

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 1 KR 68/08 B

L 24 KR 149/07 (LSG Berlin-Brandenburg)
S 86 KR 979/02*84*82 (SG Berlin)

.....,

Kläger, Antragsteller und
Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Hanseatische Ersatzkasse,
Wandsbeker Zollstraße 86-90, 22041 Hamburg,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat am 9. Januar 2009 durch die Richter
Dr. K r e t s c h m e r - Vorsitzender - und Dr. H a u c k sowie die Richterin
Dr. B r a n d t s
beschlossen:

Der Antrag des Klägers, ihm für das Beschwerdeverfahren gegen die Nichtzulassung
der Revision im Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. Juli 2008
Prozesskostenhilfe unter Beordnung von Rechtsanwalt A. M. , B. , zu gewähren,
wird abgelehnt.



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



Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. Juli 2008 wird als unzulässig verworfen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der bei der beklagten Ersatzkasse versicherte Kläger, der an den Folgen einer HIV-Infektion, ua einem Schwund des Bindegewebes im Wangenbereich (Lipoatrophie), leidet, ist mit seinem Begehren, mittels intrakutaner Injektion von Füllmaterial versorgt zu werden (sog New-Fill-Behandlung, jetzt: "Sculptan"), in den Vorinstanzen in der Sache ohne Erfolg geblieben. Nachdem das Bundessozialgericht (BSG) die Sache wegen eines Verfahrensfehlers (nicht nachgewiesener Zugang der Terminsmitteilung) nach § 160a Abs 5 SGG an das Landessozialgericht (LSG) zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hatte (Beschluss vom 14.12.2006 - B 1 KR 113/06 B), hat das LSG - nach weiteren Ermittlungen - den in erster Instanz ergangenen klageabweisenden Gerichtsbescheid wiederum bestätigt und die Berufung des Klägers zurückgewiesen: Die Voraussetzungen für eine Versorgung mit einem Mittel iS von § 31 iVm § 28 Abs 1 Satz 2 SGB V lägen nicht vor. New-Fill sei weder Arzneimittel noch apothekenpflichtiges bzw verschreibungspflichtiges Medizinprodukt und gehöre auch nicht zu den in § 31 Abs 1 Satz 2 SGB V genannten Mitteln, die ausnahmsweise in die Arzneimittelversorgung einbezogen seien. Untergesetzliche Regelungen aus dem Recht der Arzneimittel und Medizinprodukte griffen nicht ein. New-Fill sei auch kein Hilfsmittel und könne nicht Gegenstand einer neuen ärztlichen Behandlungsmethode sein. Ein leistungsauslösendes Systemversagen scheide aus, weil der Gemeinsame Bundesausschuss nicht befugt sei, Mittel, die nicht zum gesetzlichen Leistungskatalog gehörten, gleichwohl als verordnungsfähig festzulegen; unabhängig davon sei nicht ersichtlich, worin hier eine "neue Behandlungsmethode" liegen solle. Ein Verstoß gegen Art 2 Abs 2 Satz 1 GG sei auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nicht zu erkennen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. T. vom 5.10.2007 (nebst ergänzenden Stellungnahmen vom 13.11.2007 und 11.3.2008) sei nicht feststellbar, dass sich ohne die begehrte Behandlung ein voraussichtlich tödlicher Krankheitsverlauf oder der nicht kompensierbare Verlust einer vergleichbaren Körperfunktion innerhalb eines kürzeren Zeitraums mit großer Wahrscheinlichkeit zu verwirklichen drohe. Weder bestünden gegenwärtig Anhaltspunkte für akut drohende Lebensgefahr durch Wangenschleimhautverletzungen (Bisswunden) oder Speichelmangel noch sei die Einnahmekonstanz beim Kläger infolge psychischer Belastungen - die ohnehin vorrangig mit den Mitteln der Psychiatrie therapiert werden müssten - gestört. Weitere Sachaufklärung (Ver-



nehmung der behandelnden Ärztin Dr. L. ergänzende Stellungnahme Dr. T.
bzw weiteres Sachverständigengutachten) sei insoweit nicht geboten (Urteil vom 17.7.2008).

