
Datum: 28.11.2017
Gericht: Sozialgericht Aachen
Spruchkörper: 14. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: S 14 KR 311/17
ECLI: ECLI:DE:SGAC:2017:1128.S14KR311.17.00

Sachgebiet: Krankenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 02.06.2017 Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2017 verurteilt, die Klägerin nach vertragsärztlicher Verordnung mit Dronabinol zu versorgen. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin dem Grunde nach.

- Tatbestand: 1
- Die Klägerin begehrt die Versorgung mit dem Cannabinoid Dronabinol von der Beklagten, bei der sie gesetzlich krankenversichert ist. 2
- Am 18.04.2017 (Schreiben vom 11.04.2017) beantragte die Klägerin gemeinsam mit der sie behandelnden Ärztin für Anästhesiologie, Spezielle Schmerztherapie Dr. T. bei der Beklagten die "Kostenübernahme für Dronabinol". Die Klägerin sei seit August 2016 wegen anhaltender Schmerzen, Appetitlosigkeit, Übelkeit und Mundtrockenheit im Oropharynxbereich bei Zustand nach Oropharynx-Carcinom und postoperativer Strahlen- und Chemotherapie in schmerztherapeutischer Behandlung. Die Behandlung mit Dronabinol sei notwendig, weil zur Therapie im konkreten Fall keine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung zur Verfügung stehe (hierzu wurde weiter ausgeführt). Als Vertragsärztin sagte Frau Dr. T. zu, die erforderlichen Daten für die Begleiterhebung in anonymisierter Form zur Verfügung zu stellen. 3
- Am 02.03.2017 legte die Beklagte dem Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK) die Angelegenheit zur Beurteilung vor. Unter dem 03.05.2017 informierte die Beklagte die 4

Klägerin darüber, dass die Angelegenheit einer medizinischen Einschätzung durch einen Gutachter bedürfe. Innerhalb der gesetzlichen Frist von fünf Wochen werde eine Entscheidung getroffen. Der MDK bat die Beklagte unter dem 09.05.2017 um weitere Ermittlungen (u. a. durch einen Fragebogen an die verordnende Ärztin; und einen aktuellen onkologischen Arztbrief).

Nachdem diese Unterlagen am 19.05.2017 eingingen teilte die Beklagte der Klägerin unter dem 22.05.2017 mit, dass am selben Tage eine weitere Begutachtung durch den MdK veranlasst worden sei. Die "PRG-Frist" sei aufgrund der Unterbrechung und der nachgeforderten Unterlagen "außer Kraft gesetzt". 5

In einem Gutachten des MDK vom 01.06.2017, wurde von ärztlicher Seite die Ansicht vertreten, es liege keine ausreichend begründete und nachvollziehbare Einschätzung des behandelnden Vertragsarztes unter Abwägung der zu erwartenden Nebenwirkungen und unter Berücksichtigung des Krankheitszustandes der Klägerin vor, eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf oder auf möglicherweise als schwerwiegend einzuordnende Symptome könnten nicht bestätigt werden. Es werde auf die vertraglich verfügbaren Arzneimittel (Opioide, Novaminsulfon, NSAR) verwiesen. 6

Die Beklagte lehnte den Antrag der Klägerin mit Bescheid vom 02.06.2017 ab. Aufgrund der Einschätzung des MDK scheide eine Verordnung auf einem Kassenrezept aus. 7

Mit Email vom 16.06.2017 legte die Klägerin hiergegen Widerspruch ein. 8

Mit Widerspruchsbescheid vom 10.07.2017 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin in der Sache zurück. Ein Anspruch auf die Versorgung mit Cannabinoiden bestehe nicht. 9

Ein am 21.07.2017 beim Sozialgericht Aachen gestellter Antrag der Klägerin auf einstweiligen Rechtsschutz wurde am 28.07.2017 durch die Bevollmächtigte der Klägerin zurückgenommen (Az S 13 KR 308/17 ER). 10

Am 21.07.2017 hat die Klägerin durch ihre Bevollmächtigten zudem Klage erhoben. Die Klägerin sei bemüht eine vertragsärztliche Verordnung zu erhalten. Bisher habe sie keinen Arzt gefunden, der bereit sei, eine Verordnung auszustellen. Sofern der MDK auf die Einnahme von Opioiden verweise, habe Frau Dr. T. hierzu bereits Stellung genommen. 11

Die Bevollmächtigte der Klägerin beantragt, die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 02.06.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2017 zu verurteilen, die Klägerin nach vertragsärztlicher Verordnung mit Dronabinol zu versorgen. 12

Der Vertreter der Beklagten beantragt, die Klage abzuweisen. 13

Zwar liege nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts keine rechtzeitige Entscheidung im Sinne des § 13 Abs. 3a Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) vor, da die Mitteilung vom 22.05.2017 im Rahmen des S. 5 der Vorschrift gestellten Anforderungen nicht erfülle. Der Anspruch wäre gleichwohl nicht anerkannt, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zu weit gehe. 14

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach – und Streitverhältnisses wird auf die Verwaltungsakte, die Verfahrensakten sowie die Gerichtsakte zum Aktenzeichen S 13 KR 308/17 ER verwiesen. 15

Entscheidungsgründe:

