

SGB V • Gesetzliche Krankenversicherung

Becker / Kingreen

7. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-75277-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz Krankenhausleistungen nach § 39 nur nach vorheriger Zustimmung durch die Krankenkassen in Anspruch genommen werden. ²Die Zustimmung darf nur versagt werden, wenn die gleiche oder eine für den Versicherten ebenso wirksame, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit rechtzeitig bei einem Vertragspartner der Krankenkasse im Inland erlangt werden kann.

(6) § 18 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gilt in den Fällen der Absätze 4 und 5 entsprechend.

Schrifttum: **Zu Abs. 1–3:** *M. Fischer*, Der Sachleistungsgrundsatz – ein unantastbares Urprinzip der GKV?, SGB 2008, 461; *B. Harich*, Das Sachleistungsprinzip in der Gemeinschaftsrechtsordnung, 2006; *K. Jacobs/C. Kip/S. Schulze*, Mehr Kostenerstattung in der GKV?, GGW 4/2010, 17; *E. Roos*, Kostenerstattung und Sachleistung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 1997, 464; *M. Stelpflug/T. S. Wipperfurth*, Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 3 SGB V bei Systemversagen in der psychotherapeutischen Versorgung, ZMGR 2017, 225; *M. Ulmer*, Kostenerstattung nach Rechnung gemäß § 13 SGB V, NZS 2010, 541; *J. Wasem*, Kostenerstattung und Sachleistung aus ökonomischer Sicht, MedR 2000, 472.

Zu Abs. 3a: *D. Barkow von Creytz*, Bodylifting, Brustvergrößerung, Fettsaugen in einer Privatklinik zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung?, NZS 2018, 933; *D. Felix*, Die Aufhebung fiktiver Verwaltungsakte im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, KrV 2018, 177; *E. Hahn*, Neue Patientenrechte im Krankenversicherungsrecht, SGB 2015, 144; *B. Harich*, Zur Rücknahme von Genehmigungsfiktionen, jurisPR-SozR 2/2018 Anm. 3; *M. Kellner*, Die neue Genehmigungsfiktion im Teilhaberecht, NJW 2018, 2486; *ders.*, Die Genehmigungsfiktion im Rehabilitations- und Teilhaberecht nach § 18 III SGB IX, DVBl. 2019, 284; *U. Knispel*, Rechtsfolgen einer nicht zeitgerechten Bearbeitung eines Leistungsantrags nach § 13 Abs. 3a SGB V, SGB 2014, 374; *ders.*, Bestandsaufnahme zu § 13 Abs. 3a SGB V nach den ersten Entscheidungen des BSG, GesR. 2017, 749; *K. von Koppenfels-Spies*, Stärkung der Patientenrechte? Sanktionierung der Krankenkassen? – Sinn und Zweck, Reichweite und Folgen des § 13 Abs. 3a SGB V, NZS 2016, 601; *M. Krüger*, § 13 Abs. 3a SGB V vor den Schranken der Sozialgerichtsbarkeit, NZS 2016, 521; *K. Rieker*, Die Kostenerstattungs Vorschrift des § 13 Abs. 3a SGB V – Eine Betrachtung aus sozialverfahrensrechtlicher Sicht, NZS 2015, 294; *A. Schneider*, Kostenerstattung und fingierte Genehmigung bei neuen Behandlungsmethoden am Beispiel der Kopforthese (§ 13 Abs. 3, Abs. 3a SGB V), NZS 2018, 753; *T. Spitzlei*, Bestehen einer Rücknahmemöglichkeit gem. § 45 SGB X nach Eintritt einer Genehmigungsfiktion durch § 13 Abs. 3a SGB V, NZS 2018, 759; *M. Ulmer*, Bundestag bekräftigt Grundsätze der Genehmigungsfiktion, SGB 2017, 567; *M. Uyanik*, Die Aufhebung von Genehmigungsfiktionen gemäß § 13 Abs. 3a SGB V – Wie gewonnen, so zerronnen?, KrV 2018, 53; *T. Vogl*, Die Genehmigungsfiktion des § 13 Abs. 3a SGB V, NZS 2014, 210; *T. Werner*, Die Genehmigungsfiktion des § 13 Abs. 3a S. 6 SGB V am Beispiel stationärer Krankenhausbehandlung, SGB 2015, 323.

