

Hessisches Landessozialgericht

L 8 P 10/05

S 12 P 1603/04 (Sozialgericht Kassel)

Verkündet am 21. Juni 2007

Verwaltungsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

ZX.,
A-Straße, A-Stadt,

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollm.: Rechtsanwalt B.,
B-Straße, A-Stadt,

g e g e n

AOK - Die Gesundheitskasse in Hessen - Pflegekasse -, vertreten durch den Vorstand,
Rollwiesenweg 1, 35039 Marburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

hat der 8. Senat des Hessischen Landessozialgerichts in Darmstadt auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 2007 durch den Richter am Landessozialgericht Legde als Vorsitzenden, die Richterinnen am Landessozialgericht Dreiseitel und Deppermann-Wöbbeking sowie die ehrenamtlichen Richter Hess und Stange für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Kassel vom 6. Juli 2005 und der Bescheid vom 2. März 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Juli 2004 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger ab 2. Januar 2004 Pflegegeld nach der Pflegestufe I zu zahlen.

Die Beklagte hat dem Kläger die notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um die Zahlung von Pflegegeld nach der Pflegestufe I.

Der Kläger, geboren im Jahr 1947, ist bei der Beklagten pflegeversichert. Am 2. Januar 2004 ging bei der Beklagten der Antrag des Klägers auf Zahlung eines Pflegegeldes ein. Dazu legte der Kläger ein Attest von Dr. G. M. vom 16. Oktober 2001 vor, in dem folgende Diagnosen aufgeführt wurden:

Unklare Fußschmerzen seit 1998,
Zustand nach TEP des linken Hüftgelenks 1999,
Zustand nach Oberschenkelthrombose li. Bein,
postthrombotisches Syndrom,
chronische Schmerzerkrankung (Stadium III nach
Gerbershagen),
neuropathische Schmerzen.

Die Beklagte veranlasste daraufhin eine Begutachtung des Klägers im häuslichen Bereich durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung in Hessen (MDK), welche von der Pflegekraft Frau Helene K. am 4. Februar 2004 durchgeführt wurde. In ihrem Gutachten vom 17. Februar 2004 kommt Frau K. zu dem Ergebnis, aufgrund einer Hüft-Operation (Hüft-TEP 1999) habe sich eine Thrombose der linken Leistenvene entwickelt, seitdem trage der Kläger Kompressionsverbände, er sei Marcumar pflichtig, habe chronische Schmerzen im linken Bein, es bestehe eine Gehbehinderung sowie eine Fußheber- und Fußsenkschwäche mit Sturzneigung. An den oberen Extremitäten seien keine Einschränkungen festzustellen. Der Kläger benötige Teil-Hilfe beim Waschen und Kleiden des Unterkörpers und Hilfe bei den hauswirtschaftlichen Tätigkeiten. Der Pflegebedarf im Bereich der Grundpflege betrage 29 Minuten täglich (Körperpflege 13 Minuten und Mobilität 16 Minuten). Für den Bereich der Hauswirtschaft benötige der Kläger eine Hilfe von 60 Minuten täglich. Die Grundpflege und die Hilfe im hauswirtschaftlichen Bereich übernehme teilweise ein Bekannter (Herr W. Z.), der Frührentner sei. Die Pflege sei in geeigneter Weise sichergestellt.

Die Beklagte wies den Antrag des Klägers mit Bescheid vom 2. März 2004 unter Bezugnahme auf das Gutachten des MDK ab. Dieses habe einen Pflegebedarf im

Bereich der Grundpflege (Körperpflege/Ernährung/Mobilität) von nicht mehr als 45 Minuten täglich ergeben.

Der Widerspruch des Klägers ging bei der Beklagten am 1. April 2004 ohne Begründung ein.

Mit Widerspruchsbescheid vom 16. Juli 2004 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück.

Am 12. August 2004 hat der Kläger dagegen Klage vor dem Sozialgericht Kassel erhoben. Dazu hat er vorgetragen, bislang seien bei ihm ein Grad der Behinderung von 60 und die Voraussetzungen der Merkzeichen B und G festgestellt worden. Einen Verschlimmerungsantrag habe er gestellt, da sich sein Gesundheitszustand verschlechtert habe. Da er allein lebe benötige er Hilfe bei außerhäusigen Besorgungen, dem Waschen der unteren und oberen Gliedmaßen, der täglichen Pflege seines linken Beins, der täglichen Körperpflege, der Fußpflege, der Zubereitung von warmen Mahlzeiten, dem in Ordnung halten der Wohnung.

