

VERWALTUNGSGERICHT HANNOVER



Eingegangen

23. DEZ. 2011

Philip Koch
Rechtsanwalt

Az.: 2 B 3781/11

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

Antragstellerin,

Proz.-Bev.: Rechtsanwalt Koch,
Birkenstraße 12 a, 63829 Krombach, - 165/11 -

g e g e n

die Oberfinanzdirektion Niedersachsen - Landesweite Bezüge- und Versorgungsstelle
Aurich -,
Schloßplatz 3, 26603 Aurich, - 34.34/322364 -

Antragsgegnerin,

Streitgegenstand: Beihilfe (häusliche Krankenpflege)
- Antrag nach § 123 VwGO -
Aufwendungen für die Monate Oktober 2011 bis September 2012

hat das Verwaltungsgericht Hannover - 2. Kammer - auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Dr. H , den Richter am Verwaltungsgericht G , die Richterin am Verwaltungsgericht M sowie die ehrenamtlichen Richter L und P für Recht beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die nachgewiesenen Pflegeaufwendungen für den Sohn der Antragstellerin im tatsächlich angefallenen Umfang, maximal jedoch bis zu Aufwendungen von 840,00 Euro täglich im Zeitraum vom 1. Oktober 2011 bis zum 30. September 2012 vorläufig als beihilfefähig anzuerkennen, längstens jedoch bis zu einer Entscheidung der Kammer im Verfahren 2 A 3444/11.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Die Antragstellerin, die als Lehrerin des Landes Niedersachsen beihilfeberechtigt ist, ist Mutter des am 12.02.2009 geborenen Kindes M. Bei der Geburt ihres Sohnes kam es zu einer schweren Asphyxie, also einem Atemstillstand infolge eines Herz-Kreislauf-Versagens. M ist deshalb in schwerer Weise mehrfach behindert. Er leidet an einer bilateral spastischen Cerebralparese, Mikrocephalie, einer Ernährungsstörung mit Gastrostoma, einer therapieresistenten Epilepsie mit infantilen Spasmen, myoclonischen und tonischen Anfällen, rezidivierendem Erbrechen und rezidivierenden Infekten mit Bronchitis. Die private Krankenversicherung stuft ihn aufgrund der Berichte des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen ab September 2009 in die Pflegestufe 2 und ab September 2010 in die Pflegestufe 3 ein. Der die Pflegestufe 3 attestierende Bescheid der D vom 07.10.2010 befristete die tariflichen Leistungen nach der Pflegestufe 3 zunächst bis zum 31.01.2012, da der Medizinische Dienst bei der Untersuchung festgestellt hatte, dass eine Veränderung des Hilfebedarfs zu erwarten ist. Mittlerweile werden die Leistungen nach der Pflegestufe 3 weiterhin gewährt. Die Antragsgegnerin hatte in ihrem Bescheid vom 12.10.2009 die Beihilfefähigkeit der Aufwendungen bei dauernder Pflegebedürftigkeit im häuslichen und teilstationären Bereich anerkannt, und zwar als Pauschalbeihilfe bei Pflege durch andere geeignete Pflegepersonen nach Pflegestufe 2 (240,00 Euro monatlich). Nach Änderung der Pflegestufe erkannte der Beihilfebescheid der Antragsgegnerin vom 20.10.2010 die Pauschalbeihilfe nach der Pflegestufe 3 für häusliche Pflege durch andere geeignete Personen gemäß § 9 Abs. 4 Satz 2 BhV in Höhe von 685,00 Euro monatlich an, die bis heute weiter gezahlt wird.

Am 17.06.2011 stellte sich M erneut im Sozialpädiatrischen Zentrum Hannover (Hannoversche Kinderheilanstalt) vor, in dessen ständiger Betreuung er steht. In dem Verlaufsbericht von diesem Tage heißt es, seit der letzten Vorstellung Ende März sei es zu Verschlechterungen gekommen. M habe rezidivierende Tachyarrhythmien, sodass es auch im Schlaf zu einer massiven Beschleunigung des Pulses komme. In Phasen von täglichen Unruhezuständen komme es zu prolongierten Apnoen mit Sättigungsabfällen und Sauerstoffuntersättigung, Zyanose und Absinken der gemessenen Sauerstoffkonzentration im Blut auf unter 60 Prozent. Darüber hinaus seien massive Temperaturregulationsstörungen mit Wechsel zwischen Untertemperatur von 35 Grad und dann schwerwiegenden Fieberschüben problematisch, die eine sofortige Behandlung erforderlich machten. Aufgrund dieser neuen Krankheitssymptome sei eine intensive neurologische Krankenbehandlung, jetzt auch in den Tagphasen nötig. Die Behandlungspflege müsse

daher erhöht werden. Zusätzlich zu der nächtlichen Behandlungspflege von acht Stunden sollte die Behandlungspflege jetzt auch tagsüber von acht Stunden gewährleistet werden. Der behandelnde Arzt stellte unter dem 17.06.2011 eine entsprechende Verordnung häuslicher Krankenpflege für die Zeit vom 01.07. bis 30.09.2011 aus, und zwar im Umfang von einer täglich für sieben Stunden nötigen Nachtwache und tagsüber von acht Stunden.

