiben vom 8. Juli 2004 erklärte der Bevollmächtigte, die Mutter des Klägers sei mit einer Gewährung von Pflegegeld nach Stufe II rückwirkend ab Antragstellung 10. Dezember 2001 einverstanden. Mit Schreiben vom 30. Juli 2004 teilte die Beklagte dem Bevollmächtigten mit, sie erkenne rückwirkend ab Antragstellung (10. Dezember 2001) die Pflegestufe II an. Der Bevollmächtigte nehme den Widerspruch vom 5. Mai 2004 zurück. Alle weiteren Ansprüche aus der Pflegeversicherung seien damit für den Zeitraum ab 10. Dezember 2001 abgegolten.

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 bat der Bevollmächtigte um Mitteilung, dass das Schreiben vom 30. Juli 2004 nur als Teilabhilfebescheid zu betrachten sei und mit einem Widerspruchsbescheid über den noch unerledigten Teil des Widerspruchs (1. Juni 2000 bis 30. November 2001) zu rechnen sei.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 19. Januar 2005 zurück. Eine Bewilligung von Pflegeleistungen nach der Pflegestufe II bereits ab erster Antragstellung könne nicht erfolgen, da sich die Pflegesituation erst später deutlich verändert habe. Der zu berücksichtigende Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege betrage für den Zeitraum vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001 im Tagesdurchschnitt nicht mindestens 120 Minuten.

Die hiergegen gerichtete Klage vom 4. Februar 2005 wies das Sozialgericht Regensburg mit Urteil vom 7. Juli 2005 ab. Die Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 SGB X seien nicht erfüllt, denn der Bescheid der Beklagten vom 5. Februar 2001 sei nicht rechtswidrig.

Mit der Berufung vom 21. Oktober 2005 übersandt der Kläger, ein Pflegetagebuch für den 4. Mai 2001, nach dem der Zeitbedarf im Bereich der Körperpflege 97 Minuten beträgt, im Bereich der Ernährung 20 Minuten und im Bereich der Mobilität 7 Stunden und 10 Minuten.

Die vom Senat zur ärztlichen Sachverständigen ernannte Ärztin Dr. B. führte im Gutachten vom 9. August 2006 aus, unter Berücksichtigung der ärztlichen Befunde sowie der Berichte der Schulen und Heime, in denen sich der Kläger aufgehalten habe, sei davon auszugehen, dass ein behinderungsbedingter Pflegeaufwand, der die Bewilligung der Pflegestufe II begründen würde, zu keinem Zeitpunkt bestanden habe. Eine Änderung des behinderungsbedingten Mehrbedarfs, die eine Bewilligung der Pflegestufe II begründen würde, sei in dem Zeitraum vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001 nicht eingetreten, sondern es bleibe bei der Pflegestufe I.

Der auf Antrag des Klägers gemäß § 109 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zum ärztlichen Sachverständigen ernannte Dr. W. führte im Gutachten vom 8. August 2007 aus, er habe den Kläger vom Tag der Geburt an bis Juni 2004 als Kinderarzt betreut. Von 2000 bis 2004 habe in etwa immer der gleiche Pflege- und Hilfebedarf bestanden. In den Gutachten von 22. Januar 2001 und 7. August 2001 sei der Pflegebedarf eklatant falsch beurteilt worden. Zutreffende pflegerelevante Diagnosen seien nicht berücksichtigt und der Pflegebedarf eines gesunden gleichaltrigen Kindes viel zu hoch bewertet worden.

In der ergänzenden Stellungnahme vom 8. Oktober 2007 erklärte Dr. B., in den Augen der Eltern des Klägers sei insbesondere mit der Darmentleerung ein erheblicher Mehraufwand verbunden gewesen. Selbst wenn dieser Pflegeaufwand wie angegeben zeitlich berücksichtigt werde, seien die Voraussetzungen für Schwerpflegebedürftigkeit nicht erfüllt. Die Pflegezeiten, die Dr. W. ansetze, seien durchwegs zu hoch und von der Häufigkeit her unrealistisch. 2000 bis 2001 hätten keinerlei motorische Defizite bestanden, die eine vollständige Übernahme der Verrichtungen erforderlich gemacht hätten. Der Kläger sei in der Selbstversorgung überwiegend selbstständig gewesen. Zwar sei aufgrund der zerebralen Defizite eine häufigere Aufforderung und Motivation sowie teilweise unterstützende Hilfe erforderlich gewesen, aber auch ein gesundes achtjähriges Kind müsse mehrfach zum Waschen aufgefordert werden, und die Durchführung müsse durch Beaufsichtigung kontrolliert werden. Ein Pflegeaufwand, der Pflegestufe II rechtfertige, werde zu keinem Zeitpunkt erreicht.

