Zweiter Teil: Recht auf Krankenbehandlung und seine Begrenzung in der GKV

C. Recht auf Krankenbehandlung im SGB V

Die gesetzliche Krankenversicherung ist das für die meisten in der Bundesrepublik Deutschland wohnenden Menschen eingreifende Sicherungssystem gegen das soziale Risiko der Krankheit. In ihr sind etwa 70 Millionen Menschen und damit 86,81 Prozent der Einwohner Deutschlands versichert.[34] Den Versicherten erwachsen aus ihr soziale Rechte auf Krankenbehandlung, wie sie in §§ 4, 21 I Nr. 2 SGB I allgemein formuliert und durch das SGB V ausgestaltet werden. Der Eintritt des Leistungsfalles hängt zunächst von der Einbeziehung des Einzelnen in die Versicherung ab. Sodann muss der Versicherungsfall der Krankheit eintreten und die erwünschte Therapie dem Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen. Dabei unterliegt das zunächst umfassend begründete Recht auf Krankenbehandlung (§ 27 SGB V) einer Vielzahl an Beschränkungen, die ihrerseits in Ausnahmefällen wieder überwunden werden.

I. Einbeziehung in die Versicherung

1. Pflichtversicherung

Die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung tritt als öffentlich-rechtliches Versicherungsverhältnis als Pflichtversicherung ohne und gegen den Willen des Betroffenen ein. Die Versicherungspflicht richtet sich nach § 5 SGB V. Danach sind – entsprechend des historischen Vorbildes[35] – zunächst Arbeitnehmer (Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind; § 5 I Nr. 1 SGB V) einbezogen. Entscheidend ist

[34] GKV-Spitzenverband, Kennzahlen der gesetzlichen Krankenversicherung, März 2015, S. 23 f., abrufbar unter http://www.gkv-spitzenverband.de/media/grafiken/gkv_kennzahlen/kennzahlen_gkv_2014_q4/GKV_Kennzahlen_Booklet_Q4-2014_300dpi_2015-03-26.pdf [22.05.2015].

[35] Dazu *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 76 ff.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2017
F. Wilksch, *Recht auf Krankenbehandlung und Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum*, DOI 10.1007/978-3-658-15846-0_2

dabei nicht das nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu bestimmende Arbeitsverhältnis, sondern das durch § 7 SGB IV vorgezeichnete sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis. Damit sind auch Personen in einem faktischen Arbeitsverhältnis oder Scheinselbstständige Pflichtmitglieder.[36]

Im Laufe der Zeit wurde die Versicherungspflicht auf mehrere Gruppen ausgeweitet. Heute sind über die Arbeitnehmer hinaus auch Empfänger von Arbeitslosengeld nach SGB III und Bezieher von Leistungen im Sinne des SGB II der Pflichtversicherung unterworfen. Ferner werden behinderte Menschen in Werkstätten, Heimarbeit, Anstalten oder Heimen, sowie Studenten, Praktikanten und Rentner in den Kreis der Versicherten aufgenommen. Gleiches gilt für Landwirte, Künstler und Publizisten.

§ 5 I Nr. 13 SGB V enthält ferner eine Auffangregelung, um eine Absicherung aller Einwohner im Krankheitsfall zu gewährleisten:[37] Danach sollen alle im Inland wohnenden Personen in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert werden, die keine anderweitige Absicherung gegen das Risiko der Krankheit aufweisen können.[38] Sie dürfen daher weder primär pflichtversichert im Sinne der § 5 I Nrn. 1 – 12 SGB V, noch freiwillig oder familienversichert sein. Auch der Schutz durch eine Privatversicherung steht § 5 I Nr. 13 SGB V entgegen. Dasselbe gilt ausweislich § 5 VIIIa SGB V auch für Bezieher von Leistungen nach §§ 27 ff., 41 ff., 47 ff. und 53 ff. SGB XII, sowie Leistungsberechtigte nach §§ 2, 4 AsylbLG (§ 5 VIIIa und XI 3 SGB V). Damit ist diese Form der Absicherung gänzlich subsidiär und erfasst letztlich nur solche Personen, die Aufwendungen zur Überwindung einer Krankheit privat tragen müssten.[39]

Von der Versicherungspflicht ausgenommen sind gemäß § 5 V SGB V hauptberuflich selbstständig Tätige. Neben der deklaratorischen Feststellung, dass Gegenstand der Versicherungspflicht allein abhängig Beschäftigte und ihnen gleichgestellte Personengruppen sind, betont diese Norm, dass in Fällen der Mehrfachbeschäftigung in abhängiger und selbstständiger Tätigkeit, der Hauptberuf über

---

36 *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 5 SGB V Rn. 4.
37 BT-Drs. 16/3100, S. 94.
38 Zur Absicherung gegen Krankheit im Ausland siehe BSGE 113, 134; 113, 160.
39 *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 51.

den Versicherungsstatus entscheidet. Dieser ist anhand der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Aufwand zu bestimmen.[40]

2. Versicherungsfreiheit und -befreiung

Die Regel der Versicherungspflicht des § 5 SGB V wird durch die §§ 6, 7 und 8 SGB V partiell durchbrochen. Bei §§ 6 und 7 SGB V handelt es sich um gesetzliche Ausnahmen, während § 8 SGB V normiert, dass bestimmte Personengruppen auf Antrag vom Versicherungsobligatorium befreit werden können.

Nach § 6 I Nr. 1 SGB V ist befreit, wessen Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze, welche durch Rechtsverordnung festgelegt wird,[41] übersteigt. Personen mit besonders hohem Einkommen weisen nach der gesetzgeberischen Konzeption ein niedrigeres Schutzbedürfnis auf.[42]

Umgekehrt sind auch Bezieher kleiner Einkünfte als geringfügig Beschäftigte (§§ 8, 8a SGB IV) von der Versicherungspflicht ausgeschlossen, § 7 SGB V. Dies beruht auf der Annahme, dass eine Beschäftigung in nur unwesentlichem Umfang nicht die wirtschaftliche Grundlage der Lebensführung sein könne und so damit zu rechnen sei, dass die Betroffenen anderweitig geschützt wären.[43] Ferner stünde den geringfügig Beschäftigten bei geringer Beitragszahlung der volle Umfang der leistungsrechtlichen Ansprüche zu. Unterdessen unterliegen die geringfügig Beschäftigten zwar nicht der Versicherungspflicht, doch ist für sie ein Arbeitgeberbeitrag in Höhe von 13 % zu entrichten, § 249b SGB V. Im Übrigen spricht die große Bedeutung der Mini- und Midijobs für den Arbeitsmarkt gegen die Annahme der wirtschaftlichen Irrelevanz für den Einzelnen. § 7 SGB V ist deshalb folgerichtig Gegenstand sozialrechtlicher und -politischer Diskussion.[44]

---

40 BSGE 77, 93 (95).

41 Stand 2015 beträgt diese 54.900 Euro p.a.

42 *Kruse*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl., 2012, § 6 Rn. 5.

43 *Peters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 7 Rn. 2; *Waltermann*, Sozialrecht, 11. Auflage 2014, Rn. 140 verweist zugleich auf die beschäftigungspolitische Intention.

44 Vgl. BT-Drs. 17/11174, S. 6 ff.

Ferner sind Beamte von der Versicherungspflicht befreit, weil sie über eine beamtenrechtliche Sicherung verfügen, § 6 I Nrn. 2, 4, 5, 6, II SGB V. Zwar gewährt die Beihilfe kein umfängliches Recht auf Krankenbehandlung, doch wird der Beamte durch einen Zuschuss zu den Behandlungskosten in die Lage versetzt, eine Eigenvorsorge in der privaten Krankenversicherung für den Krankheitsfall vorzunehmen, die seine Schutzbedürftigkeit im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung entfallen lässt.[45]

Durch § 8 SGB V wird dem erfassten Personenkreis die Möglichkeit eingeräumt, die Versicherungspflicht durch Willensbekundung zu beenden. Diese Vorschrift soll Personengruppen, die typischerweise schutzbedürftig erscheinen, allerdings bereits in der privaten Krankenversicherung gesichert sind, zeitlich begrenzt ermöglichen, diesen Zustand zu erhalten.[46] Die einmal getroffene Entscheidung über den Austritt aus der solidarischen Krankenversicherung ist bindend, § 8 II 3 SGB V.

3. Freiwillige Versicherung

Das Gegenstück zur Versicherungsbefreiung bildet die freiwillige Versicherung gemäß § 9 SGB V. Sie ermöglicht den Versicherungsberechtigten den Beitritt zur gesetzlichen Krankenversicherung durch Erklärung. Parallel zu § 8 SGB V richtet sich die freiwillige Versicherung vornehmlich an Personen, die ursprünglich der Versicherungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung unterlagen, diese aber nicht mehr vorliegt (z.B. durch Überschreiten der Jahresentgeltgrenze). Sie sollen der solidarischen Krankenversicherung weiter angehören können und nicht gezwungen werden, eine private Krankenversicherung in Anspruch zu nehmen.[47] Dies sind regelmäßig ehemalig Pflicht- oder Familienversicherte mit entsprechender Vorversicherungszeit. Daneben treten allerdings auch Schwerbehinderte im Sinne des § 2 II SGB IX. Sie haben regelmäßig keine ausreichenden finanziellen Möglichkeiten, eine eigene private Krankenversicherung abzuschließen.

---

45 *Zimmermann*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., 2014, § 4 Rn. 55.

46 *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 8 SGB V Rn. 1.

47 *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage 2009, S. 271.

4. Familienversicherung

Keinem mitgliedschaftlichen, dennoch einem Versicherungsverhältnis unterliegen die durch § 10 SGB V näher konkretisierten Familienangehörigen. Neben ein enges verwandtschaftliches Verhältnis zu einem Stammversicherten, tritt die Erfüllung von Alters- und Einkommensgrenzen.[48] Ferner ist die Familienversicherung subsidiär gegenüber eigenen Pflichtversicherungstatbeständen der Angehörigen. Auch Versicherungsfreiheit oder -befreiung schließen die Familienversicherung aus.

Demnach genießen Ehegatten und Lebenspartner den Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung, ebenso wie die Kinder des Mitgliedes oder Familienversicherten.

Voraussetzung der Familienversicherung ist zunächst der gewöhnliche Aufenthalt (§ 30 SGB I) im Inland. Jenem steht der Aufenthalt in den EU-Mitgliedsstaaten gleich (Art. 5, 17 VO (EG) 883/2004); dasselbe gilt für Staaten mit einem entsprechenden Sozialversicherungsabkommen.[49] Damit wird die Inanspruchnahme von Leistungen durch Angehörige eines Stammversicherten reguliert, die sich allein zum Zwecke der Behandlung im Inland aufhalten, normalerweise aber im Ausland leben. Ferner dürfen die Angehörigen keiner hauptberuflich selbstständigen Tätigkeit nachgehen. Dann nämlich soll die gesetzliche Krankenversicherung nicht das wirtschaftliche Risiko des Erfolges tragen. Dem Selbstständigen wird zugetraut und zugemutet, sich selbst zu sichern. Konsequenterweise ist die Erfassung durch die Familienversicherung auch dann ausgeschlossen, wenn es an der besonderen sozialen Schutzbedürftigkeit fehlt, weil ein nicht bloß unbeachtliches Einkommen erzielt wird.

Der Versicherungsschutz für Kinder wird weiter begrenzt. Zum einen bestehen Altersgrenzen, die davon abhängig sind, ob sich das Kind noch in der (Berufs-) Ausbildung befindet. Darüber hinaus richtet sich die Familienversicherung aller-

---

48 *Zimmermann*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., 2014, § 6 Rn. 2.

49 *Baier*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 10 SGB V Rn. 28.

dings auch nach der Frage, ob dem Kind zumutbar ein privater Krankenversicherungsschutz verschafft werden kann, wenn nur ein Elternteil gesetzlich, das andere hingegen privat versichert ist. Dies soll die Inanspruchnahme der gesetzlichen Krankenversicherung vermeiden, indem durch die Aufnahme einer Kleinstbeschäftigung ein für die Familienversicherten kostenloser Krankenversicherungsschutz herbeigeführt würde.[50]

II. Der Versicherungsfall der Krankheit

Für die in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten ergibt sich bei Eintritt des Versicherungsfalles der Krankheit ein Recht auf Krankenbehandlung nach § 27 I SGB V. Der Zentralbegriff des SGB V „Krankheit" ist indes weder im SGB V noch in der Rechtsordnung an anderer Stelle definiert. Vielmehr hat der Gesetzgeber bewusst auf eine Normierung verzichtet.[51] Es fehlt auch an einer allgemeinverbindlichen, interdisziplinär getragenen Begriffsbestimmung. Selbst der Rechtsprechung ist es bisher nicht gelungen, eine übergreifende Definition zu erarbeiten.[52] Insofern kann der Krankheitsbegriff im Recht auch nicht allgemeingültig sein, sondern ist funktional zu verstehen. Das SGB V will und muss nicht umfassend beantworten, was eine Krankheit ist, sondern nur den Versicherungsfall der Krankheit umschreiben.[53]

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist jener als ein „regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichenden Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat" zu verstehen.[54] Diese Begriffsbestimmung wirft zahlreiche Fragen auf.

---

50 *Felix*, Die Familienversicherung auf dem Prüfstand, NZS 2003, 624 (625); die Norm unterlag einer lang anhaltenden verfassungsrechtlichen Diskussion in Bezug auf eine behauptete Schlechterstellung von verheirateten Eltern. Das Bundesverfassungsgericht teilte die Bedenken jedoch nicht: BVerfGE 107, 205.

51 BT-Drs. 3/654, S.16; 11/2234 S. 157, 170.

52 Siehe nur die unterschiedlichen Definitionen in BGH NJW 1958, 916 (917); BAGE 10, 183 (184); 43, 54 (57); 48, 1 (3); BSGE 26, 240 (242); 35, 10 (12).

53 Siehe auch *Eichenhofer*, Krankheit und Behandlungsbedürftigkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 1994, 501 (501 f.).

54 Exemplarisch BSGE 19, 179 (181); 26, 240 (242); 35, 10 (12); 93, 252 (252 f.); auch bereits RVA AN 1916, 341 (342).

1. Regelwidriger Zustand

a) Grundsätzliches

Die Krankheit setzt zunächst einen Zustand voraus, der von der körperlichen und/oder geistigen Regelkonstitution abweicht. Maßstab soll dabei das „Leitbild eines gesunden, zur Ausübung normaler körperlicher und psychischer Funktionen fähigen Menschen" sein.[55] Es ist jedoch nicht ein *Ideal*bild, sondern ein *Normal*bild als Referenz maßgebend.[56] Dadurch wird klar, dass die gesetzliche Krankenversicherung, die Besserung, nicht die „Optimierung" der Gesundheit des Versicherten vor Augen hat. Daraus folgt eine weitgehende Absage an die Vorstellungen von gesundheitlichem Enhancement. Das Abstellen auf ein Leitbild verdeutlicht zugleich, dass die körperlichen und geistigen Voraussetzungen des Einzelnen stark variieren können. Einen Ausgleich innerhalb der Norm zu schaffen, ist nicht Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung.[57] Insofern muss sich eine zumindest nicht unerhebliche Divergenz vom Mittelwert feststellen lassen, dem ein Krankheitswert beigemessen wird.[58] Nicht jede labormedizinisch feststellbare Anomalie in den physiologischen Abläufen eines Patienten begründet eine Krankheit. Vielmehr muss aus der Regelabweichung ein funktionelles Defizit folgen; sie muss daher zu Beeinträchtigungen, die Leistungsfähigkeit und Lebensqualität mindern, führen.[59] Die Körper- und Geistesfunktionen müssen so stark betroffen sein, dass sie nicht mehr in befriedigender Weise ausgeübt werden können.[60]

---

55 BSGE 59, 119 (121); *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 12.

56 *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 27 Rn. 12; *Steege*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 27 Rn. 36 f., wonach „gesund" im medizinischen Sinne als das „Fehlen körperlicher, geistiger oder seelischer Veränderungen und Störungen" zu verstehen sei. Indes ist dies eine Tautologie, wenn die Krankheit als Abweichung von der Gesundheit, diese aber als Zustand ohne Abweichung definiert wird.

57 Siehe BSGE 48, 258 (265).

58 BSGE 35, 10; 48, 258; *Knispel*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 27 SGB V Rn. 7.

59 *Steege*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 27 Rn. 42.

60 BSGE 35, 10.

aa) Funktionsstörung

Demnach muss der Versicherte in seinen psychophysischen Fähigkeiten eingeschränkt werden. Der Betroffene muss durch die Normabweichung in seiner täglichen Lebensführung wesentlich beeinträchtigt werden.[61] Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn zwar ein Organ ausfällt, diesen Mangel aber andere Organe kompensieren. Dies gilt auch für eine fehlerhafte Kieferstellung, die aber weder die Kommunikation noch die Nahrungsaufnahme beeinträchtigt.[62] Weiter ist etwa eine unübliche Anordnung der Organe im Abdomen (Heterotaxie) keine Krankheit, wenn sie ohne Auswirkungen bleibt. Ebenso beeinträchtigt auch ein Hoch- oder Kleinwuchs grundsätzlich nicht die Lebensführung.[63] Überhaupt sind rein kosmetische Eigenheiten regelmäßig keine Krankheit. Die Norm an der sie zu messen sind, ist sehr weit zu fassen, da selbst erhebliche Abweichungen vom statistischen Mittel nicht unmittelbar jenseits des gewöhnlichen menschlichen Erscheinungsbildes stehen.[64]

Etwas anderes kann aber gelten, wenn die physische Abweichung zu psychischen Störungen führt. Dann ist allerdings die Behandlung jener vorrangig. Gleichwohl versagt die Prüfung eines Funktionsdefizits an den psychischen Beeinträchtigungen, da sich diese nicht in Funktionen klassifizieren lassen.[65] Die Psyche des Menschen und die ihn beschreibenden Eigenschaften sind in ihrer Diversität schwer zu erfassen und zu objektivieren. Weiterhin besteht – ähnlich dem äußeren Erscheinungsbild – eine Vielfalt an Charakteristika, Begabungen und jedenfalls öffentlich wahrnehmbaren Schwächen, sodass es schwer fällt, das Abweichen vom Normalbild festzustellen. Das Bundessozialgericht prüft deshalb nicht die Regelwidrigkeit, sondern formuliert das Erfordernis, dass der Versicherte

---

61 BSGE 35, 10 (12); 82, 158 (164); BSG SozR 4–2500 § 27 Nr. 2; *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 27 SGB V Rn. 17; *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 12b.

62 Vgl. BSGE 88, 166.

63 BSGE 72, 96 (98).

64 *Steege*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 27 Rn. 44.

65 *Prehn*, Zur normativen Funktion des Begriffes Krankheit im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht, VSSR 2014, 1 (23 f.).

trotz aller zumutbaren Willensanstrengung außerstande ist, den als krankhaft empfundenen Zustand mit eigenen Mitteln zu überwinden.[66] Diese Definition ist jedoch unscharf und korrespondiert auch nicht mit einer Reihe von anderen Entscheidungen des Gerichts. Zwar könnten psychisch bedingte Sprachstörungen Krankheit sein,[67] jedoch nicht die eingeschränkte Fähigkeit, zu lesen und schreiben oder dies zu erlernen (Legasthenie).[68] Für die Transsexualität soll es wiederum auf den subjektiven Leidensdruck ankommen; letztlich liege aber eine psychische Störung vor.[69] Anders wäre indes für den Fall der Homosexualität zu entscheiden. Diese ist nicht Krankheit. Wird aber wegen unglücklicher Sozialisierung und/oder aus religiösen/kulturellen Gründen ein großer Leidensdruck aufgebaut, so löst diese Erscheinung als „ichdystone Störung“ selbst den Versicherungsfall aus.[70] Ferner ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu reinen Befindlichkeitsstörungen. Solche liegen vor, wenn der Versicherte zwar ein subjektives Unwohlsein empfindet, sich dieses aber nicht in pathologischen Befunden niederschlägt.[71] Insoweit bedarf es der Abgrenzung von „wellness“/„well-being“ und Gesundheit bzw. deren Beeinträchtigungen.[72]

Jedenfalls wird deutlich, dass die Bestimmung des Versicherungsfalles „Krankheit“ für physische Beeinträchtigungen auf möglichst objektiver Basis erfolgt und rein subjektive Unzulänglichkeiten ohne Relevanz sind, während bei

---

66 BSGE 21, 189 (190 f.); *Eichenhofer*, Krankheit und Behandlungsbedürftigkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 1994, 501 (503).

67 BSGE 50, 47.

68 BSGE 48, 258: Hier führt das BSG aus, dass die Legasthenie eine Störung beim Erwerb bestimmter erlenbarer Fähigkeiten sei, dies aber dem allgemeinen Lebensrisiko und nicht der Krankenversicherung zuzurechnen sei. Dies trägt allerdings kaum. Zur gesellschaftlichen Teilhabe ist es nicht nur notwendig im Gespräch zu bestehen, es bedarf auch jedenfalls grundlegender Fähigkeiten, sich mithilfe von Texten zu informieren und zu orientieren. Auch ein Mindestmaß an Beherrschung der Sprache in der Schrift ist zu einer Lebensführung notwendig. Das Fehlen desselben kann ferner einen hohen Leidensdruck zur Folge haben. Soweit der „Normmensch“ in der Lage ist, jedenfalls ein Minimum an Lese- und Schreibfähigkeiten zu haben und zu erwerben, dieses im Einzelfall aber durch die Legasthenie eingeschränkt wird, ist ein Krankheitsfall kaum zu verneinen.

69 BSGE 93, 252; BSG Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 11/12 R – juris.

70 Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 9 – 3000-126/12, S. 5.

71 BSGE 21, 189 (190); *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 5 a.E.

72 Vgl. *Eichenhofer*, Krankheit und Behandlungsbedürftigkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 1994, 501 (503).

psychischen Krankheitsbildern ein höchst normatives Bild vorherrscht, das von Einzelfallentscheidungen gezeichnet wird.

bb) Entstellung

Unabhängig von einer Funktionsstörung kann eine Krankheit im Sinne von § 27 I SGB V auch dann vorliegen, wenn der Betroffene durch die Normabweichung entstellt wird.[73] Dabei genügen kosmetische Besonderheiten nicht, wenn sie allein nicht dem Schönheitsideal der Gesellschaft oder des Betroffenen entsprechen. Eine Entstellung wird erst dann angenommen, wenn die Abnormität so auffällig ist, dass die Versicherten aus Neugier oder Betroffenheit sich stetig den Blicken ihrer Mitmenschen ausgesetzt fühlen müssen, so dass eine geordnete Teilhabe am gesellschaftlichen Leben nicht mehr gewährleistet werden kann und die Person deswegen zu vereinsamen droht.[74] Die Entstellung ist tatrichterlich durch Inaugenscheinnahme nach objektivierten Kriterien zu bestimmen.[75] Es kommt nicht darauf an, dass allein der Patient sein Erscheinungsbild kaum erträglich findet.[76] Ist dies der Fall, kann jedoch eine Entstellung „objektiv" nicht festgestellt werden, kommt noch eine krankhafte psychische Störung in Bezug auf die Selbstakzeptanz in Betracht. Dann wäre jedoch auch primär diese zu behandeln und nicht operativ in die Körpersubstanz einzugreifen.

Die Rechtsprechung hat den vollständigen Haarausfall bei Frauen als entstellend anerkannt,[77] nicht jedoch bei Männern in fortgeschrittenem Alter.[78] Weiterhin kommen erhebliche Veränderungen im Gesicht des Versicherten in Betracht, so etwa bei erheblichen Narben im Bereich der Lippen[79] oder einer ausgeprägten

---

73 Siehe etwa BSGE 100, 119.

74 BSGE 85, 158; 95, 26; 100, 119; *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 27 Rn. 13.

75 *Steege*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 27 Rn. 46.

76 BSGE 72, 96 (98); *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 6.

77 BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 45.

78 BSG BKK 1981, 336; allerdings bei krankheitsbedingtem Haarausfall mit bestehender Kahlstelle an der Schädeldecke, die nicht natürlichem Haarausfall ähnelt: LSG S-A, Urt. v. 21.01. 2010 – 10 KR 22/07 – juris.

79 BSG SozR 3-1750 § 372 Nr. 1.

Wangenatrophie[80]. Gleiches gilt für eine dichte, schwarze Behaarung im Gesicht einer Frau als Folge eines Hirsutismus mit polyzystischem Ovarialsyndroms.[81] Bei Kiefer- und Gesichtsspalten kann auch eine Entstellung vorliegen; zumeist führen diese aber bereits zu einer Funktionsbeeinträchtigung.[82] Nicht entstellend wirken abstehende Ohren,[83] bei einer Frau die als zu klein oder zu groß empfundene Brust,[84] sowie ausgeprägte Bauchdeckenerschlaffung mit massiven Schwangerschaftsstreifen.[85]

Zwar kann man die entstellende Wirkung auch als Funktionsdefizit verstehen,[86] letztlich ist aber auch die Frage der Entstellung normativ zu bestimmen und unterliegt einem gesellschaftlichen Wandel. So wurde der Krankheitswert einer angeborenen starken Brustasymmetrie bei einer jungen Frau verneint, da diese durch Prothesen unter der Kleidung optisch überspielt werden könne.[87] Eine Entstellung wollte das Bundessozialgericht nicht feststellen können. Ob dies tatsächlich der allgemeinen Verkehrsanschauung entspricht, ist fraglich. Es spricht vieles dafür, dass eine junge Frau generell die Möglichkeit haben muss, sich knapp bekleidet und mit offenem Dekolletee in die Öffentlichkeit zu begeben, ohne unangenehmen Blicken ausgesetzt zu sein.[88] Wird sie darauf verwiesen, sich stets bedeckt zu kleiden, kann damit eine soziale Ausgrenzung aufgrund körperlicher Anomalie einhergehen. Denn der Besuch im Schwimmbad dürfte ihr ebenso schwerfallen, wie das Tragen eines Dirndls zum Oktoberfest. Die Frage, ob ein körperliches Merkmal entstellend wirkt, muss demnach auch anhand der aktuellen Mode und Lebensgewohnheiten beantwortet werden. Eine Narbe im Gesicht kann der in spezifischen Verkehrskreisen erwünschte burschenschaftliche „Schmiss“ sein, sie kann aber das soziale Leben von Verletzten erschweren. Die Entstellung

---

80 LSG Rh-Pf., Urt. v. 02.05. 2002 – L 5 KR 93/01 – juris.
81 LSG NdS-Br., Urt. v. 17.10.2012 – L 1 KR 443/11 – juris.
82 BSG SGb 1976, 264.
83 LSG B-Bbg, Beschl. V. 05.03.2013 – L 1 KR 277/12 – juris.
84 Stetige Rspr.; Vgl. für alle BSGE 93, 252; BSG MedR 2005, 33; auch nicht bei Männern: ThürLSG KHE 2012/97.
85 LSG NRW Urt. v. 03.05.2001 – L 5 KR 221/00 – juris.
86 BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 45; LSG Rh-Pf., Urt. v. 02.05. 2002 – L 5 KR 93/01 – juris.
87 BSG NZS 2005, 421.
88 So auch *Knispel*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 27 SGB V Rn. 9; a.A. offenbar *Meyerhoff*, Anspruch auf Krankenbehandlung wegen Entstellung?.

muss daher zentral an der Teilhabe am öffentlichen Leben bemessen werden und dieses ist nicht immer „zugeknöpft". Im Übrigen wäre anderenfalls auch ein – unumstritten geschuldeter[89] – Brustaufbau nach tumorbedingter Mastektomie nicht erklärbar.[90]

b) Grenzfälle des Krankheitsbegriffs: Schwangerschaft und Alter

Trotz und wegen der weitgehenden Abstraktion des Krankheitsbegriffes durch die stetige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts treten Grenzfälle auf, die nicht ohne weiteres zu beantworten sind. Dabei handelt es sich um Fallgruppen, die sich entweder schwer unter die genannten Kriterien subsumieren lassen, oder bei denen von diesen Kriterien abgewichen wird.

Zunächst rückt die Schwangerschaft ins Blickfeld. Diese ist zwar eine Abweichung von der Norm – statistisch dürften deutlich mehr Frauen nicht schwanger sein. Auch können Frauen durch die Schwangerschaft in ihrer Leistungsfähigkeit beeinträchtigt sein, sodass auch ein Funktionsdefizit festgestellt werden kann. Allerdings ist diese Abweichung nicht regelwidrig.[91] Sie ist vielmehr grundsätzlich ein naturgemäßer Zustand, der Versicherungsfall „Krankheit" wird durch sie deshalb nicht ausgelöst. Trotz der Üblichkeit der Schwangerschaft können, bei einem einen komplizierten – nicht normalen – Verlauf, Ansprüche nach § 27 SGB V erwachsen.[92] Darüber hinaus können Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch genommen werden, die an den §§ 24c ff. SGB V (§§ 195 ff. RVO a.F.[93]) zu messen sind. Schwangerschaft und Mutterschaft bilden insoweit zwei weitere Versicherungsfälle der gesetzlichen Krankenversicherung neben dem der Krankheit.[94]

---

89 Siehe hierzu BSGE 100, 119.

90 *Knispel*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 27 SGB V Rn. 9.