Am 23.06.2011 fragte die Antragstellerin daraufhin bei der Antragsgegnerin wegen der Anerkennung der Behandlungspflege von M an. Diese antwortete unter dem 25.07.2011, dass sich der Höchstsatz für eine Behandlungspflege auf den Satz einer Berufspflegekraft belaufe und monatlich 3.347,04 Euro betrage. Aus Vertrauensschutzgründen werde aber die Behandlungspflege im Monat Juni 2011 noch mit dem vollständigen Rechnungsbetrag anerkannt. Der dies umsetzende Beihilfebescheid vom 21.07.2011 findet sich nicht in den Akten. Die Antragstellerin legte gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 25.07.2011 Widerspruch ein und beantragte am 04.08.2011 bei der Kammer, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Aufwendungen für die häusliche Krankenpflege ihres Sohnes M für die Monate Juli bis September 2011 in tatsächlicher Höhe als beihilfefähig anzuerkennen. Dieses vorläufige Rechtsschutzverfahren (2 B 2986/11) wurde mit Beschluss vom 04.10.2011 eingestellt. Dem lag zugrunde, dass die Antragsgegnerin in ihrem Widerspruchsbescheid vom 26.08.2011 dem Widerspruch dahingehend abgeholfen hatte, dass sie die vollen Kosten für die Behandlungspflege bis einschließlich September 2011 als beihilfefähig anerkannte.

Gegen die Zurückweisung des Widerspruchs im Übrigen hat die Antragstellerin am 09.09.2011 Klage erhoben - 2 A 3444/11 -, mit der sie die Anerkennung der Aufwendungen für häusliche Krankenpflege für die Zeit vom 01.10.2011 bis zum 30.09.2012 in tatsächlich entstandener Höhe begehrt.

Ebenfalls am 09.09.2011 hat die Antragstellerin einen erneuten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt. Eine in diesem Verfahren begehrte Zwischenentscheidung, mit der die Antragsgegnerin verpflichtet werden sollte, bis zur Entscheidung über die einstweilige Anordnung die Aufwendungen für die häusliche Krankenpflege vorläufig in tatsächlicher Höhe als beihilfefähig anzuerkennen, hat die Kammer in ihrem Teilbeschluss vom 22.11.2011 abgelehnt.

Die Antragstellerin legte eine fachärztliche Bescheinigung des Sozialpädiatrischen Zentrums Hannover vom 01.09.2011 vor. Darin heißt es:

"M muss aufgrund seiner schweren Mehrfachbehinderung mit den oben aufgeführten organischen Begleitproblemen 24 Stunden überwacht und gepflegt werden. Im Rahmen der pflegerischen Tätigkeiten sind Medikamente zu verabreichen. Eine neurologische Krankenbeobachtung, Kontrolle der Vitalparameter, Versorgung der PEG-Sonde, atemstimulierende Maßnahmen und Kontrolle von Temperatur und Herzfrequenz, Sauerstoffsättigung und Atmung sind kontinuierlich erforderlich.

M muss bei starker Verschleimung und Sekretproblemen regelmäßig abgesaugt werden. Sein Krankheitsbild ist die Folge einer peripartalen Sauerstoffmangelsituation und somit als Residualsyndrom anzusehen. Weder die Epilepsie noch die schwerste Tetraspastik, Ernährungsstörung und Verschleimung werden sich aus medizinischer Sicht in den nächsten zwölf Monaten in irgendeiner Weise so verbessern, dass der pflegerische Aufwand absehbar weniger wird.

Immer wieder ist eine Anpassung der Medikation an die aktuelle Situation erforderlich, kontinuierlich ist die Anwesenheit von versierten Kinderkrankenschwestern dementsprechend medizinisch indiziert. Es handelt sich hierbei nicht um eine akute Krankheit mit Heilungstendenz, sondern um eine Schwerstmehrfachbehinderung als Folgeerkrankung.

Eine pflegerische Entlastung der Eltern ist dauerhaft dringend erforderlich. Dieses wird sich auch durch mögliche weitere stationäre Aufenthalte zur Behandlung der bisher therapieresistenten Epilepsie nicht ändern. Im Gegenteil - je älter und größer M wird, umso aufwändiger wird die Pflege werden."

Die Antragstellerin trägt zur Begründung vor: Die Pflege ihres Sohnes werde durch die Ambulante Kinderkrankenpflege GmbH erbracht, die auf Basis einer Stundenvergütung von 35,00 Euro abrechne. Dies bedeute eine finanzielle Belastung von täglich 840,00 Euro, mithin in Monaten mit 30 Tagen von 25.200,00 Euro, mit 31 Tagen von 26.040,00 Euro und für den Monat Februar 2012 von 24.360,00 Euro. Die Aufwendungen überstiegen bei Weitem, was sie aus dem Familieneinkommen leisten könne. Sie erhalte Dienstbezüge aus der Besoldungsgruppe A13 BBesO, die netto 3.029,11 Euro zuzüglich Kindergeld betragen. Ihr Ehemann verdiene monatlich netto 329,00 Euro. Die Familie verfüge über ein Bankvermögen in Höhe von 9.762,00 Euro, davon 9.052,00 Euro auf den Namen des Ehemannes lautend. Ein weiteres verwertbares Vermögen oder auch Grundbesitz existiere nicht. Auf die eidesstattlichen Versicherungen der Antragstellerin und ihres Ehemannes wird insoweit Bezug genommen. Für die notwendige intensivkrankenpflegerische Versorgung sei die gezahlte Stundenvergütung angemessen. Derzeit nähmen sie den Pflegedienst für M im Umfang von zweimal acht Stunden täglich in Anspruch. Er sehe ihnen für Notfälle allerdings rund um die Uhr zur Verfügung.

