

**RECHTSGUTACHTERLICHE  
STELLUNGNAHME**

**zur**

**erstattungsrechtlichen Behandlung von höherwertigen Herniennetzen als  
Wunschleistung bei GKV-Versicherten**

von

Dr. Christian Stallberg, LL.M. / Christian Binder

erstellt im Auftrag des

BVMed - Bundesverband Medizintechnologie e.V.

Düsseldorf, den 09. Dezember 2025

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE .....</b>	<b>2</b>
<b>III.</b>	<b>RECHTLICHE BEWERTUNG .....</b>	<b>5</b>
1.	Möglichkeit für Versicherte zur Leistung von Zuzahlungen im Rahmen des GKV-Systems.....	6
1.1	Rechtsprechung des BSG .....	6
1.2	Einordnung der Grundsätze des BSG.....	8
2.	Stationäre Versorgung im Krankenhaus .....	9
2.1	Grundsätze für die Vergütung von Krankenhausleistungen im Rahmen der stationären Versorgung.....	9
2.1.1	Vergütung im Rahmen des Fallpauschalensystems.....	9
2.1.2	Berücksichtigung des Sachkostenanteils bei der DRG.....	10
2.1.3	Ermittlung der Fallpauschalen im Rahmen einer Hernien-Behandlung.....	11
2.2	Grundsätze zu Vereinbarung von Wahlleistungen.....	12
2.2.1	Begriff der Wahlleistung .....	12
2.2.2	Einordnung einer Leistung als Wahlleistung.....	13
a)	Einzelfallentscheidung maßgeblich .....	13
b)	Mögliche Annahmen bei Herniennetzen .....	14
2.2.3	Zulässigkeit der gesonderten Abrechnung von Wahlleistungen im Krankenhaus .....	15
2.2.4	Abrechnungsidentität mit den allgemeinen Krankenhausleistungen erforderlich.....	16
2.2.5	Berechnung der Angemessenheit des Entgelts .....	17
a)	Keine Berücksichtigung der Einnahmeseite .....	18

b)	Entgelt stellt keine Kostenerstattung dar .....	19
2.3	Zwischenergebnis.....	19
3.	Ambulantes Operieren im Krankenhaus (§ 115b SGB V) .....	20
3.1	Übernahme der Sachkosten durch Patienten als Selbstzahler im ambulanten Bereich.....	20
3.1.1	Übertragung der Differenzbetrachtung auf ambulanten Bereich?.....	21
3.1.2	Abrechnung von Sachkosten in der ambulanten Krankenhausversorgung .....	22
3.1.3	Gefahr des Vergütungsanspruchs des Leistungserbringers .....	22
3.2	Möglichkeit der Differenzbetrachtung in der ambulanten Krankenhausversorgung beschränkt.....	23
4.	Ambulant vertragsärztliche Versorgung.....	24
4.1	Sachkostenregelung nach EBM für Herniennetze .....	24
4.2	Sachkostenabrechnung nach BMV-Ä .....	24
4.3	Übernahme der Sachkosten durch Patienten als Selbstzahler beschränkt.....	25
5.	Hybrid-DRGs im ambulanten Bereich .....	26
5.1	Allgemeines zur Hybrid-DRG .....	26
5.2	Bewertung der Möglichkeit der Differenzbetrachtung in der ambulanten Krankenhausversorgung .....	26
5.2.1	Anlehnung an Grundsätze zu Wahlleistungsvereinbarungen .....	27
5.2.2	Rechtliche Grenzen für Übertragung der Grundsätze zu Wahlleistungen aus dem stationären Bereich.....	27

## **I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG**

Herniennetze sind als Medizinprodukte chirurgische Implantate, die zur Verstärkung der Körperwand bei einem Bruch eingesetzt werden, um das Vorwölben oder den Austritt von Gewebe bzw. Organen aus einer Schwachstelle in der Körperwand zu verhindern.

In der Behandlungspraxis kann es vorkommen, dass ein Patient die Verwendung eines höherwertigen Herniennetzes verlangt, dessen medizinische Notwendigkeit gegenüber einem herkömmlichen Herniennetz bisher nicht belegt ist und über den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen hinausgeht.

Wir wurden vor diesem Hintergrund gebeten, rechtlich zu prüfen, ob und auf welche Weise (allein) die Zusatzkosten durch die GKV-Versicherten als Selbstzahler übernommen werden können, wenn ein Herniennetz verwendet werden soll, das über den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen hinausgeht.

Es stellen sich insbesondere folgende Fragen:

- In der stationären Versorgung stellt sich die Frage, wie eine Doppelvergütung vermieden werden kann, wenn die einschlägigen DRGs bereits einen Sachkostenanteil enthalten, der Patient die Kosten für die Herniennetze aber selbst übernehmen würde. Zu klären ist, wer die Qualität der Herniennetze definiert, die von der DRG erfasst sind, da ein Krankenhaus bei medizinischer Notwendigkeit auch sehr teure Netze einsetzen müsste.
- Auch stellt sich die Frage, ob ein Patient generell höherwertige Netze wählen und selbst (die Differenz) zahlen kann, wenn keine medizinische Notwendigkeit für den Einsatz des höherwertigen Netzes besteht. Wie berechnet man dann die Differenz in der Praxis?
- Auch ambulant stellen sich ähnliche Fragen, z. B. ob höherwertige Netze über IGeL abbildbar sind bzw. ob eine Aufzahlung der Differenz möglich oder Vollzahlung durch den Patienten erforderlich ist?

## II. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. Die Frage, ob ein GKV-Versicherter, der den Einsatz eines über die medizinisch notwendige Behandlung hinausgehenden Implantats wie ein Herniennetz wünscht, nur die Mehrkosten für das teurere Implantat tragen muss bzw. ob der Leistungserbringer daneben weiterhin gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen die medizinisch notwendige Leistung abrechnen darf, wurde bisher **noch nicht gerichtlich entschieden**. Auch in der Rechtspraxis werden diese Fragen **bisher nur vereinzelt und sporadisch diskutiert**, ohne dass sich hier eine einheitliche oder gefestigte Handhabung erkennen ließe. Die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen sind daher (noch) nicht durch einschlägige Präzedenzentscheidungen abgesichert, sollten aber die Zulässigkeit bzw. Rechtsrisiken des beschriebenen Modells hinreichend beschreiben.
2. Dabei stehen die rechtlichen Maßstäbe fest, wann ein Implantat über das medizinisch notwendige Maß hinausgeht, grundsätzlich fest. Maßstab ist hierbei der allgemein anerkannte Stand der medizinischen Erkenntnisse und der medizinische Fortschritt. Dies setzt voraus, dass eine Behandlungsleistung ausreichend erprobt wurde und über die Qualität und Wirksamkeit zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen gemacht werden können. **Mangels eindeutiger und verallgemeinbarer Grenzziehungen** kann es in der Praxis allerdings im Einzelfall schwierig zu ermitteln sein, ob ein technisch verbessertes Produkt bereits zum medizinischen Behandlungsstandard gehört, zumal sich dieser ja auch verändert. Aus diesem Grunde ist die Differenzierung zwischen medizinisch notwendiger und medizinisch nicht notwendiger Leistung zwingend **einzelfallbezogen und allein anhand medizinischer Kriterien** durch den behandelnden Arzt festzustellen.
3. Soweit es um die **stationäre Implantation eines Herniennetzes** geht, das auf Wunsch des GKV-Versicherten über das hinausgeht, was für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung notwendig ist, dürfte es sich **grundsätzlich um eine sog. Wahlleistung** gemäß § 17 Krankenhausentgeltgesetz („KHEntgG“) handeln. Danach können die Krankenhäuser neben den Fallpauschalen für die (medizinisch notwendige) voll- und teilstationäre Behandlung ein zusätzliches Entgelt für Wahlleistungen des Patienten vereinnahmen, und zwar auch dann, wenn diese die allgemeine Krankenhausleistung (teilweise) ersetzen. Danach kann es auch **medizinische Wahlleistungen als sog. Alternativleistungen** geben, bei denen z. B. die Verwendung eines besonders hochwertigen Medizinproduktes oder Implantats zur Wahl gestellt wird (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG).
4. Unter der Bedingung, dass die Vereinbarung einer Wahlleistung nicht die allgemeinen Krankenhausleistungen (notwendige Prozeduren und deren Kodierung) verändert (dies ist immer rechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung), ist **auf Abrechnungsebene zwangsläufig eine Differenzkostenbetrachtung** erforderlich: Das angemessene Entgelt gegenüber dem GKV-Versicherten muss sich an einem Vergleich zwischen (i) den (fiktiven) Kosten für die allgemeine Krankenhausleistung ohne Wahlleistung und (ii) den

tatsächlichen Zusatzkosten für die Wahlleistung orientieren. Dies entspricht auch der Rechtsauffassung der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG).

5. Diese Methodik kann in der Praxis dazu führen, dass das Krankenhaus hinsichtlich der Sachkosten für das Herniennetz aufgrund der gleichzeitigen Abrechnung der DRG-Fallpauschale, die ebenfalls einen Sachkostenanteil enthält, eine **(auch relativ gesehen) höhere Sachkostenerstattung als bei dem Standardnetz** erhält. Das ist rechtlich jedoch im Ergebnis nicht zu beanstanden, da § 17 KHEntgG für Wahlleistungen keine Kostenerstattung, sondern die Zahlung eines **angemessenen „Entgelts“** durch die Patienten vorsieht, was entsprechende prinzipiell Margen erlaubt.
6. Bei **ambulanten Implantationen von höherwertigen Herniennetzen** durch Krankenhäuser oder Vertragsärzte stößt die Abrechnung dagegen auf **rechtliche Probleme**.<sup>1</sup> Dies liegt nicht nur daran, dass es hier an einer Vorschrift wie § 17 KHEntgG fehlt, die ein angemessenes Entgelt für Wahlleistungen vorsieht. Der Hauptgrund ist vor allem, dass die einschlägigen Abrechnungsbestimmungen des AOP-Vertrags bzw. des EBM / BMV-Ä jeweils vorsehen, dass die bei der Behandlung entstehenden **tatsächlichen Sachkosten für die (notwendigen) Implantate** gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse als Auslagenersatz abzurechnen sind.
7. Es ist nicht vorgesehen, dass Leistungserbringer ein über die medizinische Notwendigkeit hinausgehendes Herniennetz einsetzen, und dann anschließend die niedrigeren Kosten für ein Standardnetz gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen und die darüber hinausgehenden Kosten an die Patienten weiterreichen. In diesen Fällen bestünde ein hohes Risiko dafür, dass **überhaupt kein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers** gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen existiert. Sofern die Krankenkassen hier die Vergütung vollständig verweigern und auch die Kosten für das Standardnetz nicht bezahlen würden, wäre daher sehr zweifelhaft, ob diese Kosten erfolgreich bei Gericht eingeklagt werden könnten.
8. **Weniger klar** ist dagegen die Rechtslage für die ambulante Implantation von Herniennetzen im **sog. Hybrid-DRG-System**. Diese seit dem 1. Januar 2024 geltende spezielle sektorengleiche Vergütung (§ 115f SGB V) lehnt sich zwar an das System der Fallpauschalen in der stationären Versorgung an, kennt jedoch im Unterschied hierzu **keine Vorschrift, die ein angemessenes Entgelt für Wahlleistungen** vorsehen würde. Eine klare Regelung besteht nur dahingehend, dass für Sachkosten jedenfalls gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich keine über die Hybrid-DRG hinausgehende Vergütung verlangt werden kann.
9. Da sich im Hybrid-DRG-System keine Regelungen finden, die das Verhältnis zum Patienten bzw. eine zusätzliche Vergütung durch die Patienten für Wunschleistungen