- Die zulässige Anfechtungs- und im Wege der objektiven Klagehäufung (§ 56 Sozialgerichtsgesetz – SGG) erhobene Leistungsklage (vgl. § 54 Abs. 1, 54 Abs. 5 SGG) (vgl. BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 9; BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 1/17 R –, SozR 4 (vorgesehen), Rn. 10) ist begründet. 17
- A. Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, dass die Klägerin die von § 84 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 SGG geforderte Schriftform (§ 126 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) durch ihren per E-Mail erhobenen Widerspruch vom 16.06.2017 nicht eingehalten hat (B. Schmidt, Meyer-Ladewig, SGG, 12. Aufl. 2017, § 84, Rn. 3 m.w.Nachw.). § 78 SGG fordert als Sachurteilsvoraussetzung ein erfolgloses, aber kein fehlerfreies Vorverfahren. Entscheidet die Behörde mit Widerspruchsbescheid in der Sache, statt den formfehlerhaften Widerspruch als unzulässig zu verwerfen, wird die Formverletzung - soweit nicht Dritte betroffen sind – geheilt (B. Schmidt, a.a.O, Rn. 7 m. Nachw. aus der Rechtspr. des BSG und des BVwG, sowie zur a. A.). 18
- B. Die Klägerin hat einen Leistungsanspruch auf Versorgung mit Dronabinol nach vertragsärztlicher Verordnung jedenfalls aus einer fingierten Genehmigung (vgl. BSG, Urteil vom 11. Mai 2017 – B 3 KR 30/15 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 50) ihres Leistungsantrages vom 18.04.2017. 19
- Die Klägerin ist deshalb durch den angefochtenen ablehnenden Bescheid der Beklagten vom 02.06.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2017 im Sinne des § 54 Abs. 2 S. 1 SGG beschwert. Dieser ist aufgrund eines Verstoßes gegen das materielle Abweichungsverbot (vgl. hierzu: SG Aachen, Urteil vom 23. Februar 2016 – S 18 SB 1135/15 –, Rn. 14, juris) bzgl. der fingierten Genehmigung rechtswidrig und daher aufzuheben. Denn andernfalls bliebe ein der Genehmigungsfiktion und dem Urteilstenor widersprechender Verwaltungsakt wirksam bestehen und damit ergäbe sich eine perplexer Rechtslage (anders: Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 71). 20
- Der Anspruch auf die begehrte Versorgung mit Dronabinol ergibt sich aus einer Genehmigungsfiktion nach § 13 Abs. 3a S. 6 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V). 21
- Die Regelung des § 13 Abs. 3a SGB V beruht auf dem am 26.02.2013 in Kraft getretenen Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.02.2013 (Patientenrechtegesetz, BGBl. I 2013, S. 277) und verfolgt das Ziel, die Entscheidungsprozesse der Krankenkassen im Interesse der Patienten zu beschleunigen und soll verhindern, dass Versicherte unzumutbar lange auf eine Entscheidung warten müssen. Insoweit kommt der Vorschrift gegenüber einer zu langsam arbeitenden Krankenkasse eine gewisse Sanktionswirkung zu (so Bayerisches LSG, Urteil vom 31.01.2017 – L 5 KR 471/15 –, Rn. 32, juris). Gemäß § 13 Abs. 3a Satz 1 SGB V hat die Krankenkasse über einen Antrag auf Leistungen zügig, spätestens bis zum Ablauf von drei Wochen nach Antragseingang oder in Fällen, in denen eine gutachtliche Stellungnahme, insbesondere des MDK, eingeholt wird, innerhalb von fünf Wochen nach Antragseingang zu entscheiden. Wenn die Krankenkasse eine gutachtliche Stellungnahme für erforderlich hält, hat sie diese unverzüglich einzuholen und die Leistungsberechtigten darüber zu unterrichten (§ 13 Abs. 3a Satz 2 SGB V). Kann die Krankenkasse Fristen nach Satz 1 nicht einhalten, teilt sie dies den Leistungsberechtigten unter Darlegung der Gründe rechtzeitig schriftlich mit (§ 13 Abs. 3a Satz 5 SGB V). Erfolgt keine Mitteilung eines hinreichenden Grundes, gilt die Leistung gemäß § 13 Abs. 3a Satz 6 22

SGB V nach Ablauf der Frist als genehmigt. Beschaffen sich Leistungsberechtigte nach Ablauf der Frist eine erforderliche Leistung selbst, ist die Krankenkasse zur Erstattung der hierdurch entstandenen Kosten verpflichtet (§ 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V).

Die Voraussetzungen der Fiktion der Genehmigung sind erfüllt. § 13 Abs. 3 Abs. 3a SGB V 23
(in der Fassung durch Art. 2 Nr. 1 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.02.2013, BGBl I 277) erfasst die von der Klägerin beantragte Leistung zeitlich. Die Beklagte hielt die gebotene Frist für eine Verbescheidung des Antrages der Klägerin vom 18.04.2017 nicht ein (I.). Die Klägerin war leistungsberechtigt. Sie erfüllte mit ihrem Antrag die Voraussetzungen eines genehmigungsfähigen, den Lauf der Frist auslösenden Antrages auf Versorgung mit Dronabinol (II.). Die Klägerin durfte die beantragte Leistung - die nicht offensichtlich außerhalb des Leistungskataloges der gesetzlichen Krankenversicherung liegt - auch für erforderlich halten (III.).