Zu Abs. 4–6: *T. Becker*, Die Inanspruchnahme ausländischer Ärzte zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland, 2008; *U. Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt, NJW 2003, 2272; *ders./C. Walser*, Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – Von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU, NZS 2005, 449; *K.-J. Bieback*, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH, NZS 2001, 561; *ders.*, Abgrenzung der grenzüberschreitenden Nachfrage nach Gesundheitsleistungen auf Grund der Patienten-Richtlinie und auf Grund der VO (EG) Nr. 883/2004, ZESAR 2013, 143; *S. Devetzi*, Die Kollisionsnormen des Europäischen Sozialrechts, 2000; *W. Frenz/C. Ehlenz*, Grenzüberschreitende Wahrnehmung von Gesundheitsdienstleistungen, MedR 2011, 629; *M. Frischhut*

H. Stein, Patientenmobilität, 2011; *M. Fuchs*, Das neue Recht der Auslandskrankenbehandlung, NZS 2004, 225; *S. Fuhrmann/W. Heine*, Medizinische Rehabilitation im europäischen Ausland und Qualitätssicherung, NZS 2006, 341; *U. Gassner/S. Hübner*, Patientenmobilität und Patientenrechte – zur Umsetzung der EU-Richtlinie über die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung, GuP 2014, 46; *R. Giesen*, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das internationale Sozialrecht, 1999; *G. Haverkate/S. Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999; *S. Huster*, Grundfragen der Exportpflicht im europäischen Sozialrecht, NZS 1999, 10; *C. Janda*, Die Verteilung der Kostenlast bei ungeplanten Krankenhausaufenthalten in anderen EU-Mitgliedstaaten, ZESAR 2010, 465; *T. Kingreen*, Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, NJW 2001, 3382; *ders.*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, 500; *ders.*, Doppelbelastung und Doppelbefreiung im grenzüberschreitenden Sozialrecht, in: Becker/Schön (Hrsg.) Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, 239; *ders.*, Ein neuer rechtlicher Rahmen für einen Binnenmarkt für Gesundheitsleistungen, NZS 2005, 505; *ders.*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR Beiheft 1/2007, 43; *ders.*, Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Patienten-Richtlinie, ZESAR 2009, 107; *H. Klein/R. Schuler*, Krankenversicherung und grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in Europa, 2011; *M. Krajewski*, Grenzüberschreitende Patientenmobilität in Europa zwischen negativer und positiver Integration der Gesundheitssysteme, EuR 2010, 165; *B. v. Maydell*, Sach- und Kollisionsnormen im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1967; *K. B. Möller*, Europäische Marktfreiheiten im Wettbewerb am Beispiel der stationären Patientenversorgung, 2009; *S. Rixen*, Das europäisierte SGB V – Zur Rezeption EG-rechtlicher Vorgaben für das Leistungs(erbringer)recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG), ZESAR 2004, 24; *R. Schuler*, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1988; *B. Schulte*, Patientenmobilität in Europa, GesR 2012, 73; *B. Tiemann*, Inanspruchnahme von Leistungen in anderen Mitgliedstaaten der EU, in: Sodan KV-HdB, § 12; *P. Udsching*, Die Finanzierung grenzüberschreitender medizinischer Dienstleistungen in Europa, MedR 2014, 719; *ders./B. M. Harich*, Die Zukunft des Sachleistungsprinzips im europäischen Binnenmarkt, EuR 2006, 784; *A. Wallrabenstein*, Koordinierungssozialrecht – Grundstrukturen und allgemeine Prinzipien, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 7 2016, § 22; *F. Wöllenschläger*, Patientenmobilität in der Europäischen Union – von der Rechtsprechung des EuGH zur neuen Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, EuR 2012, 149; *A. Wunder*, Grenzüberschreitende Krankenbehandlung im Spannungsfeld von Grundfreiheiten und vertraglicher Kompetenzverteilung, 2008; *T. Zimmermann*, Grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung aus der Perspektive des deutschen Gesundheitssystems, 2008.