Das Sozialgericht hat mit Gerichtsbescheid vom 6. Juli 2005 die Klage abgewiesen und seine Entscheidung auf das Gutachten des MDK (Frau K.) gestützt. Dazu hat es ausgeführt, weder dieses Gutachten noch das Vorbringen des Klägers ergebe einen Hilfebedarf von mehr als 45 Minuten täglich für den Bereich der Grundpflege.

Gegen den am 8. Juli 2005 zugestellten Gerichtsbescheid hat der Kläger am 27. Juli 2005 Berufung eingelegt.

Der Senat hat ein Gutachten von Amts wegen bei Frau G. C. (Diplom-Pflegewirtin) vom 15. März 2006 eingeholt, das nach einer Begutachtung im häuslichen Bereich erstellt wurde. In diesem Gutachten beschreibt Frau C. folgende Funktionseinschränkungen:

- Stand- und Gangunsicherheit,
- labiles Gleichgewicht mit Sturzneigung,
- Aufstehen aus Sitzposition nur mit Abstützen auf Möbeln möglich,
- Bücken aus Stehposition nur unter Schmerzen möglich,
- Bücken aus Stand wegen Sturzgefahr nicht möglich,
- Antriebsschwäche infolge depressiver Verstimmung durch eingeschränkten Aktionsradius (auf Wohnung beschränkt), Perspektivlosigkeit.

Der Pflegebedarf des Klägers betrage für den Bereich der Grundpflege 54 Minuten täglich (Körperpflege 31 Minuten, Mobilität 23 Minuten) und für den Bereich der Hauswirtschaft von 91 Minuten täglich. Dieser Pflegebedarf bestehe seit dem Antrag, da er ereignisabhängig (Hüft-OP 12/1999 mit Komplikation, dadurch eingeschränktes Geh- und Stehvermögen) entstanden sei. Die 84jährige Mutter versorge den Kläger, soweit ihr dies in ihrem Alter möglich sei. Dies reiche jedoch für die erforderliche Pflege nicht aus. In ihrem Gutachten erwähnt Frau C. fehlende Fußpflege, der Kläger trage keine Kompressionsstrümpfe wegen fehlender Hilfe beim Anziehen, er trage legere Kleidung bei Tag und in der Nacht, die Wohnung wirke unaufgeräumt. Nach den Angaben des Klägers habe er bis März 2005 eine Putzfrau gehabt, könne sich diese jedoch nicht mehr leisten, da sein Ersparnis inzwischen aufgebraucht sei. Defizite bei der Pflege und im Haushalt seien bereits erkennbar.

Der Kläger ist der Auffassung, nach dem Gutachten von Frau C. sei sein Anspruch auf Pflegegeld ab seinem Antrag am 2. Januar 2004 erwiesen. Seit Dezember 2003 werde er durch Herrn W. Z. gepflegt. Des Weiteren stehe seine Mutter zur Verfügung, die in demselben Haus auf demselben Flur wohne. Aufgrund ihres Alters beschränke sich die Hilfe seiner Mutter in der Regel auf die Zubereitung einer warmen Mahlzeit am Tag und das Abendessen. Die Körperpflege, die Hilfe beim An- und Ausziehen, erforderliche Botengänge übernehme Herr Z., der täglich zwei bis drei Stunden zu ihm komme. Herr Z. sei zur Erbringung der notwendigen Pflege in der Lage, da er während seines Wehrdienstes eine Sanitäterausbildung absolviert habe. Frau C. habe in ihrem Gutachten ausschließlich dazu Stellung genommen, dass für seine Mutter auf Grund ihres Alters die Hilfe immer schwieriger werde. Seine Pflege sei sichergestellt. Der Kläger legt eine eidesstattliche Versicherung von Herrn W. Z. vom 12. Februar 2007 vor.

