

---

**Datum:** 27.08.2014  
**Gericht:** Landessozialgericht NRW  
**Spruchkörper:** 10. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** L 10 P 52/14 ZVW  
**ECLI:** ECLI:DE:LSGNRW:2014:0827.L10P52.14ZVW.00

---

**Vorinstanz:** Sozialgericht Münster, S 6 P 135/10  
**Sachgebiet:** Pflegeversicherung  
**Rechtskraft:** rechtskräftig

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 10.02.2012 wird zurückgewiesen. Der Beklagten werden Kosten in Höhe von 1.000,- Euro auferlegt. Im Übrigen trägt die Beklagte die außergerichtlichen Kosten des Klägers auch im Berufungs- und Revisionsverfahren. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

- Tatbestand: 1
- Streitig ist die Zahlung von Pflegegeld nach der Pflegestufe III ab Januar 2010. 2
- Der 1947 geborene, bei der Beklagten pflegeversicherte Kläger bezieht seit März 2003 Pflegegeld nach der Pflegestufe II. Er leidet im Wesentlichen unter einem Zustand nach rechtshirnigem Mediainsult am 05.10.2002 mit brachiofacial betonter, spastischer Hemiparese links, Kontrakturen von Ellenbogen, Hand- und Fingergelenken links, Gleichgewichtsstörungen, erheblicher Stand- und Gangunsicherheit, insulinpflichtigem Diabetes mellitus mit diabetischer Neuropathie und Angiopathie sowie proliferativer diabetischer Retinopathie mit Blindheit beider Augen, inkompletter Harn- und Stuhlinkontinenz, arterieller Hypertonie, dilatativer Kardiomyopathie, Instabilität des linken oberen Sprunggelenks, Depression und Zustand nach psychotischem Erleben. 3
- Am 07.01.2010 beantragte der Kläger die Höherstufung in die Pflegestufe III. Diesen Antrag lehnte die Beklagte nach Einholung eines Pflegegutachtens des Sozialmedizinischen 4

Dienstes (SMD) vom 21.01.2010, in welchem ein Hilfebedarf in der Grundpflege von 216 Minuten täglich (Körperpflege 103 Minuten, Ernährung 60 Minuten, Mobilität 53 Minuten) täglich festgestellt wurde, mit Bescheid vom 10.02.2010 ab und wies den dagegen erhobenen Widerspruch nach Einholung einer ärztlichen Stellungnahme des SMD mit Widerspruchsbescheid vom 11.06.2010 zurück.

Hiergegen hat der Kläger am 09.07.2010 Klage beim Sozialgericht Münster (SG) erhoben und zur Begründung ausgeführt, er sei infolge eines Schlaganfalls querschnittsgelähmt und seit Ende 2003 erblindet. Es könne sich nicht allein bewegen und sei nicht in der Lage, die Verrichtungen der Grundpflege selbständig auszuüben. Er sei rund um die Uhr, auch nachts, auf die Hilfe und Begleitung seiner Ehefrau angewiesen. Das SG hat Befundberichte der behandelnden Ärzte eingeholt, die den Kläger betreffende Schwerbehindertenakte des Kreises X beigezogen und über den bestehenden Pflegebedarf Beweis durch Einholung eines Gutachten von Dr. S vom 14.06.2011 erhoben. Dieser hat einen Hilfebedarf in der Grundpflege von 232 Minuten täglich (Körperpflege 119 Minuten, Ernährung 62 Minuten, Mobilität 51 Minuten) ermittelt.

5

Mit Urteil vom 10.02.2012 hat das SG die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von Pflegegeld nach der Pflegestufe III ab dem 01.01.2010 verurteilt. Wegen erheblicher Unsicherheiten bei der Einschätzung des Pflegebedarfs sei im Grenzfall ein großzügiger Maßstab anzuwenden. Der Leistungsanspruch dürfe nicht an wenigen Minuten scheitern. Nach Auffassung der Kammer sei die Annahme der Schwerstpflegebedürftigkeit schon bei dem vom Sachverständigen ermittelten grundpflegerischen Hilfebedarf von 232 Minuten gerechtfertigt. Das Unterschreiten der zeitlichen Schnittstelle um wenige Minuten stehe der Zuerkennung der Pflegestufe III nicht entgegen.

