

Ulrich Wenner

Konkretisierung des Leistungsniveaus der Gesundheitsversorgung durch die Rechtsprechung¹

Given the vagueness of legal provisions regulating benefit entitlements for persons insured in the statutory health insurance (SHI), social courts – in particular the Federal Social Court (Bundessozialgericht [BSG]) – have essentially contributed for decades to the determination (also the expansion) of the health services level in the SHI system. The following piece examines the courts' role with examples from the jurisdiction of the BSG. Reporting from a judge's point of view, the author points out that social courts often face the difficulty of reconciling judicial self-restraint – as a form of respect to the discretion admitted to the lawmaker – with the need to safeguard basic rights guaranteed by the constitution. In fact, the courts' contribution to the determination of the benefit level lies more and more in the judicial review whether legal benefit restrictions are compatible with constitutional law. Emphasizing that it is primarily the lawmaker's duty to correct legal shortcomings, the author also deals with legislative reactions provoked by the BSG's rulings.

I. Einführung

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte und insbesondere des BSG gestaltet das Leistungsniveau der GKV maßgeblich mit. Dieser Befund beruht vor allem auf einer umfassenden Verrechtlichung der Beziehungen der Versicherten zu ihrer Krankenkasse, auf der offenen und konkretisierungsbedürftigen Fassung des Heilbehandlungsanspruchs in § 27 SGB V sowie auf der intensiven gerichtlichen Kontrolle der dieser Konkretisierung dienenden Richtlinien des Gemeinsamen

-
- 1 Der Beitrag anlässlich des Symposiums am 26. 04.2013 war als Werkstattbericht aus der Sicht eines Akteurs der Rechtsprechung erbeten worden. Den mutmaßlichen Vorteil, einen begrenzten Blick durch die ansonsten verschlossene Tür des berufsrichterlichen Beratungszimmers werfen zu dürfen, muss der Leser mit einem Verzicht auf umfassende wissenschaftliche Belege zu den einzelnen Beispielfällen erkaufen. Angesichts der Spannweite der – überwiegend hoch kontroversen und umfassend diskutierten – Themenfelder sowie der Doppelrolle des Autors als Akteur und Beobachter der Rechtsprechung des BSG scheidet eine umfassende Aufarbeitung des Streitstandes zu jeder der angesprochenen Konstellationen von vornherein aus. Die Vortragsform ist weitgehend beibehalten worden.

Astrid Wallrabenstein and Ingwer Ebsen - 9783631662168

Downloaded from PubFactory at 07/28/2021 07:33:44PM

via free access

Bundesausschusses (G-BA) nach § 92 SGB V. Soweit Rechtspositionen der Versicherten betroffen sind, stehen derzeit die Grenzen des Heilbehandlungsanspruchs bei schwerwiegenden Gesundheitsstörungen und fehlenden allgemein wissenschaftlich anerkannten Behandlungsoptionen sowie die verfassungsrechtliche Prüfung von unmittelbar gesetzlich angeordneten oder auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung ergangenen expliziten Leistungseinschränkungen im Vordergrund. Insoweit bildet die Normenkontrolle einen Schwerpunkt der Tätigkeit des BSG im Krankenversicherungsrecht, und zwar bezeichnenderweise ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für Normenkontrollverfahren im SGG². Wird davon ausgegangen, dass zwischen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von Gesetzen im formellen Sinne und der Normenkontrolle bei untergesetzlichen Normen grundlegende Unterschiede bestehen,³ bleibt dennoch der Befund, dass das BSG zu beiden Varianten der Normenkontrolle berufen ist. Immer dann, wenn solche Leistungseinschränkungen in der GKV inzident Gegenstand sozialgerichtlicher Kontrolle sind, die unmittelbar gesetzlich vorgegeben sind, unterscheidet sich das Prüfungsprogramm des BSG nicht von demjenigen des BVerfG⁴. Das ist in jüngster Zeit noch einmal deutlich geworden, als das BSG zu entscheiden hatte, ob die Beschränkung des Anspruchs auf Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (§§ 31, 34 SGB V) mit dem vom BVerfG kreierten Grundrecht auf Sicherung des Existenzminimums auch dann vereinbar ist, wenn der Versicherte von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II lebt und nur entsprechend geringe wirtschaftliche

-
- 2 Die neue Regelung des § 55a SGG zur konkreten Normenkontrolle ist auf Satzungen über die Unterkunftskosten nach § 22 SGB II beschränkt und nicht analogiefähig.
 - 3 So vor allem *Ebsen*, Das BVerfG als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1984.
 - 4 Das hängt (auch) damit zusammen, dass das BVerfG erhebliche Anforderungen an die Darlegung der Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit im Sinne des Art. 100 Abs. 1 GG, wenn ein Gericht dem BVerfG die Frage nach der Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Bestimmung vorlegt. Das zwingt zumindest das BSG zu einer umfassenden verfassungsrechtlichen Prüfung aller im Streitfall angegriffenen entscheidungserheblichen gesetzlichen Bestimmungen. Die Vermutung liegt nicht ganz fern, dass dann alles, was man als Richter gelesen und verstanden hat, auch im Urteil auftaucht, weil es ja – bei umgekehrtem Ergebnis – in einem Vorlagebeschluss auch hätte dargelegt werden müssen. Ob weiterhin die Erwartung berechtigt ist, dass die Begründung eines Nichtannahmebeschlusses des BVerfG nach § 93 b BVerfGG umso kürzer ausfällt, je länger das BSG seine Überzeugung von der Verfassungskonformität der maßgeblichen Norm dargelegt hat, müsste weiter empirisch erforscht werden.

Mittel zur Verfügung hat, um sich nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel selbst zu beschaffen⁵.

Soweit das BSG verfassungsgerichtliche Normenkontrolle durchführt – natürlich immer nur als vorletzte Instanz – steht es vor denselben Herausforderungen wie das BVerfG. Es sieht sich mit der Forderung nach richterlicher Zurückhaltung und Selbstbeschränkung sowie der Respektierung der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ebenso konfrontiert wie mit der tendenziell gegenläufigen Erwartung, die Schutzfunktion der Verfassung z.B. zu Gunsten von Minderheiten oder benachteiligten Gruppen effektiv wahrzunehmen und der parlamentarischen Mehrheit nicht zu schnell das Feld der Interpretation und Ausgestaltung der Verfassung zu überlassen⁶.

Wie nicht anders zu erwarten finden sich in der Rechtsprechung des BSG hinreichende Belege für beide Grundpositionen, ohne dass der Konflikt der dahinter mutmaßlich stehenden theoretischen Konzepte von der Rolle der Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes gelöst oder auch nur angesprochen worden wäre. Deshalb kann jemand, der an dieser Rechtsprechung mitgewirkt hat und weiter mitwirkt, die methodisch geschulte Fachwelt nur um ein mildes Urteil bitten: es möge anerkannt werden, dass man sich bemüht hat. Die kurze Darstellung von fünf ganz unterschiedlichen Anwendungsfällen sozialrichterlicher Gestaltung des krankenversicherungsrechtlichen Systems soll diesen Antrag begründen.

