

nen Zwillinge Y. und H. waren zunächst erfolglos. Während des anschließenden Gerichtsverfahrens wurde dem Kläger BERzG ab 1.7.2007 gewährt. Im Übrigen (d.h. für die Zeit vom 11.5. bis 30.6.2007) wurden die ablehnenden Verwaltungsentscheidungen vom SG und LSG bestätigt, weil der Kläger nicht – wie von § 1 Abs. 6 Nr. 2 Halbs. 1 Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) gefordert – im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gewesen sei, die ihn zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt habe.

*Gründe:* Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden, weil er nach den Feststellungen des LSG im streitigen Zeitraum noch nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigte.

Parallel-Entscheidung: B 10 EG 7/09 R

**BSG, Urteil vom 30.9.2010 – B 10 EG 11/09 R –**

Vorinstanzen: LSG Baden-Württemberg – L 11 EL 5023/08 – SG Mannheim – S 6 EL 2268/08 –

*Sachverhalt:* Die Klägerin ist als deutsche Staatsangehörige mit einem Staatsangehörigen der Vereinigten Staaten von Amerika verheiratet, der Mitglied einer in Deutschland stationierten Truppe der NATO-Streitkräfte ist. Beide Ehegatten wohnen in Deutschland. Am 18.2.2008 wurde ihre gemeinsame Tochter M. geboren. Vor der Geburt des Kindes war die Klägerin als selbstständige Versicherungsmaklerin ohne sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer berufstätig und freiwillig bei der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft unfallversichert. Bei Vorliegen von Versicherungszeiten von 1993 bis 1996 war sie als Versicherungsmaklerin nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert. Ansonsten ist die Klägerin privat kranken- und pflegeversichert.

Im März 2008 beantragte die Klägerin die Gewährung von Elterngeld für die ersten 12 Lebensmonate ihrer Tochter. Die Beklagte lehnte eine Leistungsgewährung ab, weil die Klägerin Angehörige eines Mitglieds einer in Deutschland stationierten Truppe der NATO-Streitkräfte und nicht in alle Zweige der deutschen Sozialversicherung eingebunden sei. Während das SG der dagegen erhobenen Klage stattgegeben hat, ist die ablehnende Entscheidung der Beklagten vom LSG bestätigt worden.

*Gründe:* Die Revision der Klägerin ist erfolgreich gewesen. Art. 13 Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut schließt im vorliegenden Fall die Anwendung des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) nicht aus. Es reicht aus, dass für den Anspruch auf die von einem Angehörigen eines NATO-Truppenmitglieds geltend gemachte Sozialleistung ein Tatbestandsmerkmal erfüllt sein muss und erfüllt ist, das außerhalb des „NATO-Bereichs“ liegt. Das ist hier der Fall, weil das Elterngeld für die Klägerin dem (teilweisen) Ersatz von Einkommen dient, das sie zuvor als selbstständige Versicherungsmaklerin erzielt hat.

# Rechtsprechung mit Anmerkungen

## Sozialhilfe

### Eingliederungshilfe/Petö-Therapie

§§ 27, 32 SGB V; §§ 4 ff., 14 SGB IX; §§ 19, 53 f. SGB XII; §§ 70, 75 SGG

Die Petö-Therapie ist als sozialhilferechtliche Eingliederungshilfe zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie als Heilmittel in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht verordnet werden darf.

Urteil des 8. Senats des BSG vom 29.9.2009 – B 8 SO 19/08 R – Anmerkung von Prof. Dr. Andreas Pattar, Kehl

### Gründe:

#### I.

[1] Der Kläger verlangt die Erstattung der Kosten für eine in der Zeit vom 1. bis 26.8.2005 durchgeführte Maßnahme (so genannte „Petö-Block-Therapie“).

[2] Der im Jahre 1998 geborene Kläger leidet an einer Zerebralparese. Er wurde im Herbst 2004 eingeschult und besucht eine behindertengerechte Gemeinschaftsschule. Im Mai 2005 beantragte er bei der Stadt Mühlheim an der Ruhr die Übernahme der Kosten für eine in der Zeit vom 1. bis 26.8.2005 durchzuführende „Petö-Block-Therapie“ als Eingliederungshilfe; zuvor hatte die Techniker Krankenkasse die Übernahme der Kosten abgelehnt, ohne die Sache zur weiteren Bearbeitung an den Sozialhilfeträger weiterzuleiten. Auch der Beklagte lehnte den vom Kläger bei ihm gestellten Antrag ab (Bescheid vom 23.5.2005; Widerspruchsbescheid vom 21.7.2005).

[3] Das Sozialgericht (SG) Duisburg hat die auf Erstattung der Kosten gerichtete Klage abgewiesen (Urteil vom 25.6.2008). Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, für die Übernahme der Kosten der durchgeführten Petö-Therapie fehle eine Anspruchsgrundlage. Insbesondere stehe einer Förderung als Eingliederungshilfe im Rahmen der medizinischen Rehabilitation nach §§ 53, 54 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe – (SGB XII) i. V. m. § 26 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen – (SGB IX) § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII entgegen. Danach könnten Leistungen zur medizinischen Rehabilitation – um eine solche handele es sich bei dem Heilmittel der Petö-Therapie – nur übernommen werden, wenn sie (auch) den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) entsprächen. Dies sei aber für die Petö-Therapie nicht der Fall, weil der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) deren therapeutischen Nutzen nicht anerkannt habe (§ 138 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung – SGB V). Eine Kostenübernahme nach § 55 Abs. 2 SGB IX im Rahmen der Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft i. V. m. den Regelungen der §§ 53, 54 SGB XII (soziale Rehabilitation) komme nicht in Betracht, weil die Petö-Therapie zu den medizinischen Rehabilitationsleistungen zähle.

[4] Mit der Sprungrevision rügt der Kläger, § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII könne entgegen der Ansicht des SG und des Beklagten nicht angewendet werden. Die Petö-Therapie stelle auch eine Form von Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft dar, für die der Sozialhilfeträger die entsprechenden Therapiekosten zu übernehmen habe. Das Sozialstaatsprinzip gebiete inso-

weit die Gewährung weiter gehender Leistungen, als sie von der GKV zu erbringen seien. Nur durch die Petö-Therapie könne er Fähigkeiten erlangen, die hohen alltagspraktischen Nutzen hätten und großen Gewinn nicht nur für seine Mobilität, sondern auch für seine gesellschaftliche Integration, insbesondere für den Schulbesuch, brächten. Die Therapie habe für ihn bereits zu erheblichen Fortschritten bei der Wahrnehmung des Unterrichts in der von ihm besuchten Schule geführt.

[5] Der Kläger beantragt, das Urteil des SG sowie den Bescheid vom 23.5.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21.7.2005 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, die Kosten für die Therapie in dem Zentrum für Konduktive Therapie, in der Zeit vom 1. bis 26.8.2005 dem Grunde nach zu erstatten.

[6] Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

[7] Er ist der Ansicht, das Bundessozialgericht (BSG) habe bereits entschieden, dass bei der Petö-Therapie der medizinische Charakter der Fördermaßnahme im Vordergrund stehe. Deshalb scheide eine Übernahme der Kosten wegen § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII aus. Daneben kämen Leistungen der sozialen Rehabilitation nicht in Betracht.

## II.

[8] Die Sprungrevision des Klägers ist zulässig. Zwar ist sie durch (nachträglichen) Beschluss des SG vom 14.8.2005 fehlerhaft ohne Beteiligung der ehrenamtlichen Richter zugelassen worden; gleichwohl ist der Senat nach § 161 Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) an die Zulassung der Sprungrevision gebunden (Senatsurteil vom 11.12.2007 – B 8/9b SO 13/06 R – RdNr. 9).

[9] Die Revision des Klägers ist auch im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das Landessozialgericht (LSG) zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung begründet (§ 170 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 SGG), weil das Verfahren an einem von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensmangel leidet und eine abschließende Entscheidung nicht möglich ist. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid des Beklagten vom 23.5.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.7.2005 (§ 95 SGG), gegen den sich der Kläger mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1 und 4, § 56 SGG) wendet.

[10] Das SG hätte die Techniker Krankenkasse gemäß § 75 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. SGG in das Verfahren einbeziehen müssen. Nach dieser Vorschrift sind Dritte beizuladen, wenn sie an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann (echte notwendige Beiladung). Trotz der Regelung des § 161 Abs. 4 SGG ist der Verfahrensfehler des SG vom Senat zu berücksichtigen; denn das Verbot des § 161 Abs. 4 SGG, wonach die Sprungrevision nicht auf Mängel des Verfahrens gestützt werden kann, bezieht sich nicht auf von Amts wegen zu beachtende Verfahrensfehler – wie die versäumte notwendige echte Beiladung (vgl. nur BSGE 93, 283 ff. RdNr. 5 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 1) –, sondern nur auf solche, für die in der Revisionsinstanz eine Rügepflicht besteht (vgl. nur Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 161 RdNr. 10b m. w. N. zur Rechtsprechung).

