

## L 20 KR 373/18

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
20  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 5 KR 100/16  
Datum  
17.04.2018  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 20 KR 373/18  
Datum  
07.11.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Ein Kostenerstattungsanspruch setzt in allen Ausgestaltungen, wie sie in [§ 13 SGB V](#) aufgezeigt sind, neben dem Umstand, dass einem Versicherten tatsächlich Kosten entstanden sind, auch voraus, dass den aufgewendeten Kosten ein rechtswirksamer Vergütungsanspruch des Leistungserbringers wegen der Behandlung zu Grunde liegt.
  2. Ambulante ärztliche Leistungen (hier: Protonentherapie im RPTC) sind nach der GOÄ abzurechnen. Der in § 1 Abs. 1 GOÄ beschriebene Anwendungsbereich der GOÄ setzt nicht voraus, dass Anspruchsteller und Vertragspartner des Patienten ein Arzt ist, sondern dass die Vergütung für die „beruflichen Leistungen“ eines Arztes geltend gemacht wird. Für den Anwendungsbereich der GOÄ ist es daher nicht entscheidend, wer die Vergütung geltend macht, der Arzt selbst oder eine andere (juristische oder natürliche) Person, die den behandelnden Arzt in die Erbringung der ärztlichen Leistung eingebunden hat.
  3. Entspricht die Rechnung für ambulante ärztliche Leistungen nicht den Vorgaben der GOÄ, ist die Vergütung gem. § 12 Abs. 1 GOÄ nicht fällig mit der Konsequenz, dass eine Kostenerstattung nicht geltend gemacht werden kann.
- I. Auf die Berufung der Beklagten hin wird das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 17.04.2018 aufgehoben. Die Klage gegen den Bescheid vom 12.10.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.01.2016 wird abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob dem Kläger die Kosten einer selbstbeschafften Protonentherapie wegen eines Krebsleidens in Höhe von 21.100,- EUR von der Beklagten zu erstatten sind.

Der Kläger ist im Jahr 1948 geboren und bei der Beklagten krankenversichert.

Im Dezember 1999 wurde beim Kläger ein metastasiertes Nierenzellkarzinom festgestellt. Im Januar 2000 erfolgte eine Nephrektomie der rechten Niere. Im Jahr 2002 wurde ein Rezidiv im Bereich des Os ilium (Darmbein) und des Os sacrum (Kreuzbein) festgestellt, das operativ und mittels Bestrahlungen behandelt wurde. Im Jahr 2007 wurde ein Zustand nach Bestrahlungsdefekt der Haut diagnostiziert und mit einer Lappenplastik behandelt. Im September 2012 wurde erneut eine Metastase im Bereich des linken Os ilium festgestellt, die operativ behandelt wurde. Eine weitere Therapie im Bereich des linken Beckens empfahl die Tumorkonferenz nicht. Bis ins Jahr 2015 wurde bei regelmäßigen Kontrolluntersuchungen im Universitätsklinikum E-Stadt ein relevantes Fortschreiten der Erkrankung nicht festgestellt.

Bei einer Verlaufskontrolle im Universitätsklinikum E-Stadt am 09.09.2015 zeigten sich bei einer Computertomographie größenprogrediente Weichteilfiliae in der linken Beckenwand und im links glutealen Subkutangewebe bei sonst unverändertem Befund, die dem Kläger jetzt nach eigenen Angaben auch zeitweise Beschwerden verursachten. Erfreulicherweise - so der Bericht des Universitätsklinikums - zeige sich die systemische Komponente mit der pulmonalen Metastasierung komplett stabil. Es wurde zur weiteren Behandlung die Fortführung der systemischen Therapie und eine Radiatio der einzelnen Läsionen im Bereich des linken Beckens unter bestmöglicher Schonung des nicht befallenen Gewebes bei massiver Vorbestrahlung des rechten Beckens mit insgesamt 100 Gy empfohlen (vorläufiger Arztbericht vom 10.09.2015).

Mit Schreiben vom 09.09.2015 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Kostenübernahme für eine Protonenbestrahlung im R. Center (im

Folgenden: R.), einer Einrichtung der Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG, einer Klinik, die im Krankenhausplan des Freistaats Bayern, Stand 01.01.2015, u.a. mit der Fachrichtung Strahlentherapie aufgenommen war. Begründet wurde der Antrag damit, dass bei der Verlaufskontrolle am 09.09.2015 eine deutliche Progredienz von Weichteilmetastasen im linken Becken diagnostiziert worden sei. Ein chirurgisches Angehen sei leider nicht möglich, weshalb eine lokale Strahlentherapie nunmehr dringend geboten sei. In der Vorgeschichte seiner Erkrankung sei die gegenüberliegende Seite des Beckens im Jahr 2002 mit insgesamt 100 Gy bestrahlt worden, wobei auch die linke Beckenseite Streustrahlung bis zu 40 Gy abbekommen habe. Bei einer erneuten konventionellen Bestrahlung bestehe daher ein sehr hohes Risiko der Schädigung des Dünndarms und der Entstehung von Knochennekrosen. Dem Antrag beigelegt waren ein Schreiben des R. vom 03.07.2015, wonach der Kläger sich an das R. gewandt habe, wobei wegen der Vorbelastung des Klägers lediglich eine Ionentherapie möglich sei, um das Risiko von Darmschäden und Knochennekrosen so gering wie möglich zu halten, und ein Kostenvorschlag des R. vom 06.07.2015 über einen Rechnungsbetrag in Höhe von pauschal 21.100,- EUR, dem u.a. 25 Sitzungen Bestrahlung zu Grunde lagen. Dieser vom Kläger als Patient unterschriebene Kostenvorschlag enthält die Regelung, dass der Kläger "bis 1 Woche vor ... Beginn von Diagnostik und Therapie" eine Vorauszahlung in Höhe der veranschlagten Kosten auf das Konto der Chirurgischen Klinik Dr. R. zu überweisen habe.

Mit E-Mail vom 16.09.2015 informierte der Kläger die Beklagte - wohl auf deren Nachfrage hin - darüber, dass die Protonenbehandlung ambulant vorgesehen sei.

Am 08.10.2015 teilte die Beklagte dem Kläger telefonisch mit, dass Behandlungsmöglichkeiten mit einer Protonentherapie in den Universitätskliniken H-Stadt und E-Stadt gegeben seien. Der Kläger gab im Telefonat an, sich in H-Stadt bereits erkundigt zu haben, dass er dort aber nicht behandelt werde, da die Behandlung dort gezielt auf den Tumor gerichtet sei, nicht auf eine Streuung. In E-Stadt werde er sich erkundigen.

Mit Bescheid vom 12.10.2015 lehnte die Beklagte eine Kostenübernahme für die beantragte Protonentherapie ab. Der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) habe sich - so die Beklagte - mit dieser Therapie noch nicht befasst, weshalb die Therapie im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung nicht zur Verfügung stehe. Den eingereichten Unterlagen sei nicht zu entnehmen, dass der Kläger an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung oder zumindest wertungsmäßig damit vergleichbaren Erkrankung, für die eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung nicht zur Verfügung stehe, leide, so dass die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 1a](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) nicht erfüllt seien.

Mit Schreiben vom 08.11.2015, übermittelt am selben Tag, erhob der Kläger Widerspruch. Er gab an, seit der Einreichung seines Antrags am 09.09.2015 bis zum 08.10.2015 von der Beklagten nichts vernommen zu haben. An diesem Tag habe er dann einen Anruf bekommen, in dem ihm mündlich zugesagt worden sei, dass er eine Protonentherapie in H-Stadt oder E-Stadt durchführen lassen könne. Er könne sofort damit beginnen. Am darauffolgenden Montag, den 12.10.2015, habe er bei der Beklagten in C-Stadt angerufen und mitgeteilt, dass er wegen der Dringlichkeit seines Falls bereits eine Protonentherapie in M-Stadt begonnen habe. Der Sachbearbeiter habe ihm erklärt, dass die Beklagte nur mit H-Stadt und E-Stadt einen Vertrag geschlossen habe. Für ihn sei aber klar gewesen, dass ein Wechsel des Behandlungszentrums nicht mehr möglich sei. Dann habe er am 15.10.2015 das Ablehnungsschreiben erhalten, jetzt mit einer ganz anderen Begründung. Weiter erläuterte der Kläger, warum seiner Meinung nach eine konventionelle Bestrahlung für ihn nicht mehr in Betracht gekommen sei, wegen der geringeren Belastung aber eine Protonentherapie. Er betrachte die beantragte Leistung als genehmigt, weil die Beklagte nicht innerhalb von drei Wochen entschieden habe.

Zusammen mit dem Widerspruch übersandte er die Rechnung der Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG vom 20.10.2015 über eine "teilstationäre Krankenhausbehandlung", in der eine "Fallpauschale Bestrahlung ) 80 % Dosis" in Höhe von 21.100,- EUR mit sofortiger Fälligkeit in Rechnung gestellt worden war; irgendeine Spezifizierung enthält die Rechnung nicht. Als Aufnahmetag war der 16.09.2015, als Entlassungstag der 20.10.2015 angegeben.

Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens erstellte der Medizinische Dienst der Krankenversicherung in Bayern (MDK) am 01.12.2015 ein Gutachten. Beim Kläger liege - so der MDK - mit dem Nierenzellkarzinom mit progredienten Weichteilmetastasen eine lebensbedrohliche Grunderkrankung vor; die beiden Weichteilmetastasen würden aber aktuell keine lebensbedrohliche Situation darstellen. Eine notstandsähnliche Situation sei nicht erkennbar. Für die Erkrankung des Klägers gebe es spezielle Behandlungsmethoden der Strahlentherapie. Die beim Kläger durchgeführte Bestrahlung mit Protonen sei rein technisch gesehen ebenfalls eine Behandlungsmöglichkeit. Die theoretische Annahme, dass die Protonentherapie bei der perkutanen Bestrahlung grundsätzlich effektiver und nebenwirkungsärmer sei als eine Hochpräzisionsbestrahlung mit Photonen sei bisher wissenschaftlich nicht belegt. Der tatsächliche Stellenwert der Protonentherapie sei (noch) im Rahmen gut geführter Studien zu eruieren. Dazu sollten sämtliche Patienten, die mit Protonen behandelt würden, in aussagekräftige prospektive Studien eingeschlossen werden. Die beim Kläger durchgeführte Bestrahlung mit Protonen stelle eine neue Behandlungsmethode dar, die bei ambulanter Therapie keine Leistungspflicht auslöse. Bei Durchführung in einem Vertragskrankenhaus unter stationären Bedingungen könne die Therapie abgerechnet werden. Bezüglich der beim Kläger angewandten Behandlungsmethode bestehe, wie bei einer Bestrahlung mit Photonen auch, eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fernliegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf.

Mit Widerspruchsbescheid vom 25.01.2016 wurde der Widerspruch des Klägers zurückgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 22.02.2016, eingegangen am 23.02.2016, haben die Bevollmächtigten des Klägers Klage zum Sozialgericht (SG) Nürnberg erhoben.

