



RECHTSANWÄLTE WIGGE

BERATUNG IM MEDIZINRECHT

**Die Rechtsprechung des BSG
zur Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit
– sog. Vertretbarkeitsrechtsprechung –**

von Dr. Michael A. Ossege



Gliederung

I.	Einleitung	4
II.	prozessuale Ausgangslage	5
III.	Rechtsprechung des 3. Senats des BSG	7
	1. Notwendigkeit / Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung: objektive Betrachtungsweise	7
	2. konkrete Betrachtungsweise	9
	3. Unterbringung in geschützter Umgebung	10
	4. bedarfsbezogene Krankenbehandlung	12
	5. vorausschauende Sicht des Krankenhausarztes	13
	6. kein Systemversagen	14
IV.	Rechtsprechung des 1. Senats des BSG	15
	1. erste Vorlagefrage	15
	a. Rechtsprechung des BSG zur RVO bis zum 31.12.1988	15
	b. Rechtsprechung des BSG zum SGB-V ab dem 01.01.1989	18
	aa. Wortlaut des § 39 SGB-V	18
	bb. Textgeschichte des § 39 SGB-V	21
	c. Subsidiarität vollstationärer Krankenhausbehandlung	22
	d. Sonderweg des 3. Senats	23
	aa. konkrete Betrachtungsweise	24
	bb. sozialgerichtlichen Überprüfbarkeit	25
	e. Sichtweise des 1. Senats	26
	2. zweite Vorlagefrage	28
V.	Rechtsprechung des Großen Senats des BSG	31
	1. Zulässigkeit	31
	2. Begründetheit der ersten Vorlagefrage	32
	a. Wortlaut des § 39 Abs. 1 S. 2 SGB-V	32
	b. Wortlaut des § 184 RVO	33
	c. Systematik des Krankenversicherungsrechts sowie Zweck und Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB-V	33
	aa. Zweck des § 39 Abs. 1 SGB-V	33
	bb. Systematik des Krankenversicherungsrechts	34
	cc. Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB-V	36



RECHTSANWÄLTE WIGGE

BERATUNG IM MEDIZINRECHT

3.	Begründetheit der zweiten Vorlagefrage	37
a.	Entscheidung über die Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit ...	38
aa.	... durch die Krankenkasse	38
bb.	... nicht durch den Krankenhausarzt	38
cc.	... nicht durch die Landesverträge nach § 112 SGB-V	39
b.	volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit	40
c.	„ex-ante“-Sicht	41
VI.	neue Rechtsprechung des 3. Senats des BSG	42
1.	Krankenhausbehandlung	42
a.	gesetzliche Regelungen	42
b.	Krankenhausbehandlung als komplexe Gesamtleistung	43
2.	Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung	44
a.	medizinische Gründe	45
b.	Auffassung der Literatur	46
c.	Abgrenzungsschwierigkeiten	47
d.	Fallgruppen	48
aa.	Fallgruppe 1: besonders intensive medizinische Betreuung	48
bb.	Fallgruppe 2: zeitlicher Rahmen	50
cc.	Fallgruppe 3: Unterbringung aus nicht medizinischen Gründen	51
3.	Überprüfbarkeit durch die Gerichte	52
VII.	Fazit	55
VIII.	Bedeutung für die Praxis	57



Die Rechtsprechung des BSG zur Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit – sog. Vertretbarkeitsrechtsprechung –

von Dr. Michael Ossege¹

I. Einleitung

Die Feststellung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit ist – nicht nur in der Rechtsprechung – sehr umstritten. Insbesondere seit Anfang diese Jahrzehnts war innerhalb des BSG umstritten, wann Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit vorliegt und wann nicht.

Der folgende Beitrag soll die unterschiedlichen Auffassungen der sachlich zuständigen 1. und 3. Senate sowie die Auffassung des Großen Senats des BSG und insbesondere auch die Reaktion der Fachsenate hierauf wiedergeben.

Seit mehr als zehn Jahren war beim BSG erstmals wieder ein Verfahren beim Großen Senat anhängig.² Der Große Senat, der sich im vorliegenden Fall aus zwölf Berufsrichtern und sechs ehrenamtlichen Richtern zusammengesetzt hatte, ist zur Entscheidung berufen, wenn ein Senat des BSG von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will, § 41 SGG. Seine Zuständigkeit beschränkt sich auf die Beantwortung der ihm konkret unterbreiteten Rechtsfragen.

Konkreter Anlass für den Zusammentritt: Wegen unterschiedlicher Rechtsauffassungen des 1. Senats, der zuständig ist für Leistungsansprüche von Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung, und des 3. Senats, der u.a. zuständig ist für Streitigkeiten zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen, über die Auslegung des § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V hat der 1. Senat mit Beschluss vom 07.11.2006 den Großen Senat des BSG angerufen. Die unterschiedliche Zuständigkeit beide Senate schließt eine Divergenz nicht aus. Denn beide Ansprüche korrespondieren insoweit, als sie sich inhaltlich im Kern decken, weil die Leistung des Krankenhauses zur Erfüllung des Sachleistungsanspruchs des Versicherten dient.

¹ Der Autor ist Rechtsanwalt in der medizinrechtlich ausgerichteten Kanzlei *Rechtsanwälte Wigge* in Münster

² vgl. Tätigkeitsbericht des BSG 2006, www.bundessozialgericht.de => Tätigkeitsbericht 2006, S. 21 f. und Tätigkeitsbericht 2007, S. 1



Inhaltlich ging es darum, ob ein Anspruch erkrankter Versicherter auf vollstationäre Behandlung in einem Krankenhaus erfordern würde, dass die Behandlung allein aus medizinischen Gründen erfolgen, und ob das Gericht dieses auch vollständig zu überprüfen habe (so die „engere“ Auffassung des 1. Senats). Der 3. Senat vertrat hingegen die „weitere“ Auffassung, wonach die Leistungspflicht der Krankenkassen für einen vollstationär in das Krankenhaus aufgenommenen Versicherten grundsätzlich auch dann weiter bestehen würde, wenn das Behandlungsziel zwar ebenso gut durch ambulante Behandlung erreicht werden könnte, dem Versicherten eine solche Behandlungsalternative aber von der Krankenkasse nicht ganz konkret nachgewiesen würde. Der 3. Senat billigte dem behandelnden Krankenhausarzt zudem einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Einschätzungsspielraum bei der Frage der Erforderlichkeit von Krankenhausbehandlung zu.

II. prozessuale Ausgangslage

1. Die Beteiligten stritten um die Erstattung der Kosten für vollstationäre Krankenhausbehandlung.

Der Versicherte, der unter Betreuung stand, war aufgrund einer Minderbegabung mit Verhaltensstörungen, u.a. in Form einer Neigung zu auto- und fremdaggressiven Impulsdurchbrüchen und sexueller Enthemmung bei insgesamt dissoziativer Fehlreaktionsbereitschaft, seit 1991 mit kurzen Unterbrechungen stationär in Einrichtungen der Psychiatrie untergebracht. Zuletzt befand er sich von Dezember 1996 bis März 2000 durchgehend in einer Fachklinik für Psychiatrie, Neurologie und Rehabilitation. Die beklagte Krankenkasse übernahm nach Einschaltung des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) die dort angefallenen Kosten der stationären Behandlung bis einschließlich 11.03.1997 und lehnte weitere Zahlungen mit der Begründung ab, dass der Zustand des Versicherten in der Folgezeit entgegen der Einschätzung des verantwortlichen Abteilungsarztes keine Krankenhausbehandlung mehr erfordert habe. Für den Klinikaufenthalt ab 12.03.1997 trat daraufhin der klagenden Sozialhilfeträger als Kostenträger ein.

Das Sozialgericht hat die beklagte Krankenkasse mit Urteil vom 23.01.2003 verurteilt, dem Kläger die gesamten geforderten Kosten des stationären Aufenthalts vom



12.03.1997 bis zum 19.03.2000 zu erstatten, weil die Behandlung des Versicherten im Krankenhaus des beigeladenen Trägers erforderlich gewesen sei.

Das Landessozialgericht hat auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Ein Erstattungsanspruch bestehe nicht. Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit des Versicherten im Sinne von § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V habe nicht bestanden. Vielmehr habe eine „*pflegerische Behandlung im Rahmen einer Unterbringung im Vordergrund*“ gestanden, nicht aber eine – etwa durch Notfallsituationen oder spezifische Medikationen bedingte – ärztliche Behandlung. Abweichend von der Rechtsprechung des 3. Senats des BSG³ ergebe sich ein Erstattungsanspruch auch nicht daraus, dass die Beklagte es unterlassen habe, den Kläger und den Versicherten auf konkrete, nachprüfbare ambulante Behandlungsalternativen hinzuweisen, weil dieser Rechtsprechung aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden könne.

Im Revisionsverfahren hatte die Beklagte sich im Wege eines Teilvergleichs bereit erklärt, dem Kläger die Hälfte der Kosten der stationären psychiatrischen Behandlung des Versicherten in der Zeit vom 12.03.1997 bis zum 27.07.1998 zu erstatten. Bezüglich des streitig gebliebenen Erstattungsanspruchs für die Zeit vom 28.07.1998 bis zum 19.03.2000 in Höhe von 112.389,91 € würde der mit der Sache befasste 1. Senat beabsichtigen, die Revision des Klägers zurückzuweisen, hätte sich daran aber durch Rechtsprechung des 3. Senats gehindert gesehen. Der 1. Senat entnehme den Feststellungen des LSG, dass eine medizinisch begründete Notwendigkeit, den Versicherten stationär in einem Krankenhaus zu behandeln, nicht bestanden hätte, und würde daraus ableiten, dass die Beklagte nicht leistungspflichtig sei. Der 3. Senat würde indessen einen Vergütungsanspruch des Krankenhauses gegen die Krankenkasse bereits dann bejahen, wenn der Patient an sich ambulant versorgt werden könnte, dazu aber, wie der Versicherte im vorliegenden Fall, eine spezielle Unterbringung und Betreuung in einer geschützten Umgebung benötigen würde und die Krankenkasse ihm eine geeignete Einrichtung nicht konkret benannt hätte. Zudem würde der 3. Senat dem Krankenhausarzt bei der Beurteilung der – medizinischen – Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung zu Unrecht einer gerichtlichen Überprüfung nicht oder nur eingeschränkt zugänglichen Entscheidungsspielraum zubilligen.

³ Urt. v. 13.05.2004 – B 3 KR 18/03 R –, USK 2004-88



2. Der erkennende 1. Senat hat mit Beschluss vom 04.04.2006 beim 3. Senat des BSG angefragt, ob der 3. Senat an seiner Rechtsprechung zur Beurteilung der Notwendigkeit von Krankenhausbehandlung festhalten würde, weil der 1. Senat davon abzuweichen gedenke.⁴

Mit Beschluss vom 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S – hat der 3. Senat des BSG die Anfrage des 1. Senats vom 04.04.2006 dahingehend beantwortet, dass er an seiner Rechtsprechung festhalten würde.⁵

Aufgrund dessen hat der 1. Senat mit Beschluss vom 07.11.2006 – B 1 KR 32/04 R – dem Großen Senat folgende Rechtsfragen zur Beantwortung vorgelegt:⁶

- a. Setzt der Anspruch erkrankter Versicherter auf vollstationäre Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus voraus, dass allein aus medizinischen Gründen Krankenhausbehandlung erforderlich ist, weil das Behandlungsziel durch andere Maßnahmen der Krankenbehandlung nicht erreicht werden kann?
- b. Hat das Gericht die Voraussetzungen gemäß Frage 1 voll zu überprüfen?

3. Nachdem zunächst die Rechtsprechung des 3. Senats dargestellt wird, folgt anschließend eine Wiedergabe der Rechtsprechung des 1. Senats, um schließlich die Rechtsprechung des Großen Senats des BSG wiederzugeben.

III. Rechtsprechung des 3. Senats des BSG⁷

1. Notwendigkeit / Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung: objektive Betrachtungsweise

Nach Auffassung des 3. Senats wäre dem 1. Senat insoweit zuzustimmen, als die in § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V als Anspruchsvoraussetzung genannte Notwendigkeit / Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung ein objektives Tatbestandsmerkmal sei.⁸ Ausgangspunkt sei die gesetzliche Formulierung in § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V, wonach die Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung anzunehmen sei, wenn die Aufnahme nach Prüfung durch das

⁴ vgl. Beschl. v. 04.04.2006 – B 1 KR 32/04 R –

⁵ vgl. Beschl. v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S –, USK 2006-54

⁶ vgl. Beschl. v. 07.11.2006 – B 1 KR 32/04 R –, GesR 2007, S. 276 ff.

⁷ vgl. Beschl. v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S –, USK 2006-54

⁸ BSG, Beschl. v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S –, USK 2006-54



Krankenhaus erforderlich sei, weil das Behandlungsziel nicht durch teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden könne. Entsprechend der vormaligen Rechtsprechung des BSG zur Reichsversicherungsordnung (RVO) würde der Anspruch auf Krankenhausbehandlung grundsätzlich voraussetzen, dass die Krankheit behandlungsbedürftig sei und ihr mit den spezifischen Mitteln des Krankenhauses begegnet werden müsse, um sie zu heilen oder zu bessern, eine Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.

Bereits im Urteil vom 13.05.2004 hätte der 3. Senat zur Notwendigkeit / Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung ausgeführt:⁹ *„Lässt sich eine erforderliche medizinische Behandlung in ebenso guter Weise auch außerhalb eines Krankenhauses durchführen, so besteht kein Anspruch auf Krankenhausbehandlung. Hierunter fällt neben der Behandlung in der Arztpraxis auch die ärztliche Krankenbehandlung in der Wohnung des Versicherten, ggf. in Kombination mit häuslicher Krankenpflege (§ 37 SGB V). Ferner gehört dazu die ärztliche Versorgung und sonstige medizinische Betreuung der Bewohner von Pflegeheimen, von Einrichtungen der Behindertenhilfe und von sonstigen Heimen oder Anstalten. Ein Anspruch auf Krankenhausbehandlung ist außerdem ausgeschlossen, wenn keine akute medizinische Behandlung einer Krankheit erforderlich, sondern medizinische Rehabilitation (dann ggf. Rehabilitationsklinik) oder dauerhafte Pflege (dann ggf. Pflegeheim) ausreichend ist. Wenn die Rechtsprechung als besondere Mittel des Krankenhauses eine apparative Mindestausstattung, ein geschultes Pflegepersonal und einen jederzeit präsenten bzw. rufbereiten Arzt herausstellt, so wird damit für die Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung weder der Einsatz aller dieser Mittel gefordert noch stets als ausreichend angesehen. Es ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der den mit Aussicht auf Erfolg angestrebten Behandlungszielen und den vorhandenen Möglichkeiten einer vorrangigen ambulanten Behandlung entscheidende Bedeutung zukommen. Bei einer psychiatrischen Erkrankung kann der Einsatz von krankenhausspezifischen Geräten in den Hintergrund treten und allein der notwendige Einsatz von Ärzten, therapeutischen Hilfskräften und Pflegepersonal sowie die Art der Medikation die Notwendigkeit einer stationären Behandlung begründen.“*

Dieser Rechtsprechung hätte sich der 1. Senat angeschlossen;¹⁰ insofern dürfte keine Divergenz bestehen.

⁹ – B 3 KR 18/03 R –, USK 2004-88

¹⁰ vgl. BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –



2. konkrete Betrachtungsweise

Diese Umschreibung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit würde aber nach Auffassung des 3. Senats zur konkreten Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit einer Krankenhausbehandlung nicht ausreichen. Die Entscheidung, ob ein Versicherter wegen einer behandlungsbedürftigen Krankheit in einem Krankenhaus versorgt werden müsse, könnte ein die Einweisung ins Krankenhaus verordnender niedergelassener Arzt (§ 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V) oder die Aufnahme ins Krankenhaus anordnender Krankenhausarzt (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V) stets nur mit Blick auf die in Betracht kommenden ambulanten Behandlungsalternativen treffen. Dieses würde in gleicher Weise bei der Entscheidung eines Krankenhausarztes gelten, ob ein bereits stationär untergebrachter Patient bei fortdauernder Behandlungsbedürftigkeit weiterhin im Krankenhaus zu behandeln sei oder entlassen werden könne, weil die erforderliche medizinische Versorgung außerhalb des Krankenhauses sichergestellt sei.¹¹ Mit dieser konkreten und an den Bedürfnissen der Versicherten orientierten Betrachtungsweise hätte der 3. Senat die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals „*Erforderlichkeit einer Krankenhausbehandlung*“ weiterentwickelt, weil in der Regel nur so die kontinuierliche medizinische Versorgung eines Versicherten gewährleistet würde.

An dieser Rechtsprechung würde der 3. Senat festhalten. Wie sich aus § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V ergäbe, bestünde ein Anspruch auf die dort genannten Leistungen vom Beginn einer Krankheit an; Zielrichtung und Zweckbestimmung der Krankenbehandlung würden hier zusammengefasst, ohne dass eine Rangordnung unter den verschiedenen Leistungen hergestellt würde.¹² Maßgeblich wäre allein, dass die Krankenbehandlung notwendig sei, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern (§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V). Daraus würde nach Ansicht des 3. Senats folgen, dass die Krankenkassen bei der Frage, mit welchen der grundsätzlich zur Verfügung stehenden Mitteln sie den Sachleistungsanspruch eines Versicherten erfüllen, von seinem durch die Erkrankung konkretisierten Bedarf auszugehen hätten. § 39 SGB V würde vom „*Behandlungsziel*“, das es zu erreichen gelte, sprechen. Dieses Erfordernis einer konkreten Betrachtungsweise würde bedeuten, es würde nicht ausreichen, von theoretisch vorstellbaren, besonders günstigen Sachverhaltskonstellationen auszuge-

¹¹ BSG, Urt. v. 13.05.2004 – B 3 KR 18/03 R –, USK 2004-88; BSG, Urt. v. 20.01.2005 – B 3 KR 9/03 R –, USK 2005-74

¹² vgl. BR-Drs. 200/88, S 170



hen, die z.B. einen weiteren Krankenhausaufenthalt entbehrlich erscheinen ließen, sondern dass zu prüfen sei, welche ambulanten oder sonstigen Behandlungsalternativen im Einzelfall konkret zur Verfügung stünden, um die kontinuierliche medizinische Versorgung eines Versicherten zu gewährleisten.

Demgegenüber würde der 1. Senat die Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit eines Versicherten nicht nach dessen Bedarf beurteilen, sondern abstrakt danach, ob die notwendige medizinische Versorgung nur mit den Mitteln des Krankenhauses durchgeführt werden könne, also nach den personellen und apparativen Möglichkeiten eines Krankenhauses und deren Ausnutzungsgrad im Einzelfall. Diese „*institutsorientierte*“ Betrachtungsweise würde aber mangels einer konkret nachgewiesenen Alternative im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V dazu führen, dass der Versicherte trotz weiterhin fortbestehenden Sachleistungsanspruchs (§ 2 Abs. 2 S. 1 SGB V) keine Leistungen der Krankenkasse mehr erhalten könnte.

Dieses Ergebnis wäre nach Auffassung des 3. Senats nicht sachgerecht und würde weder der Aufgabenstellung der Krankenversicherung (§§ 1 S. 1, 27 Abs. 1 S. 1 SGB V) noch dem Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 SGB XII) entsprechen. Es würde zudem im Widerspruch zum Günstigkeitsprinzip des § 2 Abs. 2 SGB I stehen, der auch den Sozialgerichten gegenüber eine Pflicht zur teleologischen bürgerfreundlichen Interpretation aller Normen des SGB normieren würde und dazu führen sollte, dass Ansprüche auf Sozialleistungen möglichst umfassend verwirklicht würden.¹³ Das gesetzliche Regelungssystem sei so auszulegen, dass Versorgungslücken nicht eintreten würden, sofern sie nicht vom Gesetzgeber ausdrücklich als „*Eigenverantwortung*“ der Versicherten deklariert werden. Bei sachgerechter Gesetzesauslegung würde es auch nicht eines Auffangens wegen eines „*Systemversagens*“ bedürfen, wobei zusätzlich zu begründen wäre, weshalb dann gerade die Krankenversicherung eintreten müsste.

