

PROF. DR. OTFRIED SEEWALD

Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung

herausgegeben von

**o.Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg
ao.Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch
Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald**



Wien 2007
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung (2007) [Seite]*

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-06329-0

© 2007 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
eMail: verlag@MANZ.at
World Wide Web: www.MANZ.at
Druck: Börsedruck Ges. m. b. H., 1230 Wien

Vorwort

Der Fortschritt der Medizin, aber auch ein geändertes Verbraucherverhalten der Patienten haben die Angebotspalette im Bereich der Krankenbehandlungen in den letzten Jahren sehr ausgeweitet. Dies hat sich auch in der sozialgerichtlichen Judikatur der jüngsten Vergangenheit sowohl in Deutschland als auch in Österreich niedergeschlagen. Die entscheidende Frage im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist nun die, ob und inwieweit die gesetzliche Krankenversicherung verpflichtet ist, das Leistungsspektrum entsprechend auszuweiten.

Die neunten Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche widmeten sich daher im Jänner 2007 diesem wichtigen Themenfeld. Der vorliegende Tagungsband dokumentiert die bei dieser Tagung gehaltenen Referate.

Die Herausgeber schulden der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse für die maßgebende Unterstützung der Tagung und dieses Tagungsbandes Dank.

Linz, im April 2007

*Peter Jabornegg
Reinhard Resch
Otfried Seewald*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Autorenverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII

Korbinian Höfler

Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Einleitung	1
2. Vorbemerkungen	1
2.1 Überblick über Entstehung und Entwicklung des Krankheitsbegriffs	1
2.2 Zu den Bestimmungsfaktoren des Krankheitsbegriffs	4
2.3 Funktion des Krankheitsbegriffs als Anspruchsvoraussetzung und Versicherungsfall	5
2.4 Zur Bedeutung der Krankheitsursache	8
3. Erstes Begriffselement: Regelwidrigkeit des körperlichen oder geistig-psychischen Zustandes	9
4. Zweites Begriffselement: Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit	12
5. Sinn und Zweck der Zweigliedrigkeit des Krankheitsbegriffs; Schlussfolgerungen	15

Martin E. Risak

Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung nach österreichischem Recht

1. Der Krankheitsbegriff des ASVG	19
2. Das Kriterium der Regelwidrigkeit	20
2.1 Was ist der relevante Maßstab?	20
2.2 Körper- oder Geisteszustand	21
2.3 Schwellenwert der Regelwidrigkeit	21
2.4 Einfließen gesellschaftlicher Wertungen	23
3. Das Kriterium der Behandlungsbedürftigkeit	23
3.1 Grundsätzliches	23
3.2 Beeinflussbarkeit des regelwidrigen Zustandes	24
3.3 Orientierung an den krankenversicherungsrechtlich vorgesehenen Leistungen	24
3.3.1 Der Leistungskatalog der Krankenversicherung	24
3.3.2 Der Arzt als zentraler Leistungserbringer	25
3.3.3 Ausweitung durch Einführung neuer Leistungserbringer	26
3.4 Orientierung an den Zielen der Krankenbehandlung	27
3.4.1 Gesetzliche Regelung	27
3.4.2 Zum Begriff der „Gesundheit“	28

VI	Inhaltsverzeichnis	
4. Die Kriterien „ausreichend, zweckmäßig, das Maß des Notwendigen nicht überschreitend“		28
4.1 Zweckmäßige Krankenbehandlung		28
4.1.1 Außenseitermethoden		29
4.1.2 In-vitro-Fertilisation		29
4.1.3 Eigentlich nicht zustehende Behandlungen als Behandlung einer psychischen Krankheit		30
4.2 Ausreichende Krankenbehandlung		31
4.3 Notwendige Krankenbehandlung		31
5. Alternative: Abkehr vom zweistufigen Krankheitsbegriff		32
6. Einzelprobleme		33
6.1 Eintritt des Versicherungsfalls		33
6.2 Determinierung durch untergesetzliche Regelungen		34

Kati Wild/Herbert Matschiner

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf so genannte Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – Die Rechtslage im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Der Anspruch auf Krankenbehandlung	37
2. Leistungspflicht der Krankenkassen bei neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden	37
2.1 Behandlungsmethode	38
2.2 Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode	38
2.3 Außenseitermethode	38
2.4 Paramedizinische Behandlungsmethoden	39
3. Feststellung der Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenkassen durch den Gemeinsamen Bundesausschuss	39
3.1 Zusammensetzung und Aufgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses	39
3.2 Rechtsnatur der Richtlinien und gerichtliche Überprüfung	40
3.3 Das Leistungskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts	40
3.4 Kritik am Leistungskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts	41
3.5 Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Entscheidungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses	41
3.6 Bewertung der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durch den Gemeinsamen Bundesausschuss	42
3.7 Folgen der Bewertung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss	43
4. Entwicklung der Rechtsprechung bis zum 6. 12. 2005	43
4.1 Die Rechtsprechung bis 1989	43
4.2 Die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des SGB V	43
4.3 Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung	45
5. Entwicklung der Rechtsprechung nach dem 6. 12. 2005	45
5.1 Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. 12. 2005	45
5.2 Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlagen des Leistungsrechts	46
5.3 Leistungspflicht bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen	46
5.4 Zusammenfassung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	48
5.5 Weitere Entwicklung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts	48
5.5.1 Lebensbedrohliche Erkrankung	48
5.5.2 Fehlende Behandlungsmöglichkeiten	49

VII	Inhaltsverzeichnis	
5.5.3 Nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung		49
5.5.4 Grenzen der Leistungspflicht aufgrund grundgesetzlicher Schutzpflichten		50
5.5.5 Exkurs: Anwendbarkeit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Versorgung mit Arzneimitteln		50
6. Sonderfälle		51
6.1 Extrem seltene Erkrankungen		51
6.2 Stationäre Behandlung		51
6.3 Besondere Therapierichtungen		52
7. Zusammenfassung und Ausblick		55
8. Literaturverzeichnis		55

Reinhard Resch

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf so genannte Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – Die Rechtslage in Österreich

1. Gesetzlicher Anspruch auf schulmedizinische Behandlungen	57
2. Abgrenzung in Richtung Außenseitermethoden	58
2.1 Begriff der Außenseitermethoden	58
2.2 Kostenübernahme als Ausnahme	59
2.3 Placeboeffekt	60
2.4 Zum Ausmaß der Kostenerstattung	61
2.5 Praktische Fälle	62
2.6 Kritische Stellungnahme	65
2.6.1 Kritikpunkt I: Der soziale Aspekt	65
2.6.2 Kritikpunkt II: Fehlen einer weitergehenden Interessenabwägung	65
2.6.3 Gegenargumente	67
2.6.4 Rechtspolitische Entwicklungen	67
3. Methoden außerhalb der medizinischen Wissenschaft	68
3.1 Das Ausgangsproblem und der laufende Rechtsstreit	68
3.2 Begriffliches	69
3.3 Das ärztliche Berufsrecht als Schranke	69
3.4 Folgerungen für den Gesamtvertrag	70
3.5 Rechtsfolgen bei einem Verstoß	71
4. Zusammenfassung	73

Vitus Gamperl

Leistungspflicht der Kasse zur Erhöhung der Lebensqualität? Leistungen der so genannten Lifestyle-Medizin im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Lifestyle-Medizin im gesellschaftlichen Kontext	75
2. Begriffsklärung	76
2.1 Es existiert keine allgemeingültige oder sogar rechtliche Definition von „Lifestyle-Medizin“	76
3. Einzelne Leistungen der Lifestyle-Medizin	78
3.1 Arzneimittel – am Beispiel von Mitteln zur Behandlung der erektilen Dysfunktion	78

VIII	Inhaltsverzeichnis	
3.2	Behandlungen zur Verbesserung des Aussehens.....	81
3.2.1	Aussehensverbessernde Leistungen zur Behandlung körperlicher Krankheiten	82
3.2.2	Medizinische Maßnahmen zur Aussehensverbesserung als mittelbare Behandlung einer anderen Krankheit	84
3.2.2.1	Operative Eingriffe zur Behandlung psychischer Krankheiten.....	84
3.2.2.2	Einklang mit der Transsexuellenrechtsprechung des BSG	87
4.	Fazit	87

Walter J. Pfeil

Leistungen der so genannten Lifestyle-Medizin im österreichischen Krankenversicherungsrecht

1.	Problemstellung	89
2.	Entwicklung in Praxis und Rechtsprechung.....	91
3.	Bisher herrschende Auffassung und deren kritische Bewertung	92
3.1	Keine (eindeutige) Regelwidrigkeit?.....	93
3.2	Keine Behandlungsbedürftigkeit?.....	94
3.3	Behandlung nicht zweckmäßig/notwendig?	99
4.	Zwischenbilanz.....	102
5.	Konsequenzen für andere „Lifestyle“-Fälle.....	102
6.	„Nebenprobleme“	103
7.	Leistungsrechtliche Besonderheiten.....	105
8.	Zusammenfassung	106

Klaus Engelmann

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot – Die Rechtslage im deutschen Krankenversicherungsrecht

1.	Einleitung.....	109
2.	Bedeutung der GKV für die Gesundheitsversorgung.....	110
3.	Geltung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes	111
3.1	Geltung für jedes staatliche Handeln	111
3.2	Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Sozialleistungsrecht.....	112
3.3	Wirtschaftlichkeitsgebot in der GKV	113
3.3.1	Einführung des Wirtschaftlichkeitsgebots.....	113
3.3.2	Weitere Festschreibungen des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V	114
3.3.3	Mangelnde Anreize zur wirtschaftlichen Leistungserbringung.....	115
3.3.4	Intransparenz der Leistungserbringung	116
3.4	Inhaltliche Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsgebots im Recht der GKV..	116
3.4.1	Konturierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes durch weitere gesetzliche Vorgaben	117
3.4.2	Allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnisse.....	117
4.	Individualrechtlicher Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot	118
4.1	Konkretisierung des Behandlungsanspruchs im Einzelfall durch den Vertragsarzt	119
4.2	Kein Ausschluss wirksamer Behandlungen aufgrund von Kostengesichtspunkten	119
5.	Normative Beschränkungen der Leistungen der GKV aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots	120

5.1	Direkte und indirekte Beschränkung des Behandlungsanspruchs	120
5.2	Maßnahmen zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots.....	121
5.2.1	Strukturelle Maßnahmen	121
5.2.2	Integrierte Versorgung.....	122
5.2.3	Strukturierte Behandlungsprogramme	123
5.2.4	Hausarztzentrierte Versorgung	124
5.2.5	Qualitätssicherung.....	124
5.3	Kostenbegrenzungsmaßnahmen	125
5.4	Eigenbeteiligungen der Versicherten	126
5.4.1	Praxisgebühr	126
5.4.2	Zuzahlung zu Arzneimitteln.....	127
5.4.3	Belastungsgrenze abhängig von der Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen und von therapiegerechtem Verhalten?	127
5.5	Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch Richtlinien des GBA	128
6.	Beschränkungen der zahnärztlichen Behandlung aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots	130
7.	Beschränkungen der Arzneimittelversorgung aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots	131
7.1	Ausschluss der Versorgung mit bestimmten Arzneimitteln	131
7.2	Indirekte Steuerung der Arzneimittelversorgung.....	132
7.3	Einholung einer Zweitmeinung bei der Verordnung besonderer Arzneimittel.....	134
8.	Beschränkung der Leistungen auf der Grundlage von Kosten-Nutzen-Bewertungen?	135
8.1	Leistungsbeschränkungen in anderen Gesundheitssystemen	136
8.2	Kosten-Nutzen-Bewertung auf der Grundlage des Konzepts qualitätskorrigierter Lebensjahre (QALYs)	136
8.3	Grenzwerte für Kosten neuer alternativloser Behandlungsmethoden in der GKV?	138
8.3.1	Beschränkung der Leistungspflicht der GKV und grundrechtliche Gewährleistungen	138
8.3.2	Leistungspflicht der GKV für Behandlungsmethoden, deren Wirksamkeit nicht ausreichend nachgewiesen ist.....	139
8.3.3	Beschränkung der Leistungspflicht der GKV unterhalb der Schwelle der lebensbedrohlichen, regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung..	141
8.4	Grenzwerte für Kosten neuer Diagnosemethoden in der GKV?.....	142
9.	Einführung einer Kosten-Nutzen-Bewertung für innovative Arzneimittel mit Begrenzung der Kostenerstattung	143
10.	Schlussbetrachtung	145

Matthias Neumayr

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot – Die Rechtslage im österreichischen Krankenversicherungsrecht

1.	Der Fall Markus M.	147
2.	Zum gesetzlichen Anspruch auf Krankenbehandlung	150
2.1	„Ausreichend, zweckmäßig und notwendig“	150
2.2	Weitere Determinierungen des Ökonomiegebots	152
2.3	Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots.....	154

3. Überprüfung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots.....	155
4. Einzelfragen im Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot.....	157
4.1 Bewilligung durch den chef- und kontrollärztlichen Dienst der Sozialversicherungsträger	157
4.2 Erstattungskodex.....	158
4.3 Reise- und Transportkostenersatz	162
4.4 Fehlen von Honorarpositionen in den Honorarordnungen der Gesamtverträge	163
4.5 Krankenbehandlung im Ausland.....	164

Autorenverzeichnis

Dr. Klaus Engelmann

Vorsitzender Richter des Bundessozialgerichts, Graf-Bernadotte-Platz 5, D-34119 Kassel

Vitus Gamperl

Gemeinsamer Bundesausschuss, Auf dem Seidenberg 3a, D-53721 Siegburg

Dr. Korbinian Höfler

Vorsitzender Richter am Bayrischen Landessozialgericht a.D., Karwendelstraße 9a,
D-82194 Gröbenzell

Herbert Matschiner

Bereichsleiter Recht bei der AOK Bayern – Die Gesundheitskasse, Carl-Wery-Straße 28,
D-81739 München

Hon.-Prof. Dr. Matthias Neumayr

Hofrat des Obersten Gerichtshofs, Schmerlingplatz 11, A-1016 Wien

ao.Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil

Fachbereich Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht (Arbeitsrecht und Sozialrecht),
Universität Salzburg, Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg

ao.Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Universität Linz, Altenbergerstraße 69,
A-4040 Linz

Univ.-Ass. Dr. Martin E. Risak

Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Universität Wien, Schenkenstraße 8 – 10,
A-1010 Wien

Dr. Kati Wild

Justiziarin bei der AOK Bayern – Die Gesundheitskasse, Carl-Wery-Straße 28,
D-81739 München

Abkürzungsverzeichnis

aaO	= am angegebenen Ort
AB	= Ausschussbericht
ABAG	= Arzneimittelbudget-Ablösungsgesetz
Abs	= Absatz
AMG	= Gesetz über Verkehr mit Arzneimitteln
AMR	= Arzneimittelrichtlinie
AN	= Amtliche Nachrichten
ARD	= Arbeitsrechtlicher Betriebsdienst
Art	= Artikel
ASG	= Arbeits- und Sozialgericht
ASoK	= Arbeits- und Sozialrechtskartei
AStN	= Amtliche Steuernachrichten
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BAnz	= Bundesanzeiger
B-KUVG	= Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
BlgNR	= Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Nationalrats
BMG	= – Bundesministeriengesetz – Bundesministerium für Gesundheit
BR	= Bundesrat
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= Entscheidungen des BSG
bspw	= beispielsweise
BSVG	= Bauern-Sozialversicherungsgesetz
BT	= Bundestag
BVerfG	= Bundesverfassungsgerichtshof
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtshofs
bzw	= beziehungsweise
ca	= cirka
DÄBl	= Deutsches Ärzteblatt
DDD	= daily defined dose
dh	= das heißt
DM	= Deutsche Mark
DMP	= Disease-Management-Programme
DOK	= Die Ortskrankenkasse
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRdA	= Das Recht der Arbeit
dRGBI	= (deutsches) Reichsgesetzblatt
DS	= Drucksache
EBM-Ä	= Einheitlicher Bewertungsmaßstab für vertragsärztliche Leistungen
EheG	= Ehegesetz

erg	= ergänze
ErgLfg	= Ergänzungslieferung
EStG	= Einkommensteuergesetz
EUR	= Euro
EvBl	= Evidenzblatt (Beilage zur Österreichischen Juristen-Zeitung)
FJ	= Finanzjournal
FN	= Fußnote
FS	= Festschrift
GBA	= Gemeinsamer Bundesausschusses
gem	= gemäß
GesR	= Gesundheitsrecht
GG	= Grundgesetz
ggf	= gegebenenfalls
GGW	= Gesundheit und Gesellschaft – Wissenschaft
GKK	= Gebietskrankenkasse
GKV	= gesetzliche Krankenversicherung
GKV-WSG	= GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz
GIBG	= Gleichbehandlungsgesetz
GMG	= GKV-Modernisierungsgesetz
GP	= Gesetzgebungsperiode
GSVG	= Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GV	= Gesamtvertrag
Hg	= Herausgeber
HS-KV	= Handbuch des Sozialversicherungsrechts – Krankenversicherung
infas	= Informationen zum Arbeitsrecht und Sozialrecht
insb	= insbesondere
IQWiG	= Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen
iS	= im Sinn
iSd	= im Sinne der/des
IvF	= In vitrofertilisation
JBl	= Juristische Blätter
KÄV	= Kassenärztliche Vereinigung
Kl	= Kläger(in)
Komm	= Kommentar
KV	= Krankenversicherung
KVG	= Krankenversicherungsgesetz
LG	= Landesgericht
LS	= Leitsatz
LSG	= Landessozialgericht
maW	= mit anderen Worten
mE	= meines Erachtens
MedR	= Medizinrecht
Mrd	= Milliarden
MRK	= Menschenrechtskonvention

MS	= Multiple Sklerose
MVZ	= medizinisches Versorgungszentrum
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NDV	= Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
NHS	= National Health Service
NICE	= National Institute for Health and Clinical Excellence
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr	= Nummer
NZS	= Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ÖBl	= Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	= Oberster Gerichtshof
OLG	= Oberlandesgericht
OÖ	= Oberösterreich
QALYs	= Quality-adjusted Life Years
QS-VO	= Qualitätssicherungs-Verordnung
RdM	= Recht der Medizin
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	= Reichsgesetzblatt
Rn	= Randnummer
Rsp	= Rechtsprechung
RV	= Regierungsvorlage
RVA	= Reichsversicherungsamt
RVO	= Reichsversicherungsordnung
Rz	= Randziffer
s	= siehe
S	= – Satz – Seite
SchG	= Schiedsgericht
SGb	= Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	= Sozialgesetzbuch
SKAT	= Schwellkörper-Autoinjektionstherapie
sog	= so genannt(...)
SozR	= Sozialrecht, Entscheidungssammlung
SozSi	= Soziale Sicherheit
SSV-NF	= Sammlung der Entscheidungen des OGH in Sozialrechtssachen
StGB	= Strafgesetzbuch
stRsp	= ständige Rechtsprechung
SV	= Sozialversicherung
SVSlg	= Sammlung sozialversicherungsrechtlicher Entscheidungen
SZ	= Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
ua	= unter anderem
uU	= unter Umständen

va	= vor allem
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
VfSlg	= Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des VfGH
VSSR	= Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
WHO	= Weltgesundheitsorganisation
Z	= Ziffer
ZAS	= Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZASB	= Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Judikaturbeilage
zB	= zum Beispiel
Zl	= Zahl
ZSR	= Zeitschrift für Sozialreform
zT	= zum Teil

Korbinian Höfler

Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Einleitung

Nach der ständigen Rsp des Bundessozialgerichts (BSG) in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur ist Krankheit ein regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand, der entweder der ärztlichen Behandlung bedarf oder – zugleich oder ausschließlich – Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat¹.

Ausgehend von dieser Definition soll zunächst die Entwicklung des Begriffs skizziert werden.

Danach ist die Frage anzusprechen, welche Akteure den Krankheitsbegriff bestimmen sowie welche Bedeutung der Krankheitsbegriff und die Krankheitsursachen im KV-Recht haben.

Gegenstand der folgenden beiden Hauptteile werden die einzelnen Elemente der Krankheitsdefinition sein.

Der abschließende vierte Hauptteil thematisiert sodann einige Probleme sowie Sinn und Zweck der Zweigliedrigkeit des Krankheitsbegriffs und versucht, Schlussfolgerungen zu ziehen.

2. Vorbemerkungen

2.1 Überblick über Entstehung und Entwicklung des Krankheitsbegriffs

Wie hat sich im deutschen KV-Recht der Begriff Krankheit entwickelt und herangebildet?

2.1.1 Zunächst ist festzustellen, dass der Inhalt der Krankheitsdefinition in keiner der bisherigen gesetzlichen Grundlagen der sozialen KV näher definiert und erläutert worden ist. Das gilt für das „Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ vom 15. 6. 1883, RGBl S 73, das nach der Gesetzesnovelle vom 10. 4. 1892, RGBl S 379, als „Krankenversicherungsgesetz“ (KVG) bekannt gemacht worden ist, ferner für die Reichsversicherungsordnung (RVO) vom 19. 7. 1911, RGBl S 509, mit der erstmals die klassischen Zweige der Sozialversicherung in einem Gesetzbuch zusammengefasst worden sind, und schließlich

¹ S zB BSGE 94, 302 = SozR 4-2500 § 34 Nr 2 Rn 7 mwN; zur Literatur etwa die Nachweise bei *Kummer in Schulin*, HS-KV (1994) § 20 Rn 55.

auch für das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), das durch das Gesundheitsreformgesetz (GRG) vom 20. 12. 1988, BGBl I S 2477, mit Wirkung vom 1. 1. 1989 eingeführt wurde und die RVO weitgehend abgelöst hat.

Das KVG des Jahres 1883 und die RVO von 1911 erwähnten den Begriff „Krankheit“ als Versicherungsfall oder als Leistungsvoraussetzung ohne weitere Erläuterungen². Das SGB V spricht in seinem einleitenden § 1 (Solidarität und Eigenverantwortung) zwar von der „Krankenversicherung“ und ihrer Aufgabe, die „Gesundheit“ der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder zu bessern. Der Begriff „Krankheit“ wird hier jedoch nicht verwendet, sondern erst im 3. Kapitel über die Leistungen der KV, unter anderem in der einleitenden Vorschrift zur Krankenbehandlung, dem § 27 SGB V, und in § 44, der grundlegenden Regelung zum Krankengeld³. Auch hier finden sich keine ausdrücklichen Hinweise auf den Inhalt des Begriffs.

In die Bildung und Prägung des Krankheitsbegriffs hat der Gesetzgeber also von Anfang an nicht eingegriffen. Daher fällt umso mehr die erstaunliche Kontinuität auf, in der nach einer anfänglichen Entwicklungsphase die Strukturen des Begriffs über Jahrzehnte dieselben geblieben sind⁴.

2.1.2 Im Jahr 1883, also im Jahr des Inkrafttretens des KVG, wurde in der dazu bereits erschienenen Kommentarliteratur die Krankheit als „jede Alteration (dh Störung) des Gesundheitszustandes“ bezeichnet⁵. Andererseits ergingen kurze Zeit später Entscheidungen des Hanseatischen Oberverwaltungsgerichts, des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zum KVG, die – im Wesentlichen ausgehend von Wortlaut und Sinn des § 6 S 1 KVG – unter Krankheit einen Zustand verstanden, der unter anderem eine Hilfeleistung des Arztes „bedingt“ oder „ärztliche Behandlung, Arznei oder Heilmittel notwendig“ macht. Die Notwendigkeit dieser medizinischen Mittel sahen die Gerichte also als entscheidendes Kriterium an. Die Regelwidrigkeit des körperlich-geistigen Zustandes, welche die Hilfeleistung zur Folge hat, wurde nicht ausdrücklich in die Krankheitsdefinition aufgenommen. Doch ist das Bedürfnis nach ärztlicher Hilfe nicht anders denkbar als bei einem zugrunde liegenden regelwidrigen Gesundheitszustand. So ergibt sich auch aus dem Urteil des Hanseatischen Oberverwaltungsgerichts explizit, dass dieses Gericht vom Vorliegen einer krankhaften Normabweichung ausgegangen ist, nämlich im konkreten Fall von einem chronischen Lungenleiden⁶.

Jedenfalls waren jetzt bereits mit Regelabweichung und Behandlungsbedürftigkeit die beiden Pole genannt, von denen aus der Krankheitsbegriff sich weiter entwickeln sollte. Wenige Jahre darauf fasste das Preußische Oberver-

² S §§ 1, 5, 6 KVG; §§ 165 Abs 1, 182 Abs 1 Nr 1 und 2 RVO; *Spielmeier*, DOK 1971, 836.

³ § 11 Abs 1 Nr 2 – 4, § 27 Abs 1 S 1, 44 Abs 1 S 1 SGB V.

⁴ Vgl auch *Krasney*, ZSR 1976, 411, 413.

⁵ S *Spielmeier*, DOK 1971, 836 mwN.

⁶ Hanseatisches OLG in Hamburg vom 1.3.1886, Die Arbeiterversorgung 1886, 193 und 209, insb 216; Bayerischer VwGH vom 3.5.1887, Die Arbeiterversorgung 1888, 114; Preußisches Oberverwaltungsgericht vom 10. 10. 1889 und 20.2.1893, Entscheidungssammlung Band 18, 355, 356, Band 24, 327, 328. Hierzu auch *Krasney*, ZSR 1976, 411, 412 und *Gitter*, Krankenversicherung (1986) 191, 192.

waltungsgericht die zwei Eckpunkte unter anderem in einer Entscheidung vom 9. 6. 1902 ausdrücklich zu einer Art Vereinigungsformel zusammen. Es bestimmte die „Krankheit“ als anormalen körperlichen oder geistigen Zustand, der die Notwendigkeit einer Heilbehandlung oder Erwerbsunfähigkeit – die damals für die heutige Arbeitsunfähigkeit stand – zur Folge hat⁷. Zur Begründung berief es sich auf eine der schon erwähnten früheren eigenen Entscheidungen, ferner auf die übereinstimmende Rsp der Verwaltungsgerichtshöfe von Bayern und Baden sowie der ordentlichen Gerichte.

An diesem doppelgliedrigen Aufbau des Begriffs hat sich im Folgenden, auch nicht durch die Einführung der RVO durch Gesetz vom Juli 1911, nichts Grundlegendes geändert. Das inzwischen auch für die Spruchfähigkeit in der gesetzlichen KV zuständig gewordene RVA und nach dem zweiten Weltkrieg das BSG haben diese Grundstruktur übernommen⁸.

2.1.3 Nach der Anfangsphase war die weitere Entwicklung der Rsp dadurch geprägt, dass die schon grundsätzlich formulierte Definition in konkreten Einzelfällen angewendet und ausgelegt wurde. Die Rsp, insb das RVA und später das BSG, klärten für viele Fallgestaltungen, dass eine „Krankheit“ vorgelegen hat, etwa bei Unfruchtbarkeit oder Zeugungsunfähigkeit von Versicherten⁹, im Falle von Kiefer- und Zahnstellungsanomalien¹⁰, bei Trunksucht/Alkoholismus¹¹, bei neurotischen Störungen¹², wenn es nur um die Linderung von Beschwerden ging (was als ausreichendes Behandlungsziel angesehen wurde)¹³ und bei Krankheiten im Frühstadium¹⁴.

Obwohl die Einbeziehung dieser Tatbestände in den Krankheitsbegriff heute selbstverständlich erscheint, entspann sich daran in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts eine Diskussion, in deren Verlauf der Rsp vorgeworfen wurde, sie weite den Krankheitsbegriff aus. Dagegen wurde eingewandt, unter der Voraussetzung, dass die erforderlichen medizinischen Erkenntnisse schon verfügbar gewesen wären, hätten die genannten Fälle bereits von Anfang an unter den Krankheitsbegriff subsumiert werden müssen¹⁵. Dieser Einwand ist sicher zutreffend. Er ändert aber wohl nichts daran, dass die Rsp nach dem damaligen Stand aus dem Blickwinkel der Zeit als Ausweitung des Krankheitsbegriffs wahrgenommen werden konnte.

2.1.4 In der folgenden Zeit, etwa ab dem Ende der siebziger Jahre, finden sich in der oberstgerichtlichen Rsp gehäuft Fälle, bei denen es nicht so sehr um Lücken im Krankheitsbegriff ging, die aus heutiger Sicht zu schließen waren. Es handelte sich eher um Probleme, welche in den zwischenmenschlichen Beziehungen oder bei der Stellung von Versicherten in der Gesellschaft angesiedelt

⁷ Entscheidungssammlung Band 42, 308, 310.

⁸ RVA, AN 1916, 341, 342; 1920, 319, 320; BSGE 13, 134, 136; weitere Nachweise zur Rsp des BSG bei *KassKomm/Höfler* § 27 SGB V Rn 9.

⁹ RVA AN 1936, S 232; BSGE 26, 240, 242.

¹⁰ BSGE 35, 10 = SozR Nr 52 zu § 182 RVO; SozR Nr 56 zu § 182 RVO.

¹¹ BSGE 28, 114 = SozR Nr 28 zu § 182 RVO; SozR Nr 23 zu § 184 RVO.

¹² BSGE 21, 189 = SozR Nr 39 zu § 1246 RVO mwN.

¹³ BSGE 26, 288, 289.

¹⁴ BSGE 13, S 134, 136.

¹⁵ *Krasney*, ZSR 1976, 411, 420 f mwN.

sind und auf tatsächlichen oder auch nur vorgestellten körperlichen oder seelischen Fähigkeitsstörungen beruhen. Zu nennen sind hier:

Eine Entscheidung des BSG aus dem Jahre 1979, in der die Anerkennung der Legasthenie als Krankheit abgelehnt wurde, soweit nicht begleitende psychosomatische Störungen Krankheitswert haben¹⁶, ein Urteil aus dem Jahre 1987 zur Anerkennung von Transsexualität als Krankheit, wenn ein besonderer Leidensdruck vorliegt¹⁷, die Klarstellung 1993, dass eine im Normbereich liegende Körpergröße, nämlich 164 cm, keine Krankheit sein kann und auch die krankhaft psychische Fixierung des Versicherten darauf nicht zur Leistungspflicht der Krankenkasse für eine Beinverlängerung durch Operation führt¹⁸, die Entscheidung im Jahr 1999 zur sog erektilen Dysfunktion, die bei Männern im Alter von 58 bis 62 Jahren als Krankheit anerkannt wurde¹⁹ und schließlich das Urteil von 2004 zum Fall einer weiblichen Versicherten mit gering entwickelter Brust, worin das Gericht keine äußerliche Entstellung und damit keine Krankheit im Rechtssinn gesehen hat²⁰.

2.2 Zu den Bestimmungsfaktoren des Krankheitsbegriffs

Nach diesem Überblick über die Entwicklung des Krankheitsbegriffs ist zu fragen, aus welchen Gründen Rechtspraxis und Literatur, insb die Rsp, den Krankheitsbegriff maßgeblich prägen können.

Die Antwort darauf lautet: Der deutsche Gesetzgeber hat darauf verzichtet, selbst Näheres zu bestimmen und er hat außerdem keine Rechtsgrundlagen für andere mögliche Akteure geschaffen. Diese Linie hat er auch beim Erlass des SGB V beibehalten. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung dazu wird die bewusste Beschränkung damit begründet, dass der Inhalt des Begriffs ständigen Änderungen unterliege²¹. Dieses Argument in seiner konkreten Form ist zwar schon deswegen nicht so ganz überzeugend, weil die Grundstrukturen des Begriffs, wie dargelegt, bereits seit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert unverändert geblieben waren und außerdem den Gesetzgeber, wie man weiß, sonst bei der Produktion von Gesetzesänderungen keine übergroßen Bedenken quälten. Im Ergebnis war diese Haltung aber sicher zweckmäßig, weil sie der Rechtspraxis Raum gelassen hat, auf neue Entwicklungen und Fallgestaltungen Antworten zu suchen.

Mangels einer Ermächtigungsnorm kann der Begriff der Krankheit auch nicht durch Rechtsverordnung, zum Beispiel des Bundesministeriums für Gesundheit, definiert oder auch nur in Teilen allgemein geregelt werden. Das Ministerium wird etwa in § 34 SGB V nur dazu ermächtigt, einzelne Leistungsarten aus der Versorgung auszuschließen, zum Beispiel wegen Bagatellcharakters oder bei Unwirtschaftlichkeit²².

¹⁶ BSGE 48, 258 = SozR 2200 § 182 Nr 47 S 86.

¹⁷ BSGE 62, 83 = SozR 2200 § 182 Nr 106.

¹⁸ BSGE 72, 96 = SozR 3-2200 § 182 Nr 14.

¹⁹ BSGE 85, S 36 = SozR 3-2500 § 27 Nr 11 insb S 38 ff.

²⁰ BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 5 ff.

²¹ BR-DS 200/88 S 170 zu § 27.

²² § 34 Abs 2 bis 5 SGB V.

Ebenfalls nicht befugt, den Begriff der Krankheit aus § 27 SGB V in seinem Inhalt und seinen Grenzen festzulegen, ist der Gemeinsame Bundesausschuss. Dieses im deutschen KV-Recht sehr wichtige Gremium, zusammengesetzt aus Vertretern der Kassen, Ärzte, Krankenhäuser sowie aus unparteiischen Mitgliedern, beschließt zwar nach den §§ 91, 92 SGB V in einer außerordentlich großen Kompetenzfülle verbindliche Richtlinien mit dem Charakter von untergesetzlichen Rechtsnormen²³ über praktisch alle wesentlichen Leistungsbereiche der gesetzlichen KV; es kann dabei auch die Erbringung von Leistungen einschränken oder ausschließen, wenn etwa die medizinische Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen sind.

Weiterhin darf der Bundesausschuss aber nicht allgemein bestimmte Krankheiten oder Krankheitssymptome aus dem Leistungsspektrum der gesetzlichen KV herausnehmen, wie aus der fehlenden speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und aus der einschlägigen Rsp abgeleitet werden muss²⁴. Demgemäß kann auch unter der Geltung des SGB V der Inhalt des Krankheitsbegriffs nur durch Auslegung des Gesetzes, im Rahmen der Krankenbehandlung va des § 27 SGB V, ermittelt werden.

2.3 Funktion des Krankheitsbegriffs als Anspruchsvoraussetzung und Versicherungsfall

Nach der Erörterung der Frage, wer den Krankheitsbegriff bestimmt, ist nun darzustellen, welche Funktion der Begriff „Krankheit“ im deutschen KV-Recht erfüllt.

2.3.1 Zunächst ist der Begriff „Krankheit“ entsprechend Sinn und Zweck der gesetzlichen KV der maßgebliche Faktor für die Begründung von Ansprüchen gegen die KV-Träger. Im Ergebnis steht fast jede der vom SGB V aufgeführten Leistungen in einem engeren oder weiteren Bezug zu einer Krankheit. So stellt etwa bei den Präventionsleistungen die Verhütung oder Früherkennung von Krankheiten das Ziel der Leistungen dar²⁵. Bei der Krankenbehandlung nach den §§ 27 ff SGB V muss dagegen in der Regel eine Krankheit vorliegen, um Leistungsansprüche auszulösen. Hier ist die Krankheit somit eine *Anspruchsvoraussetzung*, die wichtigste, wenn auch natürlich nicht die einzige. In dieser Funktion als Anspruchselement tritt sie in der Rechtspraxis überwiegend in Erscheinung. Liegen alle Anspruchsvoraussetzungen vor, so ist der sog „Leistungsfall“ eingetreten²⁶.

2.3.2 In seiner zweiten Funktion als *Versicherungsfall* bezeichnet der Begriff Krankheit das versicherte Risiko, das heißt nach der gebräuchlichen Definition

²³ BSGE 78, 70 = SozR 3-2500 § 92 Nr 6 insb 30 mwN.

²⁴ BSGE 85, 36 = SozR 3-2500 § 27 Nr 11 S 45 – SKAT; BSGE 94, 302 = SozR 4-2500 § 34 Nr 2 Rn 16 – Arzneimittel Viagra. Zum Ausschluss unter anderem von Arzneimitteln, die überwiegend zur Behandlung der erektilen Dysfunktion dienen, vgl § 34 Abs 1 S 8 SGB V, eingefügt durch das GKV-ModernisierungG vom 14. 11. 2003, BGBl I 2190.

²⁵ Vgl §§ 20 ff SGB V. Fraglich ist der Bezug zur Krankheit va beim Anspruch auf ärztliche Beratung über Fragen der Empfängnisregelung und auf empfängnisverhütende Mittel nach § 24a SGB V.

²⁶ Zum Leistungsfall vgl BSG SozR 2200 § 205 Nr 61; *Kummer in Schulin HS-KV* (FN 1) § 20 Rn 11.

das ungewisse Ereignis, das bei seinem Eintritt spezifische Gefährdungen und Nachteile mit sich bringt, gegen die die Versicherung Schutz bieten soll²⁷. Als Versicherungsfall reicht die Bedeutung der Krankheit somit über den einzelnen Leistungsanspruch hinaus; mit dem Begriff der Krankheit werden Grundgedanke und Zweck der Institution KV beschrieben und gleichzeitig wird damit – allgemein formuliert – ein Instrument zur Leistungsausdehnung und zur Leistungseingrenzung geschaffen.

Für die Ansprüche auf Krankenbehandlung, um die es hier geht, bildet die Krankheit den grundlegenden Versicherungsfall²⁸. Eine Ausnahme davon gilt nach der Rsp des Bundessozialgerichts für die künstliche Befruchtung nach § 27a SGB V. Danach bestehen Ansprüche auch, wenn keiner der Ehegatten nachweisbar krank ist und die Unfruchtbarkeit medizinisch nicht erklärt werden kann. Das Gericht führt aus, dass in einem solchen Fall nicht eine Krankheit des oder der Versicherten, also einer einzelnen Person, den Versicherungsfall darstelle, sondern die Unfähigkeit des Ehepaares, auf natürliche Weise Kinder zu zeugen, und die daraus folgende Notwendigkeit der künstlichen Befruchtung. Es sieht darin auch einen eigenständigen Versicherungsfall²⁹. Gegen die Annahme eines speziellen Versicherungsfalls könnte man aber einwenden, dass in diesen Fällen eine körperliche oder psychische Regelwidrigkeit doch vorliegt, also das erste Begriffselement der Krankheitsdefinition, und bei Behandlungsbedürftigkeit dann auch eine Krankheit, nur mit der Besonderheit, dass die Normabweichung je nach Sachlage möglicherweise nicht auf einen der Ehegatten bezogen werden kann.

2.3.3 Neben der allgemeinen Beschreibung des versicherten Risikos und damit des Zwecks der KV überhaupt dient der Versicherungsfall Krankheit, wie schon angedeutet, va als Kriterium zur Trennung und Zuordnung von Risiko- und Leistungsbereichen und damit auch zur Ausdehnung oder Einschränkung von Leistungsansprüchen. In Verbindung mit der Mitgliedschaft in einer Krankenkasse, also der Eigenschaft als Versicherter, ermöglicht er nämlich die Feststellung, ob die Kasse grundsätzlich zu Leistungen verpflichtet sein kann. In diesem Sinn ist es gerechtfertigt, vom Versicherungsfall Krankheit als dem Leistungsgrund zu sprechen. Von konkreter rechtlicher Bedeutung kann das somit immer dann sein, wenn es um Sachverhalte geht, in denen bei Eintritt der Krankheit die Mitgliedschaft noch nicht oder nicht mehr vorliegt.

Den ersten Fall, die sog *Vorerkrankungen*, die vor dem Beginn der Mitgliedschaft eingetreten sind, hat das SGB V dahingehend gelöst, dass sie zur Leistungspflicht der Krankenkassen führen können, auch wenn die Mitgliedschaft erst später begründet wird. Das gilt in jedem Fall, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine Pflichtversicherung oder um eine freiwillige Versicherung handelt.

²⁷ BSGE 20, 48, 50 = SozR Nr 18 zu § 1248 RVO; BSGE 32, 270, 272 f = SozR Nr 1 zu § 200a RVO.

²⁸ Zu weiteren Versicherungsfällen in der gesetzlichen KV, etwa bei den Leistungen wegen Schwangerschaft und Mutterschaft vgl BSGE 49, 240 = SozR 2200 § 196 Nr 2. Zum Versicherungsfall bei den Präventionsleistungen der §§ 20 ff SGB V vgl etwa *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht (2005) 263 f.

²⁹ BSGE 88, 62 = SozR 3-2500 § 27a Nr 3 S 24.

Insofern besteht prinzipiell³⁰ ein Unterschied zur Rechtslage nach der früheren RVO, deren § 310 Abs 2 bei freiwilliger Mitgliedschaft grundsätzlich einen Ausschluss von Kassenleistungen für die Vorerkrankungen vorsah, allerdings für bestimmte Personengruppen Ausnahmen zuließ³¹.

Demgegenüber kommt nach dem SGB V dem Versicherungsfall Krankheit beim *Ende der Mitgliedschaft* rechtliche Relevanz zu. Unter der Geltung der RVO war diese Bedeutung wegen des Grundsatzes der „Einheit des Versicherungsfalls“ noch stärker ausgeprägt; der Versicherungsfall wirkte sich hier leistungsverlängernd aus. Danach konnten, war die Krankheit einmal eingetreten, während ihres Fortbestehens sog nachgehende Ansprüche daraus entstehen, auch wenn die Mitgliedschaft in der Krankenkasse längst erloschen war, wobei allerdings Leistungen der damaligen Krankenpflege gem § 183 Abs 1 Satz 2 RVO auf 26 Wochen nach dem Ende der Mitgliedschaft beschränkt waren³². Insgesamt aber war das ein hervorragender Schutz für Versicherte mit Dauerleiden, der letztlich zu langen Versicherungs- und Leistungsfällen führen konnte. Verstärkt wurde dieses Phänomen noch dadurch, dass Behandlungsbedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit aus dem zweiten Teil des Krankheitsbegriffs alternativ einsetzbar sind und somit auch einander nachfolgen können, denn genügend ist entweder Behandlungsbedürftigkeit oder Arbeitsunfähigkeit. Es war daher die strukturelle Möglichkeit für eine weite Ausdehnung des Versicherungsfalls gegeben.

Das SGB V hat schließlich in seinem § 19 erhebliche Einschränkungen der nachgehenden Ansprüche vorgenommen. Sie wurden auf einen Monat nach dem Ende der Mitgliedschaft reduziert und gelten außerdem nur für versicherungspflichtige Mitglieder und nach dem Tod eines Mitglieds für die Familienversicherten. Nach geltendem Recht ist daher der Versicherungsfall Krankheit in seiner leistungsverlängernden Wirkung deutlich hinter die Mitgliedschaft zurückgetreten. Das hat natürlich wirtschaftliche Gründe, weil nur die Mitgliedschaft zu Beiträgen der Versicherten führt.

Eine leistungseinschränkende Bedeutung hat die Krankheit als Versicherungsfall im Rahmen der rechtspolitisch interessanten, in der Praxis aber eher wenig oder fast nicht angewandten Vorschrift des § 52 SGB V. Danach kann die Krankenkasse – und das für die Dauer des Versicherungsfalls Krankheit – die Leistungen beschränken, wenn die Versicherten sich die Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zuziehen³³.

³⁰ Zu einer Ausnahme vgl § 46 S 5 SGB V, der in der Künstler-SV eine Vorverlegung des Krankengeld-Beginns von der 7. Woche der Arbeitsunfähigkeit auf einen früheren Zeitpunkt ausschließt, wenn der Versicherungsfall vor der auf die Vorverlegung gerichteten Erklärung des Versicherten eingetreten ist.

³¹ § §§ 176a bis 176c RVO, zum Beispiel für Schwerbehinderte.

³² Zur Einheit des Versicherungsfalls vgl BSGE 51, 287, 288 ff = SozR 2200 § 183 Nr 36 S 98 ff mwN; krit *Peters*, SGB 1984, 229, 230 ff, 237 ff. Beim Krankengeld setzte schon während der Geltung der RVO das Wiederaufleben des Anspruchs eine Mitgliedschaft voraus (BSGE 45, 11 = SozR 2200 § 183 Nr 11). Für das SGB V vgl § 48 als Spezialregelung gegenüber § 19, sodass schon entstandene Ansprüche bis zu ihrer Höchstdauer weiter bestehen können.

³³ Vgl dazu unter anderem *Schneider in Schulin*, HS-KV (FN 1) § 22 Rn 461 ff.

2.4 Zur Bedeutung der Krankheitsursache

Die gesetzliche Regelung des § 52 SGB V, die bei selbstverschuldeter Erkrankung zu Leistungseinschränkungen führen kann, lenkt den Blick auf die rechtliche Bedeutung der Krankheitsursachen.

Nach deutschem KV-Recht ist der in seiner doppelten Grundstruktur schon beschriebene Krankheitsbegriff, bei dem ein regelwidriger Gesundheitszustand Behandlungsbedürftigkeit oder Arbeitsunfähigkeit bewirken muss, grundsätzlich von der jeweiligen Ursache unabhängig, wie zumeist formuliert wird³⁴. Da somit bei der Leistungserbringung in der Regel die Gründe, die Regelwidrigkeit und dann Behandlungsbedürftigkeit oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, keine Rolle spielen, kommt es auf sie für den Krankheitsbegriff der gesetzlichen KV grundsätzlich nicht an.

Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu dem medizinischen Blick auf die Krankheit. Denn der *Krankheitsbegriff der Medizin* stellt ab auf eine Normabweichung mit bestimmten Symptomen und Ursachen, damit daraus eine Therapie abgeleitet werden kann³⁵.

Doch muss das KV-Recht von dem Grundsatz, dass es für die Leistungen der Krankenbehandlung auf die Ursache der Krankheit nicht ankomme, auch *Ausnahmen* vorsehen, va für die Fälle, in denen die Krankheit von den Versicherten selbst herbeigeführt wird. So ist ein bewusst und gewollt in der Absicht zukünftiger Lebensgestaltung bewirkter Zustand der Unfruchtbarkeit, also eine freiwillige Sterilisation, keine Krankheit iS der gesetzlichen KV, wie das BSG im Jahre 1985 entschieden hat³⁶. Dieser Gedanke liegt auch der gesetzlichen Vorschrift des § 27 Abs 1 S 4 SGB V zugrunde, die Leistungen zur Herstellung der Zeugungs- und Empfängnisfähigkeit nur zulässt, wenn diese Fähigkeit von vornherein nicht gegeben oder durch Krankheit oder wegen einer durch Krankheit erforderlichen Sterilisation verloren gegangen war.

In demselben gedanklichen Zusammenhang steht die schon erwähnte Regelung des § 52 SGB V. Dort allerdings entfällt nicht der Versicherungsfall Krankheit, wenn sich Versicherte die Krankheit selbst vorsätzlich zuziehen, sondern es wird durch einen Rückgriff auf die Ursache der Versicherungsfall in seiner leistungsbegründenden Wirkung nur relativiert und die Leistung vom Ermessen des KV-Trägers abhängig gemacht.

Somit ist festzuhalten: Die Ursachen der Krankheit können die Ansprüche auf Krankenbehandlung ausschließen oder einschränken, wenn sie geeignet sind, den Bereich der Eigenverantwortung der Versicherten zu bestimmen und die Versicherten selbst, nicht die Solidargemeinschaft, für die Folgen ihres früheren Handelns einstehen sollen³⁷.

³⁴ BSGE 59, S. 119 = SozR 2200 § 182 Nr 101 S 215.

³⁵ Vgl. *Viefhues*, ZSR 1976, 394, 396, 402; *Raven* in *Bauer*, Lexikon des Sozial- und Gesundheitswesens² (1996) 1230 – 1232 Stichwort „Krankheit“.

³⁶ BSGE 59, 119 = SozR 2200 § 182 Nr 101 S 216; vgl. auch BSG SozR 4-2500 § 27a Nr 2 Rn 10 – 12 zu dem speziellen Versicherungsfall des § 27a SGB V.

³⁷ Beim Krankengeld spielt die Krankheitsursache für die Dauer des Anspruchs eine erhebliche Rolle, weil der Begriff „dieselbe Krankheit“ in § 48 Abs 1 S 2 SGB V darauf abstellt, ob eine identische medizinische Krankheitsursache vorliegt, s. dazu BSGE 83, 7 = SozR 3-2500 § 48 Nr 8 S 38.

3. Erstes Begriffs-element: Regelwidrigkeit des körperlichen oder geistig-psychischen Zustandes

Ging es in den bisherigen Abschnitten um Entwicklung, Bestimmungsfaktoren und Funktion der Krankheit und um die Bedeutung ihrer Ursachen, ist nun nach dem Inhalt des Krankheitsbegriffs zu fragen.

3.1 Wie schon erwähnt, verlangt der erste Teil der Krankheitsdefinition, dass ein regelwidriger körperlicher oder geistig-psychischer Zustand vorliegt. Eine Antwort auf die Frage, was regelwidrig ist, verlangt zunächst die Feststellung der Regel, der zugrunde liegenden Norm, von der ausgehend Normabweichungen überhaupt erst beurteilt werden können. Die Rsp verwendet dazu die Formel vom „Leitbild des gesunden Menschen“³⁸.

Die Krankheit wird danach am Maßstab der „Gesundheit“ ermittelt, obwohl in schlüssiger Weise auch eine entgegengesetzte gedankliche Operation möglich wäre und tatsächlich vorgenommen wird, indem man „Gesundheit“ als „Freisein von Krankheit“ beschreibt³⁹. Damit erweisen sich die Begriffe „Krankheit“ und „Gesundheit“ als aufeinander bezogene Grundvorstellungen, sozusagen Axiome des KV-Rechts, die voneinander abhängig sind.

Überdies könnte man Krankheit und Gesundheit als gleichsam gedachte Endpunkte einer Linie ansehen, auf der es Zwischenzustände gibt zwischen den Extremen „Gesundheit“ oder „Krankheit“, die Phasen des „Nicht ganz Gesund-Seins“ wie des „Noch nicht richtig Krank-Seins“ enthalten. Solche Zustände können psychisch bedingt sein, aber auch bestimmt durch das mehr oder weniger auffällige Vorhandensein von körperlichen Prädispositionen und von anderen Risikofaktoren unterschiedlicher Art, zum Beispiel genetische Anlagen für bestimmte Krankheiten oder hoher Konsum von alkohol- oder nikotinhaltigen Produkten⁴⁰.

Doch wird gleichwohl versucht und ist es unternommen worden, eine eigenständige Vorstellung vom gesunden Menschen zu finden.

3.2 Insb gilt das für die Weltgesundheits-Organisation (WHO). Diese sieht in einem eher vom einzelnen Menschen und seinen Empfindungen, Wünschen und Werten ausgehenden Ansatz die menschliche Gesundheit als „Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens, und nicht nur das Freisein von Krankheit oder Gebrechen“⁴¹. Bei dem Gesundheitsbegriff der WHO handelt es sich zwar ohne Zweifel im Schwerpunkt nicht um eine Beschreibung von Zuständen, die Menschen aus derzeitiger Sicht realistisch gesehen auf Dauer erreichen können. Man denke nur an die vielfältigen Umstände, welche schon allein das seelische Wohlbefinden oder gar das soziale Wohlfühl stören können, etwa Unzufriedenheit mit menschlichen Beziehungen oder mit der wirtschaftlichen Lage.

³⁸ BSGE 59, 119 = SozR 2200 § 182 Nr 101; BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 4 mwN.

³⁹ Vgl. *KassKomm/Seewald* § 4 SGB I Rn 17; dazu auch *Göckenjan* in *Bauer* (FN 35) 802 Stichwort „Gesundheitsbegriff“.

⁴⁰ Zur Vielfalt der dafür in Betracht kommenden Sachverhalte vgl. *Stone*, ZSR 1990, 201 ff.

⁴¹ Bekanntmachung vom 22.1.1974 BGBl II 43; WHO, *Basic Documents*²⁹ Genf (1979) 1; zu diesem Ansatz s. auch *Göckenjan* in *Bauer* (FN 35) 801; *Dahme/Wohlfahrt*, ZSR 1997, 778, 781.

Gleichwohl muss man sich darüber im Klaren sein, dass die weite und zielorientierte Begriffsbestimmung der WHO zunächst im Bereich der Gesundheitspolitik ihren Sinn hat als Legitimationsbasis für gesundheitsförderndes politisches Handeln, ferner aber auch, dass in der Vorstellung vom perfekten Wohlbefinden der gedankliche Ansatzpunkt und ein mächtiger Antriebsmotor liegt für medizinische Entwicklungen, die unter der Bezeichnung „Wunschmedizin“ zusammengefasst werden können – wobei dieser Begriff nicht abwertend zu verstehen ist. Damit sind gemeint vor allem die Fortpflanzungsmedizin, die ästhetisch-plastische und rekonstruktive Chirurgie sowie ein neuer medizinischer Utopismus, der durch genetische Verfahren die menschliche Konstitution verbessern, also kognitive und vitale Funktionen oder auch körperliche Leistungen wesentlich steigern möchte⁴².

3.3 In eine andere Richtung weist demgegenüber ein ausgesprochen interessantes realistisches *Gesundheitskonzept*, das in der *Gerontologie* entwickelt wurde. Ausgehend von der Feststellung, dass ältere Männer und Frauen heute durchschnittlich gesünder sind als früher, gleichzeitig aber der hohen Lebenserwartung ein Anstieg von Mehrfacherkrankungen, von chronischen Leiden, von psychischen Erkrankungen und von Pflegebedürftigkeit gegenübersteht, gründet diese Gesundheitsvorstellung nicht auf der Abwesenheit von Defiziten, sondern zieht eine Art Bilanz zwischen Kompetenzerhalt und Kompetenzverlust. Sie versteht daher „Gesundheit“ als Potenzial für die (noch) vorhandene Lebensqualität und fragt danach, was für den Menschen trotz funktionseller Einschränkungen an Lebenswertem möglich ist⁴³. Allerdings entspricht diese bilanzierende Betrachtungsweise nicht dem Zweck einer KV, die gem § 1 Satz 1 SGB V darauf abzielt, unter anderem den Gesundheitszustand der Versicherten zu bessern, und sich nicht damit zufrieden geben kann, dass lediglich die „Bilanz“ akzeptabel ist.

3.4 Von einem ebenfalls funktionellen Ansatz ausgehend versucht die *Rechtsprechung*, das „Leitbild des gesunden Menschen“ dadurch zu konkretisieren, dass sie für maßgeblich hält, ob die Versicherten normale körperliche oder psychische Funktionen ausüben können⁴⁴. Nicht auf die Abweichung von einer Idealnorm kommt es danach an, sondern darauf, ob ein funktionelles Defizit im Vergleich zur normalen Funktion vorliegt. Unter „normal“ versteht die Rsp Körperfunktionen, die auch nur bei einem erheblichen Teil der Bevölkerung oder der in Betracht kommenden Bevölkerungsgruppe vorhanden sind. IS dieser Begriffsbestimmung sind somit „normal“ solche Funktionen, die bei der entsprechenden Gruppe oder Altersgruppe „nicht generell fehlen“⁴⁵.

Mit der funktionellen Betrachtungsweise hat man zum Beispiel das Vorliegen von Krankheit verneint, wenn bei einer Zahnfehlstellung keine erheblichen

⁴² Vgl. Kettner, GGW 2006 Heft 2, 7 ff, insb 8 und 9.

⁴³ Dazu Kuhlmei, GGW 2006 Heft 1, 7 ff.

⁴⁴ Vgl. BSGE 59, 119 = SozR 2200 § 182 Nr 101 S 215 mwN; BSG SozR 4-2500 § 27 Nr 2 Rn 7; BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 5. Zum funktionellen Ansatz vgl. auch Göckenjan in Bauer (FN 35) 802.

⁴⁵ BSGE 85, 36 = SozR 3-2500 § 27 Nr 11 S 39 – erektile Dysfunktion; vgl. auch § 2 Abs 1 SGB IX, wo es für das Vorliegen einer Behinderung auf den „für das Lebensalter typischen Zustand“ ankommt.

Auswirkungen auf das Kauen, Beißen oder sprachliche Artikulieren bestanden oder wenn etwa beim Fehlen eines Körperorgans, im konkreten Fall eines Hodens, dessen Funktionen durch ein anderes Organ übernommen werden⁴⁶.

3.4.1 Als *Ausnahmen* von dem Grundsatz, dass es für die Bestimmung einer Regelwidrigkeit auf die Funktion eines Körperorgans ankomme, bezeichnete die Rsp solche Fälle, in denen die körperliche Anomalie entstellend wirkt und es dem Betroffenen unmöglich macht, sich frei und unbefangen unter Mitmenschen zu bewegen. Fasst man den Funktionsbegriff weiter, könnte man jedoch auch darin eine Funktionseinschränkung sehen.

Als Beispiele aus der Rsp für die Anerkennung der entstehenden Wirkung wären etwa der Verlust der Kopfbehaarung bei Frauen zu nennen, nicht bei erwachsenen Männern, sowie Wangenatrophie und Narben im Lippenbereich. Verneint wurde dagegen eine entstellende Wirkung im Fall einer wenig ausgeprägten weiblichen Brust⁴⁷. In einem besonderen Fall, bei Transsexualität des Versicherten, hat das BSG zusätzlich zur Funktionsbeeinträchtigung noch einen Leidensdruck verlangt, der die Regelwidrigkeit erst zur Krankheit qualifiziere⁴⁸.

3.4.2 Auf der Einsicht, dass die KV keinen vollkommenen Menschen schaffen könne, beruht ferner die Regel, wonach auf *natürlichen Gegebenheiten oder Entwicklungen* beruhende Einschränkungen oder Defizite nicht als Krankheit gelten können. Gemeint ist hier die ganze Variationsbreite menschlicher Eigenschaften und Verhaltensweisen, zum Beispiel individuelle Eigenschaften wie Unverträglichkeit, Reizbarkeit, Rechthaberei und mangelnde soziale Anpassungsbereitschaft, Minderbegabungen, psychische Haltungen bis hin zu kriminellem Verhalten, jeweils, soweit sie in den Bereich des „Normalen“ einzuordnen sind⁴⁹.

Ferner werden in diesem Zusammenhang genannt natürliche Schwächezustände oder Störungen im Wohlbefinden, zum Beispiel bei *Menstruation oder Schwangerschaft*. Für die medizinische Betreuung schwangerer Frauen bestehen besondere Regeln in den noch geltenden §§ 195 ff RVO. Übersteigen die Störungen oder Beschwerden jedoch das übliche oder subjektiv erträgliche Maß oder bestehen zweckmäßige Behandlungsmöglichkeiten, so kann eine Krankheit iS des § 27 SGB V vorliegen⁵⁰.

Strukturell ähnliche Probleme ergeben sich bei den *Folgen des Alters*. Zwar stellt die Rsp beim Leitbild des gesunden Menschen allgemein auf den Gesichtspunkt des Normalen ab, also darauf, was nicht generell bei einer Altersgruppe fehlt. Ein ähnliches Kriterium enthält im Übrigen § 2 Abs 1 SGB IX für den Begriff der Behinderung, wonach es auf den für das Lebensalter typischen Zustand ankommt⁵¹, und es versteht sich von selbst, dass es nicht veränderbare altersbe-

⁴⁶ BSGE 35, 10 = SozR Nr 52 zu § 182 RVO; BSGE 82, 158 = SozR 3-2500 § 39 Nr 5 S 30.

⁴⁷ Zum Ganzen vgl. BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 6 mwN.

⁴⁸ BSGE 62, 83 = SozR 2200 § 182 Nr 106.

⁴⁹ Vgl. BSGE 50, 47 = SozR 2200 § 184a Nr 3 S 10; Erlenkämper/Fichte, Sozialrecht⁵ (2002) 11.

⁵⁰ S. dazu BSGE 39, 167 = SozR 2200 § 182 Nr 9; KassKomm/Höfler § 196 RVO Rn 3, 14, 15 mwN.

⁵¹ Krit. zum Ausschluss alterstypischer Störungen aus dem Behinderungs- und Krankheitsbegriff Plute, VSSR 2003, 97, 103 f. Zum Begriff der Behinderung s. neuerdings Masuch, FS 50 Jahre BSG (2004) 199 ff.

dingte oder alterstypische Schwächezustände gibt, die nicht als Krankheit bewertet werden können. Doch ist die Entwicklung hier im Fluss, hervorgerufen durch die Fortschritte der Medizin. Verändern diese nämlich die Behandlungsfähigkeit, die ein Teil des noch zu besprechenden zweiten Begriffselements der Krankheit ist, so wird dies Rückwirkungen auf die „Regelwidrigkeit“ haben müssen. Denn es dürfte schwierig sein, medizinisch durchaus effektiv behandelbare Funktionsdefizite als normal oder alterstypisch zu bezeichnen und für sie Leistungen der Krankenbehandlung zu verweigern.

Angesichts dieser Wechselbezüge zwischen beiden Merkmalen des Krankheitsbegriffs agiert die Rsp denn auch sehr vorsichtig. So hat das BSG in dem Fall, in dem es um Erektionsstörungen bei einem 58 bis 62 Jahre alten Versicherten ging, nicht etwa den Rechtssatz aufgestellt, dass bei alterstypischen Veränderungen keine Krankheit vorliege, sondern es hat die Altersbedingtheit oder Altersentsprechung lediglich hypothetisch geprüft, also nur unterstellt, dass ein Rechtssatz dieser Art besteht⁵².

4. Zweites Begriffselement: Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit

Im zweiten Teil des Krankheitsbegriffs müssen zur körperlich-psychischen Regelabweichung noch Behandlungsbedürftigkeit oder Arbeitsunfähigkeit oder beide hinzutreten.

4.1 Dabei ist vorzuschicken, dass Behandlungsbedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit von der Regelwidrigkeit *verursacht* sein müssen, und zwar nach der im Sozialrecht herrschenden Kausallehre von der rechtlich wesentlichen Bedingung, der Relevanztheorie. Es wird verlangt, dass der regelwidrige Zustand die Behandlungsbedürftigkeit oder die Arbeitsunfähigkeit bewirkt, gegebenenfalls neben anderen Ursachen wesentlich mitbewirkt. Einprägsam ist aus der Rsp das Beispiel eines Versicherten, der wegen einer Beinverkürzung eine Beinprothese trug. Als die Prothese repariert werden musste und der Versicherte deswegen nicht arbeiten konnte, war die Beinverkürzung rechtlich wesentliche Mitursache der Arbeitsunfähigkeit, also neben der Reparaturbedürftigkeit der Prothese⁵³.

4.2 Nach der herkömmlichen Begriffbestimmung der Rsp liegt *Behandlungsbedürftigkeit* vor, wenn der regelwidrige Gesundheitszustand die körperlichen oder geistig-psychischen Funktionen in einem so beträchtlichen Maß einschränkt, dass es zur Erreichung der Behandlungsziele des § 27 Abs 1 S 1 SGB V, nämlich zur Erkennung oder Heilung einer Krankheit, zur Verhütung einer Verschlimmerung oder zur Linderung der Beschwerden, der Mithilfe eines Arztes bedarf⁵⁴. Dass es entscheidend auf die Behandlung durch Ärzte ankommt, also durch Personen mit staatlicher Approbation als Arzt oder Zahnarzt oder

⁵² BSGE 85, 36 = SozR 3-2500 § 27 Nr 11 S 39; vgl auch BSGE 94, 302 = SozR 4-2500 § 34 Nr 2 Rn 7.

⁵³ BSGE 33, 202 = SozR Nr 48 zu § 182 RVO; *Schulte-Mimberg* in *Schulin*, HS-KV (FN 1) § 13 Rn 38 mwN.

⁵⁴ BSGE 35, 10 = SozR Nr 52 zu § 182 RVO; BSGE 48, 258 = SozR 2200 § 182 Nr 47 S 86 f mwN.

durch approbierte Psychotherapeuten, ergibt sich schon aus dem ärztlichen Behandlungsmonopol der §§ 15 und 28 SGB V.

4.2.1 Als von vornherein nicht behandlungsbedürftig werden Zustände angesehen, welche die Versicherten selbst durch Änderung der Lebensführung oder einfache Maßnahmen der Gesunderhaltung ohne weiteres zum Besseren wenden können⁵⁵, zB die Folgen ungünstiger Lebensgewohnheiten, soweit sie noch nicht zu erheblichen Schäden geführt haben, also etwa Müdigkeit und Abgeschlagenheit infolge von Schlaf- oder Bewegungsmangel.

4.2.2 Ausgeschlossen aus dem Krankheitsbegriff sind ferner Fälle, die einer ärztlichen Behandlung gar nicht zugänglich sind und daher als nicht „behandlungsfähig“ bewertet werden müssen, beispielsweise bestimmte Gliedverluste oder Erblindungen, soweit nicht ärztliche Behandlung zur Linderung von Schmerzen erforderlich ist⁵⁶. In der *Behandlungsfähigkeit* liegt wegen der Fortschritte insb der Medizin neben der Vorstellung von dem, was „Gesundheit“ ist, die zweite große Variable des Krankheitsbegriffs und damit auch der Ansprüche auf Krankenbehandlung. Sie kann das Tor öffnen für erhebliche Leistungsausweitungen auf Fälle, in denen sich früher die Patienten in ihr Schicksal fügen mussten. Für derartige Entwicklungen kommt grundsätzlich der gesamte Bereich der Wunschmedizin in Betracht, mit der versucht wird, die Lebensqualität zu verbessern.

Klarzustellen ist jedoch, dass es sich dabei nur um mögliche Zukunftsperspektiven handelt; denn jedenfalls der Gesetzgeber kann die Ansprüche auf Leistungen der Wunschmedizin einschränken. Durch § 34 Abs 1 Sätze 7 und 8 SGB V (Gesetz vom 14. 11. 2003, BGBl I S 2190) hat er dies für solche Arzneimittel bereits getan, bei deren Anwendung eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund steht, beispielsweise für Mittel zur Abmagerung, zur Zügelung des Appetits oder zur Regulierung des Körpergewichts.

4.2.3 Prüft man die „Behandlungsbedürftigkeit“ im Einzelnen, so genügt es, wenn ohne ärztliche Behandlung die Behandlungsziele mit Wahrscheinlichkeit nicht zu erreichen wären⁵⁷. Seit langem ist daher entschieden, dass auch Krankheiten im Frühstadium erfasst werden, die später ohne ärztliche Behandlung wahrscheinlich zu manifesten Verschlimmerungen oder Schäden führen. Als klassische Beispielfälle sind zu nennen körperliche Normabweichungen wie Fehlstellungen des Hüftgelenks bei Kindern oder Kiefer- und Zahnstellungsanomalien; Entsprechendes muss gelten für Abweichungen bei Körperwerten wie relevantem Bluthochdruck, der noch keine Funktionsausfälle bewirkt hat, aber vorhersehbar zu Schäden führen kann⁵⁸.

⁵⁵ BSGE 39, 167 = SozR 2200 § 182 Nr 9 S 16; BSGE 50, 47 = SozR 2200 § 184a Nr 3 S 10.

⁵⁶ BSGE 33, 202 = SozR Nr 48 zu § 182 RVO.

⁵⁷ BSGE 30, 151 = SozR Nr 37 zu § 182 RVO; *Kummer* in *Schulin* HS-KV (FN 1) § 20 Rn 41.

⁵⁸ BSGE 13, 134: Subluxation-Praeluxation eines Hüftgelenks; BSGE 35, 10 = SozR Nr 52 zu § 182 RVO und BSG SozR Nr 56 zu § 182 RVO: Kiefer- und Zahnstellungsanomalien; *Erlenkämper/Fichte*, Sozialrecht⁵ (2002) 10 zu pathologischen, klinisch aber noch nicht manifesten Regelwidrigkeiten.

4.2.4 Zwei Einzelfragen sind im Zusammenhang mit dem Begriffsmerkmal „Behandlungsbedürftigkeit“ von besonderem Interesse:

(1) Zuerst ist zu fragen, in welchem Verhältnis die „Behandlungsbedürftigkeit“ zu den Einzelkriterien des Wirtschaftlichkeitsgebots nach § 12 Abs 1 SGB V steht, insb zur *Notwendigkeit* einer Leistung. Zwischen beiden Gesichtspunkten bestehen natürlich enge Berührungspunkte und Überschneidungen. Insb kann eine Krankenbehandlung nicht notwendig sein, wenn zum Beispiel gar keine Behandlungsfähigkeit besteht. Gleichwohl dürfen Behandlungsbedürftigkeit iS des Krankheitsbegriffs und die Notwendigkeit einer Leistung nach § 12 Abs 1 SGB V nicht völlig gleichgesetzt werden⁵⁹. Va zeigt die Behandlungsbedürftigkeit nur allgemein an, dass ärztliche Hilfe benötigt wird; sie sagt nichts darüber aus, ob eine bestimmte Leistung erforderlich ist. Diese letztere Frage wäre im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 Abs 1 SGB V zu prüfen⁶⁰.

(2) Ferner sind im Zusammenhang mit der „Behandlungsbedürftigkeit“ die Fälle der sog „mittelbaren Behandlung“ zu erwähnen. Bei diesen geht es um die Frage, ob die Krankenkasse operative Eingriffe in gesunde Körperorgane finanzieren muss, wenn dadurch psychische Störungen bekämpft werden sollen. Dieses Problem wird unter dem Stichwort „mittelbare Behandlung“ erörtert, weil nicht unmittelbar, sondern nur indirekt gegen die psychische Erkrankung vorgegangen wird. Die Rsp verlangt für die Anerkennung als Behandlung iS des § 27 SGB V eine besondere Rechtfertigung, da das gesunde Körperorgan als solches nicht behandlungsbedürftig ist.

Bejaht hat sie das Vorliegen einer Rechtfertigung in einem Fall von Transsexualität, weil in dem konkreten Fall besonders schwerwiegende und tief greifende psychische Störungen mit extremer Selbsttötungsgefahr festgestellt worden waren⁶¹. Dagegen hat das BSG die besondere Rechtfertigung verneint für die operative Beinverlängerung bei einer im Normbereich liegenden Körpergröße, für eine Hodenprothese bei einem bereits im Kindesalter entfernten Hoden und für eine brustvergrößernde Operation bei einer Frau⁶². Wie das BSG ausführt, war der tragende Grund für die Entscheidungen die Schwierigkeit, psychische Wirkungen körperlicher Veränderungen vorherzusagen, also die in diesen Fällen grundsätzlich unsichere Erfolgsprognose⁶³. Diese Argumentation zeigt, dass das Problem eigentlich im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 Abs 1 SGB V, hier bei der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Krankenbehandlung, angesiedelt ist und entschieden werden sollte, ohne dass man dabei zu anderen Ergebnissen kommen müsste.

4.3 Die zweite mögliche Erscheinungsform eines regelwidrigen Gesundheitszustandes, der als Krankheit iS des KV-Rechts zu werten ist, nämlich die *Arbeitsunfähigkeit*, soll hier nur kurz erwähnt werden, weil Thema des Beitrags die Ansprüche auf Krankenbehandlung sind.

⁵⁹ S aber *Spielmeier*, DOK 1971, 836, 837, der die Notwendigkeit einer Leistung in den Krankheitsbegriff integrieren will.

⁶⁰ Ebenso BSGE 59, 116 = SozR 2200 § 184 Nr 27 S 38.

⁶¹ BSGE 62, 83 = SozR 2200 § 182 Nr 106; BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 11.

⁶² BSGE 72, 96 = SozR 3-2500 § 182 Nr 14; BSGE 82, 158 = SozR 3-2500 § 39 Nr 5 S 29; BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 9.

⁶³ BSGE 93, 252 = SozR 4-2500 § 27 Nr 3 Rn 9.

Nach der herkömmlichen Definition liegt Arbeitsunfähigkeit vor, wenn die Versicherten ihre arbeitsvertraglich geschuldete, zuletzt ausgeübte Erwerbstätigkeit oder – falls das Arbeitsverhältnis schon beendet ist – eine ähnliche Tätigkeit nicht mehr verrichten können oder nur auf die Gefahr hin, ihren Zustand zu verschlimmern⁶⁴. Zur Bejahung einer Krankheit genügt es, dass ein regelwidriger Gesundheitszustand vorliegt und zusätzlich nur Arbeitsunfähigkeit gegeben ist, also die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Versicherten in Gestalt der Arbeitsfähigkeit entfällt. Zwar wird neben der Arbeitsunfähigkeit in den meisten Fällen auch Behandlungsbedürftigkeit vorliegen; das ist aber nicht zwingend so⁶⁵. Als derartige Fälle kommen va solche Dauerleiden in Betracht, die medizinisch nicht mehr bekämpft werden, zum Beispiel eine Erblindung oder ein Gliedverlust.

Zu fragen ist allerdings, welche Bedeutung die Arbeitsunfähigkeit als Teil des zweiten Elements des Krankheitsbegriffs im Rahmen des Anspruchs auf Krankenbehandlung hat. Geht es allgemein um Ansprüche auf Leistungen der Krankenbehandlung nach den §§ 27 ff SGB V, so muss die Behandlungsbedürftigkeit in der Regel ohnehin vorliegen, mit Ausnahme möglicherweise der Gewährung von Hilfsmitteln zum Ausgleich einer Behinderung. Ob Arbeitsunfähigkeit als Teil des Krankheitsbegriffs gegeben ist, hat hier keine Bedeutung.