[11] Die Voraussetzungen einer notwendigen echten Beiladung liegen vor; die vom Kläger begehrte Entscheidung ist im Hinblick auf § 14 SGB IX nur einheitlich auch gegenüber der Techniker Krankenkasse möglich (vgl. BSGE 93, 283 ff. RdNr. 5 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 1); dies gilt denkbare Weise nicht nur bei einer Klage gegen den im Außenverhältnis zuständig gewordenen, sondern auch – wie vorliegend – gegen den im Innenverhältnis eigentlich zuständigen Leistungsträger. Insoweit hat das SG übersehen, dass die Techniker Krankenkasse nach § 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IX für die Entscheidung über die Leistung und damit auch für

die Erbringung der Leistung zuständig geworden ist. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IX stellt nämlich der Rehabilitationsträger den (gesamten) Rehabilitationsbedarf unverzüglich fest, wenn der Antrag – wie hier – nicht an einen anderen (zuständigen) Rehabilitationsträger weitergeleitet worden ist (BSGE 93, 283 ff. RdNr. 9 = SozR 4-3520 § 14 Nr. 1; BSGE 101, 207 ff. RdNr. 29 ff. = SozR 4-3250 § 14 Nr. 7; BSGE 102, 90 ff. RdNr. 24; BSG, Urteil vom 25.6.2009 – B 3 KR 4/08 R – RdNr. 22).

[12] Die vom Kläger beantragte Leistung ist eine Leistung zur Teilhabe i. S. des § 14 SGB IX, d.h. eine solche der §§ 4, 5 SGB IX. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei der Petö-Therapie auch nach dem Leistungsrecht der GKV um medizinische Rehabilitation handelt (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 2 SGB V); denn § 14 SGB IX gilt seiner Intention nach auch in den Fällen, in denen eine Leistung beantragt wird, die von einem anderen in § 6 SGB IX genannten Träger als Rehabilitationsleistung zu erbringen wäre, wenn der erstangegangene Leistungsträger jedenfalls Rehabilitationsträger i. S. des § 6 SGB IX ist, wie dies für die Techniker Krankenkasse zutrifft (vgl. BSGE 101, 207 ff. RdNr. 28 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 7). Vorliegend kam ein Leistungsanspruch gegen den Sozialhilfeträger nach den Vorschriften über die Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft in Betracht (§§ 53, 54 SGB XII). Die Zuständigkeit der Techniker Krankenkasse im Außenverhältnis zum Kläger ist auch nicht dadurch entfallen, dass der Kläger nach der Ablehnung von Leistungen nach dem SGB V durch die Krankenkasse mögliche Ansprüche nach dem SGB XII nicht mehr dieser gegenüber, sondern dann gegenüber dem Träger der Sozialhilfe verfolgt hat; eine nach § 14 SGB IX begründete Zuständigkeit ist endgültig (BSGE 93, 283 ff. RdNr. 8 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 1; BSGE 101, 207 ff. RdNr. 29 ff. = SozR 4-3250 § 14 Nr. 7). § 14 SGB IX soll nicht nur im Interesse des behinderten Menschen Zuständigkeitszweifel beseitigen; die Vorschrift soll vielmehr auch Rechtssicherheit schaffen, indem eine – im Außenverhältnis – einmal begründete Zuständigkeit erhalten bleibt (vgl. BSG a. a. O.; a. A. wohl, jedoch in einem obiter dictum, BSG SozR 4-3250 § 14 Nr. 3 RdNr. 32; offen gelassen in BSGE 102, 90 ff. RdNr. 24).

[13] Von einer Nachholung der Beiladung mit Zustimmung der Beizuladenden gemäß § 168 Satz 2 SGG hat der Senat abgesehen, weil die Sache aus anderen Gründen ohnedies mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen an die Tatsacheninstanz zurückzuverweisen wäre. Dies gilt bereits für die Frage der sachlichen Zuständigkeit des Beklagten. Ist die Maßnahme ambulant durchgeführt worden, wovon alle Beteiligten wohl ausgehen, wäre zuständiger Leistungsträger die Stadt Mühlheim an der Ruhr (§ 97 Abs. 1, § 98 Abs. 1 SGB XII i. V. m. § 3 Abs. 2 Satz 1 SGB XII; §§ 1, 2 Landesausführungsgesetz zum SGB XII AG-SGB XII) für das Land Nordrhein-Westfalen NRW) vom 16.12.2004 – Gesetz- und Verordnungsblatt GVBl.,> NRW 816 – i. V. m. der Ausführungsverordnung zum SGB XII AV-SGB XII) des Landes NRW vom 16.12.2004 – GVBl. NRW 817). Falls die Therapie jedoch stationär oder teilstationär durchgeführt worden sein sollte, käme eine sachliche Zuständigkeit des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe (Landschaftsverband Rheinland) in Betracht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AV-SGB XII NRW); normativ ist eine Heranziehung der örtlichen Träger insoweit nicht erfolgt (vgl. § 3 Abs. 1 AG-SGB XII NRW i. V. m. der Satzung des Landschaftsverbandes Rheinland über die Heranziehung des örtlichen Trägers der Sozialhilfe und der kreisangehörigen Gemeinden zur Durchführung von Aufgaben des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe vom 14.1.2005 – GVBl. NRW 20). Auch dessen Direktor müsste deshalb vom LSG ggf. beigeladen werden (§ 75 Abs. 2 SGG).

[14] Richtiger Klagegegner ist (institutionell) der Oberbürgermeister der Stadt Mühlheim an der Ruhr. Für diese handelt näm-

lich der Oberbürgermeister als beteiligtenfähige Behörde (§ 70 Nr. 3 SGG i. V. m. § 3 Gesetz zur Ausführung des SGG im Land NRW vom 8. 12. 1953 – GVBl. NRW 412 – i. V. m. § 62 Abs. 1 und § 63 Abs. 1 Satz 1 Gemeindeordnung für das Land NRW i. d. F. der Bekanntmachung vom 14. 7. 1994 – GVBl. NRW 666). Dem kann nicht entgegengehalten werden, angesichts des Fehlens einer § 78 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vergleichbaren Regelung habe der Kläger ein Wahlrecht, die Behörde oder die dahinter stehende juristische Person zu verklagen. Nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO muss das Landesrecht bestimmen, ob bzw. dass die Klage gegen die Behörde selbst zu richten ist; ergänzend hierzu wird in § 61 Nr. 3 VwGO eine Beteiligtenfähigkeit der Behörde vor den Verwaltungsgerichten normiert. Im SGG ist demgegenüber in § 70 Nr. 3 nur die landesrechtliche Regelung über die Beteiligtenfähigkeit der Behörde als solche vorgesehen, ohne dass das SGG eine gesetzliche Ermächtigung des Landesgesetzgebers dazu enthält, wann bzw. ob die Klage gegen die Behörde zu richten ist. Der Bundesgesetzgeber hat im SGG unausgesprochen vorausgesetzt, dass dann, wenn das Landesrecht eine Beteiligtenfähigkeit der Behörde anordnet, zwangsläufig auch diese Behörde der richtige Beklagte, Kläger oder Beigeladene – also der richtige Beteiligte – ist. Ein Wahlrecht ist an keiner Stelle eingeräumt; vielmehr ist davon auszugehen, dass § 70 Nr. 3 SGG wie im Übrigen § 70 Nr. 2 SGG als speziellere Regelung § 70 Nr. 1 SGG verdrängt. Dies bedeutet: Hat ein Land das Behördenprinzip eingeführt, ist die Klage gegen die Behörde zu richten. Allerdings dürfte es den Klägern regelmäßig gleichgültig sein, wer der richtige Beklagte ist, sodass die Bezeichnung in der Klageschrift auslegungsfähig ist. Demgemäß hat das SG zu Recht den Oberbürgermeister in das Rubrum des Urteils aufgenommen.

[15] Wegen der Zurückverweisung der Sache zur Nachholung der Beiladung ist der Senat allerdings gehindert, über die im Zusammenhang mit einem möglichen Anspruch sich ergebenden materiellrechtlichen Fragen bindend zu entscheiden (§ 170 Abs. 5 SGG), weil anderenfalls das rechtliche Gehör (§ 62 SGG, Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz, Art. 6 Abs. 1 Europäische Menschenrechtskonvention) der Beizuladenden verletzt würde (vgl. dazu: Senatsurteil vom 24. 3. 2009 – B 8 SO 29/07 R – RdNr. 14; BSGE 97, 242 ff. RdNr. 17 = SozR 4-4200 § 20 Nr. 1).