Die Beihilfavorschriften des Bundes, auf die das Landesrecht verweise, seien wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip nicht mehr anwendbar. Für die Aufwendungen müsse der Dienstherr in vollem Umfang eintreten, da sie nicht auf eine nachrangige Sozialhilfe verwiesen werden dürfe. Auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung seien die Leistungen der häuslichen Krankenpflege nicht betragsmäßig begrenzt. Wäre ihr Sohn gesetzlich krankenversichert, so müsse die Krankenkasse die Kosten der häuslichen Krankenpflege in voller Höhe - als Sachleistung - ohne Zuzahlungen übernehmen. An dieser Regelung habe sich die Antragsgegnerin zu orientieren, zumal § 80 Abs. 6 NBG fordere, den Umfang der Beihilfegewährung in Anlehnung an das SGB V zu regeln. Sie könne auch nicht darauf verwiesen werden, dass eine Unterbringung ihres Sohnes in einer pflegerischen Einrichtung kostengünstiger sei. Eine solche Unterbringung sei schon wegen des Alters des Kindes nicht zumutbar. Eine Betreuung in einem Pflegeheim würde auch das familiäre Zusammenleben aufheben, das grundrechtlich geschützt sei. Dieses Grundrecht wäre bei einem Verweis auf diese Möglichkeit zumindest mittelbar beeinträchtigt.

Im Oktober 2011 sei nur eine Rechnung über 10.140,75 Euro Pflegeaufwand angefallen, da sich M für elf Tage im Kinderhospiz befunden habe. Für die Folgemonate sei jedoch wieder mit weit höheren Beträgen zu rechnen. Der Pflegedienst lasse sich auf eine Stundung der Rechnungen nicht ein, dies habe sie vergeblich versucht. Zudem müsse das Bad der Familie behindertengerecht ausgebaut werden, die notwendigen Aufwendungen dafür beliefen sich laut Kostenvoranschlag auf 5.274,47 Euro.

Die Antragstellerin beantragt,
die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten,
die Aufwendungen für die häusliche Krankenpflege zugunsten ihres Soh-

nes M für die Zeit ab dem 01.10.2011 vorläufig bis zum 30.09.2012 in tatsächlicher Höhe, maximal jedoch in Höhe von 840,00 Euro pro Kalendertag als beihilfefähig anzuerkennen und ihr diese Aufwendungen unter Berücksichtigung eines Bemessungssatzes von 80 v. H. auf Antrag hin zu erstatten,

das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs darüber einzuholen, ob § 120 Abs. 1 NBG insoweit mit Art. 2 Abs. 2 der Niedersächsischen Verfassung vereinbar ist, als darin über den Verweis auf die Regelung des § 87 c NBG der am 31.03.2009 geltenden Fassung die Beihilfevorschriften des Bundes für anwendbar erklärt werden.

Die Antragsgegnerin beantragt,
den Antrag abzulehnen.

Sie verteidigt die angegriffenen Bescheide und erwidert: Sie erkenne ab dem 01.10.2011 die Kosten für die Behandlungspflege mit den Maximalbetrag entsprechend § 6 Abs. 1 Nr. 7 BhV beihilferechtlich an. Darüber hinausgehende Ansprüche könnten aus der Fürsorgepflicht nicht geltend gemacht werden, weil das Beihilferecht den streitigen Anspruch speziell und abschließend regelt. Wegen des nur ergänzenden Charakters der Beihilfe könne ein Beamter nicht erwarten, dass seine krankheitsbedingten Aufwendungen in vollem Umfang gedeckt werden. Bei der Konkretisierung der Fürsorgepflicht bestehe ein weiterer Gestaltungsspielraum des Normgebers, der es rechtfertige, die Beihilfefähigkeit bestimmter Aufwendungen auf Höchstbeträge zu beschränken. Sofern die Antragstellerin die zustehenden Leistungen aus der Sozialhilfe nicht in Anspruch nehmen wolle, sei darauf hinzuweisen, dass die Versorgung des Sohnes in einem für diese Zwecke ausgerichteten Pflegeheim auch möglich wäre.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und den auszugsweise vorgelegten Beihilfevorgang Bezug genommen.

II.

Der zulässige Antrag hat in der Sache Erfolg.

Die Antragstellerin hat Anspruch auf Anerkennung der ihr tatsächlich entstehenden Pflegeaufwendungen für ihren Sohn M , wenn sie der Antragsgegnerin durch Vorlage der Rechnungen der ambulanten Kinderkrankenpflege nachgewiesen werden. Diesen Anspruch hat die Kammer befristet, und zwar antragsgemäß bis zum 30.09.2012 sowie für den Fall, dass eine Entscheidung im Klageverfahren vor diesem Zeitpunkt ergehen kann, bis zu einer Entscheidung der Kammer in dem Verfahren 2 A 3444/11.

Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens, um eine Entscheidung des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes zur Gültigkeit der bis zum 31.12.2011 im Lande Niedersachsen fortgeltenden Beihilfevorschriften des Bundes herbeizuführen, bleibt dagegen erfolglos.

Der notwendige Anordnungsgrund ist glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin hat derzeit Aufwendungen für die Pflege ihres Sohnes in einer Höhe zu tragen, die es unzumutbar erscheinen lässt, sie auf den Abschluss des Verfahrens zur Hauptsache - 2 A 3444/11 -

zu verweisen. In diesem Klageverfahren hat die Kammer mit Beschluss vom heutigen Tage Beweis erhoben, so dass ein mündlicher Verhandlungstermin nicht absehbar ist. Täglich entstehen derzeit Aufwendungen für 16 Stunden ambulanter Krankenpflege mit 35 EUR je Stunde.

Diese Beträge können von der Antragstellerin und ihrem Ehemann aus dem Familieneinkommen und auch unter Rückgriff auf vorhandenes Vermögen nicht geleistet werden. An der Notwendigkeit der Aufwendungen bestehen aufgrund der ärztlichen Verordnung und des Krankheitsbildes des Sohnes keinerlei Zweifel. Die Höhe des vom Pflegedienst in Rechnung gestellten Stundensatzes erscheint der Kammer angemessen und wird auch von der Antragsgegnerin nicht in Zweifel gezogen.

Glaubhaft gemacht ist auch der Anordnungsanspruch für den streitigen Zeitraum.

Der Antragstellerin geht es nicht allein um Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 BhV, der über § 120 Abs. 1 NBG n. F. über den Verweis auf § 87 c NBG a. F. bis zum Jahresende gilt. Sie hat im Klageverfahren den Bescheid angefochten, der Aufwendungen nach dieser Vorschrift gewährt, aber der Höhe nach begrenzt. Ihr Begehren ist so zu verstehen, dass sie täglich maximal 840,00 Euro an Aufwendungen als beihilfefähig anerkannt haben möchte, aus welchem Rechtsgrund auch immer. Deshalb ist von der Kammer daneben § 9 BhV wegen Aufwendungen bei dauernder Pflegebedürftigkeit in den Blick zu nehmen, die hier bei dem Sohn M vorliegt. Der Bescheid der Antragsgegnerin vom 20.10.2010 gewährt eine Pflegebeihilfe pauschal wegen der Pflege durch die Familie in Höhe von 685,00 Euro. Der das Verfahren auslösende Antrag der Klägerin vom 23.06.2011 ist, auch wenn ihm eine ärztliche Verordnung für Behandlungspflege als Anlage beigefügt ist, so zu verstehen, dass es der Antragstellerin auch um eine Beihilfe wegen dauernder Pflegebedürftigkeit geht. Für eine Beihilfe nach § 9 BhV bedarf es keiner ärztlichen Verordnung, sie knüpft allein an die Feststellung der Pflegebedürftigkeit und die jeweilige Pflegestufe an. Behandlungspflege nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 BhV wird beihilferechtlich dagegen nur abgerechnet, wenn sie nach ärztlicher Bescheinigung notwendig ist.

Klärungsbedürftig ist deshalb das Verhältnis von § 6 Abs. 1 Nr. 7 BhV zu § 9 BhV. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 9 BhV sind die Aufwendungen für eine notwendige Pflege neben anderen nach § 6 Abs. 1 BhV beihilfefähigen Aufwendungen beihilfefähig. Dies ist hier eine Behandlungspflege nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 2 BhV. Im Gegensatz zur Grundpflege, zu der die Bereiche Mobilität und Motorik (z. B. Betten, Lagern, An- und Auskleiden), Hygiene und Nahrungsaufnahme gehören, umfasst die Behandlungspflege beispielsweise Verbandwechsel, Injektionen, Katheterisierungen, Absaugen von Sekreten und Einreibungen. Diese Maßnahmen sind bei M auf Dauer notwendig. Während nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 1 BhV bei Grundpflege eine Beihilfe nur gewährt wird, wenn sie vorübergehender Natur ist, sind Aufwendungen für eine Behandlungspflege nach Satz 2 auch dann beihilfefähig, wenn sie dauernd notwendig wird. Demgegenüber regelt § 9 BhV die auf Dauer notwendige Grundpflege.

Sowohl die Pauschalbeihilfe nach § 9 BhV wie die Aufwendungen für Behandlungspflege nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 BhV kennen Obergrenzen der Beihilfefähigkeit für die entsprechenden Aufwendungen. Die Grenze liegt nach § 9 Abs. 3 Satz 2 BhV bei außergewöhnlich hohem Pflegeaufwand der Stufe 3 bei höchstens den durchschnittlichen Kosten einer Krankenpflegekraft, die derzeit bei monatlich bei 3.347,04 Euro liegt. Dieselbe Höchstgrenze wird in § 6 Abs. 1 Nr. 7 Satz 3 BhV festgesetzt. Nach dem Urteil des OVG Lüneburg vom 21.09.2000 - 5 L 4811/99 - ist die genannte Obergrenze für Pflegeaufwendungen für die Grundpflege einerseits und die Behandlungspflege andererseits nicht jeweils besonders zu berücksichtigen. Weil hinsichtlich der Beihilfefähigkeit der Aufwendungen bei dauernder Pflegebedürftigkeit in § 9 Abs. 1 BhV uneingeschränkt auf die nach § 6

