

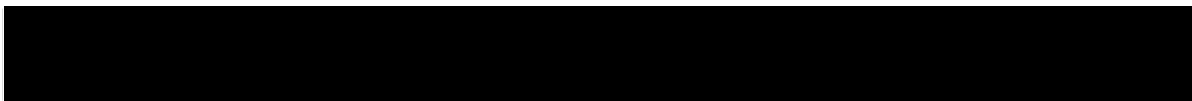
S 19 KR 15/08 ER

SOZIALGERICHT KIEL



BESCHLUSS

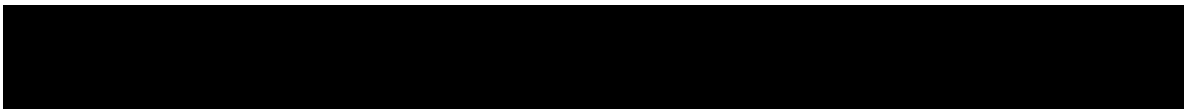
In dem Rechtsstreit



- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Philip Koch, Liesgrundstraße 24,
63825 Schöllkrippen, - 2008/01/03 -

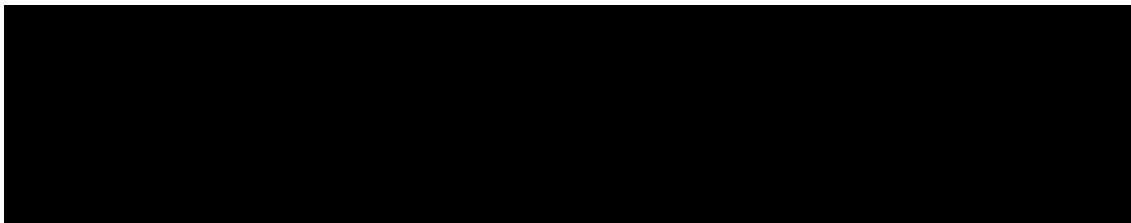
g e g e n




- Antragsgegnerin -

beigeladen:

- 1.
- 2.
- 3.



hat die 19. Kammer des Sozialgerichts Kiel durch die Richterin am Sozialgericht 
ohne mündliche Verhandlung am 11. Juli 2008 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 2. Januar 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. April 2008 , längstens bis zum 31.

- 2 -

Dezember 2008, Beatmungspflege als Behandlungspflege für 24 Stunden täglich zu einem Stundensatz von 31, 70 Euro zu gewähren

- 2. Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller seine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.**

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Gewährung von Behandlungspflege.

Der am 22. Juli 2003 geborene Antragsteller ist im Rahmen der Familienversicherung bei der Antragsgegnerin krankenversichert. Er leidet an einem Z.n. peripartaler Asphyxie, einer schweren globalen Retardierung, einer schwersten Cerebralparese und einer schweren Epilepsie.

Nach Abschluss einer entsprechenden Einzelvereinbarung mit der Beigeladenen zu 3. bezüglich der Übernahme der Pflege des Antragstellers zu einem Stundensatz von 31, 70 Euro übernahm die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 2. Februar 2005 die Kosten für die notwendige häusliche Krankenpflege bis auf weiteres. Vom monatlichen Rechnungsbetrag werde der Höchstbetrag der Pflegestufe in Abzug gebracht und der Pflegeversicherung in Rechnung gestellt. Eine entsprechende Nachricht ging an die Beigeladene zu 3.. Der Antragsteller war zum damaligen Zeitpunkt in der Lage, selbständig über ein Tracheostoma zu atmen, er musste jedoch 20-25mal täglich abgesaugt werden. Die Pflegestufe II nach dem 11. Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) war anerkannt worden.

Nach einem stationären Aufenthalt des Antragstellers in der Kinderintensivstation der Klinik für Kinderkardiologie des Universitätsklinikums Schleswig-Holstein erfolgte am 24. Dezember 2005 die Verordnung einer Heimbeatmung mit pflegerischer Betreuung 24 Stunden täglich, entsprechende Folgeverordnungen datieren vom 30. März 2006, 28. Juni 2006, 25. September 2006, 22. Dezember 2006, 27. März 2007, 26. Juni 2007, 27. September 2007 und vom 27. November 2007.

- 3 -

- 3 -

Mit Bescheid vom 4. Januar 2006 übernahm die Antragsgegnerin die Kosten der Beatmungspflege ab dem 9. Januar 2006 bis zum 31. März 2006. Die Krankenkasse sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (B 3 KR 4/98 R) nicht zur Übernahme der Grundpflege verpflichtet. Sie könne daher bei einer Rund-um-die-Uhr Betreuung ermitteln, welchen täglichen Zeitbedarf an Grundpflege und hauswirtschaftlicher Versorgung der Pflegebedürftige habe. Die Kosten für die anfallende Pflege müssten dann von der Pflegekasse getragen werden, wobei sich diese Verpflichtung jedoch auf den dem Pflegebedürftigen zustehenden Wert der Pflegsachleistungen beschränke. Soweit die monatlichen Pflegsachleistungen diesen Wert überschritten, sei ggf. der Sozialhilfeträger eintrittspflichtig.

Der Kläger beziehe Leistungen aus der Pflegeversicherung gemäß der Pflegestufe II. Es fielen deshalb bei ihm täglich mindestens 282 Minuten (4,7 Stunden) Grundpflegeleistungen an. Diese Zeit sei daher der Pflegeversicherung gesondert in Rechnung zu stellen. Da in der Pflegeversicherung das Prinzip der Teilkaskoversicherung gälte, seien ggf. verbleibende Restkosten bei Nichtübernahme durch den Sozialhilfeträger vom Antragsteller zu übernehmen.

Am 11. Januar 2006 beantragte der Antragsteller bei der Beigeladenen zu 1. die Höherstufung und die Gewährung von häuslicher Pflegehilfe als Sachleistung.