[16] Ein Anspruch des Klägers auf Erstattung der Kosten der im August 2005 durchgeführten Therapie kann sich aus § 19 Abs. 3 SGB XII (in der Normfassung des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das SGB vom 27. 12. 2003 – BGBl. I 3022) i. V. m. §§ 53 f. SGB XII ergeben. Dabei ist auch zu beachten, ob die Maßnahme stationär bzw. teilstationär durchgeführt worden ist, sodass originär ein Sachleistungsanspruch bestanden haben könnte (vgl. zur vollstationären Maßnahme: BSGE 102, 1 ff. = SozR 4-1500 § 75 Nr. 9). In diesem Falle käme zusätzlich § 15 Abs. 1 Satz 4 SGB IX zur Anwendung, nach dem an die Stelle des Sachleistungsanspruchs ein Erstattungsanspruch getreten wäre (vgl. hierzu Senatsurteil vom 19. 5. 2009 – B 8 SO 32/07 R – RdNr. 12). Ggf. wird in diesem Zusammenhang darüber zu befinden sein, ob bzw. inwieweit dann die Voraussetzungen des § 75 Abs. 3 und 4 SGB XII vorliegen müssen.

[17] Das LSG wird auch darüber zu befinden haben, ob die beizuladende Techniker Krankenkasse mit ihrer Entscheidung über die Leistungsablehnung – was nahe liegt – bereits bestandskräftig im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach § 14 SGB IX (konkludent) auch eine Leistung der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX abgelehnt hat, selbst wenn sie nicht ausdrücklich darüber befunden hat. Dann käme § 44 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X) zur Anwendung; allerdings dürfte – dem Schutzzweck des § 14 SGB IX ent-

sprechend – bei der Vierjahresfrist für die rückwirkende Leistungserbringung auf die Antragstellung bei dem Beklagten abzustellen sein (nicht ganz eindeutig BSGE 101, 207 ff. RdNr. 51 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 7).

[18] Ein Leistungsanspruch des Klägers könnte sich aus §§ 53, 54 Abs. 1 SGB XII (in den Normfassungen des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das SGB) i. V. m. § 55 Abs. 1 und 2 SGB IX bzw. aus §§ 53, 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII ergeben. Das LSG wird die jeweiligen Voraussetzungen – auch die Bedürftigkeit – näher zu prüfen haben. Nach § 55 Abs. 1 SGB IX, auf den § 54 Abs. 1 SGB XII verweist, werden Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft erbracht, die dem behinderten Menschen die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ermöglichen oder sichern oder sie so weit wie möglich unabhängig von Pflege machen und nach den Kapiteln 4 bis 6 nicht erbracht werden. Leistungen der Eingliederungshilfe sind nach § 55 Abs. 2 SGB IX u. a. Hilfen zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Fähigkeiten, die erforderlich und geeignet sind, behinderten Menschen die für sie erreichbare Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen (Nr. 3). Insbesondere unter Berücksichtigung des umfassenden Förderungspostulats des § 4 SGB IX liegt es nahe, diese Regelung als Auffangnorm zu verstehen, nach der auch die Erbringung heilpädagogischer Hilfe ermöglicht wird (Löschau in Gemeinschaftskommentar SGB IX, § 55 RdNr. 56, Stand August 2004, und § 56 RdNr. 24, Stand Mai 2005). Darüber hinaus macht die Formulierung des § 55 Abs. 2 SGB IX („insbesondere“) ohnedies deutlich, dass es sich bei der Aufzählung in § 55 Abs. 2 SGB IX nicht um eine abschließende Regelung handelt. Die Frage der Klassifizierung als heilpädagogische Leistung ist deshalb nur insoweit von Bedeutung, als es um die weiteren Voraussetzungen des § 56 SGB IX für die Erbringung heilpädagogischer Leistungen geht.

[19] Vorrangig wird das LSG allerdings zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII zu bejahen sind. Danach gehören zu den Leistungen der Eingliederungshilfe Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung, insbesondere im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht und zum Besuch weiterführender Schulen einschließlich der Vorbereitung hierzu. Nach § 12 Nr. 1 der Verordnung zu § 60 SGB XII (Eingliederungshilfe-Verordnung <Eingliederungshilfe-VO> in der Normfassung des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch) umfasst die Hilfe zu einer angemessenen Schulbildung i. S. des § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII auch heilpädagogische sowie sonstige Maßnahmen zu Gunsten körperlich und geistig behinderter Kinder und Jugendlicher, wenn die Maßnahmen erforderlich und geeignet sind, dem behinderten Menschen den Schulbesuch im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zu ermöglichen und zu erleichtern. Nach dem Gesamtzusammenhang der tatsächlichen Feststellungen des SG kann zwar davon ausgegangen werden, dass der Kläger durch eine Behinderung i. S. von § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX wesentlich in seiner Fähigkeit, an der Gesellschaft teilzuhaben, eingeschränkt ist (§ 53 Abs. 1 Satz 1 SGB XII). Ob die im August 2005 durchgeführte Therapie allerdings unter Berücksichtigung des § 9 SGB XII geeignet und erforderlich i. S. des § 12 Nr. 1 Eingliederungshilfe-VO war, dem Kläger den Schulbesuch im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zumindest zu erleichtern, lässt sich anhand der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht entscheiden.

[20] Einer Leistungspflicht im Rahmen der Leistungen zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben (soziale Rehabilitation) steht nicht entgegen, dass es sich bei der im August 2005 durchgeführten Maßnahme wohl – auch hierzu fehlen allerdings genaue Feststellungen – um die – wovon die Beteiligten und das SG aus-

gehen – so genannte Petö-Therapie handelt, die nach der Rechtsprechung des BSG nicht zum Leistungsangebot der GKV gehört, weil die Voraussetzungen der §§ 138, 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V nicht vorliegen (BSG SozR 4-2500 § 18 Nr. 1). Das BSG hat diese Therapie als (neues) Heilmittel i.S. des § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 32 SGB V eingestuft, das der GBA mittlerweile in die Anlage der nicht verordnungsfähigen Heilmittel zu den Heilmittelrichtlinien (§ 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V) aufgenommen hat (s. „Bekanntmachung eines Beschlusses des GBA über eine Änderung der Richtlinie über die Verordnung von Heilmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung – Heilmittel-Richtlinien“ – BAnz vom 1. 4. 2005, S. 4995). Die Klassifizierung als Heilmittel im Sinne der GKV, mit der Folge, dass eine Leistungserbringung als Heilmittel wegen § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII auch nicht im Rahmen der medizinischen Rehabilitation (§ 26 SGB IX) möglich ist, bedeutet indes nicht, dass eine Leistungserbringung nicht unter einer anderen Zielsetzung möglich ist.

[21] Die Abgrenzung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation von Leistungen zur sozialen Rehabilitation erfolgt nämlich nicht nach den in Betracht kommenden Leistungsgegenständen; entscheidend ist vielmehr der Leistungszweck. Leistungszwecke des SGB V bzw. der medizinischen Rehabilitation und der sozialen Rehabilitation können sich überschneiden; darauf hat der Senat bereits im Zusammenhang mit der Übernahme der Kosten von Hilfsmitteln i.S. von § 31 SGB IX hingewiesen (Senatsurteil vom 19. 5. 2009 – B 8 SO 32/07 R – RdNr. 17). Die Zwecksetzung der Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft ist mit der Zwecksetzung der Leistungen der GKV nicht identisch (BSG a. a. O.; BSG, Urteil vom 20. 11. 2008 – B 3 KR 16/08 R – RdNr. 15); insbesondere verfolgen die Leistungen nach § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII mit der Erleichterung des Schulbesuchs über die Zwecke der GKV hinausgehende Ziele.

[22] § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII i. V. m. § 12 Nr. 1 Eingliederungshilfe-VO liegt dabei auch ein stärker individualisiertes Förderverständnis zu Grunde als den Leistungen zur Heilmittelversorgung der GKV, die generell der Begrenzung des § 138 SGB V unterliegen. Dieser individualisierende Ansatz zeigt sich auch in § 9 Abs. 2 Satz 1 SGB XII und § 9 Abs. 1 SGB IX, die es ermöglichen, den Wünschen der Leistungsberechtigten Rechnung zu tragen. Zwar enthält auch § 2a SGB V eine Regelung, wonach den besonderen Belangen Behinderter und chronisch kranker Menschen Rechnung zu tragen ist; die Leistungsbegrenzung des § 138 SGB V kann dadurch aber nicht ausgeschaltet werden (vgl. nur Plagemann in juris Praxiskommentar SGB V juris PK-SGB V, § 2a RdNr. 13 ff. m. w. N.). Insbesondere kann dadurch nicht der Leistungsrahmen der § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 32 SGB V über § 11 Abs. 2 SGB V erweitert werden (a. A. Lachwitz, Handkommentar zum SGB IX, 3. Aufl. 2010, § 30 SGB IX RdNr. 53 f.). Auch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hatte bereits zu § 40 Abs. 1 Nr. 3 Bundessozialhilfegesetz a. F. (i. V. m. § 12 Nr. 1 Eingliederungshilfe-VO), einer Vorgängervorschrift des § 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII, hervorgehoben, dass sich der Ordnungsgeber in § 12 Nr. 1 Eingliederungshilfe-VO mit der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit im Einzelfall begnügt habe und dies mit historisch-systematischen und teleologischen Erwägungen begründet (BVerwG, Urteil vom 30. 5. 2002 – 5 C 36/01 –, FEVS 53, 499 ff.). An diesem individuellen Prüfungsmaßstab hat sich auch mit den Neuregelungen des Rehabilitations- und Teilhaberechts nach Inkrafttreten des SGB IX nichts geändert. Nach wie vor stellt das Gesetz bei den Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft die Besonderheiten des Einzelfalls in den Vordergrund. Nach wie vor knüpft die Möglichkeit einer Förderung auch an die (individuell zu bestimmende) „Aussicht“ auf Erfolg an.

