

Bundessozialgericht
Urt. v. 14.12.2006, Az.: B 1 KR 8/06 R

Krankenversicherung: Kostenerstattung allenfalls dann, wenn vorher abgelehnt wurde

Will ein gesetzlich Krankenversicherter von seiner Krankenkasse Kosten erstattet haben, die er für eine Behandlung im Wege der „Selbstbeschaffung“ aufgewandt hat, so setzt das voraus, dass die Kasse zuvor mit dem Fall befasst wurde und den Leistungsanspruch abgelehnt hatte. Nur dann muss überhaupt geprüft werden, ob die Leistung nachträglich zu übernehmen ist. (Hier ging es um die Behandlung einer Schuppenflechte und rheumatischen Gelenkbefall, wofür auf Privatrezept verschiedene homöopathische Arzneimittel verordnet worden waren, die sämtlich zwar apothekenpflichtig, aber nicht verschreibungspflichtig waren.)

Quelle: Wolfgang Büser

Kostenerstattung für nicht verschreibungspflichtige homöopathische Arzneimittel; Kennzeichnung der "GKV-Fremdheit" einer Leistung durch Arzneimittelverordnung auf Privatrezept; Unaufschiebbarkeit einer Leistung und nicht rechtzeitige Erbringung durch die Krankenkasse

Gericht: BSG

Datum: 14.12.2006

Aktenzeichen: B 1 KR 8/06 R

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2006, 32004

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LSG Baden-Württemberg - 24.01.2006

Rechtsgrundlagen:

§ 13 Abs. 3 SGB V

§ 34 Abs. 1 S. 1 SGB V

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Fundstellen:

BSGE 98, 26 - 33

ArztR 2007, 248 (Kurzinformation)

Breith. 2007, 943-949

DB 2007, XXXI Heft 27-28 (Kurzinformation)

HZA aktuell 2007, 38

BSG, 14.12.2006 - B 1 KR 8/06 R

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat
ohne mündliche Verhandlung
am 14. Dezember 2006
durch

den Richter Prof. Dr. S c h l e g e l als Vorsitzenden,
die Richter Dr. K r e t s c h m e r und Dr. H a u c k sowie
die ehrenamtlichen Richter L e i t e und B u n g a r t
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. Januar 2006 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe

I

- 1 Streitig ist die Kostenerstattung für nicht verschreibungspflichtige homöopathische Arzneimittel.
- 2 Die bei der beklagten Krankenkasse (KK) versicherte Klägerin leidet an einer Schuppenflechte und rheumatisch-entzündlichem Gelenkbefall, zu deren Behandlung ihr zwei Vertragsärzte auf Privat Rezept verschiedene Arzneimittel verordneten (Symphytum D30, Mercurius viv. nat D15, Urtica dioica D6 - jeweils zur subcutanen Injektion; Bryophyllum Urtinktur, jeweils zum Einnehmen als Tropfen; Urtica/Salzmischung, Arnika-Wachssalbe, Symphytum-Essenz, Formica D1 Dil, jeweils zum Einreiben). Die Klägerin wandte dafür von März bis August 2004 insgesamt 349,44 EUR auf. Im September 2004 beantragte sie bei der Beklagten die Erstattung dieser Kosten. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, die apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen homöopathischen Arzneimittel seien nach Inkrafttreten der Änderung des § 34 Abs. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) durch das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) vom 14. November 2003 (BGBl. I 2190) am 1. Januar 2004 zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nicht mehr verordnungsfähig. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmeregelung nach den Arzneimittel-Richtlinien, wonach u.a. Arzneimittel der Anthroposophie ausnahmsweise auf Kassenrezept zu Lasten der GKV verordnet werden können, lägen nicht vor (Bescheid vom 23. September 2004, Widerspruchsbescheid vom 23. Februar 2005). Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 25. Oktober 2005). Das Landessozialgericht (LSG) hat die vom SG zugelassene Berufung zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 SGB V seien nicht erfüllt. Die Klägerin habe den vorgesehenen Beschaffungsweg nicht eingehalten, sondern sich ohne Not erst im Nachhinein an die Beklagte gewandt. Insoweit komme es auf die Frage, ob § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V in seiner seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar sei, nicht an (Urteil vom 24. Januar 2006).
- 3 Die Klägerin rügt mit ihrer Revision sinngemäß eine Verletzung des § 13 Abs. 3 SGB V und ihres Selbstbestimmungsrechts als Patientin (Art 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG ; Art 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Der Ausschluss gesetzlich anerkannter Therapiekonzepte - Homöopathie und Anthroposophie - durch § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V sei verfassungswidrig. Kostenerstattung nach § 13 Abs. 3 Satz 1 SGB V setze nicht stets Vorbefassung der KK voraus. Das widerspreche dem durchgängigen Wahlrecht Versicherter zwischen Sach- und Dienstleistungen einerseits und der Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 SGB V andererseits. Es sei bei gesetzlichen Leistungsausschlüssen wie § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V unsinnig und unpraktikabel, eine vorherige Antragstellung bei der KK zu verlangen. Jedenfalls sei die Arzneimittelversorgung unaufschiebbar gewesen. Schließlich habe das LSG die Behauptung, die Klägerin habe vor Einreichung der Rezepte in der Apotheke bei der Beklagten wegen der Kostenerstattung angefragt, zu Unrecht als verspätet behandelt.
- 4 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. Januar 2006, das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 25. Oktober 2005 sowie den Bescheid der Beklagten vom 23. September 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Februar 2005 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr 349,44 EUR zu erstatten.