Am 5. Februar 2006 beantragte der Antragsteller beim Amt für Familie und Soziales die Kostenübernahme für die Intensivpflege für 4, 7 Stunden täglich.

Nach Einholung eines Gutachtens des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen erkannte die Beigeladene zu 1. mit Bescheid vom 9. Mai 2006 die Pflegestufe III an, die Kosten für die Pflegeeinsätze des ambulanten Pflegedienstes würden bis zu 1432,00 Euro monatlich übernommen.

Mit Bescheid vom 8. Mai 2006 übernahm die Antragsgegnerin die Kosten der Beatmungspflege ab 1. Februar 2006 vorläufig bis zum 30. Juni 2006. Es sei eine Korrektur des Bescheides vom 4. Januar 2006 notwendig. Da der Antragsteller nunmehr Leistungen nach der Pflegestufe III erhalte, fielen bei ihm 407 Minuten (6,8 Stunden) Grundpflegeleistungen an, diese Zeit sei der Pflegekasse gesondert in Rechnung zu stellen. Die Antragsgegnerin trage

- 4 -

- 4 -

ab dem 1. Februar 2006 die Kosten der häuslichen Krankenpflege für 17, 2 Stunden täglich. Mit Schreiben vom selben Tag forderte die Antragsgegnerin die Beigeladene zu 3. auf, für die bereits abgerechneten Monate Februar und März 2006 den überzahlten Betrag in Höhe von 2905, 63 Euro zu erstatten.

Die Beigeladene zu 2. verpflichtete sich mit Bescheid vom 10. Januar 2007 zur Übernahme der Kosten für täglich 6, 8 Stunden Beatmungspflege für je 31, 70 Euro ab dem 1. Februar 2006 im Rahmen des § 65 des 12. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB XII). Der von den Eltern des Antragstellers zu leistende Eigenanteil betrage ab dem 1. Februar 2006 jeweils monatlich 256, 99 Euro, ab dem 1. August 2006 jeweils monatlich 27, 45 Euro. Mit Bescheid vom selben Tage gewährte die Beigeladene zu 2. den Eltern des Antragstellers ab dem 1. Februar 2006 ab dem 1. Februar 2006 ein anteiliges Pflegegeld in Höhe von 221, 64 Euro.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2007 teilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen zu 3. mit, in der neuesten Verhandlungsrunde mit den schleswig-holsteinischen Vertragspartnern seien einvernehmlich neue Vergütungssätze für häusliche Krankenpflege vereinbart worden. Für beatmungspflichtige Versicherte seien Stundenvergütungen von 23 Euro bis 26, 50 Euro festgelegt worden. Eine weitere Zusammenarbeit sei ab dem 1. Januar 2008 nur zum Maximumsatz der Vertragspartner in Höhe von 26, 50 Euro möglich.

Die Beigeladene zu 3. erklärte daraufhin grundsätzlich ihre Bereitschaft, bei der Pflege neuer Patienten von dem bisherigen Stundensatz abzuweichen. Im Falle des Antragstellers sei dies jedoch nicht möglich. Weder in der Teamzusammensetzung noch an der vertraglich zugesicherten Vergütung der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen könne etwas geändert werden, ohne deutliche Störungen zu verursachen. Auch eine Umverteilung einzelner Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in andere Teams zugunsten neuer, „günstigerer“ Pflegekräfte hätte nicht nur für die einzelnen Teams sondern auch für die Familien ungeheure Auswirkungen.

Mit Bescheid vom 2. Januar 2008 gewährte die Antragsgegnerin dem Antragsteller häusliche Krankenpflege in Form von Beatmungspflege für 24 Stunden täglich vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2008 nach Abzug des Zeitaufwandes für den Hilfebedarf in der Grundpflege nach dem SGB XI in Höhe von täglich 17, 2 Stunden.

- 5 -

- 5 -

Bei höchster Versorgungsqualität, entsprechend der vorgegebenen Standards, würden in Schleswig-Holstein pauschale Vergütungssätze von 23, 00 Euro bis 26, 50 Euro für die Intensivbetreuung festgelegt werden. Eine weitere Zusammenarbeit zu diesen Konditionen habe die Beigeladene zu 3. abgelehnt. Obwohl die Mutter des Antragstellers bereits frühzeitig auf den Handlungsbedarf hingewiesen habe, sei der empfohlene Wechsel des Pflegedienstes bisher nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin könne der Beigeladenen zu 3. nur den in Schleswig-Holstein gültigen maximalen Stundensatz in Höhe von 26, 50 Euro ab dem 1. Januar 2008 vergüten.

Gegen diesen Bescheid erhob der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers am 3. Januar 2008 Widerspruch. Zur Begründung führte er aus, soweit der genehmigte Umfang der Leistungen hinter den ärztlicherseits verordneten Leistungen zurückbleibe, geschehe dies rechtswidrig. Gemäß § 37 Abs. 2 des 5. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) erhielten Versicherte in ihrem Haushalt oder ihrer Familie als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege, wenn sie zur Sicherung des Ziels ärztlicher Behandlung erforderlich sei. Der Antragsteller müsse 24 Stunden täglich beatmet werden. Es komme zu Abfällen der Sauerstoffsättigung und der Herzfrequenz, die ein sofortiges Eingreifen medizinischen Fachpersonals erforderlich machten. Die Überwachung und Betreuung des Antragstellers könne von den Eltern nicht erbracht werden, da diese nicht über die erforderlichen medizinischen Kenntnisse verfügten.

Bei einem von der Antragsgegnerin gewährten Leistungsumfang von 17, 2 Stunden täglich verbleibe eine Versorgungslücke von täglich 6 Stunden und 48 Minuten.