I. Die Beklagte hat den Antrag der Klägerin auf Versorgung mit Dronabinol nicht im Sinne des 24
§ 13 Abs. 3a SGB V fristgerecht beschieden.

Das Antragsschreiben der Klägerin und ihrer Ärztin vom 11.04.2017 ging am 18.04.2017 bei 25
der Beklagten ein. Da die Beklagte den MDK um Stellungnahme bat und dies der Klägerin mit Schreiben vom 03.05.2017 auch mitteilte (vgl. BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 25/15 R –, BSGE 121, 40-49, SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Rn. 28), lief gem. § 13 Abs. 3a S. 1 Hbs. 2 SGB V eine Fünf-Wochen-Frist, die mit dem 23.05.2017 endete (vgl. § 26 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – SGB X - i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Der ablehnende Bescheid erfolgte allerdings erst unter dem 02.06.2017 und damit verspätet (vgl. BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 29; BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 25; Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 62.2).

Der Fristlauf wurde auch nicht dadurch verlängert, dass die Beklagte der Klägerin mit 26
Schreiben vom 22.05.2017 mitteilte, dass von ihr und ihrer Ärztin angeforderte Unterlagen jetzt vorlägen, so dass am selben Tage eine weitere Begutachtung durch den MDK veranlasst worden sei. Die "PRG-Frist" sei aufgrund der Unterbrechung und der nachgeforderten Unterlagen "außer Kraft gesetzt". Der 1. Senat des Bundessozialgericht hat mit Urteilen vom 08.03.2016 und 11.07.2017 dargelegt, dass eine den Eintritt der Genehmigungsfiktion nach § 13 Abs. 3a S. 6 SGB V verhindernde Mitteilung nach S. 5 der Norm nicht nur die rechtzeitige Mitteilung mindestens eines hinreichenden Grundes an den Versicherten voraussetzt. Es bedürfe insoweit vielmehr einer Prognose der Dauer des Bestehens eines solchen Grundes, die taggenau anzugeben sei, damit die Leistung trotz Ablaufes der Frist aus § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V nicht als genehmigt gelte. Stelle sich erst nach Mitteilung einer ersten, sachlich gerechtfertigten Frist heraus, dass diese zunächst prognostizierte Frist sich aus hinreichenden Sachgründen als zu kurz erweise, könne die Krankenkasse zur Vermeidung der Genehmigungsfiktion dem Antragsteller die hinreichenden Gründe mit der geänderten taggenauen Prognose erneut – ggfs. wiederholt – mitteilen (BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 25/15 R –, BSGE 121, 40-49, SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Rn. 20; BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 31 f. m.w.Nachw. zu ähnlichen normativen Interessenlagen; vgl. auch Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 23. Februar 2017 – L 8 KR 372/16 –, Rn. 23, juris m.w.Nachw.; SG Koblenz, Beschluss vom 05. Oktober 2017 – S 11 KR 558/17 ER –, Rn. 26, juris; a. A. ohne Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BSG: Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 06. Februar 2017 – L 1 KR 242/16 B ER –, Rn. 44, juris;

wohl auch Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 67.1 f.). Ohne rechtzeitige Angabe einer taggenau bestimmten oder jedenfalls bestimmbar Verlängerung der Frist nach § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V tritt die Genehmigungsfiktion hiernach also ohne nähere Prüfung des rechtfertigenden Potentials des mitgeteilten Grundes ein.

Die Kammer schließt sich dieser Auffassung an. Zwar lässt sich das Erfordernis der Angabe einer taggenauen Prognose der Bearbeitungs- und Entscheidungsdauer dem Wortlaut des § 13 Abs. 3a S. 5, 6 SGB V nicht unmittelbar entnehmen. Jedoch schließt der Wortlaut ein solches Normverständnis auch nicht aus. So legt er im Erfordernis der Mitteilung eines "hinreichenden Grundes" nicht nur nahe, dass nicht allein die Mitteilung eines von der Krankenkasse als hinreichend erachteten Grundes genügt, sondern der Grund eben tatsächlich objektiv die Fristüberschreitung nach S. 1 rechtfertigen können muss (Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 66; Kingreen, Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, §§ 13, Rn. 31 m.w.Nachw.), weil andernfalls das Tatbestandsmerkmal praktisch leerliefe. Vielmehr ist damit auch ein Verständnis vom Wortlaut ("hinreichend") umschlossen, dass die Angabe eines genauen Fristrahmens erfordert. Denn ohne den Hinderungsgrund in zeitliche Relation zu setzen, kann im Moment der Mitteilung nach S. 6 schwerlich festgestellt werden, inwieweit der mitgeteilte Grund trägt. Die unmittelbare Wirkung der Genehmigungsfiktion im Falle eines nicht hinreichenden Grundes erfordert aber eine Beurteilbarkeit spätestens im Zeitpunkt des Fristablaufes nach S. 1. 27