Ferner erhebt sich die Frage, ob dem Begriffsmerkmal Arbeitsunfähigkeit nicht bei der Beendigung der Mitgliedschaft eine leistungsverlängernde Wirkung zukommt, etwa durch Überbrückung fehlender Behandlungsbedürftigkeit. Doch spielt die Arbeitsunfähigkeit im Rahmen des dabei maßgeblichen § 19 SGB V insoweit keine Rolle; denn es kommt für die auf Krankenbehandlung gerichteten Übergangsansprüche des § 19 Abs 2 und Abs 3 SGB V darauf an, ist aber auch genügend, dass Regelwidrigkeit und Behandlungsbedürftigkeit erst während der Übergangszeit von einem Monat auftreten oder gegeben sind⁶⁶.

Somit bleibt nur die praktisch wenig relevante und auch schwer fassbare Bedeutung des Merkmals „Arbeitsunfähigkeit“ für die Fälle der Leistungseinschränkung nach § 52 SGB V bei Selbstverschulden. Hier könnte die Beteiligung der Versicherten an den Kosten der Leistungen – nach zwischenzeitlicher Fortsetzung des Versicherungsfalls Krankheit nur durch Arbeitsunfähigkeit – auch spätere Zeiträume erfassen, in denen wieder Behandlungsbedürftigkeit eingetreten ist und Leistungen der Krankenbehandlung beansprucht werden.

5. Sinn und Zweck der Zweigliedrigkeit des Krankheitsbegriffs; Schlussfolgerungen

5.1 Im letzten Abschnitt sind einige Probleme des Krankheitsbegriffs anzusprechen, die sich speziell aus der Zweigliedrigkeit des Begriffs ergeben, und es soll versucht werden, Schlussfolgerungen daraus zu ziehen.

⁶⁴ BSGE 46, 190 = SozR 2200 § 182 Nr 34 S 64; BSGE 61, 66 = SozR 2200 § 182 Nr 104 S 225; BSGE 94, 19 = SozR 4-2500 § 44 Nr 3 Rn 8 ff.

⁶⁵ BSGE 33, 202 = SozR Nr 48 zu § 182 RVO.

⁶⁶ Vgl *KassKomm/Höfler* § 19 SGB V Rn 24, 42 mwN.

Der Überblick über wesentliche Elemente des Krankheitsbegriffs, der in den letzten Abschnitten gegeben wurde, lässt rasch die Frage aufkommen: Weshalb benötigt man einen zweiten Begriffsteil mit den Merkmalen Behandlungsbedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit?

Könnte es nicht erstens genügen, als Krankheit einfach eine Regelwidrigkeit des körperlich-psychischen Zustandes festzustellen?

Und liegt nicht zweitens eine Zirkelschluss vor, eine Unlogik, wenn zusätzlich zur Normabweichung noch „Behandlungsbedürftigkeit“ verlangt wird, also die Erforderlichkeit ärztlicher Behandlung, welche wegen des Heilauftrags der Ärzte⁶⁷ doch nur mit dem Zweck des Heilens denkbar ist, demgemäß zur Bekämpfung einer „Krankheit“, die wiederum gerade erst durch das Merkmal „Behandlungsbedürftigkeit“ konstituiert werden soll?

Eine ähnliche Frage ist ferner zu stellen beim Merkmal „Arbeitsunfähigkeit“ als dem zweiten Element des Krankheitsbegriffs, weil Arbeitsunfähigkeit nach § 44 SGB V nur vorliegt, wenn „Krankheit“ den Versicherten arbeitsunfähig macht. Die „Krankheit“ soll jedoch durch das zweite Begriffselement gerade erst begründet werden⁶⁸.

5.2 Zur ersten Frage nach Sinn und Zweck der Zweigliedrigkeit ist schon von *Krasney* die These aufgestellt worden, dass sie entbehrlich sei. Es genüge die Regelwidrigkeit, weitere Voraussetzungen der Leistungen seien bei der jeweiligen Leistungsart zu prüfen, zum Beispiel also die Behandlungsbedürftigkeit⁶⁹. Demgegenüber wird die Doppelgliedrigkeit traditionell damit begründet, dass mit den zusätzlichen Merkmalen Behandlungsbedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit das in der gesetzlichen KV versicherte Risiko beschrieben werde⁷⁰. Es sei neben der Normabweichung noch eine versicherungsrechtliche Komponente sinnvoll, welche den weiten Risikobereich der Gesundheitsstörung an die gesundheitspolitischen Potentiale und Zielvorstellungen von Gesellschaft und Staat anpasse⁷¹.

Weitere Argumente für die Zweigliedrigkeit des Krankheitsbegriffs lassen sich aus seinem Zweck ableiten:

(1) Soll der Krankheitsbegriff das versicherte Risiko allgemein beschreiben, so ist es sinnvoll, nur solche Normabweichungen als Krankheit anzusehen, die für das Leistungsspektrum der gesetzlichen KV wirklich bedeutsam sind, also für die beiden Hauptleistungen Krankenbehandlung und Krankengeld. Diese Auswahl trifft das zweite Begriffselement als eine Art „Relevanzindikator“.

Allerdings darf diese Funktion nicht überstrapaziert werden; denn das SGB V sieht im Rahmen der §§ 27 ff auch Leistungen vor, die an das Vorliegen einer „Behinderung“ anknüpfen und bei denen fraglich sein könnte, ob Behandlungsbedürftig-

⁶⁷ Dazu etwa *Deutsch*, *Medizinrecht*⁴ (1999) 8 Rn 9.

⁶⁸ Zu diesem begrifflichen Problem schon BSGE 33, S 202, 203 = SozR Nr 48 zu § 182 RVO; vgl auch *KassKomm/Höfler* § 44 SGB V Rn 9 (Bearbeitungsstand Januar 2006).

⁶⁹ *Krasney*, ZSR 1976, 411, 412 f.

⁷⁰ Vgl etwa *Peters*, *Handbuch der Krankenversicherung* II¹⁷ (1970) § 182 RVO Anmerkung 3 c) aa) S 17/266-1- (Stand 50. Nachtrag) und S 17/ 266-2 - (Stand 48. Nachtrag).

⁷¹ *Spielmeyer*, DOK 1971, 836, 837; *Thiemeyer*, ZSR 1976, 402, 403 ff; *Fuchs/Preis*, *Sozialversicherungsrecht* (2005) 265; *KassKomm/Höfler* § 27 SGB V Rn 9 (Stand August 2004).

keit oder Behandlungsfähigkeit gegeben sein müssen. Zu denken ist hier besonders an den Ausgleich einer Behinderung durch ein Hilfsmittel nach § 33 SGB V.

(2) Wie schon dargelegt, stellt insb das Merkmal „Behandlungsbedürftigkeit“ ein variables, ein eingrenzendes, aber auch expansives Element im Krankheitsbegriff dar, das die Möglichkeiten und Entwicklungen der Medizin auffängt und integriert, gleichzeitig die Strukturen des Krankheitsbegriffs aber stabil hält.

(3) Eine ähnliche Doppelgliedrigkeit findet sich ferner in anderen grundlegenden sozialrechtlichen Begriffen.

So ist der Begriff der „Behinderung“ im SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – ebenfalls aus zwei Teilen zusammengesetzt.

Er wird dort definiert als (dauerhafte) Abweichung vom alterstypischen Zustand, welche die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt⁷². Hier tritt also ebenfalls zur Regelwidrigkeit ein weiteres Merkmal hinzu, die Teilhabestörung. Mit dieser werden die Auswirkungen der gesundheitlichen Regelwidrigkeit im Leben der Behinderten entsprechend dem Gesetzeszweck beschrieben und in den Grundlagenbegriff eingebracht, der sich dadurch inhaltlich öffnet und in gewissem Umfang wandlungsfähig macht. Auch der Behinderungsbegriff der WHO kennt ein entsprechendes zusätzliches Begriffselement, die „soziale Beeinträchtigung („handicap“), welche die Einschränkungen im beruflichen und sozialen Leben bezeichnet, die durch die Schädigung und Fähigkeitsstörung hervorgerufen worden sind⁷³.

Eine vergleichbare Struktur findet sich schließlich beim Begriff der *Pflegebedürftigkeit* im SGB XI. Pflegebedürftig iS der Sozialen Pflegeversicherung sind nach § 14 Abs 1 SGB XI Personen mit einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung, die für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer der Hilfe bedürfen. Hier besteht der Begriff ebenfalls aus zwei Gliedern, der Krankheit oder Behinderung einerseits und der daraus folgenden Hilfebedürftigkeit andererseits. Das Gesetz definiert in § 14 Abs 2 SGB XI selbst, was es unter Krankheit oder Behinderung iS dieser Vorschrift versteht, nämlich Verluste, Lähmungen und andere Funktionsstörungen an den Körperorganen sowie Störungen des Zentralnervensystems und endogene Psychosen, Neurosen oder geistige Behinderungen. Nirgendwo wird hier Bezug genommen auf die jeweils zweiten Glieder der Begriffe Krankheit und Behinderung im SGB V und SGB IX, also auf Behandlungsbedürftigkeit, Arbeitsunfähigkeit oder die Beeinträchtigung der Teilhabe. Ferner soll § 14 Abs 2 SGB XI nach seiner Gesetzesbegründung deutlich machen, dass nicht-medizinische Ursachen keine Pflegebedürftigkeit begründen⁷⁴, woraus der Schluss zu ziehen ist, dass die Vorschrift nur medizinische Ursachen aufzählt.

Aus dem Ganzen ist zu folgern, dass als Krankheit oder Behinderung iS des § 14 Abs 2 SGB XI allein und nur die gesundheitliche Regelabweichung gemeint ist⁷⁵. Wiederum tritt also mit dem Begriffsteil „Hilfebedürftigkeit“ zur Regelabwei-

⁷² § 2 Abs 1 S 1 SGB IX; hierzu vgl *Masuch*, FS 50 Jahre BSG (2004) 199 ff.

⁷³ Vgl auch *Masuch* (FN 72) 208, 209. Zum WHO-Begriff s *Plute* (FN 51) 100 f.

⁷⁴ Vgl *Hauck/Noftz*, SGB XI Soziale Pflegeversicherung, Gesetzesbegründung M 010 S 68 (BT-Drucksache 12/5262).

⁷⁵ In der Kommentarliteratur wird demgegenüber auf den (zweigliedrigen) Krankheitsbegriff des § 27 SGB V verwiesen, vgl *Wagner* in *Hauck/Noftz* (FN 74) K § 14 Rn 28; *KassKomm/Gürtner* § 14 SGB XI Rn 11.

chung ein weiteres Merkmal hinzu, das die konkreten, für den Zweck des Gesetzes wesentlichen Auswirkungen im Leben der Versicherten ausdrückt und festhält.

5.3 Schlussfolgerungen:

5.3.1 Es kann als weithin angewandter Grundsatz für die sozialrechtliche Begriffsbildung gelten, dass das versicherte Risiko durch zweigliedrige Begriffe beschrieben wird, nämlich erstens durch die gesundheitliche Regelwidrigkeit und zusätzlich zweitens mit den für den jeweiligen Gesetzeszweck spezifischen und relevanten Auswirkungen der gesundheitlichen Normabweichung. Es besteht daher kein zwingender Grund, für den Krankheitsbegriff der gesetzlichen KV davon abzuweichen.

5.3.2 Die im Verhältnis zwischen dem ersten und zweiten Teil des Krankheitsbegriffs, der Regelwidrigkeit und der Behandlungsbedürftigkeit/Arbeitsunfähigkeit entstehenden logischen Probleme lassen sich lösen, indem man den im zweiten Teil des Krankheitsbegriffs enthaltenen Bezug auf „Krankheit“ entsprechend den Begriffen der „Behinderung“ und der „Pflegebedürftigkeit“ aus dem SGB IX und dem SGB XI fasst, also nur als Bezugnahme auf die „Regelwidrigkeit“, sodass „Krankheit“ insoweit zu verstehen ist als bloße Normabweichung, als regelwidriger körperlicher oder geistig-psychischer Zustand.

Martin E. Risak

Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung nach österreichischem Recht

1. Der Krankheitsbegriff des ASVG

Das ASVG sieht den Versicherungsfall der Krankheit mit dem Beginn eines „regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes“ eingetreten an, „der die Krankenbehandlung notwendig macht“¹. Der sv-rechtliche Krankheitsbegriff ist damit zweigliedrig ausgestaltet: In einem ersten Schritt ist die **Regelwidrigkeit** des Zustandes des Versicherten zu klären und danach in einem zweiten zu fragen, ob dieser durch die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der Krankenbehandlung **is** der Ziele der Krankenbehandlung beeinflusst werden kann (**Behandlungsbedürftigkeit**).² Regelwidrigkeit und Behandlungsbedürftigkeit sind somit ein Begriffspaar, das gemeinsam auftreten muss, sollen sv-rechtliche Leistungsansprüche wirksam werden. Regelmäßige, aber dennoch behandlungsfähige Körper- und Geisteszustände lösen ebenso wenig Leistungsansprüche gegen die SV aus, wie regelwidrige, aber nicht behandlungsbedürftige Zustände.³

Der Gesetzgeber der Stammfassung des ASVG⁴ knüpft dabei, wie er in den Materialien⁵ ausführt, an die Grundsätze an, „die sich in der Judikatur zu diesem Begriff herausgebildet haben“, wenngleich die Vorgängergesetze keine Legaldefinition des Krankheitsbegriffs enthielten. Die nach den Materialien für relevant erkläre Rsp erging zuerst zum österreichischen Gesetz betreffend die KV der Arbeiter 1888⁶ und danach, seit der Eingliederung Österreichs ins Deutsche Reich, zur deutschen Reichsversicherungsordnung⁷, die aufgrund der Rechtsüberleitung nach dem zweiten Weltkrieg bis zum In-Kraft-Treten des ASVG in Geltung stand. *Mazal*⁸ hat durch eine Analyse der einschlägigen Rsp herausgearbeitet, dass in der Entscheidungspraxis des (deutschen) Reichsversicherungsamtes im Wesentlichen mit der Regelwidrigkeit argumentiert wurde, die Rsp des (österreichischen) VwGH hingegen hauptsächlich auf die Behandlungsbedürftigkeit, dh den Bedarf an kv-rechtlich vorgesehenen medizinischen Leistungen, abstellte. Nichtsdestotrotz erklärt das ASVG beide Kriterien für bedeutsam und verknüpft diese miteinander.

¹ § 120 Abs 1 Z 1 ASVG.

² Ähnlich *Tomandl*, Grundriss⁵ (2002) Rz 161 f, der zwischen Krankheit und der Erforderlichkeit der Krankenbehandlung unterscheidet; ähnlich *Binder* in *Tomandl*, System 2.2.3.1. f.

³ So ausdrücklich OGH 10 Obs 145/03, SSV-NF 17/73 – Plasmaspender.

⁴ BGBl 1955/189.

⁵ RV 599 BlgNR 7. GP 49.

⁶ RGBl 1888/33.

⁷ Gesetz vom 19.7.1911, dRGBl 1911, S 506.

⁸ Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 42 ff.

2. Das Kriterium der Regelwidrigkeit

2.1 Was ist der relevante Maßstab?

Nach hA ist ein Körper- und Geisteszustand regelwidrig, der eine **Abweichung von der Norm „Gesundheit“** darstellt.⁹ Dabei wird vom Modell eines gesunden Menschen ausgegangen; dieser ist zur Ausübung normaler körperlicher und psychischer Funktionen in der Lage – regelwidrig ist demnach eine Abweichung von dieser Norm.¹⁰ Dabei soll es auf einen Idealzustand und nicht auf einen durchschnittlichen Menschen ankommen, sodass insb statistische Daten keine Rolle spielen. Nach einer bekannten älteren Entscheidung ist es ohne Bedeutung, dass in mehr als 50% aller „Europäerschädel“ die Nasenscheidewand verkrümmt ist¹¹, als regelmäßig gilt vielmehr eine gerade Nasenscheidewand.

Die Wahl der Vergleichsperson spielt für die kv-rechtliche Einordnung jener Beschwerden eine Rolle, die Folgen einer natürlichen körperlichen Entwicklung sind. Dies betrifft insb „**Altersleiden**“, die auf Abnutzungserscheinungen bzw darauf zurückzuführen sind, dass der mit höherem Lebensalter einhergehende Zellverlust zu Organschädigungen und dadurch zu einer Leistungsschwäche führt (zB Schwerhörigkeit, Weitsichtigkeit oder Verkalkungsercheinungen).¹² So findet sich in der älteren Rsp bspw die Aussage, dass Schwächezustände oder Beschwerden, entsprechend der natürlichen körperlichen Entwicklung, wie zB Alterserscheinungen, nicht als Krankheit aufzufassen seien.¹³ Die neuere Rsp greift diese Argumentation nur sehr allgemein in einer der Entscheidungen zur erektilen Dysfunktion auf und geht von einer übereinstimmenden Ansicht aus, wonach alle zum natürlichen Ablauf des menschlichen Lebens gehörenden Zustände oder Prozesse – wie etwa ein altersbedingter Verfall der Kräfte – aus dem Krankheitsbegriff auszuscheiden seien, kontestiert jedoch Schwierigkeiten bei der Abgrenzung.¹⁴

Diese ist jedoch gar nicht schwierig, es kommt lediglich darauf an, die dahinterliegenden Wertungen offen zu legen: Ist der Vergleichsmaßstab ein gesunder Mensch, so ist es irrelevant, ob dieser mittleren Alters oder im Vergleichsalter ist¹⁵ – bedeutsam muss auch hier der Idealzustand des gesunden

⁹ *Binder* in *Tomandl*, System 2.2.3.1; *Tomandl*, Grundriss Rz 161.

¹⁰ OGH 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBl 2005, 527 = ZAS 2006/14 (krit *Pfeil*) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

¹¹ Vgl OLG Wien 15 R 137/66, SSV 6/143 – *deviatio septi*. Vor Inkrafttreten des ASGG 1987 war das OLG Wien Letztinstanz für Leistungsstreitigkeiten im SV-Recht.

¹² Vgl zB *Mlczoch*, Altersveränderungen und Alterskrankheiten, SozSi 1982, 369 sowie *Schrammel*, Veränderungen des Krankenbehandlungsanspruchs durch Vertragspartnerrecht, ZAS 1986, 145 (147).

¹³ So die ältere Rsp zu Alterserscheinungen SchG Wien 7 C 1288/49, SVSlg 576; SchG Tirol 584/50, SVSlg 570; LG Salzburg 40 Cgs 86/87, SVSlg 32.639; s auch *Binder* in *Tomandl*, System 2.2.3.1.D.

¹⁴ OGH 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBl 2005, 527 = ZAS 2006/14 (krit *Pfeil*) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

¹⁵ So jedoch zumindest bei der Fragestellung *Schrammel*, ZAS 1986, 147.

Menschen sein, auch wenn mit einer hohen statistischen Wahrscheinlichkeit bestimmte Beeinträchtigungen mit höherem Alter zunehmen und diese auf eine „normale Entwicklung“ zurückzuführen sind.¹⁶ Für ein solches Verständnis spricht mE insb der telos des KV-Rechts: Durch die gesetzliche KV sollen Gesundheitsleistungen im Wesentlichen für jene Fälle vorgesehen werden, in denen der Einzelne mit deren Finanzierung typischerweise überfordert ist. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass bei jedem „Altersleiden“ Leistungen aus der KV zustehen müssen. Bei vielen wird es an der Behandlungsbedürftigkeit fehlen und sie werden deshalb als Gebrechen einzustufen sein (zB Schwerhörigkeit, Gehbeschwerden). Bei anderen wird es an der Notwendigkeit der Krankenbehandlung mangeln, wobei die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Wertungen aus dem Gesetz abzuleiten und offenzulegen sind.

2.2 Körper- oder Geisteszustand

Bei der Prüfung der Frage nach der Regelwidrigkeit darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber ausdrücklich auf die körperlichen und geistigen Aspekte der Gesundheit Bezug nimmt und sich deshalb der Gesundheits- und damit auch der Krankheitsbegriff des österreichischen SV-Rechts von jenem der WHO unterscheidet. Diese definiert in der Präambel ihrer Konstitution „Gesundheit“ als „Zustand kompletten körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht bloß als die Abwesenheit von Krankheit oder Behinderung“.¹⁷ Die dort angesprochene soziale Komponente soll jedoch allein, solange sie keine Auswirkungen auf den körperlichen oder geistigen Zustand des Versicherten hat, für den sv-rechtlichen Krankheitsbegriff ohne Bedeutung sein. So werden bspw Probleme, eine Beziehung zu führen oder Autoritäten zu akzeptieren, zwar durch Maßnahmen der Krankenbehandlung, nämlich der Psychotherapie, behandelt werden können, sie stellen jedoch keinen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand dar. Deshalb ist die KV grundsätzlich nicht leistungspflichtig, wird es jedoch dann, wenn sich diese Störungen des sozialen Verhaltens körperlich oder psychisch auswirken.¹⁸

2.3 Schwellenwert der Regelwidrigkeit

Ist jegliche Abweichung von der Norm Gesundheit als Krankheit iSd KV-Rechts anzusehen oder muss diese einen Schwellenwert überschreiten, dh ein bestimmte Schwere aufweisen und so einen „Krankheitswert“ zu besitzen?

Der Gesetzgeber hat diesbezüglich eine Wertung vorgenommen, wenn er kosmetische Behandlungen nur dann als Krankenbehandlung ansieht, wenn

¹⁶ Ansonsten würden die auf altersbedingten Verfall zurückzuführenden Folgen eines Organversagens eines hochbetagten Versicherten keine Ansprüche auf Leistungen der KV auslösen.

¹⁷ Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity (http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf vom 24.1.07).

¹⁸ Vgl auch OGH 10 Obs 250/98g, DRdA 1999/35 (*Mosler*) = ZAS 1999/16 (*Pernkopf*) = SozSi 1999, 2000 (*Kletter*).

diese zur Beseitigung anatomischer oder funktioneller Krankheitszustände dienen.¹⁹ Daraus ergibt sich, dass nicht jede Regelwidrigkeit als Krankheit einzuordnen ist, sondern dies erst dann der Fall ist, wenn sie in einer *funktionellen Störung* resultiert – führt eine verkrümmte Nasenscheidewand zu einer Behinderung der Nasenatmung und zu häufiger auftretendem Schnupfen, Kopfwahl und Druckgefühl in der Stirn, so ist Regelwidrigkeit iSd KV-Rechts gegeben, nicht jedoch bei einem Feuermal oder einer auffälligen Narbe.

Da § 133 Abs 2 ASVG die Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Arbeitsfähigkeit und der Fähigkeit, für lebensnotwendige persönliche Bedürfnisse zu sorgen („Selbsthilfefähigkeit“) als Ziel der Krankenbehandlung definiert, sind jene Zustände jedenfalls als regelwidrig anzusehen, die zu einer *Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit* und der *Selbsthilfefähigkeit* führen. Das ASVG nennt daneben aber auch die „Gesundheit“, woraus sich zumindest ergibt, dass der Gesetzgeber nicht nur Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit und der Selbsthilfefähigkeit als Regelwidrigkeiten anerkennt, sondern auch sonstige funktionelle Beeinträchtigungen physischer und psychischer Funktionen.²⁰

Diese Wertungen des Gesetzgebers sind mE auch auf psychische Zustände zu übertragen: Auch hier kommt es darauf an, dass eine Abweichung von der Norm psychische Gesundheit zu einer psychischen Funktionsstörung, dh letztlich in einer Beeinträchtigung der Lebensführung und Arbeitsfähigkeit resultiert. So ist bspw ein Empfinden von innerer Unruhe oder einem seelischen Unwohlsein als regelwidrig zu beurteilen, Krankheitswert besitzt es jedoch erst dann, wenn diese Störung die relevante Intensitätsschwelle überschreitet.²¹

Die Rsp spricht verlangt deshalb zu Recht, dass Abweichungen von einer „morphologischen Ideallnorm“ solange nicht als regelwidrig anzusehen sind, solange die Abweichungen noch befriedigende körperliche und psychische Funktionen zulassen.²² Dies deckt sich mit den Entscheidungen zur Schmerztherapie, wo darauf abgestellt wird, ob die im fraglichen Zeitraum zu erduldenen Schmerzen eine Intensität erreichten, dass unbehandelt die Arbeitsunfähigkeit iSd KV die Folge gewesen wäre. Dabei sei im Hinblick darauf, dass Schmerzempfindlichkeit und Schmerzüberwindungskraft subjektive Momente sind, und die KV den Versicherten in seiner individuellen Konstitution erfasst, ein subjektiv konkreter Maßstab anzulegen und nicht auf das allgemeine Durchschnittsmaß aller Versicherten abzustellen.²³

¹⁹ Andere kosmetische Behandlungen können als freiwillige Leistungen gewährt werden, wenn sie der vollen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit förderlich oder aus Berufsgründen notwendig sind.

²⁰ Eher restriktiv in dieser Hinsicht OGH 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBl 2005, 527 = ZAS 2006/14 (krit Pfeil) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

²¹ S dazu insb Binder, Psychotherapie und sozialversicherungsrechtlicher Krankheitsbegriff, SozSi 1999, 1173 (1188) der auf subjektive Befindlichkeit und die fehlende Möglichkeit sich aus eigener Kraft aus der Verstrickung zu befreien sowie die Klassifikation und die Indikation einer psychotherapeutischen Methode abstellt.

²² OGH 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBl 2005, 527 = ZAS 2006/14 (krit Pfeil) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

²³ OLG Graz 8 Rs 133/89, SVSlg 34.652.

2.4 Einfließen gesellschaftlicher Wertungen

Der OGH²⁴ weist zu Recht darauf hin, dass die Beurteilung der Regelwidrigkeit nach dem Vorliegen einer erheblichen Funktionseinschränkung nicht gänzlich durchgehalten werden könne, sondern auch andere Wertungen einfließen müssen. Letztlich sei jede Beurteilung anhand eines Vergleichsmaßstabs vom Verständnis davon geprägt, welche Störungen des Wohlbefindens (im weitesten Sinn) auf Kosten der SV beseitigt bzw verbessert werden sollen und welche durch den Betroffenen auf seine eigenen Kosten. Es sei weder jedwede Störung des Wohlbefindens zu Lasten der gesetzlichen KV zu beseitigen noch ein Idealzustand eines gesunden Menschen zu erreichen, wobei auf die Ziele der Krankenbehandlung verwiesen wird.

Dies zeigt sehr gut, dass die im Gesetz nebeneinander genannten Kriterien der Regelwidrigkeit und der Behandlungsbedürftigkeit bei der Beantwortung von Fragen im „Graubereich“ stärker miteinander in eine Beziehung gesetzt werden müssen, als dies der Gesetzestext auf den ersten Blick suggeriert. Will man jedoch den zweigliedrigen Krankheitsbegriff weiterhin als relevant ansehen, so sollten die beiden Elemente Regelwidrigkeit und Behandlungsbedürftigkeit soweit wie möglich auseinander gehalten werden – dann erscheint es nahe liegender, die Wertung, ob ein Zustand behandelt werden soll, bei der Frage nach der Behandlungsbedürftigkeit einfließen zu lassen und so diese auch als „Soziale Behandlungsbedürftigkeit“ anzusehen.²⁵

3. Das Kriterium der Behandlungsbedürftigkeit

3.1 Grundsätzliches

Für das Vorliegen einer Krankheit, die einen Anspruch auf Krankenbehandlung auslöst, muss nach der Legaldefinition zur Regelwidrigkeit die Notwendigkeit einer Krankenbehandlung treten. Das Abstellen auf die sog „Behandlungsbedürftigkeit“ führt zu einer Verweisung auf das Leistungsspektrum der KV: Einen Krankenbehandlungsanspruch lösen nur jene regelwidrigen Zustände aus, die durch Maßnahmen der Krankenbehandlung iSd Zielsetzungen der KV beeinflusst werden können.

Aus dem so verstandenen Kriterium der Behandlungsbedürftigkeit ergeben sich folgende wesentliche Einschränkungen des Krankheitsbegriffs: (1) der regelwidrige Zustand darf nicht eine bereits abgeschlossene Entwicklung darstellen, sondern muss noch *beeinflussbar* sein. (2) Diese Beeinflussbarkeit muss durch die *gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen der Krankenbehandlung* möglich sein, es erfolgt somit eine Verweisung auf den Leistungskatalog des KV-Rechts, der im Wesentlichen nach der Legaldefinition des § 133 Abs 1 ASVG ärztliche bzw dieser gleichgestellte²⁶ Hilfe, Heilmittel und

²⁴ OGH 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBl 2005, 527 = ZAS 2006/14 (krit Pfeil) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

²⁵ So Mazal, Krankheitsbegriff 214.

²⁶ S den Katalog in § 135 Abs 1 ASVG.

Heilbehelfe sowie Anstalts- und medizinische Hauskrankenpflege umfasst. (3) Die Krankenbehandlung muss zur *Erreichung der gesetzlich vorgegebenen Ziele notwendig* sein, welche darin liegen, die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen (sog „Selbsthilfefähigkeit“) nach Möglichkeit wiederherzustellen, zu festigen oder zu bessern.

3.2 Beeinflussbarkeit des regelwidrigen Zustandes

Ist ein regelwidriger Gesundheitszustand nicht mehr beeinflussbar, da dies auch durch gezielte Behandlung nicht mehr möglich ist, so stehen unter dem Titel „Versicherungsfall der Krankheit“ keine Leistungen zu. Dabei ist der Begriff der Beeinflussbarkeit weit zu sehen, sodass auch unheilbare Leiden als Krankheiten zu qualifizieren sind, solange Maßnahmen der Krankenbehandlung den Zustand festigen und Verschlechterungen hintanhaltend können.²⁷ So akzeptiert die Rsp insb die ärztliche Überwachung bei Diabetikern oder die Scherzklinderung als aus dem Versicherungsfall der Krankheit zu erbringende Leistungen.²⁸

Ist ein Zustand hingegen gänzlich abgeschlossen und können somit nicht einmal mehr Verschlimmerungen hintangehalten werden, so fehlt es an der Möglichkeit der Einflussnahme durch Maßnahmen der Krankenbehandlung. Die Regelwidrigkeit ist dann nicht mehr als Krankheit, sondern als *Gebrechen* einzustufen, für das die gesetzliche KV ebenfalls Vorsorge zu treffen hat (§ 116 Abs 1 Z 3 ASVG). Der Anspruch des Versicherten ist in diesem Fall jedoch nicht als Pflichtleistung, sondern als freiwillige Leistung ausgestaltet: Der KV-Träger kann Zuschüsse zur Anschaffung und Wartung von Hilfsmitteln gewähren, wobei Höchstbeträge gesetzlich vorgegeben sind. Auch die als Ermessensleistung ausgestaltete medizinischen Rehabilitation (§ 154a ASVG) kann als kv-rechtliche Reaktion auf ein Gebrechens angesehen werden, wenn diese dazu dient, die Folgen der Krankheit zu mildern (insb Gewährung von Körperersatzstücken).

3.3 Orientierung an den krankenversicherungsrechtlich vorgesehenen Leistungen

3.3.1 Der Leistungskatalog der Krankenversicherung

Nicht jede Form der Beeinflussbarkeit eines regelwidrigen Zustandes führt zum Leistungsanspruch, sondern nur jene, die durch die gesetzlich vorgesehenen Leistungen erfolgen kann – eine Krankenbehandlung iSd Gesetzes muss notwendig sein. Die Krankenbehandlung umfasst nach § 133 Abs 1 ASVG ärztliche Hilfe sowie Heilmittel und Heilbehelfe. Es kann somit zwischen Dienstleistungen und der Sachmittelgewährung unterschieden werden²⁹, wobei auch zweiterer regelmäßig eine Dienstleistung voranzugehen hat, nämlich die Verordnung durch einen Arzt.

²⁷ Vgl § 122 Abs 2 ASVG, wo die Festigung der Gesundheit ausdrücklich als Ziel der Krankenbehandlung normiert ist sowie insb *Mazal*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung bei chronischen Krankheiten, ZAS 2002, 33 (35) mwN der Rsp.

²⁸ So schon OLG Wien 15 R 115/62, SVSlg 11.740 = SSV 2/150.

²⁹ So insb *Mazal*, Krankheitsbegriff 260 ff, 275 ff.

Bei den Dienstleistungen als Maßnahmen der Krankenbehandlung nennt zwar § 133 Abs 1 ASVG nur die ärztliche Hilfe, stellt ihr aber dann in § 135 ASVG Leistungen anderer Personen gleich, wobei die KV zu deren Leistung nur dann verpflichtet ist, wenn sie aufgrund einer ärztlichen Verschreibung erfolgen. Dabei handelt es sich um physiotherapeutische, logopädisch-phoniatrische-audiologische sowie ergotherapeutische Behandlungen sowie die Leistungen eines Heilmasseurs oder diagnostische Leistungen eines klinischen Psychologen. Lediglich für die psychotherapeutische Behandlung ist keine ärztliche Verschreibung erforderlich. Für den Leistungsanspruch der KV ist jedoch eine ärztliche Untersuchung vor oder nach der ersten, jedenfalls vor der zweiten psychotherapeutischen Behandlung innerhalb desselben Abrechnungszeitraumes notwendig. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht wie in den anderen Heilberufen als „Verschreibung“ oder als ärztliche Kontrolle der psychotherapeutischen Tätigkeit zu sehen, sondern dient dem Zweck, zu Beginn der psychotherapeutischen Behandlung, allfällige organische Ursachen des seelischen Zustandes des Patienten abzuklären.³⁰

Im Wesentlichen wird damit der Leistungskatalog der KV auf bestimmte Gruppen von Leistungserbringern und deren gesetzlich ausgestaltetes Berufsbild verwiesen – die Dienstleistungen als Krankenbehandlung haben damit eine persönliche und eine sachliche Dimension³¹: Die KV muss nicht jede mögliche Heilbehandlung erbringen, sondern nur jene, die vom Tätigkeitsbereich der gesetzlich normierten Leistungserbringer umfasst sind und die auch von Personen erbracht werden, die zur Ausübung dieser Berufe berechtigt sind.

Andere KV-Gesetze, namentlich das GSVG³² und das B-KUVG³³ ordnen die Gewährung von Hilfe bzw Hilfsmitteln als Maßnahmen der Krankenbehandlung ein, wobei auffällt, dass diese Leistungen trotz dieser Zuordnung das Vorliegen eines Gebrechens voraussetzen, der im ASVG ebenso wie im BSVG³⁴ in einem Gegensatz zum Krankheitsbegriff steht.³⁵

3.3.2 Der Arzt als zentraler Leistungserbringer

Abgesehen von der – mit der 50. ASVG-Novelle, BGBl 1991/676 eingeführten – Ausnahme für Psychotherapeuten, ist das Leistungsspektrum der KV somit wesentlich durch die von Ärzten zu erbringenden Leistungen geprägt, die sich wiederum aus deren Berufsrecht ergeben: § 2 ÄrzteG definiert die ärztliche Tätigkeit als die jede *auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen* begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird.

³⁰ So insb aufgrund der Genese der Bestimmung sowie der Wesentlichkeit des Abrechnungszeitraums *Windisch-Graetz*, Komm zu OGH 10 ObS 81/01m, ZAS 2003/6 (42). Vgl auch *Binder*, SozSi 1999, 1189; *Kletter*, Komm zu OGH 10 ObS 250/98g, SozSi 1999, 200, der auf die „offizielle Begründung“ verweist. Die Materialien (AB 311 BlgNR 18. GP 2) verweisen nur auf das Ergebnis weiterer Verhandlungen zwischen dem Sozialressort und der österreichischen Ärztekammer.

³¹ Vgl *Mazal*, Krankheitsbegriff 262.

³² §§ 90, 93 GSVG.

³³ §§ 62, 65 B-KUVG.

³⁴ §§ 74, 96 BSVG.

³⁵ S dazu *Mazal*, Krankheitsbegriff 282 ff.

Dazu zählen insb die Untersuchung und die Diagnose von körperlichen und psychischen Krankheiten oder Störungen sowie die Behandlung dieser Zustände. Daneben umfasst die ärztliche Tätigkeit auch die Vornahme operativer Eingriffe einschließlich der Entnahme oder der Infusion von Blut; die Vorbeugung von Erkrankungen; die Geburtshilfe sowie die Anwendung von Maßnahmen der medizinischen Fortpflanzungshilfe sowie die Verordnung von Heilmitteln, Heilbehelfen und medizinisch diagnostischen Hilfsmitteln.

Durch diese Verweisung auf das ärztliche Berufsbild ergeben sich wesentliche Einschränkungen des Leistungsanspruchs der Versicherten im Krankheitsfall: nicht jede Leistung die von einem Arzt erbracht wird, auch wenn diese der Behandlung eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes dient, ist als Krankenbehandlung iSd KV-Rechts zu qualifizieren, sondern nur jene, die Teil von dessen Berufsbild sind, dh auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Tätigkeiten. Jene Methoden, die einer medizinisch-wissenschaftlichen Grundlage entbehren, sind deshalb nicht als Krankenbehandlung einzustufen und es besteht keine Leistungspflicht der Kassen. Die Rsp hatte sich insb in wettbewerbsrechtlichen Verfahren über Eingriffe in den ärztlichen Berufsvorbehalt und damit mit dessen Abgrenzung zu beschäftigen und hält fest, dass der Begriff der „medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse“ in § 2 ÄrzteG nicht mit dem der Schulmedizin gleichzusetzen sei. Wissenschaftlich fundiert in diesem Sinne können auch Methoden sein, die (noch) nicht Eingang in die Schulmedizin gefunden haben, wie bspw die Homöopathie und die Akupunktur. Eine auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gegründete Tätigkeit werde aber nur ausgeübt, wenn die angewandte Methode ein gewisses Mindestmaß an Rationalität aufweise und für ihre Durchführung das typischerweise durch das Medizinstudium vermittelte umfassende Wissen erforderlich sei.³⁶ Danach wurden Bestrahlungen mit einer Mineralienlampe oder das Auflegen von Blütenessenzen ohne vorangehende Diagnose nicht dem ärztlichen Vorbehaltsbereich zugerechnet.³⁷

Aber auch dann, wenn ein Arzt eine ihm gesetzlich vorbehaltene Tätigkeit ausübt, ist diese nicht jedenfalls von der KV als Pflichtleistung zu erbringen, sondern nur jene ärztlichen Leistungen, die der Behandlung eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes und, worauf sogleich einzugehen sein wird, den Zielen der Krankenbehandlung dienen.

3.3.3 Ausweitung durch Einführung neuer Leistungserbringer

Aus der Verweisung auf die gesetzlich vorgesehenen Leistungserbringer und deren Berufsbild ergibt sich auch, dass eine Einbeziehung neuer Leistungserbringer nicht nur das Leistungsspektrum der KV geweitet hat, sondern, dass dies auch Auswirkungen auf den Krankheitsbegriff überhaupt haben muss: Werden neue Behandlungsformen in den Leistungskatalog der KV aufgenommen, werden auch Regelwidrigkeiten durch Maßnahmen der Krankenbehandlung behandelbar, die dies vorher nicht waren.

³⁶ OGH 4 Ob 217/04x, ÖBl 2005/21 – Tuina-Massage; 4 Ob 256/05h, RdM 2005/41 – Ekzembehandlung durch Heilpraktiker.

³⁷ OGH 4 Ob 50/01h, ÖBl-LS 2001/109 – Bachblüten; vgl auch OGH 4 Ob 170/02g, RdM 2003/51 – Venenfunktionsprüfung in Apotheken.

Dies zeigt sich sehr deutlich an der Einführung der Psychotherapie als Pflichtleistung der KV mit der 50. ASVG-Novelle: Seitdem sind nicht nur Zustände vom Krankheitsbegriff erfasst, die durch ärztliche Hilfe beeinflusst werden können, sondern auch jene, bei denen dies durch psychotherapeutische Behandlung möglich ist.³⁸ Dies betrifft insb jene seelisch-emotionale Störungen, deren Behandlung lediglich durch Psychotherapie erfolgen kann, nicht jedoch durch ärztliche Tätigkeit. Damit hat sich das Leistungsspektrum nunmehr in die Richtung geweitet, dass auch jene Regelwidrigkeiten als Krankheit iSd KV anzusehen sind, die lediglich mit wissenschaftlich-psychotherapeutischen Methoden in einer Interaktion zwischen einem oder mehreren Behandelten und einem oder mehreren Psychotherapeuten therapiert werden können.³⁹

3.4 Orientierung an den Zielen der Krankenbehandlung

3.4.1 Gesetzliche Regelung

Durch die Krankenbehandlung sollen gem § 133 Abs 2 ASVG die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen (plakativ zueist als „Selbsthilfefähigkeit“ bezeichnet), nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden. Auch dann, wenn das Grundleiden als solches nicht mehr behebbar ist, liegt Behandlungsbedürftigkeit vor, wenn die Behandlung eine Verschlechterung des Zustandes hintanzuhalten geeignet ist, dh der Festigung der status quo dient⁴⁰, wie dies zB bei der Behandlung eines Zuckerkranken mit Insulin oder einer Dialysebehandlung bei Niereninsuffizienz der Fall ist. Auch die ausdrücklich in § 137 ASVG aufgezählten Heilbehelfe dienen demselben Zweck, da sich der Gesundheitszustand eines Versicherten ohne Brillen, orthopädische Schuheinlagen oder Bruchbänder verschlechtern würde.⁴¹

Der Gesetzgeber gibt hier die Ziele jeglicher Krankenbehandlung vor, wobei fraglich ist, ob die Gesundheit gleichrangig neben der Arbeitsfähigkeit und der Selbsthilfefähigkeit steht oder damit eine Rangordnung vorgegeben ist. Der OGH geht offensichtlich davon aus, dass der Begriff der Gesundheit durch die

³⁸ Vgl § 1 PsychotherapieG: ... „umfassende, bewußte und geplante Behandlung von psychosozial oder auch psychosomatisch bedingten Verhaltensstörungen und Leidenszuständen mit wissenschaftlich-psychotherapeutischen Methoden in einer Interaktion zwischen einem oder mehreren Behandelten und einem oder mehreren Psychotherapeuten mit dem Ziel, bestehende Symptome zu mildern oder zu beseitigen, gestörte Verhaltensweisen und Einstellungen zu ändern und die Reifung, Entwicklung und Gesundheit des Behandelten zu fördern.“ Ansatzweise OGH 10 Obs 250/98g, SSV-NF 12/104 = ZAS 1999/16 (zust Pernkopf) = DRdA 1999/35 (Mosler) = SozSi 1999, 200 (Kletter).

³⁹ Vgl die Berufumschreibung in § 1 PsychotherapieG sowie OGH 10 Obs 250/98g, SSV-NF 12/104 = ZAS 1999/16 (zust Pernkopf) = DRdA 1999/35 (Mosler) = SozSi 1999, 200 (Kletter).

⁴⁰ OGH 10 Obs 2317/96z, DRdA 1997, 366 (Binder) – neurotische Depression/Asylieung; vgl Mazal, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung 321. Binder in Tomandl, System 201; OLG Wien SVSlg 19.849 = SSV 10/134, SVSlg 21.445, 21.455.

⁴¹ OGH 24. 11. 1998, 10 Obs 193/98z, SSV-NF 12/153 – IvF.

daneben genannten Begriffe der Arbeitsfähigkeit und der Selbsthilfefähigkeit eingeschränkt sei: Es sei nicht Aufgabe der KV den Idealzustand eines gesunden Menschen zu erreichen, was insb durch die Einschränkung auf die Fähigkeit, „für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse“ (also nicht „für alle Bedürfnisse“ oder „für alle wichtigen Bedürfnisse“) zu sorgen, nahe gelegt werde.⁴² Dem ist Pfeil⁴³ entgegengetreten, nach dem die Reihenfolge der mit der Krankenbehandlung angestrebten Ziele auch eine gewisse Wertigkeit zum Ausdruck bringe: als Erstes soll die Gesundheit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden. Wenn dies nicht mehr in Betracht komme, soll wenigstens die Arbeitsfähigkeit „gerettet“ werden und wenn auch dies nicht mehr möglich sei, sei es schließlich die Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Selbsthilfefähigkeit, die eine Krankenbehandlung noch notwendig machen kann.⁴⁴

3.4.2 Zum Begriff der „Gesundheit“

Damit rückt der Begriff der Gesundheit stark in den Mittelpunkt der Betrachtung: Versteht man die Regelwidrigkeit als Abweichung von der Norm Gesundheit, so ist jegliche Maßnahme der Krankenbehandlung, welche die Regelwidrigkeit beseitigt, als notwendig anzusehen. Anderes ergibt sich dann, wenn man die Regelwidrigkeit und die Behandlungsbedürftigkeit mit unterschiedlichen Inhalten und Zielsetzungen anreichert und so die Regelwidrigkeit eines Zustandes sehr weit versteht und auf der Ebene der Behandlungsbedürftigkeit dann einen Filter einzieht. Dieser müsste dann durch zusätzliche Aspekte angereichert werden, die *va* in einem sozialen Konsens, ob eine Maßnahme überhaupt als Krankenbehandlung zustehen soll und ökonomische Erwägungen bestehen werden.⁴⁵

4. Die Kriterien „ausreichend, zweckmäßig, das Maß des Notwendigen nicht überschreitend“

Als Ansatzpunkt für ein solches Verständnis der Behandlungsbedürftigkeit kann dabei *va* § 133 Abs 2 ASVG dienen, wonach eine Krankenbehandlung „ausreichend und zweckmäßig“ sein muss, sie „jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ darf.

4.1 Zweckmäßige Krankenbehandlung

Eine Krankenbehandlung ist **zweckmäßig**, wenn sie den Zielen der Krankenbehandlung dient und zumindest erfolgversprechend ist, dh eine Behandlung

⁴² OGH 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBl 2005, 527 = ZAS 2006/14 (krit Pfeil) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

⁴³ Komm zu OGH 10 Obs 227/03k, ZAS 2006/14.

⁴⁴ Pfeil weist darauf hin, dass es die Normen über die kosmetische Behandlungen oder Kieferregulierungen (vgl §§ 133 Abs 3 S 1 und 2 bzw 153 Abs 1 S 2 ASVG) ebenfalls den Vorrang der Arbeitsfähigkeit gegenüber der Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nahe legen.

⁴⁵ So insb Mazal, Krankheitsbegriff 314 ff und schon Schrammel, ZAS 1986, 149.

nach den Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft mit hinreichender Sicherheit objektiv geeignet ist, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen.⁴⁶

In diesem Zusammenhang werden von der österreichischen Rsp *va* folgende Fragen diskutiert: Einerseits geht es um den Anspruch auf Außenseitermethoden sowie um die Frage, ob Maßnahmen der in-vitro-Fertilisation von der KV zu finanzieren sind. Andererseits um die Frage, ob grundsätzlich nicht von der KV zu erbringende Behandlungen (zB Potenzmittel oder auch die soeben angesprochene in-vitro-Fertilisation) dann aber doch zu erbringen sind, wenn sie der Behandlung eines psychischen Leidens dienen.

4.1.1 Außenseitermethoden

Bei „schulmedizinischen Methoden“ ist nach der Rsp die Frage der Zweckmäßigkeit nicht weiter zu prüfen, bei medizinischer Indikation wird diese Methode als zweckmäßig angesehen. Bei Außenseitermethoden, dh solchen die (noch) nicht von der Schulmedizin anerkannt und deshalb nicht Bestandteil des Fächerkanons des Medizinstudiums sind⁴⁷, ist nach der Rsp hingegen im Einzelfall zu prüfen, ob diese Methode bereits erfolgreich war bzw nach den bisherigen Erfahrungen mit einem Erfolg gerechnet werden durfte – ist dies der Fall, so sind diese Methoden zweckmäßig, womit sich dann die Frage stellt, ob diese oder die schulmedizinischen Behandlung als Leistung aus der KV gebührt. Diesbezüglich darf auf die Beiträge von Matschiner⁴⁸ und Resch⁴⁹ verwiesen werden.

4.1.2 In-vitro-Fertilisation

Mit dem Argument der mangelnden Zweckmäßigkeit hat die Rsp entgegen zahlreicher Gegenstimmen in der Lehre⁵⁰ auch die Tragung der Kosten von in-vitro-Fertilisation abgelehnt: Die Unfruchtbarkeit einer Frau und die Zeugungsunfähigkeit eines Mannes seien zwar regelwidrige Körperzustände, da die Fortpflanzungsfähigkeit eine biologisch notwendige Körperfunktion sei. Dieser regelwidrige Körperzustand bestehe aber nicht im Fehlen einer Schwangerschaft, sondern in der Unfähigkeit zur Empfängnis – und dieser Zustand werde durch

⁴⁶ OGH 10 Obs 174/93, SSV-NF 7/112 – türkischer Zahnersatz; vgl Binder in Tomandl, System 2.2.3.2.A.

⁴⁷ Zum Begriff der Schulmedizin s Resch, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf sog Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – Die Rechtslage im österreichischen Krankenversicherungsrecht, S 57.

⁴⁸ Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf sog Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – Die Rechtslage im deutschen Krankenversicherungsrecht, S 38 ff.

⁴⁹ S 57 ff.

⁵⁰ So zB Holzer, Komm zu OLG Wien 35 R 104/84, JBl 1985, 183 f; Bernat, Extrakorporale Befruchtung und künstliche Insemination als Krankenbehandlung im Sinne von §§ 120, 133 ASVG? VR 1987, 345 ff; ders, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989) 64 ff; ders, Komm zu OGH 10 Obs 2371/96s, RdM, 1997, 157 ff; Binder, Aktuelle Fragen im Leistungsrecht der Krankenversicherung, ZAS 1990, 11 f; ders in Tomandl, Der OGH als Sozialversicherungshöchstgericht 7 f; Mazal, Krankheitsbegriff 58 ff; ders, Komm zu OGH ZAS 1990, 172 ff.

die künstliche Befruchtung nicht beeinflusst.⁵¹ Jedenfalls stelle eine künstliche Befruchtung einer an sich vollkommen gesunden und empfängnisfähigen Frau, die nur wegen Zeugungsunfähigkeit ihres Mannes kinderlos geblieben ist, keine Krankenbehandlung der Frau iSd § 133 Abs 2 ASVG dar.⁵²

4.1.3 Eigentlich nicht zustehende Behandlungen als Behandlung einer psychischen Krankheit

Ebenfalls im Zusammenhang mit der in-vitro-Fertilisation stellte sich die Frage, ob diese eigentlich nicht als Leistung der KV zustehende Behandlung nicht doch einen Anspruch auslösen kann, wenn diese als Behandlung einer aus dem unerfüllten Kinderwunsch resultierenden Depression eingesetzt wird. Das Höchstgericht schloss sich Auffassungen im Schrifttum⁵³ an, dass die Behandlung depressiver Reaktionen Sache der Psychiatrie, nicht aber des Gynäkologen sei. Nur ersteren sei daher – jedenfalls aus sv-rechtlicher Sicht – die Krankenbehandlung zur Herstellung, Festigung oder Besserung der Gesundheit einer (kinderwunschbedingt) psychisch kranken Frau aus dem Versicherungsfall der Krankheit übertragen. Daher könne auch nur für eine solche Behandlung ein Leistungsbegehren aus dem Titel der KV mit Erfolg erhoben werden, nicht hingegen für rein gynäkologische Eingriffe.

In einer jüngeren, im Beitrag von Pfeil⁵⁴ ausführlich behandelten Entscheidung, gewährte der OGH jedoch nun Arzneien zur kurzfristigen Behebung einer auf eine Prostata-Operation zurückzuführenden erektilen Dysfunktion, da diese in einer Depression des Versicherten resultierte.⁵⁵ Nach Ansicht des Höchstgerichts unterscheide sich dieser Fall von jener der in-vitro-Fertilisation dadurch, dass es nach dem von ihm zitierten Schrifttum keine psychische Indikation (wohl aber Gegenindikationen) für eine extracorporale Befruchtung gebe und aus medizinischer Sicht Schwangerschaft und Geburt, aber eben nicht Depressionsbehandlung die anzustrebenden Erfolgskriterien jeglicher Sterilitätsbehandlung seien. Davon unterscheide sich aber der Fall der Behandlung der erektilen Dysfunktion schon dadurch, dass diese zweifellos auch zu Depressionen oder zu anderen psychischen Beschwerden führen könne und mit einer erfolgreichen Behandlung der erektilen Dysfunktion auch die psychischen Probleme des Versicherten behoben bzw. verbessert werden können. Ganz so einfach wie der OGH vermeint, dürften die beiden Entscheidungen jedoch nicht zu harmonisieren sein: Auch eine ungewollte Kinderlosigkeit kann wohl als Auslöser einer psychischen Krankheit in Frage kommen und so die Durchführung einer in-vitro-Fertilisation als notwendige Krankenbehandlung der psychischen Probleme gesehen werden. Freilich besteht mittlerweile eine spezialgesetzliche Regelung zur teilweisen Tragung der Kosten von in-vitro-Fertilisation im IVF-Fondsge-

⁵¹ OGH 10 Obs 193/98z, SSV-NF 12/153 – IvF.

⁵² OGH 10 Obs 2371/96s, SSV-NF 11/2, RdM 1997, 158 (zust Bernat).

⁵³ Kentenich/Luberichs/Gagel/Pastor in Fischl (Hg), Kinderwunsch (1995) 29 (36).

⁵⁴ Leistungen der sog Lifestyle-Medizin im österreichischen Krankenversicherungsrecht, S 90 ff.

⁵⁵ OGH 10 Obs 12/06x, JBl 2006, 597 – Caverject. S dazu auch Posch/Ettmayer, Gedanken zum Krankheitsbegriff – Erkenntnisse zur Potenz, DRdA 2006, 199.

setz⁵⁶ – fraglich ist jedoch weiterhin, ob nicht aus dem Titel der Behandlung einer Depression die Kostentragung einer in-vitro-Fertilisation durch die KV beansprucht werden kann.

4.2 Ausreichende Krankenbehandlung

Eine Krankenbehandlung ist ausreichend, wenn sie nach dem jeweiligen Stand gesicherter medizinischer Erkenntnisse nach Umfang und Qualität eine hinreichende Chance auf einen Heilungserfolg bietet. Damit ist die Minimalgrenze der Leistungsverpflichtung festgelegt, die unter Zugrundelegung von gesicherten medizinischen Erkenntnissen und nach dem anerkannten Stand der Medizin nach Umfang und Qualität eine hinreichende Chance auf einen Heilungserfolg bieten muss.⁵⁷

Der OGH⁵⁸ hat diesem Aspekt für die Beantwortung der Frage nach der Kostentragung einer *im Ausland durchgeführten Operation* in den Vordergrund gerückt. Es ging dabei um eine komplizierte Herzoperation, die ein Versicherter im Methodist Hospital in Houston/Texas durchführen ließ, da er der Ansicht war, dass dieser komplizierte und lebensgefährliche Eingriff nur dort durchgeführt werden könnte. Der OGH stellt in seiner Entscheidung die Frage ob die Operation zumutbarerweise in Österreich durchgeführt werden konnte in den Mittelpunkt seiner Überlegungen. Es gehe dabei nicht darum, ob ein Versicherter die Qualität einer im Ausland durchgeführten Operation höher einschätze als die einer solchen im Inland, sondern nur darum, ob die zur Abwendung einer lebensbedrohenden Krankheit des Versicherten erforderliche Operation zur damaligen Zeit sinnvoller Weise, dh mit einer ausreichenden Erfolgswahrscheinlichkeit, in Österreich hätte durchgeführt werden können. Es sei daher festzustellen, in welchem Ausmaß eine allfällige statistisch untermauerte Unterschiedlichkeit der Mortalitätsraten bei Vornahme des gegenständlichen operativen Eingriffs in verschiedenen in Betracht kommenden Herzstationen zu erwarten gewesen wäre. Grundsätzlich sei es nämlich der Versichertengemeinschaft nicht zuzumuten, die wesentlich höheren Kosten einer Operation im Ausland zu übernehmen, wenn eine gleiche Operation kostengünstiger im Inland erfolgen könne. Bei Prüfung der Zumutbarkeit sei auch zu berücksichtigen, ob die erforderliche Operation in der betreffenden Krankenanstalt mit der für den möglicherweise lebensbedrohenden Gesundheitszustand des Patienten notwendigen Raschheit durchgeführt werden könne.

4.3 Notwendige Krankenbehandlung

Weiters darf die Krankenbehandlung das Maß des Notwendigen nicht überschreiten: Notwendig ist jene Maßnahme, die zur Erreichung des Zweckes unentbehrlich oder unvermeidbar ist. Mit dieser Bestimmung sollen nach Ansicht des OGH⁵⁹ unnötige Maßnahmen vermieden und damit die finanzielle Belastung in Grenzen gehalten und andererseits die zur medizinisch notwendigen Versorgung

⁵⁶ BGBl I 1999/180 idF BGBl I 2004/42.

⁵⁷ OGH 10 Obs 174/93, SSV-NF 7/112 – türkischer Zahnersatz.

⁵⁸ OGH 10 Obs 136/92, SSV-NF 6/142 – Herzoperation/Texas.

⁵⁹ OGH 10 Obs 174/93, SSV-NF 7/112 – türkischer Zahnersatz.

erforderlichen Maßnahmen gewährleistet werden. Die Beschränkung des Leistungsumfangs auf das Maß des Notwendigen beinhaltet damit auch das *Gebot der Wirtschaftlichkeit der Krankenbehandlung*. Dieser Themenbereich ist ebenfalls Thema zweier der folgenden Beiträge⁶⁰, weshalb hier nur grundsätzlich auf diese Frage eingegangen werden soll.

Hervorzuheben ist eine Entscheidung des OGH⁶¹ zur Frage der Kostenübernahme für die *Verödung von Krampfadern*, wobei mehrere Therapie-Möglichkeiten des Venenleidens der Versicherten bestanden: Die eine Methode (die Stripping-Methode) war mit einem Krankenhausaufenthalt und einer Vollnarkose verbunden, dafür aber kostengünstiger und effizienter; die andere, bei der Versicherten angewendete Methode (Verödung der Venen) konnte hingegen ambulant durchgeführt werden, resultierte aber in höheren Kosten. Der OGH hält dazu unter Berufung auf *Mazal*⁶² fest, dass die Kosten neben der Qualität, der Quantität und der Eignung einer Maßnahme, den angestrebten Erfolg herbeizuführen, nur eines von mehreren Beurteilungskriterien seien, die in einen im Ergebnis einheitlichen Bewertungsakt einfließen. Für das Gewicht des Kostenarguments sei dabei das Ausmaß der Betroffenheit des Patienten im Einzelfall maßgebend: Stehe man vor der Entscheidung, ob eine Behandlung das Maß des Notwendigen überschreite, die den Patienten zB nur einen unwesentlichen Vorteil der Schmerzlinderung bringe, jedoch wesentlich teurer sei als eine andere, werde man unter dem Gesichtspunkt der Zweckwidrigkeit die Gewährung der teureren Behandlung trotz ihrer Vorteile ablehnen. Bei Behandlungen, in denen der Unterschied in der Betroffenheit des Patienten groß sei, weil entweder hohe oder viele Ziele der Krankenbehandlung tangiert werden, wenn es etwa um eine raschere, risikoärmere oder bedeutend schmerzfreiere Behandlung gehe, übersteige es nicht das Maß des Notwendigen, wenn diese, allenfalls auch teurere Behandlung gewährt würde.

Nach Ansicht des OGH komme der vom Arzt im Einvernehmen mit dem Patienten festgelegten Behandlungsmethode die wesentliche Bedeutung zu, das Maß des Notwendigen und Zweckmäßigen sei erst dann überschritten, wenn - bezogen auf den im konkreten Fall vorliegenden Leidenszustand - eine überflüssige oder mit den Regeln der ärztlichen Wissenschaft nicht zu vereinbarende Therapie angewendet werde. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn zwischen den Kosten der unterschiedlichen Behandlungsmethoden ein Missverhältnis bestehe, das in der den Versicherten schonenderen Behandlungsweise kein Äquivalent finde.

5. Alternative: Abkehr vom zweistufigen Krankheitsbegriff

In der bisherigen Darstellung wurde eine Orientierung am im Gesetz angelegten zweistufigen Krankheitsbegriff versucht, wobei sich herausgestellt hat, dass

⁶⁰ *Engelmann*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftsgebotsgebot – Die Rechtslage im deutschen Krankenversicherungsrecht, S 109; *Neumayr*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftsgebotsgebot – Die Rechtslage im österreichischen Krankenversicherungsrecht, S 147.

⁶¹ OGH 10 Obs 113/94, SSV-NF 8/44 = ZAS 1994/18 (*Tomandl*) – Verödungstherapie.

⁶² Krankheitsbegriff 361ff.

eine klare Trennung der Regelwidrigkeit und der Behandlungsbedürftigkeit kaum möglich ist. Der Tatbestand „Krankheit“ verweist auf die Rechtsfolge „Krankenbehandlung“; ist diese notwendig, so ist der Tatbestand erfüllt – schon aus dieser Konstruktion zeigt sich, dass die Beantwortung der Frage, ob die KV leistungspflichtig werden soll, im Wesentlichen ein Wertungsproblem darstellt. Diese Wertungen werden jedoch gerade in der älteren Rsp selten transparent gemacht, sondern vielmehr häufig hinter begrifflichen Spitzfindigkeiten verborgen.

*Mazal*⁶³ schlägt als Lösung dieses Problems einen „sozialen Krankheitsbegriff“ vor, der im Element der Regelwidrigkeit durch eine medizinische Komponente und im Element der Behandlungsbedürftigkeit durch eine soziale Bewertung gebildet wird: Anhand der Möglichkeit, eine bestimmte medizinische Maßnahme zu setzen, werde indirekt ein Zustand beschrieben, dessen Bewertung als krankhaft in einem weiteren Schritt das Ergebnis einer Interessenabwägung zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteressen sei. Der OGH⁶⁴ verweist in seiner jüngeren Rsp häufig auf *Mazal*, wobei deren Wert mE va darin liegt, dass die für den Gerichtshof maßgeblichen Wertungen transparenter gemacht werden und damit insb die Vorhersehbarkeit zukünftiger Entscheidungen gesteigert wird.

6. Einzelprobleme

6.1 Eintritt des Versicherungsfalls

Nach § 120 ASVG gilt der Versicherungsfall der Krankheit mit dem Beginn der Krankheit eingetreten, dh mit dem Zeitpunkt zu dem Regelwidrigkeit und Behandlungsbedürftigkeit vorliegen. Die Rsp verlegt diesen Zeitpunkt bisweilen nach vorne, wenn eine medizinische Maßnahme im Einzelfall erforderlich ist, um einen schweren gesundheitlichen Nachteil abzuwenden, es somit dem Versicherten unzumutbar ist, bis zum tatsächlichen Eintritt der Krankheit zu warten. So sieht der OGH⁶⁵ eine *Sterilisation* als von der Leistungspflicht der gesetzlichen KV umfasst an, wenn sie im Einzelfall erforderlich ist, um die mit einer Schwangerschaft verbundene Gefahr eines schweren gesundheitlichen Nachteils von der Frau abzuwenden. Es sei der Versicherten, der aus gesundheitlichen keine andere Form der Empfängnisverhütung zumutbar ist, nicht zuzumuten, jedes Mal bis zum Eintritt der Schwangerschaft zuzuwarten und dann einen Schwangerschaftsabbruch durchführen zu lassen. Dabei beruft sich der OGH va auf *Binder*⁶⁶, der vertritt, dass die ärztliche Behandlung bereits im

⁶³ Krankheitsbegriff 213 ff, 391.

⁶⁴ So insb OGH 10 Obs 113/94, SSV-NF 8/44 = ZAS 1994/18 (*Tomandl*) – Verödungstherapie; 10 Obs 227/03k, SSV-NF 18/65 = JBI 2005, 527 = ZAS 2006/14 (*krit Pfeil*) – erektile Dysfunktion/Diabetiker.

⁶⁵ OGH 10 Obs 269/88, SSV-NF 2/115 = SZ 61/226 = JBI 1989, 405 = SozSi 1989, 576 = infas 1989 S 32; ähnlich OGH 10 Obs 51/96, RdM 1996, 187 = ASoK 1997, 95.

⁶⁶ Aktuelle Fragen im Leistungsrecht der Krankenversicherung, ZAS 1990, 12; *ders in Tomandl*, OGH als Sozialversicherungshöchstgericht 10; *ders in Tomandl*, System 201. S auch *Mazal*, Krankheitsbegriff 88; *Reif*, Gesundheitsförderung aus der Sicht der sozialen Krankenversicherung in Österreich, SozSi 1992, 230.

Stadium der noch schlummernden krankhaften Anlage einsetzen könne; zur Vermeidung eines Ausufers müsse jedoch eine hohe Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer spezifischen Krankheit bestehen.

In diesem Sinne steht eine Krankenbehandlung nach der Rsp jedenfalls dann nicht zu, wenn die bloße Möglichkeit des Umschlagens einer psychischen Belastung in eine psychische Störung mit Krankheitswert, maW die bloße Gefahr einer psychischen Erkrankung, gegeben ist. Dies spricht der OGH im Zusammenhang mit der in-vitro-Fertilisation als Behandlung einer möglicherweise daraus resultierenden Depressionen wegen unerfülltem Kinderwunsches aus; andernfalls würde der Krankheitsbegriff des ASVG einseitig und in unzulässiger Weise zu Lasten des Versicherungsträgers ausgeweitet, weil ein regelwidriger Geisteszustand eben noch nicht eingetreten sei und als Leistungen für Krankheitsverhütung nur die in § 156 ASVG aufgezählten freiwilligen Leistungen vorgesehen seien.⁶⁷

Daraus ergibt sich mE, dass es nach der Rsp für die Vorverlegung des Eintritts des Versicherungsfalls in erster Linie wesentlich auf die Wahrscheinlichkeit der Leidensverwirklichung ankommt, andererseits aber auch die Schwere der möglichen Beeinträchtigung der Gesundheit eine Rolle spielen soll. Dieses zusätzliche Kriterium ist zu hinterfragen – zutreffender wäre es bei hoher Wahrscheinlichkeit des Krankheitseintritts jedenfalls Regelwidrigkeit und Behandlungsbedürftigkeit zu bejahen und das Problem als Auswahl zweier zur Verfügung stehender Therapiemöglichkeiten zu lösen: Einerseits kann eine präventive Maßnahme gesetzt und andererseits zugewartet und dann das verwirklichte Risiko behandelt werden. Hier ist dieselbe schon vorher bei der Auswahl alternativer Therapien dargelegte Abwägung vorzunehmen, wobei es neben der Betroffenheitsintensität, der Wirksamkeit der Behandlung und den Kosten insb auch auf die Wahrscheinlichkeit des Krankheitseintritts ankommen wird.

6.2 Determinierung durch untergesetzliche Regelungen

Die Verordnung der *Heilmittel* erfolgt durch den Arzt auf der Grundlage des vom Hauptverband herausgegebenen Erstattungskodex. Darin finden sich jene für Österreich zugelassenen, erstattungsfähigen und gesichert lieferbaren Arzneispezialitäten, die nach den in- und ausländischen Erfahrungen und nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft eine therapeutische Wirkung und einen Nutzen für Patienten annehmen lassen.⁶⁸ Der OGH judiziert dazu in stRsp⁶⁹, dass der Erstattungskodex das Recht des Versicherten auf die für eine ausreichende und zweckmäßige Krankenbehandlung notwendigen Heilmittel nicht

⁶⁷ OGH 10 Obs 115/98d, DRdA 1999/27 (Enzlberger).

⁶⁸ § 31 Abs 3 Z 12 ASVG; Binder in Tomandl, System 2.2.3.2.2.

⁶⁹ OGH SSV-NF 3/68 = ZAS 1990/22, 170 (Mazal); SSV-NF 10/30; DRdA 1997/50, 472 (Binder) = JBl 1997, 126 sowie zuletzt OGH 10 Obs 12/06x, JBl 2006, 597 – Caverject. So auch die Lit: Tomandl, Grundriss⁵ Rz 162; Thaler/Plank, Heilmittel und Komplementärmedizin in der Krankenversicherung (2005) 45, 80; Rebhahn, Die Bereitstellung von Arzneimitteln, in Grillberger/Mosler (Hg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 209 (223).

einschränke; der gesetzliche Leistungsanspruch dürfe letztlich nur im Einzelfall und nicht durch abstrakte Regelungen abschließend bestimmt werden. Die soziale KV hat demnach keine eigenständige Befugnis, den Leistungsumfang endgültig festzulegen.

Selbiges trifft auch für den Anspruch auf *ärztliche Hilfe* zu: Grundsätzlich erfolgt deren Erbringung durch Vertragsärzte, wobei die von ihnen auf Rechnung des KV-Trägers zu erbringenden Leistungen in einem vom Hauptverband der österreichischen SV-Träger und der jeweils zuständigen Ärztekammer abzuschließenden Gesamtvertrag geregelt sind. Die Unvollständigkeit dieser ärztlichen Gesamtverträge kann jedoch nach stRsp den gesetzlich verankerten Behandlungsanspruch des Versicherten weder einschränken, noch beseitigen, womit diese die Existenz sog „kassenfreier Räume“ anerkennt. Damit verbunden ist die Frage, ob ein Versicherter Kostenerstattung verlangen kann, wenn er von einem Vertragsarzt eine außervertragliche Leistung erhalten und privat honoriert hat: Zumindest bei jenen Leistungen, die beim Abschluss des Gesamtvertrags noch nicht zu erbringen waren und die in ihrem Umfang und ihrer Qualität jenen Leistungen entsprechen, für die im Gesamtvertrag Sondertarife vorgesehen sind, wird eine Kostenersatzpflicht des KV-Trägers bejaht (zB Elektroakupunktur, homöopathische Behandlungen, 24-Stunden-Blutdruckmessung).⁷⁰ Dabei können die Versicherten jedoch keinen Ersatz der „Marktpreise“ verlangen, sondern nur nach „sv-rechtlichen Marktpreisen“, dh nach Preisen, die sich an im Gesamtvertrag für vergleichbare Leistungen vorgesehenen Sätzen orientieren.⁷¹

⁷⁰ OGH 10 Obs 264/93, SSV-NF 8/33; 10 Obs 166/94, SSV-NF 9/100.

⁷¹ S insb auch Kletter, Der Leistungsanspruch im vertragsfreien Raum – eine Bilanz, ZAS 2001, 33.

Kati Wild/Herbert Matschiner

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf so genannte Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – Die Rechtslage im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Der Anspruch auf Krankenbehandlung

Die Rechtsgrundlage jedes Behandlungsanspruches im deutschen KV-Recht ist § 27 SGB V. Danach haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.

Die Krankenbehandlung umfasst:

1. Ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung,
2. zahnärztliche Behandlung, einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz,
3. Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln,
4. häusliche Krankenpflege und Haushaltshilfe,
5. Krankenhausbehandlung,
6. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzende Leistungen.

Der Anspruch besteht allerdings nicht uneingeschränkt.

Begrenzt wird der Anspruch insb durch Anforderungen an die Qualität und Wirksamkeit von Leistungen gem §§ 2 Abs 1 und 12 SGB V. Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. Die Leistungen müssen außerdem ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein und 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.

Nur innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens kann eine Leistungspflicht der Krankenkassen bei Neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden bestehen.

2. Leistungspflicht der Krankenkassen bei neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

Maßgebliche Vorschrift für die Leistungspflicht bei neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden ist § 135 Abs 1 SGB V. Danach dürfen neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu Lasten der Krankenkassen in der ver-

tragsärztlichen (und vertragszahnärztlichen) Versorgung nur erbracht werden, wenn der GBA Empfehlungen abgegeben hat über

- den diagnostische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit,
- die medizinische Notwendigkeit und therapeutischen Nutzen,
- die notwendige Qualifikation der Ärzte,
- die apparativen Anforderungen,
- die Maßnahmen der Qualitätssicherung.

2.1 Behandlungsmethode

Nach der Rsp des BSG ist eine Behandlungsmethode ein medizinisches Vorgehen, dem ein eigenes theoretisch-wissenschaftliches Konzept zugrunde liegt, das es von anderen Therapieverfahren unterscheidet und seine systematische Anwendung in der Behandlung bestimmter Krankheiten rechtfertigen soll¹.

2.2 Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode

Der Begriff der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode wird im Gesetz nicht definiert. Ob eine Behandlungsmethode „neu“ ist, wird von der Rsp und auch von der Verfahrensordnung des GBA² rein formal betrachtet. Eine Untersuchungs- und Behandlungsmethode ist dann „neu“, wenn sie zum Zeitpunkt der Behandlung nicht als abrechnungsfähige Leistung im EBM-Ä aufgeführt wird³. Der Einheitliche Bewertungsmaßstab für vertragsärztliche Leistungen ist Bestandteil der Bundesmantelverträge und wird von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen vereinbart. Er bestimmt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander⁴. Beschrieben werden in der Regel nicht einzelne Behandlungsmethoden sondern die ärztlichen „Handgriffe“ bei bestimmten Diagnosen werden mit Punkten bewertet.

Neu sind auch Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die zwar im Einheitlichen Bewertungsmaßstab aufgeführt sind, deren Indikation oder deren Art der Erbringung aber wesentliche Änderungen oder Erweiterungen erfahren haben⁵.

2.3 Außenseitermethode

Der Begriff der Außenseitermethode kommt im Gesetz nicht vor. Unter Außenseitermethode wird üblicherweise eine Methode verstanden, die zwar bekannt ist, sich jedoch nicht bewährt hat⁶ oder die in einem grundsätzlichen Gegensatz zur „Schulmedizin“ steht.

