

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 3 KR 11/11 B

L 4 KR 567/10 (LSG Niedersachsen-Bremen)
S 1 KR 50/05 (SG Stade)

..... ,

Kläger und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

..... ,

g e g e n

BARMER GEK,
Axel-Springer-Straße 44, 10969 Berlin,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

..... .

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 28. Juli 2011 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. H a m b ü c h e n sowie die Richter S c h r i e v e r
und Dr. S c h ü t z e
beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landes-
sozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 29. April 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 Der Kläger ist als Folge einer Kinderlähmung erheblich gehbehindert. Die beklagte Krankenkasse hat ihn mit einer Oberschenkelorthese ausgestattet und hatte in der Vergangenheit auch eine gleichartige zweite Orthese gewährt (Zweitversorgung), um eine stetige Einsatzbereitschaft des Hilfsmittels, zB für Zeiten der Reparatur, sicherzustellen. Nachdem die Ersatz-Orthese funktionsuntüchtig geworden war, beantragte der Kläger am 2.3.2004 eine erneute Zweitversorgung, was die Beklagte nunmehr aber als nicht erforderlich ablehnte (*Bescheid vom 6.4.2004, Widerspruchsbescheid vom 2.2.2005*). Während des Klageverfahrens hat der Landkreis S. als Sozialhilfeträger die Zweitversorgung auf einen gesonderten Antrag hin vorläufig bewilligt (*Bescheid vom 2.8.2005*), woraufhin der Kläger die zunächst erhobene Anfechtungs- und Leistungsklage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgewandelt hat. Während die Fortsetzungsfeststellungsklage vor dem SG erfolgreich war (*Urteil vom 29.10.2010*), hat das LSG auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen (*Urteil vom 29.4.2011*): Es fehle ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides der Beklagten, weil eine Wiederholungsgefahr stets die "konkrete, in naher Zukunft oder absehbarer Zeit tatsächlich bevorstehende Gefahr eines gleichartigen Verwaltungsaktes bei im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen" erfordere, was hier aber zu verneinen sei. Die nach den gegebenen Zuständen allenfalls in Betracht kommende ungewisse Möglichkeit des Eintritts einer vergleichbaren Situation in den nächsten fünf bis sechs Jahren reiche zur Annahme einer konkreten Wiederholungsgefahr nicht aus.
- 2 Mit seiner Beschwerde wendet sich der Kläger gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG, wobei er sich auf Divergenz beruft sowie das Vorliegen eines Verfahrensfehlers rügt.

II

- 3 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig, weil sie nicht in der durch § 160 Abs 2, § 160a Abs 2 Satz 3 SGG normierten Form begründet worden ist. Sie ist deshalb ohne Zuziehung ehrenamtlicher Richter zu verwerfen (§ 160a Abs 4 Satz 1, § 169 SGG).
- 4 1. Der Kläger behauptet in erster Linie das Vorliegen von Divergenz (§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG).
- 5 a) Zur formgerechten Darlegung dieses Zulassungsgrundes muss vorgetragen werden, dass das LSG einen tragenden Rechtssatz in Abweichung von einem anderen Rechtssatz aufgestellt hat, den das BSG, der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder das



BVerfG entwickelt und angewandt hat, und dass die Entscheidung des LSG auf dieser Abweichung beruht. Hierzu ist notwendig, den von der höchststrichterlichen Rechtsprechung abweichenden Rechtssatz des LSG herauszuarbeiten und die Unvereinbarkeit mit einem Rechtssatz des BSG oder eines der anderen Rechtsprechungsorgane aufzuzeigen. Eine Divergenz liegt indes nicht schon dann vor, wenn das LSG einen solchen Rechtssatz nicht beachtet oder unrichtig subsumiert hat, sondern erst dann, wenn es diesem Rechtssatz widersprochen, also einen anderen Rechtssatz aufgestellt und angewandt hat. Nicht die Unrichtigkeit der Entscheidung im Einzelfall, sondern die Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen begründet die Zulassung der Revision wegen Divergenz (vgl. *BSG SozR 1500 § 160a Nr 14, 21, 29, 54 und 67*). Diesen Anforderungen wird das Beschwerdevorbringen nicht gerecht.

