

SOZIALGERICHT KIEL



BESCHLUSS

Eingegangen

24. FEB. 2011

Philip Koch
Rechtsanwalt

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Philip Koch, Birkenstraße 12 A, 63829 Krombach,
- 29/11 -

g e g e n

die AOK NordWest, - Die Gesundheitskasse -, vertr. d.d. Vorstandsvorsitzenden,
Nortkirchenstraße 103-105, 44263 Dortmund, - Ansprechpartner: [REDACTED] -, AOK Nordwest
- Die Gesundheitskasse - Bezirksdirektion Mitte, Schiffbrückenplatz 16, 24768 Rendsburg,

- Antragsgegnerin -

beigeladen:

1. AOK NordWest Pflegekasse Direktion, Nortkirchenstraße 109, 44263 Dortmund, - An-
sprechpartner: [REDACTED] - AOK NordWest - Pflegekasse-, Schiffbrückenplatz 16,
24768 Rendsburg,
2. Landeshauptstadt Kiel, vertreten d.d. den Oberbürgermeister, 24099 Kiel, - Rechtsamt:
[REDACTED] -

hat die 19. Kammer des Sozialgerichts Kiel durch den Richter Meyke ohne mündliche Ver-
handlung am 18. Februar 2011 beschlossen:

**Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig dazu ver-
pflichtet, dem Antragsteller in der Zeit ab dem 30. Januar 2011 bis zu einer rechtskräf-
tigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin
vom 19. Januar 2011, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2011, Beatmungspflege
als Behandlungspflege bis zu 24 Stunden täglich zu einem Stundensatz in Höhe von
27,00 € zu gewähren und den Antragsteller insoweit von den Kosten dieser Leistungen
freizustellen.**

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

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

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt die Übernahme der Kosten für eine 24-stündige häusliche Krankenpflege.

Der Antragsteller ist 7 ½ Jahre alt. Er leidet an einer schweren komplexen psychomotorischen Retardierung. Ferner leidet er an einer spastischen Cerebralparese nach perinataler Asphyxie. Er leidet ferner an einer vollständigen Immobilität und kontrakten Gelenken. Es erfolgt eine maschinelle Beatmung und eine Ernährung per PEG. Es ist eine ständige Beatmung erforderlich.

Am 24. November 2010 verordnete der behandelnde Arzt des Antragstellers die Zeit vom 01. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011 eine 24-stündige Behandlungspflege. Es sei die Überwachung der Vitalparameter, die Überwachung und Anpassung der Respiratoreinstellungen erforderlich. Es sei die dauerhafte Anwesenheit einer Pflegefachkraft zur Krisenintervention erforderlich.

Bei dem Antragsteller ist Spontanatmung zu überwachen, um Probleme zu erkennen. Unter anderem ist ferner das Absaugen von Bronchialsekret erforderlich sowie das Gewinnen von Trachealsekret zur bakteriologischen Kontrolle erforderlich. Ferner ist die Pflege und der Wechsel der Trachealkanüle erforderlich.

Am 19. Januar 2011 erließ die Antragsgegnerin einen Bescheid. Diesen bewilligte sie dem Antragsteller durch Krankenpflege in Form der Intensivpflege für 24 Stunden täglich für die Zeit vom 01. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011. Die gutachterliche Bewertung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) Nord bestätigte die Notwendigkeit der verordneten Versorgung von täglich 24 Stunden. Es setze sich der Versorgungsbedarf allerdings aus den Leistungen der häuslichen Krankenpflege (Krankenversicherung) und aus den Leistungen der Grundpflege sowie der hauswirtschaftlichen Versorgung (Pflegeversicherung) zusammen. Dem Urteil des Bundessozialgerichts B 3 KR 7/09 R) entsprechend würden die Krankenversicherung und die Pflegeversicherung an der Finanzierung der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung je zur Hälfte beteiligt. Es sei bei einer rund um die Rund-um-die-Uhr Betreuung zu ermitteln, welcher tägliche Zeitbedarf an Grundpflege

