

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

1 Bf 246/09
8 K 4012/07

1. Senat

Beschluss vom 3. Februar 2010

BhV § 5

Trägt der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung die Hälfte des auf die Rente entfallenden Krankenversicherungsbeitrages des pflichtversicherten Beamten, so sind die Leistungen eines Kassenarztes für den Beamten auch dann nicht beihilfefähig, wenn die gesetzliche Krankenversicherung sie nicht trägt.



Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

1 Bf 246/09
8 K 4012/07

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 1. Senat, durch die Richter Dr. Gestefeld und Schulz sowie die Richterin Walter am 3. Februar 2010 beschlossen:

./Mel.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 25. Juni 2009 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Hinsichtlich der Kosten des gesamten Verfahrens ist der Beschluss vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der auf Grund des Beschlusses vollstreckbaren Kosten abwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe der zu vollstreckenden Kosten leistet.

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 140,- Euro festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt oder durch eine der in § 3 RDGEG bezeichneten Personen innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses bei dem Hamburgischen Obergericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich Revision eingelegt werden. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich durch die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO genannten Beschäftigten mit Befähigung zum Richteramt oder als Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen. In Rechtssachen im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Rechtssachen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5, 7 VwGO bezeichneten Organisationen bzw. juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht in Leipzig schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof (BGBl. I 2004, S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss den angefochtenen Beschluss bezeichnen (§§ 139 Abs. 1, 67 Abs. 4 VwGO).

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses durch einen Vertreter, wie in Absatz 1 angegeben, zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder elektronisch nach Maßgabe der oben bezeichneten Verordnung einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben (§ 139 Abs. 3 VwGO).

G r ü n d e:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten Beihilfeleistungen für eine privatärztliche Behandlung.

Der 1923 geborene Kläger stand bis zu seiner Pensionierung in Diensten der Beklagten. Er bezieht Versorgungsbezüge sowie eine Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung und ist bei der Barmer Ersatzkasse in der Krankenversicherung der Rentner seit 1988 pflichtversichert. Den hälftigen Beitragsanteil zur gesetzlichen Krankenversicherung bezogen auf seine Rente trägt der Kläger. Die Krankenversicherungsbeiträge bezogen auf seine Pension trägt er in vollem Umfang.

Am 3. September 2007 beantragte der Kläger Beihilfeleistungen u.a. für die Kosten einer privatärztlichen Behandlung in Höhe von 200,- Euro durch einen als Kassenarzt zugelassenen Orthopäden. Aus der Rechnung von Dr. med. B. vom 22. August 2007 ergibt sich, dass der Kläger im Rahmen einer privatärztlichen Behandlung mit dem Medizinprodukt Ostenil-mini behandelt wurde. Die Rechnung enthält den Hinweis: „Diese Behandlungskosten werden von den gesetzlichen Krankenkassen nicht übernommen“.

Mit Bescheid vom 7. September 2007 lehnte die Beklagte die Gewährung von Beihilfeleistungen für die privatärztliche Behandlung ab. Zur Begründung gab sie an, die Behandlung sei als Sach- und Dienstleistung im Sinne des § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 b BhV nicht beihilfefähig. Mit Schreiben vom 11. September 2007 und vom 5. Oktober 2007 erhob der Kläger Widerspruch und verwies darauf, die Behandlungen seien bisher als beihilfefähig anerkannt worden. Im Übrigen hätten Rentner und Pensionäre seit langem die vollen Versicherungsbeiträge zu zahlen. Ihm stehe die freie Arztwahl zu. Er sei nicht verpflichtet, nur seine Rentnerkasse in Anspruch zu nehmen, insbesondere dann nicht, wenn sie die Behandlungskosten wegen des angewendeten Medikamentes nicht übernehme.

Mit Widerspruchsbescheid vom 4. Dezember 2007 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger sei ausweislich der Bescheinigung der Barmer Ersatzkasse vom 23. März 2007 in der gesetzlichen Krankenkasse pflichtversichert. Er gehöre somit zum Personenkreis der Pflichtversicherten und sei daher auf Sach- und Dienstleistungen der gesetzlichen Krankenkasse zu verweisen. Die von ihm geltend gemachten Aufwendungen seien jedoch im Rahmen einer privatärztlichen Behandlung beim Kassenarzt entstanden und daher von der Beihilfefähigkeit ausgeschlossen. Aus der rechtswidrigen Gewährung von Beihilfe in der Vergangenheit könne der Kläger keinen Anspruch auf deren rechtswidrige Gewährung in der Zukunft herleiten.