Übersicht

	Rn.
A. Überblick	1
B. Wahl der Kostenerstattung durch die Versicherten, Abs. 2	7
I. Das Wahlrecht	7
II. Rechtsfolgen der Ausübung des Wahlrechts	11
III. Verhältnis zu § 53 Abs. 4	15
C. Leistungsansprüche bei Systemversagen, Abs. 3, Abs. 3a	16
I. Dogmatische Einordnung und Abgrenzung	16
II. Anspruchsvoraussetzungen	20
1. Selbst beschaffte Leistung	20
2. Berechtigung zur Selbstbeschaffung	21
III. Rechtsfolgen	33

	Rn.
D. Kostenerstattung bei Inanspruchnahme von Leistungserbringern in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Abs. 4–6 ...	34
I. Typologie	34
II. Das duale leistungsrechtliche Rechtsregime für die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen	38
1. Kollisionsrecht	39
2. Sachrecht	41

A. Überblick

Die Vorschrift regelt die **Abwicklung von Leistungen der GKV** (→ § 11 1 Rn. 26–28). Sie knüpft in ihrem Abs. 1 zunächst an den in § 2 Abs. 2 S. 1 enthaltenen Grundsatz an, dass die Versicherten die Leistungen **grundsätzlich als Sach- und Dienstleistungen** erhalten, wenn das SGB V oder das SGB IX nicht etwas anderes bestimmen. Das **Sach- und Dienstleistungsprinzip** besagt, dass die KVen medizinische Sachleistungen (= Abgabe von Gegenständen, Bereitstellung von Einrichtungen) und Dienstleistungen (= Tätigkeiten von Personen) als Naturleistungen bereitstellen (→ § 2 Rn. 11). Da sie diese aber nicht selbst vorhalten (§ 140), bedienen sie sich zu ihrer Erbringung dritter Personen und/oder Institutionen (Leistungserbringer) und schließen mit diesen aufgrund ihrer aus dem Leistungsrecht folgenden Leistungsverpflichtung (BSGE 69, 170 (173); 88, 20 (26)) Verträge über die Erbringung der Leistungen (§ 2 Abs. 2 S. 3, vgl. zur Typologie des Vertragsrechts → § 69 Rn. 9–20). Diese Vereinbarungen regeln auch die finanzielle Abwicklung der Leistungsanspruchnahme, mit der Folge, dass die Leistungserbringer Vergütungsansprüche grundsätzlich nur gegen die KVen, nicht aber gegen die Versicherten haben (BGH NJW 1999, 858 (859 f.)).

Kostenerstattung bedeutet demgegenüber, dass die Versicherten sich 2 medizinische Sach- und Dienstleistungen selbst beschaffen müssen und sie Vergütungsansprüchen der Leistungserbringer ausgesetzt sind, die sie dann im Wege des Rückgriffs bei ihrem Krankenversicherungsträger liquidieren. **Kostenerstattung anstelle von Sach- und Dienstleistungen** ist insbes. in den drei in **Abs. 2–6** geregelten Fällen vorgesehen: bei der Wahl der Kostenerstattung durch den Versicherten (Abs. 2, → Rn. 7–15), bei Vorliegen eines Systemversagens (Abs. 3, Abs. 3a, → Rn. 16–33) und bei der Inanspruchnahme von Leistungserbringern in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (Abs. 4–6, → Rn. 34–56). **Weitere** iSv Abs. 1 **abweichende Bestimmungen** enthalten die §§ 14, 17 Abs. 2 und 3 (Kostenerstattung nicht gegen die KK, sondern unmittelbar gegen den Arbeitgeber/den Reeder), 18 Abs. 1 und 3 (Kostenerstattung möglich, aber nicht zwingend, vgl. → § 18 Rn. 7) sowie § 18 SGB IX, der für Rehabilitationsleistungen Abs. 3a verdrängt (Rn. 28). Keine Fälle der Kostenerstattung sind Zuschüsse der KK (zB nach § 39a Abs. 1 S. 1), weil diese nicht „anstelle der Sach- oder Dienstleistung“ (Abs. 1), sondern als Geldleistungen (§ 11 S. 1 SGB I) erbracht werden, sowie Erstattungsansprüche nach § 60 bei Benutzung des eigenen PKW oder öffentlicher Verkehrsmittel (→ § 60 Rn. 31; aA etwa Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner/Ulmer § 13 Rn. 7).