und hauswirtschaftlicher Versorgung bestehe. Die Hälfte dieses Zeitbedarfs sei vom Anspruch auf die erst verordnete Behandlungspflege abzuziehen. Aus dieser Berechnung ergebe sich der zeitliche Umfang, für den die Krankenkasse einzutreten habe. Der MDK Nord habe für den Antragsteller einen Hilfebedarf in der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung in Höhe von 6,2 Stunden täglich festgestellt. Dies bedeute eine Anrechnung auf die 24-stündige Behandlungspflege in Höhe von 1,3 Stunden täglich, womit nur in Höhe von 20,9 Stunden täglich behandlungsfähige Kosten übernommen werden könnten. Zusätzlich trage die Pflegekasse die Kosten der anderen Hälfte des Hilfsbedarfs bei Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung im Umfang von 3,1 Stunden täglich. Hierfür stehe der Sachleistungshöchstbetrag der Pflegestufe 3 zur Verfügung. Sollten die Kosten für die monatlichen Pflegeleistungen den Sachleistungshöchstbetrag überschreiten, verbleibt ein Eigenanteil des Antragstellers. Unter bestimmten Voraussetzungen könne er weitere Hilfe vom Sozialhilfeträger erhalten.

Am 30. Januar 2011 erhob der Antragsteller hiergegen Widerspruch. Zur Begründung führt er unter anderem aus, dass er einen Anspruch auf die verordnete Leistung in dem verordneten Umfang habe, so dass eine Reduzierung der Leistungsverpflichtung der Antragsgegnerin wegen der gleichzeitig bestehenden Pflegebedürftigkeit nicht in Betracht komme. Auch in Ansehung des Urteils des Bundessozialgerichts vom 17. Juni 2010 komme ein pauschaler Zeitabzug nach den Feststellungen des MDK in dessen Pflegeeinstufungsgutachten nicht in Betracht. Es lasse sich diese Entscheidung kein allgemeiner Rechtssatz, wonach im Umfang des hälftigen Zeitumfangs der reinen Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung eine entsprechende Reduzierung der Leistungsverpflichtung der Krankenversicherung aufstellen. Es sei bereits zweifelhaft, ob das Bundessozialgericht zur Schaffung eines solchen „Rechtssatzes“ überhaupt befugt wäre.

Am gleichen Tag hat der Antragsteller einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt. Zur Begründung führt er aus, dass der Sozialleistungsträger nicht der richtiger Antragsgegner sein könne. Das 12. Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) unterscheide zwischen Hilfen zur Gesundheit (§§ 47 bis 52 SGB XII) einerseits und der Hilfe zur Pflege (§§ 61 bis 65 SGB XII) andererseits. Hilfen zur Gesundheit kämen nur in dem Umfang in Betracht, wie auch ein Anspruch nach dem 5. Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) stehe. Insofern bestehe deshalb ein Nachrang des SGB XII. Einzige Anschlussgrundlage könnte deshalb nur § 65 SGB XII sein. Dieser sei letztlich auch nicht einschlägig, denn es gehe um die Sicherstellung der Krankenpflege.

Die zutreffende Anspruchsgrundlage sei § 37 Abs. 2 SGB V. Hierbei sei zu beachten, dass die Mutter des Antragstellers in die grundpflegerische und die hauswirtschaftliche Versorgung des Antragstellers eingebunden sei. Ein Abzug bei den Zeiten der Behandlungspflege wegen der Zeiten der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung könne nicht vorgenommen werden. Insbesondere habe die Antragsgegnerin keinerlei Ermittlungen darüber angestellt, in welcher Höhe welcher Pflegebedarf anfalle. Aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 17. Juni 2010 ergebe sich, dass der krankenversicherungsrechtliche Anspruch auf Behandlungspflege nicht in den Hintergrund trete bei gleichzeitiger Erbringung von Grundpflege, und deshalb dieser Anspruch auf Behandlungspflege nicht reduziert sein könne. Letztlich sei die vom Bundessozialgericht der zitierten Entscheidung vorgenommene Abgrenzung zwischen Krankenversicherungsleistungen und Leistungen der Pflegeversicherung zu schematisch und verstieße gegen die Verfassung. Eine Anrechnung der auf die Grundpflege entfallenden Zeiten auf Zeiten der Behandlungspflege mit der Folge der Verringerung eines Leistungsanspruchs gegen die Krankenkasse, würde den Antragsteller in seinem Grundrecht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG) beschränken. Eine derartige Beschränkung sei jedoch nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG nur aufgrund eines Gesetzes zulässig. Ferner würde eine Anrechnung der auf die Grundpflege entfallenden Zeiten mit der Folge der Verringerung des Leistungsanspruchs gegen die Krankenkasse zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen. Die gesetzliche Krankenversicherung sei, anders als die soziale Pflegeversicherung, die nur eine Zusatzabsicherung darstelle, vom Gesetzgeber als Vollversicherung angelegt. Derjenige der eine 24-stündige Behandlungspflege bedürfe, jedoch nicht pflegebedürftig im Sinne der Pflegeversicherung sei, habe dementsprechend einen Anspruch auf Leistungserbringung gegen die Krankenkasse im Umfang von 24 Stunden. Eine Kostenbelastung entstehe bei ihm dabei nicht. Anders verhalte es sich jedoch wenn eine Anrechnung wegen der Zeiten der Grundpflege vorgenommen würde. Es sei ein Versicherter, der neben den Leistungen der Krankenversicherung noch Leistungen nach dem 11. Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) in Anspruch nehme, schlechter gestellt, als ein Versicherter der die Anspruchsvoraussetzungen nach dem SGB XI nicht erfülle. Sachliche Gründe, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, seien nicht ersichtlich.

