

Urteile des BSG zum Wunsch- und Wahlrecht der GKV-Versicherten

Prof. Dr. Rainer Schlegel, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht, Kassel

Vortrag beim BWKG-Fachtag Reha 2014 am 15. Mai 2014 in Stuttgart

Nachfolgend soll auf die Frage eingegangen werden: „Wo und in welcher Form sehen das Gesundheitssystem, das Sozialrecht und insbesondere die Gesetzliche Krankenversicherung die Rücksichtnahme auf besondere Wünsche des Patienten vor? - Dazu I.

Sodann sind zwei Entscheidungen des BSG näher zu beleuchten, bei denen Versicherte Kostenerstattung für Reha-Maßnahmen verlangten, die sie in von ihnen selbst ausgesuchten Reha-Einrichtungen als Selbstzahler in Anspruch genommen und sich dazu auf das „Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nach § 9 SGB IX berufen hatten. - Dazu II.

Diese Entscheidungen sind in der Literatur kritisiert und dem BSG u.a. der Vorwurf gemacht worden, es komme zu der für den Versicherten fatalen Auffassung, dass nur der günstigste aller mit der GKV vereinbarten Vergütungssätze dem Wirtschaftlichkeitsgebot des SGB V entspreche. Das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten komme zu kurz und spiele neben dem Wirtschaftlichkeitsgebot keine Rolle – Dazu III.

Das BSG stellt beim Wirtschaftlichkeitsgebot keineswegs den Satz auf „nur der billigste Anbieter arbeitet wirtschaftlich“. Angemessene bzw. berechnete Wünsche der Leistungsberechtigten können auch bei medizinischen Reha-Leistungen eine gewichtige Rolle spielen. Sie können das Wirtschaftlichkeitsgebot der GKV zwar nicht außer Kraft setzen oder relativieren. Sie sind aber, in geeigneter Form und mit substantiellen Argumenten vorgetragen, durchaus geeignet, die Entscheidung der Krankenkasse bei der Auswahl der Reha-Einrichtung zu beeinflussen, und zwar auch dann, wenn die gewünschte Maßnahme letztlich teurer ist als in der von den Kassen zunächst angebotenen Einrichtung. – Dazu IV.

I. Rücksichtnahme auf besondere Wünsche der Patienten bei stationärer Unterbringung

1. Allgemeine Krankenhausleistungen und Wahlleistungen

Bei stationärer Unterbringung in Krankenhäusern oder Reha-Einrichtungen unterscheiden die Bundespflegesatzverordnung (BPfIV) bzw. das Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG) zwischen allgemeinen Krankenhausleistungen und Wahlleistungen.

Gesetzlich Versicherte haben gegen ihre Krankenkasse Anspruch auf **allgemeine Krankenhausleistungen**. Allgemeine Krankenhausleistungen sind die Krankenhausleistungen, die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig sind (§ 2 Abs. 2 BPfIV). Den Versicherten entstehen hierfür mit Ausnahme der gesetzlich geregelt Zuzahlungen (z.B. 10 Euro/Tag nach § 61 SGB V) keine gesonderten Kosten.

Wahlleistungen sind Leistungen, die über die allgemeinen Krankenhausleistungen hinausgehen. Sie sind vom Versicherten/Patienten mit dem Einrichtungsträger oder einem bestimmten Arzt gesondert zu vereinbaren und selbst zu bezahlen (z.B. Arztzusatzvertrag). Der Versicherte/Patient kann sich durch **wahlärztlichen Leistungen** die Betreuung durch bestimmte Ärzte der Einrichtung einschließlich der von diesen Ärzten veranlassten Leistungen sichern, z.B. die **"Chefarztbehandlung"**. Durch Vereinbarung mit dem Krankenhaus oder der Einrichtung können die Unterbringung im **Ein- oder Zweibettzimmer**, eine Sanitärzelle oder besondere Einrichtungen im Zimmer vereinbart werden. Der Versicherte/Patient muss diese Wahlleistungen privat selbst bezahlen.

Die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen erfolgt nach den Regeln der amtlichen Gebührenordnung für Ärzte / Gebührenordnung für Zahnärzte (GOÄ/GOZ).

2. Entscheidung für das Kostenerstattungsverfahren statt Sach- und Dienstleistungen

§ 13 Abs. 2 SGB V räumt den Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) das Recht ein, anstelle der im gesetzlichen Normalfall vorgesehenen Sach- und Dienstleistungen („Sachleistungsprinzip“) Kostenerstattung zu wählen.

Die Wahl der Kostenerstattung erweitert das Leistungsspektrum der GKV nicht. Lediglich Zahlungswege und Zahlungsweise sind andere als beim Sachleistungsprinzip. Zudem ist zwingend vorgesehen, dass der Versicherte Abschläge vom Erstattungsbetrag hinnehmen muss.

