

Freiheit in der Rehabilitation – Wunsch und Wahlrecht

Harry Fuchs, Düsseldorf

1. Freiheit in der Rehabilitation – Stärkung der Selbstbestimmung

Freiheit in der Rehabilitation steht in engem Zusammenhang mit dem Paradigmenwechsel, den das Neunte Sozialgesetzbuch (IX) für die Teilhabe und Rehabilitation behinderter, chronisch kranker und pflegebedürftiger Menschen in Deutschland vollzogen hat.

Seit dem Inkrafttreten des SGB IX am 1.7.2001 haben die Leistungen zur Rehabilitation einschl. der medizinischen Rehabilitation auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) nicht mehr nur die Aufgabe, den Erfolg einer Krankenbehandlung zu fördern und zu unterstützen. Sie haben vor allem die Aufgabe, die Selbstbestimmung und die gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern, Benachteiligungen zu vermeiden oder ihnen entgegen zu wirken.

Damit wird nicht nur dem im Grundgesetz verankerten Benachteiligungsverbot behinderter Menschen im Sozialrecht Geltung verschafft. Teilhabe ist ein unmittelbarer Aspekt der Freiheit selbst. Die Gleichheitssätze, insbesondere das Benachteiligungsverbot, sichern chronisch kranken, pflegebedürftigen und/oder behinderten Menschen rechtliche und soziale Gleichheit. Auf dem System der Freiheitsrechte basiert u.a. die Zielsetzung – und zugleich Verpflichtung - der Sozialleistungsträger pflegebedürftigen und/oder behinderten Menschen zu helfen, trotz ihres Hilfebedarfs ein möglichst selbständiges und selbstbestimmtes Leben zu führen. Selbstbestimmung und selbstbestimmte Lebensführung sind jedoch nicht nur eine Frage rechtlicher Freiheit, d.h., der Anerkennung als Rechtsperson und der Tragweite der Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten. Selbstbestimmung ist vielmehr gerade für chronisch kranke, pflegebedürftige und/oder behinderte Menschen davon abhängig, ob sie die tatsächlichen Voraussetzungen zur Freiheitsausübung haben und ob diese in ihrer Lebenssituation verwirklicht werden können. Selbstbestimmung ist deswegen insbesondere die reale Möglichkeit, mit eigener Stimme zu sprechen, Freiheiten auszuüben und Entscheidungen zu treffen, mit denen das Leben kurzfristig und langfristig gestaltet wird.

Teilhabe wird im System der Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als Einbezogenheit in eine Lebenssituation definiert. Der Gesetzgeber hat das SGB IX an der ICF orientiert und damit weltweit als erster Nationalstaat die ICF zum Maßstab des nationalen Sozialrechts gemacht.

Die ICF benennt neun Bereiche der Teilhabe: Lernen und Wissensanwendung, Allgemeine Aufgaben und Anforderungen, Kommunikation, Mobilität, Selbstversorgung, Häusliches Leben, Interpersonelle Interaktion und Beziehungen, bedeutende Lebensbereiche und Gemeinschafts-, soziales und staatsbürgerliches Leben. Die ICF klassifiziert die Beeinträchtigung der Teilhabe der behinderten Menschen mit Pflegebedarf, die Art der Beeinträchtigung und die beeinträchtigte Lebenssituation.

Das SGB IX enthält neben der grundsätzlichen Neuorientierung der Rehabilitation und Teilhabe verschiedene Bestimmungen, mit denen die individuellen Rechte behinderter, chronisch kranker und pflegebedürftiger Menschen und ihrer Interessenorganisationen zur Förderung der Selbstbestimmung und Teilhabe gestärkt werden:

- Berechtigten Wünschen ist bei der Leistungsentscheidung zu entsprechen (Wunschrecht)
- Außerhalb von Rehabilitationseinrichtungen zu erbringende Sachleistungen können unter bestimmten Voraussetzungen als Geldleistungen erbracht werden (Wahlrecht)
- Rücksichtnahme auf die persönliche Lebenssituation, das Alter, das Geschlecht, die Familie sowie die religiösen und weltanschaulichen Bedürfnisse
- Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse behinderter Eltern und Kinder

- Altes- und entwicklungsgerechte Beteiligung behinderter Kinder- und Jugendlicher an der Planung und Ausgestaltung der Leistungen und Einbeziehung der Sorgeberechtigten
- Verpflichtung zur verstärkten Zusammenarbeit mit Behindertenorganisationen und Selbsthilfegruppen
- Beteiligung dieser Organisationen bei der Gestaltung der Leistungsinhalte, der Qualitätsdefinition und –sicherung sowie an der Bedarfsplanung
- Einführung eines Verbandsklagerechts
- Selbstbestimmte Ausführung der Leistungen als persönliches Budget.

Nachfolgend soll im Wesentlichen das Wunsch und Wahlrecht referiert werden.

2. Wunsch und Wahlrecht im Rahmen der Rehabilitations- und Teilhabeleistungen

2.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Mit der Entscheidung, das Rehabilitationsrecht als „Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen“ zu bezeichnen, hat der Gesetzgeber bewusst die Diskussion über die Ausstrahlung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat als Teilhaberechte aufgenommen¹. Rehabilitation und Teilhabe berühren in vielfältiger Weise die Grundrechte der Betroffenen, wobei in schweren Fällen die Grundrechte auf Freiheit und körperliche Unversehrtheit auch unmittelbar als Abwehrrechte betroffen sein können. Durchweg sind jedoch die objektiven Gehalte der grundrechtlichen Ordnung berührt.