Der Kläger stellt den Antrag,

das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 7. Juli 2005 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 30. Juli 2004 und 22. April 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Januar 2005 zu verurteilen, ihm unter Rücknahme bzw. Abänderung entgegenstehender Bescheide für die Zeit vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001 Leistungen der Pflegestufe II zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf den Inhalt der beigezogenen Akten der Beklagten sowie der Klage- und Berufungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig, sachlich aber nicht begründet.

Zu Recht hat das Sozialgericht Regensburg die Klage abgewiesen. Ein Anspruch des Klägers auf Leistungen aus der Pflegeversicherung nach der Pflegestufe II für die Zeit vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001 besteht nicht.

Streitig ist die Abänderung des Bescheides vom 30. Juli 2004, mit dem die Beklagte dem Kläger Leistungen nach der Pflegestufe II ab 10. Dezember 2001 gewährte, in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Januar 2005, sowie die Rücknahme des Bescheides vom 5. Februar 2001, mit dem der Antrag vom 30. Mai 2000 auf Gewährung von Pflegegeld abgelehnt wurde, sowie die Abänderung der Bescheide vom 13. August 2001, mit dem ab 1. Juni 2000 Leistungen nach der Pflegestufe I gewährt wurden und 29. August 2002, mit dem Leistungen der Pflegestufe II ab 1. Juni 2002 gewährt wurden. Der Bescheid vom 22. April 2004, mit dem die Rücknahme der angefochtenen Bescheide gemäß [§ 44 SGB X](#) abgelehnt worden war, ist durch den Bescheid vom 30. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Januar 2005 konkludent aufgehoben.

Die Beklagte hat bei Erlass der angefochtenen Bescheide weder das Recht unrichtig angewandt noch ist sie von einem Sachverhalt ausgegangen, der sich als unrichtig erweist. Daher sind die streitigen Bescheide nicht mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen ([§ 44 Abs. 1 SGB X](#)).

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der Pflegeversicherung nach der Pflegestufe II sind für die Zeit vor Dezember 2001 nicht gegeben.

Gemäß [§ 37 Abs. 1 S. 1 bis 3](#) des Elften Sozialgesetzbuches (SGB XI) können Pflegebedürftige Pflegegeld erhalten, wenn sie die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung durch eine Pflegeperson selbst sicherstellen und mindestens die Pflegestufe I vorliegt.

Die Pflegebedürftigkeit und die Zuordnung zu den einzelnen Pflegestufen richtet sich nach dem Umfang des Pflegebedarfs bei den gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens, die in [§ 14 Abs. 4 SGB XI](#) definiert sind. Dieser Katalog der Verrichtungen stellt eine abschließende Regelung dar (vgl. [BSGE 82, 27](#)), die sich am Tagesablauf eines gesunden, nicht behinderten Menschen orientiert (vgl. [BSG, SozR 3-3300 § 14 Nr. 3](#)).

Gemäß [§ 15 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI](#) muss zur Feststellung der Pflegestufe II der Zeitaufwand, den ein Familienangehöriger oder eine andere nicht als Pflegekraft ausgebildete Pflegeperson für die erforderlichen Leistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung benötigt, wöchentlich im Tagesdurchschnitt mindestens 3 Stunden betragen; hierbei müssen auf die Grundpflege mindestens 2 Stunden entfallen.

Zur Grundpflege gehören gemäß [§ 14 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 SGB XI](#) im Bereich der Körperpflege Waschen, Duschen, Baden, Zahnpflege, Kämmen, Rasieren, Darm- oder Blasenentleerung; im Bereich der Ernährung das mundgerechte Zubereiten oder die Aufnahme der Nahrung, im Bereich der Mobilität das selbständige Aufstehen und Zubettgehen, An- und Auskleiden, Gehen, Stehen, Treppensteigen oder das Verlassen und Wiederaufsuchen der Wohnung.

Bei Kindern ist für die Zuordnung der zusätzliche Hilfebedarf gegenüber einem gesunden gleichaltrigen Kind maßgebend ([§ 15 Abs. 2 SGB XI](#)).

Zur Überzeugung des Senats waren beim Kläger im streitigen Zeitraum vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001 diese Pflegeleistungen nicht in einem Zeitumfang von 120 Minuten erforderlich.