Der Senat hat eine ergänzende Stellungnahme von Frau C. vom 23. März 2007 zum Vortrag des Klägers beigezogen. Darin führt Frau C. aus, in ihrem Gutachten habe sie nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass eine Gefährdung oder ein Schaden eingetreten sei. Auch wenn das „übliche“ Maß an grundpflegerischen Verrichtungen unterschritten sei, führe dies nicht im Umkehrschluss zu einer Gesundheitsschädigung. Der Kläger habe im Gespräch erwähnt, dass er in der Vergangenheit die Hilfe von Herrn Z. wegen finanzieller Probleme nicht habe überbeanspruchen wollen. Drückende finanzielle Probleme und damit verbundene Einschränkungen der personellen Hilfe hätten bei dem Gespräch mit dem Kläger im Vordergrund gestanden. Mit Ausnahme einer fehlenden Fußpflege und nicht getragener Kompressionsstrümpfe seien keine Anzeichen von Verwahrlosung vorhanden gewesen.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Kassel vom 6. Juli 2005 und den Bescheid vom 2. März 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Juli 2004 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Pflegegeld nach der Pflegestufe I ab 2. Januar 2004 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, wegen der fehlenden Hilfe beim An- und Ausziehen der Kompressionsstrümpfe, des Tragens eines Hausanzugs bei Tag und Nacht sowie der einmal wöchentlichen Ganzkörperwäsche sei die Pflege des Klägers nicht sichergestellt und er habe somit kein Wahlrecht mehr. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Pflegegeld für die Vergangenheit bzw. für die Zukunft und könne für die Zukunft nur noch Sachleistungen beanspruchen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakte verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet.

Der Kläger besitzt seit seinem Antrag am 2. Januar 2004 einen Anspruch auf Zahlung eines Pflegegeldes nach der Pflegestufe I. Die Voraussetzungen einer erheblichen Pflegebedürftigkeit liegen bei dem Kläger vor.

Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch - Soziale Pflegeversicherung - (SGB XI) sind Pflegebedürftige der Pflegestufe I (erheblich Pflegebedürftige) Personen, die bei der Körperpflege, der Ernährung oder der Mobilität für wenigstens zwei Verrichtungen aus einem oder mehreren Bereichen mindestens einmal täglich der Hilfe bedürfen und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfen bei der hauswirtschaftlichen Versorgung benötigen. Nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 SGB XI muss dabei der Zeitaufwand, den ein Familienangehöriger oder eine andere nicht als Pflegekraft ausgebildete Pflegeperson für die erforderlichen Leistungen der Grundpflege und der

hauswirtschaftlichen Versorgung benötigt, wöchentlich im Tagesdurchschnitt (Redaktionsversehen: gemeint ist „täglich im Wochendurchschnitt“, vgl. BSG, SozR 3-3300 § 15 Nr. 1) in der Pflegestufe I mindestens 90 Minuten betragen, wobei auf die Grundpflege mehr als 45 Minuten entfallen müssen.

Nach dem Gutachten von Frau C. vom 15. März 2006 sind diese Voraussetzungen seit dem Antrag des Klägers am 2. Januar 2004 erfüllt. Bei dem Kläger besteht aufgrund der Hüft-Operation im Dezember 1999 und der anschließenden Komplikationen sowie seines eingeschränkten Geh- und Stehvermögens ein Pflegebedarf im Bereich der Grundpflege von 54 Minuten täglich und im Bereich der hauswirtschaftlichen Tätigkeiten von 91 Minuten täglich.

Dies wird auch von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Sie zweifelt vielmehr an der Sicherstellung der Pflege seit dem Antrag des Klägers am 2. Januar 2004 sowie für die Zukunft, soweit der Kläger seine Pflege nicht anders als bisher sicherstellt bzw. Pflegesachleistungen in Anspruch nehmen will.

Der Senat ist auf der Grundlage des Gutachtens von Frau C. vom 15. März 2006 und der ergänzenden Stellungnahme vom 23. März 2007 zu der Überzeugung gekommen, dass der Kläger einen Anspruch auf Pflegegeld nach der Pflegestufe I ab dem 2. Januar 2004 besitzt, da er nicht nur die Voraussetzungen der Pflegestufe I erfüllt, sondern auch seine Pflege bereits im Zeitpunkt der Antragstellung fortlaufend nach § 37 Abs. 1 Satz 2 SGB XI in geeigneter Weise sichergestellt hat. Nach § 37 Abs. 1 Satz 2 SGB XI setzt der Anspruch auf Pflegegeld zusätzlich zu den Voraussetzungen nach § 15 SGB XI voraus, dass der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung in geeigneter Weise selbst sicherstellt. Nach Auffassung des Senats muss für einen Anspruch auf Pflegegeld für einen abgelaufenen Zeitraum festgestellt werden können, dass die Pflege auch für diesen abgelaufenen Zeitraum sichergestellt gewesen ist. Die Voraussetzung der sichergestellten Pflege in geeigneter Weise ist nach dem Vorbild des zum 1. April 1995 außer Kraft getretenen § 57 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) formuliert (Leitherer in Kasseler Kommentar, § 37 SGB XI Rdnr. 20). Es lässt sich nur schwer festlegen, wie das Tatbestandsmerkmal des „in geeigneter Weise“ auszufüllen ist (Leitherer, a.a.O., § 37 SGB XI Rdnr. 26). Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zu § 57 SGB V (z.B. BSG SozR 3-2500 § 57 Nr. 3 S. 7) zum zeitlichen Umfang der Verfügbarkeit der Pflegeperson und der damit verbundenen Sicherstellung der Pflege ist zumindest vorliegend nicht anwendbar, da dies nicht im Streit steht. Vielmehr ist zwischen den