Erst wenn Menschen, die als Folge einer Krankheit oder Behinderung in ihren Funktionen, ihren Aktivitäten und Leistungen sowie ihrer Partizipation beeinträchtigt sind, durch Leistungen der Rehabilitation, insbesondere auch der medizinischen Rehabilitation, wieder in die Lage versetzt werden, trotz ihrer Beeinträchtigungen ein weitgehend normales Leben zu führen, werden ihre Rechte als Staatsbürger und ihre Meinungsfreiheit wieder real wirksam. Rehabilitation hilft danach, die Grundrechte zu verwirklichen. Das bedeutet jedoch auch, dass sie dem Inhalt der Grundrechte verpflichtet ist².

Nach dieser Verpflichtung müssen Freiheit und Selbstbestimmung³ Leitlinien des Rechts sein, ihre Beschränkung z.B. durch die Rehabilitationsträger muss begründet werden. Das im Grundgesetz verankerte Benachteiligungsverbot⁴ erwartet die Anwendung dieser Leitlinie gleichermaßen für behinderte wie für nicht behinderte Menschen und gebietet, behinderten Menschen ein möglichst gleiches Niveau an Freiheit zu garantieren wie nicht behinderten Menschen⁵. Fürsorgliche Fremdbestimmung in der Rehabilitation – z.B. im Rahmen der Ermessensausübung der Rehabilitationsträger im Rahmen der ihnen sozialrechtlich zugeordneten Entscheidungs- und Gestaltungsverantwortung⁶ - muss auf ein unvermeidliches Maß reduziert werden⁷.

2.2 Wunschrecht – Element der Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen

Weil nach rehabilitationswissenschaftlichen Erkenntnissen die Motivation der Betroffenen und die Tragfähigkeit familiärer Bindungen für die erfolgreiche Ausführung der Leistungen

¹ BVerfGE 33, S. 303, 330ff; Dietrich Wiegand, Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte, DVBl. 1974, S. 657ff; Welti in HK-SGB IX, Rz 12 zu § 1

² Hans F. Zacher, der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderungen in: Gerhard Igl/Felix Welti, Die Verantwortung des sozialen Rechtsstaates für Personen mit Behinderung und für die Rehabilitation, 2001, S. 1, 12

³ § 10 SGB I; § 1 Satz 1, 4 Abs. 1 Nr. 4, 9 Abs. 3 SGB IX; zu § 33 SGB I vergl. BT-Drucks. 7/868, S. 27

⁴ Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; vergl. § 10 Nr. 5 SGB I, § 1 Satz 1 SGB IX

⁵ Ulrike Davy, Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht, SDRV 49 (2002), S. 7, 39

⁶ z.B. § 40 Abs. 3 Satz 1 SGB V, § 13 Abs. 1 Satz 1 SGB VI

⁷ Dazu Otto Ernst Krasney, Zur Mitwirkung des Betroffenen bei der Rehabilitation, DOK 1982, S. 705ff; Gerhard Igl/Dieter Giese Über den Begriff „unvertretbare Mehrkosten“ i.S.d. § 3 Abs. 2 BSHG, ZfSH 1982, S. 65 ff

zur Rehabilitation unverzichtbar sind, soll das Wunschrecht des § 9 SGB IX dazu beitragen, diese Erfolgsindikatoren einer wirksamen und wirtschaftlichen Leistungserbringung zu erschließen und nutzbar zu machen⁸.

Eine große Zahl rehabilitationswissenschaftlicher Studien belegt evident, dass Rehabilitationsleistungen, die nach ihrer Ausgestaltung vorwiegend passiv ausgeführt und/oder vom Berechtigten passiv entgegengenommen werden können, in der Regel keine nachhaltige Wirksamkeit bezogen auf die mit den Leistungen angestrebten Rehabilitationsziele bewirken. Die Rehabilitationsforschung hat nachgerade als einen Schwachpunkt unseres Rehabilitationssystems herausgearbeitet, dass Leistungen oft unzureichend auf die individuellen Bedürfnisse und Fähigkeiten der Berechtigten abgestimmt sind.⁹

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 SGB IX werden Leistungen zur Teilhabe/Rehabilitation (ausschließlich) zur Erreichung der in Absatz 1 genannten Ziele erbracht. Die Erreichung dieser Rehabilitationsziele ist ohne die Adaption dieser Ziele durch den Berechtigten und seine aktive, auf die Erreichung dieser Ziele ausgerichtete Mitwirkung nicht denkbar. Der Gesetzgeber trägt dieser Erkenntnis Rechnung, in dem er den Berechtigten – unabhängig von den Mitwirkungspflichten des § 60 SGB I – mit dem Anspruch aus § 9 Abs. 1 SGB IX, seinen berechtigten Wünschen Rechnung zu tragen, einen zusätzlichen rechtlichen Motivationsanreiz zur aktiven Mitgestaltung und Mitarbeit gibt.

