

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 1 KR 104/11 B

L 1 KR 459/08 (LSG Berlin-Brandenburg)
S 3 KR 259/05 (SG Potsdam)

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

BAHN-BKK,
Franklinstraße 54, 60486 Frankfurt am Main,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat am 24. September 2012 durch den
Präsidenten M a s u c h sowie die Richterin Dr. R o o s und den
Richter Dr. E s t e l m a n n
beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landes-
sozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Oktober 2011 wird als unzulässig verworfen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Gründe:

I

- 1 Die bei der beklagten Krankenkasse versicherte Klägerin leidet infolge eines Stevens-Johnson-Syndroms an einer zu geringen körpereigenen Erzeugung von Tränenflüssigkeit. Die Klägerin ist mit ihrem Begehren auf Erstattung von 2001,86 Euro Kosten für in den Jahren 2006 bis 2011 selbst beschaffte, als Medizinprodukte nicht apothekenpflichtige Tränenersatzmittel (Biolan, Hylo-Comod, Artelac Splash <vormals Advanced>, Tetesept Sensitiv) und auf zukünftige Übernahme der Kosten für hyaluronsäurehaltige konservierungsmittelfreie Tränenersatzmittel bei der Beklagten und in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Das LSG hat zur Begründung ua ausgeführt, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel und Medizinprodukte seien, soweit nicht der Gemeinsame Bundesausschuss ausnahmsweise nach § 31 Abs 1 S 1 bis 3, § 34 Abs 1 S 2 SGB V eine davon abweichende Regelung getroffen habe, nicht Gegenstand des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Auch eine grundrechtsorientierte Auslegung führe zu keinem Anspruch, weil ein Verlust des Sehvermögens beider Augen nicht unmittelbar drohe (*Urteil vom 21.10.2011*).
- 2 Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG.

II

- 3 Die Beschwerde der Klägerin ist unzulässig und daher gemäß § 160a Abs 4 S 1 Halbs 2 SGG iVm § 169 SGG zu verwerfen. Ihre Begründung entspricht nicht den aus § 160a Abs 2 S 3 SGG abzuleitenden Anforderungen an die Darlegung der geltend gemachten Revisionszulassungsgründe nach § 160 Abs 2 Nr 1 und Nr 3 SGG.
- 4 1. Wer sich auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG) beruft, muss eine Rechtsfrage klar formulieren und ausführen, inwiefern diese Frage im angestrebten Revisionsverfahren entscheidungserheblich sowie klärungsbedürftig und über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist (*vgl zB BSG SozR 3-1500 § 160a Nr 21 S 38; BSG SozR 3-4100 § 111 Nr 1 S 2 f; BSG SozR 3-2500 § 240 Nr 33 S 151 f mwN*).
- 5 Die Klägerin formuliert die Fragen,
"ob ein Versicherter im Falle des Vorliegens einer wenig bis kaum medizinisch erforschten Erkrankung, für welche statistische Daten über die Verträglichkeit von verschreibungspflichtigen Medikamenten überhaupt nicht vorliegen, zunächst im Eigen-



versuch zum Test dieser verschreibungsfähigen Medikamente verpflichtet ist, auch auf die Gefahr hin, dass ihm in Folge dieses Tests ein Verlust eines wichtigen Sinnesorgans droht, also insbesondere im Rahmen der Gewährung des Grundrechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.12.2005, Az.: 1 BVR 347/98 in derartigen Fällen dem Versicherten gleichwohl der volle Nachweis des drohenden Verlustes obliege, auch wenn dieser auf Grund des Standes von Wissenschaft und Forschung nur durch einen Selbstversuch erbracht werden kann".