---

<sup>1</sup> Inwieweit nach dem aktuellen Hybrid-DRG-Leistungskatalog überhaupt noch Fälle der ambulanten Implantation von Herniennetzen existieren, die dort nicht geregelt sind und daher nach den allgemeinen Regelungen abzurechnen sind, haben wir medizinisch nicht geprüft.

vorsehen würden, könnte ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gegenüber den Versicherten allenfalls aus **gesondert geschlossenen Verträgen über die Erbringung eines höherwertigen Herniennetzes als Wunschleistung** resultieren. Es ist jedoch fraglich, ob eine solche Vergütungsvereinbarung mangels einer gesonderten gesetzlichen Grundlage wie § 17 KHEntgG überhaupt zulässig wäre, zumal auf diese Vorschrift im Hybrid-DRG-System gerade nicht verwiesen und angeordnet wird, dass die Leistungen *„für alle Benutzer und Benutzerinnen des Krankenhauses einheitlich nach § 115f des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vergütet“* werden (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 3 KHEntgG).

10. Angesichts der noch eher überschaubaren Erfahrungen mit dem Hybrid-DRG-System, der lückenhaften Gesetzeslage sowie der gleichzeitigen Regelungsdynamik auf Seiten der Selbstverwaltung lassen sich daher gegenwärtig nur begrenzt belastbaren Aussagen darüber treffen. Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) sowie der PKV-Verband vertreten allerdings die Rechtsauffassung, dass im Hybrid-DRG-System die gleichen Regelungen zur Anwendung kommen sollen, die auch für Wahlleistungen im stationären Bereich gelten (siehe hierzu oben). Es besteht jedoch gegenwärtig ein **nicht unerhebliches Risiko bei medizinische Wahlleistungen**, dass aufgrund der unklaren Rechtslage ein solches Abrechnungsmodell beanstandet werden könnte.

### III. RECHTLICHE BEWERTUNG

Patienten, die in der gesetzlichen Versicherung versichert sind, haben grundsätzlich einen Anspruch auf eine ausreichende, zweckmäßige und notwendige medizinische Versorgung gegen die Krankenkassen, die dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entspricht, §§ 12 Abs. 1, 70 Sozialgesetzbuch V („SGB V“). Dabei erbringen die Krankenkassen die medizinischen Leistungen nicht selbst, sondern erbringen diese als Sach- und Dienstleistungen über die Leistungserbringer (sog. Sachleistungsprinzip).

Die Vergütung für die ausreichende, zweckmäßige und notwendige medizinische Versorgung wird zwischen den Krankenkassen und den stationären und ambulanten Leistungserbringern vereinbart. Daher haben in aller Regel auch nur die Leistungserbringer **einen Vergütungsanspruch für solche erbrachten Leistungen**, die der **ausreichenden, zweckmäßigen und notwendigen medizinischen Versorgung** entsprechen.

Wünscht ein GKV-Versicherter dagegen die Erbringung von Leistungen, die über die notwendige medizinische Versorgung hinausgehen, muss er für diese grundsätzlich selbst aufkommen, da sie nicht vom Leistungskatalog der Krankenkassen umfasst sind. In so einem Fall ist für den Leistungserbringer und GKV-Versicherten von Interesse zu wissen, ob der Versicherte nur die Mehrkosten für das teurere Implantat tragen muss.

Die Frage, ob ein GKV-Versicherter, der den Einsatz eines über die medizinisch notwendige Behandlung hinausgehenden Implantats wie ein Herniennetz wünscht, nur die Mehrkosten für das teurere Implantat tragen muss bzw. ob der Leistungserbringer daneben weiterhin gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen die medizinisch notwendige Leistung abrechnen darf, wurde bisher **noch nicht gerichtlich entschieden**. Auch in der Rechtspraxis werden diese Fragen **bisher nur vereinzelt und sporadisch diskutiert**, ohne dass sich hier eine einheitliche oder gefestigte Handhabung erkennen ließe.<sup>2</sup>

Die Frage ist daher anhand der allgemeinen Grundsätze für die Vergütung von Krankenhausleistungen im Rahmen der stationären und ambulanten Versorgung zu prüfen:

---

<sup>2</sup> *DKG*, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005; *Kersting/Pillokat*, Medizinische Zusatzleistungen im stationären Bereich – IGeL im Krankenhaus, *Z. ärztl. Fortbild. Qual. Gesundh.wes.* (2006) 100; 707–712; *Heil*, Abrechnung von innovativen Medizinprodukten als Wahlleistungen oder IGeL, MPR 2013, 109.

## 1. Möglichkeit für Versicherte zur Leistung von Zuzahlungen im Rahmen des GKV-Systems

Nach der Konzeption des GKV-Systems soll – von besonders geregelten Ausnahmen abgesehen – den Versicherten der GKV die gesamte Krankenbehandlung als Sach- bzw. Dienstleistung zur Verfügung gestellt werden. Die Leistungserbringer erhalten wiederum die Vergütung für ihre Tätigkeit von den Krankenkassen. Die Möglichkeit, dass die Versicherten Zuzahlungen an die Leistungserbringer tätigen, ist daher im Bereich des Systems der gesetzlichen Versicherung grundsätzlich nicht vorgesehen.<sup>3</sup>

Zur Begründung der Möglichkeit für GKV-Versicherte, eine Sachleistung mit aufwendigerer Ausführung zu wählen und die Kostendifferenz zwischen der notwendigeren und der aufwendigeren Leistungen selbst zu tragen, wird daher teilweise auf die Rechtsprechung des BSG abgestellt, wonach es Bereiche geben könne, in denen es ohne Gefährdung ihres Zweckes möglich ist, dass der Versicherte eine **das Maß des Notwendigen überschreitende Leistung beanspruchen darf**, von der Kasse aber nur die notwendige Leistung erhält:<sup>4</sup>

### 1.1 Rechtsprechung des BSG

So hat das BSG in einer Entscheidung vom 20. Juli 1976 für die Krankenhauspflege klargestellt, dass die Krankenkasse nicht gegen das auch hier geltende Sachleistungsprinzip verstößt, wenn sie die Kosten der allgemeinen Pflegeklasse übernimmt, es im Zusammenwirken mit dem Krankenhaus dem Versicherten aber ermöglicht, eine höhere als die allgemeine Pflegeklasse in Anspruch zu nehmen. Diese „geübte Praxis“ widerspreche nicht dem Sachleistungsprinzip:

*„[...] Endlich kann die Klägerin ihre Ansprüche auch nicht aus der von den gesetzlichen Krankenkassen geübten Praxis herleiten, nach der diese im Falle der Krankenhauspflege dem Leistungsberechtigten zwar die Benutzung einer höheren als der allgemeinen Pflegeklasse ermöglichen, jedoch nur die Kosten der allgemeinen Pflegeklasse tragen. Diese Praxis **widerspricht nicht dem Sachleistungsprinzip**; denn die Krankenkasse erbringt die Krankenhauspflege (allg. Pflegeklasse) und der Versicherte hat nur für die übersteigenden Kosten aufzukommen.“<sup>5</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser)*

Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung hat das BSG in einer weiteren Entscheidung aus dem selben Jahr sein Verständnis vom Sachleistungsprinzip auch in dem Bereich der **Versorgung mit Hilfsmitteln** konkretisiert: Das Sachleistungsprinzip schließe es nicht aus, dass der Versicherte zur Erlangung eines die Leistungspflicht der

---

<sup>3</sup> BSG, Urteil vom 14. März 2001 – B 6 KA 67/00 R –, Rn. 21, juris.

<sup>4</sup> Hierauf abstellend: *DKG*, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005; *Heil*, Abrechnung von innovativen Medizinprodukten als Wahlleistungen oder IGeL, MPR 2013, 109.

<sup>5</sup> BSG, Urteil vom 20. Juli 1976 – 3 RK 18/76 –, BSGE 42, 117-120, SozR 2200 § 184 Nr 4, Rn. 13.

