



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 5 C 33.12
VGH 2 S 2076/11

Verkündet
am 12. September 2013
Werner
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Vormeier,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer, Dr. Häußler
und Dr. Fleuß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 22. August 2012 geändert und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 16. März 2011 insgesamt zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt Heilfürsorgeleistungen für eine Hyaluronsäure-Therapie.
- 2 Er ist Polizeihauptmeister der Bundespolizei und erhält im Fall einer Erkrankung Heilfürsorge. Der Umfang der Heilfürsorgeleistungen ist vom Bundesministerium des Innern in den Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei vom 6. November 2005 geregelt worden. Danach werden die Kosten ärztlich verordneter Arzneimittel nur nach den Bestimmungen des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts und nach den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen) übernommen.
- 3 Da der Kläger an einer Hüftgelenksabnutzung leidet, verabreichte ihm der behandelnde Arzt fünf Injektionen des Medizinprodukts Ostenil (Wirkstoff Hyaluronsäure). Dieses Medizinprodukt dient als künstlicher Ersatz fehlender Gelenkflüssigkeit und soll dadurch schmerzlindernde Wirkung entfalten. Die Be-

klage lehnte die Übernahme der am 25. Oktober 2011 in Rechnung gestellten Kosten in Höhe von 500 € ab, weil das verabreichte Mittel nicht zu den vom Gemeinsamen Bundesausschuss anerkannten Medizinprodukten gehöre. Der Kläger vertritt die Auffassung, dass die von den Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei vorgenommene Einschränkung des Heilfürsorgeanspruchs mangels gesetzlicher Grundlage unwirksam sei.

- 4 Das Verwaltungsgericht hat seine Klage abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat der Berufung hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs stattgegeben. Die Ausgestaltung der Heilfürsorge für Polizeivollzugsbeamte des Bundes bedürfe zwar einer gesetzlichen oder auf Gesetz beruhenden Regelung. Bis zum Erlass der angekündigten Rechtsverordnung sei jedoch von der Weitergeltung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift auszugehen. Daher bestehe auch grundsätzlich die Beschränkung auf die von dem Gemeinsamen Bundesausschuss anerkannten Medikamente und Medizinprodukte. Der Ausschluss des hier einschlägigen Medizinprodukts beruhe jedoch auf einem sogenannten Systemversagen. Der Bundesausschuss habe bei der Fortschreibung des Verordnungsausschlusses von Chondroprotektiva keine medizinische Überprüfung vorgenommen und sich mit der Wirksamkeit der Hyaluronsäure-Therapie nicht befasst. Auf Grund der mangelnden Befassung des Ausschusses mit dem Produkt könne eine Sperrwirkung nicht eintreten. Da es gewichtige Stimmen in der Wissenschaft gebe, nach denen die Behandlung zur Schmerzlinderung führen könne, komme der Einschätzung des behandelnden Arztes über die medizinische Wirksamkeit entscheidende Bedeutung zu. Bei einer entsprechenden ärztlichen Verordnung müssten folglich die Behandlungskosten übernommen werden.
- 5 Die Beklagte stützt ihre Revision im Wesentlichen darauf, dass die in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift enthaltenen Leistungseinschränkungen noch für eine Übergangszeit wirksam seien. Für das Medizinprodukt Ostenil ergebe sich ein Leistungsausschluss daraus, dass es der Gemeinsame Bundesausschuss nicht in Anlage V seiner Arzneimittelrichtlinie als verschreibungsfähig anerkannt habe. Der Kläger könne auch nicht ausnahmsweise so gestellt werden, als habe der Gemeinsame Ausschuss Ostenil anerkannt. Der Ausnahme-

fall des Systemversagens liege nicht vor, solange der Hersteller nicht die Anerkennung seines Medizinprodukts durch den Bundesausschuss betrieben habe. Es bestehe auch kein durch wissenschaftliche Studien hinreichend untermauerter Konsens in Bezug auf den therapeutischen Nutzen. Darüber hinaus bezögen sich die wissenschaftlichen Untersuchungen fast ausnahmslos auf die Erkrankung der Kniegelenke, so dass die Behandlung im Hüftbereich als Off-Label-Use grundsätzlich nicht zugelassen sei. Die Beklagte zieht ferner aus den von ihr ausgewerteten und vorgelegten medizinischen Gutachten den Schluss, dass Hyaluronsäure zur Behandlung des Hüftgelenks ungeeignet sei.

