

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 3 P 6/07 B

L 2 P 11/05 (Bayerisches LSG)
S 10 P 1/04 (SG Augsburg)

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Barmer Ersatzkasse -Pflegekasse-,
Lichtscheider Straße 89-95, 42285 Wuppertal,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat am 26. April 2007 durch den
Vorsitzenden Richter Dr. L a d a g e sowie die Richter Dr. H a m b ü c h e n
und S c h r i e v e r
beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil
des Bayerischen Landessozialgerichts vom 24. Januar 2007 wird als unzulässig
verworfen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

- 1 Die 1913 geborene Klägerin erhält von der beklagten Pflegekasse seit März 2003 Pflegegeld der Pflegestufe I. Die begehrte Einstufung in die Pflegestufe III, hilfsweise in die Pflegestufe II lehnte die Beklagte mit der Begründung ab, der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) habe in seinem nach Hausbesuch erstatteten Gutachten vom 21. Mai 2003 einen durchschnittlichen täglichen Hilfebedarf im Bereich der Grundpflege von 98 Minuten festgestellt, was nach § 15 Abs 3 Nr 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) zwar die zeitlichen Voraussetzungen der Pflegestufe I von "mehr als 45 Minuten" Grundpflege erfülle, nicht aber die Mindestwerte der Pflegestufen II (120 Minuten) oder III (240 Minuten). Die Klägerin beziffert ihren täglichen Grundpflegebedarf demgegenüber auf durchschnittlich 266 Minuten, mindestens aber 176 Minuten und verweist dazu auf das von ihrem Sohn und ihrer Schwiegertochter als Pflegepersonen geführte Pfl egetagebuch aus der Zeit vom 19. Januar bis zum 1. Februar 2004 sowie auf diverse Arztberichte.
- 2 Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 13. Januar 2005). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 24. Januar 2007). Es hat sich dabei vor allem auf das MDK-Gutachten vom 21. Mai 2003 sowie auf das - auftragsgemäß nach Aktenlage erstattete - Gutachten der Ärztin Dr. A. vom 18. Oktober 2006 gestützt, wonach der tägliche Grundpflegebedarf höchstens 104 Minuten betrug. Hinsichtlich eines etwaigen altersbedingten Anstiegs des Pflegebedarfs nach der Erstellung des MDK-Gutachtens hat das LSG ausgeführt, Feststellungen dazu seien nicht möglich gewesen, weil die vorhandenen Unterlagen insoweit nicht ausreichten und die Klägerin nicht mit einer erneuten persönlichen Untersuchung durch die Ärztin Dr. A. oder einen anderen neutralen Sachverständigen einverstanden gewesen sei. Die von den Pflegepersonen immer wieder geäußerte Befürchtung, eine Begutachtung durch einen der Klägerin nicht bekannten Arzt könne zu einer ernsthaften gesundheitlichen Belastung (bis hin zur Gefahr eines tödlichen Herzanfalls) führen, sei nach der Einschätzung von Dr. A. zwar nachvollziehbar, könne aber an der Beweislast der Klägerin für die Erfüllung der anspruchsbegründenden Tatsachen nichts ändern.
- 3 Mit der Beschwerde wendet sich die Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG. Sie sieht die Voraussetzungen der in § 160 Abs 2 Nr 1 und 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) genannten Revisionszulassungsgründe als erfüllt an. Den Zulassungsgrund der Divergenz (§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG) behauptet sie lediglich vorsorglich.