[23] Vor diesem Hintergrund lässt sich auch aus dem Beschluss des GBA nicht ableiten, dass die Petö-Therapie generell ungeeignet wäre, die Schulfähigkeit eines an Zerebralparese leidenden Kindes zu verbessern. Denn dem Beschluss liegt gerade – abgesehen davon, dass er von den engeren Zielen der GKV ausgeht – kein individueller Maßstab zu Grunde; das Verfahren des GBA dient vielmehr nicht nur der Feststellung des „allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse“ (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V), sondern auch der Wirtschaftlichkeit des § 12 SGB V aus Gründen der Einheitlichkeit (BSG SozR 3-2500 § 135 Nr. 21 S. 115; s. auch Koch in juris PK-SGB V, § 138 RdNr. 17 f. m. w. N.).

[24] Sollte sich aus der Überprüfung des LSG eine Leistungspflicht der beizuladenden Techniker Krankenkasse unter Berücksichtigung des § 14 SGB IX für Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII ergeben, wäre ggf. § 75 Abs. 5 SGG zu beachten, wonach die beizuladende Techniker Krankenkasse verurteilt werden kann. Zwar steht der Verurteilung eines Beigeladenen nach der allgemeinen Rechtsprechung des BSG ein von diesem erlassener bestandskräftig gewordener ablehnender Verwaltungsakt entgegen (BSG SozR 1500 § 75 Nr. 38); entsprechend dem Schutzzweck des § 14 SGB IX erscheint es allerdings naheliegend, diese Rechtsprechung nicht auf Fälle der Geltendmachung von Rehabilitationsleistungen zu übertragen (angedeutet in BSGE 101, 207 ff. RdNr. 51 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 7).

[25] Das LSG wird ggf. auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

#### Anmerkung:

##### I. Einleitung

Mit seiner Entscheidung vom 29. 9. 2009<sup>1</sup> wendet sich der 8. Senat gegen die seit den Urteilen des 1. Senats vom 3. 9. 2003<sup>2</sup> fast geschlossene<sup>3</sup> Ablehnung der Eingliederungshilfefähigkeit der Petö-Therapie in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Sozialgerichte<sup>4</sup> (II.)<sup>5</sup>. Daneben befasst er sich mit der Zuständigkeit für Reha-Leistungen (III.), mit Folgen hieraus für Beiladungen im Gerichtsverfahren (IV.), einer Ausweitung von § 75 V SGG (V.) und der Passivlegitimation in Ländern mit Behördenprinzip (VI.)

1 BSG, 29. 9. 2009 – B 8 SO 19/08 R.

2 BSG, 3. 9. 2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1 (Verfassungsbeschwerde hiergegen nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, 26. 4. 2004 – 1 BvR 529/04, SozR 4-2500 § 18 Nr. 3) und BSG, 3. 9. 2003 – B 1 KR 19/02 R, FEVS 55, 433–437 (= SGB. 2004, 99).

3 Abweichend soweit ersichtlich nur SG Augsburg, 22. 8. 2006 – S 15 SO 99/05 (in juris) und – allerdings ohne Bezugnahme auf das BSG – VG Sigmaringen, 18. 2. 2004 – 1 K 2293/02 (in juris).

4 In der Datenbank juris finden sich: VG Karlsruhe, 8. 7. 2004 – 2 K 967/03; VG Augsburg, 19. 7. 2004 – Au 9 E 04.1030; VG Augsburg, 21. 7. 2004 – Au 9 E 04.1018; VG Augsburg, 21. 7. 2004 – Au 9 E 04.1031; VG Augsburg, 23. 7. 2004 – Au 3 E 04.1023; VG Augsburg, 23. 7. 2004 – Au 3 E 04.1034; OVG Rheinland-Pfalz, 1. 9. 2004 – 12 A 10886/04, FEVS 56, 84–89 (= ZFSH/SGB 2005, 43–46; zust. Anm. Blöcher, jurisPR-SozR 16/2005 Anm. 5); VGH Bayern, 25. 11. 2004 – 12 CE 07.2263, FEVS 56, 282–284 (= ZFSH/SGB 2005, 168 f.); abl. Anm. zu den beiden Letztgenannten Müller-Fehling, RdLH 2005, 124–125); VG Sigmaringen, 16. 12. 2004 – 7 K 1279/04; VG Münster, 1. 2. 2005 – 5 K 3440/02; SG Hamburg, 3. 3. 2005 – S 55 SO 89/05 ER; VGH Baden-Württemberg, 24. 5. 2005 – 7 S 189/05; SG Osnabrück, 3. 4. 2007 – S 16 SO 193/05; SG Duisburg, 25. 6. 2008 – S 2 (32) SO 32/05 (im besprochenen Urteil der Revision unterzogen). – Im Folgenden werden die Entscheidungen nach den juris-Randnummern zitiert.

5 Vorsichtiger in dieselbe Richtung Kruse, RdLH 2010, 21 (Anm. zum besprochenen Urteil).

## II. Eingliederungshilfefähigkeit der Petö-Therapie

### 1. Hintergrund der Entscheidung

Anlass für die Entscheidung war die Sprungrevision des Klägers gegen ein Urteil des *SG Duisburg*<sup>6</sup>. Dieses hatte es – den Argumenten der Mehrheit der Verwaltungs- und Sozialgerichte folgend – für rechtmäßig gehalten, dass der beklagte örtliche Sozialhilfeträger<sup>7</sup> die Übernahme eines Blocks Konduktiver Therapie nach *Petö*<sup>8</sup> als Leistung der Eingliederungshilfe (Sechstes Kapitel [§§ 53–60] SGB XII) ablehnte. *Petö*-Therapie sei eine über § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII ausgeschlossene medizinische Reha-Leistung<sup>9</sup>.

Nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII entsprechen medizinische Reha-Leistungen der Eingliederungshilfe solchen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV); zudem ist das Leistungserbringerrecht des SGB V entsprechend anwendbar (§ 52 Abs. 3 und Abs. 5 SGB XII). 2003 hatte der für die GKV zuständige *1. BSG-Senat* die *Petö*-Therapie als neues Heilmittel (§§ 32 und 138 SGB V) eingestuft und mangels Aufnahme in die Heilmittelrichtlinien eine Leistungspflicht der Krankenkassen abgelehnt<sup>10</sup>. Inzwischen hat der GBA die *Petö*-Therapie ausdrücklich ausgeschlossen<sup>11</sup>.

Weil die *Petö*-Therapie somit zum Zuständigkeitsbereich, wenn auch nicht zum Leistungskatalog der GKV gehöre, sei sie – so das *SG Duisburg* – auch als Teilhabeleistung nach § 55 SGB IX nicht zu übernehmen; sie falle nicht unter den Anwendungsbe- reich des § 55 SGB IX<sup>12</sup>.

### 2. Die Entscheidung des 8. Senats

Das *BSG* hob das Urteil des *SG* auf und verwies die Sache wegen fehlender notwendiger Beiladungen<sup>13</sup> und Tatsachenfeststellungen nach § 170 Abs. 4 SGG an das *LSG Nordrhein-Westfalen* zurück. Die zentralen Aussagen zum materiellen Recht finden sich deshalb in einem umfangreichen, formell unverbindlichen *obiter dictum*: Um das rechtliche Gehör der Beizuladenden zu wahren, durfte das *BSG* diese Fragen seiner Ansicht nach nicht verbindlich (§ 170 Abs. 5 SGG) entscheiden<sup>14</sup>.