Korrespondierend damit haben die Leistungen, Dienste und Einrichtungen dem Berechtigten nach § 9 Abs. 3 SGB IX möglichst viel Raum zu eigenverantwortlicher Gestaltung ihrer Lebensumstände zu belassen und ihre Selbstbestimmung zu fördern. Da sowohl die Auswahl einer Einrichtung, wie auch die Ausführung einer Leistung in der Einrichtung zur „Gestaltung der Lebensumstände“ der Berechtigten zählen, haben diese nach § 9 Abs. 3 SGB IX neben dem Wunschrecht nach § 9 Abs. 1 SGB IX, einen noch darüber hinausgehenden Anspruch darauf, dass die Rehabilitationsträger im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung die Selbstbestimmungsrechte der Berechtigten sowohl bei der Auswahl, wie auch bei der Ausführung der Leistungen beachten und fördern. D.h. unter anderem auch, dass sie – vergleichbar der Regelung in § 4 Abs. 3 für die Rehabilitation von Kindern und Jugendlichen – die Berechtigten unter Berücksichtigung ihrer Selbstbestimmungsrechte an der Planung und Gestaltung der einzelnen Hilfen – z.B. der Aufstellung des Therapieplanes in der Rehabilitationseinrichtung – beteiligen und dabei sogar noch fördern.

Individuelle Wünsche und Entscheidungen der Berechtigten sind danach keine Hemmnisse für den Rehabilitationsprozess oder gar Indikatoren gegen dessen Erfolg, die Wirksamkeit oder Wirtschaftlichkeit der Rehabilitationsleistungen. Nach den Bestimmungen des SGB IX sind sie - ganz im Gegenteil – unverzichtbare Elemente für die Wirksamkeit sowie den Erfolg der Rehabilitationsleistungen und damit zur Erreichung der Rehabilitationsziele im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 SGB IX Voraussetzung für die Leistungsgewährung.

Soweit sozialgerichtliche Entscheidungen¹⁰ dem Gestaltungsermessen¹¹ der Rehabilitationsträger bei der Entscheidung über Rehabilitationsleistungen einen Vorrang gegenüber dem die Selbstbestimmungsrechte repräsentierenden Wunschrecht der Versicherten einräumen, wird dies in der Regel mit der Verantwortung der Rehabilitationsträger für die Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung begründet. Dabei wird jedoch offensichtlich der vom Gesetzgeber mit den Regelungen in § 4 Abs. 2 Satz 1, 9 Abs. 1 und 3 SGB IX

⁸ Haines in LPK-SGB IX Rn 7 zu § 9

⁹ Vergl. Markus Zimmermann/Andreas Weber, Struktur- und systembedingte Grenzen und Möglichkeiten der Selbstbestimmung im Prozess der Rehabilitation in Deutschland, Schweden und der Schweiz in: Herbert Rische/Wolfgang Blumenthal (Hrsg) Selbstbestimmung in der Rehabilitation, 2000, S. 240 ff; zur Praxis: Stephan Schmid/Uwe Egner, Einweisungssteuerung im Rehabilitationsverfahren der BfA, DAngVers 2002, 369, 371

¹⁰ u.a. LSG Mainz vom 12.1.2006, L 2 RI 160/03

¹¹ z.B. nach § 40 Abs. 3 SGB V, 13 Abs. 1 SGB VI

vorgegebene Zusammenhang zwischen Selbstbestimmungsrecht und Wirksamkeit bzw. Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung übersehen.

Das BSG hat im Zusammenhang mit § 9 SGB IX zu Recht angenommen, dass die „Berechtigung“ von Wünschen in einem Zusammenhang mit der Prüfung steht, ob die maßgebenden Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind¹². Wird den Selbstbestimmungsrechten der Berechtigten bei der Entscheidung über die Rehabilitationsleistungen, deren Ausgestaltung und Ausführung nicht Rechnung getragen, darf nämlich angenommen werden, dass nach den insoweit evidenten rehabilitationswissenschaftlichen Erkenntnissen die Rehabilitationsziele nicht oder nur eingeschränkt erreicht werden können und es damit an einer wesentlichen Leistungsvoraussetzung im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 SGB IX mangelt. Wird eine solche Leistung dennoch – gegen den Wunsch des Berechtigten, wenn auch letztlich mit seiner Zustimmung - ausgeführt, dürfte sie wegen der im Verhältnis zu der vom Berechtigten gewünschten Leistungsausführung eingeschränkten Erfolgsaussicht in vielen Fällen mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Leistungsausführung¹³ gerade nicht vereinbar sein.

2.3 Individualisierung nach § 33 SGB I

Bereits seit Inkrafttreten des Ersten Sozialgesetzbuches (SGB I) am 1.1.1976 enthält dessen § 33 die Verpflichtung der Sozialleistungsträger, die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten, seinen Bedarf und seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse bei der Ausgestaltung zu berücksichtigen, soweit der Inhalt von Rechten oder Pflichten nach Art oder Umfang nicht im Einzelnen bestimmt ist. Dabei soll den Wünschen des Berechtigten entsprochen werden, soweit sie angemessen sind.

Die Ausgestaltung dieser Rechte ist der Prozess der individuellen Konkretisierung. Die Rehabilitationsträger haben danach zunächst die zur Ausgestaltung ihrer Leistungen relevanten persönlichen Verhältnisse von Amts wegen, d.h. unabhängig davon zu erforschen, ob der Berechtigte Wünsche äußert oder nicht.

Der Individualisierungsgrundsatz des § 33 SGB I wird durch das SGB IX – unabhängig vom Wunschrecht nach § 9 SGB IX – insoweit berührt, als zu den persönlichen Verhältnissen nunmehr auch die mit der eigenverantwortlichen Gestaltung der Lebensumstände und der Förderung der Selbstbestimmung zusammenhängenden Aspekte nach § 9 Abs. 3 SGB IX gehören. Im Übrigen korrespondiert die Verpflichtung zur bedarfsgerechten Individualisierung der Leistungen mit der in § 10 SGB IX ausschließlich den Rehabilitationsträgern übertragenen Verpflichtung zur Feststellung des individuellen funktionsbezogenen (d.h., an der ICF¹⁴ orientierten) Leistungsbedarfs.