5 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

6 Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend.

II

7 Die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung (vgl. § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz < SGG >) entscheidet, ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erstattung von 349,44 EUR. Diese Kosten für die Beschaffung der ihr auf Privatrezept verordneten Arzneimittel sind nicht dadurch entstanden, dass die Beklagte eine Leistung abgelehnt hat (dazu 1. und 2.) oder eine unaufschiebbare Leistung nicht erbringen konnte (dazu 3.).

8 1.

Die Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 Satz 1 Alt 2 SGB V (*hier anzuwenden in der seit 1. Juli 2001 geltenden Fassung des Art 5 Nr. 7 Buchst b Neuntes Buch Sozialgesetzbuch < SGB IX > Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 19. Juni 2001, BGBl. I 1046*) für eine Erstattung der Kosten für die bis September 2004 selbst beschafften Arzneimittel liegen nicht vor.

9 a)

§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt 2 SGB V bestimmt: "Konnte die KK eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen oder hat sie eine Leistung zu Unrecht abgelehnt und sind dadurch Versicherten für die selbstbeschaffte Leistung Kosten entstanden, sind diese von der KK in der entstandenen Höhe zu erstatten, soweit die Leistung notwendig war." Der in Betracht kommende Kostenerstattungsanspruch reicht nicht weiter als ein entsprechender Sachleistungsanspruch; er setzt daher voraus, dass die selbst beschaffte Behandlung zu den Leistungen gehört, welche die KKn allgemein in Natur als Sach- oder Dienstleistung zu erbringen haben (*stRspr, vgl. z.B. BSGE 79, 125, 126 [BSG 24.09.1996 - 1 RK 33/95] f = SozR 3-2500 § 13 Nr. 11 S 51 f m.w.N.; BSG Urteil vom 7. November 2006 - B 1 KR 24/06 R - LITT, zur Veröffentlichung vorgesehen*). Ob die Beklagte die begehrte Leistung zu Unrecht abgelehnt hat, weil der Leistungsausschluss verfassungswidrig ist, bedarf keiner Entscheidung.

10 b)

Vorliegend fehlt es schon an der Voraussetzung, dass der Klägerin dadurch Kosten entstanden sind, dass die Beklagte die Leistung abgelehnt hat. Ein auf die Verweigerung der Sachleistung gestützter Erstattungsanspruch scheidet nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) aus, wenn sich der Versicherte die Leistung besorgt hat, ohne die KK einzuschalten und ihre Entscheidung abzuwarten. So liegt der Fall hier. Nach den bindenden Feststellungen des LSG wurde die Beklagte erstmals bei Einreichung des Antrags auf Kostenerstattung und Vorlage der Rezepte mit dem Leistungsbegehren befasst. Zwar behauptet die Revision eine frühere telefonische Kontaktaufnahme der Klägerin mit der Beklagten. Indessen hat sie gegen die gegenteiligen Feststellungen des LSG keine zulässigen Revisionsrügen erhoben (dazu unter 2.). § 13 Abs. 3 SGB V gewährt einen Erstattungsanspruch für den Ausnahmefall, dass eine von der KK geschuldete notwendige Behandlung infolge eines Mangels im Leistungssystem der Krankenversicherung als Dienst- oder Sachleistung nicht oder nicht in der gebotenen Zeit zur Verfügung gestellt werden kann. Nach Wortlaut und Zweck der Vorschrift muss zwischen dem die