91 *Waltermann*, Sozialrecht, 11. Auflage 2014, Rn. 197.

92 BSG SozR 2200 § 182 Nr. 9.

93 Der Gesetzgeber hielt die Regelung in der weitgehend außer Kraft getretenen RVO nicht mehr für zeitgemäß und überführte die Leistungen mit kleinen Änderungen bei den Hebammenleistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft daher 2012 ins SGB V, siehe BT-Drs. 17/10170, 27; *Kießling*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 24c SGB V Vorb.

94 Siehe genauer *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 24c SGB V Rn. 6.

Eine ähnliche Konstellation liegt bei Altersgebrechen vor. Typsicherweise ist im Alter mit Einschränkungen der Funktionsfähigkeit des Organismus zu rechnen: Nachlassen der Muskelkraft, Seh- und Hörschwächen, Veränderungen an Gelenken, Gefäßen und Nerven. Insoweit ist das Auftreten der üblichen Alterserscheinungen kaum als regelwidrig zu qualifizieren. Dies wird im Übrigen auch durch den Gesetzgeber im Recht der Behinderung erkannt, § 2 I 1 SGB IX, wonach behindert nur ist, wessen körperlichen oder geistigen Fähigkeiten vom *alterstypischen* Zustand abweichen.[95] Anders als bei der Schwangerschaft soll die Referenzgruppe aber nicht merkmalsbezogen (Schwangerschaft/Alter) sein, sondern der gesunde „junge" Mensch wird zum Maßstab erhoben.[96] Dies mag auf die sich mit der modernen (auch geriatrischen) Medizin eröffnenden Möglichkeiten zurückzuführen und mit der gesellschaftlichen Auffassung erklärbar sein, dass auch altersbedingte Schwächen soweit wie möglich ausgeglichen werden sollen.[97] Sie erweisen sich letztlich dennoch als Fiktion von Krankheit und erscheinen nicht zwingend der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterliegen.[98] Das gleiche gilt für die mit dem Klimakterium einhergehenden Beschwerden. Auch diese sind keine Regelabweichung, wenn sie nicht atypisch stark sind. Dennoch ordnet sie der Gesetzgeber der solidarischen Krankenversicherung zu.[99]

---

95 *Steege*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 27 Rn. 38; siehe auch Siehe auch BAG AP Nr. 34 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa.

96 BSGE 85, 36 (39); *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 12a; zurückhaltender *Fahlbusch*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 27 Rn. 40.

97 *Eichenhofer*, Krankheit und Behandlungsbedürftigkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 1994, 501 (502): „soziale Wertentscheidung".

98 So auch Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gesundheitswesen in Deutschland Bd. 1, 1996, S. 122 passim; *Prehn*, Zur normativen Funktion des Begriffes Krankheit im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht, VSSR 2014, 1 (19): „versicherungsfremde Leistungen".

99 BT-Drs. 15/1525, S. 86; kritisch ebenfalls *Hess*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 34 SGB V Rn. 3.

c) (Ir)relevanz der Ursache

aa) Grundsatz

Auf die Ursache des regelwidrigen Zustandes kommt es grundsätzlich nicht an. Es kann dahinstehen, ob ein Versicherter das Augenlicht durch Degeneration, einen fremd- oder selbstverschuldeten Unfall oder gar durch gezielte Verletzung verliert oder verloren hat. Die Sozialversicherung interessiert sich im ersten Schritt allein für den krankhaften Zustand, nicht aber für dessen Entstehung.

Nichts anderes ist zunächst auch § 52 SGB V zu entnehmen. Danach ist der Versicherte, der sich eine Krankheit vorsätzlich oder im Laufe eines von ihm selbst begangenen Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zugezogen hat oder dessen Krankheit Folge einer Schönheitsoperation, Tätowierung oder Piercings ist, an den Kosten der ihm zugutegekommenen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu beteiligen. Die Norm erlaubt den Umkehrschluss, dass ein (Sach-)Leistungsanspruch durchgehend besteht und von der Krankenversicherung einzulösen ist. Erst im zweiten Schritt verfügt die Krankenkasse über ein Erschließungs- und Auswahlermessen der Höhe nach, ob und inwieweit sie ihre Aufwendungen auf den Versicherten übergehen lässt. Dieses Vorgehen ist keine sozialversicherungsrechtliche Selbstverständlichkeit. So kennt die Unfallversicherung eine Parallelnorm in § 101 SGB VII, die den Ausschluss und die Minderung von Leistungen überhaupt regelt.[100] Sie führt nicht nur zu einer Kostenbeteiligung, sondern zum Erlöschen des Anspruchs.

§ 52 SGB V verdeutlicht, dass die Krankenversicherung – trotz jeder sozialethischen Missbilligung seines Handelns – den Verletzten nicht auf sich gestellt lässt, sondern sein Recht auf Krankenbehandlung anerkennt und erst nach Überwindung der Notlage des Versicherten Rechtsfolgen anknüpft.[101]

bb) Krankheit oder bewusste Entscheidung der Lebensgestaltung

Vom Prinzip der Irrelevanz der Krankheitsursache wird bei der Frage einer ursprünglich gewollten, später aber unwillkommenen Sterilisation eine Ausnahme

[100] Vgl. auch BSGE 100, 124.
[101] BSGE 59, 119 (121).

gemacht. Hierzu führt das Bundessozialgericht aus, dass obschon Unfruchtbarkeit ein regelwidriger Zustand sei,[102] er weder vom Versicherten noch von der Versichertengemeinschaft als „Krankheit" angesehen werde, falls er bewusst und zweckgerichtet herbeigeführt wurde.[103] Gleichwohl möge anders zu entscheiden sein, wenn die Sterilisation auf gesundheitliche Gründe zurückgeht, die mittlerweile entfallen wären.[104] Diese Linie wurde vom Gesetzgeber in § 27 I 4 SGB V übernommen und fortgeführt, sodass die Erfüllung eines Kinderwunsches nicht als Krankenbehandlung verstanden, sondern lediglich den gleichen Regeln unterworfen wird.[105]

2. Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit

Über einen regelwidrigen Zustand hinaus, prüft das BSG die Kriterien der Behandlungsbedürftigkeit und/oder der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit.[106] Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn es dem Versicherten krankheitsbedingt nicht

---

102 So bereits BSGE 39, 167 (168).

103 BSGE 59, 119 (122).

104 Es ist dem Bundessozialgericht in seiner Argumentation zwar zuzustimmen, dass der Wechsel der Lebensplanung nicht dem durch die gesetzliche Krankenversicherung aufzufangenden Risiko unterliegt. Jedoch ist die Differenzierung zwischen gewollter und ungewollter, bzw. indizierter und nicht indizierter Sterilität methodisch kaum erklärbar (in diese Richtung auch *Huster*, Krankheitsbegriff und Reproduktionsmedizin, WzS 2010, 289 (291), der sodann auf die Relativität von Begriffen in ihrem jeweiligen Regelungskontext abstellt). Dies gilt insbesondere wegen des noch in derselben Entscheidung zitierten, „beherrschenden Grundsatz[es], dem Versicherten bei Erkrankungen jeder Art im eigenen und auch im Interesse der Allgemeinheit Krankenhilfe zu gewähren, damit er nach Möglichkeit bald wieder arbeitsfähig und gesund werde, [mit dem es] nicht zu vereinbaren [sei], die Gewährung von Krankenpflege davon abhängig zu machen, auf welche Weise die Krankheit entstanden sei" (BSGE 59, 119 (121)). Die Regelwidrigkeit führt solange nicht zu einer Funktionsstörung, wie die Funktion ohnehin nicht hätte in Anspruch genommen werden sollen. Es fehlt folglich an der Kausalität. Wird durch einen neuerlichen Kinderwunsch das Bedürfnis nach Reproduktionsfähigkeit wiedererweckt, lässt sich aber aufgrund der Regelwidrigkeit nicht umsetzen, so liegt eine Funktionsstörung vor. Konsequenterweise dürfte ein Behandlungsanspruch aus § 27 SGB V nicht bereits am Krankheitsbegriff scheitern. Überzeugender wäre wohl eine gesetzgeberische Ausdehnung des § 52 SGB V auf jegliche, nicht indizierte Eingriffe in die eigene körperliche Integrität und deren Folgen.

105 Zur Verfassungsmäßigkeit siehe BVerfGE 117, 316.

106 BSGE 33, 202; 35,10; 39, 167; 59, 119.

oder nur eingeschränkt möglich ist, seiner zuletzt ausgeübten oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachzugehen.[107] Behandlungsbedürftig ist eine Regelabweichung dann, wenn sie die Funktionsfähigkeit des Organismus in seinen körperlichen, geistigen und seelischen Dimensionen derart beeinträchtigt, dass eine Wiederherstellung oder zumindest Linderung ohne ärztliche Hilfe nicht zu erreichen ist.[108] Dies setzt begrifflich zunächst Behandlungsfähigkeit voraus. Das heißt, dass die Beschwerden einer ärztlichen Behandlung zugänglich sein müssen. § 28 SGB V bestimmt, dass dies der Fall ist, wenn zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst Maßnahmen ergriffen werden können. Hier ist die Abgrenzung zum Pflegefall vorzunehmen, wenn nämlich ärztliche Methoden keinen Erfolg mehr versprechen.[109] Gleichwohl sind lebensverlängernde und leidenslindernde Therapien hinreichend, um die Behandlungsfähigkeit zu bejahen.[110] Ferner unterliegt die Beurteilung der Behandlungsfähigkeit einem stetigen Wandel, der geprägt ist durch den medizinisch-technischen Fortschritt.[111] Für gestern noch als nicht therapierbar geltende Erkrankungen kann es morgen bereits eine Standardmethode geben. Ist eine Erkrankung behandlungsfähig ist sie zumeist auch behandlungsbedürftig. Allerdings sind dies solche Erkrankungen nicht, für die ein ärztlicher Eingriff nicht notwendig ist, da der Erfolg auch durch eine simple Anpassung der Lebensführung zu erreichen ist[112] oder mit hoher Wahrscheinlichkeit von allein eintritt[113].

Die dogmatische Einordnung der beiden Merkmale birgt Probleme. Die wohl herrschende Auffassung versteht Krankheit als einheitlichen Versicherungsfall,

---

[107] Statt vieler: *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 13; *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 28.

[108] *Prehn*, Zur normativen Funktion des Begriffes Krankheit im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht, VSSR 2014, 1 (12).

[109] BSGE 59,116; *Kraftberger*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl., 2012, § 27 Rn. 20.

[110] BSGE 28, 199 (201); 49, 216 (218); *Steege*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, 60 f.

[111] *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 27.

[112] *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 23.

[113] Selbstregulierung von Zahnfehlstellungen: BSGE 35, 10.

der sich in zwei relevanten Formen äußern kann. In diesem Zusammenhang wird vom zweigliedrigen Krankheitsbegriff gesprochen.[114] Ein solcher führt bei wortwörtlicher Anwendung zwingend zu logischen Brüchen. Krankheit soll danach sein, was behandlungsbedürftig ist; doch ist es medizinethisch allein vorstellbar, Krankheiten als behandlungsbedürftig anzusehen. Die Arbeitsunfähigkeit soll den Begriff der Krankheit ausmachen, doch nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit kausal auf eine Krankheit zurückzuführen ist.[115] Eine Definition eines Begriffes darf jedoch niemals in einem Zirkel enden.[116] Dieser Konflikt lässt sich nur auflösen, wenn man dem Begriff der Krankheit in derselben Definition zwei Bedeutungen – eine medizinische und eine versicherungsrechtlich-funktionelle – beimisst.

Dies erklärt sich aus der Differenz zwischen Versicherungs- und Leistungsfall.[117] Während dieser allein die grundsätzliche Zuständigkeit der Krankenversicherung eröffnet, tritt jener dann ein, wenn zusätzliche Voraussetzungen erfüllt werden.[118] Nach alledem sollen nur diejenigen Leistungen erbracht werden, die der Gesetzgeber der gesetzlichen Krankenversicherung zugewiesen hat, um die medizinisch festgestellte Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes des Versicherten zu überwinden, auszugleichen und zu lindern. Insofern ist also nicht der Krankheitsbegriff zweigliedrig. Dieser ist als Versicherungsfall allein anhand der medizinisch festzustellenden funktionsbeeinträchtigten Regelabweichung zu beurteilen. Er beschreibt den Eintritt eines Ereignisses, gegen dessen Nachteile der Versicherte Schutz durch die Krankenversicherung erwarten kann.[119] Sodann ist

---

[114] *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 8; kritisch aber *Krasney*, Zum Krankheitsbegriff in der Entwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung, ZSR 1976, 411 (412 f.); *Schulin*, Mitgliedschaft, Versicherungsverhältnis und Versicherungsfall nach neuem Krankenversicherungsrecht, KrV 1989, 215 (219); *Kraftberger*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl., 2012, § 27 Rn. 11 f.; *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 27 Rn. 5.

[115] Siehe dazu BSGE 33, 202 (203).

[116] *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 7. Auflage 2013, Rn. 199; *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 59.

[117] Siehe *Kummer*, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts - Bd. 1: Krankenversicherungsrecht, 1994, § 20 Rn. 3 ff.

[118] *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 3; *Prehn*, Zur normativen Funktion des Begriffes Krankheit im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht, VSSR 2014, 1 (3).

[119] *Kummer*, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts - Bd. 1: Krankenversicherungsrecht, 1994, § 20 Rn. 4.

(unter anderem[120]) zwischen den Leistungsfällen Behandlungsbedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden. Dieser gewährt bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen einen Anspruch auf Heilbehandlung, jener auf Einkommensersatzleistungen.

III. Recht auf Krankenbehandlung

1. Ziel der Krankenbehandlung

Ist der Leistungsfall festgestellt, besteht ein Recht auf Krankenbehandlung. Ausweislich § 27 I S. 1 HS 2 SGB V ist deren Ziel, die Krankheit zu erkennen und heilen, Verschlimmerungen zu verhüten und die mit ihr einhergehenden Beschwerden zu lindern. Damit wird in dieser Norm der Zweck der gesetzlichen Krankenversicherung aus § 1 S.1 SGB V aufgenommen und konkretisiert.

Primäre Funktion der Krankenbehandlung ist die Heilung, i.e. die vollständige Wiederherstellung der Gesundheit.[121] Üblicherweise werden in deren Rahmen auch die übrigen Behandlungsziele mitverwirklicht. So werden durch die Heilung der Krankheit auch deren Verschlimmerung vermieden und ihre Folgen gelindert; sei dies im Falle lebensverlängernder Maßnahmen auch nur das Herauszögern des Todes des Versicherten.[122] Die explizite Erwähnung zeigt, dass eine Behandlung zur Linderung auch dann geschuldet ist, wenn ein Heilungserfolg nicht mehr eintreten kann (insbesondere Palliativmedizin). Kollidieren die Behandlungsziele

---

[120] Neben Krankenbehandlung und Einkommensersatz treten etwa Maßnahmen der Prävention (§§ 20 ff. SGB V), die bereits vor Eintritt des Versicherungsfalles zu dessen Vermeidung beansprucht werden können. Diese geben insofern einen Leistungsanspruch ohne Eintritt eines Versicherungsfalles. Dagegen sind die Schwangerschafts- und Mutterschaftshilfen ein eigener Versicherungsfall, da diese nicht auf Krankheit beruhen, sondern Gegenstand der Familienförderung sind, allerdings wegen der besonderen Sachnähe der Krankenversicherung zugeordnet sind. Gleiches gilt für § 27a SGB V, der die künstliche Befruchtung regelt. Diese ist weder vom Bestehen einer nachweisbaren Regelwidrigkeit abhängig, noch auf die Behebung eines solchen Zustandes gerichtet, mithin nicht Krankenbehandlung. Sie beruht vielmehr allein auf der ungewollten Kinderlosigkeit der Ehegatten und berührt damit allein einen Randbereich der GKV. Die Regelung wurde dennoch ins SGB V eingeführt, um weitere Verweisungsnormen entbehrlich zu machen. Auch die Gewährung des Kinderkrankengeldes (§ 45 SGB V) ist ein eigener Versicherungsfall. Darüber hinaus sind Leistungsgewährungen zum Ausgleich einer Behinderung zu nennen.

[121] BSGE 35, 10; *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 27 SGB V Rn. 29.

[122] BSGE 47, 83; *Fahlbusch*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 27 Rn. 69.

ausnahmsweise (Schmerzlinderung vs. Lebensverlängerung) liegt die Entscheidung beim Versicherten und dessen Behandelnden.[123]

Die Krankenbehandlung muss unmittelbar auf den regelwidrigen Zustand gerichtet sein. Danach bedarf eine psychische Störung, die auf eine ästhetische Normdivergenz zurückzuführen ist, nicht einer Schönheitsoperation, sondern einer psychotherapeutischen Behandlung. Mittelbare Krankenbehandlung (= eine Behandlung, die nicht an der Krankheitsursache selbst, sondern an anderer Stelle ansetzt (z.B. Applikation eines Magenbandes zur Reduktion des Übergewichts bei krankhaften Essstörungen[124])) ist nur dann geschuldet, wenn dies besondere, d.h. nicht fiskalische[125] Gründe rechtfertigen, namentlich wenn eine Behandlungsalternative nicht besteht.[126] Weiter obliegen allgemein gesundheitserhaltende Maßnahmen nicht der gesetzlichen Krankversicherung, sondern der eigenverantwortlichen Lebensführung des Versicherten.[127]

2. Allgemeine Leistungsgrundsätze

Die allgemeinen Leistungsgrundsätze der gesetzlichen Krankenversicherung werden in § 2 SGB V geregelt. Die Norm dient als Auslegungshilfe für das gesamte Leistungsrecht.[128] Danach stellen die Krankenkassen ihren Versicherten Sachleistungen zur Verfügung (§ 2 II 1 SGB V), wenn diese wirtschaftlich sind und nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. Zugleich haben Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen.

---

123 *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 53; *Kraftberger*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl., 2012, § 27 Rn. 53.

124 BSGE 90, 289.

125 BSG SozR 4-2500 § 27 Nr. 3.

126 BSG SozR 4-2500 § 13 Nr. 20; *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 27 Rn. 22.

127 BSGE 85, 132; BSG NZS 2009, 217.

128 *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 2 SGB V Rn. 2.

Dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen Methoden, wenn sie von einer großen Mehrheit des wissenschaftlichen Fachpersonals befürwortet werden.[129] Dabei liegt der Schwerpunkt der Norm auf dem „Stand" der Forschung, der zu beachten ist, dagegen ist die Entwicklung lediglich zu berücksichtigen.[130] Maßgeblich ist dabei gewöhnlich der Maßstab der evidenzbasierten Medizin. Es genügen also grundsätzlich nicht bloße individuelle Erfahrungen, sondern es bedarf des Rückgriffs auf umfassende und einwandfrei durchgeführte, also Evidenz ergebende Studien.[131]

Die besonderen Therapieeinrichtungen sind zu beachten, um ein hinreichendes Maß an Therapiewahlfreiheit zu realisieren.[132] Besondere Therapieeinrichtungen sind Methoden jenseits der Schulmedizin, die auf einem weltanschaulichen Denkansatz beruhen, der Anerkennung bei einem größeren Teil der Ärzteschaft und Bevölkerung finden konnte.[133] Dies ist ausdrücklich der Fall für Homöopathie, Phytotherapie und Anthroposophie, § 34 III 2 SGB V. Für sie ist das Kriterium von Wirksamkeit und Qualität jedoch nicht schlechthin suspendiert. Eine Methode muss jedenfalls innerhalb der Therapierichtung anerkannt sein (Binnenanerkennung).[134]

Damit erweist sich bereits die Konstruktion des krankenversicherungsrechtlichen Leistungsrechts als gleichzeitige Beschränkung desselben. Denn mit den Anforderungen an eine qualitätsgesicherte Medizin ist nicht nur ein Versorgungsauftrag an die Krankenkassen gerichtet. Sie bestimmen auch, dass ein Versicherter Leistungen, deren Wirksamkeit nicht nachgewiesen ist, regelmäßig nicht verlangen kann.[135]

---

129 BSG SozR 3-2500 § 27 Nr. 5.

130 *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 3. Auflage 2014, § 9 Rn. 22.

131 *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 2 Rn. 3; *Stallberg*, Evidenz-basierte Medizin als Rechtsbegriff, PharmR 2010, 5 (8).

132 Siehe BSG SozR 4-2500 § 92 Nr. 12.

133 BSG SozR 4-2400 § 89 Nr. 3; SozR 3-2500 § 135 Nr. 4.

134 Sie unterliegen insoweit auch der Bewertung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss, § 135 I 1 Nr. 1 SGB V.

135 *Axer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 2 Rn. 4.

3. Leistungskatalog

§ 27 I 2 SGB V benennt abschließend[136] die für die Behandlung einer Krankheit zur Verfügung gestellten Mittel. Dabei handelt es sich um die ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie, die zahnärztliche Behandlung sowie die Versorgung mit Zahnersatz, die Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, die häusliche Krankenpflege und Haushaltshilfe und Leistungen der medizinischen Rehabilitation sowie ergänzende Leistungen.

Die Norm ist jedoch allein deklaratorisch. Ein Regelungsgehalt kommt ihr nicht zu.[137] Die benannten Methoden werden in den §§ 28 SGB V ff. weiter beschrieben und ausgestaltet.

a) (Zahn-) Ärztliche Behandlung

§ 28 I 1 SGB V definiert die ärztliche Behandlung als Tätigkeit des Arztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist. Hierzu zählen also alle Diagnose- und Therapiemaßnahmen, die durch einen approbierten Arzt erbracht werden. Der Verweis des Leistungsrechts auf das Recht der Leistungserbringer rechtfertigt sich aus dem besonderen Schutzgedanken der Krankenversicherung, die die Behandlung ihrer Versicherten nur in sachkundige Hände legen will.[138] Dennoch kann sich der Hilfeleistung anderer Personen bedient werden, § 28 I 2-4 SGB V. Dabei muss aber die ärztliches Fachwissen benötigende Leistung im Vordergrund stehen.[139]

Die Pflicht des Arztes, eine bestimmte Therapie durchzuführen, besteht nicht. Bei der Auswahl der Heilmaßnahmen verfügt der Arzt über Therapiefreiheit, soweit diese dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen

---

136 BT-Drs. 11/2237, S. 170; BSGE 81, 245 (248).

137 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 27 Rn. 31; *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 Rn. 64.

138 BVerfGE 78, 155; BVerfG MedR 1998, 269; BSG NJW 2007, 1385.

139 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 32.

und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen (§ 2 I 2 SGB V).[140] Überschreitet er dabei seine Fachgrenzen, gereicht das nicht zum versicherungsrechtlichen Nachteil des Patienten.[141] Von der ärztlichen Behandlung ist auch die Psychotherapie umfasst. Die Behandlung muss einem Behandlungsziel folgen, weshalb zunächst einmal eine behandlungsbedürftige und -fähige seelische Erkrankung vorliegen muss.[142] Sie muss sich ebenfalls an den Voraussetzungen des § 2 SGB V messen lassen, also wissenschaftlichen Standards genügen. Diese werden beachtet, wenn nur Leistungen erbracht werden, die der Gemeinsame Bundesausschuss (§ 91 SGB V) in seinen Psychotherapie-Richtlinien[143] anerkennt. Zugelassen zur Leistungserbringung sind neben den Ärzten auch approbierte Psychotherapeuten. Letztere vermögen allerdings nur einen Teil der ärztlichen Behandlung zu erbringen und sind deshalb von Leistungen der Rehabilitation, der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln aber auch der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten ausgeschlossen.[144] Darüber hinaus sind die Symptome des Patienten aus Gründen des Versichertenschutzes vor der eigentlichen Therapie durch einen Vertragsarzt somatisch abzuklären, § 28 III 2 SGB V.[145]

Zahnärztliche Versorgung meint die Verhütung, Erkennung und Behandlung von Zahn-, Mund- und Kieferkrankheiten, § 28 II 1 SGB V. Dies umfasst die Diagnose aber auch die Konservierung und chirurgische Behandlung.[146] Ferner ist dem Grunde nach auch die kieferorthopädische Behandlung umfasst sowie die Implantation von Suprakonstruktionen. Für letztere besteht allerdings allein ein Anspruch auf einen Festzuschuss und nicht auf Sachleistungen.

---

140 Siehe zur besonderen Aufmerksamkeit bei lebensbedrohlichen Erkrankungen etwa BGH NJW 1962, 1780 (1782).

141 BSG SozR 3–2500 § 13 Nr. 2.

142 *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 28 Rn. 50.

143 Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Durchführung der Psychotherapie i.d.F. vom 19.2.2009, zuletzt geändert am 18.4.2013.

144 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 28 SGB V Rn. 22.

145 BT-Drs. 13/8035, S. 17.

146 *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 89.

b) Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln

Zur Behandlung von Erkrankungen bedarf es regelmäßig der Arznei-, Heil-, und Hilfsmittel. Auch auf sie hat der Versicherte Anspruch zur Wiederherstellung seiner Gesundheit. Keiner der genannten Begriffe erfährt innerhalb des SGB V eine abschließende Definition.

Zur Begriffsbestimmung wurde sich daher zunächst lose am Arzneimittelbegriff des § 2 AMG orientiert.[147] Mittlerweile kann die sozialversicherungsrechtliche Definition als identisch mit der arzneimittelzulassungsrechtlichen angesehen werden.[148] Danach sind Arzneimittel Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen, die zur Anwendung im oder am Körper bestimmt sind und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung von Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind oder verabreicht werden, um die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen oder eine medizinische Diagnose zu erstellen. Damit sind Arzneimittel nicht nur solche Präparate, die, gleich in welcher Form sie eingesetzt werden, der Behandlung einer Krankheit dienen, sondern auch Impfstoffe[149] oder Vitaminabgaben[150]. Auch die zur Erkennung der Krankheit benötigten Mittel, die am oder im Körper eingesetzt werden (etwa Kontrastmittel bei bildgebenden Verfahren) sind Arzneimittel. Nicht erfasst sind dagegen ausdrücklich Lebensmittel[151] und Kosmetika, § 2 III Nr. 1 und 2 AMG. Abzugrenzen sind ferner Medizinprodukte. Sie wirken nicht pharmakologisch, sondern grundsätzlich physikalisch. Sind sie nicht jedenfalls arzneimittelmittelähnlich (§ 31 I 2 SGB V), können sie ein Hilfsmittel sein, §§ 3 MPG, 139 V SGB V.

147 BSGE 81, 240 (242).

148 *Pflugmacher*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 31 Rn. 5.

149 *Krüger*, in: *Kügel/Müller/Hofmann* (Hrsg.), Arzneimittelgesetz, 2012, § 4 Rn. 32.

150 VG Berlin PharmaR 1982, 189.

151 Die Abgrenzung ist mitunter schwierig, vgl. etwa BGH NJW 1995, 1615 zur Arzneimittelqualität von Knoblauchkapseln.

Hilfsmittel verfolgen den Zweck, durch ersetzende, unterstützende oder entlastende Wirkung, den Krankenbehandlungserfolg zu sichern oder einer Behinderung vorzubeugen beziehungsweise deren Folgen auszugleichen.[152] Zu den hierzu einzusetzenden sächlichen Mitteln zählen nach dem Wortlaut des § 33 I 1 SGB V Hörhilfen, Körperersatzstücke sowie orthopädische und andere Hilfsmittel. Ausweislich der Absätze 2 und 3 sind auch Sehhilfen grundsätzlich vom Begriff erfasst, wenngleich die Versorgung mit ihnen auf ein Minimum beschränkt ist. Der Hilfsmittelbegriff ist damit sehr weit gefasst und beinhaltet alle medizinischen Leistungen in Form beweglicher Sachen, die zur Erreichung des in § 27 SGB V postulierten Ziels beitragen.

Unter Heilmitteln versteht man alle medizinischen Dienstleistungen (siehe auch § 124 I SGB V). Dies sind zum Beispiel physikalische Therapie, Stimm-, Sprech- und Ergotherapie.[153] Sie müssen eine Krankheitsursache nicht unmittelbar bekämpfen, doch zumindest positiv auf den Heilungsverlauf einwirken.[154] Werden hierzu auch sächliche Mittel eingesetzt, kommt es darauf an, dass die Dienstleistung im Vordergrund steht.[155]

c) Krankenpflege und Haushaltshilfe

Eine Erkrankung kann dazu führen, dass der Betroffene nicht nur ärztliche Betreuung benötigt, sondern sich vorübergehend auch ein pflegerischer Bedarf ergibt. Dem tragen die §§ 37, 38 SGB V im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung Rechnung. Wenn ein Krankenhausaufenthalt vermieden oder verkürzt werden kann, oder (etwa wegen Transportunfähigkeit) nicht möglich ist, besteht ein Anspruch auf häusliche Krankenpflege im Haushalt des Versicherten, bei dessen Familie oder einem sonst geeigneten Ort als Nebenleistung zur Krankenbe-

---

[152] *Wabnitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 33 SGB V Rn. 2; *Butzer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 33 Rn. 1.

