

## Leistungsverweigerung der gesetzlichen Krankenversicherung – anwaltliche Strategien

Dr. Thomas Motz

Sehr verehrte Damen und Herren,

nicht nur Beitragserhöhungen und Praxisgebühren sind angesichts steigender Kosten im Gesundheitswesen Realität. Der Versicherte wird vielmehr auch mit Krankenkassen konfrontiert, die immer rigider Leistungen beschneiden oder gleich vollständig verweigern. Der Berufsverband der Fachärzte für Orthopädie etwa berichtet, dass vor 2001 nur 10 % aller Anträge auf eine ambulante Rehabilitationsmaßnahme abgelehnt worden sind, mittlerweile sollen nur noch 25 % aller Anträge genehmigt werden.

Nicht immer sind diese Leistungsbeschränkungen durch rechtliche Vorgaben gedeckt.

I.

Für den Medizinrechtsanwalt bietet sich hier ein sich rasant erweiterndes Betätigungsfeld, leider ohne dass ihm ausreichend Hilfsmittel zur Verfügung stehen und ohne dass die anwaltliche Tätigkeit adäquat entlohnt wird. Während die medizinrechtliche Literatur sich mit Hingabe dem Leistungserbringerrecht widmet, fallen die Kapitel zum Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenkassen sehr kurz aus und beschränken sich meist auf die Darstellung der Leitprinzipien wie die Darstellung des Sachleistungsprinzips, der Maximen von Wirtschaftlichkeit und der Handlungsformen. Löbliche Ausnahme ist das Buch von Fastabend und Schneider, des Weiteren helfen natürlich die Kommentare zum SGB V.

Auch die Fachanwaltsausbildung beschränkt sich hier auf die Darstellung von Eckpunkten. Demgegenüber dürfte bei jedem Medizinrechtler hier ein enormer Beratungsbedarf stehen. Bei der Erarbeitung meiner Liste für den Fachanwalt konnte ich feststellen, dass das Leistungsrechts knapp 20 % meiner Tätigkeit ausmacht.

Ein Grund für die Diskrepanz zwischen dem von mir vermuteten Anteil des Leistungsrechts innerhalb der Gesamttätigkeit eines Medizinrechtlers und dem geringen Engagement, mit dem sich die Anwaltschaft diesem Thema annimmt ist die unattraktive Entlohnung: Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenkassen ist Sozialrecht, die Honorare damit gedeckelt. Außergerichtlich ist beispielsweise mehr als eine Gebühr in Höhe von EUR 520,00 nur dann erzielbar, wenn es gelingt, mit dem Mandanten eine Honorarvereinbarung zu schließen. Es gibt Fragestellungen innerhalb des Leistungsrechts, die zu diesem Tarif einfach nicht zu bearbeiten sind. Es gibt jedoch Fragestellungen innerhalb des Leistungsrechts, die sich stets in ähnlicher Form wiederholen, so dass eine routinierte Bearbeitung des Mandats durchaus zu einem befriedigenden Ergebnis auch mit Blick auf das anwaltliche Honorar führen kann. Außerdem arbeitet der Medizinrechtler hier oft eng mit den ebenfalls von der Leistungsverweigerung betroffenen Leistungserbringern zusammen – hier ergeben sich über das konkrete Mandat oft weitere nützliche Kontakte.

Der Abschluss einer Honorarvereinbarung scheidet oft daran, dass der wirtschaftliche Wert der begehrten Leistungen die Höhe des Honorars nicht oder nur unwesentlich übersteigt. Vor diesem Hintergrund leisten sich meist nur rechtsschutzversicherte Patienten einen Rechtsstreit.

Aber auch der rechtsschutzversicherte Mandant steht im Sozialrecht vor einem Problem: Für die außergerichtliche Auseinandersetzung tritt die Rechtsschutzversicherung nicht ein. Der Mandant zahlt also das außergerichtlich anfallende Honorar selbst, zuzüglich eines etwaigen Selbstbehalts im anschließenden sozialgerichtlichen Verfahren. Auch hier gebietet oft die ökonomische Vernunft, lieber die verweigerte Leistung aus eigener Tasche zu zahlen oder zu verzichten.

An dieser Stelle zeigt sich der erste Skandal: In einem Land mit nahezu maximaler Absicherung sämtlicher Lebensrisiken verzichten in dieser Situation angesichts unklarer Erfolgsaussichten und - für manchen nicht tragbarer - finanzieller Risiken manche auf die Durchsetzung des Anspruchs auf Leistung und bleiben, da auch die Eigenleistung in manchem Haushalt finanziell nicht darstellbar ist, letztlich ohne die Versorgung, auf die ein Anspruch besteht. Ob sich dies für die Krankenkassen langfristig rechnet, halte ich für zweifelhaft, denn chronifizierte Krankheiten erfordern einen ganz anderen Aufwand, als beispielsweise die Bewilligung einer Rehabilitationsmaßnahme.