Haftung der KK begründenden Umstand (rechtswidrige Ablehnung) und dem Nachteil des Versicherten (Kostenlast) ein Ursachenzusammenhang bestehen. Daran fehlt es, wenn die Kasse vor Inanspruchnahme der Behandlung mit dem Leistungsbegehren gar nicht befasst wurde, obwohl dies möglich gewesen wäre (*ständige Rechtsprechung des Senats; vgl. Beschluss vom 15. April 1997 - SozR 3-2500 § 13 Nr. 15 S 74 m.w.N.; Urteil vom 25. September 2000 - SozR 3-2500 § 13 Nr. 22 S 105 f; Urteil vom 19. Februar 2003 - B 1 KR 18/01 R - SozR 4-2500 § 135 Nr. 10; zuletzt z.B. Urteil vom 4. April 2006 - SozR 4-2500 § 13 Nr. 8 RdNr. 23, 24, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen*).

11 c)

Hieran ist auch festzuhalten, soweit es um nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel geht, die von der Verordnung zu Lasten der GKV im Regelfall kraft Gesetzes ausgeschlossen sind. Allerdings hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 28. September 1993 (*1 RK 37/92 - SozR 3-2500 § 34 Nr. 2*) ausgeführt, dass ein Versicherter in Fällen, "in denen von vornherein feststand, dass eine durch Gesetz oder Verordnung von der Versorgung ausgeschlossene Sachleistung verweigert werden würde, und sich der Versicherte dadurch gezwungen gesehen hat, die Leistung selbst zu beschaffen", nicht anders behandelt werden könne, als wenn die KK die Leistung ausdrücklich abgelehnt hätte.

12 Diese Rechtsprechung hat der Senat in der Folgezeit in der Sache jedoch nicht mehr aufrechterhalten. Er gibt sie nunmehr zur Klarstellung ausdrücklich auf. Vielmehr hält er an dem Erfordernis einer vorherigen Befassung der KK mit dem Leistungsbegehren Versicherter fest, wie er dies z.B. in seinem Urteil vom 20. Mai 2003 (*B 1 KR 9/03 R - SozR 4-2500 § 13 Nr. 1 RdNr. 13*) getan hat. Eine vorherige Entscheidung der KK ist danach auch dann nicht entbehrlich, wenn die Ablehnung des Leistungsbegehrens - etwa auf Grund von Erfahrungen aus anderen Fällen - von vornherein feststeht. Mit dem Einwand eines vermeintlichen "Formalismus" hat sich der Senat schon früher wiederholt befasst und klargestellt, dass Gesetzeswortlaut und -zweck eine dahingehende Ausnahme nicht (mehr) zulassen und der Wortlaut des § 13 Abs. 3 SGB V, der unmissverständlich einen Ursachenzusammenhang zwischen rechtswidriger Ablehnung und Kostenlast verlangt (siehe oben), der früheren Rechtsprechung die Grundlage entzogen hat. § 13 Abs. 3 SGB V will dem Versicherten einerseits die Möglichkeit eröffnen, sich eine von der KK geschuldete, aber als Sachleistung nicht erhältliche Behandlung selbst zu beschaffen, andererseits jedoch die Befolgung des Sachleistungsgrundsatzes dadurch absichern, dass eine Kostenerstattung nur erfolgt, wenn tatsächlich eine Versorgungslücke festgestellt wird. Diese Feststellung zu treffen, ist nicht Sache des Versicherten, sondern der KK. Nur sie hat in der Regel einen vollständigen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen und die vorhandenen Versorgungsstrukturen und kann mit Hilfe dieser Informationen zuverlässig beurteilen, ob die begehrte Behandlung überhaupt zu den Leistungen der Krankenversicherung gehört und wenn ja, wie sie in dem bestehenden Versorgungssystem realisiert werden kann. Eine vorherige Prüfung durch die KK, verbunden mit der Möglichkeit einer Beratung des Versicherten, ist sachgerecht; sie liegt gerade auch im eigenen Interesse des Versicherten, weil sie ihn von dem Risiko entlastet, die Behandlungskosten gegebenenfalls selbst tragen zu müssen, wenn ein zur Erstattungspflicht führender Ausnahmetatbestand nicht vorliegt. Es ist deshalb entgegen dem Revisionsvorbringen weder unzumutbar noch bloßer Formalismus, wenn eine Kostenerstattung in der Art eines zwingenden Verfahrenserfordernisses davon abhängig gemacht wird, dass die KK zuvor Gelegenheit hatte, über ihre Leistungspflicht zu entscheiden.