Auch wenn sich ein Versicherter für das Kostenerstattungsverfahren entschieden hat, gilt insbes. für stationäre Reha-Maßnahmen folgendes:

- Der Versicherte muss vor der Inanspruchnahme stationärer Reha-Maßnahmen einen entsprechenden Antrag stellen und die Entscheidung der Krankenkasse über Art und Dauer der Maßnahme sowie die zur Durchführung der Maßnahme vorgesehene Einrichtung abwarten.
- Das Kostenerstattungsverfahren setzt die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der GKV-Leistungen weder außer Kraft noch relativiert es diese.
- Das Kostenerstattungsverfahren erweitert den Kreis der Leistungserbringer und denkbarer Reha-Einrichtungen nicht.

3. Berücksichtigung angemessener bzw. berechtigter Wünsche im SGB

§ 33 SGB I regelt die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten und ordnet an: Ist der Inhalt von Rechten oder Pflichten nach Art oder Umfang nicht im Einzelnen bestimmt, sind bei ihrer Ausgestaltung die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten, sein Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Dabei soll den Wünschen des Berechtigten entsprochen werden, soweit sie angemessen sind.

§ 9 SGB IX befasst sich mit dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten bei den Leistungen zur Teilhabe. Dazu gehören auch die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation der gesetzlichen Krankenkassen (vgl. § 9 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 1 und § 5 Nr. 1 SGB IX). § 9 Abs. 1 SGB XI ordnet an:

Bei der Entscheidung über die Leistungen und bei der Ausführung der Leistungen zur Teilhabe wird berechtigten Wünschen der Leistungsberechtigten entsprochen. Dabei wird auch auf die persönliche Lebenssituation, das Alter, das Geschlecht, die Familie sowie die religiösen und weltanschaulichen Bedürfnisse des Leistungsberechtigten Rücksicht genommen; im Übrigen gilt § 33 SGB I.

Das **Verhältnis des SGB IX zu sonstigen Vorschriften** spricht § 7 SGB IX an und bestimmt:

Die Vorschriften dieses Buches (des SGB IX) gelten für die Leistungen zur Teilhabe, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt. **Die Zuständigkeit und die Voraussetzungen zur Teilhabe richten sich nach den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen.**

§ 11 Abs. 2 SGB V regelt den Anspruch auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ordnet an:

Versicherte haben auch Anspruch auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sowie auf unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen, die notwendig sind, um eine Behinderung oder Pflegebedürftigkeit abzuwenden, zu beseitigen, zu mindern, auszugleichen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern. **Die Leistungen nach Satz 1 werden unter Beachtung des Neunten Buches erbracht, soweit in diesem Buch nichts anderes bestimmt ist.**

Andere Bestimmungen in diesem Sinne sind insbesondere § 12 und § 40 SGB V.

12 Abs. 1 SGB V regelt das **Wirtschaftlichkeitsgebot der GKV** und ordnet an: Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.

§ 40 Abs. 1 SGB V regelt den Anspruch auf **ambulante Reha-Leistungen**: Reicht bei Versicherten eine ambulante Krankenbehandlung nicht aus, um die in § 11 Abs. 2 beschriebenen Ziele zu erreichen, erbringt die Krankenkasse aus medizinischen Gründen erforderliche ambulante Rehabilitationsleistungen in Rehabilitationseinrichtungen, für die ein Versorgungsvertrag nach § 111c besteht.

§ 40 Abs. 2 SGB V regelt den Anspruch auf **stationäre Reha-Leistungen in zertifizierten Einrichtungen mit und ohne Versorgungsvertrag**:

Zertifizierte Einrichtung **mit** Versorgungsvertrag: Reicht die Leistung nach § 40 Abs. 1 SGB V nicht aus, erbringt die Krankenkasse stationäre Rehabilitation mit Unterkunft und Verpflegung in einer nach § 20 Abs. 2a SGB IX zertifizierten Rehabilitationseinrichtung, mit der ein Vertrag nach § 111 besteht. ...

Zertifizierte Einrichtung **ohne** Versorgungsvertrag: Wählt der Versicherte eine andere zertifizierte Einrichtung, mit der kein Versorgungsvertrag nach § 111 besteht, so hat er die dadurch entstehenden Mehrkosten zu tragen

§ 40 Abs. 3 SGB V verlangt eine **Ermessensentscheidung** der Krankenkasse:

Die Krankenkasse bestimmt nach den medizinischen Erfordernissen des Einzelfalls Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen nach den Absätzen 1 und 2 sowie die Rehabilitationseinrichtung nach pflichtgemäßem Ermessen; die Krankenkasse berücksichtigt bei ihrer Entscheidung die besonderen **Belange pflegender Angehöriger**. Leistungen nach Absatz 1 sollen für längstens 20 Behandlungstage, Leistungen nach Absatz 2 für längstens drei Wochen erbracht werden, es sei denn, eine Verlängerung der Leistung ist aus medizinischen Gründen dringend erforderlich.

II. Die Urteile des BSG vom 7. Mai 2013 - B 1 KR 12/12 R und B 1 KR 53/12 R

1. Fall: BSG 7. Mai 2013 - B 1 KR 12/12 R (SozR 4-2500 § 40 Nr. 7)

Klägerin in diesem Fall war eine 1929, zur Zeit der Reha-Maßnahme fast 80-jährige Frau. Bei stationärer Krankenhausbehandlung erhielt sie eine neue Herzklappe. Etwa eine Woche vor ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus beantragte sie die Gewährung einer Anschlussheilbehandlung. Diese sollte auf ihren Wunsch in der G-Klinik in Bad O - Wunschklinik - durchgeführt werden. Diese Klinik war seinerzeit mangels Implementierung des Verfahrens nicht nach § 20 Abs. 2a SGB IX zertifiziert und hat mit der Krankenkasse der Klägerin einen Versorgungsvertrag abgeschlossen.