¹ BSGE 88, 51, 60 = SozR 3-2500 Nr 2 zu § 27a SGB V S 19 mwN.

² Vgl § 9 Verfahrensordnung des GBA.

³ Ständige Rsp vgl nur BSG SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V; SozR 4-2400 Nr 3 zu § 89 SGB V Rn 25 mwN.

⁴ Vgl zum EBM-Ä § 87 Abs 2 SGB V.

⁵ BSG 4. 4. 2006 – B 1 KR 12/05 R – interstitielle Brachytherapie mit Permanent-Seeds.

⁶ BT-DS 11/2237, 157; KassKomm/Höfler § 12 Rn 24.

Die Schulmedizin wird dabei durch ihre Ausrichtung an naturwissenschaftlichen Erklärungsmodellen von Krankheit und Therapie charakterisiert⁷. Außenseitermethoden werden deshalb auch als „unkonventionelle Heilmethoden“, „unorthodoxe Krankenbehandlung“ oder „Alternativmedizin“ bezeichnet. Aufgrund der formalen Definition der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden unterfallen auch die Außenseitermethoden dem Begriff und den Zulässigkeitsregeln der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, sodass im Weiteren auf eine gesonderte Betrachtung der Außenseitermethoden verzichtet werden kann.

2.4 Paramedizinische Behandlungsmethoden

Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden können nur medizinische Verfahren sein. Sog paramedizinische Behandlungsverfahren, etwa das Wirken von Wunder- oder Geistesheilern, fehlt der Bezug zur seriösen Medizin und zur medizinischen Wissenschaft⁸. Nach dem SGB V dürfen Leistungen der GKV jedoch allein nach Maßgabe der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft beansprucht und erbracht werden. Andere als medizinische Maßnahmen – und hierzu zählt das BSG zum Beispiel auf rituelle Heilung ausgerichtete Maßnahmen wie das bloße Handauflegen – sind von vornherein als Leistungen der GKV ausgeschlossen⁹. Solche Maßnahmen bedürfen weder ärztlicher Fachkenntnisse noch stellen sie Ausübung der Heilkunde dar¹⁰.

3. Feststellung der Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenkassen durch den Gemeinsamen Bundesausschuss

3.1 Zusammensetzung und Aufgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses

Der GBA, der die neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu bewerten hat, wird von den Bundesverbänden der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft gebildet. Ihm gehören je neun Vertreter der Leistungserbringer und der Kassen sowie ein unparteiischer Vorsitzender und zwei weitere unparteiische Mitglieder an.

Der GBA wird nur auf Antrag tätig. Antragsberechtigt sind die Kassen(zahn)ärztliche Bundesvereinigung, die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und die Spitzenverbände der Krankenkassen.

Dem GBA ist vom Gesetzgeber unter anderem die Aufgabe übertragen worden, die Leistungen der GKV hinsichtlich der Notwendigkeit, Wirksam-

⁷ Jung, FS Krasney 221, 224; KassKomm/Höfler § 12 Rn 25.

⁸ Rolfs, FS 50 Jahre BSG 475, 481; Jung, FS Krasney 221, 224 f.

⁹ BSG 7. 11. 2006 – B 1 KR 24/06 R – LITT; Rolfs, FS 50 Jahre BSG 475, 481; Jung, FS Krasney 221, 224 f.

¹⁰ BVerfG 2. 3. 2004 – 1 BvR 784/03; 3.6.2004 – 2 BvR 1802/02.

keit und Wirtschaftlichkeit zu untersuchen und auf diese Weise die in der GKV zu erbringenden Leistungen festzulegen. Dies erfolgt durch Richtlinien nach § 92 SGB V.

3.2 Rechtsnatur der Richtlinien und gerichtliche Überprüfung

Diese Richtlinien sind außenwirksame verbindliche untergesetzliche Rechtsnormen¹¹ auf der Ebene des autonomen Rechts¹². Sie sind für die Vertragsärzte, die Versicherten, die Krankenkassen¹³ aber auch für die Gerichte anzuwendendes Recht. Eine Überprüfung der Richtlinien durch die Gerichte ist nur eingeschränkt möglich. Die Gerichte können auf Willkür, auf Einhaltung der Ermächtigungsgrundlage oder auf Einhaltung der Verfahrensordnung prüfen, eine inhaltliche Prüfung ist ihnen aber verwehrt¹⁴. In einer neuen Entscheidung¹⁵ behält sich das Bundessozialgericht nun aber vor, die Richtlinien des GBA formell und auch inhaltlich in der Weise zu prüfen, wie wenn etwa der Bundesgesetzgeber derartige Regelungen in Form einer untergesetzlichen Norm – etwa einer Rechtsverordnung – selbst erlassen hätte, sofern hierzu ein konkreter Anlass besteht¹⁶.

3.3 Das Leistungskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts

Die von den Krankenkassen den Versicherten geschuldeten Leistungen sind im sog Leistungsrecht, insb in den §§ 2, 12 und 27 SGB V, geregelt. Das Leistungsrecht enthält aber nur ein ausfüllungsbedürftiges „Rahmenrecht“ auf Behandlung. Welche Behandlungsmaßnahmen sich für den erkrankten Versicherten im Einzelfall ergeben, bedarf also einer näheren Konkretisierung. Welche Leistung notwendig ist, bestimmt nicht die Krankenkasse sondern der Leistungserbringer. Das Rahmenrecht des Versicherten auf Krankenbehandlung verdichtet sich deshalb nach der Rsp des BSG erst dann zu einem durchsetzbaren Einzelanspruch, wenn der Leistungserbringer festgelegt hat, welche Sach- oder Dienstleistung zur Wiederherstellung oder Besserung der Gesundheit notwendig ist. Der Leistungserbringer handelt insoweit kraft gesetzlichen Auftrags an Stelle der Krankenkasse, und begründet und konkretisiert die Leistungsverpflichtung der Krankenkasse¹⁷. Die Konkretisierung der Leistung muss daher im sog Leistungserbringerrecht erfolgen.

Die Normen über die Richtlinien stehen deshalb zutreffend im Leistungserbringerrecht, sie regeln das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern. Da der behandelnde Arzt an die Vorschriften des Leistungserbringerrechts einschließlich der Richtlinien des GBA gebunden ist – die Richtlinien sind Bestandteil

¹¹ BSGE 94, 50.

¹² BSG SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V.

¹³ Ständige Rsp des BSG, zuletzt 29. 11. 2006 – B 6 KA 7/06 R.

¹⁴ Ständige Rsp des BSG, zB 22. 3. 2005 – B 1 A 1/03 mwN.

¹⁵ BSG 7.11.2006, B 1 KR 24/06 R – LITT.

¹⁶ Vgl hierzu auch Engelmann, MedR 2006, 245, 249.

¹⁷ Ständige Rsp vgl nur BSG SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 mwN; vgl hierzu auch Schwerdtfeger, NZS 1998, 49 ff, 97 ff.

des Bundesmantelvertrags¹⁸ – und die Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigungen müssen Bestimmungen enthalten, nach denen die Richtlinien verbindlich sind¹⁹ – folgt daraus, dass die Richtlinien auch für die Krankenkassen und die Versicherten verbindlich den Umfang des Leistungsanspruchs bestimmen. Darf der Arzt eine Behandlungsmethode nicht als Kassenleistung abrechnen, weil sie nach den Richtlinien des GBA ausgeschlossen oder nicht empfohlen ist, gehört sie auch nicht zur Behandlung iSd § 27 Abs 1 S 1 SGB V, die der Versicherte beanspruchen kann.

3.4 Kritik am Leistungskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts

Das Leistungskonkretisierungskonzept des BSG blieb nicht ohne Kritik. Die Kritiker meinten, das Leistungsrecht der GKV räume dem Versicherten in § 27 SGB V einen umfassenden Anspruch auf ärztliche Behandlung sowie Heil- und Hilfsmittel im Krankheitsfalle ein. Dieser Leistungsanspruch des Versicherten werde nur durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt, wie es in den §§ 2 und 12 SGB V zum Ausdruck kommt. Das Leistungserbringerrecht habe demgegenüber lediglich dienende Funktion und könne den Leistungsanspruch nicht begrenzen. Insb fehle hinsichtlich der ambulanten Krankenbehandlung im Leistungsrecht des SGB V jeglicher Hinweis darauf, dass der Leistungsanspruch durch Richtlinien des GBA zu konkretisieren ist²⁰. Das BSG hat aber mit der hM an seiner Rsp festgehalten und wurde letztendlich durch den Gesetzgeber bestätigt, der mit einer Änderung des § 91 Abs 9 SGB V zum 1. 1. 2004 ausdrücklich die Verbindlichkeit der Richtlinien des GBA für Versicherte, Gesetzliche Krankenkassen und Leistungserbringer erklärt und somit klargestellt hat, dass die Rsp des BSG dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

3.5 Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Entscheidungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses

Auch gegen die Einräumung so weitreichender Entscheidungsbefugnisse des GBA werden Einwände erhoben. Insb wird die demokratische Legitimation der Entscheidungen des GBA in Frage gestellt. Da der GBA nur aus Vertretern der Krankenkassen, der (Zahn-)Ärzte und der Krankenhäuser sowie drei neutralen Mitgliedern besteht, erstrecken sich die Entscheidungen auch auf Gruppen, die an der Entscheidung selbst nicht unmittelbar beteiligt sind, etwa bestimmte Leistungserbringer und va die Versicherten selbst. Andererseits steht der GBA gem § 94 SGB V unter der Aufsicht des BMG, dem auch die beschlossenen Richtlinien vorzulegen sind. Das BMG kann die Richtlinien beanstanden und, wenn den Beanstandungen nicht fristgerecht entsprochen wird, die Richtlinien auch selbst erlassen. Insoweit dürfte auch eine ausreichende demokratische Legitimationskette bestehen. Das BVerfG hat die Fragen der hinreichenden demokratischen Legitimation der Entscheidungen des GBA sowie der Rechtsqualität der Richtlinien bisher offen gelassen. Es hat aber festgestellt, dass es verfassungsrechtlich zulässig ist, die nähere Konkretisierung der gesetzlichen Leistungsverpflichtung von den an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden

¹⁸ § 92 Abs 8 SGB V.

¹⁹ § 81 Abs 3 SGB V.

²⁰ Rolfs, FS 50 Jahre BSG 475, 493 ff mwN; Schimmelpfeng-Schütte, NZS 1999, 530 ff.

Ärzten vorzubehalten. Es hat es ferner für verfassungsgemäß angesehen, ein Verfahren vorzusehen, in dem neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden auf ihren diagnostischen und therapeutischen Nutzen sowie ihre medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit geprüft werden²¹. Der 1. und der 6. Senat des BSG, die für Leistungsrecht und Vertragsarztrecht zuständig sind, haben in aktuellen Entscheidungen²² nochmals bestätigt, dass sie keine verfassungsrechtlichen Bedenken sehen.

Ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Bewertung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durch den GBA bestehen daher nicht.

3.6 Bewertung der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durch den Gemeinsamen Bundesausschuss

Durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz vom 14. 11. 2003²³ wurden die bisherigen vier Bundesausschüsse zum GBA zusammengefasst. Der GBA wurde verpflichtet, sich eine Verfahrensordnung zu geben²⁴, in der er die methodischen Anforderungen an die Bewertung von Maßnahmen zu regeln hatte. Der GBA ermittelt nun den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auf der Grundlage der evidenzbasierten Medizin²⁵. Grundlage der Bewertung nach der evidenzbasierten Medizin ist die Sammlung, Sichtung und Zusammenfassung der weltweiten Fachliteratur²⁶. Die für die Bewertung vorgelegten Unterlagen werden in Evidenzstufen klassifiziert. Insb der Nutzen einer Methode ist soweit möglich mit Unterlagen der höchsten Evidenzstufe zu belegen, das heißt der Nachweis hat aufgrund mindestens einer randomisierten, kontrollierten Studie zu erfolgen. Mit der Entscheidung für die evidenzbasierte Medizin bewegt sich der GBA im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage nach § 91 Abs 3 S 1 SGB V²⁷.

Bei seltenen Erkrankungen, bei Methoden ohne vorhandene Alternative oder aus anderen Gründen kann es jedoch unmöglich oder unangemessen sein, Studien der höchsten Evidenzstufe zu fordern. Die Nutzen-Schaden-Abwägung erfolgt dann aufgrund qualitativ angemessener Unterlagen niedrigerer Evidenzstufen. Die Anerkennung bedarf jedoch umso mehr einer Begründung, je weiter von der höchsten Evidenzstufe abgewichen wird²⁸.

Die Rsp des BSG hat zwar bisher mehr auf den Konsens der einschlägigen Fachwelt als auf die Kriterien der Evidenz abgestellt, gegen die Evidenz als Bewertungsmaßstab dürften aber keine Bedenken bestehen²⁹.

²¹ BVerfG 6. 12. 2005 – 1 BvR 347/98 Abs Nr 57 ff.

²² BSG 31. 5. 2006 – B 6 KA 13/05 R; 7.11.2006 – B 1 KR 24/06 R – LITT.

²³ BGBl I 2190.

²⁴ § 92 Abs 3 Nr 1 SGB V.

²⁵ § 5 Abs 2 Verfahrensordnung des GBA.

²⁶ Engelmann, MedR 2006, 245, 252.

²⁷ Engelmann, MedR 2006, 245, 252.

²⁸ Vgl § 20 Abs 2 Verfahrensordnung des GBA.

²⁹ Engelmann, MedR 2006, 245, 252; BSG 28. 9. 2006 – B 3 KR 28/05 R – Vakuumstützsysteme.

3.7 Folgen der Bewertung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss

Erkennt der GBA eine neue Methode an, dann darf diese auch zu Lasten der GKV erbacht werden. Wird eine Methode abgelehnt, wird sie in Anl II der Richtlinien Methoden vertragsärztliche Versorgung nach § 92 Abs 1 Nr 5 SGB V aufgenommen. Der Leistungserbringer darf sie dann nicht erbringen, der Versicherte nicht verlangen und die Krankenkasse nicht bezahlen.

4. Entwicklung der Rechtsprechung bis zum 6. 12. 2005

Nun kommen allerdings nahezu täglich neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden auf den Markt, die meist für sich in Anspruch nehmen, ein Meilenstein für den medizinischen Fortschritt zu sein. Der GBA kann natürlich nicht alle diese Methoden zeitnah beurteilen, zumal er nur auf Antrag tätig wird. Die Rsp befasst sich daher vor mit Methoden, für die noch keine Bewertung des GBA vorliegt.

Die Rsp lässt sich im Wesentlichen in drei Phasen einteilen: Die Zeit vor Inkrafttreten des SGB V, die Zeit bis zum 6.12.2005 und die Zeit danach.

4.1 Die Rechtsprechung bis 1989

Nach der früheren Rsp zur RVO wurde über die Notwendigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit einer Versicherungsleistung letztlich im Einzelfall entschieden. Ein Verfahren zur Prüfung von Kriterien mit allgemeiner und verbindlicher Wirkung existierte nicht. Keine Schwierigkeiten bereiteten Methoden, deren generelle Wirksamkeit gesichert und von der medizinischen Wissenschaft anerkannt war. Handelte es sich jedoch um eine neue Methode, die noch nicht anerkannt war, oder eine zwar bekannte, aber nicht anerkannte Außenseitermethode und bestand keine andere Behandlungsmöglichkeit, so musste zumindest ein Behandlungsziel nach ärztlichem Ermessen mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg erreicht werden können. Es musste sich um eine wissenschaftlich ernst zu nehmende Therapiemöglichkeit handeln. Als Nachweis der Zweckmäßigkeit genügte die Heilwirkung im konkreten Einzelfall oder bei schweren Erkrankungen mit nicht geklärter Genese die Wirksamkeit in vergleichbaren Einzelfällen³⁰.

4.2 Die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des SGB V

Vor Inkrafttreten des SGB V hat das BSG vor die individuelle Wirksamkeit als Maßstab herangezogen.

Seit der Neufassung des § 2 Abs 1 S 3 SGB V, der nun lautet: „Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen“, stellt das BSG nicht mehr darauf ab, ob eine Behandlungsmethode im konkreten Einzelfall wirksam ist.

³⁰ Zur Entwicklung der Rsp vgl KassKomm/Höfler § 12 SGB V Rn 8 ff.

Der Gesetzgeber habe im Wortlaut dieser Norm und in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht, dass Erprobungen und Heilversuche nicht zu den Leistungspflichten der gesetzlichen Krankenkassen gehören, auch wenn sie im Einzelfall erfolgreich angewandt wurden³¹. Allgemein anerkannte und angewandte Behandlungsmethoden dürfen solange zu Lasten der GKV angewendet werden, wie der GBA sie nicht in einer Richtlinie nach § 92 SGB V aus der Leistungspflicht ausgeschlossen hat. Für neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im ambulanten Bereich besteht dagegen nach der Rsp des BSG nun ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode gehört erst dann zum Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenkassen, wenn der GBA die Methode in einer Richtlinie nach § 135 SGB V zugelassen hat. Die Entscheidung des GBA enthält insoweit auch die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit und Wirksamkeit einer Untersuchungs- und Behandlungsmethode iS von § 2 SGB V. Einzelfallentscheidungen unter unmittelbarer Anwendung der §§ 2 und 12 SGB V sind nach dieser Rsp des BSG grundsätzlich nur außerhalb des Anwendungsbereichs von § 135 zulässig.

Bei neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im ambulanten Bereich kommt eine Einzelfallprüfung nur noch bei einem sog Systemversagen in Betracht, wenn das Systemversagen ursächlich für die fehlende Anerkennung der Methode ist. Ein Systemversagen liegt vor, wenn die Einleitung oder Durchführung des Verfahrens nach § 135 SGB V willkürlich oder aus sachfremden Erwägungen blockiert oder verzögert wird³². Vom BVerfG wird zudem gefordert, die Prüfung, ob ein Systemversagen vorliegt, nicht auf Verfahrensfehler zu beschränken. Vielmehr müsse auch geprüft werden, ob der Bundesausschuss die Anforderungen an die Evidenz der zu fordernden Wirksamkeitsnachweise überspannt habe, insb soweit eine seltene Krankheit im Raum stehe³³.

Kann die Zweckmäßigkeit einer neuen Behandlungsmethode aufgrund des Vorliegens eines Systemmangels ausnahmsweise im Einzelfall festgestellt werden, so muss die Leistung den Anforderungen der §§ 2 Abs 1 S 3, 12 SGB V genügen, dh Qualität und Wirksamkeit müssen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, die sich in zuverlässigen wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen niedergeschlagen haben müssen. Dies ist der Fall, wenn die Wirksamkeit in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen aufgrund wissenschaftlich einwandfrei geführter Statistiken belegt werden kann. Stößt ein solcher Wirksamkeitsnachweis wegen der Art oder des Verlaufs der Erkrankung oder wegen unzureichender wissenschaftlicher Erkenntnisse auf erhebliche Schwierigkeiten, stellt das BSG darauf ab, ob sich die Methode in der medizinischen Praxis durchgesetzt hat³⁴. Davon könne nur ausgegangen werden, wenn sie in der medizinischen Fachdiskussion eine breite Resonanz gefunden hat und von einer erheblichen Zahl von Ärzten angewandt wird³⁵. In diesen Fällen

³¹ Ständige Rsp vgl SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V.

³² BSG SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V S 21; SozR 3-2500 Nr 14 zu § 135 SGB V S 67.

³³ BVerfG 19. 3. 2004, 1 BvR 131/04; vgl dazu auch Neumann, NSZ 2005, 617, 621; s dazu nunmehr auch § 20 Abs 2 S 3 Verfahrensordnung des GBA.

³⁴ BSGE 86, 54, 62; BSG SozR 3-2500 Nr 12 zu § 92 SGB V.

³⁵ SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V.

hat der Versicherte einen Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs 3 SGB V, wenn er die Behandlung zunächst auf eigene Kosten in Anspruch genommen hat.

Nach anderer Ansicht hat sich die Intention des Gesetzgebers nicht hinreichend im Wortlaut des § 2 Abs 1 SGB V niedergeschlagen. Vielmehr lasse der Wortlaut auch die Auslegung zu, andere Leistungen dürften lediglich nicht hinter der Qualität und Wirksamkeit allgemein anerkannter Methoden zurückbleiben. Dies sei bereits dann der Fall, wenn die Methode im konkreten Einzelfall erfolgreich sei³⁶. Stünden im konkreten Fall anerkannte Behandlungsmethoden nicht zur Verfügung, sei es va bei schwerwiegenden Erkrankungen und solchen mit unbekannter Genese geradezu ein Gebot der ärztlichen Kunst nun auch Außenseitermethoden zu versuchen, wenn zumindest nicht ganz entfernt liegende Erfolgsaussichten bestehen³⁷.

4.3 Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung

Die Rsp nach Inkrafttreten des SGB V lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Durch § 135 SGB V wird der Umfang der den Versicherten durch die Krankenkassen geschuldeten Leistungen festgelegt.
- Die Richtlinien des GBA sind für die Krankenkassen, Leistungserbringer und Versicherte unmittelbar verbindliches Recht.
- Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden über die der GBA keine Empfehlungen abgegeben hat
 - darf der Arzt nicht erbringen,
 - kann der Versicherte nicht als Sachleistung oder im Rahmen der Kostenerstattung fordern,
 - darf die Gesetzliche Krankenkasse nicht erstatten,
 - können nicht mit der Begründung gefordert werden, die Methode sei gleichwohl zweckmäßig und im konkreten Einzelfall wirksam gewesen.

Ausnahmsweise gehören solche Leistungen zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenkassen, wenn ein Systemversagen vorliegt und die Methode sich in der medizinischen Praxis durchgesetzt hat.

5. Entwicklung der Rechtsprechung nach dem 6. 12. 2005

5.1 Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. 12. 2005³⁸

Das BVerfG hatte über ein Urteil des BSG aus dem Jahr 1997 zu befinden. Gegenstand des Verfahrens war eine sog immunbiologische Therapie, bestehend aus der Anwendung von Thymuspeptiden, Zytoplasma, homöopathischen Mitteln sowie einer Bioresonanztherapie mit hochfrequenter Strahlung. Behandelt

³⁶ Schulin, HS-KV § 6 Rn 22.

³⁷ Schulin, HS-KV § 6 Rn 23; vgl auch Hart, SGB 2005, 649, 652.

³⁸ BVerfG 19. 3. 2004, 1 BvR 131/04; vgl dazu auch Neumann, NSZ 2005, 617, 621; s dazu nunmehr auch § 20 Abs 2 S 3 Verfahrensordnung des GBA.

werden sollte eine Duchenne'sche Muskeldystrophie³⁹. Das BSG hatte entsprechend seiner ständigen Rsp eine Leistungspflicht der GKV abgelehnt, da der damalige Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen noch keine positive Empfehlung zu dieser neuen Behandlungsmethode abgegeben hatte.

Das BVerfG hatte sich also mit Leistungspflicht der GKV in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung auseinander zu setzen, für die eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht.

5.2 Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlagen des Leistungsrechts

Zunächst bestätigt das BVerfG in seiner Entscheidung grundsätzlich die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlagen des Leistungsrechts der GKV und stellte ausdrücklich klar, dass es verfassungsrechtlich zulässig ist

- Leistungen in der GKV nur nach Maßgabe eines allgemeinen Leistungskatalogs zu erbringen,
- Leistungen nur unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zu erbringen,
- ein Verfahren vorzusehen, in dem neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden auf ihren diagnostischen und therapeutischen Nutzen sowie ihre medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit geprüft werden.

5.3 Leistungspflicht bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen

Allerdings, so das BVerfG, ist es mit den Grundrechten aus Art 2 Abs 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip sowie Art 2 Abs 2 (Recht auf körperliche Unversehrtheit) nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, dem für seine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung keine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

Es geht also um die verfassungskonforme, an den Grundrechten orientierte Auslegung der leistungsbegrenzend wirkenden Vorschriften der §§ 2, 12, 27 SGB V.

Die Vorgaben des BVerfG leiten sich letztlich aus dem Übermaßverbot ab und lassen sich nach dem folgenden Prinzip verallgemeinern: Je schwerwiegender und lebensbedrohlicher die Krankheit und je „hoffnungsloser“ die Situation, desto mehr treten Leistungseinschränkungen rechtfertigende Gesichtspunkte,

³⁹ BSG 16. 9. 1997 – 1 RK 28/95, BSGE 81, 54 = SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V – immunbiologische Therapie.

wie die Finanzierbarkeit des Systems der GKV, in den Hintergrund und desto eher besteht eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen.

Wenn der Versicherte einerseits einem Zwangssystem unterworfen wird und ihm für seine Beiträge, neben denen eine anderweitige Absicherung des gesundheitlichen Risikos in der Regel nur in engen Grenzen möglich ist, die notwendige Krankenbehandlung gesetzlich zugesagt wird, so darf ihm die notwendige Behandlung im Bedarfsfalle nicht verweigert werden. Insoweit verliert der Aspekt der Finanzierbarkeit des KV-Systems in der Abwägung um so mehr an Bedeutung, je lebensbedrohlicher die Erkrankung ist. Insoweit müssen die in den leistungsrechtlichen Bestimmungen enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe der jeweiligen Situation entsprechend konkretisiert werden. Das beinhaltet nach Auffassung des BVerfG, dass zwar nicht völlig auf die Prüfung der Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit einer Behandlungsmethode verzichtet werden kann, dass aber in den Extremfällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung, für die keine schulmedizinischen Behandlungsmethoden existieren, die Anforderungen an den Nachweis der Qualität und Wirksamkeit der Behandlung reduziert werden müssen.

Aus Art 2 Abs 2 GG folgt zudem die objektiv-rechtliche Pflicht des Staates sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art 2 Abs 2 GG, also das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu stellen⁴⁰. Auch Art 2 Abs 2 GG ist in erster Linie ein Abwehrrecht; unmittlere Leistungsansprüche lassen sich daraus grundsätzlich nicht ableiten.

Dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt stehen bei der Ausfüllung der Schutzpflicht ein weiter Einschätzungs- Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Der Gesetzgeber hat seiner Schutzpflicht durch die Einführung und Ausgestaltung des Systems der GKV mit dem Prinzip der grundsätzlich umfassenden Leistungspflicht der GKV im Krankheitsfall genügt. Sowohl die GKV als auch die im Streitfall anzurufenden Gerichte haben das Leistungsrecht unter Berücksichtigung dieser Schutzverpflichtung auszulegen und anzuwenden.

Insb ist dabei darauf zu achten, dass die vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungen so angewendet werden, dass das sog Untermaßgebot gewahrt bleibt. Das Untermaßverbot stellt Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Schutzes, abhängig von der Schutzbedürftigkeit und dem Rang des betroffenen Rechtsgutes einerseits und von Gewicht der damit kollidierenden Rechtsgüter andererseits⁴¹. Der Gestaltungsspielraum lässt es aber zu, etwa konkurrierende öffentliche oder private Interessen zu berücksichtigen⁴². Daraus folgt, dass auslegungsfähige gesetzliche Regelungen so auszulegen und anzuwenden sind, dass ein ausreichender und angemessener Schutz erreicht wird. Die Schutzverpflichtung muss umso ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Werteordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist⁴³. Da das Leben im Wertekanon des Grundgesetzes einen Höchstwert darstellt, besteht im Fall einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung eine erhöhte Schutz-

⁴⁰ Ständige Rsp seit BVerfGE 39, 1, 42 – Schwangerschaftsabbruch I.

⁴¹ Di Fabio in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hg), Art 2 Abs 2 GG Rn 42.

⁴² BVerfGE 77, 170 LS 2.a).

⁴³ BVerfGE 39, 1, 42.

verpflichtung, die es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gebietet, die Anforderungen an den Nachweis von Qualität und Wirksamkeit einer Behandlung zu reduzieren⁴⁴. Auch insoweit tritt also die sonst als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut eingestufte Finanzierbarkeit der GKV einschließlich der anzustrebenden Beitragsstabilität⁴⁵ gegenüber dem hochrangigen Rechtsgut Leben zurück.

Allerdings sind demgegenüber auch andere Grundrechte und Werte mit hohem Rang denkbar, die uU mit in die Abwägung einbezogen werden müssen. Die Schutzpflicht kann deshalb umgekehrt auch dazu führen, dass bestimmte Behandlungen oder Medikamente verweigert werden müssen, weil die damit verbundenen Risiken für Leben und Gesundheit des Patienten nicht mehr hinnehmbar sind. Es lassen sich in Extremfällen Leistungspflichten aus der Schutzpflicht konstruieren⁴⁶, nicht aber Leistungspflichten entgegen der bestehenden Schutzpflicht.

5.4 Zusammenfassung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Eine Leistungspflicht der GKV über § 135 SGB V hinaus besteht also:

- bei einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung,
- für die keine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung zur Verfügung steht,
- wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

5.5 Weitere Entwicklung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

5.5.1 Lebensbedrohliche Erkrankung

Das BSG hat sich seither in mehreren Entscheidungen mit der Frage befasst, bei welchen Erkrankungen die Grundsätze des BVerfG anwendbar sind. Es geht davon aus, dass eine Ausweitung auf Erkrankungen, die nicht lebensbedrohlich sind, nicht angezeigt ist. Allerdings soll eine Leistungspflicht auch in den Fällen bestehen, in denen die Erkrankung angesichts ihrer Schwere und des Ausmaßes der aus ihr folgenden Beeinträchtigungen einer tödlich verlaufenden oder lebensbedrohlichen Krankheit wertungsmäßig gleichzustellen ist, etwa eine akut drohende Erblindung⁴⁷.

Da aber nahezu jede schwere Krankheit ohne therapeutische Einwirkung irgendwann lebensbedrohliche Konsequenzen nach sich zieht, ist erforderlich, dass eine notstandsähnliche Extremsituation besteht⁴⁸. Eine drohende Erblindung wegen einer Stoffwechselerkrankung in 20 bis 30 Jahren führt daher nicht zur Anwendung der Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts⁴⁹. Das BSG nimmt eine lebensbedrohliche Erkrankung auch dann noch nicht an, wenn sich eine im Endstadium regelmäßig lebensbedrohliche Erkrankung erst in einem noch

⁴⁴ BVerfG 6. 12. 2005 – 1 BvR 347/98 Abs Nr 65.

⁴⁵ Vgl zB BVerfG MedR 2006, 45.

⁴⁶ Vgl Di Fabio in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hg), Art 2 Abs 2 GG Rn 94.

⁴⁷ BSG 26. 9. 2006 – B 1 KR 16/06 B.

⁴⁸ BSG 26. 9. 2006 – B 1 KR 3/06 R – neuropsychologische Therapie.

⁴⁹ BSG 26.9.2006 – B 1 KR 16/06 B.

beherrschbaren Anfangsstadium befindet. So hat es für ein metastasierendes Karzinom im Darmbereich die Lebensbedrohlichkeit der Erkrankung bejaht⁵⁰, für ein Prostatakarzinom im Anfangsstadium ohne Hinweise auf metastatische Ansiedlungen die Lebensbedrohlichkeit der Erkrankung dagegen verneint⁵¹.

5.5.2 Fehlende Behandlungsmöglichkeiten

Liegt eine lebensbedrohliche Erkrankung vor, soll die Anwendung einer Neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode, über die der GBA noch keine positive Empfehlung abgegeben hat, zumindest dann zulässig sein, wenn keine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung zur Verfügung steht. Auch diese Voraussetzung bedarf der Konkretisierung. Denkbar ist zB, dass die anerkannten Behandlungsmöglichkeiten bereits dann als ausgeschöpft gelten, wenn die neue Behandlungsmethode gegenüber der schulmedizinischen Behandlung statt einer bloßen Linderung der Beschwerden ein qualitativ höherwertiges Ziel der Besserung oder gar der Heilung anstrebt⁵². Falls eine anerkannte Behandlungsmethode zwar vorhanden ist, diese aber vom Patienten zB wegen einer Allergie nicht vertragen wird, dann sollen die Grundsätze des BVerfG entsprechend gelten.⁵³

5.5.3 Nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung

Nach dem Beschluss des BVerfG sind die gesetzlichen Krankenkassen in den beschriebenen Ausnahmefällen zur Leistung verpflichtet, wenn es Hinweise auf eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auch nur auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf im konkreten Einzelfall durch die vom Arzt nach gewissenhafter fachlicher Einschätzung gewählte Behandlungsmethode gibt.

Die Hinweise auf den vom BVerfG hierbei als ausreichend angesehenen Wirkungszusammenhang können sich aus einem Vergleich des Gesundheitszustandes des Versicherten mit dem Zustand anderer, in gleicher Weise erkrankter, jedoch nicht mit der neuen Methode behandelte Personen ergeben. Zulässig soll auch ein Vergleich mit solchen Personen, die bereits auf diese Weise behandelt wurden oder werden. Hinweise auf die Eignung der Behandlungsmethode könnten sich außerdem aus der wissenschaftlichen Diskussion ergeben⁵⁴.

Weitere Bedeutung soll der fachlichen Einschätzung durch die behandelnden Ärzte des Erkrankten zukommen. Das BSG nimmt an, dass der Einschätzung des einzelnen Arztes des Erkrankten nur abgeschwächte und keine ausschlaggebende Bedeutung für die Beurteilung der Erfolgsaussichten zukommt. Insb, wenn die wissenschaftliche Diskussion und die Durchführung von Studien bereits im Gange sind, sich bereits Sachverständige geäußert haben und Vergleiche mit in gleicher Weise Erkrankten möglich sind, sind die voraussichtlichen Erfolgchancen der Behandlung gegebenenfalls durch Sachverständige prüfen zu lassen⁵⁵.

⁵⁰ BSG 4. 4. 2006 – B 1 KR 7/05 R – Tomudex.

⁵¹ BSG 4. 4. 2006 – B 1 KR 12/05 R – interstitielle Brachytherapie mit Permanent-Seeds.

⁵² Vgl auch BSG 7. 11. 2006 – B 1 KR 24/06 R – LITT.

⁵³ BSG 4. 4. 2006 – B 1 KR 7/05 R – Tomudex.

⁵⁴ BVerfG 6. 12. 2005 – 1 BvR 347/98 Abs Nr 66.

⁵⁵ Vgl BSG 7. 11. 2006 – B 1 KR 24/06 – LITT; 31.5.2006 – B 6 KA 53/05 B; vgl auch Engel-

5.5.4 Grenzen der Leistungspflicht aufgrund grundgesetzlicher

Schutzpflichten

Letztlich ist zu beachten, dass die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten, die das BVerfG zu seiner Entscheidung bewogen, nicht nur verhindern sollen, dass die Leistungsansprüche der Versicherten unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Die Schutzpflichten können auch umgekehrt dem Leistungsbegehren der Versicherten Grenzen setzen. Sie sollen den Versicherten auch davor bewahren, auf Kosten der Solidargemeinschaft der GKV mit zweifelhaften Therapien behandelt zu werden⁵⁶.

Bei Neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die der GBA bereits geprüft und nicht zugelassen hat, die also in der Anl II der Richtlinie Methoden vertragsärztliche Versorgung genannt sind, sind die Gesetzlichen Krankenkassen auch weiterhin an diese Entscheidung des GBA gebunden. Für eine Anspruchsbeurteilung aufgrund grundrechtsorientierter Auslegung ist in diesen Fällen auch nach Auffassung des BSG regelmäßig kein Raum mehr, weil nach dem maßgeblichen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse medizinische Notwendigkeit, diagnostischer und therapeutischer Nutzen sowie Wirtschaftlichkeit eben nicht hinreichend gesichert sind⁵⁷.

Zum Schutz des Versicherten ist bei Prüfung der Zulässigkeit neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Falle lebensbedrohlicher oder regelmäßig tödlicher Krankheiten unter Berücksichtigung des gebotenen Wahrscheinlichkeitsmaßstabes sowohl eine abstrakte als auch eine konkret-individuelle Chancen- und Risikoabwägung durchzuführen. Nur wenn der voraussichtliche Nutzen die möglichen Risiken überwiegt, kommt die Behandlungsmethode in Betracht. Außerdem muss die Behandlung im Übrigen den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechen und ausreichend dokumentiert werden⁵⁸.

5.5.5 Exkurs: Anwendbarkeit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Versorgung mit Arzneimitteln

Für Arzneimittel gilt ein besonderes Zulassungsverfahren nach dem Arzneimittelgesetz; eine Bewertung neuer Arzneimittel durch den GBA erfolgt nicht.

Ist ein Arzneimittel arzneimittelrechtlich zugelassen, dann ist es auch verordnungsfähig. Ist es nicht zugelassen, so bestehen gegen die fehlende Verordnungsfähigkeit grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken⁵⁹. Für Kombinationen aus neuartiger ärztlicher Behandlung und Anwendung insb von Fertigarzneimitteln sind sowohl die Zulässigkeitskriterien für Arzneimitteltherapien als auch für Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu beachten⁶⁰.

Das BSG geht davon aus, dass die Grundsätze der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.12.2005 auch auf Arzneimittel übertragbar sind⁶¹.

mann, MedR 2006, 245, 258.

⁵⁶ BSG 7. 11. 2006 – B 1 KR 24/06 R – LITT.

⁵⁷ BSG 7. 11. 2006 – B 1 KR 24/06 R – LITT.

⁵⁸ BSG 7. 11. 2006 – B 1 KR 24/06 R – LITT.

⁵⁹ BVerfG NJW 1997, 3085.

⁶⁰ BSGE 93, 236 = SozR 4-2500 Nr 1 zu § 27 SGB V.

⁶¹ BSG 4. 4. 2006 – B 1 KR 7/05 R – Tomudex; vgl auch 26.9.2006 – B 1 KR 1/06 R – Ilo-medin.

Allerdings sind insoweit strenge Voraussetzungen zu beachten:

- Es darf kein Verstoß gegen das Arzneimittelrecht vorliegen. Dies bedeutet, dass das Arzneimittel zumindest in einem anderen Land zugelassen sein muss, da es sonst nicht in Verkehr gebracht bzw importiert werden dürfte.
- Unter Berücksichtigung des gebotenen Wahrscheinlichkeitsmaßstabes überwiegt bei der vor der Behandlung erforderlichen sowohl abstrakten als auch speziell auf den Versicherten bezogenen konkreten Analyse und Abwägung von Chancen und Risiken der voraussichtliche Nutzen.
- Die – in erster Linie fachärztliche – Behandlung muss den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführt und ausreichend dokumentiert werden.
- Der Versicherte muss der Arzneimittelverabreichung nach einer entsprechenden vorherigen ärztlichen Aufklärung ausdrücklich zugestimmt haben.

Liegen diese Voraussetzungen kumulativ vor, dann gelten die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts bei Arzneimitteln entsprechend⁶².

6. Sonderfälle

6.1 Extrem seltene Erkrankungen

Bei einzigartigen Erkrankungen, die weltweit nur extrem selten auftreten und die deshalb weder systematisch erforscht noch systematisch behandelt werden können, bedarf es grundsätzlich keiner vorherigen Anerkennung der angewandten Untersuchungs- und Behandlungsmethode durch den GBA, auch wenn diese „neu“ sein sollte. Hier muss vielmehr über die Zulässigkeit der Behandlungsmethode weiterhin im Einzelfall entschieden werden. Bei einer unerforschbaren singulären Krankheit kann auch nicht gefordert werden, dass positive Forschungsergebnisse oder einem bestimmten Standard entsprechende wissenschaftliche Veröffentlichungen vorliegen. Insoweit genügt es, dass die verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse die Annahme rechtfertigen, dass der voraussichtliche Nutzen die möglichen Risiken überwiegt⁶³.

6.2 Stationäre Behandlung

Für eine Krankenhausbehandlung gilt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 135 Abs 1 S 1 SGB V nicht, weil diese Vorschrift auf die vertragsärztliche, dh die ambulante Versorgung beschränkt ist. Stationäre Behandlungen mit neuen Methoden werden deshalb nicht durch eine fehlende Empfehlung des GBA von der Leistungspflicht der GKV ausgeschlossen.

Für die stationäre Behandlung gilt § 137c SGB V, der einen Verbotsvorbehalt regelt. Im stationären Bereich ist die Anwendung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu Lasten der GKV deshalb grundsätzlich solange

⁶² BSG 4. 4. 2006 – B 1 KR 7/05 R – Tomudex.

⁶³ BSGE 93, 236 = SozR 4-2500 Nr 1 zu § 27 SGB V; vgl auch Hart, SGB 2005, 649 ff.

erlaubt, bis der GBA eine Verbotsrichtlinie beschlossen hat. Der GBA wird auch hier nur auf Antrag tätig.

Entscheidungen des GBA nach § 135 SGB V entfalten keine Wirkung für den stationären Bereich, da grundsätzliche rechtliche Unterschiede für die Leistungserbringung im ambulanten und stationären Bereich bestehen⁶⁴. Der sachliche Grund für diese unterschiedliche rechtliche Behandlung besteht darin, dass der Gesetzgeber die Gefahr des Einsatzes zweifelhafter oder unwirksamer Maßnahmen wegen der internen Kontrollmechanismen und der anderen Vergütungsstrukturen im Krankenhausbereich geringer einstuft als bei der Behandlung durch einzelne niedergelassene Ärzte⁶⁵.

Gleichwohl bestehen auch im stationären Bereich Grenzen der Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenkassen. So ist der Versorgungsstandard des § 2 Abs 1 S 3 SGB V für alle Leistungsbereiche der GKV beachtlich. Er wird auch im stationären Bereich durch den anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse definiert⁶⁶. Danach gehört nur das zum medizinischen Standard und damit zum Anspruch des Versicherten gem §§ 27 Abs 1 S 2 Nr 5, 28 Abs 1 SGB V, über dessen Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit gesicherte medizinische Erkenntnisse vorliegen. Diese gesicherten medizinischen Erkenntnisse können sich beispielsweise aus ärztlichen Leitlinien ergeben.

Ob Qualität und Wirksamkeit der jeweiligen Methode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, haben im Streitfall die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zu entscheiden. Nach der Rsp des BSG ist das nur der Fall, wenn über die Zweckmäßigkeit in den einschlägigen medizinischen Fachkreisen Konsens besteht⁶⁷. Die Behandlung muss sich in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Fällen als erfolgreich erwiesen haben, was in der Regel durch wissenschaftlich einwandfrei geführte Statistiken belegt sein muss. Da es auf den Nachweis der generellen Wirksamkeit ankommt, kann die Leistungspflicht der Krankenkasse nicht damit begründet werden, dass die Therapie im konkreten Einzelfall erfolgreich gewesen sei und es unter der Behandlung zu einer Besserung des Gesundheitszustandes gekommen sei⁶⁸.

6.3 Besondere Therapierichtungen

Ein besonderes Problem stellen die sog besonderen Therapierichtungen dar.

In § 2 Abs 1 S 2 SGB V ist geregelt, dass Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmittel der besonderen Therapierichtungen nicht ausgeschlossen sind, also grundsätzlich auch zum Leistungsumfang der GKV gehören.

Was ist eine besondere Therapierichtung? Unter einer besonderen Therapierichtung ist ein umfassendes therapeutisches Konzept zu verstehen, das auf der Grundlage eines von der naturwissenschaftlich geprägten „Schulmedizin“

⁶⁴ BSG 26.9.2006 – B 1 KR 3/06 R – neuropsychologische Therapie.

⁶⁵ BSG 4.4.2006 – B 1 KR 12/05 R – interstitielle Brachytherapie mit Permanent-Seeds.

⁶⁶ BSGE 81, 182, 187 f = SozR 3-2500 Nr 5 zu § 109 SGB V 39 f.

⁶⁷ BSGE 84, 90, 96 = SozR 3-2500 Nr 4 zu § 18 SGB V 18 f.

⁶⁸ BSGE 76, 194, 198 f = SozR 3-2500 Nr 5 zu § 27 SGB V S 11 f.

sich abgrenzenden weltanschaulichen Denkansatzes größere Teile der Ärzteschaft und weite Bevölkerungskreise für sich eingenommen hat⁶⁹. Einzelne Methoden oder Therapien können lediglich Elemente einer besonderen Therapierichtung darstellen⁷⁰, sind aber selbst keine besondere Therapierichtung.

Als besondere Therapierichtungen werden in § 34 SGB V beispielhaft die Homöopathie⁷¹, die Phytotherapie⁷² und die Anthroposophie⁷³ genannt. Verbreitete Akzeptanz und Anwendung vorausgesetzt können aber auch andere Therapierichtungen den Rang einer besonderen Therapierichtung erreichen. Diskutiert wird dies für die Naturheilkunde. Das BSG hatte in einer Entscheidung von 1993⁷⁴ zunächst ohne weitere Begründung die Naturheilkunde den besonderen Therapieeinrichtungen zugewiesen, in einer späteren Entscheidung⁷⁵ die Zuordnung wieder offengelassen und nunmehr⁷⁶ die Qualifikation der Naturheilkunde als besondere Therapierichtung abgelehnt.

Wollte man die dargestellten Grundsätze der Leistungspflicht bei neuen Behandlungsmethoden auch auf die Untersuchungs- und Behandlungsmethoden der besonderen Therapierichtungen unmodifiziert anwenden, so würde dies in der Konsequenz wohl doch zu einem faktischen Ausschluss dieser Therapierichtungen führen, da sie gerade nicht dem allgemein anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse hinsichtlich der Qualität und Wirksamkeit der Leistung in der Schulmedizin entsprechen dürften.

⁶⁹ BSGE 81, 54, 72 = SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V S 28.

⁷⁰ Zuck, NZS 1999, 313.

⁷¹ Durch Samuel Hahnemann (1755 – 1843) begründetes medikamentöses Therapieprinzip, das Krankheitserscheinungen nicht durch direkt gegen die Symptome gerichtete Arzneimittel behandelt, sondern bei dem Substanzen eingesetzt werden, die in hoher Dosis den Krankheitserscheinungen ähnliche Symptome verursachen (Ähnlichkeitsprinzip), diese Substanzen kommen allerdings in der Regel nur in hoher Verdünnung (potenziert) zur Anwendung; vgl dazu auch Zuck, NJW 1991, 2933, 2934.

⁷² Pflanzenheilkunde; Behandlung und Vorbeugung von Krankheiten und Befindensstörungen durch Pflanzen, Pflanzenteile und deren Zubereitungen; Phytopharmaka bilden als Mehr- und Vielstoffgemische eine wirksame Einheit und müssen die Anforderungen des Arzneimittelgesetzes hinsichtlich Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit erfüllen; sie besitzen ein breites therapeutisches und pharmakologisches Wirkprofil, haben meist eine große therapeutische Breite und sind oft nebenwirkungsärmer als synthetisch hergestellte Arzneimittel. Vgl dazu auch Zuck, NJW 1991, 2933, 2934.

⁷³ Vgl dazu auch Zuck, NJW 1991, 2933, 2934: geisteswissenschaftliche Medizin, die entsprechend der antroposophischen Menschenkunde die vier Wesensglieder des Menschen berücksichtigt. Leibliche Veränderungen werden als Ausdruck der Seele und des Geistes verstanden. Zur antroposophischen Therapierichtung gehören beispielsweise die Behandlung von Tumorerkrankungen mit Mistelpräparaten, Heileurythmie und künstlerische Therapien.

⁷⁴ BSGE 73, 66, 72.

⁷⁵ BSGE 81, 54, 72 = SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V 28.

⁷⁶ BSG 22.03.2005 – B 1 A 1/03 R – Naturheilkunde als bloßer Sammelbegriff für natürliche Heilweisen kein Unterfall der besonderen Therapierichtungen; so bereits Zuck, NZS 1999, 313, 314, wonach sich hinter dem Begriff der Naturheilkunde sowohl Schulmedizin, besondere Therapierichtung als auch als natürlich bezeichnete Behandlungsmethoden verbergen, denen in ihrer Gesamtheit kein einheitliches Therapiekonzept zugrunde liegt.

Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist das Verhältnis von § 2 Abs 1 S 2 SGB V – besondere Therapierichtungen – zu § 2 Abs 1 S 3 SGB V – Wissenschaftlichkeitsgebot.

Der die besonderen Therapierichtungen betreffende Zusatz ist erst im Gesetzgebungsverfahren zum SGB V durch den Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung aufgenommen worden. Der Ausschuss ging dabei noch davon aus, dass es sich lediglich um eine Klarstellung handele und auch hier Wirtschaftlichkeit und Qualität gegeben sein müssten, folglich den besonderen Therapierichtungen keine Sonderstellung eingeräumt sei⁷⁷.

Die textliche Abfolge spricht dafür, dass auch die besonderen Therapierichtungen dem Wissenschaftlichkeitsgebot zu entsprechen haben. Um ein Leerlaufen des § 2 zu vermeiden, soll jedoch der allgemein anerkannte Standard therapieimmanent bestimmt werden. In diese Richtung weist auch § 135 Abs 1 SGB V, nach dem die Beurteilung neuer Methoden durch den GBA nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in der jeweiligen Therapierichtung vorgenommen werden soll.

Die wohl überwiegende Meinung in Literatur und Rsp geht deshalb davon aus, dass die besonderen Therapierichtungen durch § 2 Abs 1 S 2 SGB V eine gewisse Privilegierung erfahren haben.

Wie weit diese Privilegierung geht, ist allerdings auch nach Ansicht des BSG weder durch das Gesetz noch durch die höchstrichterliche Rsp hinreichend abgesichert. Insb nicht geklärt ist, ob die zu den neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sowie Heilmitteln entwickelten leistungsrechtlichen Grundsätze auf entsprechende Leistungen der besonderen Therapierichtungen uneingeschränkt zu übertragen sind oder ob insoweit Abweichungen und Modifizierungen in Betracht kommen⁷⁸. So sieht es das BSG, trotz der in einem anderen Zusammenhang geäußerten Annahme, dass der Vorbehalt des § 135 SGB V auch für Behandlungsmethoden der besonderen Therapierichtungen gelte⁷⁹, als bislang ungeklärt an, ob der Bundesausschuss vor einer Leistungsgewährung in diesem Bereich eine Prüfung zu Qualität und Wirksamkeit nach den herkömmlichen Kriterien angestellt und positive Empfehlungen abgegeben haben muss. Das BSG hat bisher lediglich betont, dass die Leistungen der besonderen Therapierichtungen innerhalb ihrer Richtung „anerkannt“ sein müssten und wegen des Wissenschaftlichkeitsgebots nicht jeglicher Qualitätskontrolle entzogen seien⁸⁰.

Grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, dass die für neue Behandlungsmethoden entwickelten Prinzipien auch für neu einzustufende Behandlungsmethoden der besonderen Therapierichtungen gelten. Für die Notwendigkeit einer Empfehlung des GBA spricht der Wortlaut des § 135 Abs 1 SGB V.

Bei der nach wissenschaftlichen Kriterien vorzunehmenden Beurteilung ist allerdings der besonderen Wirkungsweise der Mittel und Methoden und der therapeutische Ansätze Rechnung zu tragen. Inwieweit dabei die der evidenz-

⁷⁷ BT-DS 11/3480, 28.

⁷⁸ BSG 22.3.2005 – B 1 A 1/03 R.

⁷⁹ BSG 29.9.1998 – B 1 KR 36/97 B – Elektroakupunktur nach Voll.

⁸⁰ BSGE 81, 54, 71 f = SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 SGB V; BSG 22.3.2005 – B 1 A 1/03 R.

basierten Medizin entstammenden Kriterien uneingeschränkt zur Anwendung kommen können, ist streitig und ungeklärt⁸¹. Als Mindestvoraussetzung wird gefordert, dass die Wirksamkeit des einzelnen Mittels anerkannt ist, wobei die angewandte Methode zumindest innerhalb der Therapierichtung anerkannt sein muss⁸². Eine reine Binnenanerkennung wird jedoch nicht ausreichend sein⁸³. Denn das würde bedeuten, dass eine Methode anerkannt werden muss, wenn sich deren Anhänger über den Nutzen einig sind.

Der zu verwendende Wissenschaftsbegriff muss außerdem Mindestanforderungen an Schlüssigkeit und Überzeugungskraft enthalten und elementare Grundsätze der Logik einschließen⁸⁴.

Insgesamt erscheinen damit die Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis bei Leistungen der besonderen Therapieeinrichtungen etwas reduziert. Es sind jedoch noch viele Fragen offen.

7. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist für die Rechtslage bei neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in Deutschland festzustellen, dass diese grundsätzlich erst und nur dann in die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen fallen, wenn der GBA die Methode hinsichtlich ihrer Notwendigkeit und Wirksamkeit geprüft und empfohlen hat. Bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen, für die keine andere Behandlungsmethode zur Verfügung steht, ist eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen unter Umständen bereits vor einer empfehlenden Entscheidung des GBA anzunehmen. Auf ein Mindestmaß an Sicherheit für den Versicherten sowie ein Mindestmaß an Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit der Behandlung kann jedoch auch in diesen Fällen nicht verzichtet werden. Wo diese Grenzen liegen und ob der Wirksamkeitsnachweis auch bei Methoden der besonderen Therapierichtungen reduziert oder modifiziert werden muss, ist derzeit noch in der Diskussion und ungeklärt.

8. Literaturverzeichnis

Engelmann, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, MedR 2006, 245

Hart, Anmerkung zur Entscheidung des BSG vom 19. 10. 2004 B 1 KR 27/02 R „Photodynamische Therapie (PDT)“, SGB 2005, 649

Jung, Die Regeln der ärztlichen Kunst und unkonventionelle Heilmethoden – Ein Beitrag zur Auslegung der §§ 28 SGB V, 28 SGB VII in Gitter/Schulin/Zacher, (Hg), FS für Otto Ernst Krasney (1997) (zitiert: FS Krasney) 221

⁸¹ Vgl nur Zuck, NZS 1999, 313, 317 und KassKomm/Hess § 135 SGB V Rn 9.

⁸² BSG SozR 3-2500 Nr 4 zu § 135 S 28 – Immunbiologische Therapie; Zuck, NZS 1999, 313, 317.

⁸³ So auch KassKomm/Hess § 135 SGB V Rn 9: positive Anerkennung durch Anhänger der besonderen Therapierichtung nicht ausreichend.

⁸⁴ KassKomm/Höfler § 12 SGB V Rn 37 mwN.

Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, 2 Bände, München, Loseblatt, Stand: 52. Ergänzungslieferung, November 2006 (zitiert: KassKomm-Bearbeiter)

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hg), Grundgesetz, Kommentar, München, 5 Bände, Loseblatt, Stand 47. Ergänzungslieferung, Juni 2006 (zitiert: Bearbeiter in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz)

Neumann, Prioritätensetzung und Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2005, 617

Rolfs, Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, in von Wulffen/Krasney, (Hg) Festschrift 50 Jahre BSG (2004) (zitiert: FS 50 Jahre BSG) 475

Schimmelpfeng-Schütte, Richtlinienggebung durch den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen und demokratische Legitimation, NZS 1999, 530

Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts I Krankenversicherungsrecht (1994)

Schwerdtfeger, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V, NZS 1998, 49 und 97

Zuck, Der Standort der besonderen Therapierichtungen im deutschen Gesundheitswesen, NJW 1991, 2933

Zuck, Die Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmitteltherapien der (anerkannten) Besonderen Therapieeinrichtungen, NZS 1999, 313

Die Urteile des BSG seit 2003 sind im Internet unter der Adresse <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bsg&Art=en> veröffentlicht.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts seit 1998 sind im Internet unter der Adresse <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> veröffentlicht.

Reinhard Resch

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf so genannte Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – Die Rechtslage in Österreich

1. Gesetzlicher Anspruch auf schulmedizinische Behandlungen

Die Krankenbehandlung muss ausreichend und zweckmäßig sein und darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten (§ 133 Abs 2 S 1 ASVG). Welches medizinische Level mit der Krankenbehandlung erreichen werden soll, sagt das Gesetz nicht aus.

Eine deutliche Klarstellung finden wir dazu im GV. § 10 Abs 4 S 1 und 2 OÖ GV normiert¹: „Wissenschaftlich nicht erprobte Heilmethoden dürfen für Rechnung des Versicherungsträgers nicht angewendet werden. Ärztliche Leistungen, die nicht der Beseitigung oder Linderung gesundheitlicher Störungen dienen, werden vom Versicherungsträger nicht vergütet.“

Nach dem GV ist die gesetzliche KV daher nur für wissenschaftlich erprobte Heilmethoden sachleistungspflichtig. Nach § 10a Abs 2 lit b OÖ GV gibt es daneben komplementärmedizinische (wissenschaftlich nicht erprobte) Leistungen, die der Vertragsarzt privat mit dem Anspruchsberechtigten verrechnen darf. Als dritte Gruppe definiert § 10 Abs 4 S 3 und 4 OÖ GV Leistungen, von denen Träger und Ärztekammer gemeinsam der Auffassung sind, dass sie wirkungslos sind oder Patienten gefährden.

Im KV-Recht besteht somit zwar grundsätzlich die freie Arztwahl, nicht aber die freie Therapiewahl.² Der Grundsatz der freien Arztwahl dient nicht dazu, sich Leistungen zu verschaffen, die von der gesetzlichen KV an sich nicht zu erbringen sind.³

Die **Schulmedizin** – und somit nicht das gesamte Spektrum der medizinischen Wissenschaft – bildet in der gesetzlichen KV das Maß aller Dinge. Darunter werden solche Therapieformen verstanden, die nach wissenschaftlicher Erprobung von führenden Fachärzten im Wesentlichen unbestritten anerkannt werden und keinen soziaethischen Bedenken ausgesetzt sind.⁴

¹ Entsprechend § 10 Abs 4 Muster-GV.

² ASG Wien 17.1.2001, 19 Cgs 7/99 = SVSlg 48.260.

³ OGH 29.6.1999, 10 Obs 382/98 = SSV-NF 13/65 = SozSi 2000, 132 (Kletter) = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207.

⁴ M. Binder, Zur Kostendeckung alternativmedizinischer Behandlungsmethoden durch die Krankenversicherung, RdM 1997, 39 unter Berufung auf K. Franz, Naturheilmittel und Recht (1992) 20 mwN; Geppert, Effekte der angewandten Methode zur Kostenbegrenzung und deren Weiterentwicklung, SozSi 1989, 47; OGH 29.6.1999, 10 Obs 382/98 = SSV-NF 13/65 =

Schulmedizin wird auch mit den der medizinischen Wissenschaft zugehörigen anerkannten Methoden definiert.⁵ Die krankenversicherungsrechtliche Judikatur stellt für diese Frage regelmäßig auf Gutachten des Obersten Sanitätsrats ab und stellt zugleich klar, dass diese nur den Charakter einer Empfehlung haben.⁶ Der Oberste Sanitätsrat ist eine Kommission gem § 8 BMG 1986 und im Gesundheitsministerium angesiedelt. In der Praxis der Träger spielt offenbar auch das Institut für Evidence based Health⁷ eine Rolle, welches beim Hauptverband eingerichtet ist und als Unterstützung für die Träger (etwa für Literaturrecherchen) genützt wird und auch von dritter Seite anfragbar ist.

Aus dem Blickwinkel des Juristen ist die schwierige Abgrenzung der Schulmedizin von „komplementär- oder alternativmedizinischen Heilverfahren“ letztlich ein mit medizinischen Sachverständigen zu klärendes Problem, wobei auch der Sachverständige letztlich nur eine Momentanaufnahme liefern kann. Der medizinische Fortschritt kann aus Außenseitermethoden im Lauf der Jahre eine schulmedizinische Behandlung machen, während viele schulmedizinische Behandlungen der Vergangenheit längst überholt sind und ihre Anwendung heute sogar einen ärztlichen Kunstfehler bedeuten würde.

2. Abgrenzung in Richtung Außenseitermethoden

2.1 Begriff der Außenseitermethoden

Bei den „komplementär- und alternativmedizinische Heilverfahren“ handelt es sich um Rechtsbegriffe, werden doch daran im § 42 ÄrzteG Rechtsfolgen geknüpft. Nach der Sprache des § 42 ÄrzteG 1998 sind Komplementär- und Alternativmedizin offenbar keine Synonyme. Es genügt freilich an dieser Stelle festzuhalten, dass aus Sicht des KV-Rechts diese Methoden im Gegensatz zur Schulmedizin stehen und – als Verneinung der Definition der Schulmedizin – in die Kategorie der wissenschaftlich nicht erprobten Heilverfahren gehören, wenngleich sie noch innerhalb der den Ärzten vorbehaltenen medizinischen Wissenschaft stehen. Komplementär- und Alternativmedizin sollen im Folgenden unter dem Begriff der Außenseitermethoden erfasst werden. Das ÄrzteG bringt übrigens keine Definition der Begriffe Komplementär- und Alternativmedizin, die Materialien verweisen als Beispiel auf Heilverfahren der traditionellen chinesischen Medizin.⁸

Im KV-Recht werden Außenseitermethoden, alternative Heilmethoden und wissenschaftlich nicht erprobte Methoden offenbar wenigstens weitgehend

SozSi 2000, 132 = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207.

⁵ Aigner/Kierein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998² (2001) § 42 Anm 2; Herdega in Emberger/Wallner (Hg), Ärztegesetz 1998 Kommentar (2004) 166 (§ 43 Anm 1).

⁶ OGH 29.6.1999, 10 Obs 382/98v = SSV-NF 13/65 = SozSi 2000, 132 (Kletter) = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207, 45.245, 46.495.

⁷ EBHVB (Institut für Evidence based Health im Hauptverband), Leitung Dr. Endel.

⁸ RV 1386 BlgNR 20. GP zu § 42 ÄrzteG 1998.

als Synonyme verstanden und als Gegensatz zur Schulmedizin verstanden.⁹ Der OGH spricht anstelle von Schulmedizin auch von „wissenschaftlich anerkannten schulmedizinischen Behandlungen“.¹⁰

2.2 Kostenübernahme als Ausnahme

Die Position des OGH zu Außenseitermethoden ist zuletzt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 ausgeführt worden: Führen schulmedizinische Behandlungen zu unerwünschten erheblichen Nebenwirkungen und kann durch alternative Heilmethoden der gleiche Behandlungserfolg ohne solche Nebenwirkungen erzielt werden, kommt eine Kostenübernahme für alternative Heilmethoden in Betracht.¹¹ Zweckmäßig (iSd § 133 Abs 2 ASVG) bedeutet auch, dass unter mehreren Verfahren dasjenige auszuwählen ist, dessen Einsatz einen Erfolg mit den geringsten nachteiligen Nebenwirkungen für den Patienten verspricht.¹²

In der überwiegend noch aktuellen ständigen Judikatur wird auch darauf abgestellt, ob zuvor eine schulmedizinische Behandlung versucht wurde oder nicht Erfolg versprechend gewesen wäre (wobei dem der Fall gleichzuhalten ist, dass es eine solche schulmedizinische Behandlung gar nicht gibt¹³), während die Außenseitermethode erfolgreich war oder (dies ist also alternativ zu prüfen¹⁴) doch nach den bisherigen Erfahrungen¹⁵ ein Erfolg erwartet werden durfte.¹⁶ In diesen Ent-

⁹ Wissenschaftlich noch nicht anerkannte Behandlungsmethoden und Außenseitermethoden sieht etwa das LG Salzburg als Synonym an (LG Salzburg 27.7.2004, 17 Cgs 101/02 = SVSlg 51.794).

¹⁰ OGH 24. 10. 2000, 10 Obs 294/00h = SVSlg 48.251.

¹¹ OGH 29. 4. 2003, 10 Obs 409/02y = SSV-NF 17/54 = infas 2003 S 36 = RdW 2003/642 = SVSlg 50.835, 48.256.

¹² OGH 29. 4. 2003, 10 Obs 409/02y = SSV-NF 17/54 = infas 2003 S 36 = RdW 2003/642 = SVSlg 48.256.

¹³ OGH 25. 1. 2000, 10 Obs 202/99z = SSV-NF 14/6 = ARD 5117/14/2000 = SVSlg 45.247.

¹⁴ OLG Linz 15. 12. 1998, 11 Rs 256/98 = SVSlg 45.261.

¹⁵ In einer der früheren Entscheidungen verlangt der OGH (9.4.1996, 10 Obs 20/95 = SSV-NF 10/33 = EvBl 1997/57 = RdM 1996/33 = SZ 69/87; idS auch LG Innsbruck 20. 11. 1998, 47 Cgs 90/98 = SVSlg 45.281; LG Linz 22.1.1999, 11 Cgs 37/98 = SVSlg 45.283), dass die Behandlung in breiten Kreisen der Bevölkerung zumindest ein gewisses Maß an Heilungserfolg aufweisen muss und sich nicht nur auf die bloß subjektive Besserung bestehender Beschwerden beschränken darf. Entscheidend ist nach dem ASG Wien (13.2.2003, 3 Cgs 60/02 = SVSlg 48.267), dass nach den Ergebnissen einer für die Bildung eines Erfahrungssatzes ausreichenden Zahl von Fällen ein Erfolg erwartet werden kann.

¹⁶ OGH 24. 10. 2000, 10 Obs 294/00h = SVSlg 48.251; 29.6.1999, 10 Obs 382/98v = SSV-NF 13/65 = SozSi 2000, 132 (Kletter) = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207, 45.245, 46.495; 26. 11. 1996, 10 Obs 2374/96g = SSV-NF 10/121 = ARD 4884/15/97 und 481525/97; 9.4.1996, 10 Obs 20/95 = SSV-NF 10/33 = EvBl 1997/57 = RdM 1996/33 = SZ 69/87; 26.3.1996, 10 Obs 52/96 = SSV-NF 10/30 = DRdA 1997, 33 (Mazal) = ZAS 1998, 45 (Offenberger) = RdM 1996/34 = JBl 1997, 126 = SZ 69/80; 6.12.1994, 10 Obs 59/94 = DRdA 1995, 501 (Mosler) = ARD 4644/21/95; 28. 2. 1994, 10 Obs 103/93 = SSV-NF 8/19 = DRdA 1995, 22 (M. Binder) = JBl 1994, 702 = ARD 4550/11/94 = SZ 67/34; aus der Judikatur der Untergerichte etwa OLG Wien 3. 12. 1997, 8 Rs 286/97 = SVSlg 45.254;

scheidungen findet man auch den Hinweis, dass der Patient vor der Inanspruchnahme als Versuchsobjekt geschützt werden und das Kostenrisiko der KV in Bezug auf nicht Erfolg versprechende Behandlungen minimiert werden soll.

Als Folge der Nachrangigkeit der alternativen Behandlung wurde etwa einem Versicherten angelastet, dass er vor der alternativen Behandlung (Akupunktur gegen Schlaflosigkeit) keinen Vertragsfacharzt für Neurologie und Psychiatrie in Anspruch genommen hat.¹⁷ In diesem Fall hat sich der Versicherte übrigens im laufenden Verfahren noch der schulmedizinischen Behandlung unterzogen und dies auch vorgebracht: Dies war dann insofern ein Bumerang, als der OGH daraus schloss, dass die vorherige Akupunktur auch tatsächlich erfolglos geblieben ist.

Eine Rolle scheint auch zu spielen, ob die Außenseitermethode im Vergleich zur schulmedizinischen Behandlung kostengünstiger ist, insofern spielt auch das Ökonomiegebot herein.¹⁸

Selbst wenn die Kosten der Außenseitermethode niedriger sind als jene der anerkannten Methode, kommt nach einzelnen und zT wohl überholten Entscheidungen grundsätzlich kein Kostenersatz für die Außenseitermethode in Betracht, solange zumutbare und Erfolg versprechende Behandlungen mit herkömmlichen Mitteln nicht versucht wurden.¹⁹ Nötig soll sein, dass die schulmedizinische Behandlung im erforderlichen Ausmaß fortgesetzt oder zu Ende geführt wurde.²⁰

2.3 Placeboeffekt

In einer Entscheidung ging der OGH auch auf den Placeboeffekt²¹ ein: Im Verfahren war die Unwirksamkeit des Präparats Ukrain am Patienten festgestellt worden (es war gerade zu keiner Rückbildung von Metastasen und keiner sonstigen Verbesserung des Zustandes gekommen). Eine Wirkung konnte „von einem mglw eingetretenen, rechtlich aber unerheblichen Placebo-Effekt abgesehen“ nicht festgestellt werden. Offenbar war in diesem Verfahren auch die konkrete Placebo-Wirkung marginal. Die Äußerung des OGH bedeutet keinesfalls, dass ansonsten der Placebo-Effekt krankenversicherungsrechtlich jedenfalls unbeachtlich sein muss.

Es erscheint mE plausibel, den Placeboeffekt bei den Außenseitermethoden nicht a priori für unbeachtlich zu erklären, ist doch die gesetzliche KV grundsätz-

30. 10. 2000, 10 Rs 176/00 = SVSlg 45.271; OLG Linz 15. 12. 1998, 11 Rs 256/98 = SVSlg 45.261; ASG Wien 13.2.2003, 3 Cgs 60/02 = SVSlg 48.267; LG Innsbruck 3.12. 1998, 47 Cgs 196/97 = SVSlg 45.273; 20. 11. 1998, 47 Cgs 90/98 = SVSlg 45.281; LG Linz 22. 1. 1999, 11 Cgs 37/98 = SVSlg 45.283; LG Klagenfurt 1.2.1999, 32 Cgs 63/97 = SVSlg 46.600.

¹⁷ OGH 29.6.1999, 10 Obs 382/98v = SSV-NF 13/65 = SozSi 2000, 132 (Kletter) = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207, 45.245, 46.495.

¹⁸ Vgl OGH 25.1.2000, 10 Obs 202/99z = SSV-NF 14/6 = ARD 5117/14/2000 = SVSlg 45.247 samt der darin bestätigten Rechtsmeinung des Berufungsgerichts.

¹⁹ ASG Wien 5.6.2003, 3 Cgs 189/02 = SVSlg 50.845; 17.1.2001, 19 Cgs 7/99 = SVSlg 48.260; ähnlich OLG Wien 16.5.2002, 8 Rs 148/02 = SVSlg 48.257 (Prüfung, ob mit schulmedizinischen Methoden das Auslangen gefunden werden kann); idS auch OLG Wien 3.12.1997, 8 Rs 286/97 = SVSlg 45.254.

²⁰ LG Salzburg 27.7.2004, 17 Cgs 101/02 = SVSlg 51.794.

²¹ Ansonsten spielt der Placeboeffekt in der leistungsrechtlichen Judikatur bislang keine Rolle; eine ausführliche Stellungnahme – insb auch zu den medizinischen Vorfragen – findet man bei *Thaler/Plank*, Heilmittel und Komplementärmedizin in der Krankenversicherung (2005) 131 ff.

lich final angelegt. Dem Vernehmen nach nimmt die Placebowirkung anerkanntermaßen bei sehr vielen schulmedizinischen Behandlungen einen großen Stellenwert ein. Zielt daher eine innerhalb der medizinischen Wissenschaft liegende Behandlung auch auf einen Behandlungserfolg aufgrund des Placebo-Effekts ab, schließt dies die Annahme einer Krankenbehandlung iSd ASVG nicht aus. Wenn man dies aber für die Schulmedizin grundsätzlich seit je her akzeptiert hat, muss dies auch für die Außenseitermethoden zu gelten haben. Entscheidend ist wohl wieder die ausschließlich medizinische Frage, die im Wege von Sachverständigen festzustellen ist.

2.4 Zum Ausmaß der Kostenerstattung

Ist die schulmedizinische Behandlung zumutbar, ist nach der aktuellen Judikatur selbst bei erfolgreicher Behandlung mit einer Außenseitermethode eine Mischverrechnung (Erstattung der Kosten einer günstigeren schulmedizinischen Behandlung) ausgeschlossen.²² Der Versicherte soll die ihm zumutbare schulmedizinische Sachleistung beanspruchen. Das erscheint nicht unplausibel, lässt aber die Frage offen, wann im Einzelfall das Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit erfüllt ist.

Kommt es zur Leistungspflicht der KV für die Außenseitermethode, darf nach *Mosler*²³ und *Kletter*²⁴ hinsichtlich der erstatteten Kosten keine Besserstellung gegenüber der Schulmedizin erfolgen: Eine volle Kostenerstattung für die Versicherten würde ansonsten die Inanspruchnahme von Außenseitermethoden attraktiver erscheinen lassen, als das bestehende Sachleistungssystem, was zu einer Aushöhlung des geltenden Sachleistungssystems führen könnte. Die ökonomische Sicherung des geltenden Sachleistungssystems der KV wird auch vom VfGH als wichtiger Gesichtspunkt gesehen. Die KV-Träger erfüllen ja ihren gesetzlichen Leistungsauftrag primär mit dem Sachleistungsprinzip, welches dem Versicherten ermöglicht, medizinische Leistungen in Anspruch zu nehmen, ohne mit Honorarforderungen der Leistungserbringer belastet zu sein.²⁵

Kommt es zur Leistungspflicht der KV für die Außenseitermethode, wird die erforderliche Kostenerstattung mE **entsprechend den Vorgaben für den sog „kassenfreien Raum“** zu erfolgen haben, da eine notwendige Krankenbehandlung vorliegt, die von der KV als Sachleistung nicht angeboten wird.²⁶ Wendet man die aktuelle Judikatur zum kassenfreien Raum sinngemäß an, bedeutet dies Folgendes: Bei der Festlegung des pauschalen Erstattungstarifs (§ 131 Abs 1 letz-

²² OGH 29.6.1999, 10 Obs 382/98v = SSV-NF 13/65 = SozSi 2000, 132 (Kletter) = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207, 45.245, 46.495 unter ausführlicher Stellungnahme zum Vorschlag von *M. Binder*, Zur Kostendeckung alternativmedizinischer Behandlungsmethoden durch die Krankenversicherung, RdM 1997, 42 ff, der ohne weiters eine Mischverrechnung befürwortet (abweichend noch OLG Wien 24.8.1999, 9 Rs 62/99 = SVSlg 45.265).

