

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 3 P 21/12 B

L 1 P 64/11 (Sächsisches LSG)
S 6 P 75/11 (SG Leipzig)

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Pflegekasse bei der AOK PLUS - Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen,
Augustinerstraße 38, 99084 Erfurt,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 14. März 2013 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:

Der Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung
der Frist zur Begründung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Ur-
teil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 24. Oktober 2012 wird abgelehnt.

Die Beschwerde der Klägerin 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 Klägerin erhält von der beklagten Pflegekasse aufgrund eines im Verfahren S 6 P 100/08 des SG Leipzig erzielten Vergleichs (*Schriftsatz der Beklagten vom 9.6.2011, Schriftsatz der Klägerin vom 29.6.2011; Gerichtsbeschluss über die Feststellung des Vergleichsabschlusses nach § 202 SGG iVm § 278 Abs 6 ZPO am 30.6.2011*) rückwirkend zum 11.1.2011 Leistungen nach der Pflegestufe I. Ihr während jenes Verfahrens gestellter Antrag vom 27.12.2010 auf Gewährung zusätzlicher Betreuungsleistungen nach § 45b SGB XI blieb hingegen erfolglos (*Bescheid der Beklagten vom 17.1.2011, Widerspruchsbescheid vom 19.5.2011, Überprüfungsbescheid nach § 44 SGB X vom 12.8.2011*).
- 2 Da die Beklagte den Ausgangsbescheid vom 17.1.2011 auf die fehlende Bereitschaft der Klägerin zu einer erneuten häuslichen Begutachtung nach § 18 SGB XI durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) gestützt und deshalb die Bearbeitung des Leistungsantrages nach § 66 Abs 1 SGB I abgelehnt hatte, sah die Klägerin, die eine Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht bestritt und dazu auf bereits eingeholte bzw angeordnete Gutachten zur Pflegebedürftigkeit im Verfahren S 6 P 100/08 verwies, ihren Antrag vom 27.12.2010 als materiell nicht beschieden an, woraufhin sie am 29.7.2011 eine Untätigkeitsklage nach § 88 Abs 1 SGG erhoben hat.
- 3 Das SG hat die Klage mangels vorprozessualer Untätigkeit der Beklagten als unzulässig abgewiesen (*Gerichtsbescheid vom 24.10.2011*). Das LSG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (*Urteil vom 24.10.2012*) und dazu ausgeführt, eine Untätigkeit im Verwaltungsverfahren könne der Beklagten nicht vorgeworfen werden, weil sie spätestens mit dem Widerspruchsbescheid vom 19.5.2011 eine Entscheidung in der Sache getroffen habe. Die Beklagte habe ausdrücklich die Anspruchsvoraussetzungen nach § 45a SGB XI (dauerhafte erhebliche Einschränkung der Alltagskompetenz wegen demenzbedingter Funktionsstörungen, geistiger Behinderungen oder psychischer Erkrankungen) verneint und deshalb die begehrten zusätzlichen Betreuungsleistungen nach § 45b SGB XI nicht bewilligt. Da es bereits an einer vorprozessualen Untätigkeit der Beklagten mangle, sei die Untätigkeitsklage unzulässig gewesen. Die von der Klägerin gewünschte Verurteilung der Beklagten zur Gewährung zusätzlicher Betreuungsleistungen nach § 45b SGB XI hätte einen Übergang von der Untätigkeitsklage zu einer Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 4 SGG) erforderlich gemacht, der aber nur zulässig sei, wenn - anders als hier - die Behörde vorprozessual tatsächlich untätig geblieben sei und die Bescheiderteilung erst während des Klageverfahrens nach § 88 SGG nachgeholt werde. Eine Klageänderung nach § 99 Abs 1 SGG scheide aus, weil sie nicht sachdienlich erscheine und es zudem an der Einwilligung der Beklagten fehle.



- 4 Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG vom 24.10.2012, ihr mit einer zutreffenden Rechtsmittelbelehrung zugestellt am 29.10.2012, ist beim BSG am 29.11.2012 eingegangen und am 2.1.2013 mit Schriftsatz vom gleichen Tage begründet worden. Sie stützt die Beschwerde auf einen Verfahrensfehler des LSG (§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG) und beantragt wegen der Versäumung der am 31.12.2012 (Montag) abgelaufenen Beschwerdebegründungsfrist (§ 160a Abs 2 S 1 SGG) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 67 SGG (Schriftsatz vom 15.1.2013).