3. Unterbringung in geschützter Umgebung

Der 3. Senat würde seine Rechtsprechung zur konkreten Betrachtungsweise dahingehend präzisieren wollen, dass Krankenhausbehandlung immer dann notwendig sei, wenn nach Prüfung des Krankenhausarztes zur Behandlung einer Krankheit neben ärztlicher Behandlung die Betreuung durch hinreichend geschulte medizinische Hilfskräfte in geschützter

¹³ Mrozyński, SGB I, 3. Aufl. 2003, § 2 Rn. 16 f.; vgl. auch KassKomm/Seewald, § 2 SGB I Rn. 10, 16



Umgebung erforderlich sei und andere bedarfsgerechte Einrichtungen weder flächendeckend vorhanden seien noch im Einzelfall konkret zur Verfügung stünden. Wäre eine Unterbringung allein aus anderen Gründen – etwa nach landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen – notwendig, würde die Zuständigkeit der Krankenkasse entfallen, weil die Unterbringung nicht zur Gewährleistung der Behandlung, sondern dem Schutz der Öffentlichkeit dienen würde, was eine polizeiliche Aufgabe wäre. Anders wäre es aber, wenn die Unterbringung auch zur Durchführung einer Behandlung erforderlich sein würde.¹⁴ Bei der Möglichkeit einer Unterbringung von pflegebedürftigen Personen in vollstationären Pflegeeinrichtungen (§ 43 SGB XI) würde die Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung entfallen, weil davon auszugehen sei, dass es solche Einrichtungen bundesweit flächendeckend geben und die Grundpflege sowie eventuell erforderliche Behandlungspflege in die Leistungspflicht der Pflegeversicherung fallen würde. Anders könne es wiederum sein, wenn ein spezieller Behandlungspflegebedarf abzudecken sei, für den nicht alle Pflegeheime geeignet wären (z.B. Wachkomapatienten, Hochquerschnittsgelähmte, Dauerbeatmungspflichtige). Hier würde die Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit erst entfallen, wenn konkret eine Spezialeinrichtung zur Verfügung stehen würde. Hier wie in allen übrigen Fällen würde sich die Krankenkasse nicht allein damit entlasten können, dass sie auf denkbare ambulante oder sonstige Behandlungsalternativen verweisen würde, ohne diese in konkreter und nachvollziehbarer Weise aufzuzeigen. Die Problematik würde besonders deutlich werden, wenn ein Versicherter z.B. wegen eines unheilbaren Krebsleidens keiner intensiven Krankenhausbehandlung mehr bedürfen würde, mangels der Möglichkeit einer ambulanten Betreuung im eigenen Haushalt oder in der Familie aber in einem Hospiz ausreichend palliativ-medizinisch versorgt werden könnte. Eine Entlassung aus dem Krankenhaus würde in solchen Fällen erst dann in Betracht kommen, wenn geklärt wäre, in welchem Hospiz der weiterhin behandlungsbedürftige Patient nach der Entlassung unterkommen würde und ob dort die notwendige medizinische Versorgung sichergestellt sei. Solange dies nicht geklärt sei, sondern nur theoretische Möglichkeiten im Raum stehen würden, könne ein Patient nicht aus dem Krankenhaus entlassen werden. Die stationäre Behandlung wäre dann weiterhin „erforderlich“ im Sinne des § 39 Abs. 1 SGB V. Nach Auffassung des 1. Senats wäre ein solcher todgeweihter Patient hingegen aus dem Krankenhaus zu entlassen, obwohl er weiterhin an einer palliativ-medizinisch behandlungsbedürftigen Krankheit leiden würde und seine Versorgung und Betreuung nicht sichergestellt wären, oder er müsste seine Behandlung nunmehr selbst bezahlen.

¹⁴ BSG, Urt. v. 13.05.2004 – B 3 KR 18/03 R –, USK 2004-88



4. bedarfsbezogene Krankenbehandlung

Die Richtigkeit der Auffassung, dass die verschiedenen in § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V genannten Leistungen zur Krankenbehandlung nicht institutionell abzugrenzen, sondern bedarfsbezogen einzusetzen seien, würde auch an anderen Beispielen deutlich.

So würde § 37 Abs. 1 SGB V die sog. Krankenhausersatzpflege zulassen, also die häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn zwar Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar wäre - etwa wegen Bettenmangels im Krankenhaus oder wegen fehlender Transportfähigkeit des Versicherten.¹⁵ Hier würde notgedrungen eine Unterversorgung in Kauf genommen, um überhaupt eine Behandlung zu ermöglichen. Nichts anderes könne aber gelten, wenn ein „*überdimensioniertes*“ Leistungsangebot in Anspruch genommen würde, weil ein „*maßgeschneidertes*“ Angebot nicht zur Verfügung stehen würde.

Auch die Anfügung des § 37 Abs. 2 S. 5 SGB V durch das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003¹⁶ würde zeigen, dass der Gesetzgeber zur Koordinierung der Leistungen im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V weiteren Handlungsbedarf gesehen und eine Rechtsgrundlage dafür geschaffen hätte, dass alleinstehende Wohnungslose medizinische Behandlungspflege erhalten können, wenn ihr Haushalt nicht mehr bestehen würde, ihnen aber nur zur Durchführung der Behandlungspflege vorübergehender Aufenthalt in einer Einrichtung oder einer anderen geeigneten Unterkunft zur Verfügung gestellt werden würde. Diese Regelung wäre getroffen worden, um wohnungslose Krankenversicherte in die ambulante Versorgung zurückzuführen und kostentreibende Krankenhauseinweisungen zu verhindern,¹⁷ deren Bezahlung die Krankenkassen nicht durch bloßen Hinweis auf ambulante Behandlungsmöglichkeiten vermeiden konnten. Schließlich würde auch die Vorschrift des § 27 Abs. 1 S. 3 SGB V zeigen, wonach bei der Krankenbehandlung den besonderen Bedürfnissen psychisch Kranker Rechnung zu tragen wäre, dass der Maßstab für die Gewährung von Leistungen zur Krankenbehandlung konkret – versichertenbezogen – und nicht abstrakt anzulegen sei. Denn psychische Erkrankungen würden vom Krankheitsbegriff des SGB V ebenso erfasst wie körperliche; gleichwohl hätte der Gesetzgeber diese Personengruppe besonders hervorgehoben, weil den Bedürfnissen psychisch

¹⁵ Bsp. in KassKomm/Höfler, § 37 SGB V Rn. 6

¹⁶ BGBl. I 2190

¹⁷ BT-Drs. 15/1525, S. 90



Kranker seiner Ansicht nach bislang nicht ausreichend Rechnung getragen worden wäre.¹⁸ Dies wäre nicht nur Programmsatz, sondern unmittelbar anwendbares und im Einzelfall zu beachtendes Recht.¹⁹ Diesem Ansatz wäre auch der 1. Senat in seinem Urteil vom 16.02.2005²⁰ gefolgt und hätte hieraus – insoweit ausdrücklich dem 3. Senat folgend – zumindest für den Bereich der psychischen Erkrankungen ebenfalls gefolgert, dass Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit nicht schon bei einer rein theoretischen Möglichkeit ambulant-ärztlicher Versorgung zu verneinen, sondern der Nachweis einer tatsächlich vorhandenen und bedarfsgerechten Behandlungsalternative erforderlich sei.²¹

5. vorausschauende Sicht des Krankenhausarztes

Nach Auffassung des 3. Senats wäre eine Krankenhausbehandlung stets dann notwendig, wenn sie aus vorausschauender Sicht des Krankenhausarztes unter Zugrundelegung der im Entscheidungszeitpunkt bekannten oder erkennbaren Umstände vertretbar wäre, d.h. nicht im Widerspruch zur allgemeinen oder besonderen ärztlichen Erfahrung stehen oder medizinische Standards verletzen würde.²² In der Entscheidung vom 07.07.2005 hätte der Senat aber auch klargestellt, dass die den behandelnden Krankenhausärzten zuzubilligende Einschätzungsprärogative nicht dazu führen würde, neben der „objektiven“ Notwendigkeit der Behandlung eine weitere Alternative zu eröffnen, um den Leistungsanspruch des Versicherten und / oder den daraus folgenden Vergütungsanspruch des Krankenhauses zu begründen. Der 3. Senat würde davon ausgehen, dass der Gesetzeswortlaut des § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V allein auf die sachliche Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung abstellen würde. Die Entscheidung, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, würde nicht dem einweisenden oder dem Krankenhausarzt obliegen, sondern allein der Krankenkasse. Die sich daraus ergebende Frage würde lauten, wie die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung festzustellen sei. Die Rechtsprechung des 3. Senats, dass es auf die fachlich einwandfreie Einschätzung des behandelnden Krankenhausarztes ankommen würde, würde dessen Situation und Entscheidungsverantwortung Rechnung tragen. Sie wäre dadurch geprägt, dass es eine objektiv richtige Maßnahme im Bereich ärztlichen Handelns oft nicht geben und der Arzt die zivilrechtliche und die strafrechtliche Verantwortung für sein Handeln tragen würde. Diese Rechtsprechung würde auch dem Wortlaut

¹⁸ vgl. d. Nachw. bei KassKomm/Höfler, § 27 SGB V Rn. 66

¹⁹ BSG, Urt. v. 20.01.2005 – B 3 KR 9/03 R –, USK 2005-74

²⁰ – B 1 KR 18/03 –, USK 2005-64

²¹ BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –, USK 2005-64

²² st. Rspr. d. 3. Senats – vgl. Urt. v. 12.05.2005 – B 3 KR 30/04 R –, USK 2005-98, u. Urt. v. 07.07.2005 – B 3 KR 40/04 R –, USK 2005-66



des § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V entsprechen, der die Rolle des Krankenhausarztes hervorheben würde, indem er den Anspruch auf vollstationäre Krankenhausbehandlung von der Prüfung der Erforderlichkeit durch das Krankenhaus abhängig machen würde. Zur Begründung diese Regelung, die erst durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992²³ in das Gesetz eingefügt worden sei, hätte der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass hierdurch die Prüfungspflicht des Krankenhauses im Hinblick auf den Vorrang der teilstationären, vor- und nachstationären sowie der ambulanten Behandlung vor der vollstationären Behandlung verdeutlicht werden solle.²⁴ Nach Ansicht des 3. Senats könne es deshalb nicht richtig sein, die Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung zu verneinen, wenn ein Gutachter „*ex post*“ noch andere Behandlungsmöglichkeiten erkennen und zu dem Ergebnis kommen würde, dass die personellen und sächlichen Mittel eines Krankenhauses zur Behandlung des Versicherten nicht notwendig wären, solange nicht eine Fehleinschätzung des Krankenhausarztes im oben genannten Sinn festzustellen sei.

6. kein Systemversagen

Schließlich könne es nach Auffassung des 3. Senats keinen Unterschied machen, dass es sich im Ausgangsfall des 1. Senats um eine über mehrere Jahre hinweg erstreckende Dauerbehandlung gehandelt habe, während sich der behandlungsbedürftige Versicherte tatsächlich in einem Krankenhaus aufgehalten hätte und es lediglich noch um die Frage gegangen wäre, welcher Sozialleistungsträger die Kosten hierfür zu tragen hätte. Das Problem eines Systemversagens, das dieser Frage anscheinend zu Grunde liegen würde, würde sich für den 3. Senat nicht stellen. Die Krankenkasse hätte sowohl für akute als auch chronische Erkrankungen einzustehen. Es wäre auch wenig überzeugend und praktisch kaum durchführbar, nach akuten und chronischen Phasen einer Erkrankung zu unterscheiden und danach verschiedene Kostenträger zu ermitteln. Nicht relevant wäre auch die Tatsache, dass zwischen Krankenhausträger und Krankenkasse Verträge geschlossen worden wären, nach denen beide Institutionen gegenüber dem Versicherten Betreuungspflichten treffen würden. Die vertragliche Pflicht des Krankenhauses, sich ebenfalls um eine bedarfsgerechte Behandlung und Betreuung des Versicherten zu kümmern, würde an der gesetzlichen Verpflichtung der Krankenkasse zur Übernahme der

²³ BGBl I S. 2266

²⁴ BT-Drs. 12/3608, S 81



Krankenhausbehandlung nichts ändern, wenn alternative Behandlungsmöglichkeiten vom Krankenhaus nicht gefunden würden.

IV. Rechtsprechung des 1. Senats des BSG²⁵

Die erste und die zweite Vorlagefrage wären nach Auffassung des 1. Senats des BSG zu bejahen. Das ergäbe sich jeweils aus

- Wortlaut,
- Entstehungsgeschichte,
- Regelungssystem und
- Regelungszweck

der für die Krankenhausbehandlung einschlägigen Rechtsgrundlagen des SGB V. Dieses Ergebnis würde sowohl den Bedürfnissen der Versicherten Rechnung tragen, als auch die Verteilung der Verantwortungs-, Steuerungs- und Entscheidungsbereiche aller Beteiligten berücksichtigen. Es würde die durch das Gesetz beschränkte Aufgabenstellung der gesetzlichen Krankenversicherung achten, den Versicherten nur nach Maßgabe eines durch den gesetzlichen Rahmen vorgegebenen Katalogs Leistungen zur Verfügung zu stellen und würde zugleich Fehlsteuerungen durch Fehlanreize vermeiden: Es würde der GKV nicht Risiken einer Unterversorgung anlasten, die sie mangels Zuständigkeit nicht beseitigen könne, und würde nicht die für die Unterversorgung Verantwortlichen entlasten. Das würde verhindern, Strukturdefizite durch Fehlsubventionierung mit Hilfe der kostenintensivsten GKV-Leistung zu zementieren.

1. erste Vorlagefrage

Der Anspruch erkrankter Versicherter auf vollstationäre Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus würde – seit jeher – ausschließlich voraussetzen, dass das Behandlungsziel allein aus medizinischen Gründen und nicht durch andere Maßnahmen der Krankenbehandlung erreicht werden könnte.

a. Rechtsprechung des BSG zur RVO bis zum 31.12.1988

Vor Inkrafttreten des SGB V wäre der Anspruch auf stationäre Krankenhausbehandlung in § 184 RVO geregelt gewesen. Zur Auslegung des § 184 RVO hätte der damals für das

²⁵ vgl. Beschl. d. BSG. v. 07.11.2006 – B 1 KR 32/04 R –, GesR 2007, S. 276 ff.



Leistungsrecht der GKV zuständige 3. Senat des BSG die Ansicht vertreten, der Anspruch des Versicherten auf Krankenhauspflege würde voraussetzen, dass die besonderen Mittel des Krankenhauses benötigt würden, um die Krankheit zu heilen oder zu bessern, eine Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Nur wenn diese Behandlungsziele den Aufenthalt im Krankenhaus erforderlich machen würden, sei die Krankenkasse zur Kostentragung der Krankenhauspflege verpflichtet. Andere Gründe für den Krankenhausaufenthalt, selbst wenn sie auf eine Krankheit zurückzuführen seien, würden nicht ausreichen. Lasse sich eine eventuell erforderliche medizinische Behandlung ohne eine aus anderen Gründen notwendige Unterbringung – z.B. zur Pflege oder zur Verwahrung – ambulant durchführen, würde kein Anspruch auf Krankenhauspflege bestehen. Soweit die Rechtsprechung auf ärztliche Präsenz abstellen würde, sei gemeint, dass der jederzeit rufbereite Arzt im Rahmen der laufenden Behandlung benötigt werde.²⁶ Auch die Notwendigkeit einer ständigen Betreuung durch psychiatrisch geschultes nicht-ärztliches Personal allein mache die Krankenkasse noch nicht nach § 184 Abs. 1 RVO leistungspflichtig.²⁷ Zwar sei zu beachten, dass bei der psychiatrischen Behandlung nicht-ärztliche Therapeuten und Pflegekräfte im größeren Umfange zur Behandlung herangezogen würden. Ihre Mitwirkung sei dann aber ärztlichen Behandlungsmaßnahmen untergeordnet.²⁸ Von Krankenhausbehandlung könne nicht mehr gesprochen werden, wenn die ärztliche Behandlung nur noch einen die pflegerischen Maßnahmen begleitenden Charakter haben würde.²⁹

Der 3. Senat hätte es in seinem Urteil vom 12.12.1979 für die Leistungspflicht der Krankenkassen als allein entscheidend angesehen, dass die Krankenhausbehandlung aus medizinischen Gründen notwendig sei.³⁰ Soziale Erwägungen allgemeiner Art oder familiäre Umstände könnten einen Anspruch auf Krankenhauspflege gegen einen Krankenversicherungsträger nicht begründen. Daran hätte der 3. Senat des BSG in seinem Urteil vom 03.07.1985³¹ angeknüpft und ausgeführt: *„Eine Aufnahme im KH ist nicht notwendig, soweit die ambulante Behandlung ausgereicht hätte. In diesem Fall kann der Anspruch aus § 184 RVO nicht damit begründet werden, dass die Unterbringung des Kranken in einem Heim oder einer Pflegefamilie geboten sei, aber tatsächlich kein geeigneter Heim- oder*

²⁶ Urt. v. 12.10.1988 – 3/8 RK 19/86 –, USK 8888; Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 33/84 –, USK 85163; Urt. v. 12.03.1985 – 3 RK 15/84 –, USK 85141

²⁷ Urt. v. 21.10.1980 – 3 RK 33/79 –, USK 80211

²⁸ Urt. v. 25.01.1979 – 3 RK 83/78 –, USK 7915

²⁹ Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 33/84 –, USK 85163

³⁰ – 3 RK 13/79 –, USK 79186

³¹ – 3 RK 17/84 –, USK 85160



Familienplatz zur Verfügung stehe. Es ist nicht Aufgabe der GKV, ein derartiges Risiko zu tragen. Wenn geeignete Pflegeheime nicht zur Verfügung stehen und ein Pflegebedürftiger nur deshalb in einem psychiatrischen KH untergebracht wird, so hat das nicht zur Folge, dass die Krankenversicherungsträger zur Übernahme der Kosten verpflichtet sind.“

Zur Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Voraussetzungen der Notwendigkeit stationärer Krankenhauspflege hätte es der 8. Senat des BSG unter Geltung des § 184 RVO mit Urteil vom 16.11.1984³² ausdrücklich verneint, dass dem behandelnden Arzt bei der Bestimmung von Art und Dauer der notwendigen Krankenhauspflege ein weiterer Beurteilungsspielraum eingeräumt sei, der nur in beschränktem Umfang gerichtlicher Überprüfung unterliege. Zwar handele es sich bei dem Rechtsbegriff der „Notwendigkeit“ im Sinne von § 184 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 182 Abs. 2 RVO um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dem die Zuordnung bestimmter Einzelsachverhalte in vielen Fällen unsicher sei. Ob in diesem Bereich hermeneutischer Unsicherheit ein „Beurteilungsspielraum“ gesehen werden könne, könne letztlich offen bleiben. Denn ein solcher Beurteilungsspielraum könnte allenfalls der Verwaltung, d.h. den Krankenkassen, nicht aber dem behandelnden Arzt zustehen. Entscheidend für die Erstattungspflicht der Krankenkassen sei vielmehr, ob die gewährte Kranken(haus)pflge nach objektiven Maßstäben notwendig gewesen sei. Diese Beurteilung unterliege voller gerichtlicher Nachprüfung. Eine andere Frage sei es, ob die Krankenkassen im konkreten Falle im Rahmen der Beweiswürdigung häufig der Beurteilung des behandelnden Arztes folgen werde, weil dieser aufgrund seiner Sachnähe regelmäßig am ehesten in der Lage sei, die Notwendigkeit einer bestimmten Maßnahme zu beurteilen. Dieses würde aber nicht bedeuten, dass der Arzt die Krankenkasse zu Leistungen auch dann verpflichten könne, wenn diese Leistungen objektiv nicht notwendig seien.