- 6 Die gestellten Rechtsfragen sind schon in ihrem Verhältnis zueinander nicht klar. Die Klägerin legt auch nicht schlüssig dar, dass die Fragen für einen Anspruch auf Naturalleistung und Kostenerstattung entscheidungserheblich sind.
- 7 Die Klägerin erfüllt die gesetzlichen Darlegungserfordernisse aber selbst dann nicht, wenn man ihren Ausführungen sinngemäß die folgende Rechtsfrage entnehmen wollte:
Besteht ausnahmsweise dann ein Anspruch auf arzneimittelähnliche Medizinprodukte, die grundsätzlich nicht zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung gehören, deren Nebenwirkungsfreiheit aber feststeht, wenn bei nach § 31 SGB V zu beanspruchenden Arzneimitteln und arzneimittelähnlichen Medizinprodukten Nebenwirkungen, die zur Erblindung führen können, nicht ausgeschlossen werden können?
- 8 Die Klägerin legt die Klärungsbedürftigkeit dieser Frage nicht dar. Das Bedürfnis für die Klärung einer Rechtsfrage in einem Revisionsverfahren fehlt, wenn ihre Beantwortung nach der dazu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung keinem vernünftigen Zweifel unterliegt, die Frage also "geklärt ist" (*vgl. zB BSG Beschluss vom 21.10.2010 - B 1 KR 96/10 B - RdNr 7 mwN*). Eine Rechtsfrage, über die bereits höchstrichterlich entschieden worden ist, kann dennoch klärungsbedürftig sein, wenn der Rechtsprechung in nicht geringfügigem Umfang widersprochen wird und gegen sie nicht von vornherein abwegige Einwendungen vorgebracht werden (*vgl. zB BSG SozR 1500 § 160a Nr 13 S 19 mwN*), was im Rahmen der Beschwerdebegründung ebenfalls darzulegen ist (*vgl. zum Ganzen auch BSG Beschluss vom 22.12.2010 - B 1 KR 100/10 B - Juris RdNr 7*). Die Klägerin legt nicht dar, dass trotz der Rechtsprechung des erkennenden Senats zum grundsätzlich verfassungskonformen Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel (*vgl. BSGE 102, 30 = SozR 4-2500 § 34 Nr 4, RdNr 12 ff - Gelomyrtol*) bei arzneimittelähnlichen Medizinprodukten nach § 31 Abs 1 S 2 SGB V in der ab 1.7.2008 geltenden Fassung oder in der davor geltenden Fassung noch Klärungsbedarf verbleibt. Denn nach dieser Rechtsprechung (*aaO RdNr 17*) ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die GKV den Versicherten Leistungen nur nach Maßgabe eines allgemeinen Leistungskatalogs (§ 11 SGB V) unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 SGB V) zur Verfügung stellt, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden (§ 2 Abs 1 S 1 SGB V).



- 9 Die Klägerin setzt sich auch nicht damit auseinander, ob hier unter dem Gesichtspunkt eines Systemversagens trotz der dazu bereits vorliegenden Rechtsprechung des erkennenden Senats (*vgl nur BSGE 97, 190 = SozR 4-2500 § 27 Nr 12, RdNr 18 mwN - LITT*) noch ein Klärungsbedarf besteht. Entsprechendes gilt für einen möglichen verbliebenen Klärungsbedarf im Zusammenhang mit der grundrechtsorientierten Auslegung des Leistungsrechts der GKV. Insoweit hätte sich die Beschwerde mit der Rechtsprechung des Senats zur Frage auseinandersetzen müssen, in welchen Fällen schwerwiegender Erkrankungen eine Gleichstellung mit regelmäßig tödlich verlaufenden Krankheiten in Betracht kommen kann und wann dies nicht der Fall ist. Der erkennende Senat hat ua mit Urteil vom 14.12.2006 (*BSG SozR 4-2500 § 31 Nr 8 RdNr 16 ff - Idebenone*) bereits entschieden, dass mit dem Kriterium einer Krankheit, die mit einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung in der Bewertung vergleichbar ist, eine strengere Voraussetzung umschrieben ist, als sie etwa mit dem Erfordernis einer "schwerwiegenden" Erkrankung für die Eröffnung des sog Off-Label-Use formuliert ist. Versicherte der GKV haben danach Anspruch auf eine verfassungskonforme Leistungserweiterung nur wegen solcher Krankheiten, die in absehbarer Zeit zum Verlust des Lebens oder eines wichtigen Sinnesorgans oder einer herausgehobenen Körperfunktion führen (*vgl auch BSG Beschluss vom 14.5.2007 - B 1 KR 16/07 B - Juris RdNr 7 f*).
- 10 2. Die Klägerin bezeichnet auch einen Verstoß gegen § 103 SGG nicht in der gebotenen Weise. Nach § 160 Abs 2 Nr 3 SGG ist die Revision zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann; der Verfahrensmangel kann nicht auf eine Verletzung von § 109 SGG und § 128 Abs 1 S 1 SGG (Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung) und auf eine Verletzung des § 103 SGG (Amtsermittlungsgrundsatz) nur gestützt werden, wenn er sich auf einen Beweis Antrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. Um einen Verfahrensmangel in diesem Sinne geltend zu machen, müssen die Umstände bezeichnet werden (§ 160a Abs 2 S 3 SGG), die den entscheidungserheblichen Mangel ergeben sollen (*vgl zB BSG SozR 1500 § 160a Nr 14, 24, 36*). Das Beschwerdevorbringen legt einen Verfahrensmangel nicht in diesem Sinne dar.
- 11 Um das Übergehen eines Beweis Antrags nach § 160 Abs 2 Nr 3 Halbs 2 iVm § 103 SGG darzulegen, ist mit Blick auf § 160a Abs 2 S 3 SGG besonderes Vorbringen nötig (*vgl zB BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 9 S 20 f; Nr 29 S 49; Nr 31 S 51 f*). Hierzu gehört nach ständiger Rechtsprechung des BSG die Darlegung, dass ein anwaltlich vertretener Beteiligter einen Beweis Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt und noch zumindest hilfsweise aufrechterhalten hat (*vgl dazu BSG SozR 4-1500 § 160 Nr 13 RdNr 11 mwN; BSG Beschluss vom 25.4.2006 - B 1 KR 97/05 B - RdNr 6; BSG Beschluss vom 14.6.2005 - B 1 KR 38/04 B - Juris RdNr 5*). Ein Beweis Antrag in diesem Sinne muss unzweifelhaft erkennen lassen, dass der Beteiligte eine weitere Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen für erforder-