6

Gegen das am 21.02.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 29.02.2012 Berufung eingelegt und zur Begründung ausgeführt, der Kläger erfülle die Voraussetzungen einer Schwerstpflegebedürftigkeit gemäß § 15 Abs 3 Nr 3 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) nicht. Die Voraussetzung eines Hilfebedarfs in der Grundpflege von mindestens vier Stunden täglich sei nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr. S nicht erreicht. Die Möglichkeit der Annahme einer höheren Pflegestufe, deren Vorliegen durch die Feststellungen des zugrunde liegenden Gutachtens nicht gedeckt sei, sei weder nach dem Gesetz noch der Rechtsprechung des BSG gegeben.

7

Der Senat hat einen Befundbericht der behandelnden Ärztin für Allgemeinärztin Dr. G vom 18.05.2012 und auf Antrag des Klägers gemäß § 109 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ein Gutachten von Dr. R vom 24.08.2012 eingeholt. Dieser hat einen Hilfebedarf in der Grundpflege von 286 Minuten täglich (Körperpflege 111 Minuten, Ernährung 62 Minuten, Mobilität 113 Minuten) festgestellt und die Auffassung vertreten, dass die Kriterien der Pflegestufe III bereits seit Januar 2010 dauerhaft erfüllt gewesen seien.

8

Die Beklagte hat diesem Gutachten unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme des SMD vom 02.10.2012 entgegengehalten, dass die Annahme der Voraussetzungen der Pflegestufe III bereits zum Antragszeitpunkt nicht nachvollziehbar sei. Ein Übergang von der Pflegestufe II zur Pflegestufe III könne für die zweite Jahreshälfte 2011 anzunehmen sein; wenn das Gericht dieser Sichtweise allerdings nicht zu folgen vermöge, müsse Dr. R zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Änderung der Pflegestufe befragt werden. Der hierzu durch den Senat schriftlich befragte Dr. R hat in einer Stellungnahme vom 16.01.2013 angegeben, er bleibe bei seinen Ausführungen und sehe die Kriterien der Pflegestufe III bereits seit Antragstellung als dauerhaft erfüllt an. Mit Schriftsatz vom 22.02.2013 hat die Beklagte unter Beifügung einer weiteren SMD-Stellungnahme beantragt, von Dr. S, dessen Gutachten sie für

9

schlüssig und nachvollziehbar halte, eine ergänzende Stellungnahme zu dem von Dr. R angenommenen Zeitpunkt des Pflegestufenwechsels einzuholen. In der mündlichen Verhandlung am 17.04.2013 hat die Beklagte beantragt, die Gutachter Dr. S und Dr. R zu ihren Gutachten persönlich anzuhören und ihr Gelegenheit zur Ausübung des Fragerechts zu geben. Die Vertreterin der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung nur diesen Beweisantrag gestellt und es ausdrücklich abgelehnt, einen Sachantrag zu stellen. Sie hat ihr Vergleichsangebot aufrecht erhalten, dem Kläger Leistungen nach der Pflegestufe III ab dem 08.06.2011 zu zahlen, es aber abgelehnt, ein entsprechendes Teilanerkennntnis oder auch ein Anerkenntnis für den Zeitraum ab August 2012 abzugeben.

Mit Urteil vom 17.04.2013 (L 10 P 38/12 in Juris) hat der Senat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und ihr - neben den außergerichtlichen Kosten des Klägers - Kosten in Höhe von 1000 EUR auferlegt. Zwar sei der Begründung des SG nicht zu folgen. Der Kläger habe aber dennoch Anspruch auf Leistungen nach der Pflegestufe III ab Januar 2010, da der Senat aufgrund der in wesentlichen Punkten übereinstimmenden Sachverständigengutachten von Dr. S und Dr. R davon überzeugt sei, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein Hilfebedarf in der Grundpflege von mindestens 240 Minuten bestanden habe. Der Senat habe deshalb keine Veranlassung gesehen, die Sachverständigen zur Erläuterung ihrer Gutachten zu hören. Der erst im Verlauf der mündlichen Verhandlung gestellte Beweisantrag sei als verspätet zurückzuweisen. Auf den Schriftsatz der Beklagten vom 22.02.2013 habe der Senat der Beklagten mitgeteilt, dass weitere Ermittlungen nicht beabsichtigt seien. Ein entsprechender Beweisantrag hätte daher noch rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung gestellt werden müssen. Auch seien die von der Beklagten aufgeworfenen Fragen nicht sachdienlich und entscheidungserheblich. Konkrete Einwände habe die Beklagte gegen die Ausführungen von Dr. R nicht erhoben und auch keine konkreten Beweisfragen formuliert. Die Mutwillenskosten seien begründet, weil die Beklagte kein Teilanerkennntnis abgegeben habe. 10