Noch am Tag der Antragstellung teilte die Krankenkasse dem Krankenhaus - und damit vermittelt über die Krankenhausärzte auch der Klägerin - mit, sie belege nur noch bestimmte Kliniken. Die Krankenkasse benannte zwei in Betracht kommende Reha-Kliniken und führte weiter aus, aus den Antragsunterlagen ergäben sich keine medizinischen Gründe, die zwingend gegen eine Belegung dieser beiden Reha-Kliniken sprächen. Sollten dennoch medizinische Gründe vorliegen, die lediglich eine Verlegung der Klägerin in ihre Wunschklinik erlaubten, möge das Krankenhaus begründete Unterlagen übersenden, damit der Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) damit befasst werden könne. Eine anteilige Beteiligung der Krankenkasse an den in der Wunschklinik entstehenden

Kosten der Klägerin sei im Hinblick auf das Sachleistungsprinzip nicht möglich. Das Krankenhaus möge den Sachverhalt bitte mit der Klägerin besprechen und mitteilen, für welche der beiden von der Krankenkasse genannten Kliniken sie sich entscheide.

Ohne mit ihrer Krankenkasse nochmals Kontakt aufzunehmen und ohne die Entscheidung der Krankenkasse abzuwarten, begab sich die Klägerin nach Entlassung aus dem Krankenhaus als Selbstzahlerin in ihre Wunschklinik. Als die Krankenkasse auf Nachfrage im Krankenhaus, was denn nun sei, die Antwort erhielt, die Klägerin habe sich zur Reha in ihre Wunschklinik begeben, lehnte die Krankenkasse eine Kostenübernahme bzgl. der in der Wunschklinik durchgeführten Reha-Maßnahme ab. Die Krankenkasse wies zur Begründung auf das Sachleistungsprinzip und das Wirtschaftlichkeitsgebot hin.

Die Klägerin hat dagegen Widerspruch erhoben und vorgetragen: Nach dem Gesetz könne sie die Reha-Einrichtung selbst wählen und müsse nur die dadurch entstehenden Mehrkosten tragen. Im Übrigen sei die Kostendifferenz vergleichsweise gering und betrage nur etwa 370,- Euro. Durch die stationäre Rehabilitationsmaßnahme seien ihr Kosten in Höhe von 2.315,20 Euro entstanden. - Demgegenüber hätten die Reha-Maßnahmen in den von der Krankenkassen benannten Reha-Kliniken (einschließlich Hin- und Rückfahrt) 1942 Euro bzw. 1975 Euro gekostet.

Die Beklagte hat den Widerspruch zurückgewiesen und eine Erstattung der geltende gemacht 2.315,20 Euro abgelehnt. Klage und Berufung der Klägerin hiergegen bleiben ohne Erfolg. Das BSG hat die Revision der Klägerin ebenfalls zurückgewiesen. Einer der drei Leitsätze des BSG lautet:

Das Auswahlermessen der Krankenkasse bei der Bestimmung einer zugelassenen Rehabilitations-Vertragseinrichtung richtet sich vorrangig nach den medizinischen Erfordernissen des Einzelfalls sowie dem Wirtschaftlichkeitsgebot und berücksichtigt erst nachrangig das Wunsch- und Wahlrecht des Versicherten.

Vor allem dieser Leitsatz hat Kritik hervorgerufen. Hierauf ist näher einzugehen. Doch zunächst zum zweiten Fall:

2. Fall: BSG 7. Mai 2013 - B 1 KR 53/12 R

Die Klägerin, geboren 1942, beantragte bei ihrer Krankenkasse eine stationäre medizinischen Reha-Maßnahme aufgrund von Herzbeschwerden und neurologischer Erkrankungen. Sie nannte zwei Kliniken und äußerte den Wunsch, die Reha-Maßnahme in einer dieser Wunschkliniken durchführen zu wollen.

Nach Beurteilung durch den MDK bewilligte die Krankenkasse der Klägerin eine stationäre medizinische Reha-Maßnahme für ca. drei Wochen in dem Klinikzentrum M.in Bad O., nicht dagegen in einer der beiden von der Klägerin genannten Wunschkliniken.

Dagegen erhob die Klägerin Widerspruch. Als die Krankenkasse die Klägerin im Widerspruchsverfahren aufforderte, medizinische Gründe für ihre Wunschkliniken mitzuteilen, antwortete der Ehemann der Klägerin: die Wunschkliniken seien ihnen durch behandelnde Ärzte empfohlen worden. Auch seien sie aufgrund von Erfahrungsberichten aus dem Bekanntenkreis sowie der Lizenzierungen der Kliniken der Auffassung, dass diese zur Durchführung der bewilligten Reha-Maßnahme am besten geeignet seien.