Ebenso hätte der 3. Senat des BSG in der Folgezeit entschieden: Der Kassenarzt treffe keine Rechtsentscheidung über die Verpflichtung der Krankenkasse zur Leistungserbringung; dieses sei nicht seine Aufgabe und ergebe sich weder aus Bestimmungen der RVO noch aus dem ihr nachgeordneten Recht.³³ Für die Beurteilung, ob und inwieweit die Maßnahmen geboten wären und nur in einem Krankenhaus durchgeführt werden könnten, habe man sich im sozialgerichtlichen Verfahren nicht mit den Äußerungen des be-

³² – 8 RK 33/84 –, USK 84213

³³ Urt. v. 11.10.1988 – 3/8 RK 20/87 –, USK 88157



handelnden Arztes zur Notwendigkeit der stationären Behandlung abschließend begnügen dürfen.

b. Rechtsprechung des BSG zum SBG-V ab dem 01.01.1989

An diese Rechtsprechung hätte der Gesetzgeber angeknüpft, als er mit Wirkung ab dem 01.01.1989 den Anspruch auf vollstationäre Krankenhausbehandlung nunmehr in § 39 SGB V geregelt hätte. Weder sollte der materielle Anspruch grundlegend anders als in § 184 RVO ausgestaltet sein noch sollte die Rechtsprechung des BSG zur Auslegung des § 184 RVO korrigiert werden. Aus Wortlaut und Textgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB V würde sich vielmehr ergeben, dass bei der Frage, ob ein Versicherter der vollstationären Krankenhausbehandlung bedürfen würde, weiterhin allein auf medizinische Gründe abzustellen und stationäre Krankenhausbehandlung subsidiär gegenüber allen anderen Behandlungsformen sein.

aa. Wortlaut des § 39 SGB V

Ab dem 01.01.1989 hätte § 39 Abs. 1 SGB V wie folgt gelautet:³⁴ *„Versicherte haben Anspruch auf Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus (§ 108), wenn die Aufnahme erforderlich ist, weil das Behandlungsziel nicht durch ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden kann. Die KH-Behandlung wird voll- oder teilstationär erbracht. Sie umfasst im Rahmen des Versorgungsauftrags des Krankenhaus alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im Krankenhaus notwendig sind, insbesondere ärztliche Behandlung (§ 28 Abs. 1), Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung.“*

Die Gesetzesbegründung hätte ausgeführt:³⁵ *„Die Vorschrift wurde gegenüber dem geltenden Recht im Hinblick auf die Bedeutung der Leistung im Rahmen der GKV konkretisiert. Sie wurde außerdem wegen der zusätzlichen Erfordernisse, die bei der Einweisung in ein Krankenhaus zu beachten sind (vgl. § 81 Abs. 4), erweitert. Dadurch soll darauf hingewirkt werden, dass verstärkt preisgünstige Krankenhäuser in Anspruch genommen werden.“*

³⁴ Art. 1 Gesundheits-Reformgesetz (GRG) vom 20.12.1988 (BGBl. I 2477)

³⁵ vgl. BT-Drs. 11/2237, S. 177 zu § 38



In der Begründung zu Abs. 1 hieße es ebenda: *„Die Regelung bestimmt, wo, wie und in welchem Umfang stationäre Krankenhausbehandlung erbracht wird. Sie entspricht dem bisher geltenden Recht (§ 184 Abs. 1, § 371 Abs. 1 RVO), verdeutlicht jedoch den Vorrang der preisgünstigen ambulanten Behandlung durch den Hinweis auf die häusliche Krankenpflege (§ 36). Satz 3 beschreibt den Inhalt der Krankenhausbehandlung und macht deutlich, dass der Schwerpunkt der Krankenhausbehandlung im Unterschied zu anderen Formen der ärztlichen Versorgung (vgl. § 115 Abs. 2) auf der ärztlichen Behandlung durch Ärzte und weniger auf der pflegerischen Versorgung und der Anwendung von Heilmitteln liegt.“*

Zur Begründung des § 81 Abs. 4 SGB V des Entwurfs heiße es:³⁶ *„Die Regelung verdeutlicht die bisherige Rechtslage, nach der Krankenhausbehandlung nur als letztes Mittel verordnet werden darf. Diesem Subsidiaritätsprinzip trägt die Verpflichtung Rechnung, die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung bei der Verordnung zu begründen.“*

Am 01.01.1993 hätte § 39 Abs. 1 SGB V dann folgende Fassung erhalten:³⁷ *„Die Krankenhausbehandlung wird vollstationär, teilstationär, vor- und nachstationär (§ 115a) sowie ambulant (§ 115b) erbracht. Versicherte haben Anspruch auf vollstationäre Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus (§ 108), wenn die Aufnahme nach Prüfung durch das Krankenhaus erforderlich ist, weil das Behandlungsziel nicht durch teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden kann. Die Krankenhausbehandlung umfasst im Rahmen des Versorgungsauftrags des KH alle Leistungen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im KH notwendig sind, insbesondere ärztliche Behandlung (§ 28 Abs. 1), Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung.“*

Die Aufnahme der Worte nach *„nach Prüfung durch das KH“* im jetzigen Satz 2 (zuvor Satz 1) des § 39 Abs. 1 SGB V würde dabei keine materielle Entscheidungskompetenz des Krankenhauses über den Anspruch des Versicherten auf Krankenhausbehandlung beschreiben. Die Formulierung solle vielmehr verdeutlichen, dass das Krankenhaus – ggf. neben dem einweisenden Arzt – selbstständig, in eigener Verantwortung diese Voraus-

³⁶ vgl. BT-Drs. 11/2237, S. 192

³⁷ vgl. Art. 1 Nr. 23 und Art. 35 Abs. 1 GSG Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992 (BGBl I S. 2266)



setzungen des Anspruchs zu überprüfen hätte, über den letztlich im Streitfall die jeweilige Krankenkasse entscheiden würde. Dies ergäbe sich mit hinreichender Deutlichkeit aus der Begründung des Gesetzentwurfs. Die Ausführungen würden klar machen, dass es bei den Rechtsänderungen des GSG nicht darum gegangen sei, den „Freiraum“ eines Krankenhauses bezüglich seiner Betten-Belegung im Sinne eines Einschätzungsspielraums über die Erforderlichkeit vollstationärer Krankenhausbehandlung zu erweitern, sondern – im Gegenteil – strengeren Voraussetzungen zu unterwerfen. So würde im Allgemeinen Teil der Begründung darauf hingewiesen:³⁸ *„Die Ausgaben für die Krankenhausversorgung in Höhe von 49 Milliarden DM im Jahr 1991 bilden den größten Ausgabenblock der GKV. Gegenüber 1990 stiegen die Ausgaben für Krankenhausbehandlung im Jahr 1991 je Mitglied um 7,8 %, und damit um fast 3 Prozentpunkte mehr als die beitragspflichtigen Einnahmen. Ohne erhöhte Wirtschaftlichkeit in den Krankenhäusern und ohne die Begrenzung der Krankenhausversorgung auf Patienten, die der Krankenhausbehandlung auch wirklich bedürfen, ist die Stabilität der Beitragssätze nicht zu erreichen. Der grundlegende Strukturfehler im Krankenhaus ist das Selbstkostendeckungsprinzip in Verbindung mit dem tagesgleichen Pflegesatz. Solange das belegte Bett, nicht aber die Leistung, die der Patient benötigt, der Maßstab für die Einnahmen, für die Personalausstattung und für die Investitionsförderung ist, sind Fehlsteuerungen und zu hohe Verweildauern die ökonomisch logische Konsequenz falscher Rahmenbedingungen. Zudem leisten ein globales Überangebot an Akutbetten und medizinisch nicht erforderliche Krankenhauseinweisungen der Fehlbelegung Vorschub. Zu Fehlentwicklungen tragen auch die unzureichende Verzahnung zwischen ambulanter und stationärer Versorgung, die z.T. noch ausstehende Umsetzung der Instrumente des GRG, z.B. dreiseitige Verträge, sowie die praktische Bedeutungslosigkeit des Kündigungsrechts von Krankenhäusern bei.“*

Zur Begründung der auf Beseitigung dieser „Strukturfehler“ abzielenden Änderung des § 39 Abs. 1 SGB V würde es heißen, die Regelung *„verdeutlicht die Prüfungspflicht des KH im Hinblick auf den Vorrang der ambulanten Behandlung“*. Einzelheiten der Prüfung sollten in den zweiseitigen Verträgen nach § 112 Abs. 2 SGB V geregelt werden.³⁹ Die Einfügung des jetzigen Satzes 1 solle nach der Gesetzesbegründung den *„Vorrang der teilstationären Behandlung vor der vollstationären Behandlung“* klarstellen.⁴⁰

³⁸ vgl. BT-Drs. 12/3209, S. 39 unter 3.a

³⁹ vgl. BT-Drs. 12/3209, S. 45 zu Nr. 7 Buchst a., Doppelbuchst. aa.

⁴⁰ vgl. BT-Drs. 12/3209, S. 45 zu Nr. 7 Buchst a., Doppelbuchst. bb.



Die Prüfungspflicht des Krankenhauses würde damit regelmäßig an die Einweisung des behandelnden Arztes an knüpfen, aber nicht das alleinige Recht der Krankenkassen, über den Anspruch des Versicherten auf Krankenhausbehandlung zu entscheiden, ersetzen.

bb. Textgeschichte des § 39 SGB V

Der seit 01.01.1991 geschäftsplanmäßig für das Leistungsrecht der GKV zuständige erkennende 1. Senat des BSG hätte bei der Auslegung des § 39 SGB V unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden die oben zitierte Rechtsprechung des 3. Senats zur Auslegung des § 184 RVO⁴¹ fortgeführt.⁴² Der 1. Senat hätte dabei entschieden, dass auch unter Geltung des § 39 SGB V die Entscheidung über die Leistungsbewilligung bei der Krankenkasse verbleiben würde.

Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf vollstationäre Krankenhausbehandlung würde der erkennende 1. Senat ebenfalls keinen Grund sehen, von der vorangegangenen Rechtsprechung zu § 184 RVO abzuweichen. So hätte der Senat unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung⁴³ zusammenfassend in seinem Urteil vom 16.02.2005⁴⁴ ausgeführt, die Behandlung in einem Krankenhaus sei erforderlich, „*wenn die notwendige medizinische Versorgung nur mit den besonderen Mitteln des Krankenhauses durchgeführt werden kann und eine ambulante ärztliche Versorgung nicht ausreicht, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern*“. Maßnahmen dürften daher z.B. nicht lediglich dem Zweck dienen, einem Zustand der Hilflosigkeit zu begegnen; ebenso würden rein pflegerische Maßnahmen nicht der Leistungspflicht der Krankenkassen unterfallen, vielmehr müssten diese als Teil einer ärztlichen Behandlung dieser Behandlung untergeordnet sein.⁴⁵ Soweit der 1. Senat dabei in einem *obiter dictum* des Urteils vom 16.02.2005 weitergehende Rechtssätze aus der neueren Rechtsprechung des 3. Senats zitiert hätte, würde er hieran nicht festhalten.

⁴¹ vgl. insbes. Urt. v. 11.10.1988 – 3/8 RK 20/87 –, USK 88157

⁴² Urt. v. 09.06.1998 – B 1 KR 18/96 R –, USK 98119

⁴³ BSG, Urt. v. 13.05.2004 – B 3 KR 18/03 R –, USK 2004-88; BSG, Urt. v. 27.08.1968 – 3 RK 27/65 –, BSGE 28, S. 199, 202; BSG, Urt. v. 10.10.1978 – 3 RK 81/77 –, BSGE 47, S. 83, 85; BSG, Urt. v. 25.01.1979 – 3 RK 33/84 –, SozR 2200 § 184 Nr. 11, S. 15 f.; BSG, Urt. v. 12.12.1979 – 3 RK 13/79 –, BSGE 49, S. 216, 217; BSG, Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 33/84 –, SozR 2200 § 184 Nr. 28 S. 41; BSG, Urt. v. 20.03.1984 – 8 RK 28/83 –, USK 8453

⁴⁴ – B 1 KR 18/03 R –, USK 2005-64

⁴⁵ vgl. BSG, Urt. v. 11.10.1979 – 3 RK 20/79 –, USK 79163; BSG, Urt. v. 20.03.1984 – 8 RK 28/83 –, USK 8453; BSG, Urt. v. 25.01.1979 – 3 RK 33/84 –, SozR 2200 § 184 Nr. 11 S. 16



c. Subsidiarität vollstationärer Krankenhausbehandlung

Diese Auslegung des § 39 SGB V durch den 1. Senat würde auch dem aufgezeigten gesetzlichen Regelungssystem abgestufter Ansprüche der Versicherten entsprechen.

Bereits das GRG hätte den subsidiären Charakter stationärer Krankenhausbehandlung gegenüber der ambulanten Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege in § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V hervorheben. Das GSG würde hieran festhalten, würde den Subsidiaritätsgrundsatz des § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V redaktionell erweitern und klarstellen, dass nur dann Anspruch auf vollstationäre Krankenhausbehandlung bestehen würde, wenn die Aufnahme in ein Krankenhaus erforderlich sei, weil das Behandlungsziel nicht durch teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden könne. Auch in anderen Grundentscheidungen des Gesetzgebers zum Leistungsrecht der GKV würde die beschriebene Tendenz zum Ausdruck kommen. Er hätte nämlich immer wieder Regelungen geschaffen und Maßnahmen getroffen, um die Inanspruchnahme von kostenintensiver vollstationärer Krankenhausbehandlung zur *ultima ratio* werden zu lassen bzw. die Krankenhausbehandlung wegen vorrangiger anderer Behandlungsformen möglichst von vornherein auf die dafür vorgesehenen medizinischen Fälle zu begrenzen und den Anstieg der Krankenhauskosten zu dämpfen. Welche große Bedeutung für den Gesetzgeber dieses Ziel gehabt hätte, würde sich aus seinen hierauf kontinuierlich über mehr als drei Jahrzehnte erstreckenden Bemühungen ergeben.⁴⁶ Die Begrenzung der Ausgaben für Krankenhausbehandlung wäre bereits Zweck des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze vom 29.06.1972 gewesen.⁴⁷ Im Vordergrund hätte bereits damals die Absicht bestanden, der wirtschaftlichen Belastung durch ständig steigende Beiträge zur GKV entgegenzutreten. Da die Krankenkassen aus den niedrig gehaltenen Beiträgen nicht in der Lage gewesen wären, die ständig steigenden Kosten für Krankenhauspflege zu finanzieren, hätten die Beschränkung der Beiträge zur GKV auch die Beschränkung der Krankenhauspflegesätze nach sich ziehen müssen.⁴⁸

So gut wie alle der zahlreichen Gesetzesänderungen bis in die jüngste Zeit hinein mit direkten oder mittelbaren Auswirkungen auf den Krankensektor wären nach Auffas-

⁴⁶ vgl. zu den Änderungen im Einzelnen z.B. Übers. bei Hauck/Noftz, SGB V, K § 39 Rn. 33 ff., Stand August 2006

⁴⁷ BGBl I S. 1009

⁴⁸ so BVerwG, Urt. v. 22.05.1980 – 3 C 2.80 –, USK 80237



sung des 1. Senats auf das Ziel ausgerichtet gewesen, die finanziellen Aufwendungen für die Krankenhausbehandlung zu begrenzen. Insoweit wären – neben den bereits in § 39 Abs. 1 SGB V selbst angesprochenen Behandlungsalternativen – speziell für den Bereich der psychiatrischen Erkrankungen mit Blick auf § 27 Abs. 1 S. 3 SGB V die Behandlung in psychiatrischen Institutsambulanzen (§ 118 SGB V) oder die Soziotherapie (§ 37a SGB V)⁴⁹ hervorzuheben; Soziotherapie stünde seit dem 01.01.2000 speziell schwer psychisch kranken Versicherten zu, „wenn dadurch KH-Behandlung vermieden oder verkürzt wird oder wenn diese geboten, aber nicht durchführbar ist“. Auch das Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser⁵⁰ könne beispielhaft erwähnt werden.⁵¹

Das in alledem zum Ausdruck kommende abgestufte Regelungssystem des SGB V würde durchbrochen und das erkennbar mit Nachdruck und Priorität verfolgte gesetzgeberische Ziel einer möglichst weitgehenden Vermeidung vollstationärer Krankenhauspflege auf Kosten der Krankenkassen würde in Frage gestellt, wenn für die Beurteilung, auf welche der genannten Behandlungsformen der Versicherte gegen seine Krankenkasse Anspruch haben würde, neben medizinischen Gründen wesentlich auf krankensicherungs-fremde Gesichtspunkte abzustellen wäre, wie z.B. das persönliche Umfeld des Betroffenen oder die Versorgungsstruktur in Bezug auf Unterbringungseinrichtungen zur Gefahrenabwehr und bei Pflegeheimen.

d. Sonderweg des 3. Senats

Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Regelungssystem würden nach Ansicht des 1. Senats des BSG den mit § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V verfolgten Regelungszweck verdeutlichen, Krankenhausbehandlung als eine der kostenintensivsten Leistungen der GKV nur als letztes, äußerstes Mittel in den wirklich notwendigen, nicht durch andere Maßnahmen behandelbaren Fällen einzusetzen. Diesem Regelungszweck hätte die ständige Rechtsprechung zunächst aller damit befassten BSG-Senate Rechnung getragen. Mit seinem Urteil vom 13.05.2004⁵² hätte sich der 3. Senat des BSG von der bisherigen Linie abgewandt.⁵³ Er hätte sowohl hinsichtlich der materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf

⁴⁹ geschaffen durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22.12.1999, BGBl I S. 2626

⁵⁰ Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser – Fallpauschalengesetz vom 23.04.2002, BGBl I S. 1412

⁵¹ vgl. zu dessen Zielsetzung BT-Drs. 14/6893, S. 26

⁵² – B 3 KR 18/03 R – USK 2004-88

⁵³ st. Rspr., vgl. Nachw. und Ausf. im Beschl. d. BSG v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S –, USK 2006-54



vollstationäre Krankenhausbehandlung als auch in der Frage der Überprüfung ihrer Notwendigkeit durch die Krankenkassen, MDK und Gerichte einen eigenen Weg eingeschlagen.