- 6 Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil. Ergänzend führt er insbesondere aus, dass seines Erachtens die Übergangszeit für die weitere Anwendung der Heilfürsorgevorschrift abgelaufen sei. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Gesetzesvorbehalt im Beihilferecht vom 17. Juni 2004 habe das Verwaltungsgericht Frankfurt bereits mit Urteil vom 25. April 2005 darauf aufmerksam gemacht, dass im Heilfürsorgerecht der Bundespolizei das gleiche Normierungsdefizit bestehe. Die dem Gesetzgeber einzuräumende Übergangsfrist sei - wie im Beihilferecht - im Herbst 2009 abgelaufen. Nach Ablauf dieser Frist seien grundsätzlich alle nicht im Widerspruch zu allgemeinen wissenschaftlichen Erkenntnissen stehenden Behandlungen erstattungsfähig, wenn sie ärztlicherseits verordnet worden seien.

II

- 7 Die Revision der Beklagten ist begründet. Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) dem Kläger einen Kostenerstattungsanspruch gewährt. Er ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Gewährung von Heilfürsorge für Polizeivollzugsbeamtinnen und Polizeivollzugsbeamte der Bundespolizei nach § 70 Abs. 2 des Bundesbesoldungsgesetzes (Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei - HfVBPOL) vom 6. November 2005 (GMBI 2005 S. 1228) nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügt (1.) und dass sie gleichwohl für eine Übergangszeit angewendet werden

kann (2.). Danach hat der Kläger zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Heilfürsorgeleistungen in Form der Erstattung von kassenärztlich erbrachten Leistungen (3.). Diesem Anspruch steht jedoch ein (noch) rechtswirksamer Leistungsausschluss entgegen (4.).

- 8 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei im Jahr 2011 den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts nicht entsprochen haben und auch derzeit nicht entsprechen.
- 9 a) Maßgeblich für das Bestehen des geltend gemachten heilfürsorgerechtlichen Kostenerstattungsanspruchs ist - wie beim beihilferechtlichen Kostenerstattungsanspruch - die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen (vgl. Urteil vom 15. Dezember 2005 - BVerwG 2 C 35.04 - BVerwGE 125, 21 = Buchholz 270 § 5 BhV Nr. 17 jeweils Rn. 11). Daher ist vorliegend auf die Rechtslage am 25. Oktober 2011, dem Tag der Rechnungsstellung für die ärztliche Behandlung des Klägers mit Hyaluronsäure, abzustellen.
- 10 b) Damals bestimmte § 70 Abs. 2 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juni 2009 (BGBl I S. 1434), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes vom 28. April 2011 (BGBl I S. 687 - BBesG 2011), dass den Polizeivollzugsbeamten der Bundespolizei Heilfürsorge gewährt wird. Ob aus diesem gesetzlichen Anspruch auf Fürsorge im Krankheitsfall lediglich ein Anspruch auf Behandlung durch staatliche Ärzte und Krankenhäuser des Bundes oder auch ein Anspruch auf Behandlung durch Kassenärzte und auf Kostenerstattung für kassenärztlich verschriebene Medikamente folgt, war dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen. Hierzu fanden sich lediglich in den Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei nähere Regelungen. Daher konnte das Bestehen und der Umfang des Kostenerstattungsanspruchs nur aus der gesetzlichen Regelung in Verbindung mit der hierzu erlassenen Verwaltungsvorschrift hergeleitet werden (vgl. Urteil vom 27. November 2003 - BVerwG 2 C 38.02 - BVerwGE 119, 265 <266> = Buchholz 240 § 69 BBesG Nr. 6 S. 5).