[153] *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 32 SGB V Rn. 4.

[154] BSG NZS 1995, 457.

[155] BSGE 86, 223 (233); *Butzer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 32 Rn. 7.

handlung. Sie umfasst keine ärztlichen Maßnahmen, sondern solche, die üblicherweise von Laien oder Angehörigen medizinischer Heilberufe erbracht werden.[156] Davon abgedeckt sind die Grundpflege, die die Verrichtungen des täglichen Lebens betrifft und die Behandlungspflege. Jene kann sich in einer Vielzahl ärztlich angeordneter Maßnahmen verwirklichen: Injektionen, Verbandswechsel, Medikamentengabe, etc.[157] Daneben tritt die Hilfe bei der Weiterführung des Haushalts, also das Zubereiten von Mahlzeiten oder die Reinigung von Krankenzimmer und Kleidung.[158]

Ein Anspruch auf eine Haushaltshilfe besteht ferner wenn ein Versicherter wegen einer Krankenhausbehandlung, Vorsorge-, Rehabilitations- oder Krankenpflegemaßnahme nicht seinen Haushalt, in dem ein maximal elfjähriges oder behindertes Kind lebt, selbst führen kann. Soweit auch kein anderer Haushaltsangehöriger den Ausfall des Versicherten auffangen kann, erbringen die Krankenkassen eine individuell am Versichertenhaushalt zu bestimmende Haushaltshilfe in Form von Sachleistungen.

d) Krankenhausbehandlung

Auch die Krankenhausbehandlung erfährt keine eigene Definition im Gesetz; vielmehr kommt es allein darauf an, dass eine Krankenbehandlung in einem Krankenhaus erbracht wird (institutioneller Begriff).[159] Voraussetzung dafür ist, dass eine apparative Mindestausstattung und die dauerhafte Verfügbarkeit von Pflegepersonal und Ärzten gewährleistet sind.[160] Es wird zwischen voll-, teil-, vor- und nachstationären sowie ambulanten Behandlungen unterschieden. Diese Formen sind jeweils durch unterschiedlichen Zeitpunkt und Dauer der Aufnahme in das Krankenhaus charakterisiert.[161] In jedem Fall zeichnen sie sich durch die Eingliederung

---

156 BSG SozR 4-2500 § 37 Nr. 4; *Ricken*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 37 Rn. 6.

157 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 37 Rn. 18.

158 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 37 Rn. 20.

159 *Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 39 Rn. 4.

160 BSG, SozR 2200, § 184 Nr. 28; SozR 4-2500 § 39 Nr. 2.

161 Siehe *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 236 f.

des Patienten in den organisatorischen Ablauf des Krankenhauses aus. Alle Formen sind grundsätzlich Bestandteil des versicherungsrechtlichen Anspruchs. Gleichwohl gilt eine Subsidiarität der vollstationären Behandlung, also der Versorgung des Patienten für mehr als einen Tag und eine Nacht,[162] § 39 I 2 SGB V. Das bedeutet, dass eine solche nur verlangt werden kann, wenn alle übrigen Behandlungsmethoden keinen Erfolg versprechen. Es kommt allein auf objektive Umstände an, ob also der Gesundheitszustand des Patienten die Aufnahme in das Krankenhaus notwendig erscheinen lässt oder nicht. Umstände, die außerhalb der medizinischen Bedürfnisse liegen, sind nicht zu berücksichtigen.[163] In der stationären Versorgung sind alle notwendigen ärztlichen Behandlungen und pflegerischen Leistungen als wesentliche Bestandteile (arg. § 107 I SGB V)[164] sowie die dafür erforderlichen Arznei-, Heil- und Hilfsmittel enthalten. Ferner hat der Versicherte Anspruch auf Unterkunft und Verpflegung. Darüber hinaus sind im Akutfall auch Leistungen der Frührehabilitation zu erbringen, die keinen Aufschub dulden, um die Wiedereingliederung des Patienten zu gewährleisten.[165]

e) Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzende Leistungen

Der Krankenhausbehandlung steht die Behandlung in Rehabilitationseinrichtungen nach § 40 SGB V nahe. Hier treten jedoch die pflegerischen Leistungen in den Vordergrund.[166] Durch die Gewährung der Rehabilitationsleistung sollen eine Behinderung oder die Pflegebedürftigkeit des Versicherten abgewendet, beseitigt, gemindert oder ihre Folgen ausgeglichen und abgemildert werden, § 11 II SGB V. Der Anspruch wird im Einzelfall durch die Krankenkassen selbst nach pflichtgemäßem Ermessen konturiert und zwar hinsichtlich Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen, § 40 III 1 SGB V.

---

[162] *Wahl*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 39 Rn. 32, 45.

[163] *Wahl*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 39 Rn. 73 f.; Dieser Maßstab war lange Zeit bis zu einer Entscheidung des Großen Senats des Bundessozialgerichts stark strittig, siehe BSGE 99, 111.

[164] *Brandts*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 39 SGB V Rn. 45.

[165] *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 238.

[166] *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 212.

4. Rahmenrecht – Recht auf Krankenbehandlung im Mehrebenensystem

a) Die Rolle des Gesetzes

Bei Vorliegen des Versicherungsfalls der Krankheit lässt sich aus § 27 SGB V ein Recht auf Krankenbehandlung bestimmen; dieses ist aber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht mit einem Anspruch – dem Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, § 194 I BGB – gleichzusetzen.[167] Darin wird die Unterscheidung von Versicherungs- und Leistungsfall sichtbar. Denn nur der Eintritt des versicherten Risikos führt nicht zwangsläufig zum Anspruch.[168] Vielmehr wird ein „Rahmenrechtskonzept" verfolgt[169]. § 27 I SGB V komme, entgegen seines scheinbar eindeutigen Wortlauts, kein Konditionalcharakter zu. Es handele sich um ein „offene Wertungsnorm"[170], die durch die weiteren (unter-)gesetzlichen Bestimmungen des Krankversicherungsrechts ausgefüllt werde. § 27 SGB V begründe demnach einen Anspruch nur „dem Grunde nach";[171] der Gesetzgeber habe ausdrücklich darauf verzichtet, einen strikten Leistungskatalog zu definieren, sondern bedient sich zur Konkretisierung der beanspruchbaren Leistung zunächst der Leistungserbringer, die, nachdem sie den Versicherungsfall festgestellt haben, einen Behandlungsvorschlag unterbreiten. Dabei haben sie sich aber an den durch das Leistungsrecht beschriebenen Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung zu halten, welches seinerseits durch die Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses konkretisiert wird.

---

167 Zuerst BSGE 73, 271; dann Fortführung in BSGE 78, 70; 81, 54; 81, 73; seither stetige Rspr.

168 BSGE 32, 139 (141); 40, 16 (17).

169 Deutliche Kritik an der dogmatischen Konstruktion bei *Neumann*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung - Ein Rahmenrecht, SGb 1998, 609 (611 f.).

170 BSGE 73, 271 (279); kritisch *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 27 SGB V Rn. 6a; *Saalfrank/Wesser*, Die Pflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Leistung neuer Behandlungsmethoden, NZS 2008, 17 (21); *Neumann*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung - Ein Rahmenrecht, SGb 1998, 609 (609 f.).

171 So *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 27 Rn. 46.

b) Die Rolle der untergesetzlichen Rechtsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss

Für die Bestimmung der Leistungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie derer Ausnahmen und Gegenausnahmen spielt der Gemeinsame Bundesausschuss eine gewichtige Rolle. Bei ihm handelt es sich um ein Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung und er ist als solches juristische Person des öffentlichen Rechts, § 91 I 2 SGB V. § 92 I 1 SGB V bestimmt, dass er Richtlinien über die ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten beschließt, die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlich sind.[172] Damit wird ihm vom Gesetzgeber beinahe eine Generalkompetenz zur Konkretisierung des Leistungsrechts übertragen.[173] Es ist seine Aufgabe, die im SGB V häufig anzutreffenden unbestimmten Rechtsbegriffe auszuformen und so das krankenversicherungsrechtliche Rahmenrecht auf Krankenbehandlung auszufüllen.[174]

aa) Zentrale Aufgaben

(1) Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

Der Gemeinsame Bundesausschuss soll unwirksame und unwirtschaftliche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden von der Verordnungsfähigkeit im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung ausschließen, um dem Schutz der körperlichen Integrität der Versicherten einerseits und der Leistungsfähigkeit der Versicherung andererseits Rechnung zu tragen.[175] Dazu begutachtet er neue und über-

---

[172] Eine sortierte Auflistung der derzeit geltenden Richtlinien ist zu finden bei *Roters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 92 Rn. 19 ff. sowie die Richtlinien in jeweils aktueller Fassung auf der Internetpräsenz des Gemeinsamen Bundesausschusses www.g-ba.de.

[173] *Roters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 92 Rn. 4; überspitzt formuliert *Neumann*, Anspruch auf Krankenbehandlung nach Maßgabe der Richtlinien des Bundesausschusses?, NZS 2001, 515 (515): „Hier reißt also der Gesetzgeber „Löcher" in das Leistungsrecht und drückt zugleich dem Bundesausschuss „Nadel und Zwirn" in die Hand, um einige dieser „Löcher" zu stopfen. Diese Regelungstechnik stellt deutlicher noch als die erste klar, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Richtlinien für das Leistungsrecht und damit für die Versicherten verbindlich sein sollen".

[174] *Joussen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 91 SGB V Rn. 1.

[175] BSGE 81, 54 (58); 88, 51 (58); *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 87.

prüft bestehende Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und nimmt sie entsprechend in seine Richtlinien auf. Möglich ist eine positive oder eine negative Bewertung; entsprechend kommt es zur verbindlichen Aufnahme der Methode in den oder zum Ausschluss aus dem Leistungskatalog.
Im Rahmen der vertrags(zahn-)ärztlichen Versorgung dürfen nur (neue[176]) Untersuchungs- und Behandlungsmethoden erbracht werden, wenn ein entsprechender Positivbeschluss durch den Gemeinsamen Bundesausschuss erfolgt ist, § 135 SGB V. Insoweit unterliegt der Vertragsarzt bei der Versorgung der Versicherten einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[177] Das Modell eines umfassenden Rechts auf Krankenbehandlungen mit einzelnen Beschränkungstatbeständen wird in sein Gegenteil umgekehrt: Dem Versicherungsfall der Krankheit kann nur mit den kraft untergesetzlicher Einzelermächtigung vorgesehenen Mitteln entgegengetreten werden. Diese richten sich nach den drei Kriterien des diagnostischen oder therapeutischen Nutzens, der medizinischen Notwendigkeit und der Wirtschaftlichkeit.[178]

Auch in der stationären Versorgung werden die zu erbringenden Leistungen an vom Gemeinsamen Bundesausschuss zu überwachende Standards gebunden, § 137c SGB V. In Krankenhäusern dürfen Leistungen solange erbracht werden, wie die Methoden nicht mit einem Negativvermerk versehen werden, um die Teilhabe am medizinischen Fortschritt zu sichern. Die in § 137c SGB V zur Zulassung einer Methode in der stationären Versorgung herangezogenen Kriterien sind zwar mit denen in der Ambulanz nicht wortidentisch, im Wesentlichen aber vergleichbar.[179]

---

176 Die Beschränkung auf „neue" Behandlungsmethoden ist irreführend, da auch bestehende Behandlungsmethoden einer dauernden Überprüfung unterliegen und gegebenenfalls aus dem Leistungskatalog entfernt werden, § 135 I 2, 3 SGB V.

177 BSGE 86, 54; BSG NZS 2004, 99; *Dettling*, Grundrechte, neue Behandlungsmethoden und Grenzen der Rationierung in der GKV, GesR 2006, 97 (99); *Plagemann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss - Auswirkungen auf den Leistungsanspruch der Patienten, dargestellt an ausgewählten Einzelfällen, MedR 2005, 401 (401); *Spoerr*, Medizinischer Fortschritt unter Verbot mir Erlaubnisvorbehalt?, NJW 1999, 1773 (1773).

178 Zum Verfahren siehe instruktiv *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 100 ff.

179 *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 121 f.

(2) Anerkennung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

Die Anerkennung einer Untersuchungs- oder Behandlungsmethode richtet sich nach den Grundsätzen der evidenzbasierten Medizin[180].[181] Der Gemeinsame Bundesausschuss greift auf Studien zurück, die Auskunft darüber zu geben haben, in welchem Verhältnis der erwartete Nutzen zum Risiko der Behandlung steht.[182] Dabei sollen die Studien die bestmögliche Qualität („best available"[183]) aufweisen. Ein grundsätzlich hoher Standard bleibt also nur dann außer Betracht, wenn wegen der Natur der neuen Methode keine validen Daten gewonnen werden können, etwa weil sie auf die Heilung einer extrem seltenen Erkrankung gerichtet ist. Dabei ist ebenfalls auf die besonderen wissenschaftlichen Standards der jeweiligen Therapierichtungen Rücksicht zu nehmen, § 2 I 2, 3 SGB V. Zur Auswertung der Studien arbeitet der Gemeinsame Bundesausschuss eng mit dem von ihm gegründeten Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen zusammen, § 139a III SGB V.[184]

---

[180] Zur Erläuterung dient § 13 II der Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses: *„Der Nutzen einer Methode ist durch qualitativ angemessene Unterlagen zu belegen. Dies sollen, soweit möglich, Unterlagen der Evidenzstufe 1 mit patientenbezogenen Endpunkten (zB Mortalität, Morbidität, Lebensqualität) sein. Bei seltenen Erkrankungen, bei Methoden ohne vorhandene Alternative oder aus anderen Gründen kann es unmöglich oder unangemessen sein, Studien dieser Evidenzstufe durchzuführen oder zu fordern. Soweit qualitativ angemessene Unterlagen dieser Aussagekraft nicht vorliegen, erfolgt die Nutzen-Schaden-Abwägung einer Methode auf Grund qualitativ angemessener Unterlagen niedrigerer Evidenzstufen. Die Anerkennung des medizinischen Nutzens einer Methode auf Grundlage von Unterlagen einer niedrigeren Evidenzstufe bedarf jedoch – auch unter Berücksichtigung der jeweiligen medizinischen Notwendigkeit – zum Schutz der Patienten umso mehr einer Begründung, je weiter von der Evidenzstufe 1 abgewichen wird. Dafür ist der potenzielle Nutzen einer Methode insbesondere gegen die Risiken der Anwendung beim Patienten abzuwägen, die mit einem Wirksamkeitsnachweis geringerer Aussagekraft einhergehen."*

[181] Siehe dazu etwa *Roters*, Die Bewertung medizinischer Methoden nach der Verfahrensordnung des G-BA, NZS 2007, 176 (176 f.).

[182] *Fischer*, Medizinische Innovationen im Leistungsspektrum der Gesetzlichen Krankenversicherung, in: *Fischer/Meyer* (Hrsg.), Gesundheit und Wirtschaftswachstum, 2010, S. 97 (100) bezeichnet Nutzen, Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit als „Trias der Bewertungskriterien" aller vom Gemeinsamen Bundesausschuss aufzustellenden Richtlinien.

[183] *Francke/Hart*, Bewertungskriterien und -methoden nach dem SGB V, MedR 2008, 2 (5, 8); siehe zu den Evidenzstufen etwa *Gamperl*, Die Absicherung gegen Krankheitskosten durch Sozialhilfe und gesetzliche Krankenversicherung als Mittel zur Lebensstandardsicherung, 2010, S. 135 ff.

[184] Siehe zu Einzelfragen umfangreich *Rixen*, Verhältnis von IQWiG und G-BA: Vertrauen oder Kontrolle? – Insbesondere zur Bindungswirkung der Empfehlungen des IQWiG, MedR 2008, 24 ff.; siehe auch *Hess*, in: *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar, 43. Aufl., 2012, Der Gemeinsame Bundesausschuss Rn. 24.

Der Gemeinsame Bundesausschuss hat zwar nicht die Kompetenz, notwendige und wirksame Behandlungsmethoden vorzuenthalten, wenn dies dazu führt, dass dem Versicherten überhaupt keine zweckmäßige Methode mehr angeboten werden kann.[185] Wenn aber eine Auswahlentscheidung zwischen denkbaren Therapien besteht, kann der Gemeinsame Bundesausschuss die kostenintensivere wegen Unwirtschaftlichkeit ausschließen.

(3) Steuerung der Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln

Nach den gleichen Maßstäben richtet sich auch die Zulassung neuer Arznei-, Heil- und Hilfsmittel. Auch sie werden als neue Methode einer Begutachtung durch den Gemeinsamen Bundesauschuss unterzogen, die eine Empfehlung oder einen Leistungsausschluss zur Folge haben können. Darüber hinaus ist es Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschusses, die gesetzlich vorgesehenen imperativen Leistungsbegrenzungen (OTC-Präparate, Lifestyle-Medikamente, Bagatellhilfsmittel, etc.) zu konkretisieren sowie die Voraussetzungen für die Festsetzung von Festbeträgen zu schaffen, um die Steuerung der Arzneimittelversorgung zu gewährleisten. Er veröffentlicht regelmäßig eine Übersicht über die ausgeschlossenen Arzneimittel, § 93 SGB V.

Eine eigene Qualitätssicherung in der Arzneimittelversorgung findet nicht statt, weshalb für die Gewähr der Produktsicherheit auf die arzneimittelrechtliche Zulassung zurückgegriffen wird, wodurch ein Mindeststandard sichergestellt ist.[186] Fehlt sie, scheidet eine Aufnahme in den Leistungskatalog von vornherein aus. Besonderes Augenmerk des Gemeinsamen Bundesausschusses liegt daher in der Praxis auf der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Präparate und zwar jeweils im Hinblick auf die jeweilige Indikation.[187] Dabei hat der Gemeinsame Bundesausschuss verschiedene Instrumente zur Hand. Er kann die Versorgung mit einem

---

185 BSGE 81, 182; zur systematischen Einbettung *Fischer*, Medizinische Innovationen im Leistungsspektrum der Gesetzlichen Krankenversicherung, in: *Fischer/Meyer* (Hrsg.), Gesundheit und Wirtschaftswachstum, 2010, S. 97 (115).

186 BSGE 72, 252 (256 f.); 82, 233; 89, 184 (185); 93, 1.

187 *Hauck*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) – ein unbequemes Kind unserer Verfassungsordnung?, NZS 2010, 600 (609).

Arzneimittel vollständig oder partiell ausschließen, er kann aber auch influenzierend arbeiten, indem er Therapiehinweise gibt, Preisvergleichslisten erstellt oder auf Analogpräparate hindeutet, vgl. § 92 II SGB V.[188] Um den (Mehr-)Nutzen eines Mittels zu bestimmen, kann der Gemeinsame Bundesausschuss das IQWIG zur Begutachtung beauftragen. An dessen Empfehlungen ist er aber schon deshalb nicht gebunden, weil er bereits dem Grunde nach nicht verpflichtet gewesen wäre, es anzurufen. Allerdings würde der Gemeinsame Bundesausschuss ermessensfehlerhaft handeln, wenn er die Empfehlungen ganz unberücksichtigt ließe.

(4) Qualitätssicherung und Bedarfsplanung

Eine zentrale Rolle im Leistungserbringungsrecht kommt dem Gemeinsamen Bundesausschuss auch im Hinblick auf die dauerhafte Qualitätssicherung in der Gesundheitsversorgung zu. Darüber hinaus zeichnet er sich verantwortlich für die Konturierung der Bedarfsplanung der vertrags(zahn-)ärztlichen Versorgung. Für das Individualrecht auf Krankenbehandlung sind diese genannten Kompetenzen von untergeordneter Relevanz.

bb) Richtlinien

(1) Rechtsnatur

Der Gemeinsame Bundesausschuss handelt durch das Instrument der Richtlinien, § 92 I 1 SGB V. Deren Rechtsnatur ist seit jeher umstritten. Vereinzelt wurden und werden sie als abstrakt-generelle Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung[189] oder Empfehlungen[190] aufgefasst. Dies ist allerdings mit der heutigen Fassung des § 91 VI SGB V nicht mehr zu vereinbaren. Danach sind die Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses für die Trägerorganisationen des Ausschus-

---

188 *Becker*, Steuerungsinstrumente des GBA im Rahmen der Arzneimittelversorgung, MedR 2010, 218 (222); *Hauck*, Ausschluss, Therapiehinweis und Kostenregelungen Vom Ineinandergreifen der verschiedenen Instrumentarien zur Regulierung der Arzneimittelversorgung, GesR 2011, 69 (71 ff.).

189 *Ossenbühl*, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, 497 (499).

190 *Schimmelpfeng-Schütte*, in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., 2006, § 7 Rn. 50.

ses, deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Versicherten und die Leistungserbringer verbindlich. Hierdurch wollte der Gesetzgeber offenkundig eine Außenwirkung erreichen. Gegenüber Leistungsträgern und Leistungserbringern wird diese auch über § 92 VIII SGB V bewirkt, nachdem die Richtlinien Teil der Bundesmantelverträge und damit bindendes Kollektivvertragsrecht werden. Wird die Verbindlichkeit der Richtlinien gegenüber den Versicherten noch immer bestritten,[191] muss diese Diskussion anhand der Frage geführt werden, ob die vom Gesetzgeber mittlerweile unmissverständliche Ermächtigung hierzu den verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält.[192]

Die festgestellte Bindungswirkung klärt die Rechtsnatur dagegen noch nicht. Die Richtlinien lassen sich nicht unter die typischen untergesetzlichen Formen der Rechtssetzung – Satzung und Verordnung – subsumieren. Das Bundessozialgericht selbst leitet die Rechtssetzungskompetenz aus einer gewohnheitsrechtlichen Tradition der Rechtssetzung durch Kollektivverträge ab, die den üblichen Formen untergesetzlichen Rechts nicht zuzuordnen sind.[193] Verneint man mit der wohl herrschenden Auffassung den Typenzwang für untergesetzliche Rechtsnormen,[194] wird man den Richtlinien einen Normcharakter sui generis zusprechen.[195] Jeden-

---

191 *Schmidt-DeCaluwe*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 92 Rn. 14; *Schimmelpfeng-Schütte*, in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., 2006, § 7 Rn. 57.

192 So auch *Musil*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 92 Rn. 15; siehe hierzu unten E.II.1.c)bb).

193 BSGE 81, 54; 81, 73, dazu *Schneider-Danwitz/Glaeske*, Viagra: Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen - ein „kleiner Gesetzgeber“ -?, MedR 1999, 164 (169).

194 BVerfGE 100, 249 (258); BSGE 78, 70; 81, 73; 88, 51; grundlegend *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 153 ff., 224; *Axer*, in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., 2006, § 10 Rn. 38 ff.; *Sproll*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 92 SGB V Rn. 8; *Ebsen*, Der Behandlungsanspruch des Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung und das Leistungserbringungsrecht, FS Krasney, 1997, S. 81 (88 ff.); *Schnapp*, Die Richtlinien im Kassenarztrecht (§ 92 SGB V) auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FS Krasney, 1997, S. 437 (442 f.); dagegen ausdrücklich *Ossenbühl*, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, 497 (500); im Speziellen auch *Saalfrank/Wesser*, Die Pflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Leistung neuer Behandlungsmethoden, NZS 2008, 17 (21).

195 *Musil*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 92 Rn. 14; *Schnapp*, Die Richtlinien im Kassenarztrecht (§ 92 SGB V) auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FS Krasney, 1997, S. 437 (443) formuliert kurz und bündig: „Richtlinien sind Richtlinien“.

falls bewirkt die Anordnung des § 91 VI SGB V aber die Verbindlichkeit der Richtlinien ohne weiteren Umsetzungsakt für alle Beteiligten als unmittelbar geltendes Recht. Sie sind damit materielle Gesetze.[196]

(2) Rechtsschutz gegen Richtlinienerlass

Gleichwohl kommt dem Gemeinsamen Bundesausschuss trotz verbindlicher Richtlinien im Streitfall nicht die Letztentscheidungskompetenz zu. Als Träger öffentlicher Gewalt ist auch er Art. 19 IV GG und damit der verfassungsrechtlichen Garantie auf effektiven Rechtsschutz unterworfen. Dieser wird durch die Sozialgerichtsbarkeit (üblicherweise im Rahmen einer Inzidentprüfung[197]) geleistet. Dabei ist allerdings fraglich, wie hoch die Kontrolldichte ausfällt. Sie ist niedriger, wenn dem Hoheitsträger ein Ermessenspielraum und Einschätzungsprärogative zukommt. Es ist gerade Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschusses, die unbestimmten Rechtsbegriffe des SGB V eigenverantwortlich auszugestalten und zu konkretisieren. Hierzu setzt er sich aus einem Gremium von Experten des Gesundheitswesens zusammen, die über hohe Sachkunde verfügen. Diese gesetzgeberische Konzeption impliziert ein hohes Maß an Autonomie des Gremiums, die die Kontrolldichte der Gerichte beschränkt.[198] Diese muss sich demnach auf die Überprüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften sowie die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht beschränken. Sie hat sich jedenfalls Zweckmäßigkeitserwägungen zu enthalten, die über eine Willkürprüfung hinausgehen.[199] Bei letzterer ist allerdings daran zu erinnern, dass der Gemeinsame Bundesausschuss seine Rechtsstellung und Entscheidungsbefugnisse als Exekutivorgan allein ableitet und insoweit besonders an das Gleichbehandlungsgebot gebunden ist.[200] Dieses

---

196 BSG, SozR 4-2500, § 27 Nr. 8: „An die Entscheidungen des Bundesausschusses über den Ausschluss bestimmter Methoden sind Verwaltung und Gerichte im Grundsatz ebenso gebunden, wie wenn die Entscheidung vom Gesetzgeber selbst getroffen worden wäre"; siehe auch *Sproll*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 91 SGB V Rn. 23.

197 *Schmidt-DeCaluwe*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 92 Rn. 18.

198 *Engelmann*, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, MedR 2006, 245 (249 f.); *Kingreen*, Gerichtliche Kontrolle von Kriterien und Verfahren im Gesundheitsrecht, MedR 2007, 457 (460).

199 BSGE 81, 73 (85); 94, 221; BSG NZS 2004, 99.

200 BSG NZS 2004, 99; überzeugend *Engelmann*, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, MedR 2006, 245 (251).

schlägt sich allerdings nicht zuletzt in den strengen Verfahrensordnungen des Gemeinsamen Bundesausschuss nieder, welche die Entscheidungen – prima facie auf Wertungen beruhend (etwa die Notwendigkeit einer neuen Behandlungsmethode) – auf objektive Kriterien zurückführen. Diese sind als Verfahrensbestandteil vollumfänglich überprüfbar, sodass die Gerichte, die Richtigkeit der Entscheidung anhand der Gewinnung der Informationen auf denen sie beruhen beurteilen können. Die eingeschränkte Kontrolldichte des Gremiums wiegt damit in dem Maße leichter wie seine Entscheidungen an objektiven Kriterien gemessen werden können.[201]

c) Die Rolle des Arztes

Zwar bleibt es grundsätzliche Aufgabe der Krankenversicherung, über die Anerkennung versicherungsrechtlicher Ansprüche zu entscheiden.[202] Doch ist es der Arzt, der den Patienten diagnostiziert und einen Heil- und Behandlungsplan fasst. Damit trifft er zwar keine abschließende Rechtsentscheidung, doch hat er einen umfänglichen Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die medizinische Versorgung seiner Patienten und der sich daran anschließenden Einstandspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung; nur ganz ausnahmsweise kann die Krankenkasse ihm vorhalten, eine andere Behandlung wäre zweckmäßiger gewesen.[203] Hierdurch kommt dem Arzt im Krankenversicherungsrecht eine entscheidende Rolle zu. Er stellt den Versicherungsfall fest und entscheidet im Einvernehmen mit dem Patienten über die Behandlung und somit über die geschuldeten Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung. Deshalb wird gegenüber dem Patienten durch den Arzt grundsätzlich ein Vertrauenstatbestand geschaffen, den sich die Krankenkassen auch zurechnen lassen müssen.[204] Eine durch den Arzt getroffene,

---

201 *Kingreen*, Gerichtliche Kontrolle von Kriterien und Verfahren im Gesundheitsrecht, MedR 2007, 457 (460).

202 Siehe *Knispel*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 27 SGB V Rn. 15.

203 BSGE 82, 158 (161); siehe auch *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 60.

204 Etwas anderes kann nur in Fällen der Kollusion gelten; im Normalfall darf sich der Patient darauf verlassen, dass die ärztliche Maßnahme dem Leistungsrecht entspricht und braucht keine eigenen Nachprüfungen anzustellen, siehe BSGE 82, 158 (162 f.).

rechtswidrige Therapieentscheidung wirkt deshalb auch zulasten der Krankenkasse. Jene kann sich allerdings gegebenenfalls durch Regress beim Arzt freihalten.