Auf Anforderung des SG hat das R. mit Schreiben vom 30.03.2016 berichtet, dass beim Kläger eine werktägliche Bestrahlung mit Protonen vom 24.09.2015 bis zum 20.10.2015 stattgefunden habe. Eine teilweise Tumorremission sei festgestellt worden. Beigelegt worden ist u.a. ein Schreiben des R. an den Kläger vom 06.07.2015, wonach mit der Protonentherapie eine bessere Schonung des den Tumor umgebenden gesunden Gewebes möglich sei. Die Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkasse sei noch zu klären. Zudem ist der am 16.09.2015 unterzeichnete Behandlungsvertrag zwischen dem Kläger und der Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG über eine Strahlenbehandlung mit Protonen im R. vorgelegt worden, worin sich der Kläger "aufgrund der nur bei konsequenter Durchführung aller geplanten Einzelbestrahlungen zu erreichenden therapeutischen Wirkungen" (Ziff. 2 des Vertrags) verpflichtet hatte, alle geplanten Einzelbestrahlungen pünktlich durchführen zu lassen. Weiter war vereinbart worden, dass vor Behandlungsbeginn auf der Grundlage des

Kostenvoranschlags eine Vorschussrechnung erteilt werde, die sofort zur Zahlung fällig sei (vgl. Ziff. 4 des Vertrags). Darauf, dass zahlreiche Krankenkassen die Kosten nicht übernehmen würden, war hingewiesen worden.

Die Klage ist mit Schreiben vom 28.07.2016 damit begründet worden, dass nur die Protonentherapie eine einigermaßen sichere Heilungsmethode darstelle. Die schulmedizinisch vorgeschlagene Strahlentherapie könne zu starken Schädigungen des Dünndarms und zur Entstehung von Knochennekrosen führen.

Die Beklagte hat darauf mit Schriftsatz vom 15.08.2016 erwidert, dass bei außervertraglichen Behandlungsmethoden [§ 2 Abs. 1a SGB V](#) heranzuziehen sei. Selbst wenn eine Lebensbedrohlichkeit bejaht würde, dürften keine allgemein anerkannten, dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlungsmethoden mehr zur Verfügung stehen. Der MDK habe in seinem Gutachten dargelegt, dass vertragsärztliche Behandlungsoptionen vorhanden seien. Eine Photonenbestrahlung wäre am Universitätsklinikum E-Stadt, ggf. auch in M-Stadt, möglich gewesen; dem Kläger seien auch Alternativen in H-Stadt und E-Stadt genannt worden. Der Kläger habe lediglich behauptet, dass er in H-Stadt nicht behandelt werde. Zudem sei die Überlegenheit der Protonentherapie nicht belegt; der Stellenwert dieser Behandlungsmethode sei nach gegenwärtigem Stand ungeklärt.

Die Bevollmächtigten des Klägers haben sich mit Schriftsatz vom 06.09.2016 zudem auf die Genehmigungsfiktion des [§ 13 Abs. 3a SGB V](#) gestützt. Innerhalb der Dreiwochenfrist sei eine Entscheidung von Seiten der Beklagten nicht erfolgt.

Dem hat die Beklagte mit Schreiben vom 08.09.2016 u.a. entgegengehalten, dass nach der Rechnung des R. eine Aufnahme am 16.09.2015 erfolgt sei bzw. dass nach dem Bericht des R. vom 30.03.2016 die Bestrahlung ab dem 24.09.2015 durchgeführt, also die Behandlung innerhalb der dreiwöchigen Frist begonnen worden sei. Damit komme die Genehmigungsfiktion nicht mehr in Betracht.

Am 16.12.2017 hat der Internist und Onkologe Dr. C. im Auftrag des SG ein Gutachten erstellt. Er ist darin zu der Einschätzung gekommen, dass nach der Bildgebung vom 09.09.2015 und der dabei gesicherten Progredienz bei nunmehr auch angegebener klinischer Beschwerdesymptomatik eine Behandlungsindikation gegeben gewesen sei, aufgrund des langsamen Größenwachstums aber eine notstandsähnliche Situation nicht gesehen werden könne. Als Behandlungsmöglichkeit habe eine Bestrahlung zur Verfügung gestanden. Typisch für eine konventionelle Strahlentherapie sei, dass alle Bestrahlungsfelder eine konstante Intensität hätten und diese Technik daher bei Tumoren in unmittelbarer Nähe von strahlungsempfindlichem gesundem Gewebe oder in vorbehandelten Gebieten an ihre Grenzen stoße. Mit einer intensitätsmodulierten Strahlentherapie lasse sich hingegen eine deutliche Verbesserung der Dosisverteilung erreichen, da damit die Bestrahlung des Tumors und die Schonung des gesunden Gewebes optimal ausbalanciert werden könnten. Eine Protonentherapie ermögliche eine dreidimensionale zielgenaue Präzisionsbestrahlung. Bei der Behandlung tiefliegender Tumore sei der Vorteil, dass die Wirkung im Tumor am höchsten sei, wobei das gesunde Gewebe maßgeblich geschont werde. Beide Bestrahlungsmöglichkeiten - intensitätsmodulierte Strahlentherapie und Protonentherapie - seien, wenn auch technisch auf einer jeweils anderen Methodik beruhend, in der Lage, im vorliegenden Fall die vorbestrahlten Gebiete zu schonen. Dem Kläger hätte also eine andere erfolversprechende und zumutbare Behandlungsmöglichkeit, entweder mit einer anderen Methodik oder an einer anderen Örtlichkeit (Bestrahlung mit Protonen am Universitätsklinikum H-Stadt oder am Universitätsklinikum E-Stadt), zur Verfügung gestanden.

Die Bevollmächtigten des Klägers haben mit Schriftsatz vom 11.01.2018 eine Stellungnahme des Klägers vom 09.01.2018 zum Gutachten vorgelegt. Der Kläger hat darin die Ansicht vertreten, dass eine andere Bestrahlungsart als die Protonentherapie wegen der Gefahr von Radionekrosen und Darmschäden für ihn nicht akzeptabel gewesen sei. Zur Frage der Dringlichkeit hat der Kläger darauf hingewiesen, dass sich aufgrund des Größenwachstums in einem Zeitraum von ca. acht Wochen von 57 % (5,8 cm x 3,7 cm im Vergleich zur Voraufnahme mit 5,4 cm x 3,0 cm) eine Situation ergeben habe, die keinen Aufschub mehr geduldet habe. Warum der Sachverständige für die Voraufnahme einen falschen Wert angebe (5,4 cm x 3,7 cm), entziehe sich seiner Kenntnis. Die durchgeführte Protonentherapie sei ohne Zweifel auch erfolgreich gewesen.

Mit Urteil vom 17.04.2018 hat das SG der Klage stattgegeben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger die Kosten für die Protonentherapie in Höhe von 21.100,- EUR zu erstatten. Bei seiner Entscheidung hat sich das SG darauf gestützt, dass die Genehmigungsfiktion des [§ 13 Abs. 3a SGB V](#) eingetreten sei. Die Beklagte habe nicht innerhalb der Dreiwochenfrist über den Antrag entschieden, so dass die beantragte Leistung als genehmigt gelte. Eine Einschränkung auf Fallgestaltungen, in denen die Genehmigungsfiktion sich nicht auf Leistungen bzw. Teile von Leistungen erstrecke, die vor Ablauf der dreiwöchigen Frist in Anspruch genommen worden seien, könne dem Wortlaut des [§ 13 Abs. 3a Satz 1 SGB V](#) und seiner systematischen Stellung als Kostenerstattungsvorschrift nicht entnommen werden. Selbst wenn der Auffassung des SG zum Anwendungsbereich des [§ 13 Abs. 3a SGB V](#) nicht gefolgt werde, bestehe gleichwohl ein Anspruch auf Kostenerstattung nach [§ 13 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#). Die Beklagte habe die beantragte Leistung zu Unrecht abgelehnt, weil der Kläger gemäß [§ 2 Abs. 1a SGB V](#) einen Anspruch auf die beantragte Protonentherapie gehabt habe. Unstreitig sei, dass der Kläger an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung leide. Das SG folge zwar grundsätzlich dem gerichtlichen Gutachter, nicht aber, soweit dieser für die Behandlung des Klägers prinzipiell zwei technisch unterscheidbare Bestrahlungsmöglichkeiten - intensitätsmodulierte Strahlentherapie und Protonentherapie - als geeignet angesehen habe. Denn nach der Überzeugung des SG sei die intensitätsmodulierte Strahlentherapie keine für den Kläger zumutbare Behandlungsalternative gewesen und habe daher auch nicht als eine dem medizinischen Standard entsprechende Leistung im konkreten Fall zur Verfügung gestanden. Eine weitere Strahlenbelastung der rechten Beckenhälfte, wie sie bei der intensitätsmodulierten Strahlentherapie eingetreten wäre, wie dies der Kläger dargestellt habe, sei dem Kläger objektiv und subjektiv nicht zuzumuten gewesen. Auch hätte der Kläger die Protonenbehandlung nicht am Universitätsklinikum H-Stadt oder E-Stadt durchführen lassen können, da eine notstandsähnliche Situation aufgrund des vom Sachverständigen falsch eingeschätzten Größenwachstums des Tumors belegt sei; nach der Überzeugung des SG sei auf der Grundlage des vom Kläger vorgetragenen Volumenwachstums von über 50 % zwischen Ende Juli 2015 und dem 09.09.2015 von einer notstandsähnlichen Situation auszugehen. Auch habe sich der Kläger nicht auf eine Behandlung im R. versteift; die Kontaktaufnahme im Juni 2015 sei lediglich als prophylaktische Planung erfolgt.

Gegen das ihr am 19.07.2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 07.08.2018 Berufung zum Bayer. Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Mit Schriftsatz vom 23.08.2018 ist die Berufung wie folgt begründet worden:

- Ein Kostenerstattungsanspruch wegen der Genehmigungsfiktion des [§ 13 Abs. 3a SGB V](#) scheitere schon daran, dass die ambulante Protonentherapie nicht zu den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gehöre, sondern außerhalb des Leistungskatalogs liege

und daher nicht von der Genehmigungsfiktion umfasst sei. Aber selbst dann, wenn man davon ausgehen würde, dass die Leistung nicht offensichtlich außerhalb des Leistungskatalogs liege, sei die Genehmigungsfiktion nicht eingetreten, weil sich der Kläger die Leistung bereits vor Ablauf der Dreiwochenfrist beschafft habe; die Therapie sei bereits am 16.09.2015 begonnen worden.

- Ein Kostenerstattungsanspruch ergebe sich auch nicht aus [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB V](#) (Leistung zu Unrecht abgelehnt). Der Kläger habe keinen Anspruch auf die streitgegenständliche Behandlung gehabt, auch nicht nach [§ 2 Abs. 1a SGB V](#). Eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung habe zur Verfügung gestanden. Sowohl eine dem Standard entsprechende adäquate Bestrahlung mit Photonen als auch eine Bestrahlung mit Protonen am Universitätsklinikum H-Stadt oder am Universitätsklinikum E-Stadt, mit denen die Beklagte im Rahmen der integrierten Versorgung Verträge abgeschlossen habe, sei möglich gewesen. Aber selbst dann, wenn man davon ausgehen würde, dass aufgrund des Risikos des Eintritts von Darmschädigungen oder Nekrosen bei konventioneller Bestrahlung eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung gestanden hätte, wären die weiteren Voraussetzungen nicht erfüllt. Denn es fehle an einem Ursachenzusammenhang zwischen dem die Haftung der Krankenkasse begründenden Umstand (rechtswidrige Ablehnung) und dem Nachteil des Versicherten (Kostenlast). So habe der Kläger mit der streitgegenständlichen Behandlung am 16.09.2015 begonnen, die ablehnende Entscheidung habe er erst im Telefonat vom 08.10.2015 bzw. mit Bescheid vom 12.10.2015 erhalten, so dass die Ablehnung nicht kausal für die Kostenlast geworden sein könne. Der Kläger sei unabhängig von der Entscheidung der Krankenkasse entschlossen gewesen, die Behandlung am R. durchzuführen. Seien mit dem eigenmächtigen Beginn der Behandlung - wie vorliegend - die Schritte quasi bereits endgültig vorgezeichnet und festgelegt, fehle der Ursachenzusammenhang auch für den Teil der Behandlung, der zeitlich nach dem ablehnenden Bescheid liege, weil sich die Behandlung als einheitlicher Vorgang darstelle, der sich hinsichtlich der Leistungsbewilligung nicht aufspalten lasse.