Krankenversicherung übersteigenden Gegenstandes einen bestimmten Eigenanteil trägt. Die volle Zahlung durch die Krankenkasse entspreche zwar im Grundsatz dem Sachleistungsprinzip, denn nach diesem Prinzip ist es Aufgabe der Kasse, den Leistungsgegenstand als solchen dem Versicherten zur Verfügung zu stellen. Das Sachleistungsprinzip bedeute aber nicht, dass sich der Versicherte mit dieser das Maß des Notwendigen nicht überschreitenden Leistung in allen Fällen begnügen müsse. Es gebe eine Reihe von Bereichen der sozialen Krankenversicherung, in denen es ohne Gefährdung ihres Zweckes möglich sei, dass der Versicherte eine das Maß des Notwendigen überschreitende Leistung zwar in Empfang nimmt, von der Kasse aber nur die notwendige Leistung erhält.<sup>6</sup>

*„[...] Seit Inkrafttreten des RehaAnglG am 1. Oktober 1974 sind solche Hilfsmittel nicht mehr Gegenstand von Zuschuß-, sondern von Sachleistungen der sozialen Krankenversicherung (vgl. § 187 Nr. 3 RVO a. F. und § 182 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c, § 182 b RVO). Damit ist eine Selbstbeteiligung der Versicherten auch in diesem Bereich der Versicherungsleistungen ausgeschlossen.*

*Das Sachleistungsprinzip schließt es aber nicht aus, daß der Versicherte zur Erlangung eines die Leistungspflicht der Krankenversicherung übersteigenden Gegenstandes einen bestimmten Eigenanteil trägt. Die volle Zahlung durch die Krankenkasse entspricht zwar im Grundsatz dem Sachleistungsprinzip, denn nach diesem Prinzip ist es Aufgabe der Kasse, den Leistungsgegenstand als solchen dem Versicherten zur Verfügung zu stellen, so daß es zu Zahlungen des Versicherten gegenüber der Kasse oder gegenüber der Stelle (Arzt, Krankenhaus, Heilmittellieferant usw.), die die Versicherungsleistung unmittelbar erbringt, nicht zu kommen braucht. Das Sachleistungsprinzip bedeutet aber nicht, daß sich der Versicherte mit dieser das Maß des Notwendigen (vgl. § 182 Abs. 2 RVO) nicht überschreitenden Leistung in allen Fällen begnügen müsse. Es gibt eine Reihe von Bereichen der sozialen Krankenversicherung, in denen es ohne Gefährdung ihres Zweckes möglich ist, daß der Versicherte eine das Maß des Notwendigen überschreitende Leistung zwar in Empfang nimmt, von der Kasse aber nur die notwendige Leistung erhält. Für die Krankenhauspflege hat der Senat in seinem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 20. Juli 1976 (3 RK 18/76) klargestellt, daß die Krankenkasse nicht gegen das auch hier geltende Sachleistungsprinzip verstößt, wenn sie die Kosten der allgemeinen Pflegeklasse übernimmt, es im Zusammenwirken mit dem Krankenhaus dem Versicherten aber ermöglicht, eine höhere als die allgemeine Pflegeklasse in Anspruch zu nehmen.“<sup>7</sup>*

---

<sup>6</sup> BSG, Urteil vom 28. September 1976 – 3 RK 9/76 –, BSGE 42, 229-232, SozR 2200 § 182b Nr 2, Rn. 14.; Bestätigt durch BSG, Urteil vom 24. November 1983 – 8 RK 6/82 –, SozR 2200 § 182 Nr 93, Rn. 18.

<sup>7</sup> aaO., Rn. 13 f.

Zudem führt das BSG in der Entscheidung aus, dass sich die Kasse zwar auf das Maß des Notwendigen beschränken muss und dem Kranken oder Behinderten nur ein Hilfsmittel kostenfrei zur Verfügung stellen darf, das notwendig ist, um einer drohenden Behinderung vorzubeugen, den Erfolg der Heilbehandlung zu sichern oder eine körperliche Behinderung auszugleichen. Sie sei durch diese Beschränkung ihrer Verpflichtung aber nicht gehindert, es dem Versicherten zu ermöglichen, ihm ein über das Maß des Notwendigen hinausgehendes Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen oder dass er sich ein solches selbst beschafft. Es müsse lediglich gewährleistet sein, dass die **Kostendifferenz** zwischen dem erforderlichen und kostspieligeren Hilfsmittel **nicht die Versichertengemeinschaft belastet** wird.<sup>8</sup>

## 1.2 Einordnung der Grundsätze des BSG

Die Ausführungen des BSG **erlauben grundsätzlich den Rückschluss**, dass das Sachleistungsprinzip nicht der Möglichkeit entgegensteht, dass der Versicherte eine aufwendigere Sachleistung als die von seinem Leistungsanspruch umfasste Leistung wählt und die Kostendifferenz zwischen der gewünschten und der von dem Versicherungsanspruch umfassten Leistung selbst trägt.<sup>9</sup>

Festzustellen ist aber auch, dass den Entscheidungen **jeweils besondere Sachverhalte zugrunde lagen**, in denen sich der Versicherte die Leistung zunächst **selbst beschaffen sollte bzw. selbst beschafft hat**:

- In der Entscheidung vom 20. Juli 1976 ging es um Versicherungsbedingungen einer Krankenkasse, die eine Kostenerstattung durch die Kasse vorsah.
- Auch im Bereich der Hilfsmittel existierte im Zeitpunkt der zweitgenannten Entscheidung vom 28. September 1976 eine Regelung, nach der die Versicherten die Mehrkosten selbst zu tragen hatten, wenn sie ein aufwendigeres Hilfsmittel als notwendig wählten (seinerzeit § 182b RVO).

Insoweit ist es naheliegend, dass das BSG sich insoweit beschränkt hat, es gebe *„eine Reihe von Bereichen der sozialen Krankenversicherung, in denen es ohne Gefährdung ihres Zweckes möglich ist, daß der Versicherte eine das Maß des Notwendigen überschreitende Leistung zwar in Empfang nimmt, von der Kasse aber nur die notwendige Leistung erhält.“*<sup>10</sup>

Vor diesem Hintergrund dürfte auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG nur dort die Möglichkeit der GKV-Versicherten, eine Sachleistung mit

---

<sup>8</sup> aaO., Rn. 15.

<sup>9</sup> DKG, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005, S. 7; ebenfalls so: Heil, Abrechnung von innovativen Medizinprodukten als Wahlleistungen oder IGeL, MPR 2013, 109 (110).

<sup>10</sup> BSG, Urteil vom 28. September 1976 – 3 RK 9/76 –, BSGE 42, 229-232, SozR 2200 § 182b Nr 2, Rn. 14.

aufwendigerer Ausführung zu wählen und die Kostendifferenz zwischen der notwendigeren und der aufwendigeren Leistungen selbst tragen, belastbar umzusetzen sein, wo **das SGB V und die gesetzlichen Abrechnungsbestimmungen dies zulassen.**<sup>11</sup>

## 2. Stationäre Versorgung im Krankenhaus

Nach §§ 27, 39 SGB V erstreckt sich der Leistungsanspruch der gesetzlich Versicherten auch auf die Krankenhausbehandlung, die im Rahmen des Versorgungsauftrags des Krankenhauses alle Leistungen umfasst, die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung der Versicherten im Krankenhaus notwendig sind, insbesondere ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung (§ 39 Abs. 1 Satz 3 SGB V).

### 2.1 Grundsätze für die Vergütung von Krankenhausleistungen im Rahmen der stationären Versorgung

Die gegenüber dem Patienten geschuldete und durch die Leistungserbringer abrechenbare Leistung erschöpft sich daher in der stationären und teilstationären Versorgung im Krankenhaus **in den allgemeinen Krankenhausleistungen** im Sinne des § 2 Abs. 2 KHEntgG, also den Krankenhausleistungen, die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig sind.

Diese Leistungen werden über sog. Fallpauschalen vergütet:

#### 2.1.1 Vergütung im Rahmen des Fallpauschalensystems

Der Vergütungsanspruch eines Krankenhauses für die notwendige stationäre Krankenhausbehandlung richtet sich entsprechend §§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KHEntgG und 17b Abs. 1 Krankenhausfinanzierungsgesetz („KHG“) nach den Bestimmungen des Fallpauschalenkatalogs.<sup>12</sup>

Fallpauschalen (DRGs) sind ein Patientenklassifikationssystem, mit dem einzelne stationäre Behandlungsfälle anhand bestimmter Kriterien (Diagnosen, Schweregrad, vorgenommene Prozeduren, Alter usw.) zu Fallgruppen mit vergleichbarem Behandlungs- und Sachmittelaufwand zusammengefasst werden. Ziel ist es, Behandlungsfälle zusammenzulegen, die medizinisch ähnlich und hinsichtlich des Behandlungskostenaufwands möglichst homogen sind. DRGs sind daher nur ein Klassifikationssystem für Fälle.

---

<sup>11</sup> BSG, Urteil vom 14. März 2001 – B 6 KA 67/00 R –, Rn. 21, juris.

<sup>12</sup> BSG, Urteil vom 23. Juli 2002 – B 3 KR 64/01 R –, BSGE 90, 1-6, SozR 3-2500 § 112 Nr 3, SozR 3-2500 § 275 Nr 1, Rn. 14.

Das System der „Pauschalisierung“ folgt dabei dem Gedanken, dass der gesamte Behandlungsfall möglichst durch eine Fallpauschale vergütet werden soll. Eine DRG deckt daher grundsätzlich alle Leistungen ab, die typischerweise bei der gestellten Diagnose und vorgenommenen Prozeduren anfallen, einschließlich der Kosten für Arzneimittel und Medizinprodukte wie Implantate oder andere Verbrauchsmaterialien, soweit sie im Rahmen der Behandlung eingesetzt werden müssen.

Es gibt daher im Rahmen der DRG keine „Differenzierung“ zwischen Standardnetz und Premiumnetz. Die DRG (z. B. für eine Leistenhernie) enthält vielmehr eine durchschnittliche Sachkostenpauschale, die auf bundesweiten Kalkulationsdaten beruht (§ 17b Abs. 1 Satz 1 KHG).<sup>13</sup>

### 2.1.2 Berücksichtigung des Sachkostenanteils bei der DRG

Im Rahmen des Fallpauschalensystems richtet sich die Höhe der Vergütung nach dem Wert der DRG, zu der die im Rahmen eines Behandlungsfalles eingegebenen Parametern (Hauptdiagnose, Nebendiagnose, Prozeduren, Alter etc.) führen. Die DRG-Kalkulation erfolgt dabei auf der Grundlage von tatsächlichen Leistungsdaten aller Krankenhäuser und ergänzend auf der Grundlage tatsächlicher Kostendaten einer Stichprobe von Krankenhäusern. Die rechtliche Grundlage hierzu findet sich in § 17b Abs. 3 KHG.

