

SGB V • Gesetzliche Krankenversicherung

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), und Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Bearbeitet von den Herausgebern und von Prof. Dr. Peter Axer, Prof. Dr. Hermann Butzer, Dr. Dirk Göppfarth, Prof. Dr. Stefan Huster, Prof. Dr. Jacob Joussen, Katrin Just, Dr. Jutta Kaempfe, Prof. Dr. Markus Kaltenborn, Prof. Dr. Heinrich Lang, Dr. Anne Barbara Lungstras, Richterin am Sozialgericht, Dr. Christian Mecke, Bundessozialgericht, Jürgen Michels, Bayerisches Landessozialgericht, Dr. Karl-Heinz Mühlhausen, Dirk Niggehoff, Rechtsanwalt, Andreas Pfohl, Prof. Dr. Stephan Rixen, Prof. Dr. Reimund Schmidt-de Caluwe, Prof. Dr. Karsten Scholz, Dr. Markusichert, Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein, und Prof. Dr. Felix Welti

6. Auflage 2018. Buch. XLIX, 2430 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 72333 9

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Sozialrecht > SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

längere Fristen bei den Zahlungszielen 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); Wäsem 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.

- **Verknüpfung des Sachleistungsprinzips mit dem Kollektivvertragsrecht.** Ferner überzeugt es nicht, die Existenz von Rechtsbeziehungen zwischen KKn 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 Leistungsversprechens. 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).
- **Verknüpfung des Sachleistungsprinzips mit der Rechtsnatur des Erfüllungsvertrages.** Schließlich wird als Besonderheit des Kostenerstattungsprinzips herausgestellt, dass der Versicherte insoweit privatrechtliche Verträge abschließe (Hauck/Noftz/Noftz § 13 Rn. 34; Krauskopf/Wagner § 13 Rn. 9). 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. 22 f.). 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/Noftz/Noftz § 13 Rn. 32).

- 8 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/*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 Sachleistungs- durch das Kostenerstattungsprinzip auslöst. Die KK hat daher nur noch die allgemeinen Auskunfts- und Beratungspflichten (§§ 13–15 SGB I, vgl. BT-Drs. 16/3100, 97 sowie Eichenhofer/*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).
- 9 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 An-

spruch (§ 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 Versichertem, der dann einen öffentlich-rechtlichen Aufwendersersatzanspruch gegen die KK hat, für den Abs. 2 S. 8–11 gilt:

Inhaltlich **berührt** die Ausübung des Wahlrechts den durch das SGB V und die untergesetzlichen Normen gebildeten **Leistungskatalog** (→ § 11 Rn. 16–22) grundsätzlich **nicht** (BSG SozR 3–2500 § 13 Nr. 23 S. 108 f.; BeckOK SozR/Joussen § 13 Rn. 10). Obergrenze für den Erstattungsanspruch ist die im Sachleistungsprinzip 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).

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/Tienk-Hinterberger § 13 Rn. 6). Das ist der **einzige 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/Nofitz/Nofitz § 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

- 15 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, 3a

I. Dogmatische Einordnung und Abgrenzung

- 16 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 Herstellungsanspruches** (BSGE 79, 125 (126); NZS 2007, 84 (86)) und **Anspruchsgrundlage**: Er verpflichtet die KK zur Vornahme einer Rechtshandlung zur Herstellung desjenigen Zustandes (= Kostenerstattung) 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/Nofitz/Nofitz § 13 Rn. 48) und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag (Eichenhofer/Wenner/Ulmer § 13 Rn. 10). Auch innerhalb des Bundessozialgerichts umstritten ist aber die Frage, ob Herstellungs- und 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 SozR

4–2500 § 13 Nr. 8). Die Diskussion erübrigt sich, wenn man eine Falschberatung regelmäßig mit einer Ablehnung iSv Abs. 3 S. 1 Alt. 2 gleichsetzt (→ Rn. 26).

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 KKen 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 KKen zugleich die Versicherungsgemeinschaft 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)).

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).