II. Schaffung eines Leistungsbereichs in der gesetzlichen Krankenversicherung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung: Kieferorthopädie

1. Das BSG und der Anspruch auf kieferorthopädische Leistungen

Der wohl folgenreichste und teuerste Eingriff des BSG in das krankenversicherungsrechtliche Leistungssystem liegt inzwischen mehr als vierzig Jahre zurück und ist als solcher nur noch von rechtshistorischem Interesse. Der durch Richterspruch vom 20.10.1972 eingeführte Anspruch der Versicherten auf kieferorthopädische Behandlung zu Lasten der Krankenkasse ist seit langem in § 29 SGB V kodifiziert, die Versorgungsquote der Kinder und Jugendlichen mit Brackets aller Farben hat einen Grad erreicht, von dem die Gesundheitsexperten

5 BSG v. 06. 03 2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183.

6 In diesem Sinne pointiert Ebsen, a.a.O., S. 138.

hinsichtlich der Impfquoten bei Grippe nur träumen können⁷, und der Umsatz für vertragszahnärztliche Leistungen bei Kieferorthopädie dürfte 2013 die Grenze von 1 Mrd. Euro erreicht haben⁸. Dieser Boom ist durch wenige, eher schlichte Sätze im BSG – Urteil vom 20.10.1972 ausgelöst worden: Eine Kiefer- oder Zahnstellungsanomalie bedarf danach als regelwidriger Körperzustand der kieferorthopädischen Behandlung, wenn eine Selbstregulierung der Fehlstellung nicht wahrscheinlich ist und die Behandlung voraussichtlich zur Behebung der Funktionsstörung führen kann. Stehen nicht genügend Kassenzahnärzte für die Versorgung der Versicherten bereit, muss die Kasse dem Versicherten die Kosten einer privatärztlichen Inanspruchnahme erstatten⁹.

Das Urteil des 3. Senats des BSG ist zu einem Fall ergangen, in dem die Krankenkasse des klagenden Vaters der behandlungsbedürftigen Jugendlichen¹⁰ bereit war, den in ihrer Satzung vorgesehenen Zuschuss zur kieferorthopädischen Behandlung (als Maßnahme der Verhütung von Erkrankungen) zu zahlen, der Kläger aber die Übernahme der vollen Behandlungskosten (als notwendige Maßnahme der Krankenhilfe) begehrte. SG und LSG hatten jeweils einen Sachverständigen gehört, der zu den Gebissverhältnissen der Tochter Stellung genommen hatte; weitere Ermittlungen genereller Art hat das BSG auch nicht für geboten gehalten. Mit keinem Wort setzt sich der 3. Senat mit der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Leistungskatalogs der Krankenversicherung auseinander; der vom LSG gehörte Sachverständige stellt lediglich dar, dass die bei dem Kind vorhandene Fehlstellung zwar keine Schmerzen oder Beschwerden verursache, „nach der neuen Rechtsprechung des Senats“ (gemeint: des LSG) aber gleichwohl als Krankheit anzusehen sei.

In seinem Folgeurteil vom 23.02.1973¹¹ verweist der 3. Senat des BSG ergänzend darauf, dass für den Versorgungsanspruch maßgeblich sei, ob ohne kieferorthopädische Maßnahmen die Gefahr einer Verschlimmerung der Gebissituation bestehe, wobei allerdings eine nur ganz entfernte Möglichkeit einer

7 Die Quote bei der Grippeimpfung schwankt zwischen 58% in den neuen und 39 % in den alten Bundesländern (DÄ 2013, A 2454).

8 Für 2011 weist das „Jahrbuch 2012“ der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (S. 37) ein Volumen von 954 Mio. Euro aus; das entspricht 8,2% der Ausgaben für vertragszahnärztliche Behandlungen.

9 3 RK 93/71, BSGE 35, 10.

10 Nach damaligem Rechtsverständnis stand der Anspruch auf Versorgung von mitversicherten Kindern dem versicherten Elternteil und nicht dem Kind selbst zu; das wird heute anders gesehen.

11 3 RK 82/72, SozR Nr. 56 zu § 182 RVO.

Schädigung des Gebisses nicht ausreiche. Weil die Behandlung nur in einer bestimmten Altersphase erfolversprechend sei, müsse die Kasse dann eintreten, wenn ein verantwortungsbewusst handelnder Elternteil sein Kind behandeln lassen würde. Ob die Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit einer kieferorthopädischen Behandlung mit den Vorgaben der am 25.08.1972 veröffentlichten Richtlinien des Bundesausschusses der Zahnärzte und Krankenkassen übereinstimme, ist nach (damaliger) Auffassung des BSG unerheblich, weil diesen Richtlinien „keine normative Bedeutung“ zukomme¹².

2. Sozialpolitische Einordnung

Die Folgen dieser – aus heutiger Sicht – methodisch kaum reflektierten Veränderung des Leistungsniveaus der Krankenversicherung sind bekannt: für viele kieferorthopädisch tätige Zahnärzte ergab sich ganz kurzfristig ein lukrativer Markt; wer nicht als Kassenzahnarzt kieferorthopädische Leistungen erbringen wollte, konnte auf der Grundlage des § 10a BMV-Z nur für solche Leistungen ermächtigt werden, für Jahrzehnte prägte die Anbieterseite wegen der kaum einschränkbaren Leistungsverpflichtung der Krankenkassen das Marktgeschehen, und die Kieferorthopäden wurden schnell zu einer der am besten verdienenden Leistungserbringerguppen im Krankenversicherungssystem.

Ob der Gesetzgeber diese Entwicklung nicht verhindern konnte oder wollte, lässt sich aus heutiger Sicht schwer beurteilen. Nach der sozialpolitischen Grundströmung der frühen 1970er Jahre spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber die Verbesserung der Versorgung der Kassenpatienten – insbesondere deren Kinder – als im Grundsatz sinnvoll angesehen hat, zumal weder damals noch heute fraglich sein kann, dass es bei Kindern Fehlstellungen von Zähnen in einem solchen Ausmaß gibt, dass aus funktionellen wie aus psychologisch-ästhetischen Gründen auf eine Regulierung des Gebisses nicht verzichtet werden kann. Aus dieser Perspektive hat das BSG einen sich abzeichnenden Konsens in der Gesundheitspolitik eher vorweggenommen als originär herbeigeführt und den Gesetzgeber gezwungen, entweder explizit das Rad zurückzudrehen, oder gestaltend und vielleicht begrenzend den Ansatz der Rechtsprechung umzusetzen.

