

## L 30 P 4/20 B ER

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Pflegeversicherung  
Abteilung  
30  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 209 P 506/19 ER  
Datum  
20.12.2019  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 30 P 4/20 B ER  
Datum  
24.02.2020  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Der Antrag der Antragstellerin, ihr für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens Prozesskostenhilfe zu gewähren, wird abgelehnt. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird unter Änderung des Beschlusses des Sozialgerichts Berlin vom 20. Dezember 2019 festgestellt, dass der Widerspruch der Antragstellerin vom 12. Juni 2019 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 6. Mai 2019 aufschiebende Wirkung hat, und wird der Antragsgegnerin zur Aufhebung des Vollzugs aufgegeben, die Pflegegeldzahlungen mit der Zustellung dieses Beschlusses an sie einstweilen wieder aufzunehmen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die Hälfte ihrer notwendigen außergerichtlichen Kosten des gesamten Eilverfahrens zu erstatten.

Gründe:

1. Der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe (PKH) wird mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückgewiesen, denn eine Bewilligung von PKH kommt in gerichtskostenfreien Verfahren – wie hier gemäß [§ 183 Satz 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) für die Antragstellerin – grundsätzlich nur im Falle der Beordnung eines Rechtsanwalts gemäß [§ 73a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 121 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO) bzw. [§ 73a Abs. 1 S. 2 SGG](#) in Betracht (vgl. etwa Leitherer in Meyer-Ladewig/ Keller/ Leitherer/ Schmidt, SGG – Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 73a Rn. 4b). Hier hat die Antragstellerin die Beordnung eines konkret zur Vertretung bereiten Rechtsanwalts oder die Beordnung eines vom Gericht ausgewählten Rechtsanwalts nicht beantragt und ist auch bisher kein Rechtsanwalt für sie tätig geworden, der Gebührenansprüche gegen sie geltend machen könnte.

2. Die Beschwerde ist bzgl. der sinngemäß gestellten Anträge der Antragstellerin,

a. festzustellen, dass ihr Widerspruch vom 12. Juni 2019 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 6. Mai 2019 aufschiebende Wirkung hat, und die Aufhebung des Vollzugs anzuordnen,

b. der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung aufzugeben, ihr Pflegegeld zumindest nach einem Pflegegrad 3 zu gewähren, zulässig, aber nur im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

a. Mit ihrem Eilantrag wendet sich die Antragstellerin nach verständiger Würdigung ihres Gesamtvorbringens (vgl. [§ 123 SGG](#)) der Sache nach zunächst gegen die sofortige Vollziehung des Bescheides der Antragsgegnerin vom 6. Mai 2019 und begehrt zudem einstweilen die Wiederaufnahme der Pflegeleistungen. Der so verstandene Antrag ist mithin als ein gegen einen sog. faktischen Vollzug gerichteter Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung analog [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/ Keller/ Leitherer/ Schmidt, SGG – Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 86b Rn. 15) in Verbindung mit einem sog. Annexantrag auf Anordnung der Aufhebung des Vollzugs nach [§ 86b Abs. 1 S. 2 SGG](#) zulässig und teilweise begründet.

Der Feststellungsantrag hat Erfolg.

Zunächst geht der Senat anders als das Sozialgericht davon aus, dass das Schreiben der Antragstellerin vom 12. Juni 2019 bei verständiger Würdigung einen Widerspruch gegen den Einstellungsbescheid vom 6. Mai 2019 darstellt. Denn auf diesen nimmt sie darin ausdrücklich Bezug und zugleich wird deutlich, dass sie mit der Leistungseinstellung nicht einverstanden ist. Dass sie auch höhere Pflegeleistungen geltend macht, steht der Einstufung als Widerspruch gegen die Einstellungsentscheidung nicht entgegen. Davon geht ausweislich ihres Schreibens vom 25. November 2019 ("bei sehr großzügiger Auslegung") im Ergebnis auch die Antragsgegnerin aus.

