

**Zulassungs- und Vertragsrecht der
Heil- und Hilfsmittellieferanten
im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht**

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
des Doktors der Rechtswissenschaft
an der
Universität Konstanz
Fachbereich Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Jürgen Bleil

Tag der mündlichen Prüfung:
17. Februar 2005

1. Referent:
Prof. Dr. Winfried Boecken, L.L.M.

2. Referent:
Prof. Dr. Heinrich Wilms

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Wintersemester 2004/2005 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation vor. Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 2004 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Winfried Boecken, L.L.M., der die Arbeit unterstützt und begleitet hat sowie Herrn Prof. Dr. Heinrich Wilms, der das Zweitgutachten erstellte. Danken möchte ich auch Frau Brigitte Geiger für die organisatorische Mithilfe.

Meiner Frau Judith gebührt mein größter Dank, sie gab mir die Unterstützung, die durch die Familie notwendig war.

Löchgau, im Februar 2005

Jürgen Bleil

Inhalt

Seite

I. Einführung	5
1. <i>Ausgangslage</i>	5
2. <i>Gegenstand der Abhandlung</i>	9
II. Der Anspruch auf Versorgung mit Heilmitteln bzw. Hilfsmitteln	11
1. <i>Geschichtlicher Rückblick im Recht der „Heil- und Hilfsmittel“</i>	11
a) Ausgangsentwicklungen	11
b) Rechtslage vor Inkrafttreten des SGB V	15
2. <i>Das Leistungsrecht nach dem SGB V</i>	18
a) Begriffliche Abgrenzung zwischen Heil- und Hilfsmitteln	19
b) Voraussetzungen der Leistungsgewährung	24
aa) Der Versicherungsfall	24
bb) Krankenbehandlung	25
cc) Beteiligte	28
dd) Abgrenzung/Ausblick zum Pflegeversicherungsrecht	30
ee) Verhältnis zum Rehabilitationsrecht nach dem SGB IX	31
c) Das Sachleistungsprinzip	33
aa) Im Krankenversicherungsrecht	33
bb) Abgrenzung/Ausblick zum Pflegeversicherungsrecht	37
d) Zusammenhang von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht	38
e) Das Wirtschaftlichkeitsprinzip im SGB V	41
aa) Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V	42
bb) Hilfsmittelverzeichnis	51
cc) Höchstpreise	58
dd) Festbeträge für Hilfsmittel	61
ee) Ausschluss von Heil- und Hilfsmittel gemäß § 34 Abs. 4 SGB V	67
ff) Zuzahlungen	69
gg) Ausgabenvolumen/Richtgrößen bei Heilmitteln (84 Abs. 8 SGB V)	72
hh) Leihweise Überlassung von Hilfsmitteln	73
ii) Anpassung/Gebrauchsunterweisung	74
jj) Einschaltung des Medizinischen Dienstes	74
kk) Rahmenempfehlungen/-verträge	76
ll) Preisvergleiche	78
mm) Qualitätssicherung gemäß §§ 138, 139 SGB V	79
nn) Genehmigungsverfahren bei Hilfsmitteln	82
3. <i>Hilfsmittel nach dem SGB XI</i>	84
a) Anspruchsvoraussetzungen	85
b) Elemente der Wirtschaftlichkeit im SGB XI	86
aa) Subsidiarität	86
bb) Einschaltung einer Pflegefachkraft bzw. des MDK	88
cc) Finanzielle Obergrenze	88
dd) Leihweise Überlassung	89

ee)	Anpassung/Unterweisung im Gebrauch	90
ff)	Zuzahlung	91
gg)	Festbeträge.....	92
hh)	Zuschuss zur Wohnumfeldverbesserung.....	94
ii)	Rechtsverordnung gemäß § 40 Abs. 5 SGB XI.....	95
jj)	Pflegehilfsmittelverzeichnis	96
4.	<i>Zusammenfassung</i>	99
III.	Die Leistungserbringung	101
1.	<i>Die Ausgangslage</i>	101
2.	<i>Die Dienstleistung bei Heilmitteln</i>	103
3.	<i>Der Lieferungsvertrag bei Hilfsmitteln (SGB V und SGB XI)</i>	105
a)	Schuldrechtliche Elemente	105
b)	Sachenrechtliche Elemente	106
c)	Wiederverwertbarkeit/Leihe.....	109
4.	<i>Haftung und Leistungsstörungen</i>	113
5.	<i>Wahlrecht der Versicherten zwischen den zugelassenen Leistungserbringern</i>	116
a)	Rechtliche Grundlage	116
b)	Zugelassene Leistungserbringer	118
c)	Pflegeversicherung	119
d)	Ausschluss des Wahlrechts bei Mehrfacheinsatz von Hilfsmittel	120
e)	Weitergehende Einschränkungen des Wahlrechts des Versicherten.....	121
6.	<i>Zusammenfassung</i>	122
IV.	Das Zulassungsrecht im eigentlichen Sinne bei Heil- und Hilfsmitteln..	124
1.	<i>Arten von Leistungserbringern und deren Organisation</i>	124
2.	<i>Berufsrecht (Gewerberecht/Handwerksrecht)</i>	126
a)	Heilmittelerbringer	126
b)	Hilfsmittel-Lieferanten.....	127
3.	<i>Zulassung der Leistungserbringer nach dem SGB V</i>	128
a)	Heilmittel gemäß § 124 SGB V.....	128
aa)	Ausbildung/Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung (§ 124 Abs. 2 Ziffer 1 SGB V)	130
bb)	Berufspraktische Erfahrungszeit bei Zulassungen bis 30.04.2003.....	132
cc)	Praxisausstattung (§ 124 Abs. 2 Ziff. 2 SGB V)	134
dd)	Anerkennung der geltenden Vereinbarungen (§ 124 Abs. 2 Ziff. 3 SGB V)	135
b)	Hilfsmittel gemäß § 126 SGB V	139
aa)	Ausreichende, zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Hilfsmittelversorgung.....	139
bb)	Herstellung, Abgabe und Anpassung	141
cc)	Anerkennung der geltenden Vereinbarungen.....	143
c)	Gemeinsame Empfehlungen der Spitzenverbände (§§ 124 Abs. 4, 126 Abs. 2 SGB V).....	144
aa)	Allgemeines	144
bb)	Rechtmäßigkeit und Rechtsnatur der Empfehlungen	145

d)	Vereinbarkeit der Zulassungsregelungen mit dem Grundgesetz und sonstigem Recht	154
aa)	Art. 12 GG	154
bb)	Art. 14 GG	159
cc)	Wettbewerbsfreiheit	161
dd)	Kartellbildung (§ 1 GWB)	162
e)	Sonderprobleme im Zulassungsrecht	163
aa)	Nebenbestimmungen zu Zulassungsentscheidungen	163
bb)	Zulassungserweiterungen bei Heilmitteln	165
cc)	Zuverlässigkeit des Leistungserbringers	167
dd)	Personen- und Ortsgebundenheit der Zulassung	168
ee)	Partnerschaften/Zusammenschlüsse	169
ff)	Zulassung von Vertragsärzten	170
f)	Widerruf der Zulassung	171
g)	Beendigung der Zulassung auf andere Weise	174
h)	Beendigung bei Einrichtungen gemäß § 124 Abs. 3 SGB V	176
4.	<i>Die Zulassung gemäß § 78 SGB XI</i>	176
a)	Vertragskonstruktion	176
b)	Vertragsparteien	181
c)	Vertragsgegenstand	184
d)	Vertragsbeendigung	185
5.	<i>Zusammenfassung</i>	185
V.	Das die Zulassung ergänzende Vertragsrecht mit den Leistungserbringern	187
1.	<i>Rechtliche Zuordnung der Verträge im SGB V</i>	187
2.	<i>Vertragsparteien</i>	190
a)	Rahmenempfehlungen bei Heilmitteln	190
b)	Rahmenverträge	191
c)	Einzelverträge	193
3.	<i>Vertragswirkung</i>	193
a)	Verbindlichkeit	193
b)	Zuordnung und Rechtmäßigkeit der Verträge	195
4.	<i>Vertragsgegenstand</i>	197
a)	Rahmenempfehlungen für Heilmittel	197
b)	Rahmenverträge	198
c)	Vergütungsvereinbarung	199
aa)	Höchstpreise	199
bb)	Ausschreibungsverfahren	200
cc)	Festbeträge bei Hilfsmitteln	204
dd)	Fehlende Vergütungsvereinbarungen	205
ee)	Verjährung/Verzinsung von Vergütungsansprüchen der Leistungserbringer	207
5.	<i>Vertragsrecht nach dem SGB XI</i>	208
a)	Sozialversorgungsvertrag	208
b)	Zuschuss/Pflegehilfsmittelverzeichnis/ Festbetragsfestsetzung (§ 78 Abs. 2 und Abs. 3 SGB XI)	209
c)	Ausleihe von Pflegehilfsmitteln (§ 78 Abs. 4 SGB XI)	210
6.	<i>Leistungsstörungen und Vertragsbeendigung</i>	213
7.	<i>Zusammenfassung</i>	214

VI. Europarechtliche Problemstellungen	216
1. <i>Allgemeines</i>	216
2. <i>Die Leistungserbringung im Ausland</i>	217
a) Internationales Sozialrecht	217
b) Bindung inländischer Krankenversicherer an ausländische ärztliche Feststellungen	220
c) Die Leistungsseite	220
d) Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung im Leistungsrecht	225
3. <i>Zulassung und Vertragsrecht bezogen auf ausländische Leistungserbringer / Konsequenzen für inländische Anbieter</i>	229
4. <i>Zusammenfassung</i>	234
VII. Wettbewerbsrechtliche Problemstellungen	235
1. <i>Anwendbarkeit des Kartellrechts</i>	235
a) Krankenkassen und Pflegekassen im Wettbewerb	235
b) Rechtsprechung von BGH und EuGH zur Anwendbarkeit des Kartellrechts im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern	240
2. <i>Änderungen durch das GKV-Reformgesetz 2000</i>	247
3. <i>Informationsrecht der Krankenkassen gemäß § 127 Abs. 3 SGB V</i>	249
4. <i>Ausnahmefall: Sozialversicherungsträger als Nachfrager</i>	251
5. <i>UWG-Problematik</i>	253
6. <i>Zusammenfassung</i>	258
VIII. Prozessuale Probleme	259
1. <i>Abgrenzung der Rechtswege bei Streitigkeiten nach dem SGB V</i>	259
2. <i>Rechtsweg bei Streitigkeiten nach dem SGB XI</i>	261
3. <i>Wettbewerbsrechtliche Problemkreise</i>	262
a) Bisherige Rechtsprechung	262
b) Änderung der Rechtslage zum 01.01.2000 für das SGB V	265
c) Pflegeversicherung	268
d) UWG-Streitigkeiten	269
e) Würdigung	270
4. <i>Weitere Klagemöglichkeiten für Leistungserbringer</i>	271
a) Zulassungs- und Vertragsangelegenheiten	271
b) Betroffenheit bei der Leistungserbringung	272
aa) Bisherige Rechtsprechung	272
bb) Weitere Umsetzung	274
cc) Sonstiger Rechtsschutz	276
5. <i>Zusammenfassung</i>	277
IX. Zusammenfassende Betrachtung und Ergebnisse	278
Literaturverzeichnis	286
Materialien	304

I. Einführung

1. Ausgangslage

Die Versorgung des in der gesetzlichen Krankenversicherung oder in der gesetzlichen Pflegeversicherung Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln betrifft sowohl das Leistungsrecht wie auch das Recht der sonstigen Leistungserbringer. Das die Heil- und Hilfsmittelversorgung betreffende Leistungsrecht ist im SGB V Ausschnitt der Krankenbehandlung gemäß §§ 11, 21 Abs. 1 Ziff. 2 b SGB I. Das Leistungserbringungsrecht bzw. das Recht der Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung wird unterteilt in das Vertragsarztrecht und das Recht der sonstigen Leistungserbringer, wozu die Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln gehört. Während das Vertragsarztrecht sehr detailliert und ausschließlich auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse geregelt ist, liegt im Recht der sonstigen Leistungserbringer eine wesentlich geringere Normendichte, aber ein um so interessanteres Zusammenspiel öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsverhältnisse vor.¹ Beide Rechtskreise, der des Leistungsrechts und der des Leistungserbringungsrechts, stehen in Abhängigkeit zueinander.

Die Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln zeigt seit geraumer Zeit eine sich stetig ausweitende Tendenz und verdient daher schon wegen des finanziellen Aspekts einer stärkeren Beachtung. Deutschland ist nach den USA und Japan der drittgrößte Markt der Welt im Bereich der Medizinprodukte². Betrachtet man die letzten Jahre, wird zudem die Kurzfristigkeit der gesetzgeberischen Reformen deutlich. 1992 betrug die Steigerungsrate im Bereich der Heil- und Hilfsmittel, nach Abflachen der Auswirkungen des Gesundheitsreformgesetzes (GRG) aus dem Jahre 1988 für die gesamte gesetzliche Krankenversicherung ca. 10,5%. 1993 führte das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) zu

¹ Schulin, Sozialrecht, Randnr. 277.

² dfg vom 22.11.2001 Seite 6 f.

einem Rückgang bei Massagen um ca. 25%, bei Krankengymnastik um ca. 20%.³ Im Osten Deutschlands zeigte sich seit Anfang der 90er Jahre ein erheblicher Nachholbedarf. Im Bereich der Heil- und Hilfsmittel gab es Steigerungsraten von über 70%. Dabei erreichte der Bereich Hilfsmittel schneller Westniveau als die Angebote auf dem Heilmittelsektor.⁴ Während sich die Ausgaben für ein AOK-Mitglied in Baden-Württemberg im Jahr 1993 auf 148,15 € im Bereich der Heil- und Hilfsmittel beliefen, wurden 1995 bereits 197,18 €, 1998: 209,28 €, und 2002: 221,96 € ausgegeben. Für Pflegehilfsmittel wurden 1997 7,51 € und 1999 8,94 € je Mitglied ausgegeben. Die Steigerungsraten bewegten sich 1993 (GSG-bedingt) nur zwischen ca. 0,5% und 1,5%, hingegen 1994 und 1995 wieder bereits zum Teil wesentlich über 10%.⁵ In den Folgejahren lagen die Steigerungen etwas niedriger (ca. 2-7%). In den ersten beiden Quartalen 2003 betrug die Steigerung im Vergleich zum Vorjahr bei Heilmitteln im früheren Bundesgebiet 3,4%, bei Hilfsmitteln 1,7%.⁶ Die AOK Baden-Württemberg verzeichnete bei Hilfsmitteln im Jahr 2003 jedoch eine Steigerung gegenüber dem Vorjahr von 8,7%. Es zeigt sich, dass die Krankenversicherung und als Teil dieser insbesondere der Bereich der Heil- und Hilfsmittel von einem „kurzfristigen Zeithorizont“ geprägt wird.⁷ Trotz Maßnahmen des Gesetzgebers hat daher der Beitragssatz in der gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere auch wegen dieses Ausgabekomplexes, einen ständigen Trend nach oben.

In der Pflegeversicherung stiegen die Leistungsausgaben ebenfalls ständig an, so dass auch dort seit 1999 ein Ausgabenüberschuss zu verzeichnen ist und eine defizitäre Finanzlage eingetreten ist.⁸ Während vom Gesetzgeber

³ dfg vom 18.03.1993, Seite 3; „Kostenexplosion gestoppt“ in DOK 1994, Seite 48.

⁴ KrV 1993, Seite 257 f.

⁵ AuS aktuell vom 30.05.1995, Seite 14 f.; dfg vom 22.06.1995, Seite 2; Soziale Selbstverwaltung 1996, Seite 31 (Titelseite); vgl. auch Schlenker, BKK 1997, Seite 288 ff.; Saekel, Seite 107 ff.; Grienberger, Seite 394 ff.

⁶ dfg vom 18.09.2003, Seite 12 ff., vgl. auch BT-Drucksache 15/1525, Seite 75: „... überproportionaler Anstieg der Ausgaben in diesen Bereichen in den letzten fünf Jahren ...“; dies betrifft auch die private Krankenversicherung: G+G Blickpunkt, Ausgabe 6 /Juni 2003, Seite 4.

⁷ Sog. „Gesetzesklempnerei“ durch punktuelle kurzfristige Maßnahmen (Rudolf Dressler), die im Ergebnis kein großer Erfolg war bzw. sein wird (Stuttgarter Zeitung vom 06.07.1996, Seite 3).

⁸ Moldenhauer, Seite 34; zu Reformvorschlägen Seite 43 f.

für Pflegehilfsmittel in den ersten 12 Monaten nach Inkrafttreten der Pflegeversicherung Leistungsausgaben in Höhe von 0,05 Mrd. € veranschlagt worden waren,⁹ stiegen sie tatsächlich bereits in den ersten neun Monaten 1995 auf den vierfachen Betrag, der sich 1996 nochmals verdoppelte.¹⁰ Im Bereich der Pflegeversicherung sind die Ausgaben für Hilfsmittel bezogen auf die Gesamtausgaben der Pflegeversicherung inzwischen in etwa gleich hoch, wie im Bereich der Krankenversicherung.

Die Zahl der zugelassenen Leistungserbringer für Heil- und Hilfsmittel nimmt stetig zu. Während die AOK 1986 in Baden-Württemberg insgesamt 3.361 sog. „sonstige Leistungserbringer“ registrierte, waren es 2002: 9.339 und im Jahr 2003: 10.160. Die hohe Anzahl an Leistungserbringern bedingt naturgemäß eine sich ausweitende Nachfrage an Leistungen in diesem Bereich.¹¹ Auch wenn diese Leistungen von einer ärztlichen Verordnung abhängig sind, zeigte sich lediglich 1993 eine GSG-bedingte Stagnation, da die Ärzte über ihre Kassenärztliche Bundesvereinigung zur Vorgabe erhielten, 5% weniger Heilmittel zu verordnen, damit der einzelne Arzt nicht in Regress genommen werden könne. Mangels praktischer Auswirkungen in dieser Budgetierung hat sich dieser Einspareffekt zwischenzeitlich längst aufgehoben. Die Budgetierung über § 84 SGB V hatte daher auf das ärztliche Ordnungsverhalten nur geringe Auswirkungen. Die vom Gesetzgeber vorgesehenen Regresse gegen die Ärzteschaft konnten kaum bzw. nur in geringem Umfang realisiert werden. Auch das als Alternative vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Instrumentarium der „Richtgrößen“ hat bislang in der Praxis kaum Einsparerefolge verbuchen können.

52% der Heil- und Hilfsmittleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung werden an Rentnern erbracht, die jedoch nur ca. 17% des Beitragsaufkommens abdecken. Diese finanzielle Unterdeckung führt daher auch in der gesetzlichen Krankenversicherung im Bereich der Heil- und Hilfsmittel zu ei-

⁹ Für Pflegehilfsmittel und wohnumfeldverbessernde Maßnahmen (BR-Drucksache 505/93, Seite 175).

¹⁰ Vogel, Georg, Seite 391.

¹¹ Zur angebotsinduzierten Nachfrage bei ärztlichen Leistungen Breyer/Zweifel, Seite 255; für Rehabilitationseinrichtungen: Bold, Seite 74 ff.

nem sog. „Generationenvertrag“. Noch deutlicher wird dieses Verhältnis im Bereich der Pflegeversicherung.

Kritiker werfen den gesetzlichen Krankenkassen vor, im Bereich der Heil- und Hilfsmittel zu einem Selbstbedienungsladen geworden zu sein. Versicherte und deren Angehörige äußern Wünsche, denen der Arzt machtlos Folge leiste; Ärzte würden den stark angewachsenen Markt nicht mehr überschauen und nur das Geforderte verordnen, ohne den therapeutischen Nutzen richtig beurteilen zu können. Hinzu kommen (zumeist kostenintensive) technische Innovationen bei Hilfsmitteln,¹² die Hersteller zu vermarkten wissen. Produkte finden rasch Eingang in das Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung, da dort dem medizinischen Fortschritt Rechnung zu tragen ist (§ 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V).

Im Gegensatz zu anderen, stark verrechtlichten Vertragssektoren gestatten die gesetzlichen Rahmenbedingungen im Hilfsmittelbereich den Krankenkassen einen vergleichsweise großen Bewegungsspielraum in der „Leistungsbeschaffung“. Der unübersichtliche Markt und die großen Ausgabenentwicklungen der letzten Jahre i.V. mit den gesetzlichen Instrumentarien der Festbeträge und Höchstbeträge, fernab von Vergütungs- und Schiedsamsverordnungen, lassen es zu, Marktmechanismen zu nutzen, um Hilfsmittel wirtschaftlicher „einzukaufen“. Damit setzen sich Krankenkassen aber auch dem Wettbewerb aus.

Sowohl das GRG (1988) wie auch das GSG (1992)¹³ und zuletzt das Gesundheitsmodernisierungsgesetz - GMG (2003) haben versucht, den unübersichtlichen und kostentreibenden Bereich der Heil- und Hilfsmittel in den Griff zu bekommen. Festbeträge und Richtgrößen sollten zu Produkt- und Ausgabentransparenz und damit zu Einsparungen führen. Die Kreativität des Gesetzgebers, rechtliche Instrumentarien zur Förderung der Wirtschaftlichkeit in

¹² Vgl. etwa die Nutzung von Gehirnströmen zur Steuerung künstlicher Gliedmaßen bzw. Rollstühle (www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,269647,00.html) bzw. www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,258388,00.html)

¹³ Das GSG als Basis für ein wettbewerblich orientiertes Gesundheitswesen hatte nur eine kurzfristige stabilitätsfördernde Wirkung für die GKV (vgl. Schaaf, Seite 545 f.).

diesem Bereich zu gestalten, scheint grenzenlos. Allein die statistische Entwicklung zeigt jedoch, dass damit das intendierte Ziel nur sehr eingeschränkt zu erreichen ist.¹⁴ Zu den bereits bestehenden Rechtsproblemen sind durch verschiedene gesetzliche Neuregelungen im Bereich der Heil- und Hilfsmittel neue hinzugekommen, die zum Teil sicherlich vom Gesetzgeber nicht so beabsichtigt waren. Die vorliegende Arbeit versucht diese Problemfelder auf der Grundlage des derzeit geltenden Rechts aufzuzeigen, verschiedene Analysen durchzuführen und Vergleiche insbesondere zwischen dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und dem Recht der Pflegeversicherung zu ziehen.

2. Gegenstand der Abhandlung

Ausgehend vom Leistungsrecht im SGB V ist Ausgangspunkt der Untersuchung, eine Abgrenzung der Heil- und Hilfsmittel voneinander vorzunehmen, um den Leistungsanspruch des Versicherten zu konkretisieren. Die Einordnung dieses Leistungsanspruch in das tragende Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung, das Sachleistungsprinzip, bedingt eine Verknüpfung zu den grundlegenden Normen des Leistungserbringungsrechts.

Der Gesetzgeber hat auf vielfältige Art und Weise versucht, im Bereich der Heil- und Hilfsmittel der Wirtschaftlichkeit zum Zuge zu verhelfen. Neben dem Wirtschaftlichkeitsprinzip im engeren Sinne, welches als allgemeines Prinzip abstrakt das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bestimmt, wurde in diesem Bereich versucht, das Wirtschaftlichkeitsprinzip durch viele Einzelelemente weiter auszugestalten, die sich sowohl auf den Bereich des Leistungsrechts wie auch auf den Bereich des Leistungserbringungsrechts beziehen (Wirtschaftlichkeit im konkreten Sinne). Eine Gesamtdarstellung der Wirtschaftlichkeitselemente erfordert die Betrachtung sowohl der leistungsrechtlichen wie der leistungserbringerrechtlichen Komplexe. Schließlich ist eine Ab-

¹⁴ „Die gesetzlichen Krankenkassen haben im Ergebnis keine Chance, entscheidend Einfluss auf Preise, Menge und wirtschaftliche Erbringung der vielen Leistungen und vielen Leistungserbringer im Bereich der Heil- und Hilfsmittel zu nehmen. Das Fass hat zu viele Löcher. Der Kostenanstieg ist atemberaubend“ (W. Höhle, nach dessen Berechnungen die Ausgaben für Heil- und Hilfsmittel von 1970 bis 1994 im Bereich der Krankenversicherung um 560% gestiegen sind).

grenzung zu den Heil- und Hilfsmitteln im SGB XI gegenüber dem SGB V erforderlich, um leistungsrechtliche Besonderheiten beider Rechtskreise zu erkennen.

Das Leistungserbringungsrecht gliedert sich in die konkrete Versorgung des Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln und die Auswahl der Leistungserbringer, die mit der gesetzlichen Kranken- oder Pflegekasse zusammenarbeiten. Das vom Versicherten unabhängige Zulassungsrecht wird von Entscheidungen und Verträgen der Krankenkassen geprägt. Die rechtliche Einordnung dieses Handelns ist Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit. Weiter ist das ständig zunehmende Wettbewerbsrecht, das auch in die auf einem öffentlich-rechtlichen Fundament stehende gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung ausstrahlt und dort immer mehr an Bedeutung gewinnt, zu untersuchen. Auf europarechtliche Problemstellungen ist ebenfalls einzugehen. Wenn Abweichungen oder Besonderheiten des SGB XI eine Hervorhebung rechtfertigen, ist eine besondere Berücksichtigung geboten. Auch prozessuale Probleme werden dargestellt, die gleichfalls, abhängig von den materiell-rechtlichen Darstellungen zum Zulassungs- und Vertragsrecht, einer Weiterentwicklung bedürfen.

II. Der Anspruch auf Versorgung mit Heilmitteln bzw. Hilfsmitteln

1. Geschichtlicher Rückblick im Recht der „Heil- und Hilfsmittel“

a) Ausgangsentwicklungen

In Preußen war nur etwa die Hälfte der Arbeiter gegen Krankheit versichert.¹⁵ Dies, obwohl Krankheit als Begleiterscheinung der Industriegesellschaft durch Kinderarbeit, überlange Arbeitszeiten, Arbeitsunfälle und fehlenden Mutterschutz eine neue Dimension angenommen hatte. Wer nicht gegen Krankheit versichert war, war auf die gemeindliche Armenpflege angewiesen.

Für die Krankenversicherung wurde der Grundstein in den kaiserlichen Botenchaften vom 17.11.1881¹⁶ und vom 14.04.1883 gelegt. Damit war ein Teil der Arbeiterversicherung gesetzlich geregelt. Die Krankenversicherung hat sich aus dem zuvor bestehenden Hilfskassenwesen¹⁷ entwickelt, dessen erste gesetzliche Grundlage auf §§ 141 bis 141 f der preußischen Gewerbeordnung zurückgeht. Das erste vollständige Sozialversicherungsgesetz war das „Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ vom 15.06.1883.¹⁸ Das Kranken-

¹⁵ Wannagat, Seite 375; Tennstedt, Seite 297 f; Zur Entwicklung der Versicherungen von privaten Wohltätigkeitsvereinen Anfang des 19. Jahrhunderts zur staatlichen Sozialversicherung unter Bismarck: Borst, Seite 366 f.

¹⁶ Peters, Geschichte, Seite 20 f; Reiter, Seite 755; wörtlich heißt es hierin: „Für diese Fürsorge, die rechtlichen Mittel und Wege zu finden, ist eine schwierige, aber auch eine der höchsten Aufgaben jedes Gemeinwesens, welches auf den sittlichen Fundamenten des christlichen Volkslebens steht. Der engere Anschluss an die realen Kräfte dieses Volkslebens und das Zusammenfassen der letzteren in der Form kooperativer Genossenschaften unter staatlichem Schutz und staatlicher Förderung werden die Lösung auch von Aufgaben möglich machen, denen die Staatsgewalt allein in gleichem Umfang nicht gewachsen sein würde. Immerhin wird aber auch auf diesem Weg das Ziel nicht ohne die Aufwendung erheblicher Mittel zu erreichen sein.“

¹⁷ Vgl. Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 07.04.1876; im Jahr 1886 bestanden im Deutschen Reich 754 eingeschriebene Krankenkassen i.S. dieses Hilfskassengesetzes; SKV 1990, Seite 16.

¹⁸ umfassende Darstellung bei Schlenker in HS-KV § 1 Randnr. 17 ff, 20.

versicherungsrecht umfasste dabei nicht von Anfang an einen Anspruch auf Hilfsmittel, da man befürchtete, dass ein solcher Anspruch, weil er sich nicht klar fassen lasse, die Krankenkassen zu sehr belaste.¹⁹ § 6 KVG erwähnte Brillen, Bruchbänder und ähnliche Hilfsmittel.

Obwohl die Krankenversicherung organisatorisch auf den bereits bestehenden Krankenkassen²⁰ aufbauen konnte, hatten sich in Folge der Neuartigkeit alsbald Mängel in dem Gesetzeswerk gezeigt. Deshalb nahm um die Jahrhundertwende die Reichsregierung unter Mitwirkung der Sozialdemokraten den Ausbau und die Verbesserung der Sozialversicherung in Angriff.²¹ Da im Unfallversicherungsrecht in § 5a des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes²² ein Anspruch auf die zur Sicherung des Erfolges des Heilverfahrens und zur Erleichterung der Folgen der Verletzung erforderlichen Hilfsmittel geschaffen worden war, sollte auch im Krankenversicherungsrecht ein gleichgelagerter Anspruch verankert werden. Mit der Reichsversicherungsordnung vom 19.07.1911, die das Ziel hatte, die gesamte Sozialversicherung auszubauen und zu verbessern, wurde dem teilweise Rechnung getragen.

Nach § 182 RVO wurde Krankenhilfe gewährt. Krankenhilfe gliederte sich in Krankenpflege (darunter fielen neben der ärztlichen Behandlung und den Arzneimitteln auch Brillen, Bruchbänder und andere kleinere Heilmittel) und Krankengeld.²³ Daneben wurden die Krankenkassen ermächtigt, im Wege der Satzung, Hilfsmittel gegen Verunstaltung und Verkrüppelung zu gewähren, die nach beendigtem Heilverfahren nötig waren, um die Arbeitsfähigkeit herzustellen oder zu erhalten.²⁴

¹⁹ RGBl 1883, Seite 73; stenographische Berichte über die Verhandlungen des RT, 5. Legislaturperiode, II. Session 1882/1883, Band 6, Anlagen Nr. 211 zu § 6 des Entwurfs.

²⁰ Träger der 754 eingeschriebenen Krankenkassen i.S. des Hilfskassengesetzes waren die Gemeindegemeindekrankenversicherungs-, Orts-, Betriebs-, Bau- und Innungskrankenkasse sowie Knappschafts- und Hilfskassen (Peters, Geschichte, Seite 57), wobei die Gemeindegemeindekrankenversicherung eine unselbstständige kommunale Einrichtung darstellte und alle diejenigen Arbeitnehmer erfasste, die sich keiner anderen organisierten Krankenkasse zuordnen ließen (Siebeck, Seite 299).

²¹ Reiter, Seite 755; durch die fortschreitende Industrialisierung waren um die Jahrhundertwende bei einer Gesamtbevölkerung von 63,9 Mio. Menschen nur 13,4 Mio. in der Krankenversicherung.

²² RGBl 1900, Seite 335.

²³ Köhler, § 182 RVO mit Hinweisen zur Änderung gegenüber dem bisherigen Recht.

²⁴ § 187 Nr. 3 RVO; RGBl 1911, Seite 509.

Krankenpflege wurde als Sachleistung gewährt. Voraussetzung der Leistungsgewährung war das Entstehen einer Krankheit. Von Krankheit wurde dann ausgegangen, wenn ärztliche Behandlung, Arznei- oder Heilmittel objektiv erforderlich geworden waren oder Arbeitsunfähigkeit eingetreten war. Auf die Gewährung hatte der Versicherte einen Rechtsanspruch. Nur die notwendige Behandlung war zu gewähren. Die Notwendigkeit war nach billigem Ermessen unter Würdigung aller Verhältnisse zu beurteilen. Genügte eine billigere Maßnahme, so konnte nicht die kostspieligere Behandlung beansprucht werden.²⁵ Allerdings konnte die Krankenkasse auch die teurere Behandlung gewähren, wenn der Versicherte die Mehrkosten übernahm.²⁶

Die Formulierung in § 182 RVO „und andere kleinere Heilmittel“ umfasste die ausdrücklich als Beispiele genannten Brillen und Bruchbänder mit. Unter Heilmitteln verstand man alle Leistungen, die mit der ärztlichen Behandlung in unmittelbarem Zusammenhang standen und zur Sicherung des Heilerfolgs notwendig waren. Die Heilmittel waren auch dann zu gewähren, wenn sie nach beendigem Heilverfahren zur Herstellung oder Erhaltung der weiteren Arbeitsfähigkeit notwendig waren. Nicht zu den Heilmitteln wurden diejenigen Mittel gerechnet, welche zur Erhaltung der Gesundheit oder zum Schutz gegen eine Erkrankung von Nutzen waren. Nahrungs- und Stärkungsmittel (Wein, Milch, Cognac, Bäder) waren dann zu gewähren, wenn sie auf ärztliche Anordnung zur Beseitigung vorübergehender Schwächezustände während der Krankheit verabfolgt wurden. Wegen der Kostspieligkeit konnten Nahrungs- und Stärkungsmittel nur in geringem Umfang gewährt werden. Zweckmäßigerweise war in der Satzung der Krankenkasse zu bestimmen, welche Arten von Nahrungs- und Stärkungsmittel gewährt werden sollten. Nach einer abweichenden Ansicht zählten Nahrungs- und Stärkungsmittel weder zu den Arzneimitteln noch zu den Heilmitteln und waren demzufolge vom Leistungsumfang einer Krankenkasse ausgeschlossen.

²⁵ so kam die Krankenkasse z.B. ihrer Leistungspflicht auch durch die Gewährung eines Bruchbandes nach, anstelle einer Bruchoperation.

²⁶ Hoffmann, Seite 166.

Die „Kleinheit“ der Heilmittel war im Gesetz nicht näher definiert und war daher dem Ermessen des Krankenkassenvorstandes überlassen. Aspekte hierbei waren die medizinische Bedeutung des Heilmittels und der größere oder geringere Kostenaufwand. Nach § 193 RVO konnten die Krankenkassen in ihrer Satzung einen Höchstbetrag festsetzen und bestimmen, dass die Kasse bis zu dieser Höhe einen Zuschuss für Heilmittel generell gewähren darf. Durch die Festsetzung des Höchstbetrages wurde in der Satzung die Grenze für „kleinere Heilmittel“ festgelegt. Dies bedeutete aber gleichzeitig, dass die Krankenkasse auch für teurere größere Hilfsmittel (z.B. etwa Zahngebisse) bis zum festgelegten Höchstbetrag einen Zuschuss gewähren konnte, denn in diesem Rahmen hätte sie auch für ein billigeres Heilmittel Geld ausgeben dürfen. Da gemäß § 182 RVO die Krankenkasse zur Gewährung kleinerer Heilmittel verpflichtet war (Sachleistung), wurde § 193 RVO (Zuschussregelung) als eine Geldleistung aufgefasst und stellte damit eine Erweiterung des § 182 Ziff. 1 RVO dar.²⁷

Es war unbestritten, dass Brillen und Bruchbänder im Eigentum der Krankenkasse blieben, aber nach Ablauf der Unterstützungsdauer von der Krankenkasse grundsätzlich nicht zurückverlangt werden konnten. Vorsätzliche Beschädigungen durch den Versicherten konnten als Sachbeschädigung geahndet werden. Während der Unterstützungsdauer oblag der verpflichteten Krankenkasse auch die Pflicht zur Instandhaltung und die möglicherweise erforderliche Erneuerung des Heilmittels.²⁸

Während §§ 182 und 193 RVO Heilmittel betrafen, kannte die Reichsversicherungsordnung in Abgrenzung hierzu auch bereits den Begriff des Hilfsmittels. Während unter Heilmittel solche Vorrichtungen verstanden wurden, die ein noch vorhandenes Glied oder Organ, das in seiner Funktion geschwächt war, so stärken sollten, dass es seine normale Funktion ganz oder in erhöhtem Maß wieder ausüben konnte, wurden Hilfsmittel gegen Verunstaltung oder Verkrüppelung zugebilligt, wenn ein künstliches Glied die Funktion eines nicht

²⁷ Hoffmann, Seite 169, 202.

²⁸ Hoffmann, Seite 170 mit einer Auflistung der anerkannten und nicht anzuerkennenden Heilmittel.

mehr vorhandenen ersetzen sollte (§ 187 Ziff. 3 RVO). Voraussetzung für die Kostenübernahme für ein solches Hilfsmittel war, dass dadurch nach beendigem Heilverfahren die Arbeitsfähigkeit wiederhergestellt oder erhalten werden konnte. Hilfsmittel gemäß § 187 RVO stellten eine satzungsmäßige Mehrleistung der Krankenkasse dar. Deshalb konnten in der Satzung auch die zugelassenen Hilfsmittel näher bestimmt werden.

Zahlreiche Gesetzesänderungen, verursacht durch die Kriegs- und Nachkriegsjahre, sollten die RVO den jeweiligen geänderten Verhältnissen und Erfordernissen anpassen. Die Reichsversicherungsordnung blieb auch nach 1945 in Kraft, soweit nicht ausdrücklich einzelne Aufhebungen erfolgten. Das Sozialversicherungsrecht war nur in begrenztem Umfang einer unterschiedlichen Rechtsentwicklung in den verschiedenen Besatzungszonen unterworfen.²⁹ Der Bereich der Heil- und Hilfsmittel wurde aus dieser Zeit insbesondere geprägt durch eine Einzelfallrechtsprechung.

b) *Rechtslage vor Inkrafttreten des SGB V*

Nach § 182 Abs. 1 Ziff. 1b und c RVO wurde als Krankenhilfe Krankenpflege vom Beginn der Krankheit an gewährt. Sie umfasste insbesondere auch die Versorgung mit „Heilmitteln und Brillen“, soweit sie nicht nach § 182 f RVO eingeschränkt war, sowie die Versorgung mit „Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfsmitteln“.³⁰ Als Heilmittel wurde alle Mittel verstanden, die der Heilung, also dem Erkennen und der Bekämpfung der Krankheit dienten. Hierzu wurden auch die Arzneimittel gerechnet. Die Beschränkung auf kleinere Heilmittel hat das Reha-Angleichungsgesetz beseitigt. Erst das Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetz (KVEG, aus dem Jahre 1981) ließ die Unterscheidung zwischen Arzneimittel und Heilmittel wieder in den Vorder-

²⁹ Glombik, Seite 1401; Zöllner, Seite 127 ff., 152 f., 162 f.

³⁰ Einen gesetzlichen Anspruch erhielten Versicherte erst mit Inkrafttreten des Gesetzes über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation (Reha AnglG) vom 07.08.1974; BGBl, Seite 1881. Von da an bestimmte § 182b RVO, dass der Versicherte Anspruch auf Ausstattung mit Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfsmitteln habe, die erforderlich seien, um einer drohenden Behinderung vorzubeugen, den Erfolg der Heilbehandlung zu sichern oder eine körperliche Behinderung auszugleichen.

grund treten. Obwohl unter Heilmittel zunächst sächliche Gegenstände verstanden wurden, ordnete ihnen die Rechtsprechung vor allem auch Dienstleistungen zu. Dies waren insbesondere solche Behandlungsmaßnahmen, die in ähnlicher Art und Weise wie die bereits anerkannten Heilmittel angewendet wurden und denselben Zweck erfüllten (Bewegungsbäder, Wärmebehandlungen, Bestrahlungen, Elektrobehandlungen, Massagen, etc.). Sonstige Behandlungen durch nichtärztliche Heilpersonen, die nicht einer ärztlichen Behandlung untergeordnet waren, also an die Stelle des Arztes traten, wurden nicht den Heilmitteln zugerechnet (insbesondere Behandlung durch Heilpraktiker, da die Krankenbehandlung nach der RVO allein den Ärzten anvertraut war). Von den Hilfsmitteln wurden die Heilmittel dadurch abgegrenzt, dass sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Behandlung der Krankheit angewandt wurden und einen Heilerfolg herbeiführen oder sichern sollten, während die Hilfsmittel nicht der therapeutischen Einflussnahme dienen, sondern dazu bestimmte waren, bestehende körperliche Defekte auszugleichen.³¹ Schon nach der RVO erfolgte eine Abgrenzung der Heilmittel zu den Mitteln des allgemeinen Lebensbedarfs, für die die Krankenkasse grundsätzlich auch dann nicht leistungspflichtig war, wenn in diesem Bereich infolge Krankheit besondere Aufwendungen erforderlich waren; oder wenn es sich um Mittel der Gesundheitspflege handelte (Angorawäsche, Hygienemittel). Die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien vom 26.02.1982 traten am 14.07.1982 in Kraft.³² Obgleich § 192 Abs. 2 RVO durch das Reha-Angleichungsgesetz ersatzlos gestrichen wurde, konnte weiterhin Krankenkost als Arzneimittel oder als Heilmittel in Betracht kommen. Für spezielle Krankenkost, die zur Heilung einer akuten Krankheit oder zur Linderung akuter Krankheitsbeschwerden erforderlich war, wurde § 182 Abs. 1 Nr. 1 b RVO als Rechtsgrundlage herangezogen.³³ Im Bereich der Hilfsmittel entstand auf der Grundlage von § 182 b RVO eine breit gefächerte Rechtsprechung zur Frage, für welche Mittel die gesetzliche Krankenversicherung im Sinne einer ersetzenden Funktionsübernahme bzw. eines fehlenden oder nicht mehr volltauglichen Körperorgans zuständig ist. Es war an-

³¹ BSGE 33, Seite 263 ff., 264.

³² Bundesanzeiger Nr. 125, Beilage Nr. 32 vom 13.07.1982.

³³ Das BSG hatte aber entschieden, dass die Versorgung mit Krankenkost grundsätzlich nicht zum Aufgabenbereich der gesetzlichen Krankenversicherung gehöre (BSG SozR 2200 § 182 RVO Nr. 88).

erkannt, dass es dem Versicherten unbenommen bleiben sollte, ein aufwändigeres Hilfsmittel als das im Sinne von § 182 b RVO notwendige zu wählen. Er erhielt dann nur die Kosten für das notwendige, zweckmäßige Hilfsmittel erstattet; Mehrkosten gingen zu Lasten der Versicherten.

Die Leistungserbringung erfolgte nach der RVO durch die sog. Heil-Hilfsberufe (§ 122 RVO). Die ärztliche Behandlung umfasste auch die Hilfeleistungen durch sog. Hilfeberufe auf Anordnung eines Arztes. Diese Heil-Hilfstätigkeiten erforderten im Allgemeinen zwar kein über die spezifische Berufsausbildung hinausgehendes ärztliches Fachwissen; kennzeichnend war jedoch, dass zwischen den nichtärztlichen Hilfskräften und den Ärzten während der Behandlung ein sog. direktes Über-/Unterordnungsverhältnis bestand. Da die von den Hilfspersonen ausgeführten therapeutischen Maßnahmen noch zur ärztlichen Behandlungen gerechnet wurden, musste eine intensive Beteiligung des verordnenden Arztes vorausgesetzt werden.³⁴ Die Tätigkeit des anordnenden Arztes beschränkte sich nicht darauf, zu verordnen, sondern wegen der mit jeder Krankenbehandlung verbundenen Risiken war, je nach Lage des Falles, eine mehr oder minder intensive persönliche Anleitung oder Beaufsichtigung der Hilfsperson erforderlich. Dies galt in eingeschränkter Form auch bei selbständigen Masseuren, Badeanstalten, oder Krankengymnasten, die lediglich auf ärztliche Verordnung Heil- und Hilfsmittel abgaben, also kein direktes Unterordnungsverhältnis bei der Leistungsausführung bestand.

Durch die mit dem KVEG eingeführte Vorschrift des § 376 d RVO (Preisvereinbarungen der Krankenkassen über Heil- und Hilfsmittel mit den Leistungserbringern) sollte erstmals der Preiswettbewerb i.S. einer wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten auf dem Gesundheitsmarkt gefördert werden.³⁵ Die Rechtsnatur dieser Verträge war von Anfang an umstritten. Nach dem BGH³⁶ und dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes³⁷ wurde der Zivilrechtsweg als gegeben angesehen. § 376 d RVO ließ offen, ob

³⁴ BSGE 29, Seite 27.

³⁵ BT-Drucksache 9/845, Seite 15.

³⁶ BGHZ 82, 375.

³⁷ SozR 1500 § 51 Nr. 39.

Bundes-, Landesverband oder Krankenkasse selbst als Verhandlungs- und Abschlusspartner eines solchen Vertrages auftraten. Schon früh war anerkannt, dass die Krankenkassen, wenn sie solche Verträge abschlossen, sich an die Regeln des Wettbewerbsrechts halten müssen.³⁸ Es wurde überwiegend vertreten, dass zur Vergabe dieser Leistungen eine öffentliche Ausschreibung nicht erforderlich sei.

Regelungen zu Heil- und Hilfsmittel fanden sich auch in Sondergesetzen, wie z.B. im Gesetz zur Weiterentwicklung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte-KVLG) vom 10.08.1972. Dort war z.B. in § 16 Abs. 2 die Versorgung mit Hilfsmittel geregelt.

2. Das Leistungsrecht nach dem SGB V

Die Reichsversicherungsordnung wurde schließlich abgelöst durch das Gesundheitsreformgesetz aus dem Jahr 1988,³⁹ das die heute im SGB V vorhandenen Regelungen einführte. Änderungen fanden danach insbesondere durch das Gesundheitsstrukturgesetz (1992)⁴⁰ und die Neuordnungsgesetze (1996)⁴¹ sowie zuletzt durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz (2003)⁴² statt. Das GRG hat im neugeschaffenen SGB V das Recht der Heil- und Hilfsmittel völlig neu geregelt. Im GSG, den Neuordnungsgesetzen und dem GMG wurde jeweils auch der Bereich der Heil- und Hilfsmittel angesprochen, jedoch wurden dort lediglich Modifizierungen vorgenommen. Grundsätzliche Strukturen, die mit dem GRG eingeführt worden waren, wurden nicht verändert.

³⁸ Mit Hinweis auf § 1 UWG waren Boykott und ähnliche Maßnahmen daher untersagt.

³⁹ Gesundheitsreformgesetz vom 20.12.1988, BGBl I, Seite 2477.

⁴⁰ Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 21.12.1992, BGBl I, Seite 2266.

⁴¹ 1. und 2. Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 23.06.1997, BGBl I, Seite 1518 und 1520.

⁴² Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14.11.2003, BGBl I, Seite 2190.

a) Begriffliche Abgrenzung zwischen Heil- und Hilfsmitteln

Seit dem GRG wird im 3. Kapitel des SGB V (Leistungen der Krankenversicherung) im 5. Abschnitt (Leistungen bei Krankheit) unter dem Titel „Krankenbehandlung“ zwischen Heilmitteln (§ 32 SGB V) und Hilfsmitteln (§ 33 SGB V) differenziert. Diese Differenzierung setzt sich im 4. Kapitel fort (Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern). Hier wird unterschieden zwischen den Beziehungen der Leistungserbringer von Heilmitteln (§§ 124 und 125 SGB V) und den Beziehungen zu Leistungserbringern von Hilfsmitteln (§§ 125 bis 128 SGB V). Deshalb ist zunächst eine begriffliche Abgrenzung der Heilmittel von den Hilfsmitteln erforderlich.

Als Element der Krankenbehandlung benennt § 27 Abs. 1 Ziff. 3 SGB V die Versorgung mit Arznei- und Verbandmittel sowie mit Heil- und Hilfsmittel. Die Abgrenzung der Arzneimittel zu den Heilmitteln erfolgt prinzipiell nach der Faustregel: „Arznei wirkt von innen, Heilmittel von außen auf den Körper.“⁴³ Dennoch gibt es rein tatsächliche Verflechtungen, da z.B. auch Apotheken teilweise Leistungserbringer von Hilfsmittel sein können. Verbandmittel bzw. Verbandstoffe sind dazu bestimmt, oberflächengeschädigte Körperteile zu bedecken oder Körperflüssigkeit aufzusaugen.⁴⁴

Heilmittel sind entweder sächlicher Natur (z.B. Stützkorsett bei Wirbelsäulentuberkulose⁴⁵, antiallergener Matratzenbezug⁴⁶) oder bestehen aus Dienstleistungen (insbesondere Leistungen der physikalischen Therapie, Sprachtherapie, Beschäftigungstherapie etc.)⁴⁷ müssen aber

⁴³ BSGE 28, Seite 158 ff.

⁴⁴ § 4 Abs. 9 AMG: z.B. Binden, Mull, Pflaster, etc.

⁴⁵ BSG SozR 2200 Nr. 3 zu § 193 RVO.

⁴⁶ BSG USK 96175 und USK 2000-20: zum Begriff des Heilmittels gehöre nicht die unmittelbare Heilwirkung, sondern es genüge die gesundheitsstörend abhaltende Wirkung, die eine Krankheit unmittelbar bekämpfe.

⁴⁷ BSGE 42, Seite 16.

in jedem Fall von dem Ziel getragen sein, zum Zweck der Krankheitsbekämpfung oder -linderung auf den menschlichen Organismus einzuwirken⁴⁸; die Anwendung zusätzlicher sächlicher Mittel (z.B. Fango im Zusammenhang mit Krankengymnastik) ist insoweit nicht erforderlich.⁴⁹ Eine Begrenzung auf Dienstleistungen nimmt § 30 SGB VII vor.⁵⁰

Für den Begriff des Hilfsmittels enthält § 33 Abs. 1 SGB V eine Legaldefinition. Zu den Hilfsmitteln gehören demnach Seh-⁵¹ und Hörhilfen, Körperersatzstücke, orthopädische und andere Hilfsmittel. Hilfsmittel werden durch das eingesetzte Mittel geprägt und sind daher zwingend sächlicher Natur.⁵² Eine Gemeinsamkeit mit den Heilmitteln besteht in der allgemeinen Zweckverfolgung, die ebenfalls auf die medizinische Bekämpfung einer Krankheit gerichtet sein muss.⁵³ Ob ein Heil- oder Hilfsmittel vorliegt, richtet sich aber auch nach der konkreten Zweckbestimmung des Mittels. Soll nach Abschluss einer Heilbehandlung z.B. ein fehlendes Körperteil ersetzt werden, liegt zweifelsfrei ein Hilfsmittel vor (§ 33 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative SGB V).⁵⁴ Nach der Definition in den Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien⁵⁵ sind Heilmittel persönliche medizinische Leistungen, Hilfsmittel sächliche medizinische Leistungen.

In der Rechtsprechung war aber längere Zeit auch der Begriff des Heilmittels zwingend mit einem sächlichen Mittel verbunden.⁵⁶

⁴⁸ Auch eine Diättherapie kann Heilmittel sein (BSGE 86, Seite 223 ff. = SozR 3-2500 § 138 Nr. 1).

⁴⁹ BSGE 28, Seite 158 f.; BSGE 48, Seite 258.

⁵⁰ Vgl. die Legaldefinition der §§ 30, 31 SGB VII (Sozialgesetzbuch VII, Gesetzliche Unfallversicherung vom 07.08.1996 (BGBl I, Seite 1254)) und zu Hilfsmittel § 31 SGB IX (BGBl I, Seite 1045 ff.).

⁵¹ Eingeschränkter Anspruch seit 01.01.2004 durch das GMG.

⁵² Zur Frage, ob ein Behindertenbegleithund als Hilfsmittel zu qualifizieren ist: SG Aachen, Breithaupt 2002, Seite 285; eingehend und mit weiteren Nachweisen Riederle, Seite 674 ff.

⁵³ Verstanden in einem weiteren Sinne: Vgl. BSGE 37, Seite 138; so dass die gesundheitliche Regelwidrigkeit selbst nicht behoben sein muss, wenn eine Behinderung ausgeglichen wird: BSG SozR 2200 Nr. 18 zu § 182 b RVO, Seite 51; keine Behinderung: Haarausfall bei Männern, so dass Kosten für ein Toupet nicht aus medizinischen Gründen notwendig sind: BSG SozR 2200 § 182b Nr. 18 und LSG Hessen, Urteile vom 27.11.2003, Az.: L 1 KR 586/03 und L 1 KR 818/03.

⁵⁴ Ausgleich einer Behinderung (zum Begriff der Behinderung vgl. Kasseler Kommentar § 11 Ziff. 9 SGB V und § 10 SGB I; wegen § 11 Abs. 2 SGB V genügt auch eine drohende Behinderung: BSG SozR 2200 Nr. 56 zu § 82 RVO).

⁵⁵ A Ziff. 1.1 Heil- und Hilfsmittelrichtlinien i.d.F. vom 17.06.1992; bzw. II, Ziff. 6 i.d.F. vom 06.02.2001.

⁵⁶ BSGE 48, Seite 258 ff (NJW 1980, Seite 1919 f.) - psychologische Untersuchung kein Heilmittel.

Soll mit dem Mittel hingegen im Zusammenhang mit ärztlichen Heilmaßnahmen aktiv auf das Krankheitsgeschehen eingewirkt werden, liegt ein Heilmittel vor.⁵⁷

Bei sächlichen Mitteln, die den Erfolg einer Behandlung sichern sollen (z.B. Stütz- und Halteapparaturen) ist die Abgrenzung zwischen Heil- und Hilfsmitteln schwierig, da auch Hilfsmittel zur Sicherung der Krankenbehandlung dienen können (§ 33 Abs. 1 Satz 1 1. Alternative SGB V).⁵⁸ Bei der sich bei Hilfsmitteln weiter anschließenden Abgrenzung von den Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens kommt es darauf an, ob der therapeutische Zweck des Mittels vernachlässigt werden kann.⁵⁹

Während die Unterscheidung zwischen Heil- und Hilfsmitteln nach dem Recht der RVO weitgehend dahingestellt bleiben konnte, da sich dies auf den Leistungsanspruch des Versicherten nicht weiter ausgewirkt hat,⁶⁰ kam es nach Einführung des SGB V für den Versicherten entscheidend auf die Abgrenzung an, da für eine Leistung, die als Heilmittel einzuordnen ist, bis einschließlich 2003 eine 15%-ige Zuzahlung entstand, während, wenn es sich um ein Hilfsmittel handelte, dieses weitgehend zuzahlungsfrei beansprucht werden konnte.⁶¹ Seit 01.01.2004 sind die Zuzahlungsregelungen angenähert (§ 61 SGB V

⁵⁷ BSG SozR 2200 Nr. 3 zu § 193 RVO.

⁵⁸ Zur Abgrenzung von Heilmitteln in einer ärztlichen Behandlung i.S. von §§ 28 Abs. 1, 15 Abs. 1 SGB V und zu Maßnahmen ohne Behandlungscharakter (wie etwa Gymnastik, Sport und Erholung): Vgl.: BSGE 33, Seite 30 und BSGE 29, Seite 27 ff., 29.

⁵⁹ BSG SozR 2200, § 368 e Nr. 13 (Haarwaschmittel).

⁶⁰ Sowohl Heil- wie auch Hilfsmittel wurden von der Krankenkasse zunächst in voller Höhe finanziert; erst ab 01.01.1970 hatte bei Heilmitteln der Versicherte gemäß § 182a RVO eine pauschale Zuzahlung in Höhe von 20%, höchstens jedoch DM 2,50 je Verordnungsblatt zu bezahlen (Art. 2 Nr. 7 des Krankenversicherungsänderungsgesetzes vom 27.07.1969 - BGBl I, Seite 946 ff.). Ab 01.07.1977 wurde dies auf 1,00 DM pro Verordnung reduziert (KV-Kostendämpfungsgesetz von 1977, BGBl I Seite 1069 ff.) bzw. ab 01.01.1982 auf 4,00 DM erhöht (KV-Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetz vom 22.12.1981, BGBl I, Seite 1578 ff.).

⁶¹ Zur Abgrenzung in der Praxis: Vgl. das Besprechungsergebnis der Spitzenverbände vom 09.12.1988, wonach Heilmittel grundsätzlich Dienstleistungen, Hilfsmittel hingegen stets Sachen sind - vgl. auch Hauck/Haines, § 32 Randnr. 8.

n.F.), wobei § 33 Abs. 2 Satz 5 SGB V n.F. eine Sonderregelung für zum Verbrauch bestimmter Hilfsmittel enthält.⁶²

Ausgehend von der vielfältigen Rechtsprechung und der Rechtslage im SGB V ergibt sich die Abgrenzung zwischen Heil- und Hilfsmitteln vom Begriff des Hilfsmittels aus. Hilfsmittel sind grundsätzlich Sachen, die durch ersetzende, unterstützende oder entlastende Wirkung den Erfolg der Krankenbehandlung sichern oder die Überwindung von körperlichen Behinderungen ermöglichen sollen.⁶³ Das Gesetz versteht unter Hilfsmitteln insbesondere Hörhilfen, Körperersatzstücke⁶⁴ und orthopädische Hilfsmittel. Im Einzelfall müssen diese erforderlich sein um den Erfolg der Krankenbehandlung zumindest mittelbar zu sichern oder die Behinderung auszugleichen bzw. eine Verschlimmerung zu verhüten.⁶⁵ Ausgeschlossen sind Mittel, die als allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens anzusehen sind⁶⁶ oder

⁶² Im Einzelnen unten e) ff)

⁶³ BSG vom 08.02.2000 (Az.: B 1 KR 3/99 B, veröffentlicht in USK 2000-20): Auf Anfrage des 3. Senats vom 16.09.1999 (Az.: B 3 KR 2/99 B, veröffentlicht in USK 9940) hat der 1. Senat an dieser unmittelbaren Wirkungsweise nicht festgehalten und entschieden, als Hilfsmittel kommen auch Gegenstände in Betracht, die den Erfolg der Krankenbehandlung dadurch sichern, dass sie die Behinderung nur mittelbar bessern oder eine Verschlimmerung verhüten (erweiterter Hilfsmittelbegriff) - so auch BSGE 86, Seite 223 ff. und BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 39 und Nr. 40 (hierzu gehört nicht der Anspruch des Versicherten auf Ausstattung im jeweiligen Lebensbereich mit Hilfsmitteln des aktuellen technischen Standards). Eine PC-Zusatzausrüstung für ein häusliches Hirnleistungstraining kann aber ein in die Leistungspflicht der Krankenkasse fallendes Hilfsmittel sein (BSG-Urteil vom 28.06.2001, SGB 2002, Seite 401 ff. mit Anmerkung Mrozynski bzw. SozR 3-2500 § 33 Nr. 41).

⁶⁴ Z.B. auch eine finanziell aufwändige, elektronisch gesteuerte Oberschenkelprothese (C-Leg): BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 44 und LSG Saarland, Urteil vom 20.02.2002, Az.: L 2 KR 21/00 sowie BSG-Urteile vom 16.09.2004 (Az.: B 3 KR 1/04 R, B 3 KR 2/04 R und B 3 KR 6/04 R).

⁶⁵ Zu Lese-Sprechgeräte für Blinde vgl. Demmel, Seite 532 ff.

⁶⁶ Zu diesem Begriff BSGE 77, Seite 209 ff. und BSG-Urteil vom 30.01.2001 - SozR 3-2500 § 33 Nr. 39; SG Gelsenkirchen, Urteil vom 21.03.2003, Az.: S 24 KR 68/02 - Bandscheibenmatratze. So ist die gesetzliche Krankenversicherung nur für die medizinische Rehabilitation zuständig, d.h. es werden nur Mittel erfasst, die die Bekämpfung von Krankheiten und die Milderung ihrer Folgen zum Ziel haben. Das ist bei allgemeinen Gebrauchsgegenständen nicht der Fall. So unterfallen z.B. handelsübliche PC's oder Notebooks, die Behinderte zur Ausbildung benötigen, nicht in die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung, da diese Hilfsmittel auf beruflichem oder gesellschaftlichem Gebiet ansetzen und nicht die Grundbedürfnisse betroffen werden (Schulbildung, körperliche Grundfunktionen, elementare Körperpflege, selbständiges Wohnen sowie Erschließung eines körperlichen und geistigen Freiraums, wozu auch ein Recht auf Information und Kommunikation gehört). Insoweit greift allenfalls die Eingliederungshilfe nach dem Sozialhilferecht. Auch die behindertengerechte Kfz-Ausstattung ist nicht Sache der Krankenversicherung, da durch ein Hilfsmittel lediglich die grundlegenden Organfunktionen wie „gehen“ oder „stehen“ auszugleichen sind, nicht jedoch bequemere Fortbewegungsmittel, wie das Autofahren, dem Versicherten ermöglicht werden sollen (BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 29 und BSG-Urteil vom 16.09.2004 (Az.: B 3 KR 15/04 R)). Zum Grundbedürfnis „gehen“ gehöre nicht die Möglichkeit, Wegstrecken jeder Art und Länge zurückzulegen (BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 31 – Rollstuhl-Bike und BSG, Urteile vom 21.11.2002, Az.: B 3 KR 8/02 R bzw. vom 26.03.2003, Az.: B 3 KR 26/02 R – Therapie-Tandem; das Grundbedürfnis

durch eine Rechtsverordnung gemäß § 34 Abs. 4 SGB V als Hilfsmittel von geringem therapeutischen Nutzen oder geringem Abgabepreis definiert sind. Die Krankenkasse trägt die Kosten für Hilfsmittel grundsätzlich ganz (vertraglich festgelegte Preise). Sind Festbeträge für ein Hilfsmittel vorgesehen, erfolgt eine Kostenübernahme nur bis zum festgesetzten Festbetrag. Von Versicherten, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist eine Zuzahlung zu dem von der Krankenkasse zu übernehmenden Betrag erforderlich.⁶⁷

Heilmittel dagegen betreffen primär Dienstleistungen, die außerhalb der ärztlichen Leistungserbringung, aber auf ärztliche Veranlassung (Verordnung) von selbständigen Leistungserbringern abgegeben werden und einem Heilzweck dienen oder einen Heilerfolg sichern. Sächliche Leistungen werden insoweit miterfasst, als sie im Zusammenhang mit der Dienstleistung erforderlich sind (z.B. Fango i.V.m. Krankengymnastik)⁶⁸. Zieht man § 124 SGB V (Zulassung der Heilmittelerbringer) zur Definition des Heilmittels gemäß § 32 SGB V mit heran, zeigt sich, dass die dort genannten Heilmittel reine Dienstleistungen sind. § 124 SGB V scheint also von einem engeren Heilmittelbegriff als § 32 SGB V auszugehen. § 124 SGB V enthält jedoch keine abschließende Aufzählung der Heilmittel, sondern führt lediglich einige Elemente der Heilmittelerbringung beispielhaft auf.⁶⁹ Maßnahmen der physikalischen Therapie, der Sprachtherapie und der Beschäftigungstherapie sind die Kernelemente der Heilmittelerbringung, erschöpfen den Begriff des Heilmit-

26.03.2003, Az.: B 3 KR 26/02 R – Therapie-Tandem; das Grundbedürfnis „Erschließen eines gewissen körperlichen Freiraums“ erfasst nach der Rechtsprechung regelmäßig im Rahmen der medizinischen Rehabilitation nur einen Basisausgleich: So verneint das LSG Baden-Württemberg einen Anspruch auf einen Elektrorollstuhl in einer 10 km/h-Version, da die Bewegungsfreiheit auch mit einer 6 km/h-Version angemessen ausgeglichen sei – LSG-Urteil vom 24.08.2004, Az.: L 11 KR 72/04; dagegen umfasse das Grundbedürfnis „lesen“ auch das Lesenkönnen außerhalb der Wohnung (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 01.10.2002, Az.: L 5 KR 93/02 – MAXPort-Brille).

⁶⁷ Vgl. Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen, zugleich handelnd als Spitzenverbände der Pflegekassen, zur Versorgung mit Hilfsmitteln und Pflegehilfsmitteln nach dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung, mit Anlage 1 (Verlautbarung zur Zuzahlung für bestimmte Hilfsmittel), Fußnote 211 und 212.

⁶⁸ Nicht miterfasst werden jedoch Nebenleistungen, wie etwa Hilfe beim Aus- und Ankleiden bzw. Duschen vor oder nach der Heilmittelbehandlung (LSG Berlin, Urteil vom 25.07.2001; Az.: S 9 KR 125/99).

⁶⁹ „insbesondere“.

tels in § 32 SGB V jedoch nicht vollständig, so dass die Dienstleistung zwar sicherlich im Vordergrund steht, der Begriff des Heilmittels damit aber noch nicht vollumfänglich erfasst wird, also auch sächliche Leistungen miterfasst sein können.⁷⁰

b) Voraussetzungen der Leistungsgewährung

aa) Der Versicherungsfall

Nach § 11 Abs.1 SGB V ist die zentrale Leistungsart der gesetzlichen Krankenversicherung die Behandlung einer Krankheit (Ziffer 4). Gemäß § 27 Abs. 1 Ziff. 3 SGB V umfasst die Krankenbehandlung auch die Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln.