- 11 Durch das Gesetz zur Neuregelung der Professorenbesoldung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften (Professorenbesoldungsneuregelungsgesetz) vom 11. Juni 2013 (BGBl I S. 1514) wurde § 70 Abs. 2 BBesG neu gefasst und das Bundesministerium des Innern ermächtigt, in Bezug auf das Heilfürsorgerecht der Bundespolizei eine Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen in Anlehnung an das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch und das Elfte Buch Sozialgesetzbuch zu erlassen. Von dieser erst am 1. August 2013 in Kraft getretenen Verordnungsermächtigung hat das Bundesministerium des Innern jedoch bislang keinen Gebrauch gemacht, so dass sich das Bestehen und der Umfang eines heilfürsorgerechtl. Kostenersatzungsanspruchs weiterhin nur mithilfe der Verwaltungsvorschrift vom 6. November 2005 ermitteln lässt.
- 12 c) Dieses Regelungssystem genügt nicht dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, der sich aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungssystem des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG) ergibt. Dieser Grundsatz verlangt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden normativen Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert wird. Der parlamentarische Gesetzgeber ist verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, und darf sie nicht anderen Normgebern oder schlicht dem Verwaltungsvollzug überlassen. Wann danach eine Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber erforderlich ist, lässt sich nur mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen (Urteil vom 19. Juli 2012 - BVerwG 5 C 1.12 - BVerwGE 143, 363 = Buchholz 271 LBeihilfeR Nr. 42 jeweils Rn. 12 m.w.N.).
- 13 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt der Vorbehalt des Gesetzes auch für das Beihilferecht (Urteile vom 17. Juni 2004 - BVerwG 2 C 50.02 - BVerwGE 121, 103 <105> = Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 123 S. 9, vom 20. März 2008 - BVerwG 2 C 49.07 - BVerwGE 131, 20 = Buchholz 11 Art. 33 Abs. 5 GG Nr. 94 jeweils Rn. 11 f. und vom 19. Juli 2012 a.a.O. jeweils Rn. 12). Ob und welche Leistungen der Dienstherr im Falle von Krankheit und Pflegebedürftigkeit erbringt, ist für den Beamten und seine Familie von heraus-

ragender Bedeutung. Die Leistungen gestalten den Fürsorgegrundsatz aus und bestimmen mit über das dem Beamten gewährte Niveau der Alimentation. Die persönlichen Rechtsverhältnisse der Beamten, die insoweit nicht Teil der Staatsorganisation sind und auch nicht in einem „besonderen Gewaltverhältnis“ stehen, hat der parlamentarische Gesetzgeber normativ zu gestalten. Der Gesetzgeber selbst hat in der Bandbreite seiner verfassungsrechtlichen Möglichkeiten das Leistungssystem zu bestimmen, das dem Beamten und seiner Familie Schutz im Falle von Krankheit und Pflegebedürftigkeit bietet, festzulegen, welche „Risiken“ erfasst werden, für welche Personen Leistungen beansprucht werden können, nach welchen Grundsätzen Leistungen erbracht und bemessen oder ausgeschlossen werden und welche zweckidentischen Leistungen und Berechtigungen Vorrang haben (Urteil vom 17. Juni 2004 a.a.O. S. 110 bzw. S. 14). Ferner muss der parlamentarische Gesetzgeber die Verantwortung für wesentliche Einschränkungen des Beihilfestandards übernehmen. Ansonsten könnte die Exekutive das durch die Besoldungs- und Versorgungsgesetze festgelegte Alimentationsniveau durch Streichungen und Kürzungen von Beihilfeleistungen eigenmächtig absenken. Dem Gesetzesvorbehalt unterliegen auch Beihilfekürzungen in Form von Selbstbeteiligungen, wenn sie die Schwelle der Geringfügigkeit überschreiten (Urteile vom 20. März 2008 a.a.O. jeweils Rn. 11 und vom 19. Juli 2012 a.a.O. jeweils Rn.13).

- 14 Diese Grundsätze sind auf das Heilfürsorgerecht der Bundespolizei übertragbar. Zwar gehört die freie Heilfürsorge wie die Beihilfe nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Auch deckt die Heilfürsorge nur die Ansprüche des Polizeivollzugsbeamten im Krankheits- und Pflegefall ab, sichert also grundsätzlich nicht deren Angehörige. Gleichwohl ist die Ausgestaltung der Heilfürsorge für die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten von herausragender Bedeutung. Der grundsätzliche Anspruch auf Heilfürsorgeleistungen und deren Umfang bestimmen die Qualität der Versorgung bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit. Die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit, die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz sowie die Wahrung eines amtsangemessenen Lebensunterhalts trotz laufender Aufwendungen für die Risikovorsorge oder besonderer Belastungen wegen Krankheit und Hilflosigkeit sind hochrangige Schutzgüter. Es ist für die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten insbe-