Abs. 1 beihilfefähigen Aufwendungen verwiesen werde und damit auch dessen Sätze 1 bis 4 in Bezug genommen seien, rechtfertige sich die Annahme, dass die Verweisung sich auf die Regelung der Höhe der Aufwendungen ebenfalls erstrecke. Für eine Berücksichtigung der Aufwendungen für die Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung einerseits und für die Behandlungspflege andererseits jeweils nach den Kosten für eine Berufspflegekraft als Obergrenze sei deshalb bei dauernder Pflegebedürftigkeit kein Raum. Diese Entscheidung ist aber nicht rechtskräftig geworden, sondern vom Bundesverwaltungsgericht für wirkungslos erklärt worden, nachdem sich in der Revisionsinstanz die Beteiligten des dortigen Verfahrens geeinigt hatten. Das OVG hat seine Rechtsauffassung in seinem Beschluss vom 21.07.2011 - 5 ME 262/11- zwar wiederholt, sie überzeugt die Kammer jedoch nicht. Wie dargelegt handelt es sich um Aufwendungen aus durchaus verschiedenem Anlass, die nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 BhV nebeneinander beihilfefähig sind. Anders als in den genannten Entscheidungen geht es vorliegend auch nicht um die Konkurrenz zwischen befristeter Grundpflege und Behandlungspflege, sondern von Behandlungspflege zu dem Pauschbetrag nach § 9 BhV, dessen beihilferechtliche Anknüpfung bei dauernder Pflegebedürftigkeit allein die Einstufung in eine bestimmte Pflegestufe nach § 15 SGB XI ist. Wenn daneben laut ärztlicher Verordnung eine Behandlungspflege sich als notwendig erweist, sind diese Kosten dem Grunde nach notwendig und, wenn sie der Höhe nach angemessen sind, auch gesondert beihilfefähig. Danach ist die Antragsgegnerin zu verpflichten, neben der anerkannten Beihilfefähigkeit der Aufwendungen für Behandlungspflege weitere Aufwendungen in Höhe von 3.347,04 Euro auf der Grundlage des § 9 BhV - anstelle der bisher geleisteten pauschalen Pflegebeihilfe von 685,- Euro - bis zum 31.12.2011 als beihilfefähig anzuerkennen.

Für den Zeitraum bis Jahresende sind die Beihilfevorschriften des Bundes als Allgemeine Verwaltungsvorschrift der rechtlichen Beurteilung weiter zugrunde zu legen. Das Bundesverwaltungsgericht (Urt. v. 17.11.2004, BVerwGE 121, 103) hat (ebenso bei landesrechtlicher Verweisung auf die Bundesregelung, vgl. Urt. v. 28.10. und 25.11.2004, ZBR 2005, 169 und 207) entschieden, dass die bisherige Regelung durch Verwaltungsvorschrift heute nicht mehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts entspricht und lediglich noch für einen Übergangszeitraum anzuwenden ist. Die noch hinzunehmende Übergangszeit für die Beihilfevorschriften hat das Bundesverwaltungsgericht sodann auf längstens bis zum Ende der 16. Legislaturperiode des Bundestages konkretisiert, die 2009 abgelaufen ist (BVerwG, Urt. v. 28.05.2008, ZBR 2009, 41; Urt. v. 26.06.2008, BVerwG E 131, 234). Für das Bundesrecht ist die Bundesbeihilfeverordnung fristgerecht am 14.02.2009 in Kraft getreten. Der Landesgesetzgeber hat vor Ablauf der vom Bundesverwaltungsgericht bestimmten Übergangsvorschrift in § 120 NBG neuer Fassung vom 25.03.2009 die vorübergehende Weitergeltung des § 87 c NBG alter Fassung angeordnet, die in Form einer statischen Verweisung auf die Beihilfevorschriften in Gestalt der 27. und 28. Änderungsvorschrift verweist. Diese Rechtslage gilt bis zum 31.12.2011, die auf § 80 Abs. 6 NBG neuer Fassung beruhende Niedersächsische Beihilfeverordnung vom 07.11.2011 tritt am 01.01.2012 in Kraft. Nicht nur der Ordnungsgeber, sondern der Gesetzgeber des Landes Niedersachsen hat im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts rechtzeitig reagiert und in Form des neuen § 120 Abs. 1 NBG zu erkennen gegeben, dass er sich die Verwaltungsvorschrift des Bundes noch für eine Übergangszeit zu Eigen machen will. Damit ist rechtsstaatlichen Bedenken die Grundlage entzogen und dem Gesetzesvorbehalt Genüge getan.

Auch über den 31.12.2011 hinaus ist ein Anordnungsanspruch gegeben.