Heil und Hilfsmittel werden als Sach- oder Dienstleistungen, also als Naturalleistungen i.S. des Sachleistungsprinzips gemäß § 2 Abs. 2 SGB V gewährt. Dies dient unter anderem der Kostensteuerung, da über die Vertragsgestaltung mit den Leistungserbringern neben der Vereinbarung von Preisen auch Einfluss auf Modalitäten der Leistungserbringung oder auf das zur Verfügung zu stellende Leistungsangebot insgesamt gewonnen werden kann. Als Restitutionsleistungen dienen Heil- und Hilfsmittel dazu, eingetretene immaterielle Schäden als Folge einer Krankheit auszugleichen. Grundsätzlich besteht auf die Leistung ein Rechtsanspruch,⁷¹ der im Einzelfall aber mit einer Ermessensausübung der Krankenkasse einhergehen kann.⁷² Auch die Möglichkeit einer Ersatzleistung ist ausdrücklich im Gesetz vorgesehen.⁷³ Unabdingbare Voraussetzung für einen Leistungs-

⁷⁰ Vgl. oben Fußnote 48; das vor oder nach einer Massage erforderliche Umkleiden und Duschen ist nicht Bestandteil des Heilmittels, sondern ist ggf. Bestandteil des Grundpflegebedarfs, für das Pflegegeld aus der Pflegeversicherung bezahlt wird (BSG-Urteil vom 20.05.2003, Az.: B 1 KR 23/01 R).

⁷¹ § 38 SGB I.

⁷² Vgl. z.B. § 33 Abs. 5 SGB V (leihweise Überlassung von Hilfsmitteln).

⁷³ Für Kontaktlinsen: § 33 Abs. 3 Satz 3 SGB V.

anspruch ist der Eintritt des Versicherungsfalls.⁷⁴ Eine Definition des Gesetzgebers fehlt hierfür. Ausgehend von der leistungsrechtlichen Grundnorm des § 11 SGB V ist Anknüpfungspunkt der „Krankheitsbegriff“.⁷⁵ Das BSG konkretisiert diesen unbestimmten Rechtsbegriff unter Zuhilfenahme von drei Kriterien:

- Regelwidrigkeit (Voraussetzung hierfür ist, dass der Körper- oder Geisteszustand eines Versicherten vom Leitbild des gesunden Menschen abweicht)
- Funktionalität (der Versicherte darf zur Ausübung der dem Leitbild entsprechenden normalen psychophysischen Funktionen nicht in der Lage sein)
- Leidensdruck (durch den sich bei dem Versicherten die Regelwidrigkeit zur Krankheit qualifiziert).

Der Versicherungsfall setzt das Erfüllen des Krankheitsbegriffs voraus. Dies zeigt sich insbesondere im Hinblick auf § 21 Abs. 1 Ziff. 2 b SGB I („bei Krankheit“). Teilweise wird vertreten, von einem Versicherungsfall sei auch dann auszugehen, wenn die im Gesetz vorgesehene Folge (Krankenbehandlung/Arbeitsunfähigkeit) erforderlich wird bzw. eingetreten ist.⁷⁶

bb) Krankenbehandlung

§ 27 Abs. 1 Satz 2 SGB V enthält in einem abschließenden Katalog⁷⁷ die für die gesetzliche Krankenversicherung

⁷⁴ Zur Voraussetzung eines bestehenden Versicherungsverhältnisses vgl. Schulin, Sozialrecht, Randnr. 171 ff., insbesondere Randnr. 175 zur Anwendung des § 19 SGB V.

⁷⁵ Zum Krankheitsbegriff als einem regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand, dessen Eintritt die Notwendigkeit einer Heilbehandlung und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, vgl. Brackmann, Handbuch, Seite 383a, f (m.w.N.); BSGE 25, Seite 37 ff.; 31, Seite 125 ff.; 33, Seite 202 ff.; 35, Seite 10 ff.; 45, Seite 11 ff.

⁷⁶ Schulin, KrV 1989, Seite 215 ff.; Schulin, Sozialrecht, Randnr. 214; Töns, KrV 1990, Seite 32.

⁷⁷ Vgl. Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 11/2237, Seite 170): die Öffnungsklausel („insbesondere“) des § 182 Abs. 1 Ziff. 1 RVO a.F. wurde bewusst wieder abgeschafft.

möglichen Leistungsmaßnahmen. Die Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln ist Teil des Leistungsangebots (Ziff. 3). Dabei steht diese Versorgung in unmittelbarem Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung (Ziff. 1). Denn gemäß § 73 Abs. 2 Ziff. 7 SGB V ist diese Form der Krankenbehandlung nicht per se zu beanspruchen, sondern bedarf einer Verordnung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung.⁷⁸ Die Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln ist daher in die vertragsärztliche Verantwortung (sog. Vertragsarztmonopol) miteingebunden.⁷⁹ Die Verordnung eines Heil- oder Hilfsmittels i.S. von § 73 Abs. 2 Ziff. 7 SGB V (also als Bestandteil der vertragsärztlichen Versorgung) ist daher die Anweisung durch den Vertragsarzt⁸⁰ zur Krankenbehandlung, wobei im Regelfall die Ausführung der Leistung einem in eigener Verantwortung Tätigen, z.B. einem Krankengymnasten, überlassen bleibt.⁸¹

Gemäß § 92 Abs. 1 Ziff. 6 SGB V werden den Vertragsärzten Richtlinien für die Versorgung (Verordnung) mit Heil- und Hilfsmitteln an die Hand gegeben.⁸² Eine Ausnahme vom Verordnungszwang besteht bei der Beschaffung von Brillen, da die

⁷⁸ Die Verordnungen durch Vertragsärzte sind formularmäßig festgelegt durch Vordruckvereinbarungen. Einzelheiten zum ärztlichen Ordnungsverhalten enthalten die Heilmittelrichtlinien.

⁷⁹ Der Arzt benötigt insbesondere für Hilfsmittel ein umfassende Fachwissen über die Art der Behinderung und die zur Verfügung stehenden Versorgungsmöglichkeiten. Er kann auch bereits im Vorfeld einer Verordnung die beratende Hilfe von Leistungserbringern, wie z.B. Ergotherapeuten oder Krankengymnasten, in Anspruch nehmen. Verordnet ein Vertragsarzt Heil- und Hilfsmittel im Übermaß, kann er Täter einer Untreue gegenüber der Krankenkasse sein (Beschluss des BGH vom 25.11.2003, ArztR 2004, Seite 376 ff.).

⁸⁰ Auch ein Vertragszahnarzt kann Heilmittel verordnen: § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V i.V.m. §§ 14, 15, 17 BMV-Z.

⁸¹ Zur Abgrenzung: Die Erbringung von Heilmitteln (z.B. krankengymnastische Leistungen) können aber auch rein ärztliche Leistungen sein, wenn der Arzt die Leistung selbst vornimmt oder angestellte, aber von ihm überwachte, Personen vornehmen lässt (§ 32 Abs. 2 Satz 2 SGB V). Bei Hilfsmitteln dringen Ärzte ebenfalls immer mehr in den Bereich der direkten Leistungsabgabe ein - z.B. bei der Versorgung mit Hörgeräten oder Kontaktlinsen (vgl. die Ersatzkasse 2000, Seite 225 und 2001, Seite 132; BGH NJW 2000, Seite 2745 ff.); zum verkürzten Versorgungsweg von Hörgeräteakustikunternehmen über Vertragsärzte: LSG Hamburg, Beschluss vom 08.06.2001 (Az.: L 1 B 1/99 ER) und BGH-Urteil vom 15.11.2001, MedR 2002, Seite 256 f (kein unlauterer Wettbewerb des Arztes) – vgl. auch Fußnote 90 und IV.3.e) ee) und ff) bzw. zur historischen Entwicklung oben Seite 17 .

⁸² Der Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen hat die sog. Heilmittel- und Hilfsmittel-Richtlinien in der Fassung vom 17.06.1992 gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 138 SGB V beschlossen; zuletzt neu gefasst und getrennt in Heilmittel- und Hilfsmittelrichtlinien, im Einzelnen unter e) aa).

Sehschärfenbestimmung eine rein handwerklich technische Leistung darstellt und nicht zwingend ärztliches Fachwissen erfordert.⁸³ Außerdem muss der Vertragsarzt bei der Verordnung die Negativliste gemäß § 34 Abs. 4 SGB V beachten. Darüber hinaus hat er die Heilmittelvereinbarung bzw. die arztgruppenspezifische Richtgröße für das Volumen der verordneten Heilmittel gemäß § 84 SGB V und die Festbeträge für Hilfsmittel gemäß § 36 SGB V zu berücksichtigen. Der Vertragsarzt ist gemäß §§ 84, 106 SGB V im Bereich der Heilmittel einer Wirtschaftlichkeitsprüfung mit der Folge eines Ordnungsregresses unterworfen,⁸⁴ da auch bei der Verordnung von Heilmitteln gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V vom Vertragsarzt zu beachten ist.⁸⁵

Die Verordnung hat im Bereich der Hilfsmitteln zwar leistungsauslösende Wirkung, ist aber für die Krankenkasse nicht absolut verbindlich,⁸⁶ da sie eigenständig eine Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäß § 12 SGB V durchzuführen hat und hier eine ausdrückliche Bewilligung bzw. Genehmigung durch die Krankenkasse vorgesehen ist (vgl. § 30 Abs. 8 BMV-Ä / § 16 Abs. 8 EKV-Ä).⁸⁷ Hat die Krankenkasse bei der Bewilligung eines ärztlich verordneten Hilfsmittels Zweifel an der Notwendigkeit, kann sie zur Begutachtung der medizinischen Notwendigkeit gemäß § 275 Abs. 3 Nr. 2 SGB V auch den medizinischen Dienst mit einer

⁸³ BSGE 36, Seite 146 ff.

⁸⁴ Vgl. Goecke, Seite 442 ff.

⁸⁵ BSG-Beschluss vom 14.03.2001 (Az.: B 6 KA 59/00 B) - unveröffentlicht (unwirtschaftliche Verordnung von orthopädischen Schuhzurichtungen); zur Verlagerung der Wirtschaftlichkeitsprüfung bei Heilmitteln auf die Vertragsärzte mit der Folge, dass im Einzelfall kein eigenständiges Genehmigungsverfahren der Krankenkasse anerkannt wurde: LSG für das Land Brandenburg, Urteil vom 09.07.2002, Az.: L 4 KR 9/01.

⁸⁶ Vgl. BSGE 65, 94, 97 und BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 19, 20 und 25.

⁸⁷ Allgemein ergibt sich dies aus § 19 SGB IV (Antragsprinzip) und dem im Recht der Leistungsverwaltung geltenden Grundsatz, dass zur Feststellung und Entscheidung über die beantragte Leistung ein Verwaltungsverfahren üblicherweise durchzuführen ist (§ 9 SGB X) – zu diesem Genehmigungsverfahren vgl. unten II.3.e) nn).

Überprüfung betrauen.⁸⁸ Gleichzeitig ist damit eine Beratung des Versicherten zur sachgerechten Versorgung mit einem Hilfsmittel verbunden.

Neben der Verordnung als Primärvoraussetzung der Krankenbehandlung ist der Arzt an der Leistungserbringung fortlaufend beteiligt. Der Arzt muss sich während der Durchführung der Heilmaßnahmen von deren Wirkung auf den Patienten überzeugen. Nötigenfalls sind Rücksprachen mit dem Therapeuten erforderlich.⁸⁹ Im Gegensatz zu einer Anordnung (§ 73 Abs. 2 Nr. 6 SGB V) sind die Heil- und Hilfsmittelerbringer bei einer vertragsärztlichen Verordnung frei in der tatsächlichen Ausführung ihrer Leistung (§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V), also fachlich eigenverantwortlich tätig.

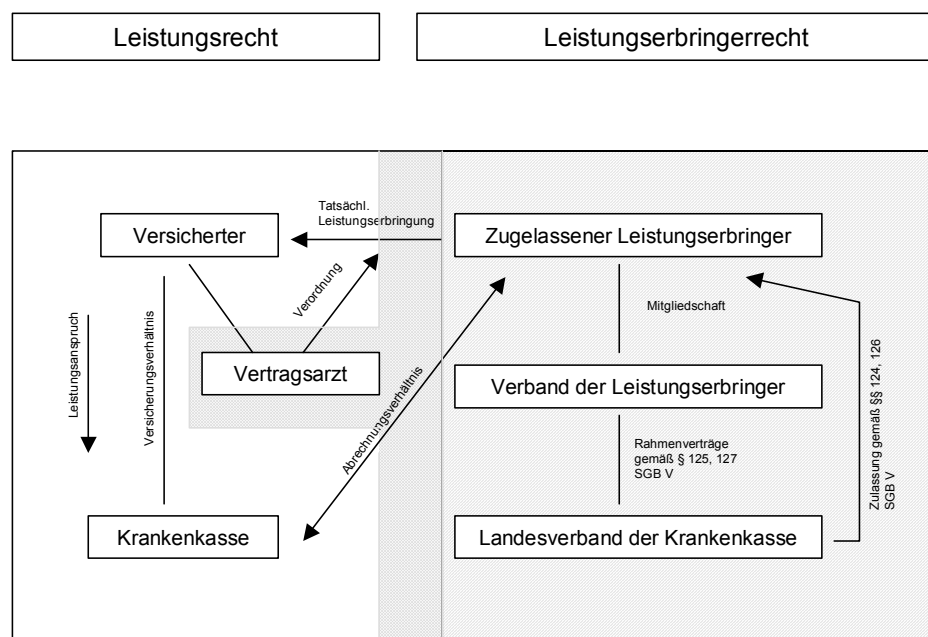
cc) Beteiligte

Neben dem anspruchsberechtigten Versicherten und seiner Krankenkasse sind daher im Bereich der Leistungserbringung von Heil- und Hilfsmittel insbesondere der Vertragsarzt und der zugelassene Leistungserbringer, der die Leistung tatsächlich erbringt, beteiligt. Der Leistungserbringer kann dabei entweder ein freiberuflich Tätiger oder eine stationäre Einrichtung sein. Ausnahmsweise erfolgt die Leistungserbringung im Rahmen der

⁸⁸ Siehe unten Seite 74; zum Schmerzensgeldanspruch einer Versicherten wegen verzögerter Bearbeitung eines Antrags auf Hilfsmittelbewilligung: OLG Naumburg, Urteil vom 21.02.2002, Az: 4 U 192/01.

⁸⁹ Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil I/II zu § 122 RVO; Vgl. z.B. auch Nr. 49 des Abschnitts C der Heilmittel- und Hilfsmittel-Richtlinien, Stand 1998: "Vor der Verordnung weitere Therapieeinheiten hat sich der behandelnde Arzt von der Wirksamkeit der sprachtherapeutischen Maßnahmen zu überzeugen und sorgfältig zu überprüfen, ob die Fortsetzung der Therapie notwendig ist. Die Wiederholungsverordnung ist von der prognostischen Einschätzung des Arztes anhand einer schriftlichen Beurteilung des Therapeuten abhängig". Der Gesetzgeber hat in § 92 Abs. 6 Ziff. 3 und 4 SGB V in der Fassung des Gesetzes vom 23.06.1997, in Kraft ab 01.07.1997, auch die gesetzlichen Grundlagen hierfür geschaffen. Nach den neuen Heilmittelrichtlinien (Stand 2001) vermerken Ärzte auf der Verordnung neben der Diagnose auch das Therapieziel. Im Gegenzug informiert der Heilmittelerbringer den Arzt über den Behandlungsverlauf; LSG NRW, Urteil vom 09.10.2003, Az.: L 5 KR 233/02, und BSG-Urteile vom 20.01.2005, Az.: B 3 KR 21/04 R und B 3 KR 33/04 R.

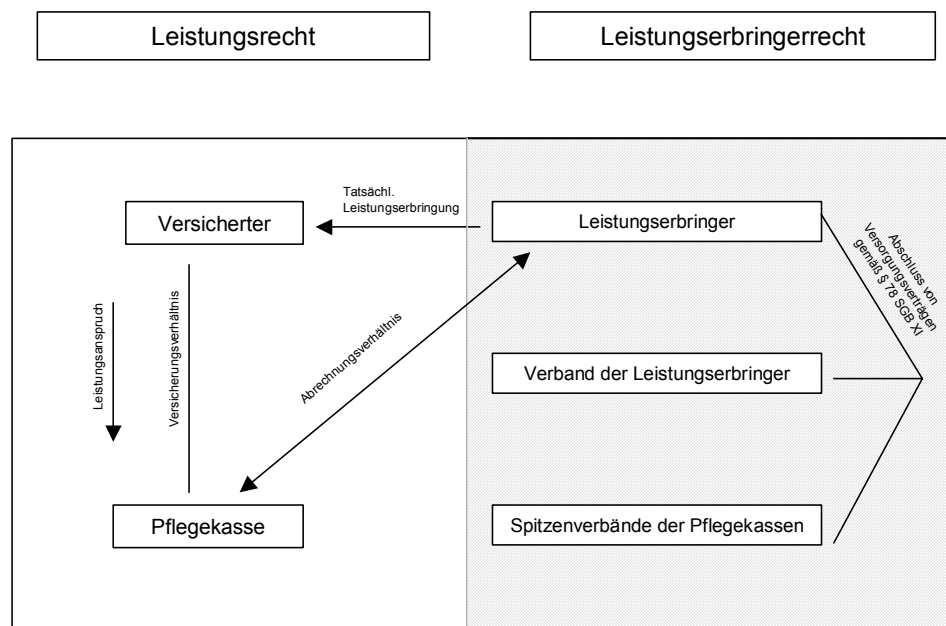
ärztlichen Behandlung.⁹⁰ Im Leistungserbringerrecht, insbesondere für die Zulassung gemäß §§ 124, 126 SGB V sind weiterhin die Landesverbände der Krankenkassen zuständig, die ihrerseits wiederum Rahmenverträge mit den Verbänden der Leistungserbringer abschließen, so dass sich insgesamt für die Leistungserbringung von Heil- und Hilfsmitteln nach dem SGB V sechs Beteiligte ergeben:



⁹⁰ Vgl. oben Fußnote 81; so z.B. im Hörhilfebereich, vgl. Kötter, Seite 87 ff. und Kern, Seite 833 ff., vgl. auch BGH vom 29.06.2000, NJW 2000 Seite 2745 ff., wo dieser verkürzte Versorgungsweg nicht als wettbewerbsrechtlich unlauter qualifiziert wurde. Der Wettbewerbsvorsprung sei aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten und im Interesse einer bequemeren Versorgung der Versicherten gerechtfertigt; dies gelte auch im Hinblick auf §§ 19, 20 GWB, so dass von keiner missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder einer unbilligen Behinderung auszugehen sei. Zu demselben Ergebnis kommt auch das OLG Naumburg für ein von einem Vertragsarzt unterhaltenes Depot an Diabetikerbedarf (Urteil vom 03.07.2002; Az.: 7 U 67/01).

dd) Abgrenzung/Ausblick zum Pflegeversicherungsrecht

Im Gegensatz zu SGB V sieht das SGB XI kein eigenständiges Zulassungsverfahren vor, sondern die Berechtigung zur Leistungserbringung erfolgt durch Abschluss eines Versorgungsvertrages zwischen den Spitzenverbänden der Pflegekassen und den Leistungserbringern oder deren Verbänden. Außerdem enthält das SGB XI nicht die Einbindung eines Vertragsarztes als leistungsauslösendes Moment:⁹¹



⁹¹ Im Einzelnen hierzu unter 3. (Seite 84 ff.); vgl. auch Igl, Seite 317 f.

ee) **Verhältnis zum Rehabilitationsrecht nach dem SGB IX**

Am 01.07.2001 trat das Neunte Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) in Kraft.⁹² Es enthält spezifische, auch leistungsrechtliche Regelungen und umklammert die einzelnen sozialrechtlichen Gebiete mit dem dortigen Leistungsrecht. Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung ist die medizinische Rehabilitation, also die weitgehende Wiederherstellung der Gesundheit und der Organfunktion einschließlich der Sicherung des Behandlungserfolges, um ein selbständiges Leben führen und die Anforderungen des Alltags meistern zu können - nicht eine darüber hinausgehende berufliche oder soziale Rehabilitation (§ 26 SGB IX).

Nach § 26 Abs. 2 SGB IX gehören zu den Leistungen der medizinischen Rehabilitation behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen (§ 2 SGB IX) Heilmittel (Nr. 4) und Hilfsmittel (Nr. 6). Letztere werden in § 31 SGB IX als Hilfen definiert, die von den Leistungsempfängern getragen, mitgeführt oder bei einem Wohnungswechsel mitgenommen werden können und im Einzelfall erforderlich sind, um einer drohenden Behinderung vorzubeugen, den Erfolg einer Heilmittelbehandlung zu sichern oder eine Behinderung bei der Befriedigung von Grundbedürfnissen des täglichen Lebens anzugleichen, soweit sie nicht allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens sind.

Obwohl das SGB IX im Gegensatz zum Rehabilitationsangleichungsgesetz (RehaAnglG) sich nicht auf bloße Verweisungen auf die besonderen Vorschriften in den verschiedenen Leistungsbereichen beschränkt, sondern z.B. in § 31 SGB IX eine Regelung des Anspruchs auf Hilfsmittelversorgung enthält, wird

⁹² Sozialgesetzbuch Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 19.06.2001 (BGBl I, Seite 1046)

über § 7 SGB IX für den jeweiligen Rehabilitationsträger auf die für ihn geltenden Leistungsgesetze verwiesen, wenn sie Abweichendes vorsehen.⁹³ Im Hinblick auf die Hilfsmittelversorgung gibt § 31 SGB IX nur den Regelungsgehalt des § 33 SGB V wieder, wie er durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelt wurde. Deckungsgleich sind die Vorschriften auch insoweit, als der weitere Zweck der Hilfsmittelversorgung, „einer drohenden Behinderung vorzubeugen“, auch in § 33 Abs. 1 SGB V neu aufgenommen wurde.⁹⁴

Auch die in § 31 Abs. 3 SGB IX enthaltene Erweiterung der Rechte des Versicherten, bei Übernahme der Mehrkosten ein aufwändigeres Hilfsmittel als notwendig zu beanspruchen, widerspricht nicht den Grundentscheidungen im Leistungsrecht des SGB V.⁹⁵ Gleiches gilt für das SGB XI. Das Leistungsrecht des SGB V und des SGB XI wird daher durch das SGB IX nicht erweitert oder modifiziert. Auch aus dem Benachteiligungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergeben sich keine weitergehenden Leistungsansprüche für Versicherte. Der dort formulierte Auftrag an den Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Sozialstaatsgebots begründet die Möglichkeit zur Schaffung von Selbstbestimmungsräumen für behinderte Menschen aber keinen Defizitausgleich im Leistungsrecht.⁹⁶

⁹³ BT-Drucksache 14/5074, Seite 94

⁹⁴ Diese ergänzende Definition ergab sich vor Änderung des Wortlauts in § 33 Abs. 1 SGB V aus § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB V. Dabei muss eine Behinderung nicht allgemein, sondern konkret und unmittelbar drohen, wobei auch äußere Umstände zu berücksichtigen sind (BT-Drucksache 14/5074, Seite 107 und BT-Drucksache 14/5800, Seite 32). Diese Leistungsausweitung führt im Hinblick auf Pflegehilfsmittel, die nur subsidiär beansprucht werden können, zu einer Einschränkung, zumal der Rehabilitationsträger Krankenversicherung gemäß §§ 4 Abs. 1 Nr. 2 und 8 Abs. 3 SGB IX generell zu prüfen hat, ob durch seine Leistung Pflegebedürftigkeit vermieden, überwunden oder gemindert werden kann. Zu dieser Abgrenzung unten 4.b)aa)

⁹⁵ Vgl. z.B. die Ausführungen zu den Festbetragsregelungen unter e) dd) - kein Widerspruch zum Sachleistungsprinzip, wenn die Beteiligung auf das Maß des Notwendigen beschränkt ist, weil damit die Wahlrechte des Versicherten zu seinen Gunsten erweitert werden und er sich bewusst für eine Leistungserbringung mit eigener Kostenbeteiligung entscheidet.

⁹⁶ Pitschas, SGB 2003, Seite 73 ff.; BSG-Urteil vom 26.03.2003, Az.: B 3 KR 23/02 R, veröffentlicht in SGB 2004, Seite 312 mit Anmerkung Davy, die sich kritisch mit dem von der Rechtsprechung entwickelten „Basisausgleich der Behinderung“ auseinandersetzt und eine Verletzung des Benachteiligungsverbots gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG feststellt.

c) **Das Sachleistungsprinzip**

aa) **Im Krankenversicherungsrecht**

Gemäß § 2 Abs. 2 SGB V erhalten Versicherte die Leistung als Sach- und Dienstleistungen, soweit das SGB V nichts abweichendes vorsieht. Der Umfang des Sachleistungsanspruchs ergibt sich aus dem gesetzlich festgelegten Leistungsrahmen in der gesetzlichen Krankenversicherung und dem, was der Versicherte aufgrund seiner Erkrankung benötigt. Nur über die Erbringung der Sach- und Dienstleistungen schließen die Krankenkassen nach den Vorschriften des 4. Kapitels Verträge mit den Leistungserbringern oder geben die Leistungen in Ausnahmefällen selbst ab.⁹⁷ Dass eine Selbstabgabe der Krankenkasse grundsätzlich ausscheidet, ergibt sich aus § 140 Abs. 2 SGB V, wonach Eigeneinrichtungen der Krankenkassen nur möglich sind, wenn eine Sicherstellung über Leistungserbringer nicht möglich ist.

Leistungserbringer sind für den Bereich der Heil- und Hilfsmittel freiberuflich tätige Berufsgruppen und freie Handwerksberufe.⁹⁸ Die Leistung wird unmittelbar gegenüber dem Versicherten erbracht, der seine ärztliche Verordnung im Regelfall dem Leistungserbringer aushändigt. Diese wiederum ist die Grundlage für die Abrechnung des Leistungserbringers mit der Krankenkasse.

⁹⁷ Zur sog. Selbstabgabe von Hilfsmitteln (Brillen) durch Krankenkassen: Vgl. BGHZ 82, Seite 375 ff. (aus Artikel 12 GG und § 1 UWG ergebe sich die Unzulässigkeit einer solchen Selbstabgabe); anders SG Braunschweig (Urteil vom 27.07.1983 - Az.: S 6 KR 52/82) und teilweise bestätigend BSG SozR 2200 § 18 Nr. 112, wonach das Wettbewerbsrecht jedenfalls nicht auf bestehende Selbstabgabestellen anzuwenden sei - Bestandsschutz-Gesichtspunkt. Zur Selbstabgabe in Form der in § 33 Abs. 5 SGB V vorgesehenen Leihe vgl. BSGE 64, Seite 260 ff.

⁹⁸ Z.B. Masseur, Masseur und medizinische Bademeister, Krankengymnasten, Logopäden, Sprachtherapeuten, Ergotherapeuten, Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädiemechaniker etc.; zum Berufsrecht der Leistungserbringer vgl. unten IV.2. sowie Rosenthal, Seite 35 ff.

Ziel der Verträge zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Leistungserbringern ist, den Sachleistungsanspruch des Versicherten zu erfüllen. Der Leistungserbringer oder sein Verband verpflichtet sich vertraglich, diejenige Leistung zu erbringen, auf die der Versicherte gegenüber seiner Krankenkasse einen Rechtsanspruch hat.⁹⁹ Insofern liegt quasi eine „Schuldübernahme“ durch den Leistungserbringer vor, für die ihm von der Krankenkasse eine angemessene Vergütung bezahlt wird. Der Anspruch des Versicherten auf Krankenbehandlung ist also ein Sachleistungsanspruch, der grundsätzlich nicht durch eine unmittelbare Dienst- oder Sachleistung der Krankenkasse erfüllt wird, sondern für die Leistungserbringung sind von der Krankenkasse unabhängige freie Träger vorgesehen.

Daraus folgt, dass sich der auf Behandlung gerichtete Anspruch des Versicherten bei Beginn der Behandlung beim Leistungserbringer keinem Gegenanspruch gegenüberstellt, sondern regelmäßig ein Anspruch auf Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkasse entsteht.¹⁰⁰ Diese Entstehung des Anspruchs für Leistungserbringer kann nur durch den Sozialleistungsträger mittels einer Erklärung zur Kostenübernahme bewirkt werden. Die Rechtsnatur dieser Erklärung wird insbesondere in Bezug auf die Kostenübernahmeerklärung der Krankenkasse bei Krankenhausbehandlungen erörtert. Die vertretenen Meinungen hierzu sind vielfältig,¹⁰¹ es verdient jedoch die Auffassung den Vorzug, die die Erklärung als an den Versicherten adressierten begünstigenden Verwaltungsakt für den Fall ansieht, wenn der Versicherte die Leistung beantragt und die Kasse den Antrag

⁹⁹ Zum Solidaritätsprinzip und der Verteilungsgerechtigkeit zwischen Versicherten und Leistungserbringern Schulin/Littmann, E 69.

¹⁰⁰ BSGE 53, Seite 62 ff., 64.

¹⁰¹ Vgl. Schneider in HS-KV, § 22 Randnr. 386 ff. m.w.N.; Peters, § 39 SGB V Randnr. 347 ff: Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag, öffentlich-rechtliches Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis, Wissenserklärung etc.

durch die Übernahme der Behandlungskosten bewilligt hat. Da dieser Bescheid (bei Krankenhausbehandlung regelmäßig) auch an den Leistungserbringer gerichtet wird, ist ihm im Verhältnis zum Versicherten eine sog. Drittwirkung beizumessen. Für die Bewilligung von Hilfsmitteln hat das BSG klargestellt, dass die Gewährung dieser Leistung aufgrund eines Verwaltungsakts erfolge, deren Adressat der Versicherte sei – auch, wenn die Bekanntgabe gegenüber dem Leistungserbringer erfolgt.¹⁰² Die Erklärung zur Kostenübernahme ist also eine Maßnahme, die die Krankenkasse in Erfüllung des gesetzlichen Auftrags zur Leistungsgewährung trifft. Die Kostenübernahmeerklärung erfüllt damit den gesetzlich vorgesehenen Sachleistungsanspruch des Versicherten. Die tatsächliche Erbringung der Leistung ist im folgenden dann die eigene Aufgabe des Leistungserbringers. Dass der gesetzlich vorgesehene Leistungsanspruch des Versicherten mit dieser Erklärung erfüllt werden kann, liegt daran, dass der Sozialversicherungsträger den Versicherten nicht auf einen unstrukturierten Markt sozialer Anbieter entlässt, sondern mit dieser Erklärung nach der Vorauswahl durch den Versicherten auch seitens des Kostenträgers der konkrete Leistungserbringer für die im Einzelfall durchzuführende Versorgung bestimmt wird. Durch das vorhandene Leistungserbringerrecht mit den Ausgestaltungen „Zulassung“ und „Vertragsrecht“ ist einerseits sichergestellt, dass die tatsächlich von den Leistungserbringern zu erbringenden Leistungen den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen und andererseits ist damit den Kassenverbänden eine kostenorientierte Steuerung des Leistungsgeschehens im Vorfeld der tatsächlichen Leistungserbringung übertragen.

Gleichzeitig ist Bedingung für das Sachleistungsprinzip, dass entsprechende Leistungserbringer in ausreichender Anzahl vorhanden sind (Sicherstellungsauftrag). Dieser Sicherstellungsauf-

¹⁰² BSGE 64, Seite 260 ff, 262.

trag liegt originär - und deshalb auch im Bereich der Heil- und Hilfsmittel - bei den Krankenkassen und ist nur im Bereich der vertrags(-zahn)ärztlichen Versorgung den Kassen(-zahn)ärztlichen Vereinigungen übertragen (§§ 72 Abs. 1 SGB V, 72a, 75 Abs. 1, 140 Abs. 2 SGB V).

Die Bewilligung der Kostenübernahme ist daher das aus dem Sachleistungsprinzip resultierende Bindeglied zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht. Für den Versicherten bedeutet das Sachleistungsprinzip, dass er im Gegensatz zum Privatversicherten grundsätzlich keine finanziellen Belastungen zu tragen hat, also Behandlungskosten nicht vorstrecken muss.¹⁰³ Das Sachleistungsprinzip steht deshalb im Gegensatz zum Kostenerstattungsprinzip.¹⁰⁴

Der für das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung tragende Grundsatz des Sachleistungsprinzips bedingt deshalb das Recht der Leistungserbringer mit dessen Ausgestaltungen „Zulassungsrecht“ und „Vertragsrecht“. Sachleistungsprinzip bedeutet Unmittelbarkeit der Bedarfsbefriedigung.¹⁰⁵ Von der Entstehungsgeschichte her erfüllt das Sachleistungsprinzip einen doppelten Zweck. Zum einen soll sichergestellt werden, dass der Versicherte die medizinischen Sach- und Dienstleistungen unmittelbar und damit auch tatsächlich erhält. Darüber hinaus wird ein sozialpolitischer Zweck verfolgt, der auf die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage abzielt, indem dem Versicherten eine auch nur vorläufige Tragung der Kostenlast abgenommen wird.

¹⁰³ Zur Kostenbeteiligung des Versicherten durch Zuzahlungen siehe unter e) ff).

¹⁰⁴ Zur Aufweichung dieses Grundsatzes im Hinblick auf europarechtliche Problemstellungen vgl. unten VI.2.d).

¹⁰⁵ BSGE 55, Seite 188 ff., 193.

bb) Abgrenzung/Ausblick zum Pflegeversicherungsrecht

Auch im Bereich der Pflegeversicherung gilt gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 SGB XI das Sachleistungsprinzip. Eine Kostenerstattung ist nach dieser Vorschrift nur vorgesehen, soweit dies im SGB XI ausdrücklich normiert ist.¹⁰⁶

Auch in der Pflegeversicherung erschöpft sich das Sachleistungsprinzip nicht im sozialen Schutz der Versicherten. Gleichberechtigt neben dem sozialen Schutzzweck steht, wie in der gesetzlichen Krankenversicherung, die Sicherstellung der Versorgung der Versicherten und die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung. Diese auf das Leistungserbringerrecht abzielende Funktion, in der sich das Prinzip der Sachleistung mit dem Sicherstellungsauftrag überschneidet,¹⁰⁷ kann nur erfüllt werden, wenn zugleich das Leistungsrecht so konzipiert ist, dass die Selbstbeschaffung der Leistung mit anschließendem Anspruch auf Kostenerstattung grundsätzlich im Gesetz untersagt wird.¹⁰⁸ Häusliche und stationäre Pflege haben diesen Sachleistungscharakter.¹⁰⁹ Der Sachleistungscharakter ergibt sich insbesondere auch aus dem Antragserfordernis gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB XI.¹¹⁰ Im Pflegeversicherungsrecht hat der Gesetzgeber aus dem Sachleistungsprinzip heraus eine Verschaffungspflicht

¹⁰⁶ In § 91 Abs. 2 SGB XI ist ein solcher Fall geregelt: Wenn Pflegebedürftige in Einrichtungen untergebracht sind, mit denen vertragliche Regelungen über die Pflegevergütungen nicht bestehen, ist im Bereich der stationären Pflege eine (teilweise) Kostenerstattung denkbar. Dies kann sich auch auf Pflegehilfsmittel beziehen.

¹⁰⁷ Vgl. Schulin in HS-KV, § 6 Randnr. 114.

¹⁰⁸ Schulin, aaO Randnr. 117.

¹⁰⁹ Neumann in HS-Pflege V, § 20 Randnr. 58 und Schulin in NZS 1994, Seite 433 ff. 442. Fraglich ist dies beim Pflegegeld. Die Gewährung von Pflegegeld wird in Ansehung dieser Grundstruktur nicht als reine Geldleistung, sondern als Sachleistungssurrogat verstanden werden müssen. So jedenfalls die Auffassung des Gesetzgebers (BT-Drucksache 12/5262, Seite 110 (zu § 30) und Seite 112 (zu § 33)). A.A. der EuGH in seinem Urteil vom 05.03.1998 (Az.: C-160/96).

¹¹⁰ Aus dem Sachleistungsprinzip ergibt sich die Verpflichtung des Versicherten, die begehrte Leistung zu beantragen. Zum Krankenversicherungsrecht: BSGE 48, Seite 258 ff., 259; BSG SozR 2200 § 185 b RVO, Nr. 11, Seite 41 f.

der Pflegekassen ausdrücklich festgestellt.¹¹¹ In § 69 Satz 2 SGB XI ist geregelt, dass die Pflegekassen in Erfüllung ihres Sicherstellungsauftrags Versorgungsverträge und Vergütungsvereinbarungen mit den Trägern von Pflegeeinrichtungen und sonstigen Leistungserbringern schließen. Es steht damit gesetzlich fest, dass die Pflegekassen keine Eigeneinrichtungen betreiben, sondern die Leistungen durch Dritte über vertragliche Vereinbarungen sicherstellen müssen. Pflegekassen sollen sich also auf dem freien Markt des Angebots der Leistungsanbieter bedienen.¹¹²

d) *Zusammenhang von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht*

Das BSG ging in einer zwischenzeitlich überholten Rechtsprechung¹¹³ vom Vorrang des Leistungsrecht gegenüber dem Leistungserbringerrecht, insbesondere dem Vertragsarztrecht, aus (sog. Vorrangtheorie).¹¹⁴ Mit dieser zu den Richtlinien gem. § 92 SGB V¹¹⁵ entwickelten Rechtsprechung wurde ein wechselbezüglicher Zusammenhang zwischen dem versichertenbezogenen Leistungsrecht und dem zunächst auf den Behandler einwirkenden Leistungserbringerrecht verneint. Das BSG sprach insoweit sogar von einer Trennung zweier Rechtssphären und behauptete eine Dominanz des Leistungsrechts über das Leistungserbringerrecht. Zuvor war das BSG noch davon ausgegangen, dass das Vertragsarztrecht Teil des Leistungsrechts sei und die Verknüpfung über das Sachleistungsprinzips erfolge.¹¹⁶

¹¹¹ BT-Drucksache 12/5262, Seite 132.

¹¹² Zu diesem Vertragsprinzip vgl. Schulin, VSSR 1994, Seite 285 ff, 291 f.

¹¹³ BSG SozR 3-2500 § 12 Nr. 2, BSG SozR 2-2500 § 27 Nr. 5, wo von einem Vorrang des Leistungsrechts bei vertragsärztlichen Verstößen ausgegangen wird. Der Versicherte müsse notfalls im Wege der Kostenerstattung unter Umgehung des Sachleistungsprinzips gegen die Krankenkasse vorgehen können.

¹¹⁴ Vgl. Plagemann, Seite 453 ff.

¹¹⁵ Im Einzelnen siehe unter e) aa).

¹¹⁶ BSGE 59, Seite 172 ff, 179: Die dem Versicherten als Sachleistung zustehende ärztliche Behandlung werde ihm durch das vertragsärztliche Versorgungssystem zur Verfügung gestellt; mit der Inanspruchnahme der ärztlichen Behandlung trete der Versicherte in das gesetzlich geregelte Leistungsverhältnis ein; es bleibe ihm überlassen, ob und in welchem Umfang er vom Leistungsangebot

Diese Vorrangtheorie war nicht aufrecht zu erhalten.¹¹⁷ Das Leistungsrecht und das Leistungserbringerrecht sind vielmehr miteinander in einer solchen Weise verknüpft, dass der Leistungsanspruch des Versicherten nur im Rahmen der Regelungen des Leistungserbringerrechts besteht: das Leistungserbringerrecht also die leistungsrechtliche Anspruchsnorm in materieller und formeller Hinsicht ausgestaltet. Die Verknüpfung folgt schon aus der Grundnorm des § 2 Abs. 2 SGB V, wonach die Versicherten Leistungen als Sach- und Dienstleistungen erhalten und über die Erbringung dieser Sach- und Dienstleistungen die Krankenkassen nach den Vorschriften des 4. Kapitels (Leistungserbringerrecht) Verträge mit Leistungserbringern abschließen. Weiterhin ergibt sich deutlich aus § 12 SGB V die Einwirkung der Regeln über die Leistungserbringung in das Versichertenrecht, denn danach dürfen sowohl Versicherte wie auch Leistungserbringer nur ausreichende, zweckmäßige und notwendige Leistungen in Anspruch nehmen bzw. erbringen. Leistungsempfänger und Leistungslieferant sind in dieser Norm gleichermaßen als Adressaten des Wirtschaftlichkeitsprinzips genannt, was das Ineinanderverwobensein beider Rechtskreise belegt. Diesen Zusammenhang nimmt § 70 SGB V auf, der Krankenkassen und Leistungserbringer auf eine bedarfsgerechte, ausreichende, zweckmäßige, notwendige und dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Versicherten verpflichtet. Schließlich schreibt die vertragsärztliche Bestimmung des § 72 Abs. 2 SGB V vor, dass im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Richtlinien der Bundesausschüsse¹¹⁸ eine ausreichende, zweckmäßige und notwendige vertragsärztliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten

Gebrauch machen wolle; nehme er eine kassenärztliche Behandlung in Anspruch, so müsse er sie so hinnehmen wie sie gesetzlich geregelt sei.

¹¹⁷ BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 13, BSG SozR 3-2500 § 92 Nr. 7.

¹¹⁸ Dementsprechend entfalten die Richtlinien des (Gemeinsamen) Bundesausschusses nicht nur verbindliche Wirkung gegenüber dem Vertragsarzt, sondern schränken den Anspruch des Versicherten auf eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung ein; vgl. insoweit auch § 92 Abs. 8 SGB V (die Richtlinien sind Bestandteil des Bundesmantelverträge) und § 210 Abs. 2 SGB V (Verbindlichkeit der Richtlinien für die Landesverbände der Krankenkassen und ihre Mitgliedskassen).

Standes der medizinischen Kenntnisse zu gewährleisten ist. Speziell die Bedingung der vertragsärztlichen Zulassung eines Arztes unterstreicht die als Anspruchsnorm formulierte Bestimmung für die freie Arztwahl in § 76 SGB V, wonach die Versicherten nur unter den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten, ermächtigten Ärzten und ermächtigten ärztlichen Einrichtungen frei wählen können. Dieses im SGB V nur für die Ärzte ausdrücklich normierte Wahlrecht der Versicherten lässt sich mit Blick auf § 2 Abs. 3 SGB V auch auf die zugelassenen sonstigen Leistungserbringer gemäß § 124 und § 126 SGB V übertragen.¹¹⁹ Mithin ist die zum Vertragsarztrecht geführte Diskussion über den Zusammenhang von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht auf das Verhältnis bei der Leistungserbringung von Heil- und Hilfsmitteln übertragbar.

Die Verbindlichkeit der Richtlinien im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip und die Einbindung des Versicherten in das vertragsärztliche Versorgungssystem sowie die Begrenzung auf zugelassene Leistungserbringer machen deutlich, dass das Leistungs- und das Leistungserbringerrecht miteinander verwoben sind, einander bedingen und der Leistungsanspruch des Versicherten von vornherein nur in den formellen und materiellen Bahnen des Leistungserbringerrechts bestehen kann.

Selbst wenn man diesen bereits nach dem Gesetzeswortlaut erhobenen Befund vernachlässigt, folgt aus der Sinn und Zweck-Interpretation und erst recht aus dem systematischen Zusammenhang der erkennbar aufeinander abgestimmten 3. und 4. Kapitel des SGB V über das Leistungs- und Leistungserbringerrecht das von der Sache her notwendige Zusammenspiel dieser Rechtskreise. Das belegen besonders deutlich die für Versicherte und Leistungserbringer gleichermaßen geltenden Grundsatzbestimmungen der §§ 2 und 12 SGB V. Ginge man von einem Primat des Versicherungsrechts aus, müssten konsequenter

¹¹⁹ Im Einzelnen zum Wahlrecht siehe unten III.5.

Weise sämtliche formalen Sicherungen des Leistungserbringerrechts negiert werden, wenn man mit der früheren BSG-Rechtsprechung einen Anspruch des Versicherten isoliert aus dem Leistungsrecht ableitet und den Weg über die Kostenerstattung eröffnet.¹²⁰ Dann würden nicht nur die Zulassungsbestimmungen für Leistungserbringer sowie die auf eine qualitativ gesicherte und wirtschaftliche Leistungsgewährung zielenden Richtlinien des Bundesausschusses, sondern auch die vertragsärztlichen Regelungen, wie z.B. die Heil- und Hilfsmittel-Verordnungsvorschriften,¹²¹ letztlich überflüssig.

Um die qualitative Schutzfunktion des Leistungserbringerrechts gegenüber den Versicherten und ihre anspruchsbegrenzende und daher auch kosteneindämmende Wirkung gegenüber der solidarisch finanzierten Krankenversicherung zu gewährleisten, kann die Frage der Erbringung von Leistungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung im Leistungs- und Leistungserbringerrecht nur einheitlich beantwortet werden, wobei die Regelungen des Leistungserbringerrechts auch eine anspruchsbegrenzende oder qualitativ ausgestaltende Wirkung auf das Leistungsrecht entfalten können.

e) *Das Wirtschaftlichkeitsprinzip im SGB V*

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V stellt die Krankenkasse die Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zur Verfügung, soweit die Leistungen nicht der Eigenverantwortung des Versicherten zuzurechnen sind. § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V konkretisiert dieses Prinzip in zweierlei Richtungen: Danach müssen Leistungen einerseits ausreichend, zweckmäßig und damit wirtschaftlich sein, andererseits dürfen sie das Maß des Notwendigen (Erforderlichkeit) nicht überschreiten.

¹²⁰ Damit wäre sogar eine Selbsttherapie und Selbstbeschaffung von Heil- und Hilfsmittel ohne ärztliche Verordnung auf Kosten der Krankenkassen möglich; vgl. insoweit Estelmann, Seite 515 ff., 524.

¹²¹ § 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V i.V.m. § 30 Bundesmantelvertrag-Ärzte.

Dieses allgemeine, für sämtliche Leistungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung geltende Prinzip wird im Bereich der Heil- und Hilfsmittel auf vielfältige Weise konkretisiert bzw. erweitert. Dabei betrifft der allgemeine Grundsatz des § 12 Abs. 1 SGB V sowohl das Leistungsrecht und damit den Anspruch des Versicherten, als auch das Recht der Leistungserbringer (lediglich wiederholend: § 70 Abs. 1 SGB V), da die Leistungserbringer nicht notwendige oder unwirtschaftliche Leistungen nicht bewirken und die Krankenkassen solche nicht bewilligen dürfen. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist daher ebenfalls eine zentrale Schnittstelle zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht, das einerseits Auswirkungen auf den Anspruch des Versicherten, aber auch auf Zulassung und Vertragsrecht der Leistungserbringer hat.¹²²

Aus Kostendämpfungsgesichtspunkten hat der Gesetzgeber im Recht der Heil- und Hilfsmittel auf vielfältige Weise versucht, der wirtschaftlichen Leistungserbringung Geltung zu verschaffen. Diese unter dem Dach einer Wirtschaftlichkeit im weiteren, aber konkreten Sinne zusammenzufassenden Mechanismen haben jeweils unterschiedliche „Adressaten“. Angesetzt wird bei allen Beteiligten der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln. Die nachfolgende Darstellung enthält daher sowohl Elemente des Leistungs- wie auch Elemente des Leistungserbringerrechts:

aa) Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V

Der Gemeinsame Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen¹²³ beschließt Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien, die von den

¹²² Nicht zuletzt aus der Erkenntnis der Praxis heraus, dass eine große Zahl von zugelassenen Leistungserbringern zu einer Vergrößerung des Nachfrageverhaltens führt. Dieser Tendenz der Krankenkassen an einer restriktiven Zulassungspraxis hat der Gesetzgeber den Anspruch des Leistungserbringers auf Zulassung entgegengesetzt, sofern alle Zulassungsvoraussetzungen von ihm erfüllt werden (im Einzelnen unten IV.3.).

¹²³ § 92 und § 91 SGB V i.d.F. des GMG vom 14.11.2003 (BGBl I, Seite 2190).

Ärzten zu beachten sind. Neue Heilmittel dürfen gemäß § 138 SGB V nur verordnet werden, wenn sie vom Bundesausschuss anerkannt wurden und in diesen Richtlinien eine Empfehlung zur Qualitätssicherung bei der Leistungserbringung abgegeben wurde. Als zentrale Vorschriften des vertragsärztlichen Ordnungsverhaltens sollen diese Regelungen einer näheren Betrachtung unterzogen werden:

- Gemäß § 91 Abs. 2 SGB V besteht dieser Gemeinsame Bundesausschuss aus einem unparteiischen Vorsitzenden, zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern, fünf Vertretern der Ärzte, vier Vertretern der Deutschen Krankenhausgesellschaft und neun Vertretern der Krankenkassen. Die Bestellung der Vertreter und deren Stellvertreter erfolgt durch die jeweils entsendende Organisation. Die Mitglieder führen ihr Amt als Ehrenamt (§ 90 Abs. 3 Satz 1 SGB V). Sie sind an Weisungen der sie entsendenden Organisationen nicht gebunden (§ 90 Abs. 3 Satz 2 SGB V). Wegen des erforderlichen Sachverstands sollte es sich bei den entsandten Personen jeweils um Mitarbeiter der Krankenkassen bzw. Ärzte handeln und nicht um Mitglieder der Selbstverwaltung dieser Organisationen.¹²⁴
- Auf der Grundlage von § 92 Abs. 1 Satz 2 SGB V ergingen die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien¹²⁵ vom 17.06.1992,¹²⁶ geändert am 18.02.1998¹²⁷, danach neu gefasst und getrennt in gesonderte Heilmittel- und (künftig beabsichtigt auch eigenständige) Hilfsmittel-Richtlinien.¹²⁸ Sie gliederten

¹²⁴ Zur demokratischen Legitimation des Bundesausschusses: Muckel, Seite 121 ff. und Butzer/Kaltenborn, Seite 333 ff.

¹²⁵ Wobei die Heilmittel eine weit vorrangigere Rolle im Vergleich zu den Hilfsmittel einnehmen: Vgl. § 92 Abs. 6 SGB V.

¹²⁶ Bundesanzeiger Beilage Nr. 183 b vom 29.09.1992.

¹²⁷ Bundesanzeiger Beilage Nr. 115 a vom 26.06.1998.

¹²⁸ Heilmittelrichtlinien veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 29.06.2001 (in Kraft getreten zum 01.07.2001) und im Bundesanzeiger Nr. 106a/110 vom 09.06.2004/17.06.2004 (in Kraft getreten zum

sich bislang in Abschnitt A (Allgemeines, wie Begriffsbestimmung der Heil- und Hilfsmittel, Voraussetzungen der Verordnung und allgemeine Verordnungsgrundsätze), Abschnitt B (Maßnahmen der physikalischen Therapie), Abschnitt C (Sprachtherapie), Abschnitt D (Ergotherapie), Abschnitt E (Sehhilfen)¹²⁹ und Abschnitt F (Hörhilfen). Die neuen Heilmittelrichtlinien enthalten in einem ersten Teil den Richtlinien-text, in einem zweiten Teil die Zuordnung der Heilmittel zu Indikationen - basierend auf der Annahme eines „Regelfalles“ (Heilmittel-Katalog), in der Anlage 1 eine Verfahrensregelung zur Einführung neuer Heilmittel und in der Anlage 2 eine Liste nicht verordnungsfähiger Maßnahmen.¹³⁰ Gesonderte Hilfsmittelrichtlinien werden derzeit erarbeitet, so dass bis zu deren Inkrafttreten die modifizierte Altfassung der Heil- und Hilfsmittelrichtlinien im Hilfsmittelbereich anwendbar bleibt.

- Der Richtlinien-Auftrag an den Gemeinsamen Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1 SGB V präzisiert das Wirtschaftlichkeitsgebot im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung gemäß §§ 12, 70 Abs. 1, 72 Abs. 2 SGB V. Er zielt darauf ab, unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse, Grundlagen für eine wirtschaftliche ärztliche Behandlungs- und Verordnungsweise verbindlich festzulegen. Die Verbindlichkeit für die Ärzte wird dadurch begründet, dass die Richtlinien gemäß § 92 Abs. 8 SGB V Bestandteil des Bundesmantelvertrages für Ärzte sind und die

01.07.2004); Ergänzung der Hilfsmittelrichtlinien veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 20 vom 30.01.2004 (in Kraft getreten zum 01.01.2004) und im Bundesanzeiger Nr. 2 vom 05.01.2005 (in Kraft getreten zum 06.01.2005).

¹²⁹ Überarbeitung des Abschnitts E zur Anpassung an die Neuregelungen im GMG (vgl. Fußnote 128).

¹³⁰ Das Ziel der neuen Heilmittel-Richtlinien, Transparenz zu schaffen und die Zusammenarbeit zwischen Vertragsarzt und Leistungserbringer zu optimieren, wurde anfangs nicht erreicht; in der Praxis gab es noch gravierende Umsetzungsprobleme: dgf vom 29.08.2002, Seite 4. Die Heilmittelrichtlinien

Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigungen gemäß § 83 Abs. 1 SGB V Bestimmungen enthalten müssen, wonach die Verträge und Richtlinien als solche für ihre Mitglieder, die zugelassenen Vertragsärzte, verbindlich sind. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹³¹ ist es aber auch einem verbindlichen Richtliniencharakter immanent, dass Ausnahmentscheidungen möglich sein müssen. Richtlinien enthalten lediglich Erfahrungssätze, die unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse generalisierende Aussagen über die Effektivität und Effizienz einzelner Untersuchungs- und Behandlungsmethoden treffen. An diese Erfahrungssätze kann daher der Arzt nur im Grundsatz gebunden sein. Kann er im Einzelfall nachweisen, dass der den Richtlinien zugrunde legende Erfahrungssatz nicht dem gegenwärtigen Kenntnisstand im Einzelfall entspricht, wird die Bindung für diesen Einzelfall aufgehoben. Nur solange sich dies im Einzelfall nicht nachweisen lässt, ist von der grundsätzlichen Richtigkeit der Richtlinien auszugehen.

- Inhaltlich sind Richtlinien also die Wiedergabe wissenschaftlich anerkannter Erfahrungssätze über eine ausreichende, zweckmäßige und damit wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemeinen anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse in den einzelnen in diesen Richtlinien angesprochenen Leistungsbereichen - im allgemeinen, nicht einzelfallbezogen. Richtlinien sind zwar keine originären Rechtsnormen und werden auch durch die Aufnahme gemäß § 92 Abs. 8 SGB V in den Bundesmantelvertrag nicht ihres grundsätzlichen Richtliniencha-

wurden deshalb mit Beschluss des Bundesausschusses vom 01.12.2003/16.03.2004 neu gefasst (Inkrafttretenszeitpunkt war der 01.07.2004, Fußnote 128).

¹³¹ BSGE 63, Seite 163 ff.

rakters entkleidet.¹³² Da sie aber in den Bundesmantelvertrag und die Gesamtverträge eingegliedert sind, nehmen sie an deren normativer Wirkung teil, so dass sich verfassungsrechtlich kein Problembereich dergestalt eröffnet, dass hier außenwirksame Rechtsetzung allein der Verwaltung überlassen bliebe und damit der Gewaltenteilungsgrundsatz berührt würde.¹³³ Für die dem Bundesmantelvertrag und den Gesamtverträgen unterworfenen Krankenkassen und Ärzte stellen daher die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien grundsätzlich unmittelbar verbindliches, außenwirksames Recht dar.¹³⁴ Diese Delegation der Rechtsetzungsbefugnis ist Bestandteil der im Vertragsarztrecht historisch gewachsenen Zulässigkeit der Normsetzungsverträge, insbesondere durch Gesamtverträge, deren verfassungsrechtliche Grundlage letztlich auf Art. 20 GG zurückzuführen ist.¹³⁵

- Bei der Aufstellung der Erfahrungssätze steht dem Bundesausschuss ein Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum innerhalb der durch die gesetzliche Ermächtigung gezogenen Grenzen zu.¹³⁶ Richtlinien lassen sich nur aufstellen, wenn

¹³² So BSG, aaO (Fußnote 131).

¹³³ Der Gemeinsame Bundesausschuss ist nicht Teil der Exekutive, sondern vom Gesetzgeber ist er als eigene Institution konzipiert, der Richtliniensetzungskompetenz und damit Normsetzungsbefugnis zugewiesen wurde (eingehend Borchert, NZS 2004, Seite 288 ff.); zur EU-wettbewerbsrechtlichen Konformität der Richtlinien: Eichenhofer, NZS 2001, Seite 4 ff.

¹³⁴ Vgl. BSG SozR 3-2500 § 135 Nr. 4 bzw. Nr. 14, BSG SozR 3-2500 § 92 Nr. 7, Fastabend, Seite 304 ff. und Noftz, VSSR 1997, Seite 425 f.; Kritisch zu dieser Normübertragungsbefugnis an den Bundesausschuss: Wimmer, NJW 1995, Seite 1577 und MedR 1996, Seite 425 sowie Ossenbühl, NZS 1997, Seite 497, die eine solche Rechtsetzung nicht mit dem Grundgesetz in Einklang bringen können, da das Grundgesetz neben formellen Gesetzen und Rechtsverordnungen lediglich noch autonome Satzung bzw. Tarifverträge als Rechtsquelle anerkenne; die Richtlinien des Bundesausschusses könnten hierunter jedoch nicht subsumiert werden - Zur Rechtsetzung durch die Verwaltung hinsichtlich der „Empfehlungen der Spitzenverbände“ bei der Zulassung vgl. unten IV.3. c); zur untergesetzlichen Normsetzung im Kassenarztrecht: Schirmer, Seite 404 ff.; Clemens, Seite 43 ff., Sodan, NZS 1998, Seite 305 ff.; Jousen, SGB 2004, Seite 334 und Borchert, aaO (Fußnote 133).

¹³⁵ Hiddemann Seite 187 ff., eingehend und kritisch Koch Seite 109 ff., 171 ff., sowie Noftz Seite 423 ff., differenzierend Sodan, NZS 2000, Seite 587 f., Castendiek, Seite 79 f. und Plantholz, Seite 183 f.

¹³⁶ Als sachverständig besetztes Gremium ist er als sog. „Rat der Weisen“ gesetzlich mit der Abgabe fachkundiger Voten beauftragt; vgl. auch BVerwGE 12, 20 ff. (Personalgutachterausschuss) und BVerwGE 39, 197 ff. (Bundesprüfstelle).

eine Auswahlentscheidung unter den vielfältigen wissenschaftlichen Auffassungen vorgenommen werden kann, wobei die Grenze des Beurteilungsspielraums dann überschritten wird, wenn für die gefundene Entscheidung eine fundierte wissenschaftliche Begründung nicht mehr gegeben werden kann, d.h. die verfügbaren Beurteilungsgrundlagen sind voll auszuschöpfen.¹³⁷ Entscheidungen müssen frei von sachfremden Erwägungen sein und dürfen nicht dahingehend Differenzierungen vornehmen, die im Ergebnis zu einer Korrektur der gesetzgeberischen Entscheidung führen.¹³⁸ Gerichte sind bei ihrer Prüfung insoweit darauf beschränkt, ob die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien in einem rechtsstaatlichen Verfahren formal ordnungsgemäß zustandegekommen sind und mit dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung in Einklang stehen. Eine darüber hinausgehende Inhaltskontrolle durch die Gerichte ist nach derzeitigem Recht problematisch.¹³⁹

- Die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien enthalten neben den verordnungsfähigen Heil- und Hilfsmitteln Kataloge nicht zu Lasten der GKV verordnungsfähiger Mittel.¹⁴⁰ Diese Verordnungsaußschlüsse betreffen z.B. römisch-irische und russisch-römisch Bäder, Schwimmen und Baden in Thermal- und Warmwasserbäder oder Badezusätze ohne nachgewiesene therapeutische Wirksamkeit. Auch soweit bestimmte Maßnahmen in begründeten Fällen nicht zugelassen werden, handelt es sich nicht um einen generellen Ausschluss von

¹³⁷ So wurden z.B. Akkupunkturleistungen zeitlich eingeschränkt ermöglicht, damit zwischenzeitlich eine wissenschaftliche Auswertung zur Wirksamkeit dieser Behandlungsmethode durchgeführt werden konnte.

¹³⁸ BVerfGE 13, 248 ff; 16, 332 ff.

¹³⁹ Vgl. dazu unten VIII.4. b).

¹⁴⁰ Vgl. SG Köln, Beschluss vom 06.01.1988 - S 19 KA 49/86 und OVG NW in MedR 1985, Seite 184, mit Hinweis darauf, dass der Verordnungsaußschuss aus einer Interpretation des Wirtschaftlichkeitsgebots herzuleiten sei. Neben dem therapeutischen Nutzen ist auch die medizinische Notwendigkeit und die Wirtschaftlichkeit vom Bundesausschuss zu berücksichtigen (BSG vom 19.03.2002, Az.: B 1 KR 31/00 R – Hippotherapie).

der Verordnungsfähigkeit, sondern nur um eine inhaltliche Interpretation des Wirtschaftlichkeitsgebotes. Dem Arzt bleibt es also in diesen Fällen unbenommen, die Wirtschaftlichkeit seiner Verordnung durch Darlegung des in den Richtlinien selbst enthaltenen Ausnahmetatbestandes nachzuweisen.¹⁴¹

- § 92 Abs. 2 Satz 1 SGB V verpflichtet den Bundesausschuss innerhalb der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien unter Berücksichtigung der Festbeträge nach § 35 SGB V Heilmittel so zusammenzustellen, dass dem Arzt der Preisvergleich und die Auswahl therapiegerechter Verordnungsmengen ermöglicht wird.¹⁴²
- Problematisch ist die Anwendung der Richtlinien im Einzelfall, wenn ein Versicherter Leistungen beansprucht, die in den Richtlinien weder positiv noch negativ aufgeführt sind und deren Wirkungsweise nicht allgemein anerkannt ist. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB V sind Heilmittel der besonderen Therapierichtungen von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung nicht von vorneherein ausgeschlossen. Der besonderen Wirkungsweise der homöopathischen, anthroposophischen und psychotherapeutischen Medizin ist daher bei der Beurteilung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse Rechnung zu tragen.¹⁴³ D.h., durch diese Maßgabe werden sowohl das Wirtschaftlichkeitsgebot, wie auch die dieses Prinzip inhaltlich konkretisierenden Richtlinien des Bundesausschusses

¹⁴¹ BSG aaO (Fußnote 131).

¹⁴² Diese Vorschrift ist jedoch bisher nur für Arzneimittel in der vom Bundesausschuss beschlossenen Arzneimittel- Preisvergleichsliste umgesetzt. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Preisvergleichsliste ist auf der Grundlage des wortgleichen § 368 p Abs. 1 Satz 2 RVO vom LSG NW (veröffentlicht in MedR 1988, Seite 109) bestätigt worden.

¹⁴³ Zum Ausschluss der Versorgung gesetzlich Krankensicherter mit Arzneimittel der Homöopathie und Anthroposophie: Beschluss des BVerfG vom 04.08.2004, NZS 2004, Heft 9, Seite VI.

modifiziert. Heilmittel der besonderen Therapierichtungen dürfen daher nicht generell von der Verordnungsfähigkeit durch die Richtlinien ausgeschlossen werden, daneben bleibt der Arzt gleichzeitig unter Hinweis auf das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichtet, der besonderen Wirkungsweise dieser Heilmittel Rechnung zu tragen. Dieses sowohl im Leistungsrecht wie auch im Leistungserbringerrecht einheitlich anzuwendende Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V,¹⁴⁴ schließt es in diesem Zusammenhang aus, dem Versicherten zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung einen Anspruch auf eine nach Maßgabe der Richtlinien wissenschaftlich generell nicht anerkannte und daher vom Vertragsarzt auch nicht vertragsärztlich durchführbare paramedizinische Leistung (Außenseiter-Methode) zuzugestehen. Es erscheint insbesondere im Hinblick auf die Akzeptanz der Richtlinien unter den Vertragsärzten und bei den Krankenkasse bedenklich, würde die Verordnungsfähigkeit von Außenseitermethoden z.B. in einer ex post Betrachtung danach beurteilt werden, ob sie im konkreten Behandlungsfall geholfen haben oder nicht.¹⁴⁵

Es ist daher von einer Einheitlichkeit zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht dergestalt auszugehen: Verstößt der Arzt bei der Verordnung gegen die Richtlinien und damit gegen vertragsarztrechtliche Vorschriften, so kann auch leistungsrechtlich ein Anspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse grundsätzlich nicht entstehen.¹⁴⁶ Eine

¹⁴⁴ BSGE 63, Seite 102 ff.

¹⁴⁵ So aber BSGE 64, Seite 255; das gilt auch für die nach derselben Rechtsprechung zulässigen Durchführung von Therapieversuchen mit Außenseitermethoden, wenn wissenschaftlich anerkannte Methoden nicht mehr zur Verfügung stehen oder erfolglos angewandt wurden (BSG aaO, Fußnote 144); solche Ausnahmen bleiben erfahrungsgemäß nicht auf Einzelfälle begrenzt, sondern bewirken ein Anspruchsdenken der Versicherten, insbesondere in einer schwierigen persönlichen Situation.

¹⁴⁶ Zum überholten Vorrang des Leistungsrechts: BSG, aaO (Fußnote 113).

Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen für Heilmittel kann gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 und i.V.m. § 70 SGB V deshalb auch nur dann gegeben sein, wenn die Qualität und Wirksamkeit der Leistung dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht. Allgemein anerkannt ist eine Heilmethode aber nur dann, wenn die medizinische Wissenschaft mit breiter Mehrheit von der Wirksamkeit eines Behandlungsverfahrens (oder eines Medikaments) ausgeht.¹⁴⁷ Nur über § 135 Abs. 1 SGB V bzw. über §§ 138 und 139 SGB V wird insoweit ein Weg zur Einbeziehung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden bzw. neuer Heil- und Hilfsmittel eröffnet.¹⁴⁸ Danach dürfen diese Leistungen nur dann zu Lasten der Krankenkassen abgerechnet werden, wenn der Bundesausschuss als kompetentes Sachverständigen-gremium, bestehend aus Vertretern der Ärzteschaft, der Krankenhausgesellschaft und der Krankenkassen, in einer Richtlinie gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 5 SGB V bzw. einer Erweiterung der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien eine positive Aussage über die Anerkennung des diagnostischen oder therapeutischen Nutzens getroffen hat. Fehlt die ausdrückliche Anerkennung eines neuen Heilverfahrens durch den Bundesausschuss, besteht aufgrund der Indizwirkung, die den Richtlinien des Bundesausschusses als normkonkretisierende Vorschriften i.S. eines antizipierten Sachverständigen-Gutachtens zukommt,¹⁴⁹ eine Rechtsvermutung dafür, dass die neue Methode in ihrer diagnostischen und therapeutischen Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit nicht gesichert ist und daher mangels nachgewiesener Wirtschaft-

¹⁴⁷ Dies gilt auch für die besonderen Therapierichtungen gemäß §§ 2 Abs.1 Satz 2, 34 Abs.2 Satz 3 SGB V (Homöopathie, Phytotherapie, anthroposophische Heilverfahren). Auch diese Methoden der besonderen Therapierichtungen müssen wissenschaftlich akzeptiert sein, andernfalls fallen sie aus dem Leistungsspektrum der sozialen Krankenversicherung heraus.

¹⁴⁸ Im Einzelnen unter mm).

¹⁴⁹ BSGE 63, Seite 163 ff, BSGE 65, Seite 154 ff und BSGE 78, Seite 70 ff.

lichkeit nicht in die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen fällt.

bb) Hilfsmittelverzeichnis

- Während sich der Gemeinsame Bundesausschuss sowohl mit Heilmitteln wie auch mit Hilfsmitteln in den zu erlassenden Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V zu beschäftigen hat, sieht der Gesetzgeber ein zusätzliches Hilfsmittelverzeichnis vor, das allein von Vertretern der Krankenkassen - den Spitzenverbänden der Krankenkassen - erstellt wird (§ 128 SGB V). Beim IKK-Bundesverband, dem die Federführung auf Spitzenverbandsebene im Bereich der Heil- und Hilfsmittel übertragen wurde, ist eine Geschäftsstelle „Hilfsmittel“ als Anlaufstelle zur Aufnahme von Produkten in das Hilfsmittelverzeichnis eingerichtet.¹⁵⁰ Das Hilfsmittelverzeichnis setzt sich aus 34 Produktgruppen mit ca. 16.000 Einzelprodukten zusammen.¹⁵¹ Bei der Erstellung ist der Medizinische Dienst der Spitzenverbände der Krankenkassen (MDS) beteiligt. Die von den Landesverbänden festgesetzten Festbeträge und vertraglich vereinbarten Preise werden ebenfalls in das Hilfsmittelverzeichnis aufgenommen.¹⁵² Das Hilfsmittelverzeichnis soll vor allem für Krankenkassen, für die verordnenden Ärzte und nicht zuletzt für die Versicherten

mehr

¹⁵⁰ Zu Aufgaben und Planungen der Geschäftsstelle Heil- und Hilfsmittel beim IKK-Bundesverband vgl. Freigang, Seite 165 ff.

¹⁵¹ Von diesen Produkten wurden „mehr als 1800 in den letzten 18 Monaten aufgenommen“ (dfg vom 11.09.2003, Seite 11).

¹⁵² Die Festbeträge werden gemäß § 36 Abs. 2 SGB V nicht von den Spitzenverbänden, sondern von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen gemeinsam auf Länderebene festgesetzt. Bei den Preisvereinbarungen handelt es sich um Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V, die von den einzelnen Krankenkassen oder ihren Landesverbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden in Bezug auf Preise für einzelne Hilfsmittel abgeschlossen werden (eine Darstellung im Einzelnen unter V.4.c) - vgl. Heinze, in HS-KV § 40 Randnr. 58; anderer Ansicht Hess, in Kasseler Kommentar, § 128 Randnr. 2 und Knittel in Krauskopf § 128 Anm. 3, die davon ausgehen, dass in das Hilfsmittelverzeichnis nur die Vorstellungen der Spitzenverbände über Festbeträge und Preise eingehen, es sich also um unverbindliche Äußerungen handle; für eine solche „Empfehlung“ lässt sich der Regelung jedoch nichts entnehmen, vielmehr spricht der Informationscharakter und die Aktualisierungspflicht des Verzeichnisses für eine Darstellung tatsächlich bestehender Preise.

Markttransparenz schaffen. Das Verzeichnis soll fortgeschrieben werden unter Berücksichtigung ständiger Veränderungen der Produktpalette, der Preise und der Festbeträge.¹⁵³ Gemäß § 139 Abs. 1 Satz 1 SGB V sollen Qualitätsstandards zur Festlegung einer Mindestqualität der Hilfsmittel entwickelt werden. Sie sollen der Zweckmäßigkeit, Funktionalität und Wirtschaftlichkeit Rechnung tragen.¹⁵⁴

- Neben der Darstellung für die zur Prüfung der Leistungsvoraussetzungen berufenen Krankenkassen wendet sich das Hilfsmittelverzeichnis aber insbesondere an die Vertragsärzte. Die von den Spitzenverbänden gesondert erstellte Arztinformation basiert auf dem Hilfsmittelverzeichnis und soll dem Vertragsarzt Grundsätze bei der Verordnung von Hilfsmitteln zur Verfügung stellen. Die Arztinformation ist als Anlage III in die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien des Bundesausschusses aufgenommen worden.¹⁵⁵ Dadurch sollen Vertragsärzte im Sinne eines „Kontrolleurs“ nach Abgabe/Anpassung eines Hilfsmittels durch den Leistungserbringer verstärkt eingebunden werden, damit Fehlversorgungen vermieden werden können.

¹⁵³ Das Hilfsmittelverzeichnis ist deshalb keine Positivliste mit abschließendem Charakter, sondern einer ständigen Veränderung unterworfen. „Innovative“ Produkte erhalten z.B. eine vorläufige Hilfsmittel-Positionsnummer, wenn MDS und die Arbeitsgruppe Hilfsmittel der Spitzenverbände Feststellungen zum therapeutischen Nutzen, zur Funktionstauglichkeit und den Risiken des Produkts getroffen haben. Auch Hilfsmittel, die nicht im Hilfsmittelverzeichnis aufgeführt sind, können von Versicherten beansprucht werden. Was von der Leistungspflicht der Krankenkasse umfasst wird, richtet sich nach dem Leistungsrecht der §§ 27, 33 und 34 SGB V. Es ist eine Prüfung im Einzelfall unter Einschaltung des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen (MDK) erforderlich; zur normativen Wirkung des Hilfsmittelverzeichnisses, auch bzgl. (noch) nicht aufgenommener Produkte, unten Seite 56 f.

¹⁵⁴ § 128 SGB V wird durch § 139 SGB V ergänzt. Nach § 139 Abs. 1 SGB V werden die Qualitätsstandards für Hilfsmittel von den Spitzenverbänden der Krankenkassen entwickelt und im Hilfsmittelverzeichnis veröffentlicht. Zentrale Norm für die Aufnahme neuer Hilfsmittel in das Hilfsmittelverzeichnis ist § 139 Abs. 2 SGB V. Danach ist Voraussetzung für die Aufnahme neuer Produkte in das Hilfsmittelverzeichnis, dass der Hersteller die Funktionstauglichkeit, den therapeutischen Nutzen und die Qualität des Hilfsmittels nachweist (sog. „Herstellernachweis“). Danach prüft der Medizinische Dienst (MDS), ob die Voraussetzungen für die Aufnahme in das Hilfsmittelverzeichnis vorliegen. Der Medizinische Dienst auf Landesebene versorgt die Krankenkassen im Einzelfall mit dem erforderlichen medizinischen Sachverstand (§ 275 Abs. 3 Nr. 2 SGB V); vgl. unter jj) und mm).

¹⁵⁵ Anlage III zu 8.2 der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien (i.d.F. bis 2001).

Der Arzt soll zwar grundsätzlich nur die Produktart des Hilfsmittels verordnen, kann sich aber ausnahmsweise auch für ein bestimmtes Einzelprodukt entscheiden. In solchen Fällen ist er zwingend auf die Arztinformation bzw. das Hilfsmittelverzeichnis angewiesen, da die Ziff. 8 der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien festlegt, dass Hilfsmittel nur dann zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen verordnet werden dürfen, wenn sie im Hilfsmittelverzeichnis aufgeführt sind.

- Nach § 128 Satz 4 SGB V sind die Spitzenorganisationen der betroffenen Leistungserbringer vor der Erstellung und Fortschreibung des Verzeichnisses anzuhören. Das bedeutet, dass die Spitzenverbände der Krankenkassen diese Stellungnahmen einholen und bei Ihren Überlegungen einbeziehen müssen. Sie sind jedoch nicht an diese Auffassungen der Leistungserbringer gebunden.¹⁵⁶

Die Entscheidung über die Aufnahme neuer Produkte in das Hilfsmittelverzeichnis treffen die Spitzenverbände der Krankenkassen gemeinsam und einheitlich. Finden sie zu keiner Einigung, erfolgt die Willensbildung nach § 213 Abs. 2 SGB V.

- Das Hilfsmittelverzeichnis bewirkt eine umfassende Nachfragesteuerung zugunsten von Produkten, die in dem Verzeichnis enthalten sind. Versicherte, Vertragsärzte, Leistungserbringer und Krankenkassen orientieren sich bei ihrem nachfragerelevanten Verhalten an diesem Verzeichnis.¹⁵⁷ Die Entscheidungen über die Bezugsquelle und die Auswahl des Einzelprodukts ist zwar grundsätzlich dem Versicherten überlassen. Die Krankenkasse übernimmt für ein Hilfsmittel, für das ein Festbetrag festgesetzt ist, die Kosten nach § 33 Abs. 2 SGB V nur bis zur Höhe dieses Betrages. Für den Rest muss

¹⁵⁶ Kranig in Hauck/Haines § 128 SGB V, Randnr. 7; Fußnote 164.

der Versicherte selbst aufkommen. Will er vor Zuzahlungsforderungen sicher sein, so muss er sich im Vorfeld bei seiner Krankenkasse oder beim Leistungserbringer (also z.B. dem Sanitätsfachhandel) erkundigen, ob ein Festbetrag festgesetzt ist. Die insoweit erforderliche Informationsquelle ist sowohl für die Krankenkassen wie auch für die Leistungserbringer und daher letztendlich auch für die Versicherten das Hilfsmittelverzeichnis.

Der Gesetzgeber hat sich im Hilfsmittelsektor für eine von einer Planung ausgehenden Wettbewerbslösung entschieden. Grundvoraussetzung für einen solchen Wettbewerb ist hinreichende Markttransparenz. Nur wenn der Nachfrager verschiedene Angebote kennt, hat er die Möglichkeit, das für ihn zweckmäßigste, mithin auch wirtschaftlichste Produkt auszuwählen und damit Anbieter auch unter Druck zu setzen, Qualität zu verbessern bzw. Preise dem Wettbewerb anzupassen. Das Hilfsmittelverzeichnis ist damit ein Instrumentarium zur Erzeugung von Preis- und Produkttransparenz für alle an der Lieferung von Hilfsmitteln Beteiligten.

- Das Hilfsmittelverzeichnis ist auch bei rahmenvertraglichen Regelungen durch die Krankenkassen relevant. Es können nur solche Hilfsmittel Gegenstand von Preisvereinbarungen nach § 127 Abs. 2 SGB V sein, die im Hilfsmittelverzeichnis enthalten sind, da nach § 128 Satz 2 SGB V die vereinbarten Preise im Hilfsmittelverzeichnis anzugeben sind. Den Krankenkassen kann daher ein Interesse daran unterstellt werden, dass zum Zweck der Kostendämpfung Hilfsmittel an Versicherte vornehmlich von Leistungserbringern abgegeben werden, mit denen sie gesonderte Preisabreden i.S. von § 127 Abs. 2 SGB V getroffen haben. Daher liegt es nahe, dass sie

¹⁵⁷ Zuck, MedR 2003, Seite 337.

auch die Information der Ärzte und Versicherten nach § 127 Abs. 3 SGB V hierauf ausrichten.¹⁵⁸ Das Hilfsmittelverzeichnis bietet schließlich auch dem einzelnen Mitarbeiter der Krankenkasse die erforderliche Markttransparenz. Er kann das Verzeichnis als Informationsgrundlage für die Genehmigung von Verordnungen oder Kostenvoranschlägen oder für die individuelle Beratung des auskunftssuchenden Versicherten als Grundlage heranziehen.

- Das Hilfsmittelverzeichnis ist deshalb wesentliche Grundlage bei der Auswahl des Hilfsmittels für den Versicherten. Der Zusammenhang von § 128 SGB V und 139 SGB V bewirkt, dass sich die Nachfrage nach Hilfsmittel weitgehend auf die im Verzeichnis enthaltenen Produkte beschränkt.¹⁵⁹ Dem Hilfsmittelverzeichnis kommt daher eine faktische Nachfragesteuerungswirkung zu.
- Die Rechtsnatur des Hilfsmittelverzeichnisses ist umstritten. Die Einordnung reicht von einer bloßen Information¹⁶⁰ bzw. Orientierungshilfe¹⁶¹ bis hin zum Rechtsnormcharakter.¹⁶² Die Regelung des § 128 SGB V ist dem Leistungserbringerrecht zugeordnet. Dies ist systematisch nicht unbedingt zwin-

¹⁵⁸ Nach § 127 Abs. 3 SGB V können Krankenkassen auf Nachfrage Versicherte auch über Leistungsanbieter informieren, die zu niedrigeren Preisen als den Durchschnittspreisen anbieten - zur Grenze vgl. Beuthien in MedR 1994, Seite 253 ff., 257 f; Krankenkassen werden immer auf Produkte aus dem Hilfsmittelverzeichnis zurückgreifen, da die dort aufgeführten die Einhaltung des Qualitätsminimums sowie die vertragsärztliche Verordnungsfähigkeit garantieren. Darüber hinaus besitzen nur diese Produkte eine Positionsnummer im Abrechnungsverfahren nach § 302 SGB V, so dass diesen auch eine EDV-technische Transparenz zukommt.

¹⁵⁹ Zum Eingriff in Grundrechtspositionen der Hilfsmittelhersteller durch die Nichtaufnahme von Produkten in das Hilfsmittelverzeichnis vgl. Beuthien/Schmölz, MedR 1996, Seite 101 ff. Dabei wird bei der Aufnahme lediglich eine technische qualitätsbezogene Prüfung des Hilfsmittels durchgeführt. Es erfolgt keine Auswahl anhand von Wirtschaftlichkeitskriterien, deshalb sind auch relativ teure Hilfsmittel im Hilfsmittelverzeichnis aufgeführt. Zum Anspruch auf Aufnahme des Herstellers in das Hilfsmittelverzeichnis: BSGE 87, Seite 105 ff. = SozR 3-2500 § 139 Nr. 1.

¹⁶⁰ Kranig in Hauck/Haines § 128 SGB V, Randnr. 3.

¹⁶¹ Kraußkopf, § 128 SGB V, Randnr. 2; nach der Rechtsprechung des BSG hat das Hilfsmittelverzeichnis nicht die Funktion einer Positivliste dergestalt, dass festgelegt würde, welche Hilfsmittel der Versicherte beanspruchen kann, sondern es stellt lediglich eine unverbindliche Auslegungshilfe für Gerichte und Orientierungshilfe für Krankenkassen dar (BSG SozR 3-2500, § 33 Nr. 16, 20, 25, 27).

¹⁶² Ebsen in HS-KV § 7, Randnr. 89.

gend¹⁶³ aber gerechtfertigt, da eine Beteiligung der Leistungserbringer bei der Erstellung/Fortschreibung und damit eine Auseinandersetzung mit der Interessenlage der Leistungserbringer bei Erstellung der Liste, der in Betracht kommenden Hilfsmittel und damit im Vorfeld der Leistungserbringung stattfindet.¹⁶⁴ Trotz der Verankerung im Leistungserbringerrecht ergibt sich ein wesentlicher Zusammenhang mit dem Leistungsrecht, da es sich sowohl um eine Positivliste, wie auch um allgemeine qualitätssichernde Beschreibungen von Hilfsmitteln handelt, mithin der Anspruch des Versicherten auf die Leistung mit der Aufnahme/Nichtaufnahme oder der Anforderungsbeschreibung des Hilfsmittels positivrechtlich geregelt wird.¹⁶⁵ Deshalb ist es auch folgerichtig, dem Hilfsmittelverzeichnis wegen dieser Außenwirkung Rechtsnormcharakter zuzuerkennen.¹⁶⁶ Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Leistungsanspruch eine Versorgung gemäß § 27 Abs. 1 i.V.m. §§ 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 SGB V mit einem Hilfsmittel erfordert, das (noch) nicht im Hilfsmittelverzeichnis aufgenommen wurde (nicht: nach ausdrücklicher Ablehnung einer Aufnahme ins Hilfsmittelverzeichnis), da insoweit bei der Bewilligung die allgemeinen qualitätsbezogenen Anforderungsbeschreibungen des Hilfsmittelverzeichnisses mitherananzuziehen sind. Untermauert wird dies weiter durch das Merkmal der Veröffentlichung (§ 128 Satz 5 SGB V), so dass der Adressatenkreis nicht lediglich auf die für die Leistungsbewilligung zuständigen Krankenkassen beschränkt ist, sondern auch Ärzte, Leistungserbringer von Hilfsmitteln und Versicherte mitumfasst. Es liegt auch zweifellos eine abstrakt generelle Regelung vor, da

¹⁶³ Vgl. z.B. § 36 Abs. 1 Satz 2 SGB V, wo eine Regelung ähnlichen Inhalts im Leistungsrecht angesiedelt wurde.

¹⁶⁴ Nach § 128 Satz 4 SGB V bedeutet die Gelegenheit zur Stellungnahme ein bloßes Anhörungsrecht der Leistungserbringer, das bei der Entscheidungsfindung Berücksichtigung finden muss, eine Bindung an das Vorbringen besteht jedoch nicht; anders noch § 376 c RVO a.F., wonach die Verzeichnisse „im Benehmen“ mit den Leistungserbringern zu erstellen waren.

¹⁶⁵ Hess in Kasseler Kommentar § 128 SGB V, Randnr. 2.

¹⁶⁶ Ebenso Ebsen, aaO (Fußnote 162).

der Anspruch auf Krankenbehandlung des Versicherten dergestalt festgelegt wird, dass bei den im Hilfsmittelverzeichnis aufgeführten und beschriebenen Hilfsmitteln eine qualitätsgerichtete und wirtschaftliche Leistungserbringung im Rahmen des Sachleistungsanspruches feststeht. Die Auswirkung gegenüber einem bestimmten Hersteller, um dessen Produkte es geht, ist indessen lediglich eine mittelbare Wirkung, die bei der Zuordnung zu einer Rechtsquelle in den Hintergrund tritt.¹⁶⁷

Auch der verfassungsrechtlich vorgegebene Rahmen schließt den Rechtsnormcharakter nicht aus. Die im Vertragsarztrecht historisch gewachsenen Regelungssysteme, wie etwa die kollektivvertragliche Normsetzung, beinhaltet seit jeher eine Abweichung von dem im Grundgesetz enthaltenen (nicht abschließend aufgezählten) Rechtsetzungsformen, wie formelles Gesetz und Rechtsverordnung sowie die vom BVerfG anerkannten Regelungstypen, autonome Satzung und Tarifverträge. Im Gesundheitswesen sind daher Regelungsinstrumentarien eigener Art als Ausfluss der historisch verankerten Grundsätze der Sachleistung und Wirtschaftlichkeit als für die deutsche Krankenversicherung charakteristisch bei der Leistungserbringung anzuerkennen. Dies gilt nicht nur im Vertragsarztrecht, sondern auch in dem ihm nachgebildeten Recht der Heil- und Hilfsmittel.¹⁶⁸ Unabhängig hiervon ist das Hilfsmittelverzeichnis für den verordnenden Vertragsarzt gemäß Ziffer 8 der Heil- und Hilfsmittelrichtlinien i.V.m. § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V verbindlich. Über diese Verweisung

¹⁶⁷ Zum Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit und die Eigentumsgarantie bei Nichtaufnahme von Produkten in das Hilfsmittelverzeichnis vgl. Beuthien/Schmölz, Seite 104; bzw. zum Marktzugang Zuck, MedR 2003, Seite 338; zum Rechtsschutz vgl. unten VIII.4.b).

¹⁶⁸ BVerfG-Urteil vom 17.12.2002 (Az.: 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 und 1 BvL 30/95) zum Festbetragsverfahren.

ist das Hilfsmittelverzeichnis derselben normierten Bindungswirkung unterstellt wie die Richtlinien gemäß § 92 SGB V.¹⁶⁹

Ist von einem Rechtsnormcharakter des Hilfsmittelverzeichnisses auszugehen, ergibt sich auch kein Verstoß im Hinblick auf die grundgesetzlich geregelte Ordnung in der Verteilung der Verwaltungskompetenz im Bund-/Länderverhältnis, zumal die letztliche Entscheidung zur Bewilligung eines Hilfsmittels im Einzelfall von der Landesebene getroffen wird. Auf diese näher darzustellende Problematik soll im Zusammenhang mit den Empfehlungen der Spitzenverbände bei Zulassungsentscheidungen eingegangen werden.¹⁷⁰

cc) Höchstpreise

Der Gesetzgeber versucht aber nicht nur bei den leistungsauslösenden Ärzten kostendämpfenden Einfluss zu nehmen, sondern auch bei den Leistungserbringern selbst. Die Preise der Leistungserbringung sollen ebenfalls einer Obergrenze ausgesetzt sein. Nach § 125 Abs. 2 Satz 1 SGB V sind die in den Rahmenverträgen für Heilmittel vereinbarten Preise „Höchstpreise“. Dasselbe gilt im Bereich der Hilfsmittel für diejenigen Gegenstände, für die Festbeträge nicht festgesetzt werden (§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V n.F.). In der gesetzlichen Regelung in der Fassung bis 31.12.2003 war dies ausdrücklich bestimmt (§ 127 Abs. 2 Satz 4 SGB V a.F.). Dies war auch bereits in § 376 d Abs. 2 Satz 3 RVO a.F. vorgesehen, wonach die einzelne Krankenkasse kostengünstigere Regelungen für Heilmittel treffen konnte, als die in den Preisvereinbarungen der Landes- oder

¹⁶⁹ Zur normativen Wirkung der Richtlinien vgl. oben Seite 45 ff.

¹⁷⁰ Im Einzelnen hierzu unten IV.3.c), Seite 150 ff.

Bundesverbände vorgesehenen. Aus der Formulierung „Höchstpreise“ ergibt sich nichts anderes. Es wird lediglich eine Obergrenze festgelegt, die auf individueller Vertragsebene zwischen einzelner Krankenkasse und individuellem Leistungserbringer durchaus nach unten durchbrochen werden kann.¹⁷¹ Die Verträge zur Leistungsvergütung werden mit Verbänden der Leistungserbringer oder einzelnen Leistungserbringern abgeschlossen. Leistungserbringer, die keinem Verband angehören und selbst keine Höchstpreisvereinbarung treffen, werden dadurch gebunden, dass sie bei der Zulassung die geltenden Vereinbarungen anerkennen müssen.¹⁷²

Der kostendämpfende Effekt würde verfehlt, wenn man die „Höchstpreise“ als starre „Festpreise“ verstehen würde, da die Festlegung der Höchstpreise eine Durchschnittskalkulation aufweist.¹⁷³ Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 14.05.1985¹⁷⁴ die Höchstpreisregelung als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen, da der Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht in Bezug auf Kostendämpfungsmaßnahmen einen sehr weiten Gestaltungsspielraum habe. Hiervon war auch die durch das GSG eingeführte Begrenzung des Preisanstiegs für Hilfsmittel in den Jahren 1993 bis 1995 bzw. die bei Heilmitteln durch das GKV-SolG eingeführte Begrenzung in § 125 Abs. 2 Satz 2 SGB V gedeckt.¹⁷⁵ Fraglich ist, ob die „Höchstpreise“ im Einzelfall auch nach oben durchbrochen werden können. In der Literatur wird dies teilweise bejaht und zwar

¹⁷¹ Regierungsentwurf-GRG Seite 205 zu § 134 Abs.3 SGB V (BT-Drucksache 11/2237); dies stellt jedoch keine Legitimation für Krankenkassen dar, Versicherte auf solch günstigeren Leistungsanbieter zu verweisen oder Kosten nur in dieser Höhe zu übernehmen (Beachtung des Wahlrechts des Versicherten – dazu III.5).

¹⁷² Vgl. unten IV.3.a) dd) und IV.3.b) cc).

¹⁷³ Z.B. unterschiedlich hohe Praxismieten oder Lohnkosten in Ballungsräumen im Gegensatz zu ländlichen Gebieten.

¹⁷⁴ BVerfG E 70, Seite 1 ff.

¹⁷⁵ Hess in Kasseler Kommentar, § 125 SGB V, Randnr. 3 (Stand 1995).

auf der vertraglichen Ebene zwischen einzelner Leistungserbringer und einzelner Krankenkasse, wie auch auf der Ebene der tatsächlichen Leistungsbewirkung zwischen Leistungserbringer und Versichertem, bei der anschließend ggf. der Umfang der Kostenbeteiligung durch die Krankenkasse festzulegen ist.¹⁷⁶

Die Rechtsprechung hat die Höchstpreise als absolute Obergrenze anerkannt und Vergütungsansprüche der Leistungserbringer, die darüber hinausgehen, abgelehnt.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Heinze in HS-KV § 40 Randnr. 45 sieht in der Formulierung „Höchstpreise“ eine mittelbare Drittwirkung auf Leistungserbringerseite, die zur normativen Bindung unter konkludenter Bezugnahme auf eine übliche Vergütung i.S. der §§ 612, 632 BGB führe. Ausgehend vom zivilrechtlichen Charakter solcher Verträge kommt er im Einzelfall zur zulässigen Überschreitung der Höchstpreise, wenn der überschreitende Preis aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls nach billigem Ermessen der Üblichkeit i.S. der §§ 612, 632 BGB entspricht. Eine Weigerung der Krankenkasse zum Vertragsschluss würde unter dem Gesichtspunkt der §§ 22, 26, 35 GWB a.F. zu Rechtswidrigkeit und zu Schadenersatzansprüchen führen. Diese Auffassung ist abzulehnen. Der Sachleistungsanspruch des Versicherten grenzt den Anspruch auf das für den Versicherten notwendige Hilfsmittel ein. Für diesen Bereich der notwendigen und wirtschaftlichen Versorgung soll als Obergrenze der Höchstbetrag zur Auszahlung kommen. D.h., dass Preisabschlüsse darüber hinaus für Krankenkassen wegen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip nicht in Betracht kommen und im Leistungsrecht grundsätzlich eine Kostenerstattung bei Bezug eines Hilfsmittels, das über dem Höchstpreis angeboten wird, mit Hinweis auf das Sachleistungsprinzip abgelehnt werden müsste - dies ergibt sich insbesondere aus dem Vergleich mit der Festbetragsregelung, wo eine Überschreitung des Kostenniveaus vom Gesetzgeber vorgesehen wurde und deshalb dort der Leistungsanspruch nicht begrenzt wurde (Kostenbeteiligung der Krankenkasse nur bis zur Festbetragsgrenze); vgl. unten Seite 65. Seit 01.07.2001 eröffnet § 31 Abs. 3 SGB IX bei Hilfsmitteln für Versicherte auch in diesen Fällen die Durchsetzbarkeit eines Leistungsanspruches und beschränkt lediglich die Kostentragungsverpflichtung der Kasse, so dass wie bei Festbetragsregelungen der Versicherte die Möglichkeit hat eine aufwändigere Versorgung zu wählen, wenn er den Differenzbetrag selbst trägt.

Besteht keine Festbetragsregelung, muss die Höchstpreisregelung, vom Sachleistungsprinzip ausgehend, als Preisobergrenze für die Krankenkasse verstanden werden (dies kann seit 01.01.2004 § 33 Abs. 2 Satz 2 SGB V entnommen werden). Dass zu einem Hilfsmittel verschiedene Höchstpreise vereinbart werden könnten, ist rechtstheoretisch denkbar, da verschiedene Preisvereinbarungen möglich sind (Vereinbarung mit Verbänden bzw. einzelnen Leistungserbringern) - in einem solchen Fall wird die finanzielle Obergrenze für die Krankenkasse gegenüber dem Leistungserbringer, der konkret durch eine Preisvereinbarung gebunden ist, durch den dortigen Höchstpreis festgelegt; gegenüber anderen Leistungserbringern, die nicht unmittelbar verpflichtet wurden, sondern nur allgemein i.R.d. Zulassung die geltenden Vereinbarungen anerkannt haben, ist jedoch der höchste vereinbarte Höchstpreis als finanzielle Obergrenze maßgeblich. Diese Prüfung erfolgt als Maßnahme der Wirtschaftlichkeit im Rahmen des Bewilligungsverfahrens des entsprechenden Hilfsmittels durch die Krankenkasse.

¹⁷⁷ BSG, SozR 3-2500, § 125 SGB V Nr. 1, Seite 5 f: Kein Anspruch auf eine „angemessene“ Vergütung, wenn Preise vertraglich vereinbart sind.

dd) Festbeträge für Hilfsmittel

- Gemäß § 36 SGB V können für Hilfsmittel Festbeträge festgesetzt werden, die den Anspruch des Versicherten bzw. die Leistungspflicht der Krankenkasse betragsmäßig begrenzen (§ 12 Abs. 2 SGB V) . Die ursprünglich vorhandene Intention des Gesetzgebers, auch für Heilmittel Festbeträge festzusetzen, wurde während des Gesetzgebungsverfahrens wieder fallengelassen.¹⁷⁸ Das Verfahren zur Festsetzung der Festbeträge ist in zwei Schritte unterteilt: zunächst sind Festbetragsgruppen von den Spitzenverbänden der Krankenkassen gemeinsam und einheitlich festzulegen; erst danach können in einem zweiten Schritt gemeinsam und einheitlich für die bestimmten und in Gruppen zusammengefassten Hilfsmittel Festbeträge festgesetzt werden. Beteiligt waren an letzterem Verfahren auf der einen Seite bis 31.12.2003 die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen. Seit 01.01.2004 obliegt auch die konkrete Festsetzung den Spitzenverbänden. Auf der anderen Seite sind die Verbände der Leistungserbringer und die Verbände der Behinderten beteiligt, also eine übergeordnete Ebene der betroffenen Versicherten.¹⁷⁹ Im Gegensatz zu den vertraglichen Festlegungen der Höchstpreise kommt bei der Festlegung der Festbeträge den Krankenkassen eine ungleich stärkere Position zu. Die Verbände der Leistungserbringer bzw. der Behinderten haben sowohl bei der Gruppenbildung nach Abs. 1 wie bei der Festsetzung gemäß Abs. 2 lediglich ein Anhörungsrecht und im Gegensatz zur Festbetragsbildung

¹⁷⁸ Ausschussbericht BT-Drucksache 11/3480 zu § 32, Seite 33, 52; BT-Drucksache 11/3320 Seite 21; BR-Drucksache 200/88 Seite 18, 173.

¹⁷⁹ Künftig in § 140f Abs. 4 SGB V n.F. geregelt: beratende Mitwirkung; wird ihrem schriftlichen Anliegen nicht gefolgt, sind auf Verlangen die Gründe dafür schriftlich mitzuteilen.

bei Arzneimitteln gemäß § 35 SGB V ist bei der Festbetragsgruppenbildung bei Hilfsmitteln nicht die verordnende Seite der Vertragsärzte über den Gemeinsamen Bundesausschuss miteingebunden,¹⁸⁰ sondern die Krankenkassen handeln eigenständig, lediglich begrenzt durch das Element der Einheitlichkeit¹⁸¹ und ggf. beeinflusst durch die abgegebenen Stellungnahmen durch die Verbände der Leistungserbringer bzw. der betroffenen Versichertenvertretung.

- Da mit Wirkung ab 01.01.2004 die Spitzenverbände der Krankenkassen einheitlich und gemeinsam auch für die Festsetzung der Festbeträge zuständig sind,¹⁸² wurde im Krankenversicherungsrecht eine Angleichung an die Regelung der Festbetragsfestsetzung im SGB XI vorgenommen.¹⁸³
- Für die Festsetzung der Festbeträge verweist § 36 SGB V auf § 35 Abs. 5 SGB V, der eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche aber gleichwohl qualitätsgesicherte Versorgung fordert. Auf dieser Grundlage sollen alle Wirtschaftlichkeitsreserven durch Eröffnung eines Preiswettbewerbs bei den Leistungserbringern ausgeschöpft werden. Hierzu gehört zunächst eine Marktanalyse zur Feststellung der preisgünstigsten Versorgungsmöglichkeiten, wobei jedoch auch eine Auswahlmöglichkeit der Versicherten (Wahlentscheidung) erhalten bleiben muss, so dass die preisgünstigste Versorgung nicht das Festbetragsniveau bil-

¹⁸⁰ Insoweit entfällt auch das zusätzliche Genehmigungserfordernis durch das BMGS, da die Festbetragsgruppen bei Arzneimitteln Bestandteil der Arzneimittelrichtlinien sind - § 94 SGB V.

¹⁸¹ Ggf. Beschlussfassungen gemäß § 213 Abs. 2 SGB V in seiner analogen Anwendung auf die Landesebene.

¹⁸² Nach der Gesetzesbegründung wird dadurch die bestehende Intransparenz für alle Beteiligten durch die von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich festgesetzten Höhen beseitigt. Durch eine einheitliche Festsetzung auf Bundesebene werde das Festsetzungsverfahren vereinfacht und die Festsetzung für neue Hilfsmittelgruppen erleichtert (BT-Drucksache 15/1525, Seite 89).

¹⁸³ Vgl. unten II.4. b) gg) und IV.4.; insbesondere stellt sich nunmehr auch im Bereich der Krankenversicherung die Frage der Verfassungswidrigkeit einer solchen Regelung (siehe unten IV.4. b), Fußnote 526.

den kann. Bei der Festsetzung steht den Krankenkassenverbänden ein Beurteilungsspielraum zu, wobei eine Preisspannen-Bandbreite eröffnet ist, innerhalb der die Rechtmäßigkeit anhand der vorgegeben Kriterien noch gegeben ist.¹⁸⁴

- Nach Auffassung des Gesetzgebers erfolgt die Festsetzung durch Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung,¹⁸⁵ die im Bundesanzeiger öffentlich bekanntgemacht wird (§ 36 Abs. 3 SGB V und § 35 Abs. 7 SGB V) und gegen die im Wege der Anfechtungsklage vorgegangen werden kann. In diesem Verfahren sind inzidenter auch die Einwände gegen die der Festsetzung vorangegangenen Schritte (z.B. die zunächst gebildeten Festbetragsgruppen) zu überprüfen. Die Qualifizierung als Allgemeinverfügung ist bei genauerer Prüfung nicht unproblematisch, da es sich ebenso wie bei der Aufnahme eines Produkts in das Hilfsmittelverzeichnis auch bei der Festbetragsfestsetzung um eine abstrakt-generelle Regelung und damit im Ergebnis um eine Regelung mit Rechtsnormcharakter handeln könnte.¹⁸⁶ Genauso wie die

¹⁸⁴ Kritisch hierzu Weber, Seite 440 ff.

¹⁸⁵ Ausschussbericht GRG, Seite 54 zu § 35 Abs. 8.

¹⁸⁶ BSG vom 14.06.1995 (Az.: 3 RK 20/94 - veröffentlicht in USK 95129) ging bei der Festsetzung von Festbeträgen im Hinblick auf Art. 12 GG vom Erfordernis einer Rechtsverordnung aus, so dass die Regelung in § 35 SGB V gegen die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie verstoße - bestätigend BSG SozR 3-2500 § 35 Nr. 1. Auch für die Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel wurden Vorlagebeschlüsse an das Bundesverfassungsgericht vom BSG erlassen (Az.: 3 RK 21/94 und 3 RK 23/94 - veröffentlicht in USK 95197 - Hörhilfenfestbeträge und Festbeträge für Sehhilfen). Trotz Anhängigkeit beim Bundesverfassungsgericht gingen Gerichte nicht von einer offensichtlichen Verfassungswidrigkeit der Festbetragsregelungen aus (LSG NRW, Az.: L 5 B 10/98 KR, LSG Berlin, Az.: L 9 B 127/99 KR ER, L 9 B 40/00 KR ER und L 15 B 34/00 KR ER).

Das in einem Referentenentwurf zum Festbetrags-Neurordnungsgesetz vorgesehene Verfahren zur Festbetragsfestsetzung (Ausschuss der GKV-Spitzenverbände) war nach der vom BSG eingenommenen Rechtsauffassung gleichermaßen verfassungsrechtlich problematisch, da insoweit eine Übertragung der Verordnungsermächtigung vom Ministerium auf ein neu gebildetes Selbstverwaltungsorgan der gesetzlichen Krankenversicherung erfolgte, in dem weder Versicherte noch Leistungserbringer vorgesehen waren und damit die Legitimation für eine Rechtsetzung gegenüber der durch die Selbstverwaltung vertretenen Gruppen ebenfalls in Frage gestellt werden konnte. Vgl. zum Arzneimittelbereich die Übergangsregelung in § 35a SGB V (Festbetragsanpassungsgesetz vom 27.07.2001, BGBl I, Seite 1948; BT-Drucksache 14/6041 vom 14.05.2001) und Schwerdtfeger, Seite 67 ff. zum Entwurf eines Festbetrags-Neurordnungsgesetzes; ergänzend Rebscher, Seite 221 und AuS aktuell vom 18.04.2001, Seite 5.

Aufnahme eines Produkts in das Hilfsmittelverzeichnis liegt grundsätzlich eine generelle Ausgestaltung des Leistungsanspruchs des Versicherten vor.¹⁸⁷ Die Wirkung gegenüber dem konkreten Hersteller ist ebenfalls lediglich eine mittelbare.¹⁸⁸

Anders aber als bei der Entscheidung, ob ein bestimmtes Hilfsmittel überhaupt für Versicherte in Betracht kommt,¹⁸⁹ hat sich bei der Regelung der Festbeträge hinsichtlich einzelner Hilfsmittel die Auswahlentscheidung des Versicherten bzw. die Entscheidung der Krankenkasse zur Erforderlichkeit im Rahmen des § 33 Abs. 2 SGB V aber bereits konkretisiert. D.h., dass bei der Festlegung der Festbeträge gegenüber dem Adressatenkreis der Versicherten,¹⁹⁰ für die das betroffene Hilfsmittel in Betracht kommt, eine Regelung für einen konkreten Einzelfall vorliegt und nicht wie bei der abstrakten Bestimmung der überhaupt in Betracht kommenden Hilfsmittel (Hilfsmittelverzeichnis) eine abstrakt-generelle Regelung.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 17.12.2002 das Verfahren zur Festsetzung von Festbeträgen in §§ 35 und 36 SGB V als mit dem Grundgesetz vereinbar anerkannt (Az.: 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95). Festbeträge müssten nicht von Verfassungen wegen durch Rechtsverordnung festgesetzt werden. Die formelle Ermächtigung des Gesetzgebers genüge den verfassungsrechtlichen Anforderungen, da das Verfahren geregelt wurde und die für das Verhalten der Ärzte (Betroffenheit in Art. 12 GG - Ausübung der Therapiefreiheit und Verpflichtung zur Aufklärung wegen möglicher Mehrkosten) und der Versicherten (Betroffenheit in Art. 2 Abs. 1 GG - Wahlfreiheit unter den Hilfsmitteln) wesentlichen Regelungen vom Gesetzgeber selbst getroffen wurden. Dagegen sind Leistungserbringer und Hersteller lediglich faktisch mittelbar in ihren Marktchancen betroffen und deshalb nicht in ihrem Recht aus Art. 12 GG berührt, das insbesondere keinen Anspruch auf Beibehaltung bisher günstiger Marktbedingungen beinhaltet (NJW 2003, Seite 1232 ff. und SGB 2003, Seite 458 ff. mit kritischer Anmerkung von Fahlbusch, Hänlein, Seite 302). „Dieser Karlsruher Spruch brachte jedoch nicht die endgültige Entscheidung zur Rechtmäßigkeit der Festbetragsfestsetzung, diese wurde am 16.03.2004 vom EuGH gefällt.“ (AuS aktuell vom 03.04.2002, Seite 10 f); Fußnoten 192, 728, 731. Durch BSG-Urteile vom 24.11.2004 (Az.: B 3 KR 24/04 R und B 3 KR 10/04 R) wurden Streitverfahren zur Festsetzung im Arzneimittelbereich an die Tatsacheninstanz zurückverwiesen, um die Einordnung in Festbetragsgruppen (Gleichbehandlung von Arzneimittelherstellern trotz Verschiedenartigkeit der Arzneimittel) zu überprüfen.

¹⁸⁷ Ebsen, in HS-KV § 7 Randnr. 92.

¹⁸⁸ Siehe oben Seite 55 ff.

¹⁸⁹ Aufnahme ins Hilfsmittelverzeichnis oder Rechtsverordnung gemäß § 34 Abs. 4 SGB V.

¹⁹⁰ Zur unklaren Außenwirkung die Anmerkung von Fahlbusch in SGB 2003, Seite 467.

Mithin hat die Festsetzung der Festbeträge keine Rechtsnormqualität, sondern sie ergeht als konkret-generelle Regelung in Form einer Allgemeinverfügung an diejenigen Versicherten, für die das konkrete Hilfsmittel in Betracht kommt.¹⁹¹ Die Rechtsfolge bei Rechtswidrigkeit ist daher Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit wie bei Vorschriften mit Rechtsnormcharakter.¹⁹²

- Die Festbetragsregelung des § 36 SGB V findet sich im Leistungsrecht des SGB V. Die Auswirkung auf den Leistungsanspruch des Versicherten ergibt sich aus § 33 Abs. 2 SGB V, wonach der Leistungsanspruch durch die Höhe des festgesetzten Festbetrages begrenzt wird.¹⁹³ D.h. jedoch i.V.m. der Festsetzungsvorgabe gemäß §§ 36 Abs. 3, 35 Abs. 5 SGB V, dass Hersteller bzw. Leistungserbringer ihre Preise auch über der Festbetragsgrenze festsetzen können, sie also dadurch lediglich einen Marktnachteil im Feld der Versicherten in Kauf nehmen, während die Höchstpreisvereinbarungen direkt in die Preisgestaltung der Leistungserbringer eingreifen. Dabei stellt die vertragliche Inpflichtnahme der Leistungserbringer durch die Kassenseite gemäß § 127 Abs. 2 SGB V aber ein weiteres Druckmittel zur Anwendung zumindest der Festbeträge dar (Bereiterklärung zur Festbetragsabgabe gem. § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V).

¹⁹¹ Nach allgemeinen Merkmalen bestimmbarer Personenkreis i.S. des § 31 Satz 2 SGB X.

¹⁹² Zur Frage, ob die Festbetragsregelungen in § 35 SGB V mit europäischem Kartellrecht vereinbar ist, hat der EuGH auf Vorlage des Kartellsenats des BGH entschieden (Vorlagebeschlüsse vom 03.07.2001; Az.: KZR 31/99 und KZR 32/99, VersR 2001, Seite 1361 ff.): EuGH-Urteil vom 16.03.2004 (C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 – AOK-Bundesverband u.a. ./ Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co u.a.), veröffentlicht in NJW 2004, Seite 2723 ff. Der EuGH bewertet die Festbetragsfestsetzung der Kassenverbände nicht als Geschäftstätigkeit mit wirtschaftlichem Zweck, sondern die Umsetzung des §35 SGB V stelle eine soziale Pflichterfüllung im Rahmen des gesetzlichen Krankenversicherungssystems dar. Unter Würdigung der die gesetzliche Krankenversicherung in Deutschland prägenden Elemente wird die Unternehmereigenschaft der Krankenkasse verneint und die Festsetzung der Festbeträge als zulässig und rechtmäßig bestätigt. Vgl. auch unten Seite 242 ff.

¹⁹³ Eine Begrenzung tritt nicht ein, wenn es um Ersatz oder Erneuerung eines durch Arbeitsunfall beschädigten Hilfsmittels geht (BSG vom 20.02.2001, SGB 2001, Seite 765 ff.).

- Gerade die Festbetragsregelung im SGB V zeigt, wie vielschichtig das allgemeine Prinzip der Wirtschaftlichkeit im Recht der Heil- und Hilfsmittel ausgestaltet ist. Unabhängig davon, ob Regelungen zur Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinne dem Leistungserbringerrecht oder dem Leistungsrecht selbst zuzuordnen sind, enthalten sie im Ergebnis stets Reglementierungen zur Leistungsbewirkung oder Vergütung derselben. Gerade bei der Festbetragsregelung wird die subtile Einschränkung des Leistungsanspruchs des Versicherten deutlich. Zwar erfolgt diese nicht unmittelbar, indem bestimmte Leistungen dem Versicherten vorenthalten würden; vielmehr liegt eine mittelbare Beeinträchtigung der Versicherten dadurch vor, dass die Kostentragung nur bis zu einem bestimmten Punkt erfolgt (die Kasse erfüllt mit der Übernahme des Festbetrags ihre Leistungspflicht im Hinblick auf § 12 Abs. 2 SGB V) und der Versicherte bei Wahl einer Leistung, die über das Niveau der Festbetragsleistung hinausgeht, für die über dem Festbetragsniveau liegenden Kosten allein verantwortlich ist.¹⁹⁴ Damit wird der Sachleistungsanspruch des Versicherten dem Grunde nach aber nicht in Frage gestellt.¹⁹⁵ Diese Auswirkung soll das Nachfrageverhalten unter kalkulierbarer Kostenlast der Krankenkassen beeinflussen und damit längerfristig zu einer durch den Markt bedingten Absenkung des Kostenniveaus führen.

¹⁹⁴ Dieses Modell wurde vom Gesetzgeber mit den Neuregelungen im GMG zu § 33 Abs. 2 und § 127 Abs. 2 und 3 SGB V weiter ausgebaut.

¹⁹⁵ Vgl. BSG-Urteil vom 23.01.2003, SGB 2003, Seite 690 f.

ee) **Ausschluss von Heil- und Hilfsmittel
gemäß § 34 Abs. 4 SGB V**¹⁹⁶

Durch Rechtsverordnung, d.h. unter Beachtung des Art. 80 GG, können Heil- und Hilfsmittel festgelegt werden, die von der Kostenübernahme durch die GKV ausgeschlossen sind. Dabei können auch Einschränkungen bei den Begleitkosten bei Hilfsmitteln (Änderung, Instandsetzung, Ersatzbeschaffung, Ausbildung im Gebrauch) getroffen werden.¹⁹⁷ Insoweit ist zum 01.10.1990 die „Verordnung über Hilfsmittel von geringem therapeutischen Nutzen oder geringem Abgabepreis in der GKV“¹⁹⁸ in Kraft getreten.¹⁹⁹ Diese Negativliste stellt eine enumerative Aufzählung sächlicher Mittel dar und bezieht sich daher nur auf Hilfsmittel. Heilmittel wurden bislang nicht vom Ordnungsgeber in einer Negativliste erfasst, wobei für Heilmittel einerseits eher als bei Hilfsmittel § 34 Abs. 2 Satz 3 SGB V Rechnung zu tragen wäre (Beachtung der Mittel der besonderen Therapierichtungen), andererseits ein erweiterter Ausschluss gemäß § 34 Abs. 5 SGB V in Betracht käme. Danach ist eine Kostenerstattung für solche Heilmittel ausgeschlossen, deren Anwendungsweise derjenigen von ausgeschlossenen Arzneimitteln entspricht - sog. Ersetzungsverbot.²⁰⁰ Im Gegensatz zu Arzneimitteln, wo der Gesetzgeber über § 93 SGB V ausdrücklich eine Umsetzung der Rechtsverordnung im Vertragsarztrecht durch eine „Übersicht“

¹⁹⁶ Nach Erlass einer Rechtsverordnung gemäß § 33a SGB V sollte § 34 Abs. 4 SGB V künftig § 34 Abs. 2 SGB V werden (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22.12.1999, BGBl I, Seite 2626), dies wurde mit Wirkung zum 01.01.2004 wieder rückgängig gemacht (BGBl I, Seite 2304).

¹⁹⁷ Z.B. Instandsetzungen von Brillengestellen bei Versicherten über 18 Jahren.

¹⁹⁸ Verordnung vom 13.12.1989, (BGBl I, Seite 2237), geändert durch Verordnung vom 17.01.1995 (BGBl I, Seite 44).

¹⁹⁹ Danach sind z.B. wegen geringem oder umstrittenem therapeutischen Nutzen ausgeschlossen: Kompressionsstützen für Waden und Oberschenkel, Handgelenkmanschetten, Applikationshilfen für Wärme und Kälte sowie wegen des geringen Abgabepreises: Armtragetücher, Alkoholtupfer, Augenklappen etc.

²⁰⁰ Z.B. keine Anwendung von medizinischen Bädern, deren therapeutischer Nutzen nicht gesichert ist, da nach Nr. 17 Punkt 1 der Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen die Verordnung von Badezusätzen ohne nachgewiesene therapeutische Wirksamkeit ausgeschlossen ist.

vorgesehen hat, wendet sich die Rechtsverordnung im Bereich der Heil- und Hilfsmittel primär an die Krankenkassen und führt daher zu einer Einschränkung des Leistungsanspruchs des Versicherten mit einer zunächst nur mittelbaren Wirkung auf das Leistungserbringerrecht.²⁰¹ Der Ausschluss in der Rechtsverordnung kann von Versicherten vor den Sozialgerichten einer Rechtskontrolle im konkreten Einzelfall im Rahmen der Überprüfung des Leistungsanspruchs unterzogen werden.²⁰² Dies bewirkt, dass einer fortlaufenden Entwicklung Rechnung getragen werden muss und der Ordnungsgeber zur ständigen Anpassung der Rechtsverordnung gezwungen ist. So wurde von der Rechtsprechung z.B. bei elektrischen Milchpumpen die Rechtmäßigkeit eines Verordnungsausschlusses verneint, da ein geringer Abgabepreis dann nicht vorliege, wenn die Kosten für den einzelnen Versicherten als wirtschaftlich ins Gewicht fallend zu qualifizieren sind.²⁰³ Auch den Leistungserbringern wurde mit Hinweis auf einen Eingriff in eigene Rechte in Ansehung des Art. 19 Abs. 4 GG eine Rechtmäßigkeitskontrolle zum Inhalt der Rechtsverordnung vor den Sozialgerichten zuerkannt.²⁰⁴

Der damit einhergehenden Unsicherheit der Ärzteschaft hat der Gesetzgeber dergestalt Rechnung getragen, dass der therapeutische Nutzen bei neuen Heilmitteln vom Gemeinsamen Bundesausschuss anzuerkennen und über die Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V umzusetzen ist (§ 138 SGB V), bevor Ärzte entsprechende Verordnungen zu Lasten der Krankenkassen ausstellen können.²⁰⁵ Eine sich ggf. ergebende Divergenz, wenn ein Ausschluss per Rechtsverordnung geregelt

²⁰¹ § 33 Abs. 1 Satz 1 a.E. SGB V; vgl. oben Seite 55 ff. zur normativen Wirkung des Hilfsmittelverzeichnis.

²⁰² BVferG E 1, Seite 184 ff, 195 ff. zur Verwerfungskompetenz der Gerichte.

²⁰³ BSG SozR 3-2500 § 34 SGB V Nr. 2.

²⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 20.09.1991, Az.: 1 BvR 1621/89, a.A. LSG NW, Beschluss vom 23.05.1990, Az.: L 5 Ka 20/90.

²⁰⁵ Siehe oben aa).

ist, die Richtlinien aber eine Anerkennung vorsehen, könnte formalrechtlich nach der Normenhierarchie zu entscheiden sein. Schwierigkeiten bereitet diese Konkurrenzfrage jedoch dann, wenn man Richtlinien und Hilfsmittelverzeichnis ebenfalls Rechtsnormqualität zuerkennt,²⁰⁶ (z.B. wenn ein Hilfsmittel von der Rechtsverordnung ausgeschlossen ist, das Hilfsmittelverzeichnis aber eine entsprechende Versorgung vorsieht). Da es sich beim Erlass einer Rechtsverordnung um ein aufsichtsrechtliches Mittel der unmittelbaren Staatsverwaltung der mittelbaren Staatsverwaltung gegenüber handelt, ist von einem Vorrang der Rechtsverordnung auszugehen.²⁰⁷

ff) Zuzahlungen

Nach § 32 Abs. 2 SGB V wird bei der Abgabe von Heilmitteln eine Zuzahlung des Versicherten fällig. Im Gegensatz zum Festbetragskonzept, das eine längerfristige Neukonzeption des Preisgefüges beabsichtigt, wird bei der prozentualen Zuzahlung von dem über einen langen Zeitraum verhandelten und erarbeiteten Preisgefüge mit den Heilmittel-Leistungserbringern als Basisgröße ausgegangen.²⁰⁸ Um auch bei Heilmitteln auf das Inanspruchnahmeverhalten der Versicherten einzuwirken, wurde eine Beteiligung an den tatsächlich entstandenen Heilmittelkosten (ohne Wegegebühren und Mehrwertsteuer) festgelegt. Damit wird nicht nur auf die einzelne Verordnung abgestellt, durch die unter Umständen ganze Anwendungsserien abgedeckt sind, sondern für jede einzelne Massage, physiotherapeutische Maßnahme bzw. sonstige Heilmittelleistung wird ein prozentualer Anteil fällig. Die Zuzahlung ist vom jeweiligen Leistungserbringer, also auch ggf. von Ärzten oder

²⁰⁶ Siehe oben Seite 45 ff. und 55 ff.

²⁰⁷ Es liegt insoweit kein echtes Konkurrenzverhältnis zweier Rechtsnormen vor, da mit der Aufsichtsmaßnahme als Ersatzvornahme stets die Aufhebung der beanstandeten Regelung (Hilfsmittelverzeichnis) verbunden ist; siehe auch unten 4.b) jj) zum Pflegehilfsmittelverzeichnis.

sonstigen Einrichtungen, einzuziehen und (evtl. nach Verrechnung mit der Vergütung des Leistungserbringers) im Ergebnis an die Krankenkasse abzuführen (§ 43b SGB V).²⁰⁹ Eine Befreiung von der Zuzahlung in Härtefällen war in §§ 61 und 62 SGB V a.F. bzw. ist in § 62 SGB V n.F. vorgesehen.

Der Zuzahlungsbetrag stellt für den Versicherten grundsätzlich nicht die Übernahme eines Kostenanteils dar, sondern ist von ihm, über den von der Krankenkasse gegenüber dem Leistungserbringer zu erfüllenden Vergütungsanspruch hinaus, zu entrichten und entspricht daher einem „Sonderbeitrag“ an die Krankenkasse für Leistungsanspruchnahme.²¹⁰ Das Einzugsrisiko verbleibt daher grundsätzlich auch allein bei der Krankenkasse.

Das Institut der Zuzahlung hat zur Kostendämpfung beigetragen, so dass der Gesetzgeber im 2. NOG den Zuzahlungsanteil bei Heilmitteln von 10% auf 15% erhöht und bei einigen Hilfsmitteln eine Zuzahlung von 20% eingeführt hat (§ 33 Abs. 2 Satz 3 SGB V a.F.).²¹¹ Seit dem 01.01.2004 beträgt die Zuzahlung gemäß § 61 SGB V n.F. wiederum 10%. Bei Heilmitteln 10% der Kosten sowie 10 € je Verordnung. Bei Hilfsmitteln 10% des Abgabepreises, mindestens jedoch 5 € und höchstens 10 €. Bei zum Verbrauch bestimmten Hilfsmitteln 10% je Packung, höchstens jedoch 10 € für den Monatsbedarf je Indikation.²¹² Grundla-

²⁰⁸ Zunächst war auch bei den Heilmitteln ein Festbetragskonzept vorgesehen: vgl. oben Fußnote 178.

²⁰⁹ Wettbewerbsneutrale Ausgestaltung unter sämtlichen Leistungserbringern, um klassische Leistungserbringer im Gegensatz zu Ärzten und Einrichtungen nicht zu benachteiligen (Schreiben des BMA an die KBV vom 03.01.1989, Az.: Vb-5-44621-6; abgedruckt bei Hauck/Haines § 32 SGB V, Randnr. 17); erfolgt keine Zuzahlung gegenüber dem Leistungserbringer, erlangt die Kasse mit kostenfreier Verschaffung der Dienstleistung einen Zuzahlungsanspruch gegen den Versicherten: BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 4.

²¹⁰ Für eine Gebühr: Jahn, § 31 SGB V, Randnr. 6.

²¹¹ Vgl. Gemeinsame Verlautbarung der Spitzenverbände der Krankenkasse zur Einführung einer Zuzahlung für bestimmte Hilfsmittel durch das 2. GKV-Neurodnungsgesetz (2. GKV-NOG) vom 12.06.1997 in der geänderten Fassung vom 29.04.2003 (Anlage 1 zum gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände - siehe Fußnote 67).

²¹² Vgl. Gemeinsame Verlautbarung der Spitzenverbände der Krankenkassen zur Umsetzung des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz -

ge für die Berechnung der Zuzahlung ist der von der Krankenkasse zu übernehmende Betrag (Festbetrag gemäß § 36 SGB V oder Durchschnittspreis gemäß § 127 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 SGB V n.F.), so dass bei Hilfsmitteln ein Gebrauchsgegenstandsanteil oder der Differenzbetrag zwischen Abgabebeweis und Festbetrag/Durchschnittspreis von vornherein dem Versicherten in Rechnung zu stellen ist (§ 33 Abs. 2 Sätze 1 bis 4 SGB V n.F. - „Eigenanteil“, im Gegensatz zur Zuzahlung)

Die Regelung bei Hilfsmitteln stellt im Gegensatz zu den Heilmitteln eine direkte Kostenbeteiligung des Versicherten dar, da der Vergütungsanspruch für die Krankenkasse in diesem Umfang verringert wird (§ 33 Abs. 2 Satz 3 a.E. SGB V a.F. bzw. § 33 Abs. 2 Satz 5 2. HS SGB V n.F.).²¹³ Der Gesetzgeber bedient sich zwar ein und desselben Instrumentariums („Zuzahlung“), aber mit unterschiedlichem rechtlichem Hintergrund. Dies ergibt sich sowohl aus dem unterschiedlichen Wortlaut der Regelungen in § 32 Abs. 2 Satz 1 SGB V und § 33 Abs. 2 Satz 3 (a.F.) / Satz 5 (n.F.) SGB V, wie auch aus der bereits erwähnten Entwicklung des Vergütungssystems bei den Heilmitteln, in das der Gesetzgeber weder durch ein Festbetragskonzept noch durch eine unmittelbare Kostenbeteiligung des Versicherten eingreifen wollte. Für den Leistungserbringer hat dies insbesondere die praktische Konsequenz, dass er sich bei der Zuzahlung zu Hilfsmitteln (§ 33 Abs. 2 SGB V) als weiterem Schuldner dem Versicherten direkt gegenüber sieht, dessen Bonität höchst verschieden sein kann und damit bei Hilfsmitteln das Einzugsrisiko in diesem Umfang auf den Leistungserbringer verlagert wurde

GMG) im Hilfsmittelbereich vom 25.11.2003, Aktualisierung der Zuzahlungsregelungen vom 30.03.2004.

²¹³ Durch diese spezielle Regelung in § 33 SGB V wird die allgemeine Vorschrift des § 43b SGB V, wonach die Verpflichtung zur Einziehung der Zuzahlung auf die Krankenkasse übergeht, verdrängt (vgl. BT-Drucksache 13/7264, Seite 60). Da sich der Gesetzeswortlaut insoweit nicht verändert hat, gilt dies auch für die durch das GMG modifizierten Zuzahlungsregelungen.

(ggf. ergänzt durch den ebenfalls vom Versicherten zu tragenden Eigenanteil am Hilfsmittel).

**gg) Ausgabenvolumen/Richtgrößen bei Heilmitteln
(84 Abs. 8 SGB V)**

Zur Kostenreduktion sieht der Gesetzgeber auch eine Beeinflussung des Ordnungsverhaltens der Ärzte durch die Vereinbarung eines Ausgabenvolumens für Arznei-, Verband- und Heilmittel gemäß § 84 SGB V (in der Fassung des Gesetzes zur Ablösung des Arznei und Heilmittelbudgets vom 19.12.2001 ²¹⁴) vor. ²¹⁵ Eine Budgetierung für Hilfsmittel ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Wird das vereinbarte Ausgabenvolumen von der Ärzteschaft trotz Zielvereinbarung und Sofortmaßnahmen überschritten, ist ein gesamtvertraglicher Ausgleich bzw. eine Reduktion der Gesamtvergütung gemäß § 84 Abs. 3 SGB V möglich (Verpflichtung der Gesamtvertragspartner zu einer gesamtvertraglichen Vereinbarung). Damit kann eine Kollektivhaftung aller Ärzte im Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung eintreten. ²¹⁶

Daneben können auch arztgruppenspezifische Richtgrößen für die Wirtschaftlichkeitsprüfung vereinbart werden, die zu einer Einzelverantwortung des verordnenden Arztes führen, der eine Überschreitung des Richtgrößenvolumens vor den Prüfungsgremien gemäß § 106 SGB V zu rechtfertigen hat (§ 84 Abs. 6 SGB V). Damit wird versucht, das leistungsauslösende Moment (ärztliche Verordnung) bei Heilmitteln, losgelöst von Einzelfällen, einer quantitativen Steuerung zu unterwerfen.

²¹⁴ BGBl I Seite 3773.

²¹⁵ Zum Zustandekommen einer Vereinbarung vgl. Hinz, Seite 433 ff.

²¹⁶ Zur verfassungsrechtlichen Problematik im Hinblick auf Art. 12 GG (unverhältnismäßige Berufsausübungsregelung, wenn der einzelne Vertragsarzt die Haftung durch eigenes Verhalten nicht vermeiden kann): vgl. Boecken, MedR 2000, Seite 169 ff.

hh) Leihweise Überlassung von Hilfsmitteln

Der Sachleistungsanspruch auf Versorgung mit einem Hilfsmittel wird durch die Besitzverschaffung durch die Krankenkasse erfüllt. Gemäß § 33 Abs. 5 SGB V können die Krankenkassen nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob ein Hilfsmittel durch Einigung und Übergabe gemäß § 929 BGB in das Eigentum des Versicherten übergehen, oder lediglich ein Leihverhältnis gemäß §§ 598 ff. BGB entstehen soll, was sich vor allem bei wertvollen und daher wiederverwendbaren bzw. mehrfach einsetzbaren Hilfsmitteln anbietet.²¹⁷ Der Gesetzgeber hat mit dieser gesetzlichen Regelung auf rechtliche Unsicherheiten in der Vergangenheit reagiert²¹⁸ und die Grundlage zu Kosteneinsparungen geschaffen, die jedoch von den Krankenkassen nur eingeschränkt wahrgenommen werden, da einerseits die Erwartungshaltungen der Versicherten nicht von einer Mehrfachnutzung ausgehen, andererseits die Krankenkassen bei Leihverhältnissen auch die entsprechenden Vorkehrungen zu treffen haben, damit eine technisch und hygienisch einwandfreie Wartung und damit die Wiedereinsetzbarkeit des Hilfsmittels gewährleistet ist. Dies ergibt sich insbesondere aus Haftungsgesichtspunkten.²¹⁹ Deshalb ist für die Krankenkasse die Frage zu beantworten, ob sie die erforderliche Wartung selbst durchführen kann oder ob sie auf Einkaufsmodelle unter Einbeziehung der Leistungserbringer, insbesondere des Sanitätsfachhandels zurückgreifen will oder muss.

²¹⁷ Z.B. bei Rollstühlen, Krankenbetten, Krücken etc.; zur Unzulässigkeit bei Einmal-Medizinprodukten vgl. Haindl/Helle, Seite 411 ff. Die besondere Bedeutung des Wiedereinsatzes wird seit 01.01.2004 auch in § 127 Abs. 1 SGB V n.F. unterstrichen. Damit soll auch die Qualität der Versorgung verbessert werden, da langlebige Produkte, die sich zum Wiedereinsatz eignen, sich durch eine besonders hohe Qualität auszeichnen (vgl. BT-Drucksache 15/1525, Seite 121).