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Selbst beschaffte Leistung. Der Versicherte muss sich eine Gesundheitsleistung selbst beschafft haben, dh außerhalb des für Sach- und Dienstleistungen gesetzlich vorgesehenen Beschaffungsweges (BSGE 82, 158 (159)). Keine Selbstbeschaffung liegt vor, wenn die Behandlung sowohl von Seiten des Leistungserbringers als auch von Seiten des Versicherten erkennbar als Sachleistung durchgeführt werden soll und lediglich bei der Abwicklung gegen Grundsätze des Leistungsrechts verstoßen wird (BSGE 82, 158 (159 f.)) oder der Versicherte davon ausgehen durfte, eine Sachleistung der KK zu erhalten (SG Braunschweig 23.11.2010 – S 6 KR 275/08 Rn. 19 f. – juris; Peters KV-HdB/*Hauck* § 13 Rn. 57). Noch keine Selbstbeschaffung liegt vor, wenn vor der Bewilligung der Leistung notwendige Auswahlentscheidungen getroffen werden (LSG Berlin-Brandenburg 9.3.2011 – L 9 KR 302/07 Rn. 22 – juris; LSG Nordrhein-Westfalen 9.6.2011 – L 5 KR 89/09 Rn. 34 – juris).

2. Berechtigung zur Selbstbeschaffung. Der Versicherte ist zur Selbstbeschaffung berechtigt, wenn entweder nach Abs. 3 eine von der KK geschuldete notwendige (Abs. 3 S. 1 Hs. 2) Leistung infolge eines Mangels im Leistungssystem der GKV nicht als Sach- oder Dienstleistung erbracht werden kann (→ Rn. 22–27) oder wenn die KK über einen Antrag auf Genehmigung nicht innerhalb der Fristen des Abs. 3a entschieden hat (→ Rn. 28–32). Es muss also ein **Kausalzusammenhang** zwischen der Nichtleistung bzw. dem fruchtlosen Fristablauf und den beim Versicherten entstandenen Kosten vorliegen. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Anspruchsgrundlagen betrifft das **Verhältnis zum originären Sachleistungsanspruch**: Während Abs. 3 voraussetzt, dass ein Leistungsanspruch im materiellen Sinne besteht (→ Rn. 22), tritt die Genehmigungsfiktion

des Abs. 3a auch ein, wenn der Versicherte materiell nicht anspruchsberechtigt ist (→ Rn. 29):