II

- 5 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig, weil sie nicht fristgerecht begründet worden ist (§ 160a Abs 2 SGG) und die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 67 SGG) nicht gewährt werden konnte.
- 6 1. Nach § 160a Abs 2 S 1 SGG muss eine Nichtzulassungsbeschwerde innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils begründet werden; diese Frist kann auf Antrag einmal um höchstens einen Monat verlängert werden (§ 160a Abs 2 S 2 SGG). Da die Klägerin eine solche Fristverlängerung nicht beantragt hat, endete die am Tag nach der Zustellung des Berufungsurteils (29.10.2012) beginnende Begründungsfrist am Montag, den 31.12.2012 (§ 64 Abs 1 und 2 SGG), weil das rechnerische Fristende (29.12.2012) auf einen Sonnabend fiel und der Folgetag (30.12.2012) ein Sonntag war (§ 64 Abs 3 SGG). Der darauf folgende Montag war zwar der Silvestertag, an dem in vielen Behörden und Gerichten - und vielfach auch in Rechtsanwaltskanzleien - der Geschäftsbetrieb ruht. Der Silvestertag zählt jedoch - ebenso wie der Rosenmontag (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 64 RdNr 5a) und der 24.12. (OVG Hamburg NJW 1993, 1941) - nicht zu den "gesetzlichen Feiertagen" iS des § 64 Abs 3 SGG (VGH Baden-Württemberg NJW 1987, 1353; Thomas/Putzo, ZPO, 33. Aufl 2012, § 222 RdNr 8). Dem Ruhen des Geschäftsbetriebs am Silvestertag liegt jeweils eine innerbehördliche bzw innerbetriebliche Anordnung oder Vereinbarung zugrunde, nicht aber eine bundes- oder landesrechtliche Feiertagsregelung. Da die Beschwerdebegründung somit spätestens am 31.12.2012 beim BSG hätte eingehen müssen, aber erst am 2.1.2013 (Mittwoch) angefertigt und dem BSG zugeleitet worden ist, war das Rechtsmittel verfristet.
- 7 2. Dem fristgerecht (§ 67 Abs 2 S 1 SGG) gestellten Antrag der Klägerin, ihr nach § 67 Abs 2 SGG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, konnte nicht entsprochen werden, denn die Klägerin war nicht "ohne Verschulden verhindert", die Nichtzulassungsbeschwerde bis zum 31.12.2012 zu begründen. Die Fristversäumung beruht auf einem Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten, das sich die Klägerin gemäß § 73 Abs 6 S 6 SGG iVm § 85 Abs 2 ZPO zurechnen lassen muss. Die Versäumung der Beschwerdebegründungsfrist ist hier zumindest auch durch ein Anwaltsverschulden verursacht worden.