Der **konzeptionelle Unterschied** zwischen Sach-/Dienstleistungs- auf der 3 einen und Kostenerstattungsprinzip auf der anderen Seite wird häufig **überschätzt**. Obwohl er sich auf den Modus der Leistungsabwicklung beschränkt, wird er mitunter über diesen hinaus ausgedehnt und dadurch überhöht, dass

fragwürdige Zusammenhänge zwischen dem **Sachleistungsprinzip** und **anderen rechtlichen Phänomenen des Krankenversicherungsrechts** hergestellt werden:

- 4 – **Verknüpfung des Sachleistungs- mit dem sozialen Schutzprinzip.** Während das Sachleistungsprinzip als Ausdruck des sozialen Schutzgedankens gilt, soll das Kostenerstattungssystem auf dem Bild eines eigenverantwortlichen und kostenbewussten Patienten gründen (vgl. Sachverständigenrat BT-Drs. 12/3774, 220; KassKomm/Schifferdecker § 13 Rn. 2; Sodan NZS 1998, 305 (312)). Umgekehrt wird vertreten, dass nur das Sachleistungsprinzip verhindere, dass die Versicherten von medizinisch notwendigen Leistungen Abstand nehmen (Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner/Ulmer § 13 Rn. 3). Diese Gegensätze existieren indes so nicht: Auf der einen Seite ist das Sachleistungsprinzip kein immanenter Bestandteil einer Sozialversicherung (problematisch daher BSGE 69 170 (173): „übernormatives Grundprinzip“), weil solidarischer Schutz nicht durch die Abwicklung von Leistungen, sondern durch das vom versicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzip abweichende Verhältnis von Beitragsgestaltung und Leistungsinhalt bewirkt wird (Kingreen Sozialstaatsprinzip, 268 ff., 509 ff.); das belegen auch soziale Krankenversicherungen mit Kostenerstattung (etwa in Luxemburg und Frankreich). Daher gehört insbes. die Freistellung von der Vorfinanzierungspflicht nicht zum sozialen Schutzauftrag, zumal diese auch in Kostenerstattungssystemen durch längere Fristen bei den Zahlungsziele realisiert werden könnte und teilweise auch wird. Auf der anderen Seite ist auch der immer wieder behauptete **Zusammenhang zwischen Kostenerstattungsprinzip und Kostenbewusstsein** (Fischer SGB 2008, 461 (465)) **zweifelhaft** (Jacobs/Kip/Schulze GGW 4/2010, 17 (21); Wasem MedR 2000, 472 (474 f.); iErg auch Sodan KV-HdB/Hauck § 8 Rn. 12, 18). Im Übrigen können, wie § 305 Abs. 2 zeigt, Nachweise über die erbrachten Behandlungen und die entstandenen Kosten auch im Sachleistungssystem erstellt werden, bringen indes dort vermutlich genauso wenig wie in der PKV.
- 5 – **Verknüpfung des Sachleistungsprinzips mit dem Kollektivvertragsrecht.** Ferner überzeugt es nicht, die Existenz von Rechtsbeziehungen zwischen KVen und Leistungserbringern (§ 69) in einen Kausalzusammenhang mit dem Sachleistungsprinzip zu stellen (so etwa BeckOK SozR/Joussen § 2 Rn. 8). Zwar sind die Rechtsbeziehungen das Medium zur Realisierung des Leistungsverprechens. Doch muss auch in Kostenerstattungssystemen das, was der Versicherte beanspruchen und das, was der Leistungserbringer erbringen und liquidieren darf, normativ oder vertraglich aufeinander abgestimmt und müssen Vereinbarungen zur Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung getroffen werden. Daher **berührt die Art und Weise der Abwicklung des Leistungsanspruchs den Anspruchsinhalt nicht** (→ Rn. 12, 22 f., 54), weshalb Bestimmungen wie § 53 Abs. 4, die zur Umstellung auf das Kostenerstattungsverfahren berechtigen, keine Ermächtigung für die freie Ausgestaltung des Leistungskataloges sind (→ § 53 Rn. 17).
- 6 – **Verknüpfung des Sachleistungsprinzips mit der Rechtsnatur des Erfüllungsvertrages.** Schließlich wird als Besonderheit des Kostenerstattungsprinzips herausgestellt, dass der Versicherte insoweit privatrechtliche Verträge abschließen (Hauck/Noftz/Noftz § 13 Rn. 34; Krauskopf/Wagner § 13 Rn. 11). Eine Besonderheit gegenüber dem Sachleistungsprinzip wäre das aber nur, wenn die Erfüllungsverträge zwischen Versicherten und Leistungserbringern unter der Geltung des Sachleistungsprinzips als öffentlich-rechtliche Verträge

zu qualifizieren wären. Jedenfalls seit die §§ 630a ff. BGB das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patienten dem Zivilrecht zuordnen, lässt sich das nicht mehr vertreten (→ § 76 Rn. 22f.). Durch das Kostenerstattungsprinzip ändert sich lediglich der Anspruchsgegner und nur aus diesem Grunde auch die Rechtsnatur des Vergütungsanspruchs, der im Sachleistungssystem Bestandteil des Leistungserbringungs- und nicht des Erfüllungsverhältnisses ist. Das Erfüllungsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Versicherten hingegen ist unabhängig von der Geltung des Kostenerstattungs- oder des Sachleistungsprinzips stets zivilrechtlicher Natur.