- 22 a) Nichterfüllung eines Leistungsanspruches, Abs. 3. aa) Leistungsanspruch.** Der Kostenerstattungsanspruch ist grundsätzlich **akzessorisch zum originären Sachleistungsanspruch**. Beide Tatbestände des Abs. 3 setzen daher voraus, dass „die selbst beschaffte Leistung zu den Leistungen gehört, welche die Krankenkasse allgemein in Natur als Sach- oder Dienstleistung zu erbringen hat“ (BSG NZS 2005, 589 (590)). Es sind daher stets die Voraussetzungen des originären Sachleistungsanspruchs (→ § 11 Rn. 6 ff.) zu prüfen. **Kein Kostenerstattungsanspruch** besteht, wenn der Versicherte keinem rechtswirksamen Vergütungsanspruch des Leistungserbringers ausgesetzt ist (BSGE 80, 181(182)), insbes. bei einer nicht ordnungsgemäßen Abrechnung (LSG Berlin-Brandenburg 13.3.2009 – L 1 KR 1170/05 Rn. 26 – juris) oder bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht hinsichtlich der Leistungspflicht der KK (LSG Saarland 22.6.2011 – L 2 KR 1/11 Rn. 27 – juris). Auch scheidet ein Anspruch auf Kostenerstattung für Leistungen, die von nicht zugelassenen Leistungserbringern erbracht wurden (BSGE 80, 181(182 ff.)) und für Behandlungsmethoden, die im Sachleistungssystem ausgeschlossen sind (LSG Niedersachsen-Bremen 11.6.2015 – L 1 KR 141/14 Rn. 30 – juris; Hauck/Nofz/Nofz § 13 Rn. 44), aus.
- 23** Abs. 3 begründet damit zwar selbst keine im einfachen oder untergesetzlichen Recht nicht vorgesehenen Leistungsansprüche. Er ist aber ein Vehikel, um insbes. verfassungsrechtlich notwendige Leistungsausweitungen geltend zu machen. Bedeutung hatte Abs. 3 insbes. beim indikationsüberschreitenden Einsatz von Arzneimitteln (BSGE 89, 184 (184 ff.); sog. Off Label Use), bei einzigartigen Erkrankungen, zu denen der G-BA mangels generalisierbarer Erkenntnisse nicht Stellung nehmen kann (BSG NZS 2003, 589 (593)), bei einer nicht zeitgerechten Entscheidung des G-BA (BSG NZS 2004, 99 (101)) sowie bei schweren Krankheiten, für die keine schulmedizinischen Behandlungsmethoden existieren, wenn eine nicht ganz fernliegende Aussicht auf Heilung oder spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht (BVerfGE 115, 25 (49 ff.), vgl. nunmehr § 2 Abs. 1a). Das sind keine Ausnahmen vom Grundsatz der Akzessorietät zwischen Kostenerstattungs- und Sachleistungsanspruch. Anspruchserweiterungen werden zwar regelmäßig mit Hilfe von Abs. 3 durchgesetzt, gelten aber dann für den Sachleistungsanspruch gleichermaßen.
- 24 bb) Nichterfüllung. (1) Nicht rechtzeitige Leistungserbringung, Abs. 3 S. 1 Alt. 1.** Nichterfüllung liegt zum einen vor bei einer **unaufschiebbaren, aber nicht verfügbaren Leistung**. Die damit gemeinte Konstellation darf **nicht mit einem Notfall verwechselt** werden. Ein Notfall liegt vor, wenn die Behandlung aus medizinischen Gründen so dringlich ist, dass es bereits an der Zeit für die Auswahl eines zugelassenen Therapeuten und dessen Behandlung fehlt. Dann gilt nämlich nicht Abs. 3 S. 1 Alt. 1, sondern insbes. § 76 Abs. 1 S. 2, wonach die Inanspruchnahme eines nicht zugelassenen Vertragsarztes im Notfall im Sachleistungssystem abgewickelt wird (BSG 8.9.2015 – B 1 KR 14/14 R Rn. 14 – juris; Peters KV-HdB/Hauck § 13 Rn. 110; Krauskopf/Wagner § 13 Rn. 26). Erbringt der Versicherte im Notfall gleichwohl Leistungen an den Leistungserbringer, kann er sie daher nicht nach Abs. 3 S. 1 Alt. 1 von der KK, sondern nach bürgerlichem Recht vom Leistungserbringer zurückfordern (BSG 14.12.2006 – B 1 KR 114/06 B Rn. 5 – juris). Bezugspunkt der Unaufschiebbarkeit iSv Abs. 3 S. 1 Alt. 1 ist hingegen nicht die (aus medizinischen Gründen nicht mehr mögliche) Auswahl

des Leistungserbringers, sondern die Entscheidung (nicht die Einschaltung, → Rn. 25) der KK. Eine Leistung ist dementsprechend iSv Abs. 3 S. 1 Alt. 1 **unaufschiebbar**, wenn sie im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Ausführung so dringlich war, dass aus medizinischer Sicht keine Möglichkeit eines nennenswerten Aufschubes mehr besteht, um vor der Beschaffung die **Entscheidung** der KK abzuwarten (BSG 8.9.2015 – B 1 KR 14/14 R. Rn. 15 – juris) oder mit einer zunächst nicht eilbedürftigen Behandlung so lange gewartet wurde, bis Dringlichkeit eingetreten ist (BSGE 73, 271 (287)). Anwendbar ist die Vorschrift auch, wenn ein **ausländischer Staat**, mit dem ein **Sozialversicherungsabkommen** besteht, die nach dem Abkommen geschuldete Leistung nicht erbringt und das Abkommen keine Sonderregelungen für den Fall des Systemversagens enthält (BSG NZS 2013, 264 (265)).