Auch die Systematik und der Regelungszweck stützen das Verständnis des 1. Senates des BSG. § 13 Abs. 3a SGB V ist ausgerichtet auf die in den S. 6 und 7 statuierten Rechtsfolgen, die vom Ablauf einer Frist abhängen. Das Ziel der Vorschrift ist es, Bewilligungsverfahren der Krankenkassen zu beschleunigen (vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 32; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit – 14. Ausschuss- zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten BT-Drs.- 17/11710, S. 29, die das Bestehen konkreter Fristen als entscheidendes Instrument der bezweckten Beschleunigung hervorhebt). Diesem Ziel wird aber nur unzureichend genügt, wenn beim Vorliegen eines hinreichend rechtfertigen Grundes der Überschreitung der Fristen nach S. 1 die Krankenkasse von jedweder weiteren Fristeinhaltung diesseits des § 88 Abs. 1 S. 1 SGG dispensiert wäre (vgl. BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 32) – wie dies die Beklagte ausweislich ihres Schreibens an die Klägerin vom 22.05.2017 annimmt - zumal das Vorliegen eines hinreichenden Grundes an sich bei ordnungsgemäß durchgeführter Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes von Amts wegen (§ 20 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – SGB X) keine Seltenheit sein dürfte, vor allem da es für die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 3a SGB V nicht darauf ankommt, ob Unterlagen vollständig eingereicht worden sind oder sonstiger Aufklärungsbedarf besteht (BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 25 ff. unter überzeugender Herleitung aus Wortlaut, Regelungssystem, Entstehungsgeschichte und Regelungszweck; Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 62.1). Die ambitionierte (vgl. Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 61, Wenner, SGB 2013, 162 ff.) Fristsetzung des Gesetzgebers würde – in Anbetracht der leichteren Begründbarkeit einer Fristüberschreitung – die Fälle, in denen die Versicherten in den Genuss der Rechtsfolgen aus S. 6, 7 kämen, stärker einschränken. 28

Zuletzt wird das Erfordernis einer (taggenauen) Fristerweiterung durch die Krankenkassen im Rahmen der Darlegung bzw. Mitteilung nach § 13 Abs. 3a S. 5, 6 SGB V, die hinsichtlich ihrer 29

hinreichenden Rechtfertigung gerichtlich überprüfbar ist (zum Maßstab: Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 66), durch die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt. Gegenüber dem ersten Gesetzesentwurf (vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 32) wurde der Satz 6 letztlich neu gefasst. Ursprünglich war dort vorgesehen, dass der Versicherte der Krankenkasse selbst eine angemessene Frist setzen könne und müsse, wenn diese ihm keinen hinreichenden Grund für die Nichteinhaltung der Fristen nach S. 1 nenne, um eine Selbstbeschaffung der Leistung mit der Folge der Kostenpflicht der Krankenkasse vornehmen zu können. Durch die Streichung dieses Erfordernisses wollte der Gesetzgeber dem Antragsteller die zeitnahe Beschaffung der ihm zustehenden Leistung erleichtern (BT-Drs., 17/11710, S. 30), nicht aber das erkannte Erfordernis einer klaren zeitlichen Festlegung des Eintrittes der Rechtsfolgen des § 13 Abs. 3a S. 6, 7 SGB V – auch in den Fällen der Fristüberschreitung nach S. 1 – auflösen.

30
Unerheblich ist danach letztlich, ob das Schreiben der Beklagten vom 22.05.2017 überhaupt rechtzeitig bei der Klägerin ankam. Rechtzeitig kann eine Mitteilung nach § 13 Abs. 3 a S. 5 SGB V aus dem Regelungszusammenhang des § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V mit den Sätzen 5 und 6 nur sein, sofern sie den Antragsteller vor Anlauf der Frist nach S. 1 erreicht. Denn andernfalls ist die Genehmigungsfiktion nach S. 6 bereits eingetreten (vgl. BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 29 f.; zur Diskussion: Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 62.2). Da die Frist nach § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V am 23.05.2017 ablief und der Bescheid vom 22.05.2017 nicht einmal mit einem "Ab-Vermerk" versehen ist, bleibt sehr zweifelhaft, ob die Mitteilung 22.05.2017 der Klägerin noch rechtzeitig zugegangen ist. Soweit sich dies aber nicht mehr abschließend klären ließ, weil die Klägerin glaubhaft erklärt hat, sie wisse nicht mehr, wann sie das Schreiben vom 22.05.2017 erreicht habe, trägt die Beklagte für den rechtzeitigen Zugang nach allgemeinen Beweisgrundsätzen - nach denen derjenige, für den eine Tatsache günstig ist, die Last ihrer Nachweisbarkeit trägt – die objektive Beweislast (vgl. Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 18. Mai 2017 – L 8 KR 159/16 –, Rn. 35, juris).

31
II. Voraussetzung für einen Eintritt der Genehmigungsfiktion ist weiter, dass ein Leistungsberechtigter einen hinreichend bestimmten Antrag auf eine Leistung gestellt hat. Damit die Leistung im Rechtssinne nach Ablauf der Frist als genehmigt gelten kann, bedarf es eines fiktionsfähigen Antrags. "Entsprechend den allgemeinen, in § 42a Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) normierten Grundsätzen (vgl. Begründung zu § 42a VwVfG im Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines 4. VwVfÄndG, BT-Drucks 16/10493 S 15) gilt "eine beantragte Genehmigung () nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt (), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist". Da der Verwaltungsakt nicht erlassen, sondern fingiert wird, muss sich der Inhalt der fingierten Genehmigung aus dem Antrag in Verbindung mit den einschlägigen Genehmigungsvorschriften hinreichend bestimmen lassen (vgl. Begründung zu § 42a VwVfG im Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines 4. VwVfÄndG, BT-Drucks 16/10493 S 16). Die Fiktion kann nur dann greifen, wenn der Antrag so bestimmt gestellt ist, dass die auf Grundlage des Antrags fingierte Genehmigung ihrerseits im Sinne von § 33 Abs. 1 SGB X hinreichend bestimmt ist" (so BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 25/15 R –, BSGE 121, 40-49, SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Rn. 23 m.w.Nachw.).