II

- 4 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig, weil sie nicht in der durch die §§ 160 Abs 2 und 160a Abs 2 Satz 3 SGG normierten Form begründet worden ist. Sie ist deshalb ohne Hinzuziehung ehrenamtlicher Richter zu verwerfen (§ 160a Abs 4 Satz 2 iVm § 169 SGG).
- 5 1) Die Klägerin macht geltend, das angegriffene Urteil des LSG betreffe eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG). Zur Darlegung dieses Zulassungsgrundes ist es erforderlich, die grundsätzliche Rechtsfrage klar zu formulieren und aufzuzeigen, dass sie über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat (BSGE 40, 158 = SozR 1500 § 160a Nr 11 und SozR 1500 § 160a Nr 39) und dass sie klärungsbedürftig sowie klärungsfähig ist (BSG SozR 1500 § 160a Nr 13 und 65), sie also im Falle der Revisionszulassung entscheidungserheblich wäre (BSG SozR 1500 § 160a Nr 54). Diese Erfordernisse betreffen die gesetzliche Form iS des § 169 Satz 1 SGG (vgl BVerfG SozR 1500 § 160a Nr 48). Deren Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.
- 6 a) Die Klägerin hat bereits keine konkrete Rechtsfrage formuliert, sondern sich auf Ausführungen zur grundsätzlichen Bedeutung des Falles beschränkt. Lediglich aus dem Gesamtzusammenhang ihrer Ausführungen kann geschlossen werden, dass sie anscheinend die Frage aufwerfen will, ob eine angesichts des labilen Gesundheitszustands eines Versicherten medizinisch nicht zu verantwortende, ihm daher nicht zumutbare und deshalb verweigerte Begutachtung mit Untersuchung durch einen nicht persönlich bekannten Arzt dazu führen kann, dass eine Klage auf Gewährung von Leistungen der sozialen Pflegeversicherung wegen Beweisfälligkeit abgewiesen wird, obgleich die Mitwirkung an der Begutachtung zu Recht abgelehnt worden ist.
- 7 b) Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Frage grundsätzliche Bedeutung zukäme oder nur auf die Besonderheiten dieses Falles abziele, zumal die Klägerin dem LSG vorwirft, die bereits vorhandenen Unterlagen unzulänglich ausgewertet zu haben, da diese bereits ausgereicht hätten, sie in die Pflegestufe III, zumindest aber in die Pflegestufe II einzuordnen. Es fehlt jedenfalls an der erforderlichen Darlegung der Klärungsbedürftigkeit, Klärungsfähigkeit und Entscheidungserheblichkeit dieser Frage. Die Klägerin setzt sich nicht hinreichend mit den Entscheidungsgründen auseinander, in denen das LSG zwischen der Lage bis zur Erstellung des MDK-Gutachtens am 21. Mai 2003 und der Lage in der Folgezeit bis zur Berufungsverhandlung am 24. Januar 2007 unterschieden hat. Für die Zeit bis zum 21. Mai 2003 hat das LSG nicht auf das fehlende Einverständnis der Klägerin mit einer Begutachtung nach Hausbesuch durch einen neutralen Sachverständigen abgestellt, sondern das eingeholte Gutachten nach Aktenlage ausreichen lassen. Lediglich für die Folgezeit hat das LSG mit Blick auf eine denkbar erscheinende altersbedingte Erhöhung des Pflegebedarfs die erneute persönliche Begutachtung durch einen neutralen Sachverständigen für unabdingbar erachtet und nur



insoweit eine auf die "objektive Beweis- und Feststellungslast" gegründete negative Entscheidung getroffen.