Die Krankenkasse wies die Klägerin am 3. Juli 2008 darauf hin, dass die erste Wunschklinik A nur für neurologische Diagnostik zugelassen sei. Und aus wirtschaftlichen Gründen komme auch die zweite

Wunschlinik B nicht in Betracht, da eine hochwertige medizinische und persönliche Betreuung in der von der Krankenkasse benannten Klinikzentrum M. in Bad O. sichergestellt sei.

Ohne den Widerspruchsbescheid vom 4.8.2008 abzuwarten, begab sich die Klägerin vom 11.7. bis 15.8.2008 als Selbstzahlerin in ihre Wunschlinik A., zahlte dafür 5.789 Euro und verlangt von ihrer Krankenkasse die Erstattung dieses Betrages. Vor dem SG führte sie aus: Ihrem Wunsch- und Wahlrecht komme bei der Auswahl der Einrichtung zur Durchführung einer stationären Reha-Maßnahme ausschlaggebende Bedeutung zu. Die Krankenkasse können Ihrer Wahl finanzielle Gesichtspunkte nicht entgegenhalten, da ihr Wahlrecht andernfalls leerlaufen würde. Außerdem sei ihr Recht auf freie Arztwahl zu berücksichtigen.

Klage, Berufung und Revision der Klägerin waren auch in diesem Fall ohne Erfolg.

3. Die Wesentlichen Urteilsgründe des BSG im Überblick

Klageziel war in beiden Fällen die Erstattung der den Versicherten als Selbstzahler entstandenen Kosten.

Als **denkbare Anspruchsgrundlagen** prüft das BSG

1. den spezialgesetzlich geregelten **Erstattungsanspruch bei Durchführung der Reha in einer zertifizierten Reha-Einrichtung, mit der kein Versorgungsvertrag besteht** (§ 40 Abs 2 Satz 2 SGB V) und
2. den **allgemeinen Kostenerstattungsanspruch wegen rechtswidriger Ablehnung einer Versicherungsleistung** (§ 13 Abs 3 Satz 2 SGB V).

Das BSG lehnt in beiden Fällen einen Kostenerstattungsanspruch in Hinblick auf beide Anspruchsgrundlagen ab.

Zu 1.) Eine Kostenerstattung nach § 40 Abs 2 Satz 2 SGB V scheitert schon daran, dass die von der Klägerin ausgewählte Reha-Einrichtungen mit ihrer Krankenkasse einen Versorgungsvertrag geschlossen hatte. Das Gesetz verlangt für diesen Kostenerstattungsanspruch jedoch ausdrücklich, dass ein solcher Versorgungsvertrag nicht vorliegt. Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Vertragseinrichtungen wird vom BSG (unmittelbar) nicht diskutiert. - Darauf ist noch näher einzugehen.

Zu 2.) Eine Kostenerstattung wegen rechtswidriger Ablehnung einer Versicherungsleistung (§ 13 Abs 3 Satz 2 SGB V) lehnt das BSG ab, weil die Krankenkasse die von der Klägerin beantragten Reha-Leistungen in den von ihr ausgewählten Wunschlinik nicht zu Unrecht abgelehnt habe. Die von der Krankenkassen nach medizinischen Erfordernissen zu treffende Ermessensentscheidung über das "Wie und Wo" der Reha-Leistung sei nicht zu beanstanden.

- Der Ermessensspielraum der Krankenkasse sei weder durch den speziellen Kostenerstattungsanspruch nach § 40 Abs 2 Satz 2 SGB V noch durch das Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten eingeschränkt.
- Der Anspruch der Versicherten werde durch die Regelungen des SGB IX nicht erweitert. Die Krankenkasse seien zur Erbringung von medizinischen Reha-Leistungen nur nach Maßgabe der im SGB V genannten Voraussetzungen verpflichtet.
- Zwar seien Leistungen zur medizinischen Reha grundsätzlich unter Beachtung des SGB IX zu erbringen. Dies gelte jedoch nur, soweit im SGB V nichts anderes bestimmt ist. Dazu gehöre insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot.
- Berechtigte Wünsche seien anzuerkennen, wenn der Leistungsberechtigte für die gewünschte geeignete, zulässige Einrichtung die Mehrkosten trägt. Dies sei bei der Wahl vertragsloser zertifizierter Reha-Einrichtungen der Fall.

- Diese Regelung - § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V – stelle eine gesetzlich ausdrücklich geregelte Ausnahme vom verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsatz dar, dass unwirtschaftliche Leistungen aus dem Leistungskatalog der GKV ganz ausgeschlossen sind.
- Die Ausnahme sei (nur) im Hinblick die Mehrkostenregelungen sachgerecht. Das uneingeschränkte Wunsch- und Wahlrecht des § 9 SGB IX kollidiere bei Tragung der Mehrkosten nicht mit dem vorrangigen SGB V-Leistungsrecht einschließlich des Wirtschaftlichkeitsgebots.
- Die Begrenzung des uneingeschränkten Wahlrechts auf vertragslose zertifizierte Einrichtungen sichere die Vorhaltung eines verfügbaren Systems von stationären Einrichtungen, indem die Krankenkassen bei der Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen gleich geeigneten Einrichtungen auch im Interesse der Erhaltung der Infrastruktur und Wirtschaftlichkeit für eine Auslastung der für Naturalleistungen verfügbaren Einrichtungen sorgen könne.
- Das ursprüngliche gesetzgeberische Ziel, den Krankenkassen durch ein vertragliches Zulassungssystem Einfluss auf die Zahl der Leistungserbringer zu verschaffen, sei durch die Möglichkeit der Versicherten, auch vertragslose Einrichtungen zu wählen, eingeschränkt worden. Der Gesamtsinn der Regelung sei damit jedoch nicht entfallen.