Die Unaufschiebbarkeit entfällt nur, wenn es dem Versicherten unzumutbar ist, die **Entscheidung der KK** abzuwarten. Regelmäßig zumutbar ist es ihm aber, die KK überhaupt einzuschalten. Der Versicherte muss daher **vor der Leistungs-inanspruchnahme** grundsätzlich zunächst **Kontakt mit der KK** aufnehmen, damit diese die objektive Verfügbarkeit prüfen und dem Versicherten mitteilen kann (BSGE 99, 180 (185 f.)). An einer Unaufschiebbarkeit fehlt es dementsprechend, wenn die KK vor der Leistungsanspruchnahme nicht mit dem Leistungsbegehren des Versicherten befasst worden ist, obwohl dies möglich und zumutbar (BSG SGB 2007, 363 (364); LSG Nordrhein-Westfalen 9.6.2011 – L 5 KR 89/09 Rn. 31 – juris) gewesen wäre oder der Versicherte unabhängig von der Entscheidung der KK bereits auf eine bestimmte **Leistung** festgelegt war (BSG SozR 4-2500 § 13 Nr. 20 Rn. 29; SozR 4-2500 § 36 Nr. 2 Rn. 11). Bei laufenden oder sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Leistungen ist Unaufschiebbarkeit nur bis zur Entscheidung der KK gegeben; für die nach einer ablehnenden Entscheidung in Anspruch genommenen Leistungen kommt nicht mehr Abs. 3 S. 1 Alt. 1, sondern Alt. 2 in Betracht (BSG SozR 4-2500 § 13 Nr. 10 Rn. 22).

(2) Unrechtmäßige Leistungsablehnung, Abs. 3 S. 1 Alt. 2. Zum anderen ist Nichterfüllung auch gegeben, wenn die KK die Erbringung einer Leistung zu Unrecht **ablehnt**. Eine Leistung wird auch dann zu Unrecht abgelehnt, wenn die KK den Versicherten falsch oder unvollständig berät (JurisPK/*Helbig* § 13 Rn. 46; Hauck/Noftz/*Noftz* § 13 Rn. 52 und wohl auch Eichenhofer/*Wenner/Ulmer* § 13 Rn. 9). Damit erübrigt sich auch insoweit ein Rückgriff auf allgemeine Anspruchsgrundlagen (→ Rn. 18). Anders als Alt. 1 setzt Alt. 2 schon begrifflich („abgelehnt“) und daher ausnahmslos voraus, dass der Versicherte vor der Inanspruchnahme der Leistung die Entscheidung der KK einholt und dieser damit die Möglichkeit gibt, über ihre Leistungspflicht zu entscheiden. Der Antrag muss allerdings erst gestellt werden, nachdem der Versicherte (etwa bei Hilfsmitteln) von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht hat und damit den Leistungsantrag seiner Wahl entsprechend konkretisieren kann (BSGE 90 220 (231)). Eines Antrages soll es selbst dann bedürfen, wenn die Ablehnung der KK von vornherein feststeht (BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 15 S. 74 f.; Eichenhofer/*Wenner/Ulmer* § 13 Rn. 32; Krauskopf/*Wagner* § 13 Rn. 32). Ein Widerspruchsverfahren muss der Versicherte aber nicht abwarten (BeckOK SozR/*Joussen* § 13 Rn. 19a).

Die Leistung ist zu **Unrecht** abgelehnt worden, wenn ein Rechtsanspruch auf die Leistung bestand, Ermessen fehlerhaft oder gar nicht ausgeübt oder ein Versicherungsverhältnis fälschlicherweise verneint wurde (Krauskopf/*Wagner* § 13 Rn. 33).