Mit der am 10. Dezember 2007 erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, er sei nicht gesetzlich, sondern freiwillig versichert. Zudem trage er seinen Krankenkassenbeitrag in voller Höhe, nämlich zu 14,40 %.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 7. September 2007 und des Widerspruchsbescheides vom 4. Dezember 2007 - soweit diese entgegenstehen -, zu verpflichten, an ihn zusätzliche Beihilfeleistungen in Höhe von 140,-- Euro zu bewilligen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat an ihrer Rechtsauffassung festgehalten.

Mit Urteil vom 25. Juni 2009 hat das Verwaltungsgericht unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide die Beklagte verpflichtet, dem Kläger weitere Beihilfe in Höhe von 140,-- Euro zu bewilligen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Kläger habe ein Anspruch darauf, dass die Beklagte ihm Beihilfe entsprechend seinem Bemessungssatz von 70 v. H., mithin einen Beitrag von 140,-- Euro bewillige. Für die rechtliche Beurteilung komme es auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen an, für die die Beihilfe verlangt werde. Nach § 58 Abs. 1 der Bundesbeihilfeverordnung (BBhV) vom 13. Februar 2009 sei für Aufwendungen, die vor Inkrafttreten dieser Verordnung entstanden seien, die allgemeine Verwaltungsvorschrift für Beihilfen in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen (BhV) vom 1. November 2001 weiter anzuwenden. Die Beihilfefähigkeit sei nicht nach § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 b BhV ausgeschlossen. Diese Vorschrift sei Ausdruck des das Beihilferecht prägenden Subsidiaritätsprinzips. Wer auf Grund anderweitiger Vorschriften einen Anspruch darauf habe, dass sein krankheitsbedingter Bedarf durch Sach- oder Dienstleistungen grundsätzlich vollständig gedeckt werde, solle wegen seines Verzichts auf diese Leistungen im System der Beihilfe nicht besser gestellt werden.

Der Kläger falle unter den genannten Personenkreis, da er gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V pflichtversichert sei. Sein Krankenversicherungsbeitrag werde gemäß § 249a SGB V in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung zur Hälfte vom Träger der gesetzlichen Rentenversicherung getragen. Dies ergebe sich aus der vom Kläger eingereichten Mitteilung über die Anpassung der Leistung aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Danach habe der Kläger die Hälfte des maßgeblichen Betrages, nämlich 35,71 Euro zu tragen.

Allerdings beruhten die Aufwendungen nicht, wie es § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 BhV weiter voraussetze, darauf, dass der Versicherte die beim Behandler mögliche Sachleistung nicht als solche in Anspruch genommen habe. Der Kläger habe sich zwar bei einem Kassenarzt privatärztlich behandeln lassen. Aber dies sei nicht geschehen, weil er die gegen einen Behandlungsschein stattdessen mögliche kassenärztliche Behandlung abgelehnt habe. Vielmehr enthalte die Rechnung vom 22. August 2007 den gesonderten Hinweis, dass die Behandlungskosten gerade nicht von den gesetzlichen Krankenkassen übernommen würden. Diese Einschätzung habe die Beklagte in der Sache nicht bezweifelt. Für die Richtigkeit des auf der Rechnung befindlichen Hinweises spreche, dass die Behandlung mit Hyaluronsäure (Handelsname: Ostenil-mini) nach einer im

Internet abrufbaren Seite des deutschen Orthopäden-Verbandes von den gesetzlichen Krankenkassen nicht übernommen werde.

Auf den Antrag der Beklagten hat der Senat mit Beschluss vom 27. November 2009 die Berufung zugelassen.

Die Beklagte trägt vor, zwar gehe das Verwaltungsgericht zu Recht von dem das Beihilferecht prägenden Subsidiaritätsprinzip aus und damit davon, dass derjenige, der auf Grund anderweitiger Vorschriften einen Anspruch darauf habe, dass sein krankheitsbedingter Bedarf durch Sach- oder Dienstleistungen grundsätzlich vollständig gedeckt werde, wegen seines Verzichts auf diese Leistungen im System der Beihilfe nicht besser gestellt werden dürfe. Tatsächlich stelle das Verwaltungsgericht den Kläger aber doch besser, als es durch die „anderweitigen Vorschriften“ der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehen sei. Der Kläger habe als Pflichtversicherter die Möglichkeit gehabt, bei jedem Kassenarzt die für seine Erkrankung notwendige Behandlung zu erhalten. Die Notwendigkeit richte sich nach den vom Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) herausgegebenen Richtlinien, welche den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung festlegten. Die entsprechenden Leistungen des Kassenarztes würden über die Krankenchipkarte erfasst und erstattet. Bei einer solchen Behandlung handele es sich um eine Sachleistung im Sinne des § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 b BhV. Werde die über die gesetzliche Krankenversicherung mögliche Sachleistung nicht in Anspruch genommen, beruhten die Aufwendungen auf einem Verzicht und seien somit nicht beihilfefähig.