Im Übrigen ist die These, der Bundestag bringe nie die Kraft auf, einen Anspruch auf neue Leistungen einzuschränken oder auszuschließen, den die höchstrichterliche Rechtsprechung zugebilligt habe, in den letzten Jahren widerlegt worden. Nachdem in der Rechtsprechung des BSG Zweifel aufgekommen waren, ob die Arzneimittel-Richtlinie der BA/G-BA als rechtliche Grundlage

12 BSG v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10, Rn. 26 der Fassung bei Juris.

für einen Verordnungsausschluss für alle Potenzmittel ausreiche, und Kläger in Einzelfällen ihre Krankenkasse erfolgreich auf Erstattung der Kosten für solche Mittel in Anspruch genommen hatten, normierte das GMG zum 01.01.2004 einen expliziten Ausschluss (§ 34 Abs. 1 Sätze 7 und 8 SGB V) und gab dem G-BA auf, das Nähere zu regeln¹³.

III. Erweiterung des Leistungsspektrums im Zusammenwirken von Gesetzgeber und Rechtsprechung: nichtärztliche Psychotherapie

1. Psychotherapie in der Rechtsprechung des BSG bis 1998

Der lange Weg zum Anspruch der Versicherten auf psychotherapeutische Behandlung generell und insbesondere auch durch Psychologen (und nicht nur durch Ärzte), der zum 01.01.1999 mit dem Inkrafttreten des Psychotherapeutengesetzes (vorläufig) abgeschlossen war, verlief viel weniger gradlinig als bei der Kieferorthopädie. Über nahezu 30 Jahre spielten sich Krankenkassen, Leistungserbringer und Gerichte „die Bälle zu“ – Rückpässe und Eigentore durchaus eingeschlossen – bis der Gesetzgeber das Hin und Her offenbar nicht mehr ertragen konnte, und die berühmten „drei berichtigenden Worte“ – mehr: nämlich ganze Normenketten in verschiedenen Gesetzen – gesprochen hat, mit denen die bisherigen Positionen Makulatur wurden.

Die Signale der Rechtsprechung zum Anspruch der Versicherten auf psychotherapeutische Behandlung, die seit 1967 in Gestalt von tiefenpsychologischen und analytischen Behandlungsverfahren von den Kassen gewährt werden konnte¹⁴, waren eher widersprüchlich. Der für das Kassenarztrecht zuständige 6. Senat des BSG bezog zunächst eine klare Position: weder Heilpraktiker noch Tierärzte können zur Ausübung der Psychotherapie ermächtigt werden; der Arztvorbehalt gilt uneingeschränkt¹⁵. Aus der Perspektive der Versicherten entschied zur selben Zeit der 3. Senat, der zeitweise mit dem 6.

13 Zur Rechtsentwicklung im Einzelnen BSG v. 12.12.2012 – B 6 KA 50/11 R, SozR 4 – 2500 § 106 Nr. 38 Rn. 15.

14 Die Richtlinien des Bundesausschusses in der Fassung vom 03.05.1967 (DOK 1967, 590) sahen erstmals psychotherapeutische Leistungen vor, die zunächst nur durch Ärzte, nach Inkrafttreten der Psychotherapie-Vereinbarung vom 10.01.1072 (DÄ 1972, 591) auch – im Delegationsverfahren – durch Psychologen und Psychagogen (heute: Kinder- und Jugendlichen Psychotherapeuten) erbracht werden konnten.

15 BSG v. 01.03.1979 – 6 RKA 13/77, BSGE 48,47 und BSG v. 30.09.1983 – 6 RKA 14/82, USK 83229.

Senat hinsichtlich der Berufsrichter personengleich besetzt war, deutlich anders. Er gab in zwei Fällen dem Anspruch von Versicherten auf Erstattung der Kosten für eine von Psychologen durchgeführte Psychotherapie statt¹⁶. Maßgeblich war jeweils, dass die beklagte Krankenkasse dem betroffenen Versicherten bzw. dessen Kind kurzfristig keinen Weg zur psychotherapeutischen Behandlung durch einen Arzt hatte aufzeigen können. Der 3. Senat gelangte über die Rechtskonstruktion eines Beratungsfehlers der Krankenkasse bzw. des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu einem Kostenerstattungsanspruch für Behandlungen, die von Psychologen außerhalb des Delegationsverfahrens erbracht worden waren: für eine (mögliche) Unterversorgung mit Ärzten oder Delegationstherapeuten müsse die Krankenkasse in der Weise aufkommen, als hätte sie die psychotherapeutische Behandlung als ärztliche Sachleistung gewährt.

Schien damit – wenngleich auf Basis einer insgesamt wenig tragfähigen Rechtskonstruktion – der grundsätzliche Anspruch der Versicherten auf nichtärztliche Psychotherapie dem Grunde nach geklärt – den steigenden Behandlungsbedarf der 1970er und frühen 1980er Jahre konnten die psychotherapeutisch tätigen Ärzte ersichtlich nicht abdecken – machte das BSG zumindest hinsichtlich der praktischen Auswirkungen in den 1990er Jahren wieder eine Kehrtwendung. Mit Urteil vom 12.05.1993 entschied der 6. Senat, dass der Arztvorbehalt des § 15 SGB V auch die Psychotherapie erfasse, und die Beschränkung der Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung auf Psychologen, die sich in das Delegationsverfahren eingliedern lassen, ebenso rechtmäßig sei, wie die Forderung nach einer psychotherapeutischen Ausbildung an einem von der KÄBV anerkannten Ausbildungsinstitut¹⁷. Der nunmehr für das Leistungsrecht zuständige 1. Senat des BSG lehnte mit Urteil vom 11.10.1994 einen Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich der von einem Psychologen durchgeführten Behandlung eines Versicherten mit der Begründung ab, die Krankenversicherung schulde grundsätzlich nur die Behandlung durch Ärzte; deren Qualifikationsniveau werde von Psychologen typischerweise nicht erreicht¹⁸. Als dann noch am 23.10.1996 das LSG Nordrhein-Westfalen einer Klage der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gegen eine Empfehlungsvereinbarung der Bundesverbände der Krankenkassen zur Behandlung der Versicherten durch Psychologen außerhalb des Delegationsverfahrens stattgegeben

16 BSG v. 28.11.1979 – 3 RK 64/77, SozR 2200 § 182 Nr. 57; BSG v. 18.02.1981 – 3 RK 34/79, USK 8123.

17 6 RKa 21/91, BSGE 72, 227.

18 1 RK 26/92, USK 94128.

hatte¹⁹, war für die Krankenkassen die Konfusion perfekt: Sie mussten nach eigenem Selbstverständnis den Versicherten psychotherapeutische Leistungen gewähren, es stand aber aus tatsächlichen Gründen – die Gruppe der Delegationspsychologen war viel zu klein – und aus rechtlichen Erwägungen – jede Versorgung außerhalb des Delegationsverfahrens war als rechtswidrig bezeichnet worden – kein Verfahren zur Verfügung, diesen Anspruch zu erfüllen.