Damit weicht das Krankenversicherungsrecht von der üblichen Geltendmachung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche ab. Grundsätzlich sind Leistungen zunächst zu beantragen, der Anspruch wird dann durch den zuständigen Träger geprüft und bewilligt, wenn das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, § 19 S. 1 SGB IV. In § 15 II SGB V wird geregelt, dass zur Inanspruchnahme von Krankenbehandlungen durch (Zahn-)Ärzte die Vorlage der Krankenversicherungskarte genügt. Damit wird die Ausnahme des § 19 S. 1 SGB IV zum Regelfall der Leistungserbringung im SGB V.[205]

IV. Begrenzung des Rechts auf Krankenbehandlung

1. Begrenzung durch Beschreibung

Bereits die Konkretisierung des umfassenden Rechts zum verdichteten Anspruch ist eine Beschränkung – omnis determinatio est negatio. Die Begrenzung des Rechts auf Krankenbehandlung setzt am Krankheitsbegriff an, wird über die abschließende Bezeichnung der Leistungserbringer und der durch sie anzuwendenden Methoden fortgeführt und endet in den expliziten Leistungsausschlüssen des SGB V. Ein krankenversicherungsrechtlicher Anspruch reicht somit weniger weit als er gedacht werden könnte. Wenn sich der leicht Übergewichtige unwohl fühlt und deshalb vom Heilpraktiker behandelt werden möchte, steht dem entgegen, dass – erstens – der Versicherungsfall durch rein subjektive Missempfindungen nicht ausgelöst wird und das Übergewicht durch eine gesundere Lebensführung abgebaut werden kann sowie – zweitens – Heilpraktikeranwendungen von § 27 I 2 SGB V nicht erfasst sind[206]. Dieses zunächst banal wirkende Beispiel verdeutlicht

---

[205] *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 56.

[206] BSGE 29, 27 (28); *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 27 Rn. 42.

die Grenzen der krankenversicherungsrechtlichen Aufgabenstellung und -bewältigung. Die Leistungspflicht der Krankenkassen wird nur in den ihr ausdrücklich zugewiesenen Fällen des Eintritts des sozialen Risikos der Krankheit ausgelöst und bleibt auf die enumerativ aufgezählten Hilfsangebote beschränkt. Sie bietet nicht mit allen Mitteln Schutz vor allen Wechselfällen menschlichen Lebens.

2. Begrenzung auf zugelassene Leistungserbringer

Um den versicherungsrechtlich entstanden Anspruch auf Krankenbehandlung einzulösen, kann sich der Versicherte nur zugelassener Leistungserbringer bedienen. Dies trifft insbesondere auf die ärztliche und Heilmittelversorgung zu.

Zwar kennt § 76 SGB V dem Titel nach die Möglichkeit der freien Arztwahl. Bereits der Blick in dessen Absatz 1 Satz 1 relativiert dieses Postulat jedoch. Danach können die Versicherten unter den *zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen* Medizinern wählen. Sucht ein Patient einen Arzt mit bestimmter Zusatzausbildung, kann er demnach zwischen allen *Vertrags*ärzten mit dieser Bezeichnung auswählen und nur zwischen diesen.[207] Satz 2 präzisiert, dass andere Ärzte allein in Notfällen in Anspruch genommen werden dürfen. Eine ähnliche Bestimmung gilt auch für die Versorgung mit Heilmitteln, § 124 I SGB V. Auch die nichtärztlichen Heilmittelerbringer bedürfen der Zulassung. Diese erfolgt dezentral und gesondert nach Kassenarten, § 124 V SGB V.[208]

Diese Beschränkung erklärt sich aus dem Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung. Grundsätzlich wird die gesetzliche Krankenversicherung durch die Gewährung von Sachleistungen durchgeführt, §§ 2 II, 13 I SGB V.[209] Danach erwirbt der Versicherte einen Anspruch auf die Versorgung mit medizinischen Dienstleitungen und Gütern, der unmittelbar gegen seine Krankenkasse gerichtet ist. Gleichwohl betreiben die Krankenkassen grundsätzlich

---

[207] *Hauck*, Die Bedeutung der Patientenautonomie für Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), SGb 2014, 8 (14).

[208] *Hess*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 124 SGB V Rn. 14.

[209] Hinsichtlich Abweichungen hin zur Kostenerstattung vgl. §§13 II, 53 IV beziehungsweise die Ausnahme des § 13 III SGB V.

keine eigenen Einrichtungen, in denen diese Leistungen erbracht werden. Sie lösen den Behandlungsanspruch des Versicherten nicht selbst ein. Vielmehr wird der Versicherte auf Dritte verwiesen, namentlich die zur kassenvertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringer. Im Gegensatz zum Kostenerstattungsprinzip muss der Versicherte für die Behandlung aber nicht in Vorleistung gehen und dann gegenüber seiner Krankenkasse liquidieren, sondern kann die Leistungen unmittelbar und grundsätzlich kostenfrei verlangen. Dafür bedienen sich die Krankenkassen Dritter, mit denen Verträge bestehen, um die Ansprüche ihrer Versicherten einzulösen. Deshalb besteht ein denkbar großes Interesse, dass die Versicherten auch nur diese Vertragspartner in Anspruch nehmen. Solange eine ausreichende Versorgung sichergestellt bleibt, ist dies verfassungsrechtlich unbedenklich.[210]

3. Begrenzung durch Wirtschaftlichkeitsgebot

a) Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsprinzip

Das gesamte Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung ist getragen vom Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, vgl. §§ 2 I, 12, 92 I SGB V. In jedem Moment der Vereinbarung über die und der Erbringung der Leistungen sind alle Akteure der gesetzlichen Krankenversicherung an dieses gebunden. Leistungen, die unwirtschaftlich sind, dürfen vom Versicherten nicht verlangt und vom Leistungserbringer sowie der Krankenkasse nicht bewirkt werden, § 12 I 2 SGB V. Dabei wirkt die Norm zugleich leistungsbegründend und -begrenzend,[211] indem sie einerseits das Untermaß des notwendigen Leistungsstandards beschreibt, das aber zugleich nicht überschritten werden darf.[212]

Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung trägt der Globaläquivalenz von Finanzierungs- und Leistungsrecht Rech-

---

[210] BVerfGE 16, 286 (303); *Bäune*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 76 Rn. 4.

[211] *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 12 Rn. 2.

[212] Vgl. *Roters*, Die Bewertung medizinischer Methoden nach der Verfahrensordnung des G-BA, NZS 2007, 176 (§ 12 SGB V Rn. 2).

nung, soweit jeder Ausgabe ein Beitrag gegenüberstehen muss. Die Beiträge speisen sich aus dem (Arbeits-)Einkommen der Versicherten und die Erhebung bedarf der Rechtfertigung, die nur dann gelingen kann, wenn auf Leistungsseite kein Überfluss herrscht. Damit wird – verfassungsrechtlich zulässig[213] – ein Ausgleich zwischen dem versicherungsrechtlichen Anspruch auf optimale Krankenversorgung und der Leistungsfähigkeit und finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung geschaffen.[214]

b) Inhalt des Wirtschaftlichkeitsprinzips

aa) Struktur

Ausweislich § 12 I SGBV sind die zu erbringenden Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung wirtschaftlich (im weiteren Sinne), wenn sie notwendig, ausreichend, zweckmäßig und „wirtschaftlich" (im engeren Sinne) sind.

Insofern wird dem Wirtschaftlichkeitsprinzip eine Inhalts- und Strukturgleichheit mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 20 III GG zugeschrieben.[215] Im Gegensatz zum verfassungsrechtlichen Untermaßverbot bilde § 12 SGB V die Höchstgrenze dessen, was der Versicherte verlangen kann. Diese Analogie ist jedoch unglücklich, da sie eine Umkehrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bedeutet. Auf dieses beruft sich gemeinhin der Bürger gegen die Träger öffentlicher Gewalt und benennt eine für ihn untragbare Härte. Gleichwohl ist nicht vorgesehen, dass die öffentliche Hand ihre Leistungspflicht dem Bürger gegenüber zu beschränken habe. In der Sache lassen sich Parallelen indes nicht bestreiten. Die inhaltliche Ähnlichkeit der Trias aus „zweckmäßig, notwendig, wirtschaftlich/ausreichend" ist auf den ersten Blick beinahe begriffsidentisch mit „geeignet, erforderlich, angemessen"[216]. Indessen lassen sich die Maßstäbe, wie sie an eine ver-

---

213 BVerfGE 68, 193 (218); 70, 1 (26).

214 *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 12 Rn. 4 ff.

215 *Isensee*, Verwaltung des Mangels im Gesundheitswesen, GedS M. Heinze, 2005, S. 417 (421); *Greiner/Benedix*, Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V, SGb 2013, 1 (2 f.).

216 *Greiner/Benedix*, Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V, SGb 2013, 1 (2 f.).

waltungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung gestellt werden, nicht ohne weiteres auf das Leistungsrecht der Krankenversicherung übertragen. Vielmehr bedarf es einer eigenständigen, krankenversicherungsrechtlichen Definition der Merkmale. Sie sind nicht trennscharf voneinander abgrenzbar, entscheidend soll vielmehr ein Gesamtbild sein.[217] Soweit dieses durch die Krankenkassen gezeichnet wird, ist es im vollen Umfang gerichtlich überprüfbar.[218] Weitgehend wird das Wirtschaftlichkeitsprinzip durch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses näher ausgestaltet.[219]

bb) Merkmale des Wirtschaftlichkeitsprinzips

Die wenigsten Probleme bereitet die Beschreibung des Begriffes „*zweckmäßig*". Zweckmäßig sind all jene Leistungen, die auf eine objektive und wirksame Behandlung der Krankheit gerichtet sind.[220] Dieses Kriterium wirft Fragen auf, wenn die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für alternative Heilmethoden in Rede steht. Dabei handelt es sich um solche Therapien, die außerhalb der Schulmedizin zu verorten sind, i.e. Homöopathie, Anthroposophie, etc.[221] Ihnen ist gemein, dass sie kaum statistisch signifikante Wirksamkeitsnachweise erbringen. § 2 I 2 SGB V ist gleichwohl zu entnehmen, dass diese Behandlungen nicht von vornherein aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen sein sollen. Allerdings gilt die Anforderung, dem „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse" zu genügen (§ 2 I 3 SGB V)

---

217 *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 12 SGB V Rn. 20.

218 BSGE 17, 79 (84); 26, 16 (20); *Waltermann*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., 2013, § 12 SGB V Rn. 2; *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 12 SGB V Rn. 4; *Joussen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 12 SGB V Rn. 2.

219 Siehe *Engelmann*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot, in: *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg.), Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, 2007, S. 109 (128 ff.).

220 BSGE 52, 70 (74 f.); 63, 102 (103); 64, 255 (257 f.); *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 12 Rn. 12; *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 12 Rn. 6.

221 Vgl. die Beispiele bei *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 12 SGB V Rn. 26.

auch für sie, da es nicht Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung ist, Forschungsvorhaben jeder Art – also auch nicht alternativmedizinische – zu subventionieren.[222] Ferner wohnt dem Merkmal der Zweckmäßigkeit auch eine Schutzfunktion inne, die es verhindern soll, dass die Gesundheit des Patienten durch unerprobte Behandlungsmethoden (weiter) gefährdet wird.[223] Dem wird allerdings bereits dann Genüge getan, wenn eine bestimmte Behandlung jedenfalls innerhalb ihrer Therapierichtung anerkannt ist und in sich zumindest schlüssig erklärt werden kann.[224]

Notwendig sind Leistungen, die zur Erreichung ihres zugrundeliegenden Zwecks „unvermeidlich, zwangsläufig und unentbehrlich" sind. Diese von Bundessozialgericht[225] und Literatur[226] getragene Definition ist eher eine Tautologie denn eine Konkretisierung des Begriffs.[227] Dessen Ziel ist es, den Versicherten mit den Leistungen zu versorgen, die zweckmäßig sind, aber nicht darüber hinaus.[228] Insoweit grenzt sich die gesetzliche Krankenversicherung etwa von der gesetzlichen Unfallversicherung ab, die die Wiederherstellung der Gesundheit des Versicherten „mit allen geeigneten Mitteln" fordert (§§ 1 Nr. 2, 26 II SGB VII[229]) und

---

222 *Peters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 2 SGB V Rn. 3.

223 Siehe dazu auch *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 3. Auflage 2014, § 9 Rn. 22 f.

224 *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 12 SGB V Rn. 37.

225 BSG SozR 2200 § 182 b Nr. 26.

226 Beispielhaft *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 12 SGB V Rn. 39; *Waltermann*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., 2013, § 12 SGB V Rn. 6; *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 12 SGB V Rn. 6; *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 84; *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 50.

227 So auch *Greiner/Benedix*, Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V, SGb 2013, 1 (4); zu den Folgen der Unklarheit aus Sicht der Leistungserbringer *Köbberling*, Wirksamkeit, Nutzen und Notwendigkeit – Versuch einer wissenschaftlichen Definition, ZEFQ 103 (2009), 249 (251 f.).

228 So *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 21.

229 *Fastabend*, Der Begriff der notwendigen Krankenbehandlung im SGB V, NZS 2002, 299 (300); etwas zurückhaltender *Ricke*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 26 SGB VII Rn. 5.

etabliert ein Übermaßverbot.[230] Damit erschließt sich auch die begriffliche Abgrenzung zur Behandlungsbedürftigkeit der Krankheit.[231] Es ist also nicht die optimale, sondern diejenige Behandlung geschuldet, die den geringsten (wirtschaftlichen) Aufwand birgt, wenn das Behandlungsziel in vergleichbarer Weise erreicht werden kann.

Wenn zur Präzisierung des Wirtschaftlichkeitsgebotes darauf abgestellt wird, dass die Leistung *wirtschaftlich* zu sein habe, bedarf es der Unterscheidung zwischen Wirtschaftlichkeit im weiteren und engeren Sinne, um Zirkelschlüsse zu vermeiden. Hinter letzterer verbirgt sich eine Abwägung von Kosten und Nutzen verschiedener Therapieansätze.[232] Das setzt zunächst voraus, dass mindestens zwei in einem Alternativverhältnis stehende Behandlungsmethoden bestehen. Es soll keine weitere Einschränkung des Leistungsrechts dem Grunde nach vorgenommen werden, sondern allein eine auswahlermessensleitende Funktion erfüllt werden.[233] Damit bleibt das Merkmal hinter dem finanzverfassungsrechtlichen Begriffsverständnis der „Wirtschaftlichkeit" als ökonomisch vertretbarem Verhältnis zwischen Mittel und Zweck zurück.[234]

In die Abwägung eingestellt werden sollen Art, Dauer und Nachhaltigkeit des angestrebten Heilerfolgs sowie der finanzielle Aufwand der Leistung.[235] Daraus ergibt sich, dass bei einer Mehrzahl an Behandlungsalternativen grundsätzlich die günstigste zu wählen ist, es sei denn dem stehen gewichtige medizinische Gründe

---

230 *Noftz*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 12 Rn. 21.

231 Keine eigene Bedeutung des Merkmals „Notwendigkeit": *Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 172 f.; *Engelhardt*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 12 Rn. 76 ff.

232 *Kruse*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl., 2012, § 12 Rn. 9; *Noftz*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 12 Rn. 23.

233 *Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012, S. 185; *Francke*, Begrenzung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, GesR 2003, 97 (97); *Langsdorff*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., 2014, § 9 Rn. 11: „Vorrang der ausreichenden medizinischen Versorgung; *Becker*, Die Steuerung der Arzneimittelversorgung im Recht der GKV, 2006, S. 99; anders aber das Schweizer Bundesgericht in seiner Morbus-Pompe-Entscheidung: MedR 2012, 324; vgl. hierzu auch unten E.IV.5.c)bb).

234 Dazu *Leisner*, Die Leistungsfähigkeit des Staates, 1998, S. 97 m.w.N.

235 BSGE 52, 134 (137, 139).

entgegen. Problematisch ist dabei die Übersetzung eines therapeutischen Gewinnes in Geld, um eine Vergleichbarkeit von Kosten und Nutzen zu ermöglichen. Hierin verwirklicht sich nicht nur ein materielles Rechtsproblem, sondern dem Rechtsanwender wird aufgetragen, ein Spannungsverhältnis zu lösen, das schwere rechtsethische Fragen aufwirft: Die Kosten-Nutzen-Analyse ist der Grundstein des Utilitarismus, die fehlende Vergleichbarkeit sowie die Schwierigkeiten in der Voraussage der Wahrscheinlichkeit des Eintretens eines Erfolgs und möglicher (positiver wie negativer) Nebeneffekte seine wohl größte Schwachstelle.[236] Wie ist es zu beurteilen, wenn eine lebensrettende Behandlungsmethode eine 10 % höhere Erfolgsquote hat, allerdings mit den hundertfachen Kosten zu Buche schlägt und außerdem in 20 % der Fälle schmerzhafte Nebenwirkungen zeitigt?[237] In welchem Verhältnis stehen danach Lebensdauer und Lebensqualität? Ist der Nutzen größer, wenn der Versicherte eine unterhaltspflichtige Familie hat? Sind auch Auswirkungen auf andere Sozialversicherungszweige einzubeziehen, etwa die wahrscheinlichere Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zur Entlastung der Rentenversicherung?[238] Solche Fragen bleiben in der Praxis unbeantwortet. Vielmehr wird sich auf eine „Gesamtschau, Gesamtbilanz“[239] berufen. Dies ist vor dem Hintergrund verständlich, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot als solches insgesamt aus einer Gesamtschau seiner Elemente bestimmt werden soll und insofern kein Bedürfnis für eine weitere Präzisierung zu bestehen scheint. Andererseits ist dies mit einer gewissen Rechtsunsicherheit verbunden. Diese kann nur durch eine großzügige Auslegung, insbesondere unter Berücksichtigung der Therapiefreiheit und Patientenautonomie, überwunden werden. Eine zu stark ausufernde Leistungspflicht ist in Ansehung der Merkmale „zweckmäßig“ und „notwendig“ kaum zu erwarten.

---

236 Siehe zur Wirtschaftlichkeitsabwägung *Huster*, Das “Morbus-Pompe”-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (MedR 2012, 324), MedR 2012, 289 (291).

237 Ähnlich fragen auch *Greiner/Benedix*, Struktur und Systematik des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V, SGb 2013, 1 (5).

238 Vgl. *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 12 Rn. 8; sieheu zu Versuchen der Formalisierung des Nutzenbegriffs *Klonschinski*, Das Kosten-Nutzen-Verhältnis als Priorisierungskriterium?, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 79 (87 ff.).

239 *Joussen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 12 SGB V Rn. 8; auch *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 52.

Dementsprechend lässt auch die Rechtsprechung Leistungsbeschränkungen wegen inkongruenter Kosten- und Nutzensteigerung nur ausnahmsweise zu: Etwa, wenn allein die Handhabbarkeit wegen seltenerer Einnahme eines Präparats verbessert wird, nicht aber wenn Nebenwirkungen gemindert werden.[240] Problematisch bleiben solche Fälle, bei denen keine alternative Behandlungsmethode besteht, der Nutzen der in Rede stehenden Methode aber im Verhältnis zur Nichtbehandlung nicht signifikant steigt. Dann handelt es sich nicht um eine echte Auswahlentscheidung. Dennoch muss die Nichtbehandlung als fiktive Behandlungsmöglichkeit verstanden werden, um so die Abwägungsentscheidung zu ermöglichen.[241] Meistens wird eine Behandlungsmethode, die kaum einen Nutzen aufzuweisen hat, aber bereits am Merkmal der Wirksamkeit und damit innerhalb der Zweckmäßigkeitsprüfung scheitern.[242]

Grundsätzlich sollen alle Kriterien des Wirtschaftlichkeitsprinzips gleichrangig sein.[243] Seiner Ausgestaltung nach ist das Merkmal „*ausreichend*“ jedoch keine Voraussetzung der Wirtschaftlichkeit einer Leistung, sondern bildet eine Klammer um die übrigen Merkmale: Trotz aller gebotenen Sparsamkeit muss das Versorgungsniveau „ausreichen“. Wann dies der Fall ist, wann also eine hinreichende Mindestsicherung besteht, ist ebenso eine Wertungsfrage wie die der Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne bestimmter Behandlungsmethoden. Letztlich bedarf es daher auch nicht zwingend der gesonderten Prüfung des Merkmals „ausreichend“.[244] Eine Leistung, die unnötig ist, ist per se unwirtschaftlich. Es bedarf dann aber auch keiner Korrektur. Bei einer Auswahlentscheidung im Rahmen der Wirtschaftlichkeit zwischen zwei Behandlungsmethoden

---

240 Siehe BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 44; *Carlson*, Leistungsausschlüsse als Rationierungsinstrument im Gesundheitswesen, 2014, S. 78 ff.

241 Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gutachten 2000/2001, Bd. III, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, BT-Drs. 14/6871, S. 19; *Carlson*, Leistungsausschlüsse als Rationierungsinstrument im Gesundheitswesen, 2014, S. 81; vgl. auch *Gamperl*, Die Absicherung gegen Krankheitskosten durch Sozialhilfe und gesetzliche Krankenversicherung als Mittel zur Lebensstandardsicherung, 2010, S. 149.

242 So auch *Bußmann-Weigl*, Die Begriffe des Nutzens und der Wirtschaftlichkeit und die Gestaltung des Leistungskataloges der gesetzlichen Krankenversicherung, FG Francke, 2012, S. 47 (53).

243 BSGE 17, 79 (84).

244 Dahin auch *Dahm/Hofmayer*, in: *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar, 43. Aufl., 2012, 5560 Wirtschaftlichkeitsprüfung Rn. 19.

sind ohnehin die Interessen des Patienten in eine umfassende Güterabwägung einzubeziehen.

4. Begrenzung durch Leistungsausschluss

Darüber hinaus kennt das SGB V eine Reihe „harter" Leistungsausschlüsse. Das heißt, dass zwar dem Grunde nach eine behandlungsbedürftige Krankheit vorliegt, die solidarische Einstandspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung aber nicht ausgelöst werden soll, sondern die Bekämpfung der Erkrankung der Sphäre der Eigenverantwortung der Versicherten zugeordnet wird.

a) Kieferorthopädische Versorgung

Materiell ist etwa die Versorgung mit kieferorthopädischen Anwendungen stark beschränkt. So ist die Kieferorthopädie dann nicht Teil der nach § 28 II SGB V geschuldeten zahnärztlichen Behandlung, wenn der Versicherte zu Beginn derselben bereits das 18. Lebensjahr überschritten hat, § 28 II 6 SGB V. Etwas anderes gilt nur, wenn schwere Kieferanomalien eine kombinierte kieferorthopädische und -chirurgische Betreuung erfordern.[245] Der Gesetzgeber ging bei Schaffung dieser Norm davon aus, dass Erwachsene kieferorthopädische Behandlungen zumeist aus ästhetischen Gesichtspunkten in Anspruch nähmen, diese aber nicht von der Solidargemeinschaft zu subventionieren seien.[246]

b) Arzneimittelversorgung

aa) Bezug zum Arzneimittelrecht

Notwendige Voraussetzung für die Versorgung mit Arzneimitteln ist zunächst deren gefahrenrechtlich geprägte Zulassung nach dem AMG. Damit soll einem Mindestsicherheits- und Qualitätserfordernis Rechnung getragen werden.[247] Die Nichtzulassung eines Präparats spricht für ein unkalkulierbares Risiko und

---

[245] BSGE 81, 245; *Waltermann*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., 2013, § 28 SGB V Rn. 5.
[246] BT-Drs. 12/3608, S. 79.
[247] BSGE 95, 132.

schließt die Verschreibung grundsätzlich aus („negative Vorgreiflichkeit der Arzneimittelzulassung“[248]).[249] Soweit Arzneimittel nicht zulassungspflichtig sind, können sie auch nicht der negativen Vorgreiflichkeit unterliegen. Dies ist namentlich der Fall für Rezepturarzneimittel, also solche, die individuell vom Apotheker gemischt und hergestellt werden. Damit das Qualitätssicherungsmoment nicht völlig unterlaufen wird, müssen Rezepturarzneimittel folgende Kriterien erfüllen:[250] Es muss eine Herstellungserlaubnis vorgelegen haben (§ 14 AMG), ferner dürfen kein(e) unzulässige(n) Wirkstoff(e) enthalten sein (§ 16 II AMG) und schließlich darf der Einsatz des Präparats nicht offensichtlich unnütz sein. Darüber hinaus werden Rezepturarzneimittel an den Maßstäben des § 135 I SGB V gemessen. Ihre Anwendung muss folglich durch Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses anerkannt sein.[251]

bb) OTC-, Bagatell- und Lifestyle-Arzneimittel

Der Anspruch auf Versorgung mit Arzneimitteln besteht nur, soweit die gewünschten Medikamente verschreibungspflichtig sind, § 34 I SGB V. Sind sie es nicht, unterstellt der Gesetzgeber einen nur geringen Preis, dessen Tragung sozial vertretbar erscheint. Außerdem beträfen sie regelmäßig eher geringfügige Erkrankungen.[252] Diese Präparate sind der Eigenverantwortung des Patienten zuzurechnen[253] und werden gemeinhin als OTC-Präparate bezeichnet.[254] Falls auch schwerere – insbesondere lebensbedrohliche – Krankheiten üblicherweise mit rezeptfreien Arzneimitteln behandelt werden, können jene ausnahmsweise zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung beansprucht werden, wenn sie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss auf die „OTC-Ausnahmeliste“ der Arzneimittelrichtlinie aufgenommen werden, § 34 I 2 SGB V. Dies ist dann der Fall, wenn sie

248 *Axer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 31 Rn. 17.
249 BSGE 76,40; 82, 233.
250 Siehe *Clemens*, Zulässigkeit von Arzneiverordnungen und Kostenregresse gegen Ärzte, GesR 2011, 397 (405).
251 BSG SozR 4-2500 § 106 Nr. 30.
252 *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 274.
253 BT-Drs. 15/1525, S. 86.
254 OTC steht für „over the counter“ und soll solche Produkte bezeichnen, die ohne weiteres „über die Ladentheke“ verkauft werden.

Therapiestandard für eine besonders schwerwiegende Erkrankung sind, die die Lebensqualität auf Dauer beeinträchtigt.[255] Die Verordnung bedarf der dezidierten und zu dokumentierenden Begründung durch den Arzt.[256] Darüber hinaus wird der Gleichlauf aus Verschreibungspflicht und -fähigkeit bei Kindern durchbrochen. Für sie ist bis zum Erreichen des zwölftens (bei Entwicklungsstörung bis zum 18.) Lebensjahres die Verordnung möglich, um den besonderen Bedürfnissen von Familien zu entsprechen, § 34 I 5 SGB V.[257]
Eine weitere Begrenzung enthält § 34 I 6 SGB V. Danach werden für Volljährige auch solche Arzneimittel aus der Leistungspflicht ausgenommen, die zwar verschreibungspflichtig sind, aber allein der Behandlung leichter Erkrankungen dienen. „Bagatellarzneimittel" sind jene, die bei der Behandlung von Erkältungen und grippalen Infekten eingesetzt werden, Mund- und Rachentherapeutika, Abführmittel und Arzneimittel gegen Reisekrankheit. Die Einzelheiten werden in der Arzneimittelrichtlinie durch den Gemeinsamen Bundesausschuss geregelt. Eine Härteklausel ist nicht vorgesehen.[258]

Ferner sind gemäß § 34 I 7, 8 SGB V auch sogenannte „Lifestyle"-Medikamente von der Versorgung ausgeschlossen. Beispielhaft nennt der Gesetzgeber Mittel zur Überwindung einer erektilen Dysfunktion und zur Steigerung der sexuellen Potenz, zur Rauchentwöhnung, der Regulierung des Körpergewichts oder der Verbesserung des Haarwuchses. Sie dienten nicht der Behandlung einer Krankheit, sondern seien darauf gerichtet, die Lebensqualität des Betroffenen zu erhöhen.[259] Auch hier delegiert der Gesetzgeber die Konkretisierung der Regelung auf den Gemeinsamen Bundesausschuss. Eine Ausnahme besteht nicht, sodass der Leistungsausschluss auch Menschen mit Behinderung betrifft.[260]

---

255 BSGE 89, 184.
256 *Hess*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 34 SGB V Rn. 3.
257 BT-Drs. 15/252, S. 86.
258 *Joussen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 34 SGB V Rn. 6; anders noch bis 1989 unter der RVO: §§ 182a S. 3 i.V.m. 182 f I 3 RVO a.F.
259 Siehe hierzu *Schneider-Danwitz/Glaeske*, Viagra: Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen - ein „kleiner Gesetzgeber" -?, MedR 1999, 164 (166 f.).
260 BSGE 110, 194.

c) Hilfsmittelversorgung

aa) Ausschluss von allgemeinen Gebrauchsgegenständen

Die Hilfsmittelversorgung erfährt erhebliche Einschränkungen in § 33 I 1 SGB V, der von dieser „allgemeine Gebrauchsgegenstände" ausnimmt. Auch diese Norm wird auf das Argument gestützt, dass solche „allgemeinen Gebrauchsgegenstände" der Eigenverantwortung des Patienten zuzuordnen seien.[261] Die Definition von allgemeinen Gebrauchsgegenständen fällt wegen deren Vielfalt schwer. Die Rechtsprechung zieht sich auf einen „Typusbegriff"[262] zurück, nachdem eine Gesamtwürdigung typischer Merkmale vorzunehmen sei. Jene könnten in der tatsächlichen Verbreitung des fraglichen Gegenstandes in der Bevölkerung – unabhängig von einer Erkrankung – oder der Frage erblickt werden, ob er speziell zur Befriedigung der Bedürfnisse von Erkrankten oder Menschen mit Behinderung entwickelt wurde.[263] Probleme bereiten aber Gegenstände mit Doppelfunktion und damit solche, die zum einen eine Funktion der täglichen Lebensgestaltung innehaben, zum anderen aber einen krankheits- oder behinderungsspezifischen Zusatznutzen aufweisen. Dies sind etwa orthopädische Schuhe, die einerseits Bekleidung sind, andererseits aber auch eine Fehlstellung ausgleichen sollen.[264] Aufgelöst wird das Spannungsverhältnis durch die Annahme, es sei allein die Zusatzausstattung Gegenstand der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung. Für den orthopädischen Schuh bedeutete dies, dass er von der gesetzlichen Krankenversicherung als Sachleistung zu erbringen wäre, sich der Versicherte jedoch in der Weise beteiligen müsste, wie er Aufwendungen für reguläre Schuhe zu tragen hätte.[265]

---

[261] BSGE 42, 229 (230 f.); 77, 209 (215); 84, 266 (268); *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 33 SGB V Rn. 21.