Welche Gegenstrategien gibt es hier ? – Es gilt, das Risiko des rechtsschutzsuchenden Versicherten zu minimieren. Hilfreich ist hier das Beratungsangebot der Stiftung Gesundheit, denn hier können Versicherte innerhalb einer halben Stunde unverbindlich ihr Risiko und ihre Erfolgsaussichten ergründen. Hilfreich sind neue Angebote von Seiten der Rechtsschutzversicherungen, die auch außergerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Patienten und Krankenkassen versichern, wie z.B. das Angebot, das von Naturavital und der NRV aufgelegt worden ist. Die Anwaltschaft wiederum ist aufgerufen, sich dieser Thematik verstärkt anzunehmen – auch im eigenen Interesse, will sie diesen Beratungsmarkt nicht Verbraucherzentralen und Selbsthilfegruppen überlassen.

## II.

Vor der Bearbeitung des Mandats ist es empfehlenswert, abzuklären, inwieweit der Versicherte die Möglichkeit genutzt hat, in einem persönlichen Gespräch mit dem zuständigen Sachbearbeiter Missverständnisse und Fehler auszuräumen. Manchmal führt dies schon zur Stattgabe der beantragten Leistung.

Fruchtet dies nicht, muss auf einem rechtsmittelfähigen Bescheid bestanden werden. Hier ist zu beobachten, dass die Kassen gerne entweder eine „weitere Prüfung“ ankündigen, und dies sich dann über einen längeren Zeitraum hinziehen kann, oder ihre Ablehnungsschreiben nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen und so die Qualität eines Verwaltungsaktes nicht deutlich wird. Doch jede abschließende

Ablehnung einer Leistung durch eine Krankenkasse stellt einen Verwaltungsakt dar. Hiergegen kann und sollte formal Widerspruch eingelegt werden. Denn zum einen läuft auch ohne Rechtsbehelfsbelehrung die Jahresfrist des § 66 Abs.2 SGG, zum anderen kommt eine Kostenerstattung nach § 63 SGB X nur im Widerspruchsverfahren in Frage.

Wird die Krankenkasse nicht oder nur zögerlich tätig oder verspricht eine weitere Prüfung, ohne dass ein Ergebnis absehbar wäre, kann nur mit der Drohung einer Untätigkeitsklage eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht werden. Allerdings bewirkt eine erfolgreiche Untätigkeitsklage lediglich die Verurteilung einer Krankenkasse zum Erlass des Bescheids. Typischerweise führt eine Untätigkeitsklage dazu, dass zunächst einmal dem Sozialgericht die Akten übersandt werden müssen, sich die Krankenkasse dann nicht mehr mit der Sachentscheidung beschäftigen kann, wodurch sich das Verfahren noch stärker verzögert. Alternativ kann über die Geltendmachung der Ansprüche des Versicherten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nachgedacht werden. Regelmäßig ist die Durchsetzung eines Leistungsanspruches gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse im Wege der Einstweiligen Anordnung nicht darstellbar. Sehr selten gibt es bereits bei der Eilbedürftigkeit eine Situation, in der dem Versicherten aus Sicht der Sozialgerichtsbarkeit nicht zuzumuten ist, zunächst einmal eine endgültige Ablehnung der Krankenkasse zu erzwingen, die Leistung selbst zu beschaffen und bis zu einer etwaigen Rückzahlung eine Hauptsacheentscheidung abzuwarten. Im Übrigen läuft der Versicherte Gefahr, dass er seinen Rechtsstreit deswegen verliert, weil die Berechtigung seines Anspruches nicht ohne weitere Ermittlungen beurteilt werden kann, die das Gericht indessen nicht im Wege des Einstweiligen Rechtsschutzes, sondern nur im Hauptsacheverfahren vornehmen wird. Eine Durchsetzung im Einstweiligen Rechtsschutz wird meist nur dann in Frage kommen, wenn der Versicherte sich in einer finanziellen Situation befindet, die ihn auch zur Bewilligung von PKH berechtigen würde, er also auf keinen Fall über die finanziellen Mittel verfügt, sich die beantragte Leistung selbst zu beschaffen und andererseits aus medizinischen Gründen die Durchführung der Leistungen auf keinen Fall bis zu einer etwaigen Entscheidung des Sozialgerichts im Hauptsacheverfahren verschoben werden kann – dieses Kriterium wird allerdings meist erfüllt wer-