32
Die Voraussetzung der hinreichenden Bestimmtheit erfüllt der Antrag der Klägerin vom 18.04.2017. Zur Frage des fiktionsfähigen Antrages hat das BSG (Urteil vom 11. Juli 2017 - B 1 KR 1/17 R -, Rn. 18, juris) weiter ausgeführt: "Ein Verwaltungsakt ist – zusammengefasst – hinreichend bestimmt, wenn sein Adressat objektiv in der Lage ist, den Regelungsgehalt des Verfügungssatzes zu erkennen und der Verfügungssatz ggfs. eine geeignete Grundlage für

seine zwangsweise Durchsetzung bildet. So liegt es, wenn der Verfügungssatz in sich widerspruchsfrei ist und den Betroffenen bei Zugrundelegung der Erkenntnismöglichkeiten eines verständigen Empfängers in die Lage versetzt, sein Verhalten daran auszurichten. Die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit richten sich im Einzelnen nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden materiellen Rechts."

Grundsätzlich wird im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung zwar die Versorgung mit einem Arzneimittel durch die vom Arzt gemäß § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V ausgestellte Verordnung konkretisiert. Sie bezeichnet nicht nur das für die Behandlung notwendige Medikament, sondern enthält auch Angaben über Dosierung und Einnahmezeitraum. Mittels der Verordnung weiß der Apotheker, der eine zwangsweise Durchsetzung umzusetzen hätte, was der Versicherte benötigt und was an ihn abzugeben ist. Erst durch die ärztliche Verordnung wird eine notwendige und erforderliche Medikation zu einer individuell bestimmten Sache (vgl. BSG, Urteil vom 16. Dezember 1993 – 4 RK 5/92 –, BSGE 73, 271-292, SozR 3-2500 § 13 Nr 4, Rn. 32). Bei der hier streitigen Versorgung mit Dronabinol, die seit 10.03.2017 (§ 31 Abs. 6 SGB V i.d.F. vom 06.03.2017, BGBl I 403) zum Leistungsgegenstand der gesetzlichen Krankenversicherung gehört, muss die Verordnung zudem auf einem Betäubungsmittelrezept erfolgen (§ 11 Abs. 5 Satz 1 Arzneimittel-Richtlinie [AM-RL] i.V.m. § 13 Abs. 2 Satz 1 Betäubungsmittelgesetz [BtmG] und § 8 Abs. 1 Satz 1 Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung [BtMVV] vom 20.01.1998, i.d.F. von Art 43 Gesetz vom 29.03.2017, BGBl I, S 626), welches die in § 9 BtMVV vorgeschriebenen Angaben enthält. Soweit daraus jedoch zum Teil der Schluss gezogen wird, dass ein Antrag auf Versorgung mit Cannabis oder mit Arzneimitteln mit den Wirkstoffen Dronabinol oder Nabilon nach § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V nur im Fall der – hier nicht vorhandenen - Vorlage einer vertragsärztlichen Verordnung hinreichend bestimmt sei (Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. September 2017 – L 11 KR 3414/17 ER-B –, Rn. 25, juris; SG Trier, Beschluss vom 04.09.2017 – S 3 KR 143/17 ER -, Rn. 24, juris)., kann dem nicht zugestimmt werden (wie hier: Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27. Juli 2017 – L 5 KR 140/17 B ER –, Rn. 14, juris; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 05. Oktober 2017 – L 1 KR 368/17 B ER –, Rn. 14, juris; Beschluss vom 04. September 2017 – L 1 KR 305/17 B ER –, juris; SG Koblenz, Beschluss vom 05. Oktober 2017 – S 11 KR 558/17 ER –, Rn. 29, juris).

Denn entscheidend bleibt allein, ob der Antrag am 23.05.2017 (Ende der Fünf-Wochen-Frist) hinreichend bestimmt war. So hat der 1. Senat des Bundessozialgerichtes mit o. a. dargelegt, dass es für die Bestimmtheit eines Antrages, der eine Fiktion nach § 13 Abs. 3a SGB V auslösen kann ausreicht, dass das Behandlungsziel klar ist, auch wenn der Patient zur Konkretisierung auf die Beratung des behandelnden Arztes angewiesen ist (BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 1/17 R –, SozR 4 (vorgesehen), Rn. 19 f.; vgl. SG Koblenz, a.a.O., Rn. 28). Entsprechend liegt der Fall hier:

Bereits mit dem ärztlicherseits begründeten Antrag vom 18.04.2017 wurde eindeutig dargelegt, dass die Verordnung von und Behandlung mit Dronabinol beabsichtigt sei und hierfür die Genehmigung beantragt werde. Darüber hinaus wurde ausdrücklich mitgeteilt, dass eine Therapie durch ein Rezepturarzneimittel mit Dronabinol angestrebt werde. Sogar zu den Voraussetzungen des § 31 Abs. 6 SGB V fanden sich Ausführungen und die Vertragsärztin legte dar, weshalb die Behandlung mit Dronabinol notwendig sei. Zuletzt wurde das Behandlungsziel gekennzeichnet. Eine weitere Konkretisierung des Antrages - insbesondere auch zum Behandlungsziel (siehe Frage 4: "Symptomlinderung, Appetitsteigerung, Schmerzlinderung, Schlafverbesserung") erfolgte durch die Angaben der behandelnden Fachärztin für Anästhesiologie im seitens des MDK angeforderten

"Arztfragebogen zu Cannabis nach § 31 Abs. 6 SGB V" am 19.05.2017, also innerhalb der maßgeblichen Fünf-Wochen-Frist des § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V (vgl. SG Koblenz, a.a.O.). Dass die genaue Wirkstoffdosierung und Menge des Rezepturarzneimittels noch nicht in einer Verordnung festgelegt sind und es zur Konkretisierung insoweit noch einer Beratung zwischen Klägerin und ihrer Ärztin und zuletzt einer ärztlichen Entscheidung bedarf, steht der Bestimmtheit des Antrages nicht entgegen. Dem Antrag der Klägerin bei der Beklagten entspricht nach dem objektiven Empfängerhorizont letztlich der Urteilstenor, der als Verfügungssatz eines Verwaltungsaktes in sich widerspruchsfrei den Betroffenen in die Lage versetzte, sein Verhalten daran auszurichten und eine geeignete Grundlage für eine zwangsweise Durchsetzung darstellte.

Ungeachtet dessen, dass es im Rahmen der Genehmigungsfiktion nach § 13 Abs. 3a S. 6 SGB V nicht auf diese Frage ankommt, weil sie als Tatbestandsvoraussetzung des § 31 Abs. 6 SGB V die materielle Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Genehmigung beträfe, die keine Voraussetzung für eine Genehmigungsfiktion ist (s. III. BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 – B 1 KR 26/16 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 20; a. A. Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 28. März 2017 – L 4 KR 97/15 –, Rn. 28 f., juris), fordert auch § 31 Abs. 6 SGB V auch nicht das Vorliegen einer förmlichen ärztlichen Verordnung (a. A. Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. September 2017 – L 11 KR 3414/17 ER-B –, Rn. 24, juris). S. 2 der Vorschrift fordert lediglich, dass bei der ersten Verordnung einer Versorgung u. a. mit Dronabinol eine Genehmigung der Krankenkasse erforderlich ist, die vor Beginn der Leistung zu erteilen ist. Dies impliziert, dass im Moment der ersten Verordnung die Genehmigung bereits vorliegen muss. Soweit S. 5 anordnet, dass die Vertragsärztin oder der Vertragsarzt, die oder der die Leistung nach S. 1 verordne, erforderliche Daten für eine Begleiterhebung an das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zu übermitteln habe und die oder der Versicherte vor Verordnung der Leistung vertragsärztlich hierüber zu informieren sei, ergibt sich hieraus nichts Gegenteiliges. Auch dem S. 3, der eine Entscheidung über einen Antrag innerhalb von drei Tagen anordnet, wenn die Leistung nach S. 1 im Rahmen der Versorgung nach § 37 b SGB V vertragsärztlich verordnet wird, lässt sich nicht entnehmen, dass die Verordnung mit dem Antrag bereits vorliegen muss. In gleicher Weise unergiebig stellt sich die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8965, S. 23 f. bzw. BT-Drs 18/10902, S. 19) dar, der lediglich die Selbstverständlichkeit zu entnehmen ist, dass die Versorgung zulasten der Krankenkasse einer (vertrags)ärztlichen Verordnung bedarf (vgl. § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V). Schließlich korrespondiert den durch § 31 Abs. 6 S. 1 SGB V aufgestellten Anspruchsvoraussetzungen kein Erfordernis einer notwendigen Konkretisierung der zur Genehmigung stehenden Versorgung in einer ärztlichen Verordnung.

Gegen die Notwendigkeit einer Verordnung als Gegenstand der Genehmigung nach § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V spricht indes, dass mittels einer vertragsärztlichen Verordnung im Leistungsverhältnis zum Versicherten und gegenüber der Apotheke bereits mit rechtlicher Bindungswirkung für die zuständige Krankenkasse festgesetzt wird, mit welchem Arzneimittel der Versicherte zu versorgen ist. Der Vertragsarzt wird bei der Verordnung insoweit als Vertreter der Krankenkasse tätig (BSG, Urteil vom 16. Dezember 1993 – 4 RK 5/92 –, BSGE 73, 271-292, SozR 3-2500 § 13 Nr 4, Rn. 33; BSG, Urteil vom 17. Januar 1996 – 3 RK 26/94 –, BSGE 77, 194-209, SozR 3-2500 § 129 Nr 1, SozR 3-1300 § 31 Nr 11, Rn. 25). Soweit bei Aushändigung der ersten Verordnung von Arzneimitteln nach § 31 Abs. 6 S. 1 SGB V an den Patienten nicht bereits eine Genehmigung nach § 31 Abs. 6 S. 1 SGB V vorläge, setzte sich der Vertragsarzt im Innenverhältnis zur Krankenkasse dabei einem Regress aus. Für der Situation des § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V vergleichbare Konstellationen, in denen es um die Frage geht, ob ein – grundsätzlich ausgeschlossenes (hier unter einem