²¹⁸ Behrends, DOK 1978, Seite 181 ff.; BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 31.

²¹⁹ Im Einzelnen siehe unten III.3.c) und III.4.

Wird entsprechendes Fachpersonal von den Krankenkassen bereitgehalten, stellt sich rechtlich weiter die Frage, ob bei Zweit- und Mehrfacheinsatz eine eigene Leistungserbringung durch die Krankenkasse vorliegt, was wiederum nur ein eingeschränktes Tätigwerden der Krankenkasse zulassen könnte. Wirtschaftlichkeitsvorgaben des Gesetzgebers sind daher auch auf rechtliche Grenzen bei der Leistungserbringung zu untersuchen.²²⁰ Hier wird wiederum die Verzahnung von leistungsrechtlichen Vorschriften und leistungserbringerrechtlichen Vorgaben deutlich.

ii) Anpassung/Gebrauchsunterweisung

Damit das verordnete Hilfsmittel zu einem optimalen Einsatz beim Versicherten kommt und damit auf längere Zeit einen für die Krankenkasse wirtschaftlichen Einsatz der aufgewandten Mittel darstellt, kann die Bewilligung von einer individuellen Anpassung an die Bedarfssituation, also einer Optimierung der Versorgung, abhängig gemacht werden. Rechtlich umsetzbar ist dies ggf. im Wege einer Auflage. Die Qualität der Anfertigung (Material, handwerkliche Arbeit) hat dabei der verordnende Arzt zu kontrollieren.²²¹

Eine sachgemäße und damit dauerhafte Verwendung des Hilfsmittels setzt gleichfalls eine Ausbildung im Gebrauch voraus. Die Ausbildung gehört dabei bereits zum Leistungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 SGB V.

jj) Einschaltung des Medizinischen Dienstes

Gemäß § 275 Abs. 3 Ziff. 1 SGB V steht es im Ermessen der Krankenkassen vor Bewilligung eines Hilfsmittels dessen Erforderlichkeit, also die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 33

²²⁰ Siehe unten Seite 110 ff.

²²¹ Abschnitt A Ziff. III.19 der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien.

Abs. 1 SGB V, durch den MDK überprüfen zu lassen.²²² Dabei soll der MDK insbesondere eine medizinische Begutachtung der Anspruchsvoraussetzungen abgeben, an die die Krankenkasse nicht zwingend gebunden ist. Der Prüfauftrag an den MDK ist jedoch umfassender und soll sich nicht auf die medizinischen Aspekte beschränken, sondern insgesamt zu einer optimalen Versorgung des Versicherten führen.²²³ Das bedeutet, dass eine bestehende Verordnung eines Vertragsarztes zusammen mit dem Versicherten beratend in Frage gestellt werden kann und ggf. unter Einschaltung einer orthopädischen Versorgungsstelle eine bessere und damit wirtschaftlichere Versorgung (i.S. einer zweckmäßigeren, effektiveren Versorgung, ggf. unter Steigerung der Gebrauchsfähigkeit des Hilfsmittel, bzw. unter Einsatz von ergänzenden Hilfsmitteln oder anderen Hilfen) stattfinden kann.

In der Praxis ist der MDK zu dieser Prüfung und Beratung nur eingeschränkt in der Lage²²⁴, weshalb die Krankenkassen versuchen, sich diese unterstützende Leistung bei der Bewilligung eines Hilfsmittels auf andere Art und Weise zu beschaffen. Konzepte zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit und fachlichen Kompetenz bei der Bewilligung von Hilfsmitteln sind teilweise umgesetzt worden,²²⁵ sie alle sind jedoch mit neuen Kosten verbunden, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht erforderlich sind, da diese Beratungstätigkeit eigentlich eine Kernaufgabe des MDK ist.

²²² Der MDK ist in Arbeitsgemeinschaften der Krankenkassen institutionalisiert (§ 278 SGB V) und kann sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben auch externer Gutachter bedienen (§ 279 Abs. 5 SGB V).

²²³ Bestehen Zweifel an der Eignung zur Bedienung eines Elektrorollstuhls, kann der MDK z.B. eine gutachterliche medizinische psychologische Untersuchung durch den TÜV empfehlen. Erteilt die Krankenkasse einen solchen Gutachtungsauftrag, muss sie diese Kosten übernehmen, auch wenn es letztlich zu keiner Hilfsmittelversorgung kommt.

²²⁴ Spezielle Kenntnisse verschafft sich der MDK z.B. durch Hinzuziehung von Ergotherapeuten.

²²⁵ Z.B. Anstellung von orthopädischen Fachkräften bei den Krankenkassen.

kk) Rahmenempfehlungen/-verträge

Mit dem 2. GKV-Neuordnungsgesetz ²²⁶ hat der Gesetzgeber auch vertragsrechtliche Schritte zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit im Bereich der Heilmittel unternommen. Auf Spitzenverbandsebene soll unter Einbindung der verordnenden Vertragsärzte das Leistungsangebot konkret definiert (Umfang und Häufigkeit der Anwendungen, Regelbehandlungszeit), Qualitätssicherungsmaßnahmen durchgeführt, die Zusammenarbeit zwischen Vertragsarzt und Leistungserbringer intensiviert, eine Wirtschaftlichkeitsprüfung eingeführt und Vertragsstrukturen vorgegeben werden (§ 125 Abs. 1 SGB V). Damit soll insgesamt der Bereich der Heilmittel für die verordnenden Ärzte wie für die Krankenkassen transparenter werden. Gleichzeitig kommt den Ärzten aber auch entsprechend ihrer Verantwortung als Leistungsauslöser in der Leistungserbringung noch stärker die Rolle eines qualitätssichernden und erfolgsorientierten Faktors zu.

§ 125 Abs. 1 SGB V ²²⁷ beauftragt die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf der Grundlage der Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V Empfehlungen über eine einheitliche Versorgung mit Heilmitteln abzugeben. Dabei soll der durch die Richtlinien vorgegebene Rahmen in Bezug auf Inhalt, Umfang und Häufigkeit der Maßnahmen ausgefüllt werden, um Qualität und Wirtschaftlichkeit zu sichern. Der dann dadurch eröffnete bzw. verbleibende restliche Rahmen soll durch Rahmenverträge der Landesebene im Hinblick auf Einzelheiten der Versorgung, Preise und deren Abrechnung gemäß § 125 Abs. 2 SGB V ausgefüllt werden.

²²⁶ Vom 23. Juni 1997 (BGBl I, Seite 1520 ff.).

²²⁷ In Kraft ab 01.07.1997.

Fraglich ist, inwiefern solchen Rahmenempfehlungen im Leistungserbringerrecht verbindliche Wirkung zukommt. Im Hinblick auf die ebenfalls im SGB V vorgesehenen Rahmenvereinbarungen,²²⁸ die für die Vertragsschließenden verbindlichen Charakter haben, deutet bereits der Wortlaut darauf hin, dass Rahmenempfehlungen keine Rechtsverbindlichkeit gegenüber den Vertragspartnern auf Landesebene zukommen kann, zumal ihr Abschluss nicht rechtlich zwingend vorgeschrieben und deshalb der Abschluss von Rahmenempfehlungen auch nicht (z.B. über ein Schiedsamt) erzwingbar ist. Ihrem Rechtscharakter nach können Rahmenempfehlungen deshalb weder als Rechtsnormen noch als Allgemeinverfügungen qualifiziert werden, selbst wenn sie insgesamt auf öffentlich-rechtlicher Grundlage abgeschlossen werden.²²⁹ Rahmenempfehlungen können auch nicht isoliert gerichtlich angegriffen werden, sondern Angriffspunkt bieten lediglich die auf Landesebene abgeschlossenen Verträge, die sich auf Rahmenempfehlungen beziehen oder sie sogar übernehmen können.²³⁰

Ihrer Intention nach soll die Absprache zwischen den Empfehlungspartnern eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit bei der Leistungserbringung ermöglichen. Insoweit sind Maßnahmen zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit durch die Kassenverbände vorgesehen, die auch Sanktionen, bis hin zum Regress, beinhalten. Auch der verordnende und überwachende Vertragsarzt soll stärker eingebunden werden.²³¹ Der Gesetzgeber hat daher vor Abgabe einer entsprechenden Empfehlung die Einbeziehung der

²²⁸ Neben dem mit den Heilmittelerbringern direkt gemäß § 125 Abs. 2 SGB V zu regelnden Bereich sind auch z.B. Strukturverträge gemäß § 73 a SGB V mit den Vertragsärzten möglich, die sich ebenfalls zur Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit auf den Heilmittelbereich beziehen können. Gleiches gilt im Rahmen der integrierten Versorgung gemäß §§ 140a ff. SGB V.

²²⁹ Wolff-Bachof I, § 54 VI.

²³⁰ Vgl. unten Abschnitt V.

²³¹ siehe Fußnote 228, bzw. oben unter b) bb).

Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) vorgeschrieben, deren Stellungnahme in den Entscheidungsprozeß der Empfehlungspartner miteinzubeziehen ist. Ein Vetorecht der KBV besteht jedoch insoweit nicht.

Rahmenempfehlungen sind daher für die Vertragspartner auf Landesebene Vorgaben, deren Beachtung sinnvoll und wünschenswert im Hinblick auf eine bundesweit einheitliche qualitätsorientierte und wirtschaftliche Leistungserbringung ist.

II) Preisvergleiche

Zur Erzielung von Markttransparenz konnten gemäß § 127 Abs. 3 SGB V a.F. die Krankenkassen Preisvergleiche über Hilfsmittel durchführen und sowohl Versicherte wie auch Ärzte über preisgünstige Versorgungsmöglichkeiten und über zugelassene Leistungserbringer informieren, die bereit sind zum Festbetrag zu liefern. Diese Informationsmöglichkeit wurde durch das GMG seit 01.01.2004 erweitert. Neben die Informationen zur Festbetragsabgabe gem. § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V treten die Informationen zu Durchschnittspreisen und den Anbietern, die unter diesem Preis anbieten (§ 127 Abs. 3 Sätze 1 und 5 SGB V n.F.). Diese Informationen dienen auch dem sozialversicherungsrechtlichen Auftrag an die Krankenkassen, auf eine wirtschaftliche Versorgung i.S.v. § 12 Abs. 1 SGB V zu achten - nicht intendiert ist hier eine allgemeine Verbraucherschutzmaßnahme i.S. einer Vermögenswahrnehmung zugunsten der Versicherten. Die Neuregelung in § 127 Abs. 3 SGB V deckt dabei sowohl Informationen auf konkrete Anfragen ab, wie auch ein aktives Informieren durch Anschreiben, Veröffentlichungen in Hauszeitschriften oder auf sonstige Weise. Die rechtliche Problematik liegt in der Abgrenzung zwischen zulässiger Information und wettbewerbswidriger Empfehlung unter Bevorzugung bzw.

Benachteiligung einzelner Leistungsanbieter. Je breiter eine Informationskampagne dabei angelegt ist, desto eher wird von einer Nachfrageverhaltenssteuerung und damit von einer Wettbewerbsrelevanz auszugehen sein. Ein im Vertragsrecht angesiedeltes Wirtschaftlichkeitselement bedarf insoweit ebenfalls einer über das Sozialversicherungsrecht hinausgehenden Rechtmäßigkeitskontrolle.²³²

mm) Qualitätssicherung gemäß §§ 138, 139 SGB V

- Nach § 138 SGB V ist für die Verordnung von neuen Heilmitteln die Anerkennung des therapeutischen Nutzens durch den Gemeinsamen Bundesausschuss erforderlich (Erlaubnisvorbehalt).²³³ Darüber hinaus soll dieser Ausschuss Empfehlungen zur Sicherung der Qualität der Leistungserbringung abgeben. Diese Vorschrift stellt eine Ergänzung der Tätigkeit des Ausschusses im Rahmen der Heil- und Hilfsmittel dar. Die Hauptaufgabe, Erlass und Fortschreibung der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien, wird in zwei Richtungen ergänzt. In den Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 6 SGB V werden die vom Bundesausschuss anerkannten neuen Heilmittel in der Anlage 1, diejenigen, die nicht als verordnungsfähig anerkannt sind, werden in der Anlage 2 aufgeführt. Zum Verfahren der Anerkennung ist in § 138 SGB V keine Regelung getroffen. Im Gegensatz zu § 135 SGB V ist nach dem Wortlaut von keinem Antragsverfahren auszugehen, so dass es nahe liegt, dem Bundesausschuss die Verpflichtung aufzuerlegen, von Amtswegen den Markt auf neue Heilmittel hin zu überprüfen und sobald ihm

²³² Zu dieser kartellrechtlichen Problematik im Einzelnen unten VII.3.

²³³ Fehlt die Anerkennung des therapeutischen Nutzens durch den Bundesausschuss können Heilmittel von Krankenkassen nicht bezahlt werden (BSG-Urteil vom 03.09.2003, Az.: B 1 KR 19/02 R – Petö).

neue Heilmittel bekannt werden, eine Entscheidung gemäß § 138 SGB V zu treffen (was nicht ausschließt, dass Krankenkassen oder Leistungserbringer neue Heilmittel zur Prüfung an den Ausschuss herantragen). Mit der Entscheidung und der Umsetzung in den Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien ist die weitere Zielrichtung des § 138 SGB V (Empfehlung zur Qualitätssicherung) verbunden.

Als weiteres Element der Qualitätssicherung ist eine rahmenvertraglich vorgesehene Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung vorgesehen, die ggf. Vergütungsabschlüsse nach sich ziehen kann (§ 125 Abs. 2 SGB V n.F.).

- Ein vergleichbares Qualitätssicherungselement enthält § 139 SGB V für Hilfsmittel. Hier wurde vom Gesetzgeber in Ergänzung zu § 128 SGB V den Spitzenverbänden der Krankenkassen eine Definition der Qualitätsstandards zu Hilfsmitteln auferlegt, die im Hilfsmittelverzeichnis nach § 128 SGB V zu veröffentlichen sind. Bei Hilfsmitteln ist die Beteiligung der Ärzteschaft daher auch in der Fortschreibung geringer als bei Heilmitteln. Die Vorschrift gestattet die Aufnahme neuer Hilfsmittel²³⁴ in das Hilfsmittelverzeichnis nur, wenn die Funktionstauglichkeit, der therapeutische Nutzen und die Qualität anhand der entwickelten Standards vom Hersteller nachgewiesen ist. Unter Funktionstauglichkeit ist dabei technische Tauglichkeit des Produkts nach dem Medizinproduktegesetz (MPG) zu verstehen; gemeint ist die CE-Kennzeichnung. Für die Beurteilung des therapeutischen Nutzens sind die Maßstäbe heranzuziehen, wie sie für die Beurteilung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmetho-

²³⁴ Die Befugnis bereits ins Hilfsmittelverzeichnis aufgenommene Produkte auf fortentwickelte Qualitätsstandards zu prüfen und ggf. aus dem Hilfsmittelverzeichnis herauszunehmen, ergibt sich per se aus dem Entwicklungsauftrag und der Fortschreibeverpflichtung der Spitzenverbände.

den gelten (Evidenzstufe I nach Nr. 6.4 BUB-RL).²³⁵ Der Verweis auf „Qualität“ meint darüber hinausgehend die Übereinstimmung des Produkts mit den Vorgaben des SGB V auf eine ausreichende, zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Versorgung i.S.d. § 139 Abs. 1 SGB V, die eine Prüfung über die MPG-Anforderungen hinaus verlangt.²³⁶ § 139 Abs. 2 SGB V kann durch das Nachweiserfordernis des Herstellers ein Antragsverfahren entnommen werden, dem sich eine Aufnahmeentscheidung der Spitzenverbände unter vorheriger Einbindung des Medizinischen Dienstes, gemeinsam und einheitlich, anschließt. Einigen sich die Spitzenverbände untereinander nicht, gilt das Verfahren nach § 213 Abs. 2 SGB V. Diese Entscheidung der Spitzenverbände ist gerichtlich überprüfbar.

- Dass der Gesetzgeber die Entscheidung bei Heilmitteln dem Bundesausschuss, bei Hilfsmitteln den Spitzenverbänden der Krankenkassen übertragen hat, lässt sich nur historisch erklären, da bereits nach § 376 c RVO a.F. die Bundesverbände der Krankenkassen, die Verbände der Ersatzkassen und die Bundesknappschaft zur Erstellung des Hilfsmittelverzeichnisses zuständig waren. Darüber hinaus lässt sich im SGB V eine stärkere Einbindung der verordnenden Vertragsärzte im Bereich der Heilmittel, insbesondere auch in Bezug auf die finanzielle Verantwortlichkeit, entnehmen.²³⁷

²³⁵ BSG SozR 3-2500, §139 SGB V Nr. 1

²³⁶ Zuck, NZS 2003, Seite 420 f.

²³⁷ Zum Ausgabevolumen bzw. der Richtgrößenprüfung bei Heilmitteln vgl. oben gg).

nn) Genehmigungsverfahren bei Hilfsmitteln ²³⁸

Vielfach sehen Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V vor, dass bei Hilfsmitteln ab einer bestimmten finanziellen Grenze (z.B. ab 100,00 EUR) der zwischen Versichertem und Leistungserbringer abgeschlossene Vertrag zur Wirksamkeit der Genehmigung durch die Krankenkasse bedarf (§§ 182, 184 BGB). ²³⁹ Die Krankenkasse selbst trägt damit abschließend dem Wirtschaftlichkeitsgebot Rechnung, da bei Hilfsmitteln ansonsten die Auswahlentscheidung allein dem Versicherten und/oder dem Leistungserbringer überlassen bliebe, unabhängig von der Erforderlichkeit des Hilfsmittels im Einzelfall. Rechtliche Grundlage ist die grundsätzlich für Hilfsmittel vorgesehene „Bewilligung“ (§ 33 Abs. 5 Satz 2 SGB V bzw. § 12 Abs. 1 a.E. SGB V). Bewilligung bedeutet dabei positive oder zumindest konkludente (über den Leistungserbringer) zustimmende Verbescheidung dem Versicherten gegenüber. Diese Bewilligung geht zurück auf das allgemein im Krankenversicherungsrecht geltende Antragsverfahren (§ 19 Abs. 4 SGB IV) ²⁴⁰ und dem im Rahmen der Leistungsverwaltung üblichen Verwaltungsverfahren vor Erbringung einer gesetzlichen Leistung (§§ 9, 18 SGB X). Ausdrücklich normiert ist dieses Genehmigungsverfahren in § 30 Abs. 8 Satz 1 BMV-Ä. Gesetzlich mittelbar geregelt auch in § 275 Abs. 3 Ziff. 1 SGB V, der die Einschaltung des MDK vor Bewilligung vorsieht. Schließlich sieht § 15 Abs. 3 SGB V bei Inanspruchnahme „anderer Leistungen“ die Krankenversichertenkarte als nicht ausreichend an. Zur Vermeidung eines Verfahrens unter Einbindung der Versicherten (Berechtigungsschein) ist eine Verwaltungsentschei-

²³⁸ Bei Heilmitteln grundsätzlich nicht vorgesehen und in der Praxis auch nicht üblich, dennoch nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. LSG Brandenburg, Urteil vom 09.07.2002; Az.: L 4 KR 9/01).

²³⁹ Zur Zulässigkeit eines Genehmigungsverfahrens vgl. oben Seite 27 f.

²⁴⁰ Dieser Antrag wird durch Vorlage der KV-Karte bereits bei dem in das Versorgungssystem eingebundenen Vertragsarzt gestellt und der Leistungsanspruch vorläufig durch die sich anschließende Verordnung konkretisiert, nicht jedoch endgültig durch die Krankenkasse verbeschieden; der Vertragsarzt ist keinesfalls als Vertreter der Krankenkasse anzusehen.

dung, die ggf. auch gegenüber dem Leistungserbringer ergehen kann, zweckmäßiger.

Der Vertragsarzt legt mit der Verordnung zumeist nur die Hilfsmittelgattung fest und das Hilfsmittelverzeichnis enthält noch keine Aussage zur Wirtschaftlichkeit eines Hilfsmittels im Einzelfall, da für die Aufnahme dort lediglich technische, qualitätsbezogene Merkmale ausschlaggebend sind. Allein durch die Verordnung ist weder der Sachleistungsanspruch des Versicherten im konkreten Fall festgelegt, noch bei durchgeführter Versorgung ein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers begründbar. Der Leistungsanspruch des Versicherten konkretisiert sich vielmehr erst durch Prüfung der erforderlichen und wirtschaftlichen Versorgung im Einzelfall durch die Entscheidung der Krankenkasse.

Dabei besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Genehmigung, wenn sich die Auswahlentscheidung von Versichertem und Leistungserbringer auf ein Hilfsmittel bezieht, für das ein Festbetrag oder ein Höchstpreis vereinbart wurde, da die Krankenkasse mit diesen konkret-generellen Regelungen bereits ihre Prüfung zur Wirtschaftlichkeit kundgetan hat.²⁴¹ Eine Nachfragesteuerung im Einzelfall ist daher mit dem Genehmigungsvorbehalt in diesen Fällen kaum möglich, da die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Versicherten auf der Hand liegt. Eine steuernde Einflussnahme unter Wahrnehmung des Wirtschaftlichkeitsgebots ist jedoch dann erforderlich, wenn es um Hilfsmittel geht, für die weder Festbeträge noch Höchstpreise vereinbart sind, da in diesen Fällen eine Wirtschaftlichkeitsüberprüfung noch nicht stattfand und der Leistungsanspruch des Versicherten zu überprüfen und konkret festzulegen ist (Bewilligung i.S.d. § 12

²⁴¹ Nach Auffassung des SG Düsseldorf (Urteil vom 17.10.2003, Az.: S 34 KR 9/01) bedarf es jedoch grundsätzlich einer positiven Bewilligungsentscheidung durch die Krankenkasse gegenüber dem Versicherten, um den Sachleistungsanspruch des Versicherten festzulegen und damit einen Vergütungsanspruch (ggf. auch einen Ersatzanspruch) des Leistungserbringers entstehen zu lassen.

Abs. 1 a.E. SGB V). Auf diesen Verwaltungsakt kann der Versicherte ggf. mit Widerspruch und Anfechtungsklage bzw. mit einem Verpflichtungsbegehren reagieren.

3. Hilfsmittel nach dem SGB XI

Auch das Gesetz zur sozialen Absicherung bei Pflegebedürftigkeit (PflegerVG) vom 26.05.1994, das die soziale Pflegeversicherung (SGB XI) als fünfte Säule der Sozialversicherung eingeführt hat, enthält Regelungen zu Hilfsmitteln.²⁴²

Gemäß § 28 Abs. 1 Ziff. 5 SGB XI werden als Leistungen der Pflegeversicherung für die häusliche Pflege Pflegehilfsmittel und technische Hilfen gewährt (§ 40 SGB XI).²⁴³ Auch im SGB XI sind Pflegehilfsmittel von den Mitteln zum täglichen Lebensbedarf abzugrenzen. D.h. Gegenstände, die dem gesellschaftlichen oder privaten Lebensbereich zuzuordnen sind, also üblicherweise im Haushalt vorhanden sind, können nicht Gegenstand einer solidarisch finanzierten Sozialversicherung sein.²⁴⁴ Deshalb ist z.B., wie auch bei der Krankenversicherung, eine Mischfinanzierung, differenzierend nach Normanteil und Hilfsmittelanteil bei Gegenständen denkbar.²⁴⁵ Bei stationärer Pflege werden

²⁴² Heilmittel als Dienstleistungen, die zur Krankheitsbekämpfung eingesetzt werden (siehe oben 3.a)) spielen im Bereich der Pflegeversicherung keine eigenständige Rolle, da bei der Abgrenzung von Krankheit zu Pflege Heilmittel per definitionem ersterem Bereich zuzuordnen sind und damit bei Heilmitteln nur der Regelungskomplex des SGB V betroffen sein kann.

²⁴³ Obwohl in § 28 SGB XI beide Begriffe genannt werden, stellt der Begriff „Pflegehilfsmittel“ den Oberbegriff dar. In § 40 SGB XI werden explizit zwei Sonderformen der Pflegehilfsmittel geregelt: 1. „Zum Verbrauch bestimmte Pflegehilfsmittel“ (§ 40 Abs. 2 SGB XI: z.B. Einmalartikel; Desinfektionsmittel; Inkontinenzartikel, wenn sie nicht von der Krankenkasse übernommen werden) und 2. „Technische Hilfen“ (§ 40 Abs. 3 SGB XI: z.B. Pflegebetten, Rollstühle, Hebelifter, Haus-Notruf-Anlagen).

Sind einzelne Produkte weder den Verbrauchsartikeln noch den Technischen Hilfen zuzuordnen, unterfallen sie dem allgemeinen Sammelbegriff „Pflegehilfsmittel“ (z.B. Antirutschauflagen, Duschhilfen, Lagerungspolster etc.).

²⁴⁴ Im Einzelnen vgl. Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen zu den leistungsrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit (Pflegeversicherungsgesetz) vom 28.10.1996, Seite 51 ff.: Zielsetzung der Pflegehilfsmittel sei, eine Überforderung der Leistungskraft des Pflegebedürftigen und der Pflegenden zu verhindern bzw. zu einer Linderung der Beschwerde des Pflegebedürftigen beizutragen. BSG-Urteil vom 24.09.2002, Az.: B 3 P 15/01 – feuchtes Toilettenpapier als Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens.

²⁴⁵ Z.B. das behindertengerechte Essbesteck enthält gleichzeitig das normale, handelsübliche Essbesteck, für dessen Kosten der Pflegebedürftige selbst aufzukommen hat, so dass die soziale Pflege-

die Kosten für Pflegehilfsmittel regelmäßig zu den pflegerischen Leistungen des Pflegeheims gehören, denn nach § 84 Abs. 4 SGB XI sind mit dem jeweiligen Pflegesatz grundsätzlich alle für die Versorgung erforderlichen Pflegeleistungen der Einrichtung mit abgegolten.²⁴⁶

Auch im SGB XI gilt gemäß § 29 SGB XI das Wirtschaftlichkeitsgebot, das als allgemeiner Grundsatz den Prinzipien von Effektivität und Effizienz Geltung verschaffen will. Dieses allgemeine Prinzip wurde in § 40 SGB XI ebenfalls durch eine Vielzahl konkreter Mechanismen umgesetzt.

a) Anspruchsvoraussetzungen

Der Anspruch auf ein Pflegehilfsmittel ist nicht von der Zuordnung zu einer bestimmten Pflegestufe abhängig oder gestaffelt, vielmehr erhalten alle pflegebedürftig Versicherten Pflegehilfsmittel, wenn sie zur Erleichterung der Pflege oder zur Linderung von Beschwerden beitragen oder eine selbständigere Lebensführung ermöglichen.²⁴⁷ Allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens sind keine Pflegehilfsmittel.²⁴⁸ Eine ärztliche Verordnung ist nicht erforderlich, so dass sich eine Einbeziehung der Vertragsärzte zur wirtschaftlichen Leistungserbringung im SGB XI erübrigt. Die Bewilligung ist allein von einer Entscheidung der Pflegekasse auf entsprechende Antragstellung hin abhängig.²⁴⁹

versicherung lediglich den Kostenanteil übernimmt, der der eigentlichen Hilfsmittellei genschaft entspricht.

²⁴⁶ Vgl. BT-Drucksache 12/5262, Seite 115; BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 37.

²⁴⁷ Dabei können Pflegehilfsmittel grundsätzlich nur im Hinblick auf solche Beeinträchtigungen beansprucht werden, die für die Lebensführung im häuslichen Umfeld erforderlich sind (BSG SozR 3-3300 § 40 Nr. 1). Ein schwenkbarer Autositz fällt z.B. in einen Lebensbereich, der nicht in die Risikosphäre der Pflegeversicherung fällt und ist daher nicht als Pflegehilfsmittel anzuerkennen (BSG-Urteil vom 11.04.2002, NZS 2002, Seite 543 f.).

²⁴⁸ BSG SozR 3-3300 § 40 Nr. 7 (elektrisch verstellbarer Sessel).

²⁴⁹ In der Praxis wird häufig eine ärztliche Verordnung vorliegen und die Krankenkasse wird daraufhin zunächst entscheiden müssen, ob eine Leistungspflicht der Krankenkasse vorliegt oder die Pflegekasse für das in Frage stehende Hilfsmittel zuständig ist (siehe Ausführungen im Folgenden).

b) Elemente der Wirtschaftlichkeit im SGB XI

aa) Subsidiarität

Der Anspruch auf ein Pflegehilfsmittel nach dem SGB XI ist dann nicht gegeben, wenn ein Hilfsmittel wegen Krankheit oder Behinderung von der Krankenversicherung oder anderen Leistungsträgern (Rentenversicherungsträgern, Sozialhilfeträgern) zu übernehmen ist.²⁵⁰ Durch die Formulierung „soweit“ ist eine ergänzende Versorgung durch die Pflegeversicherung jedoch denkbar. Durch dieses Subsidiaritätsprinzip ergibt sich insbesondere die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen Hilfsmitteln der Krankenversicherung gemäß § 33 SGB V und den Pflegehilfsmitteln²⁵¹; umso mehr, als finanzielle Schieflagen zwischen den beiden Sozialversicherungsträgern bestehen²⁵² und in der Praxis eine starke personelle/sachliche Verflechtung der Körperschaften vorhanden ist.²⁵³ Die Krankenversicherung ist vor allem für solche medizinischen Maßnahmen zuständig, die gezielt der Krankheitsbekämpfung dienen. Aspekte sind neben dem Ausgleich des durch die Krankheit oder die Behinderung verursachten Funktionsdefizits insbesondere die Verbesserung der elementaren Lebensbedingungen (sogenannte Grundbedürfnisse).²⁵⁴ Die Zuständigkeit der Krankenkasse findet jedoch dort ih-

²⁵⁰ § 40 SGB XI ist insbesondere dem Recht der Krankenversicherung nachgeordnet (Anschlussregelung); deshalb prüft zunächst die Krankenkasse ihre Leistungspflicht und nur bei negativem Ergebnis kommt eine Prüfung der Pflegeversicherung in Betracht – Rapp, Seite 667.

²⁵¹ Marburger, Seite 193 ff., Krauskopf SGB 2001, Seite 419 ff., Nass, Seite 38 ff.

²⁵² Vgl. BT-Drucksache 14/5306.

²⁵³ Es ist leicht vorstellbar, wenn der für beide Sachgebiete zuständige Sachbearbeiter ein vom Versicherten benötigtes Hilfsmittel zur Entlastung des Krankenversicherungsbudgets bei der Pflegeversicherung verbucht, obwohl ein krankenversicherungsrechtlicher Anspruch besteht. Jacobs/Igl/Wasem schlagen daher in einem Gutachten vor, das von der Bundestags-Enquete-Kommission „Demographischer Wandel“ in Auftrag gegeben wurde, Pflegeversicherungsleistungen in die gesetzliche Krankenversicherung zu integrieren (dgd vom 06.07.2001, Seite 9 ff.); zu aufsichtsrechtlichen Maßnahmen bei Fehlbuchungen: Bayerisches LSG, Beschluss vom 09.11.2001, Az.: L 7 B 158/01 P ER und SG München, Urteil vom 12.05.2004, Az.: S 3 P 50/01.

²⁵⁴ Im Einzelnen vgl. oben unter 3.a), Fußnote 66.

re Grenze, wo Hilfsmittel allein zur Vereinfachung der Pflege eingesetzt werden,²⁵⁵ oder dort wo lediglich die Folgen/Auswirkungen einer Behinderung ausgeglichen werden sollen und nicht die Behinderung selbst.²⁵⁶

²⁵⁵ Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Krankenversicherung und Pflegeversicherung kann in Einzelfällen schwierig sein, z.B. bei Einmalwindeln aus hygienischen Gründen; die Krankenversicherung kann hier zuständig sein, wenn die Einmalwindeln dazu dienen sollen, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen - vgl. BSG SozR 3.2500, § 93 Nr. 1. Insbesondere ergeben sich Abgrenzungsprobleme bei stationärer Pflege (nach § 80a Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB XI n.F. ist die sächliche Ausstattung eines Pflegeheims festzulegen, wobei der Pflegebedürftige keinen Anspruch auf einzelne Pflegehilfsmittel gem. § 40 SGB XI hat, da der Einsatz von Pflegehilfsmitteln vom Pflegesatz abgedeckt wird - der gegen die Krankenkasse gerichtete Anspruch auf Hilfsmittelversorgung gem. § 33 SGB V wird durch Inanspruchnahme stationärer Pflege jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen – zu den Folgen, insbesondere zum Abschluss von Verträgen zwischen Heim und Pflegeversicherung im Auftrag der Krankenversicherung im Rahmen von Pflegesatzverfahren gemäß § 88 SGB X i.V.m. § 85 Abs. 2 SGB XI; Vogel, Georg, Seite 394 ff.): ein fahrbarer Toilettenstuhl „nach Maß“ ist nicht vom Pflegeheim als Pflegehilfsmittel vorzuhalten, sondern ist ein Hilfsmittel nach § 33 Abs. 1 SGB V (BSG vom 28.01.1999, Az.: B 8 KN 2/98 KR B), während ein Serienrollstuhl grundsätzlich als Pflegehilfsmittel vom Pflegeheim zur Verfügung zu stellen ist, es sei denn, er wird aus Mobilitätsgründen benötigt, um den Bereich des Heimes zu verlassen, dann ist er ebenfalls ein Hilfsmittel nach dem SGB V (BSG vom 10.02.2000, Az.: B 3 KR 25/99 R, B 3 KR 26/99 R = BSGE 85, Seite 287 ff. und B 3 KR 28/99 R, Parallelentscheidung); ein Lagerungsrollstuhl, der überwiegend zur Pflege eingesetzt wird, gehört hingegen nicht mehr zur Zuständigkeit der Krankenversicherung (BSG-Urteil vom 22.07.2004; Az.: B 3 KR 5/03 R); die Verpflichtung der Krankenkasse zur Leistung von Hilfsmitteln bleibt bei Pflegeheimbewohnern, vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung im mit dem Heimträger abgeschlossenen Versorgungsvertrag, aber auch dann bestehen, wenn die Sicherung des Erfolgs der Krankenbehandlung oder der Behinderungsausgleich im Vordergrund steht – Durchführung von Behandlungspflege (Ernährungspumpe: BSG vom 06.06.2002, Az.: B 3 KR 67/01 R - veröffentlicht in SGB 2003, Seite 221 ff. mit Anmerkung Krauskopf - und Dekubitus-Matratze: BSG vom 24.09.2002; Az.: B 3 KR 9/02 R und B 3 KR 15/02 R, LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26.02.2003, Az.: L 5 KR 33/02, Revisionsverfahren, Az.: B 3 KR 5/03 R). Zum Kostenerstattungsanspruch eines Pflegeheimbewohners bei selbstbeschafftem Rollstuhl - § 13 Abs. 3 Satz 2 SGB V i.V.m. § 15 SGB IX: SG Konstanz, Urteil vom 31.07.2002 (Az.: S 2 KR 329/99). Allgemein zur Gestellung eines Toilettenrollstuhls als Aufgabe des Pflegeheims: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 08.11.2001, Az.: L 4 KR 2910/01; nach dem BSG besteht jedoch eine Leistungspflicht der Krankenversicherung, da die Förderung des Selbstbestimmungsrechts bei behinderten Menschen gemäß § 1 SGB IX bei intimen Verrichtungen eine Hilfsmittelversorgung in stationären Einrichtungen rechtfertigt, wenn der Betroffene dadurch Pflegepersonal nicht in Anspruch nehmen muss (Urteil vom 28.05.2003, Az.: B 3 KR 30/02 R); vgl. auch Udsching, SGB 2003, Seite 138 f.

Eine Arbeitsgruppe aus Vertretern der Bundesländer, des BMGS und der Spitzenverbände der Krankenkassen hat am 31.08.2001 einen „Entwurf eines Abgrenzungskataloges zur Hilfsmittelversorgung von pflegebedürftigen Bewohnern in stationären Pflegeeinrichtungen“ erstellt, der von den GKV-Spitzenverbänden verabschiedet (AuS aktuell vom 17.04.2002, Seite 18) und überarbeitet wurde (Beschluss vom 14.03.2003); dessen Anwendung wird vom BMGS empfohlen (Ersatzkasse 2002, Seite 173).

Zur Versorgung von Versicherten in Behinderteneinrichtungen, die kein Pflegeheim sind: LSG Niedersachsen, Urteil vom 23.03.2001, Az.: L 4 B 25/01 KR.

Vgl. auch Menthen/Hartmann, Seite 26 ff., von Heinz, Seite 20 ff. und Gesetzesantrag des Freistaates Bayern für ein Gesetz zur Sicherung der Hilfsmittelversorgung von Pflegebedürftigen (Hilfsmittelsicherungsgesetz - HSG), das an einer Grundausstattung der Pflegeheime mit Hilfsmitteln ansetzt.

²⁵⁶ Mittel, die dem Behinderten im privaten Umfeld dienen, d.h. im Haushalt oder Beruf bzw. die Eingliederung in das gesellschaftliche Leben fördern; vgl. oben Fußnote 64.

bb) Einschaltung einer Pflegefachkraft bzw. des MDK

Die Prüfung der Notwendigkeit des beantragten Hilfsmittels erfolgt unter Beteiligung einer Pflegefachkraft oder des MDK (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SGB XI). Dies ist für die Pflegekasse umsomehr erforderlich, als eine die Leistung auslösende medizinische Beurteilung mangels vertragsärztlicher Beteiligung bei Pflegehilfsmitteln vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist.²⁵⁷

Wird lediglich eine Pflegefachkraft beteiligt, kann im Pflegeversicherungsrecht eine Hilfsmittelversorgung ohne jegliche ärztliche Mitwirkung erfolgen. Die finanzielle Verantwortung wird also im Gegensatz zum Krankenversicherungsrecht, wo gegenüber der Ärzteschaft ggf. Regresse im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren geltend gemacht werden können, nicht auf einen Leistungsauslöser verlagert. Beteiligung meint insoweit lediglich die Einholung von sachverständigen, gutachtlichen Stellungnahmen, die für die Entscheidung der Pflegekasse von Nutzen sein können, jedoch ohne haftungsrechtliche Verantwortung, wie bei einer Einbindung des Arztes im vertragsärztlichen System bei der Krankenversicherung. Im Pflegeversicherungsrecht trägt daher die finanzielle Verantwortung zur wirtschaftlichen Versorgung allein die Pflegekasse.

cc) Finanzielle Obergrenze

Aufwendungen der Pflegekasse für Hilfsmittel, die zum Verbrauch bestimmt sind, dürfen pro Versicherten einen Betrag von 31,00 EUR pro Monat nicht übersteigen (§ 40 Abs. 2 SGB XI). Sämtliche Verbrauchsmittel sind insoweit aufzuaddieren. Wird der Betrag überschritten, verbleibt es lediglich bei einer

²⁵⁷ Zur Überprüfung der medizinischen Voraussetzungen des Anspruchs auf ein Hilfsmittel nach dem SGB V siehe oben 3.e) jj).

Kostenbeteiligung der Pflegekasse. Ein Splitting des Betrags in einen Pflegeversicherungsanteil und einen verbleibenden Rest, der vom Versicherten selbst getragen wird, ist möglich, da dadurch die vom Gesetzgeber gewollte Kostenbegrenzung der Pflegekasse nicht unterlaufen wird. Durch diese Budgetierung soll einerseits das Kostenvolumen überschaubar gehalten und sollen andererseits Wirtschaftlichkeitsreserven ausgeschöpft werden.²⁵⁸ Diese Obergrenze gilt jedoch nur für Verbrauchsartikel, nicht bei sonstigen Pflegehilfsmitteln.

dd) Leihweise Überlassung

Insbesondere die teureren technischen Hilfsmittel sollen²⁵⁹ in allen geeigneten Fällen den Versicherten leihweise überlassen werden (§ 40 Abs. 3 Satz 1 SGB XI). Darüber hinaus enthält das Pflegehilfsmittelverzeichnis eine Zusammenstellung derjenigen Hilfsmittel, die für eine leihweise Überlassung an die Versicherten geeignet sind (§ 78 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 2 SGB XI). Damit geht der Gesetzgeber in einem geeigneten Fall regelmäßig von einem Leihverhältnis aus; nur bei außergewöhnlichen, vom Regelfall abweichenden, Umständen kann es zu einer Eigentumsübertragung an den Versicherten kommen. Das Ermessen der Pflegekasse zur Wahl zwischen diesen beiden Versorgungsmöglichkeiten ist im Gegensatz zur Krankenversicherung von vornherein eingeschränkt. Kosteneinsparungen durch Mehrfachverwendung von teuren Pflegehilfsmitteln sollen eine wirtschaftliche Mittelverwendung der Pflegekasse bereits über den so eingeschränkten Leistungsanspruch des Versicherten verwirklichen. Lehnt der Versicherte die leihweise Überlassung ohne zwingenden Grund

²⁵⁸ Direktbezug vom Hersteller, Einräumung von Rabatten etc.; vgl. BT-Drucksache 12/5262, Seite 113.

²⁵⁹ Im Gegensatz zu „können“ bei § 33 Abs. 5 SGB V; zur Leihe bei Hilfsmitteln der Krankenversicherung siehe oben 3.e) hh).

ab, verwirkt er damit seinen Leistungsanspruch (§ 40 Abs. 3 Satz 6 SGB XI) und die Pflegekasse kann ihn so behandeln, als sei er mit dem betreffenden Hilfsmittel ausgestattet.²⁶⁰ Über diese vom Gesetzgeber angeordnete Rechtsfolge ist der Pflegebedürftige jedoch vorab zu unterrichten, damit er die Folgen seines Verhaltens abwägen kann. Zur Umsetzung der Leihe sieht § 78 Abs. 4 SGB XI Vereinbarungen unter den Landesverbänden der Pflegekassen bzw. mit geeigneten Pflegeeinrichtungen vor.²⁶¹

ee) **Anpassung/Unterweisung im Gebrauch**

Der mit dem Hilfsmittel verfolgte Zweck (Erleichterung der Pflege, Linderung der Beschwerden, etc.) ist nur dann erreichbar, wenn das Hilfsmittel individuell optimal auf den Pflegebedürftigen abgestimmt ist und sowohl der Pflegebedürftige wie auch das Pflegepersonal bestimmungsgemäß damit umgehen können. Insbesondere der zweite Aspekt ist Ausfluss der Wirtschaftlichkeit, zumal er im Regelfall „Leihe“ den gesetzlichen Anforderungen der §§ 602, 603 BGB entspricht. Deshalb ist es konsequent, den Leistungsanspruch ggf. unter die Bedingung einer entsprechenden Anpassung oder Ausbildung zu stellen (§ 40 Abs. 3 Satz 2 SGB XI), da insbesondere die Ausbildung im Gebrauch des Hilfsmittels zum Leistungsanspruch gehört (§ 40 Abs. 3 Satz 3 a.E. SGB XI).²⁶²

²⁶⁰ Insbesondere im Hinblick auf den Umfang des Pflegebedarfs und der hiervon abhängigen Zuordnung zu einer entsprechenden Pflegestufe; Udsching § 40 SGB XI, Randnr. 16; Vogel/Schaaf, Seite 178.

²⁶¹ Zur vertraglichen Einbindung der Pflegeeinrichtungen gemäß § 78 Abs. 4 SGB XI siehe unten V.5.c).

²⁶² Zur parallelen Regelung im Krankenversicherungsrecht siehe oben 3.e) ii).

ff) Zuzahlung

Für alle Pflegehilfsmittel, mit Ausnahme der für den Verbrauch bestimmten²⁶³ ist gemäß § 40 Abs. 3 Satz 4 SGB XI für über 18-jährige Versicherte eine Zuzahlung in Höhe von 10%, maximal 25,00 EUR je Hilfsmittel, an die abgebende Stelle, also an den Leistungserbringer (als „Sonderbeitrag“ der Pflegeversicherung) zu leisten.²⁶⁴ Eine Befreiungsmöglichkeit ist mit Hinweis auf die krankenversicherungsrechtlichen Regelungen vorgesehen (Abs. 3 Satz 5).

Fraglich ist, ob die Zuzahlung auch bei einer leihweisen Überlassung von Pflegehilfsmitteln (insbesondere also bei technischen Hilfen) zur Anwendung kommen kann. Da dem Element der Wirtschaftlichkeit bereits durch die Mehrfachnutzung Rechnung getragen ist und Wesenselement der Leihe die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung ist, dürfte eine Zuzahlung hier insbesondere der Intention des Gesetzgebers, den Mehrfacheinsatz zu fördern, widersprechen. Eine Zuzahlung kommt daher nur bei den allgemeinen Pflegehilfsmitteln, die nicht leihweise überlassen werden, in Betracht. Auf die im Gesetz erwähnten Sonderformen (Verbrauchshilfsmittel, die der Wortlaut bereits ausnimmt und technische Hilfsmittel, wenn sie, wie im Regelfall angeordnet, leihweise überlassen werden) ist die Zuzahlungsvorschrift damit nicht anwendbar.

²⁶³ Für diese gilt eine finanzielle Obergrenze, siehe oben unter cc).

²⁶⁴ Zur parallelen Regelung bei Heilmitteln in § 32 SGB V, siehe oben 3.e) ff); damit folgt der Gesetzgeber bei Pflegehilfsmitteln nach dem SGB XI gerade nicht der Zuzahlungsregelung bei Hilfsmitteln im Krankenversicherungsrecht.

gg) Festbeträge

In § 40 SGB XI ist die Festsetzung von Festbeträgen nicht vorgesehen. Dennoch ergibt sich aus § 78 Abs. 3 SGB XI, der dem Leistungserbringerrecht zuzuordnen ist, dass die Spitzenverbände der Pflegekassen die Möglichkeit zur Festsetzung von Festbeträgen haben.²⁶⁵

Interessant ist in diesem Zusammenhang das unterschiedliche Vorgehen des Gesetzgebers. Während im SGB V das Festbetragskonzept im Leistungsrecht verankert wurde, um die Begrenztheit des Leistungsanspruchs des Versicherten deutlich zu machen, der Leistungserbringer in der Preisfindung letztlich aber frei bleibt, befindet sich die Festbetragsregelung im SGB XI im Leistungserbringerrecht. Dies rechtfertigt sich einerseits aus der Einbindung der Leistungserbringer in die Preisfindung (§ 78 Abs. 2 Satz 3 SGB XI);²⁶⁶ andererseits könnte die systematische Stellung der Vorschrift jedoch insbesondere zu der Argumentation Anlass bieten, dass nicht nur der Leistungsanspruch des Versicherten auf diesen Betrag begrenzt sein soll, sondern auch die Leistungserbringer durch die Einbindung in die Preisfindung im Rahmen des Leistungserbringerrechts auf dieses Niveau festgelegt werden sollen. Fraglich ist, ob diese Auslegung unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten haltbar ist, da die Spitzenverbände der Pflegekassen den Leistungserbringern damit einseitige Vorgaben zur Preisgestaltung machen können (sog. Preisdiktat) und damit ein stärkerer Eingriff in Rechte der Leistungserbringer erfolgt, als bei der, immerhin zweiseitigen, Vereinbarung von „Höchstpreisen“.²⁶⁷ Nur dann, wenn man, unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

²⁶⁵ Zur Festsetzung von Festbeträgen bei Hilfsmitteln der Krankenversicherung vgl. oben 3.e) dd).

²⁶⁶ Eine Anhörung ist jedoch auch in § 36 Abs. 1 Satz 3 SGB V vorgesehen.

²⁶⁷ Im Einzelnen vgl. 3.e) cc).

richts, dem Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht einen weiten Gestaltungsspielraum zubilligt,²⁶⁸ kann diese Auslegung als bewusster Schritt des Gesetzgebers zur Erzielung von mehr Wirtschaftlichkeit gerechtfertigt werden, zumal im Interesse der Versicherten (zur Vermeidung eines Eigenanteils) das Preisgefüge auf das Üblichkeitsniveau festgesetzt werden soll.²⁶⁹ Die Argumentation, die Regelungen entfalten gegenüber Leistungserbringern und Herstellern lediglich eine Reflexwirkung,²⁷⁰ lässt sich insoweit jedoch nicht aufrechterhalten.

Neben diesen, die individuellen Rechte des Leistungserbringers tangierenden Folgen, erfolgt - im Gegensatz zur bis einschließlich 2003 im Krankenversicherungsrecht geltenden Regelung – bei Pflegehilfsmitteln durch die Spitzenverbände nicht lediglich die Bestimmung der Hilfsmittelgruppen, für die Festbeträge festgesetzt werden sollen, sondern es erfolgt bereits die endgültige Festsetzung des tatsächlichen Betrags. Im Pflegeversicherungsrecht hat der Gesetzgeber also eine stärkere Zentralisierung (bundeseinheitliche Festsetzung) des Verfahrens vorgesehen und der regionalen Differenziertheit (Festsetzung durch die Landesverbände der Pflegekassen), wie sie bisher im SGB V normiert war, von vorneherein eine Absage erteilt.²⁷¹ Kommen die Spitzenverbände der Pflegekassen dem Auftrag zur Festbetragsfestsetzung nicht nach, kann das BMGS im Wege der Rechtsverordnung vorgehen (§ 78 Abs. 5 SGB XI).²⁷²

²⁶⁸ BVerfG E 70, Seite 1 ff.; zur Vereinbarkeit des Festbetragsverfahrens mit dem Grundgesetz im Krankenversicherungsrecht vgl. oben Fußnote 186. Das Festsetzungsverfahren nach dem Pflegeversicherungsrecht war jedoch nicht Gegenstand der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

²⁶⁹ Zu dieser Argumentation Heinze, der über das Wettbewerbsrecht eine zwangsweise Festlegung im Einzelfall gerade ausgeschlossen sehen will, Fußnote 176.

²⁷⁰ So das BVerfG (aaO – Fußnote 186)

²⁷¹ Zur Verfassungswidrigkeit dieses Verfahrens siehe unter IV.4.b), Fußnote 526.

²⁷² Siehe unten ii).

hh) Zuschuss zur Wohnumfeldverbesserung

Nach § 40 Abs. 4 SGB XI hat die Pflegekasse die Möglichkeit, Zuschüsse zur Wohnumfeldverbesserung von maximal 2.557,00 EUR pro Maßnahme zu gewähren.²⁷³ Dies ist jedoch nur subsidiär möglich, also wenn keine sonstigen Sozialversicherungsträger für die Maßnahme in Betracht kommen.²⁷⁴ Durch diesen Zuschuss muss ähnlich wie beim Anspruch auf Pflegehilfsmittel die häusliche Pflege ermöglicht, erleichtert oder eine selbständige Lebensführung wieder hergestellt werden.²⁷⁵ Inhalt solcher Maßnahmen sind z.B. Umbaumaßnahmen²⁷⁶, deren Elemente durchaus einzelne Pflegehilfsmittel sein können. Gemäß § 78 Abs. 2 SGB XI regeln die Spitzenverbände der Pflegekassen das Nähere zur Gewährung solcher Zuschüsse. Um eine Abgrenzung von der Gewährung einzelner Pflegehilfsmittel zu vermeiden, haben die Spitzenverbände festgelegt, dass für die Zuschussbemessung gemäß § 40 Abs. 4 SGB XI sämtliche Maßnahmen berücksichtigt werden, die mit einem Eingriff in die Bausubstanz verbunden sind oder zu einem Ein- bzw. Umbau von Mobiliar führen. Pflegehilfsmittel sind daher in diesem Rahmen zu berücksichtigen, wenn sie fest und dauerhaft mit der Wohnung verbunden werden, so dass sie nicht ohne weiteres ausgetauscht bzw. einem Wiedereinsatz zugeführt werden können.²⁷⁷

²⁷³ Bei der Bemessung der Zuschusshöhe sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Antragstellers mitzuberücksichtigen (vgl. BSG-Urteil vom 13.05.2004, Az.: B 3 P 5/03 R).

²⁷⁴ Z.B. Unfallversicherungsträger gemäß § 41 SGB VII: Wohnungshilfe.

²⁷⁵ Vgl. BSG SozR 3-3300, § 40 Nr. 4 und SozR 3-3300 § 40 Nr. 6; zur Abgrenzung von den Pflegehilfsmitteln vgl. BSG SozR 3-3300 § 40 Nr. 1.

²⁷⁶ Türenverbreiterung, Einbau eines Treppenlifts, etc. - BT-Drucksache 12/5262, Seite 114; dabei stellen sämtliche Umbauten und technischen Hilfen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt erforderlich sind, eine einheitliche Maßnahme i.S.v. § 40 Abs. 4 SGB XI dar, die mit höchstens 2.557,00 EUR bezuschusst werden kann (BSG SozR 3-3300 § 40 Nr. 2). Die Maßnahme kann auch schon vor Beantragung des Zuschusses durchgeführt worden sein (BSG SozR 3-3300 § 40 Nr. 3). Einbau eines Personenaufzugs zur Verbesserung der häuslichen Pflegesituation: BSG-Urteil vom 13.05.2004, Fußnote 273.

²⁷⁷ Das Anbringen eines Haltegriffs ist daher die Versorgung mit einem technischen Pflegehilfsmittel, für das unter Umständen ein Zuzahlungsbetrag fällig wird, während der Einbau eines Treppenlifters eine Zuschussmaßnahme darstellt, deren Höhe vom Einkommen des Pflegebedürftigen abhängt (§ 40 Abs. 4 Satz 2 SGB XI).

Da die Höhe der Zuschussgewährung in das Ermessen der Pflegekasse gestellt wird, hat der Pflegebedürftige keinen Rechtsanspruch auf einen Zuschuss in bestimmter Höhe. Die Bemessungsregelung der Spitzenverbände der Pflegekassen gemäß § 78 Abs. 2 SGB XI richtet sich an die das SGB XI ausführenden Pflegekassen²⁷⁸ und stellt keine Regelung des Leistungserbringerrechts dar, sondern enthält lediglich eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift zum Leistungsrecht.²⁷⁹ Dies zeigt, dass der Gesetzgeber im Bereich des SGB XI gerade im Zusammenhang mit den Pflegehilfsmitteln die Trennung von Leistungs- und Leistungserbringerrecht nicht konsequent durchgeführt hat. Darüber hinaus können auch verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden, wenn der Bundesebene Kompetenzen zum Erlass von Verwaltungsvorschriften eingeräumt werden.²⁸⁰

ii) Rechtsverordnung gemäß § 40 Abs. 5 SGB XI

Das BMGS wird gemäß § 40 Abs. 5 SGB XI ermächtigt, eine Positivliste der zu gewährenden Pflegehilfsmittel und der technischen Hilfen im Wege der Rechtsverordnung festzulegen.²⁸¹ Voraussetzung ist das Einvernehmen mit dem BMFSFJ sowie

²⁷⁸ § 78 Abs. 2 SGB XI ist im Wortlaut unsauber: „Mit Wirkung für ihre Mitglieder“ bedeutet nach dem Wortlaut die Landesverbände der Pflegekassen; über die Zuschussgewährung entscheidet aber die örtliche Ebene, die Pflegekasse (§ 40 Abs. 4 SGB XI); zuständig sind hier gerade nicht, wie bei den Versorgungsverträgen gemäß § 72 Abs. 2 SGB XI, die Landesverbände der Pflegekassen.

²⁷⁹ Die Bemessungsregelungen sollen in abstrakter Weise Sachverhalte regeln, ohne unmittelbare Außenwirkung, aber infolge der gesetzlich angeordneten Verbindlichkeit mit Rechtswirkung für die Pflegekassen. Eine Bindung der Gerichte liegt nach Auffassung des BSG nicht vor (BSG SozR 3-3300 § 40 Nr. 6).

²⁸⁰ Verstoß gegen die Verwaltungskompetenz im Bund-Länder-Verhältnis, da das SGB XI im Rahmen der Art. 83, 84 GG als eigene Angelegenheit der Länder ausgeführt wird (vgl. Neumann, HS-PV, § 21, Randnr. 52), im Einzelnen unten IV.4.b) dabei belassen in diesem Zusammenhang die Rahmenvorgaben der Bundesebene der Festsetzung auf Landesebene durch die Pflegekassen einen Spielraum, so dass ein vollzugsfähiger Rechtssatz verbleibt.

²⁸¹ Zur Negativliste im SGB V siehe oben 3.e) ee) und anschließend unter jj) in Zusammenhang mit dem Pflegehilfsmittelverzeichnis.

die Zustimmung des Bundesrats (Art. 84 Abs. 2 GG). Bislang ist eine entsprechende Rechtsverordnung nicht ergangen.

jj) Pflegehilfsmittelverzeichnis

Eine vorrangigere Positivliste hat der Gesetzgeber in § 78 Abs. 2 Satz 2 SGB XI durch die Spitzenverbände der Pflegekassen vorgesehen. Diese haben als Anlage zu dem bereits vorhandenen Hilfsmittelverzeichnis der Krankenversicherung gemäß § 128 SGB V²⁸² ein gesondertes Pflegehilfsmittelverzeichnis zu erstellen.²⁸³ Ebenso wie bei § 128 SGB V erfolgt eine Einbindung der Verbände der betroffenen Leistungserbringer im Wege der Anhörung. Zusätzlich ist die Einbindung der Verbände der Pflegeberufe und der Behinderten vorgesehen.²⁸⁴ Im Gegensatz zum SGB V sollen die Spitzenverbände der Pflegekassen bei Erstellung des Verzeichnisses hier nicht die Hersteller/Vertreiberinteressen, sondern nur die Interessen der Leistungserbringer, in erster Linie aber auch die aus der Praxis gewonnenen Aspekte der Pflegenden und die Bedürfnisse der Pflegebedürftigen mitberücksichtigen. Das Verzeichnis soll unterteilt sein in eine Auflistung derjenigen Pflegehilfsmittel, die durch Festbeträge vergütet werden und solche, die für eine leihweise Überlassung geeignet sind. Kommen die Spitzenverbände der Pflegekassen dem Auftrag zur Erstellung und zur Fortschreibung des Pflegehilfsmittelverzeichnisses nicht nach, kann das BMGS neben der Rechtsverordnung nach § 40 Abs. 5 SGB XI auch das Pflegehilfsmittel-

²⁸² Im Einzelnen vgl. oben II.3.e) bb).

²⁸³ Das Pflegehilfsmittelverzeichnis wurde Anfang 1996 vom Ministerium beanstandet, da es zunächst auch Hilfsmittel enthielt, die nicht ausschließlich zur Pflege eingesetzt werden konnten. Die Spitzenverbände der Krankenkassen wurden verpflichtet, alle Produkte aus dem Pflegehilfsmittelverzeichnis zu streichen, die bereits im Hilfsmittelverzeichnis der Krankenversicherung enthalten sind. Diese aus § 78 Abs. 2 SGB XI nicht begründbare Anordnung soll die Subsidiarität der Pflegehilfsmittel sichern. Eine Abgrenzung im Einzelfall ist jedoch nicht über das Hilfsmittelverzeichnis erreichbar – siehe oben unter aa) Fußnote 255.

²⁸⁴ Zur Einbindung der Behindertenverbände i.R.d. Festbetragsfestsetzung gemäß § 36 SGB V vgl. oben 3.e) dd) – Seite 61 f.

verzeichnis durch Rechtsverordnung festsetzen (§ 78 Abs. 5 SGB XI).

Fraglich ist, ob dem Pflegehilfsmittelverzeichnis ebenfalls Rechtsnormcharakter zukommt.²⁸⁵ Dafür spricht, dass es als Anlage zu dem bereits bestehenden Hilfsmittelverzeichnis gemäß § 128 SGB V dessen Rechtsqualität teilt. Nach Neumann²⁸⁶ spricht die Verordnungsermächtigung gemäß § 78 Abs. 5 SGB XI gegen diese Qualifizierung. Da es sich bei der Erstellung/Fortschreibung des Pflegehilfsmittelverzeichnisses aber nicht um einen Vertrag im Rahmen des Leistungserbringerrechts handelt,²⁸⁷ sondern um eine einseitige Festlegung der Spitzenverbände, entsprechend einem Verhalten des Verordnungsgebers, und den Leistungserbringern bzw. den Berufs- oder Behindertenverbänden lediglich ein Anhörungsrecht zukommt, liegt nicht der Regelfall einer substituierenden Verordnungsermächtigung für den Fall einer Nichteinigung vor. Dies hindert deshalb nicht vom abstrakt-generellen Regelungsgehalt des Verzeichnisses auszugehen. Ein Widerspruch zwischen § 78 Abs. 5 SGB XI und § 40 Abs. 5 SGB XI²⁸⁸ ist ebenfalls nicht erkennbar, da § 40 Abs. 5 SGB XI die Möglichkeit vorsieht, eine Bestimmung der zu gewährenden Pflegehilfsmittel und technischen Hilfen vorzunehmen (Positivliste), mithin eine leistungsrechtliche Vorschrift darstellt. Diese Regelung entspricht § 34 Abs. 4 SGB V im umgekehrten Sinne. Im Ergebnis ist eine solche Positivliste zwar schon ein eingeschränktes Pflegehilfsmittelverzeichnis, aber § 78 Abs. 5 SGB XI wollte dem Verordnungsgeber eine weitere Möglichkeit des Vorgehens im Rahmen des leistungserbringerrechtlichen Hilfsmittelverzeichnisses einräumen, das nicht die Stringenz einer rein leistungsrechtlichen Positivliste aufweist, sondern

²⁸⁵ Vgl. oben Seite 56 f.

²⁸⁶ Neumann, HS-PV, § 21, Randnr. 55, der von einer rechtsunverbindlichen Informationszusammenstellung ausgeht.

²⁸⁷ Vgl. oben Seite 55 f (Beteiligung der Leistungserbringer).

²⁸⁸ Neumann, aaO (Fußnote 286); Randnr. 56.

lediglich die qualitätsgesicherte Leistungserbringung im Rahmen der Sachleistung vorgibt, und auch als „Ersatzvorname“ (z.B. bei Untätigkeit der Spitzenverbände der Pflegekasse) die Interessenberücksichtigung gemäß § 78 Abs.2 Satz 3 SGB XI erfüllen muss.

Zu beachten ist zudem, dass es zu einer Rechtsnormkonkurrenz zwischen Pflegehilfsmittelverzeichnis und Rechtsverordnung nur dann kommen würde, wenn der Ordnungsgeber auch tatsächlich aktiv wird. Die Verordnungsermächtigung in § 78 Abs. 5 SGB XI, die Art. 80 Abs. 1 GG entspricht, erging für den Fall, dass die Spitzenverbände ihrem Auftrag gemäß § 78 Abs. 2 SGB XI nicht nachkommen, bzw. diesen Auftrag in rechtswidriger Weise erfüllen würden, mithin ein Tätigwerden lediglich subsidiär bzw. als Aufsichtsmittel in Frage kommt. Mit dem Erlass einer Rechtsverordnung gemäß § 78 Abs. 5 SGB XI liegt daher eine Aufsichtsmaßnahme der unmittelbaren Staatsverwaltung vor, die als „Ersatzvorname“ für das Handeln/Nichthandeln der mittelbaren Staatsverwaltung vom Gesetzgeber in zulässiger Weise vorgesehen wurde.²⁸⁹ Auch der Erlass einer leistungsrechtlichen Positivliste gemäß § 40 Abs. 5 SGB XI kann als aufsichtsrechtliche Maßnahme gegenüber dem Pflegehilfsmittelverzeichnis gewertet werden. Handelt es sich aber bei den Rechtsverordnungen um ein Mittel des Aufsichtsrechts, stellt sich nicht die Frage der Konkurrenz verschiedener Rechtsnormen, sondern mit deren Erlass ist die Aufhebung/Außerkraftsetzung der durch die mittelbare Staatsverwaltung erlassenen Rechtsvorschrift verbunden, so dass sich ein Konkurrenzverhältnis letztendlich gar nicht ergibt.²⁹⁰ Es besteht daher kein Hinderungsgrund, auch dem Pfl-

²⁸⁹ Ebsen HS-KV, § 7, Randnr. 181.

²⁹⁰ Vgl. Fußnote 207.

gehilfsmittelverzeichnis, wie dem Hilfsmittelverzeichnis gemäß § 128 SGB V, Rechtsnormcharakter zuzuerkennen.²⁹¹

4. Zusammenfassung

Die im Krankenversicherungsrecht gewachsene Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln findet sich, begrenzt auf Pflegehilfsmittel, auch als Leistungsanspruch im Pflegeversicherungsrecht. Dabei hat der Gesetzgeber die im SGB V entwickelten Mechanismen zur Kostendämpfung und Leistungseingrenzung teilweise auch auf das SGB XI übertragen. Obwohl im SGB XI die Kostenverantwortlichkeit allein den Pflegekassen zugeordnet und auf eine Einbindung der Vertragsärzte verzichtet wurde, hat der Gesetzgeber auch hier das ausufernde Inanspruchnahmeverhalten, aus den Erfahrungen des SGB V heraus, in ein facettenreich ausgestaltetes Wirtschaftlichkeitsprinzip gebannt.