B. Wahl der Kostenerstattung durch die Versicherten, Abs. 2

I. Das Wahlrecht

Nach Abs. 2 S. 1 können Versicherte Kostenerstattung anstelle von Sach- oder Dienstleistungen wählen. Wahlberechtigt sind alle Versicherten, also Pflichtversicherte, freiwillig Versicherte und Familienversicherte. Das Wahlrecht muss nicht einheitlich ausgeübt werden, dh Familienversicherte können sich anders entscheiden als der jeweilige Stammversicherte (Hauck/Nofitz/Nofitz § 13 Rn. 32).

Der Versicherte muss seine KK **in Kenntnis setzen**, dass er von seinem Wahlrecht Gebrauch zu machen gedenkt, Abs. 2 S. 2 („hierüber“). Daraus wird überwiegend geschlossen, dass das Wahlrecht nur gegenüber der KK ausgeübt werden kann (JurisPK/*Helbig* § 13 Rn. 27; BeckOK SozR/*Joussen* § 13 Rn. 5; Hauck/Nofitz/Nofitz § 13 Rn. 31). Indes unterscheidet die Vorschrift zwischen der nicht auf bestimmte Adressaten beschränkten Ausübung des Wahlrechts (Abs. 2 S. 1) und der Information der KK (Abs. 2 S. 2), dh das Wahlrecht kann entweder unmittelbar gegenüber der KK ausgeübt werden oder gegenüber dem Leistungserbringer, der dann die KK informiert (Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner/*Ulmer* § 13 Rn. 12). Die Information der KK muss zwingend vor Inanspruchnahme der Leistung, nicht aber unbedingt vor Ausübung des Wahlrechts geschehen (Peters KV-HdB/*Hauck* § 13 Rn. 130). An diese Erklärung, die er gem. Abs. 2 S. 4 gegenständlich auf bestimmte Leistungsarten beschränken kann, ist der Versicherte nach Abs. 2 S. 12 ein Kalendervierteljahr lang gebunden. Eine spezielle Pflicht der KKen, den Versicherten vor der Entscheidung zu beraten, besteht nicht mehr und muss auch nicht mehr bestehen, nachdem erst die Ausübung des Wahlrechts die Ersetzung des Sachleistungsdurch das Kostenerstattungsprinzip auslöst. Die KK hat daher nur noch die allgemeinen Auskunft- und Beratungspflichten (§§ 13–15 SGB I, vgl. BT-Drs. 16/3100, 97 sowie Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner/*Ulmer* § 13 Rn. 16). Die Wahl der Kostenerstattung **dispensiert** aber **nicht von zwingenden öffentlich-rechtlichen Genehmigungspflichten** der KKen. Auch wenn daher Kostenerstattung gewählt wurde, bedarf etwa die Versorgung mit Zahnkronen wegen der Notwendigkeit eines Heil- und Kostenplans (§ 87 Abs. 1a S. 2–6) der Genehmigung der KK (LSG Rheinland-Pfalz 17.11.2011 – L 5 KR 10/11 Rn. 14 – juris).

Der **Leistungserbringer** darf den Versicherten nicht in die Kostenerstattung drängen und muss alle im Leistungskatalog enthaltenen Leistungen erbringen (BT-Drs. 16/3100, 97: „kein Wahlrecht des Arztes, sondern des Versicherten“). Insbesondere muss er den Versicherten darüber informieren, dass Kosten, die nicht von

der KK übernommen werden, von diesem selbst zu tragen sind (Abs. 2 S. 3, s. dementspr. § 630c Abs. 3 S. 1 BGB). Kommt er dieser Pflicht nicht nach, entfällt im Hinblick auf die nicht von der KK übernommenen Kosten sein Vergütungsanspruch (vgl. Peters KV-HdB/*Hauck* § 13 Rn. 134).