²³ DRdA 1995, 508.

²⁴ In seiner Glosse zu SozSi 2000, 132 ff.

²⁵ VfGH 10.3.1999, G 64/98, 65/98 = SozSi 2000, 299 (Souhrada).

²⁶ IdS die Argumentation auch bei OGH 6.12.1994, 10 Obs 59/94 = DRdA 1995, 501 (*Mosler*) = ARD 4644/21/95.

ter S ASVG) ist die Satzung gebunden. Primär ist am jeweiligen GV-Tarif Maß zu nehmen. Ist die konkrete Leistung im GV nicht ausgewiesen²⁷ (und Außen-seitermethoden werden typischer Weise gerade nicht im Leistungskatalog des GV ausgewiesen sein), gebühren angemessene Kostenzuschüsse, wobei für die Angemessenheit auf vergleichbare Vertragstarife von Pflichtleistungen abzustellen ist. Primär wird auch dabei auf denselben GV abgestellt.²⁸ Subsidiär ist auch auf vergleichbare Tarife anderer GVe abzustellen und ganz subsidiär und nur ausnahmsweise sogar auf einen objektiven Marktpreis.²⁹

2.5 Praktische Fälle

Zur Illustration ist kurz auf praktische Anwendungsfälle der letzten Jahre einzugehen.³⁰ Dabei ist festzuhalten, dass es sich immer um Momentaufnahmen des jeweiligen Standes der Medizin handelt und die konkreten Umstände des Patienten zu beurteilen waren:

- Zurück verwiesen hat der OGH den Fall einer mit Ukrain behandelten Brustkrebspatientin, wo dem Berufungsgericht aufgetragen wurde, zu überprüfen, welche Wirkungen und Nebenwirkungen das Präparat Ukrain mit sich bringt.³¹ Der OGH trug den Unterinstanzen auf, im weiteren Verfahren die Wirkungen und Nebenwirkungen einer schulmedizinischen Chemotherapie mit jenen bei Verabreichung von Ukrain zu vergleichen.
- Eine vergleichbare Zurückverweisung gab es ebenfalls zum Präparat Ukrain bereits im Jahr 1996 bei einem Nierenkrebspatienten.³²
- In einem anderen Ukrain-Fall verneinte der OGH den Anspruch und verwies auf die Feststellungen, dass die Besserung des subjektiven Allgemeinbefindens des Krebspatienten lediglich auf das gleichzeitige Aussetzen der schulmedizinischen Interferon-Behandlung zurückzuführen war. Eine Wirkung des Präparats Ukrain konnte in diesem Verfahren überhaupt nicht festgestellt werden.³³
- Noch eine Krankenbehandlung liegt vor, wenn ein schulmedizinisch erfolgreich austerapiert Tumorpatient (Behandlung: Chemotherapie

²⁷ Die Judikatur (OGH 14. 12. 2004, 10 Obs 53/04y = SVSlg 50.840 = ARD 5596/14/2005) stellt darauf ab, ob die „vom Arzt erbrachte Behandlungsleistung (nicht der Erfolg der Behandlung) in ihrer allgemein umschriebenen Art in der Honorarordnung für Vertragsärzte des KV-Trägers enthalten ist.“

²⁸ OGH 21. 10. 2003, 10 Obs 231/03y = SSV-NF 17/116 = SVSlg 50.837.

²⁹ OGH 21. 10. 2003, 10 Obs 231/03y = SSV-NF 17/116 = SVSlg 50.837; 26.4.2005, 10 Obs 35/05b = DRdA 2006, 137 (Kletter); idS zuvor bereits Resch, DRdA 2001, 250.

³⁰ Vgl auch den ältere Entscheidungen erfassenden Überblick bei M. Binder, RdM 1997, 40 ff.

³¹ OGH 29. 4. 2003, 10 Obs 409/02y = SSV-NF 17/54 = infas 2003 S 36 = RdW 2003/642 = SVSlg 50.835, 48.256.

³² OGH 26.3.1996, 10 Obs 52/96 = SSV-NF 10/30 = DRdA 1997, 33 (Mazal) = ZAS 1998, 45 (Offenberger) = RdM 1996/34 = JBl 1997, 126 = SZ 69/80.

³³ OGH 24. 10. 2000, 10 Obs 294/00h = SVSlg 48.251, 48.279 = ZASB 2002, 35 = ARD 5350/6/2002.

mit Bestrahlung) sich gegen eine zu erwartende neuerliche Tumorbildung (Wahrscheinlichkeit 90%) einer Behandlung unterzieht, die die neuerliche Tumorbildung hinausschiebt. Der Kläger begehrte umgerechnet ca € 17.000,- an Behandlungskosten, eine neuerliche Chemotherapie hätte umgerechnet ca € 36.400,- gekostet. Die angewendete ATC-Therapie (autologe Target-Cytokine) ist eine Immuntherapie mit Eigenblutinterferonen und Eigenblutinterleukinen, die auf tumorspezifischen Antikörpern basieren. Der OGH³⁴ bestätigte die Ansicht des Berufungsgerichts, dass das Präparat dann zu ersetzen ist, wenn sich damit die Chancen für das Unterbleiben einer Remission wesentlich verbessern.

- Kosten für eine Nadelakupunkturbehandlung hat der OGH grundsätzlich anerkannt, wenn sie von einem entsprechend ausgebildeten Arzt nach Kriterien durchgeführt hat, die vom Obersten Sanitätsrat anerkannt sind. Im Einzelfall hielt der OGH bei einem Arzt, der diese Ausbildung im Rahmen seines Medizinstudiums an einer Hochschule in China mit ausgezeichnetem Erfolg abgeschlossen hat und in der Folge in Österreich an einer Universität mehrere Jahre Sportakupunktur vorgetragen hat, ein entsprechendes Diplom der Österreichischen Ärztekammer für nicht erforderlich.³⁵ Der Oberste Sanitätsrat³⁶ beschränkte die Anerkennung der Nadelakupunkturbehandlungen auf besonders angeführte Gruppen von Erkrankungen der Knochen, Gelenke und Weichteile, also den rheumatischen Formenkreis.³⁷
- In einem früheren Fall verweigerte der OGH die Kostenerstattung für eine Nadelakupunkturbehandlung bei Schlafstörungen auch bei deren Erfolg, wenn herkömmliche Behandlungsmethoden erfolgreich und ohne Nebenwirkungen angewendet hätten werden können.³⁸
- Eine Entscheidung im Jahr 1996³⁹ betraf einen mitversicherten Schüler, der an einer Glaskörperentzündung beiderseits mit Visusabfall litt. Eine Cortisonbehandlung blieb erfolglos, als schulmedizinische Behandlung blieb die Entfernung des Glaskörpers. Das Erstgericht stellte fest, dass die alternativen Behandlungsmethoden (ua Bioresonanz, Farbpunkturbehandlungen) eine deutliche Verbesserung herbeigeführt haben und – obwohl weiterhin destruktive Veränderungen im Glaskörperraum bestanden

³⁴ OGH 25.1.2000, 10 Obs 202/99z = SSV-NF 14/6 = ARD 5117/14/2000 = SVSlg 45.247.

³⁵ OGH 30.4.2002, 10 Obs 10/01w = SSV-NF 16/32 = SVSlg 48.254 = ARD 5350/6/2002 (im konkreten Fall ging es um Lähmungserscheinungen im Bein- und Fußbereich).

³⁶ Die Stellungnahme des Obersten Sanitätsrats datiert vom 11. 10. 1986 und wird in einem Erlass des BKA dokumentiert (Erlass vom 9.6.1987, ZI 20.030/11-VI/A/3/87) und vom OGH wörtlich zitiert.

³⁷ Vgl zur Anerkennung der Nadelakupunktur die Entscheidung der BSK 27. 11. 1993, R 1-BSK/92 = ZAS 1994, 98 (Grillberger).

³⁸ OGH 29.6.1999, 10 Obs 382/98v = SSV-NF 13/65 = SozSi 2000, 132 (Kletter) = ARD 5052/11/99 = SVSlg 45.207, 45.245, 46.495.

³⁹ OGH 9.4.1996, 10 Obs 20/95 = SSV-NF 10/33 = EvBl 1997/57 = RdM 1996/33 = SZ 69/87.

– derzeit keine akuten Entzündungszeichen bestünden. Der OGH verwies die Rechtssache zurück, nachdem die Unterinstanzen ohne weitere Feststellungen unter Hinweis auf die Möglichkeit der Glaskörperentfernung die Kostenübernahme verweigert hatten.

- Eine Versicherte litt an einer myomatösen Gebärmutter, was ua zu schweren Regelblutungen führte. Als schulmedizinische Behandlung war die Totalentfernung der Gebärmutter indiziert, nach einer dreimaligen homöopathischen Behandlung sei es zu einem Rückgang der starken Blutungen und zum Rückgang der Entzündungsherde in der Gebärmutter gekommen. Der OGH⁴⁰ vermisste Feststellungen und ging von einer Kostenerstattungspflicht aus, sofern sich erweisen sollte, dass die homöopathische Behandlung eine Besserung wenn nicht sogar Heilung des Leidens mit sich gebracht hat und die Gebärmutterentfernung verhindern konnte.
- In einem früheren Fall war die Kostenübernahme für eine homöopathische Behandlung verweigert worden, weil sie erfolglos war und auch keinen Erfolg versprochen hat.⁴¹
- Im ersten an den OGH herangetragenen Fall wurde bei einer 25-jährigen Akne mittels Infrarot-Laser und Neuraltherapie behandelt. Auch hier kam es zu einer Zurückverweisung zur Prüfung, ob eine schulmedizinische Behandlung „wirklich versucht und nicht erfolversprechend gewesen wäre“.⁴²
- Kein Kostenersatz erfolgt, wenn der Patient nicht einmal versucht, sich der anerkannten schulmedizinischen Behandlungsmethode zu unterziehen, sondern meint, dass die „bisherige Notlösung“ der Diätbehandlung überholt sei und ihm nicht zumutbar sei (Anwendung der Arzneimittel Lactrase und Laluk-Kautabletten bei Milchzuckerunverträglichkeit).⁴³
Interessant sind in diesem Zusammenhang auch einige Untergerichtsentscheidungen:
 - Das ASG Wien verweigerte die Kosten für homöopathische Heilmittel mangels Anerkennung durch den Obersten Sanitätsrat und mangels einer mit wissenschaftlichen Methoden erkennbaren reproduzierbaren Wirkung.⁴⁴
 - Mangels Nachweises einer ausreichenden wissenschaftlichen Grundlage, die einen Erfolg versprochen hätte und mangels Nachweis, dass die konkrete Behandlung erfolgreich war, versagte das LG Salzburg die Leistungspflicht für eine orthomolekulare Behandlung.⁴⁵

⁴⁰ OGH 6.12.1994, 10 Obs 59/94 = DRdA 1995, 501 (Mosler) = ARD 4644/21/95.

⁴¹ OGH 28.2.1994, 10 Obs 103/93 = SSV-NF 8/19 = DRdA 1995, 22 (M. Binder) = JBl 1994, 702 = ARD 4550/11/94 = SZ 67/34 (es ging um ein seit seiner Frühgeburt mehrfach einträchtigtes Kind).

⁴² OGH 19. 12. 1989, 10 Obs 211/89 = SSV-NF 3/154 = ZASB 1990, 15 = ARD 4175/2/90.

⁴³ OGH 25.9.2001, 10 Obs 27/01w = SVSlg 48.278 = ARD 5321/40/2002.

⁴⁴ ASG Wien 18.2.2004, 17 Cgs 81/03 = SVSlg 50.848.

⁴⁵ LG Salzburg 27.7.2004, 17 Cgs 101/02 = SVSlg 51.794.

- Die Behandlung mit Eigenblutzytokine bei Tumor ist nach Ansicht des LG Wr. Neustadt keine nach dem Stand der Wissenschaft anerkannte Behandlungsmethode, die auch nicht geeignet war, die konkrete Krankheit zu beseitigen, lindern oder zur Sicherung eines Heilungserfolgs beizutragen.⁴⁶
- Dagegen wurde die Leistungspflicht der KV bei einem starken Allergiker bejaht, der sich allen herkömmlichen Therapiemethoden unterzogen hat, ohne dass diese den gewünschten Erfolg gebracht hätten und dem nur durch die alternative Methode der Eigenbluttherapie geholfen werden konnte.⁴⁷

2.6 Kritische Stellungnahme

2.6.1 Kritikpunkt I: Der soziale Aspekt

Nach der Judikatur ist die Möglichkeit zur Kostenerstattung für Außenseitermethoden sehr eingeschränkt und nach dem GV können Außenseitermethoden als Sachleistung gar nicht erbracht werden. Problematisch erscheint mir dabei als erstes der soziale Aspekt dieser Rechtslage, bleiben die Außenseitermethoden doch letztlich nur Bevölkerungsschichten offen, die die nötigen Finanzmittel für eine Vorfinanzierung zur Verfügung oder wenigstens die nötige Geduld für einen im Einzelfall immer ungewissen Rechtsstreit haben. In diesem Bereich ist die Zweiklassenmedizin seit jeher Realität.

2.6.2 Kritikpunkt II: Fehlen einer weitergehenden Interessenabwägung

Problematisch erscheint die zumindest grundsätzliche Verpflichtung zur schulmedizinischen Vorbehandlung. Hier sehe ich va auch ein Spannungsverhältnis zum Ökonomiegebot des § 133 Abs 2 ASVG. Richtiger Weise muss die innerhalb der schulmedizinischen Behandlungen vom OGH praktizierte Zweck – Mittel – Relation grundsätzlich auch im Verhältnis zu Außenseitermethoden zu beachten sein. Maßgeblich muss auch die Betroffenheit des Patienten im Einzelfall sein, was letztlich auf diese Interessenabwägung hinauslaufen muss. Nach dieser auf Mazal zurückgehenden Judikatur ist etwa eine teure Behandlung auch dann zu finanzieren, wenn sie rascher, risikoärmer oder bedeutend schmerzfreier ist.⁴⁸ Eine solche Interessenabwägung bei Außenseitermethoden hat bereits M. Binder⁴⁹ eingemahnt.

Man wird bei dieser Interessenabwägung auch innerhalb der Außenseitermethoden weiter differenzieren müssen. Vergleichsweise hohe Kosten und das Fehlen von Erfahrungswerten sprechen jeweils eher gegen eine Kostenübernahme,

⁴⁶ LG Wr. Neustadt 2.7.2004, 5 Cgs 19/01 = SVSlg 51.884.

⁴⁷ LG Leoben 6.4.1998, 25 Cgs 132/97 = SVSlg 45.275.

⁴⁸ OGH 26.4.1994, 10 Obs 113/94 = ZAS 1994, 203 (Tomandl) = SSV-NF 8/44 unter Bezugnahme auf Mazal, Krankheitsbegriff (1992) 334 ff. Mazal (aaO 264 ff) ist noch weiter gegangen und hat aus der Weite der zulässigen ärztlichen Tätigkeit nach dem ÄrzteG auf den Krankenbehandlungsbegriff des SV-Rechts geschlossen und eine Kostenübernahme für solche Behandlungen nach Maßgabe von Zweckmäßigkeit und Kostengünstigkeit erwogen.

⁴⁹ RdM 1997, 42 ff.

während bei Behandlungsmethoden, die gleichsam an der Schwelle zur Schulmedizin stehen, man wohl eher eine Kostenerstattung bejahen wird müssen. Für die Kostenerstattung wird damit umgekehrt sprechen, wenn die Außenseitermethode im Vergleich zur schulmedizinischen Behandlung kostengünstiger ist.

Ansätze für eine solche Interessenabwägung finden sich bereits in der referierten Judikatur zu den Außenseitermethoden: Fündig wird man etwa in der letzten Ukrain-Entscheidung aus 2003, wo die Nebenwirkungen der verschiedenen Behandlungen gegeneinander abgewogen werden.⁵⁰ In der Entscheidung zur ATC-Therapie⁵¹ war ein Begründungselement der Vergleich der Behandlungskosten: Die alternative Behandlung war um die Hälfte günstiger als eine mögliche spätere schulmedizinische Behandlung. Und in einer Entscheidung spielte auch ein Vergleich der jeweiligen Eingriffsintensität eine tragende Rolle, indem die schulmedizinische Behandlung der Totalentfernung der Gebärmutter in Vergleich gesetzt wurde mit der offenbar erfolgreichen Außenseitermethode Homöopathie.⁵²

Ein Element dieser Interessenabwägung ist freilich mE unverzichtbar und wird tendenziell immer in Richtung schulmedizinische Behandlung nach GV sprechen: Festzuhalten ist nämlich ein – auch schon vom VfGH anerkanntes (vgl dazu bereits oben 2.4) – öffentliches Interesse an einer ökonomischen Sicherung des geltenden Sachleistungssystems, und diese Sicherung wird gerade dadurch gewährleistet, dass dieses vorrangig in Anspruch genommen wird und werden soll. Kein Element in dieser Interessenabwägung ist dagegen mE die ärztliche Therapiefreiheit,⁵³ deren Sicherung gerade keine Aufgabe der gesetzlichen KV ist. Will der Arzt ohne den Restriktionen des KV-Rechts ausgesetzt zu sein, seinen ärztlichen Beruf frei ausüben und dessen Therapiefreiheit praktizieren, bleibt ihm die Möglichkeit, überhaupt als Wahlarzt tätig zu werden oder aber auch als Vertragsarzt im kassenfreien Raum mit den Patienten direkt zu verrechnen.⁵⁴

Für die anzustellende Interessenabwägung sind somit mE folgende Eckpunkte zu beachten:

- Das öffentliche Interesse an der ökonomischen Absicherung des Sachleistungsprinzips rechtfertigt die Herausnahme der Alternativmedizin aus dem Bereich der Sachleistungserbringung durch die gesetzliche KV und die – sozialpolitisch etwas problematische – Abdrängung in den Kostenerstattungsbereich.
- Ökonomische Aspekte werden im Einzelfall daher zugunsten der schulmedizinischen Behandlung den Ausschlag geben können.
- Entsprechend der allgemeinen Judikatur des OGH zur Frage zumutbarer Behandlungen hat bei der anzustellenden Interessenabwägung neben ökonomischen Aspekten die Eingriffsintensität der Behandlung (insb das

⁵⁰ OGH 29.4.2003, 10 Obs 409/02y = SSV-NF 17/54 = infas 2003 S 36 = RdW 2003/642 = SVSlg 50.835, 48.256.

⁵¹ OGH 25.1.2000, 10 Obs 202/99z = SSV-NF 14/6 = ARD 5117/14/2000 = SVSlg 45.247.

⁵² OGH 6.12.1994, 10 Obs 59/94 = DRdA 1995, 501 (Mosler) = ARD 4644/21/95.

⁵³ IdS aber M. Binder, RdM 1997, 42 f.

⁵⁴ Vgl § 10a Abs 2 lit b OÖ GV.

Ausmaß des Eingriffs in die körperliche Integrität durch die Behandlung, Behandlungsdauer, Nebenwirkungen wie Schmerzen und Behandlungsfolgen) eine ganz entscheidende Rolle zu spielen.

Im Prinzip kann eine solche Interessenabwägung auf der bisherigen oberstgerichtlichen Judikatur zu Außenseitermethoden aufbauen. Der Aspekt der Zumutbarkeit einer schulmedizinischen Behandlung wird dabei im Lichte dieser Interessenabwägung zu beurteilen sein.

2.6.3 Gegenargumente

Kletter⁵⁵ hat nun ganz richtig auf ein wesentliches Argument hingewiesen: Va in tragischen Fällen todkranker Patienten, für die eine aussichtsreiche schulmedizinische Behandlung nicht existiert oder ohne große Erfolgsaussichten sehr belastend wirkt (Chemotherapie), vertrauen sich diese zweifelhaften Geschäftsmedizinern an, die für ihre idR ebenso erfolglosen Bemühungen Unsummen Geld abkassieren.

Diesem zweifelsohne richtigen Einwand ist entgegen zu halten, dass damit eine gewisse Öffnung des alternativmedizinischen Behandlungsspektrums für die gesetzliche KV nicht ausgeschlossen bleibt. Die Büchse der Pandora muss man nicht öffnen. Den Fehler des BVerfG,⁵⁶ dass gleichsam in Todesnähe jede entfernt liegende Heilungswahrscheinlichkeit noch den Behandlungsanspruch auslösen soll, wird man vielmehr vermeiden müssen. Den Gerichten und/oder – das ist der praktisch wahrscheinlichere Vorgang – dem Gesetzgeber wird es im Hinblick auf die Kostenentwicklung der modernen Medizin freilich längerfristig nicht erspart bleiben, einmal dezidiert zu sagen, dass bestimmte extrem teure Behandlungen – mögen sie auch dem Patienten das Leben retten – auf Kosten der Versichertengemeinschaft als massenweise finanzierte Behandlung zu teuer sind. Bei den Entscheidungen zur Hauskrankenpflege⁵⁷ sind wir dieser Grenze schon sehr nahe gekommen.

2.6.4 Rechtspolitische Entwicklungen

Zuletzt ist an dieser Stelle ein Blick in die Zukunft geboten. Das Regierungsprogramm der 23. GP⁵⁸ formuliert dazu unter dem Kapitel Gesundheit: „Der Qualitätssicherung dienen: ... Patientenorientierte Behandlung – unter Einschluss der Komplementärmedizin (zB Homöopathie, TCM⁵⁹ etc) und der Psychotherapie – wird durch ein transparentes System der Qualitätssicherung unterstützt. Dem dient auch der Ausbau des Bundesinstituts für Qualitätssicherung im Gesundheitswesen.“ Man darf also im Gesundheits- und wohl auch im Kassenrecht gespannt auf die künftige Entwicklung sein.

⁵⁵ SozSi 2000, 136 f.

⁵⁶ BVerfG 6.12.2005, 1 BvR 347/98.

⁵⁷ Den vorläufigen Schlusspunkt im Leistungsverfahren bildet die – mE ganz richtige – E OGH 26.4.2005, 10 Obs 35/05b = DRdA 2006, 137 (Kletter) – vgl zu diesem Verfahren ausführlich den Beitrag von Neumayr in diesem Band.

⁵⁸ Veröffentlicht etwa unter <http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=19542>.

⁵⁹ Das ist die Traditionelle Chinesische Medizin.

3. Methoden außerhalb der medizinischen Wissenschaft

3.1 Das Ausgangsproblem und der laufende Rechtsstreit

Ein schwieriges Terrain haben die Parteien des OÖ GV betreten, indem sie in § 10 Abs 4 S 3 und 4 OÖ GV vorgesehen haben, dass Leistungen, von denen die OÖ GKK und OÖ Ärztekammer gemeinsam der Auffassung sind, dass sie wirkungslos sind oder Patienten gefährden, von Vertragsärzten nicht erbracht werden dürfen und zwar weder auf Kosten des Versicherungsträgers noch gegen direkte Verrechnung mit dem Patienten. Diese Leistungen werden in einer von OÖ Ärztekammer und OÖ GKK gemeinsam zu erstellenden taxativen⁶⁰ Liste (Beilage)⁶¹ angeführt, sodass das Verbot und die Liste einen Teil des normativen GV-Textes bilden.

Bei einem Teil der in der Liste genannten Behandlungen ist der Oberste Sanitätsrat zu der Erkenntnis gelangt, dass diese nicht als medizinisch wissenschaftliche Methode eingestuft werden können,⁶² mit den übrigen Therapien hat er sich noch nicht auseinander gesetzt.⁶³

Im Zusammenhang mit § 10 Abs 4 S 3 und 4 OÖ ist es zu einem Verwaltungsverfahren vor der Paritätischen Schiedskommission für OÖ gekommen, in dessen Folge es zu einer gegen den Berufungsbescheid der Landesberufungskommission für Oberösterreich gerichtete Bescheidbeschwerde beim VfGH gekommen ist. Aus dem VfGH-Erkenntnis⁶⁴ ist für die nunmehr geltende Rechtslage (die Liste ist nach einer zwischenzeitigen Änderung des GV Teil desselben) die Information enthalten, dass für Streitigkeiten über die Gültigkeit einer Bestimmung des GV als Hauptfrage die Landes- und Bundesschiedskommission gem §§ 345a und 346 ASVG zuständig sind. Die paritätische Schiedskommission sowie die Landesberufungskommission (§§ 344 und 345 ASVG) sind dagegen zur Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Parteien des Einzelvertrags zuständig, wobei allenfalls die Wirksamkeit einer Bestimmung des GV als Vorfrage zu beurteilen ist. Je nach Parteien des Verfahrens wäre es daher in beiden Verfahren möglich, über die Wirksamkeit des GV abzusprechen (entweder als Haupt- oder als Vorfrage). Der im zweiten Rechtsgang erlassene Bescheid der Landesberufungskommission für OÖ⁶⁵ hält fest, dass ein Verbot wirkungsloser und Patienten gefährdender Behandlungen

⁶⁰ Also einer abschließend aufgezählten Liste.

⁶¹ Konkret angeführt werden in der Liste Aromatherapie, Aura-Heilung, Bach-Blütentherapie, Baunscheidtieren, Biologische Terrain-Analyse, Bioresonanztherapie, Colonhydrotherapie, Edelsteinmedizin, Eigen-Urintherapie, Haarmineralanalyse, Honigtherapie, Irisdiagnostik, Klangmassage, Magische Heilmethoden, Magnettherapie (außer der Magnetfeldtherapie), Pendeln, Reiki, Schamanismus, Wünschelrute und Zelltherapie.

⁶² Konkret geäußert hat er sich zur Bachblütentherapie, der Bioresonanztherapie, Magnetfeldtherapie und Zelltherapie.

⁶³ Beantwortung der schriftlichen parlamentarischen Anfrage der Abgeordneten Mag. Maier und Genossinnen betreffend „Vertragsärztinnen: Leistungen, die weder erbracht noch verrechnet werden dürfen“, Nr 2972/I, durch den BM für soziale Sicherheit und Generationen Mag. Herbert Haupt (3001/AB 21. GP, eingelangt am 21. 12. 2001).

⁶⁴ VfGH 8.3.2006, B 3303/05.

⁶⁵ Bescheid der Landesberufungskommission für Oberösterreich vom 4.7.2006, LBK 01-07/2006, 10/2006.

im GV grundsätzlich zulässig ist, wobei diese Rechtsfrage aber nicht Verfahrensgegenstand war (im Verfahren war die Rechtslage vor dem aktuellen § 10 Abs 4 OÖ GV zu prüfen, wo die Verbotliste gerade nicht Inhalt des GV war).

3.2 Begriffliches

In einem ersten Schritt (unten 3.3) ist zu klären, ob wirkungslose oder den Patienten gefährdende Behandlungen überhaupt als ärztliche Behandlungen iSd ÄrzteG 1998 zu qualifizieren sind. Im Folgenden wird vereinfachend immer in Einklang mit der Terminologie des OÖ GV von „Behandlungen“ gesprochen, womit aber noch nicht ausgesagt werden soll, dass es sich aus diesem Grund bereits um medizinische Behandlungen iSd ÄrzteG 1998 handelt.

Der GV verbietet bestimmte wirkungslose sowie für den Patienten gefährliche Behandlungen. Bei den für den Patienten gefährlichen Behandlungen geht es offenbar vorrangig nicht um wirkungslose und *zugleich* gefährliche Behandlungen, denn diese wären mit dem ersten Tatbestand, nämlich der Wirkungslosigkeit, bereits abgedeckt. Es geht vielmehr um Behandlungen, die ungeachtet einer irgendwie zu diagnostizierenden Wirkungen (und wäre es der Placeboeffekt) im Vergleich dazu unangemessen gefährlich sind. Ausschlaggebend kann nur eine Risiko-/Nutzenabwägung sein, wobei man den Verbotstatbestand insofern wohl eher eng interpretieren wird müssen. Zu bedenken ist, dass bei ernsthaften Erkrankungen viele auch schulmedizinischen Behandlungen für den Patienten gefährlich sein werden (zB bei den Nebenwirkungen etwa eine Chemotherapie oder die Gefahr von Komplikationen bis hin zu einem relevanten Letalitätsrisiko), aber letztlich im Hinblick auf die von der zu behandelnden Krankheit ausgehende Beeinträchtigung dennoch als medizinische Heilbehandlung anzusehen sein werden.

3.3 Das ärztliche Berufsrecht als Schranke

Die Ausübung des ärztlichen Berufs umfasst jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird (§ 2 Abs 2 ÄrzteG 1998). Aus diesem Grund besteht wohl kein Zweifel, dass nicht wissenschaftlich fundierte Tätigkeiten in der Medizin außerhalb des ärztlichen Berufsbildes liegen und daher im Rahmen der ärztlichen Berufsausübung auch nicht angewandt werden dürfen.⁶⁶ Die ärztliche Tätigkeit beruht daher auf den breiten Ergebnissen der medizinischen Wissenschaft.⁶⁷ Die konkrete ärztliche Tätigkeit muss allerdings berufsrechtlich nicht im Rahmen der Schulmedizin liegen. Der weit gefasste Begriff der medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse umfasst auch die Alternativmedizin und geht damit über den Bereich der klassischen Schulmedizin weit hinaus.⁶⁸

⁶⁶ Mazal, Krankheitsbegriff und Risikoabgrenzung (1992) 259; Resch, SozSi 2002, 521.

⁶⁷ Vgl etwa Aigner/Kierin/Kopetzki, Ärztegesetz 1998² (2001) 3 (§ 2 Rz 6); Resch, SozSi 2002, 521; ausführlich mwN zuletzt Stärker in Emberger/Wallner (Hg), Ärztegesetz 1998 (2004) 11 (§ 2 Rz 4).

⁶⁸ Aigner/Holzgruber, RdM 1997, 191; Stärker in Emberger/Wallner (Hg), Ärztegesetz 1998 (2004) 11 (§ 2 Rz 4).

Die Qualitätssicherung der ärztlichen Versorgung ist Aufgabe der Ärztekammern, wobei insofern gem § 118c ÄrzteG eine Verordnung zur Qualitätssicherung zu ergehen hat.⁶⁹ Mittlerweile hat die Österreichische Ärztekammer eine solche Qualitätssicherungs-Verordnung (QS-VO 2006) erlassen. § 6 Z 10 QS-VO 2006 definiert als Kriterium „Standard für die fachliche Qualifikation“ eine Informations- und Fortbildungspflicht des Arztes „nach dem aktuellen Stand der Medizin“ und verpflichtet den Arzt, sich durch die Fortbildung „zeitgemäße wissenschaftliche Erkenntnisse“ zu erwerben.

Es besteht mE kein Zweifel, dass wirkungslose sowie (bei engem Begriffsverständnis) für den Patienten gefährliche Behandlungen außerhalb der medizinischen Wissenschaft stehen. Letztlich läuft die Diskussion allerdings auf die medizinische Vorfrage hinaus, ob die konkrete Behandlung tatsächlich wirkungslos oder für den Patienten gefährlich ist. Trifft dies zu, liegt das ärztliche Handeln außerhalb des ÄrzteG 1998. Weitergehende strafrechtliche Rechtsfolgen wie Betrug oder Körperverletzung wären dann ein Thema, ärztliches Standesrecht ist ebenfalls verletzt und aus diesem Grund wäre ein Disziplinarverfahren möglich.⁷⁰

Der OGH hat übrigens in wettbewerbsrechtlichen Verfahren zuletzt zu vergleichbaren Behandlungen Stellung bezogen: Zur Irisdiagnostik führt er aus, dass dieser von vornherein das Mindestmaß an Rationalität fehlt, das für die Annahme einer den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeit erforderlich ist.⁷¹

Der Umstand, dass der GV hier eine taxative Aufzählung von derartigen Behandlungen enthält, schließt berufsrechtlich nicht aus, dass sich in einem Verfahren herausstellt, dass eine nicht aufgelistete Behandlung wirkungslos oder für den Patienten gefährlich ist. Ebenso wäre es nicht ausgeschlossen, dass etwa aufgrund neuerer Erkenntnisse in einem Verfahren festgestellt wird, dass eine im GV aufgelistete angewendete Behandlung bereits innerhalb der medizinischen Wissenschaft liegt und zumindest eine Außenseitermethode darstellt. Mit anderen Worten: Der deklarierte Charakter der Aufzählung ist für die berufsrechtliche Beurteilung völlig irrelevant.

3.4 Folgerungen für den Gesamtvertrag

Was bereits durch das ärztliche Berufsrecht nicht in den Bereich der ärztlichen Tätigkeit fällt, kann auch nicht von der gesetzlichen KV im Rahmen der ärztlichen Hilfe finanziert werden. Die ärztliche Hilfe gem § 135 Abs 1 S 1 ASVG bezieht sich zweifelsohne ausschließlich auf dem ÄrzteG 1998 unterfallende Tätigkeiten. Dies folgt auch aus dem Zusammenhalt dieser Bestimmung mit dem Begriff des Arztberufs gem § 2 ÄrzteG 1998.

Selbstverständlich darf daher der GV diese bereits aus dem Berufsrecht abzuleitende und Kraft Gesetzes im ASVG zu beachtende Vorgabe auch festschreiben. Ein gesamtvertragliches Verbot wirkungsloser oder für den Patienten gefährlicher Behandlungen ist letztlich als Maßnahme der Qualitätssicherung zu

⁶⁹ Eingefügt mit der 5. ÄrzteG-Novelle, BGBl I 2003/140.

⁷⁰ §§ 135 ff ÄrzteG 1998.

⁷¹ OGH 21. 11. 2006, 4 Ob 151/06v: aus diesem Grund scheid insofern die Anwendung von § 1 UWG iVm § 2 ÄrzteG aus.

sehen und dient der Klarstellung dessen, was bereits aus dem ÄrzteG und dem ASVG abzuleiten ist. Dieses Ergebnis wird auch in den beiden bislang veröffentlichten Stellungnahmen in der Literatur geteilt.⁷² Hinzuweisen ist auch auf die ordnungspolitische Bedeutung eines solchen Verbots, hinter dem der Aspekt des Patientenschutzes und damit auch wesentliche ethische Erwägungen stehen.⁷³

Auf dieser Linie liegt auch die Rechtsmeinung des Ministeriums,⁷⁴ wenn festgehalten wird, dass es grundsätzlich richtig ist, dass der KV-Träger von seinen Vertragspartnern generell die Unterlassung von unseriösen Behandlungen fordert. Der Bundesminister gibt auch zu bedenken, dass Ärzte, die erwiesenermaßen wirkungslose Methoden anwenden, wohl nicht auf deren Wirkungslosigkeit oder gar Gefährlichkeit hinweisen werden und so den (falschen) Anschein erwecken werden, dass diese Methoden als Krankenbehandlung erfolgreich sein könnten.

Der GV ist im Übrigen auch deshalb ein richtiger Ort für eine derartige klarstellende Regelung, weil sich in den Regelungen des GV der Sachverstand der am Vertragsschluss beteiligten Interessenvertretungen widerspiegelt, also das Fachwissen des KV-Trägers (der mitverhandelt und für den der Hauptverband abschließt) sowie der abschließenden Ärztekammer. Durch die Einbindung der Sozialpartner des Gesamtvertrags weist eine solche Regelung letztlich auch eine gewisse Richtigkeitsgewähr auf, wenngleich zweifelsohne die Möglichkeit einer gerichtlichen bzw verwaltungsbehördlichen Inhaltskontrolle besteht.⁷⁵

Zum taxativen Charakter der Aufzählung sind auch hier Abstriche zu machen: Der Behandlungsanspruch nach ASVG ist ein gesetzlicher Anspruch, der – sofern der höchst unwahrscheinliche Fall eintritt, dass ein Gericht im Einzelfall die Wirksamkeit einer der genannten Methoden feststellt und eine Kostenerstattungspflicht als Außenseitermethode anordnet – auch dem Verbot im GV vorgehen muss.

3.5 Rechtsfolgen bei einem Verstoß

Die Frage ist nun, welche Sanktionen es nach sich zieht, wenn ein Kassenarzt entgegen § 10 Abs 4 OÖ GV erwiesenermaßen wirkungslose oder für den Patienten gefährliche Behandlungen durchführt, die in der Liste enthalten sind. Das entscheidende kassenrechtliche Problem ist mE hier nicht alleine der Verstoß gegen die Regelung des § 10 Abs 4 OÖ GV, sondern vielmehr die qualitativen

⁷² Resch, SozSi 2002, 515; Mosler, Qualitätskontrolle (insb auch aus kassenrechtlicher Sicht) in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hg), Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2003) 120.

⁷³ Resch, SozSi 2002, 523.

⁷⁴ Beantwortung der schriftlichen parlamentarischen Anfrage der Abgeordneten Mag. Maier und Genossinnen betreffend „Vertragsärztinnen: Leistungen, die weder erbracht noch verrechnet werden dürfen“, Nr. 2972/I, durch den BM für soziale Sicherheit und Generationen Mag. Herbert Haupt (3001/AB 21. GP, eingelangt am 21. 12. 2001).

⁷⁵ Resch, SozSi 2002, 523 mit Hinweis auf die parallele Problematik im Kollektivvertragsrecht und der dazu ergangenen Judikatur des OGH (etwa OGH 22.6.1995, 8 ObA 220/95 = DRdA 1996, 148).

Bedenken gegen die Arbeit des betroffenen Vertragsarztes, also in gewisser Weise der Aspekt der Qualitätssicherung und die Verletzung von Berufsrecht.⁷⁶ Es mag erschwerend dazukommen, dass gleichzeitig eine gleich lautende Bestimmung des GV verletzt wird. Die Durchführung von Behandlungen, die außerhalb der ärztlichen Tätigkeit an sich stehen, stellt somit eine grobe Verletzung ärztlicher Berufspflichten dar, die zugleich auch eine Verletzung des GV verwirklicht.

Der taxative Charakter der Aufzählung im GV kann im Einzelfall für den Arzt immerhin einen gewissen Vertrauensschutz begründen, der etwa bei einem Verfahren über die Kündigung relevant sein kann. Ist eine Behandlung in der Liste des GV nicht enthalten, wird sich der Arzt im Zweifel darauf verlassen können, dass diese auch nicht wirkungslos oder für den Patienten gefährlich ist und kann diesen Umstand im Verfahren über die Kündigung des Kassenvertrags der GKK entgegen halten.

Grundsätzlich ist Mosler beizupflichten, dass der Arzt, der § 10 Abs 4 OÖ GV verletzt, auch einen Kündigungsgrund verwirklicht.⁷⁷ Allerdings ist das Kündigungsrecht eingeschränkt. Ob letztlich im Verfahren gem § 343 Abs 4 ASVG eine Aufkündigung des Kassenarztvertrags unwirksam zu erklären ist oder nicht, ist im Einzelfall zu lösen.⁷⁸ Es wird an dieser Stelle die Frage entscheidend, ob eine bestimmte Behandlung noch der Komplementärmedizin zuzurechnen ist, sich wenigstens noch in einem gewissen Graubereich bewegt oder aber gerade nicht mehr, sodass der ohnehin weite Bereich der medizinischen Wissenschaft verlassen worden ist. Diese Frage wäre in einem solchen Verwaltungsverfahren als Vorfrage zu klären, wobei man insofern wohl medizinische Sachverständige benötigen wird.

Bei der Beurteilung des Grades der Pflichtverletzung wird wohl auch eine Rolle spielen, in welcher Art und Weise der Kassenarzt die verbotenen Behandlungen gegenüber Kassenpatienten angewendet hat. Es wird dabei insb einen Unterschied machen, ob er diese Behandlungsmethoden von sich aus individuell bewirbt oder aber nur auf Wunsch des Patienten tätig wird. Auch werden für den Kündigungsgrund die Häufigkeit solcher Behandlungsfälle und die Schwere der medizinischen Fälle eine Rolle spielen: Führt das Unterlassen der schulmedizinischen Behandlung zu besonders gravierenden Beeinträchtigungen für den Patienten, wird die Pflichtverletzung besonders schwer wiegen.

⁷⁶ Vgl auch den früheren § 343 Abs 5 ASVG, der bei Verletzung von Qualitätssicherungsmaßnahmen ein uU sogar Kündigungsrecht ermöglicht hat. Aus der Aufhebung dieser Bestimmung (2. SVÄG 2003, BGBl I 2003/145) und ihre Neuverankerung im ÄrzteG ist freilich nicht zu schließen, dass die Sanktion der Vertragsaufkündigung nach der Novelle nicht in Betracht käme. Dem Gesetzgeber ist es nicht darum gegangen, den Sanktionenkatalog einzuschränken, vielmehr wollte er den Geltungsbereich der Qualitätssicherungsmaßnahmen nicht auf Vertragsärzte beschränken, sondern auf alle Ärzte erstrecken (vgl die RV 310 BlgNR 22. GP zu Art 1 Teil 1 Z 48 der Novelle).

⁷⁷ Mosler, Qualitätskontrolle (insb auch aus kassenrechtlicher Sicht) in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hg), Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2003) 120 f.

⁷⁸ Eingehend zu den möglichen Gründen für eine Kündigung Geist, Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte in Österreich, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt im Spannungsfeld zwischen gesundheitspolitischer Steuerung und Freiheit der Berufsausübung (1999) 206 ff.

Eine Automatik dergestalt, dass die Verletzung des § 10 Abs 4 OÖ GV durch die Durchführung einer der in der Liste enthaltenen Behandlungen jedenfalls einen wasserdichten Kündigungsgrund verwirklicht, gibt es mE nicht. Das letzte Wort wird dann im Verfahren über die Unwirksamkeitserklärung der Kündigung gesprochen.

4. Zusammenfassung

4.1 Führen schulmedizinische Behandlungen zu unerwünschten erheblichen Nebenwirkungen und kann durch alternative Heilmethoden der gleiche Behandlungserfolg ohne solche Nebenwirkungen erzielt werden, kommt nach der Judikatur eine Kostenübernahme für Außenseitermethoden in Betracht (2.2).

4.2 Zielt eine innerhalb der medizinischen Wissenschaft liegende Behandlung auf einen Behandlungserfolg aufgrund des Placebo-Effekts ab, schließt dies die Annahme einer Krankenbehandlung iSd ASVG nicht aus (2.3).

4.3 Kommt es zur Leistungspflicht der KV für die Außenseitermethode, hat die erforderliche Kostenerstattung entsprechend den Vorgaben für den sog „kassenfreien Raum“ zu erfolgen, da eine notwendige Krankenbehandlung vorliegt, die von der KV als Sachleistung nicht angeboten wird (2.4).

4.4 Problematisch erscheint der soziale Aspekt, dass Außenseitermethoden faktisch nur Bevölkerungsschichten offen stehen, die die nötigen Finanzmittel (zumindest für eine Vorfinanzierung) zur Verfügung haben (2.6.1).

4.5 Das öffentliche Interesse an der ökonomischen Absicherung des Sachleistungsprinzips rechtfertigt es, die Alternativmedizin von den Sachleistungen der gesetzlichen KV auszunehmen (2.6.2).

4.6 Anspruch auf Kostenerstattung für Außenseitermethoden besteht nach Maßgabe einer Interessenabwägung. Ökonomische Aspekte können im Einzelfall daher zugunsten der schulmedizinischen Behandlung den Ausschlag geben. Entsprechend der allgemeinen Judikatur des OGH zur Frage zumutbarer Behandlungen hat bei der anzustellenden Interessenabwägung die Eingriffsintensität der Behandlung eine entscheidende Rolle zu spielen (2.6.2).

4.7 Nachgewiesen wirkungslose oder für den Patienten gefährliche Behandlungen bilden keine vom ÄrzteG 1998 erfassten ärztliche Tätigkeiten. Eine solche Behandlung überschreitet somit die Schwelle der dem Arzt vorbehaltenen Tätigkeit und ist dem Arzt bereits aufgrund des ärztlichen Berufsrechts verboten. Der deklariertenmaßen taxative Charakter der Aufzählung im GV ist allerdings für die berufsrechtliche Beurteilung völlig irrelevant (3.3).

4.8 Der GV wiederum darf das zulässigerweise klarstellen, was dem Arzt bereits aufgrund des ärztlichen Berufsrechts verwehrt ist: Der Vertragsarzt der gesetzlichen KV darf genauso wenig wie ein Wahlarzt Behandlungen durchführen, die nachgewiesenermaßen wirkungslos oder für den Patienten gefährlich sind. Der taxative Charakter der Aufzählung im GV kann im Einzelfall für den Arzt immerhin einen gewissen Vertrauensschutz begründen, der etwa bei einem Verfahren über die Kündigung relevant sein kann. Die Regelungstechnik des § 10 Abs 4 OÖ GV erscheint unbedenklich (3.4).

4.9 Ob im Verfahren gem § 343 Abs 4 ASVG die Kündigung des Kassenarztvertrags unwirksam zu erklären ist oder nicht, ist im Einzelfall zu klären. Entscheidend ist, ob eine bestimmte Behandlung noch der Komplementärmedizin zuzurechnen ist, sich wenigstens noch in einem gewissen Graubereich bewegt oder aber gerade nicht mehr, sodass der ohnehin weite Bereich der medizinischen Wissenschaft verlassen worden ist (3.5).

4.10 Bei der Beurteilung des Grades der Pflichtverletzung spielt eine Rolle, in welcher Art und Weise der Kassenarzt die verbotenen Behandlungen gegenüber Kassenpatienten angewendet hat. Es macht einen Unterschied, ob er die Behandlungsmethoden von sich aus individuell bewirbt oder aber nur auf Wunsch des Patienten tätig wird. Auch werden die Häufigkeit solcher Behandlungen und die Schwere der medizinischen Fälle eine Rolle spielen (3.5).

Vitus Gamperl

Leistungspflicht der Kasse zur Erhöhung der Lebensqualität? Leistungen der so genannten Lifestyle-Medizin im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Lifestyle-Medizin im gesellschaftlichen Kontext

Die Frage nach den Grenzen der Leistungspflicht der Kassen ist ein Dauerthema nicht nur in der juristischen Diskussion. Angesichts der finanziellen Spannungslage, in der sich die Gesetzliche Krankenversicherung aus vielerlei Gründen befindet, ist der Leistungsumfang eine der entscheidenden Stellschrauben für systemerhaltende Reformansätze. Ausgehend vom Zweck einer staatlich angeordneten, im Ergebnis sehr wohl lebensstandardsichernden Krankheitskostenvorsorge wird noch strikter als bisher überprüft werden müssen, welche Leistungen in diesem Sinne dazugehören sollen. Das gilt insb für Leistungen der sog Lifestyle-Medizin, der – teilweise sicherlich zu Recht – eine Aura von Entbehrlichkeit, des medizinisch Fragwürdigen oder des Überflüssigen anhaftet¹.

1.1 Der Wunsch nach Verbesserung der Lebensqualität steht im Zusammenhang mit grundlegenden neueren gesellschaftlichen Entwicklungslinien: Bei gleichzeitiger Gesellschaftsalterung ergibt sich zunehmend eine Neudefinition von Lebensaufgaben oder Lebenszwecken: Es ist nicht mehr ausschließlich die Erwerbsarbeit, also die Sicherstellung der absoluten Lebensbedürfnisse (Nahrung, Kleidung, Wohnung), die als persönlich wichtigste Aufgabe empfunden wird; durch gestiegenen Wohlstand haben Freizeitverbrauch und Lebensgenuss erheblich an Bedeutung gewonnen. Es findet ein Wandel statt, der tendenziell weg von Pflichtaufgaben und hin zu Selbstverwirklichungs- und Spaßzielen führt. Diese Trends haben medizinische Leistungserbringer und sog „Wellness“-Anbieter längst aufgegriffen; wir erleben einen Fitness-, Mode- und Freizeitboom nie da gewesenen Ausmaßes.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass individuelles auf Gesundheit gründendes Wohlbefinden, körperliche und geistige Leistungsfähigkeit, Jugendlichkeit und Schönheit enorm an Wertschätzung gewonnen haben. Folgerichtig ist es ebenso nicht verwunderlich, dass es zu erheblichem subjektivem Leidensdruck führen kann, wenn solche „modernen“ Wohlbefindensvoraussetzungen vermeintlich fehlen.

1.2 Einer durch diesen Trend hervorgerufenen unübersehbar gestiegenen Nachfrage nach Lifestyleprodukten stehen in aller Deutlichkeit die

¹ Klotz Theodor, „Lifestyle-Medizin“ und Rationierung – Was bringt die Zukunft? in blickpunkt der mann, Wissenschaftliches Journal für Männergesundheit, 2003, 29

schwindenden Mittel der Krankenkassen gegenüber, deren Leistungen nicht nur aus diesem Grund darauf begrenzt sind, was für die Behandlung einer Krankheit ausreichend, zweckmäßig, notwendig und wirtschaftlich ist.

Va der letztgenannte Gesichtspunkt beeinflusst die Gesetzgebung und die Rechtsauslegung. Man kann in rechtlichen Argumentationen immer wieder Voreinstellungen erkennen, die bestimmte medizinische Leistungen von vorneherein als unnötigen neuen Trend ansehen und sich dadurch gut mit dem Bedürfnis decken, die Belastungen der Kassen zu begrenzen. Zum Beispiel werden Brustvergrößerungen zur Behandlung psychischer Erkrankungen mit der nicht unbedingt zwingenden Argumentation abgelehnt, eine Behandlung müsse „unmittelbar an der Krankheit ansetzen“².

Andererseits gehen neue gesellschaftliche Entwicklungen an der rechtlichen Diskussion auch nicht vorüber; das kann man zum Beispiel daran erkennen, dass geschlechtsumwandelnde Operationen unter bestimmten Voraussetzungen von der Leistungspflicht der Kassen umfasst sind³ - und das, obwohl hier sehr wohl über einen körperlichen Eingriff mittelbar ein psychischer Zustand beeinflusst werden soll. Auch im Bereich der künstlichen Befruchtung zeigen sich Gesetzgeber und Rsp aufgeschlossener; so unterliegen zum Beispiel deren Methoden hinsichtlich ihrer Zulassung weniger strengen Kriterien als „andere“ Behandlungsmethoden⁴.

2. Begriffsklärung

2.1 Es existiert keine allgemeingültige oder sogar rechtliche Definition von „Lifestyle-Medizin“

Im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung wird der Begriff „Lifestyle“ üblicherweise im Zusammenhang mit denjenigen Arzneimitteln gebraucht, die nach § 34 Abs 1 S 7 und 8 SGB V von der Leistungspflicht der Krankenkassen ausgeschlossen sind⁵. Es liegt also zunächst einmal nahe, eine Konkretisierung anhand derjenigen Merkmale abzuleiten, die diese Arzneimittel abstrakt betrachtet auszeichnen. Es kann im Anschluss versucht werden, die Gesichtspunkte auch auf andere medizinische Leistungen zu übertragen, die in ähnlicher Weise an den Grenzen der Leistungspflicht liegen.

2.1.1 Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind solche Arzneimittel von der Versorgung ausgeschlossen, „bei deren Anwendung eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund steht“, wobei in S 8 „insbesondere“ Arzneimittel genannt sind, die zur Behandlung der erektilen Dysfunktion, der Anreizung sowie Steigerung der sexuellen Potenz, zur Raucherentwöhnung, zur Abmagerung oder zur Zügelung des Appetits, zur Regulierung des Körpergewichts oder zur Verbesserung des Haarwuchses dienen.

² Zusammenfassend BSG SozR 4-2500, § 27 Nr 3; s dazu unter 3.2.2.1.

³ BSG SozR 2200 § 182 Nr 106; BSG 20.6.2005, B 1 KR 28/04 B; LSG Baden-Württemberg 23.1.2004, L 4 KR 2159/02.

⁴ Vgl BSG SozR 3-2500 § 27a Nr 3 (zur intracytoplasmatischen Spermieninjektion – ICSI).

⁵ Etwa KassKomm/Hess § 34 SGB V Rn 3a; Krauskopf/Wagner, § 34 SGB V Rn 11.

2.1.1.1 Die abstrakte Beschreibung in § 34 Abs 1 S 7 SGB V – Ziel: Erhöhung der Lebensqualität – ist für sich genommen nichtssagend. Wofür sollte Krankenbehandlung gewährt werden als für eine Verbesserung der Lebensqualität? Dieser Begriff wird auch in anderem Zusammenhang benutzt, nämlich wenn es gerade um die Anerkennung einer neuen Behandlungsmethode nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V oder um die Definition einer schwerwiegenden Krankheit im Rahmen der OTC-Präparatliste (§ 34 Abs 1 S 2 SGB V) geht. So heißt es hierzu auszugsweise in § 20 Abs 3 S 2 der Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses:

„Maßstab (für die Bewertung der medizinischen Notwendigkeit) ist dabei auch die ... erzielte oder erhoffte Verbesserung der Versorgung ... unter Berücksichtigung der mit der Erkrankung verbundenen Einschränkung der Lebensqualität ...“ Nach Nr 16.2. der Arzneimittelrichtlinien ist eine Krankheit unter anderem dann „schwerwiegend“, wenn durch sie – wiederum – „die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigt ist“. Das zeigt, dass allein die Worthülse „Lebensqualität“ zur Begriffsklärung ungeeignet ist.

2.1.1.2 Erst über die ausdrücklich genannten Beispiele in § 34 Abs 1 S 8 SGB V eröffnet sich eine Vorstellung davon, was alles eine Lebensqualität iS des S 7 verbessern und was deswegen als „Lifestyle-Arzneimittel“ von der Versorgung ausgeschlossen bleiben soll:

- Lifestyle-Arzneimittel sind danach zum einen jedenfalls solche, die nicht zur Behandlung lebensbedrohlicher Krankheiten dienen und deshalb ohne allzu schlechtes „Gewissen“ der Eigenverantwortung⁶ (§§ 1, 2 SGB V) zugeschrieben werden können.
- Sie zeichnen sich – etwas enger betrachtet – dadurch aus, dass ihre Indikationen Sachverhalte betreffen, bei denen der Eintritt des Versicherungsfalls „Krankheit“⁷ zumindest zweifelhaft erscheinen könnte – so zB bei Haarlosigkeit, Übergewicht und eventuell auch erektiler Dysfunktion. Auch hier hängt es wesentlich davon ab, welchem „Wertebild“, welcher Voreinstellung und welchem Krankheitsbild der Auslegende zugeneigt ist.
- Es sind zudem vorwiegend solche Arzneimittel genannt, die im weitesten Sinne auf die Herstellung von sozialer Attraktivität abzielen und sich darüber – wenigstens mittelbar – auf das Selbstwertgefühl und Wohlbefinden über einen objektiven Gesundheitszustand hinaus auswirken sollen.
- Ihnen haftet pauschal ein – durchaus diffuses – Bild von Entbehrlichkeit, des medizinisch Fragwürdigen oder Überflüssigen an. Damit ist im Unreinen die Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Behandlungen in Frage gestellt, zunächst einmal unabhängig davon, wie dieser Begriff seinerseits genauer auszulegen ist.
- Schließlich würde es in allen genannten Bereichen in erster Linie vom individuellen Wunsch des Versicherten abhängen, ob und ggf in welchem Umfang er entsprechende Leistungen in Anspruch nimmt. Das Unbehagen, das

⁶ Dazu Krasney, „Das erste und zweite Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der Gesetzlichen Krankenversicherung“, NJW 1998, 1737.

⁷ Dazu Kummer in Schulin, HB-SV 1 Gesetzliche Krankenversicherung § 20 Rn 18 bis 93; KassKomm/Höfler § 27 SGB V Rn 9 ff.

man der Lifestyle Medizin entgegenbringt, liegt also auch daran, dass ihre Übernahme durch die Kassen im Grunde genommen dem Versicherungsgedanken widersprechen würde.

Damit zum Teil übereinstimmend definieren die Arzneimittelrichtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses die betroffenen Arzneimittel in Nr 18.1 als solche, deren Einsatz im Wesentlichen durch die private Lebensführung bedingt ist oder die aufgrund ihrer Zweckbestimmung insb

- nicht oder nicht ausschließlich zur Behandlung von Krankheiten dienen,
- zur individuellen Bedürfnisbefriedigung oder zur Aufwertung des Selbstwertgefühls dienen,
- zur Behandlung von Befunden angewandt werden, die lediglich Folge natürlicher Alterungsprozesse sind und deren Behandlung medizinisch nicht notwendig ist, oder
- zur Anwendung bei kosmetischen Befunden angewandt werden, deren Behandlung in der Regel medizinisch nicht notwendig ist.

2.1.2 Wenn man nun versucht, den Lifestyle-Begriff auf andere Leistungen als diese Arzneimittel zu übertragen (die ja nur speziell als Arzneimittel ausgeschlossen sind), erscheint angelehnt an den Ablauf der krankensicherungsrechtlichen Prüfungsreihenfolge Folgendes maßgeblich: Es handelt sich erstens um einen Typus solcher Gesundheitsleistungen, bei denen in einer summarischen Betrachtung das Vorliegen des Versicherungsfalls, der medizinische Nutzen, die Notwendigkeit (als Bestandteile der Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinn) oder die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinn angezweifelt werden können. Zweitens zeichnet sich die Lifestyle-Medizin in den meisten Konstellationen durch den Verdacht aus, dass in erster Linie ein individuell verstandenes Wohlbefinden über einen objektiven Gesundheitszustand hinaus gefördert werden soll.

Der Ausschnitt der Lifestyle-Medizin ist insofern immer an den Grenzen der Leistungspflicht angesiedelt und definiert sich gerade durch diese Eigenschaft. Ob und inwieweit einzelne Behandlungen innerhalb oder außerhalb dieser Grenzen liegen, bedarf einer Betrachtung im Einzelfall.

3. Einzelne Leistungen der Lifestyle-Medizin

3.1 Arzneimittel – am Beispiel von Mitteln zur Behandlung der erektilen Dysfunktion

Das prominenteste Beispiel für Lifestyle-Arzneimittel mit der rechtlich interessantesten Vorgeschichte liefern sicherlich die Mittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion, also Skat, Viagra, Cialis etc.

Der Ausschluss der Lifestyle-Arzneimittel ist erst seit 1. 1. 2004 in § 34 Abs 1 S 7 und 8 SGB V gesetzlich geregelt. Es gab bis dahin lediglich den gesetzlichen Ausschluss von Bagatellarzneimitteln nach § 31 Abs 1 S 6 SGB V, der aber die Lifestyle-Arzneimittel und insb die Potenzmittel nicht umfasste. Der Ausschluss potenzfördernder Mittel war vielmehr allein durch die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen geregelt.

Zunächst einmal war bis zum 28. 9. 1998 in Nr 17.1 f AMR ein Verordnungsverbot für Mittel enthalten, die „*ausschließlich der Anreizung und Steigerung der sexuellen Potenz dienen sollen*“. Durch den Wortlaut „Anreiz“ und „Steigerung“ war damals klargestellt, dass sich das Verbot nicht auf die Arzneimittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion bezog, denn wo diese vorliegt, kann es – wie Zuck es in einem lesenswerten Aufsatz⁸ auf den Punkt bringt – nicht um einen Anreiz und schon gar nicht um eine Steigerung gehen.

Erst zum 29. 9. 1998 wurde ausdrücklich auch die Behandlung der (wenn man so will: vollständigen) erektilen Dysfunktion in den Ausschluss einbezogen. Dieser Schritt stand ganz unter dem Eindruck der damals bevorstehenden arzneimittelrechtlichen Zulassung von Viagra. Man befürchtete nicht zu Unrecht, dass durch eine große Nachfrage nach dem überpreuerten Mittel enorme Belastungen auf die Krankenkassen zukommen würden. Auch in der medizinischen Literatur ging man überwiegend davon aus, dass mit Viagra eine Lifestyledroge, die das Leben lediglich angenehmer macht, die GKV „ausbluten“ könnte⁹ und dass sich insb ein Schwarzmarkt für Tabletten entwickeln könnte, die die Versicherten nicht für eigene Zwecke benötigen¹⁰.

Die Begründung¹¹ des Bundesausschusses, insb die Erläuterungen zur Beschlussvorlage des Arbeitsausschusses „Arzneimittel“, enthielt im Wesentlichen zwei Argumentationslinien: Zum einen wurde angeführt, dass der erektilen Dysfunktion als solcher kein Krankheitswert zukomme; vor dem Hintergrund möglicherweise fehlender Grunderkrankungen handle es sich nicht eindeutig um eine gezielte Krankenbehandlung, wenn symptomatisch wirkende Arzneimittel erbracht würden, die erst durch eine Entscheidung im privaten Bereich der Sexualität ihre Anwendungsmöglichkeit erführen. Zum anderen merkte der Ausschuss „Arzneimittel“¹² an, der private und intime Lebenssachverhalt entziehe sich einer das Wirtschaftlichkeitsgebot konkretisierenden Regelung im Hinblick auf Abgrenzungen zu Indikationen, Graden der Behandlungsbedürftigkeit, Altersgrenzen, Anwendungshäufigkeit und anderem.

Dieser von der Politik gebilligte Ausschluss in Nr 17.1 f der Arzneimittelrichtlinien konnte der gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten. Beginnend mit dem SKAT-Urteil des Bundessozialgerichts vom 30. 9. 1999¹³ bis zur letzten Viagra – Entscheidung vom 10. 5. 2005¹⁴ wurde die Richtlinie insoweit mangels Ermächtigungsgrundlage für nichtig befunden. Der Bundesausschuss hat zwar richtigerweise und notwendigerweise einen sehr weiten Beurteilungsspielraum bei der Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots. Er hat dagegen keine aus dem Gesetz unmittelbar ableitbare Kompetenz, den Versicherungsfall zu regeln oder anders ausgedrückt, Inhalt und Grenzen des Krankheitsbegriffs zu bestimmen. Ihm obliegt vielmehr die schwierige Anschlussaufgabe, in den Richtlinien

⁸ „Gehört Viagra zur vertragsärztlichen Versorgung?“ NZS 1999, 167.

⁹ Krimmel, DÄBl 98, A-1512.

¹⁰ Der Kassenarzt 1998 H 36, 22.

¹¹ Inhaltlich zusammengefasst in BSG SozR 3-2500 § 27 Nr 11.

¹² Heute: Unterausschuss „Arzneimittel“.

¹³ BSG SozR 3-2500 § 27 Nr 11.

¹⁴ BSG SozR 4-2500 § 34 Nr 2.

nach § 92 Abs 1 S 2 Nr 6 SGB V festzulegen, welche zugelassenen Arzneimittel im Hinblick auf die Behandlung einer Krankheit ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sind.

Ein Leistungsausschluss kann sich deshalb auch nicht ohne weiteres darauf gründen, dass sich das Wirtschaftlichkeitsprinzip auf Mittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion möglicherweise nicht problemlos anwenden lässt. Folge einer solchen Sichtweise hätte es dann nicht unbedingt sein müssen, Viagra uä pauschal auszuschließen, sondern eher, auf eine Richtlinienggebung in diesem Bereich zu verzichten¹⁵.

Aber darum, dass ein Wirtschaftlichkeitsprinzip nicht anwendbar gewesen sei, ging es bei genauerer Betrachtung nicht wirklich. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat sich gezwungen gesehen, die Kassen vor weiteren riesigen Belastungen durch Viagra zu bewahren. Da es kein gleich wirksames Mittel zu günstigerem Preis gab, war Viagra keinesfalls unwirtschaftlich, wenn man – wie es sicherlich geboten ist – die Wirtschaftlichkeit (im engeren Sinne) als relativen Begriff ansieht. Eine wirksame Behandlung, deren Nutzen feststeht, kann nach überkommenem Verständnis nur dann unwirtschaftlich sein, wenn etwas ähnlich Wirksames mit ähnlichem Nutzen billiger ist. Dieses Grundprinzip, das das Bundessozialgericht stets betont hat¹⁶, hätte der Bundesausschuss umgekehrt. Er hätte den ersten Schritt in Richtung einer allgemein geltenden offenen Rationierung getan, er hätte aus dem Minimalprinzip ein Maximalprinzip gemacht.

Die Gerichte gingen demgegenüber übereinstimmend davon aus, dass die erektile Dysfunktion ein behandlungsfähiger und behandlungsbedürftiger regelwridriger Körperzustand jedenfalls insoweit ist, als er nicht als altersbedingter normaler Abbau der Physis anzusehen ist (sondern zB durch Diabetes verursacht wird). Und selbst in dieser Hinsicht hat das BSG schon in seinem SKAT-Urteil¹⁷ klargestellt, dass – erstens – altersbedingte Erscheinungen ähnlich wie im Fall von Seh- und Hörhilfen¹⁸ noch nicht aus sich selbst heraus von einer Behandlung zulasten der Kassen ausgeschlossen sind. Es hat – zweitens – unabhängig davon sexuelle Aktivität bis ins höhere Alter als üblich, und damit ED als normalerweise regelwidrig anerkannt, sodass sich die Diskussion um altersbedingtes Nachlassen der Physis im Ergebnis nur selten stellen würde. Da im Übrigen nichts gegen die Wirtschaftlichkeit der Behandlung im dargestellten Sinne sprach, das die Richtlinien im Ergebnis doch rechtmäßig hätte sein lassen, wurde den Klagen für den Zeitraum bis 31. 12. 2003 stattgegeben.

Die Urteile des BSG zur Behandlung der erektilen Dysfunktion haben trotz des zwischenzeitlichen Ausschlusses auch heute noch Bedeutung in zweierlei Hinsicht:

Erstens ist höchstrichterlich klargestellt, dass die Eingangsvoraussetzung, nämlich das Vorliegen einer Krankheit, nicht in die Kompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses fällt – und das, obwohl es keinesfalls fern liegt, dass der Versicherungsfall über das Merkmal der Behandlungsbedürftigkeit in Wertungs-

¹⁵ So wohl zutreffend *Zuck*, NZS 1999, 167.

¹⁶ Grundlegend *SozR 3-2500 § 92 Nr 6*, vgl auch *KassKomm/Hess § 92 SGB V Rn 5*.

¹⁷ FN 13.

¹⁸ *KassKomm/Höfler § 27 SGB V Rn 14*.

fragen verwandt sein könnte mit der Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit. Dieses Hauptergebnis ist Vorbild und Argumentationsgrundlage geworden für weitere Entscheidungen von nicht unerheblicher Tragweite. So argumentiert das BSG zum Beispiel in seinen neueren Urteilen zur häuslichen Krankenpflege¹⁹, dass ebenso wie der Gemeinsame Bundesausschuss nicht befugt sei, den Krankheitsbegriff zu bestimmen, er auch keine notwendigen Maßnahmen der häuslichen Krankenpflege ausschließen dürfe.

Zweitens ist erneut das Minimalprinzip²⁰ bei der Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsprinzips bestätigt worden. Trotz des nicht von der Hand zu weisenden finanziellen Gefährdungspotentials, das von der arzneimittelrechtlichen Zulassung von Viagra ausging, bleibt es im Grundsatz dabei, dass eine Leistung grundsätzlich nicht alleine deswegen ausgeschlossen werden kann, weil sie absolut gesehen sehr teuer und nach dem Dafürhalten Nichtbetroffener ihren Preis nicht wert ist. Solche Entscheidungen sind dem Gesetzgeber vorbehalten, der sich seinerseits – bei lebenselementaren Sachverhalten – in den verfassungsrechtlichen Grenzen bewegen muss, die das Bundesverfassungsgericht vor einem guten Jahr präzisiert hat.

Der Gesetzgeber hat daraufhin doch recht lange gebraucht, bis er auf die Rsp des Bundessozialgerichts reagiert hat. Mit dem Gesundheitsmodernisierungsgesetz, das im Januar 2004 in Kraft getreten ist, sind die Sätze 7 bis 9 des heutigen § 34 Abs 1 SGB V eingefügt worden. Danach sind inzwischen Lifestyle-Arzneimittel wie eingangs dargestellt von der Leistungspflicht ausgenommen, und es besteht eine ausdrückliche Kompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses für weitere Regelungen, die den Ausschluss näher konkretisieren. Davon hat der G-BA zuletzt durch den Ausschluss des Wirkstoffs Rimonabant (Fertigarzneimittel Acomplia) Gebrauch gemacht²¹, der zur Behandlung von Übergewicht oder Adipositas arzneimittelrechtlich zugelassen ist.

3.2 Behandlungen zur Verbesserung des Aussehens

Auch medizinische Möglichkeiten zur Verbesserung des Aussehens können nach den dargestellten Kriterien zur Lifestyle-Medizin gerechnet werden. Denn hier kann sowohl das Vorliegen einer Krankheit zweifelhaft sein als auch die Zweckmäßigkeit, die Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit einer Behandlung. Letzteres gilt insb, wenn die gewünschte Behandlung in erster Linie darauf abzielen soll, psychische Störungen zu beheben oder deren Auswirkungen zu lindern. Dazu kommt in diesem Bereich erst recht, dass es sehr stark vom persönlichen Empfinden des Versicherten abhängt, ob er eine Behandlung für notwendig hält und dass auch hier eine Aufwertung des Selbstwertgefühls als eigentlicher Zweck nahe liegt.

Wenn aussehensverbessernde Maßnahmen von einer Krankenkasse verlangt werden, ist rechtlich zu trennen, ob ein Körper- oder ob ein Geisteszustand als regel-

¹⁹ *SozR 4-2500 § 37 Nr 4*; *SozR 4-2500 § 37 Nr 6*.

²⁰ Dazu *von Hoyningen-Huene*, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Sozialversicherungsrecht, BB 1991, 1346.

²¹ *BAnz Nr 8 (S 400) vom 12.1.2007*.

widrig behandelt werden soll oder anders ausgedrückt, ob ein vermeintlich unschöner Körperzustand als solcher oder eine „andere“ Krankheit behandelt werden soll.

3.2.1 Aussehensverbessernde Leistungen zur Behandlung körperlicher Krankheiten

3.2.1.1 Das wesentliche Problem ist hier zunächst, ob der Versicherungsfall der Krankheit eingetreten ist und innerhalb dieser Prüfung, ob ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand vorliegt. Für die Feststellung der Regelwidrigkeit ist vom Leitbild des gesunden Menschen auszugehen, der zur Ausübung normaler körperlicher oder psychischer Funktionen in der Lage ist²². Eine Abweichung von dieser Norm führt zur Regelwidrigkeit des körperlichen, seelischen oder geistigen Zustandes. Es muss allerdings eine erhebliche Abweichung vorliegen, nur geringfügige Störungen, die keine wesentliche funktionelle Beeinträchtigung zur Folge haben, reichen zur Annahme eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes nicht aus. Insofern genügen auch nicht Abweichungen von einer morphologischen Idealnorm, die noch befriedigende körperliche und psychische Funktionen zulassen²³. Daher fallen körperliche Anomalien ohne erheblichen Leidensdruck nicht unter den Begriff der Krankheit oder Behinderung²⁴.

Der neuralgische Punkt in der rechtlichen Prüfung ist also die Frage, ob ein nicht unerhebliches Funktionsdefizit gegeben ist. Bezogen auf die rein körperliche Seite der vermeintlichen Indikationen – subjektiv als klein empfundene Brüste, eine im Vergleich zum Durchschnitt geringere Körpergröße, Haarlosigkeit einer Frau oder etwa eine Atrophie des Fettgewebes im Gesicht (äußerst stark eingefallene Wangen) – scheint das Ergebnis unschwer festzustehen. Eine Einbuße an Körperfunktionen ist hier unbefangen betrachtet nicht gegeben.

Dazu hat die Rsp²⁵ eine sehr überzeugende Lösung gefunden, die in schweren Fällen gleichwohl eine Subsumtion unter den Begriff der körperlichen Krankheit zulässt. Entscheidend ist dafür, ob eine Erscheinung entstellende Wirkung hat. Dem liegt ein Verständnis zugrunde, das den gesunden Menschen nicht nur isoliert als Individuum ohne Umwelt ansieht, sondern das ihn als kommunikatives Wesen begreift, das auf die Achtung und den Respekt seiner Mitmenschen angewiesen ist²⁶. Die Fähigkeit, zu Mitmenschen unter normalen Bedingungen in Kontakt zu treten und sich in der Gesellschaft frei und unbefangen zu bewegen, ist stark eingeschränkt, wenn entweder sofort alle Blicke angezogen werden und der Mensch zum Objekt der Neugierde wird oder aber wenn sich Personen, die den Umgang mit Behinderten nicht gewohnt sind, aus Ekel oder peinlicher Berührung abwenden und Kontakte tendenziell vermeiden.

Diese Rsp spricht also den nach außen hin auf den ersten Blick sichtbaren Körperpartien (also va dem Gesicht) eine weitere Funktion zu, nämlich quasi als eine solche Visitenkarte im sozialen Umgang zu wirken, die zumindest eine

²² BSGE 59, 119; vgl insg KassKomm/Höfler § 27 SGB V Rn 12 mwN.

²³ KassKomm/Höfler aaO.

²⁴ Etwa LSG Rheinland-Pfalz 2.5.2002, Az L 5 KR 93/01.

²⁵ BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 45; LSG Rheinland-Pfalz 2.5.2002, Az L 5 KR 93/01.

²⁶ BSG aaO.