sondere von wesentlicher Bedeutung, ob sie nur Zugang zu der vom Dienstherrn bereitgestellten polizeiärztlichen Betreuung haben oder ob und in welchem Umfang sie auch kassen- oder privatärztliche Versorgung in Anspruch nehmen können. Diese Fragen prägen Art und Umfang der vom Dienstherrn gewährten medizinischen Fürsorge. Ferner bestimmen sie das den Polizeivollzugsbeamten gewährte Alimentationsniveau mit. Vom Umfang der staatlich gewährten Heilfürsorge hängen die Notwendigkeit und die Kosten einer zusätzlichen privaten Krankheits- und Pflegefallvorsorge ab. Die Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei haben daher eine den Beihilfevorschriften vergleichbare Bedeutung.

- 15 Daher erfordert es der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, dass auch im Bereich der Heilfürsorge für die Bundespolizei der parlamentarische Gesetzgeber zumindest die tragenden Strukturprinzipien und wesentliche Einschränkungen des Heilfürsorgerechts selbst regelt. Diesen Anforderungen genügen die im Jahr 2011 geltenden Vorschriften nicht. Aus der gesetzlichen Regelung des § 70 Abs. 2 BBesG 2011 lässt sich lediglich der Kreis der Anspruchsberechtigten, nicht aber Art und Umfang der Heilfürsorgeleistungen bestimmen. Inhaltliche Maßstäbe für das „Ob“ und „Wie“ der zu gewährenden medizinischen oder finanziellen Leistungen gibt das Gesetz nicht vor. Die hierzu ergangene Allgemeine Verwaltungsvorschrift vom 6. November 2005 enthält zwar das fehlende Regelungsprogramm. Sie gestaltet weitgehend originär das Heilfürsorgerecht der Bundespolizei, indem sie ein System von Sachleistungen und Kostenerstattungsansprüchen konstituiert, die leistungsbegründenden Anlässe definiert, den Leistungsumfang begrenzt und die Konkurrenzsituation mit anderen Leistungen löst. Sie genügt jedoch als rein administrative Bestimmung nicht dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts. Die in § 71 Abs. 2 BBesG enthaltene Befugnis des Bundesministeriums des Innern zum Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ist keine Ermächtigung, Normen im formellen Sinne zu erlassen (vgl. Urteil vom 17. Juni 2004 a.a.O. S. 110 bzw. S. 14).
- 16 Demzufolge ist auch der Gesetzgeber beim Erlass des Professorenbesoldungsneuregelungsgesetzes im Anschluss an die instanzgerichtliche Rechtsprechung (VG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2005 - 9 E 5909/04 - juris

Rn. 15 ff.; VG Würzburg, Urteil vom 20. Juli 2010 - W 1 K 10.235 - juris Rn.13; VG Düsseldorf, Urteil vom 15. Juni 2012 - 13 K 8100/10 - juris Rn. 31 ff.) davon ausgegangen, dass die Ausgestaltung des Heilfürsorgeanspruchs durch bloße Verwaltungsvorschriften nicht dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts entspricht (BTDrucks 17/12455 S. 65 f.). Dadurch, dass § 70 Abs. 2 BBesG 2013 als wesentliche Strukturprinzipien der polizeilichen Heilfürsorge die Absicherung des Krankheits- und Pflegerisikos in Anlehnung an das Fünfte und Elfte Buch Sozialgesetzbuch vorgeschrieben und das Bundesministerium des Innern zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt hat, ist zwar ein erster Schritt zur Schaffung einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage getan. Allerdings ist jedenfalls bis zum Erlass der angekündigten Rechtsverordnung das normative Defizit nicht beseitigt.