2. Reaktion des Gesetzgebers und Konsequenzen

Aus diesem (auch) rechtsprechungsinduzierten Dilemma konnte nur der Gesetzgeber einen Ausweg weisen, den er mit dem Psychotherapeutengesetz vom 16.06.1998 auch tatsächlich vorgegeben hat. Die ohnehin recht verhaltene Freude über die Integration der psychologischen Psychotherapeuten in das vertragsärztliche System zum 01.01.1999 wurde dann – zumindest aus der Sicht der Kassenärztlichen Vereinigungen – schon wenige Wochen später deutlich getrübt, als das BSG die KÄVen verpflichtete, die zeitabhängigen Leistungen der ausschließlich psychotherapeutisch tätigen Ärzte von bestimmten Honorarbegrenzungsmaßnahmen freizustellen²⁰. Da diese Grundsätze – vergrößernd als „10-Pfennig – Urteil“ bezeichnet – nach der Rechtsprechung des Senats auch für die im Delegationsverfahren tätigen Psychologen galten²¹, war klar, dass auch die ab dem 01. 01. 1999 neu zuzulassenden Psychologen davon profitieren würden.

Soweit an der Rechtsprechung zur Vergütung der psychotherapeutischen Leistungen kritisiert wird, dass das BSG zunächst durch seine restriktive Haltung zur Tätigkeit von nichtärztlichen Psychotherapeuten ein Eingreifen des Gesetzgebers faktisch erzwungen habe, um sofort nach Inkrafttreten der neuen Regelungen die wirtschaftliche Position der Psychotherapeuten stark aufzuwerten, wird dabei die Eigengesetzlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht hinreichend beachtet. Wegen der „Abhängigkeit“ von Fällen kann Rechtsprechung nicht in dem Sinne strategisch agieren, als sie von sich aus gänzlich losgelöst von der jeweils zu entscheidenden Rechtsfrage – Probleme im vertragsärztlichen System aufgreift. Bis zum Jahr 1998 war im BSG über die Vergütung

19 L 11 KA 51/96; im Revisionsverfahren ist ein Vergleich geschlossen worden, wobei die Beteiligten die Auffassung des BSG so verstanden haben, dass es der rechtlichen Ausgangsposition des LSG Essen nicht widersprechen würde.

20 BSG v. 20.01.1999 – B 6 KA 46/97 R, BSGE 83, 205.

21 BSG v. 25.08.1999 – B 6 KA 17/98 R, SozR 3 – 1500 § 12 Nr.13; Klägerin in diesem Verfahren war eine Psychologin.

von im Delegationsverfahren erbrachten Leistungen nicht zu entscheiden²², und deshalb konnte das BSG auf die teilweise unzureichende Vergütung dieser Leistungen nicht hinweisen. Dass nach erstmaliger höchstrichterlicher Klärung der Vergütungsansprüche für Delegationspsychologen die zugelassenen Psychotherapeuten nicht schlechter gestellt werden konnten als diese, war nach der Logik der Gleichstellung der zugelassenen Psychologen mit Vertragsärzten und dem damit verbundenen Ende des Delegationssystems im Zuge der Neufassung des SGB V durch das Psychotherapeutengesetz zwingend.

IV. Rechtsprechung als Ersatznormgeber: Der Leistungsanspruch auf Alternativmedizin und Off- Label- Use von Arzneimitteln

1. Alternativmedizin

Die Ausweitung der Leistungspflicht der GKV in den beiden zentralen Bereichen „Außenseitermethoden“ und „Off – Label- Use“ von Arzneimitteln erfolgte ganz maßgeblich durch die Rechtsprechung; der Gesetzgeber hat eher gebremst oder zumindest systematisiert, als für ihn nicht mehr erkennbar war, nach welchen verallgemeinerungsfähigen Maßstäben jenseits der Anteilnahme an den – tatsächlich immer wieder bedrückenden – Einzelschicksalen der betroffenen Patienten das BSG die Leistungspflicht der Krankenkassen bestimmen wollte.

Die „große Zeit“ der Außenseitermethoden waren die 1980er Jahre. Den unrühmlichen Höhepunkt markiert ein Urteil vom 23. 03. 1988, mit dem der 3. Senat des BSG dem Anspruch des klagenden Versicherten auf Erstattung der Kosten für die Behandlung einer chronisch entzündlichen Darmerkrankung mit Elektroakupunktur und einer in bestimmten strikten Reihenfolge einzunehmender homöopathischer Tropfen stattgegeben hat²³. Hinter dem Hinweis auf den Vorrang des Gesetzes bei der Bestimmung des Leistungsniveaus der Krankenversicherung verbarg sich – nur notdürftig bemäntelt – ein beachtliches Selbstbewusstsein der Bundesrichter, am besten selbst zu wissen, was gut für den Versicherten ist. Exemplarisch formuliert der 11. Senat des BSG in einem zur Hippotherapie ergangenen

22 Bis zum Ergehen des Urteils vom 03. 03.1999 – B 6 KA 10/98 R,(SozR 3 -5540 Anl. 1 § 10 Nr. 1) war nicht einmal bundesweit geklärt, ob den im Delegationsverfahren tätigen Psychologen ein eigenständiger Honoraranspruch gegen die KÄV zustand, oder ob der delegierende Arzt (auch) die Leistungen der Psychologin abzurechnen und das Honorar anteilig an diese weiterzuleiten hatte.

23 BSG v. 23.03.1988 – B 3/8 RK 5/87, BSGE 63, 102.

Urteil vom 22.09.1981, aus den für die ärztliche Behandlung maßgeblichen Vorschriften der RVO lasse sich keineswegs die Forderung ableiten, vor der Beanspruchung, Verordnung oder Bewilligung einer neuen Behandlungsmethode müsse deren Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit oder Wirtschaftlichkeit festgestellt sein²⁴. Negative Feststellungen der von den Partnern der Bundesmantelverträge gebildeten fachkundigen Arbeitsgemeinschaften zur Bewertung neuer Behandlungsmethoden können nach Ansicht des 3. Senats des BSG einem Sachleistungsanspruch nicht entgegen gehalten werden, wenn im konkreten Einzelfall der Nachweis erbracht wird, dass die Methode wirkt oder gewirkt hat²⁵.