- 2 Mit seiner Beschwerde wendet sich der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision im LSG-Urteil und begehrt dafür zugleich die Gewährung von Prozesskostenhilfe (PKH) unter Beordnung von Rechtsanwalt A. M. , B. .

II

- 3 1. Der Antrag des Klägers auf Gewährung von PKH unter Beordnung seines anwaltlichen Bevollmächtigten ist abzulehnen.
- 4 Nach § 73a Abs 1 Satz 1 SGG iVm §§ 114, 121 ZPO kann einem bedürftigen Beteiligten für das Beschwerdeverfahren vor dem BSG nur dann PKH bewilligt und ein Rechtsanwalt beigeordnet werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Das ist hier nicht der Fall. Bei dem Kläger soll PKH für eine von einem beim BSG zugelassenen Prozessbevollmächtigten bereits eingelegte, mit einer bestimmten Begründung untermauerte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gewährt werden; der PKH-Antrag ist hier zudem erst zeitgleich mit der Beschwerdebegründung am vorletzten Tag der (verlängerten) Begründungsfrist eingereicht worden. Die Revision wäre daher nur zuzulassen, wenn mit dieser Beschwerde einer der in § 160 Abs 2 Nr 1 bis 3 SGG genannten Zulassungsgründe in der gemäß § 160a Abs 2 Satz 3 SGG vorgeschriebenen Weise dargelegt würde und (voraussichtlich) tatsächlich vorläge. Solche Erfolgsaussicht besteht hier nicht, weil die Beschwerde unzulässig ist. Die Beschwerdebegründung vom 5.11.2008 genügt trotz ihres umfänglichen, verschiedene Begründungspunkte des LSG in den Blick nehmenden Vorbringens nicht den Erfordernissen des § 160a Abs 2 Satz 3 SGG (dazu unter 2.).
- 5 2. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist unzulässig und daher gemäß § 160a Abs 4 Satz 1 Halbsatz 2 SGG iVm § 169 SGG zu verwerfen. Gründe iS von § 160 Abs 2 Nr 1 bis 3 SGG, die eine Revisionszulassung rechtfertigen, werden nicht dargelegt.
- 6 a) Der Kläger macht als Zulassungsgrund nach § 160 Abs 2 Nr 2 SGG geltend, das LSG-Urteil weiche vom Beschluss des BVerfG vom 6.12.2005 - 1 BvR 347/98 (*BVerfGE 115, 25 = SozR 4-2500 § 27 Nr 5*) sowie von der dazu ergangenen, näher zitierten Folgerechtsprechung des BSG ab. Damit kann er nicht durchdringen. Um eine Rechtsprechungsdivergenz entsprechend den Anforderungen des § 160a Abs 2 Satz 3 SGG darzulegen, müssen nämlich entscheidungstragende abstrakte Rechtssätze in der Entscheidung des Berufungsgerichts einerseits und in dem herangezogenen höchstrichterlichen Urteil andererseits gegenübergestellt und Ausführungen dazu gemacht werden, weshalb beide miteinander unvereinbar sein sollen (*vgl*



zB *Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 160a RdNr 15 ff, § 160 RdNr 10 ff, jeweils mwN*). Das geschieht nicht. Das Beschwerdevorbringen vom 5.11.2008 enthält unter Gliederungspunkt VI. darauf bezogen keine hinreichenden Ausführungen. Es rügt insoweit im Kern nur, das LSG-Urteil beruhe auf einer fehlerhaften Anwendung der Grundsätze aus der Rechtsprechung des BVerfG und des BSG, verweist dazu auf die besonderen gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers und enthält zudem teilweise in tatsächlicher Hinsicht Prämissen, die sich nicht mit Feststellungen des LSG bzw mit den von ihm zugrunde gelegten Einschätzungen des Sachverständigen Dr. T. decken. Das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde dient indessen nicht allgemein dazu, die angezweifelte sachliche Richtigkeit der Begründung des LSG erneut durch das BSG umfassend überprüfen zu lassen.