Jedenfalls nach der im vorliegenden auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gerichteten Verfahren gebotenen und auch nur möglichen überschlägigen Prüfung entfaltet der Widerspruch der Antragstellerin vom 12. Juni 2019 gemäß [§ 86a Abs. 1 S. 1 SGG](#) aufschiebende Wirkung, zumal [§ 86a Abs. 2 Nr. 3 SGG](#) lediglich für die Anfechtungsklage in Angelegenheiten der Sozialversicherung bei Verwaltungsakten, die eine laufende Leistung herabsetzen oder entziehen, die aufschiebende Wirkung entfallen lässt. Insbesondere wurde der Bescheid der Antragsgegnerin allem Anschein nach bislang nicht bereits bestandskräftig, weil sich nicht feststellen lässt, dass die Antragstellerin erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist Widerspruch erhob. Nach [§ 84 Abs. 1 S. 1 SGG](#) ist der Widerspruch binnen eines Monats, nachdem der Verwaltungsakte dem Beschwerdeführer bekanntgegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Stelle einzureichen, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Nach [§ 37 Abs. 2 S. 1](#) des Zehnten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB X) gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben.

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Es ist nach Aktenlage nicht erkennbar, wann der Bescheid vom 6. Mai 2019 im vorstehenden Sinne zur Post aufgegeben wurde. Voraussetzung für die in [§ 37 Abs. 2 S. 1 SGB X](#) enthaltene Zugangsvermutung ist, dass dem Verwaltungsakt ein Vermerk über den Tag der Aufgabe zur Post entnommen werden kann. Voraussetzung für die Fiktion der Bekanntgabe ist demnach die Feststellung des Zeitpunktes, zu dem der maßgebende Verwaltungsakt zur Post gegeben wurde. Anderenfalls tritt keine Fiktion ein, sondern es kommt auf den tatsächlichen Zugang an, für den die Behörde die objektive Beweislast trägt. Der Verwaltungsakt ist dann zur Post aufgegeben worden, wenn er entweder in den Postkasten geworfen wurde oder beim Postamt abgegeben worden ist. Auf die tatsächliche Leerung oder die Leerungszeit kommt es nicht an (vgl. Ehmann/ Karmanski/ Kuhn-Zuber, Gesamtkommentar SRB, 2. Aufl. 2018, SGB X [§ 37](#) Rn. 9, zitiert nach beck-online).

Dies zugrunde gelegt fehlt es vorliegend an einer Aufgabe zur Post, weil sich dem von der Antragsgegnerin im gerichtlichen Eilverfahren nachgereichten Computerausdruck mit dem unter dem 6. Mai 2019 eingetragenen Hinweis "Postausgang Einstellung PG-Zahlungen 31.05.2019, Pflege lt. BE nicht sichergestellt" nicht entnehmen lässt, wann der Bescheid in den Machtbereich der Post gelangt sein soll. Soweit hiernach die sich aus [§ 37 Abs. 2 S. 1 SGB X](#) ergebende sog. Drei-Tage-Fiktion nicht in Gang gesetzt ist, kommt es auf den tatsächlichen Zugang an, wofür die Antragsgegnerin die Beweislast trägt, ohne im vorliegenden Fall nachweisen zu können, wann genau der Bescheid der Antragstellerin zugegangen ist. Mithin kann vorliegend mit Gewissheit nur davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin jedenfalls am 12. Juni 2019, worunter ihr Widerspruch datiert, den Bescheid erhalten haben muss.

Soweit ihr Widerspruch mithin gemäß [§ 86a Abs. 1 S. 1 SGB X](#) aufschiebende Wirkung entfaltet, ist auf den Annexantrag der Antragstellerin hin auch die Aufhebung der Vollziehung anzuordnen. [§ 86b Abs. 1 S. 2 SGG](#) enthält insofern die prozessuale Vorschrift zur vorläufigen Sicherung eines unselbständigen Folgenbeseitigungsanspruchs. Der Sache nach handelt es sich um eine Regelungsanordnung, wie sie [§ 86b Abs. 2 SGG](#) vorsieht, da die Rechtsposition der Antragstellerin erweitert wird. Die Anordnung steht im Ermessen des Gerichts, da es um das "Wie" des vorläufigen Rechtsschutzes geht. Das Ermessen ist nicht zwingend deshalb eingeschränkt, weil der Rechtsstaat rechtswidrige Fakten nicht hinnehmen kann, da es sich nur um eine vorläufige Entscheidung des Gerichts handelt. Erforderlich ist eine Interessenabwägung des Gerichts, wobei das öffentliche Interesse an dem Fortbestand des Vollzugs gegen das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung der Vollziehungsmaßnahme abzuwägen ist (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/ Keller/ Leitherer/ Schmidt, SGG - Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 86b Rn. 10a).