Auch könnten Zeiten der grundpflegerischen Versorgung des Antragstellers nicht in Abzug gebracht werden. Zwar habe das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung vom 28.01.1999 entschieden, der Kostenaufwand für die Zeiten, in denen neben der Behandlungspflege auch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung erbracht würden, sei allein der Pflegeversicherung zuzuordnen. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall habe ein beauftragter Pflegedienst allerdings sowohl die behandlungs- als auch die grundpflegerischen Leistungen erbracht. Insoweit habe eine Personenidentität der Pflegepersonen vorgelegen. Eine solche sei vorliegend nicht gegeben: Der Pflegedienst erbringe so gut wie keine grundpflegerischen, sondern nur behandlungspflegerische Leistungen, und die Eltern des Antragstellers erbrächten nur grundpflegerische, aber keine behandlungspflegerische Leistungen. Von dem Zeitraum notwendiger Behandlungspflege von 24 Stunden

- 6 -

- 6 -

täglich könnten überhaupt nur solche Zeiten abgesetzt werden, in denen von ein und derselben Pflegeperson zugleich auch grundpflegerische Leistungen erbracht würden.

Darüber hinaus stehe eine wertende Betrachtung der Rechtsgüter, deren Schutz durch die Beatmungspflege einerseits und die Grundpflege andererseits sichergestellt werden solle, der von der Antragsgegnerin vertretenen Rechtsauffassung, wonach die Behandlungspflege bei zeitgleich erbrachter Grundpflege stets in den Hintergrund trete, entgegen. Die Beatmungspflege diene als lebensnotwendige Maßnahme dem Schutz des Lebens des Antragstellers. Die Leistungen der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung sollten nach dem Willen des Gesetzgebers dagegen dem Pflegebedürftigen helfen, trotz seines Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht. Sie diene damit dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Pflegebedürftigen. Bei dem Recht auf Leben, welches verfassungsrechtlich eine Garantie in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG finde, handele es sich innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung um einen Höchstwert. Dieser verfassungsrechtlichen Wertstellung würde es widersprechen, den Leistungen der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung einen Vorrang vor den gleichzeitig erbrachten Leistungen lebensnotwendiger Behandlungspflege einzuräumen.

Zudem bilde vorliegend den Schwerpunkt der Behandlungspflege nicht die Krankenbeobachtung, sondern die Notwendigkeit der u.U. manuellen und mit Komplikationen versehenen Beatmung. In solchen Fällen komme überhaupt kein Abzug in Betracht.

Auch sei der von der Beigeladenen zu 3. geforderte Stundensatz von 31,70 Euro angemessen und sei in der Vergangenheit auch von der Antragsgegnerin gezahlt worden. Ein Hinweis auf vorgegebene Standards könne die Vergütungskürzung ebenfalls nicht rechtfertigen, zumal nach Auskunft des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung in Bayern und entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin im Bescheid vom 2. Januar 2008 derartige Standards bislang nicht existierten. Eine Stundenvergütung von 31,70 Euro halte sich durchaus im Rahmen dessen, was üblicherweise in anderen Bundesländern für pflegerische Leistungen gezahlt werde. Aus Kostengründen auf gut ausgebildete und erfahrene Pflegekräfte zu verzichten, komme – insbesondere wenn es sich wie hier um eine lebensnotwendige Behandlungspflege gehe – nicht in Betracht. Zudem sei zu bedenken, dass die Versorgung seit längerer Zeit von der Beigeladenen zu 3. erfolge und zwischen ihm und seiner Familie und dem Pflegedienst ein unerlässliches Vertrauensverhältnis entstanden sei.

- 7 -

- 7 -

Am 22. Januar 2008 hat der Antragsteller einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht Kiel gestellt.

Bezüglich des Vorliegens eines Anordnungsanspruchs hat er erneut darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall das Urteil des BSG vom 28.01.1999 nicht zu einer Zuordnung solcher Zeiten, in denen gleichzeitig Behandlungspflege und Grundpflege erbracht würden, zur Pflegeversicherung führen könne, da die Grundpflege fast ausschließlich von den Eltern und die Behandlungspflege ausschließlich vom Pflegedienst ausgeführt werde. Der Stundensatz von 31,70 Euro sei angemessen und werde in vergleichbaren Fällen von anderen Krankenkassen auch gezahlt. Dass eine Anpassung des Preises im Rahmen des Wettbewerbs allgemeinüblich sei, treffe zwar zu. Allerdings erscheine es wenig glaubhaft, eine Preisreduzierung von 5,20 Euro bzw. 16,4 % mit wettbewerblichen Gegebenheiten begründen zu wollen, insbesondere in Zeiten gleichbleibend hoher Abgaben- und Steuerbelastung.

Die beantragte vorläufige gerichtliche Regelung sei auch erforderlich, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Die Behandlungspflege verursache Kosten von täglich 760,80 Euro, was einer monatlichen Kostenbelastung in einem durchschnittlichen Kalendermonat mit 30 Tagen von 22.824,00 Euro entspreche. Diese Kosten müsse er bis zum 31. Dezember 2008 für 6,8 Stunden täglich selbst aufbringen und hätte darüber hinaus noch für die bewilligten 17,2 Stunden täglich 5,20 Euro pro Stunde zuzuzahlen. Aus dem laufenden Familieneinkommen ließen sich derartige Beträge nicht aufbringen.

Er brauche sich nicht auf die Inanspruchnahme von Sozialhilfe verweisen lassen. Aus § 43 des 1. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB I) lasse sich insoweit der dem gesamten Sozialrecht immanente Grundsatz des Vorrangs des erstangegangenen Trägers entnehmen. Danach müsse dieser selbst dann vorläufig Leistungen erbringen, wenn streitig sei, ob er überhaupt der zuständige Leistungsträger sei. Eine Verweisung auf Sozialhilfe sei deshalb nicht zulässig.