Das Leistungsrecht, geprägt durch das Sachleistungsprinzip, kann nur im Zusammenhang mit dem Leistungserbringerrecht betrachtet werden. Dieser Zusammenhang wird besonders deutlich, beleuchtet man die im SGB V und SGB XI vorhandenen Elemente zur Kostenreduktion. Dieses Wirtschaftlichkeitsprinzip im konkreten Sinne, das vom Gesetzgeber teilweise in Vorschriften des Leistungsrechts und teilweise in Vorschriften des Leistungserbringerrechts verankert wurde, zeigt, wie alle Beteiligten, insbesondere Versicherter und Leistungserbringer, für das Resultat einer wirtschaftlichen Leistungserbringung eingebunden werden müssen. Hält man sich das Ergebnis einer optimalen, aber dennoch wirtschaftlichen Versorgung des Versicherten vor Augen, wird das Zusammenspiel beider Rechtskreise deutlich. Sachleistungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsprinzip bedingen die Abhängigkeit der beiden Komplexe voneinander und lassen den Leistungsanspruch des Versicherten nur in den Bahnen des Leistungserbringerrechts bestehen.

²⁹¹ Zwar ist mit der Aufnahme eines Hilfsmittels in das Pflegehilfsmittelverzeichnis eine normative Wirkung verbunden, die Bewilligung bleibt jedoch der einzelnen Pflegekasse vorbehalten, so dass eine Verfassungswidrigkeit in Bezug auf die Verwaltungskompetenzverteilung zwischen Bundes- und Landesebene nicht festgestellt werden kann (vgl. unten IV.4.b), Fußnote 526.

Die Begriffe Heil- und Hilfsmittel, die historisch gewachsen und durch eine vielgestaltige Rechtsprechung entwickelt wurden, sind daher letztlich immer, wenn es um den Anspruch des Versicherten auf diese Leistungen geht, im Kontext von leistungsrechtlichen und leistungserbringerrechtlichen Vorschriften zu sehen. Das Zulassungs- und Vertragsrecht der Heil- und Hilfsmittellieferanten ist deshalb Teil dieses Gesamtzusammenhangs und nur dann richtig erfassbar, wenn man sich im Vorfeld verdeutlicht, dass die Regelungen zur Leistungserbringung ebenfalls dazu dienen, den Leistungsanspruch des Versicherten auf Heil- und Hilfsmittel auf eine wirtschaftlichere Art und Weise erfüllen zu können.

III. Die Leistungserbringung

1. Die Ausgangslage

Es wurde im Teil II dargestellt, dass sich die Rechtslage zwischen Versicherten, Krankenkasse und Leistungserbringern am Versicherungsfall und an den daran anknüpfenden - vom Wirtschaftlichkeitsprinzip geprägten - Leistungsansprüchen orientiert. Das Leistungserbringerrecht ist in seiner Existenz durch diese Grundprinzipien bedingt und der Leistungsanspruch löst die in den Bahnen des Leistungserbringerrechts ablaufende Leistungserbringung aus. Mit der Leistungserbringung erfüllt der Leistungserbringer sowohl die Leistungsverpflichtung der Krankenkasse, wie auch seine eigene zur Behandlung. Es liegt damit ein untrennbarer Zusammenhang zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht vor.²⁹² Da auch die Leistungserbringung selbst dem Wirtschaftlichkeitsprinzip gemäß § 12 Abs.1 und § 70 Abs. 1 SGB V bzw. § 4 Abs. 3 und § 29 SGB XI unterliegt, kann es keine unterschiedlichen Leistungsstandards beider Rechtsgebiete geben, wie dies bei einer Über- und Unterordnung der Fall sein könnte. Da sich der Gesetzgeber bezüglich Art und Umfang der Leistung mehrfach auch an die Leistungserbringer selbst wendet, insbesondere im SGB XI, wo die vertragsärztliche Verantwortung fehlt, ist das Leistungserbringerrecht ein zwar grundsätzlich vom Leistungsrecht unabhängiges Rechtsgebiet, jedoch einer (bezogen auf den Leistungsanspruch des Versicherten) Wechselwirkung zum Leistungsrecht unterworfen. Systematisch ergibt sich dies insbesondere aus dem Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB V). Danach kann der Versicherte seinen Leistungsanspruch nur innerhalb der Vorgaben des Leistungserbringerrechts verwirklichen, denn er ist im Regelfall auf die zugelassenen Leistungserbringer beschränkt (§§ 15 Abs. 1, 76 Abs.1 SGB V), die ihrerseits wiederum im Krankenversicherungsrecht an die gesetzlichen Vorgaben des 4. Kapitels und damit an das dort normierte Wirtschaftlichkeitsprinzip gebunden sind. Der sich aus dem 3. Kapitel erge-

bende Leistungsanspruch des Versicherten wird im 4. Kapitel mithin konkretisiert. Der vorgegebene Rahmen auf Versorgung mit einem Heil- und Hilfsmittel wird erst durch das Leistungserbringerrecht letztendlich festgelegt. Im 3. Kapitel werden lediglich solche Maßnahmen ausgegrenzt, die nicht die Mindestanforderungen an die Leistungspflicht der GKV erfüllen.²⁹³ Der ausgefüllte und durchsetzbare Einzelanspruch des Versicherten ergibt sich daher erst in Zusammenschau mit dem 4. Kapitel, d.h. letztlich unter Berücksichtigung aller (oben unter II. dargestellten) vorhandener Einzelkomponenten der Wirtschaftlichkeit im weiteren konkreten Sinne. Das heißt weiter, es ist Sache der Leistungserbringer, den Leistungsanspruch des Versicherten gegenüber seiner Krankenkasse zu erfüllen und gleichzeitig ihn nach Art und Umfang im Einzelnen konkret festzulegen. Dabei sind vertragliche Vorgaben einzuhalten.

Festzuhalten bleibt, dass sowohl SGB V wie auch SGB XI von einem festen Kreis der Leistungserbringer ausgehen, nämlich denjenigen, die zur Leistungserbringung zugelassen, bzw. mit denen Verträge abgeschlossen sind.²⁹⁴ Suchen Versicherte nicht zugelassene Leistungserbringer auf, entsteht wegen des bereits dargestellten Zusammenspiels von Sachleistungsprinzip und Wirtschaftlichkeitsprinzip grundsätzlich kein Anspruch auf Kostenerstattung.²⁹⁵ Davon wird in § 13 Abs. 2 SGB V n.F. nur dann abgewichen, wenn sich Versicherte bewusst gegen die Sachleistung entscheiden und nach dem Kostenerstattungsprinzip mit den dort aufgeführten Konsequenzen (Sätze 7 bis 10) behandelt werden wollen. In diesem Fall können auch nicht zugelassene Leistungserbringer nach vorheriger Zustimmung der Krankenkasse in Anspruch genommen werden.

Das heißt jedoch, dass im Regelfall der Behandlung nach dem Sachleistungsprinzip das Leistungserbringerrecht bzw. der Kreis der Leistungsanbieter nicht zu einer Ausweitung des Leistungsrechts führen kann. Umgekehrt ergibt sich

²⁹² Siehe oben Seite II.3.d).

²⁹³ BSG SozR 3-2500, § 27 Nr. 6.

²⁹⁴ Im Einzelnen dazu unten Teil IV.

²⁹⁵ BSG SozR 3-2500 § 64 Nr. 1: Krankenkassen dürfen Leistungen nur gewähren, die vom Sachleistungsanspruch umfasst sind und damit vom Kreis der zugelassenen Leistungserbringer angeboten werden, nur insoweit besteht auch ein Wahlrecht der Versicherten gemäß § 76 SGB V.

daraus, da ein Vorrang des Leistungsrechts nicht besteht, dass sich aus dem 3. Kapitel noch keine durchsetzbaren Einzelansprüche ergeben, die zu den Regelungen aus dem Leistungserbringerrecht in Abweichung stehen könnten. Erst das Zusammenspiel beider Rechtsgebiete ergibt den endgültigen aber einheitlichen Leistungsanspruch des Versicherten. Auch § 13 Abs. 3 SGB V dient lediglich zur Schließung von, durch das Sachleistungsprinzip verursachten, Versorgungslücken, so dass es auch im Anwendungsbereich dieser Vorschrift bei einer Verzahnung des Leistungsanspruchs mit leistungserbringerrechtlichen Vorschriften verbleibt.²⁹⁶

2. Die Dienstleistung bei Heilmitteln

Die Leistungserbringung bei Heilmitteln erfolgt regelmäßig durch Abschluss eines privatrechtlichen Dienstvertrages zwischen Versichertem und Leistungserbringer. Dieser Dienstvertrag verpflichtet grundsätzlich den Leistungserbringer zu einer Dienstleistung (z.B. Erbringung von krankengymnastischen Leistungen) und den Versicherten zur Vergütung dieser Leistungen gemäß §§ 611, 612 BGB. Letzteres ist im Regelfall von beiden Vertragspartnern aber nicht gewollt. Durch Vorlage einer ärztlichen GKV-Verordnung und einer Krankenversichertenkarte wird dieser in der Ausgangsposition vorhandene zweiseitige privatrechtliche Vertrag modifiziert und es entsteht ein dreiseitiges Verhältnis unter Beteiligung der Krankenkasse. Gleichzeitig erfolgt damit eine Überlagerung der rein privatrechtlichen Vorschriften durch öffentlich-rechtliche Vorschriften des Krankenversicherungsrechts.

Dabei definiert die ärztliche Verordnung die Art und den Umfang der Leistungserbringung und die kenntlichgemachte Krankenkasse bzw. die Krankenversichertenkarte löst neben den Vorschriften des SGB V die entsprechenden rahmenvertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten für den Leistungserbringer mit der beteiligten Krankenkasse aus. Dies hat zur Folge, dass über den Rahmenvertrag (§ 125 SGB V) für den Leistungserbringer ein direkter Vergü-

²⁹⁶ Vgl. BSG SozR 3-2500 § 92 Nr. 7, unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung (BSGE 76, Seite 194 ff, 197 f.); siehe oben Fußnoten 113 ff.

tungsanspruch gegen die Krankenkasse des behandelten Versicherten entsteht. Der sich gegen die Krankenkasse richtende Leistungsanspruch des Versicherten wird durch die Leistungserbringung erfüllt. Die Krankenkasse hat dieses zu erwartende Nachfrageverhalten der Versicherten in rahmenvertraglichen Vereinbarungen mit den Leistungserbringern geregelt und dort auch ihre eigene Verpflichtung normiert. Deshalb ist die Krankenkasse nicht Dritter i.S. von § 267 BGB, da sie ausschließlich zur Erfüllung ihrer eigenen, sich aus dem Gesetz bzw. dem Rahmenvertrag ergebenden Verbindlichkeiten leistet. Auch tritt sie nicht als Vertragspartner in den zweiseitigen privatrechtlichen Leistungsvertrag ein,²⁹⁷ da sie nicht vom Versicherten verpflichtet werden kann noch will, sondern ihre Verpflichtung erwächst allein aus den gemäß § 125 SGB V vorhandenen rahmenvertraglich übernommenen Verpflichtungen gegenüber den Leistungserbringern.²⁹⁸ Dies hat zur Folge, dass Leistungserbringer gegenüber den Krankenkasse nicht etwa mit §§ 611, 612 BGB zur Vergütungshöhe argumentieren können, sondern der ursprünglich vorhandene Vergütungsanspruch gegen den Versicherten im Rahmen einer GKV-Leistungserbringung durch vertragliche Vereinbarung (im Rahmenvertrag generell vereinbarter Verzicht) erlischt und ersetzt wird durch einen eigenständigen rahmenvertraglichen Anspruch, der sich im Regelfall ausschließlich gegen die Krankenkasse richtet.²⁹⁹ Werden Leistungen außerhalb des GKV-Rahmens erbracht, verbleibt es bei dem zweiseitigen privatrechtlichen Grunddienstleistungsvertrag - ohne Beteiligung der Krankenkasse, so dass insoweit nur der Versicherte Vertragspartner bleibt und sich ein hieraus erwachsender Vergütungsanspruch auch allein gegen ihn richtet.

²⁹⁷ Heinze, in HS-KV, § 40 Randnr. 66: Der Versicherte schließt als bevollmächtigter Vertreter der Krankenkasse einen privatrechtlichen Leistungsvertrag zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse.

²⁹⁸ Zu den Rahmenverträgen eingehend unter V.; Zur Rechtslage unter Geltung der RVO konnte argumentiert werden, der statusbegründende und damit die Zulassung gemäß § 124 SGB V ersetzende Lieferungsvertrag zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer sei ein echter Vertrag zugunsten Dritter, der dem Versicherten einen selbständigen Leistungsanspruch gegenüber dem Leistungserbringer verschaffe (vgl. Behrends, DOK 1978, Seite 181 ff., 187).

²⁹⁹ Schmitt in HS-KV, Seite 843 f geht von einer antizipierten Schuldübernahme aus.

3. Der Lieferungsvertrag bei Hilfsmitteln (SGB V und SGB XI)

a) Schuldrechtliche Elemente

Im Gegensatz zur Dienstleistungserbringung bei Heilmitteln stehen bei der Versorgung mit Hilfsmitteln die privatrechtlichen Instrumentarien von Kauf, Miete bzw. Leihe und Werkvertrag im Mittelpunkt. Auch für diesen Bereich gilt jedoch, dass der privatrechtlich zwischen Versichertem und Leistungserbringer abgeschlossene Vertrag zu einem dreiseitigen Verhältnis wird, wenn der Versicherte beim Leistungserbringer die ärztliche Verordnung und/oder die Krankenversichertenkarte vorlegt. Insoweit ergeben sich daher für die Dreiseitigkeit der Beziehung grundsätzlich keine Unterschiede zur Heilmittelerbringung. Wird z.B. ein Hilfsmittel vom Versicherten bezogen, für das ein Festbetrag vereinbart wurde, der Leistungserbringer aber eine darüber hinausgehenden Betrag verlangt, dann bleibt der Versicherte Schuldner in Höhe des Differenzbetrages.³⁰⁰

Im SGB XI dürfte der privatrechtliche Vertragsschluss durch den Versicherten eher die Ausnahme darstellen. Ausgehend vom Antragsprinzip gemäß § 33 Abs. 1 SGB XI ist zwar nach entsprechender Bewilligung durch die Pflegekasse eine eigenständige Versorgung mit Pflegehilfsmitteln, wie bei der Krankenversicherung, denkbar; in der Praxis häufiger ist jedoch, dass die Pflegekasse direkt mit Leistungserbringern die Versorgung betroffener Versicherter organisiert.³⁰¹

³⁰⁰ Vgl. oben II.3.e) dd), Seite 65 f.

³⁰¹ Zur kartellrechtlichen Problematik siehe unten VII.4.

b) Sachenrechtliche Elemente

Während es sich bei Heilmitteln in der Regel um reine Dienstleistungen handelt, ergeben sich bei Hilfsmitteln neben den schuldrechtlichen auch sachenrechtliche Problemstellungen. Der Sachleistungsanspruch der Versicherten wird mit der Gewährung des Hilfsmittels durch die Krankenkasse/Pflegekasse erfüllt. Damit ist noch nicht entschieden, ob das Hilfsmittel durch Einigung und Übergabe gemäß § 929 BGB auch in das Eigentum des Versicherten übergehen soll. Der Leistungserbringer hat sicherlich den Willen zur Veräußerung und damit auch den Willen zur Übertragung von Eigentum. Fraglich ist jedoch, ob der Erwerberville des Versicherten ausreichen kann, um von einer Einigung i.S. des § 929 BGB auszugehen. Durch Vorlage der KV-Karte dem Leistungserbringer gegenüber wird die Drittbeteiligung der Krankenkasse ausgelöst und dem Leistungserbringer signalisiert, dass nunmehr die rahmenvertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten zwischen ihm und der Krankenkasse gelten sollen. Hierzu gehört auch, dass eine Eigentumsübertragung an den Versicherten direkt grundsätzlich ausgeschlossen sein soll.³⁰² Dies hat zur Folge, dass eine sachenrechtliche Einigung zwischen Versichertem und Leistungserbringer ausscheidet und eine Eigentumsübertragung grundsätzlich immer zunächst zwischen dem Leistungserbringer und der Krankenkasse bzw. der Pflegekasse stattfindet. Dass in den allermeisten Fällen eine direkte Übergabe der Sache zwischen Leistungserbringer und Versichertem erfolgt, ist unschädlich. Es ist anerkannt, dass es für die Übergabe i.S. des § 929 BGB ausreicht, wenn eine Besitzerlangung des Erwerbers nicht erfolgt, sondern die Sache auf Geheiß des Erwerbers an einen vom Erwerber benannten Dritten ausgehändigt wird. Dieser kann Besitzmittler oder weiterer Erwerber gegenüber dem Ersterwerber (= der Krankenkasse) sein.³⁰³

³⁰² A.A. Behrends, DOK 1978, Seite 181 ff., der von einem regelmäßigen Eigentumserwerb des Versicherten ausgeht, und der Krankenkasse allenfalls eine auflösend bedingte Eigentumsübertragung bei wiederverwertbaren Hilfsmitteln zubilligt.

³⁰³ Baur, Sachenrecht, § 51 III, Ziff. 3; Jauernig, BGB, § 929, Ziff. 3g.

Für den veräußernden Leistungserbringer ist das Verhältnis zwischen Krankenkasse und Versichertem offenkundig, deshalb ergibt sich für ihn bei Vorlage der Krankenversichertenkarte bzw. der ärztlichen Verordnung die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an die Krankenkasse. Dies erfolgt bei kleineren Hilfsmitteln ohne direkte Kontaktaufnahme mit der Krankenkasse, während bei größeren Hilfsmitteln zumeist ein rahmenvertraglich vereinbarter Genehmigungsvorbehalt greift, der den unmittelbaren Kontakt zur Krankenkasse bedingt. Die Grundvorstellung des Gesetzgebers geht dabei von einem generellen Genehmigungserfordernis aller Hilfsmittel durch die Krankenkasse aus, was jedoch in der Praxis nicht umgesetzt werden kann.³⁰⁴ Bei der Pflegeversicherung bedingt der Antragsgrundsatz eine Bewilligungsentscheidung durch die Pflegekasse.

Welches Rechtsgeschäft nach der Eigentumsübertragung an die Kranken- oder Pflegekasse in einem weiteren Schritt zwischen Kasse und Versichertem abgeschlossen wird, ist von der Art des Hilfsmittels abhängig. Während bei wertvolleren Hilfsmitteln ein Leihvertrag die Regel sein wird, kommt bei kleineren Hilfsmitteln und solchen, die zum Verbrauch bestimmt sind, also Hilfsmittel, die aus der Natur der Sache heraus nicht zur Wiederverwendbarkeit geeignet sind, eine weitere Eigentumsübertragung an den Versicherten in Betracht.³⁰⁵ Grundsätzlich ist jedoch zunächst von einem Eigentumserwerb bei der Krankenkasse/Pflegekasse auszugehen, entweder verbunden mit der Entstehung eines Besitzmittlungsverhältnisses oder einer Weiterübertragung von Eigentum an den Versicherten.³⁰⁶ Dies hat zur Folge, dass in einer Vielzahl von Fällen die Krankenkasse Eigentümer der Hilfsmittel bleibt, auch wenn sie sich im unmittelbaren Besitz der Versicherten befinden. Im Regelfall bestehen daher bei größeren Hilfsmitteln sämtliche An-

³⁰⁴ Siehe oben II.3.e) nn), z.B. Zustimmung gegenüber dem Leistungserbringer als konkludente Bewilligung gegenüber dem Versicherten.

³⁰⁵ Zum Ermessen der Krankenkasse vgl. BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 18.

³⁰⁶ Zur Leihe vgl. oben II.3.e) hh) und II.4.b) dd).

sprüche aus einem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Herausgabeanspruch, Schadensersatzansprüche etc.).³⁰⁷

Problematisch sind die Fälle zu beurteilen, wo das reine Sachleistungsprinzip verlassen wird und Versicherte sich mit Hilfsmitteln versorgen, die über den GKV-Leistungsanspruch hinausgehen und Krankenkassen ihre Leistung auf einen „Kostenerstattungs-Zuschuss“ im Umfang ihrer Leistungspflicht beschränken. Hier wird man nicht generell von einer Eigentumsübertragung an die Krankenkasse ausgehen können, sondern es wird die individuelle Vereinbarung bzw. werden die Einzelfallumstände³⁰⁸ zu bewerten sein, ob noch von einer sachenrechtlichen Beteiligung der Krankenkasse auszugehen ist.

Hündigt der Versicherte im Einzelfall die ärztliche Verordnung direkt der Krankenkasse ab und verlangt gegenüber der Krankenkasse die Erfüllung seines Leistungsanspruchs, dann ist es in diesem Ausnahmefall Sache der Krankenkasse, den Leistungsanspruch zu verwirklichen und sowohl schuldrechtlich wie auch sachenrechtlich auf dem Markt als direkter Einkäufer von Waren aufzutreten.³⁰⁹ Erst im Anschluss an diese privatrechtlichen Verträge erfolgt dann die Leistungsüberlassung an den Versicherten, verbunden mit einer Eigentumsübertragung oder der Vereinbarung eines Leihverhältnisses.

Nicht vernachlässigt werden darf in Ansehung des Wirtschaftlichkeitsprinzips auch die Möglichkeiten der Krankenkassen/Pflegekassen, teure Hilfsmittel bei Leistungserbringern im Wege der Miete oder des Leasings zu finanzieren,³¹⁰ so dass der oben beschriebene Eigentumsan-

³⁰⁷ Dies kommt insbesondere z.B. dann zum Tragen, wenn das Versicherungsverhältnis endet, der Versicherte stirbt oder ein unsachgemäßer Umgang mit Hilfsmitteln stattfindet.

³⁰⁸ Z.B. der prozentuale Anteil des Zuschusses zum Gesamtwert des Hilfsmittels; ab einer bestimmten Grenze wäre der Eigentumsanfall bei der Krankenkasse gegenüber dem Versicherten unverhältnismäßig und daher nicht mehr gerechtfertigt.

³⁰⁹ Dabei hat die Krankenkasse auf ein ausdrückliches Einverständnis (basierend auf einem freien Willensentschluss des Versicherten) unter Hinweis auf den Verzicht auf das bestehende Wahlrecht unter den zugelassenen Leistungserbringern zu achten; zur kartellrechtlichen Problematik, vgl. oben VII.4.

³¹⁰ Meyer, Seite 347 f.

fall zwar bislang den Regelfall darstellt, andere Versorgungsformen über Miete und anschließendem Leihverhältnis gegenüber dem Versicherten keinesfalls ausgeschlossen sind, da dem Leistungsanspruch des Versicherten auch in dieser Rechtsform nachgekommen wird. Ist die Kasse jedoch lediglich Mieter/Leasingnehmer, so kann auch der Versicherte lediglich berechtigter Besitzer der Sache werden.³¹¹

c) **Wiederverwertbarkeit/Leihe**

Bei haltbaren und damit mehrfach verwendbaren Hilfsmitteln kommt vorrangig eine leihweise Überlassung an die Versicherten in Betracht. Die Bewilligung einer Hilfsmittelneuersorgung über einen zugelassenen Leistungserbringer kann dem Versicherten also mit dem Hinweis auf eine Versorgung aus dem vorhandenen Bestand der Hilfsmittel bei der Krankenkasse versagt werden oder eine Erstversorgung findet unter dem Aspekt einer zeitlich beschränkten Überlassung des Hilfsmittels statt. Dies ist insbesondere bei größeren und damit auch teureren Hilfsmitteln der Fall.³¹² Die Krankenkasse schließt dabei, nach Genehmigung dieser Versorgungsart mit dem Versicherten einen Leihvertrag, bei dem die wesentlichen Vorschriften der §§ 598 ff. BGB zur Anwendung kommen. Insbesondere die Verpflichtung zum vertragsgemäßen Gebrauch (§ 603 BGB) und die Rückgabepflicht gemäß § 604 BGB.

Die Wiederverwendbarkeit eines Hilfsmittels und damit die Mehrfachnutzung bedingt die Schaffung organisatorischer Voraussetzungen, die entweder durch die Einbindung der Leistungserbringer oder in Eigenregie der Krankenkasse erfolgt. Fraglich ist, ob sog. Selbstabgabestellen im Rahmen der Wiederverwendbarkeit eines Hilfsmittels zulässig sein

³¹¹ Zum notwendigen Wandel in der Erwartungshaltung der Versicherten: Behrends, aaO (Fußnote 302), der vom Regelfall „Eigentumserwerb des Versicherten“ ausging; zur Schadensersatzhaftung der Krankenkasse, wenn das von der Krankenkasse gemietete Objekt von Versicherten nach Ablauf der Mietzeit nicht an den Leistungserbringer zurückgegeben wird: SG Wiesbaden, Az.: S 2 KR 1261/00.

³¹² Rollstühle, Krücken, Lifter, Pflegebetten etc. vgl. oben II.3.e) hh) und II.4 b) dd).

können.³¹³ Der BGH hat Eigeneinrichtungen der Krankenkassen grundsätzlich für wettbewerbswidrig qualifiziert.³¹⁴ Dies kann für die Neuversorgung mit Hilfsmitteln akzeptiert werden, da insoweit eine Konkurrenz zum bestehenden Markt der Leistungserbringer entstehen würde. Bei der Wiederverwendbarkeit eines Hilfsmittels, das bereits im Eigentum der Krankenkasse steht, kann eine Wettbewerbsverzerrung jedoch nur eingeschränkt eintreten.³¹⁵ Das BSG hat in diesem Verhalten keinen Verstoß gegen den die Leistungserbringer schützenden Art. 12 GG gesehen, da bezogen auf den Gesamtbereich der Hilfsmittelabgabe dem Wert und der Gewichtigkeit der Mehrfachabgabe bei einzelnen Heilmitteln eine ungleich geringere Bedeutung zukomme.³¹⁶ Wenn im Zuge der wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten die eigenen Hilfsmittel der Krankenkassen ohne weitere Einschaltung der Leistungserbringer zur Mehrfachversorgung eingesetzt werden, ist dies auch wettbewerbsrechtlich keine ins Gewicht fallende Betätigung im Markt der Hilfsmittelabgabe.³¹⁷

Die Problematik ergibt sich in diesen Fällen jedoch aus § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V, wonach Hilfsmittel nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden dürfen und Krankenkassen keine eigene Zulassung haben.³¹⁸ Die Frage ist daher, ob bei der Mehrfachnutzung

³¹³ Unproblematisch in diesem Zusammenhang ist die in der Praxis vorherrschende Lagerhaltung der Krankenkasse (Verwaltung von Eigentum) verbunden mit einer Abgabe durch zugelassene Leistungserbringer (OLG Stuttgart; Urteil vom 30.04.1999, Az.: 2 U 265/98).

³¹⁴ BGH NJW 1982, Seite 2117.

³¹⁵ Wenn man die Betätigung der Leistungserbringer bei der Abgabe (Reparatur, Anpassung etc.) des Hilfsmittels ebenfalls als wettbewerbsrechtlich geschütztes Handlungsfeld auffasst (und nicht lediglich den Verkauf von Neuprodukten), ist das Verhalten der Krankenkassen beim Wiedereinsatz gegenüber den Leistungserbringern relevant.

³¹⁶ BSG NJW 1989, 2773.

³¹⁷ Vgl. BGH-Urteil vom 24.06.2003, NZS 2004, Seite 33 ff.; selbst die Bindung einer Krankenkasse an einen oder wenige Leistungserbringer, der bzw. die sich in einem Ausschreibungsverfahren durchgesetzt hat/haben, wurde nicht als Wettbewerbsverstoß oder als Verletzung der Wahlfreiheit der Versicherten qualifiziert, da die Pluralität der Leistungserbringer beim Wiedereinsatz per se eine völlig untergeordnete Rolle spielt.

³¹⁸ Zum Sachleistungsprinzip vgl. oben II.3. c). Zum Dienstleistungsauftrag der Krankenkasse im Sachleistungsprinzip allgemein vgl. Krasney, SGB 2003, Seite 611 f.

ebenfalls eine Abgabe i.S. des § 126 SGB V vorliegt. Unter Abgabe ist sicherlich jede Art der Versorgung zu verstehen. Auch derjenige Versicherte, der mit einem bereits benutzten Hilfsmittel ausgestattet werden soll, hat denselben Leistungsanspruch gegenüber der Krankenkasse, wie derjenige, der mit einem Neugerät ausgestattet wird. Abgabe ist daher nicht lediglich die Erstabgabe bzw. Neuversorgung, sondern jegliche Leistungsgewährung gegenüber den Versicherten. Es stellt sich dann die Frage, ob nicht § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V einschränkend dahingehend zu interpretieren ist, dass von dem formalen Zulassungserfordernis abgesehen werden kann, wenn die Versorgung durch die Krankenkasse selbst erfolgt, da die Zulassungsvoraussetzungen letztendlich nichts anderes bezwecken, als eine sachgerechte Abgabe, die den Wirtschaftlichkeitsvorgaben im Kosteninteresse der Krankenversicherung entspricht. Mit der Zulassung werden Leistungserbringer in die Sachleistungserbringung durch die Krankenkasse eingebunden. Deshalb kann, wenn die funktionsgerechte Abgabe und Anpassung durch die Krankenkasse selbst sichergestellt ist (z.B. durch entsprechend ausgebildete angestellte Krankenkassenmitarbeiter), im Sonderfall der Mehrfachabgabe von den formalen Zulassungsanforderungen abgesehen werden, da die grundrechtlichen und wettbewerblichen Aspekte der Leistungserbringer bei bereits im Eigentum der Krankenkasse stehenden Gegenständen in den Hintergrund treten und alle übrigen Voraussetzungen i.S. des § 126 SGB V (ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Abgabe) durch entsprechend ausgebildetes Personal gewährleistet werden können. Es ergibt sich daher kein Wertungswiderspruch zu § 126 SGB V, wenn Krankenkassen selbst, also ohne Einschaltung zugelassener Leistungserbringer, eine Mehrfachnutzung von Hilfsmitteln praktizieren. Dies kann jedoch nur für diesen gesetzlich geregelten Sonderfall gelten, da das SGB V im Übrigen gerade nicht von der direkten Leistungserbringung durch die Krankenkasse ausgeht. Dies ergibt sich unter anderem ausdrücklich aus § 140 Abs. 2 SGB V,

in dem eine direkte Versorgung der Versicherten nur im Sicherstellungsnotstand vorgesehen ist.³¹⁹

Dass sich die Krankenkassen bei dieser Versorgungsform absichern müssen, versteht sich, denn neben § 599 BGB kann auch das Produkthaftungsgesetz (z.B. Veränderung der Produkte im Rahmen der Instandhaltung) und das Medizinproduktegesetz (MPG) sowie die darauf basierende Betreiberverordnung (MPG-BetreibV) anwendbar sein,³²⁰ so dass sich auch aus dieser Haftungssituation heraus entweder die Einstellung sachkundiger Mitarbeiter zur Reparatur, Wartung und funktionsgerechten Zweit- und Mehrfachabgabe und Anpassung der Hilfsmittel oder die Einbindung der zugelassenen Leistungserbringer ergibt. Ob deshalb diese Form der Selbstabgabe bei Mehrfachnutzung überhaupt für Kranken- und Pflegekassen sinnvoll ist, muss dort unter betriebswirtschaftlicher Bewertung entschieden werden.

Erfolgt eine solche Versorgung des Versicherten, entfällt die privatrechtliche Ebene, die der Versicherte im Regelfall mit dem Leistungserbringer begründet und es entsteht ein rein hoheitlich geprägtes Versorgungsverhältnis zwischen Krankenkasse und Versichertem, das in der direkten Erfüllung des Leistungsanspruchs besteht, auch wenn im Rahmen dieser Abwicklung auf die Vorschriften des BGB's zur Leihe Bezug genommen wird.

³¹⁹ Im Fall der Mehrfachnutzung handelt es sich nicht um den Fall einer Eigeneinrichtung gemäß § 140 SGB V, da insoweit lediglich eine Verwaltung und wirtschaftliche Nutzung bereits vorhandenen Eigentums der Krankenkasse erfolgt.

³²⁰ Die Betreibereigenschaft nach der MPG-BetreibV vom 29.06.1998 ist nach § 1 Abs. 2 Ziff. 3 ausgeschlossen, wenn die Medizinprodukte weder gewerblichen noch wirtschaftlichen Zwecken dienen und in deren Gefahrenbereich keine Arbeitnehmer beschäftigt sind. Davon dürfte beim Wiedereinsatz von Hilfsmitteln durch die Krankenkasse/Pflegekasse Versicherten gegenüber regelmäßig auszugehen sein, da auch eine Abgabe im Bereich der ambulanten Pflege zur anschließenden Eigenanwendung beim Versicherten (privater Bereich) erfolgt. Eine sozialversicherungsrechtliche Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Leistungsabgabe ist insofern unabhängig von einer technischen Überwachungsverpflichtung nach MPG und MPG-BetreibV (Ratzel, Seite 560 ff.). Zumindest fehlt es regelmäßig an einer tatsächlichen Sachherrschaft von Kranken- und Pflegekasse (tatsächlicher Einfluss auf den üblichen Umgang mit den Medizinprodukten – Abgabe/Rückgabe), so dass die Betreibereigenschaft jedenfalls deshalb zu verneinen ist (Niedersächsisches OVG, Urteil vom 17.09.2002; Az.: 11 LC 150/02, bestätigt durch BVerwG - Urteil vom 16.12.2003, Az.: 3 C 47/02).

4. Haftung und Leistungsstörungen

Da die Leistungserbringer sowohl im Bereich der Heilmittel wie auch im Bereich der Hilfsmittel grundsätzlich ihre Leistung in eigener Verantwortung in Erfüllung des Dienstleistungs- und Lieferungsvertrages erbringen, sind sie weder Erfüllungsgehilfen³²¹ gemäß § 278 BGB noch Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB der Krankenkassen.³²² Dass mit der Leistungsbewirkung übergeordnet der Sachleistungsanspruch des Versicherten durch die Krankenkasse erfüllt wird, ist nur eine mittelbare Wirkung, die nicht dazu führen kann, den Kranken- oder Pflegekassen haftungsrechtlich das Verhalten der Leistungserbringer zuzurechnen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Trennung von Kostenträgerschaft der Kasse und Leistungserbringung durch Dritte. Bestätigt wird dies durch die Erwartungshaltung der Versicherten, die zwar die Kostenträgereigenschaft der Kranken- und Pflegekasse realisieren, aber den Leistungserbringer als unmittelbaren Vertragspartner der empfangenen Ware oder Dienstleistung ansehen. Deshalb kommt eine Haftung der Krankenkasse auf Schadensersatz bei fehlerhafter Leistungserbringung durch den Leistungserbringer grundsätzlich nicht in Betracht.³²³ Auch ist weder der verordnende Vertragsarzt noch der Leistungserbringer selbst Beamter im staatsrechtlichen Sinne, so dass eine Amtshaftung gemäß § 839 BGB ihnen gegenüber ausscheidet.³²⁴ Es verbleibt daher zunächst bei den zivilrechtlichen Ansprüchen der Versicherten aus vertraglicher bzw. deliktischer Grundlage (ggf. i.V.m. dem MPG) oder dem Produkthaftungsgesetz gegenüber dem Leistungserbringer.³²⁵

³²¹ Während bei einer selbständigen Tätigkeit § 831 BGB verneint wird, kann Erfüllungsgehilfe auch der sein, der keinem Weisungsrecht des Schuldners unterliegt (BGH NJW 1993, Seite 1705). Auch eine öffentliche Beziehung zwischen Schuldner und Hilfsperson hindert nicht, von einem Erfüllungsgehilfen auszugehen (BGH NJW 1984, Seite 1740).

³²² Eichenhofer, SGB 2003, Seite 367; A.A. Beuthien, MedR 94, Seite 253 ff, 255.

³²³ Zur Ausnahme bei einer Leistungserbringung durch die Krankenkasse selbst, siehe vorgehend unter III.3.c.

³²⁴ Borchert, Seite 268 f; nur in Ausnahmefällen kommt ein Amtshaftungsanspruch in Betracht: Truppenarzt (BGH-Urteil vom 06.06.1989, Az.: III ZR 79/88), angestellte Ärzte bei Körperschaften (BGH-Urteil vom 19.12.1960, Az.: II ZR 185/60).

³²⁵ Zum Anspruch der Krankenkassen gegen die Leistungserbringer: siehe auch unten V.6; zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Pflegekassen wegen mangelhafter Pflegebetten

Diese Ansprüche können in der Praxis jedoch nur eingeschränkt wahrgenommen werden. Was bewirkt ein Gewährleistungsanspruch des Versicherten, wenn der Leistungserbringer sein Geld längst von der Krankenkasse überwiesen erhalten hat? Andererseits sind solche vertraglichen Auseinandersetzungen zwischen Versicherten und Leistungserbringern nach den Vorstellungen des Leistungsrechts im SGB V nicht gewollt (unbenommen der Ansprüche des Versicherten nach § 823 BGB oder Produkthaftungsgesetz bzw. dem MPG). Kranken- bzw. Pflegekassen trifft eine eigene Verantwortung bei der Leistungserbringung, denn nur bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Dienstleistungs-/Lieferungsvertrages erlischt der Leistungsanspruch des Versicherten.

Die Überlagerung mit Vorschriften des SGB V, die im Ergebnis dazu führen, dass mit Vorlage der KV-Karte die Krankenkasse/Pflegekasse zur Kostentragung verpflichtet wird und diese damit ihrem gegen sie gerichteten Leistungsanspruch nachkommt, muss im Bereich der Leistungsstörungen ebenfalls dazu führen, dass die Krankenkasse/Pflegekasse mitverantwortlich für die durchgeführte Leistungserbringung ist und damit auch Anspruchsinhaber für evtl. sich ergebende vertragliche Gewährleistungsansprüche wird. Das heißt, wird von Versicherte die Qualität der Leistungserbringung der Krankenkasse oder Pflegekasse gegenüber bemängelt, so kann darin die Abtretung der beim Versicherten entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche enthalten sein mit der Folge, dass Kranken- und Pflegekassen für die Geltendmachung entsprechender Ansprüche zuständig werden.³²⁶ Da insoweit das Gesamtverhalten des Leistungserbringers zu bewerten ist, fällt den Kassen ein Ermessen zu, diese Verstöße bei der Leistungserbringung weiterzuverfolgen. Dies kann sowohl einzelfallbezogen dadurch erfolgen, dass konkrete Gewährleistungsansprüche gegenüber den Leistungserbringern geltend gemacht oder, dass (z.B.

gegenüber Leistungserbringern und Herstellern vgl. Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes, Az.: II5-5710-1492/2001 vom 02.12.2003; vgl. auch Eichenhofer, aaO (Fußnote 322), Seite 366.

³²⁶ Bei Heimbewohnern kann sich ein Anspruch auch aus positiver Forderungsverletzung gegen den Heimträger richten, wenn Hilfsmittel eingesetzt werden, die nicht dem anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse - § 28 Abs. 3 SGB XI - entsprechen (Landgericht Berlin, Urteil vom 24.07.2003, Az.: 31 O 17/03).

bei gehäuften Verstößen) zulassungsrechtliche Konsequenzen für den Leistungserbringer gezogen werden.³²⁷ Dabei ist zu beachten, dass der Anspruch auf Minderung nur sehr eingeschränkt zur Anwendung kommen kann, da das Leistungsrecht sehr konkrete Anforderungen an die Leistungserbringung stellt. Wird z.B. im Heilmittelbereich eine bestimmte physiotherapeutische Maßnahme ohne die entsprechende Ausbildung erbracht, ist die Leistung vom Leistungserbringer nicht abrechenbar, da sie insgesamt nicht dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz entspricht (Zweckmäßigkeit) – mithin konnte sie der Versicherte nicht beanspruchen, der Leistungserbringer hätte sie nicht bewirken dürfen und die Krankenkasse konnte sie nicht bewilligen bzw. wenn sie dennoch erbracht wurde, kann sie sie nicht vergüten (§ 12 Abs. 1 SGB V, § 30 Abs. 1 SGB IV). Ob dann der Versicherte selbst weitergehende Ansprüche (z.B. gemäß § 823 Abs. 1 BGB, bei Hilfsmitteln auch gemäß § 823 Abs. 2 i.V.m. dem MPG) geltend machen kann, ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig.

Bei bestimmten Hilfsmitteln werden gemäß § 139 Abs.1 Satz 1 SGB V Qualitätsstandards entwickelt. Diese Qualitätsstandards werden im Hilfsmittelverzeichnis nach § 128 SGB V veröffentlicht. Sie bilden den Maßstab für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung und definieren im Einzelfall die ausreichende, zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Versorgung des Versicherten mit dem entsprechenden Hilfsmittel. Nur wenn dieser Standard eingehalten wird, entspricht die Leistung den Anforderungen des SGB V. Werden diese Standards nicht eingehalten, kommt ebenfalls grundsätzlich eine Vergütung nicht in Betracht, da der Leistungsanspruch des Versicherten nicht erfüllt wurde. Ist eine Vergütung durch die Kranken- und Pflegekasse aber tatsächlich erfolgt, weil der Mangel der Leistungserbringung dort gar nicht bekannt wurde, ist es im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass der Versicherte nichts unternimmt oder selbst gegenüber dem Leistungserbringer einen vertraglichen Gewährleistungsanspruch geltend macht (z.B. Minderung) und damit ein niedrigeres Leistungsniveau freiwillig akzeptiert, obwohl eine solche Leistungserbringung nicht den Qualitätsanforderungen des gesetzlichen Kran-

³²⁷ Vgl. unten IV.3.f), IV.4.d); zur Gewährleistung bei untauglichem Blindenführhund: Landgericht Landshut, Urteil vom 13.02.2003, Az.: 43 O 314/02.

ken- oder auch Pflegeversicherungsrechts entspricht und damit der Anspruch des Versicherten eigentlich nicht erfüllt werden konnte. Diese Konsequenz ist bedingt durch die Primärbetroffenheit des Versicherten bei Leistungsstörungen.

Kranken- und Pflegekassen sind daher auch nach durchgeführter Versorgung zur Überwachung des Qualitätsniveaus bei der Leistungserbringung berufen. Regelungen zu den Maßnahmen bei nicht ordnungsgemäßer Leistungserbringung finden sich in den Rahmenverträgen mit den Leistungserbringern. Dort sind neben der Gewährleistung³²⁸ auch weitere Sanktionen bis hin zur Vertragsstrafe und dem Schadensregress geregelt, die zumeist von einem Gremium (z.B. „Vertragsausschuss“) festgelegt werden, das sich aus Vertretern der Kranken- und Pflegekassen und Vertretern der Leistungserbringer bzw. des vertragsschließenden Verbandes zusammensetzt. Den Maßnahmen einer solchen Schlichtungsstelle zur Gewährleistung einer vertragskonformen Erfüllung vertraglichen Verpflichtungen unterwerfen sich die Vertragspartner und die gebundenen Mitglieder / Mitgliedskassen freiwillig. Für Leistungserbringer soll damit ein ggf. in Betracht kommender Widerruf der Zulassung vermieden werden. Gleichzeitig wird damit ein Forum zur Erörterung und Beilegung von Problem- und Grenzfällen geschaffen.

5. Wahlrecht der Versicherten zwischen den zugelassenen Leistungserbringern

a) Rechtliche Grundlage

Das Wahlrecht im Bereich der sonstigen Leistungserbringer ist weder im SGB V noch im SGB XI ausdrücklich verankert.³²⁹ In der Begründung des Regierungsentwurfs zum GRG ist ausgeführt, dass die Kran-

³²⁸ Die eigenständige Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch die Kasse kann auch rahmenvertraglich normiert sein.

³²⁹ Vgl. zum Vertragsarztrecht § 76 SGB V; nach dem BSG basiert das Wahlrecht auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 1 und 2 GG) – BSGE 73, Seite 62 ff, 71.

kenkassen beim Vertragsschluss mit Leistungserbringern die Pluralität der Angebotsstruktur zu beachten haben, weil nur dadurch die Wahlfreiheit des Versicherten gewahrt werden könne.³³⁰ Der Gesetzgeber setzt daher eine Wahlfreiheit voraus. Diese Wahlfreiheit ist für das Verhältnis zum Leistungserbringer zwingend erforderlich und steht in enger Beziehung zu §§ 17 und 33 SGB I,³³¹ bzw. § 2 Abs. 2 SGB XI und § 9 SGB IX. § 33 Satz 2 SGB I und § 9 Satz 1 SGB IX sind daher i.V.m. der dem SGB V zugrundeliegenden Wertung des Leistungs-/Leistungserbringerrechts, das in § 2 Abs. 3 SGB V zum Ausdruck kommt und letztlich auf Art. 2 Abs. 1 GG basiert, der Anknüpfungspunkt für das freie Wahlrecht der Krankenversicherten, das auch in Bezug (Beachtung der Vielfalt der Leistungserbringer) auf die zugelassenen Heil- und Hilfsmittelerbringer zur Anwendung kommt.³³²

Das freie Wahlrecht der Versicherten ergibt sich auch aus dem im Gesetz vorgesehenen Zulassungssystem, das einen freien Wettbewerb unter allen zugelassenen Leistungserbringern im Rahmen der GKV-Versorgung fördern will. Weder der verordnende Arzt noch die kostentragenden Krankenkassen sollen auf den Leistungsinhalt über die Auswahl des Leistungserbringers Einfluss nehmen können, da die Versorgung grundsätzlich über den „Markt“ der zugelassenen Leistungserbringer erfolgen muss. Findet sich im Gesetz keine Rechtsgrundlage für ein Recht, dem Versicherten einen bestimmten Leistungserbringer vorzuschreiben,³³³ muss in Ansehung des dem Leistungserbringer zustehenden Grundrechts aus Art. 12 GG, in das nur durch eine gesetzliche Regelung eingegriffen werden kann, und dem auf dem Markt der Leistungserbringer geltenden Wettbewerbsrecht gefolgert werden, dass ein

³³⁰ BR-Drucksache 200/88.

³³¹ Vgl. Schulin in HS-KV § 6 RNr. 231 ff.

³³² Eichendorfer begründet das Wahlrecht zudem mit der Mündigkeit des Versicherten, eigenständig ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zum Leistungserbringer eingehen zu können (Ausdruck der Vertragsfreiheit/Abschlussfreiheit): SGB 2003, Seite 368.

³³³ BGH-Urteil vom 28.04.1981: Ausnahme bei Vorliegen von sachlichen Gründen, insbesondere aus ärztlicher Notwendigkeit (veröffentlicht: NJW 1981, Seite 2007 f) oder wie oben dargestellt beim Wiedereinsatz von Hilfsmitteln; für eine Patientensteuerung verbunden mit einer Anbieterselektion: Geck, Seite 150; Einschränkungen des Wahlrechts bedürfen einer gesetzlichen Grundlage: BSG-Urteil vom 24.09.2002, Az.: B 3 A 1/02 R.

freies Wahlrecht der Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern besteht.³³⁴

Dieses Wahlrecht wird auch nicht z.B. durch die Festbetragsregelung begrenzt, denn mit den betroffenen Leistungserbringern bestehen lediglich Preisabsprachen im Verhältnis Krankenkassen - Leistungserbringer; damit wird jedoch nicht unmittelbar in das Verhältnis Versicherter - Leistungserbringer eingegriffen, dessen Entstehung von dem freien Wahlrecht abhängt und damit dem Prinzip der Vertragsfreiheit folgt. Folge dieser Wirtschaftlichkeitsregelung ist deshalb lediglich ggf. die Entstehung eines Restvergütungsanspruchs des Leistungserbringers gegen den Versicherten.³³⁵

b) *Zugelassene Leistungserbringer*

Das Recht der sonstigen Leistungserbringer enthält wie das Vertragsarztrecht ein auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften aufbauendes Zulassungssystem, das die Versorgung der Versicherten sicherstellen soll.³³⁶ Im Verhältnis der Versicherten zu den Leistungserbringern kommen jedoch in der Ausgangssituation privatrechtliche Vorschriften zur Anwendung, überlagert durch öffentlich-rechtliche Regelungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Dass die privatrechtliche Seite zwischen Versicherten und Leistungserbringern im Vordergrund steht, stellt § 76 Abs. 4 SGB V für das Vertragsarztrecht ausdrücklich klar, mit der Folge, dass entsprechend dem Prinzip der Privatautonomie grundsätzlich ein Wahlrecht unter allen Leistungserbringern entstehen muss. Dass dieses Wahlrecht im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung auf den Kreis der Zugelassenen beschränkt sein muss, ergibt sich aus der Funktionalität des Versorgungssystems,

³³⁴ Vgl. auch BGH, GR 1994, Seite 526 f und OLG Dresden vom 23.08.2001, Az.: U 2403/00 Kart.

³³⁵ Siehe oben Seite 65 f.

³³⁶ Dazu unten Teil IV.

das von der Einbindung der Leistungserbringer in die Versorgung abhängt. Dieselben Grundsätze gelten im Recht der sonstigen Leistungserbringer, so dass auch insoweit von einem freien Wahlrecht unter den dortigen zur Leistungserbringung Zugelassenen auszugehen ist.³³⁷ Die Einschränkung auf den Kreis der Zugelassenen bedingt weiter grundsätzlich auch das Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung über die Einzelheiten der Versorgung, insbesondere zum Abgabepreis. Fehlt eine solche Vereinbarung mit einem zugelassenen Leistungserbringer, kann das Wahlrecht auf vertragsgebundene Leistungserbringer beschränkt werden.³³⁸ Dies gilt jedoch dann nicht, wenn nicht vertragsgebundene Leistungserbringer zu besseren Konditionen als die Vertragsgebundenen Heil- oder Hilfsmittel abgeben können. Dann ist auf Grund des Wirtschaftlichkeitsprinzips und dem Gebot, Wünsche des Berechtigten zu berücksichtigen (dazu gehört auch Vermeidung oder Reduzierung von Eigenbeteiligung), das Wahlrecht zu erweitern.³³⁹

c) *Pflegeversicherung*

Auf den Bereich der Pflegeversicherung ist dies zu übertragen. Grundsätzlich ist eine Leistungserbringung auch dort von den im 7. Kapitel genannten Leistungserbringern durchzuführen, sofern nicht im ambulanten/teilstationären Bereich der Vorrang der häuslichen Pflege (§ 3 SGB XI) durch Angehörige und Nachbarn greift, wobei insoweit die Beschränkungen des § 77 SGB XI bei der Leistungserbringung durch die Pflegekassen zu beachten sind.

³³⁷ BSG SozR 3-2500, § 13 Nr. 7 und Nr. 11; diese Rechtsprechung diene als Basis für die gesetzliche Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 2 SGB V a.F., wo für die Kostenerstattung geregelt war, dass nur die im 4. Kapitel des SGB V genannten Leistungserbringer in Anspruch genommen werden können.

³³⁸ Damit wird die grundsätzliche Trennung von Zulassungs- und Vertragsrecht aufgehoben und die eigenständige Statusentscheidung der Zulassung entwertet (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 24.03.2004, Az.: L 5 B 90/03 KR ER).

³³⁹ Urteil des BSG vom 23.01.2003, SGB 2003, Seite 692; ergänzend hierzu: Vergütungsansprüche eines Leistungserbringers erst nach Bewilligung der Versorgung durch die Krankenkasse, SG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2003, Az.: S 34 KR 9/01; zur Einschränkung des Wahlrechts zur Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots bei Dialysefahrten: BSG SozR 3-2500 § 60 Nr. 5, Seite 31.

d) *Ausschluss des Wahlrechts bei Mehrfacheinsatz von Hilfsmittel*

Bei Hilfsmitteln kann das Wahlrecht des Versicherten dann ausgeschlossen sein, wenn eine Verordnung vorliegt, der die Krankenkasse durch einen Wiedereinsatz eines gebrauchten Hilfsmittels nachkommen und eine sog. Eigenversorgung durch bei der Krankenkasse bereits vorhandene Hilfsmittel erfolgen kann. Gleiches gilt beim Mehrfacheinsatz in der Pflegeversicherung. In diesen Fällen muss sich aus der oben dargestellten Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsprinzips über die Vorschriften der § 33 Abs. 5 SGB V/§ 40 Abs. 3 SGB IX ein Ausschluss des Wahlrechts dergestalt ergeben, dass die Versicherten vom Markt der Neuprodukte bei den zugelassenen Leistungserbringern ausgeschlossen sind und auf das bei der Krankenkasse/Pflegekasse vorhandene Material verwiesen werden können. Für diesen Fall muss dem Wirtschaftlichkeitsprinzip Vorrang vor dem Prinzip der Privatautonomie und dem Grundrecht des Leistungserbringers aus Art. 12 GG eingeräumt werden, zumal es sich um eine gesetzlich vorgegebene Sonderform der Versorgung handelt, die regelmäßig außerhalb des Wettbewerbs der Leistungserbringer stattfindet, wenn das Eigentum der Krankenkasse betroffen ist.³⁴⁰ Ein Eingriff in Rechte der Leistungserbringer liegt dabei nicht vor, da auch diese Versorgung inhaltlich der Versorgung mit einem Neuprodukt entsprechen muss und die Abgabe auch beim Mehrfacheinsatz überwiegend durch die zugelassenen Leistungserbringer organisiert wird.³⁴¹

³⁴⁰ Siehe oben 3.c); vgl. BGH-Urteil vom 24.06.2003, NZS 2004, Seite 33 ff.: Verweis auf in einem gesetzlich nicht vorgesehenen Ausschreibungsverfahren ermittelte Leistungserbringer kartell- und sozialversicherungsrechtlich unbedenklich.

³⁴¹ Vgl. Fußnote 313.

e) **Weitergehende Einschränkungen des Wahlrechts des Versicherten**

Fordern Krankenkassen Versicherte auf, bei bestimmten Leistungserbringern zu beziehen oder wollen sie die Versorgung selbst über bestimmte Leistungserbringer organisieren, wird das sozialversicherungsrechtlich verankerte freie Wahlrecht des Versicherten verletzt, so dass solche Maßnahmen, die regelmäßig auch eine wettbewerbrechtliche Problematik beinhalten, bereits sozialversicherungsrechtlich unzulässig und damit rechtswidrig sind, wenn keine rechtfertigenden Gründe vorliegen.³⁴² Eine solche Rechtswidrigkeit liegt auch dann vor, wenn eine Steuerung über die Kostenseite verfolgt und Versicherten gegenüber geäußert wird, unter mehreren Bezugsmöglichkeiten würden nur die Beschaffungskosten übernommen, die der günstigste Anbieter verlangt. Hier wird eine vergleichbare Drucksituation aufgebaut, wie wenn seitens der Kranken- und Pflegekasse direkt ausdrücklich auf diesen Anbieter verwiesen würde.

Eine faktische Einschränkung des Wahlrechts findet dann statt, wenn der Versicherte einen entsprechenden Willen nicht (mehr) äußern kann (z.B. bei Pflegebetten oder der Verabreichung von Sondennahrung an Komapatienten - diese Nahrung wird als Hilfsmittel qualifiziert). In solchen Fällen geht das Wahlrecht auf die Angehörigen über. Deren Wahlentscheidung ist von den Kranken- und Pflegekassen zu akzeptieren. Vielfach wird ein Wahlrecht jedoch faktisch nicht ausgeübt und Leistungserbringer, die z.B. im stationären Bereich eingeschaltet waren, setzen die Leistungserbringung automatisch im ambulanten Bereich fort. Hier ist keine Wahlentscheidung des Versicherten gefallen. Das

³⁴² Beuthien, aaO (Fußnote 322), Seite 261; Wenn sich Angebote im Rahmen von Höchstpreisvereinbarungen halten, stellen finanzielle Erwägungen mit Hinweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot keinen Rechtfertigungsgrund dar; gleiches gilt für die Argumentation mit der Vereinfachung der Leistungsabwicklung, wenn nur mit einem oder wenigen Anbietern zusammengearbeitet wird – dies widerspricht zudem der Verpflichtung der Krankenkasse zur Wahrung der Vielfalt der Leistungsanbieter gemäß § 2 Abs. 3 SGB V, vgl. auch BSG-Urteil vom 23.01.2003, Az.: B 3 KR 7/02 R.

bedeutet aber nicht, dass Kranken- und Pflegekassen diese fehlende Entscheidung des Versicherten durch eine eigene ersetzen können. Vielmehr müssen und können sie in diesen Ausnahmefällen die Leistungserbringung lediglich auf ihre Wirtschaftlichkeit im Rahmen des Bewilligungsverfahrens überprüfen.³⁴³

6. Zusammenfassung

Die bei Heilmitteln stattfindende Dienstleistung, wie auch der Hilfsmittellieferungsvertrag gehen auf privatrechtliche Verträge zwischen den Versicherten und den Leistungserbringern zurück. Durch Vorlage einer Verordnung, der Krankenversichertenkarte oder durch die Bewilligung der Kranken- oder Pflegekasse wird die privatrechtliche Beziehung durch öffentlich-rechtliche Vorschriften des Kranken- oder Pflegeversicherungsrechts überlagert und aus einer ursprünglich zweiseitigen privatrechtliche Beziehung wird eine dreiseitige Beziehung. Das auf dem öffentlich-rechtlichen Zulassungssystem aufbauende Verhältnis zwischen Krankenkasse/Pflegekasse und Leistungserbringer beeinflusst daher auch die tatsächliche Leistungserbringung und die Abrechnung gegenüber den Versicherten.

Auch bei Leistungsstörungen sind die im SGB V oder SGB XI vorgesehenen Regelungen bzw. die dort enthaltenen Wertvorstellungen mitzubersichtigen, was zu einer modifizierten Betrachtung der zivilrechtlichen Ansprüche führen muss. Deshalb können diese Rechte auch von den am privatrechtlichen Ausgangsverhältnis nicht unmittelbar beteiligten Kranken- und Pflegekassen wahrgenommen werden.

Unter den zugelassenen Leistungserbringern haben die Versicherten grundsätzlich ein freies Wahlrecht. Diese aus der Privatautonomie und den Grundrechten der Leistungserbringer abzuleitende Freiheit ist von den Kranken- und

³⁴³ Vgl. auch Fußnote 176 a.E.

Pflegekassen zu beachten, findet aber insbesondere beim Mehrfacheinsatz von Hilfsmitteln seine Grenze.

IV. Das Zulassungsrecht im eigentlichen Sinne bei Heil- und Hilfsmitteln

1. Arten von Leistungserbringern und deren Organisation

Im Bereich der Heil- und Hilfsmittel wird im SGB V dahingehend differenziert, dass in §§ 124, 125 SGB V (5. Abschnitt) die Beziehungen zu den Leistungserbringern von Heilmitteln und in den §§ 126 bis 128 SGB V (6. Abschnitt) die Beziehungen zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln geregelt werden. Bei den Leistungserbringern von Heilmitteln handelt es sich um medizinisch orientierte Berufe, die im direkten Kontakt mit den Patienten Gesundheitsleistungen erbringen und bei denen heilende, übende oder helfende Dienstleistungsverfahren angewandt werden. Folgende vom Gesetzgeber nur beispielhaft aufgezählte Berufsgruppen gehören hierzu: Leistungserbringer von physikalisch-therapeutischen Leistungen (Physiotherapeuten, Masseur, Krankengymnasten, Masseur und medizinische Bademeister), Logopäden und andere Sprachtherapeuten, Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten.

Bei den Leistungserbringern von Hilfsmitteln handelt es sich um Berufsgruppen, die den Versicherten die sächlichen Mittel verschaffen. Traditionell sind dies die sog. „Handwerksberufe im Gesundheitswesen“ (Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädiemechaniker und Bandagisten, Orthopädieschuhmacher etc.), aber auch die Fachhändler, die industriell hergestellte Ware vertreiben (Sanitätsfachhandel).

Während im Vertragsarztrecht die leistungserbringenden Ärzte mit ihrer Zulassung ordentliches Mitglied der für den Vertragsarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung werden, mithin ein öffentlich-rechtliches Mitgliedschaftsverhältnis kraft Gesetzes angeordnet wird - also Ärzte damit auch eine öffentlich-rechtliche Rechtsposition als Teil der GKV erlangen (§ 77 Abs. 3, 77

Abs. 1, 75 Abs. 1 SGB V), fehlt eine entsprechende Einbindung im Bereich der Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln.³⁴⁴ Gleiches gilt im SGB XI.

Eine Einbindung der Leistungserbringer in das gesetzliche Versorgungssystem von Kranken- und Pflegekasse soll nach dem Willen des Gesetzgebers aber über die Zulassung bzw. über Verträge stattfinden (§§ 125, 127 SGB V, § 78 SGB XI). Anders als bei der gesetzlich vorgesehenen Interessenvertretung bei den ärztlichen Leistungserbringern sind in diesem Bereich die Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmittel überwiegend in Verbänden organisiert. Diese Verbände sind jedoch höchst unterschiedlich strukturiert. Teils sind es Körperschaften des Öffentlichen Rechts (z.B. Innungen),³⁴⁵ teilweise sind es aber auch Vereine des Privatrechts. Während vielfach größere Kreise der Leistungserbringer den Verbandsorganisationen angehören (z.B. Krankengymnasten),³⁴⁶ finden sich andererseits auch Splittervereine, in denen sich nur sehr vereinzelt Leistungserbringer bestimmter Sparten zusammengefunden haben. Es ist jedenfalls stets davon auszugehen, dass auch Leistungserbringer vorhanden sind, die nicht in Verbänden organisiert sind, da kein gesetzlicher Zwang zu einer Mitgliedschaft in einer solchen Organisation besteht.

³⁴⁴ Zur ärztlichen Zulassung vgl. Großbölting/Jaklin Seite 130 ff.

³⁴⁵ Z.B. Zentralverband der Augenoptiker (ZVA) als Bundesinnungsverband; er ist Dachverband für neun Landesinnungsverbände, in denen die regionalen Innungen zusammengeschlossen sind. Die Mitgliedschaften sind freiwillig, aber nahezu 100%ig. Weitere Berufsorganisationen sind die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker, der Bundesinnungsverband für Orthopädietechnik, der sich in 16 regional organisierten Innungen untergliedert, in denen Sanitätsfachgeschäfte und orthopädische Werkstätten vertreten sind; sowie der Bundesinnungsverband für Orthopädieschuhtechnik, der sich in Landesverbände pro Bundesland unterteilt.

³⁴⁶ So ist z.B. Berufsorganisation der Masseure bzw. der Masseure und medizinische Bademeister der „Verband physikalische Therapie - Bundesvereinigung für Masseure, Masseure und medizinische Bademeister, Krankengymnasten e.V. (VPT)“ oder der „Verband Deutscher Badebetriebe e.V. (VDB)“. Beide Berufsverbände sind in Landesgruppen bzw. in Landesverbände untergliedert. Berufsverband der Krankengymnasten ist der „Deutscher Verband für Physiotherapie - Zentralverband der Krankengymnasten e.V. (ZVK)“ oder der „Interessenverband freiberuflicher Krankengymnasten e.V. (IFK)“, die sich ebenfalls in Landesverbände untergliedern. Je nach Satzungsinhalt wird differenziert, ob freiberuflich Tätige, Angestellte, Praktikanten und Gewerbetreibende als Mitglieder aufgenommen werden können. Weitere Berufsorganisationen sind z.B. der „Zentralverband der Logopädie e.V. (ZVL)“, die „Deutsche Gesellschaft für Sprach-Heilpädagogik e.V. (dgs)“ und der „Verband der Beschäftigungs- und Arbeitstherapeuten“.

2. **Berufsrecht (Gewerberecht/Handwerksrecht)**

Für nahezu alle Heil- und Hilfsmittel-Lieferanten hat der Gesetzgeber öffentlich-rechtliche Berufszugangsvoraussetzungen bereits im sog. Berufsrecht der in diesem Bereich Tätigen geschaffen. Während zu den Heilmittelerbringern überwiegend die freiberuflichen Berufsgruppen gehören, für deren Ausübung eine staatliche Anerkennung vorausgesetzt wird, müssen die Hilfsmittelerbringer als sog. „Gesundheitshandwerker“ überwiegend eine Prüfung vor der zuständigen Handwerkskammer ablegen.

a) **Heilmittelerbringer**

Die berufsrechtlichen Regelungen finden sich in den jeweiligen, den einzelnen Berufsgruppen zugeordneten Berufsgesetzen. Auf der Grundlage dieser Berufsgesetze sind Rechtsverordnungen als Ausbildungs- und Prüfungsordnungen ergangen, die die Ablegung einer staatlichen Prüfung am Schluss der Ausbildung festlegen. Mit dem erfolgreichen Abschluss der Ausbildung ist die Erlaubnis verbunden, die geschützte Berufsbezeichnung zu führen.³⁴⁷ Diese Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung erteilt die für den Bezirk zuständige Verwaltungsbehörde (z.B. das Regierungspräsidium).