### 3. Keine Exklusivität der Zuordnung einer Maßnahme zu einer Leistungsgruppe

Der *8. Senat* setzt mit dieser Entscheidung eine Linie fort, die er schon in seinem Hilfsmittel-Urteil vom 19.5.2009<sup>15</sup> hat erkennen lassen. Die ablehnende untergerichtliche Rechtsprechung<sup>16</sup> ba-

sierte vor allem auf der – meist unausgesprochenen<sup>17</sup> – Prämisse, dass eine Maßnahme immer exklusiv einer einzigen der Leistungsgruppen des § 5 SGB IX zuzuordnen ist<sup>18</sup>. Der *8. Senat* hält dagegen nun die gleichzeitige Zuordnung einer Maßnahme zu mehreren Leistungsgruppen für möglich<sup>19</sup>. Deutlicher noch drückt er diese fehlende Exklusivität in seinem Hilfsmittel-Urteil aus, wenn er schreibt, ein Hörgerät sei „auch“ ein Hilfsmittel im Sinne der Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft<sup>20</sup>. Damit konnte er die *Petö*-Therapie nicht nur als medizinische, sondern auch als soziale Reha-Leistung begreifen.

### 4. Widerspruch zu den Urteilen des 1. Senats zur Petö-Therapie? Widerspricht der 8. Senat damit dem 1. Senat<sup>21</sup>?

Ausdrücklich jedenfalls widerspricht der *8. dem 1. Senat* nicht. Im Gegenteil wenden beide in der Sache trotz leicht unterschiedlicher Terminologie dieselben Kriterien zur Gruppenabgrenzung an: Beide stellen auf den Leistungszweck<sup>22</sup> beziehungsweise das Maßnahmeziel<sup>23</sup> ab. Maßgeblich auf das vom Leistungserbringer verfolgte Leistungsziel und nicht die eingesetzten Mittel abzustellen, darin hatte die Besonderheit der Entscheidungen des *1. Senats* bestanden: Der Einsatz vorwiegend pädagogischer Mittel schadete der Qualifikation der *Petö*-Therapie als medizinische Maßnahme nicht, weil ihre Ziele unmittelbaren Krankheitsbezug aufweisen<sup>24</sup>.

Allerdings hatte der *1. Senat* gerade hierdurch den Eindruck erweckt, die Leistungsgruppenzuordnung sei exklusiv. So führt ihn der unmittelbare Krankheitsbezug zu dem Schluss, „dass keine anderen Zwecke, wie die soziale Eingliederung, die Verbesserung schulischer oder beruflicher Fähigkeiten oder eine behindertengerechte Gesundheitsförderung [...] im Vordergrund stehen“<sup>25</sup>. Hierauf beruhte letztlich auch die von den Untergerichten angenommene Exklusivität der Maßnahmenzuordnung.

Legen diese Überlegungen einen Widerspruch der *Senate* nahe, zeigt doch die genauere Betrachtung, dass tatsächlich keiner besteht.

Der *1. Senat* hatte lediglich entschieden, dass die *Petö*-Therapie als medizinische Reha-Maßnahme anzusehen ist, welche grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich des GKV-Rechts fällt. Deshalb untersuchte er, ob sich die *Petö*-Therapie unter § 11 Abs. 2 SGB V subsumieren lässt, ob sie also eine medizinische Reha-

6 *SG Duisburg*, 25.6.2008 – S 2 (32) SO 32/05.

7 Mit „beklagter Träger“ ist hier stets auch „beklagte Behörde des Trägers“ gemeint. Siehe hierzu unten VI.

8 Zu Hintergrund und Grundlagen, zur Praxis der Konduktiven Förderung und zu den Indikationen und Kontraindikationen Unterausschuss „Heil- und Hilfsmittel“ des Gemeinsamen Bundesausschusses, Konduktive Förderung nach *Petö*. Zusammenfassender Bericht über die Beratungen gemäß § 138 SGB V. 18. Mai 2005, S. 37–48.

9 *SG Duisburg*, 25.6.2008 – S 2 (32) SO 32/05, Rn. 17.

10 *BSG*, 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1, Rn. 15f.

11 Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 21.12.2004 (BANZ. 2005 Nr. 61, S. 4995), in Kraft seit 1.7.2005.

12 *SG Duisburg*, 25.6.2008 – S 2 (32) SO 32/05, Rn. 18–21.

13 Hierzu u. IV.

14 Rn. 15 des besprochenen Urteils.

15 *BSG*, 19.5.2009 – B 8 SO 32/07 R, BSGE 103, 171–178 (= SozR 4-3500 § 54 Nr. 5).

16 Ebenso die ihr folgende Literatur, etwa Gerlach/Hinrichs, *Therapeutische Hilfen für junge Menschen – problematische Schnittstellen zwischen SGB V, SGB VIII und SGB XII*, ZFSH/SGB 2007, 387, 396 und ZFSH/SGB 2007, 451, 452f.

17 Ausdrücklich angesprochen vom VG Sigmaringen, 16.12.2004 – 7 K 1279/04, Rn. 19, 21, das eine Einordnung der *Petö*-Therapie in eine andere Leistungsgruppe nur dann für möglich hält, wenn die konkrete Maßnahme ausnahmsweise nicht auf die Behandlung des Leidens selbst gerichtet ist.

18 *SG Duisburg*, 25.6.2008 – S 2 (32) SO 32/05, Rn. 21; VG Sigmaringen, 16.12.2004 – 7 K 1279/04, Rn. 19, 21; VGH Bayern, 25.11.2004 – 12 CE 07.2263, FEVS 56, 282–284 (= ZFSH/SGB 2005, 168f.) Rn. 9. – Daneben wurde vereinzelt ein Umgehungsargument angeführt, VGH Bayern, 25.11.2004 – 12 CE 07.2263, FEVS 56, 282–284 (= ZFSH/SGB 2005, 168f.) Rn. 9; ausdrücklich hiergegen *SG Augsburg*, 22.8.2006 – S 15 SO 99/05, Rn. 16.

19 Vgl. den letzten Satz Rn. 20: „Die Klassifizierung als Heilmittel [...] bedeutet [...] nicht, dass eine Leistungserbringung nicht unter einer anderen Zielsetzung möglich ist.“

20 *BSG*, 19.5.2009 – B 8 SO 32/07 R, BSGE 103, 171–178 (= SozR 4-3500 § 54 Nr. 5), Rn. 18.

21 In seinen Urteilen *BSG*, 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1 und *BSG*, 3.9.2003 – B 1 KR 19/02 R, FEVS 55, 433–437 (= SGB 2004, 99).

22 Rn. 21 des besprochenen Urteils.

23 *BSG*, 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1, Rn. 15.

24 *BSG*, 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1, Rn. 15. So erklärt sich auch, dass Schumacher, *RdLH* 2004, 75, hierdurch den Weg zur Aufnahme der *Petö*-Therapie in den Leistungskatalog der Krankenversicherung vorgezeichnet sah.

25 *BSG*, 3.9.2003 – B 1 KR 34/01 R, SozR 4-2500 § 18 Nr. 1, Rn. 15.

Leistung ist, welche zur Erfüllung der dort genannten Zwecke erforderlich ist. Hierzu gehörte nach seinem Verständnis von medizinischer Rehabilitation auch die Feststellung, dass nichtmedizinische Behandlungszwecke nicht im Vordergrund stehen. Ob die *Petö*-Therapie wegen möglicher weiterer Zwecksetzungen *zusätzlich* in andere Leistungsgruppen einzuordnen wäre, hatte er hingegen gar nicht entschieden.

Diese Lücke hat nun der 8. Senat ausgefüllt: Er betont das Erfordernis, eine möglicherweise über die Ziele der GKV hinausreichende Zwecksetzung der begehrten Maßnahme zu untersuchen. Sollte die Maßnahme den Zwecken anderer Leistungen der Eingliederungshilfe dienen, wäre sie *auch* als eine solche Leistung einzuordnen; dass diese weiteren Zwecke im Vordergrund stehen müssen, ist für den 8. Senat nicht erforderlich. Der 8. Senat hat also gerade nicht über die Zuordnung der *Petö*-Therapie zu den medizinischen Reha-Leistungen entschieden, sondern darüber, ob sie unabhängig davon zugleich eine andere Eingliederungshilfeleistung darstellen kann.

### 5. Umgehung eines Leistungsausschlusses?

Umgeht der 8. Senat damit einen gesetzlichen Ausschluss von Leistungen, die mindestens auch medizinische Reha-Leistungen sind?

#### a) Kein gesetzlicher Leistungsausschluss

§ 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII könnte als Ausschluss aller über die Leistungen der GKV hinausgehenden medizinischen Maßnahmen verstanden werden, unabhängig davon, ob sie etwa weiter reichende Zwecke verfolgen und daher gleichzeitig soziale Reha-Leistungen sind. Hiergegen spricht jedoch der Gesetzeswortlaut, der (wie schon die Vorgängervorschrift in § 40 Abs. 1 Satz 2 BSHG) nur medizinische Reha-Leistungen erwähnt<sup>26</sup>. Hinzu kommt der entgegenstehende Wille des historischen Gesetzgebers: Unmittelbar zu § 40 Abs. 1 Satz 2 BSHG heißt es in der Gesetzesbegründung, er gewährleiste, „dass die Träger der Sozialhilfe wegen der bedürftigkeitsunabhängigen Gewährung über die medizinischen [...] Rehabilitations[...]leistungen hinaus keine Leistungen erbringen müssen, es sei denn, solche Leistungen werden wegen der offenen Leistungskataloge auch von anderen Rehabilitations-trägern erbracht“<sup>27</sup>.