- 10 Die **praktische Bedeutung der Vorschrift** ist gering (vgl. den auf der Grundlage von § 13 Abs. 2 S. 13 aF erstatteten Bericht des SpiBuKK, BT-Drs. 16/12639). Der Anteil der Versicherten, der Kostenerstattung wählt, lag im 2. Halbjahr 2008 bei 0,19 %; etwa 2/3 aus diesem Personenkreis beschränkt zudem die Kostenerstattung auf einen oder mehrere Leistungsbereiche, und zwar zumeist auf (vertrags-)zahnärztliche Leistungen. An diesen Zahlen dürfte sich kaum etwas geändert haben. Anders als es das BMG in seiner Stellungnahme zum SpiBuKK-Bericht (BT-Drs. 16/12639, 1) unterstellt, liegt das aber weniger an der fehlenden Akzeptanz des Kostenerstattungsprinzips insgesamt als vielmehr an der unattraktiven Ausgestaltung der Regelung (dazu Spickhoff/*Trenk-Hinterberger* § 13 Rn. 5).

II. Rechtsfolgen der Ausübung des Wahlrechts

- 11 Die Ausübung des Wahlrechts **verlagert** den **Vergütungsanspruch vom Leistungserbringungs- in das Erfüllungsverhältnis**: Während der Leistungserbringer im Sachleistungssystem einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen die KK hat (ggf. vermittelt durch kollektivvertragliche Vereinbarungen und Abwicklungen), hat er im Kostenerstattungssystem einen privatrechtlichen Anspruch (§ 611 oder § 631 BGB) unmittelbar gegen den Versicherten. Der Vergütungsanspruch ist also im **Sachleistungssystem** Bestandteil des **öffentlich-rechtlichen Leistungserbringungsverhältnisses** zwischen Leistungserbringer und KK, im **Kostenerstattungssystem** hingegen Teil des **privatrechtlichen Erfüllungsverhältnisses** zwischen Leistungserbringer und Versicherten, der dann einen öffentlich-rechtlichen Aufwendungsersatzanspruch gegen die KK hat, für den Abs. 2 S. 8–11 gilt.
- 12 Inhaltlich **berührt** die Ausübung des Wahlrechts den durch das SGB V und die untergesetzlichen Normen gebildeten **Leistungskatalog** (→ § 11 Rn. 16–22) grundsätzlich **nicht** (BSG 25.9.2000 – B 1 KR 24/99 R. Rn. 11; BeckOK SozR/*Joussen* § 13 Rn. 10). Obergrenze für den Erstattungsanspruch ist die im Sachleistungssystem anfallende Vergütung (S. 8). Aus S. 8 soll sich auch ergeben, dass Zuzahlungen (→ § 11 Rn. 24) mindernd berücksichtigt werden (BT-Drs. 17/3696, 44 f.). Speziell für die Kostenerstattung nach § 129 Abs. 1 S. 5 sind zudem Abschläge als Kompensation für die der KK entgangenen Rabatte (§ 130a Abs. 8) und Mehrkosten im Vergleich zur Abgabe eines Arzneimittels nach § 129 Abs. 1 S. 3 und 4 vorzusehen (S. 11 Hs. 1); diese sollen pauschaliert werden (S. 11 Hs. 2). In ihrer **Satzung**, die das Verfahren der Kostenerstattung zu regeln hat (S. 9), kann die KK zudem Abschläge von bis zu 5 % vom Erstattungsbetrag für **Verwaltungskosten** in Abzug bringen (S. 10).
- 13 Die Orientierung am Vergütungsrahmen des Sachleistungssystems bürdet damit dem Versicherten das Preisrisiko auf und kann auch für die KVen mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Wenn nämlich, wie bei vertragsärztlichen Leistungen, die Leistungserbringung Budgetierungen unterliegt, lässt sich die nach S. 8 maßgebliche Vergütung für eine konkrete ärztliche Leistung nicht exakt bestimmen. Zum Schutz der KK vor zusätzlichen Ausgaben werden die entstandenen Kosten immerhin **mit der Gesamtvergütung verrechnet**; eine **Ausnahme** besteht nach § 87a Abs. 3a S. 5 iVm § 13 Abs. 2 S. 5 nur bei **Inanspruchnahme nicht zugelassener Leistungserbringer** (→ Rn. 14), die nicht

Mitglieder der KVen sind und daher nicht am kollektivvertraglichen Vergütungssystem teilnehmen.