aa. konkrete Betrachtungsweise

Nach Auffassung des 3. Senats würde die Umschreibung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit in der oben zitierten Rechtsprechung zur konkreten Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals der Erforderlichkeit von Krankenhausbehandlung (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V) nicht ausreichen. Die Entscheidung, ob ein Versicherter wegen einer behandlungsbedürftigen Krankheit in einem Krankenhaus versorgt werden müsse, könne ein die Einweisung in das Krankenhaus verordnender niedergelassener Arzt (§ 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V) oder die Aufnahme ins Krankenhaus anordnender Krankenhausarzt (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V) stets nur mit Blick auf die in Betracht kommenden ambulanten Behandlungsalternativen treffen. Dieses gelte in gleicher Weise bei der Entscheidung eines Krankenhausarztes, ob ein bereits vollstationär untergebrachter Patient bei fortdauernder Behandlungsbedürftigkeit weiterhin im Krankenhaus zu behandeln sei oder entlassen werden könne, weil die erforderliche medizinische Versorgung außerhalb des Krankenhauses sichergestellt sei. Das Erfordernis einer konkreten Betrachtungsweise würde bedeuten, dass es nicht ausreiche, von theoretisch vorstellbaren, besonders günstigen Sachverhaltskonstellationen auszugehen, die den weiteren Krankenhausaufenthalt entbehrlich erscheinen ließen, sondern dass zu prüfen sei, welche ambulanten Behandlungsalternativen im Einzelfall konkret zur Verfügung stehen, weil nur so die kontinuierliche medizinische Versorgung des Versicherten gewährleistet werden könne. Da die Krankenkasse dem Versicherten die notwendige medizinische Behandlung als Sachleistung schulde (§§ 2 Abs. 2, 27 SGB V) und sie gegenüber dem Versicherten nach § 14 SGB I zur Beratung über seine Rechte und Pflichten aus dem Sozialversicherungsverhältnis verpflichtet sei, könnte sich die Krankenkasse nicht allein damit entlasten, dass sie auf denkbare ambulante Behandlungsalternativen verweise, solange sie diese nicht in konkreter und nachprüfbarer Weise aufzeige. Wolle die Krankenkasse einen Antrag auf (erstmalige oder weitere) Kostenübernahme für stationäre Krankenhausbehandlung ablehnen, bestehe also Streit über die Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung zwischen dem Versicherten und den Krankenhausärzten einerseits sowie der Krankenkasse und dem MDK andererseits, habe die Krankenkasse als Ausfluss ihrer Sachleistungs-



und Beratungspflicht den Versicherten darüber zu unterrichten, welche konkrete ambulante Behandlungsalternative zur Verfügung stehen würden.⁵⁴

bb. sozialgerichtlichen Überprüfbarkeit

Auch hinsichtlich der sozialgerichtlichen Überprüfbarkeit der Notwendigkeit vollstationärer Krankenhausbehandlung würde der 3. Senat in seinem Urteil vom 13.05.2004 eine vom 1. Senat abweichende Auffassung vertreten: Der 1. Senat würde die Entscheidungsgewalt darüber, ob Krankenhausbehandlung erforderlich ist, der Krankenkasse zuordnen;⁵⁵ er würde deren Entscheidung als gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar ansehen und würde prüfen, ob (jeweils) im Zeitpunkt der Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst objektiv Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit bestanden hätte.⁵⁶

Nach Auffassung des 3. Senats des BSG käme es nach erfolgter tatsächlicher Krankenhausaufnahme demgegenüber lediglich auf die Einschätzung/Prognose des behandelnden Krankenhausarztes an. Nach den Ausführungen des 3. Senats in seinem Urteil vom 12.05.2005⁵⁷ wäre eine Krankenhausbehandlung stets dann notwendig, „wenn sie aus der vorausschauenden Sicht des Krankenhausarztes unter Zugrundelegung der im Entscheidungszeitpunkt bekannten oder erkennbaren Umstände vertretbar ist, d.h. nicht im Widerspruch zur allgemeinen oder besonderen ärztlichen Erfahrung steht oder medizinische Standards verletzt“. In einem weiteren Urteil des 3. Senates vom 07.07.2005⁵⁸ würde es heißen: Dadurch, dass die behandelnden Krankenhausärzte die Notwendigkeit einer Weiterbehandlung im Krankenhaus angenommen hätten, sei von dieser Notwendigkeit auszugehen, weil ihnen insoweit ein Einschätzungsspielraum zuzubilligen sei. Im Zweifel komme es auf die Prognose der behandelnden Krankenhausärzte an. Diese Rechtsprechung trage der Situation und Entscheidungsverantwortung des behandelnden Krankenhausarztes Rechnung, die dadurch geprägt sei, dass es eine eindeutig objektiv richtige Maßnahme im Bereich ärztlichen Handelns oft nicht gebe und ärztliches Handeln gerade

⁵⁴ so Urt. v. 13.05.2004 – B 3 KR 18/03 R –, USK 2004-88, konkretisiert durch Beschl. d. BSG v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S –, USK 2006-54

⁵⁵ vgl. BSG, Urt. v. 09.06.1998 – B 1 KR 18/96 R –, USK 98119; BSG, Urt. v. 09.10.2001 – B 1 KR 26/99 R –, USK 2001-135; ebenso BSG, Urt. v. 18.05.1989 – 6 RKa 10/88 –, SozR 2200 § 182 Nr. 115 S. 264 f.

⁵⁶ vgl. erneut auch 8. Senat des BSG, Urt. v. 16.11.1984 – 8 RK 33/84 –, USK 84213; ferner BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 –, USK 2005-64; zur vergleichbaren Situation bei der Feststellung von Arbeitsunfähigkeit durch einen Vertragsarzt die Urt. des BSG v. 08.11.2005 – B 1 KR 18/04 R –, USK 2005-39 und v. 08.11.2005 – B 1 KR 30/04 R –, USK 2005-40

⁵⁷ – B 3 KR 30/04 R –, USK 2005-98

⁵⁸ – B 3 KR 40/04 R –, USK 2005-66



bei der Behandlung schwerwiegender psychiatrischer Erkrankungen auf unterschiedliche, auch wechselnde therapeutische Ansätze angewiesen sei.

e. Sichtweise des 1. Senats

Die Auslegung des 1. Senats würde hingegen den Belangen der Versicherten angemessen Rechnung tragen, ohne Entscheidungskompetenzen und die damit korrespondierenden Verantwortlichkeiten der Systembeteiligten bei der Inanspruchnahme von Naturalleistungen aus dem Blick zu verlieren:

Würde ein Versicherter Krankenhausaufnahme begehren, hätte – auch bei Vorliegen einer vertragsärztlichen Verordnung – das Krankenhaus in eigener Verantwortung die medizinischen Voraussetzungen zu überprüfen. Das würde seiner Sachkompetenz entsprechen. Würden die Krankenhausärzte die Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit bejahen und würde das Krankenhaus den versicherten Patienten aufnehmen, obwohl diese Voraussetzung nicht erfüllt wäre, hätte die Krankenkasse den Anspruch gegenüber dem Versicherten und dem Krankenhaus unverzüglich abzulehnen. Der Versicherte würde allerdings jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt Vertrauensschutz genießen:⁵⁹ Er wäre von der Krankenkasse so zu stellen, als habe er auf Kosten der Krankenkasse vollstationäre Behandlung erhalten. Das Krankenhaus würde dagegen keinen Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse erlangen. Es hätte nämlich nicht einen bestehenden Anspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse erfüllt, sondern bei seiner Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen auf medizinischem Gebiet versagt und daraus die Konsequenzen zu tragen. Von dieser Verantwortung könne sich das Krankenhaus auch nicht zu Lasten des Versicherten freizeichnen, soweit nicht der Versicherte in voller Kenntnis seiner Rechte Behandlung auf eigene Kosten ohne Aussicht auf Übernahme durch die Krankenkasse wünschen würde.⁶⁰ Hätte es die Krankenkasse gegenüber Versichertem und Krankenhaus abgelehnt, die Behandlung zu übernehmen, würde aber das Krankenhaus die Voraussetzungen des Anspruchs für trotzdem erfüllt halten, würde es den Versicherten weiterhin auf eigenes Risiko behandeln. Es könne sich aber nun auch von diesem Risiko zu Lasten des Patienten befreien. Wäre der betroffene Patient selbst nicht vollständig informiert, müsse das Krankenhaus ihn im Rahmen seiner ihm als zugelassener Leistungserbringer obliegenden wirtschaftlichen Aufklärungspflicht⁶¹ umfassend über die Folgen aufklären,

⁵⁹ vgl. bereits BSG, Urt. v. 09.06.1998 – B 1 KR 18/96 R –, USK 98119

⁶⁰ vgl. BSG, Urt. v. 18.07.2006 – B 1 KR 9/05 R – USK 2006-79

⁶¹ vgl. BSG, Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 5/05 R – USK 2006-17



die der Versicherte bei Fortsetzung der vollstationären Behandlung zu tragen hätte, wenn sich die Richtigkeit der Position der Krankenkasse in einem späteren Rechtsstreit bestätigen sollte.

Wäre der Versicherte, der allein aus medizinischen Gründen keine Krankenhausbehandlung benötigen würde, selbst nicht in der Lage, einen Zusatzbedarf an Unterbringung, Pflege oder Sonstigem zu finanzieren, den der 3. Senat zum Anlass nehmen würde, Krankenhausbehandlungsnotwendigkeit zu fingieren, wäre es – soweit kein vorrangiger Leistungsträger zuständig sei – Sache des Sozialhilfeträgers, diesen Bedarf abzudecken. Das hieße: Könne z.B. ein obdachloser Krebspatient ambulant mit Infusionen behandelt werden, würde er dazu aber eine hygienisch einwandfreie Unterkunft benötigen, die ein Obdachlosenheim nicht böte, bliebe es Sache des Sozialhilfeträgers, für eine adäquate Unterkunft zu sorgen. Auch soweit die Pflegeversicherung wegen ihres begrenzten Versorgungsauftrags nicht die erforderlichen Leistungen zur Verfügung zu stellen hätte, würde es das Gesetz nicht rechtfertigen, Krankenhausbehandlung ohne medizinische Notwendigkeit zu Lasten der GKV vorzusehen. Auch hier hätte – soweit kein anderer vorrangiger Träger zuständig wäre – letztlich der Sozialhilfeträger einzutreten. Krankenhausentlassungsprobleme wären durch frühzeitige Zusammenarbeit der zuständigen Träger schon im Vorfeld zu lösen (§ 4 Abs. 3 SGB V; § 86 SGB X).

Weder Krankenkasse noch Krankenhaus hätten danach Risiken zu tragen, die sich aus der nichtmedizinischen Versorgungssituation außerhalb des Krankenhausbereichs ergeben würden, soweit beide von ihrer Aufgabenstellung her nicht zur Absicherung der sich daraus ergebenden Risiken verpflichtet wären. So wären beide Institutionen nicht dazu berufen, Plätze für betreutes Wohnen oder für psychisch kranke Behinderte zu schaffen, die wegen Fremd- oder Selbstgefährdung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unterzubringen wären. Umgekehrt wäre es Sache der Krankenkassen, Mängel in der ambulanten Versorgung zu vermeiden oder zu beheben. Würden sie hierbei versagen mit der Folge, dass die an sich mögliche ambulante Behandlung nicht erbracht werden könnte, wäre Krankenhausbehandlung medizinisch notwendig. Den Krankenkassen aber – trotz bedarfsgerecht möglicher Krankenbehandlung im Rahmen des Vertragsarztsystems – etwaige Mängel in der Versorgung solcher krankenversicherungsfremder Bereiche durch Schaffung von richterrechtlichen Kostenübernahmepflichten aufzubürden und mittels Krankenhausbehandlung zu kompensieren, würde die Falschen belasten, würde der



GKV die erforderlichen finanziellen Mittel entziehen und drohe durch die damit bewirkte Fehlsteuerung, letztlich die Versicherten selbst zu schädigen.

2. zweite Vorlagefrage

Die Voraussetzungen für die „Erforderlichkeit“ vollstationärer Krankenhausbehandlung wären nach Auffassung des 1. Senats gerichtlich voll überprüfbar. Das würde schon die an die bisherige Rechtsprechung anknüpfende Entstehungsgeschichte des § 39 SGB V zeigen. Zu Recht hätte der 8. Senat des BSG⁶² bereits zum Rechtszustand unter Geltung der RVO ausgeführt, rechtssystematisch könne allenfalls ein Beurteilungsspielraum der Krankenkasse, nicht aber des behandelnden (Krankenhaus-)Arztes in Betracht kommen. Dies würde auch unter Berücksichtigung der Diskussion zum Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V gelten.⁶³

Hinzu käme, dass auch unbestimmte Rechtsbegriffe – wie hier der Notwendigkeit oder Erforderlichkeit – grundsätzlich der uneingeschränkten richterlichen Nachprüfung unterliegen würden,⁶⁴ und zwar hinsichtlich ihres Sinngehalts, der Feststellung der Tatsachengrundlage und der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf die im Einzelfall festgestellten Tatsachen.⁶⁵ Das würde der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung in Art. 19 Abs. 4 GG entsprechen, effektiven Rechtsschutz und damit die vollständige Nachprüfung der Akte öffentlicher Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu gewährleisten.⁶⁶ Nur ausnahmsweise könne es in gleichsam kaum vermeidbaren Kollisionslagen gerechtfertigt sein, der zuständigen Stelle einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Raum für die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zu eröffnen. Eine solche, sich auf die Tatbestandsseite der Norm erstreckende Einschätzungsprärogative hätte die Rechtsprechung etwa bei Eignungsbeurteilungen,⁶⁷ Planungsentscheidungen⁶⁸ oder bei Entscheidungen besonderer, fachkundig zusammengesetzter Kollegialorgane aner-

⁶² vgl. erneut Urt. v. 16.11.1984 – 8 RK 33/84 –, USK 84213

⁶³ vgl. dazu z.B. Neumann in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11 ff.; Arend Becker, Die Steuerung der Arzneimittelversorgung im Recht der GKV, S. 114 ff., 123 ff.; Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 176 ff., 203 ff.

⁶⁴ vgl. Art. 92 GG

⁶⁵ vgl. z.B. BVerwG, Beschl. v. 22.9.2005 – 1 WB 4.05 –, DVBl 2006, S. 574 ff.

⁶⁶ vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u. 213/83 –, BVerfGE 84, S. 34, 49 f.

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 17.04.1991 – 1 BvR 1529/84 u. 1 BvR 138/87 –, BVerfGE 84, 59, 77

⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 – 4 C 79.76 –, BVerwGE 56, S. 110, 121; BVerwG, Urt. v. 29.01.1991 – 4 C 51.89 –, BVerwGE 87, S. 332, 355; BVerwG, Urt. v. 11.05.2006 – 5 C 10/05 –, NVwZ 2006, S. 1184, 1189



kannt.⁶⁹ Sie hätte es aber z.B. abgelehnt, von einer Einschätzungsprärogative auszugehen bei prognostischen Einzelbeurteilungen,⁷⁰ der sensorischen Bewertung von Wein⁷¹ oder der Feststellung von Unwirtschaftlichkeit im Rahmen einer Einzelfallprüfung.⁷²

Nach diesen Maßstäben würde jeglicher Grund fehlen, einem Arzt im Krankenhaus bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung eine Einschätzungsprärogative zuzubilligen. Der Anspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse auf krankensicherungsrechtliche Leistungen könne nicht im Rechtssinne von der jeweiligen Einschätzung eines Krankenhausarztes abhängig sein. Ebenso wenig hätte dessen Einschätzung Auswirkungen auf die Entscheidungsbefugnisse der Krankenkasse. Ihre Kompetenz, über den Sachleistungsanspruch des Versicherten zu entscheiden, wäre sonst nur noch rein formaler Natur. Darüber hinaus blieben die Aufgaben und Funktion des MDK unbeachtet. Erst recht könnte eine solche Einschätzungsprärogative nicht für den Anspruch des Krankenhauses gegen die Krankenkasse auf Vergütung gelten.

Soweit der 3. Senat des BSG schließlich darauf abheben würde, es gebe im Bereich ärztlichen Handelns oft nicht nur „eine“ objektiv richtige Maßnahme, könne dies seine Schlussfolgerung nicht rechtfertigen: Würde die Möglichkeit bestehen, verschiedene Wege zu gehen, wären diese nämlich krankensicherungsrechtlich auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen (§ 12 Abs. 1 SGB V). Würden mehrere verschiedene in Betracht kommende Maßnahmen ärztlichen Handelns diesen Anforderungen genügen, hätte regelmäßig der versicherte Patient hierüber aufgeklärt zu werden und die Auswahl zu treffen. Die zivil- und strafrechtliche Verantwortung des Arztes würde gerade auch an diese Pflicht des Arztes anknüpfen. Das wirksame, einen Deliktstatbestand ausschließende Einverständnis des Patienten würde nämlich eine umfassende, hinreichende Aufklärung des behandelnden Arztes bei allen ärztlichen Maßnahmen voraussetzen.⁷³ Die Rechtsprechung des BGH würde denn auch eine Einschätzungsprärogative des behandelnden Arztes nicht kennen. Sie würde bei der – rechtlich ganz anders gelagerten – Frage differenzieren, wie allgemeine Vertragsbedingungen privater Krankensicherungsunternehmen auszulegen wäre, die eine Erstattungspflicht für Kranken-

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 01.03.1990 – 3 C 50.86 –, NVwZ 1991, S. 568, 569; BSG, Urt. v. 09.06.1982 – 6 RKA 1/81 –, USK 82181

⁷⁰ vgl. BSG, Urt. v. 29.07.1993 – 11/9b RAr 5/92 –, SozR 3-4100 § 60 Nr. 1 S. 4 f.

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 25.11.1993 – 3 C 38.91 –, BVerwGE 94, S. 307 ff.

⁷² vgl. BSG, Urt. v. 08.04.1992 – 6 RKA 27/90 –, BSGE 70, S. 246, 253

⁷³ vgl. BGH, Urt. v. 22.04.1980 – VI ZR 37/79 –, NJW 1980, S. 1905; BGH, BGH, Urt. v. 08.05.1990 – VI ZR 227/89 – VersR 1990, S. 1010 f.



hausbehandlung von der medizinischen Notwendigkeit abhängig machen würden, im Interesse des Versicherungsnehmers danach, ob ein besonderes Verfahren für die Klärung von Meinungsunterschieden über die „Notwendigkeit“ vertraglich vorgesehen sei. In diesem Falle hätte die Überprüfung nach objektiven und anerkannten medizinischen Erkenntnissen durch einen neutralen Sachverständigen zu erfolgen. Wäre dagegen ein besonderes Verfahren für die Überprüfung nicht vorgesehen, könne der Versicherer sich auf einen Leistungsausschluss allenfalls erst dann berufen, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen nicht mehr vertretbar wäre, die Krankenhausbehandlung als notwendig anzusehen;⁷⁴ auf die Auffassung des behandelnden Arztes würde es dagegen nicht ankommen.⁷⁵

Der Ausschluss oder die Einschränkung einer nachträglichen Begutachtung ließe sich durch den Hinweis auf zivilrechtliche Rechtsprechung ebenfalls nicht rechtfertigen. Sie wäre vielmehr der Rechtsprechung des BGH fremd. Der behandelnde Krankenhausarzt wäre auch dort im Streitfall einer vollständigen Prüfung seiner Diagnostik und Therapie einschließlich seiner verantwortlichen Beurteilung der Erforderlichkeit von Krankenhausbehandlung im Nachhinein ausgesetzt. Ihm würde dabei Verantwortung nur für den Bereich abverlangt, für den er kompetent und ausgebildet wäre: Für ein Vorgehen nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Er wäre dadurch geschützt, dass sein Informationsstatus – auch bei nachträglicher Überprüfung – als auf dasjenige beschränkt anzusehen ist, was ihm *lege artis* im jeweiligen Behandlungszeitpunkt verfügbar sein würde. Damit würden sich auch Fallkonstellationen wie die des „*Krankenhauswanderers*“⁷⁶ auflösen oder diejenige der Abklärung eines Notfalls oder eines Krankheitsverdachts mit später negativem Ausgang.⁷⁷ Zugleich würde dem Abstellen auf die den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechende und verfügbare Informationslage im jeweiligen Behandlungszeitpunkt eine hinreichend differenzierende Dynamik innewohnen. Das, was etwa bei der Aufnahme in das behandelnde Krankenhaus noch unentdeckt bleiben könnte, müsse den Behandlern nach den Umständen des Einzelfalls ggf. im Rahmen der kunstgerecht eingesetzten Diagnostik zu einem späteren Zeitpunkt aufgefallen sein. Dagegen würde – auch für den behandelnde Krankenhausarzt hinreichend erkennbar – aufgrund des Leistungskatalogs der

⁷⁴ vgl. BGH, Urt. v. 29.11.1978 – IV ZR 175/77 – NJW 1979, 1250 f. in Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 29.06.1977 – IV ZR 63/76 –, VersR 1977, 833; BGH, Urt. v. 10.07.1996 – IV ZR 133/95–, BGHZ 133, 208 ff.

⁷⁵ vgl. z.B. BGH, Urt. v. 10.07.1996 – IV ZR 133/95–, BGHZ 133, 208, 212 f.