Auf der Basis solcher Grundsätze kann kein beitragsfinanziertes Sozialversicherungssystem (auch) in wirtschaftlich schwierigen Zeiten nach den Funktionsbedingungen einer Massenverwaltung gesteuert werden. Das hat der Gesetzgeber des GRG 1988 klar gesehen, und mit der Bindung des Behandlungsanspruchs an den „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft“ (§ 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V) sowie durch den Methodenvorbehalt zu Gunsten des Anerkennungsverfahrens beim G-BA (§ 135 Abs. 1 SGB V) die Gewährleistung des Versorgungsniveaus selbst übernommen bzw. auf den G-BA übertragen. Das BSG ist dieser Neuausrichtung und – wenn man so will – Repolitisierung der Entwicklung des Leistungskatalogs der Krankenversicherung nach kurzem Irrlichtern²⁶ entschieden gefolgt. Mit der Anerkennung der Richtlinien des G-BA als Normen mit Bindungswirkung gegenüber allen Beteiligten (heute § 91 Abs. 6 SGB V) und des für jede Normsetzung kennzeichnenden Gestaltungsspielraums des G-BA²⁷ sind die gesetzlichen Vorgaben operationalisierbar gemacht worden. Im Zuge der Urteile des 1. Senats vom 17. 09. 1997, von denen eines zu dem denkwürdigen Beschluss des BVerfG vom 06.12.2005²⁸ die Vorlage geliefert hat,

24 BSG v. 22.09.1981 – B 11 RK 10/79, SozR 2200 § 182 Nr. 76 S. 144.

25 BSG v. 22.07.1981 – 3 RK 50/79, SozR 2200 § 182 Nr. 72.

26 Das Urteil des 1. Senats vom 05.07.1995 – 1 RK 6/95, BSGE 76, 195 zum Anspruch des Versicherten auf Verordnung des Hustenmittels Remedacen als Mittel zur Drogensubstitution geht noch sehr deutlich von einer Einzelfallorientierung bei der Prüfung der Voraussetzungen der Wirksamkeit und der Zweckmäßigkeit aus.

27 Anstelle eingehender Nachweise zu den Rechtsfragen betreffend den G-BA sei hier verwiesen auf *Wenner*, GuP 2013, 41 ff.

28 BVerfGE 115, 25 „Nikolausbeschluss“; sehr weitgehend fortgeführt im Kammerbeschluss vom 26.02.2013- 1 BvR 2045/12 – zur Unzulässigkeit der Verweisung eines Versicherten auf lediglich palliativ wirkende Behandlungen, wenn tatsächliche Heilungschancen bei Anwendung einer bisher wissenschaftlich nicht anerkannten Behandlungsmethode bestehen können (näher zur Einordnung des Beschlusses SoSi-Plus (Beilage zur „Sozialen Sicherheit“) 5/2013 S. 12.

sind allerdings Zweifel aufgetaucht, ob das BSG zu Lasten der Versicherten insbesondere bei seltenen und schweren Erkrankungen und einem sehr begrenzten Spektrum wissenschaftlich anerkannter Behandlungsoptionen über das Ziel hinausgeschossen ist. Unklare oder auch nur missverständene Formulierungen der Rechtsprechung über die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen des G-BA und eine – zumindest unterstellt – zu große Rücksichtnahme auf Nichtentscheidungen des G-BA zu bestimmten Methoden mögen dazu beigetragen haben.

2. Arzneimittelversorgung

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte zur Arzneimittelversorgung lässt sich unter der Fragestellung der richterlichen Gestaltungswirkung nicht einheitlich einordnen. Die zum Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit Arzneimitteln außerhalb oder sogar ohne Zulassung nach deutschem oder europäischem Arzneimittelrecht ergangenen Entscheidungen passen eher – vergleichbar denen zur Kieferorthopädie – zur Rolle der Sozialgerichtsbarkeit als Motor der Rechtsentwicklung. Dabei werden insbesondere die jüngeren Urteile des 1. Senats zum „Off – Label – Use“ und zum Anspruch auf Versorgung mit Arzneimitteln im Versuchsstadium²⁹ eher als restriktiv wahrgenommen, weil sie die Grenzen betonen, die dem Versorgungsanspruch der Versicherten mit oft extrem teuren und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit und ihres Schadenspotenzials kaum erforschten Nebenwirkungen in einem aus Pflichtbeiträgen finanzierten Versicherungssystem gesetzt werden müssen³⁰. Dem dürfte aber ein Missverständnis der normativen Ausgangslage zu Grunde liegen. Grundsätzlich haben die Versicherten nur Anspruch auf Versorgung mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, die nach dem Arzneimittelgesetz verkehrsfähig sind. Da die Zulassung nach dem AMG indikationsbezogen erteilt wird und das SGB V im Grundsatz³¹ auf eine eigenständige Prüfung der Wirksamkeit von Arzneimitteln verzichtet, besteht kein Anspruch auf Versorgung mit einem Medikament außerhalb der für seinen Einsatz vorgesehenen und geprüften Indikation. Die Rechtsprechung des BSG

29 Zusammenfassend etwa BSG v. 08.11.2011 – B 1 KR 19/10 R, BSGE 109, 212.

30 Die durch das GKV-WSG eingeführte und zum 01.01.2012 grundlegend umgestaltete Regelung des § 35c SGB V zur zulassungsüberschreitenden Anwendung von Arzneimitteln soll für die Zukunft einen wissenschaftlich abgesicherten Zugang von Patienten zur Versorgung mit Arzneimitteln außerhalb der arzneimittelrechtlichen Zulassung ermöglichen.

31 Auf die Einzelheiten der Nutzenbewertung nach § 35b SGB V kann hier nur hingewiesen werden.

durchbricht diesen Grundsatz in bestimmten Konstellationen zu Gunsten der Versicherten und gibt den Weg für eine Anwendung „Off – Label“ zu Lasten der Krankenkassen überhaupt erst frei.

3. Gerichtliche Kontrolle von gesetzlichen Leistungseinschränkungen

Die zweite Linie der Rechtsprechung zur Arzneimittelversorgung in der GKV ist eher dem breiten Strom der Entscheidungen zuzuordnen, die „in Zeiten des abnehmenden (sozialstaatlichen) Lichts“³² gesetzgeberische Leistungseinschränkungen darauf hin prüfen, ob sie mit den maßgeblichen grundgesetzlichen Gewährleistungen (noch) vereinbar sind. Das betrifft etwa den generellen, nur in ganz besonderen Konstellationen durchbrochenen Grundsatz, dass nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich nicht von der Krankenkasse zur Verfügung gestellt werden müssen³³. Ähnlich ausgerichtet ist die Prüfung der Festbeträge für Arzneimittel, soweit die Festbetragsfestsetzung zur Folge haben kann, dass der Versorgungsanspruch der Versicherten unangemessen eingeschränkt wird, weil zum Festbetrag wirksame und nebenwirkungsarme Arzneimittel nicht mehr am Markt verfügbar sind³⁴. Eine vergleichbare Struktur liegt auch den Urteilen des BSG zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Anspruchs auf kieferorthopädische Leistungen für Erwachsene (§ 28 Abs. 2 Satz 6 SGB V)³⁵ und zum Ausschluss der Versorgung mit Implantaten (§ 28 Abs. 2 Satz 9 SGB V). Grundsätzlich hat der 1. Senat des BSG Recht mit dem Hinweis, dass auch die Ausgestaltung des Leistungsanspruchs der Versicherten hinsichtlich der Versorgung mit Implantaten, auf denen dann Zahnersatz eingegliedert werden kann, dem Gesetzgeber obliegt³⁶. Mit der aus dieser Annahme gezogenen Konsequenz, dass auch ein Heranwachsender, bei dem anlagebedingt die meisten Zähne fehlen, keinen Anspruch auf Versorgung mit Implantaten hat