III. Die Kritik an den Entscheidungen des BSG

Clemens Bold (NZS 2014, S. 129 ff), *Stefan Fuhrmann und Wolfgang Heine* (Forum A Nr 7/2014 der Deutschen Vereinigung für Rehabilitation) und *Annika Zumbansen* (Rechtsdienst der Lebenshilfe RdLH 2013, Si 121) haben die Urteile des BSG besprochen. Zusammenfassend ergeben sich folgende Hauptkritikpunkte:

- *Bold* kritisiert: Das BSG messe dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebot einen höheren Wert bei als dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten. Dies sei tragisch, zumal die Gesamtausgaben der GKV für medizinische Reha unter 1 % des Gesamtvolumens liege.
- Das BSG habe bei der Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Bereich der medizinischen Reha nicht berücksichtigt, dass in der Praxis die Vergütungsvereinbarungen einseitig von den Kassen vorgegeben werden und die Einrichtungen davon abhängig seien, dass ihnen Patienten zugewiesen werden. Eine Verhandlungsposition der Leistungserbringer könne so praktisch nicht entstehen. Es gebe keine Belegungsgarantie; die Auswahl der Einrichtung stehe im Ermessen der Kassen.
- Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit sei bereits bei der Zulassung einer Reha-Einrichtung Voraussetzung für den Abschluss eines Versorgungsvertrages. Die Wirtschaftlichkeit im Reha-Wesen werde damit gleich mehrfach sichergestellt: beim Abschluss des Versorgungsvertrages, beim Abschluss der Vergütungsvereinbarung und zuletzt durch die gesetzliche Verweildauer.
- Das BSG sei offenbar der Ansicht: nur der Günstigste ist wirtschaftlich.
- Das BSG befördere mit seiner Rechtsprechung, dass von den günstigen nur die allergünstigsten Einrichtungen belegt werden, die Tendenz, dass sich die Versorgungsstruktur verschlechtere. Die Kassen diktierten aufgrund ihrer Machtposition die Vergütung, die für viele Leistungserbringer unwirtschaftlich sei und z.B. im Bereich der geriatrischen Reha zur Schließung von Einrichtungen führe.
- Da die Krankenkassen, die Behörden und Wettbewerber zugleich seien - mit den Reha-Einrichtungen zum Teil Stillschweigen über die Vergütungsvereinbarung vereinbaren, würden sie nur ihre eigenen Vergütungsvereinbarungen kennen. Wie sollten sie dann objektiv beurteilen, welches der günstigste Vergütungssatz ist?
- Entgegen der Ansicht des BSG wäre das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht tangiert, wenn man die Mehrkostenregelung auch bei der Wahl von zertifizierten Reha-Einrichtungen mit Versorgungsvertrag anwenden würde. § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V führe zu einer Bevorzugung nicht GKV-zugelassener Anbieter gegenüber zugelassenen Anbietern.
- Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der 1. Senat des BSG offenbar nicht mehr an der früheren restriktive Handhabung des Bedarfskriterium beim Abschluss eines Versorgungsvertrages mit Reha-Einrichtungen (BSG vom 23.7.2002 – B 3 KR 63/01 R, BSGE 89, 294 ff) festhalten

wolle und zu einer „Wiederanerkennung der Bedarfszulassung wegen der Ausgestaltung der Reha-Leistungen als Anspruchsleistungen" gelange.

- Man können von den Krankenhäusern, wenn sie sich im Rahmen des Versorgungsmanagements um eine sachgerechte Anschlussversorgung der Versicherten bemühen und sich dazu mit geeigneten Einrichtungen austauschen, nicht verlangen, dass sie von den Versorgungseinrichtungen die günstigste für die Anschlussheilbehandlung heraussuchen.
- *Fuhrmann/Heine* sehen § 9 SGB IX als Querschnittsrecht an, das nicht in Konkurrenz zum Wirtschaftlichkeitsgebot stehe, sondern eine spezifische Ausformung des Wirtschaftlichkeitsgebots sei.
- *Zumbansen* zeigt auf, wie vorzugehen ist.

IV. Eigene Bewertung der Urteile

Den Entscheidungen des BSG ist im Ergebnis zuzustimmen. Das BSG hätte sich aber Kritik viel ersparen können, wenn es einerseits aufgezeigt hätte, wie das Wunsch- und Wahlrecht der Versicherten besser zur Geltung kommen kann, und wenn es andererseits deutlicher ausgesprochen hätte, dass die größten Probleme durch die dem GKV-System widersprechende Regelung des § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V hervorgerufen werden.