[262] Siehe etwa *Butzer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 33 Rn. 26.

[263] BSGE 77, 209 (215 ff.); die neuere Tendenz abbildend: BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 26.

[264] *Pflugmacher*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 33 Rn. 16 siehe weitere Nachweise auch in BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 26.

[265] BSGE 42, 229; Zweifel hat allerdings *Beck*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 33 Rn. 54.

bb) Ausschluss von „Bagatellhilfsmitteln“

Auch im Recht der Hilfsmittel wird der bereits aus der Arzneimittelversorgung bekannte Ausschluss nachvollzogen, der Hilfsmittel mit geringem oder umstrittenen Therapienutzen und/oder geringem Abgabepreis (das heißt Kosten, die aus Sicht der (aller) Versicherten wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallen[266]), von der Leistungspflicht ausnimmt, § 34 IV 1 SGB V. Hierzu werden sie in eine vom Bundesministerium für Gesundheit zu erlassende Rechtsverordnung aufgenommen.[267] Darüber hinaus wird dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemäß §§ 33 I 1, 139 SGB V übertragen, ein Hilfsmittelverzeichnis zu erstellen. Dieses wirkt nicht als Instrument unmittelbarer Beschränkung,[268] sondern dient es als Auslegungshilfe für die Verwaltung und Rechtsprechung.[269] Im Hinblick auf die verzeichneten Hilfsmittel wird deren Verordnungsfähigkeit dagegen abschließend festgestellt.[270] Umgekehrt soll der Gemeinsame Bundesausschuss eine Richtlinie erlassen, die die Verordnungsfähigkeit von Hilfsmitteln noch weiter zu beschränken vermag, §§ 33 I 3, 92 SGB V. Die aus dieser Ermächtigung resultierende Hilfsmittelrichtlinie enthält allerdings lediglich abstrakte Regelungen.[271]

cc) Behinderungsausgleich

Eine nicht vom Wortlaut des Gesetzes getragene,[272] jedoch in verfestigter Rechtsprechung vertretene Begrenzung der Versorgung mit Hilfsmitteln wird im Behinderungsausgleich unter dem Begriff „Basisausgleich“ relevant.[273] Der Umfang der

---

266 BSG SozR 3-2500 § 34 Nrn. 2 und 4; *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 33 SGB V Rn. 48.

267 Verordnung über Hilfsmittel von geringem therapeutischem Nutzen oder geringem Abgabepreis in der gesetzlichen Krankenversicherung (KVHilfsmV).

268 BSG SGb 2009, 529.

269 Vgl. *Butzer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 33 Rn. 32.

270 *Wabnitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 33 SGB V Rn. 14; *Engelmann*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, Nr. § 139 Rn.16.

271 Ob der Gemeinsame Bundesausschuss überhaupt eine verbindliche Positivliste erlassen könnte, ist fraglich, vgl. dazu *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 33 SGB V Rn. 48c; BSG SozR 4-2500 § 33 Nr 36.

272 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, S. 676.

273 Diese Rechtsprechung wird in weiten Teilen der Literatur angegriffen. Siehe etwa *Davy*, Anmerkung zum Urteil des 3. Senats des BSG vom 26.3.2003 - B 3 KR 23/02 R, SGb 2004, 315 ff.;

Leistungspflicht nach § 33 I 1 SGB V soll sich danach unterscheiden, ob mit einem Hilfsmittel eine ausgefallene Körperfunktion „unmittelbar" wiederhergestellt wird – so etwa mit einer Prothese[274] – oder „mittelbar" die Beeinträchtigung ausgleichen sollen, die durch den Ausfall einer Körperfunktion eintritt – so etwa durch ein Gerät, welches gedruckten Text in Braille-Zeilen übersetzt[275] –.[276] Beim unmittelbaren Behinderungsausgleich sei ein möglichst vollständiger Ausgleich des Funktionsdefizits anzustreben,[277] beim mittelbaren genüge dagegen ein „Basisausgleich", der allein die Ermöglichung allgemeiner Grundbedürfnisse bezwecke.[278]

Bei der Überwindung behinderungsbedingter Mobilitätseinschränkungen spricht das Bundessozialgericht von einem „gewissen körperlichen […] Freiraum"[279], den zu erschließen allgemeines Grundbedürfnis sei und der die Beweglichkeit im Nahbereich[280] umfasse. Damit erfolgt zugleich eine Abgrenzung zum „vollständigen Gleichziehen mit den praktisch unbegrenzten Möglichkeiten Gesunder"[281]. Daraus folgt etwa, dass ein Familientandem als Hilfsmittel für Fahrradtouren leistungsrechtlich irrelevant ist.[282] Das gleiche folgert das Gericht für die Umrüstung von Kraftfahrzeugen, sodass Gehbehinderte auch entferntere Orte aufsuchen könnten. Da diese nicht zum vom Basisausgleich umfassten Nahbereich rechnen, werden sie in Rehabilitation und Pflege bisher nicht berücksichtigt. Denn

---

Heinz, Über die Bedeutung der Regelungen des Neunten Sozialgesetzbuches im Rahmen der Gewährung von Hilfsmitteln nach dem Recht der Krankenversicherung, WzS 2011, 174 (175 ff.); *Henning*, Hilfsmittelversorgung zum Ausgleich einer Behinderung in der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 2015, 83 (86 ff.).

274 BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 23; 24.

275 BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 6.

276 Siehe *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 185.

277 BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 40.

278 Vgl. *Henning*, Hilfsmittelversorgung zum Ausgleich einer Behinderung in der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 2015, 83 (83 f.).

279 BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 29; 32.

280 BSG SGb 2004, 512.

281 BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 31; KrV 2011, 187; ZfSH/SGB 2013, 696.

282 So schon der 3. Senat zum Rollstuhlbike in BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 31 und SozR 4-2500 § 33 Nr. 2; dann dagegen aber der 8. Senat SozR 3-2500 § 33 Nr. 25 zum Therapietandem und im Anschluss unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rechtsprechung des 8. Senats wieder der 3. Senat in SozR 4-2500 § 33 Nr. 25; siehe dazu *Knispel*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 33 SGB V Rn. 17 ff.

ein Auto dient allen Menschen zur Fortbewegung über weite Wegstrecken, unabhängig von einer Gehbehinderung.[283] Nur ganz ausnahmsweise können Hilfsmittel erbracht werden, die eine Fortbewegung über den gemein fußläufig erreichbaren Raum hinaus erlauben, etwa wenn dies der besondere Integrationsbedarf von Kindern und Jugendlichen fordert.[284] Jedoch ist die Rechtsprechung selbst in diesen Fällen äußerst restriktiv: Ein Sportrollstuhl zur Teilnahme am Vereinssport ist bereits nicht mehr zu gewähren.[285] Auch jenseits des Bedürfnisses nach Mobilität unterscheidet das Bundessozialgericht zwischen unmittelbarem und mittelbarem Behinderungsausgleich. So seien Hilfsmittel des mittelbaren Behinderungsausgleichs nur für eine grundständige Schulbildung zu leisten.[286] Nicht mehr allein die Grundbedürfnisse betreffe jedoch ein Studium und der jenem vorausgesetzte Besuch eines Gymnasiums.[287]

dd) Eingeschränkte Versorgung mit Sehhilfen

Von großer praktischer Relevanz ist auch die Einschränkung der Versorgung der Versicherten mit Sehhilfen. Danach werden Brillen grundsätzlich nur noch an Minderjährige geleistet. Denn der eigenverantwortliche Erwerb sei den erwachsenen Versicherten wirtschaftlich zumutbar. Dabei verweist der Gesetzgeber auf die bestehende Bereitschaft, eine erhebliche Zuzahlung zu leisten, um die Brille mit medizinisch nicht notwendigen, aber komfortsteigernden Eigenschaften zu versehen.[288] Ferner sei bei über 18-Jährigen nicht mehr damit zu rechnen, dass durch die Versorgung mit dem Hilfsmittel eine vollumfängliche Korrektur der Sehkraft noch erreicht werden könne.

Ausnahmsweise wird ein Anspruch doch gewährt, wenn die Brille eine schwere Sehbehinderung ausgleichen soll oder zu therapeutischen Zwecken notwendig ist, § 33 II 2 SGB V. In jedem Fall beschränkt sich die Zahlungspflicht der

---

283 BSG SozR 2200 § 187 Nr. 6, wobei hier ausdrücklich auf eine mögliche Leistungspflicht der Sozialhilfe verwiesen wird.
284 BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 27.
285 BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 35.
286 BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 22; 40.
287 BSG SozR 4-2500 § 33 Nr. 6.
288 BT-Drs. 15/1525, S. 71, 85 f.; *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 33 SGB V Rn. 38.

Krankenkassen auf die Gläser und umfasst nicht das Gestell auch wenn dies wegen der auszugleichenden Behinderung oder wegen der besonderen Bedürfnisse des Versicherten nötig ist.[289] Es besteht die Möglichkeit, die Versorgung mit einer Brille durch eine solche mit Kontaktlinsen zu ersetzen. Allerdings besteht die Leistungspflicht der Krankenkasse nur bis zu der Höhe, die für eine Brille aufzuwenden wäre, wenn nicht eine durch den Gemeinsamen Bundesausschuss festzulegenden Ausnahmeindikation vorliegt, die die Kontaktlinsen erforderlich macht (S. 3). In keinem der Fälle werden jedoch Pflegemittel zum Erhalt der Funktionsfähigkeit der Hilfsmittel ersetzt.[290]

d) Heilmittelversorgung

§ 32 I 1 SGB V weist den Heilmittelleistungsanspruch zunächst in die gesetzlichen Grenzen des § 34 SGB V. Dies läuft im Ergebnis allerdings leer, da dort nur Spezialregeln für die Versorgung mit Arznei- und Hilfsmitteln geregelt sind. Eine lex generalis fehlt, sodass § 32 I 1 SGB V mittlerweile obsolet ist.[291] Umso größere Bedeutung kommt daher § 32 I 2 SGB V zu.[292] Dieser verweist auf § 92 SGB V und damit wiederum auf die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses. Auf dieser Grundlage basiert die Heilmittel-Richtlinie.[293] Dort sind detaillierte Bestimmungen zu finden, welche Heilmittel für welche Diagnose indiziert sind und damit – unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit – verordnet werden dürfen. Daneben werden aber auch solche Heilmittel aufgeführt, die nicht verordnet werden können, weil ein therapeutischer Nutzen bei bestimmter Indikation oder des Heilmittels überhaupt nicht nachgewiesen ist oder sie der persönlichen Lebensführung zugerechnet werden. Dies betrifft etwa die Hippotherapie, Musik- und Tanztherapiemethoden, Akupunktur oder Saunakuren.[294]

---

289 BSGE 75, 74 (79); *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 306 f.

290 BSG SozSich 1995, 30.

291 *Pflugmacher*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 32 Rn. 2.

292 Siehe auch BT-Drs. 17/2413, S. 19.

293 Richtlinie über die Verordnung von Heilmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung vom 20.01.2011/19.05.2011, abgedruckt im BAnz. Nr. 96, S. 2247 vom 30.06.2011.

294 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 32 Rn. 10; siehe auch BSG SozR 3-2500 § 138 Nr. 2.

5. Begrenzung durch Abgrenzung

a) Zuständigkeit in Abgrenzung zu anderen Sozialversicherungsträgern

Obgleich der Versicherungsfall der Krankheit erfüllt sein mag, trifft die gesetzliche Krankenversicherung auch dann keine Leistungspflicht, wenn ein anderer Träger vorrangig zuständig ist. Insoweit ergeben sich teils schwierige Abgrenzungsfragen zu den Regimen der gesetzlichen Renten-, Unfall- und Pflegeversicherung. Ausdrücklich regelt § 11 II 2 SGB V, dass Leistungen von den Pflegekassen zu erbringen sind, wenn diese der aktivierenden Pflege nach Eintritt der Pflegebedürftigkeit dienen. Davor soll zur Abwendung der Pflegebedürftigkeit allerdings die Krankenversicherung einstandspflichtig sein. § 11 V SGB V besagt, dass Ansprüche gegen die Krankenversicherung ausgeschlossen sind, wenn und soweit die Leistungen durch die gesetzliche Unfallversicherung zu erbringen sind. Diese Differenzierung ergibt sich daraus, dass ein Anspruch auf Krankenbehandlung sich unmittelbar gegen die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung richtet, § 27 SGB VII. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Kranken- und Rentenversicherung wird dagegen nur bei den Rehabilitationsleistungen praktisch, § 40 IV SGB V.

Die Leistungsinanspruchnahme hat immer in dem gegen das aktuelle soziale Risiko versichernden Leistungsrecht zu erfolgen und richtet sich nach dessen (zum Teil sehr unterschiedlichen) Voraussetzungen. Die Versorgung von Kranken und Verletzen geschieht gemeinhin aber unter einem hohen Zeitdruck, der es unmöglich macht, zunächst den richtigen Anspruchsgegner zu ermitteln. Der Leistungserbringer wird regelmäßig gegenüber dem erstangerufene Träger abrechnen. Soweit Uneinigkeit über die Zuständigkeit besteht, kann der Versicherte vorläufige Leistungen nach § 43 I SGB I beim zuerst angegangenen Träger beantragen, der dann zu deren Gewährung verpflichtet ist.[295] Zum Ausgleich sieht das Sozialverwaltungsrecht Erstattungsansprüche zwischen dem vermeintlich und dem tatsächlich zuständigen Träger vor, § 102 ff. SGB X.

---

[295] Siehe hierzu für das Verhältnis zwischen GKV und GUV *Ricke*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 26 SGB VII Rn. 10.

b) Zurückweisung der solidarischen Verantwortlichkeit

aa) Missbräuchliche Einreise

Die Zuständigkeit der Solidargemeinschaft der gesetzlich Versicherten wird ferner in den Fällen des § 52a SGB V nicht begründet. Hiernach besteht kein Leistungsanspruch, wenn sich Personen in den Geltungsbereich des SGB V begeben, um aufgrund einer Versicherung nach § 5 I Nr. 13 SGB V oder Familienversicherung missbräuchlich Leistungen zu beanspruchen. Von diesem Ausschluss soll die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände allerdings nicht umfasst sein.[296] Der Anwendungsbereich der Norm ist denkbar klein. Er beschränkt sich zunächst auf Zuwanderer aus anderen Staaten. Diese fallen jedoch schon nur ganz ausnahmsweise unter die Subsidiaritätsregel des § 5 I Nr. 13 SGB V.[297] Größere Bedeutung hat die Norm für die nach § 10 SGB V Versicherten. Der Anspruch des Familienversicherten, der missbräuchlich einreist, kann unabhängig von der Makellosigkeit des Versicherungsverhältnisses des Mitgliedes, von dem die Familienversicherung abgeleitet wird, ausgeschlossen sein.[298] Unklar ist allerdings das Merkmal der Missbrauchsabsicht. Verlangt wird nach dolus directus ersten Grades.[299] Die Einreise in einen Staat unterliegt jedoch zumeist einem Motivbündel. Regelmäßig ist der Familien(nach)zug auf die Begründung oder Wiederherstellung des Familienlebens gerichtet. Dann ist ein durch Art. 8 EMRK legitimierter Rechtsgebrauch gegeben. Inwieweit dies allein vorgeschoben ist, um andere Ziele – missbräuchlich – zu erreichen, ist im Aufenthalts- und damit Ordnungsrecht zu bestimmen. Wird der Aufenthalt gewährt, wäre es widersprüchlich, die Gewährung von Krankenbehandlung zu verweigern. Ferner ist für EU-Bürger an primär- und sekundärrechtliche Diskriminierungsverbote sowie die Europäische Sozialrechtskoordinierung zu erinnern.

---

296 BT-Drs. 16/3100, 18.

297 Vgl. ausführlich *Padé*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 52a Rn. 5 ff.

298 *Linke*, Probleme der Missbrauchsabwehr nach § 52a SGB V, § 33a SGB XI, NZS 2008, 342 (344); *Padé*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 52a Rn. 21; a.A. *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 52a SGB V Rn. 6.

299 *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 52a Rn. 2.

bb) Leistungseinschränkungen durch Verschulden des Versicherten

(1) Selbstverschulden und Risiko-Verhaltensweisen

§ 52 I SGB V bestimmt, dass derjenige, der sich eine Krankheit vorsätzlich oder während eines von ihm begangenen Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zuzieht, an den Kosten der erforderlichen Krankenbehandlung in angemessener Weise beteiligt werden kann. Die Norm versucht damit dem „moral hazard" entgegenzuwirken. Damit ist gemeint, dass das Vorliegen eines Versicherungsschutzes das Risiko- und Inanspruchnahmeverhalten des Individuums steuert.[300] Auf die soziale Krankenversicherung gemünzt bedeutet dies, dass ein Versicherter, wegen der Absicherung gegen Krankheit durch Anspruch auf Krankenbehandlung und Entgeltfortzahlung, bewusst oder unbewusst, ein höheres Erkrankungsrisiko eingeht, etwa durch eine ungesunde Lebensweise, Vernachlässigung der Prävention oder sich mit großen Gefahren verbundenen Tätigkeiten hingibt. Mag diese Verhaltensweise individuell auch rational und rationell sein, kann sie vor dem Hintergrund einer solidarisch zu finanzierenden Vorsorge nicht akzeptabel erscheinen.

Allerdings ist die Möglichkeit, dem kostensteigernden Verhalten des Versicherten eine entsprechende Eigenbeteiligung folgen zu lassen, de lege lata stark begrenzt. Dies folgt aus der den Versicherten eingeräumten Freiheit auf individuelle Lebensführung als Folge der Allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinne des Art. 2 I GG. Insoweit werden etwa der regelmäßige und gesundheitsschädliche Genuss von Alkoholika und Tabakerzeugnissen ebenso wenig sanktioniert wie die

[300] *Wasem/Greß*, Anreize für die Versicherten in der Gesetzlichen Krankenversicherung, SDSRV 52 (2004), 115 (116); mitunter findet sich in der Literatur synonym auch der Begriff des „bajazzo-Effekts", vgl. *Wolf*, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2010, S. 166.

Ausübung von Hochrisikosportarten.[301] § 52 I SGB V ist auf den versicherungsrechtlichen Leistungsausschluss der vorsätzlichen[302] Selbstherbeiführung des Schadens und den gesamtgesellschaftlich missbilligten Fall der Teilnahme an Straftaten (niemand soll bei deren Begehung Sozialversicherungsschutz genießen) beschränkt. Es liegt im Ermessen der Krankenkasse, ob und inwieweit der Versicherte an den Kosten der Krankenbehandlung zu beteiligen ist. Ferner kann das Krankengeld ganz oder teilweise versagt werden.

§ 52 II SGB V regelt den Fall von Folgebehandlungen, nachdem der Versicherte medizinisch nicht indizierte Maßnahmen, namentlich ästhetische Operationen, Tätowierungen und Piercings, an seinem Körper vornehmen lassen hat. Den Gesetzgebungsmaterialien ist zu entnehmen, dass es nicht „sachgerecht" sei, wenn die Solidargemeinschaft solche Kosten übernehmen solle, die Folge eines Risikos sind, dem sich der Versicherte ohne Not und sehenden Auges ausgesetzt hat.[303] Diese müsse vielmehr der Eigenverantwortung zugeordnet werden. Demzufolge hat die Krankenkasse anders als in Absatz 1 auch lediglich ein Auswahlermessen. Entschließungsermessen besteht nicht; sie muss den Versicherten kraft Gesetzes an den Kosten beteiligen.

---

301 Siehe etwa BSGE 9, 232 (237) mit dem begrifflich etwas missglückten Hinweis auf die Steigerung der „Volksgesundheit" (dazu in anderem Zusammenhang *Steiner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, 1 ff.) auch durch riskante Sportarten; siehe auch *Hänlein*, Festlegung der Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen, SGb 2003, 301 (303); grundlegend *Eichenhofer*, Wahl des Lebensstils - Auswirkungen in der sozialen Sicherheit, SGb 2003, 705 (708 f.).

302 D.h. mit Wissen und Wollen, vgl. *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 52 SGB V Rn. 5 f. Ein Sonderproblem bildet der missglückte Suizidversuch. Zunächst stellt sich die Frage, ob der Wille, sich zu töten auch einen Selbstverletzungsvorsatz enthält. Auch wenn der Überlebensfall mit schweren Verletzungen für den Suizidenten gerade unwillkommen ist, geht die wohl herrschende Meinung im Strafrecht davon aus, dass der Tötungsvorsatz notwendig den Vorsatz für die Körperverletzung als Durchgangsstadium beinhaltet. Daraus folgert etwa *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 52 SGB V Rn. 7, dass die Krankenkasse berechtigt sei, den Versicherten an den Behandlungskosten zu beteiligen. Dem ist allerdings mit dem Argument entgegenzutreten, dass in den meistens (ausgenommen nämlich nur in den selbst umstrittenen Fällen des Bilanzsuizids, vgl. *Pollak*, Rechtsmedizinische Aspekte des Suizids, Rechtsmedizin 15 (2005), 235 (236)) die Einsichtsfähigkeit und Freiverantwortlichkeit des Betroffenen derart beschränkt ist, dass es Schwierigkeiten bereitet, den Vorsatz überhaupt zu bejahen. Im Übrigen wäre dies auch ein sozialethisch bedenkliches Ergebnis; siehe hierzu auch *Rompf*, Selbstverschulden im Krankenversicherungsrecht, SGb 1997, 105 (107 f.).

303 BT-Drs. 16/3100, S. 108.

Das durch § 52 SGB V getragene Prinzip der Individualverantwortung wird flankiert durch die allgemeinen Mitwirkungsobliegenheiten der §§ 60 ff. SGB I. Diese sind gleichwohl weit weniger einschneidend. Nach § 63 SGB I soll sich, wer wegen Krankheit Sozialleistungen beantragt hat, auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers einer Heilbehandlung unterziehen, wenn diese seinen Gesundheitszustand zu bessern geeignet ist. Diese Regel umfasst nicht nur die Durchführung der Heilbehandlung, sondern auch die aktive Mitwirkung an derselben – namentlich ein Verhalten, dass das Behandlungsziel nicht gefährdet (Compliance).[304] Die Missachtung dieser Obliegenheit hat die Folge des § 66 II SGB I, wonach Leistungen bei unterbliebener Mitwirkung ganz oder teilweise versagt werden können. Dies umfasst jedoch nicht die Einschränkung des Rechts auf Krankenbehandlung als solches und auch nicht die Auferlegung vergangener oder zukünftiger Behandlungskosten. Vielmehr gibt die Norm den Krankenkassen nur die Möglichkeit, Leistungen zu versagen, die wegen der Arbeitsunfähigkeit erbracht werden, namentlich das Krankengeld nach §§ 44 ff. SGB V.[305]

(2) Beschränkung der Leistungspflicht bei Beitragssäumnis

Ein Fall echter Leistungsbeschränkung tritt bei Beitragssäumigkeit der Versicherten ein, § 16 IIIa 2 SGB V. Die Norm betrifft allerdings nur Mitglieder der Krankenkassen, die ihre Beiträge selbst zu entrichten haben. Das heißt, ein arbeitgeberseitiges Ausbleiben der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen ist für jenen zwar strafrechtlich relevant (§ 266a StGB), aber der Anspruch des Versicherten wird dadurch nicht berührt.[306] Die Ruhensnorm ist also besonders für freiwillig Versicherte bedeutsam. Diese konnten bis 2007 im Falle der Säumigkeit aus der Versicherung ausgeschlossen werden. Dies war aber durch die Einführung des Auffangtatbestandes der Versicherungspflicht nach § 5 Nr. 13 SGB V nicht mehr

---

304 *Marburger*, Zum Ruhen und Versagen von Leistungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung, ZfSH 1982, 353 (353 f.); *Meydam*, Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten der Individualverantwortung in den Bereichen Prävention, Rehabilitation und Behandlungen - zugleich ein Beitrag zur Reformgesetzgebung, SGb 1997, 303 (306).

305 *Baier*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 66 SGB I Rn. 20.

306 *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 16 SGB V Rn. 12.

möglich.[307] Doch auch die Versicherungsbeiträge der Mitglieder in der „Auffangbürgerversicherung“ sind von diesen selbst zu tragen, sodass sie ebenso in den Anwendungsbereich des § 16 IIIa SGB V fallen, wie die Mitglieder in der Krankenversicherung der Studenten.

Voraussetzung für das Ruhen des Anspruchs ist der Rückstand mit einem Beitrag, der die Höhe von Beitragsanteilen für zwei Monate hat trotz Mahnung. Auf die Gründe des Ausbleibens der Zahlung kommt es nicht an.[308] Rechtsfolge ist, dass ein Anspruch auf Krankenbehandlung auf die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände, Untersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten sowie Leistungen bei Mutterschaft und Schwangerschaft beschränkt wird. Betroffen ist allein das beitragssäumige Mitglied; die Familienversicherten nach § 10 SGB V werden nicht erfasst.[309]

Durch die Leistungsbeschränkung wird letztlich eine Gleichstellung mit privatversicherten Nichtzahlern (§ 178a VIII VVG) erreicht und ein Leistungsregime etabliert, das dem des § 4 AsylbLG – einer Norm des Ausländersozialrechts, die eine basale Krankenbehandlung für Menschen mit ungesichertem Aufenthalt vorsieht – gleicht.[310]

Demzufolge findet die zu dieser Norm ergangene Rechtsprechung auch entsprechende Anwendung auf die Fälle des § 16 IIIa 2 SGB V.[311] Umstritten ist, wie mit chronischen Erkrankungen umzugehen ist. Diese sind von § 4 AsylbLG gerade

---

307 Siehe *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 16 Rn. 23.

308 Allerdings endet die Leistungsbegrenzung wenn der Versicherte hilfebedürftig nach SGB II oder SGB XII wird, um ein dauerhaftes Ruhen der Ansprüche zu vermeiden, BT-Drs. 16/4247, S. 43; *Blöcher*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 16 Rn. 55.

309 *Peters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 16 SGB V Rn. 24.

310 BT-Drs. 16/4247, S. 31.

311 So auch *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 16 SGB V Rn. 14; eine Übersicht über die zu §§ 4 und 6 AsylbLG ergangene Rechtsprechung gibt *Müller-Krah*, Die Gesundheitsleistungen für Asylbewerber nach §§ 4, 6 AsylbLG, GuP 2012, 132 (135 ff.); siehe auch *Eichenhofer*, Gesundheitsleistungen für Flüchtlinge, ZAR 2013, 169 (170); *Frings*, Der Anspruch nach dem Asylbewerberleistungsgesetz auf eine medizinische Grundversorgung für Menschen ohne Papiere, in: *Falge/Fischer-Lescano/Sieveking* (Hrsg.), Gesundheit in der Illegalität, 2009, S. 143 (148 ff.).

nicht erfasst. Daher wird zum Teil gefolgert, dass sie auch im Rahmen der Leistungen für Beitragssäumige nicht erbracht werden dürfen.[312] Dagegen wird eingewendet, dass dies wegen Art. 2 II 1 GG einer verfassungsrechtlichen Korrektur bedürfe, sodass zumindest solche Behandlungen erbracht werden können, die verhindern, dass eine chronische Erkrankung akut wird, so wie dies im Einzelfall auch durch § 6 AsylbLG möglich sei.[313] Dem wird entgegengehalten, dass durch die Reform bereits eine Besserstellung im Vergleich zum Ausschluss aus der Krankenkasse eingetreten sei.[314] Außerdem könne das Kassenmitglied durch Nachzahlung der Beiträge den vollen Versicherungsschutz jederzeit wieder reaktivieren. Letztlich spricht vieles dafür, die Lösung anhand einer einschränkenden Auslegung dergestalt zu suchen, dass für die Darlegung einer akuten, mit Schmerzzuständen verbundenen Erkrankung eher geringe Anforderungen zu stellen sind. Der Beweis von Schmerzen ist, zumal im nachgelagerten Rechtschutz, ohnehin kaum zu erbringen. Zwar gebietet das Motiv, den Versicherten zur Rechtstreue anzuhalten, eine restriktive Gewährung von Leistungen; doch darf dies – auch im Hinblick auf die finanzielle Verantwortung gegenüber der Versichertengemeinschaft – nicht dazu führen, dass überschaubare und wenig aufwändige Behandlungen verweigert werden, nur um zuzuwarten bis sie akut sind und dann deutlich umfangreicherer medizinischer Betreuung bedürfen.