den. Es gibt daher kaum Möglichkeiten, eine Krankenkasse, die eine aus Sicht des Versicherten ihm zustehende Leistung bisher verweigert hat oder sich bei der Prüfung des Anspruches Zeit lässt, zu einer beschleunigten Tätigkeit anzuhalten. Viele versicherte Mandanten kommen daher auf den Gedanken, ob hier nicht ein Anspruch auf Verzugszinsen durchsetzbar sein könnte. Die Antwort: ein Anspruch auf Verzugszinsen besteht im Sozialrecht nicht. Die einzige anwaltliche Strategie: der versicherte Mandant und der Anwalt müssen solange insistieren, bis die Entscheidung erfolgt.

Vorgerichtlich sollte stets Akteneinsicht genommen werden, jedenfalls sollte zumindest das der ablehnenden Entscheidung zugrunde liegende Gutachten des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) eingeholt werden. Häufig wird die Herausgabe dieses Gutachtens dem Versicherten verweigert. Aufgrund seines Akteneinsichtsrecht (§ 25 SGB X) hat der Patient jedoch ein unbedingtes Recht auf Einsicht in das MDK-Gutachten.

### III.

Der Versicherte ist dringend davor zu warnen, sich eine Leistung selbst zu beschaffen, bevor die Krankenkasse Gelegenheit hatte, über eine Genehmigung zu entscheiden. Nach § 13 Abs.3 SGB V ist eine Kostenerstattung aufgrund einer selbst beschafften Leistung nur dann möglich, wenn eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbracht werden konnte oder die Leistung zu Unrecht abgelehnt worden ist. Unaufschiebbarkeit ist gegeben, wenn die Leistung sofort, ohne die Möglichkeit eines nennenswerten zeitlichen Aufschubs, erbracht werden muss.

Zu nennen ist hier der Notfall. Zu nennen sind aber auch Fälle, in denen Sachleistungen nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen, etwa weil eine Leistung in einem nicht zugelassenen Krankenhaus aufgrund der Dringlichkeit erbracht werden muss. Auf die Unfähigkeit einer Krankenkasse, eine notwendige Leistung rechtzeitig zu erbringen, kann ein Kostenerstattungsanspruch aber nur gestützt werden, wenn es dem Versicherten nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, sich mit der Kasse in Verbindung zusetzen. Eine vorherige Prüfung durch die Kasse, verbunden mit der Mög-

lichkeit einer Beratung des Versicherten, ist sachgerecht; sie liegt auch im eigenen Interesse des Versicherten, weil sie ihn von dem Risiko entlastet, die Behandlungskosten gegebenenfalls selbst tragen zu müssen, wenn ein zur Erstattungspflicht führender Ausnahmetatbestand nicht vorliegt.

Wann ist jedoch die Grenze des Zumutbaren erreicht ? – Denn die Prüfung eines Antrags etwa auf Genehmigung einer ambulanten Rehabilitationsbehandlung kann schon mal einige Wochen dauern. Eine gesetzliche Vorgabe des Prüfungszeitraumes für die Zuständigkeit des Rehabilitationsträgers spricht von 2 Wochen, eine anschließende Begutachtung der Anspruchsvoraussetzungen durch den zuständigen Träger kann noch einmal 3 Wochen in Anspruch nehmen (§ 14 Abs.1 und 2 SGB IX). In dieser Zeit Schmerzen oder Verdienstauffälle in Kauf zu nehmen wird von einigen Sozialgerichten für zumutbar erachtet.

Vorsichtig ist aber auch mit dem Argument umzugehen, die vorherige Entscheidung wäre entbehrlich, da die Ablehnung der Leistung von vorneherein feststehe. Da sich kaum abstrakt festlegen lässt, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit der Versicherte von einer als sicher zu erwartenden Ablehnung der Krankenkasse ausgehen darf, würden sich in zahlreichen Fällen schwierige Abgrenzungsprobleme ergeben, durch die die Wahrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Sachleistung und Kostenerstattung gefährdet würde.