Letztlich habe das Bundessozialgericht mit seiner Entscheidung vom 17. Juni 2010 seine verfassungsrechtlichen Befugnisse zur Rechtsschaffung überschritten, und damit zugleich die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG verletzt und auch die Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung, wie sie in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts formuliert worden sind und werden, missachtet.

Ein Anordnungsgrund liege ebenfalls vor.

Der Antragsteller beantragt,

Die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 19.01.2011, längstens jedoch bis zum 31.12.2011, Beatmungspflege als Behandlungspflege bis zu 24 Stunden täglich zu einem Stundensatz von 29,00 € zu gewähren und den Antragsteller insoweit von den Kosten dieser Leistungen freizustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung führt sie aus, dass weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund vorliege. Das Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache sei zumutbar, da mit dem 01. Januar 2011 keine Veränderung in der Versorgung eingetreten sei. Vielmehr sei weiterhin die rechtlich korrekte Aufteilung der Kosten für die medizinisch rund um die Uhr notwendige Behandlungspflege strittig. Die medizinische Notwendigkeit der verordneten Leistungen werde dabei weiterhin nicht angezweifelt. Die Antragsgegnerin müsse bei der Leistungsentscheidung der aktuellen Rechtsprechung folgen. Es ergebe sich letztlich eine Anrechnung in Höhe von 3,1 Stunden täglich auf die 24-stündige Behandlungspflege, die von der Pflegekasse zu tragen sei. Sollten die Pflegeleistungen den Sachleistungshöchstbetrag überschreiten, verbleibe ein Eigenanteil für den Antragsteller. Unter bestimmten Voraussetzungen könnte weitere Hilfe beim Sozialhilfeträger beantragt werden.

Die Antragsgegnerin verweist weiter auf ein Urteil des Landgerichts Hamburg vom 04. Mai 2010 (330 O 237/09), in dem bezüglich der Pflegesituation des Antragstellers festgestellt worden sei, dass ein erheblicher Teil der Grundpflege durch die Pflegekräfte des Pflegedienstes erbracht werde. Die Antragsgegnerin führt ferner zur Begründung aus, dass bei höchster Versorgungsqualität, entsprechend den vorgegebenen Standards, Vergütungssätze von bis zu 27,00 € stündlich für die Intensivbetreuung festgelegt seien. Für Schleswig-

Holstein könnten 8 Pflegedienste benannt werden, die die Versorgung entsprechend dieses Vergütungssatzes erbrächten.

II.