§ 33 SGB I gehört zu denjenigen Regelungen, die nach § 37 Satz 2 SGB I unbedingten Vorrang in allen Büchern des SGB haben. Entgegenstehendes Recht muss also explizit einer Individualisierung oder einer bestimmten Art der darauf gestützten Entscheidung entgegenstehen¹⁵.

3. Wunschrecht nach § 9 Absatz 1 Satz 1 SGB IX

Das SGB IX konkretisiert den Individualisierungsgrundsatz des § 33 SGB I für die Teilhabe- und Rehabilitationsleistungen, für die § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nunmehr die speziellere Regelung ist. § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB IX geht im Verhältnis zu § 33 Satz 2 SGB I von „berechtigten“, statt von „angemessenen“ Wünschen aus und ist im Übrigen für den Bereich

¹² BSG, Urteil vom 6.6.2002, B 3 KR 68/01 R

¹³ § 69 Abs. 2 SGB IV

¹⁴ Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit der Weltgesundheitsorganisation (WHO)

¹⁵ Welti, F. Die individuelle Konkretisierung von Teilhabeleistungen und das Wunsch und Wahlrecht behinderter Menschen, SGB 7/2003, S 379ff

der Rehabilitations- und Teilhabeleistungen wesentlich konkreter und genauer. Eine solche Konkretisierung und Abweichung zu Gunsten des berechtigten sollte durch § 37 Satz 2 SGB I nicht ausgeschlossen werden¹⁶.

3.1 Anwendungsbereich des § 9 SGB IX

§ 9 SGB IX wäre dann nach § 7 Satz 1 SGB IX zu den einzelnen Büchern des SGB nachrangig, wenn sich aus ihnen Abweichendes ergäbe. Von einer Abweichung ist nur dann auszugehen, wenn die Norm des Leistungsgesetzes nicht im Einklang mit dem SGB IX ausgelegt werden kann¹⁷, d.h., die spezifische Norm müsste explizit sein.

So kann und soll § 9 SGB IX z.B. § 13 Abs. 1 Satz 3 – 6 SGB XII¹⁸ nicht außer Kraft setzen, weil dort explizit geregelt ist, wann einem Wunsch nicht entsprochen werden soll. Dagegen können und müssen die Ermessensnormen in §§ 40 Abs. 3 SGB V, 13 Abs. 1 SGB VI im Einklang mit dem erweiterten Wunsch und Wahlrecht des § 9 SGB IX ausgelegt werden¹⁹.

3.2 Ausübung des Wunschrechts

Da das Wunsch- und Wahlrecht des § 9 SGB IX nur im Rahmen des Leistungsrechts ausgeübt werden kann, sind Subjekt dieses Rechts allein die Leistungsberechtigten. Die Ausübung des Wunschrechts setzt eine Leistungsberechtigung voraus

Kinder- und Jugendliche über das Wunschrecht selbst aus, wenn sie das fünfzehnte Lebensjahr vollendet haben und nach § 36 Abs. 1 SGB I handlungsfähig sind. Vorher sind sie Kinder nach § 4 Abs. 3 Satz 2 SGB IX alters- und entwicklungsentsprechend an der Planung und Ausgestaltung der einzelnen Hilfen (Leistungen) beteiligt und ihre Sorgeberechtigten intensiv in Planung und Gestaltung der Hilfen einbezogen²⁰.

Stehen Berechtigte unter Betreuung und umfasst diese auch den Umgang mit Rehabilitationsträgern, Diensten und Einrichtungen, so ist der Betreuer nach § 1901 Abs. 3 BGB an die Wünsche der betreuten Person gebunden, soweit diese deren Wohl nicht zuwiderlaufen und es ihm zuzumuten ist. Dabei ist der Betreuer zusätzlich auf die Rehabilitation verpflichtet²¹. Lehnt die betreute Person Teilhabeleistungen ab, ist dieser Wille – der einer Verweigerung der Zustimmung im Sinne des § 9 Abs. 4 SGB IX entspricht – im Regelfall zu akzeptieren²².

3.3 Gegenstand des Wunschrechts

Den Wünschen der Berechtigten ist im Rehabilitationsrecht sowohl bei der Entscheidung – in der Regel über Art, Umfang und Ort der Leistungserbringung – wie auch bei der Ausführung der Leistungen – Art, Dauer, Umfang, Ort, Intensität und Qualität der eingesetzten diagnostischen und therapeutischen bzw. sonstigen Verfahren und Methoden – Rechnung zu tragen. Da die Entscheidung des Rehabilitationsträgers durch die Gemeinsamen Servicestellen umfassend vorzubereiten ist und diese u.a. bei der Klärung des Rehabilitationsbedarfs, bei der Inanspruchnahme von Leistungen der Teilhabe sowie bei der Erfüllung der Mitwirkungspflichten zu helfen haben (§ 22 Abs. 1 SGB IX), ist das Wunschrecht auch Gegenstand der Aufgabenwahrnehmung der gemeinsamen Servicestellen. Sie müssen auf diese Rechte hinweisen und danach fragen²³.