Abweichend von den allgemeinen Regeln dürfen nach Abs. 2 S. 5 auch **nicht zugelassene Leistungserbringer** nach vorheriger Zustimmung der KK in Anspruch genommen werden. Das wird va relevant, wenn ein zugelassener Leistungserbringer mit der benötigten Qualifikation nicht zur Verfügung steht (Spickhoff/*Trenk-Hinterberger* § 13 Rn. 6). Das ist der **einzig wirkliche Vorteil des Kostenerstattungsverfahrens**, das für den Versicherten ansonsten nur Nachteile (Vorfinanzierung, Unsicherheiten bei der Erstattungshöhe etc.) bringt. Für die KVen ist hingegen gerade dieses Recht wegen der fehlenden Verrechnungsmöglichkeit mit der Gesamtvergütung ein Nachteil (→ Rn. 13). Die **Zustimmung** ist eine **Ermessensentscheidung** der KK, die vor der Leistungsinanspruchnahme einzuholen ist. Eine nachträgliche Zustimmung ist ausgeschlossen (LSG Thüringen 27.9.2011 – L 6 KR 910/06 Rn. 34 – juris). Sie kann durch Richterspruch ersetzt werden, wenn das Ermessen der KK auf Null reduziert ist (LSG Niedersachsen-Bremen 14.7.2009 – L 8 SO 209/08 ER Rn. 30 – juris). Die Ermessensausübung wird gem. Abs. 2 S. 6 durch **medizinische** und **soziale** Erwägungen gesteuert. Der Gesetzgeber hat dabei vor allem an den Fall gedacht, dass ein zugelassener Leistungserbringer mit der erforderlichen indikationsbezogenen Qualifikation in angemessener Nähe nicht zur Verfügung steht (BT-Drs. 15/1525, 80). Zudem muss nach Abs. 2 S. 6 eine **gleichwertige** Versorgung gewährleistet sein, was bei Berufsgruppen, die nicht im 4. Kapitel aufgeführt sind (etwa Heilpraktiker), trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts von Abs. 2 S. 5 („nicht genannte Leistungserbringer“, vgl. auch Hauck/Noftz/Noftz § 13 Rn. 35b) nicht der Fall sein soll (BT-Drs. 15/1525, 80). Ärzte, die auf ihre **Zulassung verzichtet** haben, dürfen nach Abs. 2 S. 7 iVm § 95b Abs. 3 S. 1 nicht in Anspruch genommen werden; die Inanspruchnahme nach Abs. 3 bleibt indes unberührt (BSG NZS 2008, 666 (670); vgl. auch *Platzer/Matschiner* NZS 2008, 244 (246)).

III. Verhältnis zu § 53 Abs. 4

Statt von seinem Wahlrecht nach Abs. 2 Gebrauch zu machen, kann der Versicherte nach § 53 Abs. 4 Kostenerstattung auch in Gestalt eines **Wahltarifes** wählen. Die KK kann den Wahltarif in ihrer Satzung vorsehen, muss dies aber nicht. Wenn sie ihn aber anbietet, kann der Versicherte zwischen beiden Möglichkeiten wählen. Die KK darf ihn also auch bei bestehendem Wahltarif nicht daran hindern, sein ihm in Abs. 2 gesetzlich eingeräumtes Wahlrecht auszuüben. Es bestehen einige Unterschiede: Für den Wahltarif gilt die Beratungspflicht nach Abs. 2 S. 2–4 nicht. Auch ist das Regelwerk für die Höhe der Kostenerstattung flexibler als bei Abs. 2.

C. Leistungsansprüche bei Systemversagen, Abs. 3, Abs. 3a

I. Dogmatische Einordnung und Abgrenzung

Der Versicherte hat nach Abs. 3 und 3a Anspruch auf Kostenerstattung, wenn die KK eine Leistung trotz bestehender Leistungspflicht nicht erbringt (Abs. 3) oder über eine Leistung nach Fristablauf nicht entschieden hat (Abs. 3a) und der Versicherte sich diese daher selbst beschafft. Im Einzelnen sind drei Fälle dieses sog. **Systemversagens** zu unterscheiden: die nicht rechtzeitige Erbringung einer

Leistung (Abs. 3 S. 1 Alt. 1), die rechtswidrige Leistungsablehnung (Abs. 3 S. 1 Alt. 2) und die nicht rechtzeitige Entscheidung über einen Leistungsantrag (Abs. 3a). Während sich allerdings **Abs. 3 in das System des öffentlichen Entschädigungsrechts einfügt**, hat **Abs. 3a** eine darüber hinausgehende, dem Entschädigungsrecht fremde **Sanktionsfunktion**:

- 17 **Abs. 3** ist eine **Ausprägung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs** (BSGE 79, 125 (126); NZS 2007, 84 (86)) und **Anspruchsgrundlage**: Er verpflichtet die KK zur Vornahme einer Rechtshandlung, die denjenigen Zustand (= Kostenerstattung) herstellt, der bestehen würde, wenn sie ihrer Rechtspflicht systemgemäß nachgekommen wäre (vgl. BSGE 65, 21 (26)), dh rechtzeitig geleistet (Abs. 3 S. 1 Alt. 1) oder die Leistung nicht zu Unrecht verweigert (Abs. 3 S. 1 Alt. 2) hätte. Diese Regelungen sind **abschließend**. Ein **allgemeiner, auf Kostenerstattung gerichteter sozialrechtlicher Herstellungsanspruch** ist daher neben Abs. 3 ebenso wenig anwendbar (BSGE 73, 271 (273); 99, 180 (182)) wie ein **Amtshaftungsanspruch** (Hauck/Noftz/Noftz § 13 Rn. 48) und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag (Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner/Ulmer § 13 Rn. 10). Auch innerhalb des Bundessozialgerichts umstritten ist aber die Frage, ob der Herstellungs- und der Amtshaftungsanspruch anwendbar sind, wenn und soweit sie nicht auf Kostenerstattung für eine selbst beschaffte Leistung gerichtet sind, sondern auf Ersatz des Schadens für **fehlerhafte Beratung** (dafür der 3. Senat BSGE 89, 50 (54); dagegen der 1. Senat BSG 4.3.2006 – B 1 KR 5/05 R. Rn. 19 ff.). Die Diskussion erübrigt sich, wenn man eine Falschberatung regelmäßig mit einer Ablehnung iSv Abs. 3 S. 1 Alt. 2 gleichsetzt (→ Rn. 26).
- 18 **Abs. 3a** hat hingegen nicht nur die Funktion, einen Zustand wiederherzustellen, der durch ein rechtswidriges Verhalten entstanden ist. Vielmehr sollen Versicherte nach fruchtlosem Ablauf der in der Vorschrift vorgesehenen Fristen auch solche Leistungen in Anspruch nehmen können, die materiell nicht zum Leistungskatalog gehören (→ Rn. 29). Die KKKen werden folglich – über die Pflicht zur Wiedergutmachung hinausgehend – sanktioniert. Diese **Sanktionsfunktion** entspricht zwar dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 18/9522, 236 zu § 18 SGB XI), sie ist aber rechtspolitisch verfehlt, weil sie mit den KKKen zugleich die Versichertengemeinschaft trifft, die für scharlataneske Heilsversprechen (Kostprobe bei *Uyanik* KrV 2018, 53 (55)) aufkommen muss. Damit verkehrt sich die rechtspolitische Zielsetzung des Patientenschutzes ins Gegenteil. Im **System des öffentlichen Entschädigungsrechts** bildet die Vorschrift zudem einen **Fremdkörper**, denn nirgends sonst in der Rechtsordnung sind Behörden einer über die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands hinausgehenden „Bestrafung“ ausgesetzt (mit Recht krit. *Krasney* KrV 2015, 260 (261); v. *Koppenfels-Spies* NZS 2016, 601 (605)).
- 19 Für **selbst beschaffte Rehabilitationsleistungen** gilt nach Abs. 3 S. 2 § 18 SGB IX, der in seinem Abs. 6 eine § 13 Abs. 3 weitgehend entsprechende Bestimmung enthält. Im Anwendungsbereich des Abs. 3a gelten nach dessen S. 9 die §§ 14–24 SGB XI (→ Rn. 28). Mit Wirkung ab dem 1.9.2020 gilt ein neuer Abs. 3 S. 3, der spezielle Anforderungen an die **Selbstbeschaffung psychotherapeutischer Leistungen** normiert (dazu BT-Drs. 19/9770, 63 f.).

II. Anspruchsvoraussetzungen

- 20 **1. Selbst beschaffte Leistung.** Der Versicherte muss sich eine Gesundheitsleistung selbst beschafft haben, dh außerhalb des für Sach- und Dienstleistungen