Der Antrag ist zulässig und in aus dem Tenor ersichtlichem Umfang begründet. Gemäß § 86 b Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung treffen, wenn diese Regelung notwendig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Erforderlich ist danach zum einen das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, d.h. die Notwendigkeit einer Eilentscheidung, und zum anderen ein Anordnungsanspruch, also ein rechtlicher Anspruch auf die begehrte Maßnahme. Gemäß § 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG in Verbindung mit § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO) sind Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen. Das bedeutet, dass die Beweisführung, die einem Antragsteller hinsichtlich der von ihm behaupteten entscheidungserheblichen Umstände grundsätzlich obliegt, vorerst nur einen geringeren Grad an Sicherheit vermitteln muss, als dies in einem Klageverfahren erforderlich wäre. In einem Anordnungsverfahren einstweilen zugesprochene Mittel werden in aller Regel verbraucht und können, abgesehen von Ausnahmefällen nach einer etwaigen Aufhebung der Anordnung oder gegenteiligen Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr zurückgezahlt werden. Rein faktisch – wenn auch nicht rechtlich – werden somit im Eilverfahren regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen; daher muss die Wahrscheinlichkeit eines Anspruchs auf die begehrte Leistung sehr groß sein, wobei ggfs. allerdings auch zu berücksichtigen ist, in wessen Sphäre die verbliebenen Ungewissheiten fallen, die den Unterschied zwischen geringer und hoher Wahrscheinlichkeit ausmachen. Nach diesen Maßstäben ist der Antrag im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang erfolgreich.

Der Antragsteller hat insbesondere ein besonderes Eilbedürfnis und damit einen Anordnungsgrund glaubhaft machen können. Die Antragsgegnerin ist nicht bereit, die Kosten für eine 24-stündige Krankenpflege zu übernehmen. Sie rechnet vielmehr einen Anteil von 3,1 Stunden monatlich auf diesen Anspruch an. Bezüglich dieser 3,1 Stunden verweist sie den Antragsteller auf die Beigeladene zu 1). Diese ist auch bereit, Pflegesachleistungen zum Höchstbetrag nach SGB XI zu erbringen. Es ist jedoch absehbar, dass diese Pflegesachleistungen zuzüglich der 20,9 Stunden Behandlungspflegeleistungen nicht die Höhe der tatsächlich anfallenden Kosten, die durch Inanspruchnahme des Pflegedienstes für 24 Stunden anfallen werden, decken können. Dies führt letztlich dazu, dass ein Eigenteil verbleibt, den der

Antragsteller selbst zu tragen hätte. Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er dazu nicht in der Lage ist. Dies führt dazu, dass er sich ggfs. an die Beigeladene zu 2) zu wenden hätte. Hierfür müsste er jedoch hilfebedürftig im Sinne des SGB II sein, was ggfs. zu Vermögensdisposition durch schlichten Verbrauch von vorhandenem Vermögen führen würde und insofern die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Antragstellers in unzumutbarer Weise für die Dauer eines Hauptsacheverfahrens einschränken würde. Dies galt jedoch nicht für die Zeit vor Antragstellung bei Gericht am 30. Januar 2011. Denn grundsätzlich können nur gegenwärtige Notlagen Gegenstand einer einstweiligen Anordnung sein. Eine solche gegenwärtige Notlage für die Zeit vor Antragstellung bei Gericht ergab sich nicht.

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen können. Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V erhalten Versicherte in ihrem Haushalt, ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort, insbesondere an betreuten Wohnformen, Schulen und Kindergärten, bei besonders hohem Pflegebedarf auch in Werkstätten für behinderte Menschen als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege, wenn diese zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist; der Anspruch umfasst verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen auch in den Fällen, in denen dieser Hilfebedarf bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den § 14 und 15 des 11. Buches zu berücksichtigen ist.

Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller einen Anspruch auf die sogenannte Behandlungssicherungspflege in Form der häuslichen Krankenpflege für 24 Stunden am Tag. Zur Behandlungssicherungspflege gehören alle Pflegemaßnahmen, die nur durch eine bestimmte Krankheit verursacht werden, speziell auf den Krankheitszustand des Versicherten ausgerichtet sind und dazu beitragen, die Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu verhindern oder zu lindern, wobei diese Maßnahmen typischerweise nicht von einem Arzt, sondern von Vertretern medizinischer Hilfsberufe oder auch von Laien erbracht werden (BSG, Urteil vom 10. November 2005, B 3 KR 38/04 R, Rdnr. 14, zitiert nach juris). Die ständige Beobachtung eines Patienten, um jederzeit medizinisch-pflegerisch eingreifen zu können, wenn es zu Verschlechterung der Atemfunktion und zu Krampfanfällen kommt, ist hier eine pflegende Maßnahme in diesem Sinne (BSG, a.a.O., Rdnr. 16; Landessozialgericht Hessen, Urteil vom 09. Dezember 2010, L 1 KR 187/2010, Rdnr. 24, zitiert nach juris). Vorliegend liegt eine ärztliche Verordnung vor, die 24-stündige Behandlungspflege in Form von Beatmungspflege erforderlich macht. Die grundsätzliche medizinische Notwendigkeit einer 24-stündigen häuslichen Krankenpflege wird auch von der Antragsgegnerin nicht bestritten (vgl. Antragserwiderung Bl. 98 der GA; sowie die Erklärung im Erörterungstermin vom 10. Februar 2011, vgl. Protokoll dieses Termins).