- Ein Kostenerstattungsanspruch ergebe sich auch nicht aus [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 SGB V](#) (Unaufschiebbarkeit der Leistung). Denn die durchgeführte Behandlung sei nicht unaufschiebbar gewesen. Das SG habe zu Recht darauf hingewiesen, dass eine zunächst nicht eilbedürftige Behandlung durch Abwarten unaufschiebbar werden könne. Nach dem gerichtlichen Gutachten sei zwar eine geringgradige Progredienz gegeben gewesen, eine notstandsähnliche Situation habe aufgrund des langsamen Größenwachstums mit Sicherheit jedoch nicht bestanden. Zudem hätte der Kläger auch den streitgegenständlichen Antrag früher bei der Beklagten stellen können, nachdem er sich bereits im Juli 2015 beim Protonenzentrum über Behandlungsmöglichkeiten informiert habe.

Dem haben die Bevollmächtigten des Klägers mit Schriftsatz vom 02.01.2019 Folgendes entgegengehalten:

- Die Beklagte habe nicht innerhalb von drei Wochen nach Antragstellung über den Antrag entschieden. Die in Anspruch genommene Behandlung liege auch nicht offensichtlich außerhalb des Leistungskatalogs. Es sei auch kein Grund ersichtlich, die Genehmigungsfiktion nicht anzuwenden, wenn die Leistung noch vor Ablauf der Dreiwochenfrist, aber nach Antragstellung selbst beschafft werde. Hilfsweise sei zumindest für einen Teil der angefallenen Kosten die Genehmigungsfiktion eingetreten, wobei Stichtag die Genehmigung sei. Beim Kläger liege eine teilbare Leistung vor. Auf die Periode ab dem 01.10.2015 würden 14/19 der Bestrahlungskosten entfallen, so dass zumindest dafür die Genehmigungsfiktion eingetreten sei.

- Unabhängig davon habe der Kläger aus [§ 2 Abs. 1a Abs. 1 SGB V](#) einen Anspruch auf die beantragte Protonentherapie. Dem Kläger habe keine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung mehr zur Verfügung gestanden. Mögliche Alternativbehandlungen hätten eine höhere Strahlenbelastung der die Metastasen umgebenden Gebiete bedeutet. Die selbstbeschaffte Behandlungsmethode habe auch eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung gehabt.

- Auf die Frage der Unaufschiebbarkeit komme es letztlich nicht mehr an, tatsächlich habe aber eine Unaufschiebbarkeit vorgelegen. Zwischen den Untersuchungen im Juli 2015 und am 09.09.2015 habe die Tumormasse um 57 % zugenommen; dies sei keine geringgradige Progredienz mehr. Für den Kläger sei damit eine Situation eingetreten, die einen weiteren Aufschub nicht mehr gerechtfertigt hätte. Dem Gutachter Dr. C. könne nicht gefolgt werden, da dieser von falschen Messwerten ausgegangen sei.

Dem hat die Beklagte mit Schreiben vom 10.01.2019 erwidert:

- Ein Kostenerstattungsanspruch, auch nach der in [§ 13 Abs. 3a SGB V](#) vorgesehenen Genehmigungsfiktion, scheitere schon daran, dass der Kläger auf eine bestimmte Behandlung von vornherein festgelegt gewesen sei. Dies habe der Kläger dadurch zu erkennen gegeben, dass er die dreiwöchige Frist nicht abgewartet habe und die Behandlung vor Ablauf der Frist begonnen habe.

- Aus diesem Grund komme auch ein Kostenerstattungsanspruch auf der Grundlage des [§ 13 Abs. 3 SGB V](#) nicht in Betracht. Zudem hätten Behandlungsalternativen zur Verfügung gestanden, die dem Kläger auch zumutbar gewesen wären. Die Behandlung sei ambulant durchgeführt worden, nicht als teilstationäre Behandlung in einem zugelassenen Vertragskrankenhaus. Die Beklagte habe Verträge zur integrierten Versorgung mit den Universitätskliniken H-Stadt und E-Stadt und den dort angegliederten Protonentherapiezentren geschlossen, um diese Therapieverfahren unter qualitätsgesicherten Bedingungen wissenschaftlich zu begleiten. Der Kläger sei auf die Möglichkeit der Behandlung in der Uniklinik H-Stadt hingewiesen worden.

- Von der vom Kläger vorgetragene Zäsur könne nicht ausgegangen werden. Sei - wie hier - mit dem Beginn der Behandlung der weitere Verlauf bereits endgültig festgelegt, fehle der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen Ablehnungsentscheidung der Krankenkasse und der Kostenbelastung des Versicherten auch für den Teil der Behandlung, welcher zeitlich nach dem ablehnenden Bescheid liege. Eine Umsteuerung durch den Kläger hätte nicht mehr erfolgen können, da er sich bereits vertraglich gebunden habe.

- Einem Kostenerstattungsanspruch stehe zudem entgegen, dass die Behandlung ambulant in mehreren Sitzungen erfolgt sein dürfte und es sich bei der Rechnung vom 20.10.2015 um eine pauschalisierte Rechnung handle, für welche nicht einmal ein Ausgleichsanspruch des Leistungserbringers gegenüber dem Kläger bestehen dürfte, da keine Spezifikation nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) erfolgt sei. Es sei unzulässig, anstelle der Vergütung von Einzelleistungen ein Pauschalhonorar ohne Bezugnahme auf das Leistungsverzeichnis der GOÄ in Rechnung zu stellen und den Auslagenersatz zu pauschalieren.

Die Bevollmächtigten des Klägers haben mit Schriftsatz vom 20.02.2019 vorgetragen, dass die Behandlung nur als teilstationäre Behandlung in Verbindung mit Unterkunft und Verpflegung hätte gewährleistet werden können, nicht aber als ambulante Behandlung. Dazu haben sie ein Schreiben des R. vom 18.02.2019 vorgelegt, wonach die Behandlung zwingend die medizinisch-organisatorische Infrastruktur des Chirurgischen Klinikums M-Stadt [Anmerkung des Senats: Die Chirurgisches Klinikum M-Stadt GmbH & Co. KG ist der nunmehrige Betreiber des R.] erfordere, ohne dass eine ununterbrochene Anwesenheit des Patienten notwendig sei. Für den Fall, dass während der Durchführung der Therapie wegen Verschlechterung des Allgemeinzustands eine teilstationäre Versorgung erforderlich gewesen wäre, hätte eine Unterbringung im Klinikum M-Stadt zu jedem Zeitpunkt durchgeführt werden können. Durch den langen Behandlungszeitraum und die wöchentlichen Behandlungsintervalle habe das Behandlungsziel nur durch eine teilstationäre Behandlung in Verbindung mit Unterkunft und Verpflegung gewährleistet werden können. Die pauschalisierte Abrechnung entspreche den Abrechnungsmodalitäten mit den Sozialversicherungsträgern. Ansonsten könnte dem Kläger gerne eine Abrechnung auf Grundlage der GOÄ ausgestellt werden, die dann

aber höher sein werde als die pauschalierte Rechnung.

Am 28.02.2019 hat ein Erörterungstermin stattgefunden, bei dem der Kläger angegeben hat, er sei werktätlich in die Klinik gefahren und dort nach einer gewissen Wartezeit ins Behandlungszimmer gekommen. Dann sei die Behandlung (Bestrahlung) durchgeführt worden. Anschließend sei er noch bis zu drei Stunden zur Überwachung in der Klinik gewesen. Dies sei ein Ruheraum mit Liege gewesen. Komplikationen, die einen vollstationären Aufenthalt erforderlich gemacht hätten, habe es nicht gegeben.

Anschließend ist der sozialgerichtliche Sachverständige Dr. C. mit Blick auf die im Gutachten fälschlicherweise genannte Größe der Metastase im Juli 2015 (5,4 cm x 3,7 cm anstelle richtigerweise 5,4 cm x 3,0 cm) um ergänzende Stellungnahme und Beantwortung weiterer Fragen gebeten worden.

In seiner Stellungnahme vom 03.06.2019 hat sich Dr. C. wie folgt geäußert:

- Richtig sei, dass er die Tumorgöße in seinem Gutachten falsch angegeben habe. Die vom Kläger vorgetragene technische Denkweise in der Bildgebung eines nicht geometrischen Körpers sei hingegen onkologisch nicht korrekt. Zudem könne die Bildgebung allein für sich niemals eine Therapieentscheidung nach sich ziehen. Die Progredienz einer onkologischen Erkrankung gründe sich nämlich nicht ausschließlich auf die Ausmessung eines Tumors oder einer Metastase. Die Beurteilung sei ein Zusammenspiel von Klinik, Bildgebung und gegebenenfalls (wenn vorliegend) Laborergebnissen. Führend sei immer das klinische Bild. Die klägerische Argumentation sei fehlerhaft eingengt auf die Bildgebung. Zusätzlich sei die einzige Aufführung von Messdaten nicht sinnvoll, wenn nicht betrachtet werde, was gemessen worden sei. Es handle sich nämlich um eine progrediente Weichteilläsion und nicht um eine Metastase in der Nähe eines lebenswichtigen Organs. Entscheidend sei nicht das Wachstum, schon gar nicht in der beschriebenen Region, sondern limitierend sei die hämatogene und lymphogene Metastasierung eines Malignoms, die im vorliegenden Fall aber keinerlei Rolle spiele. Er bleibe daher bei seiner bisherigen Aussage, dass eine notstandsähnliche Situation nicht bestanden habe.
- Zu der Frage der alternativen Behandlungsmöglichkeiten sei zwar festzustellen, dass es der Protonenbestrahlung mit Sicherheit noch genauer und damit zuverlässiger gelinge, das umgebende Gewebe zu schonen, dies andererseits aber auch bei der intensitätsmodulierten Strahlentherapie möglich sei, was genau das Ziel der Entwicklung dieser Methode gewesen sei. Zu bedenken sei auch, dass bei einer systemischen Erkrankung eine gewisse sogenannte Streustrahlung nicht nur Schäden verursachen, sondern eine zu exakte Bestrahlung durch Protonen auch eine Untertherapie von möglicherweise bereits weitergehenden Tumorzellen, die über die Bildgebung noch nicht erkennbar seien, verhindern könne. Im Übrigen liege auch keine Stellungnahme der E. Strahlentherapeuten vor, wonach eine intensitätsmodulierte Strahlentherapie kontraindiziert sei. Der Vortrag des Klägers ändere daher an seiner Einschätzung als Sachverständiger nichts.
- Bei Betrachtung der organisatorischen Umstände und Voraussetzungen handle es sich bei der beim Kläger durchgeführten Protonentherapie wie auch bei allen anderen strahlentherapeutischen Methoden nicht um eine teilstationär durchzuführende, sondern um eine klassisch ambulante Maßnahme. Die Protonentherapie stelle eine teilbare Leistung dar, da die Therapie aus mehreren selbstständigen Schritten bestehe.