Mit ihrer auf den Zeitraum vom 01.01.2010 bis 07.06.2011 begrenzten Nichtzulassungsbeschwerde hat die Beklage als Verfahrensfehler die Verletzung ihres Rechts auf Befragung eines Sachverständigen sowie eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung des Senats durch Ablehnung der Befragung der Sachverständigen gerügt. 11

Durch Beschluss vom 02.04.2014 hat das Bundessozialgericht (BSG, B 3 P 14/13 B, Juris) das Urteil des Senats aufgehoben, soweit die Beklagte Revision gegen die Verurteilung zur Zahlung von Pflegegeld nach der Pflegestufe III für die Zeit vom 01.01.2010 bis 07.06.2011 eingelegt hatte. Der Senat habe zu Unrecht den Sachverständigen Dr. S - anders als von der Beklagten beantragt - nicht ergänzend befragt. Auf diesem Fehler könne die angegriffene Entscheidung in Bezug auf die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Pflegegeld nach der Pflegestufe III für den Zeitraum vom 01.01.2010 bis 07.06.2011 beruhen. Der Beweisantrag der Beklagten sei nicht verspätet. Diese habe bereits mit Schriftsatz vom 22.02.2013 beantragt, von Dr. S eine Stellungnahme zur Frage des maßgeblichen Zeitpunkts für die Annahme der Pflegestufe III einzuholen. Sie habe davon ausgehen können, dass dieser Antrag rechtzeitig eingehen würde, da zu diesem Zeitpunkt die mündliche Verhandlung noch nicht terminiert gewesen sei. Es sei unproblematisch möglich gewesen, den Sachverständigen nach Eingang des Beweisantrags zu der Sitzung nachzuladen und die Beteiligten entsprechend zu unterrichten. Ein rechtsmissbräuchlicher Antrag der Beklagten liege daher fern. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasse der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auch die Anhörung gerichtlicher Sachverständiger. Ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör liege vor, wenn ein Gericht einen Antrag auf Erläuterung eines 12

Sachverständigengutachtens völlig übergeht oder ihm allein deshalb nicht nachkommt, weil ihm das Gutachten überzeugend und nicht weiter erörterungsbedürftig erscheint. Dies sei vorliegend der Fall. Die Entscheidung des Senats beruhe auf einem Rechtsverstoß, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass es der Beklagten bei einer Befragung des Gutachters Dr. S gelungen wäre, die Darlegungen von Dr. R zur Begründung seiner Abweichungen von dem Gutachten von Dr. S infrage zu stellen und damit auch die Überzeugung des LSG von dessen Richtigkeit zu erschüttern. Das angefochtene Urteil werde deshalb bezüglich des noch streitbefangenen Zeitraums gemäß § 160a Abs. 5 SGG aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen.

Der Senat hat die Beklagte sodann aufgefordert, die dem Sachverständigen Dr. S zu stellenden Fragen zu formulieren und eine schriftliche ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen vom 29.07.2014 zu den durch die Beklagte vorformulierten Fragen eingeholt. Dr. S hat an der Bemessung des Hilfebedarfs des Klägers im Wesentlichen festgehalten aber eingeräumt, es könne im Bereich des Rasierens ein um 3 Minuten, im Bereich des Gehens ein um 8 Minuten und im Bereich des Umkleidens ein um 2 Minuten höherer Hilfebedarf angenommen werden. Ein entsprechender Zeitwert sei im Bereich der Grundpflege ab Antragstellung durchaus möglich. 13

Die Beklagte hat hiergegen im Wesentlichen eingewandt, dass der abweichende Zeitwert für das Gehen nicht überzeugen könne. Auch sei ein zusätzlicher Hilfebedarf beim Umkleiden nicht nachvollziehbar, da die bei dem Kläger auftretenden Durchfälle bereits im Rahmen des Hilfebedarfs beim Stuhlgang berücksichtigt worden seien. 14