⁷⁶ vgl. BSG, Urt. v. 21.08.1996 – 3 RK 2/96 –, USK 96183

⁷⁷ vgl. z.B. BSG, Urt. v. 01.02.1995 – 6 RKa 9/94 –, USK 95118



GKV feststehen, welche z.B. ambulanten Maßnahmen an Stelle von behandelnde Krankenhausbehandlung zu erwägen wären.

V. Rechtsprechung des Großen Senats des BSG⁷⁸

Der Große Senat des Bundessozialgerichts hatte in seiner Sitzung vom 25.09.2007 über die Vorlage des 1. Senats zur Leistungspflicht der Krankenkasse bei stationärer Krankenhausbehandlung zu entscheiden.

Der 1. Senat hatte dem Großen Senat bekanntlich folgende Rechtsfragen vorgelegt:

- Setzt der Anspruch erkrankter Versicherter auf vollstationäre Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus voraus, dass allein aus medizinischen Gründen Krankenhausbehandlung erforderlich ist, weil das Behandlungsziel durch andere Maßnahmen der Krankenbehandlung nicht erreicht werden kann?
- Hat das Gericht die Voraussetzungen gemäß Frage 1 voll zu überprüfen?

Diese Rechtsfragen hat der Große Senat durch Beschluss vom 25.09.2007 wie folgt beantwortet:

1. Zulässigkeit

Der Große Senat war der Auffassung, dass die Vorlage zulässig ist.

Beide dem Großen Senat unterbreiteten Rechtsfragen wären entscheidungserheblich. Sie stünden in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis insofern, als die Erheblichkeit der einen von der Beantwortung der jeweils anderen Frage abhängen würde. Ein Erstattungsanspruch des Klägers nach §§ 102 ff. SGB X käme nur in Betracht, wenn die von ihm erbrachte Leistung (Gewährung von Krankenhausbehandlung als Sachleistung) rechtmäßig von der Beklagten zu erbringen gewesen wäre. Das wäre dann der Fall, wenn der Versicherte als ihr Mitglied in der streitigen Zeit gegen sie einen Anspruch auf (vollstationäre) Krankenhausbehandlung gemäß § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V gehabt hätte. Nach Auffassung des Großen Senats des BSG würde die erste Frage auf die Klärung der ge-

⁷⁸ Beschl. des Großen Senats des BSG vom 25.09.2007 – GS 1/06 –, GesR 2008, S. 83 ff.; vgl. auch www.bundessozialgericht.de => Medieninformation Nr. 30/07 vom 25.09.2007



setzlichen Anspruchsvoraussetzungen abzielen, die zweite auf deren Feststellung durch Verwaltung und Gerichte.

2. Begründetheit der ersten Vorlagefrage

Die erste Vorlagefrage würde vom Großen Senat bejaht werden. Ob einem Versicherten vollstationäre Krankenhausbehandlung zu gewähren sei, würde sich allein nach den medizinischen Erfordernissen richten. Ermöglicht es der Gesundheitszustand des Patienten, das Behandlungsziel durch andere Maßnahmen, insbesondere durch ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege, zu erreichen, so besteht kein Anspruch auf stationäre Behandlung. Das gilt auch dann, wenn der Versicherte zur Sicherstellung der ambulanten Behandlung einer Betreuung durch medizinische Hilfskräfte in geschützter Umgebung bedarf und eine dafür geeignete Einrichtung außerhalb des Krankenhauses nicht zur Verfügung steht.

a. Wortlaut des § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V

Das Gesetz würde die Voraussetzungen des Anspruchs auf vollstationäre Krankenhausbehandlung in § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V regeln. Danach müsse die Aufnahme des Patienten in das Krankenhaus erforderlich sein, weil das Behandlungsziel nicht durch teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden könne. Für sich alleine würde diese Formulierung keinen endgültigen Aufschluss darüber geben, ob mit dem Merkmal der Erforderlichkeit ausschließlich der medizinische Bedarf gemeint sei oder ob auch andere Umstände die Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung begründen könnten. Fest stünde nach dem Wortlaut nur, dass der Aufenthalt im Krankenhaus einem Behandlungszweck dienen müsse und die Krankenkasse deshalb nicht leistungspflichtig sei, wenn der Patient aktuell keiner ärztlichen Behandlung (mehr) bedürfen würde, sondern aus anderen Gründen, etwa wegen Hilflosigkeit, Pflegebedürftigkeit, zur Verwahrung oder zum Schutz der Öffentlichkeit, im Krankenhaus behalten oder dort untergebracht würde.⁷⁹ Davon würde auch der 3. Senat ausdrücklich ausgehen.⁸⁰

⁷⁹ st. Rspr. d. BSG, siehe zuletzt Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –, SozR 4-2500 § 39 Nr. 4 Rn. 13 m.w.N.; zum früheren Recht der RVO: Urt. v. 20.09.1974 – 3 RK 31/73 –, SozR 2200 § 216 Nr. 2 S. 3 f.; Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 45/83 –, SozR 2200 § 184 Nr. 27; Urt. v. 11.08.1983 – 5a RKn 22/82 –, SozR 2200 § 184 Nr. 22 S. 32 f.; Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 33/84 –, SozR 2200 § 184 Nr. 28 S. 41 ff.

⁸⁰ Beschl. v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S – USK 2006-54



b. Wortlaut des § 184 RVO

Etwas deutlicher als aus der aktuellen Gesetzesfassung würden sich Inhalt und Ziele der Krankenhausbehandlung aus dem Wortlaut des früheren § 184 RVO ablesen lassen, der bis zum Inkrafttreten des SGB V am 01.01.1989 die Voraussetzungen dieser Leistung geregelt habe. Danach wäre Krankenhauspflege zu gewähren gewesen, wenn die Aufnahme in ein Krankenhaus erforderlich gewesen wäre, um die Krankheit zu erkennen oder zu behandeln oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Auch diese Formulierung habe aber Raum für eine Interpretation gelassen, die zur Begründung der Erforderlichkeit der stationären Behandlung andere Gesichtspunkte als den bloßen medizinischen Bedarf mit heranzogen habe.

c. Systematik des Krankenversicherungsrechts sowie Zweck und Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB V

Möge der reine Gesetzestext in Bezug auf die Vorlagefrage nach Auffassung des Großen Senats mehrere Deutungen zulassen, so ergäbe sich aus der Aufgabenstellung der gesetzlichen Krankenversicherung, der Systematik des Krankenversicherungsrechts sowie dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB V mit hinreichender Deutlichkeit, dass Krankenkassen vollstationäre Krankenhausbehandlung nur schulden würden, wenn der Gesundheitszustand des Patienten sie aus medizinischen Gründen erfordern würde. Würde nach den Krankheitsbefunden eine ambulante Therapie ausreichen, so hätte die Krankenkasse die Kosten einer dennoch durchgeführten stationären Krankenhausbehandlung auch dann nicht zu tragen, wenn der Versicherte aus anderen, nicht mit der Behandlung zusammenhängenden Gründen eine spezielle Unterbringung oder Betreuung benötigen würde, die gegenwärtig außerhalb des Krankenhauses nicht gewährleistet würde.

aa. Zweck des § 39 Abs. 1 SGB V

Die Auslegung der leistungsrechtlichen Vorschriften im 3. Kapitel des SGB V müsse sich nach Auffassung des Großen Senats am Gegenstand der GKV als einer Versicherung gegen Krankheit orientieren. Deren Aufgabe sei es, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern (§ 1 S. 1 SGB V). Es gehe dabei um die Bereitstellung der für diese Zwecke benötigten medizinischen Ver-



sorgung, wie sich aus zahlreichen Einzelvorschriften des Leistungsrechts, insbesondere aus der Beschreibung der Leistungsziele in § 11 Abs. 1 SGB V und § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V sowie aus dem Leistungskatalog in § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V ersehen ließe. Zu den Aufgaben der Krankenversicherung gehöre es dagegen nicht, die für eine erfolgreiche Krankenbehandlung notwendigen gesellschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen zu schaffen oder diesbezügliche Defizite durch eine Erweiterung des gesetzlichen Leistungsspektrums auszugleichen. Für derartige Risiken hätten die Krankenkassen nicht einzustehen. Sie hätten auch keine Möglichkeit, strukturelle Mängel außerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs, etwa eine Unterversorgung bei den Betreuungseinrichtungen für psychisch schwerkranke Patienten, zu beheben, weil sie dafür weder Verantwortung trügen noch Geldmittel verwenden dürften. Maßnahmen und Leistungen, die nicht durch medizinische Erfordernisse der Krankheitserkennung oder -behandlung veranlasst seien, würden deshalb grundsätzlich nicht zum Gegenstand der Krankenversicherung gehören.

bb. Systematik des Krankenversicherungsrechts

Diese Auslegung würde auch durch eine gesetzessystematische Betrachtung bestätigt werden, denn soweit ausnahmsweise etwas anderes gelten sollte, würde das Gesetz dies ausdrücklich festlegen. So hätte es für bestimmte Fallgestaltungen ergänzende Leistungen vorgesehen, die eine Krankenbehandlung unterstützen oder erst ermöglichen sollten, ohne selbst unmittelbar einem medizinischen Zweck zu dienen. Das gelte etwa für die in § 38 SGB V geregelte Haushaltshilfe oder für die Gewährung von Fahrkosten als akzessorischer Leistung zur Krankenbehandlung (§ 60 SGB V). Mit der Einführung der Soziotherapie (§ 37a SGB V) für Versicherte, die wegen einer schweren psychischen Erkrankung nicht in der Lage wären, ärztliche und ärztlich verordnete Leistungen selbständig in Anspruch zu nehmen, hätte der Gesetzgeber eine weitere ergänzende Leistung geschaffen, die an der Nahtstelle zwischen Krankenbehandlung und allgemeiner Lebenshilfe angesiedelt sei und selbst keinen medizinischen Inhalt hätte. Dadurch, dass dem psychisch Kranken zur Sicherstellung der benötigten ambulanten Behandlung und zur Bewältigung der damit zusammenhängenden Probleme für eine begrenzte Zeit eine fachkundige Betreuungsperson zur Seite gestellt würde, sollten wiederkehrende, medizinisch nicht indizierte Krankenhausaufenthalte (sog. „Drehtüreffekt“) vermieden werden.⁸¹ Eine Soziotherapie sei nicht bei solchen Patienten erforderlich, die bereits in ihrem sozialen Umfeld, sei es in der Familie oder in einer betreuten Wohngemeinschaft, einem Übergangswohnheim oder

⁸¹ so die Begründung zum Entwurf des GKV-Reformgesetzes 2000, BT-Drs. 14/1245, S. 66



einer vergleichbaren Einrichtung, über eine ausreichende Hilfe verfügen würden. Auch durch diese Leistung würde deshalb zu Lasten der GKV eine Lücke in der Versorgung psychisch Kranker geschlossen, die ihren Ursprung letztlich nicht im Risikobereich der Krankenversicherung, sondern in einer partiell unzureichenden sozialen Eingliederung und Betreuung dieses Personenkreises hätte.

Den genannten ergänzenden Leistungen sei gemeinsam, dass sie dazu bestimmt seien, eine konkrete medizinische Behandlung zu ermöglichen oder zu unterstützen. Der allein auf die konkrete Behandlung bezogene Zweck würde auch die Rechtfertigung dafür bilden, dass außermedizinische Gesichtspunkte wie die Lebensumstände und die häusliche Situation des Versicherten etwa bei der Entscheidung zu berücksichtigen seien, ob ein chirurgischer Eingriff im konkreten Fall ambulant durchgeführt werden könne oder ob ausnahmsweise eine stationäre Aufnahme erfolgen müsse, weil eine ausreichende Überwachung und Nachbetreuung des Patienten in seiner häuslichen Umgebung nicht gewährleistet sei.⁸² Davon würde sich die vorliegende Fallkonstellation unterscheiden, in der der Versicherte bereits aus anderen Gründen unabhängig von dem bestehenden Behandlungsbedarf eine geeignete Unterbringung und Betreuung außerhalb des Krankenhauses benötigen würde.

Nachdem das SGB V nicht nur die medizinischen, sondern auch die ergänzenden Leistungen der Krankenbehandlung selbst abschließend regeln würde,⁸³ würde sich auch aus rechtssystematischen Gründen eine Auslegung verbieten, welche den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 SGB V auf Fälle erstrecken würde, in denen die Notwendigkeit einer stationären Krankenhausbehandlung nicht mit medizinischen Erfordernissen, sondern mit dem Fehlen alternativer Versorgungs- oder Unterbringungsmöglichkeiten begründet würde.

⁸² siehe dazu § 115b Abs. 1 SGB V in Verbindung mit den dort vorgesehenen dreiseitigen Vereinbarungen zum ambulanten Operieren

⁸³ siehe dazu bereits BSG, Urt. v. 09.12.1997 – 1 RK 23/95 –, SozR 3-2500 § 27 Nr. 9 S. 30; BSG, Urt. v. 25.06.2002 – B 1 KR 22/01 R –, SozR 3-2500 § 38 Nr. 4 S. 28



cc. Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB V

Der vom 3. Senat vertretenen Auffassung stünden schließlich die Entstehungsgeschichte des § 39 SGB V und die vorangegangene, maßgeblich durch die Rechtsprechung des BSG geprägte Rechtsentwicklung entgegen.

Unter der Geltung des früheren § 184 RVO wäre das BSG stets davon ausgegangen, dass es bei der Prüfung, ob eine Krankenhauspflege notwendig sei, allein auf die medizinische Notwendigkeit ankommen würde. Der seinerzeit für das Leistungsrecht der Krankenversicherung zuständige 3. Senat hätte bereits zu der ursprünglichen Gesetzesfassung, die eine Krankenhauspflege nur für begrenzte Zeit und nur als Ermessensleistung vorsehen würde, in mehreren Urteilen, beginnend mit der Entscheidung vom 27.08.1968,⁸⁴ geäußert, der Anspruch des Versicherten auf Krankenhauspflege setze voraus, dass die besonderen Mittel eines Krankenhauses benötigt würden, um die Krankheit zu heilen oder zu bessern, eine Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.⁸⁵ An dieser Rechtsprechung hätte der 3. Senat nach der Umwandlung der Krankenhauspflege in eine zeitlich unbegrenzt zu gewährende Pflichtleistung durch das Gesetz zur Verbesserung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (KVLG) vom 19.12.1973⁸⁶ in zahlreichen weiteren Entscheidungen festgehalten.⁸⁷ Im Urteil vom 12.12.1979⁸⁸ hätte er seine Rechtsprechung zusammengefasst und bekräftigt, dass soziale Erwägungen allgemeiner Art oder familiäre Umstände einen Anspruch auf Krankenhauspflege gegen den Träger der GKV nicht begründen könnten, die stationäre Behandlung vielmehr allein aus medizinischen Gründen notwendig sein müsse. Reiche eine ambulante Behandlung aus, könne die Notwendigkeit von Krankenhauspflege nicht damit begründet werden, dass der Versicherte mangels eines geeigneten Pflegeplatzes außerhalb des Krankenhauses nicht ordnungsgemäß betreut werden könne. Soziale Notlagen zu beseitigen sei nicht Zweckbestimmung eines Krankenhauses. Ebenso wenig könne die in der Krankenkasse organisierte Solidargemeinschaft der Versicherten verpflichtet wer-

⁸⁴ BSG, Urt. v. 27.08.1968 – 3 RK 27/65 –, BSGE 28, S. 199, 201 f.

⁸⁵ vgl. auch BSG, Urt. v. 28.06.1983 – 8 RK 22/81 –, SozR 2200 § 257a Nr.10; BSG, Urt. v. 09.12.1987 – 8 RK 10/87 –, SozR § 184 RVO Nr. 30; BSG, Urt. v. 18.11.1969 – 3 RK 24/68 –, USK 69109

⁸⁶ BGBl I 1925

⁸⁷ exempl.: BSG, Urt. v. 20.09.1974 – 3 RK 31/73 –, SozR 2200 § 216 Nr. 2 S. 2 f.; BSG, Urt. v. 12.12.1979 – 3 RK 13/79 –, SozR 2200 § 184 Nr. 15 S. 26; BSG, Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 45/83 –, SozR 2200 § 184 Nr. 27 S. 38; BSG, Urt. v. 12.11.1985 – 3 RK 33/84 –, SozR 2200 § 184 Nr. 28 S. 40 f.; BSG, Urt. v. 03.07.1985 – 3 RK 17/84 –, USK 85160

⁸⁸ BSG, Urt. v. 12.12.1979 – 3 RK 13/79 –, SozR 2200 § 184 Nr. 15



den, Krankenhausbetten ihrem eigentlichen Bestimmungszweck zu entfremden und auf ihre Kosten für Pflegefälle zur Verfügung zu stellen.

An die so beschriebene Rechtslage hätte der Gesetzgeber nach Auffassung des Großen Senats bei der Überführung des Krankenversicherungsrechts in das Sozialgesetzbuch angeknüpft. Das Gesundheitsreform-Gesetz vom 20.12.1988⁸⁹ hätte zwar die Voraussetzungen des Anspruchs auf Krankenhausbehandlung textlich neu gefasst; es hätte sie aber inhaltlich, insbesondere was das Erfordernis einer ausschließlich medizinisch begründeten Indikation anbelangt, nicht verändert, sondern im Gegenteil die Subsidiarität der stationären Behandlung gegenüber allen anderen Behandlungsformen stärker als bisher in den Vordergrund gerückt. Aus der Gesetzesbegründung sei ersichtlich, dass der bestehende Rechtszustand beibehalten, jedoch der Vorrang der preisgünstigen ambulanten Behandlung verdeutlicht werden sollte.⁹⁰

Angesichts einer über mehrere Jahrzehnte unveränderten, im krankenversicherungsrechtlichen Schrifttum akzeptierten Rechtsprechung, die durch Fortschreibung des durch sie konkretisierten Rechtszustandes Eingang in das geltende Recht gefunden hätte, sei für eine Auslegung des Gesetzes, die den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 SGB V auf andere als medizinisch begründete Behandlungsnotwendigkeiten erweitern würde, kein Raum. Nachdem sich auch die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse nicht geändert hätten, müsse eine mit erheblichen finanziellen Auswirkungen verbundene Neubewertung der von der Krankenversicherung zu tragenden Risiken dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

3. Begründetheit der zweiten Vorlagefrage

Die zweite Vorlagefrage erfordere nach Auffassung des 3. Senats des BSG eine differenzierende Antwort: Ob eine stationäre Krankenhausbehandlung aus medizinischen Gründen notwendig sei, hätte das Gericht im Streitfall grundsätzlich uneingeschränkt zu überprüfen. Es hätte jedoch von dem im Behandlungszeitpunkt verfügbaren Wissens- und Kenntnisstand des verantwortlichen Krankenhausarztes auszugehen, wenn die Krankenkasse im Nachhinein beanstanden würde, die stationäre Behandlung des Patienten sei nicht gerechtfertigt gewesen.