¹⁶ Rübner in: Wannagat Rz 5 zu § 33 SGB I; vergl. Hauck in Hauck/Noftz SGB I, K § 47 Rz 4

¹⁷ Welti in HK-SGB IX, Rz 8 zu § 7

¹⁸ die dem Vorrang der offenen Hilfe nach § 3a BSHG entsprechen

¹⁹ Ebenso § 26 Abs. 5 SGB VII, § 97 Abs. 2 SGB III

²⁰ S. auch § 8 SGB VIII

²¹ § 1901 Abs. 4 BGB

²² Vgl. Jürgens, BtR, 2A, Rz 7 zu § 1901 BGB

²³ Ausdrücklich: § 5 Satz 3 SGB VII; § 2 Abs. 4 SGB XI

Das Wunschrecht wird durch den unbestimmten Rechtsbegriff "berechtigten Wünschen" eingeschränkt. In der Literatur wird zT die Auffassung vertreten²⁴, dass das Wunschrecht des § 33 SGB I durch § 9 Abs. 1 SGB IX praktisch nicht abgeändert worden sei, obwohl die in § 33 SGB I (angemessen) und in § 9 Abs. 1 SGB IX (berechtigten) verwendeten Begriffe nicht identisch sind. Nach der Rechtsprechung ist ein auf § 33 Abs. 2 SGB I basierter Wunsch dann unangemessen, wenn er zu einer ungeeigneten Form der Hilfe führen würde²⁵. Ein Gesichtspunkt der Angemessenheit sind dabei auch evtl. entstehende Mehrkosten²⁶. Nach den Gesetzesmaterialien zu § 9 Abs. 1 SGB IX ist demgegenüber ein Wunsch immer als berechtigt anzusehen, wenn er sich im Rahmen des Leistungsrechts, insbesondere der mit ihm verfolgten Ziele hält²⁷.

Für die Berechtigung eines Wunsches im Sinne des § 9 Abs. 1 SGB IX kommt es danach – wie bei § 33 SGB I – auf die Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und im Übrigen darauf an, dass der Wunsch der Erfüllung der Aufgabenstellung des Rehabilitationsträgers und der Beachtung der ihm vom Gesetzgeber vorgegebenen Zielsetzung der Teilhabeleistungen nicht entgegensteht.

Als nicht berechtigt müssen danach alle Wünsche angesehen werden, die die Zielgerichtetheit, die Bedarfsgerechtigkeit und die Wirksamkeit der Teilhabeleistungen einschränken oder gefährden. So kann zB der Wunsch nach einer wohnortnahen medizinischen Rehabilitation in der Krankenversicherung berechtigt sein, während er in der Renten- oder Unfallversicherung nicht berechtigt ist, weil das wohnortnahe Leistungsangebot mit seinen Struktur- und Prozessqualitäten zwar geeignet ist, das Rehabilitationsziel der Krankenversicherung (zB Minderung einer Behinderung iSd § 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX) zu erreichen, jedoch die spezifischen Rehabilitationsziele der Rentenversicherung (Abwendung der Minderung einer Erwerbsfähigkeit iSd § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst a SGB VI) oder der Unfallversicherung (vollständiger Schadensausgleich iSd § 26 SGB VII) eine Qualität erfordern, die nur in einer überregionalen Rehabilitationseinrichtung vorgehalten wird.

Kollidieren die Wünsche des Berechtigten nicht mit den Pflichten der Rehabilitationsträger aus den §§ 4 und 10 SGB IX bzw. denen nach dem für sie jeweils geltenden spezifischen Leistungsrecht, muss den Wünschen der Berechtigten Rechnung getragen werden – soweit wegen der damit ggfls. verbundenen Mehrkosten nicht gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung verstoßen wird

Der zuständige Rehabilitationsträger kann das Wunschrecht des Versicherten auch nicht mit dem Hinweis darauf ablehnen, Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nur in Rehabilitationseinrichtungen ausführen zu dürfen, mit denen er einen Versorgungsvertrag eingegangen ist²⁸. Dieser Einwand könnte ohnehin nur bei Leistungen in stationären Einrichtungen erhoben werden, weil sich die Verpflichtungen aus den §§ 111 SGB V, 15 SGB VI nicht auf ambulante Leistungen erstreckt, bei denen sich die Entscheidung immer nach § 19 Abs. 2 iVm § 9 SGB IX richtet.

Der Gesetzgeber weist zwar in der Begründung ausdrücklich darauf hin, dass sich Wünsche auch im Rahmen sonstiger Vorgaben bewegen muss, wie etwa der Pflicht, Leistungen nur in Einrichtungen zu erbringen, mit denen nach § 21 SGB IX ein Vertrag besteht. Danach kommt es nicht darauf an, dass der leistungsverpflichtete Rehabilitationsträger selbst mit der gewünschten Rehabilitationseinrichtung einen Versorgungsvertrag eingegangen hat, sondern nur darauf, dass die gewünschte Einrichtung über einen Versorgungsvertrag nach § 21 SGB IX verfügt. D.h., sie muss lediglich ihre Eignung im Sinne des § 17 Abs. 1 SGB IX durch den Abschluss eines Versorgungsvertrages im Sinne des § 21 SGB IX mit einem zur

²⁴ Mrozynski, Skript Sozialrecht I, Ziffer 39, www.fh-muenchen.de

²⁵ BSG SozR 2200 § 1236 RVO Nr. 43

²⁶ BVerwGE 75 S. 34

²⁷ BT-Drs. 14/5074 S. 100

²⁸ §§ 111 SGB V, 15 SGB VI

Erbringung von medizinischen Leistungen zuständigen Rehabilitationsträger im Sinne des § 6 Abs. 1 SGB IX nachgewiesen haben.