28 **b) Nicht rechtzeitige Entscheidung über einen Leistungsantrag.**
Abs. 3a. aa) Sachlicher Anwendungsbereich. Versicherte haben nach Abs. 3a S. 7 einen **Kostenerstattungsanspruch**, wenn die KK **nicht** nach Maßgabe von Abs. 3a S. 1–4 **rechtzeitig über einen Leistungsantrag entschieden hat**. Die § 17 Abs. 1 S. 1 SGB I konkretisierende Vorschrift bezweckt die Beschleunigung der Bewilligungsverfahren der KK und dient damit der Stärkung der Versichertenrechte (BT-Drs. 17/10488, 32 und BT-Drs. 17/11710, 40; vgl. als – freilich außenrechtlich unverbindliche – Interpretationshilfe das Gemeinsame Rundschreiben zur leistungsrechtlichen Vorschrift des § 13 Abs. 3a SGB V der Spitzenverbände v. 15.5.2013). Ihr sachlicher Anwendungsbereich sind daher **antragsabhängige Leistungen**; sie gilt im Antrags-, nicht aber im Widerspruchsverfahren (LSG Rheinland-Pfalz 21.5.2014 – L 5 KR 91/14 B ER Rn. 11 – juris; LPK-SGB V/Schuler § 13 Rn. 17; aA *Vögl NZS* 2014, 210 (210 f.)). Auf Leistungen, die sich ein Versicherter ohnehin selbst mit seiner Gesundheitskarte (§ 291) beschaffen kann, ist Abs. 3a nicht anwendbar (LSG Berlin-Brandenburg 24.2.2016 – L 9 KR 412/15 B ER Rn. 11 – juris). Die Vorschrift passt zudem aus systematischen Gründen (Abs. 1: Kostenerstattung anstelle von Sach- und Dienstleistungen) nicht für Geldleistungen (BSG 8.3.2016 – B 1 KR 25/15 R Rn. 11 – juris). Sie ist ferner nicht anwendbar, wenn das Leistungsrecht spezielle Bestimmungen enthält. Das betrifft neben § 32 Abs. 1a vor allem die §§ 14–24 SGB IX, die nach S. 9 anstelle von Abs. 3a für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gelten, soweit es um die „Koordinierung der Leistungen“ und die „Erstattung selbstbeschaffter Leistungen“ geht. Der **1. Senat des Bundessozialgerichts** möchte S. 9 allerdings nur auf Leistungen der medizinischen Rehabilitation iSv § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 (→ § 27 Rn. 50) anwenden (BSG 8.3.2016 – B 1 KR 25/15 R Rn. 17 – juris). Damit werden Hilfsmittel (§ 33) jedenfalls dann nicht von S. 9 erfasst und fallen folglich in den Anwendungsbereich von Abs. 3a, wenn sie der Akutbehandlung und nicht der Rehabilitation dienen (BSG 11.5.2017 – B 3 KR 30/15 R Rn. 36 f. – juris; LSG Niedersachsen-Bremen 12.12.2017 – L 16 KR 334/17 Rn. 25 – juris).

29 **bb) Verhältnis zum Sachleistungsanspruch.** Umstritten ist, ob sich Abs. 3a nur auf materiell-rechtlich grds. genehmigungsfähige Leistungen bezieht oder ob die Genehmigungsfiktion zu einer Ausweitung der Leistungspflicht auch auf solche Leistungen führt, die nach materiellem Recht nicht zum Leistungskatalog gehören. In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Vorschrift teilweise aufgrund des systematischen Zusammenhanges ebenso wie Abs. 3 interpretiert (→ Rn. 22) und daher eine Ausweitung der Genehmigungsfiktion über den Leistungskatalog hinaus abgelehnt. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass nach Abs. 3a S. 2 nur „Leistungsberechtigte“ von der Genehmigungsfiktion in Abs. 3a S. 6 profitieren sollen, die sich zudem nach Abs. 3a S. 7 nur die „erforderlichen“ Leistungen selbst beschaffen können sollen (LSG Nordrhein-Westfalen 26.5.2014 – L 16 KR 154/14 B ER Rn. 26 f. – juris; *JurisPK/Helbig* § 13 Rn. 71.2; *Hahn SGB* 2015, 144 (149); *Knispel GesR* 2017, 749 (752 ff.); v. *Koppenfels-Spies NZS* 2016, 601 (603 f.); *Rieker NZS* 2015, 294 (297); *Eichenhofer/Wenner/Ulmer* § 13 Rn. 68 ff., vgl. auch Vorauf. Rn. 22). Namentlich das **Bundessozialgericht** ist hingegen der Ansicht, dass der Versicherte nach Eintritt der Genehmigungsfiktion (→ Rn. 30) einen Anspruch auf diejenigen Leistungen habe, die er **subjektiv für erforderlich halten** dürfe und die **nicht offensichtlich außerhalb des Leistungskatalogs der GKV** liegen (BSG 11.7.2017 – B