- 17 2. Trotz dieses Mangels hält der Senat es für hinnehmbar, für eine Übergangszeit von der Weitergeltung der Heilfürsorgevorschriften auszugehen. Damit ist gewährleistet, dass die Leistungen im Fall der Krankheit und Pflegebedürftigkeit nach einem einheitlichen Handlungsprogramm erbracht werden, das hinsichtlich des Inhalts jedenfalls bislang in aller Regel keinen Anlass zu Beanstandungen aus der Sicht höherrangigen Rechts geboten hat. Eine andere Beurteilung dürfte erst dann angezeigt sein, wenn der Ordnungsgeber in einem überschaubaren Zeitraum seiner Normierungspflicht nicht nachkommt (vgl. Urteil vom 17. Juni 2004 - BVerwG 2 C 50.02 - BVerwGE 121, 111 = Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 123 S. 15) und dadurch eine andere Vorgehensweise erzwingt (vgl. Urteil vom 26. Juni 2008 - BVerwG 2 C 2.07 - BVerwGE 131, 234 = Buchholz 270 § 6 BhV Nr. 17 jeweils Rn. 9 f.).
- 18 Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Zeitraum, in dem übergangsweise zur Verhinderung eines Leistungsvakuums die weitere Anwendung der heilfürsorgerechtlichen Verwaltungsvorschrift hingenommen wird, noch nicht abgelaufen. Zwar hätte der Gesetzgeber bereits die Beanstandung der Beihilfevorschriften des Bundes im Urteil vom 17. Juni 2004 (a.a.O.) zum Anlass nehmen können, auch die Heilfürsorgevorschriften auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts hin zu untersuchen. Gleichwohl kann sich die verwaltungsgerichtliche Beanstandung eines Regelungsdefizits und die gerichtliche Be-

stimmung eines Übergangszeitraums aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit jedenfalls in der Regel - und so auch hier - nur auf die im jeweiligen Verfahren beanstandete Normierungslücke beziehen. Andere auch ähnlich gelagerte Regelungsbereiche müssen von der Rechtsprechung jeweils gesondert untersucht und gegebenenfalls beanstandet werden. Es trifft zwar zu, dass verschiedene Instanzgerichte das normative Defizit im Bereich der Heilfürsorge der Bundespolizei schon früh aufgezeigt haben (vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2005 a.a.O.; VG Würzburg, Urteil vom 20. Juli 2010 a.a.O.). Eine Handlungspflicht des Bundesgesetzgebers kann es hier jedoch erst geben, wenn auch die Überprüfung durch ein oberstes Bundesgericht die Feststellung einer mit dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts unvereinbaren Rechtslage ergeben hat.

- 19 Für die Dauer der Übergangszeit bleibt im Bereich der Heilfürsorge der Bundespolizei die Allgemeine Verwaltungsvorschrift vom 6. November 2005 weiter anwendbar. Das Bundesministerium des Innern ist jedoch nicht berechtigt, durch Änderungen der Verwaltungsvorschrift das bestehende Heilfürsorgerecht zum Nachteil der Polizeivollzugsbeamten zu reformieren. Ferner setzt die weitere Anwendbarkeit von Leistungsausschlüssen und Leistungseinschränkungen voraus, dass die jeweilige Regelung nicht aus anderen Gründen gegen höherrangiges Recht verstößt. Als Maßstab kommt insbesondere die Fürsorgepflicht des Dienstherrn in Betracht, soweit sie als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG verfassungsrechtlichen Schutz genießt (vgl. Urteil vom 26. Juni 2008 a.a.O. jeweils Rn. 12).
- 20 3. Gemessen an diesen Maßstäben hat der Kläger grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Erstattung der Kosten für kassenärztlich erbrachte Leistungen nach den Heilfürsorgebestimmungen der Bundespolizei.
- 21 a) Nach § 70 Abs. 2 BBesG 2011 und Nr. 1.1 HfVBPOL hat der Kläger als aktiver Polizeivollzugsbeamter im Krankheitsfall (Nr. 1.3 HfVBPOL) grundsätzlich Anspruch auf Heilfürsorge als Sachleistung durch staatliche Ärzte (Nr. 1.4 Abs. 1 HfVBPOL) und, wenn - wie hier - eine Krankenversicherungskarte erteilt worden ist, durch Kassenärzte (Nr. 1.4 Abs. 4 HfVBPOL). Kostenerstattung er-

folgt nur in den von der Verwaltungsvorschrift ausdrücklich vorgesehenen Fällen (Nr. 1.4. Abs. 2 HfVBPOL). Insbesondere werden nach Nr. 9.1 HfVBPOL die Kosten für Arzneimittel übernommen, soweit sie nach den Bestimmungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit den Richtlinien des gemeinsamen Bundesausschusses verordnungsfähig sind.