Abzuwarten ist daher regelmäßig eine Erstentscheidung der Krankenkasse. Das Widerspruchsverfahren muss allerdings nicht abgewartet werden

#### IV.

Die Möglichkeit der Kostenerstattung besteht über die zuvor genannten Ausnahmen hinaus auch dann, wenn ein weiterer Fall des sogenannten „Systemversagens“ vorliegt, nämlich, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss bei der Bewertung einer Behandlungsmethode als wirksam ohne sachlichen Grund oder nicht zeitgerecht tätig geworden ist. Für den Fall rechtswidriger Untätigkeit sind Lockerungen hinsichtlich des Wirksamkeitsnachweises der streitbefangenen Therapie in dem Sinne anerkannt

worden, dass für den dann in Betracht kommenden Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs.3 SGB V die bloße Verbreitung der Methode ausreichen kann. Der bloße Umstand, dass in Staaten außerhalb der Bundesrepublik nach deren nationalem Recht eine Leistungserbringung mit der streitgegenständlichen Methode üblich sei, rechtfertigt aber nicht die Annahme, dass dem GBA eine unzulässige zeitliche Verzögerung bei der Anerkennung der Methode anzulasten ist. Voraussetzung eines Versäumnisses des GBA dürfte sein, dass bereits ausreichend Erkenntnisse über die Wirksamkeit der neuen Behandlungsmethode vorliegen und bereits ein Antrag für die Anerkennung der Methode gestellt worden war, das Anerkennungsverfahren jedoch nur zögerlich betrieben worden ist.

Schließlich kommt nach dem bahnbrechenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 06.12.2005 zur Duchenne`schen Muskeldystrophie eine Kostenerstattung auch dann in Frage, wenn der Bundesausschuss die Behandlungsmethode noch nicht anerkannt hat, und

- (1) eine lebensbedrohliche und regelmäßig tödlich verlaufende Erkrankung vorliegt,
- (2) bei dieser Krankheit eine allgemein anerkannten medizinischen Standards entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht und
- (3) bei der vom Versicherten angewandten Methode eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

Damit ist eine weitere Fallgruppe für eine mögliche Kostenerstattung am GBA vorbei eröffnet. Es wird erwartet, dass die Rechtsprechung von einigen Sozialgerichten eine Erweiterung dahingehend erfahren wird, dass nicht nur lebensbedrohliche, sondern auch schwere Erkrankungen (drohender Organverlust, Erblindung) in diese Rechtsprechung einbezogen werden. Hier besteht erheblicher Konkretisierungsbedarf. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BSG gehört ein Prostatakarzinom ohne Hinweis auf metastatische Ansiedlungen nicht in den Kreis der Erkrankungen, für die eine Kostenerstattung in Frage käme.

Jedoch auch dann, wenn ein Sozialgericht eine lebensbedrohliche – oder hinreichend schwere – Erkrankung annimmt, feststeht, dass eine Standardbehandlungsmethode in Deutschland nicht zur Verfügung steht und die alternative Behandlungsmethode bei gleicher Indikation im Ausland schon erfolgreich angewendet worden ist, hat das BSG weitere Kriterien aufgestellt, um eine unkontrollierte Ausdehnung des Kostenerstattungsprinzips zu verhindern.

Um die Notwendigkeit der Krankenbehandlung mit einem nicht in Deutschland zugelassenen, auf Grund § 73 Abs. 3 Arzneimittelgesetz aus dem Ausland importierten Arzneimittel über die bisherige BSG-Rechtsprechung hinaus bejahen zu können, müssen jedoch weitere, vom 1. Senat aufgestellte Voraussetzungen erfüllt sein:

- Vor der Behandlung muss eine Nutzen-/Risiko-Analyse stattfinden, und zwar allgemein und speziell bezogen auf den konkreten Versicherten.
- Die in erster Linie fachärztliche Behandlung muss den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführt und ausreichend dokumentiert werden.
- Angesichts zu befürchtender Gefahren und Nebenwirkungen ist eine ausdrückliche Zustimmung des Versicherten zur beabsichtigten Behandlung/Arzneimittel-Verabreichung nach entsprechender vorheriger ärztlicher Aufklärung erforderlich.

Die Bedeutung der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung wird sich daher noch erweisen. Es kann jedoch in manchen Fällen sinnvoll sein, auch bei schweren, nicht nur lebensbedrohlichen Erkrankungen und dringend notwendigen Alternativbehandlungen, die in Deutschland auch nicht zugelassen sind, auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu verweisen.

V.

Manche Leistungen sind nicht bereits per Gesetz oder durch eine Entscheidung des GBA aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherungen ausgeschlossen, vielmehr dürfte in der weit überwiegenden Zahl der Leistungsablehnung eine Genehmigung an der ablehnenden Haltung des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) scheitern. Die Begutachtung durch den MDK dient in

weiten Teilen des Leistungsrechts der Kontrolle der Leistungserbringung insbesondere in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit und die Qualität. Die Aufgaben des MDK ergeben sich im Einzelnen aus § 275 SGB V. Ob Prüfung der Notwendigkeit einer Rehabilitationsbehandlung oder eines stationären Aufenthalts, oder ob Überprüfung einer vom Arzt festgestellten Arbeitsunfähigkeit, in den meisten Fällen urteilt der MDK nach Aktenlage. Entsprechend wortkarg fallen die Gutachten aus.