Hieraus lässt sich ableiten, dass ein vollkommener Gleichlauf von Sozialhilfe und GKV bei solchen Leistungen, die zugleich medizinische Reha-Leistungen sind, gerade nicht beabsichtigt war. Eine weitere Stütze hierfür bietet der vorhergehende Absatz der Gesetzesbegründung. Dort heißt es gerade zu dem vom 8. Senat als weitere denkbare Leistungen angesprochenen Hilfen zu einer angemessenen Schulbildung, dass mit der Bezeichnung eines Teils dieser Hilfen als medizinische Reha-Leistungen keine Einschränkung des Leistungskataloges der Eingliederungshilfe verbunden sei<sup>28</sup>.

Ein gesetzlicher Ausschluss für alle Leistungen, die zugleich medizinische Reha-Leistungen sind, besteht in § 54 Abs. 1 Satz 2 SGB XII damit nicht.

#### b) Keine Gefahr der faktischen Umgehung

Daneben liegt der Gedanke an eine faktische Umgehung von § 40 Abs. 1 Satz 2 SGB XII nahe: Hängt die Einstufung einer Maß-

nahme nach dem BSG von der Zweckbestimmung des Leistungserbringers ab, erscheint es *prima facie* als ein Leichtes, weiter gehende Zwecke schlicht vorzuschieben („Etikettenschwindel“) und so die Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers auszulösen.

Bei den vom BSG konkret betrachteten Leistungen – Hilfen zur angemessenen Schulbildung (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII i.V.m. § 12 EinglHV)<sup>29</sup> und Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft (§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGB XII i.V.m. § 55 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX)<sup>30</sup> – droht diese Gefahr indes nicht. Bei beiden müssen die begehrten Maßnahmen nach einem individuellen Maßstab<sup>31</sup> geeignet und erforderlich sein, die von den Vorschriften jeweils geforderten Zwecke zu erreichen. Maßnahmen mit bloß vorgeschobenen Zwecken scheitern an diesem Kriterium: Sie wären ungeeignet oder nicht erforderlich, diese gesetzlichen Zwecke zu erreichen. Sind sie es doch, so liegt kein „Etikettenschwindel“ vor; die behauptete Leistungspflicht besteht.

### 6. Bewertung

Zusammenfassend ist der materiellrechtliche Teil der Entscheidung des 8. Senats zu begrüßen: Er knüpft an die frühere Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte<sup>32</sup> und die Kommentarliteratur zu § 40 BSHG<sup>33</sup> an, ohne sich in Widerspruch zu Entscheidungen auf anderen Rechtsgebieten zu setzen.

### III. Zuständigkeit für Rehabilitationsleistungen

Daneben bestätigt der 8. Senat die BSG-Rechtsprechung zu § 14 SGB IX<sup>34</sup>: Da die Krankenkasse des Klägers einen ersten Reha-Antrag bestandskräftig abgelehnt hatte statt ihn innerhalb der Fristen des § 14 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX weiterzuleiten, sieht der 8. Senat sie als im Verhältnis zum Kläger allein und endgültig zuständig für die Leistungserbringung geworden an<sup>35</sup>.

29 Rn. 19 des besprochenen Urteils. – Diese Leistung liegt bei der *Petö*-Therapie besonders nahe, wurde sie doch gerade vor dem Hintergrund des damaligen ungarischen Schulsystems entwickelt, das nur selbstständig gefähigen Kindern und Jugendlichen Zugang zu allgemeiner Schulbildung bot; Unterausschuss „Heil- und Hilfsmittel“ des Gemeinsamen Bundesausschusses, Konduktive Förderung nach *Petö*. Zusammenfassender Bericht über die Beratungen gemäß § 138 SGB V. 18. Mai 2005, S. 37.

30 Rn. 18 des besprochenen Urteils.

31 So schon zu § 40 BSHG BVerwG, 30.5.2002 – 5 C 36/01, FEVS 53, 499–504 (= ZFSH/SGB 2002, 602–605), Rn. 12–18. – Dies ist im Krankenversicherungsrecht anders; dort müssen neben dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auch Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte einfließen. Geradezu exemplarisch wird dies bei der *Petö*-Therapie deutlich: Der Gemeinsame Bundesausschuss hatte sie nicht wegen erwiesener Unwirksamkeit ausgeschlossen, sondern trotz Anhaltspunkten für ihre Wirksamkeit wegen Fehlens eines Nachweises ihrer generellen Gleich- oder Höherwertigkeit mit „alten“ Methoden; Nr. 2 der Begründung zum Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 21.12.2004 (BAnz. 2005 Nr. 61, S. 4995), abzurufen unter [www.g-ba.de/downloads/40-268-35/2004-12-21-Petoeo-Begruendung.pdf](http://www.g-ba.de/downloads/40-268-35/2004-12-21-Petoeo-Begruendung.pdf), und Unterausschuss „Heil- und Hilfsmittel“ des Gemeinsamen Bundesausschusses, Konduktive Förderung nach *Petö*. Zusammenfassender Bericht über die Beratungen gemäß § 138 SGB V. 18. Mai 2005, S. 52.

32 VG Bayern, 17.9.2002 – 12 CE 02.688, FEVS 56, 264–271, Rn. 18 a.E.; VG Düsseldorf, 8.7.2003 – 22 K 8992/02, Rn. 35; VG Hannover, 3.2.2005 – 9 A 5294/04, EuG 2006, 32–38, Rn. 32 (zu Hörgerätebatterien). – Vgl. auch BVerwG, 31.8.1966 – V C 185.65, BVerwGE 25, 28–35, Rn. 15, wonach „das Gesetz [...] dem Hilfesuchenden die ihm günstigste Unterordnung seines Falles unter das [Sozialhilferecht] gewährleisten will.“

33 Schellhorn/Schellhorn, BSHG (16. Aufl. 2002), § 40 Rn. 9; Brühl in LPK-BSHG (6. Aufl. 2003), § 55 Rn. 48.

34 St. Rspr. seit BSG, 26.10.2004 – B 7 AL 16/04 R, BSGE 93, 283–289 (= SozR 4-3250 § 14 Nr. 1), Rn. 15f.; BSG, 21.8.2008 – B 13 R 33/07 R, BSGE 101, 207–217 (= SozR 4-3250 § 14 Nr. 7), Rn. 31.

35 Rn. 11 f. des besprochenen Urteils. Zustimmung hierzu LSG Nordrhein-Westfalen, 26.7.2010 – L 10 SO 38/09 ZVW, Rn. 92–95.

26 So auch SG Augsburg, 22.8.2006 – S 15 SO 99/05, Rn. 16; VG Hannover, 3.2.2005 – 9 A 5294/04, EuG 2006, 32–38, Rn. 32.

27 BT-Drucks. 14/5074, S. 124.

28 BT-Drucks. 14/5074, S. 124.

Ob der beklagte örtliche oder aber der überörtliche Träger der Sozialhilfe endgültig zuständiger Träger war, konnte der 8. Senat richtigerweise nicht entscheiden: Dies hängt nach nordrhein-westfälischem Landesrecht davon ab, ob die Leistungen stationär oder ambulant erbracht wurden, wozu aber Feststellungen fehlten<sup>36</sup>.

#### IV. Notwendige Beiladung des nach § 14 SGB IX vorläufig zuständigen Trägers?

§ 14 SGB IX hat auch prozessrechtliche Implikationen. So ist in Verfahren gegen den vorläufig zuständigen Träger nach ständiger Rechtsprechung der mutmaßlich endgültig zuständige Träger beizuladen (echte notwendige Beiladung nach § 75 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 SGG)<sup>37</sup>.

Der 8. Senat hält nun bindend (§ 170 Abs. 5 SGG) eine Ausweitung dieser Rechtsprechung auf den umgekehrten Fall der Klage gegen den mutmaßlich endgültig zuständigen Träger für denknotwendig<sup>38</sup>. Dieser Schluss trägt allerdings.

Im Rechtsstreit gegen den nach außen zuständig gewordenen Träger zeigt sich die Funktion der echten notwendigen Beiladung, neben der Vermeidung abweichender Entscheidungen dem Beigeladenen vor einer Entscheidung, die unmittelbar in seine Rechte eingreifen würde<sup>39</sup>, rechtliches Gehör zu gewähren<sup>40</sup>: Durch die Entscheidung über den Anspruch des Klägers gegen den vorläufig zuständigen Träger wird der Inhalt des Erstattungsanspruchs (§ 14 Abs. 4 SGB IX) des vorläufig zuständigen gegen den endgültig zuständigen Träger jedenfalls der Höhe nach bestimmt (Präjudizialität)<sup>41</sup>.