32 In Anlehnung an Eugen Ruges Roman über das langsame Schwinden der Leuchtkraft des Sozialismus in der DDR.

33 Dazu näher BSG v. 06.11.2008 – B 1 KR 6/08 R, BSGE 102, 30 zu dem Hustenmittel Gelomyrtol.

34 Grundlegend BSG v. 03.07.2012 – B 1 KR 22/11 R, BSGE 111, 146 zum Cholesterinsenker Sortis.

35 BSG v. 09. 12. 1997 – 1 RK 11/97, SozR 3–2500 § 28 Nr. 3; die Entscheidung ist wegen der Schwierigkeiten, medizinische und rein ästhetische Aspekte bei der Erwachsenenbehandlung abzugrenzen, und wegen der geringen Erfolgsaussichten einer Behandlung erst nach Abschluss des Wachstums richtig (Wenner, GesR 2003, 132).

36 BSG v. 19.06.2001 – B 1 KR 4/00R, SozR 3–2500 § 28 Nr.5; kritisch Wenner, GesR 2003, 133.

und sich darauf verweisen lassen muss, ab Beginn des dritten Lebensjahrzehnts herausnehmbaren Zahnersatz – also das „Klappergebiss“ aus alten Zeiten – zu nutzen³⁷, dürfte indessen auch der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verlassen sein: die Fähigkeit, kauen und artikuliert sprechen zu können, dürfte in Deutschland zum (auch) gesundheitlichen Existenzminimum gehören, wenn sich aus dessen grundrechtlicher Gewährleistung³⁸ jenseits des absolut Selbstverständlichen (Notfallversorgung) überhaupt Ansprüche ableiten lassen.

V. Hin- und Herschieben von Gestaltungsverantwortung: Zu viele oder zu wenige Ärzte zur Versorgung der Versicherten?

1. Über- und Unterversorgung mit Vertragsärzten

Deutschland ist – im Vergleich mit anderen europäischen Ländern – aufs Ganze gesehen überdurchschnittlich gut mit niedergelassenen Ärzten versorgt. Es gibt nur ein kleines Problem: Während die rechnerisch ermittelte Überversorgung bei den Psychotherapeuten in Freiburg über 300 % beträgt, bilden sich in Gera vor einer Augenarztpraxis Schlangen von Patienten, die an die Suppenküchen in Notstandsgebieten oder die Ticketschalter des BVB vor einem Spiel der Champions League denken lassen. Wer ist dafür verantwortlich, abgesehen natürlich von den Ärzten und Psychotherapeuten, die – aus welchen Gründen auch immer – ihre Praxen dort eröffnen, wo sich gut leben lässt und viele Privatpatienten zu erwarten sind, also eher in Freiburg und rund um den Starnberger See als in den ländlichen Regionen Thüringens oder im Hunsrück? Die Rechtsprechung macht mit – aus meiner Sicht – guten Gründen geltend, daran nicht „schuld zu sein“.

2. Kompetenzen von Gesetzgeber und Gerichten

Die Rollenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung ist bei der Umsetzung der vertragsärztlichen Bedarfsplanung völlig eindeutig. Der Gesetzgeber muss die Vorgaben machen, der G-BA hat diese – soweit erforderlich – in der Bedarfsplanungs-Richtlinie umzusetzen und zu konkretisieren, und die Rechtsprechung ist darauf beschränkt zu prüfen, ob die Einschränkungen der Zulassungsmöglichkeiten der betroffenen Bewerber, die sich aus der Anwendung

37 BSG v. 07.05.2013 – B 1 KR 19/12 R; kritisch dazu SoSi plus 6/13 S. 9.

38 Ausführliche Darstellung der dazu diskutierten Positionen bei BSG v. 22.04.2008 – B 1 KR 10/07, BSGE 100, 221 zur Verfassungsmäßigkeit der Zuzahlungsverpflichtung nach § 61 SGB V für Empfänger von Grundsicherungsleistungen und BVerfGE 125, 175, 223 zur Höhe der Regelsätze nach § 20 SGB II.

dieser normativen Vorgaben im Einzelfall ergeben, mit höherrangigem Recht, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind. Die „Erfindung“ von Zulassungsbeschränkungen ist kein Betätigungsfeld kreativer Rechtsprechung; das in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG angesprochene Gesetz ist das parlamentarisch beschlossene und nichts sonst. Wenn aber Rechtsprechung nichts „erfinden“ darf, kann sie doch „stören“, also die Umsetzung gesetzlich normierter Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit etwa durch Anforderungen an die untergesetzlichen Regelungen des G-BA oder die verwaltungsmäßige Umsetzung von Zulassungsbeschränkungen durch die Zulassungsgremien so kompliziert machen, dass sie praktisch nicht wirksam werden können³⁹. Dieser Vorwurf – wenn er denn erhoben werden sollte – wäre nicht berechtigt. Alle grundlegenden Weichenstellungen des Gesetzgebers für die vertragsärztliche Bedarfsplanung sind von der Rechtsprechung des BSG gebilligt worden⁴⁰. Das gilt für die Festsetzung von Verhältniszahlen wie für die Heranziehung des „Planungsbereichs“ als maßgebliche Grundlage der Bedarfsplanung. Auch sehr folgenreiche Festlegungen der Bedarfsplanung – etwa die Bildung eines einzigen Planungsbereichs „Berlin“ an Stelle der zuvor als Planungsbereiche geltenden 13 Bezirke der Stadt, die mit ca. 300.000 Einwohnern die Größe mittlerer Großstädte haben, – an deren

39 Die Entscheidungen des 3. und vor allem des 1. Senats des BSG zu den Mindestmengen planbarer Krankenhausleistungen im Sinne des § 137 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB V (BSG v. 12.09.2012 – B 3 KR 10/12 R, BSGE 112, 15 und BSG v. 18.12.2012 – B 1 KR 34/12, SozR 4-2500 § 137 Nr.2) könnten möglicherweise vom GKV-Spitzenverband und vom G-BA so interpretiert werden, dass im Hinblick auf das vorhandene wissenschaftliche Material zum Zusammenhang von Eingriffszahl und Qualität unter Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung eine rechtssichere Vorgabe von neuen Mindestmengen rechtssicher kaum möglich ist, obwohl das BSG das gesetzliche Instrument der Steuerung durch Mindestmengen selbst nicht beanstandet hat. Auch die Rechtsprechung des BSG zum „schlüssigen Konzept“ bei der Übernahme von Unterkunftskosten nach § 22 SGB II (exemplarisch BSG v. 11.12.2012 – B 4 AS 44/12 R, NZS 2013, 389) wird von ironiefähigen Kritikern dahin kommentiert, dass die Strenge der Anforderungen des BSG an ein Konzept des Grundsicherungsträgers zur Übernahme angemessener Unterkunftskosten nur durch die praktische Nichtumsetzbarkeit des gesamten Ansatzes der Rechtsprechung ein wenig gemindert werde.