Genehmigungsvorbehalt stehendes) - Arzneimittel ausnahmsweise zulasten der gesetzlichen Krankenkasse verordnet werden darf (z. B. beim Off-label-use), ist durch die ständige Rechtsprechung des BSG deshalb ausdrücklich Raum für eine so genannte "Vorab-Prüfung" und Genehmigung durch die Krankenkasse anerkannt. Auch dabei muss nicht bereits feststehen in welcher Dosierung o.ä. das entsprechende Arzneimittel letztlich verordnet wird (BSG, Urteil vom 20. März 2013 – B 6 KA 27/12 R –, BSGE 113, 123-134, SozR 4-2500 § 106 Nr 40, Rn. 19, 28, 36 m.zahlr.w.Nachw.). Soweit hiergegen eingewendet wird, im Rahmen des § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V handele es sich nicht um eine "Vorab-Prüfung", sondern um eine endgültige Prüfung der vertragsärztlichen Verordnung (LSG Ba-Wü, a.a.O.), kann die Kammer dies nicht nachvollziehen. Denn Zweck der "Vorab-Prüfung" in den angesprochenen Fällen eines medizinisch umstrittenen Arzneimiteleinsatzes bzw. in Fällen eines Off-Label-Use ist ebenso wie im Rahmen der Genehmigung nach § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V eine verbindliche Entscheidung der Krankenkasse (vgl. BSG a.a.O., Rn. 29 ff.). Unter praktischen Gesichtspunkten spricht zudem gegen das Erfordernis einer ärztlichen Verordnung als Genehmigungsgegenstand nach § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V, dass das Betäubungsmittelrezept innerhalb von sieben Tagen nach seiner Ausfertigung bei der Apotheke vorgelegt werden muss (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 c) Verordnung über das Verschreiben, die Abgabe und den Nachweis des Verbleibs von Betäubungsmitteln (BtMVV).

III. Auch die weiteren Voraussetzungen für das Eingreifen der Genehmigungsfiktion nach § 13 Abs. 3a S. 6 SGB V sind erfüllt. Mit der Rechtsbrechung des Bundessozialgerichts ist insoweit zu fordern, dass der gesetzlich Versicherte Antragsteller die beantragte Leistung für erforderlich halten durfte und die beantragte Leistung nicht offensichtlich außerhalb des Leistungskataloges der gesetzlichen Krankenversicherung liegt (BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 25/15 R –, BSGE 121, 40-49, SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Rn. 23; BSG, Urteil vom 11. Mai 2017 – B 3 KR 30/15 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 39). Sachlich ausgeschlossen ist die Regelung für – hier offensichtlich nicht in streitgegenständliche - Leistungen zur medizinischen Rehabilitation (vgl. § 13 Abs. 3a Satz 9 SGB V; BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 25/15 R –, BSGE 121, 40-49, SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Rn. 14 ff.; BSG, Urteil vom 11. Mai 2017 – B 3 KR 30/15 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 36).

38

Die beantragte Therapie mit Dronabinol unterfällt ihrer Art nach seit der Einführung des § 31 Abs. 6 SGB V mit Wirkung vom 10.03.2017 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 11) dem Leistungskatalog der GKV. Die Klägerin konnte auch aufgrund der näher begründeten Befürwortung ihres Antrags durch die sie behandelnde Fachärztin für Anästhesie, Spezielle Schmerztherapie die Behandlung für geeignet und erforderlich halten. Tatsächlich bestand eine ärztliche Befürwortung bereits seit Jahren. So ist im Verfahren S 13 KR 308/17 ER eine Verordnung der Hämatologie – onkologischen Praxis Dres. N. et. al. vom 18.08.2014 vorgelegt worden in der es hieß, der Konsum von Cannabis verbessere die Lebensqualität der Klägerin und werde ärztlich befürwortet. Der Gedanke an einen Rechtsmissbrauch liegt fern (vgl. BSG, Urteil vom 08. März 2016 – B 1 KR 25/15 R –, BSGE 121, 40-49, SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Rn. 25). Das Vorliegen einer schwerwiegenden Erkrankung i. S. d. § 31 Abs. 6 S. 1 SGB V bei der bei Z. n. Oropharynxkarzinom links 2012 mit Operation mit modifizierter radikaler Lymphknotendisektion beidseits, postoperativ bestehendem Stadium pT1 pN2b (2/45), Plattenepithelkarzinom mit Differenzierungsgrad G 3 und postoperativer Radiochemotherapie mit andauernden oralen/ pharyngealen und abdominalen Schmerzen und einem Gewicht von 44 kg einer Größe von 1,66 m bei enteraler Zusatzernährung mit Fortimel stellt auch der MDK (zuletzt Gutachten vom 01.06.2017) nicht infrage.