Genau hier liegt jedoch das Dilemma des MDK und ein „Webfehler“ im Kontrollsystem: Gegen die Prüfung des MDK nach Aktenlage spricht, dass der MDK regelmäßig nur auf Behandlungsunterlagen von Ärzten zurückgreifen kann, die die zu prüfende Maßnahme befürworten. Erfahrene Ärzte begründen regelmäßig ihre Verordnungen in Bezug auf die medizinische Notwendigkeit gründlich. D.h., der MDK trifft hier regelmäßig bei einer Ablehnung keine Entscheidung nach der Aktenlage, sondern gegen die Aktenlage.

Nach § 275 Abs.5 S.2 SGB V darf der Prüfarzt des MDK nicht in die Therapie des Arztes eingreifen. Mit der Entscheidung gegen die Therapieempfehlung der behandelnden Ärzte ist jedoch zwangsläufig ein Eingriff in die Therapiefreiheit der Ärzte gegeben. Eine solche Therapieempfehlung ist lediglich dann gerechtfertigt, wenn der von der Krankenkasse einzuschaltende MDK die vorhandenen Erkenntnismöglichkeiten nutzt, und sie setzt sich nur dann gegenüber der Therapieempfehlung des Arztes durch, wenn dessen prognostische Entscheidung über die Wirksamkeit der von ihm verordneten Therapie nicht vertretbar ist, weil sie im Widerspruch zu allgemeinen oder besonderen ärztlichen Erfahrungssätzen steht oder medizinische Standards verletzt. Der verordnende Arzt hat daher gegenüber der Krankenkasse einen Prognosespielraum, der gerichtlich im Nachhinein oftmals nur begrenzt überprüfbar ist.

In der Frage der Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung, durch den MDK nach § 275 Abs.1 Nr.1 SGB V zu überprüfen, stellt das BSG fest, dass entsprechend des Grundgedankens des § 39 Abs.1 S.2 SGB V zunächst die Beurteilung des Krankenhausarztes maßgebend ist. Sie ist prima facie der Beweis für die Krankenhausbe-

handlungsbedürftigkeit des Versicherten und damit auch für die Pflicht der KK, die anfallende Vergütung zu entrichten. Ihr liegt in der Regel die Beurteilung des ambulant behandelnden Arztes zugrunde, der eine ambulante Behandlung nicht mehr für ausreichend hält, und damit eine zweite ärztliche Meinung außerhalb des Krankenhauses. Dieser Anscheinsbeweis kann nicht dadurch erschüttert werden, dass generell auf zu lange Verweildauern verwiesen wird, sondern nur durch substantiierte Einwendungen im Einzelfall. Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg spricht in Krankenhauseinweisungsfällen von einem therapeutischen Spielraum des Arztes, der ihm dann einzuräumen ist, wenn mehrere Behandlungsalternativen zur Verfügung stehen und nicht eine bestimmte Methode unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eindeutig den Vorzug verdient.

Dies gilt zunächst – etwas anderes hatte das BSG nicht zu entscheiden – im Verhältnis zwischen verordnendem Arzt und Krankenkasse. Bei Einschaltung des MDK kann jedoch jedenfalls dann nichts anderes gelten, wenn der MDK lediglich nach Aktenlage entscheidet und daher nicht über weitergehende diagnostische Erkenntnisse verfügt als der verordnende Arzt: Der MDK muss hier auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt sein, dem Arzt steht – insbesondere aus Respekt vor der Therapiefreiheit – ein Beurteilungsspielraum gegenüber dem MDK zu. Zwar unterliegt die Therapiefreiheit zahlreichen Bindungen. Jedoch stellt § 275 Abs.5 S.2 SGB V klar, dass der MDK sie auch bei der Kontrolle ärztlichen Handelns zu respektieren hat. Zudem wird man die Entscheidung von der Thematik der Krankenhauseinweisung auch auf die anderen Leistungsbereiche übertragen können, in denen der MDK zur Kontrolle aufgerufen ist.

In Bezug auf die Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit hat sich das Sozialgericht Dresden sehr deutlich dafür ausgesprochen, dass von Seiten des MDK lediglich eine Vertretbarkeitskontrolle der ärztlichen Einschätzung stattfinden könne. Die beklagte Krankenkasse sei nicht befugt, lediglich ihre eigene Einschätzung oder die Einschätzung des MDK an die Stelle des in erster Linie verantwortlichen Arztes zu setzen. Sollte die Prüftätigkeit über eine Vertretbarkeitskontrolle hinausgehen, müsse die

Krankenkasse auch die dem Arzt obliegenden Sorgfaltspflichten und die damit einhergehende Haftung übernehmen.