13 d)

Dies gilt auch in Fällen, in denen es um nicht verschreibungspflichtige, apothekenpflichtige Arzneimittel der vorliegenden Art geht. Zwar sind nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel seit 1. Januar 2004 in der Regel von der Versorgung nach § 31 SGB V ausgeschlossen (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V i.d.F. des GMG, a.a.O.). Dennoch ist es nicht so, dass deshalb eine Einstandspflicht der GKV unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht kommen kann. Die in § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V genannten Produkte zählen zu den Arzneimitteln, die jedenfalls ihrer Art nach zum Leistungskatalog der GKV gehören. Auch die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel sind nicht

schlechthin und ausnahmslos von der Verordnung zu Lasten der GKV ausgeschlossen, denn § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V ermächtigt den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA), in Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V festzulegen, welche nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel, die bei der Behandlung schwerwiegender Erkrankungen als Therapiestandard gelten, zur Anwendung bei diesen Erkrankungen mit Begründung des Vertragsarztes ausnahmsweise verordnet werden können. Hiervon hat der G-BA Gebrauch gemacht und seine Arzneimittel-Richtlinien mit Beschluss vom 16. März 2004 um einen Abschnitt F ergänzt (vgl. *BAnz 2004, S 8905, zuletzt geändert am 18. Juli 2006, BAnz 2006, S 6749*). Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit Beschluss vom 6. Dezember 2005 (*BVerfGE 115, 25 =SozR 4-2500 § 27 Nr. 5*) entschieden, dass es mit den Grundrechten aus Art 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip und aus Art 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht vereinbar ist, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende medizinische Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht. Der erkennende 1. Senat des BSG hat im Anschluss hieran entschieden, dass die verfassungsrechtliche Konkretisierung der Leistungsansprüche von Versicherten der GKV bei lebensbedrohenden, tödlich verlaufenden Erkrankungen entsprechend dieser Rechtsprechung des BVerfG sinngemäß auch für die Versorgung mit Arzneimitteln gilt (vgl. *u.a. Urteile vom 4. April 2006 - B 1 KR 7/05 R - SozR 4-2500 § 31 Nr. 4 - Tomudex und vom 26. September 2006 - B 1 KR 1/06 R - Ilomedin, zur Veröffentlichung vorgesehen*). Auch insoweit kommen daher trotz der Festlegung des Anspruchs auf Gewährung von Arzneimitteln in gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen erweiterte Leistungsansprüche von Versicherten in Betracht.

14 e)

Entgegen der Ansicht der Revision kann auch aus der den Versicherten eingeräumten Möglichkeit, nach § 13 Abs. 2 Satz 1 SGB V an Stelle der Sach- und Dienstleistungen Kostenerstattung zu wählen, nicht der Schluss gezogen werden, dass es bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einer Vorbefassung der KK niemals bedarf und dass sich alle Versicherten zunächst das Arzneimittel (auf Privatrezept) verschaffen können, um erst anschließend im Rahmen des Kostenerstattungsverfahrens die Erstattungsfähigkeit klären zu lassen. Eine derartige Vorgehensweise ist weder für Versicherte, die nach § 13 Abs. 2 SGB V Kostenerstattung gewählt haben, noch für Versicherte vorgesehen, die Leistungen ihrer KK als Sach- und Dienstleistungen in Anspruch nehmen wollen.