Die am 01.01.2012 in Kraft tretende Beihilfeverordnung des Landes (vom 07.11.2011 - Nds.GVBl. S.372 -) differenziert zwischen häuslicher Krankenpflege (einschließlich Behandlungspflege) aufgrund ärztlicher Verordnung und häuslicher Pflegehilfe. Nach § 22

NBhVO sind Aufwendungen für eine nach ärztlicher Verordnung vorübergehend erforderliche häusliche Krankenpflege beihilfefähig bis zur Höhe der von den gesetzlichen Krankenkassen erstatteten Kosten. Der Antragsgegnerin ist aufgegeben worden, die Höchstgrenze nach § 22 NBhVO in konkreter Höhe mitzuteilen, dies war ihr jedoch wegen des differenzierten Tarifgefüges nicht möglich. In § 22 Abs. 2 NBhVO wird abweichend vom alten Beihilferecht die Behandlungspflege als Teil der häuslichen Krankenpflege behandelt. Nach dem Wortlaut des neuen Rechts sind Aufwendungen für eine Behandlungspflege folglich nur dann beihilfefähig, wenn diese lediglich vorübergehend erforderlich ist. Ein solcher Befund liegt bei M nicht vor, der dauerhaft Behandlungspflege benötigt. Im Gegensatz zu § 7 Abs.1 Nr. 7 BhV sind deshalb Aufwendungen für Behandlungspflege nach der Beihilfeverordnung für M nicht mehr beihilfefähig.

Häusliche Pflegehilfe nach § 33 NBhVO ist bis zu der in § 36 Abs. 3 SGB XI genannten Höhe beihilfefähig, wenn sie wie hier durch eine Pflegekraft erbracht wird, die die in den folgenden Nummern 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllt, wovon hier auszugehen ist. Nach § 36 Abs. 3 SGB XI beträgt der Höchstsatz für Pflegebedürftige der Pflegestufe III ab dem 01.01.2012 1.550,- Euro.

Als Ergebnis nach neuem Beihilferecht ist also festzuhalten, dass für Behandlungspflege überhaupt keine Beihilfe gewährt wird, weil sie auf Dauer notwendig ist und der Höchstbetrag für häusliche Pflegehilfe hinter dem des alten Rechts zurückbleibt.

Weitergehende Ansprüche nach den Beihilfavorschriften hat die Antragstellerin nicht. Zu denken wäre noch an eine Erhöhung des Beihilfebemessungssatzes. Ein solches Begehren ist bislang aber für Aufwendungen nach § 6 BhV nicht beantragt, vorab müsste ein solcher Antrag auch bei der Antragsgegnerin gestellt werden. Für Aufwendungen nach § 9 BhV bzw. nach § 33 NBhVO ist die Erhöhung des Beihilfebemessungssatzes ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. § 14 Abs. 6 Nr. 2 S. 2 BhV bzw. gem. § 80 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 j NBG i. V. m. § 43 Abs. 5 S. 2 NBhVO).

Für den hier streitigen befristeten Zeitraum kann die Antragstellerin zur Überzeugung der Kammer aber weitergehende Ansprüche aus dem Wesenskern der Fürsorge selbst herleiten. Der Rückgriff auf die gesetzliche Generalklausel des § 87 Abs. 1 NBG a. F. ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im durch Verwaltungsvorschrift geregelten Beihilferecht zulässig und auch geboten, wenn sonst die Fürsorgepflicht in ihrem Wesenskern als verletzt gelten müsste. Ist eine Beihilfegewährung auf der Grundlage der Niedersächsischen Beihilfeverordnung ausgeschlossen, so ist gemäß § 4 Abs. 2 NBhVO Beihilfe dennoch zu gewähren, wenn ihre Ablehnung im Hinblick auf die Fürsorgepflicht (§ 45 BeamStG) zu einer unzumutbaren Härte führte.

Soweit die Beihilfeleistungen bei unveränderter Sachlage nach der neuen Verordnung hinter denen des alten Rechts zurückbleiben, hat die Antragstellerin eine Verletzung des Wesenskerns der Fürsorge bzw. das Vorliegen einer unzumutbaren Härte glaubhaft gemacht. Allerdings kann eine allein wegen nicht ausreichender Alimentation bestehende Notlage nicht durch einen Rückgriff auf die Fürsorgepflicht behoben werden. Die Kammer verkennt auch nicht, dass ein Beamter nicht ohne Weiteres auf den unveränderten Fortbestand einer ihm günstigen Regelung vertrauen darf. Dies gilt insbesondere im Beihilferecht, wo schon in der Vergangenheit vielfach Änderungen eingetreten sind und mit weiteren Änderungen stets zu rechnen ist (BVerfG, Urt. v. 07.11.2002, BVerfGE 106, 225; BVerwG, Urt. v. 03.07.2003, DÖD 2004,82). Aus dem verfassungsrechtlichen Zusammenhang zwischen Fürsorge und Alimentation folgt jedoch, dass dem Beamten nicht Risiken aufgebürdet werden dürfen, deren wirtschaftliche Auswirkungen unüberschaubar sind. Deshalb schließt das gegenwärtige Alimentationsniveau im Beihilferecht einen Systemwechsel mit schwerwiegenden wesentlichen Einschränkungen des Leistungsstan-

dards aus (BVerwG, U. v. 17.06.2004, DVBl 2004, 1420). Ein solcher gravierender Systemwechsel liegt hier vor, ohne dass das Gericht sieht, wie sich die Antragstellerin im Wege privater Vorsorge dagegen absichern könnte. Ab dem 01.01.2012 sieht die NBhVO keine Beihilfe mehr zu Aufwendungen für auf Dauer notwendige Behandlungspflege vor. Zudem ist die Höchstgrenze bei dauernder häuslicher Grundpflege herabgesetzt worden. Einschränkende Rechtsänderungen dürfen aber die im jeweiligen Beihilfesystem angelegte Sachgesetzlichkeit nicht ohne zureichenden Grund verlassen (BVerwG; Urte. v. 28.05.2008, ZBR 2009, 41 und 47). Dies entspricht auch verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. BVerfG, Urt. v. 11.02.1985, BVerfGE 85, 238,247).