⁸⁹ BGBl I 2477

⁹⁰ BT-Drs. 11/2237, S. 177 zu § 38 des Entwurfs



a. Entscheidung über die Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit

aa. ... durch die Krankenkassen

Die Entscheidung darüber, ob dem Versicherten ein Anspruch auf Gewährung vollstationärer Krankenhausbehandlung als Sachleistung zustehe und darin eingeschlossen die Entscheidung, ob eine stationäre Behandlung aus medizinischen Gründen notwendig sei, obliege nicht dem Krankenhaus, sondern der Krankenkasse, gegen die sich der Anspruch richte.⁹¹ Die Entscheidungsabläufe seien unterschiedlich, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt die Kasse mit dem Leistungsbegehren befasst würde. Würde der Versicherte vorab die Genehmigung einer gemäß § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 4 SGB V vertragsärztlich verordneten Krankenhausbehandlung beantragen, so würde die Krankenkasse ihm gegenüber durch Verwaltungsakt entscheiden. Würde er dagegen, wie zumeist, wegen einer akuten Erkrankung oder eines Krankheitsverdachts ohne vorherige Konsultation der Krankenkasse stationär aufgenommen, so würde diese über den Behandlungsanspruch lediglich indirekt entscheiden, indem sie, erforderlichenfalls nach Einschaltung des MDK, dem die Leistung erbringenden Krankenhaus eine – in der Regel befristete – Kostenzusage erteilen würde.⁹² Dieser Vorgang würde sich wiederholen, wenn zu einem späteren Zeitpunkt über eine Verlängerung des Krankenhausaufenthalts zu befinden sei. In allen Fällen hätte die Krankenkasse vor ihrer Entscheidung die Erforderlichkeit der stationären Behandlung eigenständig und ohne Bindung an die Beurteilung des zuständigen Krankenhausarztes zu prüfen. Nichts anderes gelte für das Gericht, das gegebenenfalls in einem nachfolgenden Rechtsstreit über den Behandlungsanspruch des Versicherten oder den Vergütungsanspruch des Krankenhauses zu entscheiden hätte.

bb. ... nicht durch den Krankenhausarzt

Für eine Einschränkung der Kontrollbefugnisse der Krankenkasse und des Gerichts in der Weise, dass von der Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung auszugehen sei, wenn der Krankenhausarzt sie bejahen würde und seine Einschätzung fachlich vertretbar sei,

⁹¹ BSG, Urt. v. 18.05.1989 – 6 RKa 10/88 –, SozR 2200 § 182 Nr. 115 S. 264 f.; BSG, Urt. v. 09.06.1998 – B 1 KR 18/96 R –, SozR 3-2500 § 39 Nr. 5 S. 26 f.; BSG, Urt. v. 11.10.1988 – 3/8 RK 20/87 –, USK 88157; siehe auch Beschl. des 3. Senats v. 03.08.2006 – B 3 KR 1/06 S –, USK 2006-54

⁹² zur rechtlichen Wirkung der Kostenübernahmeerklärung siehe: BSG, Urt. v. 17.05.2000 – B 3 KR 33/99 R –, SozR 3-2500 § 112 Nr. 1 S. 5 f.; BSG, Urt. v. 13.12.2001 – B 3 KR 11/01 R –, SozR 3- 2500 § 112 Nr. 2 S. 12 f.



böte das Gesetz keine Grundlage. Zwar hieße es in § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V, die Krankenhausbehandlung müsse „nach Prüfung durch das Krankenhaus“ erforderlich sein. Diese durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992⁹³ eingefügte Formulierung eröffne dem behandelnden Arzt nach Auffassung des Großen Senats aber keinen Beurteilungsspielraum, sondern würde lediglich hervorheben, dass das Krankenhaus die Notwendigkeit der stationären Behandlung mit Blick auf die zur Verfügung stehenden Alternativen in eigener Verantwortung zu überprüfen hätte. Durch die Fassung der Vorschrift solle, wie es in der Begründung des Gesetzentwurfs heißen würde, die Prüfungspflicht des Krankenhauses im Hinblick auf den Vorrang der ambulanten Behandlung verdeutlicht werden.⁹⁴ Ein Beurteilungsspielraum oder eine Einschätzungsprärogative im Sinne eines Entscheidungsfreiraums mit verminderter Kontrolldichte könne dem Krankenhausarzt dagegen schon deshalb nicht zukommen, weil nicht er, sondern die Krankenkasse über den Anspruch auf Krankenhausbehandlung entscheiden würde. Aber auch im Innenverhältnis zwischen Krankenhaus und Krankenkasse würde es keinen Beurteilungsvorrang des behandelnden Arztes geben, der die Kasse bei ihrer Entscheidung binden würde.

cc. ... nicht durch die Landesverträge nach § 112 SGB V

Aus den Vorschriften, welche die Stellung und die Funktion der Krankenhäuser innerhalb des Versorgungssystems der GKV regeln würden, lasse sich ein solcher Vorrang nicht herleiten. Die zugelassenen Krankenhäuser würden kraft gesetzlicher Aufgabenzuweisung die den Versicherten von den Krankenkassen als Sachleistung geschuldete Krankenhausbehandlung erbringen; sie wären gemäß § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V im Rahmen ihres Versorgungsauftrags zur Behandlung der Versicherten nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet. Die allgemeinen Bedingungen der Krankenhausbehandlung würden die Verbände der Krankenkassen und die Vereinigungen der Krankenhausträger entsprechend der Ermächtigung in § 112 SGB V durch zweiseitige Verträge auf Landesebene und durch Rahmenempfehlungen ihrer Spitzenverbände regeln. In diesem Zusammenhang könnten auch Vereinbarungen darüber getroffen werden, auf welchem Wege Meinungsverschiedenheiten zwischen Krankenhaus und Krankenkasse über die Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung bereinigt werden sollten und welches Verfahren dabei einzuhalten sei. Derartige Vereinbarungen in den Normsetzungsverträgen auf Landesebene könnten aber nicht bewirken, dass die Entscheidung über die Notwendigkeit der Kranken-

⁹³ BGBl I 2266

⁹⁴ BT-Drs. 12/3608, S. 81 zu Nr. 23 Buchst. a



hausbehandlung entgegen dem Gesetz nicht nach objektiven Maßstäben getroffen würde, sondern im Ergebnis der subjektiven Einschätzung des Krankenhausarztes überlassen bliebe.

b. volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit

Durch die Verträge nach § 112 SGB V solle nach Auffassung des Großen Senats sichergestellt werden, dass Art und Umfang der Krankenhausbehandlung den Anforderungen des Gesetzes entsprechen würden. Die Krankenkassen könnten deshalb dem behandelnden Arzt hinsichtlich der Feststellung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit allenfalls dann vertraglich einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum einräumen, wenn sie selbst bei ihrer Entscheidung über einen solchen Spielraum verfügen würden. Das sei jedoch nicht der Fall, denn der unbestimmte Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“ in § 39 Abs. 1 SGB V ließe sich unschwer durch Auslegung so konkretisieren, dass sein Inhalt eindeutig feststehen würde. Die Beurteilung, ob eine stationäre Behandlung objektiv notwendig sei, würde kein an eine bestimmte Person gebundenes höchstpersönliches Fachurteil erfordern, sondern könne jederzeit durch einen unabhängigen Sachverständigen nachvollzogen werden. Sie würde deshalb im Streitfall der vollen richterlichen Nachprüfung unterliegen. Dementsprechend hätte das BSG bereits zu dem Rechtszustand unter Geltung der RVO entschieden, dass das Gericht bei der Prüfung der Voraussetzungen der stationären Behandlung nicht an die Beurteilung des behandelnden Arztes gebunden sei.⁹⁵

Der Grundsatz, dass die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung im Prozess vom Gericht vollständig zu überprüfen sei, würde auch dann gelten, wenn die Krankenkasse ihre Leistungspflicht nachträglich für einen zurückliegenden Zeitraum bestreiten würde. Denn auch in dieser Konstellation sei eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse unter Berufung auf einen Einschätzungsvorrang des verantwortlichen Krankenhausarztes weder vom Gesetz vorgesehen noch von der Sache her erforderlich und deshalb mit dem rechtsstaatlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar. Ob die Aufnahme ins Krankenhaus oder die Fortführung der stationären Behandlung über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus nach objektiven Maßstäben medizinisch geboten gewesen wäre, ließe sich mit sachverständiger Hilfe auch rückschauend klären.

⁹⁵ Urt. v. 16.11.1984 – 8 RK 33/84 –, USK 84213



Nicht in rechtlicher, wohl aber in tatsächlicher Hinsicht, also im Rahmen der Beweiswürdigung, würde allerdings in Grenz- oder Zweifelsfällen bei einer nachträglichen Prüfung der Beurteilung des behandelnden Arztes besonderes Gewicht zukommen können, weil sich die in der Vergangenheit liegende Behandlungssituation auch bei einer ordnungsgemäßen Dokumentation des Krankheitsgeschehens und des Behandlungsverlaufs unter Umständen nur begrenzt nachvollziehen ließe und der Krankenhausarzt im Zeitpunkt der Behandlung in Kenntnis des Patienten und aller für die medizinische Versorgung relevanten Umstände im Zweifel am ehesten einschätzen gekonnt hätte, welche Maßnahmen medizinisch veranlasst gewesen wären. Das würde die Befürchtung relativieren, die Krankenkasse könnte mit Hilfe eines vom MDK „am grünen Tisch“ erstatteten Gutachtens jederzeit noch Wochen oder Monaten nach Abschluss einer Behandlung deren Berechtigung in Zweifel ziehen und ihre Leistungspflicht bestreiten.

c. „ex-ante“-Sicht

In rechtlicher Hinsicht würde bei einer nachträglichen Fehlbelegungsprüfung die Besonderheit bestehen, dass die Berechtigung der Krankenhausbehandlung nicht rückschauend aus der späteren Sicht des Gutachters zu beurteilen, sondern zu fragen sei, ob sich die stationäre Aufnahme oder Weiterbehandlung bei Zugrundelegung der für den Krankenhausarzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst im Behandlungszeitpunkt verfügbaren Kenntnisse und Informationen zu Recht als medizinisch notwendig dargestellt hätte. Das BSG hätte mehrfach entschieden, dass es dem behandelnden Arzt nicht angelastet werden könne, wenn er aufgrund einer für ihn nicht erkennbaren Irreführung oder Fehlinformation Behandlungsmaßnahmen einleiten würde, die sich später als unnötig herausstellen würden.⁹⁶ In solchen Fällen könnten der Behandlungsanspruch des Versicherten und der Vergütungsanspruch des Krankenhauses auseinanderfallen, wenn zwar rückschauend feststünde, dass objektiv keine Notwendigkeit für eine Krankenhausbehandlung bestanden hätte, das Krankenhaus aber im Behandlungszeitpunkt von der Notwendigkeit ausgehen durfte und die Behandlung zu Recht zu Lasten der Krankenkasse durchgeführt hätte.

⁹⁶ vgl. BSG, Urt. v. 21.08.1996 – 3 RK 2/96 –, SozR 3-2500 § 39 Nr. 4 (sog. „Krankenhauswanderer“); BSG, Urt. v. 01.02.1985 – 6 RKa 9/94 –, SozR 3-2500 § 76 Nr. 2 – (unbegründeter Krankheitsverdacht)



VI. neue Rechtsprechung des 3. Senats des BSG

Im ersten Abrechnungsstreitverfahren des 3. Senats⁹⁷ nach der Entscheidung des Großen Senats war streitgegenständlich der Anspruch eines Krankenhauses gegen eine Krankenkasse auf Zahlung der Vergütung für die Krankenhausbehandlung einer Versicherten in der Zeit vom 19.04.2002 bis 04.05.2002.

1. Krankenhausbehandlung

Zunächst hat sich der 3. Senat des BSG ausführlich damit auseinandergesetzt, ob im Einzelfall tatsächlich eine Krankenhausbehandlung stattgefunden hat. Nach Auffassung des 3. Senats hätte eine gesetzliche Krankenkasse die Vergütung für eine Krankenhausbehandlung nämlich erst dann zu entrichten, wenn das Krankenhaus zuvor seine Leistung tatsächlich erbracht hätte.

a. gesetzliche Regelungen

Welche Leistungen eine Krankenhausbehandlung umfassen müsse, wäre nach Auffassung des 3. Senats gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. § 107 Abs. 1 SGB V würde lediglich in organisatorischer Hinsicht⁹⁸ die Krankenhäuser als Einrichtungen umschreiben, die im Unterschied zu Rehabilitationseinrichtungen (**§ 107 Abs. 2 SGB V**) der Krankenhausbehandlung oder Geburtshilfe dienen, fachlich-medizinisch unter ständiger ärztlicher Leitung stünden, über ausreichende, ihrem Versorgungsauftrag entsprechende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen und nach wissenschaftlich anerkannten Methoden arbeiten würden sowie mit Hilfe von jederzeit verfügbarem ärztlichen, Pflege-, Funktions- und medizinisch-technischen Personal darauf eingerichtet wären, vorwiegend durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten der Patienten zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten, Krankheitsbeschwerden zu lindern oder Geburtshilfe zu leisten, und in denen die Patienten untergebracht und gepflegt werden könnten. Aus der Umschreibung, dass die Krankenhausbehandlung „vorwiegend“ durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung zu erfolgen hätte, ließe sich der Schluss ziehen, dass dies die wesentlichen Leistungen eines Krankenhauses darstellen würden.⁹⁹ § 2 KHG, der für psychiatrische Fachkliniken auch nach Einführung eines pauschalierenden Entgeltsys-

⁹⁷ vgl. BSG, Urt. v. 10.04.2008 – B 3 KR 14/07 R –

⁹⁸ vgl. BT-Drs. 11/2237 S. 196 zu § 115, zu Abs. 1

⁹⁹ vgl. Peters/Schmidt, Handbuch der Krankenversicherung, Stand: Juli 2006, § 39 SGB V Rn. 37



tems durch das KHEntgG weiterhin gelten würde,¹⁰⁰ würde als ältere Vorschrift (**1972**) noch dahinter zurückbleiben. Danach wären Krankenhäuser Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten, Leiden oder Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollten oder Geburtshilfe geleistet würde und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und gepflegt werden könnten. Wie der 3. Senat bereits früher ausgeführt hätte,¹⁰¹ bestünden zwischen dem Krankenhausbegriff, der Krankenhausbehandlung und der Pflicht zu ihrer Vergütung enge Wechselbeziehungen. Was die Begriffsbestimmung für Krankenhäuser ausmachen würde, würde den Inhalt der Krankenhausbehandlung beeinflussen und umgekehrt.¹⁰² Als Krankenhausleistungen würden in § 2 Abs. 1 BPfIV insbesondere ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, die für die Versorgung im Krankenhaus notwendig wären, sowie Unterkunft und Verpflegung genannt. § 2 Abs. 2 BPfIV würde die Krankenhausleistungen auf die im Einzelfall unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses nach Art und Schwere der Krankheit medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten begrenzen, soweit sie notwendig sei.

b. Krankenhausbehandlung als komplexe Gesamtleistung

Damit wären die wesentlichen Merkmale genannt, die eine stationäre Krankenhausbehandlung prägen würden. Eine stationäre Behandlung müsse danach nicht zwingend Arznei-, Heil- und Hilfsmittel umfassen, wenn sie im Einzelfall nicht notwendig seien. Andererseits reiche es aber nicht aus, wenn nur Unterkunft und Verpflegung zur Verfügung gestellt werden würden. Zwar sehe § 13 BPfIV vor, dass die Vertragsparteien Abteilungspflegesätze, einen Basispflegesatz und entsprechende teilstationäre Pflegesätze vereinbaren würden. Dabei würde der Abteilungspflegesatz als Entgelt für ärztliche und pflegerische Tätigkeit und die durch diese veranlassten Leistungen dienen, während der Basispflegesatz als Entgelt für nicht durch ärztliche und pflegerische Tätigkeit veranlasste Leistungen des Krankenhauses dienen würde. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass bei Gewährung von Unterkunft und Verpflegung ohne ärztliche Behandlung eine stationäre Behandlung erbracht werden würde, die mit dem Basispflegesatz zu vergüten wäre. Abteilungspflegesatz und Basispflegesatz seien lediglich Berechnungsgrundlagen

¹⁰⁰ vgl. § 17b Abs. 1 Satz 1 KHG; § 1 Abs. 2 Nr. 3 KHEntgG i.d.F. des Fallpauschalengesetzes vom 23.04.2002 (BGBl I 1412)

¹⁰¹ Urt. v. 28.02.2007 – B 3 KR 15/06 R –, Rn. 11

¹⁰² vgl. auch Peters/Schmidt, a.a.O., § 39 SGB V, Rn. 41, 216



für die Ermittlung des tagesgleichen Pflegesatzes, der für verschiedene Abteilungen eines Krankenhauses entsprechend dem unterschiedlichen Kostenaufwand unterschiedlich ausfallen könne. Mit den differenzierten tagesgleichen Pflegesätzen hätte lediglich ein preis- und leistungsorientierteres Vergütungssystem sowie wirksame Anreize zur Wirtschaftlichkeit, insbesondere zur Verweildauerverkürzung geschaffen werden sollen.¹⁰³ Wörtlich: *„Krankenhausbehandlung ist vielmehr eine komplexe Gesamtleistung.¹⁰⁴ Sie umfasst eine Vielzahl von Maßnahmen, die im Rahmen einer ambulanten Versorgung oder medizinischen Rehabilitation entweder überhaupt nicht oder nicht in dieser Weise, insbesondere dieser Kombination und Konzentration, ergriffen werden könnten. Dabei ist einzuräumen, dass die Grenzen nicht generell abstrakt gezogen werden können, sondern die Übergänge fließend sind. Im Kern handelt es sich bei der Krankenhausbehandlung um den kombinierten Einsatz personeller (Ärzte, Therapeuten, Pflegepersonal) und sächlicher (Arzneien, technische Apparaturen) Mittel zu Behandlungszwecken. Die in der Regel daneben zur Verfügung gestellte Unterkunft und Verpflegung sowie die reine Grundpflege (z.B. Waschen, Anziehen) haben lediglich dienende Funktion. Sie sollen die erfolgversprechende Durchführung der stationären Behandlung ermöglichen. Das Entgelt, das weiterhin auch dann als Pflegesatz bezeichnet würde (vgl. § 2 Nr. 4 KHG), wenn DRG-Fallpauschalen abgerechnet werden, erhält das Krankenhaus für die erbrachte Gesamtleistung.“¹⁰⁵*

2. Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung

Weiter konkretisiert der 3. Senat des BSG, was unter „medizinischen Erfordernissen“ zu verstehen ist.