Darüber hinaus erfolge die Leistung durch die Beigeladene zu 2. ohne Rechtsgrund. Aus dem Bescheid der Beigeladenen zu 2. vom 10. Januar 2007 ergäbe sich, dass die Beigeladene Kosten für 6,8 Stunden Beatmungspflege, nämlich für eben jene 6,8 Stunden, die von der Antragsgegnerin nicht übernommen würden, leiste. Die Beigeladene habe damit die Kos-

- 8 -

- 8 -

tenübernahme für eine pflegerische Leistung im Rahmen der Hilfe zur Pflege erklärt. Behandlungspflegeleistungen könnten, da sie in § 61 Abs. 2 SGB XII nicht erfasst würden, nicht als Hilfe zur Pflege erbracht werden. Eine Kostenübernahme wäre daher nur im Rahmen des § 48 SGB XII möglich. Allerdings sei auch dabei zu beachten, dass nach § 52 Abs. 1 Satz 1 SGB V diese Hilfen den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung entsprächen. Eine über die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung hinausgehende Versorgung des Antragstellers durch die Beigeladene zu 2. über die Hilfen zur Gesundheit sei damit rechtlich gar nicht möglich.

Zur Glaubhaftmachung seines Anspruchs hat der Antragsteller u.a. eine Versicherung an Eides Statt der Mutter des Antragstellers sowie mehrere erst- und zweitinstanzliche Entscheidungen zur Akte gereicht.

Der Antragsteller beantragt,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 2. Januar 2008, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2008, Beatmungspflege als Behandlungspflege bis zu 24 Stunden täglich zu einem Stundensatz von 31,70 Euro zu gewähren und ihn insoweit von den Kosten dieser Leistungen freizustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, es bestehe weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund. Die Anrechnung des festgestellten täglichen Zeitbedarfs in der Grundpflege auf die verordneten 24 Stunden Behandlungspflege sei auf höchstrichterliche Rechtsprechung zurückzuführen und auch im Falle des Antragstellers anzuwenden. Die Mutter des Antragstellers habe mit dem Antrag auf Pflegeleistungen vom 11. Januar 2006 ausdrücklich Leistungen der Pflegeversicherung als Sachleistungen beantragt. In dem daraufhin erstellten Gutachten des MDK vom 5. April 2006 sei festgestellt worden, dass der Pflegedienst sowohl Leistungen der Behandlungspflege als auch der Grundpflege durchführe. Darüber hinaus führe der Pflegedienst in seiner Aufstellung der Betreuungsinhalte vom 21. Januar 2005

- 9 -

- 9 -

ausdrücklich alle grundpflegerischen Elemente als Bestandteil ihrer Leistungen für den Antragsteller auf. Demnach würden die Leistungen der Behandlungspflege und der Grundpflege regelmäßig aus einer Hand erbracht und die Anrechnung des Grundpflegeaufwandes sei unter Berücksichtigung der Rechtslage angemessen. Darüber hinaus bestehe diese Regelung seit dem 1. Februar 2006 und sei seitens des Antragstellers bisher nicht in Frage gestellt worden.

Die Familie werde zurzeit auch nicht mit den Kosten der in Abzug gebrachten 6,8 Stunden täglicher Pflege belastet, da sich die Pflegeversicherung mit monatlich 1432,00 Euro an den Kosten beteilige und die Beigeladene zu 2. die Restkosten im Rahmen der Hilfe zur Pflege übernehme. Die Leistung der Beigeladenen zu 2. erfolge auch nicht ohne Rechtsgrund. Das BSG habe in seinem Urteil vom 28. Januar 1999 zweifelsfrei festgestellt, dass die Kosten für die zu erbringende Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung, auch bei verordneter 24-stündiger Behandlungspflege, durch die Pflegekasse zu tragen seien. In einem weiteren Urteil vom 10. November 2005 (B 3 KR 38/04 R) werde ausgeführt, dass während der Erbringung der Leistungen der Grundpflege die Behandlungspflege in den Hintergrund träte, sodass insoweit nur die Leistungspflicht der Pflegekasse bestehe. Die Kosten für die anfallende Pflege müssten dann von der Pflegekasse getragen werden, wobei sich diese Verpflichtung auf den dem Pflegebedürftigen zustehenden Wert der Pflegesachleistung beschränke. Soweit die monatlichen Pflegesachleistungen diesen Wert überschritten, sei ggf. der Sozialhilfeträger einstandspflichtig. Der Sozialhilfeträger übernehme daher nach den Vorschriften des 7. Kapitels SGB XII für den Antragsteller keine Leistungen der Behandlungspflege sondern völlig richtig Leistungen der Hilfe zur Pflege.

Beantragte Leistungen müssten ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürften das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich seien, könnten Versicherte nicht beanspruchen, dürften Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen (§ 12 Abs. 1 SGB V).

Die Krankenkasse habe daher bei der Entscheidung über die Höhe des zu vergütenden Stundensatzes die im betreffenden Bundesland allgemein übliche Vergütung für identische Leistungen zu berücksichtigen. Bei höchster Versorgungsqualität, entsprechend der vorgegebenen Standards, würden in Schleswig-Holstein pauschale Vergütungssätze von 23,00 Euro bis 26,50 Euro für die Intensivbetreuung festgelegt. Der Beigeladenen zu 3. sei der höchste Stundensatz von 26,50 Euro angeboten worden. Eine weitere Betreuung des An-

- 10 -

- 10 -

tragstellers zu diesen Konditionen sei von der Beigeladenen zu 3. abgelehnt worden. Da in Schleswig-Holstein Pflegedienste vorhanden seien, die die für den Antragsteller erforderliche Pflege bei gleichbleibender Qualität zu wirtschaftlich günstigeren Konditionen anbieten, könne eine Übernahme des geforderten Stundensatzes in Höhe von 31, 70 Euro aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht in betracht kommen. Es sei der Familie daher freigestellt worden, zu einem anderen hoch qualifizierten Pflegedienst zu wechseln oder aber weiterhin durch die Beigeladene zu 3. betreut zu werden. In diesem Fall wäre allerdings die Differenz zu dem von der Beigeladenen zu 3. geforderten Stundensatz von der Familie zu tragen. Das der Stundensatz von 31, 70 Euro in der Vergangenheit gezahlt worden sei, habe keine Bindung für die Zukunft, da im Rahmen des Wettbewerbs eine Anpassung der Preise allgemein üblich sei.