Die Beklagte hat sich mit Schreiben vom 24.06.2019 die Ausführungen des Sachverständigen zu eigen gemacht.

Die Bevollmächtigten des Klägers haben dem Gutachter mit Schriftsatz vom 02.07.2019 widersprochen und Folgendes vorgetragen:

- Ein wichtiger Aspekt der Beurteilung einer Tumorprogression sei die Quantifizierung einer Tumoraläsion. Es treffe zwar zu, dass im Befundbericht nur zwei Ebenen angegeben worden seien, im CT erfolge aber eine dreidimensionale Bildgebung. Vermutlich habe der Sachverständige die Originalbilder nicht angesehen. Selbst wenn eine Zunahme von nur 50 % vorliegen sollte, ergebe sich hieraus die Unaufschiebbarkeit der Protonentherapie.
- Die Auffassung der Sachverständigen, dass mit der intensitätsmodulierten Strahlentherapie eine gleichwertige alternative Behandlungsmöglichkeit zur Verfügung gestanden hätte, werde zurückgewiesen. Der Gutachter habe selbst geschrieben, dass es bei der Protonenbestrahlung noch genauer und zuverlässiger gelinge, das umgebende Gewebe zu schonen. Wegen der massiven Vorbestrahlung des Klägers sei aber schon im Arztbericht (der Universitätsklinik E-Stadt) die bestmögliche Schonung des nicht befallenen Gewebes vorgeschlagen worden, wobei bestmögliche Schonung nicht die zweitbeste Lösung heiße. Die intensitätsmodulierte Strahlentherapie sei aber mit einer Strahlung verbunden, die durch den ganzen Körper hindurchgehe und die Gegenseite abgeschwächt treffe, die überhaupt keine Strahlung mehr vertrage.
- Der Annahme einer teilbaren Leistung werde zugestimmt.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 08.08.2019 darauf hingewiesen, dass der Kläger am 16.09.2015 mitgeteilt habe, dass die Protonenbehandlung ambulant vorgesehen sei. Die bisherigen Ausführungen, wonach der Beschaffungsweg nicht eingehalten worden sei und es sich um eine unzulässige pauschale Rechnung handle, würden aufrechterhalten. Eine Genehmigungsfiktion sei nicht eingetreten.

Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des SG Nürnberg vom 17.04.2018 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 12.10.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.01.2016 abzuweisen.

Der Kläger beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Beigezogen worden sind die Akten des SG sowie die Verwaltungsakte der Beklagten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt dieser Akten und der Berufungsakte, die allesamt Gegenstand der Beratung und Entscheidungsfindung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat kann gemäß [§§ 153 Abs. 1](#), [124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten hierzu mit Schreiben vom 23.08.2019 und 26.08.2019 ihr Einverständnis erklärt haben.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Das SG hat fehlerhaft der Klage gegen den Bescheid vom 12.10.2015 in der Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 25.01.2016 stattgegeben und die Beklagte dazu verurteilt, dem Kläger die Kosten der selbstbeschafften Protonentherapie im R. zu erstatten. Tatsächlich verletzt der Bescheid vom 12.10.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.01.2016 den Kläger nicht in seinen Rechten.

Ein Kostenerstattungsanspruch für die selbstbeschaffte Protonentherapie besteht nicht, weil dem Kläger dadurch keine erstattungsfähigen Kosten entstanden sind (dazu vgl. unten Ziff. 1.). Davon abgesehen sind auch weder für einen Kostenerstattungsanspruch gemäß [§ 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V](#) (Genehmigungsfiktion) (dazu vgl. unten Ziff. 2.) noch gemäß [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB V](#) (rechtswidrige Leistungsablehnung) (dazu vgl. unten Ziff. 3.) noch gemäß [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 SGB V](#) (unaufschiebbare Leistung) (dazu vgl. unten Ziff. 4.) die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

#### 1. Keine erstattungsfähigen Kosten

Der Kläger kann keine erstattungsfähigen Kosten geltend machen.

##### 1.1. Voraussetzungen allgemein

Nach ständiger Rechtsprechung setzt ein Kostenerstattungsanspruch in allen Ausgestaltungen, wie sie in [§ 13 SGB V](#) aufgezeigt sind, neben dem Umstand, dass einem Versicherten tatsächlich Kosten entstanden sind (vgl. BSG, Urteil vom 13.07.2004, [B 1 KR 11/04 R](#)), auch voraus, dass den aufgewendeten Kosten ein rechtswirksamer Vergütungsanspruch des behandelnden Leistungserbringers wegen der Behandlung zu Grunde liegt (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 27.03.2007, [B 1 KR 25/06 R](#) - m.w.N.). Voraussetzung für einen rechtswirksamen Vergütungsanspruch ist u.a., dass für die Leistung eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Rechnung gestellt wird, die geeignet ist, einen fälligen Vergütungsanspruch auszulösen. Weitere Voraussetzung für einen rechtswirksamen Vergütungsanspruch ist eine (wirtschaftliche) Aufklärung des Leistungserbringers in dem Sinne, dass die Leistungserbringung (möglicherweise) nicht als Sachleistung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden könne und deshalb Kosten für den Versicherten selbst entstehen könnten (vgl. BSG, Urteile vom 04.04.2006, [B 1 KR 5/05 R](#), und vom 18.07.2006, [B 1 KR 9/05 R](#); Bundesgerichtshof - BGH -, Urteil vom 01.02.1983, [VI ZR 104/81](#)). Voraussetzung für einen rechtswirksamen Vergütungsanspruch ist zudem eine (ärztlich-therapeutische) Aufklärung über die Risiken der angewandten Therapie und ihre Alternativen (vgl. BSG, Urteile vom 04.04.2006, [B 1 KR 5/05 R](#), und vom 27.03.2007, [B 1 KR 25/06 R](#); BGH, Urteil vom 21.11.1995, [VI ZR 329/94](#)). Voraussetzung ist schließlich eine ordnungsgemäße Abrechnung (vgl. BSG, Urteil vom 16.12.2008, [B 1 KR 2/08 R](#) - m.w.N.).

##### 1.2. Keine GOÄ-konforme Rechnung für die Protonentherapie

Vorliegend ist ein wirksamer Vergütungsanspruch der Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG als Träger des R. jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil mit der Rechnung der Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG vom 20.10.2015 dem Kläger ein Pauschalbetrag in Höhe von 21.100,- EUR in Rechnung gestellt worden ist, was nicht in der Lage war, einen wirksamen Vergütungsanspruch zu begründen. Einen solchen Vergütungsanspruch hätte eine Rechnung nur dann auslösen können, wenn sie den Anforderungen der GOÄ entsprochen hätte.

##### 1.2.1. Anwendbarkeit der GOÄ

Die GOÄ ist vorliegend anwendbar.

1.2.1.1. Da es sich bei Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG um eine zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behandlung in den Krankenhausplan des Freistaats Bayern aufgenommene Einrichtung handelt, unterliegt diese samt den von ihr betriebenen Einrichtungen öffentlich-rechtlichem Preisrecht für dort durchgeführte (Krankenhaus-)Behandlungen. Es handelt sich um keine nach [§ 30 Abs. 1 Gewerbeordnung](#) betriebene Privatkrankenanstalt, die in den Grenzen des [§§ 134, 138 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) in ihrer Preisgestaltung grundsätzlich frei wäre (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2003, [IV ZR 278/01](#), und Beschluss vom 21.04.2011, [III ZR 114/10](#); BSG, Urteil vom 11.09.2012, [B 1 KR 3/12 R](#)).

1.2.1.2. § 1 Abs. 1 GOÄ bestimmt den Anwendungsbereich der GOÄ wie folgt: "Die Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte bestimmen sich nach dieser Verordnung, soweit nicht durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmt ist."

Dieser Anwendungsbereich ist vorliegend eröffnet, weil auf der Grundlage des Vertrags vom 16.09.2015 zwischen dem Kläger und der Chirurgischen Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG eine ambulante Strahlenbehandlung im R. mit vorhergehender Diagnostik vereinbart und durchgeführt worden ist. Die dem Kläger geschuldete Behandlung ist ohne jeden Zweifel eine ärztliche Behandlung, also eine berufliche Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 GOÄ.

1.2.1.3. Eine bundesgesetzliche Regelung, die eine andere Bestimmung zur Abrechnung der Behandlung treffen würde und daher einer Abrechnung nach der GOÄ entgegenstehen würde, gibt es nicht. Insbesondere handelt es sich nicht um eine stationäre Behandlung in einem Krankenhaus, für die ein anderes Preisrecht (Krankenhausentgeltgesetz, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegegesetzverordnung) in Betracht zu ziehen wäre:

- Eine vollstationäre Behandlung ist nicht erfolgt. Eine solche würde die physische und organisatorische Eingliederung des Patienten in das spezifische Versorgungssystem des Krankenhauses voraussetzen. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn sich die Versorgung des Patienten nach dem Behandlungsplan zeitlich mindestens über einen Tag und eine Nacht erstreckt (vgl. BSG, Urteile vom 04.03.2004, [B 3 KR 4/03 R](#), und vom 28.02.2007, [B 3 KR 17/06 R](#)). Da sich der Kläger aber nur zu den jeweiligen Behandlungsterminen im R. eingefunden hat und das R. nach der Protonenbestrahlung jeweils wieder am selben Tag verlassen hat, liegt keine vollstationäre Versorgung vor.
- Es ist auch keine teilstationäre Behandlung durchgeführt worden. Zwar ist dem Kläger am 20.10.2015 eine Rechnung "über teilstationäre Krankenhausbehandlung" ausgestellt worden. Diese vom Leistungserbringer gewählte Bezeichnung begründet aber nicht den Charakter der Behandlung, der sich vielmehr aus den tatsächlichen Umständen ergibt (Grundsatz des *falsa demonstratio non nocet*).

Von der vollstationären und ambulanten Krankenhausbehandlung unterscheidet sich eine teilstationäre Behandlung im Wesentlichen durch eine regelmäßige, aber nicht durchgehende Anwesenheit des Patienten im Krankenhaus. Die medizinisch-organisatorische Infrastruktur des

Krankenhauses wird benötigt, ohne dass eine ununterbrochene Anwesenheit des Patienten nötig ist. Im Regelfall wird die teilstationäre Behandlung durch eine zeitliche Beschränkung auf den Tag (Tagesklinik) oder die Nacht (Nachtklinik) gekennzeichnet (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.10.2014, [L 6 KR 108/12](#)). Hauptanwendungsbereiche einer teilstationären Behandlung sind die psychiatrische Behandlung, die Versorgung von Dialysepatienten sowie die Behandlung krankhafter Schlafstörungen (vgl. BSG, Urteile vom 04.03.2004, [B 3 KR 4/03 R](#), und vom 28.02.2007, [B 3 KR 17/06 R](#)). Diesen Erfordernissen entspricht die im R. beim Kläger durchgeführte Protonentherapie nicht.