---

312 *Blöcher*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 16 Rn. 56; *Waltermann*, in: *Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., 2013, § 16 SGB V Rn. 13; wohl auch *Trenk-Hinterberger*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 16 SGB V Rn. 14.

313 *Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 16 Rn. 17.

314 *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 16 Rn. 31, der allerdings bereits in der Ausnahme bei akutem Behandlungsbedarf die Gefahr einer Aushöhlung des Grundsatzes erkennt. Schließlich sei die Abgrenzung von akuten Zuständen mit großen Beweisschwierigkeiten verbunden. Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen sei die Ausnahme nicht geboten. Die vom Bundeverfassungsgericht im Alternativmedizinbeschluss (BVerfGE 115, 25) aufgestellten Kriterien kämen nicht in Betracht, da sich das Gericht in seiner Entscheidung insbesondere auf die Pflicht zur Beitragszahlung gestützt habe, sodass der Säumige diesen besonderen Schutz nicht für sich in Anspruch nehmen könne.

6. Begrenzung durch Anreize

Neben die ausdrücklichen gesetzlichen – imperativen –Leistungsausschlüsse treten Maßnahmen mit – influenzierendem – Anreizcharakter.[315] Letztere beruhen auf wirtschaftlichen Inzentiven, die die Entscheidungsfähigkeit von Leistungserbringern und Versicherten zwar unberührt lassen, gleichwohl aber auf die Entscheidungsfreudigkeit Einfluss zu nehmen suchen. Damit wird das Recht auf Krankenbehandlung nicht gesetzlich beschränkt, jedoch wird dessen Inanspruchnahme wenig reizvoll.

a) Gegenüber den Leistungserbringern

Im Rahmen von Reformen des Vergütungssystems der Vertragsärzte in der ambulanten Versorgung wurden verschiedene Budgetierungsmodelle versucht.[316] Namentlich war die Begrenzung, beziehungsweise Abstufung der ärztlichen Vergütung anhand von Regelleistungsvolumina gesetzlich vorgeschrieben. Sie beruhen auf der Vorstellung, dass der Arzt keinen Anspruch auf Vergütung nach Einzelleistungen hat, sondern ein Gesamtvolumen auf die Behandlung seiner Patienten entsprechend derer Krankheiten mit unterschiedlichem Schweregrad zu alloziert.[317] Diese starre gesetzgeberische Festlegung wurde zwar aufgehoben, allerdings bestehen Begrenzungsmechanismen als Binnenrecht fort: Die Leistungserbringer rechnen nicht unmittelbar jede individuelle Behandlungsleistung mit den Krankenkassen ab, sondern jene kehren den Kassenärztlichen Vereinigungen zur Abgeltung ihres Sicherstellungsauftrages eine (nach haus- und fachärztlicher Versorgung getrennte) Gesamtvergütung aus. Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben sodann ein Honorarverteilungsverfahren zu entwickeln, welches eine unwirtschaftliche Leistungsausdehnung verhindert, zugleich aber leistungsgerecht

---

315 Siehe zur Terminologie und auch in der Sache *Becker*, Die Steuerung der Arzneimittelversorgung im Recht der GKV, 2006, S. 137 ff.

316 Siehe dazu *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 195 ff.

317 *Udsching*, Krankenversicherungsrechtliche Perspektive, in: *Duttge/Zimmermann-Acklin* (Hrsg.), Gerecht sorgen, 2013, S. 61 (69).

ist. Das Gesetz (§ 87b SGB V) gibt hierzu wenig vor. Die Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigungen können daher vorsehen, dass die Regelleistungsvolumina weitergelten oder eigene Verteilungsschlüsse erarbeiten.

Etwas anderes gilt bei Arznei- und Heilmittelvereinbarungen. Sie sind kollektive Verständigungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen einerseits und den kassenärztlichen Vereinigungen andererseits, § 84 I SGB V. Sie beinhalten die Festlegung eines jährlichen Ausgabevolumens für die ärztliche Verordnung und Richtgrößen, die diese arztgruppenspezifisch auf ein Individualbudget herunterbrechen. Die Überschreitung desselben durch Mehrverordnungen hat zwar keine unmittelbaren Konsequenzen für den Leistungserbringer, ausdrücklich sollen Ärzte nicht durch das Verschreiben medizinisch notwendiger Maßnahmen benachteiligt werden,[318] doch gibt sie Anlass zur Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106 Va SGB V.[319] Deren Folge kann ein Regress sein, sollte sich herausstellen, dass der Arzt unvernünftige Ausgaben getätigt hat. Er soll so angehalten werden, dass Prinzip der Wirtschaftlichkeit in jeder seiner Entscheidungen zu berücksichtigen, im Speziellen sich für ein kostengünstigeres wenn wirkungsgleiches Präparat zu entscheiden. Zwar werden Wirtschaftlichkeitsprüfungen auch nach Zufallsstichproben durchgeführt, doch benennt § 106 II 1 Nr. 1 SGB V die Überschreitung der Richtgrößenvolumina als Anhaltspunkt und Grund für eine Auffälligkeitsprüfung. Der Arzt ist zwar nicht berechtigt, dem Patienten aus Kostengründen Leistungen vorzuenthalten, die medizinisch notwendig sind.[320] Allerdings kann eine jedenfalls faktische Beschränkung des Rechts auf Krankenbehandlung eintreten, wenn dem Patienten, und wenn nur aus der Unsicherheit heraus, Leistungen nicht gewährt werden, um das Budget

---

318 BT-Drs. 16/691 S. 16.

319 *Axer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 84 Rn. 1, 11; siehe zu den teils bedenklichen praktischen Folgen für die Qualität der Gesundheitsversorgung *Bartsch/Maio*, Die Therapieentscheidung als ökonomische Zwangshandlung, Onkologe 17 (2011), 210 ff. und bereits *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl als Rechtsproblem, ZaeF 1993, 559 (560 ff.); *Schreiber*, Individueller Behandlungsanspruch und seine Grenzen unter dem Kostenaspekt, ZaeFQ 94 (2000), 846 (849); zurückhaltend *Neumann*, Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617 (619).

320 BSGE 88, 20 (29); *Neumann*, Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617 (619).

zu schonen, sodass das Risiko in Regress genommen zu werden, minimiert wird.[321]

Ähnliche Beobachtungen lassen sich auch in der stationären Versorgung anstellen. Allerdings sind diese mitunter noch stärker von den wirtschaftlichen Eigeninteressen des Krankenhausträgers beeinflusst. Die Vergütung von Krankenhäusern für die Behandlung der Versicherten erfolgt über diagnosis related groups (DRG). Diese sind Fallpauschalen, die sich an der Standardtherapie für eine bestimmte Diagnose orientieren.[322] Demnach ist die Vergütung für die Behandlung eines Patienten mit einer bestimmten Erkrankung immer gleich. Allerdings kann es Behandlungsalternativen geben, die möglichweise statistisch wirksamer, aber auch kostenintensiver sind. Auch hier gilt, dass medizinisch notwendige Behandlungen in jedem Fall zu erbringen sind. Es liegt hingegen im Ermessen der Krankenhäuser, ob sie eben die teurere Behandlung anbieten oder sich mit einer ebenfalls wirksamen aber etwa mit mehr Nebenwirkungen verbundenen Therapie begnügen, um so dem Kostendruck Rechnung zu tragen.[323]

b) Gegenüber den Versicherten

aa) Informationsrecht und Wahltarife

Das Informationsrecht eines Versicherten ist in § 305 SGB V geregelt. Danach haben sowohl Krankenkassen als auch Leistungserbringer Auskunft darüber zu geben, welche Leistungen sie in Anspruch genommen haben und welche Kosten dies verursacht hat, § 305 I 1, II 1 SGB V. Durch die Steigerung der Transparenz soll der „Schwäche“ des Sachleistungsprinzips abgeholfen werden, welches den Versicherten die wirtschaftlichen Eckdaten ihrer Behandlungen regelmäßig vorenthält.[324] Die Wirksamkeit dieser Regelung zur Kostendämpfung wird zumeist

---

[321] Siehe in diesem Zusammenhang zum Komplex der Behandlung schizophrener Patienten mit atypischen Neuroleptika *Schimmelpfeng-Schütte*, Die Arzneimittelversorgung im Spannungsfeld der Interessen der gesetzlichen Krankenversicherung und der Pharmaindustrie, GesR 2006, 12 (15).

[322] *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 224.

[323] *Fuchs*, Was heißt hier Rationierung?, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 42 (48).

[324] *Schneider*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 305 Rn. 3.

bezweifelt, da eine Information nicht automatisch erfolgt, sondern aktiv vom Versicherten eingefordert werden muss.[325]

Allerdings können durch Wahltarife nach § 53 I, II SGB V wirtschaftliche Anreize gesetzt werden. Danach können die Krankenkassen in ihren Satzungen für Mitglieder, die sich einer Selbstbehaltsregelung unterwerfen oder wenn die Versicherten und ihre mitversicherten Angehörigen in einem Kalenderjahr keine Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch genommen haben, Prämien vorsehen. Einem solchen Wahltarif können die Versicherten durch Erklärung beitreten. Dadurch soll das Kostenbewusstsein der Versicherten geschärft werden, da sich die für sie getätigten Ausgaben im eigenen Vermögen widerspiegeln. Für nicht oder gegen Zahlung einer Eigenleistung in Anspruch genommene Leistungen, wird der Versicherte durch Ausschüttung eines Bonus belohnt.[326] Daneben besteht auch die Möglichkeit in der Satzung vorzusehen, dass Versicherte anstelle des Sachleistungsprinzips die Kostenerstattung wählen. Hierdurch wird letztlich allein (aber doch immerhin) Transparenz geschaffen, wenngleich der Verwaltungsaufwand erhöht ist.

---

[325] Siehe etwa *Merten*, Krankenversicherung zwischen Eigenverantwortung und Staatsversorgung, NZS 1996, 593 (597): „Bekanntlich fragt niemand, was die Maß kostet, solange Freibier ausgeschenkt wird."; aber auch aktueller *Latsch-Bürmann/Weber*, Ein Erfahrungsbericht zur elektronischen Patientenquittung mit dem BKK InfoNet, BKK 2008, 520 (521).

[326] Dass diese vereinfachte Darstellung die tatsächliche Ausgestaltung nur begrenzt wiedergeben kann, belegt *Wolf*, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2010, S. 107 f. etwa im Hinblick auf die Programme der Techniker Krankenkasse; Nichtinanspruchnahmeprämien sind problematisch, da sie sich nicht nur auf Wunschmedizin beziehen, sondern den Patienten davon abhalten, den Arzt im Frühstadium einer Erkrankung aufzusuchen, was zur Folge haben kann, dass ein Heilerfolg später nur noch schwierig, langwieriger und teurer erzielt werden kann. Besonderer Kritik ist ausgesetzt, dass auch Leistungen zur Früherkennung, Prävention und Prophylaxe betroffen sind, sodass deren Intention völlig ausgehöhlt wird (*Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 53 Rn. 8; *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 53 SGB V Rn. 9). Insoweit besteht auch ein offener Wertungswiderspruch mit § 28 IV SGB V a.F., der vorbeugende Untersuchungen von der früher zu zahlenden „Praxisgebühr" ausgenommen hat.

bb) Zuzahlungen

(1) Tatbestände

Ein an alle Versicherten gerichtetes Instrument sind die zu leistenden Zuzahlungen. Diese werden typischerweise bei der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln erhoben, § 61 SGB V.

Die Zuzahlung zu Medikamenten ist der bedeutendste Fall. Die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln macht mehr als ein Viertel der Gesamtausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung aus.[327] Bereits seit Jahrzehnten wird den Patienten eine Eigenleistung abverlangt, die einerseits kostendämpfend wirkt und andererseits den Versicherten zu einer gesunden Lebensführung anhält, um weniger Arzneimittel zu benötigen.[328] Nach § 61 S. 1 SGB V ist eine Zuzahlung in Höhe von 10 % des Abgabepreises zu entrichten. Eine Begrenzung findet sich nach oben bei 10 Euro. Mindestens sind 5 Euro, jedoch nie mehr als der Abgabepreis selbst, zu entrichten. Ein ähnlicher Modus besteht für Heilmittel und häusliche Krankenpflege. Hier sind 10 % der Kosten sowie eine Verordnungsgebühr in Höhe von 10 Euro zu entrichten, § 63 S. 3 SGB V. Ebenfalls 10 Euro sind nach § 63 S. 2 SGB V täglich als Zuzahlung bei stationären Maßnahmen aufzuwenden.

Ferner sind Zuzahlungen bei kieferorthopädischen Behandlungen zu leisten. Nach § 29 II SGB V betragen diese 20 % der Behandlungskosten, einerlei, ob die kieferorthopädische Behandlung nur zum Selbstzweck oder begleitend zur Heilung einer anderen Erkrankung erfolgt.[329]

Weiterhin werden dem Versicherten Zuzahlungen bis zur Höhe der Mehrkosten auferlegt, wenn er ein anderes Krankenhaus als das auf der ärztlichen Einweisung angegebene aufsucht, § 39 II SGB V. Während § 76 I SGB die freie Arztwahl in der ambulanten Versorgung sichert, werden bei der stationären Versorgung an die Ausübung dieses Rechts wirtschaftliche Folgen geknüpft. Auch sie sollen den Versicherten zur kostensparenden Leistungsinanspruchnahme anhalten.[330]

---

[327] BMG, Kennzahlen der Gesetzlichen Krankenversicherung 2002 bis 2014, S. 1, abrufbar unter http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Statistiken/GKV/Kennzahlen_Daten/KF2015Bund_Maerz_2015.pdf [15.05.2015].

[328] BT-Drs. 11/2237, S. 139; 11/6380, S. 253.

[329] BSGE 85, 66.

[330] BT-Drs. 11/2237, S. 178.

(2) Belastungsgrenze

Die Pflicht zur Zuzahlung soll zwar das Verhalten der Versicherten steuern, gleichwohl nicht dazu führen, dass Patienten eine notwendige Therapie nicht durchführen, weil sie zu großen finanziellen Belastungen ausgesetzt wären. Dies zu vermeiden und damit eine soziale Ausgewogenheit zu schaffen, bezweckt § 62 SGB V, durch Bestimmung einer haushaltsabhängigen Belastungsgrenze.[331] Überschreiten in einem Kalenderjahr die Zuzahlungen im Haushalt 2 % der jährlichen Bruttoeinnahmen zum Lebensunterhalt, sind die Versicherten von weiteren Zuzahlungen freigestellt. Um die besondere Situation chronisch Erkrankter in Dauerbehandlung[332] zu berücksichtigen, reduziert sich deren Belastungsgrenze auf 1 %. Dies gilt allerdings nur dann, wenn sich die Versicherten[333] vor Eintritt der chronischen Krankheit den für sie relevanten Vorsorgeuntersuchungen unterzogen haben, § 62 I 3 SGB V. Damit wird eine Obliegenheit zur Prävention etabliert. Die an die Versicherten gerichteten Handlungsempfehlungen (die, anders als der Wortlaut des § 62 I 5 SGB V implizieren mag, gerade keine Pflichten sind) sind auf die in § 25 I SGB V benannten Früherkennungsmaßnahmen gerichtet. Obwohl sie der Prävention ferngeblieben sind, profitieren Versicherte von der Reduzierung der Belastungsgrenze, wenn sie an einem strukturierten Behandlungsprogramm (§ 137f SGB V) teilnehmen.

Die Regelung anerkennt einerseits, dass die Eigenverantwortung des Versicherten zur Risikominimierung und therapiegerechtem Verhalten die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung mitbestimmen darf.[334] Andererseits ist der Nutzen von Früherkennungsmaßnahmen umstritten; sie können eine Krankheit nicht verhindern (auf die Kausalität kommt es im Rahmen des § 62 I 3 SGB V

331 *Sichert*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 62 Rn. 1.

332 Entsprechend der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Umsetzung der Regelung in § 62 für schwerwiegend chronisch Erkrankte (Chroniker-RL).

333 Um sicherzustellen, dass die Versicherten die Möglichkeit zur Vorsorge hatten ist eine Altersgrenze vorgesehen (Geburt nach dem 1.4.1972).

334 BT-Drs. 16/3100, 110.

auch nicht an[335]).[336] Sie stellen stattdessen als eigener medizinscher Eingriff mitunter eine mit Risiken verbundene Belastung dar, die auch das von der medizinischen Selbstbestimmung getragene Recht auf Nichtwissen infrage stellt.[337] Eine Relativierung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss wurde aufsichtsrechtlich nicht gebilligt. Die Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Auflage steht aber noch aus.[338]

cc) Festbeträge

Eine Sonderrolle unter den Zuzahlungen nehmen die Festbeträge nach §§ 31 II, 36 SGB V ein. Ihr Wirkungsmechanismus weicht von prozentualen oder pauschalierten Zuzahlungen ab. Vielmehr hat die Norm den Fall vor Auge, dass es eine Gruppe in der Wirkung gleicher Arzneimittel gibt, die unterschiedliche Kosten verursachen. In diesem Fall wird durch normative Entscheidung des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen und des Gemeinsamen Bundesausschusses ein Festbetrag festgesetzt, bis zu dessen Höhe die Krankenkassen die Kosten für Arznei- und Verbandmittel bzw. Hilfsmittel derselben Gruppe übernehmen.[339] Eine darüberhinausgehende Preisdifferenz ist vom Versicherten selbst zu tragen. Damit wird die Verschreibungsfähigkeit der Mittel nicht beschränkt, allerdings wird im Versicherten ein besonderes Interesse an der wirtschaftlichen Verordnung – also der Gewährung eines Mittels an oder unter dem Festbetrags – geweckt. Gleichzeitig ist die Festbetragsregelung auch an die pharmazeutischen Unternehmen adressiert: Ihnen wird anheimgestellt, ihre Preispolitik entsprechend auszurichten.[340] In

---

335 *Baier*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 62 SGB V Rn. 15.

336 *Welti*, Gibt es ein Recht auf bestmögliche Gesundheit?, GesR 2015, 1 (8).

337 *Heberlein*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 62 SGB V Rn. 15 f.

338 Siehe dazu *Sichert*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 62 Rn. 13.

339 *Joussen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 31 SGB V Rn. 10; zu den damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Fragestellungen umfassend *Sodan*, Verfassungsrechtliche Probleme bei der Bildung von Festbetragsgruppen für Arzneimittel, PharmR 2007, 485 (487 ff.).

340 *Becker*, Die Steuerung der Arzneimittelversorgung im Recht der GKV, 2006, S. 139.

diesen Zusammenhang sind auch die Rabattverträge, §§ 130c, 131 SGB V, zu stellen, die bei der Berechnung der Abweichung vom Festbetrag Berücksichtigung zu finden haben.

dd) Zahnbehandlungen

Ähnlichen Charakter weist die Einschränkung der Versorgung mit Zahnfüllungen auf. Hier ist von der Krankenkasse nicht zu leisten, was über eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche vertragszahnärztliche Versorgung hinausgeht. Regelmäßig ist das Schließen kariesbedingter Löcher im Zahnschmelz durch eine Füllung mit Amalgam zu erreichen. Gleichwohl ist dieses Füllmaterial bei vielen Patienten unbeliebt, da neben gesundheitlichen Bedenken auch ästhetische Gesichtspunkte – Amalgam ist nicht zahnfarben – die Verwendung unattraktiv erscheinen lassen.[341] Der Gesetzgeber eröffnet den Versicherten die Möglichkeit, auch ein anderes Material zum Einsatz bringen zu lassen. Dann aber müssten Sie die Mehrkosten selbst tragen, § 28 II 2 SGB V. Der Begriff der Mehrkosten bezieht sich dabei auf den Vergleich zur zweckmäßigen Behandlung, die nicht zwingend eine Amalgamfüllung sein muss, etwa wenn diese aus medizinischen Gründen (z.B. Unverträglichkeit) ausgeschlossen ist.

Der Zahnersatz ist grundsätzlich von §§ 27 I 2 Nr. 2a, 28 II SGB V erfasst, jedoch richtet sich der Leistungsumfang nach § 55 ff. SGB V. Dabei handelt es sich um ein eng begrenztes System von Festzuschüssen. Diese beruhen auf einem vom Gemeinsamen Bundesausschuss zu bestimmenden Katalog von Befunden, die eine ebenfalls bestimmte Regelversorgung notwendig machen.[342] Von den üblichen Kosten der Regelversorgung sind 50 % zu bezuschussen, wobei sich der Prozentsatz durch die regelmäßige Inanspruchnahme von Prophylaxeleistungen durch den Versicherten um bis zu weitere 30 Prozentpunkte erhöht.[343] Auf die tatsächlichen Behandlungskosten kommt es nicht an. Sollte der Versicherte durch die

---

341 *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 28 Rn. 39; ausführlich *Fastabend/Schneider*, Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, Rn. 91 f.

342 *Heberlein*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 55 SGB V Rn. 1.

343 *Niggehoff*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 55 Rn. 13 ff.

verbleibende Kostenlast unzumutbar belastet werden, sieht § 55 II SGB V die Übernahme der gesamten Kosten der Regelversorgung vor. Die finanzielle Überlastung wird einerseits anhand des Haushaltseinkommens bemessen, andererseits anhand der Frage, ob der Versicherte Empfänger von Leistungen der sozialen Fürsorge oder Ausbildungsförderung ist.[344]

V. Überwindung der Begrenzungen im Einzelfall

Unter anderem die gerichtliche Kontrolle der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses führt im Einzelfall zur Überwindung der Grenzen, welche das Recht auf Krankenbehandlung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne beschränken. Diese Ausnahmen erklären sich vorrangig aus einem punktuellen Systemversagen. Mängel im System der Leistungsbestimmung des SGB V sollen nicht dem Versicherten zum Nachteil gereichen. Solche können in der fehlerhaften Anwendung des Rechts liegen, aber auch in der fehlenden Verfügbarkeit von Ressourcen (z.B. Organmangel[345]) begründet sein. Rechtsprechung und Gesetzgeber sind diesen Gestaltungsmängeln durch die Öffnung des Leistungsrechts entgegengetreten.

Darüber hinaus wird in der gesetzlichen Krankenversicherung ein zunehmender Akzent auf den Wettbewerb gelegt. Seit der Einführung kasseneinheitlicher Beitragssätze bedürfen die Kassen der Konkurrenz über das Leistungsrecht. Gleichwohl sind die Möglichkeiten stark begrenzt.

1. Systemversagen

§ 13 III SGB V bestimmt, dass eine Krankenkasse, sofern sie eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen konnte oder eine Leistung zu Unrecht abgelehnt hat, dem Versicherten die ihm durch die Selbstbeschaffung der notwendigen Behandlung entstandenen Kosten zu erstatten hat. Damit wird der Sachleistungs- durch einen Kostenerstattungsanspruch abgelöst und systematisch ergänzt. Dieser

---

344 Siehe *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 55 SGB V Rn. 15 ff.

345 Umfassend *Bader*, Organmangel und Organverteilung, 2010.

war seit jeher als Sonderfall des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs richterrechtlich anerkannt.[346] Gleichwohl wird § 13 III SGB V gewöhnlich als Schadenersatzanspruch eingeordnet, der einschlägig ist, wenn die Krankenkassen verschuldensunabhängig (Garantiehaftung) Leistungen nicht erbracht haben, die sie hätten erbringen müssen.[347]

Hierdurch besteht zwischen dem auf die Sachleistung gerichteten Primäranspruch und dem Kostenersatzanspruch Akzessorietät. Der Kostenerstattung unterliegen daher nur solche Aufwendungen, die grundsätzlich zum Leistungsprogramm der gesetzlichen Krankenversicherung gehören. Die Aussage, § 13 III SGB V habe sich zu einem „Vehikel zur Ausdehnung des Leistungskataloges entwickelt“[348], ist daher unzutreffend. Sie beruht darauf, dass Versicherte Leistungen auf eigene Rechnung in Anspruch nehmen, die vom Gemeinsamen Bundesausschuss keine Genehmigung erfahren haben und deshalb wegen § 135 SGB V nicht erbracht werden durften und dann versuchen, diese im Rahmen der Kostenerstattung geltend zu machen,[349] wobei gerügt wird, dass der gemeinsame Bundesausschuss sich nicht oder rechtswidrig positioniert habe. Folgen die Gerichte dieser Argumentation, ergibt sich daraus aber nicht die Erweiterung des Leistungskataloges, sondern allein die Feststellung einer rechtswidrigen Beschränkung. Danach hätte die Leistung bereits als Sachleistung erbracht werden müssen. Die Tatsache, dass das System versagt hat, rechtfertigt die „Selbstvornahme“ durch die Versicherten. So erklärt sich auch das Tatbestandsmerkmal der rechtswidrigen Leistungsablehnung durch die Krankenkasse. Der Versicherte muss grundsätzlich die Gewährung der Leistung zunächst bei seiner Krankenkasse beantragen, um ihr so die Möglichkeit zu geben, die geschuldete Behandlung im Rahmen des Sachleistungssystems zu besorgen.[350] Etwas anderes kann nur gelten,

---

346 BSGE 79, 125; *Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 13 Rn. 17.

347 *Nimis*, Der Anspruch des Patienten auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 127; *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 13 Rn. 23 jeweils m.w.N.

348 *Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 13 Rn. 23.

349 Vgl. *Plagemann*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 2 Rn. 55.

350 *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 13 Rn. 30.

wenn die zwischenzeitliche Einschaltung des Versicherungsträgers aufgrund der Unaufschiebbarkeit der Leistung unmöglich oder unzumutbar ist.[351] Aus der Akzessorietät folgt auch, dass der Kostenerstattungsanspruch nicht weiter als der Sachleistungsanspruch reicht. Die Versicherten können die Kosten in der „entstandenen Höhe" verlangen; soweit sie aber bei einer Sachleistung einen Eigenanteil hätten tragen müssen, ist dieser auch nach § 13 III SGB V zu übernehmen.[352]

a) Systemversagen im Leistungsrecht

Im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung spielt das Systemversagen eine große Rolle, wenn eine geschuldete Behandlungsmethode nicht erbracht werden kann, weil ihr die Empfehlung im Sinne des § 135 SGB V fehlt. Ein Systemmangel liegt vor, wenn das Zulassungsverfahren vor dem gemeinsamen Bundesausschuss selbst überhaupt nicht, nicht zeitgerecht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, also der Gemeinsame Bundesausschuss seine Pflichten verletzt hat.[353] Da dieses Versäumnis nicht zulasten des Versicherten gehen darf, dessen Anspruch auf eine ausreichende, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung bereits aus § 2 I SGB V folgt, wurden in der Rechtsprechung verschiedene Voraussetzungen entwickelt, bei deren Bestehen eine Leistung auch außerhalb der durch § 135 SGB V gezogenen Grenzlinien erfolgen kann.

aa) Zulassungsüberschreitende Anwendung von Arzneimitteln

Das zentrale Thema der Rechtsprechung zum Systemversagen ist die Versorgung mit Arzneimitteln außerhalb ihrer Zulassung. Seine besondere Brisanz entfaltet es vor dem Hintergrund der negativen Vorgreiflichkeit der Arzneimittelzulassung.[354] Da innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung keine eigenständige Überprüfung der Substanzen auf deren Sicherheit vorgenommen wird, sondern dies Bestandteil der arzneimittelrechtlichen Zulassungsprüfung ist, fragt sich, wie es sich

---

351 BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 22.

352 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 13 SGB V Rn. 34.

353 *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 27 Rn. 52; *Fahlbusch*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 27 Rn. 59.