Unstreitig ist der Antragsteller allerdings nicht nur behandlungspflegebedürftig nach dem Krankenversicherungsrecht, sondern auch pflegebedürftig im Sinne der §§ 14 und 15 SGB XI und hat Bedarf in Form der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung.

Streitig ist zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin, ob dieser zusätzliche Pflegebedarf nach dem SGB XI dazu führen kann, dass die Antragsgegnerin nicht Kosten für die 24-stündige Behandlungspflege vollständig übernimmt, sondern einen Teil der allenfalls zu erbringenden Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung auf die 24 Stunden anrechnen kann, und den Antragsteller für den überschießenden Teil (im vorliegenden Fall 3,1 Stunden) auf die Beigeladene zu 1) verweisen kann.

Die Antragsgegnerin hat ausgeführt, dass sich aus dem Pflegegutachten des MDK, ergeben würde, dass der Antragsteller einen Hilfebedarf in der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung in Höhe von 6,2 Stunden täglich habe (vgl. Bl. 76 GA). Sie zieht den hälftigen Betrag (3,1 Stunden täglich) von den 24 Stunden häuslicher Krankenpflege ab und verweist den Antragsteller insoweit auf die Beigeladene zu 1) bzw. ggfs. auf die Beigeladene zu 2). Hierbei beruft sich die Antragsgegnerin auf das Urteil des Bundessozialgerichts vom 17. Juni 2010 zum Az. B 3 KR 7/09 R. Dabei hat die Antragsgegnerin im Erörterungstermin vom 10. Februar 2011 eingeräumt, dass das von ihr zitierte Gutachten des MDK dasjenige vom 21. April 2006 ist. Ein neueres Gutachten liege nicht vor. Diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin ist rechtswidrig.

Bezüglich der Frage, ob Zeiten der Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung auf Zeiten der Behandlungspflege angerechnet werden können, besteht in der Rechtsprechung insoweit Einigkeit, dass dies jedenfalls dann nicht der Fall sein kann, wenn die Behandlungspflege einerseits und die Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung andererseits von zwei verschiedenen Personen verrichtet wird. In diesem Fall besteht ein voller Anspruch auf Übernahme der Kosten für eine 24-stündige Behandlungspflege gegenüber der Krankenkasse zusätzlich zur Übernahme der Pflegekosten nach Maßgabe des SGB XI (BSG, Urteil vom 17. Juni 2010, B 3 KR 7/09 R, Rdnr. 15 a.E.; Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 09. Dezember 2010, L 1 KR 187/10, Rdnr. 26; Sozialgericht Frankfurt, Beschluss vom 18. Dezember 2009, S 18 KR 572/09 ER, Rdnr. 23; im Ergebnis auch Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, Beschluss vom 12. November 2008, L 5 B 476/08 KR ER, Rdnr. 17 a.E., alle zitiert nach juris). Dies ergibt sich aus dem Grundsatz gemäß § 13

Abs. 2 SGB XI, wonach die Leistungen nach dem SGB V auf häusliche Krankenpflege gemäß § 37 SGB V bei Leistungen nach dem SGB XI unberührt bleiben.

Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller im Erörterungstermin vom 10. Februar 2011 vorgebracht, dass zumindest für die Zeit vom 10. Januar 2011 bis zum 05. Februar 2011 im Rahmen einer stationären Reha-Maßnahme die Grundpflege vollständig von seiner Mutter erledigt worden sei. Im Übrigen ist zwischen den Beteiligten das Maß der Grundpflege, das die Mutter bzw. der Vater des Antragstellers erbringt, und das Maß der Grundpflege, das durch den Pflegedienst erbracht wird, streitig. Unstreitig ist lediglich, dass die hauswirtschaftliche Versorgung durch die Angehörigen übernommen wird, und nicht durch den Pflegedienst.