³⁴⁷ So ist z.B. auf der Grundlage des Masseur- und Physiotherapeutengesetzes (MPhG) vom 26.05.1994 (BGBl I, Seite 1084) - Abschnitt 2: Ausbildung als Masseur und medizinischer Bademeister, Abschnitt 3: Ausbildung als Physiotherapeut - die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Masseur und medizinische Bademeister vom 06.12.1994 (BGBl I, Seite 3770) und die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Physiotherapeuten vom 06.12.1994 (BGBl I, Seite 3786) ergangen. Nach den dortigen Regelungen kann die Erlaubnis zur Berufsausübung unter der Bezeichnung „Masseur“ nur erteilt werden, wenn der Nachweis erbracht wird, dass an einem einjährigen Lehrgang an einer staatlich anerkannten Fachschule teilgenommen, eine Prüfung vor einem staatlichen Prüfungsausschuss bestanden und eine praktische Ausbildung von einem weiteren Jahr an einer zur Ausbildung ermächtigten Krankenanstalt abgeleistet wurde.

b) **Hilfsmittel-Lieferanten**

Im Hilfsmittelbereich erfolgt die Leistungserbringung insbesondere durch freie Handwerksberufe. Diese sog. „Gesundheitshandwerker“ sind wie alle Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden, in der Anlage A der Handwerksordnung aufgeführt. In der Gruppe VI (Gewerbe für Gesundheits- und Körperpflege sowie der chemischen und Reinigungsgewerbe) sind aufgeführt Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädiemechaniker, Bandagisten und Orthopädieschuhmacher.³⁴⁸ Auf der Grundlage der §§ 25, 45 HWO sind Ausbildungsordnung bzw. Verordnungen über das Berufsbild bzw. die Anforderungen an die Meisterprüfung der einzelnen Berufe ergangen.³⁴⁹ Die Prüfungen sind vor der zuständigen Handwerkskammer abzulegen. Nach § 1 Abs. 1 HWO ist der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen bzw. Personengesellschaften gestattet. Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle ist das Bestehen der Meisterprüfung (§ 7 HWO).³⁵⁰ Bei einer unzumutbaren Belastung für die Ablegung der Meisterprüfung kommt eine Ausnahmegewilligung gemäß § 8 HWO in Betracht, wenn die entsprechenden notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen werden können.

³⁴⁸ Das Augenoptiker-Handwerk z.B. geht bis auf die Brillenmacherzünfte des Mittelalters zurück und beinhaltet nach der Verordnung über die Berufsausbildung zum Augenoptiker vom 04.03.1997 (BGBl I, Seite 436) eine dreijährige praktische Ausbildung in einem Handwerksbetrieb sowie parallel eine theoretische Ausbildung in der Berufsschule. Tätigkeitsschwerpunkte sind z.B.: Durchführung von Brillenglasbestimmungen, Anfertigung einer Sehhilfe in eigener Werkstatt, individuelle Brillenanpassung etc. Nach einer Zwischenprüfung erfolgt die Gesellenprüfung vor einer Prüfungskommission der Innung. Danach besteht die Möglichkeit der Fortbildung an einer Fachschule oder Fachhochschule zum staatlich geprüften Augenoptiker, verbunden mit der Ablegung der Meisterprüfung im Augenoptikerhandwerk. Nach Eintragung in die Handwerksrolle ist der Augenoptiker-Meister berechtigt, seinen Beruf als selbständiges Handwerk auszuüben.

³⁴⁹ Die Ausbildungsdauer soll i.d.R. nicht mehr als drei Jahre und nicht weniger als zwei Jahre betragen. In den Ausbildungsordnungen werden die Fertigkeiten und Kenntnisse für die jeweiligen Berufsausbildungen sowie der Ausbildungsrahmenplan festgelegt und die jeweiligen Prüfungsanforderungen aufgestellt.

³⁵⁰ Nach der „Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk“ vom 18.07.2000 (BGBl, Seite 1078) hat eine Meisterprüfung einen sich nach dem jeweiligen Berufsbild ergebenden praktischen und fachtheoretischen, daneben aber auch auf die spätere Selbständigkeit

3. Zulassung der Leistungserbringer nach dem SGB V

a) Heilmittel gemäß § 124 SGB V

Nach § 376 d RVO wurden im Rahmen der Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Leistungserbringer Zulassungsregelungen bis einschließlich 1988 auf privatrechtlicher Basis vereinbart. Dies hat der Gesetzgeber neu strukturiert und durch das Gesundheitsreformgesetz eine eindeutige Zuordnung zum Öffentlichen Recht vorgenommen. Seit 1989 erfolgt die Zulassung durch hoheitlichen Akt (Verwaltungsentscheidung in Form eines Verwaltungsakts gemäß § 31 SGB X). Die Zulassung erfolgt kassenartbezogen vom jeweils zuständigen Landesverband der Krankenkasse bzw. dem Ersatzkassenverband.³⁵¹ Sie berechtigt bundesweit zur Versorgung der Versicherten in der entsprechenden Kassenart³⁵² und ist der statusbegründende Akt, der den Leistungserbringer in das Versorgungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung einbezieht und ihm damit die Möglichkeit verschafft, gegen Vorlage einer vertragsärztlichen Verordnung mit der zulassenden Kassenart erbrachte Leistungen in einem bestimmten Bereich (z.B. Physiotherapie, Ergothera-

bezogenen wirtschaftlichen und rechtlichen Prüfungsteil, sowie einen auf die spätere Ausbildungsstätte bezogenen berufs- und arbeitspädagogischen Teil.

³⁵¹ Der Ersatzkassenverband nimmt dabei als „Beliehener“ hoheitliche Aufgabe wahr (BSGE 77, Seite 108 ff. und BGH-Beschluss vom 25.10.2001, Az.: III ZR 237/00, veröffentlicht in VersR 2002, Seite 847 f).

³⁵² Beispiel: Eine Zulassung der AOK Bayern berechtigt den zugelassenen Leistungserbringer zur Behandlung aller AOK-Versicherten. Wird ein Versicherter der AOK Schleswig-Holstein von diesem Leistungserbringer behandelt, wird durch die Zulassung der AOK Bayern auch eine Zulassung durch die AOK Schleswig-Holstein fingiert und die Abrechnung der Leistungserbringung nach den durch die AOK Bayern vereinbarten Sätzen vorgenommen. Diese praxisgerechte Auslegung des § 124 Abs. 5 SGB V ermöglicht eine Gleichstellung zwischen regional und bundesweit organisierten Kassenarten. Vgl. auch BSG-Urteil vom 23.01.2003, NZS 2004, Seite 38 ff (es sei kein Grund des Gemeinwohls ersichtlich, den Leistungserbringer bei jedem Landesverband derselben Kassenart einem gesonderten Zulassungsverfahren zu unterwerfen, wenn hinsichtlich der berufsrechtlichen Bewertungen ohnehin eine Tatbestandswirkung gelte und das Gesetz über die gemeinsamen Empfehlungen einen einheitlichen Maßstab fordere).

pie, Logopädie) abzurechnen (§ 124 Abs. 5 Satz 2 SGB V).³⁵³ Als hoheitliche Statusentscheidung ist mit der Zulassung aber keine Entscheidung dazu verbunden, unter welchen weiteren Voraussetzungen diese Leistungen zu Lasten der Krankenkassen erbracht und abgerechnet werden können. Die Modalitäten und Bedingungen der Leistungserbringung werden auf vertraglicher Ebene festgelegt.³⁵⁴

§ 124 Abs. 2 SGB V regelt die Voraussetzungen unter denen eine Zulassung erfolgen kann. Dabei wird der Kreis der zulassungsfähigen Personen auf diejenigen beschränkt, die die Anforderungen der Ziff. 1 bis 3 erfüllen. Mit der Formulierung „zuzulassen ist“ hat der Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 12 GG einen Rechtsanspruch auf Zulassung normiert, wenn diese Voraussetzungen erfüllt werden.³⁵⁵ D.h., die Verbände der Kassen, die gemäß § 124 Abs. 5 SGB V für die Zulassung zuständig sind, können grundsätzlich keine weiteren Gesichtspunkte als die vom Gesetzgeber vorgegebenen Kriterien im Zulassungsverfahren berücksichtigen. Deshalb scheidet als Steuerungselement der Krankenkassen insbesondere eine Bedarfsprüfung im Rahmen des Zulassungsverfahrens aus. Problematisch ist aber z.B. der Gesichtspunkt der „Zuverlässigkeit“ eines Leistungserbringers, der in der Praxis eine durchaus wesentliche Rolle spielen kann.³⁵⁶

Eine Zulassung ist von den Landesverbänden der Krankenkassen dann zu erteilen, wenn folgende im Einzelnen näher darzustellenden Voraussetzungen beim Antragsteller vorliegen:

³⁵³ Wird ein Leistungserbringer ohne Zulassung tätig, kann er mit den Krankenkassen weder aus Vertrag, noch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, noch aus ungerechtfertigter Bereicherung eine Vergütung verlangen (Bayerisches LSG, Urteil vom 26.11.1992, Az.: L 4 KR 69/90; veröffentlicht in Breithaupt 1993, Seite 353 ff.); die Zulassung wirkt nicht auf den Zeitpunkt der Antragsstellung zurück, so dass bei Geschäftsaufnahme vor Zustellung der Entscheidung keine Leistungen mit der Krankenkasse abgerechnet werden können; zur Abrechnung bei Wegfall der Mitgliedschaft des Versicherten: BSG vom 17.04.1996, NZS 1997, Seite 76 ff.

³⁵⁴ Vgl. unten V.

³⁵⁵ Dies kann auch einen Schadensersatzanspruch des Antragstellers aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) bedingen, wenn ein Antrag unberechtigt abgelehnt wird (OLG Saarbrücken, VersR 2000, Seite 1237).

³⁵⁶ Siehe unten e) cc).

aa) Ausbildung/Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung (§ 124 Abs. 2 Ziffer 1 SGB V)

Vorausgesetzt wird grundsätzlich eine Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf.³⁵⁷ So wird z.B. nach dem Gesetz über die Berufe in der Physiotherapie vom 26.05.1994³⁵⁸ eine Anerkennung als Masseur und medizinischer Bademeister oder Physiotherapeut gefordert, damit von einer Erlaubnis zum Führen einer Berufsbezeichnung im Bereich der physikalischen Therapie ausgegangen werden kann.³⁵⁹ Zu beachten ist, dass bei § 124 Abs. 2 Ziff. 1 SGB V der Bezug zu § 124 Abs. 1 SGB V herzustellen ist, d.h. dass es bei der Leistungserbringung „insbesondere“ um die Bereiche Physikalische Therapie, Sprachtherapie und Beschäftigungstherapie geht, eine abschließende Umschreibung aller in Frage kommenden Bereiche aber damit vom Gesetzgeber nicht vorgegeben ist.

Fraglich ist daher, ob dies in einer Zusammenschau beider Absätze bedingt, dass eine Zulassung als Leistungserbringer nur in all jenen Dienstleistungsberufen denkbar ist, bei denen es sich um anerkannte Ausbildungsberufe i.S. von § 25 Berufsbildungsgesetz (BBiG) handelt, weil nur insofern eine förmliche Erlaubnis zum Führen einer Berufsbezeichnung gegeben sein kann.³⁶⁰ Nach anderer Ansicht³⁶¹ ist eine extensivere Auslegung wegen § 107 BBiG erforderlich, da für die praktisch relevanten Berufe von Heilmittelerbringern die Berufsausbildung und die Berufsausübung in speziellen, vom Berufsbildungsgesetz unabhän-

³⁵⁷ Siehe oben unter 2.a).

³⁵⁸ Siehe Fußnote 347.

³⁵⁹ Dabei sind Übergangsregelungen für bereits praktizierende Masseur und Krankengymnasten vorgesehen worden: § 16 Abs. 6 des Gesetzes über die Berufe in der Physiotherapie sowie § 124 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 SGB V.

³⁶⁰ In diesem Sinne wohl Hess, in Kasseler Kommentar, § 124 Randnr. 5; unstrittig wäre aber z.B. ein Antrag auf Zulassung als „Kunsttherapeut“ dann abzulehnen, wenn vorgebracht wird, man habe lediglich Erfahrungen an „Waldorfschulen“ gesammelt.

³⁶¹ Hauck/Haines § 124 Randnr. 10.

gigen Gesetzen geregelt ist.³⁶² Wer nach diesen Gesetzen die erforderliche Qualifikation erworben hat, erfülle unstreitig die Zulassungsvoraussetzungen i.S. von § 124 Abs. 2 Nr. 1 SGB V.

Auch nach dieser weiteren Auffassung stellt sich jedoch die Frage, wie mit beruflichen Außenseitern, also mit Antragstellern umzugehen ist, die nicht den formalen Abschluss der primär für den Heilmittelbereich vorgesehenen Berufe vorweisen können. Die Empfehlungen der Spitzenverbände gehen in solchen Fällen davon aus, dass insbesondere zur Deckung von Versorgungslücken³⁶³ eine fachliche Ausbildung ausreichen müsse, die eine qualifizierte Leistungserbringung auf dem fraglichen Gebiet ermöglicht.³⁶⁴ Der Wortlaut der Vorschrift („Erlaubnis zum Führen einer entsprechenden Berufsbezeichnung“) ist nicht weiterführend, da Berufsbezeichnungen, die sich auf Berufe beziehen, deren Inhalt die Dienstleistung Heilmittelabgabe ist, neben den aufgeführten hergebrachten Ausbildungsgängen kaum vorhanden sind. In der Praxis werden solche Zulassungsanträge mit Überqualifikationen oder mit zumindest einen entsprechenden Teilinhalt abdeckenden Sonderqualifikationen (z.B. einschlägige Hochschulabschlüsse) begründet.³⁶⁵ Wird der abgrenzbare Bereich der Leistungserbringung mit einer entsprechenden Qualifikation nachgewiesen und damit die qualifizierte Heilmittelabgabe belegt, ist bei entsprechendem Bedarf im Einzelfall auch die Zulassung für einen Teilbereich der in § 124 Abs. 1 SGB V bei-

³⁶² Im Einzelnen siehe oben unter 2.

³⁶³ Der zulassende Kassenverband hat die Sicherstellung der Versorgung zu gewährleisten; vgl. oben II.3.c) aa), Seite 35 f.

³⁶⁴ Ein Bedarf an Leistungserbringern kann auch im Hinblick auf die Schutzrichtung des Art. 12 GG normerweiternd argumentativ eingesetzt werden, während eine Bedarfsdeckung nicht anspruchsaus-schließend wirken darf – siehe oben Seite 129.

³⁶⁵ Die Ausbildung mit einer höheren bzw. umfassenderen Qualifikation ist z.B. gegeben bei Sprachtherapeuten, die Studienabschlüsse in klinischer Linguistik, Pädagogik und Psychologie aufweisen und damit die Ausbildung eines Logopäden zumindest in Teilbereichen mitumfassen. Deshalb kommt insoweit auch die Zulassung in einem Teilgebiet der Sprachtherapie in Betracht (vgl. BSG vom 25.09.2001, Az.: B 3 KR 13/00 R) und Bieback, Seite 451. Dabei ist der Nachweis bzw. die Anerkennung der Qualifikation durch einen Berufsverband erforderlich oder zumindest dessen Bestätigung, dass die Ausbildung nach ihrer inhaltlichen Ausgestaltung die für die praktische Leistungserbringung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten enthält.

spielhaft aufgezählten Berufsbezeichnungen denkbar.³⁶⁶ Die von § 124 Abs. 2 Nr. 1 SGB V geforderte Qualifikation kann deshalb im Einzelfall auch ohne nachgewiesene Berufsbezeichnung des hergebrachten Heilmittelbereichs nach pflichtgemäßem Ermessen anerkannt werden.

Darüber hinaus wurde die Zulassungsfähigkeit über den auf natürliche Personen bezogenen Wortlaut hinaus (insbesondere in Zusammenschau mit der nachfolgend beschriebenen Zulassungsvoraussetzung -bb) von der Rechtsprechung auf juristische Personen erweitert.³⁶⁷

bb) Berufspraktische Erfahrungszeit bei Zulassungen bis 30.04.2003³⁶⁸

Diese vom Gesetzgeber ursprünglich geforderte Berufspraxis sollte sicherstellen, dass die selbständige Berufstätigkeit der freiberuflichen Leistungserbringung die Anforderungen an Qualität, Sorgfalt und Zuverlässigkeit gewährleistet. Deshalb war in einem 2-Jahres-Zeitraum eine enge fachliche Überwachung und Kontrolle zur Erlangung von Praxiswissen erforderlich. Dies war grundsätzlich nur in unselbständiger Tätigkeit, d.h. in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis/Anstellungsverhältnis möglich, da nur dann eine echte Anleitung durch die entsprechende arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis vorlag und nicht lediglich au-

³⁶⁶ Für Hilfsmittelerbringer einschränkend unten Fußnote 392.

³⁶⁷ Zu diesem „Kunstgriff“ vgl. BSG vom 29.11.1995 und vom 28.02.1996 (SozR 3-2500 § 124 Nr. 2 und Nr. 4), wonach auch juristische Personen (Kapital- und Personengesellschaften) bei § 124 SGB V zulassungsfähig sind, da ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG einen eindeutigen gesetzlichen Ausschluss in § 124 SGB V für jurist. Personen erfordert hätte, wenn diese Berufsausübung nach dem Berufsrecht rechtmäßig erfolge (Tatbestandswirkung berufsrechtlicher Entscheidungen für die Kassenzulassung). Voraussetzung sei jedoch, dass der als fachlicher Leiter angestellte Mitarbeiter der jurist. Person die Zulassungsvoraussetzungen des § 124 SGB V erfülle. Vgl. auch unten e) dd).

³⁶⁸ Zur Streichung dieses Tatbestandsmerkmals nach Aufforderung der Kommission der Europäischen Gemeinschaft gem. Art. 226 EGV, da diese Regelung eine Beschränkung des Niederlassungsrechts nach Art. 43 EGV darstelle: Gesetz zur Änderung von Fristen und Bezeichnungen im Neunten Buch Sozialgesetzbuch und zur Änderung anderer Gesetze vom 03.04.2003, In Kraft getreten am 01.05.2003 – BT-Drucksache 15/124 vom 02.12.2002 und BT-Drucksache 15/317 vom 15.01.2003.

todidaktisch erlangte Fertigkeiten erworben wurden. Die Eröffnung eines 10-Jahres-Zeitraums ermöglichte einen Härtefallausgleich, insbesondere für Frauen, die längere Zeit, z.B. familienbedingt, nicht im Beruf tätig waren. Der 2-Jahres-Zeitraum bezog sich auf eine hauptberuflich vollschichtliche Tätigkeit. Bei Teilzeittätigkeiten war eine entsprechende Verlängerung der Erfahrungszeit erforderlich. Die Rechtsprechung legte dieses Tatbestandsmerkmal eher großzügig aus und berücksichtigte auch Zeiten in selbständiger Tätigkeit, wenn bereits eine Zulassung erfolgt war (z.B. bei Qualifikationserweiterungen) und wenn andernfalls die Selbständigkeit aufgegeben oder unterbrochen und ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nur zum Zweck des Nachweises dieser Erfahrungszeit eingegangen werden musste.³⁶⁹

Der Erwerb des Erfahrungswissens war nur in geeigneten Einrichtungen möglich. Nach den Empfehlungen der Spitzenverbände galten als geeignete Praxen und Betriebe solche, die therapeutische Maßnahmen anboten und durchführten sowie den ärztlichen Behandlungsauftrag und die Aufsicht durch einen zugelassenen Leistungserbringer gewährleisten.³⁷⁰ Vorauszusetzen war also grundsätzlich ein zugelassener Leistungserbringer mit gleichem Leistungsspektrum, der die Überwachung/Anleitung des Auszubildenden übernahm. Eine gleichwertige Ausbildung/Erfahrungssammlung konnte jedoch auch im Einzelfall in Fachkliniken, Rehabilitationseinrichtungen oder Facharztpraxen (sonstige vergleichbare Einrichtungen i.S.v. § 124 Abs. 3 SGB V), ggf. sogar ohne engere Fachaufsicht, erworben werden, zumal die Zahl der Ausbildungsplätze bei zugelassenen Leistungserbringern beschränkt war und ist (Art. 12 GG).³⁷¹ Bei weiterer oder erneuter Zulassung konnte die berufs-

³⁶⁹ BSG SozR 3-2500, § 124 Nr. 7.

³⁷⁰ Ziffer 2.3.1 der Empfehlungen.

³⁷¹ Vgl. BSG SozR 3-2500, § 124 Nr. 8.

praktische Erfahrungszeit auch durch eine selbständige Tätigkeit nachgewiesen werden.³⁷² Insoweit bestand für den zulassenden Landesverband eine Ermittlungs- und Feststellungspflicht zur Erfahrungszeit im Einzelfall. Die Geeignetheit der Einrichtung war dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Bewertung durch den zulassenden Landesverband unterworfen war. Dabei unterlag die Entscheidung zur Anerkennung berufspraktischer Erfahrungszeiten im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG und dem Grundrecht des Antragstellers aus Art. 12 GG jedoch keinen Einschränkungen bei der Rechtskontrolle.³⁷³

cc) Praxisausstattung (§ 124 Abs. 2 Ziff. 2 SGB V)

Weitere Zulassungsvoraussetzung ist die Gewährübernahme des Antragstellers für eine zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungserbringung durch eine entsprechende Praxisausstattung.³⁷⁴ Hierunter fallen insbesondere die vorhandenen Räumlichkeiten, die eingesetzten Geräte sowie alle Einrichtungsgegenstände.³⁷⁵ Die Empfehlungen der Spitzenverbände bzw. die Rahmenverträge enthalten hierzu Einzelheiten, abhängig von der Art der zu erbringenden Dienstleistung. Diese Regelungen sind sowohl Qualitätselement³⁷⁶ wie auch eine spezielle Ausprägung

³⁷² BSG SozR 3-2500, § 124 Nr. 7; Dudda/Stauffenberg, Seite 366 ff.

³⁷³ Die von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen (z.B. Bewertungsspielraum bei Prüfungsentscheidungen – vgl. BVerfGE 84, Seite 34 und 59) waren nicht anwendbar, da es sich hier um keine prüfungssituationsspezifischen Wertungen handelte, sondern die Anerkennung bzw. Nichtanerkennung von Erfahrungszeiten einer objektiv-sachlichen Begründung zugänglich war, die einer Richtigkeitskontrolle unterworfen werden konnte (Maurer § 7, Randnrn. 31 ff., 62). Auch konnte der Regelung in § 124 Abs. 2 Nr. 2 SGB V a.F. nicht entnommen werden, dass der zulassende Landesverband in diesem Zusammenhang zu einer abschließenden Beurteilung ermächtigt worden war (zur normativen Ermächtigungslehre vgl. Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG, Randnr. 185 ff.); zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit den Empfehlungen vgl. unten c) bb).

³⁷⁴ Zur Prüfung dieser Zulassungsvoraussetzung können Berufsverbände beratend/begutachtend von den Kassenverbänden miteinbezogen werden, Rosenthal, WZS 1993, Seite 154 ff.; zur Ortsgebundenheit der Zulassung unten e) dd).

³⁷⁵ Eine wirtschaftliche Kontrolle des Betriebs im Hinblick auf Investitionen, finanzielle Ressourcen, Gewinn- und Verlust-Rechnung ist mit Praxisausstattung sicherlich nicht gemeint (Heinze in HS-KV § 40 Randnr. 26 ff.).

³⁷⁶ Z.B. Festlegung einer Mindestraumhöhe von 2,50 m zur Sicherstellung ausreichender Be- und Entlüftung (BSG SozR 3-2500, § 124 SGB V Nr. 5, SG Stuttgart vom 20.09.2001, Az.: S 10 KR 2500/01 und vom 23.07.2003, Az.: S 10 KR 1352/03).

des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsprinzips des § 12 SGB V im Rahmen der Zulassung, normiert als Zulassungsvoraussetzung.³⁷⁷ Dabei kann jedoch lediglich eine Gewährleistung von Mindeststandards gemeint sein. Es kann einem Leistungserbringer nicht die Zulassung versagt werden, wenn er eine Praxisausstattung vorhält, die über das erforderliche und notwendige Maß hinausgeht, da gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen auch bei „exklusiver“ Leistungserbringung keine höheren Vergütungssätze abgerechnet werden können und außerdem der Leistungsumfang gegenüber GKV-Versicherten festgelegt ist. Auch Leistungsangebote, die über diesen Leistungsumfang hinaus gehen, können und dürfen als Angebote für Privatpatienten oder selbstzahlende GKV-Versicherte von den Zulassungsbehörden mit Blick auf die Berufsfreiheit des Antragstellers gemäß Art. 12 GG nicht verhindert werden.³⁷⁸

**dd) Anerkennung der geltenden Vereinbarungen
(§ 124 Abs. 2 Ziff. 3 SGB V)**

Der antragstellende Leistungserbringer muss die nach § 125 SGB V für die Versorgung der Versicherten abgeschlossenen Vereinbarungen anerkennen. Dies erfolgt durch eine schriftliche Anerkennungserklärung des Leistungserbringers. Dabei ist nicht nur die Anerkennung aller bestehenden Vereinbarungen gemeint, sondern die Erklärung muss sich auch auf künftige Änderungen erstrecken (sog. „dynamisches“ Anerkenntnis). Soweit in den Vereinbarungen für einzelne Heilmaßnahmen³⁷⁹ zusätzliche Fachkundanforderungen, die der Zuzulassende erfüllen muss, enthalten sind, stellen diese grundsätzlich, genauso wie die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGB V, Qualitätssicherungsmaßnahmen dar. Fraglich ist aber, ob solche speziellen

³⁷⁷ Vgl. zu den Wirtschaftlichkeitselementen II.3.e).

³⁷⁸ Z.B. Fitnessangebote eines Physiotherapeuten (medizinische Trainingstherapie, Sauna, Solarium oder Magnetfeldresonanztherapie etc.).

³⁷⁹ Spezielle Behandlungsarten, wie Manuelle Therapie oder Bobath; vgl. unten e) bb).

Anforderungen über Rahmenverträge und deren Anerkennung geregelt werden können. Im Hinblick auf Art. 12 GG (Berufsausübungsreglementierung bei einer speziellen Behandlungsart) könnten sich verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, wenn über eine Verweisungsvorschrift auf vertragliche Regelungen dem Gesetzesvorbehalt Rechnung getragen werden soll. Auf diesen Aspekt wird noch genauer einzugehen sein.³⁸⁰

Daneben sollen mit dem Instrumentarium der Anerkennung die kostendämpfenden Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen/Verbänden der Ersatzkassen und den Leistungserbringern (bzw. den Verbänden der Leistungserbringer) durchgesetzt werden. D.h. die Höchstpreisvereinbarungen sollen für jeden Antragsteller allgemein verbindlich werden. Mithin soll die Zulassung selbst über diese Zulassungsvoraussetzung wiederum als Element der Wirtschaftlichkeit im weiteren Sinne eingesetzt werden. Zwar soll grundsätzlich keine Bedarfsprüfung für Leistungserbringer durch die Zulassungsinstanzen erfolgen und auch im Hinblick auf Art. 12 GG grundsätzlich ein Zulassungsanspruch bestehen, aber diejenigen, die in den Kreis der zugelassenen Leistungserbringer aufgenommen werden wollen, sollen die Gewähr für eine wirtschaftliche Leistungserbringung durch die entsprechende Anerkennungserklärung bieten. Die Gewichtigkeit dieses Merkmals ergibt sich aus § 124 Abs. 6 SGB V, wonach die Zulassung widerrufen werden kann, wenn der Zugelassene später die geltenden Vereinbarungen nicht mehr anerkennt. Rechtliche, sogar verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche Regelung mögen im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Systems der Heilmittelerbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung und dem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung der Bedingungen für

³⁸⁰ Vgl. unten IV.3.d).

die Leistungserbringung nicht offensichtlich sein,³⁸¹ dennoch lassen sich Bedenken bei einer solchen Drittwirkung von Vereinbarungen anführen, da mittels der Anerkennung letztlich einem zeitlich früher abgeschlossenen „Vertrag zu Lasten Dritter“ Geltung verschafft werden soll.³⁸² Mit dieser „Knebelung“ an Vereinbarungen zugunsten, wie zulasten, bzw. an gegenwärtige sowie auch an künftige Regelungen sei an Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB, zumindest im Hinblick auf Preise und Abrechnungsmodalitäten, aber auch an einen Verstoß gegen Art. 12 und Art. 14 GG zu denken.³⁸³ Dem ist entgegenzuhalten, dass die „Unterwerfung“ des Antragstellers freiwillig erfolgt und die Teilnahme an der Versorgung der GKV-Versicherten zwar einen Großteil des Heilmittelmarktes ausmacht, dass daneben jedoch der nicht vernachlässigbare Markt der Selbstzahler (Privatpatienten, aber auch GKV-Versicherte, z.B. ohne ärztliche Verordnung) besteht, so dass sich sowohl „Knebelung“ wie auch die Beschränkungen i.S. der Art. 12 und Art. 14 GG³⁸⁴ durch das Abfordern einer Anerkennungserklärung schon zur Sicherstellung aller Konditionen und einer Gleichbehandlung der GKV-Versicherten rechtfertigen lässt. Auch das wirtschaftliche Funktionieren des Gesamtsystems ist in die Betrachtung einzubeziehen.³⁸⁵

Darüber hinaus ist die Anerkennungserklärung im Zusammenhang mit § 125 SGB V zu sehen. Die Vereinbarungen zu den Einzelheiten der Versorgung, die im Hinblick auf eine qualitätsgesicherte Gleichbehandlung der Versicherten - und bezogen auf

³⁸¹ Hauck/Haines, § 124 SGB V, Randnr. 5.

³⁸² Heinze, in HS-KV, § 40 Randnr. 30.

³⁸³ Heinze, aaO (Fußnote 382), Randnr. 31, 32.

³⁸⁴ Vgl. unten IV.3.d).

³⁸⁵ Eine Grenze ist freilich dort zu ziehen, wenn z.B. mit unbedeutenden Verbänden Dumping-Preisvereinbarungen getroffen wurden, die über die Anerkennung zum Maßstab in der GKV gemacht werden sollen (Heinze, aaO (Fußnote 382), Randnr. 37; BSG SozR 3-2500 § 126 Nr. 2 Seite 18). In den hergebrachten Leistungssparten bei Heil- und Hilfsmitteln wissen die vorhandenen Leistungserbringerverbände jedoch diese Gefahr zu verhindern, so dass eine solche Situation, soweit ersichtlich,

die Leistungserbringer Vertragsgerechtigkeit sicherstellend - einheitlich zur Anwendung kommen sollen, gelten auf Leistungserbringerseite nur, wenn der Leistungserbringer selbst Vertragspartner ist, er dem Verband angehört, der die Vereinbarung mit der Krankenkassenseite abgeschlossen hat und die Verbandsatzung eine entsprechende Geltung vorsieht (Vertretungsrecht des Verbandes und damit rechtliche Verbindlichkeit für Verbandsmitglieder) oder eine ausdrückliche Bevollmächtigung der Mitglieder vorliegt. Zur Erzielung dieser Einheitlichkeit bei den Versorgungsmodalitäten und in Ansehung der finanziellen Aufwendungen der Krankenkassen müssen aber auch diejenigen Leistungserbringer erfasst werden, die keinem Verband angehören bzw. eine entsprechende Rechtswirksamkeit der Verbandsverträge für die Mitglieder nicht vorliegt. Eine durchgängige einheitliche Versorgung lässt sich daher nur erzielen, wenn auf die Vereinbarungen im statusbegründenden Akt der Zulassung mit jedem einzelnen Leistungserbringer individuell Bezug genommen wird. Da die Krankenkassenseite die „Geschäftsbeziehung“ mit den Leistungserbringern von dieser Einheitlichkeit der Leistungsbewirkung und –vergütung abhängig machen muss (im Hinblick auf eine allgemeine Gleichbehandlung der GKV-Versicherten bei der Leistungserbringung), ist die Anerkennungserklärung zurecht Zulassungsvoraussetzung.³⁸⁶ Bestehen jedoch keine Vereinbarungen, auf die sich die Anerkennung beziehen könnte, kann der Neuabschluss z.B. einer Preisvereinbarung mit dem Zulassungswilligen nicht als Zulassungsvoraussetzung gefordert werden, da sich die Anerkennung nur auf bestehende Vereinbarungen beziehen kann.³⁸⁷ Bestehen Vereinbarungen und weigert

bisher noch nie entstanden ist, sondern sich die Anerkennung regelmäßig auf einen breiten Konsens am GKV-Markt bezieht.

³⁸⁶ Sog. mittelbare Drittwirkung der Vereinbarung, die jedoch von einer ausdrücklichen Entscheidung des Dritten abhängig ist und deshalb nicht als unmittelbarer Vertrag zu Lasten Dritter qualifiziert werden kann (vgl. Fußnote 382).

³⁸⁷ BSG SozR 3-2500 § 126 Nr. 2; bestehen keine Preisvereinbarungen gilt ein „üblicher Marktpreis“ zwischen Kasse und Leistungserbringer als vereinbart (Maßstab ist dabei eine Gesamtbetrachtung

sich der Zulassungswillige, so ist im Hinblick auf die Gleichmäßigkeit der Leistungserbringung die Ablehnung der Zulassung die Rechtsfolge.³⁸⁸ Bei Stellung eines Zulassungsantrags ohne ausdrücklichen Widerspruch gegen bestehende Preisvereinbarungen, ist von deren konkludenter Anerkennung auszugehen.³⁸⁹

b) Hilfsmittel gemäß § 126 SGB V

Auch im Bereich der Hilfsmittel wurden die vor dem GRG bestehenden vertraglichen Beziehungen zu den Lieferanten durch ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren ersetzt.³⁹⁰ Bei Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen besteht, wie bei Heilmitteln, ein Anspruch auf Zulassung. Während § 124 SGB V als Zulassungsvoraussetzung weitestgehend konkrete persönliche und sachliche Anforderungen aufzählt, werden in § 126 SGB V die Zulassungsvoraussetzungen nur mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben.³⁹¹

aa) Ausreichende, zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Hilfsmittelversorgung

Diese als Gewährleistung des Antragstellers formulierten Anforderungen kann grundsätzlich in einer zu § 124 SGB V vergleichbaren Weise nur erfüllen, wer entsprechende fachliche Ausbildungen nachweisen kann, Berufe nach berufsrechtlichen bzw. handwerksrechtlichen Bestimmungen selbständig ausüben

des Marktes und nicht die im Geschäftsbetrieb des Leistungserbringers „übliche“ Kalkulation). Diese zu

§ 126 SGB V ergangene Rechtsprechung ist auch auf § 124 SGB V übertragbar.

³⁸⁸ BSG SozR 3-2500 § 126 Nr. 3 a.E.

³⁸⁹ BSG SozR 3-2500 § 124 Nr. 3, Seite 29.

³⁹⁰ Eine Grauzone besteht in der Hilfsmittelabgabe ohne Zulassung, z.B. durch Apotheken. So steht z.B. § 25 ApBetrO einer Abgabe von Kompressionsstrümpfen durch Apotheken nicht entgegen, weshalb insoweit auch kein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UWG eines Sanitätshauses anerkannt wurde (BGH NJW 2001, Seite 3411 ff.). Apotheker können aber auch eine Zulassung gem. § 126 SGB V erhalten, wenn sie die Voraussetzungen hierfür nachweisen.

³⁹¹ Vgl. Knispel, NZS 1995, Seite 13 ff.

darf,³⁹² entsprechende Berufspraxis aufweist und über einen leistungsfähigen Betrieb verfügt.³⁹³ Erforderlich ist eine ausreichende fachliche Qualifikation, die die Gewähr für eine fachkundige Beratung und Herstellung bzw. Abgabe des Hilfsmittels bietet.³⁹⁴ Daneben ist eine gewisse Werkstattausrüstung sowie die Bereithaltung einer entsprechenden Angebotspalette erforderlich. Dennoch besteht für die Zulassungsinstanz bei Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum, der insbesondere eine sachgerechte Entscheidung im Einzelfall ermöglichen soll.³⁹⁵ Insoweit ist eine flexiblere Handhabung als bei § 124 SGB V möglich, so dass hier zur Erreichung einer einheitlichen Zulassungspraxis den Empfehlungen der Spitzenverbände eine noch größere Bedeutung zukommt, als im Heilmittelbereich.³⁹⁶ Dabei ist insbesondere dem ausdrücklich erwähnten Merkmal der „Wirtschaftlichkeit“ Rechnung zu tragen. D.h. bei

³⁹² Ein Hörgeräteakustikermeister bietet keine Gewähr für eine zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Versorgung, wenn er lediglich eine Teilzulassung zur Tinnitus-Versorgung beantragt, da insoweit kein Berufsbild eines „Tinnitus-Hörgeräteakustikers“ existiere. Ein Anspruch auf Teilzulassung wurde vom LSG NRW verneint (Urteil vom 08.03.2001, Az.: L 16 KR 74/00). Eher erweiternd das BVerfG im Hinblick auf Art. 12 GG: ein nichtärztlicher Leistungserbringer (Optiker) kann auch für bislang den Ärzten vorbehaltene Heilbehandlungen zugelassen werden (Augeninnendruckmessung) - Urteil vom 07.08.2000, Az.: 1 BvR 254/99.

³⁹³ Ob eine Zulassung gemäß § 126 SGB V auch die Berechtigung zum Internet-Vertrieb mitumfasst ist streitig, da die Hilfsmittelabgabe Anpassung, Kontrolle und Ausbildung im Gebrauch mitumfasst, was bei einem Versandhandel nicht zwangsläufig gewährleistet ist. Für den Versandhandel von Bandagen hat das LG Kiel entschieden, dass bei der Abgabe von Standardgrößen die Anpassung gewährleistet sei, da die Feinanpassung der Versicherte durch Klettverschlüsse selbst vornehmen könne; auch sei bei Rücksendung eine Änderung, Instandsetzung oder Ersatzbeschaffung möglich; die Ausbildung im Gebrauch sei via E-mail oder telefonisch möglich (Urteil vom 06.06.2002, Az.: 15 O 245/01). Für Standard-Bandagen mag diese Begründung zutreffen, auf individuell zugeschnittene Hilfsmittel ist sie keinesfalls übertragbar.

³⁹⁴ Die fachliche Qualifikation ist dabei nicht auf die hergebrachten Berufsbilder der Handwerksordnung beschränkt. Deshalb kommen grundsätzlich auch z.B. Augenärzte für die Abgabe von Kontaktlinsen in Betracht, auch wenn dies grundsätzlich zur typischen Tätigkeit eines Augenoptikers nach der Verordnung über das Berufsbild und den Prüfungsanforderungen in der Meisterprüfung gehört (vgl. LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.12.1996, Az.: L 5 K 56/95) - Bei Heilmitteln ebenfalls erweiternd oben unter 3.a) aa).

³⁹⁵ Zur uneingeschränkten Rechtskontrolle vgl. oben Fußnote 373, wovon auch hier auszugehen ist. Zum Recht der Krankenkassenverbände, Innungen und Innungsverbände mit der gutachterlichen Überprüfung der Zulassungsvoraussetzungen zu beauftragen vgl. Beuthien/Sponer, Seite 5 f.

³⁹⁶ Z.B. bei der Bestimmung von Zulassungsvoraussetzungen, wenn keine einschlägigen Ausbildungen vorgewiesen werden können und eine Kompensation durch Erfahrungswissen geltend gemacht wird.

Hilfsmitteln ist die Wirtschaftlichkeit nicht nur über die Anerkennung der Vereinbarungen, sondern bereits als direkte Tatbestandsvoraussetzung der Zulassung zu beachten. Leistungserbringer, die einen Leistungsaufwand betreiben, der das Niveau der GKV offensichtlich überschreitet, können daher bereits von der Zulassung ausgeschlossen werden.³⁹⁷ Ein weiterer Unterschied zu § 124 SGB V besteht darin, dass diese Voraussetzungen nicht wie bei den Hilfsmitteln auf natürliche Personen bezogen formuliert sind. Daher können seit Geltung der Vorschrift unstreitig auch juristische Personen zugelassen werden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen über entsprechende Angestellte erfüllt werden.³⁹⁸

bb) Herstellung, Abgabe und Anpassung

Im Gegensatz zu der Heilmittelerbringung ist die Belieferung mit Hilfsmitteln nicht lediglich Dienstleistung, sondern insbesondere die Abgabe einer Sache an den Versicherten.³⁹⁹ Die Herstellung von Hilfsmitteln erfolgt, soweit sie nicht industriell gefertigt werden, durch die Gesundheitshandwerke individuell für den anspruchsberechtigten Versicherten.⁴⁰⁰ Bereits durch das Handwerksrecht wird dabei sichergestellt, dass diese Leistungserbringer die erforderlichen fachlichen Voraussetzungen sowie eine berufspraktische Erfahrungszeit aufweisen.⁴⁰¹ Daneben kommt

³⁹⁷ Dies sind insbesondere Hochpreisanbieter, die nicht geneigt sind, die vereinbarten Höchstpreise (vgl. oben II.3.e) cc) anzuerkennen; nicht ausreichend dürfte die Weigerung zur Abgabe zum Festbetragsniveau sein, da den Versicherten insoweit eine Eigenbeteiligung trifft, die Leistung an sich aber nicht wegen Unwirtschaftlichkeit von vorneherein ausgeschlossen ist (vgl. oben Seite 65 f und Fußnote 176). A.A. Müller/Saekel, Seite 255, die auch Anbieter von der Zulassung ausschließen wollen, die nicht bereit sind, Produkte zum Festbetrag anzubieten. Zur Problematik im Zusammenhang mit Art. 12 GG: Beuthien, aaO (Fußnote 322) Seite 254; wettbewerbsrechtlich argumentierend:

Beuthien/Sponer, Seite 4.

³⁹⁸ vgl. Fußnote 367.

³⁹⁹ Zum Hilfsmittelbegriff im Einzelnen, vgl. II.3.a).

⁴⁰⁰ Siehe oben unter 2.b).

⁴⁰¹ Die Eintragung in die Handwerksrolle setzt das Bestehen der Meisterprüfung voraus. Diese wiederum geht einher mit einer zumeist dreijährigen Berufsausbildung, dem Bestehen der Gesellenprüfung, einer mehrjährigen berufspraktischen Zeit im erlernten Handwerksberuf, einer theoretischen und praktischen Meisterfortbildung sowie dem anschließenden Bestehen der Prüfung (§§ 25, 45 HWO, vgl. auch oben Seite 127).

die Abgabe und Anpassung von Hilfsmitteln durch weniger qualifizierte Berufsgruppen in Betracht. Die Empfehlungen der Spitzenverbände differenzieren drei Arten von Hilfsmittelgruppen. Während Hilfsmittel der Gruppe 1 eine handwerkliche Zurichtung erfordern, ist für Hilfsmittel der Gruppe 2 lediglich eine behindertenspezifische Anpassung und bei Gruppe 3 lediglich die Abgabe industriell vorgefertigter Produkte vorgesehen. Folgt man dieser differenzierten Betrachtung, sind unterschiedliche Anforderungen an die Qualifikation der Hilfsmittellieferanten zu stellen, abhängig von der Art des Hilfsmittels, das zur Auslieferung kommt. In jedem Fall einer Hilfsmittelbelieferung ist jedoch eine spezifische Auseinandersetzung mit dem Einzelfall erforderlich, was zumindest eine qualifizierte Beratung und eine Unterweisung im Gebrauch mitvoraussetzt. Deshalb ist auch bei industriell gefertigten Hilfsmitteln, die für einen breiten Personenkreis bestimmt sind, allein die Herstellung noch nicht von einer Zulassung nach § 126 SGB V abhängig; erst die Abgebenden müssen die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen (sog. Gesundheitsfachhandel). Je behindertenspezifischer der Zuschnitt eines Hilfsmittels ist, desto qualifizierter sind die Anforderungen an den Kreis der Abgabeberechtigten, da sich dann der Bereich der bloßen Abgabe verlagert in die Bereiche der individuellen Anpassung oder gar Herstellung. Für Sonderbereiche (z.B. Kunstaugen, Blindenführhunde etc.) gelten spezifische Anforderungen an die Hilfsmittelanbieter.⁴⁰² Bei den einzelnen Berufsgruppen, insbesondere den Gesundheitshandwerkern ist das jeweils einschlägige Berufsrecht für die Zulassung mitentscheidend (z.B. Meisterpräsenz im Augenoptikerhandwerk bedeutet auch eine Anwesenheit des Meisters in Filialbetrieben).⁴⁰³ Dabei haben die berufsrechtlichen Entscheidungen im Hinblick auf Art. 12 GG für die Landesver-

⁴⁰² Z.B. beinhaltet hier die Abgabe ganz besonders auch die Schulung des Versicherten im Gebrauch (Umgang mit einem Blindenführhund – Riederle, Seite 674 f.); vgl. Hauck/Haines § 126 SGB V, Randnr. 8.

⁴⁰³ Urteil des SG Stuttgart vom 22.01.2003, Az.: S 10 KR 5555/01; LSG Baden-Württemberg vom 01.07.2003, Az.: L 11 KR 970/03.

bände der Krankenkassen bei der Zulassung Tatbestandswirkung.⁴⁰⁴

cc) Anerkennung der geltenden Vereinbarungen

Auch die rahmenvertraglichen Vereinbarungen gemäß § 127 SGB V enthalten sowohl Einzelheiten der Versorgung, wie auch Regelungen zur Abrechnung der Festbeträge bzw. sonstige Preisregelungen. Insoweit kann daher grundsätzlich auf das oben unter IV., 3.a) dd) zu den Heilmitteln Ausgeführte verwiesen werden. Bei Hilfsmittelerbringern ist die Anerkennungserklärung insbesondere für Nichttinnungsmitglieder zur Erzielung einheitlicher Modalitäten bei der Leistungserbringung erforderlich. Die Anerkennungserklärung bezieht sich dabei auf einschlägige Vereinbarungen gemäß § 127 SGB V, wobei der Neuabschluss einer Vereinbarung nicht als Zulassungsvoraussetzung gefordert werden kann.⁴⁰⁵ Es reicht insoweit aus, wenn das Preisangebot des Zulassungswilligen, für den vorhandene Verträge nicht einschlägig sind, nicht über den Sätzen bestehender sonstiger vergleichbarer Vereinbarungen liegt (sich also im Rahmen der „Üblichkeit am Markt“ bewegt) – sog. faktische Anerkennung des Preisniveaus.

⁴⁰⁴ Verfassungskonforme Auslegung des BSG (BSG SozR 3-2500 § 126 SGB V, Nr. 1): Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten zur Vermeidung einer echten Doppelprüfung berufsrechtlicher Zulassungselemente (siehe Fußnote 367) ; für eigene Standards im Sozialrecht: Bieback, Seite 395.

⁴⁰⁵ Fußnote 387.

c) *Gemeinsame Empfehlungen der Spitzenverbände*
(§§ 124 Abs. 4, 126 Abs. 2 SGB V)

aa) Allgemeines

Die Spitzenverbände der Krankenkassen geben gemeinsam Empfehlungen für eine einheitliche Anwendung der Zulassungsbedingungen ab⁴⁰⁶. Dabei sollen die Spitzenorganisationen der Heilmittel-Leistungserbringer gehört werden, während im Bereich der Hilfsmittel eine solche Anhörung nicht vorgesehen ist.⁴⁰⁷ Die Notwendigkeit zur Vereinheitlichung der Zulassungsbedingungen⁴⁰⁸ ergibt sich daraus, dass die Zulassung nach §§ 124, 126 SGB V nicht bundeseinheitlich für alle Kassenarten erteilt wird, sondern nach §§ 124 Abs. 5, 126 Abs. 3 SGB V jeweils die Landesverbände der Krankenkassen, die Verbände der Ersatzkassen und die Seekrankenkasse für die Zulassungserteilung zuständig sind. Es besteht insofern die Gefahr, dass die Zulassungspraxis zwischen den Landesverbänden einer Kassenart und/oder zwischen den Kassenarten erhebliche Abweichungen aufweist. Deshalb ist die Konkretisierung der in den Zulassungsvoraussetzungen eröffneten Spielräume den Spitzenverbänden

⁴⁰⁶ So z.B. die „Gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 124 Abs. 4 SGB V zur einheitlichen Anwendung der Zulassungsbedingungen nach § 124 Abs. 2 SGB V für Leistungserbringer von Heilmitteln, die als Dienstleistung an Versicherte abgegeben werden“ in der Fassung vom 29. April 2003, einschließlich Anlagen zu anerkannten Weiterbildungsstätten.

⁴⁰⁷ Eine Erklärung für dieses unterschiedliche Verfahren sieht Kranig in Hauck/Haines darin, dass die wirtschaftlichen Interessen z.B. in Bezug auf Praxisausstattungsanforderungen gemäß § 124 Abs. 2 Ziff. 2 SGB V betroffen werden und damit ein Zusammenhang mit § 125 SGB V (Höchstpreisvereinbarungen) bestehe (Hauck/Haines § 124 SGB V, Randnr. 21). Dieser Zusammenhang besteht jedoch auch bei der Zulassung nach § 126 SGB V, wenn z.B. dort Regelungen über Umkleidekabinen etc. getroffen werden, so dass sich eine Differenzierung im Anhörungsverfahren bei den verschiedenen Zulassungen nicht erschließen lässt. Allenfalls könnte argumentiert werden, dass im Bereich der Hilfsmittel eine gesteigerte Verantwortung bei den Spitzenverbänden der Krankenkassen liege, was in der Erstellung des Hilfsmittelverzeichnisses gemäß § 128 SGB V zum Ausdruck kommt und dort ein Äußerungsrecht der Leistungserbringer und Hilfsmittelhersteller vorgesehen ist, so dass bei Festbeschreibung der Zulassungsvoraussetzungen in den Empfehlungen auf ein weiteres Anhörungsrecht verzichtet werden kann.

⁴⁰⁸ So die amtliche Begründung zu § 133 Abs. 4 des Gesetzentwurfs, (BT-Drucksache 11/2237, Seite 205) - auch wenn die Anforderungen im Einzelfall z.B. bei der Praxisausstattung aufgrund der unterschiedlichen Berufsbilder voneinander abweichen.

der Krankenkassen (§ 213 SGB V) übertragen worden. Diese haben eine gemeinsame Regelung zu treffen (Einigungsverfahren), nötigenfalls über eine Mehrheitsentscheidung gemäß § 213 Abs. 2 SGB V. Sowohl gemäß § 124 Abs. 4 SGB V, als auch gemäß § 126 Abs. 2 SGB V sind Empfehlungen der Spitzenverbände ergangen.⁴⁰⁹ Durch diese Empfehlungen sollen sowohl die unbestimmten Rechtsbegriffe wie auch die Übrigen vom Gesetzgeber belassenen Spielräume bei den Zulassungsentscheidungen konkretisiert werden.⁴¹⁰

bb) Rechtmäßigkeit und Rechtsnatur der Empfehlungen

- Vorfrage zur Prüfung, wie diese Empfehlungen rechtlich zu qualifizieren sind, ist zunächst die Feststellung, ob ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt vorliegt.⁴¹¹ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den Gesetzgeber ist kein Ausnahmefall. Anders als bei Ermessensentscheidungen auf der Rechtsfolgenseite einer Norm ist die Entscheidung einer Behörde über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen in der Regel voll nachprüfbar.⁴¹² Dies fordert das Zusammenspiel von Gesetzesvorbehalt und Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG im Rahmen der Gewaltenteilung. Da bei ablehnenden Entscheidungen zur Zulassung belastende Verwaltungsakte ergehen, gilt grundsätzlich der Gesetzesvorbehalt.⁴¹³ Im Verhältnis der

⁴⁰⁹ Gemeinsame Empfehlung der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 124 Abs. 4 SGB V (Fußnote 406) sowie die „Gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 126 Abs. 2 SGB V zur einheitlichen Anwendung der Zulassungsbedingungen bei Hilfsmitteln“, Stand: 2. Mai 1991 (derzeit in Überarbeitung).

⁴¹⁰ Insbesondere im Zusammenhang mit den offenen Einzelfragen bei § 124 Abs. 2 SGB V oder zu den offen formulierten Tatbestandsmerkmalen in § 126 Abs. 1 SGB V.

⁴¹¹ Das BVerfG stützt den Gesetzesvorbehalt auf Art. 20 Abs. 3 GG (BVerfGE 40, Seite 237, 248), während er in der Literatur allgemein aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten abgeleitet wird (Maurer, § 6 Randnr. 4).

⁴¹² Vgl. oben Fußnote 373.

⁴¹³ Legislativkompetenz (Parlamentsvorbehalt).

Landesverbände der Krankenkassen zu den Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmittel könnte dabei von einem sog. „besonderen Gewaltverhältnis im weiteren Sinne“ ausgegangen werden,⁴¹⁴ da es bei der Zulassungsentscheidung um die Einbindung in das Versorgungssystem der GKV-Versicherten geht, das in besonderem Maße durch ein Vertrauensverhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer geprägt ist.⁴¹⁵ Dieses Verständnis zugrundegelegt, hätte das zur Folge, dass der Gesetzesvorbehalt mit Modifikationen gilt. Lediglich die wesentlichen Entscheidungen unterfallen dem Gesetzesvorbehalt. Der Gesetzgeber hat mit der Ermächtigung zu Empfehlungen zwar nicht den strikt formellen Weg zum Erlass von Rechtsverordnungen gemäß Art. 80 GG eingeschlagen, aber dennoch der Exekutive eine Regelungskompetenz eingeräumt, die im Ergebnis einer solchen Ermächtigung nach Art. 80 GG gleichkommt.⁴¹⁶ Dies konnte er rechtmäßigerweise deshalb tun, weil in diesem Bereich der Parlamentsvorbehalt nicht mehr vollumfänglich gilt. Dieses Ergebnis ist auch im Hinblick auf Art. 12 GG nicht problematisch, da die Kernelemente der Zulassungsvoraussetzungen durch den Gesetzgeber selbst geregelt wurden und lediglich der verbleibende, noch durch Sonderkonstellationen im Einzelfall ausfüllungsbedürftige Rahmen von den Empfehlungen betroffen ist. Ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt liegt daher nicht vor.

⁴¹⁴ Wobei Außenwirkung der Maßnahme und Betroffenheit in subjektiven Rechten unzweifelhaft vorliegen.

⁴¹⁵ Bei der Leistungserbringung wird die Ordnungsgemäßheit unterstellt und die Vergütung ohne weitere Kontrollmechanismen der Krankenkassen geleistet. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Vertragsarztrecht. Unregelmäßigkeiten bei der Leistungserbringung werden nur durch sonstige Anlässe (Beschwerden der Versicherten etc.) aufgedeckt. Vgl. auch unten e) cc).

⁴¹⁶ Wenn Art. 80 GG eine Ermächtigung zur Normsetzung für die Ministerialverwaltung vorsieht (also für die eigentlich rein ausführende Gewalt), kommt dies unter denselben einschränkenden Voraussetzungen auch für andere Institutionen in Betracht, da der Gesetzgeber jederzeit zu Korrekturen der Ermächtigung in der Lage ist (Borchert, NZS 2004, Seite 290).

- Die Empfehlungen wenden sich primär an die Entscheidungsträger der Zulassungen, haben also, vordergründig betrachtet, keine unmittelbare Außenwirkung. Sie statuieren jedoch Zulassungsvoraussetzungen und haben damit eine gestaltende Wirkung auf den Rechtsanspruch der Leistungserbringer auf Zulassung, wenn sie für die Zulassungsinstanz zu beachten sind, weshalb dann von einer erheblichen rechtlichen Wirkung gegenüber den Leistungserbringern auszugehen ist.⁴¹⁷ Sie sind als abstrakt generelle Regelungen entweder als Rechtsnormen zu qualifizieren, die die Anforderungen, die das Grundgesetz an die Rechtssetzung gemäß Art. 80 GG fordert, erfüllen müssen oder es sind die noch strengeren Voraussetzungen über den Erlass von Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 84 Abs. 2 GG zu beachten.

Auf der Grundlage des Art. 83 GG wird das SGB V durch die Länder als eigene Angelegenheit vollzogen. Eine normative Steuerung dieses Vollzugs durch abstrakt generelle Regelungen des Bundes (wozu auch die Bundesebene bei der mittelbaren Staatsverwaltung zu zählen ist) erfordert eine grundgesetzliche Legitimation.⁴¹⁸ Regelungen des Bundes über das Verwaltungsverfahren bedürfen gemäß Art. 84 Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesrates. Dasselbe gilt für allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundes (Art. 84 Abs. 2 GG). Da auf die Zustimmung des Bundesrates bei Erlass der Empfehlungen in §§ 124 Abs. 4, 126 Abs. 2 SGB V verzichtet wird, könnten diese Ermächtigungsnormen – je nach rechtlicher Qualifikation der Empfehlungen - gegen die

⁴¹⁷ Nach Ebsen ergibt sich eine Verfassungswidrigkeit dieser gesetzlichen Konstruktion, sobald von einer Bindungswirkung des Entscheidungsträgers auszugehen ist (HS-KV, § 7, Randnr. 101).

⁴¹⁸ Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Länder: Ebsen, aaO (Fußnote 417), § 7, Randnr. 23 mit Hinweis auf Isensee in HStR IV 1990, § 98, Randnr. 179 ff., 182.

grundgesetzliche Ordnung der Verwaltungskompetenz im Bund-Länder-Verhältnis verstoßen.⁴¹⁹

Entscheidend ist also, ob bei den Empfehlungen von norminterpretierenden intersubjektiven Verwaltungsvorschriften auszugehen ist, die sich verwaltungsintern an eine Mehrheit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts wenden, oder ob sie eher den Rechtsverordnungen gleichzusetzen sind, weil sie Außenwirkung und damit Rechtsnormcharakter besitzen.

Das Merkmal der „Außenwirkung“ ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium im Rahmen der Rechtsquellenlehre, denn eine solche wird auch den Verwaltungsvorschriften zuerkannt - entweder über die Verwaltungspraxis und den allgemeinen Gleichheitssatz (sog. Selbstbindung der Verwaltung) oder über die in der Literatur vertretene Auffassung vom originären Administrativrecht mit unmittelbarer Außenwirkung, so dass auch bei Verwaltungsvorschriften letztlich quasi von einem Rechtsnormcharakter auszugehen sei.⁴²⁰ Eine Zuordnung/Abgrenzung ist daher nach materiellen Kriterien, wie Adressat, Inhalt und Rechtswirkung des Rechtsatzes zu treffen. Formale Kriterien, wie Ermächtigungsgrundlage, Formerfordernis und Verkündung können nur als Hilfsargumente herangezogen werden.

Adressaten der Empfehlungen sind zwar die Entscheidungsträger der Zulassung, also die Landesverbände der Krankenkassen, diese stehen jedoch in keinem internen Weisungsverhältnis zu den Spitzenverbänden auf Bundesebene, so dass grundsätzlich keine Verbindlichkeitswirkung inner-

⁴¹⁹ So auch Neumann für § 78 Abs. 2 SGB XI, der dort von intersubjektiven allgemeinen Verwaltungsvorschriften ausgeht.

⁴²⁰ Ossenbühl, BVerwG-Festschrift 1978, Seite 433 ff.

halb des Verwaltungsträgers entstehen kann. Knittel⁴²¹ geht deshalb sowohl von der Unverbindlichkeit für die Verwaltung wie auch für die Gerichte aus. Empfehlungen seien unverbindliche Meinungsäußerungen der Spitzenverbände. Dabei wird als Begründung das Organisationsrecht der Krankenkassen herangezogen: Da die Landesverbände der Krankenkassen rechtlich selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts seien, unterlägen sie keinem internen Weisungsrecht gegenüber ihren Spitzenverbänden auf Bundesebene, weshalb diese auch keine verbindlichen Verwaltungsvorschriften erlassen könnten. Die Empfehlungen der Spitzenverbände sollen aber nach dem Wortlaut der Vorschrift „für eine einheitliche Anwendung der Zulassungsbedingungen“ abgegeben werden. Eben weil keine Weisungsbefugnis zwischen Bundes- und Landesebene bzw. zwischen den verschiedenen Kassenarten besteht, scheiden Verwaltungsvorschriften als Instrumentarium für den Gesetzgeber aus. Wollte er eine Ausfüllung des Zulassungsrahmens durch die Exekutive erreichen, musste er, wie geschehen, die Verbindlichkeit im Gesetz anordnen. Gegen die Verbindlichkeit spricht zwar die Bezeichnung als „Empfehlung“ (i.S. eines unverbindlichen Ratschlags), diese Auslegung wird jedoch durch die weitere gesetzliche Formulierung („Erreichung einheitlicher Zulassungsbedingungen“) konterkariert. Dieses gesetzgeberische Ziel muss bei der Prüfung einer Verbindlichkeitswirkung daher berücksichtigt werden. Der Adressatenkreis allein verbietet allerdings nicht, eine Parallele zu Art. 84 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 2 Satz 1 GG zu ziehen, so dass dieser Aspekt eine Qualifizierung als Verwaltungsvorschrift nicht von vornherein ausschließen würde.

⁴²¹ In Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 124 SGB V, Randnr. 22.

Das beste Kriterium zur Abgrenzung stellt daher der Inhalt, verbunden mit der Zielrichtung der Vorschrift dar: Die Empfehlungen konkretisieren und ergänzen die im Gesetz vorgegebenen Zulassungsvoraussetzungen i.S. einer einheitlichen Anwendung. Dieser Auftrag an die Spitzenverbände wurde vom Gesetzgeber im SGB V als Ermächtigung formuliert. Zu beachten in diesem Zusammenhang ist vor allem, dass §§ 124 und 126 SGB V bei Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen dem Leistungserbringer einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Zulassung verschaffen, mithin es nicht um ermessenslenkende Vorschriften, sondern um die Ausfüllung der tatbestandlichen Entscheidungsspielräume und der unbestimmten Rechtsbegriffe des Gesetzes geht. Werden die Anforderungen vom Bewerber erfüllt, fordert Art. 12 GG das uneingeschränkte Recht auf Zulassung.⁴²² Inhalt und Zielrichtung der Empfehlungen, verbunden mit der gesetzlichen Ermächtigung und dem Kriterium der Veröffentlichung⁴²³ rechtfertigen daher die Empfehlungen der Spitzenverbände eher den Rechtsverordnungen als den Verwaltungsvorschriften zuzuordnen.

- Ein Verstoß gegen die Verwaltungskompetenz im Bund-/Länder-Verhältnis durch Verzicht auf die Zustimmung des Bundesrates ist dabei nicht ersichtlich, da selbst bei den Rechtsverordnungen i.S. von Art. 80 Abs. 1 GG über Art. 80 Abs. 2 GG von dem Zustimmungserfordernis des Bundesrates durch Bundesgesetz abgesehen werden kann, das dann allerdings selbst der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

⁴²² Vgl. in diesem Zusammenhang oben Seite 55 ff., wonach dem Hilfsmittelverzeichnis ebenfalls Rechtsnormcharakter zuerkannt wurde, da es den Anspruch des Versicherten auf Leistungsbewilligung positivrechtlich festlegt.

⁴²³ Die Empfehlungen der Spitzenverbände werden im Bundesanzeiger/Bundesarbeitsblatt veröffentlicht.

Ein solches Gesetz liegt mit dem SGB V vor. Erfüllen damit aber Rechtsverordnungen die grundgesetzlichen Anforderungen an die Rechtssetzung bezogen auf die Verwaltungskompetenz im Bund-/Länder-Verhältnis, muss dies erst recht für die abstrakt-generellen Vorschriften im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung gelten, zumal hier der Schutz der Länderebene nicht in demselben Umfang betroffen ist, wie bei der unmittelbaren staatlichen Exekutive. Die Bundesebene (Spitzenverbände) ist hier als Selbstverwaltungskörperschaft nach demokratischen Grundsätzen über die Landesebene legitimiert und über die Besetzung der Selbstverwaltungsorgane durch Vertreter der Landesebene auch einer Regulierungsmacht der Landesebene unterworfen.⁴²⁴ Deshalb kann bei einer Entschließung durch die Spitzenverbände der Krankenkassen (auch bei einer Beschlussfassung nach § 213 SGB V durch Delegierte) von einer durch die Selbstverwaltungsträger vermittelten Regelung der Landeskörperschaften ausgegangen werden. Die betroffene Verwaltungskompetenz im Bund/Länder-Verhältnis stellt sich daher bei der hier vorliegenden mittelbaren Staatsverwaltung nicht in der Strenge wie bei der unmittelbaren Staatsverwaltung,⁴²⁵ zumal es dem Gesetzgeber nur um eine Vereinheitlichung der Zulassungsvoraussetzung ging, die Entscheidung selbst aber auf Landesebene fällt. Damit verbleibt auf Landesebene ein vollzugsfähiger Rechtssatz. Auch der Aspekt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist in eine Bewertung miteinzubeziehen. Darüber hinaus kann auch das eingangs erwähnte „besondere Gewaltverhältnis“ zwischen Landesverbänden der Krankenkassen und Leistungserbringern in einer Gesamtschau ebenso wenig vernachlässigt

⁴²⁴ Darüber hinaus sind die Selbstverwaltungsstrukturen der gesetzlichen Krankenversicherung durch die Sozialwahlen demokratisch legitimiert, selbst wenn eine Friedenswahl gem. § 46 Abs. 3 SGB IV stattgefunden hat (Borchert, NZS 2004, Seite 291).