1. Kostenerstattung bei Inanspruchnahme zertifizierter vertragsloser Reha-Einrichtungen

Es ist einem Versicherten nicht leicht zu vermitteln, dass er die Kosten einer von ihm ausgewählten zertifizierten Reha-Einrichtung – mit Ausnahmen der Mehrkosten - zwar dann bekommt, wenn diese mit seiner Krankenkassen einen Versorgungsvertrag nicht abgeschlossen hat, nicht aber dann, wenn ein solcher Versorgungsvertrag besteht. Dass hier ein **gesetzlicher Wertungswiderspruch** vorliegt, ist nicht zu übersehen und Bold hat Recht, wenn er in dieser Regelung eine Bevorzugung der vertraglosen Einrichtungen gegenüber Vertragseinrichtungen sieht.

Das BSG versucht dies zu erklären und zu rechtfertigen, ohne klar auszusprechen, dass **§ 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V ein Fremdkörper im System der GKV** ist. Mit diesem muss die GKV leben. Aber es verbietet sich, die (systemwidrige) Regelung auch auf die Fälle zertifizierter Einrichtungen mit Versorgungsvertrag auszudehnen. Fälle, in denen ein entsprechendes Vorgehen auch für den Bereich stationärer Krankenhausbehandlung verlangt würde, ließen nicht lange auf sich warten.

Dem BSG fällt es nicht leicht, Argumente zu finden, weshalb die Kostenerstattung auf zertifizierte vertragslose Einrichtungen beschränkt ist. Überzeugend ist insbesondere das Argument, „den Kassen dadurch die Möglichkeit zu geben, ihren Vertragseinrichtungen ausreichend Versicherte zuzuweisen. Nur so ist angesichts der Öffnungsklausel des § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V für vertragslose Einrichtungen eine hinreichende Auslastung der für Naturalleistungen (ohne Zuzahlung) verfügbaren Vertragseinrichtungen gewährleistet (**Auslastungsargument**). Der 1. Senat grenzt sich in diesem Zusammenhang von der Entscheidung des 3. Senats vom 23.7.2002 - B 3 KR 63/01 R (BSGE 89, 294, 300) in einem Leitsatz ausdrücklich ab. Der 3. Senat vertrat sinngemäß die Auffassung, es bestehe kein Bedürfnis bei der Frage, ob Krankenkassen mit einer Einrichtung einen Versorgungsvertrag abschließen müssen, einen hinreichenden Bedarf vorauszusetzen, weil den Krankenkassen bzgl. Reha-Leistungen ein umfassendes Ermessen eingeräumt sei. Man kann darüber streiten, ob diese Begründung des 3. Senates jemals überzeugte. Dagegen spricht, dass es um Entscheidungen der Krankenkassen auf ganz verschiedenen Ebenen geht, wenn es um die Wirtschaftlichkeit einer Einrichtung als solcher (abstrakt) beim Abschluss eines Versorgungsvertrages einerseits und der Wirtschaftlichkeit der konkreten Leistungsgewährung im Einzelfall geht; im zuletzt genannten Fall kann Unwirtschaftlichkeit zB dadurch gegeben sein, dass eine z.B. im orthopädischen Bereich abstrakt optimal arbeitende Einrichtung im konkreten Fall psychomatischer Krankheitsbilder schlicht die "falsche" Einrichtung ist. Hier auf die Prüfung des Gesichtspunkts "Wirtschaftlichkeit" zu verzichten, weil die Wirtschaftlichkeit der Einrichtung ja bereits beim Abschluss des Versorgungsvertrages (abstrakt) bejaht worden ist, geht an der Sache und auch den Interessen des Patienten vorbei.

M.E. besteht ein rechtliches Interesse daran, dass auch im Bereich der stationären Reha-Einrichtungen keine ungesteuerte Entwicklung auf der Angebotsseite eintritt. Dies wird erreicht, indem man es den Krankenkassen erlaubt, einen Versorgungsvertrag in Gebieten/Bereichen abzu-

lehnen, in denen bereits eine optimale Versorgung gewährleistet ist. Mit der zum 1.4.2007 erfolgten gesetzlichen Klarstellung, dass es sich bei Reha-Maßnahmen dem Grunde nach um Pflichtleistungen handelt, hat dies nur am Rande zu tun. Diese zeitliche Zäsur gab jedoch zumindest Anlass, die Rechtslage unter den insoweit veränderten Rahmenbedingungen - mit dem vom 1. Senat gefundenen Ergebnis - erneut zu bewerten, ohne dass der 1. Senat hierzu den Großen Senat anrufen musste.

Würde § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V auf alle Einrichtungen erstreckt, ginge dieses **Steuerungsinstrument** der Krankenkassen verloren. Dies könnte in der Praxis zu einer faktischen Abkehr vom Prinzip führen, dass Versicherte in aller Regel - von bescheidenen Zuzahlungen abgesehen - nicht an den Reha-Kosten beteiligt werden. Die Bezuschussung durch die Versicherten würde - ausgehend von dem Argument *Bolds*, die derzeitigen Vergütungsvereinbarungen - seinen für die Einrichtungen ohnehin unwirtschaftlich, weil letztlich nicht kostendeckend - wohl zur Regel. Durch den „billigsten“ Anbieter würde die Referenzgröße bestimmt, auf die dann „aufgesattelt“ werden könnte.