„normale“ Reaktion anderer hervorruft. Das ist die körperliche Funktion, die bei tatsächlich entstellenden Merkmalen gestört ist. Es ist hier nicht nötig, zu prüfen, ob etwa eine psychische Erkrankung als Folge der Entstellung gegeben ist.

Gleichzeitig ist aber auch klargestellt, dass alles andere, was nicht auf den ersten Blick als entstellend auffällt und auch kein sonstiges unmittelbares Funktionsdefizit bedingt, keine körperliche Krankheit ist.

Als entstellend und damit als körperliche Krankheit bzw. Behinderung wurde zB anerkannt die vollständige Haarlosigkeit einer Frau, die Perücken als Hilfsmittel zugesprochen bekam²⁷ (hier ging das BSG unter Rückgriff auf § 2 Abs 1 SGB IX von einer Behinderung aus, und zwar in der Variante der körperlichen Funktionsstörung, was sich aber nur durch die Dauerhaftigkeit von der Krankheit unterscheidet). Die Frau scheiterte jedoch mit ihrem Begehren, statt der von der Krankenkasse gewährten billigen Perücken aus asiatischem Haar eine sehr viel teurere Perücke aus europäischem Haar zu erhalten. Zur Behandlung der Entstellung – also dass die Frau sofort alle Blicke auf sich zieht, Objekt der Neugierde wird und sich daher nicht mehr unbefangen in der Gesellschaft bewegen konnte – war es ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich, wenn durch die billige Perücke nicht mehr auf den ersten Blick die vollständige Haarlosigkeit ersichtlich war.

Es bedarf keines großen Begründungsaufwands, dass vor diesem Hintergrund Perücken für Männer gänzlich von der Leistungspflicht ausgeschlossen sind. Ein kahlköpfiger Mann ist keine Seltenheit und wird alleine deswegen keine Einschränkungen im gesellschaftlichen Umgang erleiden.

Als Entstellung wurde des Weiteren eine Wangenatrophie anerkannt²⁸, die zu stark eingefallenen Wangen führt.

Im Übrigen lassen sich natürlich nicht allgemein Krankheitsbilder aufzählen, die per se entstellende Wirkung hätten. Das ist Frage des Einzelfalls und prozessual gesehen eine Tatfrage; das bedeutet, dass sich das Bundessozialgericht als Revisionsinstanz grundsätzlich damit nicht zu befassen hat; die Bewertung erfolgt hier also durch die Sozialgerichte und die Landessozialgerichte.

3.2.1.2 Zu all dem tritt ein weiterer grundsätzlicher Gesichtspunkt hinzu, der die Rechtslage für den ambulanten Bereich noch einmal modifiziert.

In der vertragsärztlichen, also der ambulanten Versorgung bei niedergelassenen Ärzten, besteht für neue Methoden nach § 135 SGB V ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Neu ist eine Methode dann, wenn sie für eine bestimmte Indikation oder überhaupt noch nicht im einheitlichen Bewertungsmaßstab als abrechnungsfähige Leistung aufgelistet ist²⁹. Wenn nun eine ambulante schönheitsfördernde Leistung begehrt wird, kann es vor diesem Hintergrund oft dahinstehen, ob tatsächlich eine Entstellung vorliegt. Denn wenn – und das dürfte in den meisten Fällen so liegen – eine aussehensverbessernde Maßnahme noch nicht in die Anlage I der Richtlinie „Methoden Vertragsärztliche Versorgung“ aufgenommen ist und kein Fall des Systemversagens gegeben ist, dürfte die Leistung ohnehin nicht erbracht werden, selbst wenn im Ergebnis eine körperliche

²⁷ BSG aaO.

²⁸ LSG Rheinland-Pfalz 2.5.2002, Az L 5 KR 93/01.

²⁹ KassKomm/Hess § 135 SGB V Rn 4.

Krankheit vorliegen sollte. Anders sieht es dagegen im Bereich der stationären Versorgung aus. Hier wäre nach § 137c SGB V ein ausdrücklicher Ausschluss durch den Gemeinsamen Bundesausschuss erforderlich, damit eine bestimmte aussehenskorrigierende Leistung bei Entstellungen allgemein nicht mehr erbracht werden darf.

3.2.2 Medizinische Maßnahmen zur Aussehensverbesserung als mittelbare Behandlung einer anderen Krankheit

Wenn keine Entstellung im dargestellten Sinn vorliegt und auch sonst keine durch die begehrte Behandlung abzumildernde Funktionsstörung gegeben ist, scheidet eine Behandlung als körperliche Krankheit aus. Das ist in der Regel für die Fälle unproblematisch, in denen die Maßnahme unmittelbar an dem für regelwidrig empfundenen Körperzustand ansetzen soll. Das gilt zB für Brustvergrößerungen oder – Verkleinerungen, wenn die Größe der Brust selbst als regelwidrig angesehen wird, für Beinverlängerungen, wenn eine vergleichsweise geringe Körpergröße selbst die Krankheit sein soll oder für Fettabsaugungen, wenn der Körperumfang (ohne Vorliegen einer Adipositas) als solcher behandelt werden soll. Solche medizinischen Maßnahmen sind vom Leistungskatalog nicht umfasst.

In vielen Fällen werden aber Leistungen, die der Lifestyle-Medizin zuzuordnen sind, zur Behandlung anderer – so gesehen dritter – Krankheiten verlangt. Man spricht hier von mittelbarer Behandlung, für die nach der Rsp einschränkende Kriterien gelten³⁰.

3.2.2.1 Operative Eingriffe zur Behandlung psychischer Krankheiten

Es gibt dazu eine ständige Rsp³¹, die wohl im Ergebnis zutreffend ist, die aber durchaus dogmatische Ungereimtheiten aufweist. Es handelt sich um solche Fälle, in denen Versicherte beispielsweise Brustvergrößerungen, Fettabsaugungen oder Hodenprothesen begehren, allerdings nicht als Behandlung einer körperlichen Entstellung (die im dargestellten Sinn auch kaum vorliegen wird), sondern zur Behandlung zum Teil schwerer psychischer Krankheiten, die nicht selten mit akuter Suizidgefahr einhergehen. Das Bundessozialgericht lehnt solche Ansprüche regelmäßig und allgemeingültig ab³². Die Begründung erfolgt im Wesentlichen durch zwei argumentativ ineinander verwobene Gesichtspunkte, die rechtlich eigentlich zu trennen wären.

3.2.2.1.1 Auf der einen Seite wird argumentiert, ein Eingriff in einen objektiv gesunden Körper sei nicht als Krankenbehandlung iS des § 27 SGB V zu bewerten und sei deswegen von der Leistungspflicht der Kassen ausgeschlossen³³. Die Gegenauffassung relativiere den Krankheitsbegriff über Gebühr, weil sie einen Körperzustand ohne objektiven Krankheitswert dennoch rechtlich als körperlich

³⁰ BSG SozR 4-2500 § 137c Nr 1.

³¹ BSG SozR 4-2500 § 27 Nr 3 (Brustvergrößerung); SozR 3-2500, § 39 Nr 5 (Hodenprothese); BSGE 72, 96 bis 100 = SozR 3-2200 § 182 Nr 14 (Beinverlängerung); LSG Brandenburg 6.3.2002, Az L 4 KR 24/00 (Penisverlängerung).

³² Vgl FN 29.

³³ BSG SozR 4-2500 § 27 Nr 3, S 24 mwN.

regelwidrig behandeln wolle. Eine Therapie müsse grundsätzlich unmittelbar an der konkreten Krankheit ansetzen³⁴.

Bereits diese Argumentation ist nicht ohne weiteres schlüssig. Nach § 27 SGB V umfasst Krankenbehandlung unter anderem die ärztliche Behandlung und die Krankenhausbehandlung. Es ergibt sich dabei nicht aus dem Gesetz, dass zur Behandlung psychischer Krankheiten keine körperlichen Eingriffe gehören könnten; im Übrigen finden sich dazu auch keine Anhaltspunkte in Gesetzesmaterialien, im Gesetzeszweck oder in einer historischen Entwicklung. Dazu kommt, dass die Kläger eben nicht den Körperzustand, sondern den Geisteszustand behandelt wissen wollten, der in allen Fällen unstreitig regelwidrig war. Der Krankheitsbegriff wurde insofern gerade nicht relativiert.

3.2.2.1.2 Das allein gäbe noch keinen wirklichen Anlass zur dogmatischen Kritik; man kann im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung so einiges gestalten, gerade wenn – rechtspolitisch – klar sein dürfte, dass die Krankenkassen nicht alles leisten müssen, was der Einzelne – auch trendabhängig – zur Behandlung seiner Krankheit begehrt. Problematisch erscheint aber die inhaltliche Verknüpfung mit folgender Argumentation: Das Gericht habe die Rechtfertigung einer mittelbaren Behandlung für Operationen am gesunden Körper zur Behebung von psychischen Störungen „vor allem“ wegen der Schwierigkeiten einer Vorhersage der psychischen Wirkungen von körperlichen Veränderungen und der deshalb grundsätzlich unsicheren Erfolgsprognose in ständiger Rsp verneint. Aus dieser Sicht hat das BSG auch folgerichtig betont, dass der aufgestellte allgemeine Grundsatz – keine Operation bei nur psychischen Krankheiten – nur dann geändert werden könnte (erg: aber dann auch geändert werden müsste), wenn sich die wissenschaftliche Bewertung der psychotherapeutischen Eignung wesentlich geändert hätte³⁵.

Damit ist klargestellt, dass die (erste) rechtliche Argumentation, nämlich dass es sich um keine „Behandlung“ iSd § 27 SGB V handle, in Wahrheit so nicht gemeint ist. Tatsächlich geht es um die Frage, ob eine solche Operation eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Behandlung der psychischen Krankheit darstellt, die nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse erforderlich ist³⁶. Hier fehlt es allerdings seit dem GKV-Reformgesetz 2000³⁷ schlicht an der Kompetenz der Gerichte, diese Frage im Allgemeinen zu verneinen.

Bis zu dieser Neuregelung gab es keine Vorschrift, die eine verbindliche abstrakte Entscheidung über den diagnostischen und therapeutischen Nutzen sowie über die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit einer im Krankenhaus angewandten Untersuchungs- und Behandlungsmethode für andere Instanzen als die Gerichte ermöglichte. Anders war es damals schon im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung, in der eine neue Methode erst nach Anerkennung durch den Bundesausschuss erbracht werden durfte (§ 135 Abs 1 S1 SGB V)³⁸. Bis zur

³⁴ BSGE 72, 96 bis 100 = SozR 3-2200 § 182 Nr 14.

³⁵ BSG SozR 4-2500 § 27 Nr 3, S 24 f.

³⁶ Die Frage nach der medizinischen Wirksamkeit ist selbstverständlich berechtigt; die Kritik bezieht sich allein auf den systematischen Ansatz des BSG.

³⁷ V 22. 12. 1999; BGBl I 2626.

³⁸ Die Erörterung betrifft deshalb allein die Krankenhausbehandlung.

Änderung war es deswegen Aufgabe der Gerichte, auch im Allgemeinen über die Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit der jeweiligen Behandlungsweise zu befinden. Es wurde dabei ermittelt, ob ein durch Studien hinreichend belegter Konsens in der Fachwelt bestand³⁹.

Mit der Einfügung des § 137c SGB V hat sich diese Rechtslage entscheidend geändert. Es wurde eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt für Behandlungen im Krankenhaus geschaffen. Erst wenn eine Methode vom Gemeinsamen Bundesausschuss allgemein wegen fehlender Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinn ausgeschlossen wird, darf sie nicht mehr zulasten der Krankenkassen erbracht werden. Damit wurde die Entscheidungsbefugnis weg von den Gerichten hin zum Gemeinsamen Bundesausschuss verlagert. Es war das ausdrückliche Anliegen des Gesetzgebers auch für den Krankenhausbereich ein Verfahren zur verbindlichen normativen Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden einzurichten⁴⁰.

Genau das hat der erste Senat des Bundessozialgerichts mit Urteil vom 19. 2. 2003⁴¹ für einen verwandten Bereich angenommen, nämlich dem, dass eine körperliche Krankheit (Fettleibigkeit) mittelbar durch einen Eingriff an einem gesunden Körperteil (Anbringung eines Magenbandes) behandelt werden soll. Weshalb derselbe erste Senat zB in seinem Brustvergrößerungsurteil im Jahr 2004⁴² die Rechtslage für die mittelbare Behandlung einer psychischen Krankheit anders sieht, erschließt sich wohl nur über einen rechtspolitischen Ansatz, der von einer gewissen „Furcht“ vor Einzelfallgutachten geprägt sein könnte. Das Gericht selbst hätte keine Kompetenz zum allgemeinen Ausschluss gehabt.

Das bedeutet freilich nicht, dass deswegen Operationen zur Behandlung psychischer Störungen zugesprochen werden müssten. Nach einer Prüfung, ob eine Methode allgemein (im hier vertretenen Sinn: durch den G-BA) ausgeschlossen ist, hat natürlich im Einzelfall eine Erfolgsprognose dahingehend stattzufinden, ob die Behandlung auch konkret ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich ist. Zwischen dem ersten und dem dritten Senat besteht insoweit Uneinigkeit, ob es dabei auf eine vertretbare Prognose des Krankenhausarztes⁴³ (3. Senat) oder auf eine objektive, auch von den Krankenkassen und den Gerichten detailliert überprüfbare Sicht ankommt (1. Senat)⁴⁴. Vieles spricht für die Ansicht des ersten Senats, was aber zumindest für den hier herauszustellenden systematischen Zusammenhang offen bleiben kann. Jedenfalls ist es in diesem zweiten Schritt der Wirtschaftlichkeitsprüfung den (Tatsachen-)Gerichten unbenommen, eine Leistung wegen mangelnder – dann aber konkret mangelnder – Wirksamkeit oder Erforderlichkeit nicht zuzusprechen. Ein allgemeiner Ausschluss, der inhaltlich sicher nahe liegt, wäre dagegen Sache des Gemeinsamen Bundesausschusses (in der Besetzung nach § 91 Abs 7 SGB V), an den jedoch aufgrund der Rsp des BSG kein Antrag gestellt werden wird.

³⁹ BSG SozR 3-2500 § 92 Nr 12 S 72.

⁴⁰ BT-Drucks 14/1245 S 90.

⁴¹ BSG SozR 4-2500 § 137c Nr 1 S 3 f.

⁴² BSG SozR 4-2500 § 27 Nr 3.

⁴³ Urteil 12.7.2005, B 3 KR 40/04 R = GesR 2005, 558, 560; zusammenfassend Stellungnahme des dritten Senats vom 3.8.2006 (B 3 KR 1/06 S) zur Anfrage des ersten Senats vom 4.7.2006 (B 1 KR 32/04 R).

⁴⁴ Anfrage des ersten Senats vom 4.7.2006 (B 1 KR 32/04 R).

3.2.2.2 Einklang mit der Transsexuellenrechtsprechung des BSG

Eine Änderung dieser Rsp hätte auch einen Einklang zur Folge mit der Transsexuellenrechtsprechung des BSG⁴⁵, nach der als ultima ratio unter bestimmten Voraussetzungen geschlechtsumwandelnde Operationen zur Behandlung tief greifender Persönlichkeitsstörungen zugesprochen werden. Das BSG hat dagegen eine Übertragung dieser Grundsätze auf andere Operationen zur Behandlung psychischer Krankheiten abgelehnt⁴⁶. Zur Begründung wird angeführt, bei Transsexualität handle es sich nach wissenschaftlichen Erkenntnissen um eine die gesamte Persönlichkeit erfassende tief greifende Störung mit sowohl seelischen als auch körperlichen Beeinträchtigungen. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass auch geschlechtsumwandelnde Operationen nicht generell, sondern nur bei entsprechend massiven Beeinträchtigungen gewährt würden. Diese Einwände des Bundessozialgerichts sind aber jedenfalls dann nicht ganz stringent, wenn es darum geht, körperliche Eingriffe bei psychischen Störungen im Allgemeinen auszuscheiden. Es hat eine geschlechtsumwandelnde Operation zuerkannt, wenn alle psychotherapeutischen und psychiatrischen Mittel erfolglos geblieben sind, und sich der Eingriff deshalb als einzige verbliebene Behandlungsmöglichkeit erwiesen hat⁴⁷. Eine solche Überprüfung der Wirtschaftlichkeit im Einzelfall bliebe den Gerichten auch bei „Schönheitsoperationen“ zur Behandlung psychischer Leiden unbenommen und könnte auf diesem Weg durchaus regelmäßig zur Versagung der begehrten Leistungen führen.

4. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass man in Deutschland der Lifestyle-Medizin rechtlich sehr restriktiv gegenübertritt. Das zeigt nicht nur der Ausschluss der Lifestyle-Arzneimittel durch den ehemaligen Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen und später durch den Gesetzgeber selbst. Auch und gerade die Rsp zur mittelbaren Krankenbehandlung ist tendenziell darauf ausgerichtet, die Kassenfinanzen zu schonen. Man will nicht, dass Schönheits-Trends und ein sich änderndes Lebensgefühl von der GKV übernommen werden müssen. Vor dem Hintergrund, dass auch bei schwereren, lebensbedrohlichen Krankheiten strenge Wirtschaftlichkeitsprüfungen stattfinden müssen, ist das rechtspolitisch auch begrüßenswert.

Es scheint aber ein wenig die Gefahr zu bestehen, dass das Bundessozialgericht das Heft zu sehr in die eigene Hand nimmt und darüber die verbliebene Restdogmatik im SGB V um ein weiteres Stück reduziert.

Es wäre deswegen durchaus eine Klarstellung durch den Gesetzgeber angebracht, die – ähnlich wie bei den Arzneimitteln – (dogmatische) Klarheit und darüber auch Rechtsfrieden schafft.

⁴⁵ BSGE 62, 83.

⁴⁶ SozR 4-2500 § 27 Nr 3.

⁴⁷ BSG aaO.

Walter J. Pfeil

Leistungen der so genannten Lifestyle-Medizin im österreichischen Krankenversicherungsrecht

1. Problemstellung

Die Ausgangssituation für das vorliegende Thema ist an sich leicht erklärt. Versicherte (und deren anspruchsberechtigte Angehörige) haben in der gesetzlichen KV grundsätzlich einen Anspruch auf Krankenbehandlung aus dem Versicherungsfall der Krankheit. Die daraus resultierende Leistungspflicht der Kassen als Träger der KV ist aber – wie es im Generalthema der Tagung formuliert ist – in mehrfacher Weise begrenzt. Die erste Einschränkung ergibt sich aus dem Krankheitsbegriff selbst (vgl nur § 120 Z 1 ASVG), der ja nicht nur einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand voraussetzt, sondern auch, dass dieser eine Krankenbehandlung notwendig macht.

Diese Zusatzbedingung, üblicherweise kurz mit „*Behandlungsbedürftigkeit*“ umschrieben,¹ muss im Lichte der Ziele der Krankenbehandlung verstanden werden, wie sie insb in § 133 Abs 2 Satz 2 ASVG normiert sind.² Demnach sollen durch die Krankenbehandlung „die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden“. Nach dem ersten Satz dieser Bestimmung muss die Krankenbehandlung überdies „ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“.

Daraus folgert der OGH als Höchstgericht für sozialversicherungsrechtliche Leistungsstreitigkeiten an sich zutreffend, dass weder jedwede Störung des Wohlbefindens zu Lasten der KV zu beseitigen noch der Idealzustand eines vollkommen gesunden Menschen zu erreichen sei.³ Damit sind jedoch nur die beiden Endpunkte markiert. Dazwischen gibt es gerade beim Krankheitsbegriff und der Reichweite des Krankenbehandlungsanspruchs fast unendlich viele Facetten.

Ziel des vorliegenden Beitrags soll es daher *va sein*, anhand konkreter Konstellationen zu untersuchen, welche „Störungen des Wohlbefindens“ (noch) als Krankheit und im Rahmen der Krankenbehandlung erfasst sind und nach welchen Kriterien vorzugehen ist, um diese Frage zu beantworten. Daneben

¹ Vgl nur *Binder*, Das Leistungsrecht der Krankenversicherung, in *Tomandl* (Hg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblatt, zuletzt 19. ErgLfg), 2.2.3.1.B. (204 f).

² Auf die analogen Regelungen in den sozialversicherungsrechtlichen Sondergesetzen (vgl insb §§ 80 Abs 1 Z 1 und 90 Abs 2 GSVG, §§ 76 Abs 1 Z 1 und 83 Abs 2 BSVG oder §§ 53 Abs 1 Z 1 und 62 Abs 2 B-KUVG) wird hier nicht eingegangen.

³ Vgl insb die für das vorliegende Thema grundlegende Entscheidung vom 27.7.2004, 10 ObS 227/03k, SSV-NF 18/65 = ZAS 2006/14, 88 = SZ 2004/112 ua.

sollen noch einige leistungsrechtliche Besonderheiten der Behandlung von solchen „Störungen des Wohlbefindens“ dargestellt und auf einige Folgeprobleme eingegangen werden, die sich aus der jüngsten einschlägigen Judikatur ergeben (könnten).

Zunächst ist aber der *Untersuchungsgegenstand* näher zu bestimmen. Der Begriff „Lifestyle-Medizin“ ist im österreichischen KV-Recht nicht definiert. Entsprechende Internet-Recherchen führen rasch zu Begriffen wie Potenzmittel, kosmetische Operationen, Anti-Ageing usw. In der Sache geht es also durchaus auch um medizinische Behandlungen und Arzneimittel, die aber vorwiegend oder zumindest in einem hohen Ausmaß „lediglich“ gegen *subjektiv* empfundene Beeinträchtigungen der *Lebensqualität* zum Einsatz kommen. Die Betonung ist dabei auf das „vorwiegend“ zu legen, da letztlich alle Krankheiten iS des KV-Rechts zu einer Beeinträchtigung der Lebensqualität führen.

Genau das ist der Differenzierungsansatz, den der deutsche Gesetzgeber gewählt hat, wenn er im vorletzten Satz des § 34 Abs 1 SGB V bestimmte Arzneimittelarten ausdrücklich ausschließt, „bei deren Anwendung eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund steht“. Eine profunde Auseinandersetzung mit dieser Bestimmung erfolgt bereits im vorstehenden Beitrag von *Gamperl*, auf den daher getrost verwiesen werden kann. Für den vorliegenden Zusammenhang kann die Negativliste aus dem SGB V aber durchaus zur Bildung eines vorläufigen *Arbeitsbegriffs* herangezogen werden. Demnach sollen auch für die folgende Analyse der Situation in der österreichischen KV unter „Lifestyle-Medizin“ va Maßnahmen zur Behandlung von erektiler Dysfunktion, zur Potenzsteigerung, zur Raucherentwöhnung, zur Abmagerung, Appetitzügelung oder zur Regulierung des Körpergewichts sowie zur Verbesserung des Haarwuchses verstanden werden. Dazu kommen noch Schönheitsoperationen und sonstige kosmetische Behandlungen, für die es freilich im Gegensatz zu den vorgenannten „Indikationen“ auch in der österreichischen KV ausdrückliche gesetzliche Regelungen gibt.

Nach den beiden ersten Sätzen in § 133 Abs 3 ASVG ist hier zu differenzieren: Dient die *kosmetische Behandlung* der Beseitigung anatomischer oder funktioneller Krankheitszustände, gilt sie als Krankenbehandlung und ist mit den entsprechenden Ansprüchen verbunden.⁴ Andere kosmetische Behandlungen können lediglich als freiwillige Leistungen gewährt werden, wenn sie „der vollen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit förderlich oder aus Berufsgründen notwendig sind“. Auch wenn der Schluss, dieser Ansatz könnte verallgemeinerungsfähig sein, etwas vorschnell wäre, sind doch zwei Aspekte für die weiteren Überlegungen im Auge zu behalten: Zum einen lässt § 133 Abs 3 ASVG eine strenge, wenn nicht sogar im Zweifel ablehnende Haltung des Gesetzgebers gegenüber der Subsumtion von kosmetischen Behandlungen unter den Krankenbehandlungsanspruch erkennen. Zum anderen sollte der besondere Stellenwert beachtet werden, welcher der Arbeitsfähigkeit bzw der Berufsausübung beige-messen wird.

⁴ Dies wurde etwa bei Feuermalen oder bestimmten Venenleiden angenommen, vgl OGH 10 Obs 8/87, SSV-NF 1/9, bzw 10 Obs 113/94, SSV-NF 8/44.

2. Entwicklung in Praxis und Rechtsprechung

Da die österreichische Diskussion bisher auf diesen Bereich der „Lifestyle-Medizin“ konzentriert war, soll die Frage der KV-rechtlichen Einordnung einer *erektilen Dysfunktion* auch bei den folgenden Betrachtungen im Vordergrund stehen. Die dabei entwickelten Überlegungen sollen aber sodann nach Möglichkeit auf andere „Lifestyle“-Fälle übertragen werden.

Die österreichische KV hat bereits vor der Zulassung von Produkten wie Viagra oder Cialis auf dem europäischen Markt Stellung bezogen. Die erste offizielle Positionierung stammt aus 1998 und war zwar von Skepsis geprägt, eine Anerkennung als Krankenbehandlung im Einzelfall wurde aber durchaus zugestanden.⁵ Diese Sichtweise wurde auch noch 2001 aufrechterhalten, wobei jedoch eine Beschränkung auf bestimmte Krankheiten, eine urologische Verordnung und deren chefärztliche Genehmigung sowie eine *quantitative* Begrenzung vorgesehen war.⁶ Auf diesen Ansatz ist noch zurückzukommen.

In weiterer Folge hat der Hauptverband – möglicherweise mit einem Seitenblick auf den oa § 34 Abs 1 SGB V – eine ablehnende Haltung eingenommen. In der mit 1.4.2004 in Kraft getretenen „Liste nicht erstattungsfähiger Arzneimittelkategorien gemäß § 351c Abs 2 ASVG“ (Amtliche Verlautbarung [www.avsv.at] Nr 34/2004) werden in Punkt 5 der Anlage „Arzneimittel zur Anreicherung bzw Verstärkung des Sexualtriebes“ sowie solche, „die bei vorhandenem Geschlechtstrieb die Ausübung des Geschlechtsverkehrs ermöglichen“, genannt. Unabhängig von der Frage, welche rechtliche Bedeutung diese Liste hat und ob ihre konkrete Ausformung noch der gesetzlichen Ermächtigung entspricht (dazu unten 3.3), sei hier angemerkt, dass in diesem Katalog fast alle „Lifestyle“-Bereiche im obigen Sinn angeführt sind.⁷

Diese Ablehnung wurde, nachdem zuvor bereits einige unterinstanzliche Entscheidungen in diese Richtung ergangen waren,⁸ ebenfalls im Jahr 2004 vom OGH in der schon zitierten Entscheidung SSV-NF 18/65 bestätigt. Trotz der zum Teil massiven Kritik, die das dort erzielte Ergebnis und die Begründung erfahren

⁵ So wörtlich das Schreiben des damaligen Sozialministeriums und des Hauptverbandes aus dem August 1998, abgedruckt in ARD 4967/33/98: „... Bei nachvollziehbarer *medizinischer Indikation* sind einschlägige Präparate ... nach chefärztlicher Bewilligung schon bisher zur Verfügung gestellt worden“ (Hervorhebung im Original).

⁶ Vgl das Schreiben des Hauptverbandes (Zl 38-68.9/01 Bi/Pba vom 29.8.2001), abgedruckt bei *Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG (Loseblatt, zuletzt 97. Ergänzungslieferung) Anm 5 zu § 133 (790), nach dem Arzneimittel zur Behandlung bei erektiler Dysfunktion ausschließlich bei Encephalitis disseminata (MS), Querschnittsläsionen und Radikaloperationen im kleinen Becken sowie höchstens in einem Ausmaß von (zB bei Viagra) vier Tabletten pro Monat in Betracht kämen.

⁷ Namentlich solche mit überwiegend kosmetischer Wirkung (Kategorie 6), zur Förderung von Wachstum und Qualität von Haaren und Nägeln (8), zur Leistungssteigerung bzw zur Steigerung des Wohlbefindens (9), zur Entwöhnung vom Nikotingebrauch (11) oder zur Unterstützung von gewichtsreduzierenden Maßnahmen (12).

⁸ Vgl insb ASG Wien 21.6.2000, SVSlg 45.185; LGZ Graz 18. 12. 2000, ZAS-Judikatur 2002/30; LG Linz 17.5.2001, SVSlg 48.310.

haben,⁹ hat der OGH seine Auffassung 2006 mehrfach ausdrücklich bekräftigt.¹⁰ Diese Ablehnung hatte auch Konsequenzen in anderen Bereichen, wie die Verweigerung der *steuerrechtlichen* Anerkennung der Kosten für Viagra als außergewöhnliche Belastung nach § 34 Abs 1 EStG 1988 belegt.¹¹

Inzwischen hat der OGH aber eine differenziertere Haltung eingenommen und in zwei ähnlichen Fällen die Behandlung mit „Caverject“, also eine Schwellkörper-Autoinjektionstherapie (SKAT) als Krankenbehandlung für psychische Krankheiten anerkannt, soweit es sich bei diesen um die Folge einer erektilen Dysfunktion handelt.¹² Da in beiden Verfahren keine Entscheidung in der Sache selbst getroffen, sondern nur eine Zurückverweisung an das jeweilige Erstgericht vorgenommen wurde, ist tatsächlich nicht ganz abzusehen, ob es sich hier bereits um eine grundlegende Neuorientierung oder nur um nicht verallgemeinerbare Einzelfallentscheidungen handelt.¹³ Insofern ist es wohl sinnvoll, mit einer Analyse der bis jetzt herrschenden Judikaturlinie zu beginnen.

3. Bisher herrschende Auffassung und deren kritische Bewertung

Da diese Rsp zwar im Ergebnis eindeutig ist, jedoch die Begründung ein ganzes Bündel von Argumenten enthält, die zum Teil aufs Engste miteinander verflochten sind, scheint es zweckmäßig, die einzelnen Bestandteile zunächst zu trennen. Dabei lassen sich im Wesentlichen *drei* Argumentationslinien festmachen:

Zum einen wird (oder wurde zumindest anfänglich) problematisiert, ob es sich bei erektiler Dysfunktion überhaupt um eine Regelwidrigkeit handle. In jedem Fall wäre diese aber nicht behandlungsbedürftig, weil keine lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse betroffen wären, zumal wenn „Bedürfnisse aus der höchstpersönlichen Lebenssphäre des einzelnen Versicherten prägend in den Vordergrund treten“.¹⁴ Schließlich wird geltend gemacht, dass die Behandlung auch nicht zweckmäßig bzw notwendig wäre, weil sie nicht zu einer Behebung des Grundleidens führe oder – und hier kommt wieder die Negativliste des Hauptverbandes auf Basis des § 351c Abs 2 ASVG ins Spiel – die betreffenden Arzneimittel grundsätzlich ungeeignet wären.

⁹ Vgl die fast zeitgleich erschienenen Beiträge von *Ettmayer/Posch*, Gedanken zum Krankheitsbegriff – Erkenntnisse zur Potenz, DRdA 2006, 199 ff; sowie die Kommentierung der Entscheidung von *Pfeil*, ZAS 2006, 92 ff; zust dagegen *Radics*, Die Leistungspflicht der Krankenversicherung für die Behandlung psychischer Krankheiten, die durch regelwidrige Körperzustände entstehen, SozSi 2006, insb 278 ff.

¹⁰ Vgl die Entscheidungen vom 22.5.2006, 10 Obs 33/06k, ARD 5713/10/06, und vom 15.6.2006, 10 Obs 77/06f, ARD 5713/11/06.

¹¹ So etwa die beiden Entscheidungen des UFS Linz vom 29.9.2005, AStN 2005/164, und vom 3.10.2005, FJ-LS 2006/11.

¹² OGH vom 7.3.2006, 10 Obs 12/06x, ARD 5682/10/06 = ZAS-Judikatur 2006/109 = infas 2006 S 29, bzw 10 Obs 22/06t, ARD 5697/17/06.

¹³ Für Letzteres *Radics*, SozSi 2006, 281.

¹⁴ So der OGH in SSV-NF 18/65 unter Berufung auf *Zuck*, Gehört Viagra zur vertragsärztlichen Versorgung? NZS 1999, 167 ff (hier 169); bekräftigt in 10 Obs 77/06f, ARD 5713/11/06.

3.1 Keine (eindeutige) Regelwidrigkeit?

Beim ersten Argumentationsstrang, der gegen eine Anerkennung von – sloop formuliert – „Potenzmitteln“ im Rahmen der Krankenbehandlung ins Treffen geführt wird, geht es um die Grundfrage: *Ist erektile Dysfunktion eine Abweichung von der Norm?*

Die Antwort darauf ist grundsätzlich eine *medizinische*. Mit Recht plädieren *Ettmayer/Posch* hier für eine Trennung des Kriteriums Regelwidrigkeit von gesellschaftlichen oder auf die subjektive Sicht der betroffenen Person abstellenden Parametern, zumal die gesellschaftliche Anerkennung ohnedies bei der Prüfung der Notwendigkeit einer Krankenbehandlung eine zentrale Rolle spielt.¹⁵ Die bisher wohl herrschende Lehre und ihr folgend auch die Rsp haben diese Trennung dagegen nur bedingt vorgenommen und stets eine Wechselbeziehung zwischen Regelwidrigkeit und Behandlungsbedürftigkeit betont.¹⁶

Dieses „in einen Topf-Werfen“ der verschiedenen Elemente ist in der Tat methodisch problematisch und sollte gerade bei der Beurteilung von kritischen Fällen vermieden werden.¹⁷ Allerdings ist einzuräumen, dass der Rückgriff auf andere Wertungen und Gesichtspunkte aus der Sicht der Praxis nahe liegt, wenn bereits die Frage der Regelwidrigkeit schwer zu beantworten ist. Vor diesem Hintergrund ist wohl auch der Ansatz zu sehen, eine solche bei erektiler Dysfunktion nur in Verbindung mit anderen, eindeutig als Krankheit iS des KV-Rechts anzusehenden Zuständen anzuerkennen, wie er der oa Position des Hauptverbandes aus 2001 zugrunde liegt. In dieselbe Richtung scheint nun die neueste Judikatur des OGH zu weisen, wenn ausdrücklich auf den Zusammenhang mit „psychischen Problemen mit Krankheitswert“ abgestellt wird.¹⁸

Dennoch sollte der Rückgriff auf Wertungen wie Behandlungsbedürftigkeit, Intensität der Betroffenheit des Patienten,¹⁹ Wirkungen der Maßnahme oder mögliche Alternativen an dieser Stelle (noch) vermieden werden. Auf dieser gleichsam ersten Prüfungsstufe kann das Vorliegen einer Krankheit im KV-rechtlichen Sinn somit nur ausgeschlossen werden, wenn definitiv keine Regelwidrigkeit vorliegt. Das ist im Hinblick auf erektile Dysfunktion freilich nur bei noch nicht geschlechtsreifen Jungen mit Sicherheit anzunehmen. Bei Männern in sehr hohem Alter wird die Regelwidrigkeit zwar irgendwann ebenfalls zu verneinen zu sein. Dazu bedürfte es aber entweder entsprechender empirischer Feststellungen, die soweit ersichtlich in keinem der bisherigen Verfahren angestellt wurden und auch sonst kaum verfügbar scheinen,²⁰ oder aber einer klaren gesellschaftlichen (dh gesetzgeberischen) Entscheidung, die jedoch ebenfalls fehlt.

¹⁵ DRdA 2006, 200.

¹⁶ Vgl insb *Schrammel*, Veränderungen des Krankenbehandlungsanspruches durch Vertragspartnerrecht, ZAS 1986, 147 ff; *Mazal*, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 65 ff; und va auch der OGH in SSV-NF 18/65.

¹⁷ Vgl bereits meine diesbezügliche Kritik in ZAS 2006, 93.

¹⁸ So wörtlich in 10 Obs 12/06x, ARD 5682/10/06 = ZAS-Judikatur 2006/109 = infas 2006 S 29.

¹⁹ Dieser Gesichtspunkt wurde va – und durchaus zu Recht – von *Mazal*, Krankheitsbegriff (FN 16) insb 361ff herausgearbeitet.

²⁰ Auch *Ettmayer/Posch*, DRDA 2000, 199 (bei und in FN 1), berufen sich nur auf eine Studie, die erwerbstätige Männer zwischen 20 und 65 Jahren erfasst.

Daher ist die *Regelwidrigkeit* der erektilen Dysfunktion – *im Zweifel* – zu *bejahen*. Dies hat der OGH auch insoweit anerkannt, als er mittlerweile klargestellt hat, die *Regelwidrigkeit* als solche nie in Frage gestellt zu haben.²¹

3.2 Keine Behandlungsbedürftigkeit?

Damit wird das Problem aber nicht gelöst, sondern nur verschoben. All die zuletzt erwähnten Einwände könnten nämlich auf der Ebene der *Behandlungsbedürftigkeit* wieder erhoben sein. Die Grundfrage bei diesem zweiten Ansatz, der gegen einen Krankenbehandlungsanspruch sprechen könnte, lautet: *Kann* bei einer Behandlung mit Viagra, SKAT etc das *Ziel der Krankenbehandlung erreicht werden*?

Ob ein regelwidriger Zustand eine Krankenbehandlung notwendig macht, ist nach einhelliger (und auch im vorliegenden Band mehrfach bekräftigter) Auffassung an den *Zielen* einer solchen Behandlung zu messen, wie sie insb in § 133 Abs 2 Satz 2 ASVG formuliert sind.²² Damit hat der Gesetzgeber das medizinische Kriterium der *Regelwidrigkeit* mit der *gesellschaftlichen* Anerkennung der Notwendigkeit einer Behandlung verknüpft. Wie ebenfalls schon betont wurde, kann das ausdrückliche Abstellen auf die drei Faktoren Gesundheit, Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, in der Tat nur so verstanden werden, dass nicht jedwede Störung des Wohlbefindens erfasst ist.

Da aber die genannten Faktoren nur „nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden“ sollen, genügt nach bisher wohl einhelliger und zutreffender Auffassung bereits eine positive Veränderung des Zustandes, die schon durch „bloße“ Schmerzlinderung erreicht wird.²³ Mit anderen Worten, für die Erfüllung der Ziele der Krankenbehandlung ist keine und schon gar nicht eine völlige Heilung erforderlich. Ebenso wenig kann die KV-rechtliche Erfassung der Behandlung eines bestimmten Symptoms bzw einer Folgeerkrankung abgelehnt werden, nur weil das Grundleiden nicht beeinflusst werden kann. Vielmehr reicht auch hier, dass eine *Verschlimmerung des Zustandes verhindert* werden kann.

Insofern muss das im Verfahren zu SSV-NF 18/65 aufgeworfene, vom OGH letztlich nicht näher geprüfte Argument, dass durch Potenzmittel ja nicht der Fehler im Ablauf (hier: des Erektionsmechanismus), also die *Regelwidrigkeit* selbst behoben, sondern nur bei einem Symptom angesetzt werde (dh die Erektion ermöglicht wird), ins Leere gehen. Dieser Ansatz knüpft erkennbar an jener Judikatur an, die In-Vitro-Fertilisationen va deshalb nicht als Krankenbehandlung qualifiziert hat, weil sie nichts am defekten Eileiter ändert, sondern „nur“ der Erfüllung des Kinderwunsches dient.²⁴ Auf diesen Punkt ist noch (unten 6.1) zurückzukommen.

Offenkundig wollte der OGH in SSV-NF 18/65 den Widerspruch vermeiden, der unweigerlich entstanden wäre, wenn er plötzlich die Beeinflussbarkeit des

²¹ So dezidiert in 10 Obs 77/06f, ARD 5713/11/06.

²² Vgl nur *Binder* in *Tomandl* (Hg), System (FN 1) 204 f mwN.

²³ Vgl erneut nur *Binder* in *Tomandl* (Hg), System (FN 1) 205 f mwN.

²⁴ Vgl nur OGH 10 Obs 115/98d, SSV-NF 12/82, bzw 10 Obs 193/98z, SSV-NF 12/153 = DRdA 1999/27 und 28, 222 (*Enzberger*).

Grundleidens zum zentralen Element der Behandlungsbedürftigkeit gemacht hätte. Diese – und damit das Vorliegen einer Krankheit im KV-rechtlichen Sinn – ist bisher zu Recht schon dann angenommen worden, wenn bereits ein regelwidriger Zustand vorliegt, dessen weitere Verschlechterung aber nun droht, wenn wenigstens diese durch die Behandlung verhindert oder verzögert werden kann.²⁵

Insofern hat die Krankenbehandlung auch eine *präventive* Dimension, sodass der spätere Hinweis des OGH, dass Maßnahmen der Krankheitsverhütung nur im Rahmen des § 156 in Betracht kämen,²⁶ eigentlich verfehlt ist. Es kommt nämlich oft vor, dass Behandlungen nicht nur zur Heilung einer bestimmten Krankheit, sondern auch und gerade zur Vermeidung von Folgeerkrankungen beansprucht werden können.²⁷ Hier sei nur auf die Beispiele verwiesen, die *Ettmayer/Posch* zur Entkräftung des Arguments ins Treffen führen, dass Krankenbehandlungen immer gleichsam an der Wurzel ansetzen müssten:²⁸ Sie betonen zutreffend, dass selbst bei *Substitutionsmethoden* kein Zweifel an deren Qualifikation als notwendige Krankenbehandlung bestehen kann, obwohl etwa die Insulinabgabe oder die Hämodialyse keine Heilung der Bauchspeicheldrüse bzw der Nieren bewirken, sondern lediglich eine Umgehung oder Ersetzung der ausgefallenen Organe. Bei genauerer Betrachtung geht es hier zumindest auch um die Vermeidung von Verschlimmerungen. Das lässt sich insb bei Diabetes gut demonstrieren, bei dem die Behandlungsbedürftigkeit nicht nur im Hinblick auf die Substitution des sonst nicht funktionierenden Zucker-Stoffwechsels besteht, sondern auch und gerade darin, die bei unbehandeltem oder schlecht eingestellten Diabetes mit höchster Wahrscheinlichkeit eintretenden Folgen (zB Arteriosklerose, Neuropathie, Retinopathie) zu vermeiden.

Die *Vermeidung sonstiger Folgeerkrankungen* ist somit ebenfalls unter die Ziele der Krankenbehandlung einzuordnen (arg insb „gefestigt oder gebessert“). Insofern ist der OGH in seiner neuen Judikatur zur SKAT-Therapie eigentlich zu streng, wenn er die Behandlung erektiler Dysfunktion im Rahmen der KV erst dann zulassen will, wenn diese bereits zu einer psychischen Krankheit geführt hat, die „bloße Möglichkeit des Umschlagens einer psychischen Belastung in eine psychische Störung mit Krankheitswert“ dagegen noch nicht für ausreichend hält.²⁹ Natürlich ist zuzugestehen, dass – um beim obigen Beispiel zu bleiben – die Prognosewahrscheinlichkeit bei den Folgen eines unbehandelten/schlecht eingestellten Diabetes ungleich höher ist und letztere zudem meist leichter feststellbar sind als die psychischen Folgen einer erektilen Dysfunktion (oder einer Verunstaltung bzw einer anderen, zunächst vielleicht auch bloß subjektiv empfundenen Beeinträchtigung, dazu unten 5.).

²⁵ Dass auch diese Verschlimmerung für sich betrachtet eine *Regelwidrigkeit* darstellen muss, sei hier nur sicherheitshalber klargestellt.

²⁶ So ausdrücklich in 10 Obs 12/06x, ARD 5682/10/06 = ZAS-Judikatur 2006/109 = infas 2006 S 29, wo zudem irrtümlich vom Bestehen von Leistungsansprüchen gesprochen wird, obwohl die genannte Bestimmung nur freiwillige Leistungen vorsieht.

²⁷ Vgl auch hier noch einmal die Nachweise bei *Binder* in *Tomandl* (Hg), System (FN 1) 205.

²⁸ DRdA 2006, 202, unter Verweis auf *Kletter*, Wunschkind auf Krankenschein? SozSi 1996, 330 f, der sich seinerseits auf deutsche Literatur beruft.

²⁹ So ausdrücklich in 10 Obs 12/06x, ARD 5682/10/06 = ZAS-Judikatur 2006/109 = infas 2006 S 29.

Dennoch ist nicht einsichtig, warum ein regelwidriger Zustand – und die erektile Dysfunktion wurde als solcher erkannt (s oben 3.1) – erst dann auch als behandlungsbedürftig anzusehen sein soll, wenn daraus eine weitere, ebenfalls behandlungsbedürftige Regelwidrigkeit (hier: eine psychische Krankheit) entstanden ist. Davon abgesehen ist der OGH nicht konsequent, ist doch die erektile Dysfunktion in den ihm bisher vorgelegten Fällen soweit ersichtlich stets selbst als Folge einer anderen Krankheit entstanden.³⁰ Wenn denn der Zusammenhang mit einer, durch die erektile Dysfunktion erst ausgelösten Folgeerkrankung die Behandlungsbedürftigkeit der erstgenannten Regelwidrigkeit zu begründen vermag, warum sollte das nicht umgekehrt auch der Fall sein, wenn die erektile Dysfunktion sich als Folgeerkrankung darstellt?

Möglicherweise erweist sich aber bereits dieser Grundansatz als überflüssiger *Umweg*. Auf die Verbindung mit einer anderen Erkrankung, zu deren Behandlung oder Vermeidung die Krankenbehandlung dann dient, kann nämlich getrost verzichtet werden, wenn die fragliche Regelwidrigkeit für sich allein betrachtet bereits als behandlungsbedürftig qualifiziert werden kann. Im konkreten Fall ist daher zu fragen, ob die Behandlung einer erektilen Dysfunktion aller medizinischen Voraussicht nach zu einer Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Gesundheit, der Arbeitsfähigkeit oder der Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, führen würde.

Wie schon angedeutet, hat der Gesetzgeber bei der Formulierung der *Ziele* der Krankenbehandlung drei Bereiche und offenbar ganz bewusst in einer bestimmten *Rangfolge* hervorgehoben: Zuallererst geht es um die Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Gesundheit. Wenn diese – insb bei einem unheilbaren, aber auch nicht progredienten – Leiden nicht mehr positiv beeinflussbar sein sollte, besteht dennoch Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn eine Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Arbeitsfähigkeit erreichbar scheint. Ist auch diese nicht oder nicht mehr möglich, sei es, weil die Regelwidrigkeit keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat, sei es, weil letztere ohnedies nicht mehr besteht, kann es immer noch ein Ziel sein, die Fähigkeit zur Besorgung lebenswichtiger Bedürfnisse weitestmöglich zu stärken.

Die Behandlung erektiler Dysfunktion dient nun, wie schon *Ettmayer/Posch* herausgearbeitet haben, in der Regel der Wiederherstellung oder Besserung der *Gesundheit*, weil ein Mann, der an durch eine andere Erkrankung oder als Nebenwirkung eines Medikaments ausgelöster Impotenz leidet, nicht als gesund angesehen werden kann.³¹ Dass sich dies ab einem gewissen Alter ändern mag, ist zwar richtig, würde aber – wie ebenfalls schon betont – entsprechende empirische Evidenz oder aber eine ausdrückliche gesellschaftliche, dh gesetzgeberische Entscheidung voraussetzen. Abgesehen davon, dass beides fehlt, sei daran erinnert, dass die Kläger in den einschlägigen Verfahren zum Zeitpunkt der jeweiligen erstgerichtlichen Entscheidung durchwegs noch nicht oder gerade erst 60 waren.³²

³⁰ Diabetes mellitus und daraus resultierend Arteriosklerose und Bluthochdruck (so in SSV-NF 18/65; 10 Obs 22/06t, ARD 5697/17/06) bzw bösartige Neubildung der Prostata (so in 10 Obs 12/06x, ARD 5682/10/06 = ZAS-Judikatur 2006/109 = infas 2006 S 29).

³¹ DRdA 2006, 204.

³² So war der Kläger im Verfahren zu SSV-NF 18/65 Jahrgang 1945, im Verfahren zu 10

Im Regelfall erweist sich somit der Rekurs auf eine andere, zusätzlich zur erektilen Dysfunktion auftretenden Krankheit als überflüssig, um die Behandlungsbedürftigkeit ersterer im Hinblick auf das Ziel Gesundheit zu begründen. Auch wenn damit dieser zweite Prüfungsschritt bereits – in einer den Anspruch auf Krankenbehandlung grundsätzlich bejahenden Weise – abgeschlossen werden könnte, soll er auch bei den anderen, subsidiären Zielen der Krankenbehandlung durchgeführt werden.

Und in der Tat wird die Behandlungsbedürftigkeit einer erektilen Dysfunktion im Hinblick auf die Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der *Arbeitsfähigkeit* ungleich schwerer zu begründen sein. Sieht man einmal von Tätigkeiten als Callboy oder Pornodarsteller ab, werden hier höchstens *mittelbare* Einflüsse angenommen werden können. Damit stellt sich hier durchaus die Frage nach den durch erektile Dysfunktion ausgelösten Folgeproblemen insb auch im psychischen Bereich und deren negativen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit.³³

In der bisherigen Diskussion stand freilich das *dritte* Ziel der Krankenbehandlung im Vordergrund. Im Hinblick auf die Fähigkeit, für die *lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse* zu sorgen, scheint der Rückgriff auf andere behandlungsbedürftige Regelwidrigkeiten wiederum entbehrlich. Va ist die Annahme verfehlt, die Behandlung einer erektilen Dysfunktion könne diesem Ziel gar nicht dienen. Genau das hat der OGH aber in SSV-NF 18/65 vertreten und in der Folge mehrfach bekräftigt.³⁴

Wie schon an anderer Stelle³⁵ herausgearbeitet wurde, ist diese Auffassung viel zu undifferenziert. Natürlich kann problematisiert werden, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen Sexualität und die Ausübung des Geschlechtstriebes als lebenswichtige persönliche Bedürfnisse anzusehen sind. Dabei sollte zunächst die Wortwahl des Gesetzgebers beachtet werden, der in § 133 Abs 2 ASVG nicht bereits „wichtige“ Bedürfnisse genügen lässt, aber auf der anderen Seite auch nicht „lebensnotwendige“ Bedürfnisse verlangt. Daraus ist mit *Ettmayer/Posch* zu folgern, dass es nicht nur um Bedürfnisse gehen kann, deren Nichtbefriedigung unmittelbar zum Tode führen.³⁶

Auch der schon zitierte, vom OGH faktisch als Ausschließungsgrund ins Treffen geführte Umstand, dass „Bedürfnisse aus der höchstpersönlichen Lebenssphäre des einzelnen Versicherten prägend in den Vordergrund treten“, hilft wenig weiter. Hier sollte offenkundig die Notwendigkeit einer *Objektivierung* zum Ausdruck gebracht werden. Diese besteht ohne Zweifel, aber in Wahrheit bei allen (zumal lebenswichtigen) persönlichen Bedürfnissen. Auch im Hinblick auf Zubereitung und Einnahme von Essen, auf Hygiene, Notdurft oder Woh-

Obs 12/06x Jahrgang 1942 und im Verfahren zu 10 Obs 22/06t sogar erst Jahrgang 1946!

³³ Vgl wiederum die Nachweise bei *Ettmayer/Posch*, DRdA 2006, 204.

³⁴ Auch den in eine andere Richtung weisenden Beschlüssen 10 Obs 12/06x bzw 10 Obs 22/06t lag ja nicht die Anerkennung einer Behandlungsbedürftigkeit im Hinblick auf lebenswichtige persönliche Bedürfnisse zugrunde, sondern eine solche wegen der aus der erektilen Dysfunktion resultierenden psychischen Folgeerkrankungen.

³⁵ Vgl bereits meine Kritik in ZAS 2006, insb 93 f, aber auch *Ettmayer/Posch*, DRdA 2006, 205.

³⁶ DRdA 2006, 205.

nungsreinigung kann es nicht auf die subjektiven Präferenzen ankommen. Die Behandlungsbedürftigkeit kann demnach nicht davon abhängen, ob jemand oft und aufwändig kochen und essen will, gerne mehrmals täglich oder nur einmal in der Woche duscht usw.³⁷ Insofern geht die an sich nicht unrichtige These, dass es nicht Aufgabe der KV sein kann, dem Versicherten maximale Bedürfnisbefriedigung zu ermöglichen,³⁸ zumindest an dieser Stelle (s dagegen unten 3.3) ins Leere.

Und dass die Sexualität kein bloß subjektiver Bewertung zugänglicher oder gar in einer Tabuzone zu versteckender Bereich ist, sondern durchaus ein auch gesellschaftlich und rechtlich anerkannter Aspekt des Menschseins ist, zeigen zahlreiche Bestimmungen in den unterschiedlichsten Rechtsmaterien. Das Spektrum reicht hier vom Grundrechtsschutz und das Familienrecht³⁹ über den Schutz sexueller Integrität im Strafrecht (vgl nur §§ 201 ff StGB) bis hin zur Antidiskriminierung im Arbeitsrecht (vgl nur §§ 6, 17 Abs 1 letzter Tatbestand GIBG).

Schließlich kann die grundsätzliche Behandlungsbedürftigkeit auch nicht deswegen ausgeschlossen werden, weil es sich bei der Sexualität „bloß“ um ein Bedürfnis handelt, dessen Wiederherstellung, Festigung oder Besserung nicht nur jener im Hinblick auf Gesundheit oder Arbeitsfähigkeit gegenüber nachrangig ist, sondern das auch weniger wichtig erscheint als andere lebenswichtige persönliche Bedürfnisse. Die Notwendigkeit, hier eine weitere Abwägung vorzunehmen, stellt sich erst bei Zielkonflikten: Wenn etwa nur die Alternative bestünde zwischen einer Therapie, die zum Überleben notwendig ist, aber die Erektionsfähigkeit massiv beeinträchtigt, und einer solchen, die zwar keine Störung des Sexuallebens bewirkt, aber dafür mit einem besonders hohen Schlaganfall- oder Herzinfarktrisiko verbunden ist, wird der Beeinträchtigung der Sexualität fraglos *nachrangige* Bedeutung zukommen. Gleiches würde gelten, wenn der Erfolg der betreffenden Therapie nur zweifelhaft, diese aber in jedem Fall mit exorbitanten Kosten verbunden wäre.

Ansonsten – und das lässt sich durchaus als Zwischenergebnis festhalten – kann die *grundsätzliche Behandlungsbedürftigkeit* einer erektilen Dysfunktion auch im Hinblick auf die Wiederherstellung, Festigung oder Besserung der Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nicht ausgeschlossen werden, und zwar auch dann nicht, wenn keine (zB psychische) Folgeerkrankung daraus resultiert. Damit ist freilich – und erneut ist *Ettmayer/Posch* beizupflichten – nur die Frage nach dem „ob“ und nicht jene nach dem „wie viel“ beantwortet.⁴⁰

³⁷ Die Notwendigkeit einer Objektivierung ist auch – und insb im Hinblick auf eben diese Verrichtungen – bei der Feststellung (des Ausmaßes) von Pflegebedürftigkeit anzutreffen und soll dort durch unterschiedliche normative Vorgaben zur Quantifizierung des Bedarfs bewältigt werden, vgl insb die §§ 1 und 2 der EinstV (BGBl II 1999/37), grundlegend dazu *Pfeil*, Neuregelung der Pflegevorsorge in Österreich (1994) insb 183ff.

³⁸ So der OGH wörtlich in SSV-NF 18/65 unter Berufung auf die SKAT-Grundsatzentscheidung des deutschen BSG (vgl zu dieser den vorstehenden Beitrag von *Gamperl*).

³⁹ *Ettmayer/Posch*, DRdA 2006, 205, verweisen hier auf Art 8 MRK oder das EheG, nach dessen § 49 die Verweigerung des Geschlechtsverkehrs als Scheidungsgrund gilt.

⁴⁰ Vgl noch einmal DRdA 2006, 205.

Selbst mit der grundsätzlichen Anerkennung der erektilen Dysfunktion als eigenständige behandlungsbedürftige Regelwidrigkeit ist daher nur der Anspruch auf Krankenbehandlung als solcher bejaht. Da diese ausreichend und zweckmäßig sein muss, aber auch nicht mehr als notwendig sein darf (§ 133 Abs 2 Satz 1 ASVG), ist die Frage des *quantitativen* Ausmaßes dieses Anspruches noch zu klären. Dass dabei schon erwähnte, bisher aber als nicht gewichtig genug oder unbeachtlich qualifizierte Argumente wieder auftauchen, kann wohl nicht überraschen. Und in der Tat scheinen Ansätze, die einen „Selbstbehalt“ im Hinblick auf höchstpersönliche Bedürfnisse eher auf dieser Ebene ansiedeln wollen, am ehesten zielführend und gesetzeskonform.

3.3 Behandlung nicht zweckmäßig/notwendig?

Im Rahmen der hier gleichsam als letzten Prüfungsschritt anzustellenden *ökonomischen Betrachtung*⁴¹ muss abgewogen werden, was der Versichertengemeinschaft noch zugemutet werden kann und was noch in der Eigenverantwortung der Versicherten verbleibt. Dazu sind im Hinblick auf die Behandlung von erektiler Dysfunktion bisher im Wesentlichen *drei* Argumentationslinien festzustellen.

Zum einen wird problematisiert, dass das Grundleiden (Diabetes, Bluthochdruck, Prostataumor) durch die Behandlung mit Viagra, SKAT etc weder behoben noch gebessert werden kann.⁴² Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass – wie (oben 3.2) ausgeführt – bereits die Verhütung der Verschlimmerung des Grundleidens (insb auch durch Auftreten zusätzlicher Leidenszustände) ausreicht, um eine Behandlungsbedürftigkeit anzunehmen. Davon abgesehen braucht der Zusammenhang mit einem Grundleiden nicht hergestellt werden, wenn die erektile Dysfunktion als *eigenständiger* regelwidriger und behandlungsbedürftiger Zustand anzuerkennen ist, was wohl ebenfalls hinreichend nachgewiesen werden konnte. Dennoch sei angemerkt, dass selbst bei Anerkennung der in SSV-NF 18/65 vertretenen Position die Zweckmäßigkeit zumindest dann anders beurteilt werden müsste, wenn die erektile Dysfunktion erst durch ein Medikament ausgelöst wird, das der Behandlung einer anderen Erkrankung dient.⁴³

Die Frage der Zweckmäßigkeit der Behandlung wurde zumindest in einem der bis zum OGH geführten Verfahren vom dort beklagten KV-Träger auch unter einem *zweiten* Gesichtspunkt aufgeworfen. Eine Leistung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil Arzneimittel zur Anreizung oder Verstärkung des Sexual-

⁴¹ So die instruktive Untergliederung bei *Ettmayer/Posch*, DRdA 2006, 205 f.

⁴² Mit der in SSV-NF 18/65 (nach der hier vertretenen Auffassung freilich vorschnell und zu Unrecht) gefundenen Lösung konnte der OGH aber auf eine Auseinandersetzung mit dieser Argumentation verzichten.

⁴³ Schon in ZAS 2006, 94, habe ich daher darauf hingewiesen, dass in dieser Entscheidung eigentlich zuerst hätte überprüft werden müssen, ob die Behandlung des Bluthochdrucks den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, wenn sie zu solchen Nebenwirkungen führt. Wenn es zu der betreffenden Therapie aber keine Alternative gibt, müssen Maßnahmen gegen deren Folgen (die Regelwidrigkeit derselben vorausgesetzt) auch im Rahmen der Krankenbehandlung erfasst sein.

triebes sowie solche, die bei vorhandenem Geschlechtstrieb die Ausübung des Geschlechtsverkehrs ermöglichen (in concreto ging es um „Caverject“), grundsätzlich zur Krankenbehandlung *ungeeignet* seien.

Bei diesem Verweis auf Punkt 5 der Anlage zu der vom Hauptverband auf Grundlage des § 351c Abs 2 ASVG erlassenen Liste wird zunächst übersehen, dass sowohl die gesetzliche Ermächtigung als auch die Liste selbst nur auf die Nichteignung bestimmter „Arzneimittelkategorien“ zur Krankenbehandlung „im Allgemeinen“ abstellen. Damit ist also eine Verschreibung bestimmter Medikamente im Einzelfall eindeutig zulässig, auch wenn mit der Liste eine deutliche Vermutung für die Nichtverschreibbarkeit formuliert wird, die faktisch die Erbringung als Sachleistungen oft ausschließen dürfte.⁴⁴

Ungeachtet der wegen dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu erwartenden faktischen Beschränkungen ist festzuhalten, dass die Entscheidung, ob Arzneimittel im Rahmen der Krankenbehandlung beansprucht werden können, im Verfahren in Sozialrechtssachen überprüfbar. Völlig zu Recht hat der OGH auf das oa Vorbringen mit der Klarstellung reagiert, dass der gesetzliche Leistungsanspruch in der KV letztlich in concreto von den Gerichten zu ermitteln ist und nicht durch abstrakte Regelungen abschließend bestimmt werden darf.⁴⁵

Bei dieser Prüfung sollte auch berücksichtigt werden, dass die gesetzliche Ermächtigung in § 351c Abs 2 ASVG gar nicht auf die „Lifestyle-Medizin“ abzielt, sondern auf Arzneimittelkategorien, die „überwiegend zur Behandlung in Krankenanstalten, unter ständiger Beobachtung oder zur Prophylaxe verwendbar sind“. Zwar handelt es sich hier nur um Beispiele (arg „zB“), aber auch die anderen in der Liste angeführten Arzneimittelkategorien müssen „im Allgemeinen nicht zur Krankenbehandlung ... geeignet“ seien. Im Lichte der neueren Rsp und der bisher in der Literatur vertretenen Positionen scheint es nun nicht einmal mehr haltbar, dass Arzneimittel zur Behandlung einer erektilen Dysfunktion „im Allgemeinen“ als ungeeignet anzusehen. Angesichts der vorstehend erzielten Ergebnisse ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis geradezu *umgekehrt* zu sehen, um eine sonstige *Gesetzwidrigkeit* der Liste in diesem Punkt zu vermeiden. Damit ist ein *Ausschluss* der diesbezüglichen Belastung der KV-Träger nicht unmöglich, er müsste freilich vom *Gesetzgeber* vorgenommen werden.

Eine andere Beschränkung scheint indes bereits auf Basis des geltenden Gesetzesrechts möglich und auch geboten. Damit ist die *dritte* Argumentationslinie angesprochen, die auf der Ebene der Zweckmäßigkeit bzw Notwendigkeit der Krankenbehandlung ins Treffen geführt werden könnte (und eigentlich auch am Beginn der Entwicklung gestanden ist): Hier ist tatsächlich davon auszugehen, dass die KV keine maximale Bedürfnisbefriedigung schuldet, dass weiters die Betroffenheit der Patienten, die an erektiler Dysfunktion leiden, vergleichsweise und für sich betrachtet geringer ist als bei anderen behandlungsbedürftigen Regelwidrigkeiten und schließlich, dass gerade bei – durchaus als lebenswichtig anzuerkennenden – Bedürfnissen im Bereich der Sexualität höchstpersönliche Präferenzen prägend in den Vordergrund treten können.

⁴⁴ Vgl nur *Firlei*, Heilmittelverschreibung. Verdeckte Rationierung am Beispiel von Zielvereinbarungen (2006) 41 f.

⁴⁵ So ausdrücklich in 10 ObS 22/06t, ARD 5697/17/06.

All das kann zwar, wie dargelegt, nicht ausreichen, um von vornherein die Regelwidrigkeit oder die Behandlungsbedürftigkeit auszuschließen. Für die gebotene *Objektivierung* im Hinblick darauf, wann ein Anspruch das Ausmaß des *Notwendigen* überschreitet, sind diese Gesichtspunkte aber sehr wohl beachtlich. Im Rahmen der hier anzustellenden wertenden Abwägung insb zwischen Betroffenheit des Patienten, Kosten der Behandlung und Nachhaltigkeit ihrer Wirkung sollte daher *keine isolierte* Betrachtung des regelwidrigen Zustandes erektiler Dysfunktion vorgenommen werden.

Diese wird vielmehr umso eher und in umso höherem Ausmaß als behandlungsbedürftig anzusehen sein, je mehr krankheitsbedingte Einschränkungen sonst vorliegen. Mit anderen Worten, ein Mann, der bereits zB an Diabetes, MS, massivem Bluthochdruck oder einem Zustand nach Prostataoperation leidet, kann schon zur Vermeidung der Verschlimmerung solcher – sonst häufig und mit hoher Wahrscheinlichkeit Impotenz zur Folge habender – Zustände Medikamente zur Bekämpfung der erektilen Dysfunktion im Rahmen der Krankenbehandlung beanspruchen. In diesen Fällen bedarf es somit nicht des „Umwegs“ einer psychischen Folgeerkrankung, für deren Behandlung mittelbar bei der erektilen Dysfunktion angesetzt werden müsste.

Das ähnelt der eingangs geschilderten Position, die von den KV-Trägern bis 2001 vertreten wurde. Die dort vorgenommene Beschränkung auf ganz bestimmte Grundkrankheiten ist freilich aufgrund der oben zu § 351c Abs 2 ASVG und der darauf basierenden Liste des Hauptverbandes angestellten Überlegungen als verbindliche Vorgabe nicht haltbar. Eine ausdrückliche Klarstellung, dass die Behandlung einer erektilen Dysfunktion *jedenfalls* dann von der KV zu übernehmen ist, wenn sie in Verbindung mit ganz bestimmten Krankheiten auftritt, ist gleichwohl praktisch sinnvoll und gesetzlich möglich.

Gleiches gilt für die damals vorgesehene *quantitative* Beschränkung auf zB vier Viagra-Tabletten pro Monat. Darin könnte darüber hinaus sogar eine zulässige Objektivierung im Hinblick auf das „Maß des Notwendigen“ liegen, das nach § 133 Abs 2 Satz 1 ASVG nicht überschritten werden darf. Sollte ein Patient einen *subjektiven*, hier tatsächlich in seinen als höchstpersönlich zu qualifizierenden Bedürfnissen begründeten *Mehrbedarf* haben, wäre dieser als „*Selbstbehalt*“ anzusehen.

Differenzierter wäre die Situation bei Versicherten zu sehen, die „nur“ an erektiler Dysfunktion leiden. Auch hier wäre zwar die Regelwidrigkeit und – nach Maßgabe der oa Gesichtspunkte – auch die Behandlungsbedürftigkeit grundsätzlich zu bejahen. Die in der Folge im Rahmen der ökonomischen Betrachtung vorzunehmende Abwägung würde aber gerade unter dem Aspekt der Betroffenheitsintensität und der Zumutbarkeit der Kostentragung dazu führen, dass ein Behandlungsanspruch zu verneinen wäre, *va* wenn die „Behandlung“ offenkundig doch vorrangig der Hebung der Lebensqualität dient. Diese Annahme wäre freilich nicht mehr gerechtfertigt, wenn die erektiler Dysfunktion ihrerseits zu einer *Folgeerkrankung* führt. Nur in diesem Fall erscheint somit der vom OGH zuletzt angedachte Umweg über die psychische Erkrankung sinnvoll und gerechtfertigt. Damit allein ist der Anspruch aber noch nicht gewährleistet, weil ja nicht nur der Nachweis des Kausalzusammenhanges zu führen, sondern auch mit Blick auf die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit

der Behandlung die Frage nach dem Vorrang anderer Therapieformen zu prüfen sein wird.⁴⁶

4. Zwischenbilanz

Damit kann festgehalten werden, dass eine erektile Dysfunktion

- grundsätzlich als regelwidriger und ...
- (insb im Hinblick auf Gesundheit bzw die Fähigkeit zur Besorgung lebenswichtiger persönlicher Bedürfnisse) auch behandlungsbedürftiger Zustand ...
- und damit in der Regel auch als Krankheit im KV-rechtlichen Sinn anzusehen ist, der ...
- grundsätzlich auch, va aber dann, wenn er in Verbindung mit einer anderen Krankheit auftritt, auch einen Anspruch auf Krankenbehandlung auslöst, ...
- dessen Ausmaß (wie auch sonst) unter Abwägung insb von Faktoren wie Betroffenheit/ Kosten/ Nachhaltigkeit/ Alternativen im Einzelfall zu ermitteln ist, wobei ...
- eine „Objektivierung“ durch quantitative Beschränkung (wie nach früherer Praxis, zB 4x/Monat) und ein daraus resultierender „Selbstbehalt“ bei subjektivem Mehrbedarf durchaus gesetzeskonform erscheint.

5. Konsequenzen für andere „Lifestyle“-Fälle

Ohne auf die einzelnen Konstellationen näher eingehen zu können, lassen sich doch aus den gewonnenen Erkenntnissen einige und zum Teil sogar relativ präzise Rückschlüsse auf die Bewertung der anderen, eingangs genannten Lifestyle-Fälle ziehen.

Was zunächst die *Potenzsteigerung* betrifft, muss davon ausgegangen werden, dass es sich um keine Regelwidrigkeit handelt und damit auch keine Behandlungsbedürftigkeit vorliegen kann. Ein Anspruch im Rahmen der Krankenbehandlung ist daher zu verneinen.

Gleiches wird grundsätzlich auch für die *Raucherentwöhnung* gelten. Zwar wird Nikotinsucht durchaus als regelwidriger Zustand angesehen werden können, ob hier jedoch eine separate Behandlungsbedürftigkeit angenommen werden kann, scheint doch sehr zweifelhaft. In Zusammenhang mit der Vermeidung anderer, unmittelbar drohender Erkrankungen bzw der Verhinderung ihrer Verschlimmerung wird jedoch eine Einordnung unter den Krankenbehandlungsanspruch vielleicht doch *ausnahmsweise* in Betracht kommen können. Im Lichte der anzustellenden ökonomischen Bewertung ist dabei freilich va darauf abzustellen, dass andere Maßnahmen nicht mehr möglich sind oder sich als erfolglos erwiesen haben. Da bei der Raucherentwöhnung die Willenskomponente wohl eine größere Rolle spielen dürfte als bei der Alkohol- oder Drogenentwöhnung

⁴⁶ Insofern zutreffend *Radics*, SozSi 2006, 281.

scheint auch eine strengere Sicht als bei den diesbezüglichen Suchttherapien gerechtfertigt.

Bei *Gewichtsproblemen* wird ebenfalls eine eher strengere Beurteilung geboten sein. Soweit eine massive Bedrohung durch Folgekrankheiten besteht oder solche schon aufgetreten (und für sich genommen nicht wirksam bekämpfbar) sind, wird jedoch sowohl von Regelwidrigkeit als auch Behandlungsbedürftigkeit ausgegangen und ein KV-rechtlicher Behandlungsanspruch insb im Hinblick auf Adipositas bejaht werden können.

Bei Mitteln zur Förderung des *Haarwuchses* scheint dagegen weder die Regelwidrigkeit noch die Behandlungsbedürftigkeit argumentierbar. Ein Anspruch im Rahmen der Krankenbehandlung wäre hier nur vorstellbar, wenn eine *kosmetische Behandlung* vorläge und die zusätzlichen strengen Voraussetzungen des § 133 Abs 3 Satz 1 ASVG erfüllt wären.

Sollte eine sonstige *Verunstaltung*, die den Wunsch nach einer entsprechenden kosmetischen Behandlung auslöst, kausal für eine bereits bestehende (insb psychische) Krankheit sein, müsste nach der neueren Rsp zur Anerkennung des Anspruchs bei erektiler Dysfunktion bereits ein Anspruch nach § 133 Abs 2 ASVG in Betracht kommen. Abgesehen davon, dass dies nach der hier vertretenen Auffassung als überflüssiger, uU ja sogar verfehelter Umweg anzusehen ist, muss berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber einen Leistungsanspruch für kosmetische Behandlungen ausdrücklich geregelt und nur unter ganz engen Bedingungen zugelassen hat. Diese Wertung darf nicht durch einen allzu großzügigen Rekurs auf den „allgemeinen“ Krankenbehandlungsanspruch unterlaufen werden.

Auf der anderen Seite kann aus § 133 Abs 3 ASVG auch kein völliger Ausschluss des Anspruchs nach Abs 2 dieser Bestimmung bei Vorliegen der dortigen Voraussetzungen abgeleitet werden. Die beiden Regelungen werden daher am ehesten dadurch in Einklang zu bringen sein, dass ein Anspruch auf kosmetische Behandlung nur in krassen Fällen, dh insb nur bei dramatischen Folgen zu bejahen sein wird. So gesehen sind die KV-rechtlichen Vorschriften für kosmetische Behandlungen tatsächlich nicht verallgemeinerbar.

6. „Nebenprobleme“

Ebenfalls nur kurz kann auf zwei Fragestellungen hingewiesen werden, die im Zuge der Auseinandersetzung mit der Stellung der „Lifestyle“-Medizin im österreichischen KV-Recht bzw der zu dieser zuletzt ergangenen Judikatur aufgetaucht sind.