Wie bereits mehrfach erläutert, korrespondiere der Zahlungsanspruch des Krankenhauses nach Auffassung des 3. Senats mit dem Anspruch des Versicherten auf Krankenhausbehandlung. Demgemäß müsse nicht nur tatsächlich Krankenhausbehandlung durchgeführt worden sein, beim Versicherten müssten grundsätzlich auch die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer solchen Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung sowie Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit vorliegen bzw. vorgelegen haben. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch wäre deshalb nur gerechtfertigt, wenn

¹⁰³ Dietz/Bofinger, KHG, BPfIV und Folgerecht, Stand: Juni 2006, § 13 BPfIV Anm I 4

¹⁰⁴ vgl. speziell zur psychiatrischen Behandlung BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –, SozR 4-2500 § 39 Nr. 4 und BSG, Urt. v. 20.01.2005 – B 3 KR 9/03 R –, SozR 4-2500 § 112 Nr. 4

¹⁰⁵ Urt. v. 28.02.2007 – B 3 KR 15/06 R –, Rn. 12; vgl. Peters/Schmidt, KHG, BPfIV und Folgerecht, Stand: Juni 2006, § 39 SGB V Rn. 100 f.



die Versorgung der Versicherten im Krankenhaus im Sinne von § 39 SGB V erforderlich gewesen wäre. Nach dieser Vorschrift hätten Versicherte Anspruch auf vollstationäre Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus (**§ 108 SGB V**), wenn die Aufnahme nach Prüfung durch das Krankenhaus erforderlich wäre, weil das Behandlungsziel nicht durch teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Behandlung einschließlich häuslicher Krankenpflege erreicht werden könne (**§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V**). Konkret würde die Krankenhausbehandlung alle Leistungen umfassen, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung eines Versicherten im Krankenhaus notwendig wären, insbesondere ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung (**§ 39 Abs. 1 S. 3 SGB V**). Wie der Große Senat des BSG in seinem Beschluss vom 25.09.2007¹⁰⁶ festgestellt habe, könnte der reine Gesetzestext in Bezug auf die Interpretation, was unter dem Merkmal der *Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung* zu verstehen ist, mehrere Deutungen zulassen; aus der Aufgabenstellung der GKV, der Systematik des Krankenversicherungsrechts sowie dem Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 SGB V würde sich aber mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, dass die Krankenkasse eine vollstationäre Krankenhausbehandlung nur schulde, wenn der Gesundheitszustand des Patienten sie aus medizinischen Gründen erfordern würde. Wörtlich heißt es: *„Reicht nach den Krankheitsbefunden eine teilstationäre, vor- und nachstationäre oder ambulante Therapie aus, so hat die Krankenkasse die Kosten einer dennoch durchgeführten vollstationären Krankenhausbehandlung auch dann nicht zu tragen, wenn der Versicherte aus anderen, nicht mit der Behandlung zusammenhängenden Gründen eine spezielle Unterbringung oder Betreuung benötigt, die gegenwärtig außerhalb des Krankenhauses nicht gewährleistet ist.“*¹⁰⁷

a. **medizinische Gründe**

Der Große Senat hätte allerdings nicht näher dargelegt, wie der unbestimmte Rechtsbegriff *„aus medizinischen Gründen“* konkret auszufüllen sei; dazu hätte er in Anbetracht der ihm zur Entscheidung vorgelegten Fragen auch keine weitere Veranlassung gehabt. Deshalb hätte der 3. Senat des BSG in Anlehnung an die Vorgaben des Großen Senats näher zu prüfen, wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff fallbezogen auszufüllen wäre, ob also die weitere Krankenhausbehandlung der Versicherten über den 18.04.2002 hinaus

¹⁰⁶ – GS 1/06 –, GesR 2008, S. 83 ff., Rn. 18

¹⁰⁷ BSG, Urt. v. 10.04.2008 – B 3 KR 14/07 –, Rn. 21



„aus medizinischen Gründen“ erforderlich gewesen sei. Aus sprachlicher Sicht hätte der Begriff keinen eindeutigen Inhalt, er sei gewissermaßen unscharf und müsse erst durch Auslegung konkretisiert werden. Wörtlich: *„Entscheidend ist dabei immer die medizinische Erfordernis im Einzelfall; Maßstab kann nicht ein "objektiver Patient" und dessen abstrakte Krankheitsgeschichte sein. Die Auslegung muss deshalb stets eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalls einschließen, in dem der Begriff konkret angewandt werden soll.“* Der Große Senat des BSG¹⁰⁸ gehe davon aus, dass sich der hier in Rede stehende unbestimmte Rechtsbegriff immer unschwer durch Auslegung so konkretisieren ließe, dass sein Inhalt eindeutig feststehe. Dies möge in einfach gelagerten Fällen so sein, in denen es nur auf die Art der Erkrankung ankomme und es deshalb nur eine richtige Entscheidung geben könne, wobei weder den Vertragsparteien des Leistungserbringerrechts noch den Sozialgerichten ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wäre. Problematischer könne es nach Auffassung des 3. Senats des BSG jedoch in Fällen mit komplexen medizinischen Sachverhalten liegen – etwa bei langwierigen psychiatrischen Erkrankungen und bei schwierigen Prognoseentscheidungen, die ein Abwägen der Erfolgsaussichten mit den Risiken verlangen würden – oder wenn die medizinische Komponente durch soziale, familiäre oder humanitäre Gründe mitgeprägt würde. Dies würde erst recht gelten, wenn es nicht um die originäre (vorherige) Feststellung der Tatbestandsmerkmale des § 39 Abs. 1 SGB V gehen würde, sondern um ihre nachträgliche Beurteilung im Rahmen eines Abrechnungstreits nach § 109 Abs. 4 S. 3 SGB V. Ein Beurteilungsspielraum wäre den Vertragsparteien des Leistungserbringerrechts und den Sozialgerichten aber auch in diesen Fällen nicht eingeräumt.

b. Auffassung der Literatur

Die Entscheidung des Großen Senats des BSG vom 25.09.2007 wäre nach Auffassung des 3. Senats in der Literatur nicht ohne Widerspruch geblieben.¹⁰⁹ Insbesondere würde befürchtet, dass die Krankenhäuser ihre Patienten nun trotz Fehlens einer konkreten Weiterbehandlungsmöglichkeit (vorzeitig) entlassen würden, wodurch die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsverschlechterung entstehen würde. Als Alternative würde lediglich die Möglichkeit verbleiben, die Patienten weiterhin ohne Vergütungsanspruch in stationärer Betreuung zu behalten - diese Variante werde in Zukunft wohl die häufigere Handlungsoption darstellen, da die Krankenhäuser schon aus haftungs- und strafrechtli-

¹⁰⁸ Beschl. v. 25.09.2007 – GS 1/06 –, GesR 2008, S. 83 ff., Rn. 31

¹⁰⁹ Korthus, KH 2008, S. 153/153; Ladage, KH 2008, S. 511/511



chen Gründen oftmals keine Möglichkeit sähen, weiter krankenbehandlungsbedürftige Patienten zu entlassen, ohne deren Gesundheit zu gefährden. Nach Auffassung des Großen Senats würden die Krankenhäuser trotz entsprechender Leistungserbringung keine Vergütung durch die GKV beanspruchen können, wodurch die ohnehin bereits in vielen Krankenhäusern angespannte Finanzlage zusätzlich belastet werde.¹¹⁰ Zudem würden strukturelle Defizite auf dem Gebiet der Krankenversorgung zu Lasten der Versicherten gehen und damit der in § 27 Abs. 1 SGB V gewährleistete - umfassende - Anspruch auf Krankenbehandlung in unzulässiger Weise eingeschränkt werden.¹¹¹

c. Abgrenzungsschwierigkeiten

Schon im Beschluss des Großen Senats des BSG vom 25.09.2007 würde deutlich werden, dass die Feststellung dessen, was unter „medizinischen Erfordernissen“ im Sinne des ersten Tenors zu verstehen ist, im Einzelfall erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten könne. Hätte der 1. Senat des BSG in seiner Vorlagefrage noch darauf abgestellt, dass der Anspruch eines Versicherten auf vollstationäre Krankenhausbehandlung voraussetze, dass hierfür „allein medizinische Gründe“ erforderlich seien, so fände sich das Wort „allein“ im Tenor des Beschlusses des Großen Senats nicht mehr, und zwar nach Auffassung des 3. Senates aus gutem Grund: An späterer Stelle würde der Große Senat¹¹² selbst darauf hinweisen, *„dass außermedizinische Gesichtspunkte wie die Lebensumstände und die häusliche Situation des Versicherten etwa bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind, ob ein chirurgischer Eingriff im konkreten Fall ambulant durchgeführt werden kann oder ob ausnahmsweise eine stationäre Aufnahme erfolgen muss, weil eine ausreichende Überwachung und Nachbetreuung des Patienten in seiner häuslichen Umgebung nicht gewährleistet ist“*. Es liege auf der Hand, dass neben der Diagnose einer bestimmten Erkrankung auch noch andere, nicht rein medizinische Gründe dafür maßgeblich sein könnten, ob ein Patient stationär oder ambulant behandelt würde - etwa das Alter eines Versicherten oder sein Allgemeinzustand.

¹¹⁰ Korthus, KH 2008, S. 153/155

¹¹¹ Ladage, KH 2008, S. 511/513

¹¹² Beschl. v. 25.09.2007 – GS 1/06 –, GesR 2008, S. 83 ff., Rn. 21



d. Fallgruppen

Entscheidend für die Festlegung der Kriterien, ob Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit im Sinne von § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V vorliegen würde, seien immer die Verhältnisse des konkreten Einzelfalls. Dies folge schon aus § 39 Abs. 1 S. 3, 1. Hs. SGB V, wonach die Krankenhausbehandlung im Rahmen des Versorgungsauftrags des Krankenhauses alle Leistungen umfassen würde, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im Krankenhaus notwendig wären, insbesondere ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung. Krankenhausbehandlung wäre dabei grundsätzlich zielgerichtet im Sinne von § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V. Sie müsse notwendig sein, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern, und hierfür müssten „die besonderen Mittel eines Krankenhauses“ erforderlich sein. Diese Voraussetzungen wären von den Tatsachengerichten in jedem Einzelfall festzustellen. Abgrenzungsprobleme könnten dabei vor allem bei folgenden Fallgruppen auftreten, wobei Überschneidungen durchaus möglich und bei länger andauernden Erkrankungen sogar wahrscheinlich wären: So könne es grundsätzlich zweifelhaft sein, ob die Behandlung einer Krankheit im Einzelfall besonders intensiver medizinischer Betreuung bedürfe und deshalb stationär durchzuführen sei oder ob sie ohne Inanspruchnahme der besonderen Mittel eines Krankenhauses - ambulant - erfolgen könne (Fallgruppe 1). Des Weiteren könne problematisch sein, in welchem zeitlichen Rahmen eine stationäre Behandlung erfolgen müsse bzw. ab wann eine ambulante Weiterbehandlung ausreichend sei (Fallgruppe 2). Zudem wäre es in der Vergangenheit oft umstritten gewesen, ob (weitere) Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit auch dann anzunehmen sei, wenn zwar noch eine behandlungsbedürftige Krankheit vorliegen würde, diese indes nicht mehr zwingend in einem Krankenhaus behandelt werden müsse, gleichwohl aber eine Unterbringung des Versicherten aus anderen Gründen (Pflegebedürftigkeit, Verwahrlosung, Selbst- oder Fremdgefährdung) notwendig sei (Fallgruppe 3).

aa. Fallgruppe 1: besonders intensive medizinische Betreuung

Krankenbehandlung, die nicht der besonderen Mittel eines Krankenhauses bedürfe, sei grundsätzlich ambulant durchzuführen; insbesondere die vollstationäre Krankenhausbehandlung sei nachrangig gegenüber allen anderen Arten der Krankenbehandlung (**vgl. § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V "weil ... nicht"**). Ob die notwendige medizinische Versorgung



nur mit den besonderen Mitteln eines Krankenhauses durchgeführt werden könne, sei nach Auffassung des 3.Senats des BSG immer an Hand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen; es komme auf die Art und Schwere der Krankheit im Einzelfall an und ob dafür die medizinische Versorgung eines Versicherten gerade im Krankenhaus notwendig sei. Allerdings lasse sich die Frage, ob ambulante oder stationäre Behandlung angezeigt ist, nicht immer eindeutig beantworten. So habe schon der 1. Senat des BSG¹¹³ darauf hingewiesen, dass für die ärztliche Entscheidung, Behandlungsverfahren ambulant oder stationär durchzuführen, vor allem Risikoabwägungen ausschlaggebend sein würden. Dabei komme es insbesondere auf den Gesundheitszustand des Versicherten an, aber auch andere Faktoren könnten eine Rolle spielen - denn eine medizinische Versorgung, die als solche nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse in der Regel ambulant vorgenommen würde, könne gleichwohl auf Grund besonderer Gegebenheiten des Einzelfalles eine stationäre Krankenhausbehandlung erfordern.¹¹⁴ Entscheidend sei zudem, dass eine nach den Regeln der ärztlichen Kunst geeignete ambulante Variante überhaupt zur Verfügung stünde, und zwar so, dass sie für den Versicherten verfügbar und in zumutbarer Weise erreichbar sei.

Diese am Einzelfall orientierte Betrachtungsweise würde indes einen Rückgriff auf allgemeine Regeln und Erkenntnisse nicht ausschließen. Durch das GSG vom 21.12.1992¹¹⁵ sei § 115b SGB V neu in das Gesetz eingefügt und damit die Möglichkeit des ambulanten Operierens im Krankenhaus zugelassen worden. Der Gesetzgeber habe die Einzelheiten hierzu nicht selbst ausformuliert, sondern in § 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V festgelegt, dass die Spitzenverbände der Krankenkassen gemeinsam (ab 01.07.2008: Spitzenverband Bund der Krankenkassen), die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen einen Katalog ambulant durchführbarer Operationen und sonstiger stationersetzender Eingriffe vereinbaren würden. Außerdem habe er in § 115b Abs. 1 S. 2 SGB V bestimmt, dass solche Operationen und stationersetzende Eingriffe, die in der Regel ambulant durchgeführt werden könnten, in einer Liste zu erfassen und zudem allgemeine Tatbestände zu bestimmen seien, bei deren Vorliegen eine stationäre Durchführung erforderlich sein könne; dementsprechend wäre der AOP-Vertrag geschlossen worden. In Anlage 1 zu diesem Vertrag würden Leistungen bezeichnet werden, die regelmäßig ambulant erbracht werden könnten, aber nicht zwangsläufig ambulant erbracht werden müss-

¹¹³ Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 5/05 R –, SozR 4-2500 § 13 Nr. 8

¹¹⁴ Urt. v. 19.11.1997 – 3 RK 21/96 –, SozR 3-2500 § 107 Nr. 1 S. 7

¹¹⁵ BGBl I 2266



ten - entscheidend blieben die Verhältnisse des Einzelfalles.¹¹⁶ Diese als Orientierungshilfe für den Arzt gedachte Kennzeichnung würde jedoch gleichwohl rechtliche Relevanz besitzen, da von ihr nur aus wichtigen Gründen abgewichen werden könne, die in § 3 Abs. 3 AOP-Vertrag näher bezeichnet würden: Bei Vorliegen bzw. Erfüllung der dort genannten und in einer Anlage 2 näher substantiierten Kriterien wäre in der Regel eine stationäre Krankenhausbehandlung erforderlich. Würde sie durchgeführt werden, wäre dies im Rahmen der Fehlbelegungsprüfung nach § 17c KHG nicht zu beanstanden¹¹⁷ und damit auch für die Abrechnung des Krankenhauses mit der Krankenkasse verbindlich.

Besonders problematisch könne nach Auffassung des 3. Senats die grundsätzliche Abgrenzung stationär - ambulant im Bereich psychiatrischer Erkrankungen sein. Denn Versicherte mit einem schweren psychiatrischen Leiden hätten nach der Rechtsprechung des BSG Anspruch auf stationäre Krankenhausbehandlung, wenn nur auf diese Weise ein erforderlicher komplexer Behandlungsansatz durch das Zusammenwirken eines multiprofessionellen Teams unter fachärztlicher Leitung erfolgsversprechend verwirklicht werden könne.¹¹⁸ Vor allem bei psychiatrischer Behandlung könne der Einsatz von krankenhausspezifischen Gerätschaften in den Hintergrund treten und allein schon die Notwendigkeit des kombinierten Einsatzes von Ärzten, therapeutischen Hilfskräften und Pflegepersonal sowie die Art der Medikation die Möglichkeit einer ambulanten Behandlung ausschließen und eine stationäre Behandlung erforderlich machen. Entsprechendes würde bei einem kombinierten psychisch-psychosomatischen Beschwerdebild gelten.

bb. Fallgruppe 2: zeitlicher Rahmen

Die Dauer einer Erkrankung würde nach Auffassung des 3. Senats des BSG für sich allein nicht für oder gegen ihre Behandlungsbedürftigkeit in einem Krankenhaus sprechen; entscheidend seien auch hier grundsätzlich die jeweiligen Verhältnisse des Einzelfalles. Wäre man früher noch davon ausgegangen, dass bei Dauerleiden oder chronischen Erkrankungen, die jahrelang ohne nennenswerten Erfolg behandelt worden wären, eine Vermutung dafür bestehen würde, dass sie keiner aussichtsreichen Behandlung mehr zugänglich seien, wäre die Medizin in dieser Hinsicht nunmehr deutlich zurückhaltender; selbst schwere psychiatrische Leiden würden heute als therapierbar und medizinisch beeinflussbar ange-

¹¹⁶ §§ 2 Abs. 2 und 3 Abs. 2 AOP-Vertrag

¹¹⁷ vgl. auch Wahl in: jurisPK-SGB V, 2008, § 39 Rn. 73

¹¹⁸ BSG, Urt. v. 20.01.2005 – B 3 KR 9/03 R –, SozR 4-2500 § 112 Nr. 4; BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –, SozR 4-2500 § 39 Nr. 4



sehen.¹¹⁹ Schwierigkeiten würde demgegenüber häufig die Festlegung des Zeitpunkts bereiten, bis zu dem die besonderen Mittel eines Krankenhauses zur Behandlung einer Krankheit erforderlich gewesen wären bzw. ab wann eine ambulante oder sonstige nicht vollstationäre Weiterbehandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend gewesen wäre. Grundsätzlich würde gelten, dass eine nicht vollstationäre - ambulante - Weiterbehandlung nach der Art der Erkrankung und den Verhältnissen des Einzelfalles möglich und zumutbar und das Behandlungsrisiko konkret beherrschbar sein müsse. Insbesondere dürfe durch die Entlassung des Versicherten in ambulante Weiterbehandlung kein gesundheitlicher Nachteil drohen (z.B. unkontrollierte Nachblutungsgefahr, Rückfall usw.). Maßgeblich wären nach den Vorgaben des Großen Senates des BSG nur medizinische Erwägungen; würde nach den Krankheitsbefunden eine ambulante Therapie ausreichen, so hätte die Krankenkasse die Kosten eines Krankenhausaufenthalts auch dann nicht zu tragen, wenn ein Versicherter aus anderen, nicht mit der Behandlung zusammenhängenden Gründen vorübergehend im Krankenhaus verbleiben würde.

cc. Fallgruppe 3: Unterbringung aus nicht medizinischen Gründen

Hier würden zunächst alle Fälle ausscheiden, in denen keine behandlungsbedürftige Krankheit (mehr) vorliegen würde, gleichwohl aber die Unterbringung eines krankenversicherten Menschen aus anderen Gründen sinnvoll erscheinen oder erforderlich wäre. Ein Anspruch auf (weitere) Krankenhausbehandlung würde aber auch dann nicht bestehen, wenn zwar eine behandlungsbedürftige Krankheit vorliegen würde, zu deren Behandlung aber nicht die besonderen Mittel eines Krankenhauses notwendig sein würden, selbst wenn infolgedessen eine anderweitige Unterbringung erforderlich sei. So würde Pflegebedürftigkeit im Sinne von § 14 Abs. 1 SGB XI allein keinen Anspruch auf stationäre Behandlung in einem Krankenhaus begründen; sie wäre zwar krankheitsbedingt im Sinne von § 14 Abs. 2 SGB XI, doch die Hilfe bei den Verrichtungen des täglichen Lebens - § 14 Abs 4 SGB XI - würde keine zielgerichtete Krankenbehandlung (**§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V**) darstellen.¹²⁰ Ebenso wenig würde es ausreichen, wenn ein Versicherter aus Verwahrungsgründen - etwa zur Verhinderung von Selbst- oder Fremdgefährdung - in einer Einrichtung untergebracht werden müsse; dies könne selbst dann gelten, wenn die Gefährdung der eigenen oder einer anderen Person krankheitsbedingt wäre.¹²¹ Schließlich könn-

¹¹⁹ BSG, Urt. v. 20.01.2005 – B 3 KR 9/03 R –, SozR 4-2500 § 112 Nr. 4; BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –, SozR 4-2500 § 39 Nr. 4; weitere Nachweise bei Wahl in: jurisPK-SGB V, 2008, § 39 Rn. 60

¹²⁰ BSG, Urt. v. 16.02.2005 – B 1 KR 18/03 R –, SozR 4-2500 § 39 Nr. 4

¹²¹ BSG, Urt. v. 13.05.2004 – B 3 KR 18/03 R –, SozR 4-2500 § 39 Nr. 2



ten auch allgemein soziale, humanitäre oder familiäre Gründe nicht zu einem Anspruch aus § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V führen, selbst wenn diese für eine stationäre Betreuung des Versicherten sprechen würden, für eine Behandlung aber nicht die besonderen Mittel eines Krankenhauses erforderlich wären.¹²²

3. Überprüfbarkeit durch die Gerichte

Daran anschließend wäre es nach Auffassung des 3. Senats des BSG erforderlich, die Ausführungen des Großen Senats des BSG zum Umfang der (nachträglichen) Überprüfbarkeit der Notwendigkeit einer Krankenhausbehandlung - insbesondere in einem sozialgerichtlichen Verfahren - zu verdeutlichen und zu ergänzen, welche konkreten Anforderungen an eine gerichtliche Beweiserhebung zu stellen wären.

a. Der Große Senat des BSG hätte in seiner Entscheidung vom 25.09.2007 ausgeführt, dass das Gericht im Streitfall grundsätzlich uneingeschränkt zu überprüfen hätte, ob eine stationäre Krankenhausbehandlung aus medizinischen Gründen notwendig sei. Die Entscheidung darüber, ob dem Versicherten ein Anspruch auf Gewährung vollstationärer Krankenhausbehandlung als Sachleistung zustehen würde und darin eingeschlossen die Entscheidung, ob eine stationäre Behandlung aus medizinischen Gründen notwendig wäre, würde nicht dem Krankenhaus obliegen, sondern der Krankenkasse, gegen die sich der Anspruch richten würde. Der Grundsatz, dass die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung im Prozess vom Gericht vollständig zu überprüfen sei, würde auch dann gelten, wenn die Krankenkasse ihre Leistungspflicht nachträglich für einen zurückliegenden Zeitraum bestreiten würde. Es habe dabei von dem im Behandlungszeitpunkt verfügbaren Wissens- und Kenntnisstand des verantwortlichen Krankenhausarztes auszugehen, wobei diesem jedoch eine „Einschätzungsprärogative“ nicht zukommen würde.

b. Bei der gerichtlichen Überprüfung der medizinischen Erforderlichkeit der Krankenhausbehandlung wäre auch im Abrechnungsstreit stets zu berücksichtigen, dass für die ärztliche Entscheidung, eine Krankenbehandlung vollstationär oder teil-, vor- und nachstationär oder ambulant durchzuführen, vor allem Risikoabwägungen und die konkreten Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend sein würden.¹²³ Davon würde auch der Große Senat des BSG ausgehen, dessen Entscheidung erkennbar von dem Bestreben getragen

¹²² vgl. im Einzelnen Wahl in, jurisPK-SGB V, 2008, § 39 Rn. 56 m.w.N.