- 7 b) Das Eingreifen des Revisionszulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG) wird ebenfalls nicht hinreichend dargelegt. Wer sich auf diesen Grund beruft, muss gemäß § 160a Abs 2 Satz 3 SGG 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; SozR 3-4100 § 111 Nr 1 S 2 f; s auch BSG SozR 3-2500 § 240 Nr 33 S 151 f mwN*). An diesen Voraussetzungen richtet sich das Beschwerdevorbringen nur zum Teil aus. Zwar wird auf Seite 2 der Beschwerdebegründung sinngemäß (unter Berücksichtigung des Streitgegenstandes des Rechtsstreits und unter Würdigung der Ausführungen unter Gliederungspunkt V. der Beschwerdebegründung) die Frage formuliert, ob Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung, die lebensbedrohlich an einer HIV-Infektion erkrankt sind und an einer HIV-Therapie bedingten Schwund des Wangenbindegewebes (Lipoatrophie/Lipodystrophie) leiden, von ihrer Krankenkasse die "Behandlung mit dem Medizinprodukt Sculptra (Polymilchsäure, früher New Fill, Sculpitan) als ein arzneimittelgleiches Medizinprodukt sowie der Apothekenpflicht gleichgestelltes Arzneimittel" beanspruchen können, "wenn es im Rahmen einer ärztlich verordneten Injektionstherapie zum Zwecke der Wiederherstellung einer regelrechten Konsistenz des Wangenbindegewebes und damit einem heilenden Zweck dient und eine anerkannte Alternativbehandlung bzw ein alternativer anerkannter Arzneimiteinsatz nicht verfügbar ist". Die derart formulierte Frage und der ergänzende Vortrag dazu bauen indessen wiederum auf Prämissen zur gesundheitlichen Situation des Klägers auf, die nicht in Einklang mit den für den Senat allein maßgeblichen bindenden Feststellungen des LSG stehen (*vgl § 163 SGG*).
- 8 Mit der Grundsatzrüge des § 160 Abs 2 Nr 1 SGG können zudem nur Rechtsfragen und nicht Fragen tatsächlicher Art (unmittelbar oder mittelbar) zur Überprüfung durch das Revisionsgericht gestellt werden (*vgl zB: Leitherer in: aaO, § 160 RdNr 6, 7; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 5. Aufl 2008, Kap IX RdNr 57 mwN*). Hinzu kommt, dass die Frage nach den Therapiemöglichkeiten für ein einzelnes Leiden und dem darauf bezogenen krankenversicherungsrechtlichen Behandlungsanspruch angesichts der Vielzahl der in der



Medizin diskutierten Krankheitsbilder nicht in den Rang einer Rechtsfrage von "grundsätzlicher" Bedeutung gehoben werden kann (*stRspr*, vgl zB BSG SozR 4-1500 § 160a Nr 9). Unbeschadet dessen lässt der Vortrag daneben aber auch die Klärungsbedürftigkeit von sich vermeintlich stellenden abstrakten entscheidungserheblichen Fragen nicht erkennen. So bleibt außer Ansatz, dass zur Frage nach dem Inhalt des krankenversicherungsrechtlichen Leistungsanspruchs bei schwersten Krankheiten bereits mehrfach höchstrichterlich entschieden wurde. Der Kläger setzt sich mit der seit dem Jahr 2006 im Anschluss an den BVerfG-Beschluss vom 6.12.2005 (aaO) ergangenen umfangreichen einschlägigen BSG-Rechtsprechung zum Komplex nicht auseinander (vgl zB BSG SozR 4-2500 § 27 Nr 7, 8, 10, 12; BSG SozR 4-2500 § 31 Nr 4, 5, 6, 8). Vor dem Hintergrund der höchstrichterlich schon geklärten allgemeinen rechtlichen Maßstäbe bestünde ein fortbestehendes Bedürfnis nach Klärung der aufgeworfenen Fragen in einem erneuten Revisionsverfahren nur unter besonderen Umständen; dazu müsste dargelegt werden, dass die Rechtsfrage dennoch weiter klärungsbedürftig geblieben oder erneut klärungsbedürftig geworden ist (vgl zum Ganzen zB Leitherer, aaO, § 160 RdNr 8b und c, § 160a RdNr 14g mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen). Das geschieht nicht.