354 Siehe ausführlich *Litz*, Off-Label-Use von Arzneimitteln, Dissertation Jena, 2010, S. 81 ff.

auswirkt, wenn eine Zulassung zwar besteht, das Medikament aber außerhalb seiner Zulassung eingesetzt werden soll oder eine Zulassung gar nicht (mehr) besteht. Die große Bedeutung erschließt sich insbesondere mit Blick auf bestimmte Erkrankungen, für die keine zugelassenen Medikamente zur Verfügung stehen, da die Erkrankungen selten und damit klinischen Studien nicht zugänglich sind.[355] Darüber hinaus besteht ein weites Anwendungsfeld in der Pädiatrie, insbesondere in der Kinderonkologie.[356]

(1) Off Label Use als Ergebnis höchstrichterlicher Rechtsfortbildung

Im Falle einer bestehenden, jedoch für die individuelle Indikation nicht ausreichenden (d.h. vom Anwendungsgebiet, der Dosierung oder Darreichungsform abweichenden[357]) Zulassung unterlag die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts einem Wandel. Ursprünglich befand es im 76. Band seiner Entscheidungssammlung noch, dass eine Zulassung für eine andere als die gegenständliche Indikation einer Verordnung zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung nicht entgegenstünde.[358] Der Bruch mit dem indikationsbezogenen System der Arzneimittelsicherheit[359] wurde mit dem Hinweis darauf hingenommen, dass eine sorgfältige Abwägung der Risiken durch den Arzt vorgenommen werden könne und es geboten sei, für den Fall, dass keine zugelassene Behandlungsalternative bestehe, die Versorgung des Versicherten dennoch zu gewährleisten.[360] Für den Nachweis der Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit könnten auch Statistiken herangezogen werden.[361] Darüber hinaus spreche im gegenständlichen Fall (es ging um eine Drogensubstitution mit einem Medikament gegen Reizhusten) auch viel für die Wirtschaftlichkeit, da sie Folgeerkrankungen abwenden könne.

---

355 Dazu umfassend *Rixen*, Seltene Erkrankungen als Problem des Gesundheitssozialrechts, ZEFQ 102 (2008), 31 ff.

356 *Schimmelpfeng-Schütte*, Recht auf Behandlung und Off-Label-Use in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), MedR 2004, 655 (656); siehe auch BT-Drs. 14/5083 und 14/5136 und BSGE 89,184 (188).

357 *Klein/Pelzer*, in: *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser* (Hrsg.), Arzneimittelrecht, 2010, § 46 Rn. 51; *Kozianka/Millarg*, Der zulassungsüberschreitende Einsatz von Arzneimitteln als Leistung der gesetzlichen Krankenkassen, PharmR 2001, 236 (238).

358 BSGE 76, 194 (196).

359 *Janda*, Medizinrecht, 2. Auflage 2012, S. 277.

360 BSGE 76, 194 (197 f.).

361 BSGE 76, 194 (199).

Drei Jahre und neun Entscheidungsbände später vertrat das Bundessozialgericht dagegen eine beinahe diametral entgegengesetzte Position. In der SKAT-Entscheidung[362] führte es aus, dass eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für den Off Label Use grundsätzlich nicht bestehe, weil anderenfalls Fehlanreize für Pharmakonzerne gesetzt würden. Diese könnten Zulassungen für „unproblematische" Indikationen erwirken, zugleich aber die Verordnung des Medikaments über diese Zulassung hinaus empfehlen, obwohl keine durch klinische Studien belegte Wirksamkeitsnachweise erbracht werden.[363] Die schlichte Unmöglichkeit einer von Krankenkassen und Sozialgerichtsbarkeit zu leistenden Einzelfallprüfung anhand statistischer Kriterien rechtfertige, auf das förmliche Verfahren zu bestehen.[364] Gleichwohl deutete der erkennende achte Senat an, dass ausnahmsweise Fallgestaltungen denkbar seien, die es gebieten, von diesem Grundsatz abzuweichen. Ausdrücklich müsse dies in „gravierenden Fällen, etwa zur Behandlung ernsthafter, lebensbedrohender Erkrankungen",[365] Anerkennung finden. Im Übrigen sei der Off Label Use der Erbringung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden gleichzustellen und damit in Anlehnung an §§ 135, 137c SGB V der stationären Versorgung vorbehalten.

Mit dem Sandoglobulin-Urteil vom 19.03.2002 hat der erste Senat diese Voraussetzungen konkretisiert.[366] Danach sei ein Off Label Use zulässig, wenn eine Behandlung einer schwerwiegenden, d.h. lebensbedrohlichen oder die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigenden, Erkrankung diene, keine andere Behandlungsmethode zur Verfügung stehe. Ferner müsse aufgrund einer objektiven Datenlage eine Aussicht bestehen, dass die konkrete Behandlung zum Erfolg führen kann. Dies sei jedoch nur dann der Fall, wenn diese Daten erwarten lassen könnten, dass für das Präparat eine Zulassung für die gegenständliche Indikation

362 BSGE 85, 36; „SKAT" steht für eine Schwellkörper-Autoinjektionstherapie zur Behandlung einer erektilen Dysfunktion.
363 BSGE 85, 36 (53).
364 BSGE 85, 36 (53).
365 BSGE 85, 36 (54).
366 BSGE 89, 184.

erreicht werden könne.[367] Außerhalb dieses engen Ausnahmetatbestandes sei davon auszugehen, dass das Präparat im gegebenen Einsatz nicht zweckmäßig und damit unwirtschaftlich sei.[368]

Obgleich die Voraussetzungen des Off Label Use durch diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichts scharf umrissen schienen, machte die Subsumtion in der Praxis große Schwierigkeiten. Neben der Kritik am Merkmal der schwerwiegenden Erkrankung ist bis heute noch ungeklärt, wonach sich die Schwere bemisst. Das Bundessozialgericht bejahte die Voraussetzung bei Multiple Sklerose, dem Restless Leg Syndrom, AIDS, fortgeschrittenen Karzinomen und chronischem Schmerzsyndrom.[369]

Die Aussicht auf einen Behandlungserfolg erfordert Belege, die denen für eine arzneimittelrechtliche Zulassung vergleichbar sind und glaubhaft machen, dass die Substanz unbedenklich und wirksam ist.[370] Dabei muss sich ausdrücklich objektivierter, anhand Studien nachweisbarer Kriterien bedient werden. Die evidenzbasierte Medizin dürfe auch und erst recht im Fall des Off Label Use nicht durch die „eminenzbasierte“[371] Medizin abgelöst werden, die auf den subjektiven Erwartungen des behandelnden oder andern Arztes beruhen.[372] Ein Abweichen von diesem Erfordernis wird nur gebilligt, wenn es sich um singuläre Krankheiten („orphan diseases“) handelt, die keiner systematischen Erforschung zugänglich sind, da sie bei einem denkbar geringem Bevölkerungsteil (maximal ein Fall unter 2000 Einwohnern) auftritt.[373] In diesen Fällen genügt eine reine Plausibilitätskontrolle, da

---

367 Vgl. auch *Francke/Hart*, Off Label Use, SGb 2003, 653 (660 f.).

368 BSGE 89, 184 (185); so auch bereits BSGE 72, 252; 82, 233; diese Rechtsprechung führte in der Folge zu einer sehr restriktiven Handhabung des Off Labe l Use im Krankenversicherungsrecht, siehe *Goecke*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Leistungspflicht der Krankenkassen beim Off-Label-Use von Arzneimitteln, NZS 2006, 291 (292 f.).

369 BSGE 96, 170; BSG SozR 4-2500 § 31 Nr. 6; SozR 4-2500 § 27 Nr. 8; SozR 4-2500 § 106 Nr. 30; WzS 2007, 377; SGb 2007, 287; vgl. beiläufig zu AIDS: BSGE 89, 184 (189).

370 *Clemens*, Zulässigkeit von Arzneiverordnungen und Kostenregresse gegen Ärzte, GesR 2011, 397 (402).

371 *Litz*, Off-Label-Use von Arzneimitteln, Dissertation Jena, 2010, S. 88; *Schimmelpfeng-Schütte*, Die Arzneimittelversorgung im Spannungsfeld der Interessen der gesetzlichen Krankenversicherung und der Pharmaindustrie, GesR 2006, 12 (14).

372 BSG SozR 4-2500 § 27 Nr. 8.

373 *Clemens*, Zulässigkeit von Arzneiverordnungen und Kostenregresse gegen Ärzte, GesR 2011, 397 (403); die Grenzziehung erfolgt dabei anhand Art. 3 I a) VO (EG) 141/2000.

hinreichende Studien nie durchgeführt werden könnten.[374] Unter keinen Umständen darf jedoch ein Zulassungsverfahren zuvor gescheitert sein.[375]

(2) Begrenzte Anerkennung durch den Gesetzgeber

Die vorgenannten richterrechtlichen Grundsätze sind partiell gesetzlich geregelt worden, indem § 35c SGB V eingefügt wurde. Die Norm sieht die Einberufung einer Expertengruppe vor, die Bewertungen zum Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis über die indikationsübergreifende Anwendung von Arzneimitteln abgeben soll. Die Krankenkassen sind danach zur Leistung von Medikamenten im Off Label Use verpflichtet, wenn dieses vom Bundesministerium der Gesundheit einzusetzende Gremium eine entsprechende Empfehlung abgibt, § 35c I SGB V. Sie werden dann dem Gemeinsamen Bundesausschuss zur Aufnahme in die Arzneimittelrichtlinien weitergeleitet.[376] Darüber hinaus eröffnet § 35c II SGB V die begrenzte Möglichkeit, Off Label Use im Rahmen von klinischen Studien in der ambulanten Versorgung zu praktizieren, wenn ein Zusatznutzen gegenüber der bisherigen Behandlungsmethode zu erwarten ist.[377] Dem Grundsatz, dass auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung keine Forschungsvorhaben durchgeführt werden sollen,[378] wird durch § 35c II 5 SGB V Genüge getan, nach dem die Pharmaunternehmer den Krankenkassen solche Verordnungskosten zu erstatten haben, die die Durchführung einer eigenen Zulassungsstudie lässlich werden ließen.[379]

Die teilweise Regelung des Off Label Use im SGB V schließt die Weiterführung des Richterrechts außerhalb dieser Fälle nicht aus.[380] Sie dienen vielmehr als Subsumtionshilfe für die durch das Bundessozialgericht in stetiger Rechtspre-

374 BSGE 93, 236.
375 BSGE 96, 170; 97, 112.
376 *Klein/Pelzer*, in: *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser* (Hrsg.), Arzneimittelrecht, 2010, § 46 Rn. 52.
377 *Axer*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 35c Rn. 6 f.
378 Dazu BSG SozR 3–2500 § 31 Nr. 3.
379 *Barth*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 35c SGB V Rn. 2.
380 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 35c SGB V Rn. 3.

chung aufgestellten Kriterien, da insbesondere das Erfordernis des Wirksamkeitsnachweises mit hoher Evidenz in der Praxis als unbefriedigend erachtet wurden.[381] Eine Erweiterung des Leistungsrechts über diese hinaus war gleichwohl aber nicht bezweckt.

(3) No Label Use

Die engen Voraussetzungen des Off Label Use gelten gleichfalls, wenn ein begehrtes Arzneimittel über überhaupt keine Zulassung verfügt. Man spricht dann vom No Label Use oder Unlicensed Use.[382] Im Grunde laufen die Voraussetzungen parallel zu denen des Off Label Use.[383] Allerdings wurde der Ausnahmecharakter noch einmal deutlicher herausgestellt. Eine Versorgung mit einem importierten Arzneimittel komme nur dann in Frage, wenn sich der Versicherte in einer notstandsähnlichen Situation befände.[384] Darüber hinaus dürfe kein Verstoß gegen das Arzneimittelrecht vorliegen[385] und es müsse zumindest wahrscheinlich sein, dass die Erfolgsaussichten der Behandlung ihr Risiko überwiegen. Dabei müsse das Wahrscheinlichkeitsmaß anhand des Schweregrades der Erkrankung bestimmt werden.[386] Damit greift das Bundessozialgericht das Konzept des Compassionate Use[387] auf, also der Versorgung eines Patienten mit einem Arzneimittel aus humanitären Gründen. Ausdrücklich befreit das AMG in § 21 II Nr. 6 nämlich solche Arzneimittel von der Pflicht zur Zulassung, die Patienten zur Verfügung gestellt werden, die an einer zu einer schweren Behinderung führenden Erkrankung leiden oder deren Krankheit lebensbedrohend ist, und die mit einem zugelassenen Arzneimittel nicht zufrieden stellend behandelt werden können. Weiter nahm das

---

381 Siehe *Pflugmacher*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 35c Rn. 3; vgl. *Buchner/Jäkel*, Off-Label-Use von Arzneimitteln in der gesetzlichen Krankenversicherung, PharmR 2003, 433 (435).

382 *Dierks/Finn*, in: *Dieners/Reese* (Hrsg.), Handbuch des Pharmarechts, 2010, § 7 Rn. 19.

383 BSGE 93, 1; 93, 236.

384 BSGE 93, 236 (247).

385 BSGE 96, 170 (176 ff.).

386 BSGE 96, 170 (178 f.).

387 *Gödicke*, Erweiterte Leistungsansprüche auf Kosten der Erforschung künftiger Behandlungsmöglichkeiten?, NVwZ 2006, 774 (776); *Klein/Pelzer*, in: *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser* (Hrsg.), Arzneimittelrecht, 2010, § 47 Rn 59 ff.; *Dierks/Finn*, in: *Dieners/Reese* (Hrsg.), Handbuch des Pharmarechts, 2010, § 7 Rn. 160 ff.

Bundessozialgericht für die Frage der Erstattungsfähigkeit die Behandlung des Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ins Auge, davon umfasst auch die Pflicht zur Aufklärung und Dokumentation.[388] Letztes Kriterium ist indes systemfremd. Wenngleich die vom Bundessozialgericht unterstrichenen Gedanken des Patientenschutzes durchgreifend sind, kann der Sachleistungsanspruch ohnehin nicht im Hinblick auf zukünftiges, möglicherweise eintretendes Fehlverhalten des Arztes ausgeschlossen sein. Es kann seine Relevanz erst im Rahmen eines Arzneimittelregresses nach § 106 SGB V entfalten. Verlangt der Patient dagegen Erstattung nach § 13 III SGB V kann dieses Verlangen nicht von Umständen abhängig gemacht werden, auf die der Patient keinen Einfluss nehmen konnte. Der Versicherte wäre doppelt geschädigt: Durch den ärztlichen Behandlungsfehler einerseits und durch das Verbleiben der Kostenlast bei ihm.[389]

(4) Würdigung durch Literatur

Wiederholt sah sich das Bundessozialgericht Kritik in der Literatur ausgesetzt, die insbesondere darauf zielte, dass es zwar das Prinzip der Vorgreiflichkeit der Arzneimittelzulassung verwirkliche, aber die tatsächlichen Gegebenheiten der medizinischen Versorgung außer Acht gelassen habe.[390] In der medizinischen Betreuung von Kindern müssten aufgrund der schlechten Zulassungslage bis zu 80 %[391] der Medikamente Off Label verordnet werden. Stelle das Zulassungsrecht zu hohe Anforderungen, sodass es unmöglich werde, Zulassungen bei bestimmten Indikationen zu erlangen, stelle dies einen Systemmangel des AMG dar, der unmittelbar auf das SGB V durchschlage. Gleichsam fand diese Argumentation in der höchst-

388 BSGE 96, 170 (182).

389 So auch *Dierks/Finn*, in: *Dieners/Reese* (Hrsg.), Handbuch des Pharmarechts, 2010, § 7 Rn. 145.

390 Vgl. *Schimmelpfeng-Schütte*, Recht auf Behandlung und Off-Label-Use in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), MedR 2004, 655 (656 ff.); *Francke/Hart*, Off Label Use, SGb 2003, 653 (657 ff.).

391 *Schimmelpfeng-Schütte*, Recht auf Behandlung und Off-Label-Use in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), MedR 2004, 655 (656 Fn. 9); siehe auch *Harder*, Off-Label-Use - eine praxisnahe Darstellung der Rechtslage, A&R 2007, 99 (99).

richterlichen Rechtsprechung keine Berücksichtigung. Auch das Bundesverfassungsgericht hielt die strengen Anforderungen des Bundessozialgerichts für den Off Label Use für mit dem Grundgesetz vereinbar.[392]

Diese Wertung entspricht der gesetzgeberischen Konzeption und überzeugt auch in der Sache. Der Gesetzgeber verlangt die Zulassung um der Arzneimittelsicherheit willen, nicht um eine Beschränkung des Anspruchs auf Krankenbehandlung aus wirtschaftlichen Gründen zu forcieren. Auch wenn das Bundessozialgericht darauf eingeht, dass eine Behandlung, deren Zweckmäßigkeit nicht gesichert ist, unwirtschaftlich ist und deshalb nicht erbracht werden darf,[393] sind es doch vor allem die Integritätsinteressen der Patienten, die diesen Gedanken zu tragen haben.[394] Nicht obwohl, sondern gerade weil das SGB V keine eigene Überprüfung der Arzneimittelsicherheit vorsieht, muss sich die gesetzliche Krankenversicherung mit der Gewährung potentiell gefährlicher Substanzen zurückhalten (vgl. auch die Wertung des § 73d SGB V). Es ist dabei an die Verschärfung des Rechts der Arzneimittelzulassung vor dem Hintergrund der „Contergan-Katastrophe“[395] zu erinnern. Eine Versorgung mit nicht oder nicht für die spezielle Indikation zugelassenen Präparaten ginge mit einer Gefahr für die Gesundheit der Versicherten einher. Ferner rechtfertigen die Interessen der Versichertengemeinschaft eine restriktive Handhabung. Sie sollen nicht für Heilversuche einstehen müssen, deren Aussicht auf Erfolg so gering ist, dass das Pharmaunternehmen selbst keine Zulassungsstudie unternimmt.[396] Der Einwand, damit würden vielen Patienten notwendige Behandlungen versagt, verfängt nicht. Der Leistungsausschluss bezieht sich nur auf die ambulante Versorgung. Innerhalb der stationären Versorgung ist die Experimentalmedizin dagegen gerade vorgesehen. Ein Leistungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt besteht hier nicht, § 137c SGB V. Weil eben Wirksamkeit und Sicherheit der Behandlung außerhalb ihrer Indikation nicht valide erforscht sind, sind diese Behandlungen grundsätzlich nur in einer Einrichtung vorzunehmen, die

---

392 BVerfG NJW 2008, 3556.
393 BSGE 89, 184 (185).
394 Ausdrücklich aufgenommen in BSGE 95, 132(139); 97, 112 (118).
395 *Harder*, Off-Label-Use - eine praxisnahe Darstellung der Rechtslage, A&R 2007, 99 (99).
396 *Beck*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 31 Rn. 75.

personell, organisatorisch und in ihrer Ausstattung dieser Aufgabe gewachsen ist. Dies dürfte regelmäßig in Krankenhäusern eher zu bejahen sein als in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung.

bb) Anspruch auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in notstandsähnlichen Situationen

(1) Alternativmedizinbeschluss des Bundesverfassungsgerichts

Eine Parallelentwicklung zum Off Label Use zeichnete sich im Allgemeinen im Hinblick auf die Leistungspflicht der Krankenkassen für neue, vom Gemeinsamen Bundesausschuss nicht anerkannten Behandlungsmethoden ab. Sie mündete in einem aufsehenerregenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6.12.2005.[397] Dieser hatte den Fall eines an einer Duchenne'schen Muskeldystrophie leidenden Versicherten zum Gegenstand. Er begehrte die Übernahme der Kosten einer Bioresonanztherapie. Das zuletzt mit der Sache beschäftigte Bundessozialgericht[398] lehnte einen Anspruch des Versicherten mit der Begründung ab, dass der gemeinsame Bundesausschuss sie bislang nicht als zweckmäßig anerkannt und empfohlen hat.

Im „Alternativmedizinbeschluss" – mitunter auch etwas abschätzig (weil am Nikolaustag ergangen) als „Nikolausbeschluss" bezeichnet[399] – folgerte das Bundesverfassungsgericht aus den Art. 2 I i.V.m 20 I, 2 II GG,[400] dass bei lebensbedrohlichen Erkrankungen dem Versicherten keine Leistungen vorenthalten werden

---

397 BVerfGE 115, 25.

398 BSGE 81, 54.

399 Zuerst wohl *Kingreen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877 (880); ihm folgen etwa *Padé*, Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Lebensgefahr und tödlich verlaufenden Krankheiten Umsetzung des „Nikolaus"-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, NZS 2007, 352 ff.; *Bohmeier/Penner*, Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit: Fortentwicklungen und Widersprüche zu den Vorgaben des BVerfG, WzS 2009, 65 ff.; *Schmidt-DeCaluwe*, Der Gemeinsame Bundesausschuss als "Souverän", das Bundesverfassungsgericht als "Nikolaus" und der Anspruch des Krankenversicherten als "Überraschungsei", FS G. Fischer, 2010, S. 379 ff.; *Dannecker/Streng*, Die Bedeutung des "Nikolaus-Beschlusses" für die Priorisierungsdebatte, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 135 ff.

400 Zur verfassungsrechtlichen Einordnung ausführlich unten unter G.II.3.b).

dürften, für die keine Anerkennung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss erfolgte, wenn jedenfalls eine „nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung bestehe und/oder eine „spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf zu erwarten sei“.[401] Die strengen Evidenzanforderungen des Bundessozialgerichts hielt es für mit der Verfassung unvereinbar. Zwar sehe das Grundgesetz keinen einklagbaren Anspruch auf eine bestimmte Behandlungsmethode vor, weshalb Beschränkungen im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich möglich seien. Jedoch könne eine Behandlung nicht versagt werden, wenn sie die einzige ist, die das Leben des Versicherten retten kann, nur weil ihre Wirksamkeit noch nicht evident nachgewiesen wurde. In diesem Fall genügten Erfahrungen aus früheren Behandlungen, im Einzelfall aber auch die Einschätzung des behandelnden Arztes.[402]

Damit modifiziert das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Regelungen des Off Label Use in der Arzneimittelversorgung,[403] sondern erlaubt eine Ausweitung der Leistungspflicht auf sämtliche neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die ohne Anerkennung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss geblieben sind, die aber auch noch nicht abgelehnt wurden. Diese Rechtsprechung wurde in der Sozialgerichtsbarkeit aufgegriffen, die die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien – Schweregrad, Alternativlosigkeit und Erfolgsaussichten – konkretisiert und erweitert hat.[404]

(2) Voraussetzungen der alternativmedizinischen Versorgung

Das Merkmal der lebensbedrohlichen Erkrankung wurde in der Rechtsprechung sehr schnell entsprechend der Rechtsprechung zum Off Label Use auch auf sonstige „notstandsähnliche Situationen“ ausgeweitet.[405] Gleichwohl unterliegt dieser

401 BVerfGE 115, 25 (49 f.).
402 Siehe im Einzelnen zu den vom BSG anerkannten „Beweismitteln“ *Plagemann*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 2 Rn. 60.
403 BSG SozR 4-2500, § 27 Nr. 9.
404 Eine umfangreiche Übersicht findet sich bei *Bohmeier/Penner*, Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit: Fortentwicklungen und Widersprüche zu den Vorgaben des BVerfG, WzS 2009, 65 (67 ff.).
405 BSGE 96, 153.

Begriff einer recht restriktiven Auslegung. Danach genügen – wenn auch erhebliche – Einschränkungen in der täglichen Lebensführung nicht per se. Vielmehr muss eine Extremsituation vorliegen, die sich deutlich von der durchschnittlichen Schwere von Erkrankungen abhebt,[406] wenn also der Patient der Gefahr des Todes oder des nicht kompensierbaren Verlustes eines Sinnesorganes oder einer sonstig herausragenden Körperfunktion ausgesetzt ist.[407] Dabei ist allerdings auch eine zeitliche Dimension zu beachten: Das Bundessozialgericht argumentiert, dass letztlich jede Erkrankung tödlich enden könne und insofern eine verfassungskonforme Auslegung fordernde Ausnahmesituation weiterer Einschränkung bedürfe.[408] Danach müsse die vorgenannte Gefahr bereits konkret drohen, so dass eine hohe Dringlichkeit der Behandlung vorliegt. Eine weitere Näherung an den Begriff der Dringlichkeit erfolgt indes nicht. Damit grenzt das Gericht auch die Fälle des Off Label Use von denen der Leistungsausweitung bei neuen Behandlungsmethoden ab, indem es ungleich höhere Anforderungen stellt.[409] Auch wenn die Einschränkung nach benannten Gesichtspunkten insbesondere vor dem Hintergrund zu erwartendem medizinischem Fortschritts nachvollziehbar ist, führt sie doch zu der kaum erklärbaren Situation, dass ein Patient, der im Frühstadium seiner Erkrankung über gute Heilungschancen verfügte, zuwarten muss bis sich seine Situation an den Rand der Aussichtslosigkeit verschlechtert hat.

Alternativlosigkeit liegt vor, wenn für die Behandlung des Patienten keine schulmedizinisch anerkannte Therapie vorliegt, aber auch wenn eine solche im konkreten Fall durch Kontraindikationen (etwa Unverträglichkeit) nicht anwendbar ist.[410] Es genügt dagegen nicht, dass eine bestehende Methode mit unangenehmen Nebenwirkungen verbunden ist. Ungeklärt ist bisher, ob ein zu erwartender höherwertiger Behandlungserfolg ebenfalls die Leistungspflicht auslöst. Dafür spricht, dass der Anwendungsbereich der Außenseitermethoden ohnehin auf not-

406 Siehe etwa BSG SozR 4-2500 § 27 Nr. 10; SozR 4-2500 § 13 Nr. 20.
407 BSG SGb 2007, 287; eine Auswertung der Rechtsprechung gibt *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 27 Rn. 61 f.
408 SozR 4-2500 § 27 Nr. 10.
409 *Bohmeier/Penner*, Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit: Fortentwicklungen und Widersprüche zu den Vorgaben des BVerfG, WzS 2009, 65 (68).
410 BSG SozR 4-2500 § 31 Nr. 4.

standsähnliche Situationen, die der Lebensgefährlichkeit jedenfalls wertungsmäßig gleichstehen, begrenzt ist, sodass eine uferlose Erweiterung des Versorgungsanspruches nicht zu befürchten ist.[411]

Der entscheidende Unterschied in der Rechtsprechung von Bundessozialgericht und Bundesverfassungsgericht liegt in der Bestimmung des Maßstabes für die Erfolgsaussichten. Nach dem Bundesverfassungsgericht genügt eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fernliegende Aussicht auf Heilung oder spürbare Besserung des Krankheitsverlaufs.[412] Dazu könne auf die Erfahrung von Behandlern und Behandelten zurückgegriffen werden, die die gegenständliche Methode bereits eingesetzt haben. Gleichzeitig müsse eine Prognose des Arztes des Versicherten herangezogen werden. In der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wurde indes dem Grunde nach an einer Evidenzprüfung festgehalten, wenngleich für die Bestimmung des Evidenzgrades die Schwere der Krankheit zu berücksichtigen ist.[413] Auf die Einzelmeinung eines Arztes kann es demnach nur in seltenen Ausnahmesituationen ankommen und auch bloß dann, wenn diese zumindest einer Plausibilitätskontrolle standhalten kann.[414] Weiter fordert das Bundessozialgericht eine Risikoabwägung im Hinblick auf die Patientensicherheit.[415] Danach muss der erhoffte Nutzen die mit der Behandlung verbunden Risiken überwiegen. Darum können jedenfalls keine Leistungen zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden, die medizin(eth-)isch nicht mehr zu vertreten sind.[416] Letztlich kann nach dem Bundessozialgericht der Nachweis einer hohen Erfolgsaussicht dann nicht mehr gelingen, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss bereits

411 So *Joussen*, § 2 Abs. 1a SGB V, SGb 2012, 625 (629); *Platzer*, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse bei neuen Behandlungsmethoden, RPG 2006, 59 (61).

412 BVerfGE 115, 25 (50).

413 Vgl. dazu *Padé*, Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Lebensgefahr und tödlich verlaufenden Krankheiten Umsetzung des „Nikolaus"-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, NZS 2007, 352 (357); *Wulffen*, Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu noch nicht anerkannten Behandlungsmethoden, GesR 2006, 385 (389).

414 *Francke/Hart*, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für Heilversuche, MedR 2006, 131 (134).

415 BSGE 97, 190 (198).

416 *Bohmeier/Penner*, Die Umsetzung des Nikolaus-Beschlusses durch die Sozialgerichtsbarkeit: Fortentwicklungen und Widersprüche zu den Vorgaben des BVerfG, WzS 2009, 65 (72).

einen rechtsfehlerfreien Negativbeschluss gefasst hat.[417] Dem ist das Bundesverfassungsgericht indes in einer Folgeentscheidung entgegengetreten.[418] Danach sei von der Sozialgerichtsbarkeit nicht nur die Rechtmäßigkeit eines Leistungsausschlusses durch den Gemeinsamen Bundesausschuss zu prüfen, sondern müsse darüber hinaus auch in Betracht ziehen, die Grundsätze über die Gewährung von alternativmedizinischen Maßnahmen im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anzuwenden.