Es kommt auch nicht darauf an, ob eine Rehabilitationsträger seiner Verpflichtung zum Abschluss eines Versorgungsvertrages nachgekommen ist²⁹, sondern dass es sich um einen Versorgungsvertrag handelt, der den Anforderungen des § 21 SGB IX genügt. In der Praxis wird man feststellen, dass Rehabilitationseinrichtungen von den Rehabilitationsträgern auch ohne Abschluss eines Versorgungsvertrages für die Leistungsausführung in Anspruch genommen werden oder zwar ein Versorgungsvertrag besteht, der jedoch bis heute jedoch regelmäßig nicht den inhaltlichen Anforderungen genügt, die nach § 21 SGB IX an einen gesetzmäßigen Versorgungsvertrag zu stellen sind.

Wird eine Rehabilitationseinrichtung entgegen den gesetzlichen Pflichten auch ohne Abschluss eines Versorgungsvertrages zur Ausführung von Rehabilitationsleistungen in Anspruch genommen oder verfügt die Rehabilitationseinrichtungen über einen Versorgungsvertrag eines Rehabilitationsträgers, der nicht den materiellen Anforderungen des § 21 SGB IX gerecht wird, kommt es für die Prüfung der „Berechtigung“ eines Wunsches im Sinne des § 9 Abs. 1 SGB IX darauf an, ob die gewünschte Einrichtung mit ihrem Leistungsangebot nach Zielorientierung, Bedarfsgerechtigkeit, Wirksamkeit und Qualität im Verhältnis zu den Rehabilitationseinrichtungen gleichwertig ist, mit denen der für die Entscheidung zuständige Rehabilitationsträger Versorgungsverträge nach § 21 SGB IX eingegangen ist.

Mit Blick darauf, dass derzeit faktisch keine Versorgungsverträge bestehen, die den materiellen Anforderungen des § 21 SGB IX genügen, muss der Wunsch nach Inanspruchnahme einer Rehabilitationseinrichtung dann als berechtigt angesehen werden, wenn diese zwar nicht mit dem für den Berechtigten zuständigen Rehabilitationsträger, wohl aber mit einem anderen Rehabilitationsträger einen Versorgungsvertrag geschlossen und damit ihre Eignung im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX durch einen Versorgungsvertrag im Sinne des SGB grundsätzlich nachgewiesen hat.

Der Rehabilitationsträger darf auch die Unwirtschaftlichkeit einer bisher nicht unter Vertrag stehenden Einrichtung im Verhältnis zu seinen Vertragskliniken nicht prinzipiell unter Hinweis auf die nach seinen Verträgen zu belegenden Kapazitäten in seinen Vertragskliniken unterstellen, sondern muss aus gegebenem Anlass im Einzelfall prüfen, ob die gewünschte Einrichtung mit ihrem Kostengefüge unter Berücksichtigung der gebotenen Qualität tatsächlich weniger wirtschaftlich ist als die unter Vertrag stehende Einrichtung.

Ein Hinweis auf zu belegende Vertragskapazitäten ist für sich gesehen auch deswegen schon bedeutungslos, weil der Rehabilitationsträger die Ausführung seiner Leistungen nach § 17 SGB IX, die Durchführung seines Sicherstellungsauftrages nach § 19 SGB IX und seine Versorgungsverträge nach § 21 SGB IX auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit so organisieren bzw. gestalten muss, dass sich daraus kein grundsätzliches Hemmnis gegen die Wahrnehmung des gesetzlich zugesicherten Wunschrechts durch den Berechtigten ergibt.

4. Das Wunschrecht der Versicherten im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung nach der Gesundheitsreform 2007³⁰

Viele Krankenkassen haben in der Vergangenheit trotz eines gegenteiligen Wunsches die Ausführung von medizinischen Leistungen zur Rehabilitation in Rehabilitationseinrichtungen abgelehnt, mit denen sie keinen Versorgungsvertrag eingegangen waren und so das nach § 9 SGB IX bestehende Wunschrecht des Versicherten eingeschränkt. Der Gesetzgeber sah auf diesem Hintergrund im Gesetzgebungsverfahren zum GKV-WSG einen Handlungsbedarf

²⁹ z.B. nach §§ 111, 111a SGB V, 15 Abs. 2 Satz 1 SGB VI

³⁰ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV Wettbewerbsstärkungsgesetz –GKV-WSG), BT-Drs. 16/3100 vom 24.10.2006

dahingehend, den Berechtigten im Bereich der Krankenversicherung zu ihrem Wunschrecht zu verhelfen.

Leider ist dabei eine Regelung entstanden, die nicht mit § 9 SGB IX konvergent ist und die Berechtigten im Bereich der GKV hinsichtlich etwaiger Mehrkosten im Verhältnis zu den Versicherten der übrigen Rehabilitationsträger schlechter stellt.

Die Neufassung des § 40 Abs. 2 SGB V räumt den Versicherten keineswegs ein uneingeschränktes Wunschrecht ein. Die leistungsrechtliche Beurteilung eines Wunsches richtet sich weiterhin nach § 9 Abs. 1 SGB IX und kann auch weiterhin abgelehnt werden, wenn der Versicherte nicht belegen kann, dass die von ihm gewünschte Einrichtung die Rehabilitationsziele in gleicher Weise erreichen kann, wie die bei der Kasse unter Vertrag stehenden Einrichtungen.