Bei einem erheblichen Vergütungsunterschied zwischen den Angeboten einzelnen Anbieter sei die Leistungsentscheidung für einen günstigen Anbieter gerechtfertigt (LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.01.2008, L 4 B 21/07 KR ER). Dabei werde das freie Wahlrecht des Versicherten insbesondere dann nicht verletzt, wenn es mindestens zwei unterschiedliche Pflegedienste gäbe, die die erforderlichen Leistungen anbieten könnten und unter denen der Versicherte wählen könne. Dies sei im Falle des Antragstellers gegeben. Der Familie sei ein Pflegedienst benannt worden, darüber hinaus sei die Übersendung einer Liste von Pflegediensten angeboten worden, die die weitere Versorgung übernehmen könnten.

Auch ein Anordnungsgrund sei in so einem Fall abzulehnen, da durch das Nichtgewähren der gewünschten Vergütung keine schweren irreversiblen Nachteile drohten. Bei einer Kündigung des bisherigen Leistungsanbieters würde die Krankenkasse schließlich die kurzfristige Fortsetzung der Pflege durch einen anderen geeigneten Pflegedienst anbieten.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Die Beigeladene zu 2. hat mit Schriftsatz vom 22. Februar 2008 mitgeteilt, dass sie die Auffassung des Antragstellers in vollem Umfang teile. Im Erörterungstermin vom 9. Juli 2008 hat die Prozessbevollmächtigte der Beigeladenen zu 2. angekündigt, den Bescheid vom 10. Januar 2007 mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

- 11 -

- 11 -

Am 4. April 2008 hat der Antragsteller Untätigkeitsklage vor dem Sozialgericht Kiel erhoben (S 19 KR 84/08). Mit Widerspruchsbescheid vom 7. April 2008 hat die Antragsgegnerin den Widerspruch gegen den Bescheid vom 2. Januar 2008 zurückgewiesen.

Die Kammer hat die den Rechtsstreit betreffenden Verwaltungsakten der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 1. und zu 2. beigezogen. Sie sind ebenso wie die Gerichtsakten Gegenstand der Entscheidung gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf ihren Inhalt Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist gemäß § 86 b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig und begründet. Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Ein solcher Antrag kann auch, wie im vorliegenden Fall erfolgt, bereits vor Klageerhebung gestellt werden (s. § 86 b Abs. 3 SGG).

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung erfordert einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund.

Der Anordnungsanspruch bezieht sich auf den geltend gemachten materiellen Anspruch, für den vorläufigen Rechtsschutz begehrt wird. Er liegt vor, wenn bei summarischer Prüfung ein materiell-rechtlicher Anspruch besteht.

Die erforderliche Dringlichkeit betrifft den Anordnungsgrund. Entscheidend ist, ob es nach den Umständen des Einzelfalls für den Betroffenen zumutbar ist, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Die Tatsachen, die den Anordnungsanspruch und den Anordnungsgrund begründen sollen, sind darzulegen und glaubhaft zu machen (§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung – ZPO).

- 12 -

- 12 -

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern stellen ein bewegliches System dar. Ist eine Klage offensichtlich unzulässig und unbegründet, ist ein schützenswertes Recht nicht vorhanden, auch bei Vorliegen eines Anordnungsgrundes ist der Antrag abzulehnen. Ist die Klage offensichtlich zulässig und begründet, vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund, dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist in der Regel stattzugeben. Bei offenem Ausgang des Klageverfahrens ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Eine einstweilige Anordnung ist zu erlassen, wenn es dem Antragsteller unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten nicht zuzumuten ist, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Auflage 2005, § 86b Rz. 29).

Im hier zu entscheidenden Fall führt eine summarische Prüfung dazu, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit die Klage zulässig und begründet ist, zumindest ist von offenen Erfolgsaussichten auszugehen.

Grundlage des Anordnungsanspruchs ist § 37 Abs. 2 SGB V, wonach Versicherte in ihrem Haushalt oder ihrer Familie als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege erhalten, wenn sie zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist.

Das Vorliegen der grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzungen des Anspruchs auf Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 Abs. 2 SGB V für täglich 24 Stunden ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Uneinigkeit besteht lediglich darüber, ob die Antragsgegnerin berechtigt war, von den Leistungen der häuslichen Krankenpflege den auf die Grundpflege nach dem SGB XI entfallenden Zeitaufwand abzuziehen.

Soweit die Beklagte unter Berufung auf Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die für die Grundpflege des Antragstellers erforderliche Zeit in Abzug bringt, bestehen diesbezüglich erhebliche rechtliche Bedenken.

So ist es nach Ansicht der Kammer bereits fraglich, ob diese Rechtsprechung im hier zu entscheidenden Fall überhaupt Anwendung findet.