Ein Verzicht liege trotz des Umstandes vor, dass die Behandlung mit Hyaluronsäure nicht zu den vom Gemeinsamen Bundesausschuss als notwendig anerkannten Methoden für die Behandlung der Erkrankung des Klägers gehöre und folgerichtig nicht von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen werde. Privatärztliche Leistungen für Pflichtversicherte würden nur dann als beihilfefähig anerkannt, wenn die in der Rechnung ausgewiesene Leistung von einem Nichtkassenarzt erbracht werde, die Krankenkasse die Leistungen nicht übernehme und die Beihilfefähigkeit nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei. Hier sei die ärztliche Leistung aber von einem Kassenarzt erbracht worden. Dieser

hätte die Vorgaben des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung beachten und eine der dort vorgesehenen Behandlungen durchführen müssen.

Darüber hinaus sei die Beihilfefähigkeit für Ostenil nicht gegeben und somit die weitere Voraussetzung für die Beihilfegewährung nicht erfüllt. Es handele sich bei diesem Präparat nicht um ein Arzneimittel, sondern um ein nicht verschreibungspflichtiges Medizinprodukt. Solche Produkte seien von der Beihilfefähigkeit ausgeschlossen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 25. Juni 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger hat sich nicht geäußert.

Mit gerichtlicher Verfügung vom 12. Januar 2010 hat das Berufungsgericht den Beteiligten mitgeteilt, dass es erwäge, der Berufung gemäß § 130a VwGO durch Beschluss ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung stattzugeben, und hat den Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung bis zum 29. Januar 2010 gegeben.

II.

A.

Die Sachentscheidung ergeht gemäß § 130 a Satz 1 VwGO durch Beschluss, da das Berufungsgericht die Berufung einstimmig für begründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Die Beteiligten sind auf diese Entscheidungsmöglichkeit hingewiesen worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 130 a Satz 2 i.V.m. § 125 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

B.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2009 ist aufzuheben und die Klage abzuweisen. Denn der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Beihilfe. Der Bescheid vom 7. September 2007 und der Widerspruchsbescheid vom 4. Dezember 2007 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

1. Die Beklagte hat ihren Bescheiden zu Recht § 5 der Beihilfevorschriften des Bundes (BhV) in der Fassung vom 1. November 2001 (GMBI. S. 918), zuletzt geändert durch Artikel 1 der 28. Änderungsverwaltungsvorschrift vom 30. Januar 2004 (GMBI. S. 379) zugrunde gelegt. Nach § 58 Abs. 1 der Beihilfeverordnung des Bundes vom 13. Februar 2009 (BBhV, BGBl. I 2009, S. 326) sind bei Aufwendungen, die vor Inkrafttreten dieser Verordnung entstanden sind, die Regelungen der BhV vom 1. November 2001 (m.Änd.) weiter anzuwenden. Die Beihilfevorschriften der BhV in dieser Fassung sind, obwohl sie dem Gesetzesvorbehalt nicht genügen, für eine Übergangszeit weiterhin anwendbar (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.8.2009, 2 C 62.08, juris; Urt. v. 26.6.2008, BVerwGE 131, 23; Urt. v. 17.6.2004, BVerwGE 121, 103;). Die Frist, bis zu deren Ablauf die Beihilfevorschriften übergangsweise weiterhin anzuwenden waren, war im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung über den Beihilfeantrag des Klägers noch nicht abgelaufen. Damit gelten die Regelungen der BhV über Leistungsausschlüsse und Leistungsgrenzen in bestimmten Fällen weiter.

Nach § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1, 3 BhV sind Sach- und Dienstleistungen nicht beihilfefähig. Bei Personen, denen ein Zuschuss, Arbeitgeberanteil und dergleichen zum Krankenversicherungsbeitrag gewährt wird, gelten als Sach- und Dienstleistungen auch Aufwendungen, die darauf beruhen, dass der Versicherte die beim Behandler mögliche Sachleistung nicht als solche in Anspruch genommen hat (§ 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 b BhV).