40 Nachweise zur Rechtsprechung bis Ende 2007 bei *Wenner*, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 16 RdNr. 36.

Zweckmäßigkeit man mit guten Gründen zweifeln kann⁴¹, hat das BSG nicht in Frage gestellt⁴².

Auch die Umsetzung von Neuausrichtungen der Bedarfsplanung hat das BSG nicht erschwert. Jede Ausweitung von Zulassungsbeschränkungen kann mit dem Bekanntwerden entsprechender Pläne einen Zulassungsboom auslösen, weil zahlreiche Bewerber noch schnell von der für sie günstigen alten Rechtslage profitieren wollen. Dem hat der G-BA in Zuge der Umstellung der Planungsbereiche in Berlin von den Bezirken auf das gesamte Land durch ein zeitlich befristetes Moratorium für die Entscheidung über Zulassungsanträge vorbeugen wollen, und das BSG hat diese Maßnahme gebilligt⁴³. In einem Urteil über eine Sonderbedarfszulassung, also der Zulassung eines Bewerbers in einem Planungsbereich, in dem trotz rechnerisch bestehender Überversorgung der tatsächliche Bedarf in einer bestimmten Arztgruppe nicht gedeckt ist (§ 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V), hat das BSG daran erinnert, dass die hochkomplexen Regelungen zur Bedarfsplanung kein Selbstzweck sind, sondern dem Anspruch der Patienten auf eine qualitativ hochwertige und quantitativ ausreichende ärztliche Versorgung dienen. Besonders lange Wartezeiten auf einen Termin für eine reguläre, nicht notfallmäßig notwendige fachärztliche Untersuchung können ein deutliches Indiz dafür sein, dass der Bedarf an Ärzten in einer bestimmten Region nicht angemessen gedeckt ist⁴⁴. Dann kann ein weiterer Arzt dort zugelassen werden, auch wenn die schon niedergelassenen Kollegen dafür keinen Bedarf gesehen haben. Schließlich ist die Idee, die Preise für vertragsärztliche Leistungen nach dem Vorliegen von Über- und Unterversorgung am jeweiligen Praxisstandort zu differenzieren (§ 87a Abs. 2 Satz 6 in der ab dem 01.07.2008 geltenden Fassung), nicht an der Rechtsprechung gescheitert. Der Gesetzgeber hat die Vorschrift zum 01.01.2102 gestrichen, um den Eindruck

41 Die „Wanderung“ von Praxisstandorten von weniger attraktiven Randlagen in begehrte, schon weithin überversorgte Citylagen wie Mitte und Charlottenburg ist damit begünstigt worden. Das kann man wollen, wenn man das Argument akzeptiert, dass der nachwachsenden Ärztegeneration keinerlei (reale oder auch nur gefühlte) Belastungen mehr zugemutet werden dürfen, weil jede und jeder hier für die ambulante Versorgung benötigt werde. Dann ist es auch konsequent, dass selbst die Forderung nach einer dreimonatigen Tätigkeit in einer hausärztlichen Praxis während des praktischen Jahres der Ärzteausbildung (§ 3 Approbationsordnung Ärzte) von den Verbänden der Studierenden der Medizin als unzumutbare Belastung abgelehnt wird. Zu klären wäre dann nur noch, ob die erheblichen Ressourcen, die zur Zeit noch in die Bedarfsplanung gesteckt werden, sinnvoll eingesetzt sind.

42 BSG v. 17. 10.2007 – B 6 KA 45/06 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 4.

43 BSG v. 17. 10.2007 – B 6 KA 45/06 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 4 Rn. 15 ff.

44 BSG v. 02.09.2009, B 6 KA 21/08 R, SozR 4-2500 § 101 Nr. 6 Rn. 18, 23.

einer Benachteiligung von Vertragsärzten in (rechnerisch) übertensorgten Gebieten entgegen zu wirken. Den partiellen Verzicht auf den Einsatz des Instruments von Zu- und Abschlägen auf den Orientierungswert als Mittel der Steuerung von Zulassungen⁴⁵ muss entsprechend allein der Gesetzgeber verantworten; die Rechtsprechung hat keinen Hinweis in dieser Richtung gegeben.

VI. Dissonanzen in der Rechtsprechung: Der Anspruch des Empfängers von Grundsicherungsleistungen auf ergänzende medizinische Leistungen

1. Sicherung des Existenzminimums

Werden sozialstaatliche und speziell sozialversicherungsrechtliche Leistungen tendenziell eher zurückgenommen als weiter ausgebaut, wächst der Rechtsprechung der Sozialgerichte die Aufgabe zu, dafür zu sorgen, dass die zentralen, verfassungsrechtlich verorteten Gewährleistungen nicht angetastet werden. Die größten Schwierigkeiten bestehen insoweit im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, weil der Gesetzgeber die politisch gewollte Verminderung des Sicherungsniveaus der Altersrente in so vielen kleinen Schritten umgesetzt hat, dass keiner dieser Schritte – für sich genommen – mit dem Schutz der Rentenanwartschaft nach Art. 14 Abs. 1 GG kollidiert, das Ergebnis der Rechtsentwicklung aber nur noch schwer mit den Erwägungen vereinbar ist, die das BVerfG veranlasst hat, die Rentenanwartschaften dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG zuzuordnen⁴⁶. Die Schwierigkeiten für die Rechtsprechung im Bereich der Kontrolle der Einhaltung des gebotenen Niveaus in der Krankenversicherung liegen vor allem im Nebeneinander von Krankenversicherung und Grundsicherung. Es besteht die Gefahr, dass die Zuweisung von Gesundheitsleistungen zur „Eigenverantwortung des Versicherten“ (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V) von der Rechtsprechung zum Krankenversicherungsrecht auch dann hingenommen wird, wenn Personen betroffen sind, die nicht über die wirtschaftlichen Mittel verfügen, sich die – tatsächlich oder vermeintlich – notwendigen, von der Krankenkasse nicht

45 Zum 01. 01.2012 hat der Gesetzgeber die vertragsärztliche Tätigkeit in unterversorgten Gebieten dadurch „prämiert“, dass sie zu einer Verbesserung der Chancen auf Auswahl im Rahmen einer Nachfolgezulassung nach § 103 Abs. 4 führt; vgl. Satz 5 Nr. 4 dieser Regelung. Dazu gibt es noch keine sozialrechtliche Rechtsprechung.