- 13 -

- 13 -

Das BSG hatte im sog. „Drachenfliegerurteil“ (Urt. v. 28.1.1999, B 3 KR 4/98 R) darüber zu entscheiden, ob die Krankenkasse zur Übernahme der Kosten für die Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung verpflichtet ist, soweit diese nicht durch familiäre Hilfe erfolgt. In dem vom BSG zu entscheidenden Fall wurde der Kläger von einem ambulanten Pflegedienst, der sowohl die Behandlungspflege als auch die Grundpflege leistete, rund um die Uhr betreut, während er von den Eltern hauswirtschaftlich betreut wurde. Der Pflegedienst hatte sich bereit erklärt, die Behandlungs- und Grundpflege zu dem Pflegesatz einer Spezialklinik durchzuführen, der sich seinerzeit auf 785, 95 DM belief. Die Krankenkasse reduzierte daraufhin die Kostenerstattung auf 70 % dieses Betrages, weil die Krankenversicherung im Rahmen der Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V nur die Kosten der Behandlungspflege, nicht aber die im Pflegesatz enthaltene Grundpflege zu tragen habe.

Der dem hier zu entscheidenden Fall liegt ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde. Zunächst ging es in dem vom BSG zu entscheidenden Fall nicht um einen Sachleistungsanspruch, sondern um einen Anspruch auf Kostenerstattung. Zum anderen hat der Pflegedienst anders als im vorliegenden Fall sowohl die Grund- als auch die Behandlungspflege in vollem Umfang geleistet. Der Senat führt hierzu in den Entscheidungsgründen aus:

„ Die praktischen Schwierigkeiten, im vorliegenden Fall die Behandlungspflege und die Grundpflege zutrennen, weil schon die Behandlungspflege rund um die Uhr die Anwesenheit einer Pflegeperson erfordert und diese, wie die Vergangenheit gezeigt hat, zeitlich in der Lage ist, neben der Behandlungspflege auch die erforderliche Grundpflege durchzuführen, sind....kein Grund, die Krankenkasse in solchen Fällen auch zur Übernahme der Grundpflege zu verpflichten. Die Sicherstellung der Grundpflege bleibt auch in derartigen Konstellationen Aufgabe der Pflegekasse.....Die Erledigung beider Aufgaben durch ein und dieselbe Pflegekraft entspricht zwar dem Gebot der Wirtschaftlichkeit.....Dies rechtfertigt es aber nicht, die Krankenkasse mit den gesamten Kosten zu belasten. Eine zweckmäßige und wirtschaftliche Aufgabenerfüllung im Bereich der Behandlungspflege einerseits und der Grundpflege nebst hauswirtschaftlicher Versorgung andererseits lässt sich ohne weiteres durch entsprechende Vereinbarungen zwischen Krankenkasse und Pflegekasse.... erreichen. Die Art der Hilfeleistung lässt sich unterscheiden und dem jeweiligen Bereich zuordnen. Es kann ermittelt werden, welchen täglichen Zeitbedarf an Grundpflege und an hauswirtschaftlicher Versorgung der Pflegebedürftige hat und welche Kosten hierfür anfielen, wenn die Pflegekassen eine gesonderte Kraft mit der Erledigung dieser Aufgaben beauftragen müsste. Diese Kosten müssen von der Pflegekasse getragen werden, wobei sich diese Verpflichtung je-

- 14 -

- 14 -

doch auf den dem Pflegebedürftigen zustehenden Wert der Pflegesachleistung beschränkt. Soweit die monatlichen Pflegesachleistungen diesen Wert überschreiten, hat sie der Versicherte aus eigenen Mitteln zu finanzieren; erforderlichenfalls ist die Sozialhilfe eintrittspflichtig.....Während der Erbringung der Hilfe bei der Grundpflege tritt die Behandlungspflege im Regelfall in den Hintergrund, so dass es gerechtfertigt ist, den Kostenaufwand für diese Zeiten allein der sozialen Pflegeversicherung zuzurechnen. Es bleibt allerdings den Krankenkassen und Pflegekassen überlassen, abweichendes zu vereinbaren. Wegen der von dem Pflegedienst bisher miterledigten Grundpflege muss sich der Kläger daher an die Pflegekasse der Beklagten wenden; ein Anspruch gegen die Beklagte besteht nicht.“

Zu Recht hat der Antragsteller vorgetragen, das „Drachenfliegerurteil“ beschäftige sich lediglich mit der Frage der Abgrenzung der Zuständigkeit der Krankenkasse einerseits und der Pflegekasse andererseits in Fällen, in denen sowohl Grundpflege als auch Behandlungspflege von einem Pflegedienst durchgeführt werden.

Im hier zu entscheidenden Fall fehlen jedoch konkrete Feststellungen zu der Frage, in welchem Umfang die Beigeladene zu 3. im hier maßgeblichen Bewilligungszeitraum in die Grundpflege involviert ist. Die Antragsgegnerin bezieht sich diesbezüglich allein auf die Feststellung im MDK-Gutachten vom 21. April 2006 und ein Schreiben der Beigeladenen zu und ein Schreiben der Beigeladenen zu 3. vom 21. Januar 2005 und somit auf Feststellungen, die vor mehreren Jahren getroffen wurden. Im übrigen ergibt sich bereits aus dem MDK-Gutachten, dass zumindest ein Teil der Grundpflege von den Eltern übernommen wird. Im Erörterungstermin vom 9. Juli 2008 haben sowohl die Mutter des Antragstellers als auch die anwesende Pflegekraft ausgeführt, die Grundpflege werde überwiegend von der Mutter übernommen.