derlich gehalten hat. Der Beweisantrag hat Warnfunktion für das Rechtsmittelgericht, dem dadurch klar wird, welche Anträge nach dem Ergebnis des Sach- und Streitstandes und der Auffassung eines Beteiligten beim Schluss der mündlichen Verhandlung und im Falle der Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung bis zu dessen Zustellung vom Gericht noch zu behandeln sind. Die Rechtsprechung des BSG folgt dem Grundsatz, dass ein Beweisantrag eines rechtskundig bzw anwaltlich vertretenen Beteiligten als nicht aufrechterhalten gilt, wenn der Beteiligte in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG - wie hier - nur einen Sachantrag gestellt hat (*vgl zB BSG SozR 4-1500 § 160 Nr 1 RdNr 5; BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 29 S 49 mwN*). Die Klägerin legt nicht dar, dass sie in diesem Sinne einen Beweisantrag vor dem LSG bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung aufrechterhalten hat.

- 12 Hiernach hat die Klägerin nicht dargetan, dass das LSG einen von ihr gestellten Beweisantrag übergangen hat. Im Gegenteil hat die anwaltlich vertretene Klägerin ausweislich der Sitzungsniederschrift in der mündlichen Verhandlung am 21.10.2011 lediglich einen Sachantrag gestellt. Aus den Gründen des angegriffenen Urteils ergibt sich auch nichts anderes. Sie selbst trägt zudem lediglich vor, sie habe schon in der Berufungsbegründung ihren Vortrag durch Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Beweis gestellt.
- 13 Die Rüge der Klägerin ist auch nicht geeignet, eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 62 SGG, Art 103 Abs 1 GG, Art 47 Abs 2 Charta der Grundrechte der EU, Art 6 Abs 1 EMRK) ordnungsgemäß zu bezeichnen. Zum einen können die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Sachaufklärungsrüge nicht dadurch umgangen werden, dass der Vorhalt unzureichender Sachaufklärung in der Gestalt einer Gehörsrüge präsentiert wird (*BSG Beschluss vom 28.9.2010 - B 5 R 202/10 B - BeckRS 2010, 74248 RdNr 11 mwN*). Zum anderen sind im Rahmen einer Gehörsrüge Darlegungen dazu erforderlich, dass der Beschwerdeführer alles getan hat, um sich mit seiner Forderung nach weiterer Sachaufklärung in der Tatsacheninstanz Gehör zu verschaffen (*vgl zB BSGE 68, 205, 210 = SozR 3-2200 § 667 Nr 1 S 6; BSG Beschluss vom 29.5.2012 - B 1 KR 6/12 B - SozR 4-1500 § 153 Nr 13 RdNr 6 mwN; s auch BVerfGE 74, 220, 225 sowie BVerfG <Kammer> vom 18.8.2010 - 1 BvR 3268/07 - Juris RdNr 28 ff*). Mithin muss er bei einer auf unterlassene Sachaufklärung gestützten Gehörsrüge ebenfalls aufzeigen, dass er bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung einen Beweisantrag zu Protokoll aufrechterhalten hat bzw dass ein solcher im Urteil des LSG wiedergegeben ist (*BSG Beschluss vom 8.7.2010 - B 13 R 475/09 B - BeckRS 2010, 71417 RdNr 17 mwN; BSG Beschluss vom 31.5.2011 - B 13 R 103/11 B - Juris RdNr 8*). Daran fehlt es hier.
- 14 3. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