Das Problem wurde durch zwei Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 20.01.2011 entschärft, in denen dieser die Möglichkeit eröffnet, in der vertragsärztlichen Versorgung unter den Voraussetzungen des Alternativmedizinbeschlusses von seinen Richtlinien zugunsten des Patienten abzuweichen.[419] Gleichwohl muss dabei bedacht werden, dass mit dem Merkmal der hinreichenden Erfolgsaussichten eine Doppelfunktion verfassungsrechtlicher Schutzpflichten verfolgt wird:[420] Einerseits soll die Konsistenz des SGB V gewahrt bleiben, andererseits aber auch der Patient vor gefährlichen Behandlungen bewahrt werden.

(3) Übernahme des Alternativmedizinbeschlusses in § 2 Ia SGB V

Durch das Versorgungsstrukturgesetz hat der Gesetzgeber § 2 Ia SGB V aufgenommen.[421] Der Absatz bestimmt, dass Versicherte mit einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung oder mit einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung, für die eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung nicht zur Verfügung steht, auch beanspruchen können, die diesem nicht entspricht, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht. Damit wird die Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und -

417 BSGE 97, 190 (198); auch LSG BaWü Urt. v. 24.03.2009 – L 11 KR 3564/08 – juris.
418 BVerfG SozR 4-2500 § 27 Nr. 17.
419 Siehe BT-Drs. 17/6906, S. 52.
420 *Ihle*, in: *Schlegel/Voelzke/Engelmann* (Hrsg.), Juris Praxiskommentar SGB V, 2. Aufl., 2012, § 135 Rn. 33.
421 Siehe *Joussen*, § 2 Abs. 1a SGB V, SGb 2012, 625 ff.; *Marburger*, Der sogenannte Nikolausbeschluss und seine Umsetzung im Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung, ZfF 2012, 101 (102 f.).

sozialgericht in formelles Gesetz gegossen.[422] Eine darüber hinaus gehende Regelungsintention bestand nicht.[423]

Allerdings wurde ein Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche geschaffen. Denn im Rahmen des Sachleistungssystems sind solche Ausnahmetatbestände schon wegen der mit ihnen einhergehenden Unsicherheit über die Einstandspflicht der Krankenkasse kaum sinnvoll zu etablieren. Gleichzeitig wäre auch eine Struktur der Vorleistung durch die Versicherten mit anschließender Kostenerstattung systemfremd und bürdete das Risiko der (Nicht-)Anerkennung allein dem Versicherten auf. Der Gesetzgeber beschreitet daher einen Mittelweg und führt ein Verfahren des Antrags auf Kostenübernahme ein, § 2 Ia 2, 3 SGB V. Der Versicherte oder der Leistungserbringer stellen vor Beginn der Behandlung einen Antrag bei der Krankenkasse. Diese hat die Möglichkeit, das Vorliegen der notwendigen Kriterien durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK, §§ 275 SGB V ff.) feststellen zu lassen und trifft daraufhin ihre Entscheidung über die Kostenübernahme.[424] Für diese hat die Krankenkasse drei, bei Begutachtung durch den MDK fünf Wochen Zeit ab Antragstellung, § 13 IIIa 1 SGB V. Bei der Zustimmung der Krankenkasse handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der ein konstitutives verwaltungsrechtliches Schuldanerkenntnis beinhaltet.[425] Lehnt die Krankenkasse den Erlass dieses Verwaltungsaktes ab, besteht die Möglichkeit, Rechtschutz vor den Sozialgerichten zu suchen. Werden die Leistungen nach der (rechtswidrigen) Ablehnung dennoch auf Privatrezept erbracht, können die entstanden Kosten wie üblich über § 13 III 1 Alt. 2 SGB V wegen Systemversagens erstattet verlangt werden.[426] Verpasst die Krankenkasse ohne zwingende Gründe innerhalb der Frist einen Verwaltungsakt zu erlassen, gilt die Genehmigung als erteilt, § 13 IIIa 6

---

422 Vgl. *Peters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 2 SGB V Rn. 5; dass damit dennoch nicht alle Fragen geklärt sind weist *Marburger*, Grenzen des Anspruchs nach § 2 Abs. 1a SGB V, WzS 2012, 236 (237 ff.) nach.

423 *Joussen*, § 2 Abs. 1a SGB V, SGb 2012, 625 (628).

424 *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 2 SGB V Rn. 7d.

425 *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 2 Rn. 8.

426 *Marburger*, Der sogenannte Nikolausbeschluss und seine Umsetzung im Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung, ZfF 2012, 101 (105).

SGB V.[427] Angesichts des Zwecks der Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens gilt dies auch im Widerspruchsverfahren.[428]

b) Systemversagen im Leistungserbringerrecht

Auch im Recht der Leistungserbringer kann ein Systemversagen eintreten. Dies ist dann der Fall, wenn eine ärztliche Behandlung nicht oder nicht rechtzeitig im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung oder durch ein zur Versorgung zugelassenes Krankenhaus gewährleistet wird.

aa) Abgrenzung des Systemversagens zum Notfall

Unabhängig von den auf Kostenerstattung gerichteten Ansprüchen aus Systemversagen, gibt § 76 I 2 SGB V dem Versicherten im Notfall einen Sachleistungsanspruch gegen einen nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt. Ein Notfall im Sinne dieser Norm ist eine aus medizinischen Gründen umgehenden notwendige Behandlung, die ein Vertragsarzt nicht in der gebotenen Eile erbringen kann.[429] Dies ist der Fall, wenn durch die ausbleibende vertragsärztliche Betreuung eine Gefahr für das Leben des Versicherten besteht oder dieser

---

427 Vgl. aber einschränkend *Knispel*, Rechtsfolgen einer nicht zeitgerechten Bearbeitung eines Leistungsantrags nach § 13 Abs. 3a SGB V, SGb 2014, 374 ff., der meint, dass die materiell-rechtlichen Systemgrenzen der gesetzlichen Krankenversicherung dennoch nicht überschritten werden dürften. Damit verbleibt die Last der Rechtsunsicherheit aber beim Versicherten und er würde so gestellt wie derjenige Versicherte, der die Leistung nicht im Vorhinein beantragt hat. Allein das Dringlichkeitsmoment könnte überwunden werden. Damit würde aber dem Charakter einer Genehmigungsfiktion, wie ihn die ganz herrschende Auffassung (siehe nur *Noftz*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch - SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung, EL 1/15, 2015, § 13 Rn. 58l; *Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 13 Rn. 22; *Vogl*, Die Genehmigungsfiktion des § 13 Abs. 3 a SGB V – ein gesetzgeberisches Kuckucksei?, NZS 2014, 210 (210); *Wenner*, Patientenrecht im Krankenversicherungsrecht, SGb 2013, 162 (164)) in § 13 IIIa SGB V sieht, nicht genügend Rechnung getragen.

428 *Vogl*, Die Genehmigungsfiktion des § 13 Abs. 3 a SGB V – ein gesetzgeberisches Kuckucksei?, NZS 2014, 210 (210 f.); damit statuiert § 13 IIIa 6 SGB V eine Abweichung vom üblichen prozessualen Weg der Untätigkeitsklage nach § 88 SGG; a.A. *Hahn*, Neue Patientenrechte im Krankenversicherungsrecht, SGb 2015, 144 (147), der darauf hinweist, dass im Falle eines Widerspruchs bereits eine Sachentscheidung getroffen wurde. Die Widerspruchsbehörde prüfe nicht den Ausgangsfall, sondern die Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs.

429 BSGE 19, 270 (272); 34, 172 (174); der Notfallbegriff ist damit sozialversicherungsrechtlich eigenständig zu fassen, siehe HessLSG, Urt. v. 15.01.2009 – L 1 KR 255/07 – juris.

über einen unzumutbaren Zeitraum Schmerzen ausgesetzt wäre.[430] Der Versicherte sucht dann einen anderen als den in der Kassenärztlichen Vereinigung organisierten Arzt auf. Jener wird dann für die Dauer der Behandlung in die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen. Dabei ist er an deren Leistungskatalog gebunden.[431] Über die Inanspruchnahme eines nicht zugelassenen Leistungserbringers hinaus wird der Anspruch des Versicherten also nicht erweitert. Allerdings schuldet der Versicherte dem Leistungserbringer auch kein Entgelt. Dieser Anspruch des Arztes richtet sich direkt und ausschließlich gegen die Krankenkasse des Versicherten.[432]

bb) Unaufschiebbare Leistungen

Die Erstattung der Kosten einer unaufschiebbaren Behandlung nach § 13 III 1 SGB V haben einen anderen Regelungsgegenstand vor Augen, nämlich die Besorgung einer ärztlichen Leistung auf eigene Rechnung des Patienten. Unaufschiebbar in diesem Sinne ist eine Leistung, die sofort erbracht werden muss, ohne dass genügend Zeit besteht, eine Entscheidung der Krankenkasse einzuholen.[433] Jene ist grundsätzlich notwendig, wenn das übliche Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung überwunden werden soll. Insofern ist es dem Versicherten zuzumuten, sich zumindest über die Leistungsfähigkeit seiner Krankenkasse zu erkundigen.[434] Damit ist der Anwendungsbereich denkbar klein. Er liegt allein zwischen dem Notfall nach § 76 II 1 SGB V und Möglichkeit der Leistungsbeantragung. Demnach muss die Gefahr, die von der Verzögerung der Leistung ausgeht, zwar nicht das Leben bedrohen, doch muss aber der Versicherte ein besonders schützenswertes Interesse haben, da die medizinischen Risiken erheblich wachsen oder der Behandlungserfolg vereitelt zu werden droht.[435] Dies kann der

---

430 BSGE 34, 172 (174); *Hess*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 76 SGB V Rn. 12.

431 BSGE 71, 117 (118); *Lang*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 76 Rn. 19.

432 BSG SozR 4-2500 § 75 Nr. 2.

433 *Brandts*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 13 SGB V Rn. 75.

434 BSGE 99, 180; *Brandts*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 13 SGB V Rn. 76.

435 Vgl. *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 13 Rn. 26.

Fall sein, wenn elementare Versorgungslücken (unzureichendes Leistungsangebot am Wohnort des Versicherten) bestehen oder höhere Gewalt die dringende Versorgungslage herbeiführt.[436]

cc) Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen im Europäischen Ausland

Gegebenenfalls kann der Versicherte auch einen Leistungserbringer außerhalb des territorialen Geltungsbereichs des SGB V aufsuchen. Diese Möglichkeit besteht für ihn gewiss nicht nur in den Fällen des Systemversagens.

Grundsätzlich ruht ein Anspruch auf Krankenbehandlung im Falle des Aufenthalts im Ausland, § 16 I Nr. 1 SGB V. Dies folgt unmittelbar aus dem Sachleistungsprinzip. Sachleistungen können grundsätzlich außerhalb des Geltungsbereichs des SGB V nicht erbracht werden.[437] Dieses Prinzip wird allerdings kaum mehr praktisch, da die Bundesrepublik an supranationales Recht und eine Vielzahl zwischenstaatlicher Vereinbarungen gebunden ist, die eine gegenseitige Leistungsaushilfe vorsehen und dem Grundsatz des § 16 I 1 SGB V vorgehen, § 6 SGB IV.[438] Insbesondere das Recht der Europäischen Union sichert die Freizügigkeit der Unionsbürger, ohne dass diese Anspruchsverluste zu befürchten hätten.

Das Europäische Koordinierende Sozialrecht gewährleistet die Leistungsinanspruchnahme in den Systemen der sozialen Sicherheit aller EU-Mitgliedsstaaten sowie im EWR und der Schweiz nach den Regelungen der Verordnung (EG) 883/2004. Diese besagt, dass Versicherte eines anderen Mitgliedsstaates einen Zugang zu Sachleistungen des Aufenthaltsstaates haben sollen wie dessen eigenen Versicherten, wenn diese während ihres Aufenthaltes medizinisch notwendig sind, Artikel 19 I VO (EG) 883/2004. Der Versicherte weist sich als solcher beim ausländischen Leistungserbringer durch seine European Health Insurance Card

---

436 *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 13 SGB V Rn. 27.

437 *Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), SGB V, 4. Aufl., 2014, § 16 Rn. 3; BT-Drs. 11/3480, S. 164.

438 Siehe zu den einzelnen zwischenstaatlichen Abkommen *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 17 Rn. 9 ff. Auch wenn kein Sachleistungsanspruch besteht, kann die Krankenkasse die aufgelaufenen Kosten der Behandlung ganz oder teilweise übernehmen, § 18 I SGB V.

(EHIC) aus. Der Arzt rechnet innerhalb seines Systems ab. Dann bestehen zwischenstaatliche Erstattungsansprüche zwischen den Trägern der Sicherung gegen das Risiko der Krankheit nach Art. 25 VO (EG) 987/2009. Reist der Versicherte allerdings in einen anderen Staat, nur um dort Leistungen zu beanspruchen, bedarf er hierfür grundsätzlich der Genehmigung seines heimischen Versicherungsträgers, Art. 20 I VO (EG) 883/2004. Auf diese besteht ein Rechtsanspruch, wenn die beantragte Leistung nach den Vorschriften des Wohnmitgliedsstaates vorgesehen ist aber nicht rechtzeitig gewährt werden kann, Art. 20 II VO (EG) 883/2004.[439] Die Regelung steht der in § 13 III 1 Alt. 1 SGB V gleich. Auch sie weitet den Kreis der möglichen Leistungserbringer auf das Europäische Ausland aus.

Durch die Rechtsprechung des EuGH beginnend mit den Rechtssachen Kohll[440] und Decker[441] wurde die Möglichkeit der Nachfrage von Behandlungen im Ausland noch erweitert. Danach gebiete unter anderem die Dienstleistungsfreiheit, dass Patienten Gesundheitsleistungen grenzüberschreitend in Anspruch nehmen könnten. Insoweit müsse der Sozialgesetzgeber europäisches Primärrecht beachten. Es hindere den freien Warenverkehr, wäre der Versicherte durch Genehmigungserfordernisse an seinen Heimatstaat gebunden und bei fehlender Genehmigung ein Erstattungsanspruch ausgeschlossen.[442] Hinsichtlich des geschuldeten Leistungsumfangs bleibt der Patient allerdings dem Leistungsrechts des originär zuständigen Staates unterworfen. Versicherte können daher nicht aus einem größeren Leistungsprogramm schöpfen aber Wartezeiten minimieren.[443] Außerdem werden die Kosten der Behandlung nur bis zur der Höhe erstattet, die die Krankenkasse für die Besorgung als Sachleistung im Inland hätte aufwenden müssen, aber nie über die tatsächlichen Aufwendungen hinaus.[444] Beschränkungen dieses Rechts seien nur denkbar, wenn ein zwingender Grund des Allgemeininteresses

---

439 Dazu ausführlich *Klein*, in: *Hauck/Noftz* (Hrsg.), EU-Sozialrecht, 5. EL., 2015, K Art. 20 Rn. 28 ff.

440 EuGH Slg. 1998, I-1931 (Kohll).

441 EuGH Slg. 1998, I-1831 (Decker).

442 Siehe dazu *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 5. Auflage 2013, Rn. 186.

443 Vgl. hierzu umfassend EuGH Slg. 2006, I-4325 (Watts); *Schneider*, Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG, ELR 2006 , 342 ff.; *Udsching*, Krankenversicherungsrechtliche Perspektive, in: *Duttge/Zimmermann-Acklin* (Hrsg.), Gerecht sorgen, 2013, S. 61 (68).

444 Siehe dazu *Ulmer*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 13 Rn. 65.

entgegentritt, der darin bestehe, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu befürchten sei.[445] Anerkannt wurde dies durch den Europäischen Gerichtshof bei der Krankenhausplanung, sodass es für die gezielte Behandlung im ausländischen Krankenhaus weiterhin der Genehmigung durch den Heimatstaat bedarf.[446] Dies führte in der Folge zu bisher noch immer nicht umfassend gelösten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen ambulanter und stationärer Versorgung im Sinne des EU-Rechts.[447] Mittlerweile wurde der zweite Weg neben dem koordinierenden Sozialrecht zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Europäischen Ausland durch den Richtliniengeber aufgegriffen und in der Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung 2011/24/EU kodifiziert. Die Umsetzung in das deutsche Recht erfolgt durch § 13 IV bis VI SGB V.

2. Leistungsrecht und Wettbewerb

a) Wahltarife

Das Recht der solidarischen Krankenversicherung wird durch den Gesetzgeber zunehmend mit Elementen des Wettbewerbs verbunden, um einerseits Qualität, andererseits die (Kosten-)Effizienz der Leistungserbringung zu steigern. Zwar ist grundsätzlich allen Versicherten der gleiche Zugang zu allen medizinisch notwendigen Leistungen zu gewähren, unabhängig von der individuellen Beitragslast. Doch eröffnet § 53 SGB V den gesetzlichen Krankenkassen Instrumente, die privatversicherungsrechtlichen Elementen gleichen.[448] Den Krankenkassen wird gestattet, durch Satzung vorzusehen, ihren Versicherten bestimmte Wahltarife anzubieten. Möglich sind: die Einführung von Wahltarifen bei Selbstbehalt, bei Nichtinanspruchnahme von Leistungen, für besondere Versorgungsformen, für Kostenerstattung, für Arzneimittel in besonderen Therapieeinrichtungen, für

---

445 EuGH Slg. 1998, I-1831 (Decker).
446 EuGH Slg. 2001, I-5473 (Smits/Peerboms); 2003, I-4509 (Müller-Fauré); 2003, I-8833 (Inzian).
447 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 5. Auflage 2013, Rn. 190.
448 *Isensee*, Wahltarif „Krankenhauskomfort", NZS 2007, 449 (449).

Krankengeld sowie für Leistungsbeschränkungen für bestimmte Versichertengruppen.[449]

aa) Modellvorhaben

Einen eher kleinen Anwendungsbereich hat die Ausweitung des Leistungskataloges der Kassen im Rahmen von Modellvorhaben nach §§ 53 III SGB V. Jene beziehen sich im Wesentlichen auf zwei Fälle: Vorsorge, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach § 63 SGB V einerseits und besondere Versorgungsstrukturen, namentlich die hausarztzentrierte Versorgung, besondere ambulante ärztliche Versorgung, strukturierte Behandlungsprogramme für chronisch Erkrankte und die integrierte Versorgung andererseits, §§ 73b, 73c, 137f, 140a SGB V.

Erstere vermögen zwar grundsätzlich das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankversicherung auszuweiten, doch nur soweit die Modellvorhaben der Weiterentwicklung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung dienen. Diese Restriktion wird durch § 63 SGB V weiter ausgefüllt. Außerdem sind die Modellvorhaben zeitlich auf höchstens acht Jahre befristet, sodass eine strukturelle Leistungserweiterung kaum angenommen werden kann.[450]

Die besonderen Versorgungsmodelle beschränken die Versicherten in der freien Arztwahl auf solche Leistungserbringer, die eine besondere (Selektiv-)Vertragsbeziehung mit der jeweiligen Kasse unterhalten. Dies wird dem Versicherten über die Zahlung von Prämien oder den (teilweisen) Verzicht auf bestimmte Zuzahlungen entgolten. Eine Ausweitung des Leistungskataloges ist auch hiermit nicht verbunden. Allein werden die influenzierenden Steuerungsmechanismen umgeleitet.

bb) Kostenerstattung

Für größeres Aufsehen sorgte die Einführung einer Kostenerstattung nach § 53 IV SGB V. § 53 IV 2 SGB V sieht vor, dass die Krankenkassen in ihrer

---

449 Siehe *Leitherer*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 53 SGB V Rn. 6 ff.

450 *Giesen*, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, 2010, S. 26.

Satzung eine Regelung treffen können, die es den Versicherten ermöglicht, durch spezielle Prämienzahlungen die Kostenerstattung über den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankversicherung hinaus zu gewähren.[451] Der Gestaltungsspielraum ist groß. Denkbar sind Abweichungen in der Gewährung bestimmter Leistungen überhaupt sowie in den Abrechnungssätzen.[452] Dies bedeutet die Ausweitung des Leistungsumfangs auch auf die privatärztliche Versorgung.[453] Allerdings sollen dadurch keine anderen als die in den §§ 27 SGB V ff. vorgesehenen Leistungen erbracht werden können. Allein das „Wie" der Leistungen kann variieren.[454] Beispielhaft ist die „Chefarzt-Behandlung" im Krankenhaus – jedenfalls nach der Rechtsauffassung des Bundesversicherungsamtes[455] – ebenso nur eine Variation der Krankenhausbehandlung wie die Unterbringung in einem Zweibettzimmer.[456] Ein weiteres Beispiel ist die Zahlung höherer Erstattungen bei der Versorgung der Versicherten mit Zahnersatz. Die Grenze ist erreicht, wenn nicht mehr die medizinische Behandlung im Vordergrund steht, sondern dem Versicherten reine Wellness-Angebote gemacht werden sollen.[457]

Die Praxis der Wahltarife ist auf Kritik gestoßen.[458] Zunächst seien die Rechte der privaten Krankenversicherer betroffen, da die Wettbewerbschancengleichheit

---

451 *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 53 SGB V Rn. 16.

452 Siehe *Thüsing*, Wahltarife nach § 53 Abs. 4 bis 6 SGB V n.F. im Lichte des Verfassungsrechts, NZS 2008, 449 (450).

453 Dass der Inanspruchnahme nicht zugelassener Leistungserbringer § 13 II 6, 7 SGB V entgegensteht, dürfte nicht praktisch werden. Jene Norm ist eine Ermessenvorschrift. Bietet eine Krankenkasse einen Kostenerstattungstarif an, darf sie davon ausgehen, dass Versicherte ihn gerade wählen, um dritte Leistungserbringer in Anspruch zu nehmen. Eine generelle Ablehnung der Kostenerstattung dürfte dann ermessensfehlerhaft sein, vgl. *Giesen*, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, 2010, S. 33.

454 *Schlegel*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., 2014, §11 Rn. 93.

455 BVA, Schreiben vom 13.3.2007, AZ II 1 – 4927.6-3709/2006, S. 5.

456 Hiergegen ausdrücklich *Isensee*, Wahltarif „Krankenhauskomfort", NZS 2007, 449 ff.

457 *Giesen*, Wahltarife der gesetzlichen Krankenversicherung, 2010, S. 29; *Wolf*, Wahltarife nach § 53 Abs. 4 SGB V, NZS 2011, 87 (89).

458 Siehe nur jeweils mit weiteren Nachweisen *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 53 Rn. 30;*Isensee*, Wahltarif „Krankenhauskomfort", NZS 2007, 449 ff.; *Thüsing*, Wahltarife nach § 53 Abs. 4 bis 6 SGB V n.F. im Lichte des Verfassungsrechts, NZS 2008, 510 ff.

zwischen ihnen und der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Institution infrage gestellt werde.[459] Darüber hinaus seien die Tarife aber auch bedenklich im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip. Jenes werde ausgeblendet, wenn nicht mehr die relativ günstigste wirksame Behandlung erbracht wird, sondern eine für die Versicherten mit mehr Annehmlichkeiten verbundene. Soweit Prämien zu entrichten sind, sollen diese die Mehrkosten der Durchführung der Kostenerstattung decken, den Versicherten aber nicht leistungsrechtlich besser stellen.[460] Ferner sind durch das Europäische Kartell-, Wettbewerbs- und Beihilferecht Grenzen gesetzt.[461]

cc) Übernahme von Leistungen besonderer Therapieeinrichtungen

Der Leistungsausschluss von nichtverschreibungspflichtigen Arzneimitteln lässt sich mitunter durch einen Wahltarif über Arzneimittel der besonderen Therapieeinrichtungen nach § 53 V SGB V auffangen. Gegen eine spezielle Versicherungsprämie kann der Leistungsausschluss nach § 34 I 2 SGB V abbedungen werden. Damit wird vor allem auch die Versorgung mit Mitteln der Homöopathie, Psychotherapie sowie der Anthroposophie zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung ermöglicht.[462] Der wissenschaftliche Standard muss allerdings trotz allem gesichert sein, § 2 I 3 SGB V.[463]

b) Satzungsleistungen nach § 11VI SGB V

Über die Wahltarife hinaus können die Krankenkassen zur Verstärkung des Wettbewerbs untereinander[464] eine Erweiterung des Leistungsspektrums in Form von Satzungsleistungen nach § 11 VI SGB V vorsehen.

---

459 Dazu ausführlich *Thüsing*, Wahltarife nach § 53 Abs. 4 bis 6 SGB V n.F. im Lichte des Verfassungsrechts, NZS 2008, 510 (511).

460 *Isensee*, Wahltarif „Krankenhauskomfort", NZS 2007, 449 (450 f.).

461 Dazu *Schlegel*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., 2014, § 11 Rn. 98 ff.

462 *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 53 SGB V Rn. 22.

463 *Schlegel*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., 2014, § 11 Rn. 109.

464 BT-Drs. 17/6906, S. 53.

In den Satzungen der Krankenkassen können – in Abgrenzung zu den Wahltarifen[465] – solche Leistungsausweitungen angeboten werden, die von allen Versicherten der jeweiligen Krankenkasse beansprucht werden können. Diese müssen allerdings als Annex der krankenversicherungsrechtlichen Grundversorgung systemkonform sein. § 11 VI 1 SGB V konkretisiert dies insoweit, dass Satzungsleistungen nur in der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation, bei den Leistungen von Hebammen bei Schwangerschaft und Mutterschaft, der künstlichen Befruchtung, der zahnärztlichen Behandlung (unter Ausschluss des Zahnersatzes[466]), der Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen apothekenpflichtigen Arzneimitteln, mit Heilmitteln und Hilfsmitteln, im Bereich der häuslichen Krankenpflege und der Haushaltshilfe zulässig sind. Darüber hinaus ist denkbar, dass Leistungen durch nicht zugelassene Leistungserbringer gedeckt werden. Gleichsam müssen sowohl die fachliche Qualität wie auch die Wirtschaftlichkeit der Leistungen gesichert bleiben. Schon deshalb sind solche Methoden ausgeschlossen, denen der Gemeinsame Bundesausschuss die Anerkennung versagt hat.[467] Jenseits dessen verfügen die Kassen aber über große Gestaltungsspielräume.[468] Jene füllen sie mit für die Versicherten attraktiven Angeboten aus, um im Kassenwettbewerb zu bestehen. So werden etwa Reiseimpfungen oder alternativmedizinische Angebote (Akupunktur) oder Heilpraktikeranwendungen im Satzungsrecht aufgenommen.

VI. Recht auf Krankenbehandlung und dessen Beschränkung

Ein zunächst von § 27 SGB V versprochenes umfassendes Recht auf Krankenbehandlung erweist sich insgesamt als eng konturiert. Das SGB V verfügt aber verschiedene Begrenzungsmechanismen, die einerseits die Wirksamkeit und Sicherheit der durch es vorgesehenen Leistungen sicherstellt. Andererseits wirken auch

---

465 Welche ihrerseits allerdings auch Satzungsrecht sind.

466 Diese Einschränkung dient der Sicherung der Systematik aus Festbeträgen und Zuschüssen, vgl. *Wagner*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), Krauskopf - Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 87. EL., 2015, § 11 SGB V Rn. 19.

467 *Roters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler* (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 85. EL., 2015, § 11 SGB V Rn. 35; *Wiegand*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Aufl., 2016, § 11 Rn. 45.

468 *Joussen*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 36. Aufl., 2014, § 11 SGB V Rn. 17.

Wirtschaftlichkeitserwägungen in das Leistungsrecht. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip bestimmt das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, wird dabei aber für den einzelnen Patienten nur selten sichtbar, da es zunächst auf den Therapievorschlag des Behandelnden einwirkt. In der ambulanten Versorgung verdichten sich diese Leistungsbeschränkungen zu einem Leistungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt und damit zur Umkehrung des vollen Leistungsversprechens. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip wird dort für die Versicherten offenbar, wo die Solidargemeinschaft zulasten der „Eigenverantwortlichkeit" der Versicherten von der Einstandspflicht befreit wird oder dem Versicherten jedenfalls die partielle Eigenleistung oder Zuzahlung zugemutet wird.

In Einzelfällen lässt das Krankenversicherungsrecht aber auch die Überwindung der Beschränkung zu. Im Falle des „Systemversagens" sollen Versicherte in besonders atypischen Situationen nicht auf ihre Leistungsansprüche verzichten müssen. Dies kann bei einer strukturellen Unterversorgung mit Leistungserbringern ebenso der Fall sein, wie bei einer Erkrankung, für deren Behandlung es nur solche Wirksamkeitshinweise geben kann, die nicht den regelmäßigen Anforderungen entsprechen. Aus einer grundrechtsorientierten Auslegung des Krankenversicherungsrechts haben sich in der Praxis Fallgruppen herausgebildet, die eine Leistungsgewährung außerhalb des geschriebenen Rechts gestatten. Daneben wird den Krankenkassen zur Stärkung des Wettbewerbs die Möglichkeit eingeräumt, bestimmte Wahltarife anzubieten, die eine abweichende Versorgung ihrer Versicherten gegen Zahlung eines höheren Beitrags ermöglicht.

http://www.springer.com/978-3-658-15845-3

Recht auf Krankenbehandlung und Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum

Wilksch, F.

2017, XVIII, 394 S. 2 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-658-15845-3