Auch ergibt sich aus dem Urteil des BSG vom 28. Januar 1999 nicht zwingend, dass die Kostenverteilung so wie von der Antragsgegnerin vorgenommen zu erfolgen hat. So hat das Sozialgericht Aachen in einer Entscheidung vom 15. Januar 2008 (S 13 KR 61/07) ausgeführt, es stehe nicht die Kürzung der von der Krankenkasse zu erbringenden Behandlungspflegeleistung rund-um-die-Uhr als solche infrage, es gehe lediglich um die rechnerische (bezahlte) Anrechnung des Wertes von Pflegeversicherungsleistungen auf den Wert der Leistungen der Krankenversicherung. Wenn von der Krankenkasse bezahlte Behandlungspflegekräfte neben häuslicher Krankenpflege auch Grundpflege/hauswirtschaftliche Versorgung zeitgleich erbracht haben und erbringen, sei es gerechtfertigt, diese Leistungen der

- 15 -

- 15 -

Pflegeversicherung bei den Leistungen der Krankenversicherung in Ansatz zu bringen. Hierfür böten sich verschiedene Möglichkeiten an. Sachdienlich und gerechtfertigt sei es, dass die Krankenkasse den Wert der Leistungen der Pflegekasse, die die Klägerin erhalten hat und erhält von dem Wert der Behandlungspflegeleistungen, die sie dem Versicherten zu erbringen hat, in Abzug bringt. Dies bedeute, dass die Krankenkasse in vollem Umfang die notwendige Behandlungspflege zu den mit einem Pflegedienst vereinbarten oder sonst angemessenen Kostensätzen erbringt und hiervon monatlich den Wert der Leistungen der Pflegekasse - Pflegegeld, Kombinationsleistung oder Pflegesachleistung - in jeweiliger Höhe in Abzug bringt.

Unabhängig davon, ob die Wertungen des „Drachenfliegerurteils“ im hier zu entscheidenden Fall überhaupt zur Anwendung finden, ist diese Entscheidung kritisch zu hinterfragen.

Grundsätzlich ist die Krankenkasse bei Vorliegen einer entsprechenden medizinischen Notwendigkeit gemäß § 37 Abs. 2 SGB V verpflichtet, Behandlungspflege als Sachleistung für 24 Stunden täglich zu erbringen, gleichgültig, in welchem Umfang bei einer rund-um-die-Uhr Betreuung neben der Behandlungspflege auch Grundpflege durchgeführt wird. Ist - wie im Fall des Klägers - jederzeit mit dem Auftreten lebensbedrohlicher Zustände zu rechnen, die eine intensivmedizinische Intervention erfordern, steht insgesamt die Behandlungspflege derart im Vordergrund, dass es fraglich erscheint, ob immer dann, wenn gleichzeitig Grundpflegeleistungen erbracht werden, die Zuständigkeit der Pflegekasse gegeben sein soll.

So hat das Sozialgericht Mannheim in einer Entscheidung vom 14. Februar 2008 (S 9 KR 1248/07) vorgeschlagen, bei der Zuordnung der streitigen Leistungen zum Bereich der Krankenversicherung oder zu den Leistungen der Pflegeversicherung in Anlehnung an die sozialrechtliche Kausalitätslehre in erster Linie darauf abzustellen, welches Ziel, bzw. welcher Bedarf im Vordergrund stand. Wenn die entsprechende Tätigkeit der Pflegefachkraft insgesamt in überwiegender Weise dem Leistungsbereich der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen sei, sei es unerheblich, wenn die Pflegefachkraft parallel hierzu auch (untergeordnete) Leistungen, die dem SGB XI zuzuordnen sind, erbringt.

In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation des Bayerischen Landessozialgerichts vom 17. November 2006 (L 4 B 817/06 KR ER), wonach grundsätzlich der Rechtsprechung

- 16 -

- 16 -

des BSG zu folgen ist, die Leistungspflicht der Krankenkasse jedoch nicht verringert wird, wenn es bei der Behandlungssicherungspflege nicht vorrangig um Krankenbeobachtung, sondern um die Notwendigkeit der u.U. manuellen und häufig mit Komplikationen einhergehenden Beatmung einhergeht und hierfür die ständige pflegerische Betreuung einer in der Kinderintensivpflege ausgebildeten und kompetenten Pflegeperson erforderlich ist.

Eine ähnliche Differenzierung hat das Sozialgericht Berlin in einer Entscheidung vom 6. Januar 2003 vorgenommen, wonach die Grundpflege nicht hinter die Behandlungspflege zurücktritt, wenn die Maßnahme der Behandlungspflege gerade erforderlich ist, um eine Maßnahme der Grundpflege überhaupt durchführen zu können.

Vor dem Hintergrund, dass die Pflegeversicherung nur eine Teilabsicherung des Pflegerisikos vorsieht, der Sachleistungsanspruch gegen die Krankenkasse aber eine vollständige Absicherung des Krankheitsrisikos enthält, sieht die Kammer keinen dogmatischen Anknüpfungspunkt, um eine Begrenzung der Leistungspflicht der Krankenkasse aufgrund einer gleichzeitigen Leistung im Bereich der Grundpflege zu begründen. Die Rechtsauffassung der Beklagten hat zur Konsequenz, dass die Anerkennung einer höheren Pflegestufe nach dem SGB XI zwangsläufig zu einer Reduzierung des Anspruchs gegen die Krankenkasse und letztlich – aufgrund des in der Pflegeversicherung geltenden Teilkaskoprinzips – zu einer finanziellen Belastung der Versicherten führt (ebenso SG Stuttgart, Beschluss vom 27.07.2007, S 8 KR 4681/07 ER). Diese Auslegung widerspricht der Wertung des § 13 Abs. 2 SGB XI, der das Verhältnis der Leistungen der Pflegeversicherung zu anderen Sozialleistungen regelt und nach dem durch die Pflegeversicherung die Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V unberührt bleiben.

Ein Anordnungsanspruch besteht auch, soweit der Antragsgegner sich gegen die Reduzierung des Stundensatzes für die erforderliche Behandlungspflege wendet, die zwangsläufig mit einem Wechsel des Pflegedienstes einhergehen würde.