15 Haben Versicherte von der Möglichkeit des § 13 Abs. 2 SGB V Gebrauch gemacht und Kostenerstattung gewählt, muss der Arzt dennoch entscheiden, ob es sich um eine der Leistungspflicht der KK unterliegende Leistung handelt oder nicht. Das gehört zu seiner Beratungspflicht (vgl. *entsprechend für ärztliche Honorarforderungen BSG, Urteil vom 18. Juli 2006 - B 1 KR 9/05 R - RdNr. 13 m.w.N.*). Um die Verordnung als GKV-Leistung zu kennzeichnen, wird vom verordnenden Arzt auf dem Arzneimittelverordnungsblatt an Stelle des Namens der KK der Vermerk "Kostenerstattung" angebracht. Die KK erstattet sodann nach Maßgabe ihrer Satzung dem kostenerstattungsberechtigten Versicherten hierfür die Kosten entsprechend dem Leistungsanspruch in der vertragsärztlichen Versorgung (vgl. § 29 Abs. 6 Bundesmantelvertrag-Ärzte < BMV-Ä >, § 15 Abs. 6 Bundesmantelvertrag-Ärzte/Ersatzkassen < EKV-Ä >). Sie kann dem Versicherten allerdings den Einwand unwirtschaftlicher Verordnung entgegenhalten. Der Versicherte kann sich dann seinerseits wegen Schadensersatzes (§ 76 Abs. 4 SGB V) an den verordnenden Arzt halten, der seine Pflicht verletzt hat. Nichts anderes gilt bei vertragsärztlicher Behandlung gegen Kostenerstattung (vgl. *dazu § 13 Abs. 2 BMV-Ä, § 7 Abs. 2 EKV-Ä; BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 23 S 112; zur Nichtigkeit von Honorarforderungen bei Unklarheit über die Behandlungsgrundlage vgl. BSG, Urteil vom 18. Juli 2006 - B 1 KR 9/05 R - RdNr. 13 m.w.N.*).

16 Anders liegt es, wenn der Arzt von einer Leistung oder Verordnung auszugehen hat oder ausgehen darf, die nicht zum Leistungskatalog der GKV gehört, auch wenn der krankenversicherte Patient Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 SGB V gewählt hat. Um die "GKV-Fremdheit" der Leistung zu

kennzeichnen, erfolgen solche Arzneimittelverordnungen auf Privatrezept. Ein Privatrezept wird ausgestellt, wenn der Versicherte die Verordnung ausdrücklich als Privatbehandlung i.S. von § 18 Abs. 8 Nr. 2 BMV-Ä , § 21 Abs. 8 Nr. 2 EKV -Ä - d.h. nicht als Natural- oder Kostenerstattungsleistung nach § 13 Abs. 2 SGB V - wünscht oder wenn ein in der GKV Versicherter die Verordnung von Arzneimitteln verlangt, die aus der Leistungspflicht der KK ausgeschlossen oder für die Behandlung nicht notwendig sind (vgl. § 29 Abs. 8 BMV-Ä , § 15 Abs. 6 EKV-Ä). Der Versicherte ist vom verordnenden Arzt dann im konkreten Fall darüber aufzuklären, dass er die Kosten für nicht verordnungsfähige Arzneimittel selbst zu tragen hat (vgl. § 29 Abs. 9 BMV-Ä , § 15 Abs. 8 EKV-Ä). Eine Kostenerstattung kommt in diesem Fall auch bei Versicherten, die sich nach § 13 Abs. 2 SGB V für eine Kostenerstattung entschieden haben, nur in Betracht, wenn ein Fall des § 13 Abs. 3 SGB V vorliegt und der Versicherte insoweit vor der Beschaffung des Arzneimittels eine Entscheidung der KK über die Erstattungsfähigkeit der begehrten Leistung herbeigeführt hat oder dies wegen Unaufschiebbarkeit (§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt 1 SGB V) entbehrlich war.