Ob im Falle der Erbringung der Grundpflege sowie der Behandlungspflege durch eine Person eines Pflegedienstes eine teilweise Anrechnung für Zeiten der Grundpflege auch die Zeiten der Behandlungspflege erfolgen kann, mit der Folge, dass die Krankenversicherung nicht die Kosten für 24 Stunden häuslicher Krankenpflege zu tragen hätte, wird in der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet.

Einerseits wird vertreten, dass in keinem Falle eine solche Anrechnung stattfinden könne. Dies gelte sowohl für den Fall, dass Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung einerseits und Behandlungspflege andererseits von zwei Personen, oder auch von einer Person erbracht werde. Denn bei dieser Vorgehensweise werde die Kostendeckelung des § 36 SGB XI ohne Rechtsgrundlage auf die Behandlungspflege nach § 37 Abs. 2 SGB V, wo das Prinzip der Vollversorgung gelte, übertragen (Sozialgericht Frankfurt, a.a.O., Rdnr. 23, so im Ergebnis auch Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. Oktober 2008, L 1 B 346/08 KR ER, Rdnr. 49, 59, zitiert nach juris). Dies sei ein Verstoß gegen Art. 3 GG. Denn je pflegebedürftiger eine Person sei, desto höher seien die selbst zu tragenden Kosten für die 24-stündige Pflege (Sozialgericht Frankfurt, a.a.O., Rdnr. 24). Nach dieser Ansicht hätte der Antragsteller in jedem Falle den Anspruch auf Übernahme von 24 Stunden Behandlungspflege durch die Antragsgegnerin. Eine Anrechnung käme nicht in Betracht.

Das Bundessozialgericht hat in der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung zu diesem Problem Folgendes ausgeführt. Grundsätzlich wolle das Gesetz durch den gleichzeitigen Bezug von Pflegeleistungen nach dem SGB XI den Anspruch auf häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 2 SGB V nicht einschränken lassen und nehme dafür im Einzelfall Doppelansprüche und Doppelzuständigkeiten in Kauf (BSG, a.a.O., Rdnr. 18). Der Anspruch

aus § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V solle auch bei gleichzeitiger Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB XI möglichst ungeschmälert erhalten bleiben. Häusliche Krankenpflege solle auch dann in möglichst weitem Umfang in Anspruch genommen werden können, wenn Pflegebedürftigkeit und deshalb Leistungen nach dem SGB XI beansprucht werden könnten. Das SGB XI solle die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nur ergänzen, aber prinzipiell nicht verdrängen. Parallelität und Gleichrangigkeit der Ansprüche gegen die Krankenkasse wie auch gegen die Pflegekasse komme in der Vorschrift des § 13 Abs. 2 SGB XI zum Ausdruck (BSG, a.a.O. Rdnr. 24).

Schon nach dem Wortlaut des § 37 Abs. 2 bestehe gegenüber der Krankenversicherung ein umfassender Anspruch auf häusliche Krankenpflege, der auf alle verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen umfasse, selbst wenn diese bei Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14 und 15 SGB XI zu berücksichtigen sei (BSG, a.a.O., Rdnr. 27).

Es sei allerdings eine Abgrenzung von Leistungen der Krankenversicherung gegenüber den Leistungen der Pflegeversicherung vorzunehmen. Hierbei sei zunächst von dem im MDK-Gutachten festgestellte Gesamtumfang aller Hilfeleistungen bei der Grundpflege, die von der Pflegekasse geschuldete „reine“ Grundpflege zu trennen und zeitlich zu erfassen; der so ermittelte Zeitwert sei aber nicht vollständig, sondern nur zur Hälfte vom Anspruch auf die ärztlich verordnete rund um die Uhr erforderliche Behandlungspflege (einschließlich der verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen) abzuziehen, weil während der Durchführung der Grundpflege weiterhin Behandlungspflege - auch als Krankenbeobachtung - statfinde und beide Leistungsbereiche gleichrangig nebeneinander stünden. Aus der Differenz zwischen den verordneten zeitlichen Umfang der häuslichen Krankenpflege und der Hälfte des zeitlichen Umfangs der „reinen“ Grundpflege ergebe sich der zeitliche Umfang in der häuslichen Krankenpflege, für den die Krankenkasse einzutreten habe. Die Pflegekasse habe die Kosten der Hälfte des Zeitaufwands der „reinen“ Grundpflege zu tragen, jedoch begrenzt auf den Höchstbetrag für die Sachleistungen der dem Versicherten zuerkannten Pflegestufe. Reiche der Höchstbetrag zur Abdeckung dieser Kosten nicht aus, habe der Versicherte den verbleibenden Rest aus eigenen Mitteln aufzubringen; notfalls sei die Sozialhilfe eintrittspflichtig (BSG, a.a.O., Rdnr. 28).