- 22 b) Das Mittel Ostenil fällt als Medizinprodukt unter den Begriff des Arzneimittels im Sinne der Nr. 9.1 HfVBPOL. Zwar sind hyaluronsäurehaltige Fertigspritzen auf Grund ihrer rein physikalischen Wirkungsweise bei Gelenkerkrankungen als Medizinprodukte und nicht als Arzneimittel im Sinne des § 2 des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG) in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005 (BGBl I S. 3394), zuletzt geändert durch Verordnung vom 19. Juli 2011 (BGBl I S. 1398 - AMG 2011), anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - I ZR 193/06 - PharmR 2010, 297 <299>). Diese Begriffsbestimmung ist jedoch angesichts des Zweckes des Arzneimittelgesetzes, für die Sicherheit im Verkehr mit Arzneimitteln zu sorgen, nicht ohne Weiteres auf das Heilfürsorgerecht zu übertragen, das die Verpflichtung des Dienstherrn zur Übernahme der Krankenbehandlung der Polizeivollzugsbeamten regelt (vgl. Urteil vom 30. Mai 1996 - BVerwG 2 C 5.95 - Buchholz 271 LBeihilfeR Nr. 16). Vielmehr spricht der Zweck der Verwaltungsvorschrift, den Polizeivollzugsbeamten umfassenden Schutz im Krankheitsfalle in einem der gesetzlichen Krankenversicherung vergleichbaren Ausmaß zu gewähren, für ein weites Verständnis des Arzneimittelbegriffs. Denn auch das im Abrechnungszeitpunkt maßgebliche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung sieht in § 31 Abs. 1 Satz 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch vom 20. Dezember 1988 (BGBl I S. 2477), zuletzt geändert durch Art. 12 Abs. 3 des Gesetzes vom 24. März 2011 (BGBl I S. 453) - SGB V 2011 -, grundsätzlich die Einbeziehung bestimmter Medizinprodukte in die Arzneimittelversorgung vor. Auch bezweckte die Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte (ABl EWG Nr. L 169 vom 12. Juli 1993 S. 1) - wie der vierte Erwägungsgrund deutlich macht - mit der Einführung der Kategorie der Medizinprodukte keine Änderung im Leistungsspektrum des öffentlichen Gesundheitssystems und des Krankenversicherungssystems. Dies legt eben-

falls die Annahme nahe, dass unter den heilfürsorgerechtlichen Arzneimittelbegriff der Nr. 9.1 HfVBPOL grundsätzlich auch Medizinprodukte fallen.

- 23 4. Der Anspruch des Klägers auf Kostenübernahme ist jedoch wirksam ausgeschlossen. Nach Nr. 9.1 HfVBPOL werden nur Kosten für Arzneimittel übernommen, die nach den Bestimmungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses verordnungsfähig sind.
- 24 a) Die damit verbundene dynamische Verweisung auf die im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Leistungseinschränkungen bei Arzneimitteln ist - wie im früheren Beihilferecht - ungeachtet der dagegen bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken jedenfalls für eine Übergangszeit grundsätzlich hinnehmbar (vgl. Urteil vom 28. Mai 2008 - BVerwG 2 C 24.07 - Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 126 S. 4 und vom 6. November 2009 - BVerwG 2 C 60.08 - juris Rn. 24). Auch bleibt - entgegen der Ansicht des Klägers - ein ausreichender individueller Rechtsschutz der betroffenen Beamten gegen einzelne in Bezug genommene Leistungseinschränkungen bestehen. Im Verwaltungsweg kann auch während der Übergangszeit die Vereinbarkeit eines Leistungsausschlusses mit anderen Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen geltend gemacht werden und gegebenenfalls zur Unanwendbarkeit einzelner Leistungsausschlüsse führen (vgl. Urteil vom 6. November 2009 a.a.O. Rn. 18 ff.).
- 25 b) Im vorliegenden Fall ergibt sich der Leistungsausschluss daraus, dass nach der zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung geltenden Fassung des § 31 Abs. 1 Satz 2 SGB V 2011 Medizinprodukte nur dann ausnahmsweise in die Arzneimittelversorgung aufgenommen werden, wenn die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses dies vorsehen. Damit übereinstimmend bestimmt der hier maßgebliche § 27 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Versorgung von Arzneimitteln in der vertragsärztlichen Versorgung vom 18. Dezember 2008/22. Januar 2009 (BAnz Nr. 49a S. 1 - Arzneimittel-Richtlinie 2011), dass Medizinprodukte nur ausnahmsweise in die Arzneimittelversorgung nach § 31 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB V einbezogen sind. Nach § 27 Abs. 8 Arzneimittel-Richtlinie 2011 sind die verordnungsfähigen Me-

dizinprodukte abschließend in einer Übersicht als Anlage V dieser Richtlinie aufgeführt. Darin findet sich das hier streitige Medizinprodukt Ostenil nicht. Auch sind keine anderen hyaluronhaltigen Chondroprotektiva aufgeführt.