- 8 Die Klägerin legt nicht dar, aus welchen Gründen die aufgeworfene Rechtsfrage schon für die Zeit bis zum 21. Mai 2003 klärungsbedürftig und klärungsfähig sein könnte, obgleich das eingeholte Aktenlage-Gutachten vom LSG insoweit als ausreichend erachtet worden ist, und sie führt auch nicht aus, weshalb die aufgeworfene Rechtsfrage jedenfalls für die Folgezeit entscheidungserheblich sein könnte, obgleich in allen Schriftsätzen stets nur eine bei gleichbleibendem, stabilisiertem Gesundheitszustand von Anfang an zu niedrige Bemessung des Pflegebedarfs ab 24. März 2003 (Antragstellung), nicht aber eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw eine Erhöhung des Pflegebedarfs nach der Erstellung des MDK-Gutachtens geltend gemacht worden ist. Es wird daher nicht verdeutlicht, dass es auf die Feststellung eines höheren Pflegebedarfs zu irgendeinem Zeitpunkt nach dem 21. Mai 2003 und insbesondere zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, den das LSG trotz der sogar eine leichte Verbesserungstendenz im Gesundheitszustand der Klägerin bestätigenden Auskünfte des Hausarztes Dr. K. wegen des hohen Alters der Klägerin nicht ausschließen wollte, ankommen kann.
- 9 c) Soweit die Klägerin ihren Grundpflegebedarf mit täglich 266 Minuten beziffert, geht sie im Übrigen nicht darauf ein, dass es nur auf den nach § 14 Abs 4 Nr 1 bis 3 SGB XI berücksichtigungsfähigen Hilfebedarf bei den Verrichtungen der Grundpflege und die in § 14 Abs 3 SGB XI genannten Arten der Hilfeleistung ankommt. Sie hat sich nicht damit auseinandergesetzt, dass der allgemeine Aufsichts- und Betreuungsbedarf eines Versicherten, der nicht im Zusammenhang mit einer der im Katalog des § 14 Abs 4 SGB XI abschließend aufgeführten Verrichtungen anfällt, sowie die allgemeine Ruf- und Einsatzbereitschaft einer Pflegeperson, sei sie auch "rund um die Uhr" erforderlich, im Rahmen der §§ 14, 15 SGB XI nach derzeitiger Rechtslage nicht zu berücksichtigen sind (BSG SozR 3-3300 § 14 Nr 5, 6, 8 und 10; BSG SozR 3-3300 § 15 Nr 1 und 8; BSG SozR 3-3300 § 43a Nr 5). Schließlich fehlt es auch an Ausführungen dazu, dass die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung nicht ausreicht, um die Frage nach der Zulässigkeit einer "Beweislastentscheidung" im Bereich der Pflegeversicherung beantworten zu können.
- 10 2) Ein Verfahrensfehler (§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG) ist gleichfalls nicht formgerecht dargelegt worden. Die Formerfordernisse sind gewahrt, wenn die den Verfahrensfehler begründenden Tatsachen im Einzelnen angegeben sind und - in sich verständlich - den behaupteten Fehler ergeben; außerdem ist darzulegen, dass und warum die angefochtene Entscheidung darauf beruhen kann (BSG SozR 1500 § 160a Nr 10 und 14). Dabei kann eine Verletzung des Amtsermittlungsprinzips (§ 103 SGG) nur mit dem Argument geltend gemacht werden, das LSG sei einem Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt. Diesen Anforderungen wird das Beschwerdevorbringen nicht gerecht.