Zunächst ist dem schon angesprochenen *Widerspruch* nachzugehen, der sich zwischen der nunmehrigen zumindest dem Grunde nach erfolgten Anerkennung von Maßnahmen der Krankenbehandlung bei erektiler Dysfunktion im Hinblick auf daraus resultierende psychische Krankheiten und der seinerzeitigen *In-Vitro-Fertilisations-Judikatur* auftut. Wie schon ausgeführt, wurde damals zwar die Regelwidrigkeit der Unfruchtbarkeit von Frauen bejaht, aber die Tauglichkeit einer IVF zu deren Behandlung in Abrede gestellt, weil damit nicht die Ursache bekämpft, sondern ein ganz anderes Ziel, der unerfüllt ge-

bliebene Kinderwunsch erreicht wird. Dabei wurde insb auch das Argument verworfen, dass die IVF zur Behandlung von (durch den unerfüllt gebliebenen Kinderwunsch) ausgelösten Depressionen geeignet sei.⁴⁷ Davon abgesehen sei es kaum vorstellbar, dass der Beweis geführt werden könne, dass der unerfüllte Kinderwunsch tatsächlich die Ursache für die Depression oder andere psychische Krankheiten darstelle.⁴⁸ Das ist aber nun gerade der Ansatz, der bei der erektilen Dysfunktion gewählt wurde und bei dem auch das Beweisproblem offenbar nicht als so unüberwindbar gesehen wird.

Angesichts der Schlussfolgerungen, die der Gesetzgeber aus der oa Judikatur gezogen hat, kann durchaus vertreten werden, dass die nunmehrige Auffassung dort nicht anwendbar ist, wo eine ausdrückliche Ausklammerung aus der individuellen Leistungspflicht der KV erfolgt ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs des IVF-Fonds-Gesetzes (BGBl I 1999/180 zuletzt idF BGBl I 2004/42) bzw bei Nichterfüllung der dortigen Voraussetzungen⁴⁹ könnte die Auffassung, dass psychische Folgeerkrankungen auch durch Behandlung der diese erst auslösenden Regelwidrigkeit auf Kosten der KV zu bewältigen sind, aber sehr wohl beachtlich sein.

Abgesehen davon, dass doch noch gewisse Unterschiede zwischen einer Behandlung durch IVF und der Behandlung erektiler Dysfunktionen bestehen,⁵⁰ sollte der OGH vielleicht noch einmal überdenken, ob der gewählte Umweg wirklich notwendig ist. In jenen Fällen, in denen die erektile Dysfunktion Folge einer anderen Erkrankung ist, könnte die Behandlung ersterer nach der hier vertretenen Auffassung auch ohne diesen Rückgriff begründet werden. Und damit ließe sich auch der sonst auftretende Widerspruch vermeiden.

Relativ unkompliziert – und zwar auch im Hinblick auf die damit verbundenen Konsequenzen – ist dagegen das *zweite* hier anzusprechende Folgeproblem. Es geht dabei um den – glaubt man Medienberichten – immer häufiger auftretenden Fall, dass *kosmetische Operationen*, die ihrerseits eindeutig nicht in die Leistungszuständigkeit der KV fallen, *missglücken*. Soweit diese Folgen als Regelwidrigkeit zu qualifizieren sind, die auch im Hinblick auf die Ziele einer Krankenbehandlung behandlungsbedürftig sind, besteht ein Anspruch auf Krankenbehandlung. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ursache dieser Krankheit möglicherweise allein in der Verantwortung der versicherten (oder als Angehörige/r anspruchsberechtigten) Person vorliegt: Die KV ist vom Finalitätsprinzip geprägt und zumindest im Hinblick auf Sachleistungen sogar bei massivem Eigenverschulden, konkret bei vorsätzlicher Selbstbeschädigung, leistungspflichtig (vgl nur § 88 Abs 1 Z 1 ASVG e-contrario).

⁴⁷ Vgl noch einmal OGH 10 Obs 115/98d, SSV-NF 12/82, bzw 10 Obs 193/98z, SSV-NF 12/153 = DRdA 1999/27, 28, 222 (Enzberger), aber auch die grundlegende, die Judikatur untermauernde Untersuchung von Kletter, Wunschkind auf Krankenschein? SozSi 1996, 325ff.

⁴⁸ Auf diesen Umstand hat bereits Radics, SozSi 2006, 280 f hingewiesen.

⁴⁹ ZB über die Zahl von vier Versuchen (§ 4 Abs 2 IVF-Fonds-Gesetz) oder die Altersgrenzen von 40 bei der Frau und 50 beim Mann (nach Abs 4 dieser Bestimmung) hinaus.

⁵⁰ Etmayer/Posch (DRdA 2006, 202) weisen zu Recht darauf hin, dass in dem einen Fall am defekten Eileiter auch vorübergehend nichts geändert, im anderen Fall das defekte Organ aber durchaus vorübergehend funktionstüchtig gemacht wird.

Eine Einschränkung könnte sich bei missglückten Schönheitsoperationen etc nur insoweit ergeben, als auch deren Folgen noch nicht als Regelwidrigkeit und/oder Behandlungsbedürftigkeit zu qualifizieren sind. Die bloße subjektive Unzufriedenheit mit den Ergebnissen einer kosmetischen Behandlung wird in der Regel noch nicht als Krankheit im KV-rechtlichen Sinn anzusehen sein.

7. Leistungsrechtliche Besonderheiten

Soweit nun die Zuordnung einer (tatsächlichen oder nur vermeintlichen) „Lifestyle“-Maßnahme zur Krankenbehandlung positiv zu beantworten ist, stellt sich immer noch die Frage, ob hier allenfalls spezifische oder andere Leistungen zum Einsatz kommen oder ob bestimmte Leistungen ausgeschlossen sind. Derartige leistungsrechtliche Besonderheiten können jedoch weitestgehend verneint werden.

Dh zunächst, dass grundsätzlich *alle Formen der Krankenbehandlung* in Betracht kommen, wie sie insb in § 133 Abs 1 ASVG vorgesehen sind. Neben der ärztlichen Hilfe können daher gegebenenfalls auch die diesen gleichgestellten Leistungen anderer Behandler (vgl nur § 135 Abs 1 Z 1 bis 4 ASVG) in Anspruch genommen werden.

Von diesen interessieren im vorliegenden Zusammenhang va jene im Rahmen einer *psychotherapeutischen Behandlung* nach Z 3 der zuletzt genannten Bestimmung. Gerade dort, wo die Behandlung psychischer (Folge-)Erkrankungen zur Diskussion steht, könnte die Psychotherapie eine probate Behandlungsform darstellen, die vielleicht sogar primär zum Einsatz zu kommen hat.⁵¹ Ein derartiger Vorrang kann natürlich nur im Einzelfall beurteilt werden. Wenn jedoch eindeutig erweisbar ist, dass eine Depression etc auf eine schon vorher bestehende erektile Dysfunktion zurückgeht, scheint doch mehr als fraglich, dass nicht die Behandlung letzterer, sondern die Therapie der erst daraus resultierenden Folgen die zweckmäßigere und dem Wirtschaftlichkeitsgebot eher entsprechende Alternative sein soll. Vielmehr scheint hier sogar sowohl im Hinblick auf die unmittelbaren Kosten der betreffenden Behandlung als auch deren Dauer und deren Nachhaltigkeit die Gewährung entsprechender Heilmittel KV-rechtlich viel näher zu liegen als eine psychotherapeutische Behandlung.⁵² Auch unter diesem Gesichtspunkt ist daher der Rekurs auf die aus einer erektilen Dysfunktion allenfalls resultierenden psychischen Folgeerkrankungen als unnötiger Umweg anzusehen, um einen Anspruch auf Krankenbehandlung zu „rechtfertigen“.

Auf zwei weitere Umstände, die tatsächlich als leistungsrechtliche Besonderheiten anzusehen sind, wurde bereits mehrfach hingewiesen. Zum einen sei noch einmal daran erinnert, dass für kosmetische Behandlungen nach § 133 Abs 3 ASVG strenge Regeln gelten und für „einfache“ kosmetische nur freiwillige Leistungen vorgesehen

⁵¹ So im Hinblick auf die Behandlung erektiler Dysfunktion Radics, SozSi 2006, 281.

⁵² Das könnte auch bei anderen „Lifestyle“-Konstellationen der Fall sein, wenn man etwa Kosten und Nutzen einer einmaligen kosmetischen Operation mit jenen einer möglicherweise aufwändigeren und nur im Hinblick auf die (Bewältigung der) Folgen einer Verunstaltung Erfolg versprechenden Psychotherapie abwägt.

sind, und zwar auch nur, wenn die Behandlung der vollen (!) Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit förderlich oder aus Berufsgründen notwendig (!) ist.

Zum anderen ist neuerlich zu unterstreichen, dass auch der Anspruch auf *Heilmittel* einzig nach den gesetzlichen Maßstäben zu beurteilen (und gegebenenfalls stets gerichtlich überprüfbar) ist. Ein Ausschluss durch abstrakte Normierung seitens der KV-Träger ist daher nicht, auch nicht durch die „Negativliste“ nach § 351c Abs 2 ASVG möglich.

Auf einen letzten Punkt stößt man schließlich wieder durch die Entscheidungen des OGH, die sich mit Ansprüchen bei erektiler Dysfunktion zu befassen hatten. Klagsgegenstand in all diesen Verfahren war die *Erstattung* der vom jeweiligen Versicherten aufgewendeten Kosten für die entsprechenden Medikamente. Der Umstand, dass diese zu den in der Liste nach § 351c Abs 2 ASVG als „im Allgemeinen „ungeeigneten“ Arzneimittelkategorien gezählt werden, bewirkt zwar eine faktische Einschränkung des Sachleistungsprinzips.⁵³ Gerade im vorliegenden Zusammenhang wird darin aber ebenso wie in der bloß 80%-igen Ersatzquote im Rahmen der Kostenerstattung (vgl nur § 131 Abs 1 ASVG) ein nicht nur rechtspolitisch zweckmäßiger, sondern auch rechtlich grundsätzlich *unbedenklicher Steuerungsmechanismus* zu sehen sein.

8. Zusammenfassung

Die gewonnenen Erkenntnisse lassen sich thesenhaft folgendermaßen zusammenfassen:

- Die sog „Lifestyle“-Fälle sind bisher mit Ausnahme kosmetischer Behandlungen (§ 133 Abs 3 ASVG) im österreichischen KV-Recht nicht geregelt. Dennoch scheint das bestehende Instrumentarium grundsätzlich ausreichend, um die hier auftretenden Fallkonstellationen angemessen bewältigen zu können.
- Einige Bereiche kommen von vornherein für einen Anspruch auf Krankenbehandlung nicht in Betracht, weil der für die Anerkennung einer solchen geltend gemachte Zustand nicht als regelwidrig und/oder nicht als behandlungsbedürftig anzusehen ist. Das gilt insb für Fälle, in denen lediglich Potenzsteigerung, besserer Haarwuchs oder sonstige subjektiv erwünschte Veränderungen des Aussehens, Raucherentwöhnung bzw Gewichtsreduktion bezweckt wird.
- Wenn aber grundsätzlich eine Regelwidrigkeit vorliegt, wie sie insb im Hinblick auf erektile Dysfunktionen bei Männern anzunehmen ist, die noch nicht im Greisenalter sind, ist deren Behandlungsbedürftigkeit jedenfalls dann zu bejahen, wenn der betreffende Zustand die Folge einer anderen Krankheit (im KV-rechtlichen Sinn) ist.
- Erektile Dysfunktionen (oder Verunstaltungen) können zwar auch für sich allein als Regelwidrigkeit qualifiziert werden, deren Behandlungsbedürftigkeit wird – zumal im Hinblick auf die Fähigkeit zur Besorgung lebenswichtiger persönlicher Bedürfnisse – grundsätzlich ebenfalls bejaht werden

⁵³ Vgl noch einmal *Firlei*, Heilmittelverschreibung 41 f.

können. Ob ein Anspruch freilich auch noch nach der im Rahmen der ökonomischen Betrachtung (arg insb „nicht mehr als notwendig“) anzustellen- den Abwägung gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft.

- Noch fraglicher ist, ob eine in diesem Sinn vergleichsweise geringe Beeinträchtigung dann einen Krankenbehandlungsanspruch auszulösen vermag, wenn sie zu einer an sich nicht typischen Folgeerkrankung führt (arg „zweckmäßig“). Der hier vom OGH zur Erfassung von drastischen Einzelfällen eingeschlagene Weg einer Anerkennung bei Vorliegen psychischer Folgeerkrankungen ist – im Hinblick auf These 3 – eigentlich nicht notwendig und führt zu schwer auflösbaren Widersprüchen mit der bisherigen Judikatur.
- Die generell, aber gerade bei „Lifestyle“-Fällen gebotene Objektivierung kann va in quantitativer Hinsicht erreicht werden. In der verständigen Anwendung der Kriterien „zweckmäßig“ und „nicht mehr als notwendig“ liegt der (auch rechtspolitisch) sinnvollste Ansatz für Selbstbehalte.
- Einschränkungen und Rationierungen mögen gerade in diesem Bereich praktisch sinnvoll sein, sind aber (zumindest rechtspolitisch) problematisch und müssen daher – wenn überhaupt – vom Gesetzgeber vorgenommen werden.

Klaus Engelmann

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot – Die Rechtslage im deutschen Krankenversicherungsrecht

1. Einleitung

Mit dem G zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV¹ hat der Gesetzgeber der BRD einen neuen Reformanlauf unternommen, um die Kostenentwicklung im solidarisch finanzierten öffentlich-rechtlichen Gesundheitssystem der GKV in den Griff zu bekommen. Es ist der Versuch, über die Einführung weiterer wettbewerblicher Elemente eine höhere Effektivität und Effizienz in der GKV zu erreichen, um langfristig eine Rationierung von Leistungen der Gesundheitsversorgung zu vermeiden.

Dies führt zu der Frage, ob die in der GKV Versicherten schon aufgrund einer bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zu wirtschaftlicher Leistungserbringung von Leistungen ausgeschlossen sind oder werden können, die für die Behandlung von Krankheiten notwendig sind.

In der deutschen GKV haben Versicherte gem § 27 Abs 1 Satz 1 SGB V Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Dieser nach dem Wortlaut der Vorschrift unbegrenzte Behandlungsanspruch steht jedoch unter der Vorgabe des gesetzlich normierten Wirtschaftlichkeitsgebots (Wirtschaftlichkeitsgrundsatz). Das Wirtschaftlichkeitsgebot soll sicherstellen, dass die zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen effizient und effektiv eingesetzt werden. Diesem Anliegen kommt erhebliches Gewicht zu². Das zeigt sich an dem Stellenwert, dem das Gesetz dem Wirtschaftlichkeitsgebot zumisst. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist bereits in den Eingangsvorschriften des SGB V verankert. So heißt es in § 2 Abs 1 S 1 SGB V, dass die Krankenkassen den Versicherten die Leistungen der Krankenversicherung „unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes“ zur Verfügung stellen. § 2 Abs 4 SGB V bestimmt ergänzend, dass Krankenkassen, Leistungserbringer und Versicherte darauf zu achten haben, dass die Leistungen wirksam und wirtschaftlich erbracht und nur im notwendigen Umfang in Anspruch genommen werden.

Unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten können die Leistungen an die Versicherten der GKV generell oder der Behandlungsanspruch eines Einzelnen im konkreten Behandlungsfall begrenzt werden. Die Beschränkung von Leistungen berührt immer auch ethische Fragestellungen, nämlich, inwieweit die Gesellschaft es hinnehmen will, dass Versicherten aus Kostengründen an und für sich

¹ GKV-Wettbewerbstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26. 3. 2007, BGBl I 378.

² BVerfG 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 = SozR 4-2500 § 27 Nr 5 Rn 26 = NJW 2006, 891 ff = NZS 2006, 84 ff.

mögliche medizinische Maßnahmen vorenthalten werden. Diese Frage stellt sich konkret in der deutschen GKV (noch?) nicht, von der Problematik verdeckter Rationierung einmal abgesehen. In öffentlich-rechtlichen Gesundheitssystemen anderer Staaten gibt es jedoch bereits Rationierungsentscheidungen, nach denen zB neue Behandlungsmethoden aufgrund einer Kosten-Nutzen-Bewertung von der Leistungspflicht des Gesundheitssystems ausgeschlossen werden.

Im Folgenden soll untersucht werden, auf welche Weise das Wirtschaftlichkeitsgebot beim individualrechtlichen Behandlungsanspruch des Einzelnen umgesetzt wird und welche Beschränkungen von Leistungen der GKV – unter Ausschluss der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln – unter Berufung auf das Wirtschaftlichkeitsgebot auf der generellen – normativen – Ebene vorgenommen werden und welche Grenzen für Beschränkungen von Gesundheitsleistungen bestehen.

2. Bedeutung der GKV für die Gesundheitsversorgung

Um sich der gesellschaftlichen Dimension einer Beschränkung von Leistungen der GKV bewusst zu werden, ist kurz die Bedeutung der GKV aufzuzeigen. In ihr sind 70,4 Millionen Bürger, dh ca 90 % der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland, versichert. Davon waren 28,6 Millionen (= 40,6 %) pflichtversichert, 20,1 Millionen (= 28,6 %) mitversicherte Familienangehörige, 16,9 Millionen (= 24,0 %) Rentner und 4,8 Millionen (= 6,8 %) freiwillig versichert³. Grundsätzlich wurden bisher die Beiträge bei versicherungspflichtig Beschäftigten je zur Hälfte von Arbeitnehmern und Arbeitgebern getragen. Der durchschnittliche Beitragssatz in der GKV beträgt derzeit aufgrund von Beitragserhöhungen zahlreicher Krankenkassen zu Beginn des Jahres 2007 ca 14,4%. Hinzu kommt seit dem 1.7.2005 ein Sonderbeitrag in Höhe von 0,9%, den allein die Versicherten zu entrichten haben. Die Versicherungspflichtgrenze, bis zu der jeder abhängig Beschäftigte in der GKV pflichtversichert ist, liegt im Jahr 2007 bei einem Bruttoeinkommen von monatlich 3.975,00 Euro (47.700 Euro pro Jahr), die Beitragsbemessungsgrenze, bis zu der Beiträge zu entrichten sind, bei 3.562,50 Euro monatlich (42.750 Euro pro Jahr).

Die Gesamtausgaben der GKV beliefen sich im Jahr 2005 auf insgesamt 143,6 Mrd Euro⁴. Dabei ist der prozentuale Anteil der Ausgaben der GKV am Bruttoinlandsprodukt relativ konstant geblieben. In den Jahren 1997 bis 2004 schwankte er zwischen 6,3 und 6,8 % und betrug im Jahr 2005 6,4 %⁵. Im internationalen Vergleich liegt Deutschland mit Gesamtgesundheitsausgaben in Höhe von 10,9% des Bruttoinlandsprodukts an dritter Stelle nach den USA (16,3%) und der Schweiz (11,6%), aber deutlich vor Österreich (9,6%), Frankreich (9,1%), Schweden (9,0%) und Italien (8,4%).

Von den Gesamtausgaben der GKV entfielen 2005 134,8 Mrd Euro auf die Leistungsausgaben⁶. Größter Einzelblock waren die Ausgaben im Krankenhaus-

³ Datenquelle: Bundesministerium für Gesundheit, www.die-gesundheitsreform.de.

⁴ Quelle: Kassenärztliche Bundesvereinigung (Hg), aaO Tabelle VI. 2.

⁵ Datenquelle: Bundesministerium für Gesundheit, www.die-gesundheitsreform.de.

⁶ Im Vergleich dazu belief sich der Bundeshaushalt der BRD im Jahr 2004 auf insgesamt 257 Mrd Euro.

bereich in Höhe von 48,9 Mrd Euro (= 34,2% der Gesamtausgaben). Die Honorare für die ambulante vertragsärztliche Versorgung betragen 21,6 Mrd Euro (= 15,0%). Kosten für die von Vertragsärzten verordneten Arzneimittel fielen in Höhe von 23,8 Mrd. Euro (= 16,6%) und für Heil- und Hilfsmittel in Höhe von 11,4 Mrd Euro (7,9%) an. Damit betrug der auf die ambulante Versorgung entfallende Anteil an den Gesamtausgaben 39,5%.

Die Ausgaben der GKV für die zahnärztliche Behandlung der Versicherten einschließlich der Kosten für Zahnersatz beliefen sich im Jahr 2005 auf 10,0 Mrd Euro (6,9% der Gesamtausgaben)⁷.

3. Geltung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes

3.1 Geltung für jedes staatliche Handeln

Bei der aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes⁸ bestehenden Verpflichtung zu wirtschaftlichem Handeln handelt es sich um eine Optimierungsverpflichtung, der Verfassungsrang zukommt⁹, die für alle Bereiche staatlichen Handelns gilt¹⁰ und die damit auch den Sachgesetzgeber bindet¹¹. Man versteht unter dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit typischerweise, dass die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln anzustreben ist¹², wobei der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz das Minimal- und das Maximalprinzip umfasst¹³. Das Minimalprinzip verlangt, dass ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erzielen ist (Effizienz). Nach dem Maximalprinzip ist mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis zu erreichen (Effektivität)¹⁴. Im öffentlichen Recht ist dabei jeweils als Zweck die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe anzusehen¹⁵. Die rechtliche Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots erfolgt mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der Wirtschaftlichkeit, bei dessen Ausfüllung auch Einschätzungen und Wertungen eine Rolle spielen¹⁶. Das

⁷ Quelle: Kassenärztliche Bundesvereinigung, FN 4, Tabelle VI. 2.

⁸ Allgemein zum Wirtschaftlichkeitsgrundsatz: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II (1980) 435 ff.

⁹ Kyrill-A. Schwarz in Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg), Kommentar zum GG III⁵ (2005) Art 114 Abs 2 Rn 87 mwN; Burgi in Butzer (Hg), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht (2004) 53, 56.

¹⁰ BSG 29.2.1984 – 8 RK 27/82, BSGE 56, 197, 198 f = SozR 2100 § 69 Nr 4; von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip (1988) 33 ff; Pitschas in Butzer (Hg) (FN 9) 31, 34.

¹¹ Luthé, Optimierende Sozialgestaltung. Bedarf – Wirtschaftlichkeit – Abwägung (2001) 323 ff.

¹² BVerwG 13.9.2005 – 2 WD 31/04, DÖV 2006, 913 ff; Kyrill-A. Schwarz in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg), (FN 9) Art 114 Abs 2 Rn 87; Heun in Dreier, GG, Kommentar III (2000) Art 114 Rn 27, 29; Schmidt-Jortzig in Butzer (Hg) (FN 9) 17, 20 f mwN.

¹³ BSG (FN 10) 198 f; Seewald in Schnapp/Wigge (Hg), Handbuch des Vertragsarztrechts² (2006) § 21 Rn 114.

¹⁴ Schmidt-Jortzig (FN 10) 20; Burgi (FN 9) 54 mwN.

¹⁵ Martin Burgi, aaO.

¹⁶ Schmidt-Jortzig (FN 9) 28.

kann zur Folge haben, dass bei der Bewertung, ob dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprochen worden ist, die zur Überprüfung berechnete Instanz in der Kontroll-dichte eingeschränkt ist, weil sie einen Gestaltungs- bzw Beurteilungsspielraum des Rechtsanwenders zu beachten hat¹⁷.

Bei dem Wirtschaftlichkeitsgebot handelt es sich um ein inhaltsarmes und offenes Optimierungsgebot, das wegen vielfach divergierender Zwecke eine umfassende Berücksichtigung aller möglichen Entscheidungsgesichtspunkte verlangt¹⁸ und – was im Hinblick auf die GKV von Bedeutung ist – auch bereichsspezifische Ausprägungen aufweist. Es gibt kein allgemein gültiges Wirtschaftlichkeitsgebot, sondern es ist je Sachbereich nach Wirkung und Reichweite zu differenzieren, wie insb die Ausformung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Recht der GKV zeigt.

3.2 Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Sozialleistungsrecht

Das Wirtschaftlichkeitsgebot prägt auch und va das Leistungsgeschehen im gesamten Sozialleistungsbereich¹⁹. Das ist angesichts des Gesamtvolumens der Sozialleistungen in Höhe von 695 Mrd Euro nicht verwunderlich.

Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist in den verschiedenen Sozialrechtsbereichen mehr oder weniger ausdrücklich normativ festgeschrieben. Eine generelle Verpflichtung zur Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit findet sich in der Vorschrift des § 69 Abs 2 SGB IV, die die Versicherungsträger verpflichtet, bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sicherzustellen, dass die durchzuführenden Aufgaben unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllt werden können. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist aber auch in den einzelnen Sozialrechtsbereichen ausdrücklich normativ abgesichert. So wird zB für die Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) in § 3 Abs 1 S 4 SGB II festgelegt, dass bei der Leistungserbringung die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind. In § 13 Abs 1 S 1 SGB VI (Gesetzliche Rentenversicherung) heißt es, dass der Träger der Rentenversicherung im Einzelfall unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Art, Dauer, Umfang und Beginn der Leistungen bestimmt. Im SGB XI (Soziale Pflegeversicherung) ist – in Anlehnung an die vergleichbaren Bestimmungen im SGB V – explizit geregelt, dass die Leistungen wirksam und wirtschaftlich sein müssen. Sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, können Pflegebedürftige nicht beanspruchen, dürfen die Pflegekassen nicht bewilligen und dürfen die Leistungserbringer nicht zu Lasten der sozialen Pflegeversicherung bewirken²⁰.

¹⁷ BSG (FN 10) 199; BVerwG 13.9.2005 – 2 WD 31/04, DÖV 2006, 913 ff; vgl zum Gestaltungsspielraum des GBA bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit neuer Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden: Engelmann, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, MedR 2006, 245, 256 mwN.

¹⁸ Heun in Dreier (FN 12) Rn 29.

¹⁹ Luthé, aaO (FN 11) 324.

²⁰ § 29 Abs 1 S 1 und 2 SGB XI.

3.3 Wirtschaftlichkeitsgebot in der GKV

In keinem anderen Sozialrechtsbereich wird die Notwendigkeit der Wirtschaftlichkeit der Leistungen allerdings so stark betont wie in der GKV. Die Reformmaßnahmen der letzten anderthalb Jahrzehnte, beginnend mit dem Gesundheits-Reformgesetz von 1988, dienten nicht ausschließlich, aber doch vorrangig dazu, die Kostenentwicklung im Gesundheitssystem zu bremsen und Wirtschaftlichkeitsreserven zu mobilisieren. Letztlich ging es immer um eine Steuerung des Leistungsgeschehens.

Die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebots gerade im Gesundheitssystem der GKV hat viele Gründe. Sie erklärt sich ua daraus, dass in diesem Bereich die im Einzelfall anfallenden Leistungen und ihre Kosten nur im Ausnahmefall vorab konkret bestimmbar sind. Welcher Aufwand für die Behandlung der Erkrankung eines Versicherten erforderlich ist, hängt von einer Reihe von Faktoren ab, die nicht vorhersehbar und damit auch nur schwer kalkulierbar sind.

Hinzu kommt, dass die Finanzmittel für die Sozialversicherungssysteme und insb für die GKV nicht in beliebigem Umfang zur Verfügung stehen, wie die aktuelle Reformdiskussion in der Bundesrepublik Deutschland mehr als überdeutlich zeigt. Schon die Begrenztheit der Mittel, die in der GKV zum größten Teil durch Zwangsbeiträge der versicherungspflichtig Beschäftigten und ihrer Arbeitgeber, daneben aber auch durch Steuermittel aufgebracht werden, erfordert, dass diese entsprechend den Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsgebots, also effizient und effektiv, eingesetzt werden²¹. Das Wirtschaftlichkeitsgebot dient somit auch der Sicherung der Stabilität und Finanzierbarkeit der GKV und damit einem – wie das BVerfG in ständiger Rsp betont²² – einem Gemeinwohlbelang von überragender Bedeutung.

3.3.1 Einführung des Wirtschaftlichkeitsgebots

Bei der Hervorhebung des Wirtschaftlichkeitsgebots als gestaltendem Leistungsprinzip im Recht der GKV handelt es sich nicht um eine neue Errungenschaft. Die erstmalige normative Verankerung des Wirtschaftlichkeitsgebots erfolgte für den Bereich der Krankenversicherung durch die „Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände“ vom 26.7.1930²³. Die heutige Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsgebots

²¹ Vgl Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines G zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drucks. 16/3100, Begründung, A. I. 1. 245; s auch BSG 31.8.2005 – B 6 KA 68/04 R, SozR 4-2500 § 95c Nr 1 Rn 17 unter Hinweis auf BVerfG 16.7.2004 – 1 BvR 1127/01, SozR 4-2500 § 135 Nr 2 Rn 26.

²² S zB BVerfG 20.3.2001 – 1 BvR 491/1996, BVerfGE 103, 172, 184 ff = SozR 3-2500 5520 § 25 Nr 4, 27 ff; BVerfG 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 233 = SozR 4-2500 § 266 Nr 8 Rn 128.

²³ RGBl 1930, 311, 4. Abschnitt 2. Titel, Nr 8b: Einfügung eines S 2 in § 182 RVO: „Die Krankenpflege muss ausreichend und zweckmäßig sein; sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.“ – 4. Abschnitt 2. Titel, Nr 48: Einfügung eines Abs 2 in § 368 RVO: „Der Arzt ist seiner Kasse gegenüber verpflichtet, den Kranken ausreichend und zweckmäßig zu behandeln. Er darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, hat eine Behandlung, die nicht oder nicht mehr notwendig ist, abzulehnen, die Heilmaßnahmen, insb die Arznei-, die

ergab sich durch die Neuregelung des Kassenarztrechts durch das Gesetz über das Kassenarztrecht vom 17.8.1955²⁴. Es blieb bei der Bestimmung – nunmehr in § 182 Abs 2 RVO –, dass die Krankenpflege ausreichend und zweckmäßig zu sein habe, jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfe. Diese Formulierung ist bis heute im Wesentlichen unverändert übernommen worden²⁵. Parallel dazu hieß es in dem ebenfalls durch das Gesetz über das Kassenarztrecht neu eingeführten § 368e RVO, dass der Versicherte Leistungen, die für die Erzielung des Heilerfolgs nicht notwendig oder unwirtschaftlich seien, nicht beanspruchen könne, der Kassenarzt und der beteiligte Arzt sie nicht bewirken oder verordnen dürften; die Krankenkasse dürfe sie nachträglich nicht bewilligen. Diese Regelung ist ebenfalls fast unverändert in § 12 Abs 1 S 2 SGB V übernommen worden.

3.3.2 Weitere Festschreibungen des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V

Das Wirtschaftlichkeitsgebot wird neben den schon erwähnten Vorschriften des § 2 Abs 1 S 1, Abs 4 SGB V und des § 12 Abs 1 SGB V, in denen es festgeschrieben ist, darüber hinaus auch im sog Leistungserbringungsrecht des SGB V (§§ 69 ff SGB V), das die Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen regelt, wieder aufgegriffen. Gem § 70 Abs 1 S 2 SGB V muss die Versorgung der Versicherten ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muss in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich erbracht werden. Nach § 72 Abs 2 SGB V ist die vertragsärztliche Versorgung durch schriftliche Verträge der Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen so zu regeln, dass ua eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten gewährleistet ist. Zentrale Vorschrift für die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Behandlungs- und Ordnungsweise der Vertragsärzte in der ambulanten Versorgung ist die Vorschrift des § 106 SGB V, in der Voraussetzungen und Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung geregelt ist.

Neben diesen herausgehobenen Verankerungen des Wirtschaftlichkeitsgebots findet sich die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit in einer Reihe weiterer Vorschriften des SGB V²⁶. Va die Ermächtigungen an den GBA, Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten zu beschließen²⁷ bzw bei der Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens einer neuen Untersuchungs- und Behandlungs-

Heil- und Stärkungsmittel, nach Art und Umfang wirtschaftlich zu verordnen und auch sonst bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen die Kasse vor Ausgaben soweit zu bewahren, als die Natur seiner Dienstleistungen es zulässt“.

²⁴ BGBl I 513.

²⁵ S nunmehr § 12 Abs 1 S 1 SGB V.

²⁶ ZB § 109 Abs 2 SGB V: Bei der Auswahl von Krankenhäusern, mit denen ein Versorgungsvertrag geschlossen werden soll, ist zu berücksichtigen, ob eine wirtschaftliche Krankenhausbehandlung gewährleistet ist. § 121 Abs 1 S 1 SGB V: Wirtschaftliche belegärztliche Behandlung; § 139 Abs 1 S 1 SGB V: Sicherung einer ausreichenden, zweckmäßigen, funktionsgerechten und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln.

²⁷ § 92 Abs 1 S 1 SGB V.

methode deren medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen²⁸, dienen der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots.

3.3.3 Mangelnde Anreize zur wirtschaftlichen Leistungserbringung

Allerdings steht einer konsequenten Um- und Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots in der GKV ein Strukturdefizit entgegen²⁹, nämlich das Auseinanderfallen von Indikationsverantwortung (Verantwortung für Leistungsveranlassung) und Finanzierungslast³⁰. Diejenigen, die Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen im Einzelfall veranlassen (Leistungserbringer), und diejenigen, die sie in Anspruch nehmen (Versicherte), spüren die finanziellen Auswirkungen für die Kostenträger nicht unmittelbar im eigenen Verantwortungsbereich. Somit besteht weder für Leistungserbringer noch für Versicherte ein ausreichender Anreiz, auf eine kostengünstige Versorgung bei der Behandlung und bei der Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln hinzuwirken³¹.

Welche Bedeutung das Fehlen einer Anreizstruktur zu wirtschaftlicher Leistungserbringung in der GKV hat, zeigt sich immer dann, wenn die Vergütung der Leistungserbringer an ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten geknüpft und Überschreitungen bestimmter Grenzwerte sanktioniert werden. In diesen Fällen kam es – jedenfalls zunächst – zu einer drastischen Reduzierung der jeweiligen veranlassten Kosten. Ein signifikantes Beispiel hierfür ist der durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. 12. 1992³² eingeführte sog Kollektivregress gegen die Vertragsärzte, die bei Überschreitung der festgelegten Arznei- und Heilmittelbudgets mit einer Verringerung der Gesamtvergütungen – also der Gesamthonorarsumme – haften sollten³³. Dies führte im Jahr 1993 im Verhältnis zum Jahr 1992 zu einem Rückgang der Arztkosten in der GKV um ca 5 Milliarden DM³⁴. Der Kollektivregress, der trotz Überschreitungen von Budgets nie zur Umsetzung kam, wurde durch das ABAG vom 19. 12. 2001³⁵ – auch mit Wirkung für die Vergangenheit – aufgehoben³⁶.

Ein ähnlicher Effekt bei veranlassten Kosten trat mit der Einführung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für die Veranlasser von Laborleistungen ein, der durch den Einheitlichen Bewertungsmaßstab für vertragsärztliche Leistungen³⁷ zum Quartal III/1999 normiert wurde. Dieser Honorarbonus kam denjenigen Ärzten, die Laborleistungen veranlassten, zugute, wenn sie bestimmte Leistungsmengen nicht überschritten. Dies führte im gesamten Bundesgebiet zu einem

²⁸ § 135 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB V; s auch § 137c Abs 1 S 1 SGB V für die Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Krankenhaus.

²⁹ BVerfG 17. 12. 2002 – 1 BvL 28/95 ua, BVerfGE 106, 275, 277 = SozR 3-2500 § 35 Nr 2 S 13.

³⁰ BVerfGE aaO 303 = SozR aaO 21.

³¹ BVerfGE aaO 277 = SozR aaO 13.

³² BGBl I 2266.

³³ § 84 Abs 1 SGB V in der Fassung des GSG.

³⁴ KÄV (Hg) (FN 4) Tabelle E 4.

³⁵ BGBl I 3773.

³⁶ § 84 idFd ABAG, Art 2 ABAG.

³⁷ EBM-Ä.

Rückgang der in Auftrag gegebenen Laborleistungen um circa 30%. Demgemäß hatten die laborärztlichen Praxen – allerdings nur vorübergehend – erhebliche Umsatzrückgänge zu verzeichnen, die im Einzelfall bis zu 50% betrug³⁸.

Zum Fehlen einer Anreizstruktur treten weitere Umstände hinzu, die einer wirtschaftlichen Leistungserbringung durch Verminderung der Leistungsmenge zumindest tendenziell entgegenstehen. Der Wettbewerb der Leistungserbringer um die Zahl der Versicherten, die sie behandeln, wird auch über die Menge der erbrachten und veranlassten Leistungen gesteuert. Auch dies führt bei den Leistungserbringern regelmäßig nicht dazu, dem Trend zur Leistungsausweitung entgegenzutreten. Aus diesem Grund setzen die massiven Versuche des Gesetzgebers, über eine größere Wirtschaftlichkeit bei der Leistungserbringung die Finanzierbarkeit der GKV zu sichern, oftmals bei den niedergelassenen Vertragsärzten an, da sie es sind, die einen Großteil der in der GKV anfallenden ambulanten Leistungen erbringen bzw. veranlassen.

Auch die Versicherten haben typischerweise kein gesteigertes Interesse an einer Begrenzung der Menge der erbrachten Leistungen, jedenfalls insoweit, als sie als Leistungsempfänger unmittelbar selbst betroffen sind. Hinzu kommt, dass durch die medialen Einwirkungen gerade bei Fragen der Gesundheitsversorgung das Anspruchsdenken der Versicherten verstärkt wird.

3.3.4 Intransparenz der Leistungserbringung

Dem Fehlen von Interesse und Anreizen zur Beschränkung der Leistungsmenge steht die Intransparenz der Leistungserbringung zur Seite. Die für die wirtschaftliche Leistungserbringung im System der GKV insgesamt verantwortlichen Institutionen, die KÄVen einerseits und die Krankenkassen andererseits, haben nur in sehr eingeschränktem Umfang die Möglichkeit, zu überprüfen, ob die vom einzelnen Leistungserbringer gegenüber einem Versicherten jeweils erbrachte oder veranlasste Leistung unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots erfolgt ist. So ist es regelmäßig schwierig nachzuvollziehen, ob die im Einzelfall vom Leistungserbringer bei einem Versicherten aufgrund der erhobenen Befunde gestellte Diagnose zutrifft und ob die durchgeführten Behandlungsmaßnahmen den Diagnosen entsprechen.

3.4 Inhaltliche Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsgebots im Recht der GKV

Das Wirtschaftlichkeitsgebot setzt am Leistungsgeschehen und damit auf der Rechtsfolgenseite des Behandlungsanspruchs, also nicht am – im SGB V nicht legal definierten – Krankheitsbegriff, der Tatbestandsvoraussetzung des Behandlungsanspruchs ist, an. Das Wirtschaftlichkeitsgebot berechtigt damit nicht dazu, durch untergesetzliche Regelungen Korrekturen am Krankheitsbegriff vorzunehmen, etwa den Krankheitsbegriff im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen von Behandlungen so zu definieren, dass eine bestimmte Erkrankung vom Be-

³⁸ Vgl. zur Rechtmäßigkeit der Laborreform: Urteile des BSG 11. 10. 2006 – ua. B 6 KA 46/05 R, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4 vorgesehen; zur Rechtmäßigkeit speziell des Wirtschaftlichkeitsbonus: BSG 23.2.2005 – B 6 KA 55/03 R, SozR 4-2500 § 87 Nr 9.

handlungsanspruch nicht erfasst wird. Folgerichtig hat die Rsp des BSG die Entscheidung des früheren Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, Mittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion aus der Leistungspflicht der GKV auszuschließen, weil es sich bei dieser Funktionsstörung nicht um eine behandlungsbedürftige Erkrankung handele³⁹, als rechtswidrig beurteilt⁴⁰.

Das G definiert den Begriff der Wirtschaftlichkeit nicht selbst, sondern gibt nur für Teilbereiche Festlegungen darüber, was als unwirtschaftlich iS der GKV anzusehen ist. So bestimmt § 34 Abs 3 S 2 SGB V für die Arzneimittelversorgung, dass als unwirtschaftlich insb Arzneimittel anzusehen sind, die für das Therapieziel oder zur Minderung von Risiken nicht erforderliche Bestandteile enthalten oder deren Wirkungen wegen der Vielzahl der enthaltenen Wirkstoffe nicht mit ausreichender Sicherheit beurteilt werden können oder deren therapeutischer Nutzen nicht nachgewiesen ist. Über diese auf die spezifische Situation der Arzneimittelversorgung bezogene Begriffsdefinition hinaus enthält das SGB V keine Legaldefinition des Begriffs der Wirtschaftlichkeit. Eine wesentliche Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rsp besteht daher darin, den Begriff operationalisierbar zu machen, um aus ihm konkrete rechtliche Folgerung ableiten zu können.

3.4.1 Konturierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes durch weitere gesetzliche Vorgaben

Im Recht der GKV erfährt der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eine gewisse Konturierung durch weitere gesetzliche Regelungen. Die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Leistungserbringung und -inanspruchnahme besteht nicht isoliert. Auch eine dem Wirtschaftlichkeitsgebot im Hinblick auf einen geringen Mitteleinsatz entsprechende Leistungserbringung unterliegt weiteren Anforderungen. Nach § 12 Abs 1 S 1 SGB V müssen die zu erbringenden Leistungen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch ausreichend und zweckmäßig sein. Sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Damit wird das Wirtschaftlichkeitsgebot inhaltlich durch die vier Begriffe „wirtschaftlich“, „ausreichend“, „das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ und „zweckmäßig“ näher bestimmt. Bei diesen Begriffen handelt es sich nicht um Gegensätze. Sie stehen vielmehr in einem untrennbaren inneren Zusammenhang und kennzeichnen inhaltlich, was unter dem Wirtschaftlichkeitsgebot zu verstehen ist. Wie das BSG bereits in einer frühen Entscheidung⁴¹ ausgeführt hat, ist das, was zur Erzielung des Heilerfolgs nicht notwendig oder unzweckmäßig ist, begrifflich auch unwirtschaftlich. Dabei folgt die Unwirtschaftlichkeit der Behandlungsweise daraus, dass Überflüssiges – mehr, als „notwendig“ oder „ausreichend“ – getan wird oder dass an sich geeignete Behandlungsmethoden gewählt werden, die aufwändiger als andere, zum gleichen Erfolg führende Behandlungsweisen – somit nicht „zweckmäßig“ – sind.

3.4.2 Allgemein anerkannter Stand der medizinischen Erkenntnisse

Das G führt aber noch weitere gleichwertige Kriterien an, die eng mit einer wirtschaftlichen Leistungserbringung verbunden sind. So haben nach

³⁹ Beschluss vom 3.8.1998 zu Nr 17.1 Buchstabe f der Arzneimittel-Richtlinien.

⁴⁰ BSG 30.9.1999 – B 8 KN 9/98 KR R, BSGE 85, 36 = SozR 3-2500 § 27 Nr 11.

⁴¹ BSG 29.5.1962 – 6 RKA 24/59, BSGE 17, 79, 84 = SozR Nr 2 zu § 368n RVO.

§ 2 Abs 1 S 2 SGB V Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. Diese Verpflichtung wird im SGB V noch an mehreren Stellen angesprochen. § 70 Abs 1 S 1 SGB V fordert beispielsweise eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung⁴². Auch für die Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in Krankenhäusern verlangt die gesetzliche Regelung, dass der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse zu berücksichtigen ist⁴³. Dem Kriterium kommt damit ebenfalls zentrale Bedeutung für die Leistungserbringung in der GKV zu⁴⁴. Es stellt die gesundheitsrechtliche Anknüpfung an den außerrechtlichen Begriff des „medizinischen Standards“ dar⁴⁵ und steht gleichwertig neben dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Daraus ist zu folgern, dass Leistungen, die nicht dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, weder iS des § 12 Abs 1 SGB V „ausreichend“ noch „zweckmäßig“ sind, also dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nicht entsprechen.

4. Individualrechtlicher Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot

Nach § 27 Abs 1 S 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Gem § 2 der Vorschrift⁴⁶ umfasst die Krankenbehandlung ua die ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung, die zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz, die Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln und nicht zuletzt die Krankenhausbehandlung. Es handelt sich insoweit um eine allgemeine Anspruchsgrundlage, die in den §§ 27a bis 43a SGB V auch hinsichtlich weiterer Ansprüche konkretisiert wird⁴⁷. Der Behandlungsanspruch hat nicht nur eine nationale Dimension, sondern aufgrund der Rsp des Europäischen Gerichts-

⁴² Das gilt ebenso für eine Kostenübernahme bei Behandlungen außerhalb des Geltungsbereichs des EG-Vertrags, die voraussetzt, dass eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung nur außerhalb des erwähnten Geltungsbereichs möglich ist (§ 18 Abs 1 S 1 SGB V).

⁴³ § 137c Abs 1 Satz 2 SGB V. In den Verträgen über integrierte Versorgung ist sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für eine Versorgung entsprechend dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse und des medizinischen Fortschritts erfüllt werden (§ 140b Abs 3 S 3 SGB V). Ähnlich heißt es bei den Anforderungen an strukturierte Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten, dass die Behandlungen unter Berücksichtigung des aktuellen Standes der medizinischen Wissenschaft erfolgen sollen (§ 137f Abs 2 S 2 Nr 1 SGB V).

⁴⁴ Dazu Engelmann (FN 18) MedR 2006, 245 ff.

⁴⁵ Francke in Hart (Hg), *Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht* (2005) 171, 173.

⁴⁶ Vgl auch die Definition der vertragsärztlichen Versorgung in § 73 Abs 2 SGB V.

⁴⁷ S Höfler, *KassKomm § 27 SGB V* Rn 6.

hofs, die zwischenzeitlich in nationales Recht umgesetzt worden ist⁴⁸, auch eine europarechtliche. Die Versicherten können unter bestimmten Voraussetzungen Leistungserbringer in anderen europäischen Staaten, die Mitglieder der Europäischen Union sind, in Anspruch nehmen.

4.1 Konkretisierung des Behandlungsanspruchs im Einzelfall durch den Vertragsarzt

Der sich auf gesetzlicher Grundlage ergebende allgemeine Behandlungsanspruch bedarf im Krankheitsfall eines Versicherten der Individualisierung, dh einer Konkretisierung, welche Leistungen im Einzelfall erforderlich sind. Diese wird in der vertragsärztlichen Versorgung im Regelfall von dem zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Vertragsarzt vorgenommen. Dessen Konkretisierungsbefugnis bedeutet allerdings nicht, dass er an Stelle der Krankenkasse oder als deren Vertreter über das rechtliche Bestehen von Leistungsansprüchen der Versicherten zu entscheiden hat. Die Einstandspflicht der Krankenkasse für von Vertragsärzten durchgeführte oder veranlasste Leistungen beruht vielmehr darauf, dass die Krankenkasse die im Rahmen der Therapiefreiheit liegenden Behandlungsentscheidungen des Arztes gegen sich gelten lassen und – sofern es sich um vorschriftswidrige Leistungen handeln sollte – das Vertrauen der Versicherten in die Rechtmäßigkeit der Leistungserbringung beachten muss⁴⁹.

Bei der Konkretisierung des Anspruchs eines Versicherten auf Behandlung hat der jeweilige Leistungserbringer – wiederum in erster Linie die Vertragsärzte – das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Hier liegt der eigentliche Anwendungsbereich des Wirtschaftlichkeitsgebots bei der Behandlung von der Versicherten im Einzelfall. Das Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichtet den Vertragsarzt, bei zwei zur Behandlung einer bestimmten Gesundheitsstörung zur Verfügung stehenden medizinisch gleichwertigen Therapieansätzen den kostengünstigeren zu wählen. Dies hat die Rsp des BSG in jüngerer Zeit nochmals betont⁵⁰.

4.2 Kein Ausschluss wirksamer Behandlungen aufgrund von Kostengesichtspunkten

Auch der Anspruch des Versicherten wird in diesem Umfang durch das Wirtschaftlichkeitsgebot beschränkt, nämlich auf Erhalt der medizinisch gleichwertigen, aber kostengünstigeren Behandlungsalternative begrenzt. Soweit allerdings die Situation besteht, dass nur eine einzige Therapie eine reale Chance zur Erzielung des Heilerfolgs ergibt, hat der Versicherte hierauf Anspruch⁵¹. Entsprechen mehrere Behandlungsmöglichkeiten den Erfordernissen von Eignung und Wirtschaftlichkeit gleichwertig, ist der Versicherte hierüber – durch den Leis-

⁴⁸ Vgl § 13 Abs 4 und 5 SGB V.

⁴⁹ BSG 9.6.1998 – B 1 KR 18/96, BSGE 82, 158, 161 = SozR 3-2500 § 39 Nr 5, 27.

⁵⁰ BSG 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4 vorgesehen, *Juris* – Rn 44.

⁵¹ So schon BSG 20.3.1996 – 6 RKA 62/94, BSGE 78, 70, 88 f = SozR 3-2500 § 92 Nr 6, 45 f; s auch BSG 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R.

tungserbringer oder die Krankenkasse – zu informieren⁵². Er hat in diesem Fall das Recht zur Auswahl⁵³. Es dürfte sich hierbei allerdings um seltene Konstellationen handeln. Eine Beratungspflicht dürfte auch nur dann bestehen, wenn die verschiedenen in Betracht kommenden gleichwertigen Behandlungsmöglichkeiten zu unterschiedlichen Beeinträchtigungen bei dem Patienten führen.

Welche Kosten im Einzelfall bei einer erforderlichen, wirksamen und alternativen Behandlung anfallen, ist auch unter der Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebots unbeachtlich. Der Versicherte hat selbst bei außerordentlich hohen Kosten Anspruch auf Behandlung. Grundsätzlich gilt damit, dass die Wirksamkeit einer Behandlungsmaßnahme der Berücksichtigung ihrer Wirtschaftlichkeit vorgeht, erforderliche, wirksame und alternativlose Behandlungsmaßnahmen also nicht unter Berufung auf die durch sie verursachten Kosten versagt werden dürfen.

5. Normative Beschränkungen der Leistungen der GKV aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots

In jeder Gesellschaft findet die Verteilung medizinischer Maßnahmen – allerdings auf völlig unterschiedlichem Niveau – unter Knappheitsgesichtspunkten statt, die durch das mit der technischen Entwicklung einhergehende wachsende Leistungsangebot und die steigenden Kosten verstärkt werden⁵⁴. Der Gesetzgeber ist im Hinblick auf die Vorgaben einer Finanzierbarkeit der GKV und zur Aufrechterhaltung einer egalitären Versorgung mit medizinischen Leistungen im Krankheitsfall im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes grundsätzlich berechtigt, die den Versicherten zu erbringenden Leistungen zu begrenzen⁵⁵, insoweit also den allgemeinen Behandlungsanspruch zu beschränken. Die Ausgestaltung des Leistungskatalogs der GKV kann daher auch von finanzwirtschaftlichen Erwägungen mit bestimmt sein⁵⁶, da nicht alles, was technisch und ansonsten möglich ist, von einer Gesellschaft auch finanziert werden kann.

5.1 Direkte und indirekte Beschränkung des Behandlungsanspruchs

Eine Beschränkung des Leistungsangebots und damit auch des Behandlungsanspruchs im Einzelfall kann durch direkt oder indirekt wirkende Maßnahmen erfolgen. Unter direkten Beschränkungen sind solche Maßnahmen zu verstehen, die das Leistungsangebot unmittelbar begrenzen. Das ist etwa der Fall, wenn gesetzliche Regelungen die Versorgung mit bestimmten Arzneimitteln ausschließen.

Indirekte Beschränkungen ergeben sich daraus, dass Dritte aufgrund des

⁵² Zur Verpflichtung einer Krankenkasse, die Versicherten bei einem unübersichtlichen Leistungsangebot über die verschiedenen Leistungsmöglichkeiten zu beraten: BSG 4.4.2006 – B 1 KR 5/05 R, SozR 4-2500 § 13 Nr 8 Rn 14.

⁵³ BSG 7.11.2006 – B 1 KR 32/04 R – Rn 54.

⁵⁴ Kersting, *Gesundheitsethische Überlegungen zur Gesundheitsversorgung*, in *Schöffski/Graf v.d. Schulenburg*, *Gesundheitsökonomische Evaluation*² (2000) 25, 45.

⁵⁵ BVerfG 6.12.2005 (FN 2) SozR aaO Rn 27.

⁵⁶ BVerfG aaO, mwN aus seiner Rsp.

Wirtschaftlichkeitsgebots gehalten sind, gegenüber den Versicherten bestimmte Behandlungsmaßnahmen nicht oder nur im begrenzten Umfang vorzunehmen bzw zu veranlassen, Dritte also das Wirtschaftlichkeitsgebot aufgrund eigener Entscheidungen gegenüber den Versicherten umsetzen. Um solch eine indirekte Beschränkung handelt es sich zum Beispiel, wenn Vertragsärzte aufgrund bindender Vorgaben ihrer Kassenärztlichen Vereinigung verpflichtet werden, bei der Arzneimittelversorgung nur einen begrenzten Anteil an Originalpräparaten, ansonsten Generika zu verschreiben. Hält sich ein Vertragsarzt nicht an die vorgegebenen Quoten, führt dies zu Kürzungen seines Honoraranspruchs. Für den einzelnen Versicherten bedeutet das, dass er in der Regel anstelle von Originalpräparaten Generika erhält und nur dann erfolgreich einen Anspruch auf die Verordnung von Originalpräparaten geltend machen kann, wenn er die entsprechenden Generika nicht verträgt. Mittelbare Beschränkungen des Behandlungsanspruchs im Tatsächlichen können auch daraus folgen, dass der einzelne Arzt nur eine bestimmte Honorarsumme, die sich an seinem Honorar in zurückliegenden Quartalen orientiert (sog individuelles Honorarbudget), für die Behandlung seiner Patienten bekommt.

Zwar hat der jeweilige Versicherte im Einzelfall nach wie vor einen Anspruch auf Vollversorgung, unabhängig davon, ob etwa das Honorarbudget seines behandelnden Arztes für das betroffene Quartal bereits ausgeschöpft ist. Die sich im Tatsächlichen ergebenden möglichen Beschränkungen, die auch in längeren oder langen Wartezeiten für GKV-Versicherte bestehen können, sind trotz ihrer möglichen Rechtswidrigkeit rechtlich kaum fassbar.

5.2 Maßnahmen zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

Generell ergeben sich zwei Ansatzpunkte zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots. Zum einen kann der Gesetzgeber selbst oder von ihm ermächtigte Institutionen festlegen, wie und durch welche Maßnahmen die Versicherten, die an der vertragsärztlichen Versorgung beteiligten Institutionen sowie die Leistungserbringer dem Wirtschaftlichkeitsgebot Rechnung zu tragen haben. Dem ist insb im Hinblick auf die Auswirkungen auf den Behandlungsanspruch an Beispielen nachzugehen.

Zum anderen kann eine nachträgliche Kontrolle darüber eingeführt werden, ob der Einsatz der verwendeten Mittel den Anforderungen an Effizienz und Effektivität genügt, und es können – darauf aufbauend – Korrekturen vorgenommen werden.

Das SGB V geht beide Wege, von denen hier nur der Erster behandelt werden kann. Die im SGB V zur Verfügung stehenden Maßnahmen zur Kontrolle des wirtschaftlichen Einsatzes etwa durch Wirtschaftlichkeitsprüfungen – insb in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung nach § 106 SGB V – können im Rahmen dieser Abhandlung nicht dargestellt werden.

5.2.1 Strukturelle Maßnahmen

Der Gesetzgeber hat in den letzten eineinhalb Jahrzehnten eine Vielzahl von Maßnahmen getroffen, mit denen er im Rahmen der GKV eine Verbesserung von Effizienz und Effektivität der Gesundheitsversorgung zu erreichen versuchte.

Darunter fallen in der ambulanten Versorgung zunächst strukturelle Maßnahmen, die sich auf die Versorgungssituation insgesamt beziehen und die sich an die Institutionen der Versicherten (Krankenkassen) und der Leistungserbringer (zB KÄV) richten. Dazu zählt die Bindung des Ausgabenzuwachses an den Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 71 Abs 1 S 1 SGB V). Dieser legt fest, dass die Vertragspartner auf Seiten der Krankenkassen und der Leistungserbringer die Vereinbarungen über die Vergütung so zu gestalten haben, dass Beitragssatzerhöhungen ausgeschlossen werden, es sei denn, die notwendige medizinische Versorgung ist auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven ohne Beitragssatzerhöhungen nicht zu gewährleisten⁵⁷.

Weiter ist zB die Gliederung der vertragsärztlichen Versorgung in die hausärztliche und die fachärztliche Versorgung (§ 73 Abs 1 SGB V)⁵⁸ anzuführen, mit der Folge, dass in der vertragsärztlichen Versorgung die Gesamtvergütungen getrennt für die Bereiche der hausärztlichen und der fachärztlichen Versorgung zu verteilen sind⁵⁹. Diese Maßnahme soll über eine Stärkung der Funktion des Hausarztes einer übermäßigen Inanspruchnahme von Leistungen insb der fachärztlichen Versorgungsebene entgegenwirken.

Eine Umsetzung dieser Gliederung der Versorgungsstrukturen für den Versicherten erfolgt über § 76 Abs 3 S 2 SGB V. In der Vorschrift ist festgelegt, dass der Versicherte einen Hausarzt wählt. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine bindende, insb auch nicht sanktionsbewehrte, Verpflichtung der Versicherten⁶⁰.

5.2.2 Integrierte Versorgung

Zu den strukturellen Veränderungen des Versorgungsangebots gehört auch die Einführung der „integrierten Versorgung“⁶¹, deren Voraussetzungen der Gesetzgeber des GMG vom 14. 11. 2003⁶² als Reaktion auf die bisherigen negativen Erfahrungen bei der Durchführung integrierter Versorgung neu geregelt hat. Sinn einer integrierten Versorgung ist es nach der Begründung des Gesetzentwurfs zum GMG⁶³ va, die bisherige Abschottung der einzelnen Leistungsbereiche zu überwinden, Substitutionsmöglichkeiten über verschiedene Leistungssektoren hinweg zu nutzen und Schnittstellenprobleme so besser in den Griff

⁵⁷ Zur Geltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität s BSG 19.7.2006 – B 6 KA 44/05 R – zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen.

⁵⁸ Vgl Entwurf eines G zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (GesundheitsstrukturG) vom 5.11.1992, BT-DS 12/3608, Begründung A. I. 3.b, S 67 f: Der vorliegende Gesetzentwurf sieht deshalb weit reichende Maßnahmen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit im ambulanten Bereich vor. Insb enthält er entscheidende Regelungen... zur verbindlichen Gliederung der kassenärztlichen Versorgung in einen hausärztlichen und fachärztlichen Bereich.

⁵⁹ § 85 Abs 4 S 1 HS 2 SGB V in der ab 1.1.2000 geltenden Fassung des GKV-GesundheitsreformG 2000 vom 22. 12. 1999, BGBl I 2626.

⁶⁰ BSG 22.3.2006 – B 6 KA 76/04 R, SozR 4-5520 § 33 Nr 6 Rn 25.

⁶¹ §§ 140a ff SGB V.

⁶² BGBl I 2190.

⁶³ BT-DS 15/1525, 130, zu Nr 114 (§ 140b), zu Buchstabe d.

zu bekommen. Anstrengungen zur Qualitätssicherung und zur optimierten, die Leistungssektoren übergreifenden Arbeitsteilung unter Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsgesichtspunkte sollen gefördert werden. Vor diesem Hintergrund werden die bestehenden Beschränkungen des Vertragsarztsystems weitgehend durchbrochen. Im Rahmen der integrierten Versorgung können Krankenkassen und Leistungserbringer autonom Verträge über die Versorgung der Versicherten außerhalb des Sicherstellungsauftrags der Kassenärztlichen Vereinigungen nach § 75 Abs 1 SGB V schließen⁶⁴. Der Kreis der potentiellen Vertragspartner der Krankenkassen wird damit erweitert. Zudem wird die Bindung an den Grundsatz der Beitragssatzstabilität aufgehoben. Zur Förderung der integrierten Versorgung wird eine Anschubfinanzierung geleistet⁶⁵, die nunmehr bis zum Jahr 2008 verlängert worden ist.

Die Versicherten sind nicht verpflichtet, an Maßnahmen der integrierten Versorgung teilzunehmen. Die Teilnahme ist für sie – wie im Übrigen auch für alle anderen Teilnehmer – freiwillig⁶⁶.

5.2.3 Strukturierte Behandlungsprogramme

Eine weitere Veränderung der Versorgungsstruktur ergab sich durch die zum 1. 1. 2002 eingeführten strukturierten Behandlungsprogramme DMP⁶⁷. Diese sollen bei geeigneten chronischen Krankheiten die Qualität der Versorgung durch eine bessere Koordination zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern verbessern. Zugleich soll für die Krankenkassen durch eine Reform des Risikostrukturausgleichs ein Anreiz gegeben werden, sich verstärkt um die Behandlung chronisch Kranker zu bemühen⁶⁸. Disease-Management erfordert nach der Begründung des einschlägigen Gesetzentwurfs verbindliche und aufeinander abgestimmte Behandlungs- und Betreuungsprozesse über Krankheitsverläufe und institutionelle Grenzen hinweg, die auf der Grundlage medizinischer Evidenz festgelegt werden⁶⁹. Der dafür zuständig gewesene Koordinierungsausschuss hat als geeignete Krankheiten Brustkrebs, Diabetes, schwere Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Asthma bestimmt. Seit 2003 sind zahlreiche DMPs zugelassen worden.

Wegen eines nach der aufgezeigten Begründung des Gesetzentwurfs möglichen Konflikts zwischen der unterstellten Normierbarkeit ärztlichen Handelns und der nach medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen notwendigen Berücksichtigung der Krankheitssituation der einzelnen Patienten hat sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, in § 28b Abs 1 S 3 der Risikostruktur-Ausgleichs-

⁶⁴ Bis März 2006 sind nach Angaben des Bundesministeriums für Gesundheit 2.214 Verträge über integrierte Versorgung geschlossen worden (www.die-gesundheitsreform.de).

⁶⁵ § 140d Abs 1 SGB V.

⁶⁶ § 140a Abs 2 S 1 SGB V.

⁶⁷ §§ 137f und 137g SGB V, eingefügt durch das G zur Reform des Risikostrukturausgleichs in der GKV vom 10. 12. 2001, BGBl I 3465.

⁶⁸ Dazu Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung § 137f SGB V Rn 1.

⁶⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-DS 14/7123, 13, zu Art 1, zu Nr 1 (§ 137f), zu Abs 1.

verordnung⁷⁰ klarzustellen, dass – soweit Vorgaben eines DMP Inhalte der ärztlichen Therapie betreffen – sie den zur Erfüllung des ärztlichen Behandlungsauftrags im Einzelfall erforderlichen ärztlichen Behandlungsspielraum nicht einschränken⁷¹.

Der Behandlungsanspruch der Versicherten wird durch die DMPs nicht begrenzt, sondern vielmehr erweitert, da ihnen insoweit eine verbesserte Behandlungsstruktur zur Verfügung gestellt wird. Eine Verpflichtung der Versicherten, die an den genannten chronischen Erkrankungen leiden, zur Teilnahme an einem entsprechenden DMP besteht nicht. Ihre Teilnahme ist freiwillig⁷². Allerdings werden nunmehr durch die mit dem GKV-WSG eingefügte Zuzahlungsregelung des § 62 Abs 1 S 3 SGB V für chronisch Kranke, die an einem für ihre Erkrankung bestehenden strukturierten Behandlungsprogramm teilnehmen, finanzielle Anreize gesetzt. Danach beträgt die Belastungsgrenze, bis zu der Zuzahlungen zu leisten sind, (nur) eins vom Hundert der jährlichen Bruttoeinnahmen zum Lebensunterhalt.

5.2.4 Hausarztzentrierte Versorgung

Bei den strukturellen Änderungen der Versorgungsstruktur ist noch auf die Einführung der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V) durch das GMG mit Wirkung zum 1.1.2004 hinzuweisen. Danach sind die Krankenkassen verpflichtet, ihren Versicherten eine qualitativ besonders hoch stehende hausärztliche Versorgung bereitzustellen. Sie haben dazu mit besonders qualifizierten Hausärzten bzw entsprechend qualifizierten MVZ⁷³ diskriminierungsfrei einen Vertrag zu schließen, und zwar in einem solchen Umfang, wie die Versicherten an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen⁷⁴.

Für die Versicherten ist die Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung wiederum freiwillig. Der Anspruch auf freie Arztwahl⁷⁵ wird nicht eingeschränkt. Verpflichten sich Versicherte allerdings zur Teilnahme, sind sie hieran und an die Wahl des Hausarztes mindestens ein Jahr gebunden. Der Versicherte soll den gewählten Hausarzt nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wechseln⁷⁶.

5.2.5 Qualitätssicherung

Im engen Zusammenhang mit den dargestellten strukturellen Veränderungen des Leistungsgeschehens in der GKV stehen auch Maßnahmen der Qualitätssicherung. Diese dienen gleichfalls der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsge-

⁷⁰ In der Fassung der 4. Änderungs-Verordnung vom 27.6.2002, BGBl I 2286.

⁷¹ S Hess in KassKomm, Vorbemerkung zu §§ 137f, 137g SGB V, Rn 2.

⁷² § 137f Abs 3 S 1 SGB V.

⁷³ Zu den medizinischen Versorgungszentren s § 95 Abs 1 und 2 SGB V.

⁷⁴ Durch das GKV-WSG wird über den neu gefassten § 73c SGB V das Modell einer „besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung“ eingeführt, in dem die Krankenkassen ihren Versicherten die Sicherstellung der ambulanten ärztlichen Versorgung durch Abschluss von Verträgen mit Leistungserbringern anbieten können.

⁷⁵ § 76 Abs 1 SGB V.

⁷⁶ § 73b Abs 1 S 2 SGB V.

bots⁷⁷. Der Zusammenhang zwischen Qualitätssicherung und Wirtschaftlichkeit der Versorgung wird auch von der Rsp betont.

So hat das BVerfG die qualitätssichernden Anforderungen, die in der auf der Rechtsgrundlage des § 135 Abs 2 SGB V erlassenen Kernspintomographie-Vereinbarung für die Erbringung kernspintomographischer Leistungen in der GKV aufgestellt worden sind, verfassungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Versorgung als gerechtfertigt beurteilt⁷⁸. Die Annahme sei vertretbar, die Konzentration aller kernspintomographischen Leistungen bei speziell qualifizierten Ärzten diene auch der Wirtschaftlichkeit der Versorgung. Auch das BSG stellt bei Qualifikationsvoraussetzungen für die Ausübung vertragsärztlicher/psychotherapeutischer Tätigkeiten in der GKV auf eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung ab⁷⁹.

Ein weiteres Beispiel für qualitätssichernde Maßnahmen, die zugleich auch die Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsgebots umsetzen, ist aus dem Bereich der stationären Versorgung die Einführung von Mindestmengen je Arzt oder Krankenhaus bei planbaren operativen Leistungen, bei denen die Qualität des Behandlungsergebnisses in besonderem Maße von der Menge der erbrachten Leistungen abhängig ist⁸⁰.

Die Kategorie der Qualitätssicherung wird vom Gesetzgeber in jüngerer Zeit zunehmend betont. Ein Beleg hierfür ist die Neuregelung der Voraussetzungen der Wirtschaftlichkeitsprüfung in der ambulanten Versorgung, bei der nicht mehr – wie früher bei der Prüfung nach Durchschnittswerten – allein auf die Menge der erbrachten oder veranlassten Leistungen abzustellen, sondern vielmehr auch zu prüfen ist, ob die Leistungen zur Erreichung des therapeutischen oder diagnostischen Ziels geeignet sind (Effektivität) sowie, ob die Leistungen mit den anerkannten Kriterien für ihre fachgerechte Erbringung (Qualität) übereinstimmen⁸¹.

5.3 Kostenbegrenzungsmaßnahmen

Zu den aufgezeigten strukturellen Veränderungen der Gesundheitsversorgung treten unter der Vorgabe des Wirtschaftlichkeitsgebots Kostenbegrenzungsmaßnahmen wie etwa die Einführung von Festbeträgen für Arznei- und Verbandmittel (§§ 35, 36 SGB V)⁸² hinzu. Sie entfalten Wirkung in erster Linie gegenüber den

⁷⁷ S Seewald in Schnapp/Wigge (Hg) FN 13, § 21 Rn 113 ff.

⁷⁸ BVerfG 16.7.2004 – 1 BvR 1127/01, SozR 4-2500 § 135 Nr 2 Rn 26.

⁷⁹ BSG 31.8.2005 – B 6 KA 68/04 R, BSGE 95, 94 = SozR 4-2500 § 95c Nr 1, jeweils Rn 17 – zum Fachkundenachweis für Psychologische Psychotherapeuten; 11. 10. 2006 – B 6 KA 1/05 R – zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4 vorgesehen – zur fehlenden Berechtigung eines Kardiologen, kernspintomographische Untersuchungen des Herzens zu erbringen.

⁸⁰ Abgedruckt bei Engelmann (Hg), Aichberger Ergänzungsband – GKV/Soziale Pflegeversicherung, Nr 285.

⁸¹ § 106 Abs 2a SGB V in der Fassung des GMG.

⁸² Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung: BVerfG 17. 12. 2002 – 1 BvL 28/95 ua, BVerfGE 106, 275 = SozR 3-2500 § 35 Nr 2; zur Europarechtsmäßigkeit EuGH 16.3.2004, C-264/01 ua = Slg 2004 I-2493 = SozR 4-6035 Art 81 Nr 1.

Herstellern von Arzneimitteln, ohne dass diese dadurch in dem Grundrecht auf Berufsfreiheit berührt werden⁸³. Sie führen aber zugleich dazu, dass Versicherte, die sich festbetragsgebundene Arzneimittel verschreiben lassen, deren Preis oberhalb des Festbetrags liegt, die Mehrkosten selbst tragen müssen⁸⁴.

Der Kostenbegrenzung dient auch die Beschränkung von Abrechnungsmöglichkeiten durch die Vertragsärzte, die über die Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses, geregelt im EBM-Ä⁸⁵, erfolgt. So bestimmt § 87 Abs 2a S 1 SGB V, dass die im EBM-Ä aufgeführten Leistungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten kooperativer Versorgungsformen zu Leistungskomplexen oder Fallpauschalen zusammenzufassen sind. Weiter ist festgelegt, dass für die Abrechnung von Fallpauschalen Regelungen für den dabei zu erbringenden Leistungsumfang zu treffen sind⁸⁶. Diese Maßnahmen führen zu Beschränkungen der Leistungsausweitung und setzen damit das Wirtschaftlichkeitsgebot um, wirken sich jedoch auf den konkreten Behandlungsanspruch des einzelnen Versicherten nicht aus.

5.4 Eigenbeteiligungen der Versicherten

Als ein weiterer Schritt, dem Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Leistungsanspruchnahme durch die Versicherten zur Durchsetzung zu verhelfen, kommt in Betracht, die Leistungsanspruchnahme von Zuzahlungen, also von einer Eigenbeteiligung, abhängig zu machen. Des SGB V kennt eine Vielzahl solcher Zuzahlungsregelungen, die faktisch bei allen Leistungen anfallen.

Das BVerfG hat die Einführung von Zuzahlungsregelungen als verfassungsrechtlich zulässig beurteilt, soweit die Zuzahlung dem Einzelnen finanziell zugemutet werden könne⁸⁷ und – so wird man hinzufügen müssen – soweit dadurch der Einzelne nicht von notwendigen Behandlungen ausgeschlossen wird.

Als Beispiel soll auf die Praxisgebühr und die Zuzahlung zu Arzneimitteln eingegangen werden.

5.4.1 Praxisgebühr

Der Gesetzgeber hat mit dem GMG eine sog Praxisgebühr eingeführt, um die von ihm als überhöht wahrgenommene Inanspruchnahme ärztlicher Leistungserbringer durch die Versicherten zu begrenzen. Es sollte, wie es in dem Gesetzentwurf verharmlosend heißt, die Eigenverantwortung der Versicherten gestärkt werden⁸⁸. Die Praxisgebühr hat der Versicherte im Regelfall als Zuzahlung

⁸³ BVerfGE aaO 298 = SozR aaO 17.

⁸⁴ Nach BVerfG aaO werden dadurch, dass Leistungsansprüche der Versicherten geändert werden, zwar die Grundrechte der Versicherten aus Art 2 Abs 1 GG (Handlungsfreiheit) betroffen, aber nicht dadurch verletzt, dass der Gesetzgeber für die Festbetragsfestsetzung die Form der Allgemeinverfügung vorgesehen hat.

⁸⁵ § 87 Abs 2 S 1 SGB V: Der einheitliche Bewertungsmaßstab bestimmt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander.

⁸⁶ § 87 Abs 2a S 2 SGB V.

⁸⁷ Beschluss vom 6.12.2005 (FN 2) SozR aaO Rn 27.

⁸⁸ BT-DS 15/1525, 83 Nr 15 (§ 28) zu Buchstabe b.

für jede ambulante Erstinanspruchnahme eines ärztlichen Leistungserbringers in einem Kalendervierteljahr zu leisten⁸⁹. Sie beläuft sich auf 10 Euro.

Im Hinblick darauf, dass Versicherte Zuzahlungen nur bis zu einer Belastungsgrenze zu leisten haben, die 2% und bei chronisch Kranken, die wegen derselben schwerwiegenden Krankheit⁹⁰ in Dauerbehandlung sind, 1% der jährlichen Bruttoeinnahmen zum Lebensunterhalt beträgt⁹¹, bestehen keine Bedenken bezüglich einer möglichen finanziellen Überforderung der Versicherten.

5.4.2 Zuzahlung zu Arzneimitteln

Auch über die Verpflichtung der über 18 Jahre alten Versicherten gem § 31 Abs 3 SGB V, Zuzahlungen zu den zu Lasten der GKV erordneten Arznei- und Verbandmitteln zu leisten, versucht der Gesetzgeber, die Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung positiv zu beeinflussen. Die Zuzahlungen betragen 10 vom Hundert des Abgabepreises, mindestens jedoch 5 Euro und höchstens 10 Euro⁹². Auch hier gilt die vorgenannte Belastungsgrenze des § 62 Abs 1 S 2 SGB V.