Der DRG-Katalog wird jährlich auf der Grundlage der plausibilisierten und bereinigten Kosten- und Leistungsdaten der Kalkulationskrankenhäusern durch das Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus („InEK“) kalkuliert. Grundlage hierfür ist ein „Kalkulationshandbuch“, das durch das InEK gepflegt und aktualisiert wird. In den Umfang der Kostenkalkulation sind alle Kosten einbezogen, die in Zusammenhang mit der Erbringung von allgemeinen Krankenhausleistungen entstehen.<sup>14</sup>

Dies gilt grundsätzlich auch für Sachkosten. Zwar nehmen die **Einzelkostenpositionen** wie Medikamente oder Implantate in der Kalkulation eine besondere Rolle ein, da Einzelkosten einem Behandlungsfall direkt und verursachungsgerecht zugeordnet und zugerechnet werden, was nach Anhang 10 der Kostenkalkulation auch für Materialien für Gewebeersatz und Gewebeverstärkung gilt.<sup>15</sup> Damit werden die jeweiligen Sachkosten für z. B. Herniennetze direkt erfasst und im Rahmen der Kalkulation berücksichtigt, und

---

<sup>13</sup> Grundlage für diese Kostenkalkulation ist das sog. Kalkulationshandbuch des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus.

<sup>14</sup> Vgl. Abschnitt 3.3 des Kalkulationshandbuchs.

<sup>15</sup> Vgl. Abschnitt 6.2.1.1 des Kalkulationshandbuchs.

zwar im Rahmen der tatsächlichen Anschaffungskosten oder zumindest mit deren Durchschnittspreisen.

Dies gewährleistet, dass die DRG die in den Krankenhäusern regelmäßig und im Krankenhausdurchschnitt aufgewendeten Kosten für Materialien berücksichtigt, deren Auswahl – wie oben dargestellt – dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegt. Nach Zurechnung der Einzelkosten wird für die Bewertungsrelation der DRG aber **ein einheitlicher Wert gebildet**, sodass die einbezogenen Kosten bei Abrechnung der DRG nicht mehr ermittelbar sind.

### 2.1.3 Ermittlung der Fallpauschalen im Rahmen einer Hernien-Behandlung

Welche DRG-Fallpauschale abzurechnen ist, ergibt sich aus der Eingabe der im Einzelnen durch die Eingabe bestimmter Parameter (u.a. Hauptdiagnose, Nebendiagnosen und die durchgeführten Prozeduren) in den sog. *Groupen*. Um die Hauptdiagnose, Nebendiagnosen und die durchgeführten Prozeduren zu erfassen, müssen beim Eintragen dieser Parameter auf die sog. Klassifikationssysteme ICD-10-GM (Krankheiten) und OPS (Prozeduren- und Operationsschlüssel) zurückgegriffen werden, die über die sog. Deutschen Kodierrichtlinien („**DKR**“) normativ einbezogen werden.<sup>16</sup>

Im Rahmen der OPS-Kodierung ist von den Krankenhäusern jeweils mitzuberücksichtigen, ob der Verschluss einer Hernie mit alloplastischem, allogenem oder xenogenem Material erfolgt ist. Je nach verwendeter „Verschlusstechnik“ und Materialfläche ist ein entsprechender OPS-Code auszuwählen.

Im OPS-Schlüssel in seiner Fassung vom 2025<sup>17</sup>, der jeweils vom BfArM veröffentlicht wird, stehen auch für die Codierung der Art des verwendeten Materials verschiedene „Codier“-Möglichkeiten zur Verfügung (vgl. OPS-Code 5-932.XX), die nach der Art und der Fläche des verwendeten Materials differenzieren.

Das Krankenhaus hat somit grundsätzlich die Möglichkeit, je nach Art des verwendeten Materials bei einem Herniennetz, das unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebotes auszuwählen ist, unterschiedliche OPS-Code als Parameter für die Festlegung der DRG-Fallpauschale einzugeben, die unterschiedliche Bewertungsrelationen aufweisen.

Wird die Bewertungsrelation (unter Berücksichtigung der Bewertungsrelation für die Verweildauer) mit dem jeweiligen Landesbasisfallwert (einem Geldwert)

---

<sup>16</sup> Lungstras/Bockholdt, Einführung in das Krankenhausvergütungsrecht, NZS 2021, 1 (6).

<sup>17</sup> Abrufbar unter:

[https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/News/OPS\\_Version\\_2025\\_BfArM\\_veroeffentlicht\\_endguelte\\_Fassung.html](https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/News/OPS_Version_2025_BfArM_veroeffentlicht_endguelte_Fassung.html) (zuletzt abgerufen am 9. Dezember 2025).

multipliziert, ergibt sich die pauschale Vergütung der Leistung für das Krankenhaus.

## 2.2 Grundsätze zu Vereinbarung von Wahlleistungen

Im stationären Bereich besteht für die Patienten die Möglichkeit, nach Maßgabe des § 17 KHEntgG **neben den allgemeinen Krankenhausleistungen** sog. Wahlleistungen in Anspruch zu nehmen. Während die allgemeinen Krankenhausleistungen Teil des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung sind und über eine Fallpauschale erstattet werden, treten Wahlleistungen daneben und werden nicht von den gesetzlichen Krankenversicherungen übernommen. Wahlleistungen sind daher grundsätzlich Selbstzahlerleistungen.

Es ist vor diesem Hintergrund zu prüfen, (i) ob ein Patient höherwertigere Netze als Wahlleistung wählen und selbst (die Differenz) zahlen darf, wenn keine medizinische Notwendigkeit für den Einsatz des höherwertigeren Netzes besteht, und (ii) wie man die Differenz in der Praxis berechnen könnte, sollte der Versicherte die Mehrkosten tragen können:

### 2.2.1 Begriff der Wahlleistung

Aus dem § 17 Abs. 1 KHEntgG folgt, dass Wahlleistungen nur solche Leistungen sein können, die **nicht zugleich allgemeine Krankenhausleistungen** sind. Der § 2 Abs. 2 Satz 1 KHEntgG definiert, dass allgemeine Krankenhausleistungen die Krankenhausleistungen sind, die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die **medizinisch zweckmäßige** und **ausreichende Versorgung** des Patienten **notwendig** sind.

Vor diesem Hintergrund gibt es keinen „*numerus clausus* der Wahlleistungen“.<sup>18</sup> Wahlleistungen können vielmehr stationäre oder teilstationäre Wahl-Krankenhausleistungen in den Bereichen ärztliche Behandlung (wahlärztliche Leistungen), Unterkunft und Verpflegung (nicht-ärztliche Wahlleistungen) und diagnostische und therapeutische Leistungen im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG (medizinische Wahlleistungen) sein.

Grundsätzlich kann es damit auch ein Angebot medizinischer Wahlleistungen als **sog. Alternativleistungen** geben, bei dem die Anwendung einer bestimmten Methode oder die Verwendung eines besonders hochwertigen Medizinproduktes (Beispiel: Titanimplantat) zur Wahl gestellt wird.<sup>19</sup> So haben beispielsweise das Amts- und Landgericht Mosbach in einem Fall entschieden, dass auch die

---

<sup>18</sup> BeckOK KHR/Böhnke, 11. Ed. 1.7.2025, KHEntgG § 17 Rn. 5.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 – III ZR 85/14 –, BGHZ 202, 365-375, Rn. 21; Laufs/Kern/Rehborn ArztR-HdB/Stollmann/Wollschläger, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 130.

Transplantation eines Spendermeniskus als Wahlleistung eingeordnet werden kann.<sup>20</sup>

### 2.2.2 Einordnung einer Leistung als Wahlleistung

Eine pauschale Einordnung einer Leistung als Wahlleistung ist grundsätzlich nicht möglich. Die Feststellung, was (noch) der medizinisch zweckmäßigen und ausreichenden Versorgung entspricht, hängt nämlich nicht nur von fortschrittsbedingten Veränderungen, sondern auch von der Art und Schwere der Erkrankung und des einzelnen Patienten ab.<sup>21</sup>

#### a) Einzelfallentscheidung maßgeblich

Dabei ist gerade bei Alternativleistungen häufig schwierig festzustellen, ob eine Leistung bereits zu den allgemeinen Krankenhausleistungen zählt, weil medizinisch notwendig, zweckmäßig und ausreichend, oder ob diese darüber hinaus geht und als Wahlleistung in Betracht kommt.

Die Hürde liegt hier meist darin, dass keine einheitliche und verbindliche Definition des jeweiligen Standards einer Methode oder bzgl. der Verwendung bestimmter Medizinprodukte existiert, um diese trennscharf von allgemeinen Krankenhausleistungen abzugrenzen. Maßstäbe, an denen der Vor- und Nachteil beispielsweise eines bestimmten Materials gemessen werden kann, gibt es im Regelfall nicht.

Alternativleistungen im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG bergen daher **mangels eindeutiger und verallgemeinbarer Grenzziehungen eine erhöhte Gefahr unzulässiger Überschneidungen** eines Angebots medizinischer Wahlleistungen mit allgemeinen Krankenhausleistungen, einschließlich arzt-haftungsrechtlicher Risiken, wenn eine Behandlung nach dem medizinischen Standard unterbleibt, weil der Patient die ihm insoweit angebotene Wahlleistung ablehnt.

Aus diesem Grunde ist die Differenzierung zwischen medizinisch notwendiger und medizinisch nicht notwendiger Leistung zwingend **einzelfallbezogen und allein anhand medizinischer Kriterien festzustellen**. Dabei wird die Frage zu stellen sein, ob mit Blick auf die Behandlung, die der behandelte Patient nach dem allgemeinen anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse im Sinne des § 70

---

<sup>20</sup> AG Mosbach, Urteil vom 18. Januar 2019 – 2 C 97/17 –, juris; die Einordnung des Implantats als Wahlleistung bestätigt: LG Mosbach, Urteil vom 24. Januar 2020 – 2 S 1/19 –, Rn. 33, juris.

<sup>21</sup> DKG, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005, Seite 1.

SGB V für seine Erkrankung beanspruchen kann, Raum für das Angebot einer medizinischen Wahlleistung bleibt.<sup>22</sup>

In welchem Maße eine medizinische Leistung noch medizinisch notwendig ist oder bereits über das Erforderliche hinausgeht, muss der **jeweilige behandelnde Arzt** im Einzelfall bewerten.

b) Mögliche Annahmen bei Herniennetzen

Diese Entscheidung wird auch bei Herniennetzen im Einzelfall nicht einfach zu treffen sein. Materialunterschiede dürften sicher in der Langlebigkeit der Implantate einen Unterschied machen. Die medizinische Funktion „Verschluss der Hernie“ sollte aber auch mit unterschiedlichen Herniennetzen gleichermaßen erfolgreich erfüllt werden.