2. Der Kläger gehört zum Personenkreis des § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 BhV. Er ist ein Versicherter, dem ein zuschussgleicher Anteil zum Krankenversicherungsbeitrag gewährt worden ist. Zu den Personen, die einen Anspruch auf „Zuschuss“ zum Krankenversicherungsbeitrag haben, gehören auch die versicherungspflichtigen Rentenbezieher (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.12.2005, BVerwGE 125, 21 m.w.N.; VGH München, Beschl. v. 23.2.2006, 14 B 00.903, juris). Nach § 249 a SGB V tragen Versicherungspflichtige, die eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen, und die Träger der Rentenversicherung die nach der Rente zu bemessenen Beiträge jeweils zu Hälfte. Ausweislich der Bescheinigung der Barmer Ersatzkasse vom 23. März 2005 ist der Kläger in der Krankenversicherung der Rentner seit 1988 pflichtversichert. Aus dem Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Bund betreffend die Rentenanpassung zum 1. Juli 2007 ergibt sich, dass der Kläger nur den hälftigen Beitragsanteil zur Krankenversicherung bezogen auf seine Rente, nämlich 35,52 Euro zu tragen hat. Die Tatsache, dass der Kläger nach § 248 Satz 1 SGB V auf seine Versorgungsbezüge den vollen allgemeinen Beitragssatz zur Krankenversicherung zu zahlen hat, ändert nicht daran, dass er im Übrigen bei wirtschaftlicher Betrachtung einen Zuschuss zur Krankenversicherung dadurch erhält, dass sein Rentenversicherungsträger den hälftigen Beitragsanteil trägt.

3. Der Kläger hat als Pflichtversicherter Anspruch auf Sach- und Dienstleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung. Die bei ihm entstandenen Aufwendungen für die orthopädische Behandlung mit Ostenil gelten als Sach- und Dienstleistungen im Sinne des § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 BhV, weil sie darauf beruhen, dass der Kläger die beim Behandler mögliche Sachleistung nicht als solche in Anspruch genommen hat.

a) § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 b BhV ist Ausdruck des das Beihilferecht prägenden Subsidiaritätsprinzips. Wer auf Grund anderweitiger Vorschriften einen Anspruch darauf hat, dass sein krankheitsbedingter Bedarf durch Sach- oder Dienstleistungen grundsätzlich vollständig gedeckt wird, soll wegen seines Verzichts auf diese Leistungen im System der Beihilfe nicht besser gestellt werden. Die Beihilfe ist insoweit nachrangig. Sie soll lediglich von solchen Aufwendungen in Krankheitsfällen u.a. in angemessenem Umfang freistellen, die den Beihilfeberechtigten unabwendbar treffen, weil er sie nicht

durch sonstige Leistungen ausgleichen kann, die ihm nach Gesetz oder Arbeitsvertrag zustehen, und die nicht durch die Besoldung gedeckt sind (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.12.2005, BVerwGE 125, 21).

Der Kläger hat einen gesetzlichen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung. Das Sachleistungsprinzip ist die Standardform der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. BR-Drs. 200/88 S. 157 zu § 2 Abs. 2). Personen wie der Kläger, die die Möglichkeit haben, an Stelle einer (beihilferechtlichen) Kostenerstattung Sach- und Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, sind wirksam von der Beihilfe ausgeschlossen. Aufwendungen, die darauf beruhen, dass der Versicherte die beim Behandler mögliche Sachleistung nicht als solche in Anspruch genommen hat - mit Ausnahme der Aufwendungen der Wahlleistungen im Krankenhaus -, sind nicht beihilfefähig.