5.4.3 Belastungsgrenze abhängig von der Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen und von therapiegerechtem Verhalten?

Die Zuzahlungsregelung sieht in der Fassung, die sie durch das GKV-WSG erhalten hat, vor, bei chronisch Kranken die Inanspruchnahme der verminderter Belastungsgrenze von 1% zukünftig von der Wahrnehmung der gesetzlich geregelten Vorsorgeuntersuchungen abhängig zu machen. Danach beträgt die Belastungsgrenze für Zuzahlungen auch bei chronischen Erkrankungen 2%, sofern Versicherte, die ab bestimmten Stichtagen geboren sind, nicht regelmäßig Vorsorgeuntersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten iS des § 25 Abs 1, Abs 2 SGB V in Anspruch genommen haben⁹³. Mit dieser Neuregelung soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs die Verpflichtung der Versicherten gegenüber der Versichertengemeinschaft zu gesundheitsbewusstem und eigenverantwortlichem Verhalten betont werden⁹⁴.

Da sich die Vorsorgeuntersuchungen nach § 25 Abs 2 SGB V auf Krebserkrankungen beziehen, hat die vorgesehene Erhöhung der Zuzahlungsgrenze für die an Krebs erkrankten Versicherten in der öffentlichen Diskussion zu erheblicher Kritik geführt.

Die niedrigere Belastungsgrenze für Zuzahlungen von 1% bei chronisch Kranken ist in Zukunft weiter davon abhängig, dass der behandelnde Arzt – von Ausnahmen bei bestimmten Personengruppen abgesehen – ein therapiegerechtes

⁸⁹ § 28 Abs 4 S 1 iVm § 61 S 2 SGB V.

⁹⁰ Was unter einer schwerwiegenden chronischen Erkrankung zu verstehen ist, hat gem § 62 Abs 1 S 4 SGB V der GBA in den Richtlinien nach § 92 SGB V festzulegen (Richtlinie des GBA zur Definition schwerwiegender chronischer Krankheiten iS des § 62 SGB V – Chroniker-Richtlinie).

⁹¹ § 62 Abs 1 Satz 2 SGB V.

⁹² § 61 S 1 SGB V.

⁹³ § 62 Abs 1 SGB V idFd durch Art 1 Nr 37 GKV-WSG.

⁹⁴ BT-DS 16/3100, 314 zu Nr 37 (§ 62) zu Buchstabe a, zu Doppelbuchstabe aa.

Verhalten der Versicherten bescheinigt⁹⁵. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll auf diese Weise sichergestellt werden, dass von der verminderten Belastungsgrenze solche Versicherten nicht profitieren, die den eigenen Heilungserfolg gefährden. Ein therapiegerechtes Verhalten diene der Sicherung des Heilerfolgs⁹⁶.

5.5 Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch Richtlinien des GBA

Der Gesetzgeber bedient sich zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Einzelnen der Beauftragung des GBA gem § 92 Abs 1 S 1 SGB V. Dieser hat die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten zu beschließen. Die Entscheidungen des GBA darüber, ob die im Rahmen der GKV zu erbringenden Leistungen dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem medizinischen Standard entsprechen, ergehen in der Rechtsform der Richtlinien⁹⁷. Bei diesen handelt es sich, wie das BSG seit der Methadon-Entscheidung des 6. Senats vom 20. 3. 1996⁹⁸ in ständiger Rsp entschieden hat, um untergesetzliche Rechtsnormen auf der Ebene des autonomen Rechts⁹⁹. Der GBA ist im Rahmen seiner gesetzlichen Ermächtigung berechtigt, nicht nur im Verhältnis zu den Krankenkassen(-verbänden), den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Leistungserbringern verbindliche Regelungen zu treffen, sondern gleichfalls befugt, die Leistungsansprüche gegenüber den Versicherten zu konkretisieren, sie also auch ggf zu beschränken. Das GMG vom 14. 11. 2003 hat diese Rechtswirkung mit der Einfügung des § 91 Abs 9 SGB V¹⁰⁰ nochmals klargestellt. Nach dieser Vorschrift sind bestimmte Beschlüsse des GBA, zu denen auch die Richtlinienentscheidungen für die ambulante ärztliche Versorgung zählen¹⁰¹, für die Versicherten, die Krankenkassen und für die an der ambulanten ärztlichen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer und die zugelassenen Krankenhäuser verbindlich¹⁰².

⁹⁵ § 62 Abs 1 S 4 SGB V.

⁹⁶ BT-DS 16/3100, 314 zu Nr 37 (§ 62), zu Buchstabe a zu Doppelbuchstabe bb.

⁹⁷ Vgl § 92 Abs 1 Satz 1 HS 1 SGB V.

⁹⁸ 6 RKA 62/94, BSGE 78, 70 = SozR 3-2500 § 92 Nr 6.

⁹⁹ BSG 16. 11. 1997 – 1 RK 28/95, BSGE 81, 54 = SozR 3-2500 § 135 Nr 4 und 1 RK 32/95, BSGE 81, 73 = SozR 3-2500 § 92 Nr 7; 28.6.2000 – B 6 KA 26/99 R, BSGE 86, 223, 224 f = SozR 3-2500 § 138 Nr 1; 22.3.2005 – B 1 A 1/03 R, BSGE 94, 221 Rn 23; 1.9.2005 – B 3 KR 3/04, SozR 4-2500 § 40 Nr 2; 31.5.2006 – B 6 KA 69/04 R und B 6 KA 13/05 R; 29. 11. 2006 – B 6 KA 7/06 R. S auch die weiteren Nachweise bei *Clemens in Hart* (Hg), Klinische Leitlinien und Recht (2005) 147, 148 m FN 6.

¹⁰⁰ Art 1 Nr 70 GMG.

¹⁰¹ Ausgenommen von der Verbindlichkeitsanordnung des § 91 Abs 9 SGB V sind die Beschlüsse des GBA zu Entscheidungen nach § 137 b und zu Empfehlungen nach § 137f SGB V.

¹⁰² Exemplarisch aus dem umfangreichen Schrifttum zur Rechtsnatur der Richtlinien: *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung (2000) 119 ff, 153 ff; *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, (2001) 454 ff; *Hase*, Verfassungsrechtliche Bewertung der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss, MedR 2005, 391, 392; *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht (2005) 176 ff.

Das BVerfG hat zwar in seiner Entscheidung vom 6. 12. 2005¹⁰³ ausdrücklich nicht zur Frage der Normqualität der Richtlinien des GBA Stellung genommen, weil dies nach seiner Auffassung nicht erforderlich war. Allerdings ist festzuhalten, dass es in früheren Entscheidungen zumindest inzident von der Rechtmäßigkeit der Normsetzung durch den GBA ausgegangen ist. In dem bereits mehrfach erwähnten Urteil vom 17. 12. 2002¹⁰⁴ hat sich das BVerfG eingehend mit dem System der Festbetragsfestsetzung durch die Spitzenverbände der Krankenkassen auseinandergesetzt, ohne insoweit die Befugnisse des damaligen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen zur Rechtsetzung infrage zu stellen. Dazu hätte allerdings Anlass bestanden, wenn das BVerfG grundsätzliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Normsetzungsbefugnis des Bundesausschusses gehabt hätte. Denn die Regelungen des Bundesausschusses über die mit Festbeträgen zu versehenen Gruppen von Arzneimitteln gem § 35 Abs 1 S 1 und 2 SGB V sind notwendige Vorstufen für die Festsetzung der Festbeträge durch die Spitzenverbände. Ohne die vorgelagerten Entscheidungen des Bundesausschusses kann eine Festsetzung der Festbeträge durch die Spitzenverbände nicht erfolgen. In der Entscheidung, dass das Festbetragsfestsetzungsverfahren nicht gegen das Grundgesetz verstößt, liegt mithin zugleich eine inzidente Entscheidung darüber, dass auch das Normsetzungsverfahren des Bundesausschusses/GBA jedenfalls grundsätzlich verfassungsgemäß ist¹⁰⁵.

An dieser Bewertung der Rechtmäßigkeit der Normsetzung durch den GBA ist auch angesichts der Kritik, die aus Anlass der Entscheidung des BVerfG vom 6.12.2005 an der Rsp des BSG geäußert worden ist¹⁰⁶, festzuhalten. Die Kritik ist einseitig auf den Akt der Normsetzung durch den GBA fixiert, lässt aber den Gesamtzusammenhang der Regelungen außer Betracht und geht darüber hinaus auch nicht auf die jüngere Rsp des BSG zu diesem Fragenkreis ein. Ungeachtet dessen, dass es sich bei der Prüfung, ob neue Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden zur GKV zugelassen werden sollen, ohnehin nur um einen Bruchteil der Regelungen des GBA handelt, berücksichtigt die Kritik nicht, dass die Zulassung von der Qualitätssicherung dient. Die Überprüfung des Nutzens neuer Methoden durch den GBA soll sicherstellen, dass nicht jede beliebige Methode zu Lasten der GKV erbracht werden kann, ohne dass deren Wirksamkeit zumindest mit einer gewissen Evidenz nachgewiesen ist¹⁰⁷. Beispiele dafür, dass nicht ausreichend erprobte Behandlungsmethoden oder Arzneimittel in der GKV eingesetzt worden sind – mit allen daraus resultierenden schwerwiegenden Nachteilen für die Versicherten – gibt es genügend¹⁰⁸. Zudem gehört zur Zulassung einer Methode in der GKV unabdingbar, dass die qualitativen Voraussetzungen, die für ihre Durchführung

¹⁰³ AaO (FN 2) SozR aaO, Rn 29.

¹⁰⁴ BVerfGE 106, 275 = SozR 3-2500 § 135 Nr 2.

¹⁰⁵ BSG 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R, Rn 59 ff – zur Veröffentlichung in BSGE und in SozR 4 vorgesehen.

¹⁰⁶ S va Anmerkung von *Schmidt-de Caluwe*, SGB 2006, 619, 621 ff.

¹⁰⁷ Dazu *Engelmann* (FN 18).

¹⁰⁸ Zu den Behandlungsmethoden s zB die Problematik bei dem Einsatz des operationsunterstützten Robodoc; aus dem Arzneimittelbereich ist zB auf die Folgen des Einsatzes der Arzneimittel Contergan und Libubay hinzuweisen.

erforderlich sind, in sächlicher und persönlicher Hinsicht festgelegt werden¹⁰⁹. Das ist nach der gesetzlichen Konzeption ebenfalls die Aufgabe des GBA. Methoden- und Qualitätssicherung stehen also in unmittelbarem Zusammenhang und dienen der Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen Versorgung der Versicherten. Dies lassen die grundsätzlichen Bedenken gegen die Anerkennung der Normsetzung durch den GBA regelmäßig außer Acht.

6. Beschränkungen der zahnärztlichen Behandlung aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots

Nach § 27 Abs 1 S 2 Nr 2, § 28 Abs 2 S 1 SGB V umfasst der Anspruch auf Krankenbehandlung auch die zahnärztliche Behandlung, nämlich die Tätigkeit des Zahnarztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Zahn-, Mund- und Kieferkrankheiten nach den Regeln der zahnärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist.

Anders als bei der ärztlichen Behandlung unterliegt der Anspruch auf zahnärztliche Behandlung bereits von Gesetzes wegen vielfachen Einschränkungen¹¹⁰, die hier nicht im Einzelnen behandelt werden können. Einzugehen ist beispielhaft auf die Ausgestaltung des Anspruchs auf Versorgung mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen¹¹¹. Diese Versorgung ist mit Wirkung vom 1.1.2005 grundsätzlich neu geregelt worden. Der Anspruch der Versicherten bestimmt sich danach nicht mehr nach ihren individuellen Behandlungskosten. Sie haben vielmehr nur noch Anspruch auf befundorientierte Festzuschüsse bei einer medizinisch notwendigen Versorgung mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen in den Fällen, in denen eine zahnprothetische Versorgung notwendig ist und mit einer anerkannten Behandlungsmethode erbracht wird¹¹². Die Festzuschüsse umfassen grundsätzlich 50% der festgesetzten Beträge für die jeweilige Regelversorgung. Der Zuschuss kann sich unter bestimmten Voraussetzungen um 20% und um weitere 10% erhöhen. Bestimmungen über Härtefälle sichern die Regelung ab¹¹³.

Die nur noch generalisierte Kostenbeteiligung der Krankenkassen hat faktisch zu einer höheren Eigenbeteiligung der Versicherten als zuvor geführt und zur Folge gehabt, dass die Versicherten in den Jahren 2005/2006 prothetische Behandlungen in erheblich geringerem Umfang in Anspruch genommen haben als in den Vorjahren¹¹⁴.

¹⁰⁹ § 135 Abs 1 S 1 Nr 2 SGB V.

¹¹⁰ § 28 Abs 2 S 6–8 SGB V: Nicht zur zahnärztlichen Behandlung gehören die kieferorthopädische Behandlung von Versicherten, die zu Beginn der Behandlung das 18. Lebensjahr vollendet haben, weiter funktionsanalytische und funktionstherapeutische Maßnahmen sowie grundsätzlich implantologische Leistungen.

¹¹¹ § 27 Abs 2 S 1 Nr 2a in Verbindung mit §§ 55 ff SGB V.

¹¹² § 55 Abs 1 S 1 SGB V.

¹¹³ § 55 Abs 2 und 3 SGB V.

¹¹⁴ Die Leistungsausgaben für Zahnersatz gingen im Jahr 2005 im Vergleich zum Vorjahr um 33,3 % zurück, vgl KÄV (Hg), Grunddaten zur vertragsärztlichen Versorgung in Deutschland (2006) Tabelle VI.13.

Im Hinblick auf die mögliche prozentuale Erhöhung der Festzuschüsse bei Eigenvorsorge und der Abfederung durch Härtefallregelungen bei hohen Kosten bestehen keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Eigenbeteiligung der Versicherten in dieser Form.

7. Beschränkungen der Arzneimittelversorgung aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots

Die Arzneimittelversorgung stellt in der GKV einen erheblichen Kostenfaktor dar. Die Kosten beliefen sich im Jahr 2005 auf 23,8 Mrd Euro (= 16,6%) der Gesamtausgaben¹¹⁵ und liegen damit höher als die Ausgaben für die gesamte ambulante vertragsärztliche Behandlung¹¹⁶. Seit der Aufhebung des Kollektivregresses bei Überschreitungen der Arzneimittelbudgets¹¹⁷ haben die ständig steigenden Arzneimittelausgaben fortlaufend Kostendämpfungsmaßnahmen des Gesetzgebers erforderlich gemacht¹¹⁸, ohne dass insoweit ein Ende in Sicht ist. Von allen Kostenbegrenzungsinstrumenten hat sich das Festbetragssystem als das wirkungsvollste erwiesen¹¹⁹.

7.1 Ausschluss der Versorgung mit bestimmten Arzneimitteln

Die Versicherten der GKV haben nach § 27 Abs 1 S 2 Nr 3 iVm § 31 Abs 1, § 34 Abs 1 SGB V Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln, soweit die Arzneimittel nicht nach § 34 SGB V oder durch die Arzneimittel-Richtlinien (§ 92 Abs 1 S 2 Nr 6 SGB V) zur Gewährleistung des Wirtschaftlichkeitsgebots ausgeschlossen sind. Grundsätzlich gilt damit auch für den Bereich der Arzneimittelversorgung, dass Wirksamkeit vor Wirtschaftlichkeit geht. In diesem Sinne bestimmt Nr 12 der Arzneimittel-Richtlinien ausdrücklich, dass für die Verordnung von Arzneimitteln der therapeutische Nutzen wichtiger ist als die Kosten.

Wie bereits erwähnt, enthält § 34 Abs 3 S 2 SGB V eine Umschreibung der Unwirtschaftlichkeit bei Arzneimitteln. Danach sind insb solche Arzneimittel als unwirtschaftlich anzusehen, die für das Therapieziel oder zur Minderung von Risiken nicht erforderliche Bestandteile enthalten oder deren Wirkung wegen der Vielzahl der enthaltenen Wirkstoffe nicht mit ausreichender Sicherheit beurteilt werden kann oder deren therapeutischer Nutzen nicht nachgewiesen ist.

¹¹⁵ Quelle: Kassenärztliche Bundesvereinigung (Hg) aaO Tabelle VI. 2.

¹¹⁶ Diese betragen 21,6 Mrd Euro (15,0 % der Gesamtausgaben).

¹¹⁷ Endgültig durch das Arzneimittelbudget-AblösungsG vom 19. 12. 2001, BGBl I 3773. Dazu s o 5.3.1.

¹¹⁸ Arzneimittelausgaben-BegrenzungsG vom 15.2.2002, BGBl I 684; BeitragssatzsicherungsG vom 23. 12. 2002, BGBl I 4637; GKV-ModernisierungsG vom 14. 11. 2003, BGBl I 2190; G zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung vom 26.4.2006, BGBl I 984.

¹¹⁹ Vgl IGES/Cassel/Wille/WIdO, Steuerung der Arzneimittelausgaben und Stärkung des Forschungsstandortes für die pharmazeutische Industrie, Gutachten für das BMG, Juni 2006, 120 (www.bmg-bund.de).

Unter dieser Vorgabe hat der Gesetzgeber – und auf gesetzlicher Grundlage der GBA in den Arzneimittel-Richtlinien – den Anspruch der Versicherten auf Versorgung auf vielfache Weise beschränkt bzw ausgeschlossen¹²⁰. Der Ausschluss betrifft bei Versicherten von über 18 Jahre im Regelfall die Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei Bagatellerkrankungen (Erkältungskrankheiten und grippale Infekte) einschließlich Schnupfenmitteln, Schmerzmitteln, hustendämpfenden und hustenlösenden Mitteln, von Ausnahmen abgesehen die Versorgung mit Mund- und Rachentherapeutika, von Abführmitteln sowie von Arzneimitteln gegen Reisekrankheit.

Außerdem sind durch das GMG Arzneimittel ausgeschlossen worden, bei deren Anwendung eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund steht. Das Gesetz nennt insb Arzneimittel, die überwiegend zur Behandlung der erektilen Dysfunktion¹²¹, zur Anreicherung sowie Steigerung der sexuellen Potenz, zur Raucherentwöhnung, zur Abmagerung oder zur Zügelung des Appetits, zur Regulierung des Körpergewichts oder zur Verbesserung des Haarwuchses dienen¹²². Hinsichtlich des Ausschlusses der Versorgung von Arzneimitteln zur Behandlung der erektilen Dysfunktion hat das BSG entschieden, dass der Leistungsausschluss nicht gegen Art 2 Abs 1 und 2 GG verstößt¹²³. Ebenfalls durch das GMG sind nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel – von Ausnahmen abgesehen – aus der Leistungspflicht der GKV ausgenommen worden¹²⁴. Schließlich sind Arzneimittel, die in der vom Bundesministerium für Gesundheit erlassenen Verordnung über unwirtschaftliche Arzneimittel in der GKV¹²⁵ aufgelistet sind, wegen Unwirtschaftlichkeit von der Verordnung in der GKV ausgeschlossen.

Damit greifen die einschlägigen normativen Regelungen in Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Arzneimittelbereich stärker in den Versorgungsanspruch der Versicherten ein, als dies beim Anspruch auf ärztliche Behandlung der Fall war.

7.2 Indirekte Steuerung der Arzneimittelversorgung

Neben den direkten Kostendämpfungsmaßnahmen (Festbeträge, Zwangsrabatte der pharmazeutischen Unternehmen¹²⁶, Apothekenrabatte¹²⁷), die keine unmittelbaren Auswirkungen für die Versicherten haben, hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittel-

¹²⁰ § 34 Abs 1 S 6 SGB V.

¹²¹ Bis zu diesem Zeitpunkt waren die Kosten für Mittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion von den gesetzlichen Krankenkassen zu übernehmen. Vgl dazu zuletzt: BSG 10.5.2005 – B 1 KR 25/03 R, BSGE 94, 302 = SozR 4-2500 § 34 Nr 2.

¹²² § 34 Abs 1 S 7 und 8 SGB V.

¹²³ BSG 10.5.2005 – B 1 KR 25/03 R, BSGE 94, 302 = SozR 4-2500 § 34 Nr 2, jeweils Rn 25.

¹²⁴ § 34 Abs 1 S 1 SGB V.

¹²⁵ V vom 21.2.1990 (BGBl I 4554), abgedruckt bei Engelmann (Hg), Gesetzliche Krankenversicherung/Soziale Pflegeversicherung Nr 335.

¹²⁶ § 130a SGB V, eingefügt zum 1.1.2003 durch das BeitragssatzsicherungsG vom 23. 12. 2002 (BGBl I 4637).

¹²⁷ § 130 SGB V.

versorgung¹²⁸ um 1. 5. 2006 ein neues Instrument zur indirekten Steuerung der Arzneimittelversorgung eingeführt, die sog Bonus-Malus-Regelung¹²⁹. Diese begründet die Beantwortung des verordnenden Arztes für die Kosten der von ihm veranlassten Arzneimittelausgaben¹³⁰ und führt dazu, dass derjenige Arzt, der die für ihn maßgeblichen Grenzwerte in einem bestimmten Umfang überschreitet, diesen Überschreibungsbetrag (Malus) zu einem festgelegten Anteil gegenüber den Krankenkassen auszugleichen hat.

Die Regelung setzt bei Durchschnittskosten je definierter Dosiereinheit (daily defined dose – DDD, Tagestherapiekosten) an. Zunächst sind auf Bundesebene für Gruppen von Arzneimitteln verordnungstarker Anwendungsgebiete Tagestherapiekosten festzulegen, die sich bei wirtschaftlicher Verordnung ergeben. Die Partner des Bundesmantelvertrags¹³¹ haben durch Rahmenvereinbarung vom 26. 10. 2006 sieben Wirkstoffgruppen¹³² bestimmt, für die die Bonus-Malus-Regelung gilt¹³³. Mit diesen Wirkstoffgruppen soll ein Jahresumsatz von insgesamt 3 Mrd Euro erfasst werden.

Für die Wirkstoffgruppen wurden jeweils Zielwerte für die Verordnung der Leitsubstanz (Leitsubstanzquote) sowie für die durchschnittlichen Tagestherapiekosten festgelegt. Dabei werden für die Bemessung der Zielwerte für die einzelnen Kassenärztlichen Vereinigungen die Werte der besten drei Kassenärztlichen Vereinigungen zugrunde gelegt. Diejenigen Kassenärztlichen Vereinigungen, die diese Zielwerte bezüglich der Leitsubstanzquote und der durchschnittlichen Tagestherapiekosten überschreiten, müssen sich den Werten der drittbesten Kassenärztlichen Vereinigung um mindestens ein Drittel annähern.

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die Vorgabe der Zielgröße der Tagestherapiekosten in den einzelnen Anwendungsgebieten als Messgröße für die Wirtschaftlichkeit sachgerecht, bildet die Verordnungskosten differenziert für einzelne Anwendungsgebiete ab und ist vergleichsweise unanfällig gegen zufallsbedingte Schwankungen wie zB bei den Fallzahlen¹³⁴.

In der einzelnen Kassenärztlichen Vereinigung werden für die jeweilige Wirkstoffgruppe die Leitsubstanzquote und der Tagestherapiekostendurchschnitt festgelegt. Diese Werte dienen dem Arzt als Zielwerte. Die gesetzliche Regelung geht davon aus, dass bei Überschreitung dieser Zielwerte Unwirtschaftlichkeit vorliegt und sanktioniert solche Überschreitungen. Bei Überschreitungen durch den einzelnen Vertragsarzt um mehr als 10% ergibt sich für ihn noch

¹²⁸ (AVWG) vom 26.4.2006, BGBl I 984.

¹²⁹ § 84 Abs 7a SGB V idFd AVWG.

¹³⁰ Begründung des Gesetzentwurfs zum AVWG, BT-DS 16/194, 10, zu Nr 5, zu Buchstabe a.

¹³¹ Kassenärztliche Bundesvereinigung und Spitzenverbände der Krankenkassen.

¹³² Statine (Cholesterinsenker), selektive Betablocker (Blutdrucksenkung), Alpha-Resptorenblocker (Anwendung in Urologie), selektive Serotonin-Rückaufnahme-Inhibitoren (Antidepressivum), Protonenpumpen-Inhibitoren (Anwendung bei Magengeschwüren), Triptane (Anwendung bei Migräne), Bisphosphonate (Anwendung bei Osteoporose).

¹³³ Hinsichtlich der Protonenpumpen-Inhibitoren wird die Einbeziehung rückgängig gemacht.

¹³⁴ BT-DS 16/194, 10, zu Nr 5, zu Buchstabe a.

kein Malus. Insoweit wird der Therapiefreiheit des Arztes Rechnung getragen. Bei Überschreitungen von 10 bis 20% beträgt der Malus 20% der Überschreitung, bei 20 bis 30% Überschreitung 30%, und bei Überschreitungen von mehr als 30% beläuft sich der Malus auf 50% der Überschreitung¹³⁵. Den sich ergebenden Überschreibungsbetrag hat der Arzt gegenüber der Krankenkasse auszugleichen¹³⁶. Eine „Doppelprüfung“ der Verordnungsweise eines betroffenen Vertragsarztes im Rahmen der „normalen“ Wirtschaftlichkeitsprüfung findet nicht statt, da Arzneimittel, auf die die Bonus-Malus-Regelung anzuwenden ist, nicht der Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106 Abs 2 SGB V unterliegen¹³⁷.

Unterschreiten die Ausgaben der von den Ärzten einer Kassenärztlichen Vereinigung insgesamt verordneten Arzneimitteln die jeweiligen Tagestherapiekosten, entrichten die Parteien der Gesamtverträge einen vereinbarten Bonus an die Kassenärztliche Vereinigung, der unter die Vertragsärzte zu verteilen ist, die wirtschaftlich verordnet und die Tagestherapiekosten nicht überschritten haben¹³⁸.

Auswirkungen für die Versicherten ergeben sich aus der Bonus-Malus-Regelung nicht unmittelbar. Diese führt aber dazu, dass die Ärzte, um einen Malus zu vermeiden, vermehrt darauf achten müssen, die Tagestherapiekosten einzuhalten und damit wirtschaftlich zu verordnen.

7.3 Einholung einer Zweitmeinung bei der Verordnung besonderer Arzneimittel

Durch das GKV-WSG ist mit § 73d SGB V eine Vorschrift über die Verordnung besonderer Arzneimittel eingeführt worden. Darunter versteht das Gesetz insb Spezialpräparate mit hohen Jahrestherapiekosten oder mit erheblichem Risikopotential, bei denen aufgrund ihrer besonderen Wirkungsweise zur Verbesserung der Qualität ihrer Anwendung, insb hinsichtlich der Patientensicherheit sowie des Therapieerfolgs besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, die über das Übliche hinausgehen. Bei diesen besonderen Arzneimitteln wird die Verordnung durch einen Arzt von der Abstimmung mit einem Arzt für besondere Arzneimitteltherapie abhängig gemacht oder von diesem vorgenommen¹³⁹. Die Vorschrift gilt für Diagnostika entsprechend¹⁴⁰.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs¹⁴¹ bezieht sich die Regelung auf gentechnisch entwickelte und biotechnologisch hergestellte Arzneimittel und andere hochwirksame, neue Arzneimitteltherapien und Verfahren, die zum Beispiel zur Behandlung von Autoimmun- oder Tumorerkrankungen eingesetzt werden. Die bestehende Gefahr der Entdeckung seltener, schwerwiegender Nebenwirkungen, die Schwere der betroffenen Erkrankungen sowie der oftmals hohe Preis der Arzneimittel machten die gezielte Gewährleistung einer indikationsgerech-

¹³⁵ § 84 Abs 7a S 6 SGB V.

¹³⁶ § 84 Abs 7a S 6 SGB V.

¹³⁷ § 84 Abs 7a S 10 SGB V.

¹³⁸ § 84 Abs 7a S 7 SGB V.

¹³⁹ § 73d Abs 1 S 1 SGB V idF d GKV-WSG.

¹⁴⁰ § 73d Abs 5 SGB V.

¹⁴¹ BT-DS 16/3100, 326, zu Nr 47 (§ 73d), zu Abs 1.

ten Anwendung und einer gezielten Kontrolle der Anwendung notwendig. Der Bericht des BT-Ausschusses für Gesundheit nennt hierfür als Beispiele Immunsuppressiva bei Multipler Sklerose und die Behandlung von Brustkrebs sowie von rheumatoider Arthritis¹⁴².

Ein Grenzwert, von dem ab Jahrestherapiekosten als hoch iS des § 73d Abs 1 S 1 SGB V anzusehen sind, wird im Gesetz selbst nicht definiert. Die Festlegung von Kriterien wird vielmehr dem GBA übertragen¹⁴³.

Die Vorschrift über die Verordnung besonderer Arzneimittel, die übrigens eine Entsprechung im österreichischen Recht hat, kommt im Gewand der Qualitätssicherung daher, dient aber va auch der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch eine Verbesserung der Effizienz der Arzneimittelversorgung. Eine Beschränkung der Behandlungsansprüche der Versicherten folgt hieraus nicht.

8. Beschränkung der Leistungen auf der Grundlage von Kosten-Nutzen-Bewertungen?

Die rasante Entwicklung der Technik – zunehmend auch im elektronischen Bereich – macht heute Diagnose- und Behandlungsformen möglich, an die vor 30 Jahren nicht zu denken war. Die Entwicklung zeigt sich beispielhaft an einigen stationären Eingriffen, die heute zum Standard der Versorgung gehören¹⁴⁴. So wurde 1956 in der BRD die erste Implantation eines Hüftgelenks vorgenommen. Im Jahr 2004 fanden 220.000 solcher Eingriffe mit Gesamtkosten von 1,6 Mrd. Euro statt. 1961 erfolgte die erste Implantation eines Herzschrittmachers. 2004 wurden 111.000 solcher Eingriffe durchgeführt (Gesamtkosten: 900 Millionen Euro). Die erste koronare Bypass-Operation wurde im Jahr 1969 vorgenommen. 2004 erfolgten 115.000 Eingriffe mit Gesamtkosten von 1,4 Mrd. Euro.

Der medizinische Fortschritt führt dazu, dass neue und kostenintensive Behandlungsmaßnahmen auch noch in einem Alter von Patienten erfolgreich vorgenommen werden, bei denen vor Jahrzehnten die Durchführung solcher va operativer Maßnahmen mit einem hohen Risiko behaftet war. Nach einem Zeitungsbericht über die Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Thorax-, Herz- und Gefäßchirurgie 2007¹⁴⁵ wurden in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2006 97.000 Eingriffe am Herzen und an herznahen Gefäßen durchgeführt. Davon entfielen 9,6 % aller Eingriffe auf Operationen an Menschen, die 80 Jahre und älter waren. Vor 10 Jahren waren es noch 2 %. Die Herzchirurgen bezeichnen zwar in diesem Zusammenhang eine Rationierung als unethisch, sehen aber auch den Bedarf für eine Debatte über die Prioritäten im deutschen Gesundheitswesen¹⁴⁶.

Die aufgezeigte Entwicklung wirft die Frage auf, ob nicht im Hinblick auf die Finanzierbarkeit einer egalitären Versorgung für alle Versicherten neue Diagnose- und Behandlungsmethoden vor ihrer Aufnahme in die Leistungspflicht

¹⁴² BT-DS 16/4247, 52, zu Nr 47, zu Abs 1, zu S 1.

¹⁴³ § 73d Abs 1 S 2 SGB V.

¹⁴⁴ Datenquelle: BMG, www.die-gesundheitsreform.de.

¹⁴⁵ Ärzte-Zeitung vom 13.2.2007 S 4.

¹⁴⁶ Ärzte-Zeitung aaO.

der GKV einer generellen Kosten-Nutzen-Bewertung zu unterziehen und sie bei zu hohen Kosten im Verhältnis zum Nutzen ggf auszuschließen sind. Ein solcher Ansatz findet sich nunmehr ausdrücklich im GKV-WSG, das in dem neuen § 31 Abs 2a SGB V für bestimmte Arzneimittel eine Kosten-Nutzen-Bewertung vorschreibt¹⁴⁷.

8.1 Leistungsbeschränkungen in anderen Gesundheitssystemen

Eine Beschränkung der Leistungen öffentlicher Gesundheitssysteme wegen hoher Kosten wird zumindest teilweise auch in anderen Gesundheitssystemen vorgenommen, insb im staatlichen Gesundheitssystem des NHS¹⁴⁸ von Großbritannien. Hier gibt es Schwellenwerte für Kosten medizinischer Verfahren¹⁴⁹, ab deren Überschreiten das dafür zuständige National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE)¹⁵⁰ keine Empfehlung mehr für die Übernahme und Anwendung von Verfahren im NHS ausspricht. Entsprechende Vorgaben finden sich in den USA (Medicare/Medicaid)¹⁵¹, aber auch in Kanada, Neuseeland und Schweden¹⁵². Zu betonen ist dabei, dass es sich bei allem nicht um eine Kosten-Nutzen-Bewertung zur Beurteilung eines konkreten Einzelfalls handelt, sondern dass es um die Kosten für neue Behandlungsmethoden geht.

8.2 Kosten-Nutzen-Bewertung auf der Grundlage des Konzepts qualitätskorrigierter Lebensjahre (QALYs)

Bei der Bewertung von Kosten-Nutzen-Effekten medizinischer Verfahren handelt es sich um einen höchst komplexen Vorgang, für den in der Gesundheitsökonomie ua das Konzept der qualitätskorrigierten Lebensjahre¹⁵³ (Quality-adjusted Life Years – QALYs¹⁵⁴) entwickelt worden ist¹⁵⁵. QALYs sind ein Instrument der ökonomischen Evaluation, um die Kosten von Prozeduren und Technologien im Gesundheitswesen mit ihren Ergebnissen zu vergleichen¹⁵⁶.

¹⁴⁷ Vgl dazu unten unter 9.

¹⁴⁸ Zur Zahl der Versicherten, den Gesundheitsausgaben und der Organisation der Gesundheitsversorgung im NHS s Gutachten BMG 139 ff.

¹⁴⁹ Vgl Bühler, Nutzenbewertung im Gesundheitswesen – Das National Institute for Clinical Excellence (NICE), Die Ersatzkasse 2006, 344, 345.

¹⁵⁰ www.nice.org.uk.

¹⁵¹ Zitiert nach Silber, Kosteneffektivität von Medikamenten freisetzenden Stents: Konsequenzen für Deutschland, Deutsche Medizinische Wochenschrift 130 (2005) 2691.

¹⁵² Walther, Gesundheitsausgaben: Neuberechnung, investiver Charakter und Folgewirkungen, Europäisches Forum Alpbach 2006, 8 (www.fopi.at/data/media/EvelynWalther_Alpbach.ppt).

¹⁵³ Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch von qualitätsgleichen Lebensjahren gesprochen.

¹⁵⁴ Es wird auch die Abkürzung „QALYs“ verwendet.

¹⁵⁵ Zu verschiedenen anderen Ansätzen, um den Nutzen von Gesundheitsleistungen zu messen: Schöffski/Greiner in Schöffski/Graf v.d. Schulenburg, Gesundheitsökonomische Evaluation, aaO 388 ff.

¹⁵⁶ www.aok-bv.de: Gesundheitslexikon, Stichwort: QUALY.

Dabei wird davon ausgegangen, dass sich das menschliche Leben anhand einer qualitativen Dimension, nämlich der Verbesserung der Lebensqualität, und einer quantitativen Dimension (Verlängerung des Lebens – Restlebenserwartung) erfassen lässt¹⁵⁷. Ein QALY entspricht einem Jahr in vollständiger Gesundheit. Ein Jahr in nicht vollständiger Gesundheit wird je nach Qualität des entsprechenden Jahres mit einem Wert zwischen 0 und 1 angesetzt. Der Eintritt des Todesfalls entspricht der Ziffer 0¹⁵⁸. Für die Wirksamkeitsbemessung sind sämtliche Behandlungskosten – vom ersten Arztbesuch bis zur letzten Behandlung – einzubeziehen. So sollen die Kosten per QALY bei dem Einsatz eines Herzschrittmachers 2.405 EUR betragen, für eine Herztransplantation 11.401 EUR, für eine Hämodialyse im Krankenhaus 21.970 Pfund und für eine präventive Behandlung mit Interferon Beta bei multipler Sklerose 51.521 Pfund¹⁵⁹.

Über QALYs ist auch ein Vergleich mehrerer in Betracht kommender Interventionen möglich. In QALY-Tabellen (League-Tables) werden verschiedene Interventionen im Hinblick auf die Kosten pro gewonnenes QALY vergleichend zusammengestellt¹⁶⁰.

Für den Bereich des NHS in Großbritannien wird die Kosten-Nutzen-Bewertung von Behandlungsmethoden durch das NICE auf der Grundlage der Methoden der evidenzbasierten Medizin¹⁶¹, einer frühzeitigen und weitgehenden Beteiligung von Betroffenen am Bewertungsprozess sowie einer Einbeziehung der ökonomischen Dimension nach dem Konzept der QALYs vorgenommen¹⁶². Bei Therapiekosten von über 30.000 Pfund (ca 45.000 Euro) pro gewonnenes

¹⁵⁷ Eingehend dazu: Schöffski/Greiner in Schöffski/Graf v.d. Schulenburg, Gesundheitsökonomische Evaluation, aaO 368 ff; zu den Verfahren zur ökonomischen Evaluation weiter: Oberender/Ecker/Zerth, Grundelemente der Gesundheitsökonomie² (2005) 60 ff; zum QALY-Konzept s auch: Thiede, Gesundheit und Wirtschaftlichkeit – Ein Beitrag zur Evaluation und Verteilung von Gesundheitsgütern im System der gesetzlichen Krankenversicherung (1998) 59 ff; Happich, Die Bewertung von Gesundheit (2003) 20 ff.

¹⁵⁸ Beispiel: Verlängert sich die Lebenserwartung eines Patienten aufgrund von Behandlungsmaßnahmen um 3 Jahre, werden diese je nach Qualität der Jahre mit einem Qualitätswert (hier: 0,5) multipliziert. Das ergibt einen Wert von 1,5. Bei Nichtbehandlung würde der Patient ein halbes Jahr mit einem Qualitätswert von 0,2 leben. Die Differenz von 1,5 zu 0,2 (hier: 1,3) wird als Behandlungs-QALY bezeichnet. Zur Berechnung der Kosten für 1 QALY werden die Gesamtbehandlungskosten (hier: 40.000 Euro) durch die Zahl des Behandlungs-QALY dividiert. Das führt hier zu Kosten eines QALY von circa 30.800 Euro.

¹⁵⁹ Zitiert nach Walter, aaO.

¹⁶⁰ Schöffski/Greiner in Schöffski/Graf v.d. Schulenburg, Gesundheitsökonomische Evaluation, aaO 376 ff; s auch: www.aok-bv.de: Gesundheitslexikon, Stichwort: QUALY.

¹⁶¹ Dazu Engelmann (FN 18) 251 f: Grundlage der Bewertung nach den Maßstäben der evidenzbasierten Medizin ist die Sammlung, Sichtung, Zusammenfassung und verlässliche Bewertung der weltweiten Fachliteratur. Es geht dabei um die Nutzung des augenblicklich besten Beweismaterials bei der Entscheidungsfindung für die Betreuung des einzelnen Patienten. Es handelt sich damit um die Hinwendung zu medizinisch begründeten Entscheidungskriterien, die auf einem Nachweis („Evidence“) beruhen. Für die Evaluation hat sich eine international anerkannte Evaluationsgraduierung herausgebildet, bei der die Evidenzstärke nach Grad und Evidenztyp eingeteilt wird.

¹⁶² Bühler, aaO 345.

QALY wird es immer unwahrscheinlicher, dass das NICE eine Empfehlung für die Anwendung eines entsprechenden Verfahrens im staatlichen Gesundheitssystem abgibt¹⁶³. In den USA sind Krankenversicherungen bereit, pro gewonnenes QALY 50.000 Dollar auszugeben¹⁶⁴. Allgemein werden Kosten um 50.000 Euro für ein QALY als akzeptabel angesehen¹⁶⁵. Nach einem Vorschlag der WHO¹⁶⁶ soll in den verschiedenen Gesundheitssystemen als Schwellenwert für ein QALY das Dreifache des Bruttoinlandsprodukts pro Kopf genommen werden. Bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland wären das bei einem Bruttoinlandsprodukt im Jahr 2006 von 2.307 Milliarden Euro 84.400 Euro pro QALY.

8.3 Grenzwerte für Kosten neuer alternativloser Behandlungsmethoden in der GKV?

Fraglich ist, ob in der GKV allein aufgrund von Kosten, die pro QALY einen bestimmten Schwellenwert überschreiten, ggf durch eine Richtlinienentscheidung des GBA Behandlungsmethoden von der Leistungspflicht der GKV ausgeschlossen werden können. Die Frage stellt sich in erster Linie nur für solche Behandlungsmethoden, deren Wirksamkeit nach den Maßstäben der evidenzbasierten Medizin nachgewiesen ist. Behandlungsmethoden, deren Wirksamkeit nicht nachzuweisen ist, müssen typischerweise nicht in die Leistungspflicht der GKV aufgenommen werden. Weiter ist zu festzuhalten, dass für die Festlegung eines Kostengrenzwerts pro QALY, ab dem Behandlungsmethoden von der Leistungspflicht der GKV ausgeschlossen werden können, eine normative Entscheidung des Gesetzgebers erforderlich sein dürfte.

Zudem wird zu differenzieren sein, ob es sich um Behandlungsmethoden handelt, für die es keine Alternative gibt, oder ob eine oder mehrere andere gleich wirksame Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen. Die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots bedingt, dass bei zwei zur Behandlung einer bestimmten Gesundheitsstörung medizinisch gleichwertigen Therapien nur die kostengünstigere angeboten werden muss¹⁶⁷.

8.3.1 Beschränkung der Leistungspflicht der GKV und grundrechtliche Gewährleistungen

Bei der Überlegung, ob wirksame und alternativlose Behandlungsmethoden aufgrund der mit ihnen verbundenen Kosten aus der Leistungspflicht der GKV ausgeschlossen werden können, sind insb verfassungsrechtliche Gewährleistungen zu beachten. Nach Art 2 Abs 2 S 1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Daraus folgt eine staatliche Verantwortung

¹⁶³ Bühler, aaO 345.

¹⁶⁴ Zitiert nach Silber, Deutsche Medizinische Wochenschrift 130 (2005) 2691.

¹⁶⁵ Dazu Marckmann/Wiesing in Krukemeyer/Marckmann/Wiesing (Hg), Krankenhaus und soziale Gerechtigkeit (2005) 5.2; vgl auch Bericht in der Ärzte-Zeitung vom 8. 12. 2005: Kosten der adjuvanten Oxaliplatin-Therapie bei Kolon-Ca analysiert.

¹⁶⁶ World Health Report 2002.

¹⁶⁷ BSG 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R – zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4 vorgesehen, Juris – Rn 44.

für das überragend wichtige Gemeinschaftsgut der Krankenversorgung¹⁶⁸ und – in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art 20 Abs 1, Art 28 Abs 1 Satz 1 GG) – die Verpflichtung, eine medizinische Versorgung für alle Bürger bereitzuhalten¹⁶⁹. Hieraus lässt sich zwar kein Anspruch auf eine konkrete Leistung der GKV¹⁷⁰ und auch nicht auf Kostenerstattung eines nicht zugelassenen Arzneimittels¹⁷¹ herleiten¹⁷². Jede Begrenzung des Behandlungsanspruchs eines in der GKV Versicherten durch den Ausschluss von Leistungen greift aber auch in das Grundrecht aus Art 2 Abs 1 GG ein, weil dadurch die Freiheit zur Auswahl der zur Verfügung stehenden Behandlungsmethoden bzw der Arznei- und Hilfsmittel eingeschränkt wird¹⁷³. Der konkrete Gehalt der grundrechtlichen Gewährleistungen für die Ausgestaltung des Krankenbehandlungsanspruchs ist dennoch relativ gering. Das zeigt auch die einschlägige Rsp des BSG¹⁷⁴. Sie hat es gebilligt, dass bestimmte – wirksame – Behandlungen aus dem Leistungskatalog der GKV ausgeschlossen worden sind und sie hat insoweit einen Verstoß gegen Verfassungsrecht verneint. Das betrifft zum einen den Ausschluss kieferorthopädischer Behandlungen für Erwachsene¹⁷⁵, zum anderen den grundsätzlichen Ausschluss implantologischer Leistungen beim Zahnersatz¹⁷⁶. Das BSG hat insoweit auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung des Leistungskatalogs der GKV abgestellt. Eine Verpflichtung, Sozialversicherungsleistungen in einem bestimmten sachlichen Umfang zu gewähren, lasse sich dem Grundgesetz nicht entnehmen. Als alleiniger verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sei das Gebot des allgemeinen Gleichheitssatzes heranzuziehen, das durch die getroffenen Beschränkungen des Behandlungsanspruchs nicht verletzt sei¹⁷⁷. Diese Rsp bedarf angesichts der neueren Entwicklung einer Überprüfung.

8.3.2 Leistungspflicht der GKV für Behandlungsmethoden, deren Wirksamkeit nicht ausreichend nachgewiesen ist

Das BVerfG hat in seiner jüngsten Rsp eine – umstrittene – Grenze für Beschränkungen der Leistungen der GKV festgelegt. In seinem Beschluss vom 6. 12. 2005¹⁷⁸ hat es unter Bezugnahme auf die Grundrechte der Versicherten aus Art 2 Abs 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art 2 Abs 2 S 1 GG in Verbindung mit der daraus abzuleitenden Schutzpflicht bei bestimmten

¹⁶⁸ Wiedemann in Umbach/Clemens (Hg), Grundgesetz I (2002) Art 2 II Rn 370.

¹⁶⁹ Seewald, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit (1981) 139 ff, 158 ff, 170 ff.

¹⁷⁰ BVerfG 6.12.2005 (FN 2); BVerfG 15. 12. 1997 – 1 BvR 1953/97, NJW 1998, 1775, 1776; 16.7.2004 – 1 BvR 1127/01, SozR 4-2500 § 135 Nr 2 Rn 11.

¹⁷¹ BVerfG 5.3.1997 – 1 BvR 1071/97, NJW 1997, 3085.

¹⁷² Schulze-Fielitz in Dreier (Hg), Grundgesetz I² (2004) Art 2 II Rn 96.

¹⁷³ Vgl zur Festsetzung von Arzneimittel-Festbeträgen: BVerfG 17. 12. 2002 – 1 BvL 28/95 ua, BVerfGE 106, 275 = SozR 3-2500 § 35 Nr 2.

¹⁷⁴ Zur zulässigen Begrenzung von Leistungsansprüchen durch den Gesetzgeber s auch BSG 4.4.2006 – B 1 KR 12/04 R, SozR 4-2500 § 27 Nr 7 Rn 23.

¹⁷⁵ BSG 9.12.1997 – 1 RK 11/97, BSGE 81, 245 = SozR 3-2500 § 28 Nr 3.

¹⁷⁶ BSG 19.6.2001 – B 1 KR 4/00 R, BSGE 88, 166 = SozR 3-2500 § 28 Nr 5; 19.6.2001 – B 1 KR 23/00 R, SozR 3-2500 § 28 Nr 6; 3.9.2003 – B 1 KR 9/02 R, SozR 4-2500 § 28 Nr 2.

¹⁷⁷ BSG 19.6.2001 – B 1 KR 4/00 R, BSGE 88, 166, 170 f = SozR 3-2500 § 28 Nr 5 S 29 f.

¹⁷⁸ Beschluss vom 6.12.2005 (FN 2).

Fallgestaltungen die Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis für in der GKV zur Anwendung kommende Behandlungsmethoden abgesenkt¹⁷⁹. Schränke der Gesetzgeber durch die Anordnung einer Zwangsversicherung mit der Verpflichtung zur Beitragszahlung die allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen gerade in Bezug auf seine wirtschaftliche Betätigung ein, liege darin ein Eingriff, der der Rechtfertigung durch eine entsprechende Ausgestaltung der Versorgung bedürfe. Das bedeutet, dass Beitragsverpflichtung und Leistungsansprüche in einem Äquivalenzverhältnis zueinander stehen müssen. Dieses ist verletzt, wenn den Versicherten bei existenziellen Erkrankungen mögliche Leistungen der GKV vorenthalten werden. Nach der genannten Entscheidung hat ein Versicherter unter der Voraussetzung, dass er an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Krankheit leidet, für die eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlungsmethode nicht zur Verfügung steht, Anspruch auf Behandlung mit einer Methode, bei der eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht. Ausreichend sei dabei, dass sich dieser mögliche Erfolg nur im Einzelfall, also nicht generell, darstelle.

Trotz aller berechtigten dogmatischen Kritik an dieser Entscheidung¹⁸⁰, die hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen nicht dem medizinischen Standard entsprechende Behandlungen von der GKV zu finanzieren sind, unpräzise ist, ist ihr im Ergebnis zuzustimmen.

Die Auslegung des in der GKV garantierten Behandlungsanspruchs steht allerdings im Widerspruch zu den Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsgebots, nach dessen oben aufgezeigtem Inhalt im Rahmen der GKV diagnostische oder therapeutische Leistungen, deren Wirksamkeit nicht belegt ist, nicht erbracht werden dürfen. Die grundgesetzlichen Gewährleistungen, wie sie in der Entscheidung des BVerfG zum Ausdruck kommen, begrenzen insoweit die Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebots in der GKV. Es steht der Durchführung einer Behandlung mit einer Methode, deren Wirksamkeit nicht nachgewiesen ist, jedenfalls dann nicht entgegen, wenn bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Krankheiten andere Behandlungsmöglichkeiten nicht vorhanden sind¹⁸¹. Zu beachten ist aber auch insoweit, dass es den Versicherten bei einem aus lohn- und gehaltsabhängigen Beiträgen finanzierten System der GKV in der Regel nicht möglich ist, eine anderweitige, zusätzliche Krankenversicherung aufzubauen, die die Behandlungsrisiken bei Krankheit abdeckt. Das System der solidarischen Krankenversicherung beruht gerade darauf, dass der Einzelne regelmäßig nicht in der Lage ist, aus eigener Kraft die mit einer Erkrankung einhergehenden Risiken abzudecken.

¹⁷⁹ Dazu Francke/Hart, Die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für Heilversuche, MedR 2006, 131 ff; Engelmann (FN 18), MedR 2006, 245, 258.

¹⁸⁰ S zB Huster, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG 6.12.2005, JZ 2006, 466 ff.

¹⁸¹ Aus der jüngere Rsp des BSG zum Erfordernis der lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung s Urteil vom 4.4.2006 – B 1 KR 12/04 R, SozR 4-2500 § 27 Nr 7 Rn 23, 39 ff; 4.4.2006 – B 1 KR 12/05 R, SozR 4-2500 § 27 Nr 8 Rn 36.

8.3.3 Beschränkung der Leistungspflicht der GKV unterhalb der Schwelle der lebensbedrohlichen, regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankung

Die Entscheidung des BVerfG hat aber Auswirkungen nicht nur auf die von ihm zu beurteilende Konstellation lebensbedrohlicher oder regelmäßig tödlich verlaufender Erkrankungen. Sie wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber unterhalb der Grenze der lebensbedrohlichen bzw regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankungen Leistungen beschränken, insb wirksame, alternativlose, aber mit hohen Kosten verbundene Behandlungsmethoden ausschließen kann. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 6. Dezember 2005 die Vorschriften des Leistungsrechts, die eine Beschränkung des Leistungsanspruchs auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten vorsehen, verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Es hat auch ausdrücklich bestätigt, dass ein Verfahren vorzusehen ist, in dem neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden auf ihren diagnostischen und therapeutischen Nutzen sowie ihre medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit geprüft werden dürfen, um die Anwendung dieser Methoden zu Lasten der GKV auf eine fachlich-medizinische Grundlage zu stellen¹⁸². Dennoch bleibt auch hier der Grundansatz des BVerfG zu beachten, dass der sozialversicherungspflichtige Bürger aufgrund der Beitragsleistung ua zur GKV regelmäßig nicht mehr in der Lage ist, zusätzlich einen weiteren Krankenversicherungsschutz aufzubauen. Das hat zur Konsequenz, dass die GKV diejenigen Leistungen abzusichern hat, die für die Behandlung von Krankheit iS des § 27 Abs 1 SGB V zwingend erforderlich sind¹⁸³.

Zur Festlegung von Kriterien, bei deren Vorliegen eine Leistungsverpflichtung der GKV anzunehmen ist, kann vergleichend eine Parallele zu einer Regelung aus dem SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen¹⁸⁴ – gezogen werden. Nach § 31 Abs 1 SGB IX, der gem § 5 Abs 1, § 6 Abs 1 SGB IX den Hilfsmittelbegriff für alle Träger von Leistungen der medizinischen Rehabilitation – also auch für die Krankenkassen der GKV – definiert¹⁸⁵, dienen nach Nr 3 aaO Hilfsmittel ua dazu, eine Behinderung bei der Befriedigung von Grundbedürfnissen des täglichen Lebens auszugleichen.

Den Grundbedürfnissen des täglichen Lebens bei der medizinischen Rehabilitation entsprechen bei dem Anspruch auf Behandlung iS des § 27 Abs 1 SGB V die Grundfunktionen des menschlichen Körpers, deren Beeinträchtigung durch eine – ggf erst drohende – Krankheit auszugleichen ist. Die Regelung für die Versorgung mit Hilfsmitteln im Rahmen der medizinischen Rehabilitation zeigt die Wertung des Gesetzgebers auf, dass Maßstab für den Ausgleich von Behinderungen die Grundbedürfnisse des täglichen Lebens der Behinderten sind. Überträgt

¹⁸² S BSG 9.11.2006 – B 10 KR 3/06 B – Juris Rn 8.

¹⁸³ Vgl zum verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard bei Gesundheitsleistungen: Ebsen, Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen, NDV 1997, 71 ff; s auch Wenner, Schwachstellen und Reformbedarf im Leistungs- und Leistungsbringungsrecht der Krankenversicherung, GesR 2003, 129, 132 f.

¹⁸⁴ Vom 19.6.2001, BGBl I 1046.

¹⁸⁵ Dazu BSG 3.8.2006 – B 3 KR 25/05 R – zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen – Juris Rn 12.

man diese Wertung auf die GKV, so sind solche – wirksamen – Behandlungsleistungen zu gewährleisten, die bei Vorliegen des Versicherungsfalls auf Wiederherstellung der Grundfunktionen des menschlichen Körpers bzw auf Verhinderung einer weiteren Beeinträchtigung gerichtet sind. Solche Behandlungsleistungen können nicht aus der Leistungspflicht der GKV – auch nicht unter Berufung auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs 1 SGB V – ausgeschlossen werden, ohne die Grundfunktion der GKV insgesamt infrage zu stellen.

Zusammengefasst können damit nach der Rsp des BVerfG bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlich verlaufenden Erkrankungen Behandlungsmaßnahmen, für deren Wirksamkeit nur auf einer niedrigen Evidenzstufe Anhaltspunkte bestehen, in der GKV nicht wirksam ausgeschlossen werden. Entsprechendes gilt in Fortführung dieser Rsp für dem medizinischen Standard entsprechende Behandlungsmaßnahmen, die auf Wiederherstellung der Grundfunktionen des menschlichen Körpers bzw auf Verhinderung einer (weiteren) Beeinträchtigung gerichtet sind und für die es keine Alternative gibt. Der Kern dieses Rechtsgedankens findet sich für den Bereich der Arzneimittelversorgung nunmehr ausdrücklich in dem durch das GKV-WSG eingefügten § 31 Abs 2a S 6 SGB V, der bestimmt, dass Arzneimittel, deren Kosteneffektivität erwiesen ist oder für die eine Kosten-Nutzen-Bewertung nur im Vergleich zur Nichtbehandlung erstellt werden kann, weil eine zweckmäßige Therapiealternative fehlt, von der Festsetzung eines Höchstbetrags auszunehmen sind.

Behandlungsmaßnahmen, die die vorgenannten Kriterien nicht erfüllen, also insb Behandlungsmaßnahmen bei Bagatellerkrankungen, können durch Gesetz oder durch eine auf gesetzlicher Ermächtigung beruhende untergesetzliche Regelung aus dem Leistungskatalog ausgeschlossen werden.

Eine Differenzierung danach, dass die Kosten neuer, wirksamer und alternativer Behandlungsmethoden einen bestimmten Betrag für ein QALY nicht überschreiten, ist hingegen nach unserem Rechtssystem nicht zulässig. Das System der QALYs kann daher in der GKV zwar zur Bemessung der Effektivität von Gesundheitsmaßnahmen herangezogen werden, nicht aber zum Ausschluss von Leistungen wegen Überschreitung finanzieller Grenzwerte. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu überwiegend steuerfinanzierten Gesundheitssystemen¹⁸⁶ wie dem NHS in Großbritannien. Bei ihnen hat der Einzelne keine monatlichen Beiträge in erheblicher Höhe zu seiner Pflichtkrankenversicherung zu tragen. Er ist daher eher in der Lage, Behandlungen, die von dem staatlichen Gesundheitssystem nicht übernommen werden, durch Zusatzversicherungen abzudecken.

8.4 Grenzwerte für Kosten neuer Diagnosemethoden in der GKV?

Die Problematik der Festlegung von Grenzwerten stellt sich auch für die Kosten neuer Untersuchungsmethoden. Aufgrund der fortschreitenden technischen Entwicklung sind auch hier in näherer Zukunft Untersuchungsmethoden vorstellbar, die zwar Aufschluss über Erkrankungen geben können, deren Kosten aber diejenigen Werte überschreiten, die im internationalen Standard als

¹⁸⁶ Vgl IGES/Cassel/Wille/WIdO, aaO (FN 118) 139 f.

Grenzwert für ein QALY angesehen werden. Im Bereich der Diagnostik dürfte der Spielraum des Gesetzgebers größer als bei der Behandlung von Krankheiten sein. So kann zB nicht für alle möglichen Erkrankungen ein Screening bei allen in Betracht kommenden Versicherten gefordert werden, auch wenn dadurch im Frühstadium Krankheiten erkannt werden können. Der effektive Einsatz der begrenzten finanziellen Mittel der GKV schließt den Anspruch auf solche flächendeckenden Screening-Maßnahmen aus.

Für die Begrenzung des Einsatzes neuer Diagnosemethoden in der GKV aufgrund einer Kosten-Nutzen-Bewertung bedarf es allerdings ebenfalls einer normativen Festlegung, die auf untergesetzlicher Ebene auch durch den GBA getroffen werden könnte, sofern hierfür eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung zur Verfügung steht.

9. Einführung einer Kosten-Nutzen-Bewertung für innovative Arzneimittel mit Begrenzung der Kostenerstattung

Das GKV-WSG sieht für den Bereich der Arzneimittelversorgung zusätzliche Maßnahmen vor, durch die sich auch eine Beschränkung des Versorgungsanspruchs der Versicherten ergeben kann. Ausweislich der Begründung des Entwurfs zum GKV-WSG ist eine maßgebliche Mitursache für den Kostenanstieg bei Arzneimitteln in den letzten Jahren die zunehmende Verordnung teurer Arzneimittel, deren therapeutischer Zusatznutzen nicht für alle Patienten erwiesen ist¹⁸⁷.

Nach der bisherigen Rechtslage sind im Rahmen der GKV alle Arzneimittel verordnungsfähig, die nach dem AMG¹⁸⁸ zugelassen sind, sofern ihre Verordnungsfähigkeit nicht durch gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen ausdrücklich ausgeschlossen ist¹⁸⁹. Das Zulassungsrecht nach dem AMG bezieht sich allein auf die Sicherstellung der Produktqualität von zuzulassenden Arzneimitteln, also auf die Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit¹⁹⁰. Eine weitere Zulassungsvoraussetzung – die sog „Vierte Hürde“ durch Prüfung der Kosten-Effektivität eines neuen Arzneimittels – besteht nicht¹⁹¹. Eine gesundheitsökonomische Bewertung eines Arzneimittels mit der möglichen Folge eines Ausschlusses der Verordnungsfähigkeit findet bisher in der GKV nicht statt. Zwar hat das AMG eine Nutzenbewertung von Arzneimitteln eingeführt, die das durch das AMG geschaffene Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG)¹⁹² gem § 35b Abs 1 Satz 1

¹⁸⁷ So die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-DS 16/3100, 255.

¹⁸⁸ AMG idF Bekanntmachung vom 12. 12. 2005 – BGBl I 3395.

¹⁸⁹ Vgl dazu BSG 4.4.2006 – B 1 KR 12/04 R, SozR 4-2500 § 27 Nr 7 Rn 15 ff, 22.

¹⁹⁰ Dazu im Einzelnen: Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit – Zur Steigerung von Effizienz und Effektivität der Arzneimittelversorgung in der GKV, Addendum zum Gutachten 2000/2001, 50 ff.

¹⁹¹ Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, aaO 50.

¹⁹² § 139a SGB V.

SGB V bei Beauftragung durch den GBA bzw das BMG¹⁹³ vorzunehmen hat¹⁹⁴. Diese Bewertungen werden dem GBA als Empfehlungen zugeleitet, der sie in einer Richtlinienentscheidung nach § 92 Abs 2 Satz 1 Nr 6 SGB V umsetzen soll¹⁹⁵. Daraus folgt aber nicht die Berechtigung des GBA, ein Arzneimittel wegen mangelnder Kosten-Effektivität generell von der Verordnungsfähigkeit in der GKV auszuschließen.

Die nunmehr im GKV-WSG eingefügte Regelung des § 31 Abs 2a SGB V geht ein Stück weiter. Sie sieht bei innovativen Arzneimitteln eine Kosten-Nutzen-Bewertung mit Einführung eines Höchstbetrags vor, bis zu dem die Krankenkassen die Kosten des Arzneimittels tragen. Die Kosten-Nutzen-Bewertung soll das IQWiG übernehmen. Auf Grundlage der Bewertung setzen die Spitzenverbände der Krankenkassen für Arzneimittel, die nicht in eine Festbetragsgruppe (§ 35 SGB V) einzubeziehen sind, einen Höchstbetrag fest, bis zu dem die Krankenkassen die Kosten tragen. Vor der Entscheidung ist den pharmazeutischen Unternehmern Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Bei der Festsetzung des Höchstbetrags sind die anteiligen Entwicklungskosten für die im Geltungsbereich dieses Gesetzes angewendeten Arzneimittel während der Dauer des Patentschutzes zu berücksichtigen. Ausdrücklich geregelt ist auch, dass Arzneimittel, deren Kosteneffektivität erwiesen ist oder für die eine Kosten-Nutzen-Bewertung nur im Vergleich zu Nichtbehandlung erstellt werden kann, weil eine zweckmäßige Therapiealternative fehlt, von der Festsetzung eines Höchstbetrags auszunehmen sind¹⁹⁶. Diese Regelung beruht darauf, dass bei fehlender therapeutischer Alternative der Anspruch der Versicherten auf die medizinisch notwendige und zweckmäßige Therapie zu gewährleisten ist¹⁹⁷.

Mit dieser Regelung wird die Zulassung neuer, innovativer Arzneimittel zur Versorgung in der GKV nicht von dem Bestehen einer sog Vierten Hürde abhängig gemacht. Wie die Begründung des Gesetzentwurfs zum GKV-WSG mehrfach betont¹⁹⁸, ist die Verordnungsfähigkeit von Arzneimitteln in der GKV nach wie vor – sofern keiner der geschilderten Ausschlüsse eingreift – mit ihrer arzneimittelrechtlichen Zulassung gegeben. Allerdings soll durch die Neuregelung erreicht werden, dass die zusätzliche Kostenbelastung durch den Einsatz innovativer Arzneimittel für die GKV in einem angemessenen Verhältnis zu dem medizinischen Zusatznutzen steht und der freie Zugang zum Markt der GKV nicht von der Pharmaindustrie dazu benutzt wird, hochpreisige Medikamente mit geringem Zusatznutzen auf dem Markt zu etablieren. Die Festsetzung eines Erstattungshöchstbetrags auf Bundesebene, bei dessen Festlegung die Entwicklungskosten des pharmazeutischen Unternehmers bezogen auf den (deutschen) GKV-Markt zu berücksichtigen sind, soll dies verhindern. Ergibt eine Kosten-Nutzen-Bewertung eine Kosteneffektivität des Arzneimittels, so wird kein Höchstbetrag festgesetzt.

¹⁹³ § 139b Abs 1, 2 SGB V.

¹⁹⁴ Dazu Engelmann (FN 18) 254 f.

¹⁹⁵ § 35b Abs 2 S 1 SGB V.

¹⁹⁶ § 31 Abs 2a S 6 SGB V idF d GKV-WSG.

¹⁹⁷ Bericht des BT-Ausschusses für Gesundheit, BT-DS 16/4247, 44, zu Nr 16 (§ 31 Abs 2a), zu S 6 und 7.

¹⁹⁸ BT-DS 16/3100, Begr zu Art 1 Nr 16, zu Buchstabe a, S 291 f.

Für die Versicherten bedeutet eine Umsetzung dieser Regelung, dass sie die über den Festbetrag hinausgehenden Kosten selbst zu tragen haben, sofern sie eine Behandlung mit innovativen, unter die Regelung des § 31 Abs 2a SGB V fallenden Arzneimitteln wahrnehmen wollen, für die nur eine begrenzte Kosten-Effektivität festgestellt und ein von den Krankenkassen zu erstattender Höchstbetrag festgesetzt worden ist. Insoweit findet eine weitere Form der Eigenbeteiligung statt, die bei nur begrenzter Kosteneffektivität eines innovativen Arzneimittels dem Wirtschaftlichkeitsgebot iS des § 12 Abs 1 S 1 SGB V entspricht. Befürchtungen, die von Vertretern der Pharmaindustrie im Hinblick auf die beabsichtigte Neuregelung geäußert wurden¹⁹⁹, Kosten-Nutzen-Bewertungen könnten in letzter Konsequenz bedeuten, dass Patienten lebensverlängernde Medikamente nicht erhielten, weil eine staatliche Instanz diese für relativ zu teuer halte, treffen danach nicht zu.

10. Schlussbetrachtung

Der konkrete Behandlungsanspruch eines Versicherten kann in der GKV bei Vorliegen des Versicherungsfalls aufgrund der Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsgebots nur begrenzt werden, wenn andere preisgünstigere Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Die eigentliche Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots findet auf der normativen Ebene durch Maßnahmen des Gesetzgebers oder hierzu ermächtigter untergesetzlicher Normgeber statt. Der Gesetzgeber hat bei der Festlegung der in der GKV zu erbringenden Leistungen einen Gestaltungsspielraum, der allerdings auch Begrenzungen unterliegt. Wirksame Behandlungsleistungen, für die es keine Alternative gibt und die sich auf die Wiederherstellung oder Erhaltung der Grundfunktionen des menschlichen Körpers beziehen, können nicht aus Kostengründen aus dem Leistungsspektrum der GKV ausgeschlossen werden. Entsprechendes gilt für die Arzneimittelversorgung. Größer ist der Spielraum des Gesetzgebers bei diagnostischen Leistungen, bei denen auf der Grundlage einer Kosten-Nutzen-Bewertung eine Leistungspflicht der GKV verneint werden kann. Die Kosten-Effektivitäts-Schwellenwerte, die nach dem gesundheitsökonomischen Konzept der QALYs ermittelt werden können, müssen ebenfalls durch den Gesetzgeber festgelegt werden.

¹⁹⁹ S Yzer, Medical Tribune vom 22. 12. 2006, 12.

Matthias Neumayr

Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot – Die Rechtslage im österreichischen Krankenversicherungsrecht

1. Der Fall Markus M.

Vor sechs Jahren hat *Reinhard Resch*¹ im Rahmen der 3. „Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche“ seinen Vortrag mit einem Fall eingeleitet, der damals dem OLG Linz zur Entscheidung vorgelegen war: Ein Zwanzigjähriger – krankenversichert nach ASVG bei einer Betriebskrankenkasse – wurde im Stadtgebiet von Linz auf der A 7 Opfer eines alkoholisierten Geisterfahrers und ist seitdem schwerstens behindert.² Er kann nur durch fachgerechte künstliche Beatmung überleben, die im Rahmen einer intensiv-medizinischen Behandlung mit ärztlicher Hilfe unter Einsatz hoch technisierter Geräte im eigens umgebauten Elternhaus durchgeführt wird. Dem Versicherten steht rund um die Uhr ein hoch qualifiziertes Team zur Verfügung. Mit dem Fall waren mittlerweile viermal der OGH und zweimal der VfGH befasst. Die schadenersatzrechtliche Entscheidung 2 Ob 237/01v³ ist für die hier interessierende Problematik ohne Bedeutung. Interessant sind die drei sozialrechtlichen Entscheidungen, die sich – im speziellen Kontext der medizinischen Hauskrankenpflege – auch mit den Grenzen des Behandlungsanspruchs des Versicherten beschäftigen. In diesem Zusammenhang klingt auch die Frage an, inwieweit die Richter Hüter der Ökonomie werden und damit – im konkreten Fall wegen der Höhe der Behandlungskosten – möglicherweise sogar über die Chancen des Weiterlebens entscheiden müssen.

In der ersten der drei Entscheidungen hat der OGH am 22. 5. 2001 zu 10 Obs 315/00x⁴ den Vorrang der medizinischen Hauskrankenpflege (§ 151 ASVG) vor der Anstaltspflege auch in dem Intensivpflegefall bestätigt, damit aber schon

¹ *Resch*, Krankenbehandlung und Ökonomiegebiet in Österreich, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Ökonomie und Krankenversicherung (2001) 15.

² Laut der OGH-Entscheidung vom 18.4.2002, 2 Ob 237/01v, SZ 2002/50 = *ecolex* 2002, 585, *Helmich*, besteht beim Kläger eine hohe Querschnittssymptomatik mit Lähmung des Atemmuskels infolge Schädigung des Hirnstammes mit Beteiligung des Halsmarkes.

³ In der Entscheidung vom 18.4.2002, 2 Ob 237/01v, SZ 2002/50 = *ecolex* 2002, 585, *Helmich*, hat der OGH das bisher höchste Schmerzensgeld zugesprochen.

⁴ OGH 22.5.2001, 10 Obs 315/00x, SSV-NF 15/57. Dazu *Mazal*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung bei chronischen Krankheiten, ZAS 2002, 33. Auch das BSG hat in einer Entscheidung vom 28.1.1999, B 3 KR 4/98 R (BSGE 83/33) bei einem beatmungspflichtigen hoch querschnittgelähmten Patienten einen Anspruch auf „Rund um die Uhr“-Pflege aus der gesetzlichen KV bejaht.

die Probleme wegen deren Finanzierung aufgeworfen, nämlich von wem letztlich die enormen Kosten dieser besonderen Art von Intensivpflege abzudecken sind. Aus den Entscheidungen geht hervor, dass die monatlichen Kosten für die Pflege des Klägers bei EUR 25.000,- liegen; das Pflegegeld der Stufe 7 macht demgegenüber nur gut EUR 1.500,- aus. Ein Intensivbett einer Beatmungsstation würde je nach Infrastruktur des Krankenhauses ca EUR 1.800,- bis EUR 3.300,- kosten, sodass die realen monatlichen Kosten für das Krankenhaus zwischen EUR 55.000,- und EUR 100.000,- liegen.⁵ Der Kl kann aber gar nicht dauerhaft auf der Intensivstation untergebracht werden, falls man nicht schwere psychische Störungen und ein hohes Infektionsrisiko mit Antibiotika-resistenten Keimen in Kauf nimmt.

Zur wirtschaftlichen Kostenträgung ist festzuhalten, dass die medizinische Hauskrankenpflege iSd § 144 Abs 1 iVm § 151 ASVG von den Bund-Länder-Vereinbarungen über die leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung für die Jahre 1997 – 2000, 2001 – 2004 und 2005 – 2008 nicht erfasst ist, auch wenn sie der Sache nach Krankenhausersatzpflege ist.⁶ Die Kosten der medizinischen Hauskrankenpflege sind daher von den KV-Trägern unmittelbar zu tragen, während die Kosten der Anstaltspflege im Rahmen des von den KV-Trägern mitfinanzierten Systems der Krankenanstaltenfinanzierung von den Landesfonds zu bedecken sind.⁷ Den Krankenversicherungsträgern entstehen – abgesehen von den Pauschalbeiträgen an den Ausgleichsfonds für die Krankenanstaltenfinanzierung (§ 447f Abs 10 ASVG) – keine weiteren Zahlungsverpflichtungen.⁸

In einem Fall wie dem vorliegenden hat der Krankenversicherungsträger, wenn er die medizinische Hauskrankenpflege nicht als Sachleistung erbringen lassen kann, die in seiner Satzung festgelegten Kostenzuschüsse zu leisten, in concreto EUR 8,72 pro Pflage-tag, und zwar längstens für die Dauer von vier Wochen für ein und denselben Versicherungsfall. Der OGH hat wegen Bedenken gegen die Gesetzeskonformität dieser Satzungsregelung, die nur zu einem praktisch nicht ins Gewicht fallenden Ersatz der tatsächlichen Krankenbehandlungskosten führt, einen Gesetzesprüfungsantrag an den VfGH gestellt.⁹

Allenthalben wurde mit einer Aufhebung der Satzungsbestimmung gerechnet,¹⁰ zumal im sozialgerichtlichen Verfahren das Vorliegen eines Anspruchs auf

⁵ Diese Zahlen finden sich in den Feststellungen der Entscheidung des OGH vom 1.7.2003, 10 Obs 119/03b, DRdA 2003, 582 = ARD 5439/8/2003 = ZAS-Judikatur 2003/188.