Den Kernbereich der Behandlung, die "Bestrahlung", beschreibt das R. in seinem Internetauftritt als ambulante Behandlung wie folgt: "Nachdem die Therapieentscheidung getroffen und gegebenenfalls überprüft wurde, das Zielgebiet der Bestrahlung feststeht und alle nötigen Vorbereitungen abgeschlossen sind, kann nun die eigentliche Behandlung beginnen. Als Patient werden Sie vielleicht angenehm überrascht sein: Die aufwendigsten Prozeduren haben Sie bereits hinter sich - der eigentliche Bestrahlungsvorgang gestaltet sich wesentlich einfacher und läuft in viel kürzerer Zeit ab. Allerdings sind in jedem Fall mehrere Bestrahlungssitzungen erforderlich, zumeist eine pro Tag. Daher kann die Protonentherapie zwar ambulant durchgeführt werden, sie erfordert jedoch - je nach Art und Größe des Tumors - immer einen gewissen Behandlungszeitraum." (<https://www.R...de/de/therapieablauf/bestrahlung.html>) Nach der Eigenbeschreibung des R., die dem Vorgehen bei der Behandlung des Klägers und dessen Angaben im Erörterungstermin vom 28.02.2019 entspricht, liegt daher bei der Protonenbestrahlung grundsätzlich und auch im streitgegenständlichen Fall eine ambulante, nicht eine teilstationäre Behandlung vor.

Eine teilstationäre Behandlung ergibt sich auch nicht aus dem von den Bevollmächtigten des Klägers mit Schriftsatz vom 20.02.2019 vorgelegten Schreiben des R. vom 18.02.2019, das auf Anfrage des Klägers zur Zuordnung der durchgeführten Behandlung vom R. als "Stellungnahme zur Berufungsbegründung" erstellt worden ist. Darin ist beschrieben worden, dass es sich bei der beim Kläger durchgeführten Behandlung um insgesamt 19 Bestrahlungen über einen Behandlungszeitraum von knapp einem Monat gehandelt habe. Die Therapie habe eine werktägliche Bestrahlungsleistung umfasst. Wegen der in einigen Fällen tödlich verlaufenden Tumorerkrankung erfordere die Behandlung "zwingend die medizinisch-organisatorische Infrastruktur des Chirurgischen Klinikums M-Stadt (CKMS), ohne dass eine ununterbrochene Anwesenheit der Patienten notwendig ist." Es handele sich nicht um eine vollstationäre Behandlung. Und weiter: "Für den Fall, dass während der Therapiedurchführung wegen Verschlechterung Ihres Allgemeinzustandes eine teilstationäre Versorgung erforderlich gewesen wäre, könnte eine Unterbringung mit ärztlich-medizinischer Pflege tagsüber oder auch über die Nacht zu jedem Zeitpunkt in der CKMS durchgeführt werden. Die CKMS ist im Krankenhausbedarfsplan des Freistaates Bayern aufgenommen und verfügt über sechs strahlentherapeutische Krankenhausplanbetten, um im Bedarfsfall bei Verschlechterung des AZ den Patienten stationär aufzunehmen." Das Behandlungsziel habe "nur durch eine teilstationäre Behandlung in Verbindung mit Unterkunft und Verpflegung gewährleistet werden" können.

Dass beim Kläger tatsächlich eine teilstationäre Behandlung durchgeführt worden wäre, lässt sich auf der Grundlage dieses Schreibens gerade nicht feststellen. So ist ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass eine Unterbringung im "CKMS" - zum Zeitpunkt der Behandlung des Klägers trug die Klinik noch den Namen "Chirurgische Klinik Dr. R." - möglich gewesen wäre, wenn "eine teilstationäre Versorgung erforderlich gewesen wäre" (Unterstreichung durch das Gericht). Diese Formulierung im Sinne des Irrealis belegt schon rein sprachlich betrachtet, dass ein irreales bzw. unerfüllbares Konditionalgefüge dargestellt worden ist, das so nicht vorgelegen hat. Beim Kläger kam es denn auch während der Behandlung im R. zu keinem Zeitpunkt zu irgendwelchen Komplikationen, die eine Unterbringung in der Chirurgischen Klinik Dr. R. mit Inanspruchnahme der dort vorgehaltenen Klinikseinrichtungen und damit eine teilstationäre Versorgung erforderlich gemacht hätten, was auch im Schreiben vom 18.02.2019 nicht behauptet wird. Vielmehr hat der Kläger nach eigenen Angaben nach den Bestrahlungen das R. immer verlassen können, ohne irgendwelche weiteren Einrichtungen der Chirurgischen Klinik Dr. R. in Anspruch nehmen zu müssen. Es hätte also lediglich die Möglichkeit bestanden, im Falle von Komplikationen die ambulante Behandlung in eine (teil)stationäre umzuwandeln, wobei von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist. Sofern im Schreiben vom 18.02.2019 suggeriert wird, es sei eine teilstationäre Behandlung erfolgt, weil die Bestrahlung "nur in Verbindung mit Unterkunft und Verpflegung" hätte durchgeführt werden können, ist diese Argumentation nicht nachvollziehbar. Ganz abgesehen davon, dass überhaupt nicht dargelegt ist, dass der Kläger Übernachtungs- und Verpflegungsmöglichkeiten in räumlicher Nähe zum R. in Anspruch genommen hätte, kann es sich bei der im Schreiben vom 18.02.2019 genannten Unterkunft und Verpflegung nur um eine Unterbringung im Gästehaus des R. gehandelt haben. Dieses stellt aber kein Krankenhaus dar, sondern lediglich eine hotelähnliche Unterbringungsmöglichkeit, um Patienten, denen im Rahmen der ambulanten Behandlung die tägliche Rückkehr zum Wohnort aufgrund der großen Entfernung nicht möglich ist, eine behandlungsnahere Übernachtungsmöglichkeit zu eröffnen. Auch dies lässt sich wiederum dem Internetauftritt des R. entnehmen, wenn dort Folgendes ausgeführt ist: "Das GÄSTEHAUS AM R. wurde direkt gegenüber dem R. CENTER gebaut, um den Patienten und deren Begleitpersonen eine angenehme Unterkunftsmöglichkeit während der Behandlungsdauer anbieten zu können. Das Gästehaus ist daher kein öffentliches Hotel, entspricht jedoch dem Standard eines guten 3-4 Sterne Hotels. Bitte beachten Sie, dass das GÄSTEHAUS AM R. zwar kein Krankenhaus ist, dennoch Hausregeln eingehalten werden müssen. So ist auf dem gesamten Gelände das Rauchen verboten und das Mitbringen von Haustieren aus hygienischen Gründen nicht gestattet." (<https://www...>)

Der Kläger hat daher im Rahmen seiner Protonenbehandlung im R. die medizinisch-organisatorische Infrastruktur der Chirurgischen Klinik Dr. R. nicht in Anspruch genommen und ist im R. in geradezu klassischer Form ambulant behandelt worden.

Eine Behandlung nicht in teilstationärer, sondern ambulanter Form hat der Kläger auch im Rahmen des Erörterungstermins vom 28.02.2019 bestätigt. Dort hat er angegeben, werktäglich in die Klinik gefahren und dort nach einer gewissen Wartezeit ins Behandlungszimmer gekommen zu sein. Dann sei die Behandlung (Bestrahlung) durchgeführt worden. Anschließend sei er noch bis zu drei Stunden zur Überwachung in einem Ruheraum geblieben. Auch diese Beschreibung entspricht dem typischen Bild einer ambulanten Behandlung.

Auch der gerichtliche Sachverständige hat in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 03.06.2019 überzeugend erläutert, dass die durchgeführte Behandlung nicht teilstationärer Art war, sondern es sich bei der Protonentherapie unter Beachtung der organisatorischen Umstände bzw. der Voraussetzungen, wie sie auch bei anderen strahlentherapeutischen Methoden, von denen sich die Protonentherapie nicht wesentlich unterscheidet, gegeben seien, um eine klassisch ambulante Maßnahme gehandelt habe.

- Lediglich der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass die streitgegenständliche Protonentherapie auch keine im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung zu erbringende ambulante Krankenhausbehandlung darstellt, was einer Anwendung der GOÄ entgegenstehen könnte. Eine Erbringung der Protonentherapie im Rahmen des - hier einzig in Betracht zu ziehenden - [§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V](#), wonach ein zugelassenes Krankenhaus zur ambulanten Behandlung der in dem Katalog nach [§ 116 Absatz 3](#) und 4 SGB V genannten

hochspezialisierten Leistungen, seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt ist, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation dazu bestimmt worden ist, kommt für das R. und die Chirurgische Klinik Dr. R. nicht in Betracht (vgl. auch LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 16.10.2014, [L 6 KR 108/12](#)).

1.2.1.4. Der Anwendung der GOÄ für die Abrechnung der Leistungen der Strahlentherapie im vorliegenden Fall steht auch nicht entgegen, dass Vertragspartner des Klägers und damit zur Leistungserbringung verpflichtet nicht ein Arzt war, sondern die Chirurgische Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG. Denn der in § 1 Abs. 1 GOÄ beschriebene Anwendungsbereich der GOÄ setzt nicht voraus, dass Anspruchsteller ein Arzt ist, sondern dass die Vergütung für die "beruflichen Leistungen" eines Arztes geltend gemacht wird. Für den Anwendungsbereich der GOÄ ist es daher nicht entscheidend, wer die Vergütung geltend macht, der Arzt selbst oder eine andere (juristische oder natürliche) Person, die den behandelnden Arzt in die Erbringung der ärztlichen Leistung eingebunden hat. Zur Begründung verweist der Senat auf die Ausführungen des Kammergerichts (KG) Berlin im Urteil vom 04.10.2016, [5 U 8/16](#), die er sich in vollem Umfang zu eigen macht:

"An der Anwendbarkeit der GOÄ ändert der Umstand nichts, dass das Angebot im vorliegenden Fall von einer in der Rechtsform einer GmbH betriebenen Privatklinik stammt (so auch: Clausen in: Stellpflug/Meier/Hildebrandt, Handbuch Medizinrecht, § 1 GOÄ, Rn 3b, und Clausen in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 7, Rn 170; a.A.: Hübner in: Prütting Fachanwaltskommentar Medizinrecht, § 1 GOÄ, Rn 7; Spickhoff in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., § 1 GOÄ, Rn 6; Uleer/Miebach/Platt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 1 GOÄ, Rn 7; Haack in: Wenzel, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl., Kap. 11, Rn 194).

Der Anwendungsbereich der GOÄ wird in deren § 1 Abs. 1 wie folgt bestimmt: "Die Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte bestimmen sich nach dieser Verordnung, soweit nicht durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmt ist".

§ 1 Abs. 1 GOÄ stellt damit allein auf die beruflichen Leistungen der Ärzte ab, ohne zwischen Leistungen zu differenzieren, die aufgrund eines Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patient oder von Ärzten im Rahmen eines Angestellten- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses ohne eigene vertragliche Beziehung zum Patienten erbracht werden (Clausen in: Stellpflug/Meier/Hildebrandt, Handbuch Medizinrecht, § 1 GOÄ, Rn 3, und Clausen in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 7, Rn 170).

Auch der BGH geht davon aus, dass der Wortlaut der Vorschrift weit gefasst ist und die Vergütungen für ärztliche Leistungen insgesamt zu erfassen scheint (BGH [ZMGR 2010, 37](#), Rn 8). Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage (§ 11 Satz 1 BÄO). Dort ist von Entgelt für ärztliche Tätigkeit die Rede.

Eine Notwendigkeit, den Gesetzeswortlaut einschränkend auszulegen, ist nicht zu erkennen. Das Gegenteil ist der Fall.