- 9 Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache wird selbst dann nicht dargetan, wenn man im Vorbringen unter V. der Beschwerdebegründung die darin mit enthaltene allgemeine Rechtsfrage sehen wollte, ob dem Erfordernis eines (vom LSG verneinten) "apothekenpflichtigen" Medizinprodukts jedenfalls dann Genüge getan ist, wenn das streitige Mittel ohnehin nur direkt an Ärzte abgegeben und nur durch diese injiziert werden darf. Denn die am 1.7.2008 in Kraft getretene, vom LSG allerdings nicht berücksichtigte Fassung des § 31 Abs 1 Satz 2 SGB V (*idF durch Art 5 Nr 3 Gesetz vom 14.6.2007, BGBl I 1066; inzwischen mW vom 1.1.2009 geändert durch Art 1 Nr 1a Buchst b Gesetz vom 15.12.2008, BGBl I 2426*) stellt für den Leistungsanspruch auf die Apothekenpflichtigkeit von Medizinprodukten nicht mehr ab. Damit aber fehlt es sowohl an der Darlegung der Klärungsbedürftigkeit einer Frage des ausgelaufenen Rechts (vgl dazu Leitherer, aaO, § 160 RdNr 7b, 8c) als auch an Ausführungen zur Entscheidungserheblichkeit für den Sachleistungsanspruch des Klägers.
- 10 c) Schließlich werden auch Verfahrensmängel, auf denen die angefochtene Entscheidung beruhen kann (Zulassungsgründe des § 160 Abs 2 Nr 3 SGG), nicht hinreichend dargelegt.
- 11 Der Kläger rügt, das LSG habe "unter ... Zurückweisung von Beweisanträgen ohne hinreichende Begründung über die Berufung entschieden", nämlich 1. ohne die beantragte Anhörung seiner behandelnden Ärztin Dr. L. als sachverständige Zeugin (Beweisthema: Unvermögen des Klägers zur Nahrungszerkleinerung und -einspeichelung infolge der Verletzungen der Wangeninnenwände, dadurch Gefährdung der Wirkstoffresorption und Resistenzgefahr in Bezug auf die verordnete, zeitgleich mit den Mahlzeiten einzunehmenden HIV-Medikamente) und 2. ohne die beantragte Einholung einer weiteren ergänzenden Stellungnahme des Sachverständigen Dr. T. mit persönlicher Anhörung (Thema: nicht gewähr-



leistete Resorption der Medikamente durch den Wangenzustand des Klägers vor dem Hintergrund, dass bereits sechs Therapiewechsel stattfanden und der Kläger die letztmögliche Therapieoption wahrnahm, womit eine "Brisanz für die Lebenserwartung" verbunden sei).

- 12 Da der Kläger nicht ausdrücklich die Verletzung einer konkreten Verfahrensnorm rügt, kommt nach seinem Vorbringen lediglich der Verstoß gegen § 103 SGG (Amtsermittlungsgrundsatz) in Betracht. Denn soweit er sich auch gegen die Würdigung des Sach- und Streitstandes durch das LSG zu seinen Lasten wendet, kann dies im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nicht gerügt werden; nach § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG kann ein Verfahrensmangel auf die Verletzung des § 128 Abs 1 Satz 1 SGG nicht gestützt werden, wonach das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung entscheidet. Auch eine Rüge der Verletzung des § 103 SGG ist nach § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich, nämlich dann, wenn sich der Verfahrensmangel auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. Solche Darlegungen können hier nicht angenommen werden. Die Beschwerdebegründung muss hierzu folgende Punkte enthalten: (1) Wiedergabe der Rechtsauffassung des LSG, aufgrund derer bestimmte Tatfragen als klärungsbedürftig hätten erscheinen müssen, (2) Darlegung der von dem Beweisantrag berührten Tatumstände, die zu weiterer Sachaufklärung Anlass gegeben hätten, (3) Angabe des voraussichtlichen Ergebnisses der unterbliebenen Beweisaufnahme und (4) Schilderung, dass und warum die Entscheidung des LSG auf dem angeblich fehlerhaften Unterlassen der Beweisaufnahme beruhen kann, das LSG mithin bei Kenntnis des behaupteten Ergebnisses der unterlassenen Beweisaufnahme von seinem Rechtsstandpunkt aus zu einem anderen, dem Beschwerdeführer günstigeren Ergebnis hätte gelangen können (*vgl BSG SozR 1500 § 160 Nr 5, 35, 45 und § 160a Nr 24, 34*).