⁶ VfGH 3.3.2004, V 91, 94, 95/03, VfSlg 17.155 = ZAS 2004/39, 230 (*Schrammel*) = SozSi 2005, 83 (*Radics*); *Scholz*, Medizinische Hauskrankenpflege als krankenhausersetzende Leistung, SozSi 1993, 380 ff.

⁷ S etwa *Grillberger/Mosler*, Grundsätze und Organisationsprinzipien der österreichischen sozialen Krankenversicherung, in *Grillberger/Mosler* (Hg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 1 (16 f).

⁸ S VfGH 17.3.2006, B 304/05, DRdA 2006, 243.

⁹ OGH 1.7.2003, 10 Obs 119/03b, DRdA 2003, 582 = ARD 5439/8/2003 = ZAS-Judikatur 2003/188. Dazu auch *Marhold*, Finanzierung der medizinischen Hauskrankenpflege, ASoK 2004, 14, und *Flemmich*, Sachleistungsvorsorge oder Kostenerstattung – die Entwicklung im Pflegebereich, RdM 2004, 68.

¹⁰ *Marhold*, Finanzierung (FN 9) 14 ff.

medizinische Hauskrankenpflege vom Krankenversicherungsträger nicht mehr bestritten wurde. Der VfGH wies jedoch den Gesetzesprüfungsantrag ab, indem er die Prämisse des Aufhebungsantrags, dass ein Anspruch auf medizinische Hauskrankenpflege besteht, in Frage zog. Intensiv-medizinische Pflege sei nicht vom Begriff der medizinischen Hauskrankenpflege umfasst; der Kläger müsse in einer Pflegeanstalt für chronisch Kranke untergebracht werden. Der VfGH lehnte daher eine Prüfung der Bedenken gegen die Satzungsbestimmung über die Höhe des Kostenzuschusses ab.¹¹

Der Ball lag nun wieder beim OGH, der seinen Aufhebungsbeschluss vom 21. 6. 2004¹² zugrunde legte, dass der Krankenversicherungsträger die Höhe eines Kostenzuschusses in seiner Satzung nicht willkürlich festlegen dürfe. Wenn in der Satzung für die beim Kläger erforderlichen medizinischen Behandlungsmaßnahmen keine Honorarposition und auch keine vergleichbare Position vorgesehen sei (der Pauschalsatz von EUR 8,72 stelle ganz offensichtlich auf einen typischen einfachen Fall der Hauskrankenpflege ab), habe der Kläger gegenüber dem Krankenversicherungsträger ausnahmsweise Anspruch auf volle Kostenerstattung nach Marktpreisen.¹³

Zuletzt war noch einmal der VfGH mit der Causa befasst.¹⁴ Er folgte der Ansicht der betroffenen Betriebskrankenkasse, dass an sich die Unterbringung in einer fondsfinanzierten Krankenanstalt erforderlich gewesen wäre, jedoch im konkreten Fall einerseits aus medizinischen Gründen (wegen der Gefahr schwerer Depressionen und wegen des hohen Infektionsrisikos), andererseits wegen des Fehlens entsprechender Einrichtungen ausgeschlossen gewesen sei. Der Betriebskrankenkasse seien auf diese Weise Kosten erwachsen, die ansonsten in Krankenanstalten entstanden und vom Krankenanstaltenfonds zu bedecken gewesen wären.

Somit steht am Ende, nach einigen Umwegen doch ein materiell „rundes“ Ergebnis in Aussicht, nämlich eine Finanzierung der Behandlung, wie wenn der Versicherte in einer fondsfinanzierten Krankenanstalt aufgenommen wäre. In den geschilderten Entscheidungen stand zwar regelmäßig die Frage im Vorder-

¹¹ VfGH 3.3.2004, V 91, 94, 95/03, VfSlg 17.155 = ZAS 2004/39, 230 (*Schrammel*) = SozSi 2005, 83 (*Radics*). Dazu *Mazal*, Leistungskürzung unsozial – Soziale Krankenversicherung und Schwerstkranke, RdM 2004, 65, und *Mazal*, Medizinische Hauskrankenpflege – Kostenträgerspflicht geklärt? ASoK 2004, 178.

¹² OGH 21.6.2004, 10 Obs 68/04d, JBl 2005, 120. Dazu auch *Pfeil*, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Hauskrankenpflege, SozSi 2005, 89 und 136, sowie *Helfer*, OGH-Entscheidung zur medizinischen Hauskrankenpflege, SozSi 2005, 130.

¹³ Unter Berufung auf *Mazal*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung bei chronischen Krankheiten am Beispiel der Behandlung beatmungspflichtiger Kranker, ZAS 2002, 33 ff, *Marhold* (FN 9), ASoK 2004, 14 ff, *Schrammel*, Die Durchsetzung von Leistungsansprüchen in der sozialen Krankenversicherung, FS Tomandl (1998) 679 (695), und *Resch*, Anmerkung zu OGH 25.7.2000, 10 Obs 123/00m, DRdA 2001/18, 247 (250).

¹⁴ VfGH 17.3.2006, B 304/05, DRdA 2006, 243. Ähnlich vom Ergebnis her bereits *Helfer* (FN 12), SozSi 2005, 135, der darauf hinweist, dass die Kosten jedenfalls von den Landesfonds zu übernehmen seien; andernfalls käme es zu einer Doppelbelastung der Krankenversicherungsträger, die einerseits den Pauschalbetrag für die Anstaltspflege an die Landesfonds und andererseits noch einmal die Kosten für die medizinische Hauskrankenpflege übernehmen müssten.

grund, wer welche Kosten der Behandlung „zu Hause“ zu übernehmen hat, doch spielte auch die Frage der Wirtschaftlichkeit der zugunsten des Überlebens des Versicherten eingeleiteten Maßnahmen eine Rolle. Bedingt durch die intensive „Betroffenheit“ des konkreten Versicherten (s unten 2.1) wurde letztlich der Höhe der Behandlungskosten überhaupt keine Bedeutung beigemessen.¹⁵ Hätte nicht zuletzt der VfGH für Entlastung gesorgt, wären sie unabhängig von deren finanzieller Lage von der Betriebskrankenkasse zu tragen gewesen.

2. Zum gesetzlichen Anspruch auf Krankenbehandlung

2.1 „Ausreichend, zweckmäßig und notwendig“

Die Versicherten haben gegen den zuständigen Krankenversicherungsträger einen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch auf Krankenbehandlung, der in den verschiedenen Gesetzen einheitlich definiert wird: Die Krankenbehandlung muss ausreichend und zweckmäßig sein, darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten (§ 133 Abs 2 Satz 1 ASVG). Sie umfasst ärztliche Hilfe, Heilmittel und Heilbehelfe (§ 133 Abs 1 ASVG) und soll die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wieder herstellen, festigen oder bessern (§ 133 Abs 2 Satz 2).

Mit dem Hinweis darauf, dass die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein muss, insb jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf (§ 133 Abs 2 Satz 1 ASVG), hat der Gesetzgeber das Gebot der Wirtschaftlichkeit in das System eingeführt. Im Interesse der Versichertengemeinschaft kann die Entscheidung über die Art und Weise der Behandlung nicht ausschließlich dem Arzt und/oder dem Patienten allein überlassen bleiben, wenn die finanziellen Folgen vom Krankenversicherungsträger getragen werden müssen.¹⁶ Der Anspruch des Versicherten auf Krankenbehandlung muss daher mit der Belastungsfähigkeit der Versichertengemeinschaft in Einklang gebracht werden.¹⁷ Eine exakte Eingrenzung der einander zum Teil überschneidenden¹⁸ unbestimmten Gesetzesbegriffe „ausreichend“, „zweckmäßig“ und „notwendig“ ist nicht möglich und wird von der Rsp nicht versucht, auch wenn Umschreibungen geboten werden,¹⁹ die einerseits auf die vage Festlegung eines Leistungsstandards und andererseits auf eine Verpflichtung der Vertragspartner zur wirtschaftlichen

¹⁵ In diese Richtung geht im Ergebnis auch der Beschluss des Ersten Senats des deutschen BVerfG vom 6.12.2005, 1 BvR 347/98, zum Fall einer lebensbedrohlichen Erkrankung.

¹⁶ Betriebswirtschaftlich gesehen besteht nämlich weder für den Arzt noch für den Patienten ein Anreiz, sich sparsam zu verhalten. Neben Ökonomiekontrollen dürfte aber auch die ärztliche Ethik ökonomisch als „Kostenbremse“ wirken, weil sie persönliche Gewinnmaximierung begrenzt: Mosler, Budgetierung der ärztlichen Eigen- und Folgekosten als Steuerungsmittel – Rechtslage in Österreich, in *Jabornegg/Resch/Seewald*, Ökonomie und Krankenversicherung (2001) 139 (143).

¹⁷ Tomandl, Anmerkung zu OGH 26.4.1994, 10 Obs 113/94, ZAS 1994/18, 203 (205).

¹⁸ Mazal, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 330 ff.

¹⁹ OGH 9.11.1993, 10 Obs 174/93, EvBl 1994/102 = SSV-NF 7/112.

Handlungsweise innerhalb dieses Leistungsstandards hinauslaufen.²⁰ Ein Ermessen wird den Versicherungsträgern dabei grundsätzlich nicht eingeräumt;²¹ nur ausnahmsweise sieht das ASVG die Gewährung von Leistungen aus der Krankenversicherung nach Ermessen des Versicherungsträgers vor.²² Insb zeigt schon der vom Gesetz eingeräumte individuelle Anspruch, dass der Krankenversicherungsträger nicht allgemeine Wirtschaftlichkeitsüberlegungen (etwa aufgrund einer bestimmten Vorgabe der Kostenentwicklung) gegen den einzelnen Versicherten durchsetzen kann. Kostenbegrenzungsmaßnahmen können die Versicherten allenfalls mittelbar treffen;²³ in den gesetzlichen Anspruch kann aber nicht unmittelbar mit der Begründung eingegriffen werden, dass die Ressourcen begrenzt sind.²⁴ Von der anderen Seite her betrachtet gibt es auch keine Grundlage für eine Minderung des ärztlichen Sorgfaltsstandards aufgrund ökonomischer Vorgaben gegenüber einem (Vertrags-)Arzt.²⁵

- Dass die Krankenbehandlung ausreichend sein muss, bedeutet die Festlegung einer Minimalgrenze der Leistungsverpflichtung, die unter Zugrundelegung von gesicherten medizinischen Erkenntnissen und nach dem anerkannten Stand der Medizin nach Umfang und Qualität eine hinreichende Chance auf einen Heilungserfolg bieten muss. In diesem Sinn besteht kein Anspruch des sozialversicherten Patienten, gerade eine bestimmte Gesundheitsleistung zu erhalten, wenn der Krankenversicherungsträger eine ausreichende andere Leistung zur Verfügung stellt, die denselben gesundheitlichen Zweck erreicht.²⁶
- Zweckmäßigkeit liegt vor, wenn die Behandlung in Verfolgung der Ziele der Krankenbehandlung erfolgt, zumindest Erfolg versprechend ist.²⁷ Darunter ist zu verstehen, dass die Behandlung nach den Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft mit hinreichender Sicherheit objektiv geeignet ist, die beabsichtigte Wirkung zu erzielen; welches Ergebnis die vorgenomme-

²⁰ Resch, Krankenbehandlung (FN 1) 20.

²¹ Ebenso wenig im deutschen Sozialversicherungsrecht: s *Schimmelpfeng-Schütte*, Krankenbehandlung und Ökonomie, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hg), Ökonomie und Krankenversicherung (2001) 1 (2).

²² Die Gewährung von medizinische Maßnahmen der Rehabilitation im Anschluss an eine Krankenbehandlung hat nach pflichtgemäßem Ermessen des Versicherungsträgers zu erfolgen (§ 154a Abs 1 ASVG). S dazu OGH 18.2.2003, 10 Obs 258/02t, SZ 2003/14 = SSV-NF 17/17 = DRdA 2004/22, 263 (*Naderhirn*) = ZAS 2004/31, 183 (*Haslinger*), und OGH 23.5.2005, 10 Obs 7/05k, SZ 2005/80 = SSV-NF 19/34 = JBl 2006, 53.

²³ *Eichinger*, Anmerkung zu OGH 24.5.1989, 9 Obs 84/89, ZAS 1990/3, 27 (30); *Schimmelpfeng-Schütte*, Krankenbehandlung und Ökonomie (FN 21) 6.

²⁴ *Kopetzki*, Einleitung: Patientenrechte zwischen normativem Anspruch und ökonomischen Zwängen, in *Kopetzki/Zahl* (Hg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 9 (11).

²⁵ *Harrer*, Zivilrechtliche Arzthaftung und Ressourcenverknappung, in *Kopetzki/Zahl* (Hg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 39 (48).

²⁶ *Marhold*, Der Behandlungsanspruch des sozialversicherten Patienten, in *Schrammel* (Hg), Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung (1992) 1 (13).

²⁷ OGH 23.2.1993, 10 Obs 312/92, SSV-NF 7/22.

ne Behandlung schließlich erbringt ist irrelevant.²⁸ Bei mehreren geeigneten Leistungen kommt primär diejenige in Betracht, mit der sich die Zweckbestimmung am besten erreichen lässt.

- Das Maß des Notwendigen bestimmt sich aus dem Zweck der Leistung. Notwendig ist jene Maßnahme, die zur Erreichung des Zweckes unentbehrlich oder unvermeidbar ist. Es sollen mit dieser Bestimmung unnötige Maßnahmen vermieden und damit die finanzielle Belastung in Grenzen gehalten und andererseits die zur medizinisch notwendigen Versorgung erforderlichen Maßnahmen gewährleistet werden. Bei mehreren gleichermaßen zweckmäßigen Behandlungsmethoden ist jeweils diejenige zu wählen, die die geringsten Kosten verursacht, bzw bei der die Relation der Kosten zum Nutzen (Heilerfolg) am günstigsten ist.²⁹

Im Gefolge des sozialen Krankheitsbegriffs von *Mazal*,³⁰ wenn auch mit gewisser Relativierung der Wortwahl, findet der OGH die Grenzen des Anspruchs des Versicherten im Einzelfall durch Abwägung verschiedener Aspekte:³¹ Ökonomische Aspekte sind nur ein Bewertungsmaßstab neben anderen und es kommt ihnen gar nicht unbedingt der höchste Stellenwert zu: Hohe Kosten schließen daher nicht per se einen Anspruch aus, und geringe Kosten vermögen für sich allein einen Anspruch nicht zu begründen. Der höchste Stellenwert wird den Auswirkungen der konkreten strittigen Behandlung auf den Patienten, oder verkürzt der „Betroffenheit“ des konkreten Patienten und seiner Menschenwürde zugemessen.³² Auch wenn der OGH von der Grundposition von *Mazal* ausgeht, bringt er gewisse Korrekturen an.³³ Während *Mazal* meint, die Krankenversicherung müsse nur eine „extrem zweckwidrige“ Behandlung (die als missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen zu qualifizieren ist) nicht bezahlen, nimmt dies der OGH bereits bei „Zweckwidrigkeit“ an.³⁴ Auch bei anderen Elementen („extrem teurer“ gegenüber „wesentlich teurer“; „schmerzfrei“ gegenüber „bedeutend schmerzfreier“) verschiebt der OGH die Gewichtung etwas in Richtung Entlastung des Krankenversicherungsträgers.

2.2 Weitere Determinierungen des Ökonomiegebots

Das in § 133 ASVG gesetzlich verankerte Ökonomiegebot ist in den „RöK 2005“, den Richtlinien des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversi-

²⁸ *Binder* in *Tomandl* (Hg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (19. ErgLfg 2006) 205 (2.2.3.1.B.).

²⁹ *Mazal*, Krankheitsbegriff (FN 18) 335; *Resch*, Zukunftsorientierte Medizin – was bezahlt die gesetzliche Krankenversicherung? in *Kern/Mazal* (Hg), Die Grenzen der Selbstbestimmung (2003) 105 (111).

³⁰ *Mazal*, Krankheitsbegriff (FN 18) 213 ff. S dazu die Kritik von *Kletter*, Wunschkind auf Krankenschein? *SozSi* 1996, 325 (334 ff).

³¹ Zustimmung zur Einbettung des Ökonomiegebots in eine Interessenabwägung *Resch*, Krankenbehandlung (FN 1) 19.

³² *Mazal*, Krankheitsbegriff (FN 18) 364 f.

³³ *S Tomandl* (FN 17), *ZAS* 1994, 206.

³⁴ S auch *Kletter*, Wunschkind (FN 30), *SozSi* 1996, 338.

cherungsträger (HV) über die Berücksichtigung ökonomischer Grundsätze bei der Krankenbehandlung 2005³⁵ im Verhältnis zwischen Krankenversicherungsträgern und ihren Vertragspartnern inhaltlich determiniert. Die gesetzliche Ermächtigung (§ 31 Abs 5 Z 10 ASVG)³⁶ bestimmt, dass diese Richtlinien für die Vertragspartner (§§ 338 ff ASVG) verbindlich sind³⁷ und dass in ihnen jene Behandlungsmethoden anzuführen sind, die „entweder allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen (zB für gewisse Krankheitsgruppen) erst nach einer ärztlichen Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes der Sozialversicherungsträger anzuwenden sind (s unten 4.1). Durch diese Richtlinien darf der Zweck der Krankenbehandlung nicht gefährdet werden“.

§ 3 Abs 2 der RöK wiederholt vorerst die *verba legalia*, dass die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein muss, jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf. Sie ist nach dem jeweiligen und aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft zu erbringen. Innerhalb dieses Rahmens erfüllt die Krankenbehandlung unter Beachtung des Wohles und der Betroffenheit des Versicherten (Angehörigen) die ökonomischen Grundsätze, wenn sie geeignet ist, einen ausreichenden therapeutischen und diagnostischen Nutzen zu erzielen und die Kosten im Verhältnis zum Erfolg der Maßnahme möglichst gering zu halten. Nach § 3 Abs 3 ist dabei eine Maßnahme nicht nur für sich allein zu betrachten, sondern es sind die im überblickbaren Behandlungs- und Untersuchungsverlauf gesetzten bzw zu setzenden Maßnahmen zu berücksichtigen. Beispielhaft führt Abs 4 noch Umstände an, auf die gesondert Bedacht zu nehmen ist, nämlich dass von mehreren gleichwertig geeigneten Möglichkeiten die ökonomisch günstigste Möglichkeit gewählt wird (Z 1), ob andere, zB hygienische oder diätetische Maßnahmen ökonomischer als Maßnahmen der Krankenbehandlung wären (Z 2),³⁸ ob anstelle der Einweisung zu einem stationären Krankenhausaufenthalt die Behandlung im ambulanten Bereich (zB Krankenhausambulanz, Betreuung durch den Hausarzt, medizinische Hauskrankenpflege) ökonomischer wäre (Z 3) oder ob anstelle von ambulant serienweise angewendeten Behandlungsmethoden die Unterbringung in Kur- oder Rehabilitationseinrichtungen ökonomischer wäre (Z 4).

³⁵ Wiederverlautbarung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger Nr 148/2005, abrufbar unter <https://www.avsv.at> bzw direkt unter <http://www.oegkk.at/mediaDB/109025.PDF> (abgefragt 8. 5. 2007). S zu den RöK auch *Choholka*, Richtlinien über die Berücksichtigung ökonomischer Grundsätze bei der Krankenbehandlung gem § 31 Abs 5 Z 10 ASVG, *SozSi* 1996, 206 ff.

³⁶ Zu Unrecht geht der VfGH (16. 12. 1999, B 2461/97, VfSlg 15.697; 15. 10. 2005, B 446/05, RdM 2006, 29) davon aus, dass dem Hauptverband auch die Berechtigung zukomme, das Rechtsverhältnis zwischen den Versicherten und den Krankenversicherungsträgern eigenverantwortlich zu gestalten. Abgesehen davon, dass der Hauptverband nicht befugt ist, in den gesetzlichen Leistungsanspruch der Versicherten einzugreifen, obliegt ihm nach § 31 Abs 2 ASVG nur die Wahrung der Interessen der Versicherungsträger, nicht aber jener der Versicherten.

³⁷ Selbst wenn man eine Kompetenz des Hauptverbandes ablehnt, unmittelbar verbindliche Richtlinien auch für Vertragsärzte zu normieren, werden sie für diese im Wege des Gesamtvertrags für die Vertragsärzte wirksam (vgl VfGH 25.9.2000, B 438/99, VfSlg 15.907).

³⁸ In diesem Fall stellt sich allerdings die Frage, ob überhaupt der Versicherungsfall der Krankheit vorliegt: *Resch*, Krankenbehandlung (FN 1) 19.

Die RÖK werden jedenfalls im Wege des Gesamtvertrags für die Vertragsärzte wirksam.³⁹ Auch der Mustergesamtvertrag enthält im Übrigen in § 10 parallele Bestimmungen. In Bezug auf Heilmittel finden sich vergleichbare Normen in den „Richtlinien ökonomischer Verschreibweise“ (RÖV).⁴⁰

2.3 Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots

Der historische Befund zeigt, dass primäre Adressaten der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots die Ärzte sind. Die Regelung des § 133 Abs 2 Satz 1 ASVG⁴¹ wurde wortgleich aus § 182 Abs 2 RVO in das ASVG übernommen. Die Materialien zum ASVG⁴² weisen darauf hin, dass der Entwurf insofern die Rechtslage nach der RVO weiterführt.⁴³ Die entsprechende RVO-Bestimmung war im Jahr 1930⁴⁴ aus dem Wunsch heraus geschaffen worden, die Kostenexplosion im Bereich der Krankenbehandlung gezielt einzudämmen; dazu wurden va die als Vertragspartner agierenden Ärzte unmittelbar zur Beachtung des Ökonomiegebots verpflichtet, das nicht nur auf eine Verhinderung von Missbrauch abzielt, sondern eine Begrenzung auf das Maß des unumgänglich Notwendigen intendiert.⁴⁵

Auch das beschriebene Normengefüge zur Einhaltung des Ökonomiegebots läuft darauf hinaus, dass es primär dem behandelnden Arzt obliegt, das Spannungsfeld zwischen medizinischen und finanziellen Erfordernissen anhand der rechtlichen Vorgaben im Einzelfall zu lösen.⁴⁶ Dies liegt auch nahe, bestimmt doch letztlich der Arzt aufgrund seines Informationsvorsprungs bei Aufklärung und Beratung den Umfang der medizinischen Leistungen.⁴⁷ Er trifft dann, wenn eine Leistungspflicht für mehrere in Frage kommende Methoden gegeben ist, die Auswahl im Einvernehmen mit dem Patienten.⁴⁸

Es gibt einige Fälle, in denen sich das Ökonomiegebot unmittelbar als Obliegenheit des Versicherten auswirkt, etwa bei der Inanspruchnahme von medizinischer Behandlung im Ausland.⁴⁹ Der Versicherte muss sich gegebenenfalls mit einer zumutbaren billigeren Behandlungsalternative, insb im Inland, zufrieden geben – wie ganz allgemein die Möglichkeit der „freien Arztwahl“, va zwischen Vertrags- und Wahlärzten, prinzipiell keine Auswirkung auf die Höhe der Kostenerstattung

³⁹ VfGH 25.9.2000, B 438/99, VfSlg 15.907.

⁴⁰ S dazu unten 4.2.

⁴¹ Die Krankenbehandlung muss ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.

⁴² RV 599 BlgNR 7. GP 53.

⁴³ Resch, Krankenbehandlung (FN 1) 17.

⁴⁴ Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930, RGBl I 1930, 311.

⁴⁵ Kletter, Wunschkind auf Krankenschein? SozSi 1996, 325 (339 f); Marhold, Ökonomiegebot und Arzthaftung, ZAS 1997, 97 (99); Resch, Krankenbehandlung (FN 1) 18.

⁴⁶ Mazal, Krankheitsbegriff (FN 18) 343; Resch, Krankenbehandlung (FN 1) 19.

⁴⁷ Rebhahn, Die Bereitstellung von Arzneimitteln, in Grillberger/Mosler (Hg), Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung (2003) 209 (228).

⁴⁸ S etwa OGH 26.4.1994, 10 Obs 113/94, SSV-NF 8/44 = ZAS 1994/18, 203 (Tomandl).

⁴⁹ Resch, Krankenbehandlung (FN 1) 31.

hat: Abgesehen von der Krankenbehandlung bei im Inland eingetretenen Unfällen, plötzlichen Erkrankungen und ähnlichen Ereignissen (§ 131 Abs 3 ASVG)⁵⁰ bilden die Kosten, die dem Krankenversicherungsträger bei Inanspruchnahme von Vertragspartnern entstanden wären (§ 131 Abs 1 ASVG), den Ausgangspunkt. Der Krankenversicherungsträger soll nicht mit höheren Kosten als bei Inanspruchnahme eines Vertragspartners belastet sein.⁵¹ Gewisse Einschränkungen der freien Arztwahl werden im Interesse von medizinischen Schwerpunktbildungen und Großgeräteplänen in Kauf genommen (§ 338 Abs 2a ASVG):⁵² Auch dann, wenn in Gesamtverträgen vorgesehen ist, dass nicht jeder Vertragspartner alle notwendigen Leistungen erbringen darf, auf die der Versicherte Anspruch hat, liegt nach der Juridikatur noch keine Einschränkung des Krankenbehandlungsanspruchs vor.⁵³

3. Überprüfung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots

Die praktische Bedeutung der Überprüfung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots hält sich schon deshalb in Grenzen, weil die Frage, ob eine Behandlung dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprochen hat, nur dann in einem Verfahren zwischen dem Versicherten und dem Krankenversicherungsträger geprüft werden kann, wenn sie im Wege der Kostenerstattung (§§ 131, 131a ASVG) oder des Kostenzuschusses (§ 131b ASVG) finanziert wird. In diesem Fall trägt der Versicherte das Risiko, dass die von ihm in Anspruch genommene ärztliche Leistung nicht dem sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruch entspricht. War zum Beispiel die vom Arzt erbrachte Leistung unzureichend oder überschießend, hat die Sozialversicherung keinen Kostenersatz zu leisten.⁵⁴

Wird dagegen die Krankenbehandlung direkt mit dem Krankenversicherungsträger verrechnet, kann die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots nur mehr im Verhältnis zwischen dem Erbringer der Behandlungsleistung und dem Krankenversicherungsträger geprüft werden. Praktisch ist in diesem Verhältnis eine durchgehende Einzelfallprüfung ausgeschlossen.⁵⁵

Die Sicherstellung einer wirtschaftlichen Behandlungsweise erfolgt in diesem Verhältnis ex ante durch verschiedene Limitierungen und durch die Notwendigkeit der vorherigen Genehmigung durch den chef- und kontrollärztlichen Dienst; im Großen und Ganzen stellen solche Regeln aber eher die Ausnahme dar.⁵⁶ Ex post kann der Krankenversicherungsträger versuchen, durch

⁵⁰ In diesem Fall gebührt der Ersatz der tatsächlichen Kosten.

⁵¹ OGH 2.12.1997, 10 Obs 176/97y, SSV-NF 11/148.

⁵² OGH 30.3.1999, 10 Obs 403/98g, SZ 72/61 = SSV-NF 13/31 = ZAS 2000/5, 52 (Zwerenz) = DRdA 2000/16, 156 (Kiesel); OGH 1.6.1999, 10 Obs 365/98v, SZ 72/98 = SSV-NF 13/58 = DRdA 2000/31, 296 (Schrammel).

⁵³ OGH 30. 11. 1999, 10 Obs 102/99v, RdW 2000, 433 = ARD 5107/5/2000 = ASoK 2000, 329.

⁵⁴ OGH 8.2.1994, 10 Obs 200/93, SSV-NF 8/6; Schrammel, Durchsetzung von Leistungsansprüchen (FN 13) 681.

⁵⁵ Grillberger in Strasser (Hg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung (1995) 348.

⁵⁶ Grillberger in Strasser (FN 55) 380.

nachträgliche Befragungen von Patienten und Untersuchungen von Einzelfällen die medizinische Notwendigkeit der verrechneten Leistungen zu kontrollieren und den Nachweis zu führen, dass diese in Wahrheit nicht gegeben war – was aber nichts mehr dran ändert, dass der Versicherte die Leistung berechtigterweise in Anspruch genommen hat.⁵⁷ In der Praxis der Überprüfung durch die Krankenversicherungsträger wird in einem ersten Schritt auf Durchschnittswerte abgestellt; deren Erstellung wird den Krankenversicherungsträgern durch §§ 10 ff RÖK auch vorgeschrieben. Anders als in der Bundesrepublik Deutschland, wo die Prüfung nach Durchschnittswerten eine gesetzliche Grundlage in § 106 Abs 2 und § 106a SGB V gefunden hat und Anlass für eine Honorarkürzung bilden kann, genügen in Österreich nach der Judikatur des VfGH „bloße Berechnungen oder Durchschnittsbetrachtungen“ nicht, sondern es muss anhand konkreter Ermittlungsergebnisse (repräsentative stichprobenweise Überprüfungen, Patientenbefragungen) über das Vorliegen einer unökonomischen Vorgehensweise bzw. „Überarztung“ befunden werden.⁵⁸ Das ist insofern auch nahe liegend, als eine ausdrückliche vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Fallzahlen bzw. Durchschnittswerte nicht besteht. Die Krankenversicherungsträger müssen zwar im Rahmen der Ökonomiekontrolle Durchschnittswerte ermitteln (§§ 10 ff RÖK) und bei deren Überschreitung reagieren (Führung eines Gesprächs, erforderlichenfalls Einleitung weiterer Schritte); es ergibt sich daraus aber keine Bindung bzw. zusätzliche Verpflichtung der Vertragsärzte, weil das Überschreiten von Durchschnittswerten allein kein rechtswidriges Verhalten darstellt.⁵⁹

Allerdings darf aus dieser Entscheidungslinie nicht der Schluss gezogen werden, dass in Bezug auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit generell eine Einzelfallprüfung vorzunehmen wäre. Vielmehr muss vom Krankenversicherungsträger anhand von konkreten Fällen unwirtschaftliches Verhalten nachgewiesen werden. Kann dann der Beweis über die Höhe des zu ersetzenden Betrags nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten erbracht werden, kann dieser Betrag nach freier Überzeugung entsprechend § 273 Abs 1 ZPO festgesetzt werden; dabei kann auch die durchschnittliche Höhe der Leistungs- und Honorarverrechnungen von anderen Vertragsärzten berücksichtigt werden.⁶⁰

⁵⁷ *Struhal*, Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot aus der Sicht des niedergelassenen Arztes, in *Kopetzki/Zahrl* (Hg), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 21 (25).

⁵⁸ VfGH 30. 11. 2004, B 1018/04, VfSlg 17.380. Zustimmend zu diesen Anforderungen *Wachter/Fink/Grömmner/Oberhofer*, Ökonomiekontrolle anhand von Durchschnittswerten (1996) 64 ff; teilweise kritisch *Mosler*, Rechtsfolgen unwirtschaftlicher Leistungserbringung durch Vertragsärzte – Die Bedeutung von Durchschnittswerten bei der Ökonomiekontrolle, ZAS 2000, 5 (9). Gegen die Argumentation des VfGH *Grillberger* in *Strasser* (FN 55) 381 ff.

⁵⁹ Eingehend *Mosler*, Rechtsfolgen unwirtschaftlicher Leistungserbringung (FN 58), ZAS 2000, 9.

⁶⁰ VfGH 28.9.1994, B 384/93, VfSlg 13.874 = RdM 1995, 20 ARD 4636/11/95 = DRdA 1995, 435 = SSV-NF 8/B 13. Grundsätzlich zustimmend, aber für einen Anscheinsbeweis plädierend *Mosler*, Rechtsfolgen unwirtschaftlicher Leistungserbringung (FN 58), ZAS 2000, 16 ff.

4. Einzelfragen im Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot

4.1 Bewilligung durch den chef- und kontrollärztlichen Dienst der Sozialversicherungsträger

In der Anlage zu den „RÖK 2005“ (s 2.2) sind diejenigen Leistungen angeführt, die vom Vertragspartner entweder allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen erst nach einer ärztlichen Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes des Krankenversicherungsträgers angewendet werden dürfen, etwa Behandlungen und Untersuchungen im Ausland, Computertomographie, Kernspintomographie, kosmetische Behandlungen und Heimdialyse.

Die zahlreichen Medien zu entnehmende Meldung vom Entfall der Chefarztspflicht stimmt nur bedingt: Seit dem 2. Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2003⁶¹ ist es nun Sache des Arztes, die Bewilligung durch den chef- und kontrollärztlichen Dienst einzuholen (§ 350 Abs 3 ASVG).⁶² Die abzuschließenden Gesamtverträge haben jetzt auch die Zusammenarbeit der Vertragsärzte mit dem „Chefarzt“ zu regeln (§ 342 Abs 1 Z 6 ASVG).

Als Zielsetzung des „chefärztlichen Bewilligungssystems“ werden in der Diskussion meist Einsparungseffekte angeführt, die – auch – mit Hilfe von bürokratischen Hemmnissen erreicht werden.⁶³ In diesem Zusammenhang werden versteckte Rationierungen des Leistungskatalogs als Folge von abschreckenden administrativen Hürden genannt, nur ein geringer Teil der „abgelehnten“ Patienten beschreite den Weg der gerichtlichen Geltendmachung.⁶⁴ Von der anderen Seite wird argumentiert, dass das „chefärztliche“ Bewilligungssystem ein wichtiges Instrument für die Heilmittelversorgung in Österreich darstellt, um einerseits für die Aufnahme von Medikamenten in das Sachleistungssystem erfolgreich Preisverhandlungen führen zu können und andererseits auch für Patienten, die mit den üblichen Therapien nicht ausreichend behandelt werden können, im Einzelfall die Kosten für „unkonventionelle“ Therapien übernehmen zu können.⁶⁵ Wie sich in einer vor zwei Jahren publizierten Untersuchung des Hauptverbandes gezeigt hat, ist ex post betrachtet der Großteil der Verordnungen trotz Ablehnung bei der ersten Antragstellung gerechtfertigt; die Ablehnung erfolgt in solchen Fällen aufgrund einer unzureichenden Dokumentation der Begründung.⁶⁶

Es stellt sich die Frage, ob und wie der individuelle gesetzliche Anspruch auf Krankenbehandlung mit Bewilligungspflichten des chef- und kontrollärztlichen Dienstes in Einklang gebracht werden kann. Man kann davon ausgehen, dass jedenfalls für eine materielle Einschränkung des individuellen

⁶¹ 61. ASVG-Novelle, BGBl I 2003/145.

⁶² *Huber*, 2. Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2003 – 2. SVÄG 2003 (61. Novelle zum ASVG), DRdA 2004, 186 (188).

⁶³ *Rebhahn*, Bereitstellung von Arzneimitteln (FN 47) 223, 319.

⁶⁴ *Plank/Thaler*, Chefarztpflicht-Neu – Oder die kritikwürdige Umsetzung der Heilmittel-Bewilligungs- und Kontroll-Verordnung, RdM 2006, 36 (45 f).

⁶⁵ *Endel*, „Chefärztliche Genehmigungspflicht“, SozSi 2004, 505 (507).

⁶⁶ *Endel*, „Chefärztliche Genehmigungspflicht“ (FN 65), SozSi 2004, 507.

Krankenbehandlungsanspruchs durch Gestaltungsmittel, die dem Gesetz nachgehen (wie Verordnungen, Satzungen oder Gesamtverträge), eine gesetzliche Ermächtigung fehlt;⁶⁷ ganz unabhängig von den in konkreten Fall auflaufenden Kosten kommt im Hinblick auf den dem Wortlaut nach unbegrenzten individuellen Behandlungsanspruch⁶⁸ eine „Rationierung“ nur dem Gesetzgeber zu. Dennoch soll auch im Einzelfall als Ziel eine wirtschaftliche Behandlung erreicht werden, was durch direkte Beschränkungen (auf gesetzlicher Ebene), aber auch durch indirekte Maßnahmen angestrebt wird. In diesem Sinn kommt dem Krankenversicherungsträger, der dem Gebot der Wirtschaftlichkeit verpflichtet ist, durchaus auch die Kompetenz zu, auf formeller Ebene Kautelen einzuziehen, die im Interesse der Kontrolle der Wirtschaftlichkeit und der Administrierbarkeit der Krankenbehandlung geboten sind. Der aus dem Gesetz hervorgehende materielle Krankenbehandlungsanspruch des Versicherten darf dabei allerdings nicht eingeschränkt werden;⁶⁹ der Versicherte muss ihn gegebenenfalls mit gerichtlicher Hilfe durchsetzen können. Auch die aus ärzte-berufsrechtlichen Normen und aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag resultierenden Untersuchungs- und Behandlungspflichten bleiben von solchen Vorgaben unberührt, solange nicht Untersuchungs- oder Behandlungsverbote normiert würden.⁷⁰

4.2 Erstattungskodex

Nachdem die Republik Österreich in einem Vertragsverletzungsverfahren vom EuGH⁷¹ wegen Nichtumsetzung der Verpflichtungen aus Art 6 Nr 2 Satz 2 der Transparenzrichtlinie⁷² verurteilt worden war, wurde als Folge des sog „Arzneimittelpakets“⁷³ vom November 2003 der schrittweise Ersatz des früheren Heilmittelverzeichnis durch den Erstattungskodex in das 2. Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2003⁷⁴ aufgenommen. Zu den zentralen Aufgaben des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger gehört nun gem § 31 Abs 3 Z 12 ASVG „die Herausgabe eines Erstattungskodex der Sozialversicherung für die Abgabe von Arzneimittelspezialitäten auf Rechnung eines Sozialversicherungsträgers im niedergelassenen Bereich; in dieses Verzeichnis

⁶⁷ Zum Umfang der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, einen Selbstverwaltungskörper mit der Erlassung von auch an Nichtmitgliedern gerichteten Verordnungen zu betrauen, s VfGH 16. 12. 1999, B 2461/97, VfSlg 15.697.

⁶⁸ Nach dem Motto „Wirksamkeit vor Wirtschaftlichkeit“; s Engelmann in diesem Band S 120 und 131.

⁶⁹ Eichinger (FN 23), ZAS 1990, 31.

⁷⁰ Vgl VfGH 16. 12. 1999, B 2461/97, VfSlg 15.697, und VfGH 15.3.2000, V 83/96, VfSlg 15.776.

⁷¹ EuGH 27. 11. 2001, Rs C-424/99, Slg 2001, I-9285. Dazu Ankershofen/Hohenauer, EuGH: Erfolg der Pharmaindustrie im Kampf gegen den Hauptverband, *ecolex* 2002, 222.

⁷² Richtlinie 89/105/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme.

⁷³ Kossuth, Der Erstattungskodex: vorwärts in die Vergangenheit! RdM 2004, 3.

⁷⁴ 61. ASVG-Novelle, BGBl I 2003/145.

sind jene für Österreich zugelassenen, erstattungsfähigen und gesichert lieferbaren Arzneispezialitäten aufzunehmen, die nach den Erfahrungen im In- und Ausland und nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft eine therapeutische Wirkung und einen Nutzen für Patienten und Patientinnen im Sinne der Ziele der Krankenbehandlung (§ 133 Abs. 2) annehmen lassen.“ Die Änderung wurde durch die Gesamtverlautbarung des Erstattungskodex mit 1.1.2005 vollzogen.

Die Aufnahme einer Arzneispezialität in den Erstattungskodex erfolgt auf Antrag mit Bescheid des Hauptverbandes, der bei der Unabhängigen Heilmittelkommission angefochten werden kann (§ 351i ASVG). Der Erstattungskodex selbst ist – als Verordnung – kundzumachen; dementsprechend werden Änderungen monatlich unter www.avsv.at verlautbart.⁷⁵

Das formulierte Ziel des Erstattungskodex geht dahin, die Versorgung der Patienten und Patientinnen mit hochwertigen Arzneimitteln zu ökonomisch vernünftigen Preisen zu sichern. Der Erstattungskodex soll aber auch den Ärzten dabei helfen, von mehreren therapeutisch geeigneten Heilmitteln das ökonomisch günstigste, das heißt von mehreren im Preis gleichen Mitteln das geeignetste und von mehreren gleich geeigneten Mitteln, dasjenige, das die geringsten Kosten verursacht, auszuwählen.⁷⁶ Dies manifestiert sich auch in den „Richtlinien ökonomischer Verschreibeweise“ (RöV), die Regelungen für die Vertragspartner hinsichtlich der Verordnung von Heilmitteln auf Kosten der Krankenversicherungsträger enthält.⁷⁷ In ihrer gesetzlichen Grundlage (§ 31 Abs 5 Z 12 ASVG) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass durch die Richtlinien der Heilzweck nicht gefährdet werden darf. Nach § 2 Abs 1 RöV ist die Verordnung von Heilmitteln und Heilbehelfen zweckmäßig und wirtschaftlich, wenn sie geeignet ist, den größtmöglichen therapeutischen Nutzen zu erzielen und die Behandlungskosten im Verhältnis zum Erfolg und zur Dauer der Behandlung möglichst gering zu halten. § 2 Abs 2 RöV enthält eine demonstrative Aufzählung von Kriterien der Wirtschaftlichkeit: geringer Preis, kleinere Menge, unter Umständen größere Menge bei chronischen Krankheiten, Erforderlichkeit der neuerlichen Verschreibung sowie alternative Maßnahmen zu Heilmitteln (zB hygienische, physikalische, diätetische oder psychotherapeutische).

Die im Erstattungskodex anzuführenden Arzneispezialitäten sind entsprechend dem Ampelsystem⁷⁸ drei Bereichen zuzuordnen, einem roten, einem gelben und einem grünen Bereich. Die Heilmittel in der „green box“ sind erstattungsfähig und genehmigungsfrei; der grüne Bereich entspricht im Wesentlichen dem früheren Heilmittelverzeichnis. Aus diesem Bereich soll in erster Linie verschrieben werden (vgl § 2 Abs 2 Z 2 RöV). Der „gelbe“ Bereich entspricht funktionell der früheren Heilmittel-Sonderliste (vgl § 609 Abs 13 ASVG) und beinhaltet diejenigen Arzneimittelspezialitäten, deren Abgabe einer Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes der Sozialversicherungsträger bedarf. Die „yellow box“ gliedert

⁷⁵ S auch VfGH 15. 10. 2005, B 446, 447/05, RdM 2006, 29.

⁷⁶ Burkhardt/Maksimovic-Delplos/Ruschitzka, Der Erstattungskodex – Zahlen und Fakten, *SozSi* 2006, 195.

⁷⁷ S <http://www.avsv.at>, Verlautbarungen Nr 5/2005, 68/2005 und 29/2006.

⁷⁸ Strojcek, Verfassungsrechtliche Fragen des Erstattungskodex, in Mazal (Hg), Erstattungskodex – Verfassungsrechtliche und verfahrensrechtliche Fragen (2005) 1 (2); Plank/Thaler, Chefarztspflicht-Neu (FN 64) RdM 2006, 37.

sich wieder in einen hellgelben und einen dunkelgelben Bereich, nämlich in einen Bereich mit Vorabbeurteilung („dunkelgelb“) und einen Bereich mit nachträglicher Kontrolle⁷⁹ ohne Vorabbeurteilung („hellgelb“). Zur Erleichterung für die Patienten wurde gleichzeitig mit der Einführung des Erstattungskodex die Einholung der chef- und kontrollärztlichen Bewilligung dahin geändert, dass nicht mehr die Patienten, sondern der Arzt die Bewilligung einholen muss (s bereits 4.1).⁸⁰

Der Übergang auf den Erstattungskodex orientiert sich demnach im Grunde am bisherigen Instrumentarium: Nicht alle Heilmittel sind erstattungsfähig; die Chefarztpflicht ist (im „gelben“ und „roten“ Bereich) geblieben; chefarztpflichtige Heilmittel sind allerdings nun – im Gegensatz zum Heilmittelverzeichnis – in den Erstattungskodex aufgenommen. An dieser Stelle eine Anmerkung: Im Zuge der laufenden Evaluierung des Erstattungskodex wurde eine Reduktion der Zahl der chef- und kontrollärztlichen Bewilligungen von rund fünf Millionen auf rund zwei Millionen erzielt.⁸¹

Neu ist die „red box“: Dieser Bereich beinhaltet zeitlich befristet jene bewilligungspflichtigen Arzneispezialitäten, die erstmalig am österreichischen Markt lieferbar sind und für deren Aufnahme in den Erstattungskodex ein Antrag auf Aufnahme in den gelben oder grünen Bereich des Erstattungskodex gestellt worden ist.⁸² Auch diese Arzneispezialitäten befinden sich sofort mit Einbringung des vollständigen Antrags im Erstattungskodex und stehen den Patienten bereits während der Prüfung zur Verfügung, wenn auch nur mit Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes.

Neu ist weiters die Liste nicht erstattungsfähiger Arzneimittel (§ 351c Abs 2 ASVG). Ziel ist dabei, aus Gründen der Transparenz klarzustellen, für welche Kategorien von Arzneimitteln eine Kostenerstattung durch die Sozialversicherungsträger grundsätzlich nicht in Betracht kommt.⁸³ Die Arzneispezialitäten stehen jedoch im Einzelfall zur Verfügung, wenn eine Behandlung aus zwingenden therapeutischen Gründen notwendig ist und die Verschreibung in diesen Einzelfällen nicht mit Arzneispezialitäten aus dem Erstattungskodex durchgeführt werden kann.⁸⁴

Der OGH hat zwischenzeitig in drei Entscheidungen⁸⁵ zum Ausdruck gebracht hat, dass auch der Erstattungskodex – so wie früher das Heilmittelver-

⁷⁹ Im hellgelben Bereich ist zum Zweck der Ermöglichung einer nachträglichen Kontrolle durch den chef- und kontrollärztlichen Dienst eine bestimmte Form der Dokumentation durch den verschreibenden Arzt vorgesehen. Näher *Plank/Thaler* (FN 64) RdM 2006, 38 f.

⁸⁰ *Näglein/Semrad*, Entstehung, Aufbau und Auswirkung des Erstattungskodex, SozSi 2006, 200 (204).

⁸¹ *Näglein/Semrad* (FN 80), SozSi 2006, 200 (204). Nach *Burkhardt/Maksimovic-Delpos/Ruschitzka* (FN 76), SozSi 2006, 199, sank die Zahl der Verordnungen, die einer vorherigen Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes bedürfen, im Zeitraum von Jänner 2005 bis Oktober 2005 um rund 60 %; seit der Einführung des Erstattungskodex sind etwa zwei von drei Bewilligungen weggefallen.

⁸² *Wieneringer*, Der neue Erstattungskodex, SozSi 2004, 146 (148).

⁸³ *Wieneringer*, Erstattungskodex (FN 82), SozSi 2004, 150.

⁸⁴ *Näglein/Semrad* (FN 80), SozSi 2006, 204.

⁸⁵ OGH 7.3.2006, 10 Obs 12/06x, ARD 5682/10/2006 = JBl 2006, 597; OGH 7.3.2006, 10 Obs 22/06t, ARD 5697/17/2006; OGH 27.6.2006, 10 Obs 75/06m, ARD 5713/9/2006.

zeichnis – den Anspruch des Versicherten auf die für eine ausreichende und zweckmäßige Krankenbehandlungen notwendigen Heilmittel nicht einschränkt. Dies wird damit begründet, dass § 133 Abs 2 ASVG im Zusammenhang mit der Einführung des Erstattungskodex durch das 2. SVÄG 2003⁸⁶ nicht geändert worden sei⁸⁷ und dass der gesetzliche Leistungsanspruch nach dem Gesetz letztlich nur im Einzelfall und nicht durch abstrakte Regelungen wie dem Erstattungskodex abschließend bestimmt werden dürfe.⁸⁸ Die soziale Krankenversicherung habe demnach keine eigenständige Befugnis, den Leistungsumfang – etwa bei den Arzneimitteln – endgültig festzulegen, auch nicht durch eine Negativliste nach § 351c Abs 2 ASVG.

Diese Auffassung vermittelt auf den ersten Blick den Eindruck, dass von den Gerichten die Bestimmungen einer gültigen Verordnung⁸⁹ unangewendet gelassen werden, anstatt sie beim VfGH wegen Gesetzeswidrigkeit anzufechten. Der VfGH hat bereits in seinem „Hauptverbandserkenntnis“ zum Heilmittelverzeichnis ausgesprochen, dass es wegen seiner normativen Wirkungen als Verordnung anzusehen sei,⁹⁰ in Bezug auf den Erstattungskodex ist diese Eigenschaft explizit festgelegt. Zum Heilmittelverzeichnis wurde unbestritten die Ansicht vertreten, dass es den konkreten individuellen Anspruch auf Krankenbehandlung nicht einzuschränken vermag.⁹¹ Dies folgt aus seinem Zweck und gilt in gleicher Weise für den Erstattungskodex: Das eindeutige Ziel der Verordnung ist ein ganz anderes als die Festlegung der durch die Merkmale „ausreichend“, „zweckmäßig“ und „notwendig“ gezogenen Grenzen des individuellen Anspruchs auf Krankenbehandlung. Mit dem Erstattungskodex wird für die Versicherungsträger festgelegt, welche Arzneispezialitäten (im Rahmen des sozialversicherungsrechtlichen Anspruchs auf Krankenbehandlung) auf Rechnung der Krankenversicherungsträger verschrieben werden können bzw ob dies mit oder ohne ärztliche Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes geschehen kann. Mit anderen Worten werden die Modalitäten der Abgabe von Arzneimitteln im Rahmen des sozialversi-

⁸⁶ 61. ASVG-Novelle, BGBl I 2003/145.

⁸⁷ Vgl *Näglein/Semrad*, Entstehung, Aufbau- und Auswirkung des Erstattungskodex, SozSi 2006, 200.

⁸⁸ *Rebhahn*, Bereitstellung von Arzneimitteln (FN 47) 223 ff.

⁸⁹ Nach dem VfGH (16. 10. 2005, B 446, 447/05, RdM 2006, 29) hat der Gesetzgeber durch Übertragung der Kompetenz zur Erlassung des Erstattungskodex die der Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern aus verfassungsrechtlicher Sicht gezogenen Grenzen nicht überschritten, weil es sich bei der Festlegung erstattungsfähiger Arzneimittel um die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Versicherten und den Krankenversicherungsträgern und damit um eine Angelegenheit handelt, die den Sozialversicherungsträgern zur eigenverantwortlichen Besorgung übertragen werden kann.

⁹⁰ VfGH 10. 10. 2003, G 222/02, VfSlg 17.023 = ARD 5443/14/2003 = DRdA 2003/53, 566. Demnach kommt dem Hauptverband in gewissem Rahmen auch die Kompetenz zu, einseitig Normen zu erlassen, die die Rechtsstellung außen stehender Personen gestalten. S näher *Eilmansberger*, Gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme des Verfahrens zur Aufnahme von Arzneimitteln in den Erstattungskodex, ZfV 2006, 794 (797).

⁹¹ OGH 6.6.1989, 10 Obs 62/89, SZ 62/103 = SSV-NF 3/68 (Desinfektionsmittel bei Hausstaubmilbenallergie); *Rebhahn*, Bereitstellung von Arzneimitteln (FN 47) 229, 245.

cherungsrechtlichen Leistungsanspruchs geregelt.⁹² Die Genehmigungspflicht im Einzelfall ist ein Instrument der Kontrolle der Wirtschaftlichkeit;⁹³ sie kann per se einen Anspruch auf ein bestimmtes Heilmittel nicht verhindern, selbst wenn sich dieses in der „Red Box“ oder gar in der „No-Box“ befindet. Dem Versicherten steht immer der – wenn auch vielleicht mühsame – Weg offen, den Anspruch über das Arbeits- und Sozialgericht durchzusetzen. Die Rsp, dass die gesetzliche Krankenversicherung möglicherweise sogar verpflichtet ist, die Kosten für ärztlich verordnete⁹⁴ Heilmittel zu übernehmen, die gar nicht zugelassen sind,⁹⁵ kann daher weiterhin aufrecht bleiben.

Insgesamt ist ein Widerspruch zwischen Krankenbehandlungsanspruch und Erstattungskodex, der zu einer Verordnungsprüfung führen müsste, zu verneinen.

4.3 Reise- und Transportkostenersatz

Zu den notwendigen Behandlungsmaßnahmen zählen auch Vor- und Nebenleistungen, die die ärztliche Hilfe erst ermöglichen; diese teilen grundsätzlich das rechtliche Schicksal der Hauptleistung.⁹⁶ Zu diesem Komplex gehört va der Reise-(Fahrt-) und Transportkostenersatz, dessen Höhe sich nach der Satzung richtet (§ 131 Abs 3 ASVG; § 135 Abs 4 und 5 ASVG). Das Gesetz gibt der Satzung gewisse Grundsätze vor, an denen sich das Ausmaß des Kostenersatzes bzw eines allfälligen Kostenanteils zu orientieren hat, nämlich va an den örtlichen Verhältnissen und dem Reisekostenaufwand für das billigste öffentliche Verkehrsmittel. Die Kosten der „Beförderung bis ins Tal“ sowie die Bergungskosten bei in Ausübung von Sport und Touristik erlittenen Unfälle sind nicht zu ersetzen (§ 131 Abs 4 ASVG). Da das Ziel dieses Ausschlusses darin liegt, die höheren Kosten eines Krankentransports im unwegsamen Gebirge demjenigen anzulasten, der sich freiwillig und zu Erholungszwecken der allgemein bekannten Gefahr der Berge ausgesetzt hat,⁹⁷ gilt er nicht bei Arbeitsunfällen und „Schülerunfällen“.⁹⁸

Manche Satzungsbestimmung vermittelte den Eindruck, dass bestimmte – etablierte – Beförderer bevorzugt werden. Nach einer (früheren) Bestimmung in der Satzung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse hing beispielsweise die Höhe des Ersatzes davon ab, ob der herangezogene Beförderer einen

⁹² VfGH 15. 10. 2005, B 446/05, RdM 2006, 29; Grillberger/Mosler, Grundsätze und Organisationsprinzipien (FN 7) 21.

⁹³ Grillberger/Mosler, Grundsätze und Organisationsprinzipien (FN 7) 39.

⁹⁴ OGH 13. 12. 1996, 10 Obs 62/94, SZ 69/277 = SSV-NF 10/126 (Selbstmedikation).

⁹⁵ OGH 26. 3. 1996, 10 Obs 52/96, SZ 69/80 = ZAS 1998/3, 42 (Offenberger) = DRdA 1997/3, 22 (Mazal) = SSV-NF 10/30 (Ukrain); OGH 26. 11. 1996, 10 Obs 2374/96g, SSV-NF 10/121 (Außenseitermethode).

⁹⁶ Binder in Tomandl (Hg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (19. ErgLfg 2006) 221 (2.2.3.2.1.B.).

⁹⁷ Pfeffer, ZAS 1997, 118 (120), in der Anmerkung zu OGH 13. 12. 1996, 10 Obs 2415/96m, ZAS 1997/14, 117 = SSV-NF 10/125.

⁹⁸ OGH 10. 12. 2003, 10 Obs 247/02z, SZ 2002/165 = SSV-NF 16/139 = DRdA 2004/3, 41 (Reissner) = ZAS 2004/25, 149 (Urbanek); ebenso die Empfehlung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 7.7.1977, ZI 32-54.2/77.

Vertrag mit der Gemeinde iSd § 1 des Niederösterreichischen Gemeinde-Rettungsdienstgesetzes abgeschlossen hatte. Entsprechende Verordnungsprüfungsanträge des OGH⁹⁹ hat der VfGH mit der Begründung abgewiesen, dass nur vordergründig an einen Vertrag iSd § 1 Gemeinde-Rettungsdienstgesetzes angeknüpft worden sei; im Ergebnis sei der volle Kostenersatz vielmehr zwischen Unternehmen, die in vertraglichen Beziehungen zur Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse stünden, und anderen unterschieden worden, was von § 135 Abs 5 ASVG gedeckt sei.¹⁰⁰

4.4 Fehlen von Honorarpositionen in den Honorarordnungen der Gesamtverträge

§ 342 Abs 2 ASVG programmiert mit seiner Regelung des Inhalts von Gesamtverträgen in gewisser Weise einen Konflikt bei der Honorierung ärztlicher Leistungen vor: Auf der einen Seite ist die Vergütung ärztlicher Tätigkeit in der Honorarordnung grundsätzlich nach Einzelleistungen zu vereinbaren (Satz 1);¹⁰¹ andererseits verlangt die Bestimmung, eine Begrenzung der Gesamtausgaben der Krankenversicherungsträger in den Gesamtvertrag aufzunehmen. Die Frage, was dann zu geschehen hat, wenn eine bestimmte Behandlung im Gesamtvertrag nicht als Einzelleistung gesondert angeführt wird, war lange umstritten, bis sich nun eine homogene Rsp herausgebildet hat. Während die ersten Entscheidungen des OGH eher eine Kostenerstattungspflicht zu Marktpreisen nahe legten,¹⁰² wird nun judiziert, dass sich die Kostenerstattung und ein Kostenzuschuss an den Tarifen desselben Gesamtvertrags für vergleichbare Leistungen zu orientieren hat.¹⁰³ Dabei wird einerseits auf die Art der Leistungen, also auf ihre Methode und ihren Zweck, andererseits aber auch auf den im Einzelfall erforderlichen Sach- und Personalaufwand ankommen.¹⁰⁴

Subsidiär ist auch eine Orientierung an den Tarifen in einem Gesamtvertrag eines anderen österreichischen SV-Trägers möglich,¹⁰⁵ zumal ja der Haupt-

⁹⁹ OGH 27.5.2003, 10 Obs 141/02m; 27.5.2003, 10 Obs 386/02s.

¹⁰⁰ VfGH 3.12.2003, V 76, 77/03, VfSlg 17.074 = ARD 5503/9/2004.

¹⁰¹ Die Sinnhaftigkeit der Entwicklung von einer Pauschalierung hin in Richtung Einzelleistungsvergütung wurde in Österreich zwar diskutiert, aber letztlich nicht in Frage gestellt. Zweifellos hat die Einzelleistungsvergütung (so wie umgekehrt auch die Pauschalhonorierung) problematische Steuerungseffekte. Letztlich erfolgt die Honorierung aber nach einem gemischten System, indem den kostensteigernden Effekten der Einzelleistungsvergütung in den Honorarordnungen der Gesamtverträge Pauschalierungen, Limitierungen, Verrechnungsbeschränkungen (s etwa OGH 30.3.1999, 10 Obs 403/98g, SZ 72/61 = SSV-NF 13/31 = ZAS 2000/5, 52 [Zwerenz] = DRdA 2000/16, 156 [Kiesl]) und degressive Honorierungen enthalten sind. Näher Mosler, Budgetierung (FN 16) 139 ff.

¹⁰² OGH 13. 10. 1992, 10 Obs 226/92, SSV-NF 6/114 = DRdA 1993/32, 294 (Binder) = SozSi 1993, 238 (Kletter) ua.

¹⁰³ OGH 10. 12. 2003, 10 Obs 247/02z, SZ 2002/165 = SSV-NF 16/139 = DRdA 2004/3, 41 (Reissner) = ZAS 2004/25, 149 (Urbanek).

¹⁰⁴ OGH 25.7.2000, 10 Obs 123/00m, SSV-NF 14/89 = DRdA 2001/18, 247 (Resch) = ZAS 2001/6, 55 (Kletter 33): 24-Stunden-Blutdruckmessung.

¹⁰⁵ OGH 26.4.2005, 10 Obs 35/05b, DRdA 2006/13, 137 (Kletter); OGH 29.7.2005, 10 Obs

verband jeden Gesamtvertrag für den Krankenversicherungsträger abschließt (§ 341 Abs 1 ASVG). Fehlt es an einer Vergleichbarkeit, ist ausnahmsweise der Marktpreis heranzuziehen,¹⁰⁶ wobei eine weitere Reduzierung auf 80 % analog § 131 ASVG nicht in Betracht kommt, weil der Patient keine Behandlungsalternative im Rahmen der Heranziehung einer Sachleistung hat.¹⁰⁷

4.5 Krankenbehandlung im Ausland

In Bezug auf eine Krankenbehandlung im Ausland ist zwischen zwei grundsätzlichen Fallgruppen zu unterscheiden.¹⁰⁸ Es kann sein, dass jemand während eines Aufenthalts im Ausland, zum Beispiel während eines Urlaubs oder einer vorübergehenden Arbeitstätigkeit erkrankt. Es kann aber auch sein, dass sich der Versicherte allein zum Zweck der Krankenbehandlung ins Ausland begibt. Das Phänomen dieser zweiten Fallgruppe wird zuweilen mit „Medizin-Tourismus“ oder „Euro-Patiententum“ umschrieben.

Für die Fälle der ersten Gruppe enthält § 130 ASVG eine ausdrückliche Regelung für den Fall der Entsendung eines Arbeitnehmers: Demnach hat der Dienstgeber die Leistungen der österreichischen Krankenversicherung an den Dienstnehmer zu erbringen;¹⁰⁹ der Dienstgeber erhält dann diejenigen Kosten erstattet, die bei einer Leistung im Inland entstanden wären. § 130 ASVG ist aber nur von Bedeutung, wenn mit dem betreffenden Land kein vorrangiges bi- oder multilaterales Abkommen besteht oder gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen vorgehen, insb die Verordnung (EWG) 1408/71.

In den sonstigen Fällen der ersten Gruppe (zB Erkrankung anlässlich eines Urlaubs im Ausland) bleibt der Sachleistungsanspruch trotz des Auslandsaufenthalts aufrecht, kann allerdings nur dort verwirklicht werden, wo auf der Grundlage eines zwischenstaatlichen Abkommens oder des Gemeinschaftsrechts (Art 22 Abs 1 lit a der Verordnung 1408/71)¹¹⁰ Zugriff auf die vom ausländischen Versicherungsträger bereitgestellten Gesundheitsleistungen besteht. Ist dies nicht der Fall, wandelt sich der Sachleistungsanspruch zu einem Anspruch auf Kostenerstattung in dem Ausmaß, das der Krankenversicherungsträger aufzuwenden gehabt hätte, wäre eine Vertragseinrichtung im Inland in Anspruch genommen worden.¹¹¹

Der zweiten Gruppe (wenn sich der Versicherte zum Zweck einer bestimmten Krankenbehandlung ins Ausland begibt) ist voranzustellen, dass die Regeln über die Erfüllung der Sachleistungsvorsorge (durch Gesamt- und Einzelverträge) darauf abstellen, dass die Leistungserbringung im Inland durch inländische Einrichtungen erfolgt; an die Stelle des Anspruchs des Versicherten auf Sachleis-

72/05v, DRdA 2006, 54 = ARD 5697/16/2006: 24-Stunden-Blutdruckmessung.

¹⁰⁶ OGH 21.6.2004, 10 Obs 68/04d, JBl 2005, 120. Dazu auch Pfeil, Aktuelle Rechtsfragen der medizinischen Hauskrankenpflege, SozSi 2005, 89 und 136.

¹⁰⁷ Resch, Krankenbehandlung (FN 1) 29.

¹⁰⁸ Grillberger, Österreichisches Sozialrecht⁶ (2005) 49.

¹⁰⁹ OGH 22.5.2001, 10 Obs 95/01w, SSV-NF 15/58 = DRdA 2002/21, 292 (Binder).

¹¹⁰ Eingehend Windisch-Graetz, Europäisches Krankenversicherungsrecht (2003) 233 ff.

¹¹¹ Marhold, Behandlungsanspruch (FN 26) 15 f.

tung tritt – weil diese bei dem zur Verfügung stehenden Instrumentarium praktisch kaum durchführbar ist¹¹² – der Anspruch auf Kostenerstattung, selbst bei den (im Inland) von § 131 Abs 3 ASVG erfassten Notfällen.¹¹³ Der Patient wird wie ein wahlärztliche Hilfe in Anspruch nehmender Patient behandelt.¹¹⁴ Im Rahmen des Kostenerstattungsverfahrens ist zu prüfen, ob die Behandlung im Ausland zweckmäßig und ausreichend war und das Maß des Notwendigen nicht überschritten hat.¹¹⁵ Außerdem ist der Kostenerstattungsanspruch mit den Aufwendungen für eine Inlandsbehandlung begrenzt, wenn die Behandlung auch im Inland angeboten wird.¹¹⁶ Eine weitere Grenze bildet die Höhe der tatsächlich erwachsenen Kosten der Auslandsbehandlung; dem Versicherten dürfen durch eine Auslandsbehandlung keine Vermögensvorteile zukommen.¹¹⁷

Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ist zu bedenken, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Systeme der Sozialen Sicherheit zwar einen weiten Spielraum haben, dass sich ihre Systeme aber am Primärrecht messen lassen müssen. Dementsprechend steht es einem Leistungsempfänger aufgrund der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs grundsätzlich offen, sich zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben. Nach Art 22 Abs 1 lit c der Verordnung (EWG) 1408/71 kann der zuständige Träger die Genehmigung zu einem Auslandsaufenthalt erteilen, bei dem eine angemessene Behandlung in Anspruch genommen werden soll. Aufgrund einer solchen Genehmigung hat der Versicherte Anspruch auf Behandlung und Übernahme der Kosten nach den Vorschriften des Aufenthaltsstaates; die Kosten sind später vom zuständigen Träger zu erstatten.¹¹⁸ Die betroffenen Patienten haben demnach die Wahl, sich zwischen der durch Art 22 der Verordnung gesicherten vollen Erstattung und dem Mindestanspruch auf Erstattung der inländischen Sätze zu entscheiden.¹¹⁹ Die Genehmigung zum Auslandsaufenthalt darf vom zuständigen Träger nur dann verweigert werden, wenn die betreffende Behandlung auch zum Leistungsprogramm des zuständigen Trägers gehört und die Leistung im Wohnsitzstaat nicht rechtzeitig erbracht werden kann; auf diese Weise wird der Zugang zum jeweils höchsten medizinischen Standard unter den

¹¹² Im Hinblick auf das auch vom EG-Vertrag implizit vorausgesetzte Territorialitätsprinzip der Systeme der Sozialen Sicherheit besteht keine Verpflichtung der nationalen Versicherungsträger, auch ausländische Vertragspartner in das Sachleistungssystem in natura durch Abschluss von Verträgen aufzunehmen: Windisch-Graetz, Europäisches Krankenversicherungsrecht (FN 110) 70 f, 81.

¹¹³ Marhold, Behandlungsanspruch (FN 26) 17 f.

¹¹⁴ OGH 15. 12. 1992, 10 Obs 136/92, SZ 65/159 = SSV-NF 6/142 = EvBl 1994/2 unter Berufung auf Marhold, Behandlungsanspruch (FN 26) 18; Schrammel, Durchsetzung von Leistungsansprüchen (FN 13) 696 ff; Grillberger/Mosler (FN 7) 33.

¹¹⁵ Ein Anspruch auf die jeweils weltbeste medizinische Behandlung wird von der Judikatur abgelehnt: OGH 15. 12. 1992, 10 Obs 136/92, SZ 65/159 = SSV-NF 6/142 = EvBl 1994/2.

¹¹⁶ Marhold, Behandlungsanspruch (FN 26) 18 f.

¹¹⁷ OGH 18.5.2004, 10 Obs 185/03h, SSV-NF 18/45; Marhold, Behandlungsanspruch (FN 26) 19 f.

¹¹⁸ S zu Einzelheiten der Erstattung Art 93 – 95 der Verordnung.

¹¹⁹ EuGH 28.4.1998, C-158/96, Kohll, Slg 1998, I-1931.

Mitgliedstaaten verhindert.¹²⁰ Da diese Regelung (Art 22 Abs 2 der Verordnung 1408/71) nach dem EuGH¹²¹ eine Mindestnorm darstellt, ist eine darüber hinausgehende großzügigere Erteilung von Genehmigungen durch nationale Träger möglich.

Sieht man einmal von der Möglichkeit ab, dass nach einer ungerechtfertigten Verweigerung der Genehmigung Kostenerstattung verlangt werden kann, kann das Spannungsfeld zwischen der primärrechtlich verankerten Dienstleistungsfreiheit und dem der Verordnung 1408/71 zugrunde liegenden Genehmigungsvorbehalt nur dadurch aufgelöst werden, dass das Erfordernis einer Genehmigung rechtfertigbar ist. Die jüngere Rsp des EuGH zeigt deutlich, dass Genehmigungsvorbehalte nicht generell gerechtfertigt werden können; vielmehr muss im jeweiligen Einzelfall entschieden werden, ob die Dienstleistungsfreiheit des Versicherten beschränkt werden darf.¹²² Wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot ist es jedenfalls unzulässig, Behandlungsleistungen im Ausland nur dann zu genehmigen, wenn die betreffende Behandlung zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaates vorgesehen sind. Der Gefahr, dass auf diese Weise ein Anspruch des Versicherten auf Bezahlung des höchsten in den Mitgliedstaaten verfügbaren Standards der medizinischen Wissenschaft entsteht, wird durch die Beschränkung auf den das Maß des Notwendigen nicht überschreitenden Standard begegnet.¹²³

In diesem Zusammenhang ist noch anzuführen, dass auch im nationalen österreichischen Sozialversicherungsrecht ein Rechtsanspruch auf die jeweils „weltbeste“ medizinische Versorgung (und damit auf volle Erstattung von deren Kosten) abgelehnt wird, wenn es eine zumutbare billigere Behandlungsalternative im Inland gibt.¹²⁴ Wird allerdings die ausreichende, zweckmäßige und notwendige Behandlung im Inland nicht angeboten (und stehen auch keine inländischen Alternativbehandlungsmethoden) zur Verfügung, hat der Krankenversicherungsträger die Genehmigung zur Auslandsbehandlung zu erteilen; in diesem Fall hat er deren volle Kosten zu tragen.¹²⁵

Der EuGH stellt in seiner Judikatur grundsätzlich fest, dass wirtschaftliche Gründe nicht zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten und des freien Wettbewerbs führen dürfen, räumt aber ein, dass das finanzielle Gleichgewicht der Systeme der Sozialen Sicherheit aufgrund ihrer Sonderstellung im Gemeinschaftsrecht einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann. Während

¹²⁰ Aus diesem Grund wird immer wieder die Primärrechtswidrigkeit der Bestimmung geltend gemacht. S etwa *Urlesberger*, Ein gemeinsamer Markt für Kranke? ZAS 2001, 161 (163).

¹²¹ EuGH 12.7.2001, Rs C-368/98, Vanbraekel, Slg 2001, I-5363 = ZAS 2001/21, 181 (*Urlesberger* 161).

¹²² *Windisch-Graetz*, Europäisches Krankenversicherungsrecht (FN 110) 245 f.

¹²³ S auch *Windisch-Graetz*, Europäisches Krankenversicherungsrecht (FN 110) 248.

¹²⁴ OGH 15. 12. 1992, 10 ObS 136/92, SZ 65/159 = SSV-NF 6/142 = EvBl 1994/2. Näher dazu *Resch*, Krankenbehandlung (FN 1) 31.

¹²⁵ OGH 15. 12. 1992, 10 ObS 136/92, SZ 65/159 = SSV-NF 6/142 = EvBl 1994/2. Ebenso *Schrammel*, Durchsetzung von Leistungsansprüchen (FN 13) 698. Im Anwendungsbereich des GSVG sind aber wegen des 20 %-igen Selbstbehalts nie mehr als 80 % zu erstatten.

der Gerichtshof im Bereich der Leistungen niedergelassener Ärzte bisher in den konkret von ihm zu entscheidenden Fällen eine Rechtfertigung verneint hat, sah er eine Beschränkung im Zusammenhang mit einem Planungsaufwand, wie er üblicherweise mit der Versorgung der Bevölkerung in Krankenanstalten verbunden ist, als gerechtfertigt an, wenn sie notwendig ist, um eine allen offen stehende klinische Versorgung aufrecht zu erhalten.¹²⁶ Gleiches muss im Zusammenhang mit einem Sachleistungssystem gelten, das beispielsweise durch Stellenpläne eine flächendeckende Versorgung sicherstellen will.¹²⁷ Eine Rechtfertigung setzt aber voraus, dass eine gewisse Bagatellgrenze überschritten ist, etwa wenn Beitragserhöhungen oder Leistungskürzungen oder gar ein Systemwechsel (zB von Sachleistungserbringung in Richtung Kostenerstattung) notwendig würden.¹²⁸

¹²⁶ EuGH 12.7.2001, Rs C-157/99, Geraets-Smits/Peerbooms, Slg 2001, I-5473 = ZAS 2001/22, 183 (*Urlesberger* 161).

¹²⁷ *Windisch-Graetz*, Europäisches Krankenversicherungsrecht (FN 110) 81, 256.

¹²⁸ *B. Karl*, Die Auswirkungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Kostenerstattung, DRdA 2002, 15 (26); *Windisch-Graetz*, Europäisches Krankenversicherungsrecht (FN 110) 73, 81, 256.