Das GKV-WSG hat den Versicherten lediglich die Begründung ihres Wunschrechts nach § 9 SGB IX erleichtert. Durch die Anbindung des § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V an den Nachweis der Zertifizierung des internen Qualitätsmanagements der Rehabilitationseinrichtungen wird nämlich – ausschließlich für die Entscheidung über die Ausübung des Wunschrechts - kraft Gesetzes unterstellt, dass Rehabilitationseinrichtungen, die ihr internes Qualitätsmanagement zertifiziert haben, auch im Sinne der §§ 17, 19 SGB IX geeignet sind, die mit der Rehabilitationsleistung angestrebten Rehabilitationsziele durch die in der Einrichtung vorhandenen Struktur- und Prozessqualität zu erreichen. Dies unabhängig davon, ob die Eignung der vorgehaltenen Struktur- und Prozessqualität nach dem Ergebnis der vergleichenden Qualitätsanalysen der Rehabilitationsträger nach § 20 Abs. 1 SGB IX tatsächlich gegeben ist..

Hat die gewünschte Rehabilitationseinrichtung ihr internes Qualitätsmanagement zertifizieren lassen, muss die Krankenkasse grundsätzlich dem geäußerten Wunsch stattgeben, und die Leistung in dieser Einrichtung ausführen und zwar auch dann, wenn sie - und auch keine andere Krankenkasse - mit dieser Einrichtung keinen Versorgungsvertrag nach § 111 SGB V abgeschlossen hat. In diesem Fall muss der Versicherte die Mehrkosten nach § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V selbst tragen. Das kann z.B dazu führen, dass eine Rehabilitationseinrichtung mit einer durch die vergleichenden Qualitätsanalysen nach § 20 Abs. 1 SGB IX nachgewiesenen herausragenden Versorgungsqualität, die nur Versorgungsverträge mit den Rentenversicherungsträgern, aber keinen einzigen nach § 111 SGB V mit einer Krankenkasse eingegangen ist, vom Versicherten bei seiner Krankenkasse nur dann gewünscht werden kann, wenn er bereit und in der Lage ist, evtl. Mehrkosten selbst zu tragen.

Hat eine gewünschte Rehabilitationseinrichtungen keinen Versorgungsvertrag nach § 111 SGB V, muss dennoch – völlig unabhängig von den Bestimmungen zum Wunschrecht - immer ihre grundsätzliche Eignung für die Ausführung von Rehabilitationsleistungen im Sinne der §§ 17, 19 SGB IX durch den Versorgungsvertrag mit einem anderen Rehabilitationsträger, z.B. der Renten- oder Unfallversicherung, nachgewiesen sein. Ist dies nicht der Fall und verfügt die gewünschte Rehabilitationseinrichtung überhaupt nicht über einen Versorgungsvertrag, darf sie trotz einer etwaigen Zertifizierung des internen Qualitätsmanagements mangels nachgewiesener Eignung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX von keinem Rehabilitationsträger belegt werden.

Bei § 40 Abs. 2 Satz 2 SGB V handelt es sich nämlich ausschließlich um trägerspezifisches Recht im Sinne des § 7 Satz 1 SGB IX zum Wunsch- und Wahlrecht nach § 9 SGB IX, nicht jedoch zum Leistungserbringungsrecht nach §§ 17, 19 SGB IX, das auch die Krankenkassen verpflichtet, Rehabilitationsleistungen ausschließlich in geeigneten Rehabilitationseinrichtungen ausführen zu lassen³¹.

5. Auseinanderentwicklung des Rehabilitationsrechts bei den Mehrkosten

³¹ § 17 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX

Das mit dem GKV-WSG nur für den Bereich der Krankenversicherung geschaffene trägerspezifische Recht bewirkt im Verhältnis zu dem für die übrigen Rehabilitationsträger geltenden Wunschrecht nach § 9 Abs. 1 SGB IX eine Schlechterstellung des Versicherten. Im Bereich der GKV hat er nunmehr etwaige, mit seinem Wunsch verbundene Mehrkosten (Kostenvergleich) ohne weitere Prüfung immer selbst zu tragen.

Problematisch ist dabei allerdings, wie sich etwaige Mehrkosten bestimmen und vergleichen lassen. Ob überhaupt vom Berechtigten zu tragende Mehrkosten angefallen sind, richtet sich danach, ob die vom Rehabilitationsträger zugewiesene Rehabilitationseinrichtung geeignet war, den individuellen funktionsbezogenen Rehabilitationsbedarf des Berechtigten im Sinne des § 10 SGB IX zu decken und die daraus abgeleiteten Rehabilitationsziele im Sinne der §§ 1, 4 Abs. 1, 26 Abs. 1 SGB IX zu erreichen.

Es wird danach im Einzelfall zu klären sein, welche Struktur- und Prozessqualität eine geeignete Rehabilitationseinrichtung gemessen an dem nach § 10 SGB IX festgestellten individuellen funktionsbezogenen Rehabilitationsbedarf vorhalten muss, um die sich daraus ableitenden Rehabilitationszielen erreichen zu können. Nur die mit der Leistungsausführung in einer danach geeigneten Einrichtung (§§ 17, 19 SGB IX) verbundenen Kosten können Maßstab für die Beurteilung sein, ob tatsächlich im Verhältnis zu der vom Berechtigten gewünschten Rehabilitationseinrichtung Mehrkosten angefallen sind.