¹²³ BSG, Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 5/05 R –, SozR 4-2500 § 13 Nr. 8



worden wäre, dem Krankenhausarzt keinen Beurteilungsspielraum und keine Einschätzungsprärogative im Sinne eines Entscheidungsfreiraums mit verminderter Kontrolldichte zu gewähren. Nach der Rechtsprechung des BGH, der bei der Bewertung von Ansprüchen privat Versicherter auf medizinisch notwendige Heilbehandlung einen „objektiven Vertretbarkeitsansatz“ verfolgen würde, wäre eine vom (privaten) Krankenversicherungsträger geschuldete Heilbehandlung dann medizinisch notwendig, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Behandlung vertretbar sein würde, sie als notwendig zu sehen.¹²⁴ Im privaten Krankenversicherungsrecht würde es also nicht darauf ankommen, ob die Behandlung zur Erreichung des vorgegebenen Behandlungsziels tatsächlich geeignet wäre; vielmehr wäre nach Auffassung des BGH die objektive Vertretbarkeit bereits dann zu bejahen, wenn die Behandlung nach den medizinischen Erkenntnissen im Zeitpunkt ihrer Vornahme als wahrscheinlich geeignet angesehen werden könne, auf eine Verhinderung der Verschlimmerung der Erkrankung oder zumindest auf ihre Verlangsamung hinzuwirken.¹²⁵ Im Urteil vom 21.09.2005¹²⁶ heißt es sodann: *„Medizinisch notwendig kann eine Behandlung aber auch dann sein, wenn ihr Erfolg nicht sicher vorhersehbar ist. Es genügt insoweit, wenn die medizinischen Befunde und Erkenntnisse es im Zeitpunkt der Behandlung vertretbar erscheinen lassen, die Behandlung als notwendig anzusehen.“*

c. Der Große Senat des BSG würde sich nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH setzen. Auch er würde ausdrücklich anerkennen, dass bei einer nachträglichen Fehlbelegungsprüfung in rechtlicher Hinsicht die Besonderheit bestehen würde, dass die Berechtigung der Krankenhausbehandlung nicht rückschauend aus der späteren Sicht des Gutachters zu beurteilen, sondern zu fragen sei, ob sich die stationäre Aufnahme oder Weiterbehandlung bei Zugrundelegung der für den Krankenhausarzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst im Behandlungszeitpunkt verfügbaren Kenntnisse und Informationen zu Recht als medizinisch notwendig dargestellt hätte. Damit würde der Große Senat der früheren Rechtsprechung des 3. und 6. Senats des BSG folgen, dass es dem behandelnden Arzt nicht angelastet werden könne, wenn er auf Grund einer für ihn nicht erkennbaren Irreführung oder Fehlinformation Behandlungsmaßnahmen einleiten würde, die sich später als unnötig herausstellen würden.¹²⁷ In solchen Fällen könnten der Behandlungsan-

¹²⁴ BGH, Urt. v. 10.07.1996 – IV ZR 133/95–, BGHZ 133, S. 208/212 f.; vgl. auch Urt. v. 12.03.2003 – IV ZR 278/01 –, BGHZ 154, S. 154/166 f. und Urt. v. 21.09.2005 – IV ZR 113/04 –, BGHZ 164, S. 122/126 f.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 10.07.1996, – IV ZR 133/95–, BGHZ 133, S. 208/212 f.

¹²⁶ 21.09.2005 – IV ZR 113/04 –, BGHZ 164, S. 122/126 f.

¹²⁷ BSG, Urt. v. 21.08.1996 – 3 RK 2/96 –, SozR 3-2500 § 39 Nr. 4 (sog. „Krankenhauswanderer“); unbegründeter Krankheitsverdacht – BSG, Urt. v. 01.02.1995 – 6 RKa 9/94 –, SozR 3-2500 § 76 Nr. 2



spruch des Versicherten und der Vergütungsanspruch des Krankenhauses auseinanderfallen, wenn zwar rückschauend feststehen würde, dass objektiv keine Notwendigkeit für eine Krankenhausbehandlung bestanden hätte, das Krankenhaus aber im Behandlungszeitpunkt von deren Notwendigkeit hätte ausgehen dürfen und die Behandlung deshalb zu Recht zu Lasten der Krankenkasse durchgeführt hätte.

Zusammengefasst würde daraus folgen, dass die Beurteilung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit durch den verantwortlichen Krankenhausarzt (**§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V**) in einem Abrechnungsstreit zwischen Krankenhaus und Krankenkasse immer daraufhin zu überprüfen sei, ob nach den objektiven medizinischen Befunden und wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Behandlung und dem damals verfügbaren Wissens- und Kenntnisstand des Krankenhausarztes - ex ante - eine Krankenhausbehandlung erforderlich gewesen wäre, seine Beurteilung also den medizinischen Richtlinien, Leitlinien und Standards entsprochen und nicht im Widerspruch zur allgemeinen oder besonderen ärztlichen Erfahrung gestanden hätte. Dies würde sowohl für die erstmalige Beurteilung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit gelten als auch für die jeweiligen Folgeentscheidungen, wenn es um die Verlängerung eines Krankenhausaufenthaltes gehen würde, wobei sich der Wissens- und Kenntnisstand des Krankenhausarztes im Laufe einer Krankenhausbehandlung naturgemäß verändern würde. Vor allem bei der erstmaligen Beurteilung der Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit wäre jedoch zu beachten, dass der Krankenhausarzt eine (medizinische) Prognose abgeben müsse, er also eine konkrete Diagnose zu stellen und dabei zukunftsorientiert zu beurteilen habe, ob die besonderen Mittel eines Krankenhauses erforderlich wären, um eine Krankheit zu erkennen, sie zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.

d. Entsprechend konkrete und am Einzelfall orientierte Fragestellungen wären von den Tatsachengerichten in ihren Beweisanordnungen vorzusehen und den medizinischen Sachverständigen vorzulegen. Keinesfalls wäre es für die richterliche Tatsachenermittlung ausreichend, wenn ein Gutachten zu der Frage eingeholt würde, ob die stationäre Behandlung eines Versicherten ab einem bestimmten Zeitpunkt bzw. über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus aus medizinischen Gründen „notwendig“ oder „vertretbar“ gewesen wäre. Damit würde dem Sachverständigen die tatbestandsmäßige Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe zugemutet, die allein in den Verantwortungsbereich der Sozialgerichte fallen würde, es würden indes keine konkreten und auf den entscheidungserheblichen



Sachverhalt bezogene Beweisfragen gestellt. Letzteres wäre aber nach Auffassung des BSG erforderlich gewesen, um eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu gewinnen.

Dabei könne und müsse das Gericht auf alle ihm nach der Prozessordnung zur Verfügung stehenden Beweismittel und nicht nur auf die von dem Krankenhaus geführten Dokumentationen (Krankenakten, Leistungsdokumentation, Medikamentenverordnungsblatt, ärztliche Verlaufseintragungen, Dokumentation über Therapien und Arbeitsversuche u.s.w.) zurückgreifen, zumal diese Dokumente in der Regel nur den Verlauf des Krankenhausaufenthalts dokumentieren sollten. Aus ihnen ließe sich ablesen, ob tatsächlich Krankenhausbearbeitung durchgeführt worden wäre, aber nicht unbedingt, ob diese auch notwendig gewesen wäre.

Da im Abrechnungsstreit die Beurteilung des Krankenhausarztes - ex ante - darauf zu überprüfen sei, ob sie den medizinischen Richtlinien, Leitlinien und Standards entsprechen und nicht im Widerspruch zur allgemeinen oder besonderen ärztlichen Erfahrung stehen würde, wäre es erforderlich festzustellen, ob konkrete Richtlinien, Leitlinien und Standards für die Kranken(haus)behandlung vorhanden wären; ggf. wären diese zu ermitteln und den Beweisanordnungen zugrunde zu legen. Bei der anschließenden Beauftragung eines medizinischen Sachverständigen wäre zudem darauf zu achten, dass dieser im Hinblick auf die entscheidungserheblichen Sachverhalte ausreichend qualifiziert wäre, also insbesondere auf dem zu beurteilenden medizinischen Fachgebiet ausgewiesen ist und Erfahrung mit der medizinischen Ausrichtung des betroffenen Krankenhauses besitzen würde (z.B. anthroposophisches Fachkrankenhaus).

VII. Fazit

Nach diesseitiger Auffassung ist der Entscheidung des Großen Senats des BSG und infolge dessen auch der neuen Rechtsprechung des 3. Senats zu folgen.

Hierfür spricht insbesondere, dass der vom 3. Senat bislang geltend gemachte Gesichtspunkt, der Vorrang der Sichtweise des Krankenhausarztes sei gerechtfertigt, weil dieser die zivil- und strafrechtliche Verantwortung für sein therapeutisches Vorgehen tragen würde, wenig überzeugend ist.¹²⁸ Denn nach den Grundsätzen der zivilrechtlichen Haftung

¹²⁸ vgl. BSG, Beschl. v. 04.04.2006 – B 1 KR 32/04 R –, Rn. 28; BSG, Vorlagebeschl. a. d. Gr. Senat v. 07.11.2006 – B 1 KR 32/04 R –, GesR 2007, S. 276/282 (Rn. 54)



muss regelmäßig nur die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB) eingehalten werden. Worin diese Sorgfalt besteht, beurteilt sich nach dem „Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit“; es kommt insoweit auf die im Kreis der Allgemein- oder Fachärzte vorausgesetzten Fähigkeiten und dort zu erwartenden Kenntnisse und Fertigkeiten bzw. auf die Einhaltung der dort geltenden „objektiven medizinischen Standards“ an.¹²⁹ Sofern Versicherte der GKV behandelt werden, ist der Rahmen des erlaubten Tätigwerdens von Ärzten in diesem System grds. durch das Leistungs- und Leistungserbringungsrecht begrenzt. Nach dem SGB V hat jeder Versicherte nur Anspruch auf ärztliche Diagnostik und Therapie in dem darin besonders abgesteckten Rahmen. So dürfen Leistungserbringer nach § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V Leistungen, die im Sinne des SGB V nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, „nicht bewirken“. Einem Leistungserbringer fehlt aber die Befugnis, dem Versicherten zu Lasten einer Krankenkasse zu Leistungen zu verhelfen, die den Vorgaben des SGB V widersprechen. Demgemäß geht das Schrifttum überwiegend von einer Kongruenz von Haftungsrecht und Krankenversicherungsrecht aus.¹³⁰

Auch nach der Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen ist das Kriterium der medizinischen Notwendigkeit nicht schon dann erfüllt, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen im Zeitpunkt der Behandlung „vertretbar“ gewesen ist, eine bestimmte Behandlungsmaßnahme als notwendig anzusehen. Abgesehen davon, dass das Recht der privaten Krankenversicherung von anderen Strukturprinzipien beherrscht wird, als das Recht des SGB V, ist dieser Rechtsprechung zu entnehmen, dass auch dort für die Frage, ob eine Heilbehandlung medizinisch notwendig ist, in erster Linie ein „objektiver Maßstab“ anzulegen ist und dass es dabei nicht auf die Auffassung des behandelnden Arztes ankommt;¹³¹ erst auf einer nachfolgenden Argumentationsebene ist dann entscheidend, „ob es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Behandlung vertretbar war, sie als notwendig anzusehen“. Eine allgemeine Privilegierung der Auffassung eines ärztlichen Leistungserbringers und eine besondere Betreuungs- und Hinweispflicht des Kostenträgers kann daraus jedenfalls nicht abgeleitet werden.

¹²⁹ vgl. z.B. BGH, Urt. v. 13.02.2001 – VI ZR 34/00 –, NJW 2001 S. 1786, 1787; MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn. 643

¹³⁰ z.B.: Steffen, MedR 1993, S. 338; ders., MedR 1995, S. 190 f.; ders., in: Festschrift für Geiß, 2000, S. 487 ff.; Hart, MedR 2002, S. 321, 326; Kretschmer, ArztR 2003, S. 144, 148; MüKo-Wagner, BGB, § 823 Rn. 683 m.w.N.

¹³¹ BGH, Urt. v. 10.07.1996 – IV ZR 133/95 – BGHZ 133, S. 208 ff.; Bach/Moser, Private Krankenversicherung (2002), S. 256 ff. Ziff. 5; Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1 - Krankenversicherungsrecht (1994), S. 725 ff. Ziff. 3



Folge dieser neuen Richtschnur zur Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit war die Aufgabe weiterer Teile der bisherigen Rechtsprechung des 3. Senats.

VIII. Bedeutung für die Praxis

1. Für die Praxis ist die Entscheidung des Großen Senats von erheblicher Bedeutung. Zum einen folgt aus dem Beschluss vom 25.09.2007, dass Maßstab für die Feststellung der Behandlungsbedürftigkeit einzig der eng auszulegende Gesetzeswortlaut ist. Soweit im engen Rahmen des SGB V keine medizinische Behandlungsbedürftigkeit mehr vorliegt, trotzdem eine konkrete Entlassungsmöglichkeit nicht gegeben ist, liegt das Kostenrisiko bei den Krankenhäusern. Daher ist im Rahmen des am 01.04.2007 in Kraft getretenen § 11 Abs. 4 SGB V ein möglichst frühzeitiges Versorgungs- bzw. Entlassungsmanagement durchzuführen.¹³²

2. Weiter ist festzustellen, dass die Behandlungsbedürftigkeit gerichtlich voll überprüfbar ist, so dass die Dokumentation weiter zunehmend an Bedeutung gewinnt.¹³³ Die Pflicht der Krankenhausärzte als sog. „*Herren des Behandlungsgeschehens*“ zur gründlichen und gewissenhaften Dokumentation ergibt sich bereits aus § 10 Abs. 1 MBO-Ä. Darin heißt es: „*Der Arzt hat über die in Ausübung des Berufes gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. Ärztliche Aufzeichnungen sind nicht nur Gedächtnisstützen, sie dienen auch dem Interesse der Patientinnen und Patienten an einer ordnungsgemäßen Dokumentation.*“¹³⁴ Darüber hinaus ist die Dokumentationspflicht behandlungsvertragliche Nebenpflicht, deren Verletzung zu einer Umkehr der Beweislast führen kann.¹³⁵ Schließlich ergibt sich die Pflicht zur Dokumentation auch aus dem SGB V bzw. aus den § 112er Landesverträgen.

Wesentlich bei der Dokumentation ist nicht die Durchführung als solche, sondern insbesondere die Fixierung entsprechender Inhalte.¹³⁶ Dabei ist jedoch weder „*Vielschreiberei*“

¹³² vgl. BT-Drs. 16/3100, S. 96 f.

¹³³ vgl. Ossege, Fehlbelegungsprüfungen von Maßnahmen der vollstationären Krankenhausbehandlung in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 252 ff.

¹³⁴ Bergmann, Die Arzthaftung, 2004, S.137 ff.

¹³⁵ Palandt/Thomas, § 823 Rn. 169

¹³⁶ vgl. vgl. Sangha u.a., „*Arzt und Krankenhaus*“ 2000, S. 209, 210; Leber, f&w 2000, S. 472, 474 ff.



zu betreiben noch „Mut zur Lücke“ zu zeigen.¹³⁷ Routinevorgänge¹³⁸ und selbstverständliche Behandlungsmaßnahmen¹³⁹ sind jedoch grundsätzlich nicht zu dokumentieren.

In seiner Entscheidung vom 17.05.2000¹⁴⁰ hat der 3. Senat des BSG bestätigt und in einer weiteren Entscheidung vom 20.01.2005¹⁴¹ wiederholt, dass die Krankenhäuser die für die Beurteilung der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Behandlung erforderlichen Tatsachen sachgerecht dokumentieren müssen. Andernfalls könnte eine Beweislosigkeit durch bloße Untätigkeit herbeigeführt werden. Bei unterbliebener oder unzulänglicher Dokumentation würde die Beweislast wieder auf die Krankenhäuser übergehen. Hierbei zieht der 3. Senat ausdrücklich Parallelen zum Arzthaftungsrecht.¹⁴² Daraus ergibt sich, dass bei der Überprüfung von Notwendigkeit und Dauer der stationären Behandlung nur solche Umstände berücksichtigt werden dürfen, die in den Unterlagen der Krankenhäuser dokumentiert sind. Nicht dokumentierte Umstände sind im Zweifel als „nicht durchgeführt“ anzusehen.

¹³⁷ Bergmann, Die Arzthaftung, 2004, S.139

¹³⁸ OLG Stuttgart, Urt. v. 05.11.1986 – 3 U 68/86 –, AHRS 6450/34

¹³⁹ OLG Frankfurt, Urt. v. 05.06.1986 – 1 U 225/86 –, AHRS 6450/32

¹⁴⁰ BSG, Urt. v. 17.05.2000 – B 3 KR 33/99 R –, SozR 3-2500 § 112 Nr. 1

¹⁴¹ BSG, Urt. v. 20.01.2005 – B 3 KR 9/03 R –, USK 2005-74

¹⁴² vgl. BGH, Urt. v. 21.09.1982 – VI ZR 302/80 –, VersR 1982, S. 1193/1195 m.w.N.; BGH, Urt. v. 24.01.1989 – VI ZR 170/88 –, BGH NJW 1989, S. 2330/2331 [‘Eine Dokumentation, die medizinisch nicht erforderlich ist, ist auch juristisch nicht geboten.’]; BGH, Urt. v. 28.06.1988 – 6 ZR 217/87 – NJW 1988, S. 2949 [Es wird eine Vermutung begründet, dass eine nicht dokumentierte (aber dokumentationspflichtige) Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist.]; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 2008, Rn. 457; Laufs/Uhlenbrock, Handbuch des Arztrechts, 2002, § 111 Rn. 1 ff.; Hinne, NJW 2005, S. 2270 ff.