#### VI.

Es wird Fälle geben, in denen sich der Leistungsanspruch des Versicherten nur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes rechtfertigen lässt. Die Krankenkasse überlässt dem Vertragsarzt regelmäßig die Auswahl der notwendigen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen. Eine Therapieentscheidung muss sie dann – zumindest im Verhältnis zum Versicherten – gegen sich gelten lassen. Sollte sich später herausstellen, dass die Leistung nicht erbringbar, vorschriftswidrig oder unwirtschaftlich erbracht worden ist, dann kann die Krankenkasse lediglich beim Arzt Rückgriff nehmen. Es besteht daher eine Einstandspflicht in Bezug auf die erbrachte Leistung gegenüber dem Versicherten unter dem Gesichtspunkt der Rechtsscheinhaftung. Ein Vertrauenstatbestand liegt jedoch dann nicht vor, wenn der Arzt den Versicherten ordnungsgemäß aufgeklärt hat.

#### VII.

Nicht selten verweigert die an sich zuständige Krankenkasse die von ihr zu erbringende Leistung nicht aus inhaltlichen Gründen, sondern unter Hinweis auf ihre angebliche Unzuständigkeit. Zu nennen sind hier beispielsweise Fälle, in denen die an sich zuständige Krankenkasse den Antrag auf Erbringung einer Rehabilitationsleistung an den unzuständigen Rentenversicherungsträger weiter verwiesen hat. Dem Patienten, so meint man, könne dies egal sein, denn er erhält ja in jedem Fall die von ihm beantragte Leistung.

Dies ist so nicht richtig: Zum einen haben die jeweiligen Rehabilitationsträger unterschiedliche Leistungsvoraussetzungen, so dass der jetzt für zuständig erklärte Träger nach seinen Leistungsvoraussetzungen die Leistung ablehnt, die der eigentlich zuständige Träger hätte erbringen müssen. Zudem haben unterschiedliche Träger nicht mit allen Leistungserbringern Versorgungsverträge, so dass der Versicherte letztlich an einen Leistungserbringer verwiesen wird, zu dem er nicht möchte, der nicht wohnortnah gelegen ist, von seiner räumlichen, apparativen oder personellen Aus-

stattung nicht die erwünschten Leistungen bietet oder dessen zeitliches Behandlungskonzept nicht den Bedürfnissen des Versicherten entspricht.

Hier scheint das Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten aus § 9 SGB IX dafür zu streiten, die Leistung in einem Therapiezentrum nach der Auswahl des Versicherten erbringen zu müssen. Tatsächlich dürfte dem Wunsch des Versicherten nach Therapie durch ein bestimmtes Therapiezentrum dann zu entsprechen sein, wenn der Wunsch aus medizinischer Sicht gerechtfertigt ist und die gewünschte Einrichtung unter Berücksichtigung des Krankheitsbildes geeignet ist, und wenn die Durchführung der Rehabilitationsleistung in der gewünschten Einrichtung den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entspricht. Darüber hinaus besteht jedoch auch eine Tendenz der Sozialgerichte, der Begründung der zuständigen Leistungserbringer, man habe mit der gewünschten Einrichtung keinen Vertrag und wolle die vertragsgebundenen Einrichtungen auslasten, den Vorzug vor dem Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten zu geben.

#### VIII.

An dieser Stelle taucht von Seiten der Versicherungen der Versicherten des Öfteren die Frage auf, ob die gesetzlichen Krankenversicherungen nicht bei ungerechtfertigter Ablehnung einer Leistung zum Schadenersatz ebenso wie ein Arzt haften, wenn dieser behandlungsfehlerhaft eine gebotene medizinische Behandlung unterlässt. Haftet also auch die gesetzliche Krankenversicherung für Folge- und Langzeitschäden, die sich etwa aus einer zögerlichen oder gleich ganz verweigerten medizinischen Leistung ergibt?

Grundsätzlich handelt es sich bei dem Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs. 3 SGB V um einen Schadenersatzanspruch aus Garantiehaftung. Dieser Kostenerstattungsanspruch bzw. Schadenersatzanspruch reicht jedoch nicht weiter als der entsprechende Sachleistungsanspruch. Er setzt daher voraus, dass die selbst beschaffte Leistung zu den Leistungen gehört, welche die Krankenkasse als Sach- und Dienstleistung zu erbringen hat. Der Schadenersatzanspruch aus Garantiehaftung bezieht sich also auf die verauslagten Aufwendungen des Versicherten.