Soweit Krankenkassen Mehrkosten geltend machen, müssen sie nachweisen,

- dass sie den rehabilitativen individuellen Leistungsbedarf funktionsbezogen, d.h. orientiert an der ICF, vollständig erhoben haben,
- welche Rehabilitationsziele im Sinne der §§ 1, 4 Abs. 1, 26 Abs. 1 SGB IX sie daraus im Einzelfall abgeleitet und der Rehabilitationseinrichtung als Leistungsziel vorgegeben haben und
- worin die Struktur- und Prozessqualität der von zugewiesenen Rehabilitationseinrichtung besteht, die geeignet erscheint, diese Rehabilitationsziele zu erreichen und
- dass sie die damit verbundenen Kosten zum Maßstab der Mehrkostenforderung gemacht hat.

Da in vielen Fällen nach dem Inhalt der zur Feststellung des individuellen funktionsbezogenen Rehabilitationsbedarfs nach § 10 SGB IX von den Krankenkassen herangezogenen Begutachtungsrichtlinie Vorsorge und Rehabilitation des MDS schon bezweifelt werden kann, ob allein schon die Feststellung des Leistungsbedarfs den Anforderungen des geltenden Rehabilitations- und Teilhaberechts entspricht, können in der Regel auch begründete Zweifel an der Eignung der zugewiesenen Rehabilitationseinrichtung hinsichtlich der Erreichung der Rehabilitationsziele und damit auch zur Rechtmäßigkeit geltend gemachter Mehrkostenforderungen erhoben werden.

Danach verbietet sich jedenfalls ein bloßer Vergleich der Vergütung der gewünschten Einrichtung etwa mit den Durchschnittskosten der von der Kasse belegten Einrichtungen gleicher Indikation.

Alle übrigen Träger der medizinischen Rehabilitation haben dagegen weiterhin bei Ausübung des Wunschrechtes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung bei gleicher Qualität und Wirksamkeit der gewünschten Leistungsausführung etwa im Verhältnis zu den ihrer Vertragskliniken anfallende Mehrkosten in einem begrenzten Umfang zu übernehmen. Dabei kommt es bei der Prüfung, ob die mit einem Wunsch verbundenen Mehrkosten noch mit den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit vereinbar sind, auf die Verhältnismäßigkeit zu den vom Rehabilitationsträger üblicher Weise bei gleichwertiger Wirksamkeit und Qualität in vergleichbaren Fällen aufzubringenden Durchschnittskosten an. Das

BVerwG³² hat dazu im Bereich der Sozialhilfe Feststellungen getroffen, die auch für die Ermessensentscheidungen im Rahmen dieser Regelung herangezogen werden können (vgl. *Schellhorn et al*, § 3 BSHG Rn 15 ff). Danach gibt es in § 9 zur Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts keinen allgemeinen Finanzvorbehalt, sondern einen Bedarfsvorbehalt.

Im Übrigen sind die Rehabilitationsträger durch das Wunschrecht der Versicherten auch nicht daran gehindert, ihrer Verpflichtung zur wirtschaftlichen Leistungsgestaltung auch in der Weise nachzukommen, dass sie im Einzelfall mit der von dem Berechtigten gewünschten Einrichtung einen günstigeren Preis (z.B. in Anlehnung an die mit ihren Vertragskliniken vereinbarten Preise) vereinbaren, als den, den der Versicherte ohne diese Unterstützung allein erreichen kann oder für den Einzelfall einen Versorgungsvertrag im Sinne des § 21 SGB IX eingehen..

6. Bescheid- und Begründungspflicht

§ 9 SGB IX räumt behinderten, chronisch kranken und pflegebedürftigen Menschen bei der Gewährung von Rehabilitations- und Teilhabeleistungen einen Rechtsanspruch darauf ein, dass ihren berechtigten Wünschen bei der Entscheidung über die Leistungen und deren Ausführung entsprochen wird.

Die Entscheidung über diesen Rechtsanspruch erfordert einen Verwaltungsakt (§ 31 SGB X), der hinsichtlich seiner Begründung den besonderen Anforderungen des § 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X gerecht werden muss. Will der Rehabilitationsträger dem Wunsch des Berechtigten nicht entsprechen, muss der Verwaltungsakt ausdrücklich auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens hinsichtlich der „Berechtigung“ (Nichtberechtigung) eines Wunsches ausgegangen ist. Die Gesichtspunkte müssen konkret erläutern, warum der geäußerte Wunsch nicht berechtigt sein soll. Dies können – wie zuvor dargestellt – nur solche sein, die der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten durch den Rehabilitationsträgers entgegenstehen.

Allein der Hinweis, dass mit der gewünschten Rehabilitationseinrichtung kein Versorgungsvertrag besteht, ist kein hinreichender Gesichtspunkt für die Ablehnung eines Wunsches. Wird mit einem Verwaltungsakt eine Leistung in einer anderen Rehabilitationseinrichtung bewilligt, ohne dass zugleich die Gründe im Sinne des § 35 Abs.1 Satz 3 SGB X dargelegt werden, warum dem Wunschrecht des Berechtigten nicht entsprochen wird, ist über das Recht nach § 9 SGB IX nicht entschieden worden.

Die Ablehnung des Wunschrechts kann unabhängig von dem Leistungsbegehren angefochten werden. Die Ablehnung kann – anders als die Ablehnung des Leistungsantrages - auch abschließend durch die Sozialgerichtsbarkeit überprüft werden, weil diese selbst in der Lage ist, zu objektivieren, ob ein Wunsch berechtigt oder unberechtigt geäußert wurde.

³² BVerwGE 75 S. 343; BVerwGE 65 S. 52, wonach die Sozialhilfeträger in der Praxis 20 v.H. akzeptieren