- 6 b) Der Kläger führt zwar ein Urteil des 6. Senats des BSG vom 17.6.2009 (*B 6 KA 25/08 R*) an, in dem anhand einer Fortsetzungsfeststellungsklage aus dem Vertragsarztrecht - es bestand Streit um die Berechtigung eines über eine Sonderbedarfszulassung verfügenden Arztes zur Anfechtung einer gleichartigen Sonderbedarfszulassung, die der beigeladenen Ärztin zwar zunächst erteilt, im Widerspruchsverfahren aber versagt worden war; dadurch Erledigung der schon zuvor erhobenen Anfechtungsklage - ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr bejaht worden ist, weil die beigeladene Ärztin schon einmal einen erneuten Antrag auf Sonderbedarfszulassung gestellt hatte. Es sei - so der 6. Senat des BSG - jederzeit, zumal bei Änderungen der Versorgungssituation und damit auch seitens anderer Ärzte, wieder damit zu rechnen, dass die zu klärende Rechtsfrage über die Anfechtungsbefugnis bei der Überprüfung von Konkurrentenzulassungen für das Verhältnis der Beteiligten erneut relevant werden könne. Vom Kläger dieses Verfahrens wird aber nicht dargelegt, welchen davon abweichenden Rechtssatz das LSG entwickelt und angewandt haben soll, zumal das LSG für die von ihm befürwortete Definition des Tatbestandsmerkmals "Wiederholungsgefahr" zahlreiche Urteile des BSG herangezogen und zitiert hat, also erkennbar auf eine eigenständige, davon abweichende Definition verzichten wollte. Der Kläger führt lediglich aus, das LSG hätte bei korrekter Anwendung und Umsetzung der Rechtsprechung des 6. Senats auf den vorliegenden Fall zu einer für ihn positiven Entscheidung kommen müssen, weil sich die Frage einer Zweitversorgung mit dem Hilfsmittel auf Kosten der Krankenkasse auch in Zukunft stellen werde. Dies habe das LSG nicht hinreichend berücksichtigt. Damit wird aber allenfalls die Unrichtigkeit des Berufungsurteils in diesem Einzelfall, nicht jedoch die - allein maßgebende - Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen vorgetragen, weil sich der Vorwurf auf die unzureichende Umsetzung der BSG-Rechtsprechung beschränkt.
- 7 c) Außerdem wird vom Kläger nicht nachvollziehbar dargelegt, worin die - aus seiner Sicht erfolgte - Weiterentwicklung des Begriffs der Wiederholungsgefahr durch den 6. Senat überhaupt zu sehen seien soll; denn auch in dem vom Kläger zitierten Urteil hat der 6. Senat der Sache nach darauf abgestellt, dass der von ihm in den Vordergrund gestellte Aspekt einer "weiterhin



bestehenden Relevanz der zu klärenden Rechtsfrage für das Verhältnis der Beteiligten" voraussetze, dass die konkrete Gefahr einer "jederzeitigen" Wiederholung der streitigen Konkurrenzsituation vorliegen müsse. Davon geht indes auch das LSG aus, das lediglich bei der Subsumtion zu einem anderen als dem vom Kläger und dem SG für richtig gehaltenen Ergebnis gekommen ist.

- 8 2. Auch die Rüge des Vorliegens eines Verfahrensfehlers leidet an einem Formmangel.
- 9 a) Formgerecht bezeichnet ist ein Verfahrensfehler nur, wenn die ihn begründenden Tatsachen im Einzelnen angegeben sind und - in sich verständlich - den behaupteten Verfahrensfehler ergeben; außerdem muss dargelegt werden, weshalb die angefochtene Entscheidung darauf beruhen kann (*BSG SozR 1500 § 160a Nr 14*). Wird die Verletzung der Amtsermittlungspflicht nach § 103 SGG gerügt, erfordert das die Bezeichnung eines für das Revisionsgericht ohne Weiteres auffindbaren Beweisantrags sowie die Wiedergabe der Rechtsauffassung des LSG, verbunden mit Ausführungen dazu, dass das LSG sich aufgrund dieser Rechtsauffassung zu weiterer Sachaufklärung hätte gedrängt fühlen müssen. Weiterhin erforderlich sind Angaben zum voraussichtlichen Ergebnis der unterbliebenen Beweiserhebung und schließlich Ausführungen dazu, warum die Entscheidung des LSG auf der angeblich fehlerhaft unterlassenen Beweisaufnahme beruhen kann (*BSG SozR 1500 § 160 Nr 5 und 35; BSG SozR 1500 § 160a Nr 14, 24, 34*).
- 10 b) Die Beschwerdebegründung entspricht nicht diesen Anforderungen. Der Kläger bemängelt, das LSG habe es pflichtwidrig unterlassen, den künftigen Bedarf an einer Zweitversorgung mit einer Oberschenkelorthese konkret zu ermitteln; es sei unzulässig, über diesen künftigen Bedarf lediglich Vermutungen anzustellen. Mit diesem Vorbringen wird eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht nach § 103 SGG gerügt. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann aber nach der ausdrücklichen Regelung des § 160 Abs 2 Nr 3, 2. Halbs SGG als Verfahrensfehler nur geltend gemacht werden, wenn sich die Rüge auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. Eine solche Rüge hat der Kläger nicht erhoben.
- 11 3. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