Ob die Kammer der unter anderem vom Sozialgericht Frankfurt vertretenen Rechtsauffassung, oder der Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts folgt, braucht im vorliegenden

Fall nicht abschließend entschieden zu werden. Selbst wenn die Kammer der Auffassung des Bundessozialgerichts folgt, ergibt sich zumindest im Rahmen des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes der im Tenor bezeichnete Anspruch des Antragstellers im Rahmen der hier dann notwendigen Folgenabwägung. Die Notwendigkeit der Folgenabwägung ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Grundsätzlich ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eine summarische Prüfung ausreichend. Will sich das Gericht dabei an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache orientieren, ist allerdings dann eine vollständige und abschließende Aufklärung auch im einstweiligen Rechtsschutz notwendig, wenn anderenfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen könnten, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen sind. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn der Amtsermittlungsgrundsatz anzuwenden ist (BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005, 1 BvR 569/05, Rdnr. 25, zitiert nach juris).

Wenn jedoch eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich ist, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Dabei sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen (BVerfG, a.a.O., Rdnr. 26). Es sind die Folgen abzuwägen, die auf der einen Seite entstehen würden, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung nicht erließe, sich jedoch im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Anspruch besteht und auf der anderen Seite, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung erließe, sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Anspruch nicht besteht (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage 2008, § 86 b Rdnr. 29 a; vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Februar 2009, 1 BvR 120/09).

Vorliegend gilt der Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 103 SGG. Da die Frage der Übernahme der vollständigen Kosten für eine 24-stündige Behandlungspflege als häusliche Krankenpflege durch die Antragsgegnerin unmittelbar die Grundrechte des Antragstellers aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG betreffen, drohen bei nur summarischer Prüfung und einer evtl. Ablehnung des Anspruchs nicht zu beseitigenden Nachteile. Es ist deshalb im vorliegenden Fall grundsätzlich abschließend und umfassend zu ermitteln. Da dies aus Zeitgründen nicht möglich ist, ergibt sich die Notwendigkeit in der Folgenabwägung.

Den Vorgaben des Bundessozialgerichts gemäß hat die Kammer zunächst im vorliegenden Fall zu klären, in welchem Umfang beim Antragsteller ein Grundpflegebedarf im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 SGB XI besteht. Ferner müsste auch durch das entsprechend einzuholende Sachverständigengutachten geklärt werden, in welcher Höhe bei dieser Grundpflege

Zeiten auf verrichtungsbezogene krankheitsspezifische Pflegemaßnahmen, die auch bei der Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach den §§ 14, 15 SGB XI zu berücksichtigen sind, entfallen. Anfallende Kosten für diese Pflegezeiten sind ausweislich der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des § 37 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz SGB V von der Krankenversicherung zu tragen. Bei der durch eine solche Differenzierung in einem Gutachten herausgearbeiteten Höhe des Pflegebedarfs in Form der sogenannten „reinen“ Grundpflege könnte die Kammer sodann den Teil der Grundpflege zeitlich bestimmen, den nicht die Antragsgegnerin sondern die die Beigeladene zu 1) zu tragen hätte. Bei den in diesem Rahmen ermittelten Zeiten der Grundpflege müsste vor allem auch genau aufgeklärt werden, welchen Umfang die Grundpflege durch die Eltern des Antragstellers selbst übernommen werden. Denn insoweit könnte gemäß der oben zitierten und insoweit auch einheitlichen Rechtsprechung keine Anrechnungszeiten der Grundpflege auf den Anspruch Behandlungspflege erfolgen. Denn es würde insoweit Grundpflege einerseits und Behandlungspflege andererseits von zwei verschiedenen Personen erbracht werden.