8 Die Kanzleiangestellte L. hat den Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist versehentlich auf den 2.1.2013 (Mittwoch) notiert, weil sie das tatsächliche Fristende, den 31.12.2012, für einen gesetzlichen Feiertag hielt. Die Frage, ob dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin insoweit ein Organisationsverschulden oder Kontrollmangel vorzuwerfen ist oder er dieses Büroversehen nicht vermeiden konnte, kann hier offenbleiben, weil ihm jedenfalls ein fahrlässiges Verhalten bei der Sachbearbeitung nach Vorlage seiner Handakten mit Beginn der Vorfrist am 28.12.2012 (Freitag) vorzuwerfen ist. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein Rechtsanwalt prüfen muss, ob das Fristende durch sein Personal richtig ermittelt und festgehalten worden ist, wenn ihm die Sache im Rahmen der Vorfrist, die üblicherweise eine Woche beträgt, zur Begründung eines bereits eingelegten Rechtsmittels wieder vorgelegt wird (*BSG SozR 3-1500 § 67 Nr 10; BGH NJW-RR 2005, 1085; BGH NJW 2008, 3706; BVerwG NJW 1991, 2096; BAG NJW 2003, 1269; Keller, aaO, § 67 RdNr 9 und 9e mwN*). Diese Prüfung muss zwar nicht am Tage der vorfristgemäßen Vorlage der Akten, spätestens aber am nächsten Tag erfolgen (*BGH NJW 2000, 365; Keller, aaO, § 67 RdNr 9d*). Demgemäß hätte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin jedenfalls am 29.12.2012 (Samstag), als ihm die Akten nach eigener Mitteilung (*Schriftsatz vom 15.1.2013*) bereits einen Tag lang vorlagen, selbst prüfen müssen, ob das notierte Ende der Beschwerdebegründungsfrist (2.1.2013) richtig berechnet worden war. Hätte er diese Prüfung durchgeführt, wäre ihm das Versehen seiner Kanzleiangestellten aufgefallen, die den 31.12.2012 als nach § 64 SGG maßgebliches Fristende hätte notieren müssen. Ihm hätte dann noch ausreichend Zeit (einschließlich Montag, den 31.12.2012) zur Verfügung gestanden, um die Beschwerdebegründung anzufertigen und dem BSG, zB per Telefax, rechtzeitig vor Fristablauf zuzuleiten. Diese Prüfung hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin unterlassen, was zusätzlich auch dadurch dokumentiert wird, dass in der erst am 2.1.2013, dem Tag des vermeintlichen Fristendes, erstellten Beschwerdebegründung auf die Fristversäumung überhaupt nicht eingegangen worden ist. Auf die Fristversäumung ist er erst durch den Hinweis des Gerichts vom 3.1.2013 aufmerksam geworden. Dieses Anwaltsverschulden muss sich die Klägerin nach § 73 Abs 6 S 6 SGG iVm § 85 Abs 2 ZPO zurechnen lassen.

9 3. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass die Beschwerde auf einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz der Klägerin beruht; denn die der Verfahrensrüge zugrundeliegende Ansicht der Klägerin, die Beklagte habe vor Klageerhebung ihren Leistungsantrag vom 27.12.2010 nicht beschieden, trifft nicht zu. Eine auf die fehlende Mitwirkung des Versicherten gestützte Ablehnungsentscheidung einer Behörde, wie sie hier in der "Nichtbearbeitung" des Leistungsantrages bis zur Erklärung der Mitwirkungsbereitschaft an der erneuten häuslichen Begutachtung durch den MDK (§ 18 SGB XI) zum Ausdruck gekommen ist (§§ 66, 67 SGB I), stellt einen materiell-rechtlichen ablehnenden Verwaltungsakt dar (*BSGE 75, 56, 58 f = SozR 3-1500 § 88 Nr 2; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 88 RdNr 4*). Der Bescheid der Beklagten vom 17.1.2011 enthält daher bereits eine Entscheidung über die begehrten



zusätzlichen Betreuungsleistungen nach § 45b SGB XI. Im Widerspruchsbescheid vom 19.5.2011 hat die Beklagte dann auf Grundlage des im Verfahren S 6 P 100/08 vom SG Leipzig eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Martin Stams (Hausbesuch am 27.4.2010), der die Einschränkung der Alltagskompetenz nach § 45a SGB XI geprüft und verneint hat, den Anspruch nach § 45b SGB XI auch mit einer explizit inhaltlichen Begründung verneint.

- 10 Bei Erhebung der Untätigkeitsklage am 29.7.2011 lag also entgegen der Ansicht der Klägerin keine Untätigkeit der Beklagten iS des § 88 SGG vor. Die Auffassung der Vorinstanzen, die Untätigkeitsklage sei daher mangels Rechtsschutzbedürfnisses von vornherein unzulässig gewesen, ist somit zutreffend. Der nach Erhebung der Untätigkeitsklage im Zuge des Überprüfungsverfahrens nach § 44 SGB X ergangene weitere Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 12.8.2011, in dem auch unter Berücksichtigung des nach § 109 SGG eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Ulrich Hädicke vom 21.5.2011 die Anspruchsvoraussetzungen nach den §§ 45a, 45b SGB XI erneut verneint worden sind, stellt folglich nicht - wie die Klägerin meint - die erste materiell-rechtliche Verwaltungsentscheidung dar, sondern bereits die dritte sachliche Entscheidung der Beklagten.
- 11 4. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