- 17** Die dargestellte Rechtslage korrespondiert mit der Rechtsprechung des 6. Senats des BSG im Vertragsarztrecht zur Arzneimittelverordnung auf Kassenrezept bei einer zulassungsüberschreitenden Arzneimittelanwendung (Off-Label-Use). Bei einem Off-Label-Use, der medizinisch-fachlich und damit zwangsläufig auch rechtlich umstritten ist, muss der Arzt nicht, wie es in § 29 Abs. 1 BMV-Ä und § 15 Abs. 1 EKV -Ä als Grundsatz für den Normalfall nicht ausgeschlossener Verordnungen normiert ist, die vertragsärztliche Verordnung allein verantworten (vgl. auch Abschnitt H der Arzneimittel-Richtlinien des G-BA i.d.F. des Beschlusses vom 18. April 2006, BAnz S 5122). Im Falle eines Off-Label-Use kann er vielmehr - entsprechend der Regelung in § 29 Abs. 8 BMV-Ä und § 15 Abs. 7 EKV -Ä für die Verordnung von Arzneimitteln, die von der Leistungspflicht der KK ausgeschlossen sind - dem Patienten ein Privatrezept ausstellen und es diesem überlassen, sich bei der KK - tunlichst unter Beachtung der Prämissen des § 13 Abs. 3 SGB V - um Erstattung der Kosten zu bemühen. In dem besonderen Fall eines medizinisch-fachlich umstrittenen Off-Label-Use kann er auch zunächst selbst bei der KK deren Auffassung als Kostenträger einholen und im Ablehnungsfall dem Patienten ein Privatrezept ausstellen. Ermöglicht der Vertragsarzt indessen nicht auf diese Weise eine Vorab-Prüfung durch die KK, sondern stellt er ohne vorherige Rückfrage bei dieser eine vertragsärztliche Verordnung aus und beschafft sich der Patient das verordnete Mittel dann in der Apotheke, so sind damit die Arzneikosten angefallen. Die KK kann dann nur noch im Regresswege geltend machen, ihre Leistungspflicht habe nach den maßgeblichen rechtlichen Vorschriften nicht bestanden. Verhindert ein Vertragsarzt durch diesen Weg der vertragsärztlichen Verordnung bei einem medizinisch umstrittenen Off-Label-Use eine Vorab-Prüfung durch die KK und übernimmt er damit das Risiko, dass später die Leistungspflicht der KK verneint wird, so kann der Arzt einem darauf gestützten Regress nicht erfolgreich entgegentreten (BSG, Beschluss vom 31. Mai 2006 - B 6 KA 53/05 B - RdNr. 13).
- 18** Nur bei einer Vorab-Prüfung können die KK ihre - Gesundheitsgefahren und wirtschaftlichen Risiken vorbeugenden - Beratungsaufgaben erfüllen, den Versicherten vor dem Risiko der Beschaffung nicht zum Leistungskatalog der GKV gehörender Leistungen zu schützen und ihm ggf. aufzeigen, welche Leistungen an Stelle der begehrten Leistungen in Betracht kommen. Denn ist die Behandlung bereits mittels GKV-fremder Arzneimittel erfolgt, kommt die Beratung der KK zu spät.
- 19** Eine Kostenerstattung nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Alt 2 SGB V bei von der Verordnung zu Lasten der GKV im Grundsatz ausgeschlossenen Arzneimitteln kommt nach alledem auch bei der Wahl von Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 SGB V nur in Betracht, wenn der Versicherte seiner KK vor einer Beschaffung des Arzneimittels auf Privatrezept die Möglichkeit einer Prüfung gegeben hat. Hat der Versicherte - wie die Klägerin - von dem Wahlrecht nach § 13 Abs. 2 SGB V keinen Gebrauch gemacht, sondern nimmt er die GKV-Leistungen in Natur als Sach- und Dienstleistungen in Anspruch, gilt nichts anderes. Auch in diesen Fällen können nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel nur im Rahmen des § 13 Abs. 3 SGB V unter der Voraussetzung einer vorherigen Entscheidung der KK zu einem Kostenerstattungsanspruch führen. In beiden Fällen sind die Arzneimittel auf Kassenrezept nur dann verordnungsfähig, wenn ein Ausnahmefall nach § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V vorliegt. Dh: Hält der behandelnde Arzt - anders als der Versicherte - einen

Ausnahmefall nach § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V nicht für gegeben, setzt die Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs nach § 13 Abs. 3 SGB V ebenfalls die vorherige Befassung der KK mit dem Begehren des Versicherten voraus.

20 2.

Das LSG hat eine Entscheidung der Beklagten über das Begehren der Klägerin vor Erwerb der Arzneimittel nicht festgestellt. An diese Tatsachenfeststellung ist der Senat gebunden (§ 163 SGG). Zulässige und begründete Verfahrensrügen sind hiergegen nicht erhoben worden.