Hingegen haftet lediglich der behandelnde Leistungserbringer zivilrechtlich für die Folgen einer fehlerhaften und vorwerfbar unterlassenen gebotenen medizinischen Behandlung. Dem Leistungserbringer und wohl auch dem Versicherten mag dies ungerecht erscheinen, ist es doch vielfach die Krankenkasse, die ärztliche Leistungen budgetiert und beschränkt, die nach dem sich herausgebildeten ärztlichen Standard notwendig erscheinen. Über dieses Dilemma hat Herr Prof. Dr. Katzenmeier auf dem letztjährigen Medizinrechtstag eingehend hingewiesen. Die Lösung aus diesem Dilemma wird lauten müssen, dass der Leistungserbringer den Versicherten über die Diskrepanz zwischen seinem sozialrechtlichen Dürfen und dem haftungsrechtlichen Müssen aufzuklären hat, so dass der Patient in die Lage versetzt ist, die notwendige Leistung selbst zu beschaffen. Beruht die Leistungsverweigerung der Krankenkasse auf einer Fehleinschätzung, dann steht ihm ein Kostenerstattungsanspruch zu. Der Patient hat – ggf. mit den Mitteln des einstweiligen Rechtsschutzes – für die Sachleistung oder eine Kostenerstattung zu sorgen. Er darf die Leistungsverweigerung nicht dulden und hinnehmen und schließlich Schadensersatz verlangen, für einen Schadensersatzanspruch über die Kostenerstattungspflicht hinaus ist gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung kein Raum.

#### IX.

Eine Leistungsverweigerung durch die Krankenkassen betrifft nicht nur die Versicherten unmittelbar in ihren Interessen, vielmehr sind regelmäßig auch fundamentale wirtschaftliche Interessen der Leistungserbringer betroffen, ganz zu schweigen von der Therapiefreiheit. Die Interessen der Leistungserbringer werden oft auch schon dadurch berührt, dass sich eine Kasse nicht für zuständig hält: Es ist beispielsweise nicht selten, dass von Seiten der Krankenkassen Anträge auf Rehabilitation bei erwerbstätigen Versicherten in die Zuständigkeit der Rentenversicherungsträger verwiesen werden. Hat ein Rehabilitationszentrum mit dem Rentenversicherungsträger keinen Versorgungsvertrag, gehen somit die Patientenströme an ihm vorbei. Auch die Ablehnung einer Therapiemaßnahme als nicht notwendig führt in nicht wenigen Fällen zum Verzicht der Versicherten auf Rechtsdurchsetzung, in der Folge zu Verzicht auf die nach Auffassung des Arztes notwendige Maßnahme und daher nicht nur

zu einem Eingriff in Rechte und Interessen des Versicherten, sondern auch der behandelnden Arztes.

Es liegt daher die Frage nahe, ob auch der Leistungserbringer gegen eine Leistungsverweigerung vorgehen kann. Dies hat das BSG mit Blick auf die Kostenerstattung bereits verneint: Die Kostenerstattungsvorschriften des § 13 Abs.2 und 3 SGB V dienen nicht der Verwirklichung individueller Interessen der Leistungserbringer und betreffen ausschließlich die Rechtsbeziehung zwischen Krankenversicherung und dem Versicherten. Diese Entscheidung halte ich für zweifelhaft: Es ist richtig, dass die Klagebefugnis dann fehlt, wenn die als verletzt angesehene Rechtsnorm keinen drittschützenden Charakter in dem Sinne hat, dass sie zumindest auch der Verwirklichung individueller Interessen des Klägers zu dienen bestimmt ist. Durch die Verweigerung einer Therapiemaßnahme wird jedoch die Berufs- und Wissenschaftsfreiheit des behandelnden Arztes betroffen. Es geht hier nicht nur um wirtschaftliche Interessen der Leistungserbringer. Ich halte es daher für denkbar, dass zur Verteidigung der Therapiefreiheit ein Leistungserbringer selber eine Therapie gerichtlich durchsetzen kann.

Hier könnten die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze zur Konkurrentenklage niedergelassener Ärzte gegen Ermächtigungen von Krankenhausärzten fruchtbar gemacht werden: Dort wurde ausgeführt, dass zur Verwirklichung der Grundrechte eine dem Grundrechtsschutz angemessenen Verfahrensgestaltung und damit der Zugang zu staatlichen Gerichten erforderlich ist, und dass das Zulassungssystem geeignet sei, in die Grundrechte niedergelassener Ärzte einzugreifen. Aufgrund dieser möglichen Grundrechtsverletzung ist es erforderlich, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben für die Erteilung einer Ermächtigung zur gerichtlichen Überprüfung zu stellen. Mit dieser Entscheidung wurde eine langjährige, anders lautende Entscheidungspraxis des Bundessozialgerichts kassiert, nach der ein Konkurrenzschutz niedergelassener Ärzte gegen Ermächtigungen ausgeschlossen sein sollte.