39

IV. Rechtsfolge des § 13 Abs. 3a SGB V ist nicht nur ein Kostenerstattungsanspruch auf Grundlage des § 13 Abs. 3a Satz 7 SGB V (so jedoch Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 07. September 2016 – L 20 KR 597/15 –, Rn. 28 ff., juris; Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 13 SGB V, Rn. 71.1 m.w.Nachw.). Nach der Rechtsprechung des BSG wirkt der nicht fristgerecht beschiedene Antrag vielmehr wie ein erlassener begünstigender Verwaltungsakt mit der Rechtsfolge, dass das in seinem Gegenstand durch den Antrag bestimmte Verwaltungsverfahren beendet ist und dem Versicherten unmittelbar aus der fingierten Genehmigung ein Anspruch auf Versorgung mit der Leistung zusteht (BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 - B 1 KR 1/17 R -, Rn. 9, juris) Dies wird bereits im gegenüber der Sätze 6 und 7 des § 13 Abs. 3a SGB V bestätigt. Während S. 6 die Folge einer Genehmigungsfiktion ausspricht regelt S. 7 die Kostenerstattungspflicht der Krankenkasse nach einer Selbstbeschaffung (Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Mai 2014 – L 5 KR 222/14 B ER –, Rn. 7, juris mit weiteren Argumenten). Seinen Sachleistungsanspruch kann der Antragsteller gegenüber der Krankenkasse – allein aufgrund der fingierten Genehmigung - im Wege der Leistungsklage durchsetzen (vgl. BSG, Urteil vom 11. Juli 2017 - B 1 KR 1/17 R -, Rn. 10, juris). Für weitere Ermittlungen von Seiten der Krankenkasse, aber auch des Gerichts ist damit kein Raum mehr (Werner, SGB 2015, 323, 325). Dies gilt auch dann, wenn die Krankenkasse auf diesem Wege zu Leistungen verpflichtet wird, die der Versicherte sonst nicht erhalten hätte, bzw. die ein anderer Versicherter, bei dessen Antrag die Krankenkasse die Fristen des § 13 Abs. 3a SGB V wahrt, bei gleichem Erkrankungsbild nicht erhalten würde (a. A. deshalb Helbig in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, a.a.O., Rn. 70: Der Wortlaut habe "suggestive Wirkung"). Das wird allerdings vom BSG wegen des festgestellten Sanktionscharakters der Norm zu Recht in Kauf genommen und ist untrennbare Folge des gesetzlich angeordneten Eintrittes einer Genehmigungsfiktion. Diese steht einer ausdrücklichen Genehmigung gleich. Ein solcher Verwaltungsakt ist aber gerade auch im Falle seiner Rechtswidrigkeit wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist (vgl. § 39 Abs. 2, 3 SGB X).

Für Die Klägerin ergibt sich daraus ab dem Fristablauf am 23.05.2017 ein Anspruch auf Kostenübernahme für die beantragte Therapie auf der Grundlage von Dronabinol nach ärztlicher Verordnung.

41

Die Genehmigungsfiktion ist auch nicht nachträglich durch den Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 02.06.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2017 erloschen. Unabhängig von der Frage, ob die Krankenkasse eine solche Genehmigungsfiktion überhaupt zurücknehmen kann (dafür mit überzeugenden Gründen: BSG, Urteil vom 11. Mai 2017 – B 3 KR 30/15 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 50 in Abgrenzung zu BSGE 121, 40 = SozR 4-2500 § 13 Nr 33, Leitsatz 4 und Rn. 32; BSG; zu den damit verbundenen Problemen vgl. ausführlich Bayerisches LSG, Urteil vom 27. Juni 2017 – L 5 KR 260/16, Rn. 49 ff., juris.), verfügt der Bescheid keine Aufhebung eines (fingierten) Verwaltungsaktes, sondern erhebt den Anspruch einer Erstverbescheidung des Antrages der Klägerin. Eine Rücknahme nach § 45 SGB X eröffnet der Behörde zudem Ermessen. Das bedeutet, dass die Krankenkasse Ermessenserwägungen anstellen muss, zu denen sie den Versicherten nach § 24 SGB X anhören muss. Für eine fehlerfreie Ermessensentscheidung muss das Ermessen überhaupt betätigt und schließlich entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen ausgeübt worden sein. Die Gerichte können diese Entscheidung auf Ermessensfehler (Ermessensnichtgebrauch, Ermessensfehlgebrauch, Ermessensüberschreitung) überprüfen. Der Rücknahmebescheid muss erkennen lassen, dass Ermessen ausgeübt wurde und welche Aspekte in das Ermessen eingestellt wurden

42

(vgl. dazu Padé in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, § 45 Rn. 120). Daran fehlt es hier aufgrund des behördlichen Willens eine Ausgangsentscheidung zu treffen (vgl. BSG, Urteil vom 11. Mai 2017 – B 3 KR 30/15 R –, BSGE (vorgesehen), SozR 4 (vorgesehen), Rn. 49 f.).

Offen bleiben kann danach, ob die Klägerin tatsächlich aufgrund der mit Gesetz vom 06.03.2017 zum 10.03.2017 neu eingefügten Regelung des § 31 Abs. 6 SGB V ein Anspruch auf Kostenübernahme für die begehrte Therapie mit Dronabinol zusteht. 43

C. Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. 44