Zwar kann es unter Hinweis auf das in § 12 SGB V normierte Wirtschaftlichkeitsgebot im Einzelfall geboten sein, zu einem kostengünstigeren Pflegedienst zu wechseln, § 12 enthält aber nicht das grundsätzliche Gebot, die kostengünstigste Leistung zu wählen.

- 17 -

- 17 -

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V müssen Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein, sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V).

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung ist es für die Kammer nicht abschließend beurteilbar, ob dem Antragsteller der Wechsel zu einem anderen, kostengünstigeren Pflegedienst zumutbar ist. Da ein solcher Wechsel eine erhebliche Belastung für den Antragsteller und seine Familie darstellen würde, geht die vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten des Antragstellers aus.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des LSG Sachsen-Anhalt vom 25. Januar 2008 (L 4 B 21/07 KR ER), da diese lediglich eine Einzelfallentscheidung darstellt. Ausdrücklich heißt es in den Gründen, dass den Krankenkassen bei der Auswahl des Leistungsanbieters ein Ermessen eingeräumt werde, eine Ermessensreduzierung auf einen bestimmten Leistungsanbieter könne jedoch vorliegen, wenn der von der Krankenkasse angebotene Leistungserbringer eine angemessene Behandlungspflege nicht sicherstellen kann oder das Auswahlermessen wegen besonderer Umstände des Einzelfalls auf einen einzigen Leistungserbringer reduziert ist.

Im Hauptsacheverfahren wird zu prüfen sein, ob tatsächlich andere Pflegedienste eine qualitativ gleichwertige Pflege zu einem geringeren Stundensatz leisten können. Hierbei wird zu berücksichtigen sein, dass es beim Antragsteller jederzeit zu lebensbedrohlichen Zuständen kommen kann, die eine sofortige intensivmedizinische Intervention erfordern.

In diesem Zusammenhang wird ggf. abzuwägen sein zwischen der in § 33 Satz 2 SGB I normierten Verpflichtung, den Wünschen des Berechtigten zu entsprechen, soweit diese angemessen sind und dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V. In diesem Zusammenhang wird auch die Wertung des § 2a SGB V Rechnung zu tragen sein, wonach den besonderen Belangen behinderter und chronisch kranker Menschen Rechnung zu tragen ist.

Darüber hinaus wird zu ermitteln sein, ob dem Antragsteller und seiner Familie ein Wechsel des Pflegedienst zumutbar ist. Die Eltern des Antragstellers sind durch die Betreuung des

- 18 -

- 18 -

Schwerstbehinderten Kindes physisch und psychisch stark belastet. Zu den jetzt in der Familie eingesetzten Pflegekräften konnte nach Aussage der Eltern im Erörterungstermin ein Vertrauensverhältnis aufgebaut werden, dies habe insgesamt zu einer Erleichterung im Familienalltag geführt.

Der Antragsteller selbst ist nach dem MDK-Gutachten vom 21. April 2006 durchaus in der Lage, seine Bezugspersonen zu erkennen. Die Kammer konnte sich anlässlich des Erörterungstermins vom 9. Juli 2008 davon überzeugen, dass der Kläger auf ihm fremde Personen mit Unruhe reagiert.

Letztendlich wird durch ein Sachverständigengutachten die Frage zu klären sein, ob medizinische Gründe einem Wechsel des Pflegedienstes entgegenstehen.

Schließlich besteht auch ein Anordnungsgrund. Aufgrund des Bescheides vom 2. Januar 2008 ist für den Antragsteller eine erhebliche Finanzierungslücke entstanden, und zwar unabhängig davon, ob die Beigeladene zu 2. ihren Bescheid vom 10. Januar 2007 aufhebt.

Allein hinsichtlich der von der Antragsgegnerin bewilligten 17, 2 Stunden zu einem Stundensatz von 26, 50 Euro müssen die Eltern des Antragstellers für jede Pflegestunde 5, 20 Euro aus eigenen Mitteln bestreiten. Hierzu sind diese aufgrund ihrer Einkommenssituation nicht in der Lage. Wie erstmalig im Erörterungstermin von der Antragsgegnerin vorgetragen wird zurzeit von der Antragsgegnerin noch ein Stundensatz von 31, 70 Euro gewährt. Da dieser Leistung kein entsprechender Bewilligungsbescheid zugrunde liegt, muss jederzeit damit gerechnet werden, dass der Stundensatz auf 26, 50 Euro reduziert wird.

Darüber hinaus hat auch die Kammer erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Beigeladenen zu 2. vom 10. Januar 2007, da hier ausdrücklich Beatmungspflege zum Stundensatz von 31, 70 Euro im Rahmen des § 65 Abs. 2 SGB XII gewährt wird. Im Rahmend er Hilfe zur Pflege können jedoch nur Leistungen der Grundpflege erbracht werden. Es ist bereits fraglich, ob ohne Rechtsgrund erbrachte Leistungen der Annahme eines Anordnungsanspruchs entgegenstehen können. Jedenfalls aufgrund der Ankündigung, den Bescheid vom 10. Januar 2007 aufzuheben, wird ein Eilbedürfnis begründet. Es ist dem Antragsteller nicht zuzumuten, den tatsächlichen Leistungsentzug abzuwarten.

- 19 -

- 19 -

In der belastender Situation der Rechtsunsicherheiten bezüglich der Zuständigkeit verschiedener Sozialleistungsträger ist nach alledem eine vorläufige Regelung erforderlich.

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des § 193 Abs. 1 und 4 SGG.

- 20 -

- 20 -

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde gegeben. Sie ist binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Beschlusses bei dem Sozialgericht Kiel, Deliusstraße 22, 24114 Kiel, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der genannten Frist bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht, Gottorfstr. 2, 24837 Schleswig, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

D. Vorsitzende der 19. Kammer

██████████
Richterin am Sozialgericht

Ausgefertigt
Sozialgericht Kiel
Kiel, den 17.07.2008