⁴²⁵ Deshalb ist auch die von Ebsen aaO (Fußnote 417), festgestellte Verfassungswidrigkeit bei Bewertung dessen nicht aufrecht zu erhalten.

werden, wie die historisch gewachsene Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers für Regelungsmechanismen im Gesundheitswesen.⁴²⁶ Von einer Verfassungswidrigkeit der Empfehlung der Spitzenverbände kann daher nicht ausgegangen werden.

- Sind die Empfehlungen der Spitzenverbände verfassungsrechtlich unbedenklich, sind sie bezogen auf die Zielrichtung („einheitliche Zulassungsbedingungen“) für die zulassenden Kassenverbände grundsätzlich verbindlich.⁴²⁷ Fraglich ist jedoch weiter, inwiefern die Empfehlungen auch die Gerichte binden. Grundsätzlich bestehen bei unbestimmten Rechtsbegriffen keine gerichtsfreien Beurteilungsspielräume, da im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG die Voraussetzungen belastender Maßnahmen zumindest ex post festzulegen sind. Nur in Ausnahmefällen wurde ein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum anerkannt.⁴²⁸ Diese Sonderkonstellationen sind auf die vorliegende Zulassungsentscheidung nicht anwendbar, so dass eine Rechtskontrolle für die in §§ 124 und 126 SGB V vorhandenen tatbestandlichen Spielräume und unbestimmten Rechtsbegriffe stattfinden muss. Haben die zulassenden Kassenverbände ihre Entscheidung auf die Empfehlungen gestützt, ist fraglich, ob es sich dabei um bloßes Verwaltungsbinnenrecht handelt, das von Gerichten völlig außer Acht gelassen werden kann. Von vornherein besteht ein kla-

⁴²⁶ Vgl. oben Seite 57 zum Hilfsmittelverzeichnis.

⁴²⁷ Die Verbindlichkeit bezieht sich auf den Normalfall. Lässt sich im Einzelfall eine Abweichung vom Normalfall rechtfertigen, entfällt die Verbindlichkeitswirkung.

⁴²⁸ Z.B., wenn mit einer Entscheidung Prognosen und Wertungen verbunden sind, welche je nach subjektivem Erfahrungshorizont, Vorverständnis und politisch-weltanschaulichen Verankerungen unterschiedlich ausfallen können, so dass eine gewisse Bandbreite von Entscheidungsmöglichkeiten vorhanden ist, die sämtliche vertretbar sind und daher von den mehreren rechtmäßigen Entscheidungen nicht eine letztverantwortlich vom Gericht ausgewählt werden muss (BVerwG E 39, Seite 197 ff., 205). Dies ist anerkannt für Entscheidungen besonderer Gremien mit Fachkunde bzw. wenn höchstpersönliche Eindrücke maßgeblich sind (BVerwG E 24, Seite 64 f; E 26, Seite 74 f.), wenn in den Gremien der Selbstverwaltungsgedanke repräsentiert wird (BVerwG E 39, Seite 204 ff.) oder eine Tatbestandswirkung über andere Instanzen eintritt (BVerwG E 26, Seite 75 ff.) – siehe auch Fußnote 373.

rer Unterschied zwischen den gesetzlich verankerten Empfehlungen und reinen internen Verwaltungsanordnungen und Richtlinien, die überwiegend zur Ausfüllung von Ermessensspielräumen auf Rechtsfolgenseite ergehen. Wenn aber für die Rechtsfolgenseite eine von den Gerichten zu beachtende Selbstbindung der Verwaltung über Art. 3 GG entstehen kann,⁴²⁹ muss dies erst recht für die tatbestandlichen Konkretisierungen durch die mit Rechtsnormcharakter verbundenen Empfehlungen gelten, die bereits nach der im Gesetz festgelegten Zielrichtung zu einer Gleichbehandlung der Zulassungswilligen dienen sollen.⁴³⁰ Dabei soll den Gerichten jedoch nicht das Prüfungsrecht abgesprochen werden, ob sich die Empfehlungen innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegeben Rahmens halten, denn nur insoweit liegen rechtmäßige Zulassungsbedingungen vor. Dies entspricht auch dem Prüfungs- und Verwerfungsrecht der Gerichte bezogen auf Rechtsverordnungen nach der Normenhierarchie. Die Statuierung einseitig interessenbedingter Voraussetzungen durch die Krankenkassenseite darf durch das Instrumentarium der Empfehlungen nicht eröffnet sein.⁴³¹ Dies wäre ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt i.S. von Art. 12 GG. Halten sich die Empfehlungen jedoch innerhalb der gesetzlichen Rahmenvorgaben, sind sie sowohl für die Exekutive wie auch für die ex post-Beurteilung der Gerichte grundsätzlich verbindlich und bilden den Maßstab der Rechtmäßigkeit einer Zulassungsentscheidung.

⁴²⁹ Vgl. z.B. BVerwG NJW 1980, Seite 75.

⁴³⁰ Zur Außenwirkung der lenkenden Veröffentlichung von Richtlinien über das Rechtsinstitut der Auslobung oder den Vertrauensschutzgedanken vgl. Schwertfeger, NVwZ 1984, Seite 486.

⁴³¹ Heinze in HS-KV § 40 Randnr. 34.

d) Vereinbarkeit der Zulassungsregelungen mit dem Grundgesetz und sonstigem Recht

aa) Art. 12 GG

Die Regelungen in den §§ 124 und 126 SGB V regeln die Berufszugangsvoraussetzungen für Leistungserbringer, die im Rahmen der GKV tätig sein wollen. Eine Betroffenheit in dem durch Art. 12 GG geschützten Freiheitsrecht ist daher gegeben. Dabei ist fraglich, ob die Berufswahl im eigentlichen Sinne betroffen ist, oder lediglich die Berufsausübung. Berücksichtigt man, dass ca. 87% der Bevölkerung in der GKV versichert sind, könnte eine Nichtzulassung bewirken, dass bei den grundsätzlich freiberuflich Selbständigen eine erhebliche Einschränkung der Gesamtnachfrage nach den betroffenen Leistungen erfolgt. Für einen Großteil von Leistungserbringern könnte dies auch eine Existenzfrage bedeuten, zumindest dann, wenn alle Kassenarten einheitlich (z.B. durch interne Absprachen) agieren.⁴³² Erforderlich ist zunächst eine nach Heilmitteln und Hilfsmitteln differenzierte Betrachtung.

- Heilmittelerbringer:

Die Berufswahl ist bei Heilmittelerbringer auch in Ansehung des eingangs erwähnten Umstandes durch die Zulassungsregelungen in § 124 SGB V nicht betroffen. Zwar ist nach der Kassenarztentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.1960⁴³³ anerkannt, dass die Berufswahl tangiert sein kann, je mehr die Ausübung des Berufs insgesamt be-

⁴³² Die Betroffenheit im Grundrecht nach Art 12 GG in der Ausgestaltung als Schutzrecht für die Berufswahl wird umso geringer zu veranschlagen sein, wenn nur einzelne Kassenarten, insbesondere solche mit kleinerem Marktanteil, den Leistungserbringer nicht zulassen.

⁴³³ BVerfG E 11, Seite 30 ff.

troffen ist und nicht lediglich eine Berufsmodalität, also eine Ausübungsart des ansonsten immer noch frei ausübaren Berufs. Ist eine Regelung geeignet, einen Großteil der Berufsangehörigen zur Berufsaufgabe zu zwingen, müssen die Voraussetzungen einer Wahlregelung erfüllt sein.⁴³⁴ Bei den Zulassungsentscheidungen für Leistungserbringer von Heilmitteln ist lediglich die freiberufliche Selbständigkeit betroffen. Auch ohne Zulassung bleibt die Möglichkeit der Berufsausübung in Einrichtungen gemäß § 124 Abs. 3 SGB V oder im Anstellungsverhältnis bei anderen zugelassenen Leistungserbringern. Die Nichtzulassung ist daher keinesfalls einem Berufsverbot gleichzusetzen. Diese weiteren Möglichkeiten bestehen im Vertragsarztrecht, auf das sich die Entscheidung des BVerfG bezog, nicht in vergleichbarer Weise. Zwar gibt es auch für Ärzte Möglichkeiten in einem Anstellungsverhältnis (insbesondere in Einrichtungen gemäß § 107 SGB V). Die Möglichkeiten bei zugelassenen Vertragsärzten im Angestelltenverhältnis sind jedoch mit den Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln deshalb nicht vergleichbar, da bei Ärzten stets eine Entscheidung der Zulassungsgremien zum Bedarf erforderlich ist (§§ 98 Abs. 2 Ziff. 13 i.V.m. Ärzte-ZV, 99 ff. SGB V, 101 Abs. 1 Nr. 5 SGB V), was im Bereich der Heil- und Hilfsmittel-Lieferanten gerade nicht erfolgt und die Bedarfslage allein dem freien Arbeitsmarkt überlassen wird.⁴³⁵ Deshalb ist die wirtschaftliche Bedeutung der Zulassung bei Heil- und Hilfsmittel-Lieferanten nicht mit der Zulassung zum Vertragsarzt vergleichbar. Das Ergebnis von Knittel⁴³⁶, mit Hinweis auf das Vertragsarztrecht und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,⁴³⁷ von einer Beschränkung der Berufswahl auszugehen, ist daher nicht

⁴³⁴ BVerfG E 30, Seite 292 ff, 315 f; E 68, Seite 155 ff., 170 f.

⁴³⁵ Vgl. auch unten e.) bb).

⁴³⁶ In Krauskopf, § 124 SGB V, Randnr. 5.

⁴³⁷ BVerfGE 69, Seite 233 ff, 244.

sachgerecht. Dies insbesondere auch unter dem Aspekt, dass bei den Vertragsärzten stets die Zulassung einheitlich für den gesamten GKV-Bereich erfolgt, bei den Zulassungen nach §§ 124, 126 SGB V aber gerade nicht, sondern gesondert nach den einzelnen Kassenarten. Mit einer Nichtzulassung durch eine Kassenart ist daher nicht zwangsläufig der generelle Ausschluss für den gesamten GKV-Bereich verbunden.

Einrichtungen gemäß § 124 Abs. 3 SGB V benötigen keine ausdrückliche Zulassungsentscheidung, können aber nur bei Vorliegen der entsprechenden personellen und sächlichen Voraussetzungen eine Abrechnung mit den Krankenkassen durchführen. Für die betroffenen Leistungserbringer bedeutet diese offene Regelung eine Möglichkeit der weiteren Berufsausübung, da insoweit Ausbildung und die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung ausreichend ist. Hinzu kommt die Möglichkeit einer Anstellung bei Zugelassenen, die ebenfalls keine weiteren Voraussetzungen erfordert. Deshalb stellt die Kassenzulassung für den freiberuflich selbständigen Hilfsmittelerbringer lediglich eine Berufsmodalität dar, mit der Folge, dass es sich bei den in § 124 SGB V enthaltenen Voraussetzungen zur Zulassung lediglich um Berufsausübungsregelungen handelt.

- Hilfsmittel-Lieferanten:

Ob die für Heilmittelerbringer gefundene Interpretation auch auf § 126 SGB V übertragbar ist, ist problematisch, da im Bereich der Hilfsmittelbelieferung eine dem § 124 Abs. 3 SGB V entsprechende Anstellung bei Einrichtungen, nicht ausdrücklich im Gesetz enthalten ist. Dennoch wird man auch in diesem Bereich die Kassenzulassung nur als eine Berufsmodali-

tät qualifizieren müssen, da auch für Hilfsmittellieferanten die Möglichkeit eines Anstellungsverhältnisses bei zugelassenen Leistungserbringern besteht; daneben kommt im Hilfsmittelbereich insbesondere die Ausweitung und Verlagerung der Produktpalette und damit die Erschließung weiterer Nachfragerschichten, weg von der Kostenträgerschaft der GKV, in Betracht. Zudem erfolgt auch hier die Zulassung kassenartenspezifisch.

Deshalb ergeben sich, unabhängig von den Unterschieden zum Heilmittelbereich, auch im Bereich der Hilfsmittellieferanten wesentliche Unterschiede bei der Berufsausübung im Verhältnis zum „Vertragsarztrecht“. Insbesondere werden über das SGB V keine originären Berufszulassungsschranken statuiert, da im wesentlichen an die in anderen Rechtsvorschriften enthaltenen Berufszugangsvoraussetzungen angeknüpft wird.⁴³⁸ Deshalb ist es sowohl bei der Zulassung zur Heilmittelerbringung, wie auch bei der Zulassung zur Hilfsmittelerbringung gerechtfertigt, die Zulassungsvorschriften als Berufsausübungsregelungen zu qualifizieren.

Dies hat für beide Bereiche zur Folge, dass jegliche Erwägungen des Gemeinwohls diese Zulassungsregelungen zu legitimieren vermögen. Dem Gesetzgeber kommt insoweit ein Gestaltungsspielraum zu.⁴³⁹ Im Einzelnen ist bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter zu bewerten. Folgende Elemente sind dabei zu berücksichtigen:

⁴³⁸ Zur Tatbestandswirkung bei der Zulassung siehe Fußnote 404

⁴³⁹ Kritisch Hufen, Seite 16 f.

- Die Funktionsfähigkeit des GKV-Versorgungssystems unter Beachtung des Sicherstellungsauftrags der Krankenkassen für den Bereich der Heil- und Hilfsmittel, bezogen auf den Leistungsanspruch des Versicherten,
- die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips,
- die Integrität der gesundheitlichen Interessen bei der Leistungserbringung in Bezug auf die Qualität der Leistungserbringung,
- und die Beachtung der Interessen der Leistungserbringer in Bezug auf die Schaffung eines fairen Wettbewerbs, der die wirtschaftliche Existenz jedes Einzelnen sichert.

Eine Abwägung dieser Faktoren rechtfertigt die im SGB V normierten Zulassungsregelungen, da sämtliche Elemente in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Es werden keine über das Berufsrecht hinausgehenden subjektiven Anforderungen gestellt. Die geforderte Erfahrung und die Bindung an eine kostendämpfende, wirtschaftliche Leistungserbringung⁴⁴⁰ rechtfertigt sich aus den zu beachtenden Gesundheitsinteressen und der Qualität der Leistungserbringung einerseits und der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung andererseits, für die sowohl Krankenkassen wie auch Leistungserbringer nach dem Prinzip der Sachleistung und der Sicherstellung einzustehen haben.⁴⁴¹ Deshalb ist von

⁴⁴⁰ Dazu, dass sich die Schaffung von Markttransparenz über Festbetragsfestsetzungen zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsprinzips nicht berufsregelnd für Leistungserbringer auswirkt, vgl. Urteil des BVerfG vom 17.12.2002 (Az.: 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 und 1 BvL 30/95).

⁴⁴¹ Vgl. insoweit den Unterschied zur PKV, den Heinze (HS-KV, § 40, Randnr. 27 aE) nicht sieht und als Merkmal der Verfassungswidrigkeit der Zulassungsregelung interpretiert. Das System der GKV ist geprägt von einem stark verrechtlichten Komplex zur Leistungserbringung (Sachleistungsprinzip) während die PKV die Mündigkeit des Versicherten in den Vordergrund stellt und im Nachhinein über das Prinzip der Kostenerstattung eine Prüfung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Leistungserbringung über die Versicherungsbedingungen praktiziert. Dieser Unterschied, der im Recht der GKV für die Versicherten Kostenfreiheit und für die Krankenkassen Kostensteuerung bedeutet, bewirkt

einer Angemessenheit der Regelungen in §§ 124 und 126 SGB V und damit von der Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf Art. 12 GG auszugehen.

Andererseits werden diese Zulassungsregelungen aber auch gerade durch Art. 12 GG begrenzt. Der dort vorgesehene Gesetzesvorbehalt verhindert Zulassungsschranken in vertraglichen Vereinbarungen. Werden dort weitere Zulassungsanforderungen geregelt, so genügt dies den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht.⁴⁴²

bb) Art. 14 GG

Soweit mit den Zulassungsregelungen im SGB V die Freiheit der Erwerbsmöglichkeiten betroffen wird, wird dieses, über Art. 14 GG geschützte Freiheitsrecht mit dem in Art. 12 GG enthaltenen, konkret auf die Berufsausübung bezogenen, Freiheitsrecht mitabgedeckt. Nur, wenn man auf die Innehabung und Verwendung bereits vorhandener Vermögensgüter abstellt, kommt eine Betroffenheit in den durch Art. 14 GG geschützten Rechten in Betracht.⁴⁴³ Eine solche Konstellation besteht jedoch selbst für denjenigen nicht, der sich als Selbständiger bereits am Markt beteiligt und eine Ausweitung auf GKV-Versicherte mit der Zulassung erstrebt. Mit den Zulassungsregelungen wird ihm das bisherige Marktpotential an Selbstzahlern nicht beschnitten. In Bezug auf die GKV-Versicherten hat er noch keine schützenswerte Rechtsposition erlangt, in die durch die Reglementierungen der §§ 124, 126 SGB V eingegriffen werden könnte, zumal Erwartungen und Chancen dem unternehmerischen Risiko unterfallen

nicht die Verfassungswidrigkeit der Zulassungsnormen, sondern ist Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung für das Sachleistungsprinzip und dem daraus folgenden Sicherstellungsauftrag gemäß § 70 Abs. 1 SGB V für Krankenkassen und Leistungserbringer.

⁴⁴² BVerfG E 41, Seite 251 ff., 265; BVerfG NJW 1988, Seite 192; zur Regelung von Zulassungsvoraussetzungen in Qualitätsvereinbarungen gemäß § 80 SGB XI und der fehlenden normativen Ermächtigung i.S.v. Art. 12 GG: BSG vom 24.09.2002; Az.: B 3 P 14/01 R; vgl. auch unten V.4.b.).

⁴⁴³ BVerfG E 30, Seite 292 ff., 335; E 65, Seite 237 ff., 248.

und nicht von Art. 14 GG erfasst werden.⁴⁴⁴ Da für eine Neuzulassung eines Leistungserbringers keine über Art. 12 GG hinausgehende schutzfähige Rechtsposition im Hinblick auf Art. 14 GG tangiert ist, scheidet eine Verletzung des Art. 14 GG insoweit bereits von vornherein aus.

Wurde eine Zulassung ausgesprochen, kann die damit umgesetzte Existenzgrundlage dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfallen.⁴⁴⁵ Dem Eigentum im Sinne von Art. 14 GG unterfällt unter dem Aspekt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert eines Betriebes ausmacht, wobei unter den Begriff eines Betriebs auch die sachlichen und persönlichen Mittel bei freiberuflich Tätigen fallen.⁴⁴⁶ Geschützt ist damit aber weder die Tätigkeit des Freiberufes als solche, noch die Aussicht auf Gewinne oder die bloße Verdienstmöglichkeit, sondern nur die vorhandenen sachlichen und persönlichen Werte, also die vorhandene Organisation des Betriebs.⁴⁴⁷ Mit den Regelungen zum Widerruf der Zulassung, die den Wegfall der Zulassungsvoraussetzungen voraussetzen, hat der Gesetzgeber eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete Vorschrift geschaffen, die in zumutbarer Weise der qualitätsgesicherten Leistungserbringung und damit dem Allgemeininteresse Rechnung trägt. Die Erstreckung des Eigentumsschutzes bei Gewerbebetrieben geht nicht soweit, dass Veränderungen ausgeschlossen wären, zumal wenn der Widerruf am eigenen Verhalten des Leistungserbringers ansetzt. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Fortbestand

⁴⁴⁴ Zur Betriebserweiterung: BGHZ 98, Seite 341 ff., 351.

⁴⁴⁵ BVerfG E 72, Seite 175 ff.; BGH aaO (Fußnote 444). Zur Abgrenzung: Das Grundrecht aus Art. 12 GG gewährleistet dabei dem einzelnen Leistungserbringer bereits die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Es konkretisiert insoweit das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenz-erhaltung (BVerfG E 54, Seite 301 ff. 313), so dass z.B. Vergütungsregelungen in Art. 12 GG eingreifen können, wenn sie auf die Existenz-erhaltung nicht unerheblich einwirken (BVerfG E 47, Seite 285 ff, 321 und BVerfG E 101, Seite 331 ff, 347).

⁴⁴⁶ BGH NJW 1986, Seite 2499 f.

⁴⁴⁷ BVerfG E 77, Seite 84 ff., 118.

des Eigentumsschutzes ist insoweit nicht anzuerkennen. Auch ein Recht auf Neuzulassung kann aus einer ursprünglich innegehabten Rechtsposition nicht abgeleitet werden, da der eigentumsrechtliche Schutz des Gewerbebetriebs zu der verwaltungsrechtlichen Grundentscheidung akzessorisch ist.⁴⁴⁸ Dadurch, dass den Landesverbänden ein Ermessen zum Widerruf eingeräumt wird, kann eine sachgerechte Abwägung mit den Individualinteressen des Leistungserbringers erfolgen.⁴⁴⁹ Ein Verstoß der Zulassungsregelungen gegen Art. 14 GG ist daher nicht ersichtlich.

cc) **Wettbewerbsfreiheit**

Durch die Zulassungsregelungen wird auch die allgemeine unternehmerische Handlungsfreiheit, die über Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, bezogen auf den Markt mit GKV-Versicherten eingeschränkt. Ob eine solche Beschränkung verfassungsgemäß ist, wird, soweit das Grundrecht des Art. 2 GG überhaupt neben Art. 12 GG betroffen sein kann,⁴⁵⁰ durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Vertrauensschutz bestimmt.⁴⁵¹ Voraussetzung wäre also, dass die Beschränkungen in keinem Missverhältnis zu dem mit der Beschränkung verfolgten Zweck stehen.

Selbst bei einer Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 GG würde sich jedoch kein anderes Ergebnis als das bei Art. 12 GG gefundene ergeben, denn auch auf die unternehmerische Handlungsfreiheit

⁴⁴⁸ BGH NJW 1977, Seite 945.

⁴⁴⁹ Im Einzelnen hierzu unter f) und Mauz/Dürig Art. 14 Randnr. 106.

⁴⁵⁰ BVerwG E 30, Seite 191 ff., 198. Haben Regelungen jedoch eine berufsregelnde Tendenz, was bei den Zulassungsregelungen gemäß §§ 124, 126 SGB V unzweifelhaft gegeben ist, wird Art. 2 GG durch Art. 12 GG verdrängt (Bezug zur beruflichen Betätigung, d.h. Regelungen bezüglich des „ob“ und „wie“ einer bestimmten beruflichen Tätigkeit).

⁴⁵¹ BVerfG E 65, Seite 196 ff., 215 f.

bezogen sind die Zulassungsregelungen angemessen⁴⁵² und da die Möglichkeit besteht, sich weitere Erwerbsquellen zu erschließen, kann auch im Hinblick auf Vertrauensschutz kein uneingeschränktes Recht zur Behandlung von GKV-Versicherten begründet werden.

dd) Kartellbildung (§ 1 GWB)

Heinze⁴⁵³ sieht in den Zulassungsregelungen die Bildung eines closed-shop-Systems zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, die insbesondere diejenigen Leistungserbringer vom Markt mit den GKV-Versicherten ausschließt, die nicht bereit sind, zu den Preiskonditionen der Krankenkassen, mittels Anerkennung der Preisvereinbarungen, mitzuwirken. Dabei ist jedoch zum einen zu beachten, dass diese Preiskonditionen nicht einseitig von den Krankenkassen vorgegeben (Preisdiktat), sondern im Rahmen von Vereinbarungen mit den Leistungserbringern oder Verbänden von Leistungserbringern verhandelt und festgelegt werden; zum anderen die gesetzlichen Regelungen so gestaltet sind, dass jeder, der die dortigen Anforderungen erfüllt, einen Rechtsanspruch auf Zulassung hat. Für diejenigen, die nicht bereit sind, die Vereinbarungen in Bezug auf die Preise anzuerkennen, folgt zwar kein Zugang zum Markt der GKV-Versicherten, der Markt der Selbstzahler bleibt jedoch auch diesen erhalten.

Fraglich ist, ob schon in den Preisvereinbarungen mit den Heil- und Hilfsmittel-Erbringern bzw. deren Verbänden von einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung i.S. von § 1 GWB auszugehen ist. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die Zulassungs- und Vertragsvorschriften unterstellt,⁴⁵⁴ liegt bereits tat-

⁴⁵² Vgl. oben unter aa) a.E.

⁴⁵³ In HS-KV, § 40, Randnr. 35 f.

⁴⁵⁴ Im Einzelnen siehe unter VII.

bestandlich keine Beeinflussung des Wettbewerbs vor. Der Markt der Heil- und Hilfsmittel ist, soweit es um die Versorgung der GKV-Versicherten geht, geprägt vom Leistungsanspruch des Versicherten, den er gegenüber seiner Krankenkasse hat. Dieser Leistungsanspruch wird zwar auf einem gewerblichen Dienstleistungs- und Warenmarkt befriedigt. Er bleibt jedoch nach der Systematik des SGB V ein Sachleistungsanspruch, dem sich die Krankenkasse ausgesetzt sieht und den sie zu erfüllen hat. Deshalb ist der „Einkauf der Krankenkasse“ (der im Einzelfall jedoch ausschließlich vom Versicherten initiiert wird) auf dem Markt der Dienst- und Warenleistungen in seiner Gesamtheit,⁴⁵⁵ verbunden mit der Vereinbarung von dazugehörigen Preisen, kein Eingriff in den Wettbewerb, zumal er sämtliche Leistungserbringer, die zur Erfüllung dieses Sachleistungsanspruchs herangezogen werden können, gleichermaßen betrifft, sondern eine Notwendigkeit für die Krankenkasse und für den gesamten Markt ein gesetzlich reglementiertes Teilsegment (GKV) mit spezifischen Anforderungen und daher auch Besonderheiten in Bezug auf die Preise.

Sind aber die Preisvereinbarungen nicht wettbewerbsbeschränkend, können auch die Zulassungsregeln nicht von vornherein als kartellrechtswidrig qualifiziert werden.

e) *Sonderprobleme im Zulassungsrecht*

aa) *Nebenbestimmungen zu Zulassungsentscheidungen*

Da die Zulassungsentscheidung ein gebundener Akt ist und die Zulassungsregelungen keine ausdrückliche Vorschrift zu Nebenbestimmungen enthalten, ist gemäß § 32 Abs. 1 SGB X eine Ne-

⁴⁵⁵ Zu den Einzelproblematiken, insbesondere der fehlerhaften Interpretation dieses „Einkaufsbegriffs“ vgl. unter VII.1.a).

benbestimmung nur dann zulässig, wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Zulassungsentscheidungen erfüllt werden.⁴⁵⁶ Denkbar ist insofern insbesondere die aufschiebende Bedingung, wenn eine uneingeschränkte positive Zulassungsentscheidung noch nicht ergehen kann, weil z.B. die Praxisausstattung noch nicht vorhanden ist.⁴⁵⁷ Sämtliche Möglichkeiten von Nebenbestimmungen bestehen beim Widerruf der Zulassung gemäß § 124 Abs. 6 bzw. § 126 Abs. 4 SGB V, da insoweit eine Entscheidung im pflichtgemäßen Ermessen der Landesverbände der Krankenkassen/Verbänden der Ersatzkassen/Seekrankenkasse ergeht (§ 32 Abs. 2 SGB X). Das BSG⁴⁵⁸ sieht bei Wegfall der Zulassungsvoraussetzungen aber keinen Ermessensspielraum für die Landesverbände der Krankenkassen, da Kehrseite des Rechtsanspruchs auf Zulassung auch der zwingende Verlust sei. Diese Auffassung wird in Ansehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den Besonderheiten, die sich im Einzelfall ergeben können, nicht vollumfänglich gerecht, sondern sieht nur den Extremfall eines gesicherten Verlusts einer Anspruchsvoraussetzung. Die Praxis ist jedoch vielschichtiger, so dass grundsätzlich an einer Ermessensentscheidung, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, festzuhalten ist.⁴⁵⁹ Als Nebenbestimmung denkbar ist dabei insbesondere z.B. die Verknüpfung des Widerrufs mit einer Schadenswieder-

⁴⁵⁶ Zur Abgrenzung: sollen mit Auflagen nicht die persönlichen oder sächlichen Voraussetzungen sichergestellt, sondern die Modalitäten der Leistungserbringung geregelt werden, sind die Folgen der Zulassungsentscheidung betroffen, die der Gesetzgeber einer vertraglichen Regelung gemäß §§ 125, 127 SGB V vorbehalten hat. Es liegen dann keine Regelungen zur Sicherstellung der gesetzlichen Voraussetzungen der Zulassungsentscheidungen vor (BSG SozR 3-2500 § 126 Nr. 3).

⁴⁵⁷ Die Bereitschaft zur Investition ist vielfach von der positiven Grundentscheidung der Krankenkasse abhängig. Eine solche kann jedoch uneingeschränkt nur dann ergehen, wenn alle Voraussetzungen, also auch eine vollständige und ordnungsgemäße Praxisausstattung, erfüllt werden. Mit der durch den Nachweis der Praxisausstattung aufschiebend bedingten Zulassung werden die gesetzlichen Voraussetzungen der Zulassungsentscheidung sichergestellt (vgl. Hauck/Haines, § 124 SGB V Randnr. 16). Dasselbe Ergebnis wäre auch über eine Zusicherung gemäß § 34 SGB X zu erreichen. Oder, wenn z.B. ein Widerrufsvorbehalt ausdrücklich in die Zulassungsentscheidung mitaufgenommen wird (§§ 124 Abs. 6, 126 Abs. 4 SGB V). Zur bedingten Zulassung im Vertragsarztrecht: BSG-Urteil vom 05.02.2003, NZS 2004, Seite 219 ff.

⁴⁵⁸ SozR 3-2500 § 126 SGB V Nr. 1.

⁴⁵⁹ In klaren und eindeutigen Fällen ergibt sich dann eine Ermessensreduzierung.

gutmachung (Auflage) oder die Bindung an einen bestimmten Zeitraum (Befristung).⁴⁶⁰

bb) Zulassungserweiterungen bei Heilmitteln

Ein zugelassener Leistungserbringer kann dann in einem weiteren Heilmittelbereich zugelassen werden, wenn er sich diesen Bereich selbst oder über Angestellte mit der entsprechenden Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung erschließt, die Praxisausstattung schafft und die für den neuen Heilmittelbereich geltenden Vereinbarungen anerkennt (§ 124 Abs. 2 Satz 2 SGB V).⁴⁶¹ Wurde vom Zugelassenen selbst nachträglich die Qualifikation zum Physiotherapeuten erworben (§ 12 MPhG), konnte auf eine weitere entsprechende berufspraktische Erfahrungszeit verzichtet werden (§ 124 Abs. 2 Satz 3 SGB V a.F.).⁴⁶²

Abzugrenzen von diesen beschriebenen zulassungsrechtlichen Entscheidungen der Krankenkasse ist eine erweiterte Abrechnungsbefugnis für bestimmte Sonderformen der Heilmittelabgabe. So sind in den Heilmittelrichtlinien vom 06.02.2001 (Position 17-2-6) die Krankengymnastik nach PNF („propriozeptive neuromuskuläre Faszilitation“) bzw. in Rahmenverträgen die Be-

⁴⁶⁰ Nachteil eines befristeten Widerrufs ist das automatische Wiederaufleben der Zulassung nach Ablauf des Befristungszeitraums, ohne dass die Zulassungsvoraussetzungen erneut zu überprüfen sind. Sind diese zu diesem Zeitpunkt zweifelhaft, muss ein erneuter Widerruf der Zulassung geprüft werden. Bei unbefristetem Widerruf hingegen ist ein Neuantrag auf Zulassung zu stellen, in dessen Rahmen alle Zulassungsvoraussetzungen zu prüfen sind. Sachgerecht (bei Widerrufsentscheidungen) in der Praxis ist daher die Angabe eines Zeitraums (Einschätzung des zur Entscheidung zuständigen Krankenkassenverbandes), nach dessen Ablauf ein Neuantrag auf Zulassung in Betracht kommt.

⁴⁶¹ Damit sollen bereichsübergreifende Praxen in mehreren Heilmittelbereichen gegründet werden können, da diese Praxisformen betriebswirtschaftliche Vorteile bieten und auch für die Versicherten wegen der breiteren Angebotsstruktur interessant sein können (BT-Drucksache 12/6998, Seite 20).

⁴⁶² Im Rahmen der Parallelregelung zur bedarfspraktischen Erfahrungszeit als Zulassungsvoraussetzung wurde bis 30.04.2003 argumentiert, dass mit der im Rahmen der ersten Zulassung erworbenen berufspraktischen Erfahrungszeit ausreichend praktische und unternehmerische Qualifikation vorhanden sei, um diese auch auf andere Bereiche der physikalischen Therapie zu übertragen. Zudem sollte der Bestand der bereits vorhandenen Praxis sichergestellt werden - Art. 14 GG (vgl. BT-Drucksache 12/6998, Seite 20). Für eine Ausdehnung auf vergleichbare Sachverhalte bei Doppelberuflern: vgl. Knittel in Krauskopf § 124 SGB V, Randnr. 11 und oben unter a) bb).

handlung nach den Methoden BOBATH oder VOJTA beschrieben, die eine über die allgemeine Ausbildung zum Physiotherapeuten hinausgehende Qualifikation voraussetzen. Auch die Empfehlungen der Spitzenverbände der Krankenkassen legen hierfür Anforderungsprofile fest. Die feststellende Entscheidung der Krankenkasse zur Abrechnungsbefugnis eines Leistungserbringers ist dabei keine den Status betreffende Entscheidung zur Zulassung,⁴⁶³ da ein solche bereits vorliegt (z.B. mit der Zulassung als Physiotherapeut), sondern es geht allein um die Befugnis zur Abrechnung der diesen Leistungen zugeordneten Abrechnungsziffern der Preisvereinbarung, also um die rahmenvertraglich geregelten bzw. zu regelnden Modalitäten und Bedingungen der Leistungserbringung.⁴⁶⁴ Dass für einzelne Segmente der Leistungserbringung höhere Anforderungen in Verträgen für eine entsprechende Abrechnungsbefugnis normiert werden, die über die im Rahmen der Berufsausbildung erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten hinausgehen, ist durch das Wirtschaftlichkeitsprinzip der §§ 12, 70 SGB V begründet und gerechtfertigt, da im Rahmen der GKV-Leistungserbringung eine Wirtschaftlichkeit nur angenommen werden kann, wenn auch die entsprechende Qualität der Leistungserbringer für alle Aspekte der Heilmittelabgabe gesichert ist. Insofern sind höhere Anforderungen als für die Zulassung zur Berufsausübung erforderlich. Auch diese weitere Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit ist aber durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.⁴⁶⁵ Ein Verstoß gegen Art. 12 GG liegt deshalb nicht vor. Diese rahmenvertraglich festgelegten Bedingungen der Leistungserbringung betreffen die Berechtigung zur Abrechnung einer

⁴⁶³ Die Frage der Abrechnungsbefugnis wird von Kassenseite deshalb nicht einseitig durch Verwaltungsakt entschieden, so dass für den Leistungserbringer bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung entweder die Erhebung einer Leistungsklage im Rahmen seiner konkreten Abrechnung oder eine Feststellungsklage in Betracht kommt.

⁴⁶⁴ Hierzu im Einzelnen unter V.1.

⁴⁶⁵ Vgl. LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.08.2002, Az.: L 5 KR 115/01 und BSG vom 24.07.2003, Az.: B 3 KR 31/02 R sowie vom 22.07.2004, Az.: B 3 KR 12/04 R; für diesen Sonderfall der Leistungserbringung kann unstreitig nur die Berufsausübung betroffen sein, vgl. oben IV, 3. d) aa).

Leistung, so dass nicht von einem zulassungsrechtlichen, hoheitlichen Handeln der Krankenkasse auszugehen ist.⁴⁶⁶

cc) Zuverlässigkeit des Leistungserbringers

Zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ist ein Vertrauensverhältnis erforderlich,⁴⁶⁷ da Krankenkassen keinen Überwachungsapparat für die Leistungserbringer unterhalten. Abrechnungsbetrügereien bzw. Belästigungen der Versicherten werden nur bei entsprechenden Hinweisen aufgedeckt. Deshalb muss die Krankenkasse bereits bei der Zulassungsentscheidung von einer Zuverlässigkeit⁴⁶⁸ des Leistungserbringers ausgehen können.⁴⁶⁹ Dies könnte quasi einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal (analog § 35 GewO) entsprechen. Im Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz der Entscheidung zur Zulassung⁴⁷⁰, ist die generelle Annahme eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals jedoch abzulehnen, zumal der Gesetzgeber von einem Rechtsanspruch auf Zulassung ausgeht. Relevant ist der angesprochene Gesichtspunkt jedoch im Rahmen der Widerrufsgrün-

⁴⁶⁶ Für Leistungserbringer kommt daher eine Leistungs- oder Feststellungsklage in Betracht, in deren Zusammenhang die Voraussetzungen zur Abrechnungsberechtigung zu prüfen ist.

⁴⁶⁷ Mit der Zulassung entsteht gleichsam ein „besonderes Gewaltverhältnis im weiteren Sinne“ zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer, vgl. oben unter c) bb).

⁴⁶⁸ Im Interesse der Versicherten und der Solidargemeinschaft (hierzu gehört auch die ordnungsgemäße Abrechnung der erbrachten Leistungen mit den Krankenkassen) ist eine Abwägung mit der Interessenlage des Zulassungswilligen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durchzuführen, wobei von einer Unzuverlässigkeit regelmäßig unabhängig von einem Verschulden auszugehen ist - maßgeblich ist eine Prognose zur Gewähr, dass der Zulassungswillige die Heil- und Hilfsmittelabgabe ordnungsgemäß erbringen wird (allgemein: Heß in Friauf, Gewerbeordnung, § 35 Randnr. 48 ff.).

⁴⁶⁹ Von Kassenverbänden wird z.B. vom Zulassungswilligen die Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses angefordert. Vgl. hierzu BSG-Urteil vom 13.12.2001 (Az.: B 3 KR 19/00 R, veröffentlicht in SGB 2003, Seite 43 ff mit Anmerkung Gitter). M.E. ist nur bei konkreten Verdachtsmomenten eine Anforderung auch im Hinblick auf Art. 12 GG berechtigt, insbesondere wenn schutzwürdige Interessen der Versicherten mitzuberücksichtigen sind (z.B. Vorstrafen eines Physiotherapeuten wegen sexueller Belästigung).

⁴⁷⁰ Vgl. oben unter d). Im Gegensatz zur Gewerbebefreiheit (§ 1 GewO) enthält das SGB V ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das im Hinblick auf Art. 12 GG die gesetzlichen Anforderungen an die Zulassungsentscheidung konkret benennen muss.

de.⁴⁷¹ Werden in Ausnahmefällen im Vorfeld der Zulassung Gesichtspunkte einer Unzuverlässigkeit des Leistungserbringer bekannt, die einen Widerruf rechtfertigen würden, ist dieser Umstand aber bereits bei der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen (arg. dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est).

dd) Personen- und Ortsgebundenheit der Zulassung

Die Zulassung nach § 124 SGB V (Heilmittel) ist an die Person des Leistungserbringers gebunden, da er die Voraussetzung nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 SGB V erfüllen muss. Dabei können eine Zulassung nach § 124 SGB V grundsätzlich nur natürliche, nicht aber juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts erhalten, da die Zulassungsvoraussetzung des § 124 Abs. 2 Nr. 1 SGB V zwingend an eine natürliche Person gebunden ist. Im Gegensatz hierzu kann die Gewährleistung im Rahmen des § 126 SGB V (Hilfsmittel) auch von juristischen Personen übernommen werden.⁴⁷² Die Ortsgebundenheit ergibt sich bei Heilmitteln direkt aus § 124 Abs. 2 Nr. 2 SGB V, der die Zulassung von einer bestimmten Praxisausstattung abhängig macht. Deshalb bedarf die Eröffnung einer Zweitpraxis oder die Gründung einer Filiale⁴⁷³ einer weiteren Zulassungsentscheidung, damit die Zulassungsvoraussetzungen bezogen auf § 124 Abs. 2 Nr. 2 SGB V nicht umgangen werden können. Gleiches gilt bei § 126 SGB V, wo für einen Filialbetrieb ebenfalls alle sächlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sein müs-

⁴⁷¹ Vgl. unter f) und die dort beschriebene Argumentation; zur Zuverlässigkeitsprüfung und Gefahrenprognose bei Berufsverboten: Kleine-Cosack, Seite 2473 ff.

⁴⁷² Ebenso Knittel in Krauskopf: § 124 SGB V Randnr. 7, § 126 SGB V Randnr. 5; anders BSG-Urteile vom 29.11.1995 und vom 28.02.1996 (vgl. oben Fußnote 367), wonach im Rahmen des § 124 SGB V auch juristische Personen zuzulassen seien.

⁴⁷³ Eine persönliche Leistungserbringung setzt weder § 124 SGB V noch § 126 SGB V voraus. Vielmehr sieht § 124 Abs. 2 Satz 2 SGB V ausdrücklich die Möglichkeit eines Anstellungsverhältnisses beim zugelassenen Leistungserbringer vor. Der Zugelassene hat jedoch gegenüber der Krankenkasse die Leistungen in seiner (seinen) Praxis (Praxen) zu vertreten. Sowohl in Bezug auf Qualität als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht (Einhaltung der rahmenvertraglichen Bestimmungen). Die in § 126 SGB V ausdrücklich formulierte Gewährleistung gilt auch bei § 124 SGB V, so dass der Zugelassene auch für ein Fehlverhalten seiner Mitarbeiter wie für eigenes Verschulden haftet (§ 278 BGB).

sen (z.B. Einstellung eines entsprechenden fachlich qualifizierten Leiters).

Eine Ausnahme von § 124 Abs. 2 Nr. 2 SGB V ist im Interesse der Versicherten für extreme Sonderfälle zu machen; z.B. für sog. „mobile Krankengymnasten oder Masseur“, die in ländlichen Gebieten vor allem ältere Menschen oder z.B. an Mukoviszidose erkrankte Patienten durch Hausbesuche versorgen. Werden die übrigen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt und wird ein mobiles Inventar vorgehalten, das für diese Behandlungsfälle ausreichend ist, kann eine auf diesen Spezialfall begrenzte Zulassung unter Verzicht der Ortsgebundenheit erfolgen. Erforderlich dürfte in solchen Fällen eine gesonderte Vereinbarung zur Vergütung sein, da es sich nur um einen Teilbereich der sonstigen Behandlungsbreite handelt und insbesondere dem zurückgelegten Weg des Leistungserbringers Rechnung zu tragen ist.

ee) Partnerschaften/Zusammenschlüsse

Neben der über § 124 Abs. 2 Satz 2 SGB V eröffneten Möglichkeit zu bereichsübergreifenden Praxen ergeben sich auch über das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) Möglichkeiten zu interdisziplinären Zusammenschlüssen. Soweit die Erbringung eines Heilmittels durch einen Vertragsarzt⁴⁷⁴ oder von bei ihm angestellten und von ihm überwachte Hilfspersonen erfolgt, ist die Leistungserbringung Teil der ärztlichen Behandlung i.S. von §§ 27 Abs. 1 Nr. 1, 28 Abs. 1 Satz 2 SGB V⁴⁷⁵ mit der Folge, dass nicht die Preisvereinbarungen gemäß § 125 SGB V zur Anwendung kommen, sondern die ärztlichen Abrechnungsziffern nach dem EBM/BMÄ (Einheitlicher Bewertungsmaßstab für Ärzte) oder der GOÄ (Gebührenordnung Ärzte), was sich in der Ver-

⁴⁷⁴ Vgl. unter ff).

⁴⁷⁵ Wagner in Krauskopf § 27 Randnr. 28.

gütungshöhe durchaus unterschiedlich auswirkt.⁴⁷⁶ Gleiches gilt für die Hilfsmittelabgabe, z.B. durch Orthopäden.

Deshalb kann sowohl unter finanziellen wie auch unter Dienstleistungsgesichtspunkten eine Kooperation zwischen Arzt und sonstigem Leistungserbringer sinnvoll sein. § 1 PartGG eröffnet diese Möglichkeit mit einer sinnvollen Verteilung der Haftung (§ 8 PartGG).⁴⁷⁷

Auch die nach dem SGB V vorgesehene integrierte Versorgung (§§ 140 a ff SGB V) eröffnet eine interdisziplinär-fachübergreifende Kooperation verschiedener Leistungserbringer auf vertraglicher Grundlage.

ff) Zulassung von Vertragsärzten

Erfüllen Vertragsärzte die Zulassungsvoraussetzungen zur Leistungserbringung von Heil- und Hilfsmitteln, ergibt sich im Rahmen der Zulassungsentscheidung ein wettbewerbsrechtliches Problemfeld. Ist der Arzt als Aussteller einer Verordnung gleichzeitig Leistungserbringer für die verordnete Leistung, so kann er, im Gegensatz zu den sonstigen Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln, den Umfang der nachgefragten Leistungen beeinflussen und hat damit nicht die gleiche Ausgangsposition im Wettbewerb wie die übrigen Leistungserbringer.⁴⁷⁸ Fraglich ist, inwiefern dieser Umstand bei der Zulassungsentscheidung der

⁴⁷⁶ Vgl. oben Fußnote 81 und LSG NRW vom 10.11.1993 in NZS 1994, Seite 267. Die ärztlichen Abrechnungsziffern liegen etwa 10% unter den Vergütungssätzen der Heilmittelerbringer.

⁴⁷⁷ Schirmer, Seite 351 f.

⁴⁷⁸ BGH-Urteil vom 01.06.1977, Az.: KZR 3/76. Kritisch auch Kluth/Nuckelt, die ein entsprechendes Verbot für Ärzte an der Mitwirkung der Hilfsmittelabgabe im SGB V fordern, Seite 431; eingehend Schwannecke/Webers, Seite 2697 ff.

Kassenverbände zu berücksichtigen ist. Die neuere zivilrechtliche Rechtsprechung geht nicht von einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch der sonstigen Leistungserbringer gegen einen Vertragsarzt aus.⁴⁷⁹ Dies ergebe sich insbesondere aus dem Interesse an einer insgesamt besseren Versorgung der Patienten, aus einer Steigerung des Wirtschaftlichkeitsgebots sowie aus dem Aspekt der Einfachheit der Versorgung heraus. Diese Aspekte sind auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen und schließen daher einen Anspruch des Vertragsarztes auf Zulassung nicht von vornherein aus. Wenn sich allerdings im Einzelfall ergibt, dass das Wirtschaftlichkeitsprinzip im eingangs erwähnten Sinne unterlaufen und in sein Gegenteil verkehrt wird (wenn sich herausstellt, dass der Vertragsarzt z.B. medizinisch nicht gerechtfertigte Verordnungen vornimmt), kann dies nicht nur Konsequenzen im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsüberprüfungen haben, sondern muss auch für eine Prüfung zum Widerruf der Zulassung herangezogen werden. Auf diesen Umstand kann bereits bei Zulassungserteilung klarstellend hingewiesen werden.⁴⁸⁰

f) *Widerruf der Zulassung*

Nach §§ 124 Abs. 6 und 126 Abs. 4 SGB V kann nach einer positiven Zulassungsentscheidung die Zulassung von dem für die Zulassung zuständigen Kassenverband widerrufen werden, wenn der Leistungserbringer die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt, bzw. im Heilmittelbereich sich trotz Fristsetzung nicht fortbildet. Da der Widerruf ein belastender Verwaltungsakt mit gesteigerter Begründungspflicht gemäß § 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X ist, dem ein Verwaltungsverfahren vorauszugehen hat (§ 8 SGB X), gilt gemäß § 24 SGB X auch die Verpflichtung

⁴⁷⁹ OLG Naumburg, Urteil vom 03.07.2002, Az: 7 U 67/01; BGH GR 2000, Seite 1080 ff. und GR 2002, Seite 271 ff.;

⁴⁸⁰ Ggf. wird auch ein Widerrufsvorbehalt gemäß § 47 Abs. 1 Ziff. 1 SGB X in Betracht zu ziehen sein.

zur Anhörung. Die Vorschriften zum Widerruf sind *leges speciales* zu § 48 SGB X (§ 37 SGB I), so dass der Widerruf grundsätzlich nur für die Zukunft erfolgen kann. Stellt sich nachträglich heraus, dass die Zulassungsvoraussetzungen von Anfang an nicht vorgelegen haben,⁴⁸¹ kommt nur eine Rücknahme gemäß § 45 SGB X in Betracht.

Eine Aufzählung der Widerrufsgründe ergibt sich aus dem Gesetz⁴⁸², so dass sich sowohl Regelungen in den Empfehlungen wie in den Rahmenvereinbarungen gemäß §§ 125, 127 SGB V zum Widerruf der Zulassung grundsätzlich verbieten. Ein Widerrufsgrund liegt z.B. dann vor, wenn der Leistungserbringer die geltenden Vereinbarungen nicht mehr anerkennt (§ 124 Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 Nr. 3 SGB V oder § 126 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 SGB V). Ein solches Nichtanerkennen liegt auch vor, wenn der Leistungserbringer zwar eine formale Anerkennungserklärung abgegeben hat, aber in seinem faktischen Verhalten sich nicht an die Vereinbarungen hält. Vertragsverstöße können daher zum Widerruf der Zulassung führen.⁴⁸³ Fraglich ist, ob es für den zuständigen Kassenverband einen Beurteilungsspielraum für diesen Widerrufsgrund gibt und ob in diesem Zusammenhang allgemeine Erwägungen und Grundsätze, die nicht ausdrücklich in den Rahmenempfehlungen geregelt wurden, ebenfalls geeignet sind, für einen Widerruf der Zulassung argumentativ herangezogen zu werden - mit der weiteren Folge, dass bei Vorliegen eines solchen Grundes sogar bereits die Zulassung abgelehnt werden könnte.⁴⁸⁴ Betroffen ist insoweit insbesondere der strafrechtlich relevante Bereich.

Es könnte daher ein Widerruf in Betracht kommen, wenn bekannt wird, dass ein Leistungserbringer wegen Vermögensdelikten vorbestraft ist -

⁴⁸¹ Z.B. Erwirkung der Zulassung durch arglistige Täuschung; Knispel, NZS 1995, Seite 18.

⁴⁸² Hinweis auf die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen, wodurch dem Parlamentsvorbehalt wegen der in die Berufsfreiheit eingreifenden Entscheidung Rechnung getragen ist.

⁴⁸³ Knittel in Krauskopf § 124 SGB V Randnr. 25.

⁴⁸⁴ Es kann keinen Rechtsanspruch auf Zulassung geben, wenn sie in rechtmäßiger Weise sofort wieder entzogen werden könnte. Beispiele sind insbesondere das allgemeine Vertrauensverhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer, das z.B. auch eine gewisse „Zuverlässigkeit“ voraussetzt; vgl. oben unter e) cc).

ohne dass konkret gegenüber der Krankenkasse irgendwelche Vorkommnisse nachweisbar wären, denn es könnte insoweit verschuldensunabhängig genügen, dass allgemein aufgrund nachweisbarer Umstände keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung besteht.⁴⁸⁵ Auch muss sich eine Krankenkasse z.B. präventiv schützend verhalten können, wenn die Leistungserbringung selbst zwar ordnungsgemäß durchgeführt, aber die Art und Weise der Behandlung von den Versicherten als „belästigend“ empfunden wird (z.B. Tätlichkeiten im Vorfeld einer „sexuellen Nötigung“).

Diese geschilderten Beispiele bedürfen einer umfassenden Bewertung im Einzelfall, die aber meines Erachtens durchaus ergeben kann, dass ein Widerruf in Betracht kommt, wenn eine allgemeine Zumutbarkeitsgrenze, die nicht ausdrücklich kodifiziert ist, aber dem System der GKV zugrunde liegt, überschritten ist. Diese Entscheidungsfindung der Kassenverbände ist im Hinblick auf Art. 12 und 14 GG jedoch gerichtlich voll überprüfbar.⁴⁸⁶ Auch sind strenge Anforderungen an die Ausübung des Ermessens zu stellen, da ein Widerruf der Zulassung wegen der berufsrechtlich einschneidenden Wirkung ultima ratio sein muss.⁴⁸⁷ Dass der Widerruf dabei grundsätzlich im Ermessen der zuständigen Stelle steht, ergibt sich aus der Vielschichtigkeit der auftretenden Fallkonstellationen.⁴⁸⁸ Dabei sieht der Gesetzgeber grundsätzlich den Widerruf als einzige Sanktion gegenüber den Leistungserbringern vor, und nicht etwa ein abgestuftes Sanktionensystem, wie im Vertragsarztrecht

⁴⁸⁵ Vgl. oben Fußnote 468.

⁴⁸⁶ Vgl. zur Zuverlässigkeit im Gewerbeamt: Heß in Friauf, § 35 GewO, Randnr. 49.

⁴⁸⁷ Finden sich Regelungen zu Maßnahmen bei Vertragsverstößen in Rahmenverträgen (z.B. Einberufung eines „Vertragsausschusses“, der Hinweise, Verweise oder Verpflichtungen zur Schadenswidergutmachung ausspricht), so sind damit keine Regelungen zum Widerruf verbunden – siehe Fußnote 482 und oben unter III.4., sondern es handelt sich um ein zugunsten des Leistungserbringers – und deshalb im Hinblick auf Art. 12 GG unschädliches - abgestuftes Sanktionensystem, das einen voreiligen Widerruf verhindern will und den Kassenverbänden Möglichkeiten im Rahmen der Ermessensausübung bietet; vgl. auch oben III.4. a.E.

⁴⁸⁸ Fehlen Zulassungsvoraussetzungen oder fallen sie nachträglich weg, muss nach der Rechtsprechung des BSG ein Widerruf erfolgen (BSG SozR 3-2500, § 126 SGB V Nr. 1) – vgl. oben unter e) aa).

(§ 81 Abs. 5 SGB V).⁴⁸⁹ Deshalb eröffnen sich für die Widerrufsentscheidungen im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit insbesondere die Instrumentarien gemäß § 32 Abs. 2 SGB X.⁴⁹⁰ Bei der Rechtmäßigkeitskontrolle einer Entscheidung ist jedoch zu beachten, dass auch der Widerruf ohne Nebenbestimmungen rechtmäßig sein kann, da es dem Leistungserbringer unbenommen ist, stets einen neuen Antrag auf Zulassung zu stellen, der ggf. auch gerichtlich weiterverfolgt werden kann, so dass auch auf diese Weise ggf. eine zeitnahe Befristung der Sanktion erwirkt werden kann.⁴⁹¹

Da der Widerruf als Verwaltungsakt ergeht, haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung (§ 86a Abs. 1 SGG). Ist der sofortige Ausschluss des Leistungserbringers von der Versorgung als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich, kommt die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG in Betracht.⁴⁹²

g) Beendigung der Zulassung auf andere Weise

Die Zulassung endet auch mit dem Tod des Leistungserbringers,⁴⁹³ oder mit der Auflösung einer juristischen Person (Untergang des von dem Verwaltungsakt Betroffenen, § 39 Abs. 2 SGB X). §§ 124, 126 SGB V sehen keine Altersgrenze für den Leistungserbringer vor.⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ Abweichend insofern auch die Regelungen in § 129 Abs. 4 SGB V, wo ausdrücklich rahmenvertragliche Regelungen vorgesehen sind. Zum Widerruf einer bedingt ausgesprochenen vertragsärztlichen Zulassung bei Nichteintritt der Bedingung: BSG vom 05.02.2003, NZS 2004, Seite 219 ff.

⁴⁹⁰ Dargestellt unter e) aa).

⁴⁹¹ BVerfG E SozR 2200, § 368 a RVO Nr. 6; das Gericht entscheidet insofern zur zeitlichen Wirkung des Widerrufs im Rahmen des Verpflichtungsbegehrens auf Neuzulassung.

⁴⁹² Dies setzt eine konkrete Bedrohung wichtiger Gemeinschaftsgüter schon während des Rechtsschutzverfahrens voraus, die nicht durch Kontrollmaßnahmen ausgeschlossen werden können (BVerfGE 40, 179; BVerfGE 44, 105, 119).

⁴⁹³ Die Zulassung ist höchstpersönlich, vgl. oben unter e) dd).

⁴⁹⁴ Anders z.B. § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V i.V.m. § 25 Ärzte-ZV für Erstzulassungen und § 95 Abs. 7 SGB V für bestehende Zulassungen (Vollendung des 68. Lebensjahres). Diesen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit begründet der Gesetzgeber mit der gestiegenen Zahl von Vertragsärzten; es müsse dafür gesorgt werden, dass Vertragsarztsitze auch frei werden. Diese Begründung ließe sich auch auf die Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmittel übertragen. Zur Erstzulassung eines Ver-

Fraglich ist, ob eine Altersgrenze als Zulassungsvoraussetzung oder als Beendigungsgrund in den Rahmenvereinbarungen gemäß §§ 125, 127 SGB V normiert werden kann.⁴⁹⁵ Dafür spricht, dass Altersgrenzenvereinbarungen in Tarifverträgen anerkannt sind.⁴⁹⁶ Das Bestehen von ausreichenden Versorgungsansprüchen bei den Betroffenen einerseits und das Interesse an einer zweckmäßigen Personalplanung, verbunden mit der Sicherung von Leistungsfähigkeit, andererseits, stellen dort nach der BAG-Rechtsprechung sachliche Gründe für Altersgrenzenregelungen dar. Während sich die Tarifvertragsparteien auf die ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG eingeräumte Tarifautonomie stützen können, liegt im Verhältnis Krankenkasse - Leistungserbringer ein durch die Zulassung begründetes besonderes öffentlich-rechtliches Verhältnis vor, das den Leistungserbringern neben Verpflichtungen auch erhöhte Rechte einräumt. Unabhängig von inhaltlichen Anforderungen, wie z.B. der Ermöglichung, sich eine angemessene Altersversorgung zu erarbeiten oder der Problematik, dass die Berufsaussichten dieser Altersgruppe einen Eingriff in die Berufswahlfreiheit bedeuten, mithin nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind, sind an die Einführung von Altersgrenzen zunächst formale Anforderungen zu stellen. Die Qualifizierung als subjektive Berufszulassungsschranke,⁴⁹⁷ erfordert in Ansehung des Art. 12 GG eine gesetzliche Regelung.⁴⁹⁸ Die Aufstellung solcher einschneidender, grundrechtsrelevanter Schranken kann nicht in vertraglichen Regelungen erfolgen, so dass ein Widerruf wegen

tragsarztes bei Überschreiten der Altersgrenze als Härtefall: BSG-Urteil vom 28.04.2004, MedR 2004, Seite 574 ff.

⁴⁹⁵ Dafür Hauck/Haines, § 124 SGB V Randnr. 26: der bei Erreichen einer vertraglich vorgesehenen Altersgrenze von einer Widerrufsmöglichkeit nach § 124 Abs. 6 SGB V ausgeht; dagegen: Knittel in Krauskopf § 124 SGB V Randnr. 24 / § 125 SGB V Randnr. 5, mit Hinweis auf die abschließende Regelung in §§ 124 Abs. 6, 126 Abs. 4 SGB V (arg. § 129 Abs. 4 SGB V).

⁴⁹⁶ Die einschränkende Regelung in § 41 SGB VI findet auf solche Vereinbarungen keine Anwendung, vgl. Boecken, *Arztrecht* 1994, Seite VII und *Arztrecht* 2000, Seite 62, mit Hinweis auf die einschlägige BAG-Rechtsprechung, die trotz der die Berufswahl beschränkenden Wirkung von der Vereinbarkeit mit Art. 12 GG ausgeht.

⁴⁹⁷ Zur Zulässigkeit der Altersgrenze im vertragsärztlichen Bereich: BVerfG, NJW 1998, Seite 1776 ff. Die inhaltlichen Gründe zur Rechtfertigung könnten auch auf die Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln übertragen werden.

⁴⁹⁸ Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt (BVerfG E 73, Seite 280 ff, 294; BVerfG E 86, Seite 28 ff, 40) und die wesentlichen Entscheidun-

Erreichen einer Altersgrenze nur dann möglich wäre, wenn der Gesetzgeber, wie im vertragsärztlichen Bereich geschehen,⁴⁹⁹ eine Altersgrenzenregelung einführen würde. Erfolgt daher keine Rückgabe der Zulassung (Verzicht) durch den Leistungserbringer, ist ein Widerruf nur möglich, wenn sonstige Verstöße des Leistungserbringers gegen „Versorgungsregelungen“ aus dem Rahmenvertrag vorliegen.

h) Beendigung bei Einrichtungen gemäß § 124 Abs. 3 SGB V

Zeigen sich Verstöße bei der Leistungserbringung in Einrichtungen gemäß § 124 Abs. 3 SGB V kommt ein Widerruf nicht in Betracht, da die Berechtigung der Leistungserbringung per Gesetz und nicht durch Zulassungsakt der Kassenverbände erfolgt. Eine Sanktionsmöglichkeit ergibt sich dadurch, dass der statusbegründende Akt (etwa der Versorgungsvertrag gem. § 111 SGB V bei stationären Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen) in Frage gestellt wird, z.B. Kündigung gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 SGB V wegen mangelnder Leistungsfähigkeit der Einrichtung bei der Erbringung von Heilmitteln. Da dann die Existenz der gesamten Einrichtung betroffen ist, müsste jedoch ein massiver Verstoß bei der Leistungserbringung von Heilmitteln vorliegen, der sich auf die Leistungsfähigkeit der Einrichtung insgesamt auswirkt.

4. Die Zulassung gemäß § 78 SGB XI

a) Vertragskonstruktion

- Im 3. Abschnitt (Beziehungen zu sonstigen Leistungserbringern) des 7. Kapitels (Beziehungen der Pflegekassen zu den Leistungserbringern) der sozialen Pflegeversicherung - SGB XI - wird das

gen beinhaltet (BVerfG E 82, Seite 209 ff, 224); im Zusammenhang mit der Bedarfsgerechtigkeit bei Rehabilitationseinrichtungen: Boecken in Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer, Seite 252.

⁴⁹⁹ Durch das GSG vom 21.12.1992 wurde § 97 Abs. 7 SGB V mit Wirkung zum 01.01.1999 eingeführt.

Verhältnis zu den Leistungserbringern von Pflegehilfsmitteln geregelt. Interessant ist, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des SGB XI von der einseitig hoheitlichen Lösung (Zulassungsentscheidung durch Verwaltungsakt) Abstand genommen hat und im SGB XI das Verhältnis zu den Leistungserbringern durch ein Versorgungsvertragssystem ersetzt hat. Dabei wurde das im SGB V für Krankenhäuser und andere Einrichtungen (§§ 107 ff. SGB V) bestehende Vertragsmodell auf das SGB XI übertragen und dort, zwar primär für die Pflegeeinrichtungen gemäß § 71 SGB XI, im Ergebnis aber für alle in Betracht kommenden Leistungserbringer übernommen, ohne abweichende Regelungen für Leistungserbringer von Pflegehilfsmitteln vorzunehmen. Die Zulassung zur Abgabe von Pflegehilfsmitteln erfolgt im SGB XI daher durch den Abschluss von Versorgungsverträgen zwischen den Spitzenverbänden der Pflegekassen und Leistungserbringern gemäß § 78 Abs. 1 SGB XI.

- Nach § 78 Abs. 1 Satz 2 SGB XI ist in diesen Sozialversorgungsverträgen zwischen Spitzenverbänden der Pflegekassen und Leistungserbringern oder deren Verbänden neben dem Wirtschaftlichkeitselement (Grundsätze, Maßstäbe und Verfahren zur Wirtschaftlichkeitsprüfung) auch die Qualität der Versorgung mit Pflegehilfsmitteln zu regeln. Weitere gesetzliche Vorgaben, insbesondere im Hinblick auf die persönlichen Anforderungen an die Leistungserbringer selbst, was in §§ 124, 126 SGB V zentraler Regelungsgehalt ist, fehlen im SGB XI. Aus der Formulierung zum Vertragsgegenstand kann lediglich mittelbar geschlossen werden, dass Leistungserbringer die Gewähr für eine wirtschaftliche und qualitätsgesicherte Versorgung bieten müssen.⁵⁰⁰
- Soll eine Zulassung erfolgen, so wird dies durch den abgeschlossenen Vertrag als statusbegründender Akt umgesetzt. Fraglich könnte

⁵⁰⁰ Dabei haben geeignete und wirtschaftlich arbeitende Leistungserbringer einen Anspruch auf Vertragsabschluss; vgl. oben IV.3.a); ein Auswahlmessen und eine Bedarfsprüfung der Kassenseite ist abzulehnen.

die Zuordnung des zulassenden Vertrages zum öffentlichen Recht deshalb sein, da im SGB XI der Gesetzgeber zu einer Vertragskonstruktion für die Leistungserbringer zurückkehrte, wie sie vor dem GRG in § 376 d RVO vorgesehen war und diese Verträge - auch im Hinblick auf die Zulassungsentscheidung - als privatrechtlich eingestuft wurden.⁵⁰¹ Es könnte daher sein, dass insbesondere Zivilgerichte an diese Rechtslage und die hierzu ergangene Rechtsprechung anknüpfen und Verträge zwischen Pflegekassen und Hilfsmittel-Lieferanten als privatrechtliche Hilfsgeschäfte bewerten; mit z.B. der Folge, dass bei wettbewerbsrechtlich relevantem Verhalten mit der Argumentation, wettbewerbsrechtliche Zuständigkeitsnormen seien das speziellere Recht,⁵⁰² die Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet werden könnte.⁵⁰³

- § 78 SGB XI ist (unter Bezugnahme auf den Regierungsentwurf)⁵⁰⁴ darüber hinaus zu entnehmen, dass die Verträge der Spitzenverbände der Pflegekassen mit den Leistungserbringern eine einheitliche, bundesweite Zulassung bewirken sollen. Da der Vertragsabschluss die Zulassung zur Leistungserbringung nach vorausgegangener Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen mitumfasst, sind die Verträge mithin von einem Über-/Unterordnungsverhältnis geprägt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kann die ablehnende Entscheidung über den Antrag auf Abschluss eines Versorgungsvertrages mit Leistungserbringern Verwaltungsaktqualität besitzen.⁵⁰⁵ In der Literatur wird

⁵⁰¹ Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10.04.1986, BGHZ 97, Seite 312.