Nur die hier vertretene Auffassung ist geeignet, den in der Ermächtigungsnorm zum Ausdruck kommenden Zweck der Gebührenordnung, einen angemessenen Ausgleich der berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten herbeizuführen (§ 11 Satz 2 BÄO), zur Durchsetzung zu verhelfen. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum die Interessen der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten weniger schutzwürdig und die Interessen der an den Entgelten Berechtigten weniger regelungsbedürftig sein sollen, wenn die ärztliche Tätigkeit durch einen Berufsträger erbracht wird, der von einer juristischen Person beschäftigt wird und diese juristische Person Vertragspartner des Patienten wird (vgl. Clausen in: Stellpflug/Meier/Hildebrandt, Handbuch Medizinrecht, § 1 GOÄ, Rn 3b, und Clausen in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 7, Rn 170)."

Zweifel an der Richtigkeit dieser Auslegung des § 1 Abs. 1 GOÄ, wonach es für die Anwendbarkeit der GOÄ nicht darauf ankommt, dass Vertragspartner des Patienten der Arzt ist, sondern nur darauf, dass eine ärztliche Leistung erbracht wird, bestehen für den Senat nicht. Wenn Brück in seinen Kommentierungen zu § 1 GOÄ eine vertragliche Beziehung zwischen Arzt und Patient, entweder durch Abschluss eines Behandlungsvertrags nach [§§ 630a ff. BGB](#) oder ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis nach [§ 683 BGB](#), für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der GOÄ voraussetzt (vgl. Brück, Kommentar zur Gebührenordnung für Ärzte [GOÄ], 3. Aufl., Stand 01.03.2019, § 1, Rdnrn. 4.2.1 f., 4.5), widerspricht dies nicht nur den oben aufgezeigten Erwägungen im Urteil des KG Berlin, sondern zum einen den Ausführungen von Brück selbst an anderer Stelle, wenn er es dort für unschädlich erachtet, dass das Angebot zum Vertragsschluss und damit der Vertragsschluss selbst durch eine Privatklinik in der Rechtsform einer GmbH erfolgt ist (vgl. Brück, a.a.O., § 1, Rdnr. 4.1), und ist zum anderen mit Blick auf die Ermächtigungsnorm zum Erlass der GOÄ, § 11 Bundesärzteordnung (BÄO), und Sinn und Zweck der GOÄ nicht nachvollziehbar:

§ 11 BÄO lautet wie folgt:

"Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für ärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln. In dieser Gebührenordnung sind Mindest- und Höchstsätze für die ärztlichen Leistungen festzusetzen. Dabei ist den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung zu tragen." Die Verordnungsermächtigung bezieht sich also explizit auf die Regelung der Entgelte "für ärztliche Tätigkeit", nicht auf die Regelung von Forderungen der Ärzte (für ihre ärztliche Tätigkeit). Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, warum der Gesetzgeber eine Verordnungsermächtigung nur für die Fälle beschränkt hätte erteilen sollen, dass die tätig werdenden Ärzte auch selbst die von ihnen erbrachten Leistungen in Rechnung stellen. Denn dann wäre mit Blick darauf, dass ansonsten außerhalb des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung ein öffentlich-rechtlich geregeltes Preisrecht für die Erbringung medizinischer Leistungen nur für den Krankenhausbereich besteht, die Liquidierung ärztlicher Leistungen, zu deren Erbringung sich nicht ein Arzt selbst, sondern eine juristische Person, bei der der Arzt angestellt ist, verpflichtet, unreguliert. Damit würde die Abrechnung der durch Ärzte erbrachten Leistungen einer Steuerung lediglich durch Marktprinzipien zugänglich sein, was auf dem Gesundheitsmarkt mit den dabei betroffenen Interessen nicht vertretbar wäre und eine unzulässige Umgehung der gesetzgeberischen Zielsetzung beim Erlass der GOÄ darstellen würde.

Das öffentlich-rechtliche Preisrecht verfolgt auf der einen Seite das Ziel, für die Leistungserbringer aufgrund angemessener Einnahmen die zuverlässige Grundlage für die Erbringung sorgfältiger hochwertiger ärztlicher Leistungen zu sichern, auf der anderen Seite den Zweck, eine unkontrollierbare und unzumutbare finanzielle Belastung der zahlungspflichtigen Patienten und den - mit Ausnahme der verschwindend geringen Zahl von Selbstzahlern - dahinter stehenden Institutionen wie Beihilfe und privaten Krankenversicherungen zu verhindern. Es wird also den berechtigten Interessen der Ärzte einerseits und der Patienten andererseits Rechnung getragen und ein Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen von Patienten und Ärzten herbeigeführt, weder ein zu hohes Entgelt entrichten zu müssen noch nur ein zu



geringes Honorar fordern zu dürfen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.12.1984, [1 BvR 1249/83](#)).

Auch der BGH hat auf den weit gefassten Wortlaut des § 1 Abs. 1 GOÄ hingewiesen, der die Vergütung für ärztliche Leistungen "insgesamt" (BGH, Urteil vom 12.11.2009, [III ZR 110/09](#)) erfasst.

Den Anwendungsbereich der GOÄ hat der BGH nur dann als nicht eröffnet angesehen, wenn Ärzte auf Grund eines Dienstvertrages (Konsiliarvertrages) mit dem Krankenhaus zur Komplettierung der von diesem geschuldeten allgemeinen Krankenhausleistungen, die insgesamt nach dem Krankenhausentgeltgesetz abgerechnet werden, herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2009, [III ZR 110/09](#)). Die dafür gegebene Begründung war, dass es in einer solchen Konstellation nicht um den in der Ermächtigungsnorm des § 11 BÄO geforderten Interessenausgleich zwischen den Interessen der Ärzte und den Belangen der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten, der Patienten, gehe, sondern um eine Einbindung und Vergütung einer ärztlichen Tätigkeit, die weder unmittelbar dem Privatpatienten geschuldet noch vertragsärztlich erbracht werde, sondern gleichsam zwischen diesen beiden Honorierungssystemen wirtschaftlich in die Finanzierung der Krankenhausleistungen eingepasst werden müsse. Damit hat der BGH gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass die Vorgaben der GOÄ immer zu beachten sind, wenn ärztliche Leistungen für sich allein einem Patienten in Rechnung gestellt werden, unabhängig davon, wer der Vertragspartner des Patienten und damit der Gläubiger der aus der ärztlichen Tätigkeit resultierenden Forderung ist.

Dazu steht es auch nicht im Widerspruch, wenn das Oberlandesgericht Z. im Urteil vom 10.03.2009, [5 U 15/08](#) formuliert hat: "Keine Anwendung findet die GOÄ allerdings, wenn der Behandlungsvertrag des Patienten nicht mit dem Arzt, sondern mit einer juristischen Person, etwa einem Klinik- oder Krankenhausträger geschlossen wird (Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl., § 1 Rdnrn. 6 und 7), für die der Arzt die geschuldete Leistung erbringt." Denn wenn die Erbringung von Krankenhausleistungen im Raum steht, ist die Vergütung anders im Sinne des § 1 Abs. 1 GOÄ durch Bundesgesetz (Krankenhausentgeltgesetz, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung) geregelt. Ein pauschaler Ausschluss der Anwendbarkeit der GOÄ, wenn ein Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person zustande kommt, kann damit nicht gemeint sein.

Die Chirurgische Klinik Dr. R. GmbH & Co. KG hätte daher die von ihr geschuldeten und durch von ihr beschäftigte Ärzte im R. erbrachten ärztlichen Leistung der Behandlung mittels der Protonentherapie in Form einer Rechnung geltend machen müssen, die den Anforderungen der GOÄ gerecht wird.

#### 1.2.2. Rechnung vom 20.10.2015 nicht GOÄ-konform

Die Rechnung vom 20.10.2015 entspricht nicht den Vorgaben der GOÄ und ist daher nicht fällig.

Gemäß § 12 Abs. 1 GOÄ wird die Vergütung für die beruflichen Leistungen der Ärzte fällig, wenn dem Zahlungspflichtigen eine der GOÄ entsprechende Rechnung erteilt worden ist. Nach § 12 Abs. 2 GOÄ muss die Rechnung neben dem Datum der Erbringung der Leistung (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 GOÄ) u.a. bei Gebühren die Nummer und die Bezeichnung der einzelnen berechneten Leistung einschließlich einer in der Leistungsbeschreibung gegebenenfalls genannten Mindestdauer sowie den jeweiligen Betrag und den Steigerungssatz (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 GOÄ) enthalten.

Diesen Vorgaben entspricht die Rechnung vom 20.10.2015 nicht ansatzweise. Ganz abgesehen davon, dass in der Rechnung vom 20.10.2015 die jeweiligen Behandlungstage nicht genannt sind, sondern lediglich der erste und der letzte Tag ("Aufnahme" und "Entlassung") und für die Bestrahlung mit dem "20.10.2015" nur ein einziger Tag, obwohl tatsächlich an 19 verschiedenen Werktagen derartige Behandlungen durchgeführt worden sind, enthält die Rechnung keine einzige der Gebührennummern, wie sie in der Anlage Gebührenverzeichnis für ärztliche Leistungen der GOÄ aufgelistet sind und in der Rechnung aufzuführen gewesen wären. Die Vergütung für die Protonentherapie im R. ist daher nicht fällig.

Lediglich der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass es den Verantwortlichen des jetzigen Trägers der ehemaligen Chirurgischen Klinik Dr. R. sehr wohl bewusst zu sein scheint, dass die von der Klinik vorgenommene pauschale Abrechnung ambulantly erbrachter Bestrahlungen nicht den gesetzlichen Vorgaben für eine ordnungsgemäße Abrechnung dieser Leistungen entspricht. So hat der Vorstand der jetzigen Betreibergesellschaft im Schreiben vom 18.02.2019 an den Kläger, das als Unterstützung für dessen Berufungserwiderung gedacht war, ausdrücklich angeboten, ihm "eine Abrechnung auf Grundlage der GOÄ zukommen [zu] lassen", was aber mit der Ankündigung verbunden war, dass diese Abrechnung "aber über dem pauschaliert abgerechneten Entgeltansatz dann liegen wird."

#### 1.3. Ergänzender Hinweis

Mit Blick auf das Urteil des BSG vom 08.09.2015, [B 1 KR 14/14 R](#), weist der Senat auf Folgendes hin:

Zwar scheint dieser Entscheidung eine ganz ähnlich gelagerte Situation wie im hiesigen Verfahren zu Grunde gelegen zu haben. Ganz abgesehen davon, dass allem Anschein nach eine Behandlung in derselben Einrichtung erfolgt ist, ist auch dort eine nicht GOÄ-konforme Rechnung erstellt worden. Im Gegensatz zum dortigen Verfahren ist aber vorliegend zweifelsfrei geklärt, dass die Abrechnung der Protonenbestrahlung nach der GOÄ hätte erfolgen müssen.

#### 2. Kein Kostenerstattungsanspruch gemäß § 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V (Genehmigungsfiktion)

Unabhängig von der fehlenden Kostenlast für den Kläger würde ein Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V](#) auch daran scheitern, dass der Kläger mit der begehrten Therapie bereits vor dem potentiellen Eintritt der Genehmigungsfiktion des [§ 13 Abs. 3a Satz 6 SGB V](#) nach Ablauf der Dreiwochenfrist des [§ 13 Abs. 3a Satz 1 SGB V](#) begonnen hat.