- 26 c) Der damit verbundene Leistungsausschluss kann auch bei heilfürsorgeberechtigten Polizeibeamten ausnahmsweise unbeachtlich sein, wenn er für Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung nicht gilt. Der Verwaltungsgesichtshof hat daher im Ansatz zutreffend angenommen, dass es dem Dienstherrn verwehrt ist, sich auf einen durch eine Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses bewirkten Leistungsausschluss zu berufen, wenn sich auch die gesetzlichen Krankenkassen wegen eines sogenannten „Systemversagens“ hierauf nicht berufen können. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sind die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses untergesetzliche Normen, von denen nur wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht abgewichen werden kann. Einen solchen Verstoß gegen die Garantie eines dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechenden Krankenbehandlungsanspruchs aus § 27 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V nimmt das Bundessozialgericht, dem der Senat insoweit folgt, allerdings zu Recht nur unter engen Voraussetzungen an. Ein Systemmangel kann vorliegen, wenn das Verfahren vor dem Bundesausschuss von den antragsberechtigten Stellen bzw. dem Bundesausschuss selbst überhaupt nicht, nicht zeitgerecht oder nicht ordnungsgemäß betrieben wurde und dies auf eine willkürliche oder sachfremde Untätigkeit bzw. Verfahrensverzögerung zurückzuführen ist (vgl. BSG, Urteil vom 26. September 2006 - B 1 KR 3/06 - SozR 4-2500 § 27 SGB V Nr. 10 Rn. 24 m.w.N.). Eine die Annahme eines Systemversagens rechtfertigende Untätigkeit des Bundesausschusses ist nicht ersichtlich. Dagegen spricht bereits, dass dieser bei der Anerkennung neuer Medizinprodukte grundsätzlich nur auf Antrag, der auch von dem Hersteller gestellt werden kann, tätig wird (vgl. BSG, Urteil vom 26. September 2006 a.a.O. Rn. 26 m.w.N.). An einem solchen Antrag fehlt es hier. Jedenfalls scheidet ein Systemversagen aus, weil sich die Nichtanerkennung des Mittels Ostenil nicht darauf zurückführen lässt, dass sich die antragsberechtigten Stellen oder der Bundesausschuss aus sachfremden oder willkürlichen Erwägungen mit der Materie nicht oder zögerlich befasst haben. Nach den den Senat bindenden tat-

sächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil ist der medizinische Nutzen einer Behandlung von Arthrosen mit Hyaluronsäure in der Wissenschaft umstritten. Neben Studien, die einen therapeutischen Gewinn uneingeschränkt oder teilweise bejahen, liegen Untersuchungen vor, die die Wirksamkeit verneinen. Bei einer solchen Sachlage beruht die mangelnde Durchführung eines Verfahrens bei dem Bundesausschuss nicht auf sachfremden oder willkürlichen Erwägungen. Davon abgesehen ist der Umstand, dass das Mittel Ostenil vom Bundesausschuss nicht in die Liste der verordnungsfähigen Medizinprodukte aufgenommen worden ist, auch deshalb nicht Ausdruck eines Systemversagens, weil dies nur bei Arzneimitteln oder Medizinprodukten angenommen werden kann, deren therapeutischer Nutzen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht (vgl. BSG, Urteile vom 28. März 2000 - B 1 KR 11/98 R - BSGE 86, 54 <60 f.> und vom 3. Juli 2012 - B 1 KR 23/11 R - NZS 2013, 62 Rn. 28 ff.). Dies ist hier nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs nicht der Fall.