Der Kläger war in diesem Zeitraum acht bis neun Jahre alt. Zur Beurteilung der Pflegebedürftigkeit liegen vor: der Jahresbericht der St. G. Schule C. vom 30. Juli 1997, das sonderpädagogische Gutachten des Förderzentrums S. vom 2. Juli 1999, der Bericht der Klinik St. H. vom 14. Februar 2000, ein Bericht der Lebenshilfe von 22. Dezember 2000, das Gutachten des MDK vom 22. Januar 2001, der Bericht des Kinderzentrums St. M. vom 12. Juni 2001, das Gutachten des MDK vom 7. August 2001, die Befunde, die im Müttergenesungsheim E. Stiftung während des Aufenthalts vom 21. August bis 9. September 2001 erhoben wurden, der Bericht des P.-Zentrums über den Aufenthalt vom 4. Februar 2002 bis 22. März 2002 sowie das Gutachten des MDK vom 21. August 2002.

Im Gutachten vom 9. August 2006 hat die Sachverständige Dr. B. überzeugend ausgeführt, dass bei Berücksichtigung aller erforderlichen Verrichtungen, bei denen der Kläger Hilfe in Form von Übernahme, Unterstützung, Anleitung oder Beaufsichtigung braucht, ein Hilfebedarf, der die Bewilligung der Pflegestufe II begründen würde, vom 1. Juni 2000 bis 30. November 2001 nicht vorgelegen hat.

Im Bereich der Körperpflege war bei der dreimal täglichen Teilwäsche Aufforderung, Kontrolle und teilweise Anleitung erforderlich mit einem Zeitbedarf von 5 Minuten pro Tag. Auch beim täglichen Bad waren 5 Minuten zur Unterstützung und Beaufsichtigung erforderlich. Die Anleitung, Aufforderung und Beaufsichtigung bei der zweimal täglichen Zahnpflege erfordert 1 Minute, wobei berücksichtigt ist, dass der Kläger eine Zahnspange trägt. Das Kämmen der kurzen Haare zweimal täglich ist mit 1 Minute zu bewerten.

Wegen der Probleme bei der Darm- und Blasenentleerung ist die Vollübernahme nach Stuhlgang bei Klistiergabe mit 10 Minuten anzusetzen. Dagegen ist die Angabe des Bevollmächtigten des Klägers, es bestehe Inkontinenz, und der Kläger müsse Windeln tragen, im Hinblick auf den Bericht des Pater Rupert Mayer-Zentrums über die Zeit vom 4. Februar 2002 bis 22. März 2002 nicht glaubhaft. In diesem Bericht ist ausgeführt, es sei zwar Hilfe bei der Klistiergabe erforderlich gewesen, aber eine Inkontinenz könne nicht bestätigt werden. Der Hinblick darauf, dass sich der Kläger im P.-Zentrum stationär aufhielt, ist diese objektive Beurteilung maßgeblich.

Bei der mundgerechten Zubereitung der Ernährung ist ein Mehrbedarf gegenüber einem gesunden Kind nicht ersichtlich.

Im Rahmen der Mobilität besteht ein Zeitbedarf von 4 Minuten für die Aufforderung zum An- und Auskleiden und das Bereitlegen der Kleidung.

Auch unter Berücksichtigung der von der Mutter des Klägers angegebenen zweimal wöchentlichen Arzt- und Therapiebesuche ist hierfür eine höherer Zeitbedarf als 18 Minuten nicht anzusetzen.

Es ergibt sich somit ein Gesamtbedarf im Bereich der Grundpflege von 49 Minuten.

Die im Gutachten von Dr. W. angegebenen Pflegebedarfszeiten können dagegen nicht überzeugen. In den Mittelpunkt seiner Ausführungen stellt er die Schwierigkeit der Darm- und Blasenentleerung. Diese Problematik ist sowohl in zahlreichen Arztberichten als auch in den früheren Begutachtungen vom 8. Januar 2001, 31. Juli 2001 und 1. August 2002 und von Dr. B. berücksichtigt worden. Selbst wenn man aber den von Dr. W. für diesen Bereich angenommenen Hilfebedarf von 53 bis 57 Minuten dem von Dr. B. angenommenen Hilfebedarf von 49 Minuten hinzurechnen würde, ergibt sich kein Hilfebedarf, der Schwerpflegebedürftigkeit begründen würde.

Was die übrigen von Dr. W. für erforderlich gehaltenen Hilfeleistungen (Waschen, Baden, Duschen, Zahnpflege, Kämmen, Ernährung, Mobilität) betrifft, so spricht gegen die von Dr. W. angenommenen Pflegezeiten, dass beim Kläger auch zum damaligen Zeitpunkt keinerlei motorische Defizite, die eine vollständige Übernahme der Verrichtungen erforderlich gemacht hätten, bestanden. Der Kläger war in der Selbstversorgung überwiegend selbstständig. Im kinderärztlich-psychologischen Gutachten des R. Kinderzentrums vom 12. Juni 2001 wird ausgeführt, der Kläger zeige keine pathologischen Bewegungsabläufe und sei feinmotorisch geschickt.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach [§ 193](#) des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 zu 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2008-05-27