- 11 a) Soweit geltend gemacht wird, das LSG habe seine Entscheidung verfahrensfehlerhaft auf eine "Verletzung der Mitwirkungspflicht" der Klägerin gestützt, weil eine Pflicht zur Zustimmung zu einer erneuten Begutachtung durch einen neutralen Sachverständigen mit Untersuchung im häuslichen Bereich nicht bestanden habe, kann offen bleiben, ob es dabei überhaupt um die Verletzung einer Verfahrensvorschrift des SGG geht. Die Klägerin setzt sich auch hier nicht damit auseinander, dass das LSG seine Entscheidung für die Zeit bis zur Erstellung des MDK-Gutachtens nicht auf diesen Gesichtspunkt gestützt hat und es für die Folgezeit eine solche Begutachtung nur mit Blick auf eine etwaige krankheits- bzw altersbedingte Erhöhung des Pflegebedarfs für erforderlich erachtet hat, die von der Klägerin und den Pflegepersonen nicht behauptet worden ist. Hinsichtlich der geltend gemachten von vornherein zu niedrigen Bemessung des Pflegebedarfs bei unverändertem, stabilisiertem Gesundheitszustand hat das LSG eine erneute Begutachtung mit Hausbesuch und Untersuchung der Klägerin nicht als erforderlich angenommen, vielmehr hat es das Ergebnis der Ermittlungen für die Zeit bis zum 21. Mai 2003 als unverändert fortgeltend auch auf die Folgezeit übertragen, weil eine nachträgliche Erhöhung des Pflegebedarfs nicht feststellbar sei - was dem Vorbringen der Klägerin von einem seit Antragstellung unveränderten, lediglich zu niedrig bemessenen Pflegebedarf der Sache nach entspricht.
- 12 b) Die Klägerin macht ferner geltend, der Vorwurf der "Verletzung der Mitwirkungspflicht" sei auch deshalb unrichtig, weil das LSG den von ihm für notwendig erachteten Sachverständigenbeweis auch durch Beauftragung des von ihr benannten Hausarztes Dr. K. hätte einholen können, sodass dessen Nichtbeauftragung als Verletzung der Amtsermittlungspflicht (§ 103 SGG) durch Übergehung eines Beweisantrages "ohne hinreichende Begründung" erscheine.
- 13 Unabhängig davon, ob der Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG insoweit als formeller Beweisantrag oder lediglich als Beweisanregung auszulegen ist, kann hierin keine formgerechte Rüge eines Verfahrensfehlers gesehen werden, weil - wie ausgeführt - die weiteren Ermittlungen nur eine etwaige Erhöhung des Pflegebedarfs ab 21. Mai 2003 klären sollten, die aber nicht geltend gemacht worden ist, und im Übrigen auch nicht ausgeführt wird, ob Dr. K. vom LSG nach § 118 Abs 1 SGG iVm § 404 Zivilprozessordnung (ZPO) als Sachverständiger für ein von Amts wegen einzuholendes Gutachten hätte beauftragt werden dürfen, obgleich er als Hausarzt der Klägerin tätig war und ist und damit in einem besonderen Vertrauensverhältnis zur Klägerin steht, das Zweifel an seiner Unbefangenheit berechtigt erscheinen lassen könnte (vgl Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl 2006, § 406 RdNr 2; Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl 2005, § 118 RdNr 12 I jeweils mwN).
- 14 c) Soweit hilfsweise geltend gemacht wird, Dr. K. sei verfahrensfehlerhaft nicht mit der Erstattung eines Gutachtens nach § 109 SGG beauftragt worden, ist ein Verfahrensmangel



schon deshalb nicht formgerecht dargelegt, weil nach § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG eine Verfahrensrüge nicht auf einen Verstoß gegen § 109 SGG gestützt werden kann.

- 15 d) Die sonstigen Rügen der Klägerin, wie zB
- (1 die unzureichende Berücksichtigung der Angaben der Pflegepersonen im Pflegetagebuch,
)
 - (2 die Nichtberücksichtigung ihrer Argumente aus der ablehnenden Stellungnahme zum
) Aktenlage-Gutachten vom 18. Oktober 2006,
 - (3 die "unkritische" Übernahme der Feststellungen der Sachverständigen Dr. A. ,
)
 - (4 die Nichtausschöpfung des zeitlichen Rahmens der Begutachtungs-Richtlinien (BRi) für
) den Hilfebedarf bei einigen Verrichtungen,
 - (5 die Nichtanerkennung der Überschreitung des Zeitrahmens der BRi bei mehreren
) anderen Verrichtungen,
 - (6 der Vorwurf des Verstoßes gegen Denkgesetze sowie der widersprüchlichen Argumenta-
) tion sowie
 - (7) die sonstigen verfahrensrechtlichen Einwände gegen die Bemessung des Pflegebedarfs
betreffen der Sache nach die Beweismwürdigung durch das LSG.
- 16 Die Rüge einer unzureichenden Beweismwürdigung ist aber im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde unbeachtlich, weil ein Verstoß gegen § 128 Abs 1 Satz 1 SGG nach § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG ebenfalls ausdrücklich ausgeschlossen ist.
- 17 e) Die Behauptung, die zu (1), (2) und (3) genannten Einwände bedeuteten zugleich einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art 103 Abs 1 Grundgesetz <GG>, § 62 SGG) und gegen die Rechtsschutzgarantie (Art 19 Abs 4 GG), wird nicht nachvollziehbar begründet. Anhaltspunkt dafür, dass das LSG das Vorbringen der Klägerin nicht zur Kenntnis genommen hat, nennt die Beschwerde nicht. Dass das LSG dem Vorbringen nicht gefolgt ist, begründet keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.
- 18 Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