46 Die Debatte wird (auch) unter dem Stichwort des „additiven Grundrechtseingriffs“ geführt, vgl. (sehr defensiv) BSG v. 31. 05. 2012 – B 13 R 70/12 B und ausführlicher – unter der besonderen Berücksichtigung von steigenden Beitragslasten der Rentner – BSG v. 21. 09.2009 – B 12 R 11/06 R, SozR 4–2500 § 241a Nr. 2 Rn. 18.

übernommenen Leistungen zur Gesundheitsversorgung selbst zu beschaffen. Die Betroffenen werden dann von der Rechtsprechung des 1. Senats des BSG darauf verwiesen, ihren Bedarf gegenüber den Trägern der Grundsicherung auf der Grundlage des SGB II oder des SGB XII geltend zu machen⁴⁷.

Genau das schließen aber die für das Grundsicherungsrecht nach dem SGB II zuständigen Senate des BSG derzeit aus. Der 14. Senat hat ausdrücklich hervorgehoben, dass die Kosten einer Krankenbehandlung bei gesetzlich krankenversicherten Grundsicherungsberechtigten entweder durch das System des SGB V oder ergänzend durch die Regelleistung nach § 20 SGB II abgedeckt sind. Aufgrund der – vom Leistungsempfänger geltend gemachten – Notwendigkeit einer Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln entsteht grundsätzlich kein unabweisbarer laufender Bedarf⁴⁸.

2. „Mein Spezialgebiet – meine Systemlogik“ als Ursache für Rechtsprechungsdifferenzen?

Die beiden Ansätze sind im Prinzipiellen unvereinbar⁴⁹, und die Diskrepanz könnte wohl auch dem Umstand geschuldet sein, dass beim BSG seit Jahren Senate auf „ihr“ Rechtsgebiet – im Sinne eines Zweiges der Sozialversicherung oder der Grundsicherung – spezialisiert sind, und entsprechend sich auch der Systemrationalität des Sicherungssystems verpflichtet wissen, über das sie zu Gericht sitzen. Das macht es leichter, die Leistungsempfänger auf Ansprüche auf einem Rechtsgebiet zu verweisen, auf dem man selbst nicht so ganz sicher „zu Hause“ ist, von dem man aber – möglicherweise gerade wegen der fehlenden eingehenden Detailkenntnisse – besonders überzeugungstark vermutet, dort müsse der im „eigenen“ System aus guten oder zumindest vertretbaren Gründen nicht gedeckte Bedarf realisiert werden können. So formuliert der für die Krankenversicherung zuständige 1. Senat, es sei Aufgabe des SGB II, das Existenzminimum auch insoweit zu sichern, soweit es – „wie dargelegt verfassungskonform“ – nicht durch den Leistungskatalog der GKV abgedeckt ist. Für die Einzelheiten der Umsetzung dieser mehr postulierten als eingehend belegten Position verweist der 1. Senat dann auf die Zuständigkeit der Grundsicherungssenate des BSG⁵⁰. Der für die Grundsicherung zuständige

47 So ausdrücklich BSG v. 06.03.2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183 Rn. 36.

48 BSG v. 26.05.2011 – B 14 AS 146/10R, BSGE 108, 235 Rn. 20 ff.

49 näher *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 114 ff.

50 BSG v. 06. 03. 2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183 Rn. 36; die abweichende Position des 14. Senats erwähnt der 1. Senat der Sache nach nicht, sondern weist auf das Urteil des 14. Senats v. 26.05.2011 nur in einer Klammer hin.

14. Senat legt demgegenüber eingehend dar, welche krankenversicherungsrechtlichen Möglichkeiten der Hilfebedürftige hat, seinen Anspruch auf Versorgung auch mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gegenüber der insoweit allein zuständigen Krankenkasse durchzusetzen. Leistungsausschlüsse im Krankenversicherungsrecht – und dazu zählt auch die Nichtübernahme der Kosten für nicht verschreibungspflichtige Medikamente – müssen im Rechtsstreit mit der Krankenkasse überprüft werden; ansonsten ist der Grundsicherungsberechtigte gehalten, die Kosten einer von der Krankenkasse nicht übernommenen Maßnahme der Gesundheitspflege aus dem Regelsatz zu bestreiten⁵¹.

In dem vom 14. Senat entschiedenen Fall ging es um Kosten in Höhe von 14, 67 € monatlich für ein nicht verschreibungspflichtiges Medikament gegen Eisenmangel; insoweit kann die Verweisung auf die Finanzierung aus dem Regelsatz nicht verfehlt sein. Zum echten Konflikt zwischen den Positionen des 1. und des 14. Senats wäre es dagegen gekommen, wenn die Klägerin im Verfahren des 1. Senats ihren Bedarf beim Grundsicherungsträger angemeldet hätte, nachdem sie vom 1. Senat erfahren hatte, dass die Krankenkasse der falsche Ansprechpartner sei. Die dort streitigen Kosten für bestimmte fett- und zinkhaltigen Cremes zur unterstützenden Behandlung bei Neurodermitis beliefen sich nach Angaben der Klägerin auf 510 € im Monat; das schließt eine Deckung des Bedarfs über den Regelsatz (382 € im Jahr 2013) von vornherein aus.

Die danach allein in Betracht kommende Deckung der Kosten ergänzender Gesundheitsleistungen über einen Mehrbedarf – entweder im Wege einer Analogie zum Mehrbedarf für Ernährung nach § 21 Abs. 5 oder über die Härterege- lung des § 21 Abs. 6 SGB II – hatte der 14. Senat gerade ausgeschlossen. Wenn dieser Senat bei seiner Auffassung bleibt, müsste wohl der Große Senat des BSG (§ 41 SGG) angerufen werden⁵².

51 BSG v. 26.05.2011 – B 14 AS 146/10 R, BSGE 108, 235 Rn. 24–26.

52 Es wäre nicht überraschend, wenn die Frage schon vorher durch das BVerfG geklärt würde. Käme dieses Gericht zur der Auffassung, im Lichte der Entscheidung vom 09.02. 2010 zur Sicherung des Existenzminimums (BVerfGE 125, 175) sei § 21 Abs. 6 SGB II so auszulegen, dass auch die Angewiesenheit auf – tatsächlich oder vermeintlich – medizinisch notwendige, von der Krankenkasse aber gleichwohl rechtmäßig nicht gewährte Gesundheitsleistungen einen „unabweisbaren“ Bedarf im Sinne dieser Vorschrift begründen kann, ist die Kontroverse erledigt. Richtig wäre eine solche Entscheidung freilich nicht. Es muss vielmehr dabei bleiben, dass das Grundsicherungssystem nicht Ausfallbürge für – mutmaßliche – Leistungsdefizite der GKV ist. Dort wird das medizinisch Notwendige geleistet; was der Einzelne darüber hinaus für sich – auch durch ärztliche Bescheinigungen unterstützt – als notwendig definiert, muss er selbst finanzieren.