Ob eine Maßnahme im konkreten Fall medizinisch notwendig und damit von den allgemeinen Krankenhausleistungen umfasst war oder nur über das medizinisch Erforderliche hinausging und als Wahlleistung abrechenbar gewesen ist, ist gerichtlich voll überprüfbar. Die Gerichte bedienen sich hierfür in der Regel der Hilfe von Sachverständigen.<sup>23</sup>

Soweit ersichtlich existiert bisher **keine Rechtsprechung** zu der Frage, an welchem Maßstab die medizinisch notwendige Produktqualität von Herniennetzen zu bestimmen ist. Zwar ist die Behandlung von Hernien mit Herniennetzen bereits Gegenstand von Gerichtsverfahren gewesen. Diese drehten sich aber primär um die Frage, ob der Patient ausreichend über alternative Behandlungsmöglichkeiten aufgeklärt worden ist (z. B., dass anstatt des TAPP-Verfahrens auch das TEP-Verfahren Anwendung finden könnte)<sup>24</sup>. Grundsätze, die sich auf die Abgrenzung von Materialqualitäten bei den unterschiedlichen Herniennetzen übertragen lassen, folgen daraus aber nicht.

Dass es bei der operativen Behandlung von Hernien mit Herniennetzen unterschiedliche Qualitätsstandards bzw. Technologien gibt und bei der zweckmäßige und notwendige Versorgung Spielraum bei Wahl des Materials geben kann, ist für uns aber erst einmal nicht abwegig. In der Regel dreht sich die rechtliche und medizinische Diskussion in diesem

---

<sup>22</sup> DKG, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005, S. 5; zu den Anforderungen zur Bestimmung des allgemeinen anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse siehe BSG, Urteil vom 13. Dezember 2005 – B 1 KR 21/04 R –, SozR 4-2500 § 18 Nr 5, Rn. 29; zum Ganzen: Krauskopf/Weiß, 125. EL April 2025, SGB V § 70 Rn. 13.

<sup>23</sup> BSG, Urteil vom 28. Juni 2000 – B 9 VG 4/99 R –, BSGE 86, 253-257, SozR 3-3100 § 18 Nr 5, Rn. 17; LG Mosbach, Urteil vom 24. Januar 2020 – 2 S 1/19 –, Rn. 33, juris; VG Stuttgart, Urteil vom 24. März 2025 – 10 K 2965/22 –, Rn. 48, juris;

<sup>24</sup> OLG Köln, Urteil vom 29. November 2017 – I-5 U 4/16 –, juris.

Punkt eher um den umgekehrten Fall, dass nämlich ein Hersteller sein Produkt als Teil des medizinischen Standards angesehen haben will, um in den Genuss der Erstattungsfähigkeit durch die Kassen zu kommen.

Soweit – wie hier unterstellt – auf Wunsch des Patienten ein Herniennetz gewählt wird, **dass höherwertiger ist und unstreitig über das hinausgeht**, was für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendig ist, dürfte sich die Verwendung eines solchen Herniennetzes allerdings als Wahlleistung qualifizieren lassen.

Die Abrechenbarkeit des Herniennetzes würde sich dann nach den Anforderungen des § 17 KHEntgG richten.

### 2.2.3 Zulässigkeit der gesonderten Abrechnung von Wahlleistungen im Krankenhaus

Soweit im Einzelfall die Anwendung eines höherwertigeren Herniennetzes als medizinische Wahlleistung einzuordnen ist, folgt aus § 17 Abs. 1 Satz 1, 2 und 3 KHEntgG, dass das Krankenhaus gegenüber dem Patienten dafür „gesondert“ ein angemessenes „Entgelt“ verlangen darf.

Im Zusammenhang mit Wahlleistungen entspricht es der Rechtsprechung des BGH, dass wahlärztliche und nichtwahlärztliche Wahlleistungen wirksam nach Maßgabe des § 17 KHEntgG **neben** den Entgelten für allgemeine Krankenhausleistungen vereinbart werden können, obwohl diese teilweise nicht *zusätzlich* zu den allgemeinen Krankenhausleistungen, sondern *anstatt* der ohnehin geschuldeten Leistungen erbracht werden:<sup>25</sup>

- Bei wahlärztlichen Leistungen wird dem Patienten gewährleistet, sofern die allgemeine Krankenhausleistung nicht beeinträchtigt wird, dass alle notwendigen ärztlichen Leistungen ganz oder teilweise von bestimmten Ärzten erbracht werden, anstatt von Krankenhausärzten, die im Rahmen der normalen Ablauforganisation die Patientenbehandlung sonst übernehmen. Das Krankenhaus bietet dem Patienten damit die „freie Arztwahl“ als zu vergütende Wahlleistung an.
- Bei nichtwahlärztlichen Leistungen wie die Leistung „Unterkunft“ tritt beispielsweise die bevorzugte Unterkunftsleistung „Einbettzimmer“ anstelle der an sich nach dem Krankenhausrecht geschuldeten Regelleistung „Mehrbettzimmer“.

---

<sup>25</sup> Zu wahlärztlichen Leistungen: BGH, Urteil vom 13. März 2025 – III ZR 426/23 –, BGHZ 243, 264-284, Rn. 15; Zu nichtwahlärztlichen Leistungen: BGH, Urteil vom 4. August 2000 – III ZR 158/99 –, BGHZ 145, 66-83; siehe auch: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, KHEntgG § 17, Rn. 5.

In beiden Fällen ist es anerkannt, dass Krankenhäuser neben dem Wahlleistungsentgelt die einschlägige DRG-Fallpauschale abrechnen dürfen, die solche Kosten an sich bereits mit umfasst. Im Falle der Wahlarztleistung richtet sich das zusätzliche Honorar nach den Grundsätzen der Gebührenordnung für Ärzte (§ 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntgG). Das sich aus den Gebührenordnungen ergebende Entgelt ist grundsätzlich angemessen. Bei der Wahlleistung „Unterkunft“ beurteilt sich die Angemessenheit des Entgelts seit einer grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2000 maßgeblich nach Ausstattung, Lage und Größe des Zimmers sowie nach der Höhe des festgelegten Basispflegesatzes.<sup>26</sup>

#### 2.2.4 Abrechnungsidentität mit den allgemeinen Krankenhausleistungen erforderlich

Festzustellen ist zunächst, dass der § 17 Abs. 1 Satz 2 KHEntgG einen eigenen „Wahlleistungstatbestand“ vorsieht, der nach der Rechtsprechung des BGH auf Fälle anzuwenden ist, bei denen es um Anwendung einer bestimmten Methode oder dem Einsatz eines bestimmten Produkts auf Wunsch des Patienten geht.<sup>27</sup> Es erscheint daher prinzipiell möglich, auch im Falle der Anwendung bestimmter Produkte neben den Entgelten für die allgemeinen Krankenhausleistungen für die Ausführung der Wahlleistung ein angemessenes Entgelt mit den Patienten zu vereinbaren, selbst wenn das Produkt oder die Methode nicht *zusätzlich* zu den allgemeinen Krankenhausleistungen, sondern *anstatt* der ohnehin geschuldeten Leistungen eingesetzt wird.

Die **Grenze der separaten Abrechenbarkeit** dürfte in solchen Fällen aber dann erreicht zu sein, wenn wegen der gewünschten Zusatzleistung eine DRG-Fallpauschale abzurechnen wäre, die **nicht der medizinisch notwendigen Versorgung entspricht**. Denn anderenfalls würde die allgemeine Krankenhausleistung so modifiziert werden, dass sie nicht mehr der im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit medizinisch zweckmäßigen und ausreichenden Versorgung des Patienten gleichsteht.

Eine solche Situation stünde im Widerspruch zu § 2 Abs. 2 KHEntgG, nach dem die allgemeinen Krankenhausleistungen gerade die unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Krankenhauses im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinisch zweckmäßige und ausreichende Versorgung des Patienten notwendigen Krankenhausleistungen umfassen. Zudem würde die Abrechnung der Krankenhausleistung im Ergebnis in einen **Zuschuss zu einer Wunsch- bzw. Wahlleistung** des Patienten „umfunktioniert“ werden, also wie eine Kostenerstattung wirken. Dies ist – wie oben ausgeführt – nach der

---

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 4. August 2000 – III ZR 158/99 –, BGHZ 145, 66-83; BeckOK KHR/Böhnke, 11. Ed. 1.7.2025, KHEntgG § 17 Rn. 18.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 – III ZR 85/14 –, BGHZ 202, 365-375, Rn. 21.

Systematik des SGB V nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen zulässig.

Diese **Einschränkung des Wahlleistungstatbestands** steht prinzipiell auch im Einklang mit den Grundsätzen zu ärztlichen und nichtärztlichen Wahlleistungen, bei denen die Zusatzleistungen ebenfalls nicht mit einer Änderung der einschlägigen DRG-Fallpauschale einhergehen, sondern diese **nur das Leistungsspektrum innerhalb der jeweiligen Fallpauschale konkretisieren**. Daher erscheint die Vereinbarung einer Wahlleistung und gleichzeitige Abrechnung der allgemeinen Krankenhausleistungen nur dann möglich, wenn die **Erbringung der Wahlleistung innerhalb der Prozeduren stattfindet**, die für die medizinisch notwendige Leistung zu erbringen bzw. zu codieren sind.

Wenn somit die medizinisch notwendige Behandlung der Prozedur für eine Hernien-Behandlungen mit alloplastischem, allogenem oder xenogenem Material für eine bestimmten Fläche entspricht, kann sich die medizinische Wahlleistung nur in diesem „Prozedurenspektrum“ bewegen. Würde die Verwendung des höherwertigeren und teureren Materials dagegen zu einer anderen Prozedur für die Abrechnung der allgemeinen Krankenhausleistung führen, wird eine separate Abrechnung des Materials neben der medizinisch notwendigen Behandlung über eine Wahlleistung nach hier vertretener Auffassung ausscheiden müssen.

#### 2.2.5 Berechnung der Angemessenheit des Entgelts

Soweit die Vereinbarung einer Wahlleistung nicht zu der Abrechnung einer abweichenden allgemeinen Krankenhausleistung führt, stellt sich die Frage, ob und wie sich das „angemessene Entgelt“ für medizinische Wahlleistungen berechnen lässt, wenn ein Sachkostenanteil bereits im Rahmen der DRG-Fallpauschale enthalten ist.