Unabhängig davon, ob von einer der Genehmigungsfiktion zugänglichen Antragstellung - dies ist dann der Fall, wenn der Antrag so bestimmt ist, dass auf der Grundlage des Antrags die fingierte Genehmigung im Sinne von [§ 33 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch](#)

hinreichend bestimmt ist (vgl. BSG, Urteil vom 07.11.2017, [B 1 KR 7/17 R](#)) - bereits am 09.09.2015 mit Eingang des klägerischen Schreibens vom 09.09.2015 oder erst am 16.09.2015 mit Eingang der E-Mail des Klägers von diesem Tag, in der er (offenbar auf Nachfrage der Beklagten) seinen Antrag dahingehend konkretisierte, dass die Protonenbehandlung ambulant vorgesehen sei, ausgegangen wird, hat die Beklagte mit dem Bescheid vom 12.10.2015 nicht innerhalb der Dreiwochenfrist des [§ 13 Abs. 3a Satz 1 SGB V](#) über den Antrag des Klägers entschieden. Einem aus der Genehmigungsfiktion gemäß [§ 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V](#) resultierenden Kostenerstattungsanspruch steht aber entgegen, dass der Kläger - wiederum unabhängig davon, ob der Antrag des Klägers bereits am 09.09.2015 oder erst am 16.09.2015 fiktionsfähig war - bereits vor Ablauf der Dreiwochenfrist mit der Therapie begonnen hat. Denn bereits am 16.09.2015 ist mit den vor der eigentlichen Bestrahlung durchzuführenden diagnostischen Maßnahmen zur Stadienfestlegung und Erstellung des Bestrahlungsplans und am 24.09.2015 mit den werktäglich durchgeführten Bestrahlungen die beantragte Behandlung begonnen worden. Damit scheidet bereits nach dem eindeutigen Wortlaut des [§ 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V](#) eine Kostenerstattung für die begehrte Behandlung aus. Denn eine Kostenerstattung setzt voraus, dass sich der Leistungsberechtigte die Leistung "nach Ablauf der Frist" beschafft hat, nicht aber bereits davor, wie dies vorliegend der Fall gewesen ist. Neben dem Wortlaut des Gesetzes spricht im Übrigen für das Erfordernis des Fristablaufs auch die Gesetzesbegründung, wonach die Vorschrift der Beschleunigung des Bewilligungsverfahrens dient und die Selbstbeschaffung (nur) für den Fall einer nicht rechtzeitigen Leistungserbringung durch die Krankenkasse vorgesehen ist (vgl. [Bundestags-Drucksache 17/10488, S. 32](#)). Denn die Krankenkasse muss wegen der mit der Selbstbeschaffung von Leistungen verbundenen Gesundheitsgefahren und wirtschaftlichen Risiken weiterhin die rein faktische Möglichkeit haben, sich mit dem Leistungsbegehren in der ihr zustehenden Zeit zu befassen, es zu prüfen und ggf. Behandlungsalternativen aufzuzeigen (vgl. BSG, Urteil vom 11.05.2017, [B 3 KR 30/15 R](#); Bayer. LSG, Urteil vom 21.02.2019, L 20 KR 429/18).

Sofern die Bevollmächtigten des Klägers eine Genehmigungsfiktion für den Teil der Bestrahlungstherapie geltend machen wollen, der nach Ablauf der Dreiwochenfrist erfolgt ist, können sie auch damit keinen Erfolg haben. Denn die Annahme eines Eintritts der Genehmigungsfiktion für den nach Ablauf der Dreiwochenfrist durchgeführten Teil der Behandlung stünde im Widerspruch zu der aufgezeigten Vorstellung des Gesetzgebers. Zielsetzung des Gesetzgebers war es zwar einerseits, die Krankenkassen zu einer zügigen Bearbeitung von Anträgen zu zwingen, gleichzeitig aber auch, diesen eine aus Sicht des Gesetzgebers ausreichend lange Frist (von in der Regel drei Wochen) zu geben, in der sie sich mit dem Begehren in einer für eine zutreffende Bescheiderteilung angemessenen Art und Weise auseinandersetzen können. Beginnt ein Antragsteller jedoch bereits vor Ablauf dieser Frist mit der von ihm beantragten Behandlung, bringt er damit zum Ausdruck, dass er die begehrte Therapie in Anspruch nehmen werde, unabhängig davon, wie die Krankenkasse darüber entscheiden wird. Es spricht also viel dafür, dass bei Beginn einer Behandlung, auch wenn diese auf eine längere Behandlungsdauer ausgelegt ist, grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der Versicherte von vornherein, also bereits bei Behandlungsbeginn, fest dazu entschlossen war, die Behandlung auch vollständig durchzuführen. Derartige Fälle können von der Genehmigungsfiktion aufgrund der Zielsetzung des Gesetzgebers nicht erfasst sein. Die Interessenlage ist nicht anders zu beurteilen, als wenn eine Behandlung bereits vor einer zwar rechtswidrigen, aber innerhalb der Frist des [§ 13 Abs. 3a Abs. 1 SGB V](#) erfolgten Ablehnung begonnen worden ist (dazu vgl. unten Ziff. 3.1.). Letztlich kann die aufgezeigte Diskussion aber dahingestellt bleiben, da im vorliegenden Fall für den Senat zweifelsfrei nachgewiesen ist, dass der Kläger fest dazu entschlossen war, die vor Eintritt der Genehmigungsfiktion begonnene Behandlung bis zu ihrem geplanten Ende durchzuführen, unabhängig davon, ob die Beklagte dies mittels Bescheid ablehnen würde oder nicht (vgl. dazu näher unten Ziff. 3.1.).

### 3. Kein Kostenerstattungsanspruch gemäß [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB V](#) (rechtswidrige Leistungsablehnung)

Unabhängig von der fehlenden Kostenlast für den Kläger im Sinne eines rechtswirksamen, gegen ihn gerichteten Vergütungsanspruchs für die Protonenbestrahlungstherapie würde ein Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB V](#) auch daran scheitern, dass die Ablehnung der beantragten Therapie als Sachleistung durch die Beklagte für die Selbstbeschaffung der Leistung durch den Kläger nicht ursächlich war (dazu unten Ziff. 3.1.). Im Übrigen hätte der Kläger auch keinen Sachleistungsanspruch auf die begehrte Behandlung gehabt (dazu unten Ziff. 3.2.).

#### 3.1. Keine Kausalität zwischen ablehnendem Bescheid und Selbstbeschaffung der Leistung

Die Selbstbeschaffung der Protonentherapie im R. durch den Kläger steht in keinem kausalen Zusammenhang mit dem ablehnenden Bescheid der Beklagten vom 12.10.2015.

Das BSG hat im Urteil vom 22.03.2005, [B 1 KR 3/04 R](#), Folgendes ausgeführt:

"Der Anspruch auf Kostenerstattung setzt einen Kausalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Ablehnung und der Kostenlast des Versicherten voraus. Ohne diesen Zusammenhang ist die in [§ 13 Abs 3 Satz 1 Alternative 2 SGB V](#) (vgl. "dadurch ... entstanden") geregelte Ausnahme vom Sachleistungsgrundsatz (vgl. [§ 2 Abs 2 Satz 1, § 13 Abs 1 SGB V](#)) nicht erfüllt (BSGE 79, 125, 127 = [SozR 3-2500 § 13 Nr 11 S 51](#); BSG [SozR 3-2500 § 13 Nr 15 S 74 f](#); BSG [SozR 4-2500 § 13 Nr 1](#) RdNr 12 bis 14). Ein Anspruch nach [§ 13 Abs 3 SGB V](#) ist ausgeschlossen, wenn die Entscheidung der Krankenkasse das weitere Geschehen im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme einer Leistung nicht mehr beeinflussen konnte, weil der Betroffene sich bereits unabhängig vom Verhalten seiner Krankenkasse endgültig auf eine bestimmte Leistungsform festgelegt hatte. Der Versicherte ist indessen vor der Inanspruchnahme einer Behandlung außerhalb des Sachleistungssystems grundsätzlich gehalten, sich an seine Krankenkasse zu wenden, die Leistungsgewährung zu beantragen (BSG [SozR 3-2500 § 13 Nr 15 S 74](#)) und die Entscheidung der Krankenkasse darüber abzuwarten (BSG [SozR 4-2500 § 13 Nr 1](#) RdNr 11). Bei laufenden oder sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Leistungen wird die ablehnende Entscheidung der Krankenkasse zwar im Allgemeinen eine Zäsur sein und ist die Kostenerstattung daher nur für diejenigen Leistungen ausgeschlossen, die bis zum Zeitpunkt der Entscheidung auf eigene Rechnung beschafft wurden. Das kann allerdings nur gelten, wenn die nachträglich getroffene Entscheidung der Krankenkasse überhaupt noch geeignet war, das weitere Leistungsgeschehen zu beeinflussen. Waren mit dem eigenmächtigen Beginn der Behandlung die weiteren Schritte quasi bereits endgültig vorgezeichnet und festgelegt, fehlt selbst bei dieser Konstellation der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen der Ablehnung der Kasse und der Kostenbelastung des Versicherten auch für den Teil der Behandlung, der zeitlich nach dem ablehnenden Bescheid liegt. Das ist dann der Fall, wenn sich die Behandlung als einheitlicher Vorgang darstellt, der sich hinsichtlich der Leistungsbewilligung nicht aufspalten lässt (BSG [SozR 3-2500 § 28 Nr 6 S 35 f mwN](#))."

Nach diesen Grundsätzen ist eine Kostenerstattung im vorliegenden Fall ausgeschlossen.

Der Kläger hat mit der Protonenbestrahlung, wie dies sowohl dem Bericht des R. gegenüber dem SG als auch der Rechnung vom 20.10.2015 zu entnehmen ist, bereits am 16.09.2015 mit den vor der eigentlichen Bestrahlung durchzuführenden diagnostischen Maßnahmen zur Stadienfestlegung und Erstellung des Bestrahlungsplans und am 24.09.2015 mit den werktäglich durchgeführten Bestrahlungen begonnen, beides also vor dem ablehnenden Bescheid der Beklagten vom 12.10.2015. Damit fehlt die Kausalität zwischen der ablehnenden Entscheidung der Beklagten und der Selbstbeschaffung der Behandlung jedenfalls für den Teil der Therapie, der vor Zugang des Bescheides vom 12.10.2015 beim Kläger durchgeführt worden ist.