Diese Voraussetzungen liegen beim Kläger vor. Der Kläger hat sich bei einem Orthopäden, der als Kassenarzt zugelassen war, in Behandlung begeben. Er hatte damit einen Anspruch auf die notwendige und angemessene Behandlung seiner Erkrankung entsprechend dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung. Zu dieser ist der behandelnde Arzt als Vertragsarzt auch verpflichtet. Die Teilnahmeverpflichtung in dem Fachgebiet, für das der Vertragsarzt zugelassen ist, hat die Folge, dass er die wesentlichen Leistungen seines Fachgebiets im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung auch tatsächlich anbieten und erbringen muss. Er übernimmt mit seiner Zulassung die Pflicht, die gesetzlichen Leistungsansprüche der Versicherten auf ärztliche Behandlung (§ 11 i.V.m. § 27 SGB V) zu befriedigen. Die ärztlichen Leistungen werden den Versicherten von den Krankenkassen zur Verfügung gestellt (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Satz 3 SGB V) und zwar grundsätzlich als Naturalleistungen und nicht nur als Geldleistung (vgl. BSG, Urt. v. 14.3.2001, NJW 2002, 238). Der Vertragsarzt ist nicht berechtigt, dem Versicherten gesetzlich vorgesehene Leistungen (nur) außerhalb des Systems der vertragsärztlichen Versorgung zukommen zu lassen oder gänzlich zu verweigern. Der Kläger hätte sein Knieleiden daher von seinem ihn behandelnden Arzt Dr. B. auf Kosten seiner Krankenkasse im Rahmen des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung behandeln lassen können.

b) Die Tatsache, dass die Behandlung mit Hyaluronsäure („Ostenil“) nicht zu den vom Gemeinsamen Bundesausschuss als notwendig anerkannten Methoden für die Behandlung der Erkrankung im Rahmen des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung, der auch von Zweckmäßigungs- und Wirtschaftlichkeitserwägungen bestimmt ist (vgl. §§ 11, 12 SGB V), zählt, führt nicht zur Beihilfefähigkeit der Aufwendungen. Daher ist es unerheblich, dass sich aus der Rechnung vom 22. August 2007 der Hinweis ergibt, die Behandlungskosten würden nicht von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen. Denn der Kläger ist als gesetzlich Versicherter von einem Kassenarzt im Rahmen des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechend dem dortigen Leistungskatalog und –umfang medizinisch und mit Medikamenten zu versorgen. Lässt sich der gesetzlich krankenversicherte Ruhestandsbeamte von einem Kassenarzt nicht im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern privat behandeln, sind die Aufwendungen für den Arzt und für Medikamente nicht beihilfefähig (vgl. Schröder/Beck-mann/Weber, Beihilfavorschriften des Bundes und der Länder, Stand August 2008, BhV § 5, Erläuterungen Anm. 15; Mildenerger, Beihilfavorschriften, BhV, Stand April 2004, § 5, Anm. 27 zu Abs. 4 Nr. 1). Anderenfalls könnte der gesetzlich Versicherte in jedem Fall einer notwendigen ärztlichen Versorgung und Behandlung wählen, ob er Sachleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung oder Beihilfeleistungen in Anspruch nimmt. Diese Wahlmöglichkeit ist wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit der beiden Versorgungssysteme (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 28.2.2008, 1 BvR 1778/05, juris) ausgeschlossen.

4. Der Leistungsausschluss in § 5 Abs. 4 Nr. 1 Satz 3 b BhV und die Verweisung auf Sach- und Dienstleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung verstößt nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Er führt nicht zu einer gleichheitswidrigen Benachteiligung der gesetzlich krankenversicherten Beamten gegenüber privat krankenversicherten Beamten. Auch rechtfertigt die aus Art. 33 Abs. 5 GG folgende Fürsorgepflicht des Dienstherrn keine Erstattung der Aufwendungen für die privatärztliche Behandlung durch den Kassenarzt.

a) Der Gleichheitssatz ist nur dann verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzhaltungen, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also, bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachverhalt und seiner Eigenart, ein vernünftiger einleuchtender Grund für die Regelung fehlt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990, BVerfGE 83, 89; Beschl. v. 30.9.1987, BVerfGE 76, 256). Der normative Gehalt der Gleichheitsbindung erfährt daher seine Konkretisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachverhaltes. Bei der Regelung des Beihilferechts besteht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit des Normgebers (vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.6.1981, BVerfGE 58, 68). Nach diesen Grundsätzen liegt es in dem zulässigen Gestaltungsrahmen, z.B. die Beihilfefähigkeit solcher Aufwendungen auszuschließen, die nur deshalb entstehen, weil der Berechtigte es unterlässt, bedarfsdeckende Sach- oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen und statt dessen von dem Sozialleistungsträger Kostenerstattung verlangt, obwohl eine solche Geldleistung die Aufwendungen nicht vollständig ausgleicht. Aus verfassungsrechtlichen Gründen muss ein Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung nicht einem Versicherungsnehmer in der privaten Krankenversicherung gleichgestellt werden. Die Subsidiarität der Beihilfe rechtfertigt vielmehr den Ausschluss von Personen, deren Aufwendungen teilweise ungedeckt bleiben, weil sie weitergehende Ansprüche nicht geltend machen (BVerwG, Urt. v. 15.12.2005, a.a.O.; Beschl. v. 19.7.2007, Buchholz 270 § 12 BhV Nr. 2). Die beihilferechtliche Schlechterstellung eines gesetzlich krankenversicherten Beamten gegenüber einem Beamten mit einer beihilfekonformen privaten Krankenversicherung ist Folge einer bewussten Entscheidung für die gesetzliche Krankenversicherung. Daher müssen Nachteile hingenommen werden, die sich aus den grundlegenden strukturellen Unterschieden der verschiedenen Sicherungssysteme ergeben (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.7.2007, a.a.O., m.w.N.).