- 27 d) Schließlich verstößt der Leistungsausschluss für das Medizinprodukt Ostenil auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz oder das verfassungsrechtliche Fürsorgeprinzip. Eine Ungleichbehandlung heilfürsorgeberechtigter Beamtinnen oder Beamter gegenüber gesetzlich krankenversicherten oder beihilfeberechtigten Personen liegt nicht vor. Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bestand zum maßgeblichen Zeitpunkt (25. Oktober 2011) aus den vorstehenden Gründen ebenfalls kein Anspruch auf eine Hyaluronsäure-Therapie bei Arthrosen. Im Bereich der Beihilfe sah § 22 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung über die Beihilfe in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen (Bundesbeihilfeverordnung - BBhV) vom 17. Dezember 2009 (BGBl I S. 3922), zuletzt geändert durch Verordnung vom 13. Juli 2011 (BGBl I S. 1394, 2710 - BBhV 2011) ebenfalls nur eine Kostenerstattung von Medizinprodukten in entsprechender Anwendung der Bestimmungen der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 31 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB V 2011) vor, so dass die mangelnde Aufnahme von Ostenil in der Medizinproduktliste des Bundesausschusses zum Leistungsausschluss führte. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt auch nicht darin, dass Heilfürsorgeberechtigte, denen Ostenil verabreicht wurde, die dafür aufgewendeten Kosten nicht erstattet bekommen, während die Kosten für Medizinprodukte, die in die

Arzneimittelversorgung einbezogen sind, vom Dienstherrn im Rahmen der Heilfürsorge übernommen werden. Diese Ungleichbehandlung ist gerechtfertigt, weil der therapeutische Nutzen von Ostenil umstritten ist, dies hingegen bei Medizinprodukten, deren Kosten geltend gemacht werden können, nicht der Fall ist. Schließlich verletzt die Ablehnung der Kostenerstattung für eine Hyaluronsäure-Therapie auch nicht Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot, da diese Behandlungsmethode nicht allgemein wissenschaftlich anerkannt ist. Aus diesem Grund scheidet auch eine Verletzung der durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus (vgl. Urteil vom 29. Juni 1995 - BVerwG 2 C 15.94 - Buchholz 271 LBeihilfeR Nr. 15 S. 8). Ein Ausnahmefall, in dem der Dienstherr auch die Kosten einer wissenschaftlich (noch) nicht allgemein anerkannten Behandlungsmethode übernehmen müsste, liegt nicht vor.

28 e) Ist das eingesetzte Medizinprodukt heilfürsorgerechtlich im Sinne der Nr. 9.1 HfVBPOL nicht verordnungsfähig, so sind auch die mit der ärztlichen Applikation des Mittels verbundenen Mehrkosten nach Nr. 1.4 Abs. 6 HfVBPOL nicht zu erstatten.

29 5. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Vormeier

Stengelhofen

Dr. Störmer

Dr. Häußler

Dr. Fleuß

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Beihilfen

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3; Art. 33 Abs. 5
BBesG	§ 70 Abs. 2
BBhV	§ 22 Abs. 1 Satz 2
SGB V	§ 31 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 91 Abs. 1 Satz 1
Arzneimittel- Richtlinie	§ 27 Abs. 1 Satz 2, Abs. 8, Anlage V
HfVBPOL	Nr. 1.1, 1.3, 1.4, 9.1

Stichworte:

Alimentationsprinzip; Arzneimittel; Fürsorgepflicht; beamtenrechtliche -; Gemeinsamer Bundesausschuss; dynamische Verweisung; Gesetzesvorbehalt; Gleichheitssatz; Heilfürsorgeanspruch; Heilfürsorge, Bundespolizei; Heilfürsorgeleistungen; Hyaluronsäure; Kostenerstattungsanspruch; Krankenversicherungsrecht, gesetzliches -; Medizinprodukt; Systemversagen, krankenversicherungsrechtliches -; Übergangszeit.

Leitsatz:

Die Heilfürsorgevorschriften für die Bundespolizei genügen nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts. Der parlamentarische Gesetzgeber muss zumindest die tragenden Strukturprinzipien und die wesentlichen Einschränkungen des Heilfürsorgerechts selbst regeln.

Für eine Übergangszeit sind die Heilfürsorgevorschriften weiter anzuwenden, soweit sie nicht aus anderen Gründen gegen höherrangiges Recht verstoßen.

Urteil des 5. Senats vom 12. September 2013 - BVerwG 5 C 33.12

I. VG Karlsruhe vom 16.03.2011 - Az.: VG 4 K 3340/08 -
II. VGH Mannheim vom 22.08.2012 - Az.: VGH 2 S 2076/11 -