Was für die Konkurrentenklage gilt, kann möglicherweise auch für die Leistungsverweigerung von Krankenkassen gelten: Denn auch hierdurch wird im Einzelfall in die Therapie- und damit Berufsfreiheit des behandelnden Arztes eingegriffen. Erfahrungen mit dieser Form der klageweisen Durchsetzung von Therapiemaßnahmen durch den Arzt – selbstverständlich nur im Einvernehmen mit dem Patienten – bestehen meines Wissens noch nicht. Die Weiterentwicklung der Klagebefugnis der Leistungserbringer im Bereich der Zulassung lassen jedoch hoffen, dass auch hier die Möglichkeit von Veränderungen besteht.

X.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, lassen Sie mich das Vorhergehende in einigen kurzen Thesen zusammenfassen:

- (1) Die Anwaltschaft – ob nun Medizinrechtsanwälte oder Sozialrechtler – sollten sich im eigenen Interesse im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung stärker engagieren und die Beratung nicht Krankenkassen, Verbänden und Versicherteninitiativen überlassen.
- (2) Gegen eine zögerliche Prüfung der Leistungsansprüche durch die Krankenkasse stehen kaum befriedigende rechtliche Instrumente zur Verfügung. Vor dem Hintergrund, dass hier aus medizinischer Sicht oft wertvolle Zeit vergeudet wird, ist dies ein unbefriedigender Zustand.
- (3) Eine Kostenerstattung kommt nur bei einer endgültigen Ablehnung durch die Krankenkasse oder angesichts von unaufschiebbaren Leistungen in Betracht. Eine Entscheidung der Krankenkasse sollte in jedem Fall herbeigeführt und abgewartet werden.
- (4) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 05.12.2005, nach der auch bei lebensbedrohlichen Erkrankungen ein im Inland nicht zugelassenes Medikament oder eine Behandlungsmethode dann von der gesetzlichen Krankenversicherung zu finanzieren ist, wenn aufgrund von vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen einige Aussicht auf Heilung besteht, könnte vorsichtig auf schwere Erkrankungen von einiger Bedeutung für den Versicherten ausgedehnt werden, es sind jedoch die von der Rechtspre-

- chung des Bundessozialgerichts neu aufgestellten Zusatzkriterien – Nutzen-/Risiko-Analyse, Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst und besondere Anforderungen an Dokumentation und Aufklärung – zu beachten.
- (5) Der verordnende Arzt hat gegenüber der Krankenkasse und den Prüfarzten des MDK einen therapeutischen Spielraum. Durch den MDK und dies nachprüfend durch das Sozialgericht erfolgt hier lediglich eine Vertretbarkeitskontrolle.
  - (6) Der Versicherte genießt Vertrauensschutz dann, wenn der Arzt die beanstandete Behandlung für zulässig gehalten und angewendet hat und der Patient ohne jeden Argwohn davon ausgehen konnte, dass diese zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen gehört und wirtschaftlich sowie notwendig gewesen ist. Ärzte müssen sich und ihre Patienten über die Zulässigkeit der jeweiligen Leistungserbringung daher unbedingt aufklären.
  - (7) Das Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten auf Durchführung der Leistung in einem bestimmten Therapiezentrum steht unter dem Vorbehalt der Geeignetheit der Einrichtung und der Wirtschaftlichkeit, nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte wohl auch unter dem Vorbehalt der vertraglichen Bindung der Einrichtung an den zuständigen Träger.
  - (8) Für Schadensersatzansprüche gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse ist über dem Kostenerstattungsanspruch kein Raum, der, jedenfalls in seiner Variante nach § 13 Abs. 3 SGB V ein Schadensersatzanspruch aus Garantiehaftung der gesetzlichen Krankenversicherung ist.
  - (9) Auch wenn das Bundessozialgericht in einer Entscheidung die Klagebefugnis der ebenfalls in ihrem Recht betroffenen Leistungserbringer, um ggf. eine Leistungserbringung gerichtlich durchzusetzen, abgelehnt hat, so ist angesichts der in der Berufsfreiheit verankerten Therapiefreiheit des betroffenen Leistungserbringers auch die Klagebefugnis der Leistungserbringer – analog kann die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur Konkurrentenklage gegen Krankenhausermächtigungen herangezogen werden - in Erwägung zu ziehen.

Meine Damen und Herren, ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.