Die Beklagte beantragt, 15

das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 10.10.2012 aufzuheben und die Klage, soweit sie die den Anspruch auf Pflegegeld nach Stufe III vor dem 08.06.2011 betrifft, abzuweisen. 16

Der Kläger beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Er hält das angefochtene Urteil im Ergebnis nach wie vor für zutreffend. 19

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen. 20

Entscheidungsgründe: 21

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 22

Das SG hat die Beklagte im Ergebnis zu Recht verurteilt, dem Kläger Leistungen nach der Pflegestufe III ab Januar 2010 zu gewähren. Der Bescheid vom 10.02.2010 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 11.06.2010 ist rechtswidrig. Die Voraussetzungen für die Pflegestufe III nach § 15 Abs 1 S 1 Nr 3 iVm § 15 Abs 3 Nr 3 SGB XI sind erfüllt. Danach setzt die Zuordnung eines Pflegebedürftigen zur Pflegestufe III voraus, dass er bei der Körperpflege, der Ernährung oder der Mobilität täglich rund um die Uhr, auch nachts, der Hilfe bedarf und zusätzlich mehrfach in der Woche Hilfen bei der hauswirtschaftlichen Versorgung benötigt werden. § 15 Abs 3 Nr 3 SGB XI bestimmt, dass der Zeitaufwand, den ein Familienangehöriger oder eine andere nicht als Pflegekraft ausgebildete Pflegeperson für die erforderlichen Leistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung 23

aufwenden muss, wöchentlich im Tagesdurchschnitt mindestens fünf Stunden betragen muss. Hierbei müssen auf die Grundpflege mindestens 4 Stunden entfallen. Für die Zuordnung zur Pflegestufe ist nur der Umfang des Pflegebedarfs bei den gewöhnlichen und wiederkehrenden Verrichtungen maßgebend, die § 14 Abs 4 SGB XI in die Bereiche Körperpflege, Ernährung und Mobilität sowie den Bereich der hauswirtschaftlichen Versorgung aufteilt.

Diese Voraussetzungen liegen hier seit Januar 2010 vor, da der Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt einen Hilfebedarf in der Grundpflege von mindestens 240 Minuten hatte. Der Senat nimmt zur Begründung insofern im Wesentlichen auf die Entscheidungsgründe des (aufgehobenen) Urteils vom 17.04.2013 Bezug. Die unter Berücksichtigung der durch die Beklagte formulierten Fragen eingeholte ergänzende Stellungnahme von Dr. S vom 29.07.2014 bestätigen das durch den Senat in diesem Urteil gefundene Ergebnis und sind deshalb nicht geeignet, die Überzeugung des Senats von der Richtigkeit des Gutachtens des Dr. S zu erschüttern. Dr. S hat zusammenfassend ausgeführt, dass im Bereich des Rasierens weitere 3 Minuten, wegen zweimal wöchentlichen Umkleidens des Unterkörpers nach Durchfällen weitere 2 Minuten und im Bereich des Gehens weitere 8 Minuten in Ansatz gebracht werden können. Damit gelangt auch dieser Sachverständige zu einem Hilfebedarf in der Grundpflege von 245 Minuten täglich ab Antragstellung im Januar 2010. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aufgrund der Einwände, die die Beklagte mit Schriftsatz vom 19.08.2014 gegen die Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Rother erhoben hat. Den um 3 Minuten erhöhten Zeitwert für das Rasieren greift die Beklagte nicht an. Soweit sie geltend macht, dass der Hilfebedarf beim Umkleiden wegen der Durchfälle bereits bei der Verrichtung "Stuhlgang" berücksichtigt sei, trifft dies nicht zu. Die Verrichtung "Stuhlgang" umfasst auch nach den Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes zur Begutachtung von Pflegebedürftigkeit nach dem Elften Buch des Sozialgesetzbuches lediglich den Zeitaufwand für Intimhygiene und Toilettenspülung. Ein etwaiger Hilfebedarf beim Umkleiden aufgrund Verschmutzung der Wäsche ist hierbei nicht erfasst. Dieser ist im Rahmen der Mobilität bei der Verrichtung "An-/Auskleiden" zu berücksichtigen. Auch die Einwände der Beklagten hinsichtlich des Hilfebedarfs beim Gehen vermögen nicht zu überzeugen. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass Dr. S in seinem Gutachten festgehalten hat, dass das Wasserlassen am Bett in einen Eimer erfolge und der Stuhlgang auf dem Toilettensstuhl. Gleichwohl ist ein Hilfebedarf für 16 Gänge täglich nachvollziehbar, da der Sachverständige hierunter auch die Gänge zum Essen und zurück ins Schlafzimmer subsummiert. Auch sind Gänge zur Toilette durch die geschilderte Praxis nicht generell ausgeschlossen, da davon auszugehen ist, dass zumindest ein Teil der Körperpflege auch im Badezimmer erfolgt. Darüber hinaus hat der SMD in seinem Gutachten vom 21.01.2010 bei identisch geschilderter Praxis beim Wasserlassen und dem Stuhlgang ebenfalls 16 Gänge täglich im Rahmen der Mobilität anerkannt. Weshalb die Beklagte nunmehr von den - bislang durch sie unbestrittenen - Feststellungen ihres eigenen SMD wie auch des Sachverständigen Dr. S hinsichtlich der Frequenz der Verrichtung "Gehen" abweichen will, erschließt sich dem Senat nicht. Offensichtlich verkennt die Beklagte, dass diese Verrichtung sich nicht allein auf die Gänge zum Zwecke der Darm-/Blasenentleerung erschöpft. Der Senat geht nach allem mit Dr. S von einem Hilfebedarf in der Grundpflege von mindestens 245 Minuten täglich aus. Diese Auffassung wird auch durch die Feststellungen des Sachverständigen Dr. R gestützt, wonach auch nach Abzug des streitigen Zeitaufwandes ein Hilfebedarf in der Grundpflege von 246 Minuten verbleibt. Auch insofern wird auf die Ausführungen in dem Urteil vom 17.04.2013 Bezug genommen.