Die Deutschen Krankenhausgesellschaft e.V. („**DKG**“) hat sich mit dieser Thematik im Jahr 2005 befasst und schlägt seit dem zur Vermeidung einer Doppelvergütung im Verhältnis zur DRG-Fallpauschale eine **Differenzbetrachtung** vor:<sup>28</sup>

Das angemessene Entgelt gegenüber dem GKV-Versicherten muss sich an einem Vergleich zwischen (i) den (fiktiven) Kosten für die allgemeine Krankenhausleistung ohne Wahlleistung und (ii) den tatsächlichen Zusatzkosten

---

<sup>28</sup> DKG, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005, S. 7.

für die Wahlleistung orientieren. Dies entspricht auch der Rechtsauffassung der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG).

Dies bedeutet: Überschreiten die Kosten für das bessere Herniennetz die (fiktiven) Kosten für die allgemeine Krankenhausleistung, kann es diese **Mehrkosten neben der DRG-Fallpauschale** auf den Patienten umlegen. Erforderlich wäre daher, dass das Krankenhaus zunächst seine eigenen fiktiven und die tatsächlichen Zusatzkosten für die Wahlleistung für den jeweiligen Behandlungsfall berechnet.

a) Keine Berücksichtigung der Einnahmeseite

Der Weg über eine Differenzbetrachtung ist auf den ersten Blick nachvollziehbar und kann gewährleisten, dass das Entgelt für die allgemeine Krankenhausbehandlung über die DRG gegenüber den Krankenkassen und nur die darüberhinausgehende Vergütung für die Wahlleistung gegenüber dem Patienten abgerechnet wird.

Ob hierdurch aber im Falle des Einsatzes von Implantaten, für die bereits ein **Sachkostenanteil in der DRG** enthalten ist, eine Doppelvergütung wirklich vermieden wird, scheint zweifelhaft. Selbst wenn das Krankenhaus seine Kosten für die allgemeinen Krankenhausleistungen fiktiv berechnet, kann es sein, dass die dabei zugrunde gelegten Sachkosten geringer ausfallen als der (nicht bestimmbare) Sachkostenanteil im Rahmen der DRG. Wird dem Patienten daher die Differenz zwischen den fiktiven Kosten und den tatsächlich entstandenen Kosten berechnet, enthält diese Bewertung nicht die Möglichkeit, dass das Krankenhaus einen **gewissen zusätzlichen Gewinn** über die DRG einstreichen kann.

Zur Verdeutlichung: Kostet beispielsweise das Implantat für die Regelleistung im Einkauf des Krankenhauses EUR 1.000 und das höherwertigere Implantat EUR 1.200, müsste der Patient lediglich die Mehrkosten von EUR 200 tragen. Es kann aber sein, dass die DRG für die Regelleistung mit einem Sachkostenanteil von EUR 1.100 rechnet. In so einem Fall käme es trotz der Differenzbetrachtung zu einer Doppelvergütung zugunsten des Krankenhauses, weil die eigentliche Kostendifferenz zwischen Regel- und Wahlleistung nur EUR 100 betragen würde, da sich der Sachkostenanteil aber nicht berechnen lässt, dem Patient die „vollen“ EUR 200 in Rechnung gestellt werden.

Die Differenzbetrachtung hat daher den Nachteil, nur die Ausgabenseite, aber **nicht auch die Einnahmenseiten** zu berücksichtigen. Es stellt sich

allerdings die Frage, ob dies zu einer Unangemessenheit des Entgelts führen kann, worauf es ankommt:

b) Entgelt stellt keine Kostenerstattung dar

Nach § 17 Abs. 1 Satz 3 KHEntgG dürfen die „Entgelte für Wahlleistungen“ in keinem unangemessenen Verhältnis zu den Leistungen stehen. Hieraus lässt sich ableiten, dass die Vergütung für die Wahlleistungen keine Kostenerstattung darstellt. Daher findet sich in der Literatur auch die Sichtweise, dass nicht auf den tatsächlichen Wert der Leistung, sondern auf den Wert abzustellen ist, den die Wahlleistung für den Patienten hat.<sup>29</sup>

Kommt es auf eine Kostenerstattung nicht an, ist es auch nicht ausgeschlossen, dass das **Entgelt für die erbrachten Leistungen eine Marge enthalten kann**, zum Beispiel in Form des Zusatzanteils aus der DRG, den das Krankenhaus ansonsten auch ohne die Wahlleistung eingenommen hätte.

Solange das Krankenhaus primär mit dem Selbstkostenanteil rechnet, dürfte hieraus noch keine „Unangemessenheit“ folgen, zumal – je nach DRG – die Situation auch eine andere sein kann und die DRG nicht mit einem höheren, sondern niedrigeren Sachkostenanteil als die fiktiv angenommenen Kosten des Krankenhauses kalkuliert kann.

### 2.3 Zwischenergebnis

Es besteht daher mit der Regelung in § 17 KHEntgG ein nachvollziehbares Argument, dass die Abrechnungsregeln des Krankenhausfinanzierungsrecht es zulassen, die Pauschalen für die allgemeinen Krankenhausleistungen auch dann abzurechnen, wenn – auf Wunsch des Patienten – eine abweichende Leistung erbracht wird, die **über die geschuldete Regelleistung hinausgeht** und der Patient diese Zusatzkosten als Wahlleistung übernimmt.

Die Grenze der separaten Abrechenbarkeit erscheint daher dort zu sein, wo wegen der gewünschten Zusatzleistung eine DRG-Fallpauschale abzurechnen wäre, die **nicht der medizinisch notwendigen Versorgung entspräche**. Dieses Verständnis stünde im Einklang mit den Grundsätzen zu ärztlichen und nichtärztlichen Wahlleistungen, bei denen die Zusatzleistungen ebenfalls nicht mit einer Änderung der einschlägigen DRG-Fallpauschale einhergehen, sondern nur das **Leistungsspektrum innerhalb der jeweiligen Fallpauschale konkretisieren**.

---

<sup>29</sup> Laufs/Kern/Rehborn ArztR-HdB/Stollmann/Wollschläger, 5. Aufl. 2019, § 81 Rn. 138.

Wenn somit die medizinisch notwendige Behandlung der Prozedur für eine Hernien-Behandlungen mit alloplastischem, allogenem oder xenogenem Material für eine bestimmten Fläche entspricht, kann sich die medizinische Wahlleistung nur in diesem „Prozedurenspektrum“ bewegen. Würde die Verwendung des höherwertigeren und teureren Materials dagegen zu einer anderen Prozedur für die Abrechnung der allgemeinen Krankenhausleistung führen, wird eine separate Abrechnung des Materials neben der medizinisch notwendigen Behandlung über eine Wahlleistung nach hier vertretener Auffassung ausscheiden müssen.

### 3. Ambulantes Operieren im Krankenhaus (§ 115b SGB V)

Mit der Einführung des § 115b SGB V hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, dass auch Krankenhäuser ambulante (Operations-) Leistungen erbringen können. Ziel dieser gesetzlichen Regelung war die Substitution stationärer Leistungen durch weniger ressourcenverbrauchende ambulante Leistungserbringung. Die rechtliche Grundlage bildet der Vertrag gem. § 115b Abs. 1 SGB V („AOP-Vertrag“) zwischen den Spitzenverbänden der gesetzlichen Krankenversicherung, der DKG und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung („KBV“).

Der Vertrag regelt:

- den Katalog ambulant durchführbarer Operationen (Anlage 1 des Vertrages)
- die einheitliche Vergütung für Krankenhäuser und Vertragsärzte sowie
- Maßnahmen zur Sicherung der Qualität und Wirtschaftlichkeit.

Damit im Krankenhausbereich nach §115b SGB V ambulant operiert werden darf (und die Sachkosten entsprechend abgerechnet werden können), ist es nach § 3 AOP-Vertrag erforderlich, dass die entsprechende Leistung in der Anlage des AOP-Vertrages genannt ist, was bei im Rahmen der Behandlung von Hernien grundsätzlich der Fall ist.<sup>30</sup>

#### 3.1 Übernahme der Sachkosten durch Patienten als Selbstzahler im ambulanten Bereich

Im ambulanten vertragsärztlichen Bereich ist es anerkannt und üblich, dass Vertragsärzte auch sog. individuelle Gesundheitsleistungen („IGeL“) im Rahmen der Vertragsfreiheit anbieten können. Dabei handelt es sich ebenfalls um freiwillige Leistungen, deren zentrale Voraussetzung es ist – analog zu Wahlleistungen im stationären Bereich –, dass die vereinbarte Leistung nicht vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung erfasst ist.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Inwieweit nach dem aktuellen Hybrid-DRG-Leistungskatalog überhaupt noch Fälle der ambulanten Implantation von Herniennetzen existieren, die dort nicht geregelt sind und daher nach den allgemeinen Regelungen abzurechnen sind, haben wir medizinisch nicht geprüft.

<sup>31</sup> Die generelle Zulässigkeit von IGeL wird in § 18 Abs. 8 Nr. 3 BMV-Ä und in § 3 Abs. 1 S. 3 BMV-Ä vorausgesetzt.

Der **Grundsatz der Vertragsfreiheit** gilt auch im ambulanten Bereich des Krankenhauses. Auch hier dürfte es daher den Versicherten möglich sein, medizinische Leistungen auf eigene Kosten in Anspruch zu nehmen, ohne dass eine Kostenerstattung durch die Krankenkasse stattfindet.

### 3.1.1 Übertragung der Differenzbetrachtung auf ambulanten Bereich?

Es stellt sich in diesen Fällen aber auch hier die Frage, ob das Krankenhaus die ambulant operativ erbrachten Leistungen einschließlich eines Sachkostenanteils als Kassenleistung mit der Krankenkasse abrechnen darf und der Versicherte nur die Mehrkosten tragen muss, wenn er im Falle einer Hernien-Behandlung die Verwendung eines Netzes wünscht, das über die medizinisch notwendige Versorgung hinausgeht und teurer als die Standardbehandlung ist.

Die DKG geht grundsätzlich davon aus, dass das **Prinzip der Differenzberechnung**, nach der das Entgelt für eine Standardbehandlung gegenüber den Krankenkassen und die darüber hinaus gehende Vergütung für die Wahlleistung gegenüber dem Patienten in Rechnung gestellt werden kann, auch dann anzuwenden ist, wenn eine über dem Standard liegende Leistung im Rahmen eines stationsersetzenden Eingriffs nach § 115b SGB V erbracht wird.<sup>32</sup>

Ob eine solche Übertragung auf den ambulanten Krankenhausbereich aber möglich ist, erscheint zweifelhaft. Vielmehr stößt bei **ambulanten Implantationen von höherwertigen Herniennetzen** durch Krankenhäuser oder Vertragsärzte eine Übertragung der Grundsätze zu Wahlleistungen auf **rechtliche Probleme**.