Den Grund für diese Neuregelung sieht die Kammer in dem Gebot des § 80 Abs. 6 Satz 1 NBG n. F., der dem Ordnungsgeber aufgibt, das Nähere über Inhalt und Umfang der Beihilfegewährung in Anlehnung an das Fünfte Buch des Sozialgesetzbuches zu regeln. Diesen Regelungsauftrag hat die Verordnung nur im Ansatz umgesetzt und dabei darüber hinaus nicht in ausreichendem Maße bedacht, dass die Vorgabe des Gesetzes in gleicher Weise auch die Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn nach § 45 BeamStG verlangt.

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung kennt andere Begrifflichkeiten für notwendige pflegerische Maßnahmen. § 37 SGB V gibt Versicherten, die nicht von ihren Haushaltsangehörigen versorgt und gepflegt werden können, Anspruch auf Leistungen der häuslichen Krankenpflege durch Leistungserbringer der gesetzlichen Krankenversicherung gemäß § 132 a SGB V. Das Gesetz unterscheidet insofern in zweifacher Weise. Einerseits wird zwischen Behandlungspflege, Grundpflege und hauswirtschaftlicher Versorgung unterschieden. Andererseits bestehen jeweils unterschiedliche Regelungen für Pflege zur Vermeidung oder Verkürzung von Krankenhausbehandlung (Vermeidungspflege, § 37 Abs. 1 SGB V), und für eine solche zur Sicherung der ärztlichen Behandlung (Sicherungspflege nach § 37 Abs. 2 SGB V). Während die Krankenhausvermeidungspflege alle drei Bereiche der Pflege als Regelleistung beinhaltet, wird bei der Sicherungspflege nur die Behandlungspflege als Regelleistung, die übrigen Bereiche ggf. als Satzungsleistung gewährt.

Aufgrund der Berichte des Sozialpädiatrischen Zentrums Hannover steht für die Kammer in diesem Verfahren fest, dass für M die Notwendigkeit der Behandlungspflege 24 Stunden am Tag besteht und diese gegenüber der Grundpflege einen beträchtlichen Teil des pflegerischen Aufwandes ausmacht. Ist die Pflege zur Sicherung des Behandlungserfolges unvermeidbar oder unentbehrlich und wird sie vom behandelnden Arzt dementsprechend verordnet, so besteht im Rahmen der Sicherungspflege ein gesetzlicher Anspruch auf die Behandlungspflege als Sachleistung, der keinen zeitlichen oder finanziellen Beschränkungen unterliegt. Wird wie im vorliegenden Fall neben der Behandlungspflege auch Grundpflege notwendig, ist für gesetzlich krankenversicherte Patienten nicht die Krankenkasse, sondern die Pflegekasse für diese Leistung zuständig. Ist auch die Behandlungspflege rund um die Uhr erforderlich, so ist eine Abgrenzung erforderlich, welcher Träger für die jeweiligen Pflegemaßnahmen und den hierfür erforderlichen Zeitaufwand einzustehen hat. Bei gleichzeitiger Erbringung von Grund- und Behandlungspflege durch dieselben Fachkräfte sowie einer Abrechnung dieser Leistungen nach denselben Stundensätzen, wie dies bei M der Fall ist, ergibt sich die Abgrenzung zwischen Kranken- und Pflegekasse als Leistungserbringer aus dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 17.06.2010 (B 3 KR 7/09 R - juris). Weil § 37 Abs. 2 S. 6 SGB V Leistungen der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung bei Eintritt von Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI ausdrücklich ausschließt, kann in diesem Fall nicht einfach der volle Betrag für 24 Stunden angesetzt und davon der von der Pflegekasse zu leistende Betrag abgezogen und der Rest der Krankenkasse in Rechnung gestellt werden. Wie die Abgrenzung im Einzelnen vorzunehmen ist, ergibt sich aus dem Urteil des Bundessozialge-