- 13 Es kann dahinstehen, ob der Kläger im Berufungsverfahren formelle Beweisanträge in Bezug auf alle unter VII. der Beschwerdebegründung vom 5.11.2008 genannten Punkte gestellt und zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 17.7.2008 noch aufrechterhalten hat (*zu diesem Erfordernis vgl zB BSG SozR 4-1500 § 160 Nr 1 S 2*) und ob die dargestellten weiteren Voraussetzungen für eine zulässige Sachaufklärungsrüge erfüllt sind. Jedenfalls hat das LSG auf Seite 24/25 seines Urteils für die Ablehnung der Beweiserhebungen bezogen auf die unter c) 1. und 2. dargestellten Verfahrensrügen eine ausführliche und sorgfältige Begründung gegeben, die iS von § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG als "hinreichend" anzusehen ist. Das Berufungsgericht hat sich nämlich in nicht zu beanstandender Weise darauf gestützt, dass das Beweisergebnis nach den im Verfahren bereits vorliegenden Ermittlungsergebnissen allein durch die behauptete Aussage der behandelnden Ärztin über eine von ihr angenommene ständige Gefahr der Wirksamkeitsresistenz der verordneten Arzneimittel erschüttert werden kann und dass deshalb ihre Vernehmung und auch eine weitere ergänzende Stellungnahme von Dr. Träder nicht erforderlich ist. Wie das LSG ausführt, hat Dr. T. die mögliche Gefahr



durchaus erörtert - also in seine Erwägungen mit einbezogen -, aber zugleich deutlich darauf hingewiesen, dass bereits ein Zusammenhang zwischen Verletzungen im Mundbereich einhergehend mit einem Speichelmangel und einer nicht ausreichenden Medikamentenresorption wissenschaftlich nicht belegt ist. Inwieweit dann aber der erfolgte mehrfache Wechsel der Medikation bei dem Kläger, dem er entscheidungserhebliche Bedeutung beimisst, zu gegen teiligen wissenschaftlichen Erkenntnissen führen sollte, erscheint nicht nachvollziehbar. Zu Recht führt das LSG dazu weiter aus, dass auch der Kläger nicht aufgezeigt hat, dass Dr. L. über bessere Forschungsmittel oder Erkenntnismöglichkeiten als Dr. T. verfügte (der auf gezielte Befragung des LSG vor Abgabe seiner ergänzenden Stellungnahme vom 11.3.2008 eine erneute medizinische Internetrecherche vorgenommen und zu der Frage persönlich Kontakt zu dem für Veröffentlichungen im Bereich HIV und Aids zuständigen Arzt Dr. M. vom Robert-Koch-Institut aufgenommen hatte). Zusätzlich - ebenso beanstandungsfrei - hat sich das LSG auf den weiteren Gesichtspunkt gestützt, dass der Kläger die ihm verordneten Arzneimittel bei starken Schluckbeschwerden zu einer Mahlzeit (also mit Flüssigkeitszufuhr) bzw zT sogar unmittelbar aufgelöst in Wasser einnehmen kann.

- 14 Sofern in dem Vorbringen des Klägers auf Seite 20 der Beschwerdebegründung zusätzlich die Rüge der unterbliebenen Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zu sehen sein sollte, wäre auch insoweit den Darlegungserfordernissen nicht entsprochen. Hinsichtlich dieser für notwendig erachteten Beweiserhebung bleibt schon unklar, dass im LSG-Verfahren ein entsprechender formeller Beweisantrag gestellt worden ist und inwieweit sich dessen Ergebnis auf die im Rechtsstreit begehrte Leistungsgewährung hätte auswirken können.
- 15 d) Der Senat sieht von einer weiteren Begründung ab (§ 160a Abs 4 Satz 2 Halbsatz 2 SGG analog).
- 16 3. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