Anders als es im stationären Bereich mit dem § 17 KHEntgG und dem Prinzip der Wahlleistungen der Fall ist, sehen die gesetzlichen Regelung zur Durchführung und Abrechnung von ambulanten Operationen im Krankenhaus **keine ausdrückliche Möglichkeit** vor, dass die Leistungserbringer eine über die medizinische Notwendigkeit hinausgehende Leistung erbringen, und dann anschließend die niedrigeren Kosten für die Standardbehandlung gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen und die darüber hinausgehenden Kosten an die Patienten weiterreichen.

Hinzukommt vor allem aber auch, dass sich ein mit § 17 KHEntgG vergleichbarer Abrechnungsweg auch nicht den Regelungen zum ambulanten Bereich im Krankenhaus entnehmen lässt:

---

<sup>32</sup> DKG, Informationspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Angebot medizinischer Wahlleistungen durch Krankenhäuser, Deutsche Krankenhausgesellschaft, Februar 2005, S. 8.

### 3.1.2 Abrechnung von Sachkosten in der ambulanten Krankenhausversorgung

Das Krankenhaus ist gemäß § 11 Abs. 5, Abs. 6 AOP-Vertrag dazu verpflichtet, die bei der Behandlung entstehenden tatsächlichen Sachkosten für die (notwendigen) Implantate gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse **als Auslagenersatz abzurechnen** und die aufgewendeten Sachkosten – die unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes und der medizinischen Notwendigkeit ausgewählt wurden – nachzuweisen.

Der AOP-Vertrag verfolgt daher grundsätzlich das Ziel, dass – soweit Sachkosten gegenüber den Krankenkassen geltend gemacht werden –, die im Rahmen der Behandlung (z. B. Herniennetze) eingesetzt wurden, diese nach Maßgabe des § 11 Abs. 6 AOP-Vertrag an die Krankenkassen weiterzureichen sind. Der AOP-Vertrag sieht daher anders als § 17 KHEntgG keinen „Entgelttatbestand“ vor, sondern einen Auslagenersatz zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer.

Es ist daher nicht vorgesehen, dass Leistungserbringer ein über die medizinische Notwendigkeit hinausgehendes Herniennetz einsetzen, und dann anschließend die niedrigeren Kosten für ein Standardnetz gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen und die darüber hinausgehenden Kosten an die Patienten weiterreichen.

In diesen Fällen bestünde ein hohes Risiko dafür, dass **überhaupt kein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers** gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen existiert. Sofern die Krankenkassen hier die Vergütung vollständig verweigern und auch die Kosten für das Standardnetz nicht bezahlen würden, wäre daher sehr zweifelhaft, ob diese Kosten erfolgreich bei Gericht eingeklagt werden könnten.

### 3.1.3 Gefahr des Vergütungsanspruchs des Leistungserbringers

Selbst wenn man das Entstehen eines Vergütungsanspruchs bejahen würde, stünde die rechtliche Tragfähigkeit des Anspruchs in Frage.

Der Leistungserbringer wäre zur **Vermeidung einer Doppelvergütung** der Krankenkasse gezwungen, den Krankenkassen nur die **Kosten für das Sachmittel** in Rechnung zu stellen, die bei Erbringung der (medizinisch notwendigen und wirtschaftlichen) Regelleistung entstanden wären. Bei einer solchen anteilmäßigen Reduzierung der Kosten würde sich der Leistungserbringer allerdings **in Widerspruch zu § 11 Abs. 6 AOP-Vertrag setzen**, wonach die Kosten an die Krankenkassen weiterzureichen sind.

Insoweit ist festzustellen, dass nach der Rechtsprechung des BSG zum Leistungs- und Leistungserbringerrecht der gesetzlichen Krankenversicherung

Bestimmungen, die die Vergütung ärztlicher oder sonstiger Leistungen von der Erfüllung **bestimmter formaler oder inhaltlicher Voraussetzungen** abhängig machen, innerhalb dieses Systems die Funktion zu gewährleisten haben, dass sich die Leistungserbringung nach den für diese Art der Versorgung geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen vollzieht. Deshalb kann der Vertragsarzt, der Apotheker oder der sonstige Leistungserbringer auch bereicherungsrechtlich die Abgeltung von Leistungen, die unter Verstoß gegen derartige Vorschriften bewirkt werden, selbst dann nicht beanspruchen, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht worden und für den Versicherten geeignet und nützlich sind.<sup>33</sup>

Angesichts der strenge der hierzu ergangenen Rechtsprechung, die zuletzt im Verhandlungstermin vor dem BSG zur Rechtssache B 6 KA 9/24 R bestätigt wurde<sup>34</sup>, ließe sich selbst im Falle des Bestehens eines Vergütungsanspruchs ein Risiko für die Leistungserbringer, bei einer anteilmäßigen Reduzierung der Rechnung den **gesamten Vergütungsanspruch ohne Rücksprache mit Krankenkassen zu verlieren**, nicht ausschließen.

### 3.2 Möglichkeit der Differenzbetrachtung in der ambulanten Krankenhausversorgung beschränkt

Die Abrechnungsbestimmungen nach § 115b SGB V i. V. m. AOP-Vertrag sehen somit keine Regelung vor, auf die eine anteilmäßige Kostenerstattung gestützt werden könnte. Vielmehr gehen die Abrechnungsregelungen von einem Auslagenersatz aus, wonach der Leistungserbringer die Kosten für die eingesetzten Sachmittel an die Krankenkassen ohne Abzug weiterzureichen hat.

Zwar bestünde praktisch die Möglichkeit, die Rechnung für die Sachmittel gegenüber den Krankenkassen auf die Kosten für das medizinisch notwendige Sachmittel zu beschränken. Hiermit wäre aber ein Regressrisiko für den Leistungserbringer verbunden, da er sich bei einer anteilmäßigen Reduzierung der Kosten in Widerspruch zu dem § 11 Abs. 6 AOP-Vertrag setzen würde.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass es im Bereich der ambulanten Operationen im Krankenhaus grundsätzlich nicht möglich ist, den Krankenkassen nur den Sachkostenanteil in Höhe der medizinisch notwendigen Versorgung in Rechnung stellen, wenn tatsächlich ein höherwertigeres und teureres Implantat verwendet worden ist.

---

<sup>33</sup> BSG, Urteil vom 24. Januar 2008 – B 3 KR 17/07 R –, SozR 4-2500 § 109 Nr 7, SozR 4-2500 § 108 Nr 1, Rn. 29; BSG, Urteil vom 20. April 2016 – B 3 KR 23/15 R –, SozR 4-2500 § 124 Nr 4, Rn. 31.

<sup>34</sup> In dem Verfahren hat das BSG einen Regress bei einem Facharzt in Höhe von rund EUR 490.000 bestätigt, weil der Arzt Sprechstundenbedarfsverordnungen nicht persönlich unterzeichnet hat, sondern stattdessen ein Unterschriftenstempel zum Einsatz kam.

#### 4. Ambulant vertragsärztliche Versorgung

Die Vergütung von Leistungen im ambulanten vertragsärztlichen Bereich richtet sich nach dem EBM, der die verbindliche Abrechnungsgrundlage für Vertragsärztinnen und Vertragsärzte sowie Vertragspsychotherapeutinnen und Vertragspsychotherapeuten darstellt. Darin sind alle Leistungen jeweils mit einer Gebührenordnungsposition aufgeführt, die für gesetzlich Krankenversicherte abgerechnet werden können.<sup>35</sup>

Die Abrechnung von Sachkosten stimmt dabei mit dem Vorgehen bei ambulanten Operationen im Krankenhaus weitestgehend überein:

##### 4.1 Sachkostenregelung nach EBM für Herniennetze

Unter dem Kapitel 7.3 des EBM wird klargestellt, dass in den Gebührenpositionen des EBM grundsätzlich keine Kosten

- für Arzneimittel, Verbandmittel, Materialien, Instrumente, Gegenstände und Stoffe, die nach der Anwendung verbraucht sind oder die der Kranke zur weiteren Verwendung behält, und
- für Einmalinfusionsbestecke, Einmalinfusionskatheter, Einmalinfusionsnadeln und Einmalbiopsienadeln

enthalten sind. Die Berechnung und Abgeltung dieser Kosten richtet sich nicht nach dem EBM, sondern gemäß Kapitel 7.4 nach Maßgabe der Gesamtverträge, namentlich dem Bundesmantelvertrag für Ärzte.

##### 4.2 Sachkostenabrechnung nach BMV-Ä

Der Bundesmantelvertrag regelt als allgemeiner Inhalt der Gesamtverträge die vertragsärztliche Versorgung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BMV-Ä). Dazu gehören nach dessen Abschnitt 11 auch Regelungen zur Abrechnung der vertragsärztlichen Leistungen.

In § 44 Abs. 6 BMV-Ä wird ausgeführt, dass die Kosten für Materialien, die gemäß des Kapitel 7.3 EBM nicht in den berechnungsfähigen Leistungen enthalten sind und auch nicht über Sprechstundenbedarf bezogen werden können, gesondert abgerechnet werden.

Dafür hat der Vertragsarzt diese gesondert berechnungsfähigen Materialien unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes und der medizinischen Notwendigkeit auszuwählen und die rechnungsbegründenden Unterlagen, wie z. B. die Originalrechnungen, sind bei der rechnungsbegleitenden Stelle einzureichen.

---

<sup>35</sup> Inwieweit nach dem aktuellen Hybrid-DRG-Leistungskatalog überhaupt noch Fälle der ambulanten Implantation von Herniennetzen existieren, die dort nicht geregelt sind und daher nach den allgemeinen Regelungen abzurechnen sind, haben wir medizinisch nicht geprüft.

Wie dies bereits aus dem AOP-Vertrag bekannt ist, müssen auch hier die einzureichenden Unterlagen mindestens folgende Informationen beinhalten:

- Name des Herstellers
- Produkt-/Artikelbezeichnung inkl. Artikel- und Modellnummer
- Versichertennummer des Patienten, im Rahmen dessen Behandlung die Materialien gesondert berechnet werden.