Wer solche **Referenzgrößen** will, sollte die Diskussion hierüber offen führen. Er müsste hierfür erstens rechtliche wie sozialpolitische Vorschläge dazu machen, wie die Referenzgröße hinreichend legitimiert bestimmt wird. Und zweitens müssten die Konsequenzen des damit verbunden Systemwechsels im Bereich der stationären Reha-Leistungen aufgezeigt werden.

2. Wahlrecht der Versicherten und auskömmliche Versorgungsverträge

Die Kritik, die Krankenkassen vereinbarten mit den Reha-Einrichtungen zum Teil **Stillschweigen über die Vergütungsvereinbarung**, so dass die jeweilige Krankenkasse nur über ihre eigenen Verträge Bescheid wisse aber nicht objektiv beurteilen könne, welches der günstigste Vergütungssatz ist, geht ins Leere. Von einer Krankenkasse wird in Rahmen ihres Auswahlmessens nur verlangt, dass sie die bekannten Vergütungssätze derjenigen - gleichermaßen geeigneten - Einrichtungen miteinander vergleicht, mit denen die Vertragspartner Verträge abgeschlossen haben (§ 111 Abs. 2 SGB V). Dass die Vereinbarung einer Geheimhaltung von Preisabsprachen nach § 111 Abs. 2 oder Abs. 5 SGB V zulässig ist, ist m.E. nicht ersichtlich: Sie unterliefe letztlich die Rechte der Versicherten und das Wirtschaftlichkeitsgebot. Es ist nicht nur aus der Sicht der Versicherten und der beratenden Krankenhäuser im Hinblick z.B. auf eine Anschluss-Reha wünschenswert, dass die Vergütungsvereinbarungen transparent sind, sondern es entspricht den Systemvorgaben.

Sind Reha-Einrichtungen der Meinung, Krankenkassen betrieben beim Abschluss von Versorgungsverträgen mit Reha-Einrichtungen „**Dumping**“, sind sie spätestens seit Einrichtung von **Schiedsstellen** mit ihrem Interesse am Abschluss sowohl qualitativ ausreichender als auch für sie wirtschaftlicher Versorgungsverträge, nicht schutzlos gestellt. Wie Dumpingverträge über eine Ausweitung des Wunsch- und Wahlrechts der Versicherten ausgeschlossen werden können, ist nicht erkennbar.

2. Beachtung der Wunsch- und Wahlrechts in die Ermessensentscheidung der Krankenkassen

Stationäre Reha-Maßnahmen setzen einen **Leistungsantrag** voraus (vgl. § 19 SGB IV). Schon in diesem Stadium des Verfahrens - **Antragstellung** - ist zu berücksichtigen, dass nicht alle Wünsche des Versicherten gleiches Gewicht haben. Vor allem Wünsche, die einen gesundheitlichen Aspekt abzielen und den Genesungsprozess positiv beeinflussen können, sind von besonderer Relevanz.

Den Leistungsantrag können mit Wirkung für den Versicherten auch die **behandelnde Ärzte** stellen; dies ist regelmäßig der Fall, wenn sich die behandelnden Ärzte oder sonstige Behandler noch während einer stationären Krankenhausbehandlung wegen einer **Anschluss-Reha** an die Krankenkasse des Versicherten wenden (vgl. zu einem solchen BSG 13.9.2011 - B 11 KR 25/10 R, BSGE 109, 122, Rdnr 11). In solchen Fällen sind Erklärungen der Behandler dem Versicherten in dessen wohlverstandenen Interesse regelmäßig in der Regel als eigene Erklärung (Antrag) zuzurechnen. Hier obliegt es den Ärzten darauf zu achten, ob sich **gewichtige Gründe auch aus medizinischer Sicht für besondere Wünsche der Versicherten** anführen lassen.

Zum Beispiel ist zu prüfen:

- Kann / muss der Heilerfolg/Genesungsprozess durch die räumliche Nähe der (gewünschten) Einrichtung zum Wohnort des Versicherten oder demjenigen naher Angehöriger gefördert werden, weil so **Kontakte zum soziale Umfeld** des Versicherten besser aufrecht erhalten werden können (leichtere Erreichbarkeit für Angehörige, Besuchsmöglichkeit, soziale Ansprache durch Angehörige, Gefühl der Geborgenheit etc.).
- Der **Aspekt leichter Erreichbarkeit** dürfte insbesondere bei alten Menschen eine besondere Rolle spielen, bei denen auch die Mobilität des Partners eingeschränkt ist; desgleichen, wenn es um den Kontakt zu noch **kleinen Kinder** geht und die Möglichkeit häufiger Besuche geht.
- Kennt der Versicherte die (gewünschte) Einrichtung bereits aus einem **früherem Aufenthalt** und hat er dadurch zum Behandler eine **besonderes Vertrauensverhältnis** aufgebaut, kann auch dies ein medizinisch beachtlicher Aspekt sein (vgl aber BSG zur Herzklappen-Op in London).