Im umgekehrten Fall fehlt mit der Identität der Streitgegenstände<sup>42</sup> jedoch eine der Voraussetzungen für eine echte notwendige Beiladung: Die – auf welchen Gründen auch immer beruhende – Unzuständigkeit des Beklagten ist im Streit um seine Leistungspflicht gegenüber dem Kläger nur eine Vorfrage. Da solche

Vorfragen nicht rechtskraftfähig sind<sup>43</sup>, kann die Entscheidung keinesfalls in Rechte Dritter eingreifen<sup>44</sup>.

Wegen § 75 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 SGG ist die Beiladung der Krankenkasse dennoch eine notwendige<sup>45</sup>. Einen Verstoß hiergegen hatte das BSG bislang allerdings nicht als von Amts wegen zu beachtenden Mangel angesehen<sup>46</sup>.

#### V. Verurteilung nach § 75 Abs. 5 SGG trotz bestandskräftiger Ablehnung oder Lösung über § 181 SGG?

Im vorletzten Absatz erwägt der 8. Senat entgegen der bisherigen Rechtsprechung<sup>47</sup> die Verurteilung des nach § 14 SGB IX vorläufig zuständigen Trägers nach § 75 Abs. 5 SGG trotz bestandskräftiger Leistungsablehnung<sup>48</sup>. Damit greift er eine Idee des 7. Senats<sup>49</sup> auf, von der das BSG allerdings mit Rücksicht auf das Zusammenspiel von § 75 Abs. 5 SGG und § 181 SGG abgerückt war<sup>50</sup>.

§ 181 SGG ermöglicht es einem Gericht, welches die Klage gegen einen Versicherungsträger ablehnen will, weil es einen anderen Versicherungsträger für leistungspflichtig hält, nach Maßgabe von § 180 SGG eine entgegenstehende bestands- oder rechtskräftige Entscheidung<sup>51</sup> aufzuheben und den zuständigen Träger zu verurteilen<sup>52</sup>.

36 Rn. 13 des besprochenen Urteils.

37 St. Rspr. seit BSG, 26.10.2004 – B 7 AL 16/04 R, BSGE 93, 283–289 (= SozR 4-3250 § 14 Nr. 1), Rn. 12 f.; BSG, 21.8.2008 – B 13 R 33/07 R, BSGE 101, 207–217 (= SozR 4-3250 § 14 Nr. 7), Rn. 13, 16 f. – Das würde hier den überörtlichen Sozialhilfeträger betreffen, wenn man zu seiner Zuständigkeit und einer Möglichkeit der Verurteilung der Krankenkasse käme.

38 Rn. 11 des besprochenen Urteils.

39 Dies ist nach dem BSG die Voraussetzung für eine echte notwendige Beiladung: st. Rspr.; statt vieler BSG, 29.8.1974 – 7 RA 17/72, BSGE 38, 94–98 (= SozR 1500 § 75 Nr. 4), Rn. 19–21; Udsching in Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens (5. Aufl. 2008), VI. Kap., Rn. 11 m.w. Nachw.; Breikreuz in Breikreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 75 Rn. 4 m.w. Nachw.; Littmann in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 75 Rn. 4; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG (9. Aufl. 2008), § 75 Rn. 10.

40 Schäfer, Die Beiladung im Sozialgerichtsverfahren. Mittel des Rechtsschutzes und der Prozeßökonomie. Diss. jur. 1983, S. 51; Hänlein, Zur notwendigen Beiladung im sozialgerichtlichen Verfahren, SGB 1989, 337.

41 Zur Reichweite der Bindungswirkung bei Präjudizialität Bolay in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 141 Rn. 20–23; Humpert in Jansen, SGG (3. Aufl. 2009), § 141 Rn. 15; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG (9. Aufl. 2008), § 141 Rn. 6d; Breikreuz in Breikreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 141 Rn. 22; ungenau BSG, 10.2.2000 – B 3 P 12/99 R, BSGE 85, 278–287, Rn. 12.

42 BSG, 10.2.2000 – B 3 P 12/99 R, BSGE 85, 278–287, Rn. 12; BSG, 26.10.2004 – B 7 AL 16/04 R, BSGE 93, 283–289 (= SozR 4-3250 § 14 Nr. 1), Rn. 12.

43 Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG (9. Aufl. 2008), § 141 Rn. 6d, 7b; Humpert in Jansen, SGG (3. Aufl. 2009), § 141 Rn. 15; Breikreuz in Breikreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 141 Rn. 8; BSG, 5.12.1978 – 7 RA 34/78, BSGE 47, 241–246 (= SozR 4100 § 134 Nr. 11), Rn. 19; BSG, 3.3.2000 – B 2 U 4/00 B, Rn. 13. – Ähnlich zur Rechtskraftwirkung von Prozessurteilen BSG, 29.3.2007 – B 9a V 7/06 B, SozR 4-2600 § 118 Nr. 3, Rn. 9, 13 (zust. hierzu Hengelhaupt, jurisPR-SozR 21/2007 Anm. 2, unter D.).

44 BSG, 23.10.1985 – 7 RA 32/84, BSGE 59, 30–40 (= SozR 1200 § 48 Nr. 10), Rn. 16; Udsching in Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens (5. Aufl. 2008), VI. Kap., Rn. 11; Breikreuz in Breikreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 75 Rn. 4; Littmann in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 75 Rn. 4.

45 Sog. unechte notwendige Beiladung. Dies gilt unabhängig davon, ob die Krankenkasse nach § 75 V SGG verurteilt werden kann; es genügt, dass sie als leistungspflichtig in Betracht kommt; Udsching in Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens (5. Aufl. 2008), VI. Kap., Rn. 10; Littmann in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 75 Rn. 5; Breikreuz in Breikreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 75 Rn. 5; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG (9. Aufl. 2008), § 75 Rn. 12–12c; Niesel/Herold-Tews, Der Sozialgerichtsprozess (5. Aufl. 2009), Rn. 129; BSG, BSG, 12.6.2008 – B 3 P 6/07 R, BSGE 101, 22–33 (= SozR 4-3300 § 40 Nr. 8), Rn. 9.

46 St. Rspr. seit BSG, 20.7.1955 – 3 RK 6/55, BSGE 1, 158–164, Rn. 5; BSG, 5.10.1982 – 7 RA 66/81, SozR 1500 § 75 Nr. 47, Rn. 23; BSG, 29.1.1986 – 9b RU 68/84, BSGE 59, 284–290 (= SozR 2200 § 539 Nr. 114), Rn. 20; BSG, 7.2.2002 – B 7 AL 28/01 R, ZfS 2002, 238, Rn. 13; BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R, BSGE 97, 242–254 (= SozR 4-4200 § 20 Nr. 1), Rn. 15; BSG, BSG, 12.6.2008 – B 3 P 6/07 R, BSGE 101, 22–33 (= SozR 4-3300 § 40 Nr. 8), Rn. 9; BSG, 21.7.2009 – B 7 AL 49/07 R, BSGE 104, 76–83, Rn. 18.

47 St. Rspr. seit BSG, 13.8.1981 – 11 RA 56/80, SozR 1500 § 75 Nr. 38.

48 Rn. 24 des besprochenen Urteils.

49 BSG, 21.5.1980 – 7 RA 19/79, BSGE 50, 111–115 (= SozR 1500 § 181 Nr. 1 bzw. SozR 4100 § 57 Nr. 11), Rn. 27. Weiterhin so Lütke in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 180 Rn. 6 a.E.

50 BSG, 13.8.1981 – 11 RA 56/80, SozR 1500 § 75 Nr. 38, Rn. 18. – 1984 hat es allerdings die Verurteilung des Beigeladenen gebilligt, dessen während des Klageverfahrens ergangenen ablehnenden Verwaltungsakt die Vorinstanzen analog § 96 SGG a.F. einbezogen hatten; BSG, 24.5.1984 – 7 RA 15/82, BSGE 57, 1–10 (= SozR 2200 § 1237a Nr. 25), Rn. 22–24.

51 § 181 SGG ist sowohl auf die Aufhebung von Verwaltungsakten wie von Gerichtsurteilen gerichtet; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG (9. Aufl. 2008), § 180 Rn. 9 und § 181 Rn. 1; Krasney in Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens (5. Aufl. 2008), XI. Kap., Rn. 90.

52 Arndt in Breikreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 181 Rn. 6 und § 180 Rn. 21; ein solches Vorgehen wurde vom BSG, 29.11.2006 – B 12 KR 30/05 R, SGB. 2007, 40–41, Rn. 14 f. grundsätzlich gebilligt. – Anders hingegen wohl Lütke in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 180 Rn. 8, der eine reine Feststellung der Zuständigkeit favorisiert.