Es besteht zudem auch hier die Pflicht, die „*tatsächlich realisierten Preise*“ in Rechnung zu stellen und ggf. vom Hersteller bzw. Lieferanten gewährte Rückvergütungen, wie Preisnachlässe, Rabatte, Umsatzbeteiligungen, Bonifikationen und rückvergütungsgleiche Gewinnbeteiligungen mit Ausnahme von Barzahlungsrabatten bis zu 3 % weiterzugeben.

#### 4.3 Übernahme der Sachkosten durch Patienten als Selbstzahler beschränkt

Bei der Übernahme der Sachkosten durch Patienten als Selbstzahler stellen sich vor diesem Hintergrund dieselben Hürden, wie es bereits bei der Abrechnung von Sachkosten nach dem AOP-Vertrag ist.

Die einschlägigen Abrechnungsbestimmungen des des EBM / BMV-Ä sehen jeweils nur vor, dass die bei der Behandlung entstehenden tatsächlichen Sachkosten für die (notwendigen) Implantate gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse als Auslagenersatz abzurechnen sind. Es ist dagegen nicht vorgesehen, dass Leistungserbringer ein über die medizinische Notwendigkeit hinausgehendes Herniennetz einsetzen, und dann anschließend die niedrigeren Kosten für ein Standardnetz gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen und die darüber hinausgehenden Kosten an die Patienten weiterreichen.

In diesen Fällen bestünde ein hohes Risiko dafür, dass überhaupt kein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen existiert. Sofern die Krankenkassen hier die Vergütung vollständig verweigern und auch die Kosten für das Standardnetz nicht bezahlen würden, wäre daher sehr zweifelhaft, ob diese Kosten erfolgreich bei Gericht eingeklagt werden könnten

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass es auch im Bereich der ambulanten vertragsärztlichen Operationen grundsätzlich nicht möglich ist, den Krankenkassen nur den Sachkostenanteil in Höhe der medizinisch notwendigen Versorgung in Rechnung stellen, wenn tatsächlich ein höherwertigeres und teureres Implantat verwendet worden ist.

## 5. Hybrid-DRGs im ambulanten Bereich

### 5.1 Allgemeines zur Hybrid-DRG

Für eine Auswahl von Eingriffen und Operationen, die bislang überwiegend stationär erfolgen, gibt es seit dem 1. Januar 2024 eine spezielle sektorengleiche Vergütung, die sog. Hybrid-DRG auf Basis des § 115f SGB V. Diese Fallpauschalen werden unabhängig davon gezahlt, ob der Eingriff ambulant oder stationär erfolgt. Nach der gesetzlichen Lage haben die neuen Hybrid-DRG Vorrang vor der ambulanten Abrechnung nach dem einheitlichen Bewertungsmaßstab („EBM“). Dies gilt nach Anlage 1 für zur Hybrid-DRG-Vergütungsvereinbarung auch für zahlreiche Hernien-Behandlungen mit alloplastischem, allogenem oder xenogenem Material.<sup>36</sup>

Hybrid-DRGs sollen die Kosten für alle Untersuchungen und Behandlungen abdecken, die im unmittelbaren Kontext des Eingriffs in der operierenden Einrichtung durchgeführt werden, inklusive der Sachkosten. Dies folgt unmittelbar aus § 5 Abs. 5 Nr. 9 der Hybrid-DRG-Vergütungsvereinbarung für das Jahr 2025.<sup>37</sup>

Hybrid-DRGs folgen damit dem Prinzip der DRG im stationären Bereich: Die Fallpauschale ist Ausdruck eines pauschalisierten Vergütungssystems, bei dem der einzelne Sachkostenanteil (aktuell) Teil der Fallpauschale ist und nicht parallel abrechnungsfähig sind.

### 5.2 Bewertung der Möglichkeit der Differenzbetrachtung in der ambulanten Krankenhausversorgung

**Weniger klar** als im stationären und ambulanten Bereich nach dem AOP-Vertrag und BMV-Ä ist dagegen die Rechtslage für die ambulante Implantation von Herniennetzen im **sog. Hybrid-DRG-System**.

Weder der § 115f SGB V noch die Hybrid-DRG-Vergütungsvereinbarung sehen eine Möglichkeit vor, sich mit dem GKV-Versicherten separat auf über die medizinisch erforderliche Versorgung hinausgehende Leistungen zu verständigen, die neben der ambulanten Operation abgerechnet werden sollen. Eine klare Regelung besteht mit § 5 Abs. 5 Nr. 9 der Hybrid-DRG-Vergütungsvereinbarung (2025) nur dahingehend, dass für Sachkosten jedenfalls gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich keine über die Hybrid-DRG hinausgehende Vergütung verlangt werden kann.

---

<sup>36</sup> Die Hybrid-DRG-Vergütungsvereinbarung ist abrufbar unter: <https://www.kbv.de/documents/infothek/rechtsquellen/weitere-vertraege/praxen/ambulantes-operieren/hybrid-drg-verguetungsvereinbarung.pdf> (zuletzt abgerufen am 9. Dezember 2025).

<sup>37</sup> Der ergänzte erweiterte Bewertungsausschuss hat am 11. November 2025 die Regelungen zur speziellen sektorengleichen Vergütung (Hybrid-DRG) gemäß § 115f SGB V für das Jahr 2026 festgelegt. Die neuen Vorgaben sehen keine abweichende Regelung zur Abrechnung von Sachkosten im Vergleich zur Hybrid-DRG-Vergütungsvereinbarung aus dem Jahr 2025 vor.

### 5.2.1 Anlehnung an Grundsätze zu Wahlleistungsvereinbarungen

Da sich im Hybrid-DRG-System keine Regelungen finden, die das Verhältnis zum GKV-Versicherten bzw. eine zusätzliche Vergütung durch die Versicherten für Wunschleistungen vorsehen würden, könnte ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gegenüber den Versicherten allenfalls aus **gesondert geschlossenen Verträgen über die Erbringung eines höherwertigen Herniennetzes als Wunschleistung** resultieren.

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) sowie der PKV-Verband vertreten hierzu die Rechtsauffassung, dass im Hybrid-DRG-System die gleichen Regelungen zur Anwendung kommen sollen, die auch für Wahlleistungen im stationären Bereich gelten (siehe hierzu oben). Wahlleistungsvereinbarungen sollen werden auch dann als zulässig angesehen, wenn diese im Rahmen der Leistungen nach dem Hybrid-DRG-System erbracht werden.<sup>38</sup>

### 5.2.2 Rechtliche Grenzen für Übertragung der Grundsätze zu Wahlleistungen aus dem stationären Bereich

Es ist jedoch fraglich, ob eine solche Vergütungsvereinbarung mangels einer gesonderten gesetzlichen Grundlage wie § 17 KHEntgG überhaupt zulässig wäre, zumal auf diese Vorschrift im Hybrid-DRG-System gerade nicht verwiesen und angeordnet wird, dass die Leistungen „für alle Benutzer und Benutzerinnen des Krankenhauses einheitlich nach § 115f des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vergütet“ werden (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 3 KHEntgG).

Es könnte zur Begründung einer solchen Vergütungsvereinbarung im Hybrid-DRG-System die Frage aufgeworfen werden, ob der § 17 KHEntgG überhaupt die Möglichkeit schafft, Wahlleistungen zu vereinbaren, oder diese nur für voll- und teilstationäre Leistungen einschränkt. Die Konsequenz könnte sein, dass außerhalb des § 17 KHEntgG ohnehin im Rahmen der Vertragsfreiheit „Wahlleistungen“ zwischen den Leistungserbringern und den Versicherten geschlossen werden können, es einer vergleichbaren Regelung zu § 17 KHEntgG also nicht bedarf.

Ob ein solches Verständnis aber mit dem Zweck des § 17 KHEntgG **als Teil des öffentlichen Krankenhauspreisrechts** tragfähig ist, scheint zweifelhaft. Vielmehr liegt es näher, dass der § 17 KHEntgG die Abrechnung von Entgelten

---

<sup>38</sup> Pressemitteilung vom 21. Juni 2024; DKG und PKV formulieren gemeinsame Rechtsauffassung, Wahlleistungen auch bei Hybrid-DRGs möglich, abrufbar unter: [https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1\\_DKG/1.7\\_Presse/1.7.1\\_Pressemitteilungen/2024/2024-06-21\\_PM\\_DKG\\_zu\\_Wahlleistungen.pdf](https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.7_Presse/1.7.1_Pressemitteilungen/2024/2024-06-21_PM_DKG_zu_Wahlleistungen.pdf) (zuletzt abgerufen am 9. Dezember 2025).

für andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen als Wahlleistungen im Bereich des Krankenhausrechts erst ermöglicht.<sup>39</sup>

Jedenfalls dürfte eine gesetzliche Vorschrift dann erforderlich sein, wenn man sich – wie hier – im **System der gesetzlichen Krankenversicherung** bewegt. Hier legt die Rechtsprechung des BSG nahe, dass die Möglichkeit der GKV-Versicherten, eine Sachleistung mit aufwendigerer Ausführung zu wählen und nur die Kostendifferenz zwischen der notwendigeren und der aufwendigeren Leistungen selbst zu tragen, nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig sein soll. Insoweit geben die aktuellen gesetzlichen Abrechnungsbestimmungen zu Hybrid-DRGs eindeutig vor, dass für Sachkosten jedenfalls gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich keine über die Hybrid-DRG hinausgehende Vergütung verlangt werden kann.

Angesichts der noch eher **überschaubaren Erfahrungen mit dem Hybrid-DRG-System**, der lückenhaften Gesetzeslage sowie der gleichzeitigen Regelungsdynamik auf Seiten der Selbstverwaltung lassen sich gegenwärtig nur begrenzt belastbaren Aussagen darüber treffen, ob das Prinzip der Wahlleistungsvereinbarungen auch im Hybrid-DRG-System Anwendung finden kann. Es besteht jedoch gegenwärtig ein **nicht unerhebliches Risiko bei medizinische Wahlleistungen**, dass aufgrund der unklaren Rechtslage ein solches Abrechnungsmodell im System der Hybrid-DRG beanstandet werden könnte.

\* \* \* \*

---

<sup>39</sup> So formuliert von BeckOK KHR/Böhnke, 12. Ed. 1.7.2025, KHEntgG § 17 Rn. 3.