Die Krankenkasse hat eine **zweistufige Prüfung** vorzunehmen. Auf der **1. Stufe** wird geprüft: Besteht ein Anspruch auf stationäre Reha-Leistungen dem Grund nach? - Im Gesetz ist seit 1.4.2007 klargestellt: Bei der Entscheidung, ob der Versicherte Anspruch auf stationäre Reha-Leistungen hat, handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, d.h. insoweit hat die Krankenkasse kein Ermessen („**Anspruchsleistung**“).

Bei dieser "**Frage des ob**", ist zu prüfen, ob stationäre Reha-Maßnahmen ihrer Art nach 1.) erforderlich sind (**Notwendigkeit**) und 2.) bzgl. der anzustrebenden Ziele die erforderliche **Erfolgsaussicht** besteht; die Maßnahmen müssen geeignet sein, eine Behinderung oder Pflegebedürftigkeit abzuwenden, zu beseitigen, zum mindern, auszugleichen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mindern (vgl. zu diesen Zielen § 11 Abs 2 Satz 1 SGB V). Diese Entscheidung der Krankenkasse können die Gerichte in vollem Umfang überprüfen.

Auf der **2. Stufe** findet eine Ermessensprüfung statt bzgl. der Frage des "wie, wann, wo" die stationäre Reha-Maßnahme durchzuführen ist.

Die Krankenkasse muss "**nach den medizinischen Erfordernissen**" im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens über Art, Dauer, Umfang, Beginn und Durchführung der Leistungen entscheiden sowie darüber, in welcher Reha-Einrichtung die Maßnahme durchzuführen ist (vgl. § 40 Abs. 3 Satz 1 SGB V).

- Der Wortlaut der Norm macht unmissverständlich klar, dass sich die Ermessensentscheidung der Krankenkasse in erster Linie an den **medizinischen Erfordernissen** orientieren muss. Diese stehen im Vordergrund.
- Ermessensentscheidungen sind **gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar**, nämlich daraufhin, ob die Krankenkassen ihr Ermessen entsprechende dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die Grenzen des Ermessens eingehalten haben (vgl. § 39 Abs. 1 SGB I).
- Die Krankenkasse sind gut beraten, wenn sie im Bewilligungs- oder Ablehnungsbescheid zum Ausdruck bringen, dass ihnen bewusst war, insoweit eine Ermessenentscheidung treffen zu müssen. Sodann sollten die in Betracht kommenden Gesichtspunkte dargestellt und ins Verhältnis zueinander gesetzt, "gewogen und gewichtet" werden. Entsprechend dem Zweck der Ermächtigung sind insbesondere die medizinischen Erfordernisse des Einzelfalles und die Möglichkeiten entscheidend, diesen in bestimmten Einrichtungen gerecht zu werden.
- Es bietet sich an, die Versicherten (in Form einer Bitte) aufzufordern, darzulegen, aus welchen vor allem medizinischen Gründen eine bestimmte Einrichtung gewählt wird, um hierauf dann später eingehen zu können. Ist der Versicherte nicht Willens oder nicht in der Lage, seinen **Wunsch näher zu erläutern oder begründen**, dürfte es sich auch nicht um einen angemessenen oder berechtigten Wunsch im Sinne des Gesetzes handeln.
- In beiden vom BSG vorgetragenen Fällen haben die Versicherten nichts dazu vorgetragen, weshalb gerade die von ihnen genannte Wunschklinik medizinisch prädestiniert sei, die Reha-Maßnahme durchführen, und dies, obwohl die Krankenkasse jedenfalls in einem Fall explizit danach gefragt hatte.

- Steht fest, dass alle Einrichtungen im Hinblick auf die Ziele der Maßnahme gleichermaßen geeignet sind und keine ins Gewicht fallenden Kostenunterschiede bestehen, handelt die Krankenkasse nur dann ermessensfehlerfrei, wenn sie den Wünschen des Versicherten entspricht.
- **Es gibt keinen Automatismus: „der billigste Anbieter ist der wirtschaftlichste“.** Ein solche Gleichung wird auch vom BSG nicht aufgestellt.
- Ist eine erfolgreiche Durchführung der Maßnahme nur zu erwarten, wenn sie in einer im Vergleich zu allen anderen Einrichtungen teureren Einrichtung erfolgt, ist diese Einrichtung die einzig geeignete und damit wirtschaftliche. Zu einer Ermessensentscheidung kommt es dann gar nicht mehr; der Versicherte hat Anspruch auf Aufnahme in dieser Einrichtung.
- Die Kunst liegt darin, in der Praxis die ermessensrelevanten Faktoren zu erkennen und im konkreten Einzelfall so aufzubereiten, dass sich die Krankenkassen damit ernsthaft auseinandersetzen müssen.

Gelingt es den Versicherte nicht, ihre Kasse von der vorgeschlagenen Einrichtung zu überzeugen, bleibt ihnen zur Durchsetzung ihres Willens der (m.E. rechtspolitisch verfehlt) Weg, auf eine vertraglose zertifizierte Einrichtung auszuweichen, um jedenfalls die sogenannten Sowieso-Kosten erstattet zu bekommen.