Aber auch für den Teil der Therapie, der nach Zugang des Bescheides erfolgt ist, also die Bestrahlungen ab diesem Zeitpunkt, liegt eine Kausalität nicht vor. Zwar kann nach der oben aufgezeigten Rechtsprechung bei Behandlungen, die auf eine längere Zeit ausgelegt sind, im Allgemeinen von einer Zäsur ausgegangen werden, so dass eine Kausalität nicht per se und nur aus dem Grund verweigert werden kann, weil der Versicherte mit der länger andauernden Behandlung bereits begonnen hat, ohne die Entscheidung der Krankenversicherung abzuwarten. Im vorliegenden Fall kann aber von einer derartigen Zäsur, die der Gutachter Dr. C. für die Protonenbestrahlungstherapie als grundsätzlich möglich angesehen hat, nicht ausgegangen werden, weil die Ablehnung der Beklagten nicht geeignet war, den weiteren Therapieverlauf noch zu beeinflussen. Vielmehr hatte sich der Kläger bereits mit Therapiebeginn darauf festgelegt, dass er die gesamte Bestrahlungstherapie, wie sie Gegenstand des Behandlungsvertrags vom 16.09.2015 war, durchführen lassen werde. Dies ergibt sich zum einen aus dem Behandlungsvertrag vom 16.09.2015. Dort war ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass nur bei "konsequenter Durchführung aller geplanter Einzelbestrahlungen" (Ziff. 2. des Vertrags) eine therapeutische Wirkung zu erreichen sei. Im Vertrag hatte sich der Kläger aus diesem Grunde auch bereits bei Vertragsschluss verpflichtet, die geplanten und terminlich exakt definierten Bestrahlungssitzungen pünktlich einzuhalten. Daraus ergibt sich, dass mit Zugang der ablehnenden Entscheidung der Beklagten für den Kläger kein Anlass oder Grund bestanden haben kann, die Therapie abzubrechen, da ihm aufgrund der Hinweise im Vertrag klar gewesen sein muss, dass er den angestrebten Erfolg der Therapie durch einen Abbruch vor Ende aller geplanten Bestrahlungssitzungen massiv gefährden würde. Dass der Kläger zum Zeitpunkt der ablehnenden Entscheidung der Beklagten, die zu einer Zäsur hätte führen können, fest entschlossen war, die von ihm begonnene Therapie im R. bis zum Ende wie geplant durchzuführen - und nicht gegebenenfalls in eine andere Therapieeinrichtung zur Protonenbestrahlung zu wechseln -, hat er im Übrigen selbst in seinem Widerspruchsschreiben vom 08.11.2015 bestätigt, wenn er dort ausgeführt hat: "Es war klar, dass von meiner Seite ein Wechsel des Behandlungszentrums nicht mehr möglich war." Insofern kann auch die Aussage des Klägers im Telefonat vom 08.10.2015 mit einer Mitarbeiterin der Beklagten, er werde sich noch in dem Universitätsklinikum E-Stadt wegen der Protonentherapie erkundigen, nur als Verschleierung der Tatsache, dass er zu diesem Zeitpunkt mit der Behandlung im R. längst begonnen hatte, verstanden werden.

Der Kläger war deshalb bereits vor der Ablehnung seines Antrags fest dazu entschlossen, die beantragte Behandlung im R. in Gänze durchführen zu lassen. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Leistungsablehnung der Beklagten und der Inanspruchnahme der Behandlung, für die der Kläger die Erstattung der Kosten begehrt, liegt nicht vor, auch nicht für einen Teil der Behandlung.

Darauf, dass die Protonentherapie nach der ergänzenden Stellungnahme des gerichtlichen Gutachters vom 03.06.2019 eine teilbare Leistung dargestellt hat, da diese Therapie aus mehreren selbstständigen Schritten - gemeint damit sind die einzelnen Bestrahlungssitzungen - bestanden hat, kommt es nicht weiter an. Denn auch für die nach dem Bescheidzugang durchgeführten Bestrahlungssitzungen fehlt es an der Kausalität zwischen ablehnender Entscheidung der Beklagten und selbstbeschaffter Behandlung, weil der Kläger von vornherein dazu entschlossen war, sich die gesamte Protonenbestrahlungsbehandlung zu beschaffen, unabhängig davon, ob die Beklagte seinem Antrag stattgeben würde oder nicht (vgl. oben).

### 3.2. Kein Sachleistungsanspruch auf die begehrte Protonentherapie

Der Kläger hätte auch keinen Sachleistungsanspruch auf die Protonentherapie gehabt; dies wäre aber Voraussetzung, da der Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs. 3 SGB V](#) nicht weiter reicht als der Sachleistungsanspruch.

3.2.1. Die beantragte Protonentherapie ist unbestrittenermaßen keine Regelleistung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung, da es sich dabei um eine neue Behandlungsmethode handelt, für die noch keine positive Empfehlung des Gemeinsamen Bundesausschusses vorliegt.

3.2.2. Der Kläger hat auch nicht über [§ 2 Abs. 1a SGB V](#) einen Anspruch auf die Protonentherapie gehabt.

Der Kläger kann seinen Anspruch nicht auf das Grundgesetz unmittelbar oder den in Umsetzung der Rechtsprechung des BVerfG (Beschluss vom 06.12.2005, [1 BvR 347/98](#)) zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für neue Behandlungsmethoden in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung eingeführten [§ 2 Abs. 1a SGB V](#) stützen. Eine solche verfassungskonforme Auslegung der Leistungspflichten der gesetzlichen Krankenversicherung setzt nach [§ 2 Abs. 1a SGB V](#) voraus, dass drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Es liegt eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödlich verlaufende oder zumindest wertungsmäßig damit vergleichbare Erkrankung vor,
- bezüglich dieser Krankheit steht eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung und
- es besteht eine "auf Indizien gestützte", nicht ganz fernliegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Entwicklung auf den Krankheitsverlauf. Denn für die Erkrankung des Klägers stand zum Zeitpunkt der Behandlung mit der intensitätsmodulierten Strahlentherapie eine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende und auch für den Kläger geeignete Behandlung zur Verfügung.

Der Senat folgt insofern der überzeugenden Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen Dr. C. in seinem Gutachten vom 16.12.2017, in dem dieser aufgezeigt hat, dass diese Therapie aufgrund der ihr eigenen Bestrahlungsform geeignet ist, vorbestrahlte Gebiete zu schonen, wie dies beim Kläger aufgrund der Vorbehandlungen erforderlich war. Wenn der Kläger der Meinung ist, einzig die von ihm begehrte Protonentherapie, nicht aber die intensitätsmodulierte Strahlentherapie, sei in der Lage, die Tumorbehandlung punktgenau und ohne Belastung für umgebendes Gewebe durchzuführen, kann der Senat dem angesichts der überzeugenden Erläuterungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht folgen. Im Übrigen haben auch die Ärzte des Universitätsklinikums E-Stadt im Arztbericht vom 10.09.2015 die Erforderlichkeit der vom Kläger gewünschten Protonentherapie nicht bestätigt.

Zudem übersieht der Kläger, wenn er andere Behandlungsmethoden für nicht optimal erachtet, da er der Meinung ist, dass damit eine höhere Strahlenbelastung verbunden wäre, zweierlei: Zum einen verkennt er, dass die gesetzlichen Krankenkassen von Verfassung wegen nicht gehalten sind, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit überhaupt verfügbar ist. Denn es ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt, neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zunächst auf ihren diagnostischen und therapeutischen Nutzen sowie auf ihre medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu prüfen, um die Anwendung dieser Methoden zu Lasten der Krankenkasse auf eine fachlich-medizinisch zuverlässige Grundlage zu stellen (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.02.2014, [L 11 KR 1499/13](#); Sächsisches LSG, Urteil vom 13.03.2018, [L 9 KR 253/13](#)). Zum anderen beruht die Annahme, dass eine besonders punktgenaue Bestrahlung die beste Behandlungsmethode sei, auf einem laienhaften Verständnis der Behandlung von Metastasen. Dabei stützt sich der Senat auf die Ausführungen des gerichtlichen Gutachters Dr. C. in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 03.06.2019. Dort hat der Sachverständige erläutert, dass eine gewisse sogenannte Streustrahlung in geringem Umfang auch der Bekämpfung von zu diesem Zeitpunkt möglicherweise in der Bildgebung noch nicht erkennbaren weitergehenden Tumorzellen dienen könne und daher auch einen positiven Nutzen habe sowie dass die intensitätsmodulierte Strahlentherapie auch für Patienten mit Vorbestrahlungen wie beim Kläger geeignet sei.

Ebenfalls der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass die Beklagte dem Kläger die von ihm begehrte Protonenbestrahlung auch als Sachleistung zur Verfügung gestellt hätte. So hat eine Mitarbeiterin der Beklagten den Kläger im Telefonat vom 08.10.2015 auf Behandlungsmöglichkeiten in den Universitätskliniken H-Stadt und E-Stadt hingewiesen. Zumindest im Universitätsklinikum E-Stadt wäre es nicht ausgeschlossen gewesen, dass der Kläger die begehrte Therapie als Sachleistung hätte bekommen können. Es mag zwar durchaus zutreffend sein, dass der Kläger im Universitätsklinikum H-Stadt die Auskunft bekommen hat, dass dort die Protonentherapie bei Metastasen im Beckenbereich nicht zur Anwendung komme (vgl. auch die aufgeführten Indikationen auf der Internetseite der Klinik für Radioonkologie und Strahlentherapie des Universitätsklinikums H-Stadt: <https://www.klinikum.uni-H-Stadt.de/interdisziplinare-zentren/H-Stadter-ionenstrahl-therapiezentrum-hit/fuer-aerzte/indikationen/>). Dass auch im Westdeutschen Protonentherapiezentrum E-Stadt des Universitätsklinikums E-Stadt eine Behandlung des Klägers nicht in Betracht gekommen wäre, hat aber weder der Kläger behauptet noch lässt sich dies dem Internetauftritt des Universitätsklinikums E-Stadt entnehmen (vgl. <https://www.wpe-uk.de/protonentherapie/behandelbare-tumoren/>).

4. Kein Kostenerstattungsanspruch gemäß [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 SGB V](#) (unaufschiebbare Leistung)

Unabhängig von der fehlenden Kostenlast für den Kläger im Sinne eines rechtswirksamen, gegen ihn gerichteten Vergütungsanspruchs für die Protonenbestrahlungstherapie würde ein Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 SGB V](#) auch daran scheitern, dass eine Unaufschiebbarkeit nicht vorgelegen hat (dazu vgl. unten Ziff. 4.1.). Im Übrigen hätte der Kläger auch keinen Sachleistungsanspruch auf die begehrte Behandlung gehabt (dazu vgl. unten Ziff. 4.2.).

#### 4.1. Keine Unaufschiebbarkeit

Nach den überzeugenden Feststellungen des gerichtlichen Gutachters Dr. C. in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 03.06.2019 zusammen mit seinen Ausführungen im Gutachten vom 16.12.2017, die sich der Senat zu eigen macht, war eine Behandlung des Klägers wegen der Metastase nicht so dringlich, dass er nicht eine Entscheidung der Beklagten hätte abwarten können. Auch unter Zugrundelegung der richtigen Maße der Weichteilveränderungen bei den bildgebenden Verfahren lässt sich eine besondere Eilbedürftigkeit nicht erkennen. Denn die Frage der Eilbedürftigkeit kann nicht ausschließlich mit der Ausmessung eines Tumors oder einer Metastase begründet worden, sondern ergibt sich aus einem Zusammenspiel von Klinik, Bildgebung und gegebenenfalls Laborergebnissen, wobei das klinische Bild immer führend ist. Mit dem vorliegenden klinischen Bild lässt sich die Eilbedürftigkeit nicht begründen. Von einer notstandsähnlichen Situation in dem Sinne, dass dem Kläger ein weiteres Abwarten aus medizinischen Gründen nicht mehr möglich und zumutbar gewesen wäre, kann nicht ausgegangen werden.

4.2. Kein Sachleistungsanspruch auf die Protonentherapie als Voraussetzung für einen Kostenerstattungsanspruch nach [§ 13 Abs. 3 SGB V](#)

Der Senat verweist insofern auf seine Ausführungen oben (vgl. Ziffer 3.2.).

Der Kläger hat daher keinen Anspruch auf Erstattung der ihm durch die Selbstbeschaffung der Protonentherapie im R. entstandenen Kosten. Die erstinstanzliche Entscheidung ist aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor ([§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2019-12-05