24

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und, soweit der Beklagten Kosten auferlegt werden, auf § 192 Abs 1 S 1 Nr 2 SGG. Hinsichtlich der Begründung nimmt der Senat ebenfalls auf die Ausführungen in dem Urteil vom 17.04.2013 Bezug. Der Senat hat davon

25

abgesehen, der Beklagten weitere Verschuldungskosten aufzuerlegen. Zwar war das Verhalten der Bevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung am 27.08.2014 durchaus geeignet, weitere Kosten zu Lasten der Beklagten in Ansatz zu bringen, da diese auch auf den deutlichen Hinweis des Vorsitzenden nicht bereit war, dem nunmehr eindeutigen Ergebnis der Beweisaufnahme Rechnung zu tragen und hierbei sogar von den Feststellungen des eigenen SMD hinsichtlich der Frequenz der Verrichtung "Gehen" zu Lasten des Klägers abgewichen ist. Der Senat geht aber davon aus, dass die verhängten Verschuldungskosten in Höhe von 1000,- EUR ausreichend sind, um die Beklagte zur Überprüfung ihrer Reaktionen auf Hinweise des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung zu veranlassen und hierbei insbesondere zu berücksichtigen, dass die gutachterlichen Schätzungen im Rahmen der Pflegebegutachtung mit gewissen Unsicherheiten verbunden sind und einer Schwankungsbreite der Zeitwerte in verschiedenen Sachverständigengutachten unterliegen (vgl hierzu BSG, Urteil vom 07.07.2005, B 3 P 8/04 R, Juris Rn 28 und 29). Insofern sind gerichtliche Regelungsvorschläge, die durch die Feststellung gerichtlich bestellter Sachverständiger gestützt werden, in Fällen lediglich geringfügig divergierender gutachterlicher Feststellungen grundsätzlich geeignet, der Herbeiführung des Rechtsfriedens zu dienen. Sie sind auch mit der Rechtslage vereinbar. Denn wie auch die Beklagte ist der Senat an die gültigen gesetzlichen Regelungen gebunden und berücksichtigt diese im Rahmen etwaiger Vergleichsvorschläge. Auch schließen sich die Beachtung der gesetzlichen Regelungen und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der zu beurteilenden Fälle nicht grundsätzlich aus.

Der Senat hat die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs 2 Nrn 1 oder 2 SGG) nicht als gegeben angesehen.