Beteiligten im Streit, ob die Pflege des Klägers durch seine Mutter bzw. seine Pflegeperson qualitativ sichergestellt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers vorrangig ehrenamtliche Pflegepersonen wie Angehörige, Freunde oder Nachbarn in Betracht kommen, ohne dass diese die Voraussetzungen des § 19 SGB XI erfüllen müssen (BT-Drs. 12/5262 S. 112). Nach dem Grundsatz der Selbstbestimmung des Pflegebedürftigen (§ 2 SGB XI) bleibt es ihm überlassen, seine Pflege zu organisieren. Er kann also auch nur gelegentlich Pflegepersonen in Anspruch nehmen (Leitherer a.a.O. § 37 SGB XI Rdnr. 23). Auf der Grundlage des Gutachtens von Frau C. vom 15. März 2006 und ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 23. März 2007 geht der Senat davon aus, dass die Pflege des Klägers für die zurückliegende Zeit zwar nicht optimal gewesen ist, jedoch als sichergestellt angesehen werden kann. Dazu führt Frau C. in ihrer ergänzenden Stellungnahme aus, ihre Ausführungen in ihrem Gutachten vom 15. März 2006 seien in dem Sinne zu verstehen, dass eine Gefährdung nicht vorgelegen habe bzw. kein Schaden eingetreten sei. Sie ist der Auffassung, dass die bisherige Hilfe das übliche Maß an pflegerischen Verrichtungen unterschreitet, ohne zwangsläufig zu einem Gesundheitsschaden geführt zu haben. Nach Auffassung des Senats ist dies vorliegend für ein Versagen des Anspruchs auf Pflegegeld nicht ausreichend, da kein verbindlicher oder objektiver Maßstab für eine „erforderliche Pflege“ vorhanden ist, wenn keine professionellen Pflegekräfte in Anspruch genommen werden. Frau C. legt bei der Feststellung der Pflegedefizite ein übliches Hygieneverhalten mit einer täglichen Dusche bzw. Ganzkörperwäsche, regelmäßigem Wechseln von Tag- und Nachtbekleidung, sowie gepflegten Finger- und Fußnägeln zu Grunde. Ein Unterschreiten dieses üblichen Hygieneverhaltens stellt die Sachverständige fest, da ein tägliches Duschen nicht stattfindet und stattdessen eine wöchentliche Ganzkörperwäsche und täglich eine Teilwäsche durchgeführt wird. Wegen Schmerzen und fehlender Motivation trug der Kläger einen Hausanzug bei Tag und Nacht. Der Senat schließt sich der Auffassung von Frau C. an, dass dies allein noch keine Zeichen der Verwahrlosung sind, zumal die Wohnung zwar nicht aufgeräumt war, aber keinen vernachlässigten Eindruck hinterließ. Es ist insoweit auch auf das Gutachten von Frau K. (MDK) vom 17. Februar 2004 hinzuweisen, in dem ausgeführt wird, dass die häusliche Pflege in geeigneter Weise sichergestellt ist. In diesem Zeitpunkt hatte der Kläger noch die finanziellen Mittel für eine Putzfrau (bis März 2005).

Der Senat ist auch davon überzeugt, dass der Kläger in dem vorliegend streitigen zurückliegenden Zeitraum Hilfe im Bereich der Grundpflege und im Bereich der hauswirtschaftlichen Tätigkeiten (§ 37 Abs. 1 Satz 2 SGB XI) von Herrn Z. in Anspruch

genommen hat. Bereits im Gutachten von Frau K. vom 17. Februar 2004 wird Herr Z. als Pflegeperson genannt. In der ergänzenden Stellungnahme vom 23. März 2007 hält es Frau C. durchaus für möglich, dass Herr Z. für den Kläger tätig geworden ist. Zudem hat Herr Z. in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 12. Februar 2007 seine Tätigkeiten für den Kläger beschrieben.

Der Senat hat keinen Anlass daran zu zweifeln, dass Herr Z. in der Lage ist, die Pflege des Klägers durchzuführen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 SGG nicht vorliegen.