Die vorliegenden Informationen reichen nicht aus um eine Entscheidung dieses Differenzierungsgrades zu treffen. Es liegt lediglich ein Gutachten des MDK (vgl. Verwaltungsakte der Beigeladenen zu 1) im noch anhängigen Hauptsacheverfahren S 19 KR 84/08) aus dem Jahre 2006 vor. Dieses differenziert nicht nach den verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen einerseits und der „reinen“ Grundpflege andererseits. Ferner lässt sich dem Gutachten auch nicht genau entnehmen, in welchem Umfang gegenwärtig die Grundpflege von den Eltern des Antragstellers selbst erbracht wird. Schon allein wegen dieser fehlenden Differenzierung in diesem Gutachten, war es auch der Antragsgegnerin verwehrt, sich auf dieses Gutachten zur Ermittlung Grundpflegebedarfs zu stützen, und dann eine hälftige Anrechnung auf die Pflegezeiten der Behandlungspflege vorzunehmen. Denn die Antragsgegnerin ließ hierbei die vom Bundessozialgericht, auf das sich die Antragsgegnerin beruft, vorgenommene Differenzierung zwischen der „reinen“ Grundpflege einerseits und den verrichtungsbezogenen krankheitsspezifischen Pflegemaßnahmen andererseits, vermissen. Es ist darüber hinaus zwischen den Beteiligten streitig, in welchem Umfang die Eltern des Antragstellers Grundpflegeleistungen erbringen. Ohne weitere Sachaufklärung und ggfs. Beweisaufnahme lässt sich dies für die Kammer nicht klären.

Die Notwendigkeit weiterer Sachaufklärung ergibt sich für die Kammer auch daraus, dass es denkbar ist, dass zwar sowohl die Grundpflege einerseits wie auch die Behandlungspflege andererseits von einer Person des Pflegedienstes übernommen werden, es jedoch aus medizinischen Gründen nicht möglich ist, dass diese verschiedenen Pflegearten durch ein und

dieselbe Person des Pflegedienstes erbracht werden. In diesem Fall würde sodann die Aufteilung Grundpflege einerseits und der Behandlungspflege andererseits wieder auf zwei Personen erfolgen. Auch nach der zitierten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wären in einem solchen Fall die Kosten für die 24-stündige Behandlungspflege in vollem Umfang durch die Antragsgegnerin zu übernehmen (vgl. zu der Frage auch Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, a.a.O., Rdnr. 17).

Der Anspruch des Antragstellers auf Übernahme von 24 Stunden Behandlungspflege durch die Antragsgegnerin ist jedoch auf einen Stundensatz von 27,00 € stündlich zu beschränken. Denn die Antragsgegnerin hat im Erörterungstermin am 10. Februar 2011 versichert, dass insgesamt 8 Pflegedienste in Schleswig-Holstein zur Verfügung stünden, die zu diesem Stundensatz die Behandlungspflege erbringen würden. Aus diesem Grund erfolgte die Ablehnung des Antrags im Übrigen.

Die Kammer konnte die Entscheidung auch ohne die Vorlage der aktuellen Akte der Beigeladenen zu 1) treffen. Denn einerseits hatte er die Beigeladene zu 1) im Erörterungstermin dazu aufgefordert, die Akte zu übersenden, was bislang nicht geschehen ist. Ferner kann die Kammer auch nach der Darstellung der Beigeladenen zu 1) selbst davon ausgehen, dass keine weiteren für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erheblichen Tatsachen sich ergeben können. Insbesondere liegt nach Vortrag der Beigeladenen zu 1) ein aktuelles Pflegegutachten des MDK nicht vor.

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung des § 193 Abs. 1 SGG.

Rechtsmittelbelehrung:

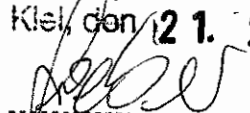
Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde gegeben. Sie ist binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Beschlusses bei dem Sozialgericht Kiel, Kronshagener Weg 107a, 24116 Kiel, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

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.

Meyke

Ausgefertigt:

Kiel, den **21. 2. 11**



Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