nichts vom 17.06.2010 (B 3 KR 7/09 R - juris). Nach diesen Abgrenzungskriterien kann es dazu kommen, dass vom Versicherten ein erhöhter Eigenanteil für die Grundpflege zu errichten ist (vgl. Rn 31 des Urteils bei juris), weil der Leistungsanspruch gegen die Pflegekasse beschränkt ist. Der Anspruch auf häusliche Pflegehilfe umfasst gem. § 36 Abs. 3 SGB XI je Kalendermonat für Pflegebedürftige der Pflegestufe 3 Pflegeeinsätze bis zu einem Gesamtwert von derzeit 1.510,00 Euro und ab dem 01.01.2012 von 1.550,00 Euro. Bei Vorliegen eines außergewöhnlich hohen Pflegeaufwandes, der das übliche Maß der Pflegestufe 3 weit übersteigt, kann die Pflegekasse nach § 36 Abs. 4 SGB XI zur Vermeidung von Härten weitere Pflegeeinsätze bis zu einem Gesamtwert von 1.918,00 Euro monatlich gewähren. Mit Wirkung vom 01.01.2012 nimmt § 33 Abs. 1 NBhVO auf die Höchstbeträge nach § 36 Abs. 3 SGB XI, nicht aber auf die Erhöhungsmöglichkeit nach Abs. 4 dieser Rechtsvorschrift, Bezug. Für zusätzliche Betreuungsleistungen ermöglicht allerdings § 35 Abs. 1 NBhVO eine weitere Beihilfe nach Maßgabe des § 45 b SGB XI, wenn die Voraussetzungen des § 45 a SGB XI erfüllt sind, was hier bei M der Fall sein könnte.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das neue Beihilferecht sich zwar bezüglich der Pflegeleistungen an den Rahmen des SGB XI orientiert, hinsichtlich notwendiger Behandlungspflege jedoch den Auftrag des Gesetzgebers nicht umsetzt, sich vom Gedanken des SGB V leiten zu lassen. Während gesetzlich krankenversicherte Personen auf Dauer notwendige verordnete Behandlungspflege als Sicherungspflege unbeschränkt erhalten, gibt das Beihilferecht für diese Leistungen keinen Anspruch. Zur Überzeugung der Kammer ist deshalb auf den Wesenskern der Fürsorge zurück zu greifen.

In dem hier ausgesprochenen zeitlichen Umfang spricht die Kammer im vorliegenden Verfahren der Antragstellerin den geltend gemachten Anspruch nicht nur in Höhe des doppelten Höchstbetrages von zweimal 3.347,04 Euro in Fortgeltung des alten Beihilferechts über den 31.12.2011 hinaus, sondern in voller Höhe zu. Allerdings erscheint nicht ausgeschlossen, dass im Verfahren zur Hauptsache sich ergeben wird, dass der Anspruch der Höhe nach beschränkt ist, jedenfalls nicht in dem Maximalbetrag von 840,00 Euro pro Kalendertag als beihilfefähige Aufwendungen besteht. Die Kammer hat nämlich am heutigen Tage im Verfahren 2 A 3444/11 einen Beweisbeschluss erlassen, um zu ermitteln, ob es für M eine zugelassene Pflegeeinrichtung gibt, die für ihn die notwendige Behandlungspflege nach Art und Umfang gewährleisten kann. Dem liegt die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde (B. v. 17.05.1990 - 2 B 17/90 - juris), wonach durch mehrere Berufspflegekräfte verursachte höhere Kosten für eine häusliche Pflege nicht mehr angemessen und nicht mehr beihilfefähig sind, wenn sie durch eine dauernde Unterbringung des Kranken in einem Pflegeheim vermieden werden können. Nach diesen Grundsätzen, denen sich auch das Nds. OVG angeschlossen hat (B. v. 21.07.2011 - 5 ME 262/11 -) könnte auch ein Beihilfeanspruch, der sich aus dem Wesenskern der Fürsorge herleitet, der Höhe nach beschränkt sein. Gleichwohl ist in diesem vorläufigen Verfahren der Anspruch in vollem Umfang zuzusprechen. Solange nicht geklärt ist, ob die medizinisch notwendige Pflege für M auch in einer Pflegeeinrichtung, die für die Eltern in erreichbarer Nähe besteht, erbracht werden kann, sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen. Würde die Kammer aber davon ausgehen, dass die Antragstellerin deshalb einen Anordnungsanspruch hinsichtlich der tatsächlichen Pflegeaufwendungen in voller nachgewiesener Höhe nicht glaubhaft gemacht hat, wäre sie wirtschaftlich nicht in der Lage, die finanziellen Aufwendungen für die häusliche Pflege ihres Sohnes zu leisten. Sie wäre deshalb gezwungen, ihren Sohn in eine Einrichtung zu geben, ohne dass aufgeklärt wäre, ob es eine den medizinischen Anforderungen entsprechende Einrichtung ist. Zudem würde die durch Artikel 19 Abs. 4 GG garantierte tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle im Klageverfahren nicht mehr greifen, weil sich die streitige Rechtsfrage aufgrund der finanziellen Zwänge faktisch erledigen würde.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Beschwerde an das

Niedersächsische Oberverwaltungsgericht,
Uelzener Straße 40,
21335 Lüneburg,

zu.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses bei dem

Verwaltungsgericht Hannover,
Eintrachtweg 19,
30173 Hannover,

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe dieses Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem

Niedersächsische Oberverwaltungsgericht,
Uelzener Straße 40,
21335 Lüneburg,

schriftlich oder in der Form eines elektronischen Dokuments nach Maßgabe der Niedersächsischen Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz vom 21. Oktober 2011 (Nds. GVBl. S. 367) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten; die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Bei der Einlegung und der Begründung der Beschwerde sowie in dem Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Rechtslehrerinnen und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, wenn sie die Befähigung zum Richteramt besitzen, sowie die in § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen; Bevollmächtigte, die keine natürlichen Personen sind, handeln durch ihre Organe und mit der Prozessvertretung beauftragten Vertreterinnen und Vertreter. Beteiligte, die danach als Bevollmächtigte zugelassen sind, können sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder

durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

M

G

Dr. H