21 Soweit die Revision geltend macht, das LSG habe einen Verspätungseinwand erhoben, den es im Sozialgerichtsprozess nicht gebe, trifft dies nicht zu. Dieses Revisionsvorbringen bezieht sich offenbar auf die Feststellung des LSG, die Klägerin habe "erstmalig im Berufungsverfahren vorgetragen, dass es möglicherweise eine mündliche Bescheidung dieses Antrags in einem Telefonat gegeben hat". Das LSG hat damit kein Vorbringen ausgeschlossen, sondern lediglich den Vortrag aus dem Berufungsverfahren gewürdigt. Es hat nämlich dargelegt, dass es sich von der Richtigkeit des neuen Vortrags weder anhand des bisherigen Vortrags noch anhand der vorgelegten Verwaltungsakte überzeugen können. Es sei im Bisherigen nie davon die Rede gewesen, dass die Klägerin jemals einen Kostenantrag bezüglich der nicht verschreibungspflichtigen Medikamente gestellt habe und dieser von der Beklagten in telefonischer Form abgelehnt worden sei, obwohl die Klägerin auf das Problem erstinstanzlich hingewiesen worden sei. Es heißt im Urteil wörtlich: "Denn anderenfalls hätte sie einen solchen Bescheid bereits mit der Antragstellung oder spätestens im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren auf den Hinweis der Vorsitzenden auf die formalen Erfordernisse erwähnen müssen".

22 Sinngemäß wendet sich die Revision danach lediglich gegen die Beweiswürdigung des LSG. Eine Verletzung der Grenzen des § 128 Abs. 1 Satz 1 SGG (Grundsatz der freien Beweiswürdigung) z.B. wegen Verstoßes gegen Denkgesetze oder eines Verfahrensfehlers wegen Übergehens eines im Berufungsverfahren gestellten Beweisantrages (vgl. dazu z.B. BSGE 63, 270 [BSG 22.06.1988 - 9 RVg 3/87] = SozR 1500 § 128 Nr. 34; BSG SozR 1500 § 128 Nr. 4 m.w.N.) wird von der Revision dabei aber nicht dargetan.

23 3.

Die von der Klägerin begehrte Leistung war auch nicht unaufschiebbar im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Alt 1 SGB V . Danach sind dem Versicherten die Kosten einer selbstbeschafften Leistung in der entstandenen Höhe zu erstatten, wenn die Leistung unaufschiebbar war und die KK sie nicht rechtzeitig erbringen konnte. Dies ist der Fall, wenn eine Leistungserbringung im Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Durchführung so dringlich ist, dass aus medizinischer Sicht keine Möglichkeit eines nennenswerten zeitlichen Aufschubs bis zur Entscheidung der KK mehr besteht. Die Norm erfasst allerdings nicht Notfälle im Sinne des § 76 Abs. 1 Satz 2 SGB V , bei denen ein unvermittelt aufgetretener Behandlungsbedarf sofort befriedigt werden muss (vgl. BSG, Urteil vom 18. Juli 2006 - B 1 KR 24/05 R - RdNr. 30 m.w.N., zur Veröffentlichung vorgesehen). Sie knüpft an die Regel an, dass Versicherte vor Selbstbeschaffung einer Leistung der KK ermöglichen müssen zu prüfen, ob ihre Leistungspflicht besteht (vgl. BSG, Urteil vom 18. Juli 2006 - B 1 KR 9/05 R - RdNr. 22; BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 22). Dabei kann eine zunächst nicht eilbedürftige Behandlung unaufschiebbar werden, wenn mit der Ausführung so lange gewartet wird, bis die Leistung zwingend erbracht werden muss, damit der mit ihr angestrebte Erfolg noch erreicht werden kann (BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 22; BSGE 73, 271, 287 [BSG 15.12.1993 - 11 RAR 95/92] = SozR 3-2500 § 13 Nr. 4 S 26).

24 Das LSG hat hierzu festgestellt, dass zwar eine ununterbrochene Behandlungsbedürftigkeit der Klägerin bestanden habe, jedoch keine Behandlungsdringlichkeit. Anhaltspunkte dafür, dass es der Klägerin aus medizinischen Gründen nicht mehr möglich oder zumutbar gewesen ist, vor Beschaffung der Arzneimittel die Beklagte über den Beschaffungswunsch entscheiden zu lassen, hat das LSG nicht festgestellt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG .

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.