Hiervon ausgehend übt der Senat sein Ermessen dahingehend aus, dass, weil mit diesem Beschluss die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs festgestellt wird, ab Erlass des vorliegenden Beschlusses die Vollziehung in Gestalt der Einstellung bzw. Entziehung der Pflegegeldzahlung aufzuheben ist. Für die Zeit davor erscheint eine Aufhebung der Vollziehung jedenfalls im Rahmen der vorliegenden, nur vorläufigen Entscheidung nicht geboten, weil die zu erbringenden Pflegegeldleistungen den nunmehr bereits in der Vergangenheit liegenden Pflegebedarf nicht mehr sicherstellen können. Insofern verhilft auch das Vorbringen der Antragstellerin, sie habe einen Kredit aufnehmen bzw. ihren Dispositionskredit in Anspruch nehmen müssen, der Beschwerde nicht zum Erfolg. Denn es ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Antragstellerin diese Verbindlichkeiten zur Sicherstellung ihres Pflegebedarfs eingegangen ist. Insofern ist die Antragstellerin auf die Durchführung des Hauptsacheverfahrens zu verweisen.

b. Die auf die einstweilige Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Gewährung höherer Pflegegeldleistungen gerichtete Beschwerde hat keinen Erfolg. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsgrund mit der für die Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit nicht gemäß [§§ 86b Abs. 2 SGG, 920 Abs. 2, 294 ZPO](#) glaubhaft gemacht. Für ein eiliges Regelungsbedürfnis im Sinne einer gegenwärtigen existenziellen Notlage, die nur durch die Erbringung höherer Pflegegeldleistungen beseitigt werden kann, ist bislang nichts ersichtlich. Nach den aktenkundigen Feststellungen beim von der Antragsgegnerin durchgeführten Ortstermin vom 22. März 2019 und anlässlich der Begutachtungen zur Feststellung des Pflegebedarfs am 3. Juli 2019 und 9. August 2019 ist nicht erkennbar, dass die Antragstellerin überhaupt nennenswerte Pflegeleistungen tatsächlich in Anspruch nimmt, obwohl sie vorträgt, Pflegepersonen herangezogen zu haben. So wurden am 22. März 2019 zunächst eine unzureichende pflegerische Versorgung ihrer Harninkontinenz sowie eine Überforderung im Haushalt, bei der Körperpflege, in den sozialen Kontakten festgestellt, ohne dass eine Pflegeperson zugegen war. Am 3. Juli 2019 wurden ein eingekotetes Bett, ein unreines Wohnumfeld mit diversen Krümeln, harten Brotstücken und eingetrockneten Flüssigkeiten auf dem Boden und eine Küche ohne nennenswerte Lebensmittel und ein abgeschalteter Kühlschrank, ferner Kotschalen auf dem Boden im Bad festgestellt, die Antragstellerin selbst in Nachtwäsche angetroffen, obwohl ihren Angaben zufolge mehrere Pflegepersonen für die Ausführung der Pflege herangezogen worden seien. Das Fehlen eines eiligen Regelungsbedürfnisses wird im Übrigen daran deutlich, dass die Antragstellerin bislang nicht auf das Angebot der Antragsgegnerin (vgl. etwa das Schreiben vom 19. Juli 2019) eingegangen ist, Pflegesachleistungen durch einen von der Antragsgegnerin bezahlten Pflegedienst in Anspruch zu nehmen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2020-05-04