b) Dass die gesetzliche Krankenversicherung nur im Rahmen ihres Leistungskatalogs leistet und für darüber hinausgehende Leistungen – wie hier – eine Beteiligung der Beihilfe ausgeschlossen ist, steht im Einklang mit der durch Art. 33 Abs. 5 GG gewährleisteten Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Dieses Prinzip verlangt keine lückenlose Erstattung jeglicher Aufwendungen (BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990, BVerfGE 83, 89;

BVerwG, Urt. v. 15.12.2005, a.a.O.). Es fordert nicht, dass durch Beihilfen und Versicherungsleistungen die Aufwendungen in Krankheitsfällen vollständig gedeckt werden und dass der Dienstherr in jedem Falle einen Teil der Kosten übernimmt (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.7.2003, BVerwGE 118, 277; Urt. v. 15.12.2005, a.a.O.).

Die verschiedenen Sicherheitssysteme der Versorgung im Krankheitsfall bei Beamten bzw. gesetzlich Versicherten weisen grundlegende Strukturunterschiede auf (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.2.2008, a.a.O.; vgl. BVerwG, Urt. v. 26.8.2009, 2 C 62.08, juris; ausführl. Urt. v. 15.12.2005, a.a.O.; Urt. v. 24.11.1988, BVerwGE 81, 27; vgl. auch bei VGH München, Beschl. v. 23.2.2006, 14 B 00.903, juris). Aus Gründen der Systemtrennung ist es ausgeschlossen, dass Aufwendungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers in dem einen Leistungssystem aus Gründen der Kostendämpfung und Eigenbeteiligung von einem dem Grunde nach Berechtigten getragen werden sollen oder deren Erstattung ausgeschlossen ist, auf ein anderes Leistungssystem, nämlich die beamtenrechtliche Beihilfe, übergewälzt werden. Dieser Ausschluss ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Da die Beamten eigenverantwortlich entscheiden, ob überhaupt, in welchem System und wie sie sich hinsichtlich der von ihnen zu tragenden Krankenvorsorge versichern, ist der Dienstherr grundsätzlich nicht verpflichtet, auf die Folgen der von ihm nicht zu beeinflussenden Entscheidung bei der Beihilfegewährung Rücksicht zu nehmen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.7.2007, a.a.O.).

6. Das verwendete Präparat ist im Übrigen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 b BhV nicht beihilfefähig. Denn Ostenil ist ein nicht verschreibungspflichtiges Medizinprodukt und kein Arzneimittel. Der grundsätzliche Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Medikamente ist bei beihilfeberechtigten Beamten nicht zu beanstanden (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.8.2009, a.a.O.). Dass die Behandlung notwendig und angemessen war und daher die Aufwendungen für diese Medizinpräparate im Ausnahmefall zur Vermeidung unzumutbarer Härten nach § 12 Abs. 2 BhV zusätzlich zu berücksichtigen und nach Überschreiten der Belastungsgrenze des § 12 Abs. 2 BhV auf Antrag zu erstatten wären (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.8.2009, a.a.O.), ist hier nicht ersichtlich.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1. Danach hat der Kläger die Kosten des gesamten Verfahrens zu tragen. Die Nebenentscheidungen folgen aus § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Der Streitwert ist für das Berufungsverfahren nach §§ 47 Abs. 1 und 2, 52 Abs. 3 GKG auf 140,- Euro festzusetzen.

Ein Grund für die Zulassung der Revision gemäß § 132 Abs. 2 VwGO, § 127 BRRG i.V.m. § 130 a Satz 2 und § 125 Abs. 2 Satz 4 VwGO ist nicht gegeben.

Gestefeld

Schulz

Walter