Zwar steht der direkten Anwendung von § 181 SGG entgegen, dass der Beklagte weder Versicherungsträger noch Land (vgl. §§ 181 S. 2, 180 Abs. 2 SGG für Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechts) ist. Die fehlende Erwähnung der übrigen Sozialleistungsträger in der Rechtswegzuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit<sup>53</sup> stellt jedoch weiterhin eine planwidrige Lücke dar, die eine Analogie ermöglicht und gebietet<sup>54</sup>.

Weil § 181 SGG nach herrschender und wegen des Bezuges zu § 180 Abs. 1 Nr. 2 SGG zutreffender Meinung in Rechtsprechung und Literatur nur auf Fälle von Zuständigkeitskonflikten anzuwenden ist<sup>55</sup>, wäre dieser Weg nicht gangbar, wenn die Krankenkasse ihre Ablehnung materiell-rechtlich begründet hätte.

Ist es Sinn und Zweck von § 181 SGG, im gegliederten System einander widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, müssen zu den Zuständigkeitsregeln neben den verwaltungsrechtlichen indes auch diejenigen materiellrechtlichen Vorschriften gerechnet werden, welche die Anwendungsbereiche der verschiedenen Leistungssysteme voneinander abgrenzen<sup>56</sup>. Deshalb liegt ein Zuständigkeitskonflikt vor, wenn ein nach § 14 SGB IX umfassend zuständiger Träger nur die nach „seinem“ Leistungsgesetz zu gewährenden Leistungen berücksichtigt. § 181 SGG wäre hier also nur dann unanwendbar, wenn die Krankenkasse ihre Ablehnung neben dem Ausschluss der *Petö*-Therapie als medizinische Reha-Leistung auch – inhaltlich unzutreffend – auf ihren Ausschluss als weitergehende Leistung nach dem SGB XII gestützt hat. Dem Kläger bliebe nur ein eigenes Verfahren nach § 44 SGB X<sup>57</sup>.

Ein Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung zu § 75 V SGG ließe die auf solche Fallkonstellationen ausdrücklich zugeschnittene Vorschrift des § 181 SGG außer Acht und ist deshalb abzulehnen.

## VI. Passivlegitimation bei Behördenprinzip

Schließlich handelt der 8. Senat noch eine Formalie ab: Trotz Fehlens einer § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO entsprechenden Vorschrift sollen in Ländern, welche die Behörden für beteiligtenfähig erklärt haben (§ 70 Nr. 3 SGG)<sup>58</sup>, nur diese passiv legitimiert sein<sup>59</sup>. Unter dessen hat er dies gegen den 9. Senat<sup>60</sup> bekräftigt<sup>61</sup>. Eine solche Divergenz bleibt trotz geringer praktischer Bedeutung – wie das BSG zu Recht selbst feststellt, ist die Beklagtenbezeichnung regelmäßig dahin auslegungsfähig, dass der prozessual richtige Beklagte verklagt werden soll<sup>62</sup> – unbefriedigend.

## VII. Schluss

Der 8. Senat hat die Gelegenheit genutzt, inhaltlich überzeugend das Verhältnis von krankensicherungs- und sozialhilferechtlichen Reha-Leistungen klarzustellen und einer restriktiven Tendenz bei der Eingliederungshilfe entgegenzusteuern. Die prozessrechtlichen Ausführungen überzeugen hingegen nicht und sollten nicht fortgeführt werden.

Prof. Dr. Andreas Pattar,  
Hochschule für öffentliche Verwaltung, Kehl

58 Bayern (für die Staatsministerien und weitere durch Rechtsverordnung bestimmte Behörden, Art. 6 byAGSGG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 17 mvGOrgG), Nordrhein-Westfalen (§ 3 nwAGSGG), Rheinland-Pfalz (§ 2 rp-AGSGG), Saarland (§ 9 slAGSGG) und Schleswig-Holstein (§ 5 shAGSGG).

59 Rn. 14 des besprochenen Urteils.

60 BSG, 23.4.2009 – B 9 SB 3/08 R, SozVerw 2009, 59f., Rn. 21.

61 BSG, 2.2.2010 – B 8 SO 21/08 R, Rn. 11f.; BSG, 23.3.2010 – B 8 SO 2/09 R, Rn. 9.

62 Rn. 14 des besprochenen Urteils.

53 Insbesondere die Träger der Sozialhilfe, die kommunalen Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende und die Träger der Asylbewerberleistungen.

54 Überzeugend die Ausführungen des LSG Rheinland-Pfalz, 12.2.2010 – L 1 SO 84/09 B ER, L 1 SO 95/09 B, ZFSH/SGB 2010, 367–373, Rn. 44–49; mangels Diskussion einer Analogiemöglichkeit unbefriedigend dagegen LSG Niedersachsen-Bremen, 27.8.2009 – L 8 SO 149/07, FEVS 61, 306–311, Rn. 26. – Ebenfalls eine Ausweitung auf die übrigen Träger bejahend: Krasney in Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens (5. Aufl. 2008), XI. Kap., Rn. 73; Lütke in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 180 Rn. 5.

55 BSG, 7.3.1979 – 9 S 3/78, SozR 1500 § 180 Nr. 1, Rn. 4; BSG, 13.8.1981 – 11 RA 56/80, SozR 1500 § 75 Nr. 38, Rn. 18; BSG, 31.5.1988 – 2 RU 67/87, HV-Info 1988, 1607–1610, Rn. 19; BSG, 29.11.2006 – B 12 KR 30/05 R, SGB. 2007, 40–41, Rn. 15, alle m.w. Nachw.; Arndt in Breitreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 181 Rn. 2 f.; Straßfeld in Jansen, SGG (3. Aufl. 2009), § 181, Rn. 3 m.w. Nachw.; Lütke in Lütke, Hk-SGG (3. Aufl. 2009), § 181 Rn. 2; Krasney in Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens (5. Aufl. 2008), XI. Kap., Rn. 92; a.A. (auch materiell andere Entscheidung kann aufgehoben werden) wohl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG (9. Aufl. 2008), § 181 Rn. 2.

56 So beispielsweise zum Begriff der Erwerbsfähigkeit in § 8 SGB II, der die Leistungssysteme der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende voneinander abgrenzt, LSG Rheinland-Pfalz, 12.2.2010 – L 1 SO 84/09 B ER, L 1 SO 95/09 B, ZFSH/SGB 2010, 367–373, Rn. 45; zur Verursachung eines feststehenden Schadens durch ein entweder im Sinne des sozialen Entschädigungs- oder im Sinne des Unfallversicherungsrechts geschütztes Ereignis BSG, 28.9.1972 – 7 RU 20/70, SozR Nr. 2 zu § 181 SGG, NJW 1973, 1096, Rn. 18–21; zweifelhaft insoweit deshalb BSG, 31.5.1988 – 2 RU 67/87, HV-Info 1988, 1607–1610, Rn. 19.

57 Arndt in Breitreuz/Fichte, SGG (1. Aufl. 2009), § 181 Rn. 3; Straßfeld in Jansen, SGG (3. Aufl. 2009), § 181 Rn. 3; LSG Bayern, 20.10.2005 – L 4 KR 181/02, Rn. 29. – Dieses ist auch zu fordern.

## Krankenversicherung

### Kostenerstattung/Wahltarif

§§ 13 Abs. 2, 27 Abs. 1, 31 Abs. 1, 34, 130 f. SGB V

1. Eine Krankenkasse muss ihren Versicherten, die Kostenerstattung anstelle der Sach- oder Dienstleistung gewählt haben, nur Kosten solcher selbstbeschaffter Behandlungen erstatten, welche die Krankenkassen allgemein in Natur zu erbringen haben.
2. Wählen Versicherte Kostenerstattung, verstößt es nicht gegen das Grundgesetz, dass die Erstattungshöhe durch den bei einer Naturalleistung der Krankenkasse zu gewährenden Apotheken- und Herstellerrabatt begrenzt ist.
3. Versicherte können nichtverschreibungspflichtige Fertigarzneimittel im Rahmen gesetzlicher Ausnahmeregelungen von ihrer Krankenkasse nur beanspruchen, wenn es sich um Arzneimittel handelt, die der Art nach wegen ihrer arzneimittelrechtlichen Zulassung oder als Einzelimport überhaupt verordnungsfähig sind.

Urteil des 1. Senats des BSG vom 8.9.2009 – B 1 KR 1/09 R – Anmerkung von Jörg Littmann, Schleswig

### Gründe:

#### I.

[1] Die Beteiligten streiten über die Kostenerstattung für das Mittel „Orthomol vision diabet“ sowie über die Höhe des Erstattungsbetrages für Arzneimittel bei vom Versicherten gewählter Kostenerstattung.