⁵⁰² BGHZ 114, 218 ff., 226 f.

⁵⁰³ Neumann im HS-PV § 21 Randnr. 49 mit Hinweis auf ein Urteil des BGH vom 25.06.1991, NJW 1992, Seite 1561 ff., wo für die häusliche Krankenpflege von einer privatrechtlichen Beziehung zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ausgegangen wurde, da dort eine öffentlich-rechtliche Zulassung nicht vorgesehen sei – zur aktuellen Rechtslage bei häuslicher Krankenpflege BSG-Urteil vom 21.11.2002, Az.: B 3 KR 14/02 R; vgl. im Einzelnen aber unter V.1; V.5 und VIII.2.

⁵⁰⁴ BT-Drucksache 12/5262, Seite 140 (zu § 87).

⁵⁰⁵ Vgl. BSG-Urteil vom 29.05.1996 (SozR 3-2500 § 109 Nr. 1), das zu § 109 SGB V erging. Dieses Urteil könnte auch auf Versorgungsverträge nach dem SGB XI anzuwenden sein, da das BSG zumindest bei einem kassenartenübergreifenden Vorgehen („gemeinsam“) von einem Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Kassen und Leistungserbringern ausgeht und das vom Gesetzgeber intendierte Gleichordnungsverhältnis verneint. Fraglich wäre jedoch, ob dies auch bei einem Ver-

gegen diese Rechtsprechung Kritik erhoben, da die zu Subventionsverhältnissen entwickelte Zwei-Stufen-Theorie nicht auf Versorgungsverträge des Kranken- und Pflegeversicherungsrechts übertragbar sei, da dort ausdrücklich vom Gesetzgeber zwischen einseitigen Akten und einvernehmlichen Lösungen unterschieden werde, schließlich komme kein Vertrag zustande, ohne dass eine Entscheidung über das „ob“ falle, mithin sei in jeder abgegebenen Willenserklärung der Verwaltung, sei sie zustimmender oder ablehnender Natur, eine vorangegangene Entscheidung und damit konkludent auch ein Verwaltungsakt enthalten.⁵⁰⁶

Bei Abschluss eines Versorgungsvertrages mit Pflegehilfsmittellieferanten ist jedenfalls nicht an den Rechtszustand anzuknüpfen, wie er für Heil- und Hilfsmittel im Recht der RVO, vor Einführung des SGB V, galt, sondern hier liegt ein Zulassungsakt vor, wie ihn auch das SGB V in den Vertragsabschlüssen mit stationären Einrichtungen gem. §§ 109, 111 kennt bzw. er in den vorangehenden Vorschriften der §§ 72 ff SGB XI enthalten ist. Dieser zulassende Vertrag ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren.⁵⁰⁷ Unabhängig davon, dass in den Verträgen mit stationären Einrichtungen die Statusentscheidung der Zulassung zwingend von einer kassenartenübergreifenden Entscheidung getragen wird, beinhaltet die Statusentscheidung in § 78 SGB XI jedenfalls eine solche Grundentscheidung zumindest eines Spitzenverbandes.⁵⁰⁸ Auch steht dieser Argumentation nicht entgegen, dass nur im 2. Abschnitt des 7. Kapitels des SGB XI eine Rechtswegzuweisung an die Sozialge-

trag eines Spitzenverbandes gem. § 78 Abs. 1 SGB XI so gesehen wird, da dort ein kassenartenübergreifendes, gemeinsames Handeln nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht zwingend vorausgesetzt wird, vgl. jedoch unten Fußnote 522.

⁵⁰⁶ Knittel in Krauskopf § 109 SGB V, Randnr. 6a; Neumann in HS-PV § 21, Randnr. 2, 19, 20; letztlich geht dies auf den Streit im Allgemeinen Verwaltungsrecht zurück, ob die Verwaltung aus rechtsstaatlichen Gründen eine ausdrückliche Ermächtigung für die Handlungsform „Verwaltungsakt“ bedarf oder ob nicht von einer allgemeinen Ermächtigung zu einseitigem hoheitlichen Handeln, also vom Verwaltungsakt als typischer Handlungsform der Verwaltung, auszugehen ist (Maurer, § 10, Randnr. 5).

⁵⁰⁷ Allgemeine Ansicht zum SGB V und SGB XI: Knittel in Krauskopf § 109 SGB V, Randnr. 2, § 73 SGB XI, Randnr. 2; Klückmann in Hauck/Haines § 109 SGB V, Randnr. 36; zur Argumentation bei Rahmenverträgen gemäß §§ 125, 127, SGB vgl. unter V.1.

⁵⁰⁸ Siehe Fußnoten 522, 505 a.E.

richte vorgesehen wurde (§ 73 Abs. 2 SGB XI). Dies muss sich auch auf die Versorgungsverträge des 3. Abschnitts beziehen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das Vertragsmodell des SGB XI, das abweichend vom Regelungsmodell des SGB V sich sowohl auf stationäre Pflegeeinrichtungen wie auch auf die Beziehung zu sonstigen Leistungserbringern erstreckt, in den weiteren Auswirkungen einer differenzierenden Betrachtung unterworfen werden sollte. Folgerichtig ist deshalb auch der Sozialversorgungsvertrag gemäß § 78 Abs. 1 SGB XI mit Pflegehilfsmittellieferanten als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren.⁵⁰⁹

- Umstritten ist die weitere Zuordnung der Versorgungsverträge als koordinationsrechtliche oder subordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge.⁵¹⁰ Subordinationsrechtliche Verträge liegen dann vor, wenn sich die Vertragsparteien außerhalb des Vertrages in einem Über-/Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen.⁵¹¹ Geht man von einer internen Entscheidung der Pflegekassen (hier: Spitzenverband) nach vorangehender Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen aus und betrachtet man den Erlass eines Verwaltungsaktes als typische Handlungsform der Verwaltung, die nicht einer ausdrücklichen Ermächtigung bedarf,⁵¹² ist es vertretbar, nicht nur die Ablehnung eines Vertragsabschlusses als Verwaltungsakt zu qualifizieren, sondern auch die positive Entscheidung, die durch den Abschluss des Vertrages umgesetzt wird, mit Verwaltungsaktsqualität zu belegen.⁵¹³ Das bedingt dann die Zuordnung als subor-

⁵⁰⁹ Auch unter Zugrundelegung der Entscheidung des BGH vom 05.06.1997, NJW 1998, 825, dürfte sich ein Rechtsweg-Zuständigkeitsstreit erledigen, da bei Streitigkeiten über den Sozialversorgungsvertrag das Schwergewicht des Rechtsstreits regelmäßig im SGB XI angesiedelt sein wird und sich damit auch nach dieser Rechtsprechung die Zuständigkeit der Sozialgerichte ergibt, da es um die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Pflegekasse geht, die Versicherten mit Hilfsmitteln zu versorgen; zur gleichgelagerten Interpretation bei den Verträgen im SGB V unter V. 1.

⁵¹⁰ Koordinationsrechtlich: Spellbrink in Hauck/Wilde § 73 SGB XI, Randnr. 7; Knittel in Krauskopf, aaO (Fußnote 507), Subordinationsrechtlich: Klückmann, aaO (Fußnote 441), Leitherer in Kasseler-Kommentar § 73 SGB XI Randnr. 7.

⁵¹¹ Siewert in Krause GK-SGB X/1, § 53, Randnr. 12 mwN.

⁵¹² Siehe oben Fußnote 506.

⁵¹³ Wenn die Gesetzesbegründung davon spricht, beide Vertragsparteien stünden sich gleichberechtigt gegenüber (BR-Drucksache 505/93, Seite 137 ff.) ist damit nicht zwangsläufig die Statusentscheidung, sondern eher die Vereinbarung der Vertragsdurchführung (Modalitäten) gemeint.

dinationsrechtlich gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X, obwohl das Gesetz bei einer positiven Entscheidung zwingend den Vertragsabschluss vorsieht.⁵¹⁴

b) Vertragsparteien

Vertragspartner der Sozialversicherungsverträge sind auf Pflegekassen-seite die Spitzenverbände der Pflegekassen. Diese Regelung widerspricht der den §§ 124, 126 SGB V zugrundeliegenden Entscheidung des Gesetzgebers, wonach es in die Zuständigkeit der Länderebene fällt, die Leistungserbringung mit Heil- und Hilfsmitteln sicherzustellen. Während der Gesetzgeber im SGB V den Vorgaben des Art. 83 GG gefolgt ist, und mit einer Hilfskonstruktion über die „Empfehlungen der Spitzenverbände“ eine einheitliche Zulassungspraxis erreicht,⁵¹⁵ hat er im SGB XI auf diesen Umweg verzichtet und den Spitzenverbänden, also der Bundesebene, die Zulassungsentscheidung selbst übertragen, um die Einheitlichkeit im Bundesgebiet auf unmittelbarem Wege zu erreichen.⁵¹⁶

Damit liegt aber bezogen auf die Auswahl der Leistungserbringer kein vollzugsfähiger Rechtssatz für die Länder mehr vor, d.h. die Bundesebene führt hier im Rahmen der mittelbaren Staatsverwaltung das Bundesgesetz selbst unmittelbar aus.⁵¹⁷ Fraglich ist daher, ob ein Bundesgesetz in einem spezifischen Teil als Bundesverwaltung i.S. von Art. 87

⁵¹⁴ Nach gegenteiliger Ansicht setzt die Handlungsform „subordinationsrechtlich“ eine positive Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes und eine hieran anschließende Wahlentscheidung der Verwaltung voraus. Ist aber rein tatsächlich eine einseitige hoheitliche Entscheidung Bestandteil des Vertragsabschlusses, ist es m.E. gerechtfertigt, auch in diesem Fall von einem subordinationsrechtlichen Vertragsverhältnis auszugehen, auch wenn eine echte Alternativität zwischen den Handlungsformen Verwaltungsakt und Vertrag vom Gesetzgeber ausgeschlossen wird.

⁵¹⁵ Im Einzelnen vgl. unter 3.c).

⁵¹⁶ Eine bundeseinheitliche Zulassung sei insbesondere deshalb zweckmäßig, da der Katalog der Pflegehilfsmittel begrenzt sei (BT-Drucksache 12/5262, Seite 140).

⁵¹⁷ Dies ist der entscheidende Unterschied zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gemeinsamen Empfehlungen i.S.v. § 124 Abs. 4 bzw. § 126 Abs. 2 SGB V; dort ist die letzliche Entscheidung zur Zulassung den Landesverbänden der Krankenkassen vorbehalten, siehe oben Seite 150 ff. Die dargestellten Unterschiede zwischen mittelbarer und unmittelbarer Staatsverwaltung vermögen die betroffene Verwaltungskompetenz im Bund/Länder-Verhältnis dann nicht zu rechtfertigen, wenn für die Landesebene kein vollzugsfähiger Rechtssatz mehr verbleibt.

Abs.2 GG, im Übrigen jedoch als landeseigener Vollzug i.S. des Art. 83 GG ausgeführt werden kann. Aus der Systematik der Art. 83 ff. GG heraus (klare Abgrenzung der Verwaltungszuständigkeit von Bund und Länder) wurden bislang Mischverwaltungen, d.h. eine Verwaltungskompetenzaufteilung eines Bundesgesetzes für einzelne Sachgebiete stets für unzulässig gehalten⁵¹⁸ - auch soweit es sich lediglich um Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes handelte.⁵¹⁹ Den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts kann entnommen werden, dass lediglich ein bloßes Koordinieren des Verwaltungszusammenwirkens von Bund und Ländern zu akzeptieren sei. Überträgt man diese Rechtsprechung auf die hier betroffene mittelbare Staatsverwaltung, so ist in § 78 SGB XI zwar auch eine bundesweite Koordinierung der Zulassungsentscheidungen Ziel der Regelung, es verbleibt jedoch nicht bei einer Koordinierungsfunktion der Bundesebene, sondern es handelt sich um die originäre Entscheidung, die entsprechend der Verwaltungskompetenzenverteilung zwischen Bund und Länder sowohl im SGB V wie auch im Übrigen SGB XI der Landesebene zusteht.⁵²⁰ Deshalb ist § 78 Abs. 1 SGB XI wegen Verstoßes gegen das Verbot der Mischverwaltungen im Hinblick auf Art. 83 GG verfassungswidrig.⁵²¹

Die Bundeseinheitlichkeit - auch kassenartenübergreifend, da vom Gesetzgeber an gemeinsam durch die Spitzenverbände abzuschließende Verträge gedacht wurde -⁵²² ist dadurch sichergestellt, dass die Spitzenverbände der Pflegekassen sowohl für den Vertragsabschluss mit einzelnen Leistungserbringern als auch deren Verbände zuständig sind. Wird ein Vertrag mit Verbänden der Leistungserbringer abgeschlossen,

⁵¹⁸ BVerfG E 32, Seite 145 ff, 156.

⁵¹⁹ BVerfG E 41, Seite 291 ff, 311.

⁵²⁰ Auch wenn man die Besonderheiten der mittelbaren Staatsverwaltung berücksichtigt (dargestellt unter 3.c) bb) muss der Landesebene ein vollzugsfähiger Rechtssatz verbleiben.

⁵²¹ Eine verfassungskonforme Auslegung, die der Feststellung der Verfassungswidrigkeit nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG E 87, Seite 114 ff, 133) voranzustellen ist, scheidet im vorliegenden Fall wegen des klaren Gesetzeswortlautes aus.

⁵²² Anderer Ansicht Spellbrink in Hauck/Haines § 78 SGB XI, Randnr. 3: Verträge seien durch den jeweiligen Bundesverband abzuschließen.

ergibt sich das Problem, inwieweit der Verband für einzelne Leistungserbringer vertretungsbefugt ist. Für verbandsangehörige Einzelerbringer kann sich eine Vertretungsbefugnis aus der Satzung des Verbandes ergeben. Für Nichtverbandsangehörige besteht eine Vertretungsbefugnis nur, wenn sie individuell nachgewiesen wird. Da bundesweit eine Vielzahl solcher Leistungserbringer vorhanden ist, ergibt sich zwangsläufig die Verpflichtung zum Vertragsabschluss mit vielen einzelnen Leistungserbringern. Diese Unpraktikabilität hat teilweise dazu geführt, dass Standardverträge von den Spitzenverbänden vorgegeben werden, die vom einzelnen Leistungserbringer hinzunehmen sind, wenn er eine Lieferberechtigung für Pflegehilfsmittel erreichen will.⁵²³ Gleichzeitig hatte diese Entwicklung zur Folge, dass eine Lieferberechtigung jeder bekommen konnte, der einen solchen Liefervertrag akzeptierte - also der Kreis der Leistungserbringer nicht auf einen qualifizierten Kreis, wie er im Krankenversicherungsrecht durch § 126 SGB V beschrieben wird, beschränkt blieb. Unabhängig von der noch zu untersuchenden Problematik, ob das Kartellrecht auf die Beziehung zwischen Kassen und Leistungserbringern anwendbar ist,⁵²⁴ steht die gesetzliche Vorgabe einer vertraglichen Regelung einem pauschalierten Anforderungs- und Preisdiktat der Pflegekassenseite entgegen.

Dass mit der Regelung in § 78 SGB XI die Spitzenverbände als Vertragspartner auch rein tatsächlich überfordert sind, hat sich z.B. an dem Vertrag mit Leistungserbringern von Pflegebetten gezeigt. Nach dem ursprünglichen Vertragswerk waren von den Leistungserbringern nahezu keine Qualifikationsmerkmale zu erfüllen, sondern es war lediglich ein „Beitritt“ zu erklären, der das Einverständnis zu den dort aufgestellten Abrechnungsmodalitäten beinhaltete. Die Bandbreite der Leistungserbringer führte sehr rasch zur Aufkündigung dieses Sozialversicherungsvertrages durch die Spitzenverbände mit der Folge, dass ein neues Vertragsmodell auszuarbeiten war, das spezifische Qualitäts-

⁵²³ Die Kritik von Heinze (Fußnote 453) ist hier eher angebracht als im GKV-Zulassungssystem, da für individuelle Vereinbarungen kein Raum bleibt.

⁵²⁴ Unter VII.1.

merkmale enthielt, die von den Leistungserbringern zu erfüllen waren, wenn sie zu einer Belieferung von Pflegebetten zugelassen werden wollten. Entgegen dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung wurden darüber hinaus auf Landesebene zum Teil Sonderregelungen mit Leistungserbringern vereinbart.⁵²⁵ Auch die tatsächlichen Gegebenheiten bestätigen daher die festgestellte Verfassungswidrigkeit der Vorschrift.⁵²⁶

c) **Vertragsgegenstand**

Es können nur solche Hilfsmittel Vertragsgegenstand einer Zulassung nach dem Pflegeversicherungsrecht sein, die nicht in den Zuständigkeitsbereich der Krankenversicherung fallen (Subsidiarität der Pflegehilfsmittel).⁵²⁷

§ 78 SGB XI dient insgesamt der Umsetzung des Leistungsrechts (§ 40 SGB XI) auf der Leistungserbringerseite. Dabei ist im SGB XI die Grundentscheidung zur Zulassung in der Tatsache zu sehen, dass mit einem einzelnen Leistungserbringer oder mit einem Verband (und damit den verbandsangehörigen Leistungserbringer) überhaupt ein Versorgungsvertrag abgeschlossen wird. Die weitere Ausgestaltung der Verträge entspricht dann den rahmenvertraglichen Regelungen, wie sie auch im SGB V in § 127 SGB V vorgesehen sind.⁵²⁸

⁵²⁵ Begründet wird die Zulässigkeit damit, dass nur das Zulassungselement bundeseinheitlich geregelt sei, der Gesetzgeber aber z.B. Raum für dezentrale Vergütungsmechanismen gelassen habe, (§ 78 SGB XI sei im Lichte des § 127 SGB V auszulegen).

⁵²⁶ Die Verfassungswidrigkeit erstreckt sich dabei auch auf die Festsetzung von Festbeträgen gemäß § 78 Abs. 3 SGB XI, da auch insoweit eine originäre Entscheidung auf Bundesebene getroffen wird und nach der Verwaltungskompetenzverteilung zwischen Bundes- und Landesebene ein vollzugsfähiger Rechtssatz der Landesebene verbleiben muss (Fußnote 520). Dieser Aspekt war nicht Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Festbetragsregelung im SGB V (vgl. Fußnoten 186, 268). Deshalb ist sowohl das pflegeversicherungsrechtliche Festbetragsverfahren, wie auch das seit dem 01.01.2004 im Krankenversicherungsrecht geregelte Festbetragsverfahren einer erneuten verfassungsrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

⁵²⁷ Z.B. Versorgungsvertrag über zum Verbrauch bestimmte Pflegehilfsmittel (Einmalhandschuhe, Mundschutz, Bettschutzeinlagen etc.).

⁵²⁸ Im Einzelnen siehe V.3. und V.5.

d) Vertragsbeendigung

Regelungen zur Beendigung der Zulassung finden sich in § 78 SGB XI nicht. Es kommt jedoch eine Kündigungsmöglichkeit in Betracht, die entweder konkreter Regelungsgegenstand des jeweiligen Versorgungsvertrages ist - oder, wenn sich dort keine Regelung findet, über eine (zumindest analoge) Anwendung des § 74 Abs. 2 SGB XI sichergestellt sein muss, da Dauerschuldverhältnisse stets aus wichtigem Grund nach dem Grundsatz von Treu und Glauben beendet werden können.⁵²⁹ Dies gilt auch für öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen. Begreift man die Vorschriften der §§ 72 ff. SGB XI nicht als abschließende Sonderregelungen für den Bereich der stationären bzw. ambulanten Versorgungsverträge, sondern sieht das siebte Kapitel des SGB XI einheitlich als Regelung des Leistungserbringerrechts,⁵³⁰ ist eine erweiterte Anwendung des gesamten § 74 SGB XI auf die Verträge über Pflegehilfsmittel vertretbar.⁵³¹

5. Zusammenfassung

Das Zulassungsrecht der Heil- und Hilfsmittel-Leistungserbringer im SGB V ist geprägt durch eine öffentlich-rechtliche Zulassungsentscheidung, die Verwaltungsaktcharakter besitzt. Im SGB V besteht eine differenzierte Ausgestaltung der Zulassungsvoraussetzungen durch den Gesetzgeber. Diese ist bei Heilmittelerbringer durch die Erfüllung verschiedener Tatbestandsmerkmale vorgegeben, während der Gesetzgeber bei den Hilfsmitteln mit im konkreten Einzelfall ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitet. Zur Erreichung einheitlicher Zulassungsbedingungen geben die Spitzenverbände Empfehlun-

⁵²⁹ Vgl. z.B. BGH NJW 1986, Seite 978.

⁵³⁰ Siehe oben unter a).

⁵³¹ Eine sachliche Einschränkung könnte für die Kassenseite dahin erwogen werden, dass eine Kündigung lediglich zur Vertragsanpassung (Preisvereinbarungen) bzw. wegen Wegfall der Vertragsabschlussvoraussetzungen in Betracht kommt. Hierzu gehört auch ein Fehlverhalten des Leistungserbringers, da die persönliche Eignung und Zuverlässigkeit des Leistungserbringers ein allgemeiner Grundsatz des Leistungserbringerrechts ist (BSG SozR 3-2500 § 124 Nr. 10).

gen mit Rechtsnormcharakter ab, die im Ergebnis als rechts- und verfassungskonform zu qualifizieren sind und sowohl für die Verwaltung wie auch für die Gerichte als Maßstab für die Zulassungsentscheidung grundsätzlich Verbindlichkeitswirkung entfalten.

Im Gegensatz zu dieser einseitigen Zulassungsentscheidung hat der Gesetzgeber im SGB XI eine Vertragskonstruktion gewählt, die, vordergründig betrachtet, zwar erheblich von der Konstruktion im SGB V abweicht, aber, als dem Vertragsabschluss vorausgehend, ebenfalls eine einseitige Entscheidung mit Verwaltungsaktscharakter beinhaltet. Der Versorgungsvertrag zur Pflegehilfsmittelbelieferung ist deshalb als subordinationsrechtlicher, öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren. Darüber hinaus enthält § 78 Abs. 1 SGB XI nahezu keine gesetzlichen Vorgaben dazu, unter welchen Voraussetzungen ein Leistungserbringer zur Versorgung der Versicherten zuzulassen ist. Dabei wird in Kauf genommen, dass Abstriche an der Qualifikation der Leistungserbringer und an der Qualität der Versorgung zu machen sind. Wegen des Verstoßes gegen das Verbot der Mischverwaltung ist die Regelung in § 78 Abs. 1 SGB XI jedoch als verfassungswidrig zu qualifizieren.

V. Das die Zulassung ergänzende Vertragsrecht mit den Leistungserbringern

1. **Rechtliche Zuordnung der Verträge im SGB V**

Nach § 125 und § 127 SGB V schließen Krankenkassenseite und Leistungserbringerseite Rahmenempfehlungen und Verträge über Einzelheiten der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln sowie über Preise und deren Abrechnung. Diese neben der Grundentscheidung „Zulassung“ vorhandene zweite Ebene der Beziehung zu den Leistungserbringern dient der näheren Ausgestaltung vorhersehbarer Modalitäten der Leistungserbringung.⁵³² Eine Verknüpfung beider Ebenen erfolgt durch die Anerkennung dieser Vereinbarungen als Zulassungsvoraussetzung.⁵³³ Dabei bleiben beide Ebenen jedoch von der tatsächlichen Leistungserbringung getrennt und definieren lediglich den abstrakten Rahmen, dass und wie eine solche – von Versicherten anzustoßende – Versorgung erfolgen kann. Die durch Vertrag auf Landesebene festzulegende Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen einzelner Krankenkasse und Leistungserbringer enthält dabei Einzelheiten der Leistungserbringung und konkretisiert den durch das Leistungsrecht vorgegebenen Leistungsanspruch des Versicherten,⁵³⁴ der vom Leistungserbringer in dieser vorgegebenen Weise zu erfüllen ist. Als Gegenanspruch wird der Vergütungsanspruch des Leis-

⁵³² Dabei ist der Statusakt Zulassung grundsätzlich von bestehenden oder künftig abzuschließenden Verträgen unabhängig. Eine Verknüpfung ist dann zwingend, wenn mit einzelnen Leistungserbringern Verträge abgeschlossen werden sollen; dann ist eine gleichzeitig auszusprechende Zulassungsentcheidung erforderlich (z.B. Verträge mit Blindenführschulen zur Versorgung von Versicherten mit Blindenführhunden, Riederle, Seite 675).

⁵³³ Vgl. oben IV.3.a) dd) und 3.b) cc).

⁵³⁴ Z.B. weitere Konkretisierung des Leistungsumfangs von Heilmitteln, die in den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 i.V.m. Abs. 6 SGB V aufgeführt sind; dabei ging der Entscheidung des Bundesausschusses bereits eine Prüfung zur ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung sowie zur Einführung neuer Hilfsmittel voraus (§ 92 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 2 und § 70 bzw. § 138 SGB V).

tungserbringers festgelegt, der gegenüber der einzelnen Krankenkasse geltend zu machen ist.⁵³⁵

Auch hier ist zunächst die Frage zu beantworten, ob diese Rahmenverträge öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge sind. Diese Frage bedarf auch in Ansehung der Neuregelung des § 69 SGB V einer vertiefenden Darstellung, da nur der materiellrechtliche Zuweisungsgehalt letztlich eine Vergleichbarkeit mit Regelungen des SGB XI ermöglicht.

Wie bereits oben unter III. 2. und 3. dargestellt, sind die Verhältnisse zwischen Leistungserbringer und Versichertem dem Zivilrecht zuzuordnen. Dies könnte grundsätzlich auch auf der Ebene zwischen Krankenkassenseite und Leistungserbringer gelten, insbesondere, wenn die vor dem GRG vorhandene Rechtslage (§ 376 d RVO a.F.) mit in Betracht gezogen wird.⁵³⁶ Nach damaligem Recht erfolgte die „Zulassung“ und die nähere Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Kassen und Leistungserbringer durch Vertrag, der nach dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10.04.1986 dem Privatrecht zuzuordnen war.⁵³⁷ Zudem hat der Gesetzgeber geäußert, dass sich am privatrechtlichen Charakter der Verträge durch die Neuregelung im GRG nichts geändert habe.⁵³⁸

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber damals eine Rechtswegzuweisung in § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. zur Sozialgerichtsbarkeit vorgenommen und dies mit dem engen Sachzusammenhang zwischen dem Inhalt der Verträge und der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Krankenkassen gegenüber den Versicherten begründet.⁵³⁹ Neben diesem öffentlich-rechtlichen

⁵³⁵ Die Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und verpflichteter einzelner Krankenkasse wird auch als 3. Ebene bezeichnet – vgl. BSG SozR 3-2500 § 125 Nr. 5.

⁵³⁶ Vgl. BSG SozR 3-2500 § 125 Nr. 6.

⁵³⁷ BGHZ 97, 312 oder SGB 1986, Seite 412.

⁵³⁸ Ausschussbericht vom 24.11.1988 BT-Drucksache 11/3480 zu Art. 29, wobei die Gesetzesbegründung von „Leistungsbeschaffungsverträgen“ spricht. Dabei könnte auch der unter III. 3.b) beschriebene Sonderfall gemeint sein, der von einer privatrechtlichen Vorgehensweise der Krankenkassen als „Einkäufer in Vertretung des Versicherten“ ausgeht. Dieser Sonderfall der Leistungserbringung wird jedoch durch die Rahmenverträge gemäß §§ 125, 127 SGB V nicht erfasst und kann daher nicht zur Begründung deren Rechtsnatur herangezogen werden.

⁵³⁹ BT-Drucksache, aaO (Fußnote 538), Verknüpfung von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht.

Element ist auch die Beziehung zum Leistungserbringer durch die Zulassung öffentlich-rechtlich geprägt, so dass die Aufspaltung in einen öffentlich-rechtlichen Zulassungsakt und eine privatrechtliche Ausgestaltung dieser Beziehung weniger überzeugend ist, als eine konsequente Zuordnung zum öffentlichen Recht, insbesondere bei Betrachtung der Interessenlage (Versorgung der Versicherten mit Sozialleistungen).⁵⁴⁰

Allgemein erfolgt die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht nach dem Gegenstand und dem Zweck der Vereinbarung.⁵⁴¹ Regelungsgegenstand der Heil- und Hilfsmittelversorgungsverträge sind Einzelheiten bzw. Modalitäten der Versorgung sowie Vergütungsfragen, mithin Regelungen zur Sicherstellung des Leistungsanspruchs des Versicherten, den die Krankenkassen in Ansehung des Sachleistungsprinzips zu gewährleisten haben. Die öffentlich-rechtliche Natur des Sicherstellungsauftrags beruht darauf, dass die Absicherung des Risikos „Krankheit“ in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Grundaufgabe des Staates darstellt, der der Gesetzgeber durch die Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Krankenversicherungssystems (Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften und öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Leistungs- und Leistungserbringerrechts) nachgekommen ist. Die Verträge unterliegen zudem einer gesetzlich ausdrücklich angeordneten staatlichen Rechtsaufsicht (§ 71 Abs. 4 SGB V), so dass die Verträge eingebettet sind in ein umfassendes öffentlich-rechtlich organisiertes Leistungssystem.⁵⁴² Die angeführten Argumente sprechen daher dafür, die Rahmenverträge gemäß §§ 125, 127 SGB V als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren.⁵⁴³ Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man sich die Vertragswirkung⁵⁴⁴ auf Krankenkassenseite vor Augen führt. Nach § 376 d

⁵⁴⁰ Eingehend Schmitt, Seite 504 ff. und Behrends, Seite 159 ff, allgemein Eichenhofer, Sozialrecht und Privatrecht, Seite 169 ff.

⁵⁴¹ Lange, Seite 313 ff. mwN; Kraushaar/Häuser, Seite 217 ff, 219; Mayer-Ladewig § 51 Randnr. 12; BSGE 35, Seite 47 ff., 50; BVerwGE 42, Seite 331 ff, 332; BGHZ 90, Seite 189; nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte entscheidet bei der Abgrenzung primär der Vertragsgegenstand bzw. der Schwerpunkt der Abmachung darüber, ob eine Zuordnung des Vertrags zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht erfolgen kann.

⁵⁴² Vgl. auch unter 3.b).

⁵⁴³ Ebenso Hauck/Haines § 125 SGB V, Randnr. 3; Hess in Kasseler Kommentar § 69 SGB V, Randnr. 16; Schmitt, Seite 214 ff., 481 ff.; Eichendorfer, SGB 2003, Seite 369 f.; a. A. BSG vom 10.07.1996, SozR 3-2500 § 125 Nr. 5 und 6.

⁵⁴⁴ Siehe unter 3.

Abs. 1 Satz 1 RVO a.F. bedurfte die Geltung einer Rahmenvereinbarung für die einzelne Krankenkasse einer gesonderten Bevollmächtigung. Im Gegensatz hierzu hat nach dem SGB V ein Rahmenvertrag, abgeschlossen durch den Landesverband, für die einzelne Krankenkasse unmittelbare Verbindlichkeit (sog. „normativer Charakter“ der vertraglichen Regelung). Auch diese Änderung durch das GRG lässt auf eine grundsätzliche Veränderung der rechtlichen Zuordnung der Rahmenverträge schließen. Haben die Verträge unmittelbare Rechtswirkung für die Krankenkassen, liegt eine autonome Rechtssetzungswirkung (Normsetzungsverträge) vor, die die Verträge als öffentlich-rechtliche Verträge qualifiziert.⁵⁴⁵

Neben dieser sachbezogenen Argumentation tritt seit 01.01.2000 auch eine formalrechtliche. In § 69 SGB V ist nunmehr klarstellend normiert, dass die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern abschließend im SGB V geregelt und damit sozialversicherungsrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur sind⁵⁴⁶ Diese Regelung enthält damit auch eine Klarstellung für den bislang umstrittenen Bereich der Leistungserbringung von Heil- und Hilfsmitteln.

2. Vertragsparteien

a) Rahmenempfehlungen bei Heilmitteln

§ 125 Abs. 1 Satz 1 SGB V benennt für die Rahmenempfehlungen auf Krankenkassenseite als Vertragsparteien die Spitzenverbände der Krankenkassen (§ 213 Abs. 1 SGB V). Auf Seiten der Heilmittelerbringer stehen die Spitzenorganisationen auf Bundesebene, entweder als Gesamtorganisation oder als für den jeweiligen Leistungsbereich ge-

⁵⁴⁵ Ebsen, HS-KV, § 7 Randnr. 140 f.; zur Legitimation solcher Normsetzungsverträge im Sozialversicherungsrecht Joussen, SGB 2004, Seite 334 ff.

⁵⁴⁶ Vgl. Begründung zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, BT-Drucksache 14/1245 (zu Art. 1 Nr. 29, Seite 68).

sondert zuständiges Gremium. Für die Krankenkassenseite ist zudem ein gemeinsames und einheitliches Auftreten bei Abschluss einer Rahmenempfehlung vorgeschrieben, so dass der Zwang zur Einigung vom Gesetzgeber vorgegeben ist. Die sich von § 124 Abs. 4 SGB V (Empfehlungen) unterscheidende Formulierung⁵⁴⁷ zur „einheitlichen“ Vorgehensweise hat dabei im Ergebnis keine Auswirkungen, da mit dem einheitlichen Vorgehen lediglich die Außenwirkung des Handelns beschrieben wird. Die interne Willensbildung kann dabei gemäß § 213 Abs. 2 SGB V erfolgen (Einigung oder Mehrheitsbeschluss).

Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 83 GG kommen hier nicht zum Tragen,⁵⁴⁸ da lediglich unverbindliche Rahmenvorgaben gemacht werden und der Länderebene der tatsächliche Vertragsabschluss vorbehalten bleibt.⁵⁴⁹ Nur dann, wenn der Bundesebene das Recht eingeräumt würde, verbindlich Einzelheiten der Versorgung i.S.v. § 125 Abs. 2 SGB V zu regeln und der Länderebene kein ausfüllungsfähiger Rahmen verbliebe, könnte ein Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung in Betracht kommen. Nach den Rahmenempfehlungen vom 02.10.2001⁵⁵⁰ ist dies jedoch nicht der Fall.

b) Rahmenverträge

Sowohl § 125 Abs. 2 SGB V wie auch § 127 Abs.1 SGB V sehen als Vertragspartner auf Krankenkassenseite für die Rahmenverträge die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Verbände der Ersatzkassen auf deren Landesebene vor (§§ 207, 212 Abs. 5 Satz 4 SGB V). Im Gegensatz zu den Rahmenempfehlungen ist ein gemeinsames und einheitliches Vorgehen auf Kassenseite nicht vorgesehen, so dass hier

⁵⁴⁷ Auch bei § 124 Abs. 4 SGB V ist ein gemeinsames und einheitliches Vorgehen erforderlich; dass bei § 124 Abs. 4 SGB V lediglich von einem „gemeinsamen“ Vorgehen gesprochen wird, hängt vom dortigen Satzaufbau ab, da im weiteren die einheitliche Anwendung der Zulassungsbedingungen angesprochen ist; der Einheitlichkeit ist also auch dort Rechnung getragen.

⁵⁴⁸ Zum Handeln der Bundesebene bei § 78 SGB XI siehe oben IV.4.b).

⁵⁴⁹ Siehe oben II.3.e) kk).

⁵⁵⁰ Vgl. unten 4.a).

ein Vertragswettbewerb eröffnet ist.⁵⁵¹ Auf Seiten der Leistungserbringer kann der Vertrag entweder von einzelnen Leistungserbringern oder von ihren Verbänden abgeschlossen werden. Dabei haben einzelne Leistungsanbieter bestimmter Heil- und Hilfsmittel kein Monopol zum Abschluss von Rahmenverträgen. Das Gebot zur Beachtung der Vielfalt der Leistungsanbieter in § 2 Abs. 3 SGB V, der Umkehrschluss aus § 129 SGB V, wo die Vertragsparteien gesetzlich festgelegt sind, sowie das Grundrecht der Leistungsanbieter aus Art. 12 GG und der Wettbewerb unter verschiedenen Leistungsanbietern als Wirtschaftlichkeitselement, sprechen dafür, dass bei Heil- und Hilfsmitteln keine Exklusivität der Vertragsbeziehungen zu einzelnen Gruppen von Leistungserbringern besteht.⁵⁵²

Existiert ein Verbands-Rahmenvertrag auf Leistungserbringerseite, stellt sich die Frage, ob Einzelverträge mit einzelnen Leistungserbringern zusätzlich in Betracht kommen und inwieweit der einzelne Anbieter einen Anspruch auf Abschluss eines solchen Vertrages hat. Teilweise wird ein solcher Anspruch mit Hinweis auf das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot bejaht.⁵⁵³ Grundsätzlich steht der Kassenseite die Vertragsfreiheit in ihrer Ausprägung als Abschlussfreiheit insbesondere dann zu, wenn sie dem Sicherstellungsauftrag durch Abschluss eines Verbands-Rahmenvertrags bereits Rechnung getragen hat. Bietet ein einzelner Leistungserbringer jedoch Leistungen unterhalb des Preisniveaus des Verbands-Rahmenvertrags an, haben Versicherte ein entsprechendes Wahlrecht zur Versorgung durch diesen Leistungserbringer.⁵⁵⁴ Ebenso wie das Wirtschaftlichkeitsgebot dem Versicherten einen erweiterten Leistungsanspruch verschafft,⁵⁵⁵ ist es sachgerecht, es in Bezug auf den Leistungsanbieter heranzuziehen, um einen An-

⁵⁵¹ Ebsen/Greß/Jacobs/Szecsény/Wasem, Seite 130 f; Hermann, Sozialpolitik 2003, Seite 17 ff.

⁵⁵² So kommen für die Belieferung der Versicherten mit Hilfsmitteln also nicht nur die Innungsverbände der Orthopädiemechaniker und Bandagisten in Betracht, sondern Krankenkassenverbände können z.B. auch Hilfsmittelrahmenverträge gem. § 127 SGB V mit Apothekerverbänden abschließen (BSG vom 25.09.2001, Az.: B 3 KR 3/01 R).

⁵⁵³ Von Maydell, § 125 Randnr. 10; Schulte, Seite 298.

⁵⁵⁴ Vgl. Fußnote 339.

⁵⁵⁵ Siehe oben III.5. b).

spruch für ihn auf Abschluss eines Vertrages zu begründen, denn dadurch wird der Leistungsanspruch des Versicherten in seiner Abwicklung im Verhältnis Krankenkasse – Leistungserbringer auf eine rechtssichere Grundlage gestellt.

c) **Einzelverträge**

§ 127 Abs. 2 SGB V sieht auf örtlicher Ebene Vertragsabschlüsse zwischen einzelner Krankenkasse und einzelnen Leistungserbringern vor, wenn dadurch Wirtschaftlichkeitsreserven gegenüber dem landesweiten Rahmenvertrag noch mobilisiert werden können. Voraussetzung hierfür ist die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens.⁵⁵⁶ Einzelne Leistungsanbieter können sich auch gegenüber dem zuständigen Landesverband zur Lieferung auf Festbetragsniveau verpflichten (Bereiberklärung).

3. **Vertragswirkung**

a) **Verbindlichkeit**

Weder die einzelne Krankenkasse noch der einzelne Leistungserbringer ist nach dem Grundverständnis des Gesetzgebers Vertragspartner.⁵⁵⁷ Es stellt sich die Frage der Verbindlichkeit der abgeschlossenen Rahmenverträge für die bei der tatsächlichen Leistungsbewirkung handelnden Parteien.

Auf Krankenkassenseite ist die Verbindlichkeit der Rahmenverträge in § 125 Abs. 2 SGB V und § 127 Abs. 1 SGB V gesetzlich angeordnet („mit Wirkung für ihre Mitgliedskassen“). Es bedarf also keiner gesonderten Bevollmächtigung oder eines Vertragsbeitritts durch die Mit-

⁵⁵⁶ Vgl. hierzu 4. c) bb).

⁵⁵⁷ § 127 Abs. 2 SGB V ist zumindest bislang eher als Ausnahmefall praxisrelevant.

gliedskasse.⁵⁵⁸ Fraglich ist, ob dies auch für die Rahmenempfehlungen nach § 125 Abs. 1 SGB V gilt. Da es insoweit um Versorgungsregelungen geht, ergeben sich insbesondere Pflichten für die Leistungserbringerseite. Hinsichtlich der Vorgaben für Vergütungsstrukturen kommt für die Landesverbände lediglich eine Rahmenvorgabe in Betracht, die noch Raum für die einzelnen Vertragsabschlüsse lässt. Eine strikte Verbindlichkeit dieser Vorgabe lässt sich dem Gesetz insoweit jedoch nicht entnehmen, da eine Verbindlichkeitswirkung wie in § 125 Abs. 2 SGB V in Abs. 1 gerade nicht vorgesehen ist und der Wortlaut auch lediglich von einer „Empfehlung“ ausgeht.⁵⁵⁹ Diese unverbindliche Wirkung trägt auch dem auf Art. 83 GG beruhenden Verbot der Mischverwaltung Rechnung.⁵⁶⁰

Umgekehrt verhält es sich auf Seiten der Leistungserbringer. Sowohl der Rahmenvertrag wie auch die Rahmenempfehlung wird im Regelfall nicht mit dem einzelnen Leistungserbringer abgeschlossen, so dass sich für ihn zumeist keine unmittelbare vertragliche Verpflichtung ergibt.⁵⁶¹ Eine Verbindlichkeit der Verträge, wie auch der Rahmenempfehlung, ergibt sich aber über die Zulassung und der dort als Zulassungsvoraussetzung normierten Anerkennung der geltenden Vereinbarungen.⁵⁶² Die Anerkennung bewirkt daher für jeden Zugelassenen die volle Verpflichtung für alle seinen Bereich der Leistungserbringung betreffenden Vereinbarungen. Aus diesem Zusammenspiel von Zulassung und Verträgen lässt sich weiter eine Verpflichtung der Leistungserbringer entnehmen, zum Abschluss neuer oder fehlender Vereinbarungen über Versorgung und Preise bereit zu sein.

⁵⁵⁸ Im Gegensatz zu § 376 d RVO a.F. handelt es sich bei den Rahmenverträgen nach dem SGB V um normsetzende Verträge.

⁵⁵⁹ Im Gegensatz zur Zielsetzung der Empfehlungen zur Zulassung nach § 124 Abs. 4 bzw. 126 Abs. 2 SGB V; vgl. oben IV.3.c).

⁵⁶⁰ Im Einzelnen siehe oben IV.4.b) und unter 2.

⁵⁶¹ Maßgeblich ist insoweit die Verbandssatzung, die ein Vertretungsrecht des Verbandes und damit die rechtliche Verbindlichkeit der abgeschlossenen Verträge für Mitglieder vorsehen kann. Auch eine Bevollmächtigung des Verbandes durch die Verbandsmitglieder ist möglich, um eine unmittelbare vertragliche Verbindlichkeit zu bewirken.

⁵⁶² § 124 Abs. 2 Nr. 4 SGB V; § 126 Abs. 1 a.E. SGB V; siehe oben IV.3.a) dd) und b) cc).

Nicht zu vernachlässigen ist auch die prägende Wirkung vorhandener Rahmenverträge für den jeweiligen Leistungsbereich. So haben diese Verträge eine über die Verbindlichkeit zwischen den Vertragsparteien hinausgehende allgemeine Drittwirkung, die sich auf den gesamten einschlägigen GKV-Markt erstreckt. Das bedeutet, dass für nichtgebundene Leistungserbringer, oder wenn es um den Neuabschluss eines Rahmenvertrages geht – über Art. 3 GG –, vorhandene Verträge als die Modalitäten der Leistungserbringung prägend heranzuziehen sind und die Basis des bisher Üblichen festlegen. Davon kann im weiteren Verhandlungswege abgewichen werden, wenn sachliche Gründe hierfür angeführt werden können und im Vergütungsbereich der Grundsatz der Beitragssatzstabilität beachtet wird (§ 71 SGB X).⁵⁶³

b) Zuordnung und Rechtmäßigkeit der Verträge

Öffentlich-rechtliche Verträge gemäß §§ 53 ff SGB X⁵⁶⁴ sind entweder koordinationsrechtlicher oder subordinationsrechtlicher Natur. Zwar ist die Zulassungsentscheidung von einem Über-/Unterordnungsverhältnis geprägt, dies setzt sich jedoch nicht auf die vertragliche Ausgestaltungsebene fort (der statusbegründende Akt ist hier eigenständig vorge stellt und vom Vertrag losgelöst), da der Gesetzgeber hier gerade die Gleichstellung der Vertragspartner bei der Ausgestaltung der einzelnen Modalitäten der Leistungserbringung und bei der Festlegung des Preises im Auge hat. Der Inhalt der Vereinbarung soll nicht einseitig vorgegeben werden, sondern er soll rechtlich verbindlich auf dem Willen beider Vertragsparteien beruhen.⁵⁶⁵ Deshalb ist bei den Rahmenempfehlungen und bei den Rahmenverträgen i.S.d. §§ 125, 127 SGB V von koordinationsrechtlichen Verträgen auszugehen.⁵⁶⁶

⁵⁶³ Vgl. insoweit die Vorlagepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde gem. § 71 Abs. 4 SGB V.

⁵⁶⁴ Eine praktische Konsequenz ergibt sich aus § 56 SGB X: Mündliche Absprachen zwischen Kassenseite und Leistungserbringer sind in Anwendung des § 61 SGB X i.V.m. §§ 126, 125 BGB nichtig.

⁵⁶⁵ Erichsen, § 26 III, Rn. 9 ff.

⁵⁶⁶ Für eine subordinationsrechtliche Natur der Verträge mit Hinweis auf das durch die Zulassung vorbestimmte Über-/Unterordnungsverhältnis Siewert in Krauskopf, GK-SGB X/1, § 53 Rn. 18; zur subordinationsrechtlichen Natur des Vertrages bei § 78 Abs. 1 SGB XI oben IV.4.a); Eichendorfer

Da diese Tätigkeit aber gleichwohl Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 1 Abs. 3 GG ist, sind die Krankenkassen(-verbände) dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) i.S. des Vorrangs des Gesetzes bei Vertragsabschlüssen verpflichtet,⁵⁶⁷ d.h. den Vorschriften des Leistungsrechts, der Wirtschaftlichkeit, dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität und dem Gleichbehandlungsgrundsatz,⁵⁶⁸ so dass der vertragliche Gestaltungsspielraum von vorne herein sehr eingeschränkt ist.

Dies darf nicht zu Missinterpretationen i.S. einer von vornherein bestehenden monopolartigen Vormachtstellung der Kassenseite Anlass bieten. Allerdings müssen sich Vertragsverhandlungen und Vertragsabschlüsse auch an diesen rechtlichen Grundlagen messen lassen. Deshalb sind Verträge in der Vergangenheit häufig wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht angegriffen worden.⁵⁶⁹ So hat der Gesetzgeber bei Vertragsabschlüssen auf örtlicher Ebene durch das Erfordernis eines nach objektiven Kriterien ablaufenden Ausschreibungsverfahrens einerseits willkürliche Entscheidungen und andererseits Drucksituationen durch die Krankenkassen vorgebeugt.⁵⁷⁰

verneint den koordinationsrechtlichen Charakter, wenn nicht zwei öffentlich-rechtliche Vertragspartner beteiligt sind (hier privatrechtliche Verbände der Leistungserbringer) und geht von einem durch § 69 SGB V geschaffenen eigenen Typus des öffentlich-rechtlichen Vertrages, jenseits der im SGB X vorgesehenen, aus; SGB 2003, Seite 370.

⁵⁶⁷ Da Verträge mit einzelnen Leistungserbringern bislang die Ausnahme darstellen, ist der Schutz des einzelnen Leistungserbringers grundsätzlich gewährleistet, da „gleichwertige“ Verhandlungspartner auf Verbandsebene die Regelungen ausgehandelt haben und eine gleichmäßige Anwendung im Einzelfall erfolgt. Vgl. zur Abgrenzung BGH NJW 1992, Seite 1561 ff. zur Zulassung/Vertragsabschluss einer Krankenschwester zur Erbringung häuslicher Krankenpflege gemäß § 132 SGB V; BSG SozR 3-2500 § 15 Nr. 1 zur Zulassung nichtärztlicher Psychotherapeuten.

⁵⁶⁸ Neumann, D., Seite 51: zurecht kritisch bzgl. dem Verhalten einzelner Kassenverbände, wenn dem einzelnen nichtorganisierten Leistungserbringer von vornherein schlechtere Bedingung angeboten werden, als in den Verbandsvergütungsvereinbarungen vorgesehen; mit einer Parallelüberlegung zum Vergaberecht kommt auch Neumann, V., NZS 2002, Seite 563 ff. zur Bindung der Krankenkassen an den Gleichheitssatz und dem Anspruch der Vertragspartner auf Gleichbehandlung (im vertragsärztlichen Leistungserbringerrecht); vgl. auch Boecken, NZS 2000, Seite 273 bzw. 275 f. und Beuthien, Seite 259 (Wahrung einer wettbewerbsrechtlichen Chancengleichheit unter den zugelassenen Leistungserbringern).

⁵⁶⁹ vgl. hierzu unten VII.

⁵⁷⁰ Vgl. hierzu 4. c) bb).

Unabhängig davon müssen bei der Vereinbarung der Preise Krankenkassen zwar dem Wirtschaftlichkeitsprinzip Rechnung tragen (insbesondere den Grundsatz der Beitragssatzstabilität gem. § 71 SGB V wahren), andererseits aber auch eine Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit der Gegenleistung aus Sicht der Leistungserbringer mitbeachten, da die Vergütungsregelungen die Existenz der Leistungserbringer mitbedingen können und damit dem Schutzbereich des Art. 12 GG unterfallen.⁵⁷¹

Der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes und die vom Gesetzgeber eröffnete „Vertragsfreiheit“, insbesondere mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip, sind jedoch nicht unvereinbare Gegensätze, sondern können zielführend miteinander verbunden werden, wenn verbleibende Verhandlungsspielräume genutzt werden, da letztlich auf Leistungserbringerseite die Akzeptanz wesentlich höher ist, als bei einseitig gemachten Vorgaben der Kostenträger.

Vergütungsvereinbarungen gemäß §§ 125 und 127 SGB V sind gemäß § 71 Abs. 4 SGB V den Aufsichtsbehörden vorzulegen, die bei einem Rechtsverstoß ein Beanstandungsrecht haben. Diese Rechtmäßigkeitskontrolle ist gleichzeitig ein weiteres Element zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit im Zusammenhang der Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln.

4. Vertragsgegenstand

a) Rahmenempfehlungen für Heilmittel

§ 125 Abs. 1 Satz 4 SGB V nennt die zur einheitlichen Versorgung möglichen Inhalte einer Rahmenempfehlung auf Spitzenverbands-

⁵⁷¹ Vgl. oben Fußnote 445, mwN.

ebene.⁵⁷² Dabei geht es um allgemeine Vorgaben zur Durchführung der Versorgung. Durch die Einbindung der KBV soll unter anderem allgemein und deshalb bundesweit einheitlich die vertragsärztliche Seite bei der Heilmittelerbringung Berücksichtigung finden, sowohl was das Verordnungsverhalten der Ärzte betrifft (Umfang, Häufigkeit und Zeitvolumen der Behandlung) als auch was die Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Leistungserbringern angeht (Qualitätssicherung). Hinsichtlich der dieser Regelung zugrundeliegenden Wirtschaftlichkeitskomponente, kann auf obige Ausführungen unter II.3.e) kk) verwiesen werden.⁵⁷³

b) Rahmenverträge

Sowohl im Bereich der Heilmittel, wie im Bereich der Hilfsmittel, wird über die Einzelheiten der Versorgung und über die Preise sowie die Abrechnung ein Rahmenvertrag zwischen Krankenkassenseite und Leistungserbringerseite abgeschlossen. Dabei müssen die Heilmittelverträge bei der Aufzählung der in der GKV möglichen Heilmittel die Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V beachten, damit Konformität mit der vertragsärztlichen Verordnungsbefugnis besteht.

Ob darüber hinaus Regelungen in Rahmenverträgen zulässigerweise vorgenommen werden können, insbesondere ob in Rahmenverträgen auch spezifische, auf bestimmte Leistungsarten ausgerichtete Zulassungsvoraussetzungen geregelt werden können, ist umstritten.⁵⁷⁴ Dass sich in vielen Verträgen solche Regelungen befinden, ist durch die Rechtslage vor dem GRG bedingt und rechtfertigt noch nicht die Zulässigkeit nach dem SGB V. Hiernach erfolgt eine eindeutige Trennung

⁵⁷² Gemeinsame Rahmenempfehlungen gemäß § 125 Abs. 1 SGB V zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und den maßgeblichen Spitzenorganisationen der Heilmittelerbringer auf Bundesebene vom 02.10.2001.

⁵⁷³ Siehe auch unter 2.a).

⁵⁷⁴ Bejahend: Hauck/Haines, § 125 SGB V Randnr. 10; verneinend: Knittel in Krauskopf § 125 SGB V, Randnr. 5.

zwischen der Zulassung zur Versorgung (Entscheidung zum „ob“ - §§ 124, 126 SGB V) und der vertraglichen Ausgestaltung der Versorgung im Einzelnen (Entscheidungen des „wie“ - §§ 125, 127 SGB V). Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Problematik⁵⁷⁵ ist schon aus dieser Trennung heraus und der in § 125 und § 127 SGB V aufgeführten Regelungsinhalte zu entnehmen, dass § 124 und § 126 SGB V in Bezug auf Erteilung und Widerruf der Zulassung auch abschließend sind. Deshalb ist, wenn es um spezifische Zulassungsvoraussetzungen geht, wegen der Einheitlichkeit solcher Anforderungen der von § 124 Abs. 4 oder § 126 Abs. 2 SGB V vorgesehene Weg über die Empfehlungen der Spitzenverbände einzuhalten und damit ein individuelles Vorgehen einzelner Krankenkassenverbände über rahmenvertragliche Regelungen ausgeschlossen. Ansonsten würde die Zielrichtung des § 124 Abs. 4 oder § 126 Abs. 2 SGB V (die Erreichung einheitlicher Zulassungsbedingungen) gerade ausgehebelt.

c) **Vergütungsvereinbarung**

aa) **Höchstpreise**

Die in den Rahmenverträgen gemäß § 125 Abs. 2 und § 127 Abs. 1 SGB V auf Landesverbandsebene vereinbarten Preise sind Höchstpreise. Die dadurch eröffnete Möglichkeit, Preisabreden zwischen einzelner Krankenkasse und Leistungserbringer bei der Belieferung von Versicherten unterhalb⁵⁷⁶ diesem vertraglich festgelegten Niveau zu treffen, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck einer Höchstpreisregelung,⁵⁷⁷ bzw. aus der sachlichen Notwendigkeit heraus, da landesweiten Preisvereinbarungen als Grundlage eine Durchschnittskalkulation zwischen Bal-

⁵⁷⁵ Siehe oben IV.3.d) aa) e.E.

⁵⁷⁶ Eine Preisabrede einer einzelnen Krankenkasse über diesem Höchstpreisniveau würde einerseits wegen dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, andererseits aber auch wegen der haushaltsrechtlichen Verpflichtung zur sparsamen Mittelverwendung (§ 69 Abs. 2 SGB IV) ausscheiden.

⁵⁷⁷ Vgl. oben II.3.e) cc); sowie die frühere Regelung in § 376 d Abs. 2 Satz 3 RVO a.F.; BVerfGE 70, Seite 1 ff.; § 127 SGB V regelt diesen Umstand ausdrücklich in Abs. 2.

lungsgebieten und ländlichem Raum zugrunde liegt, die im Einzelfall auch bei hohen Fixkosten noch eine letztlich wirtschaftliche Leistungserbringung ermöglichen muss. D.h., dass umgekehrt, bei niedrigen Fixkosten eine Korrektur möglich sein muss, da dem Wirtschaftlichkeitsprinzip sonst nicht mehr entsprochen wäre. Andererseits ist es bei einer öffentlich-rechtlichen normativ wirkenden Vertragsstruktur ausgeschlossen, im Einzelfall von einer zulässigen Überschreitung des Höchstpreisniveaus auszugehen, auch wenn dies sogar der Üblichkeit gemäß §§ 612, 632 BGB entsprechen sollte, zumal mit diesem Instrumentarium letztlich der Kostendämpfung und Wirtschaftlichkeit Rechnung getragen werden soll.⁵⁷⁸

Bei der Abrechnung von Hilfsmitteln ist ein ermäßigter Mehrwertsteuersatz in Ansatz zu bringen, wenn Produkte beim Versicherten individuell (eigenständige orthopädische Vorrichtungen) angepasst werden.⁵⁷⁹

bb) Ausschreibungsverfahren

Seit dem 01.01.2004 ist eine Unterschreitung des Höchstpreisniveaus der Landesebene für einzelne Krankenkassen über ein Ausschreibungsverfahren für Hilfsmittel ausdrücklich vorgesehen (§ 127 Abs. 2 SGB V n.F.).⁵⁸⁰ Dabei ist ein mehrstufiges Verfahren zu beachten. Es gilt das Primat einer Festbetragsfestsetzung. Nur wenn Festbeträge noch nicht festgelegt sind oder nicht festgelegt werden können, ist auf Landesverbandsebene eine Höchstpreisvereinbarung mit Verbänden der Leistungserbringer abzuschließen. Diese Vereinbarung bildet neben der Festlegung der Qualitätsstufe die preisliche Obergrenze für die Krankenkassen.

⁵⁷⁸ Im Einzelnen vgl. auch oben unter II.3.e) cc) und Fußnote 176.

⁵⁷⁹ BFH-Urteil vom 14.11.2000, Az.: VII R 83/99.

⁵⁸⁰ Zur Zulässigkeit eines Ausschreibungsverfahrens auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage vgl. BGH-Urteil vom 24.06.2003, NZS 2004, Seite 33 ff. (Auswahl von Leistungserbringern für die Versichertenversorgung mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln); zu Ausschreibungen nach bisherigem Recht vgl. Koenig/Busch, Seite 461 ff. und Koenig/Haratsch, Seite 2637 ff.

se ab und ist daher zwingende Voraussetzung für das sich zeitlich nachfolgend anschließende Ausschreibungsverfahren auf Krankenkassenebene.⁵⁸¹ Mit dem Hinweis auf eine öffentliche Ausschreibung könnte das förmliche Vergaberecht mit den Rechtsquellen VOL (Verdingungsordnung für Leistungen), GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) und VGV (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge) zur Anwendung kommen.⁵⁸² Im Fall des § 127 Abs. 2 SGB V liegt jedoch kein Beschaffungsvorgang im Sinne dieser Vorschriften vor. Der Leistungserbringer erhält keine Zusage zur Abnahme von Hilfsmitteln, sondern ihm wird lediglich die Möglichkeit eröffnet, grundsätzlich Hilfsmittel zu den von ihm angebotenen Preis an Versicherte abzugeben.⁵⁸³ Damit wird nur die preisliche Modalität der Leistungserbringung festgeschrieben. Um die vorgesehene öffentliche Ausschreibung rechtssicher nach objektiven Kriterien durchzuführen, die Elemente wie Dokumentation und Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung (Gleichbehandlungsgrundsatz und Transparenzgrundsatz müssen gewahrt sein) enthält, empfiehlt sich jedoch eine Anlehnung an den Vorgaben der VOL/A.⁵⁸⁴ Die Bekanntgabe der objektiven Auswahlkriterien ist

⁵⁸¹ Verweigern die Verbände der Leistungserbringer einen Rahmenvertrag oder eine Preisvereinbarung gemäß § 127 Abs. 1 SGB V, ist das vom Gesetzgeber vorgesehene Ausschreibungsverfahren so nicht durchführbar. Diese sich aus dem Wortlaut der Vorschrift zwingend ergebende zeitliche Stufenfolge bildet nicht den möglicherweise vorhandenen Willen des Gesetzgebers ab, den Krankenkassen die Möglichkeit zu eröffnen, in jedem Fall zur Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit verstärkt Verträge mit einzelnen Leistungsanbietern zu ermöglichen. In der Begründung zum Arbeitsentwurf des GMG war dies ausdrücklich formuliert, im Wortlaut der Vorschrift fand dies jedoch keinen Niederschlag.

⁵⁸² Der Begriff des Vergaberechts umfasst die Gesamtheit aller Vorschriften, die dem Staat und seinen Institutionen vorschreiben, wie beauftragte Leistungen gegen Entgelt abzuwickeln sind (Beschaffungsvorgänge).

⁵⁸³ Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens sind Vertragsabschlüsse mit allen Leistungserbringern, die Angebote unterhalb des Preisniveaus der Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V abgegeben haben (arg. „hierzu“ in § 127 Abs. 2 Satz 2 SGB V). Lediglich ein Vertragsabschluss mit dem günstigsten Anbieter wäre unzulässig.

⁵⁸⁴ Ebenso Koenig/Engelmann/Hentschel, Seite 194; Gesetzliche Krankenkassen sind keine öffentlichen Auftraggeber, so dass die Vorschriften der GWB nicht anwendbar sind. Als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung unterliegen die gesetzlichen Krankenkassen als Selbstverwaltungskörperschaften lediglich einer staatlichen Rechts-, nicht jedoch einer Fachaufsicht im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB - insbesondere nicht in dem hier durch den Gesetzgeber neu geschaffenen Freiraum (vgl. Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 24.05.2004, Az.: Verg 006/04 und Kingreen, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GMG, Seite 191 ff. und ders., Vergaberechtliche Anforderungen an die sozialrechtliche Leistungserbringung, Seite 660 ff., 664).

dabei im Gesetz bereits angesprochen. Was Gegenstand der Ausschreibung ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, so dass insoweit keine Einschränkungen in Betracht kommen. Zulässig ist daher sowohl die Ausschreibung einzelner Produkte, wie auch die Ausschreibung bestimmter Produktgruppen, für die Qualitätsanforderungen vorgegeben werden. Da die Preisvereinbarung letztlich mit einzelnen Leistungserbringern abgeschlossen werden soll, sind zunächst sie Adressat der Ausschreibung. Gleichzeitig ist den in der Gesetzesbegründung angesprochenen Herstellern von Hilfsmitteln eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren aber auch möglich, ohne dass sie gleichzeitig eine Zulassung gemäß § 126 SGB V vorweisen und damit als Leistungserbringer von Hilfsmitteln qualifiziert werden müssten. Den Krankenkassen soll über das Ausschreibungsverfahren also auch ein „Direkteinkauf“ beim Hersteller ermöglicht werden, der sie in die Lage versetzt, weitere Wirtschaftlichkeitsreserven zu erschließen. Um eine Vergleichbarkeit mit Angeboten zugelassener Leistungserbringer sicherzustellen und da im Ergebnis nicht die Krankenkasse die Hilfsmittel abgeben darf, sondern der abzuschließende Vertrag zwingend mit einem zugelassenen Leistungserbringer zu erfolgen hat (Regelungsgegenstand ist wie in § 127 Abs. 1 SGB V die Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln und deren Wiedereinsatz, einschließlich der Preise und deren Abrechnung), sind auch Konstellationen denkbar, bei denen Krankenkassen wiederverwertbare Hilfsmittel direkt vom Hersteller in großen Mengen beziehen und mit einzelnen Leistungserbringern Regelungen zur Abgabe und zum Wiedereinsatz vereinbaren, so dass letztendlich ein Vertrag mit einem Leistungserbringer zustande kommt, der ein wesentlich günstigeres Preisniveau hat, als es bei einem Einkauf des einzelnen Leistungserbringers möglich wäre.

Um die Objektivität zu wahren, ist dabei ggf. auch zweistufig vorzugehen. Nimmt ein Hersteller an einer Ausschreibung teil und ist die Krankenkasse bereit, diesen Weg der Versorgung aus wirtschaftlichen Erwägungen in Betracht zu ziehen, ist die erste Ausschreibung auszusetzen und in einer zweiten Ausschreibung solche Leistungserbringer auszuwählen, die bereit sind, die vom Hersteller erworbenen Hilfsmittel abzugeben, bzw. dem Wiedereinsatz zuzuführen. Beide Kosten (Anschaffungskosten der Krankenkasse beim Hersteller und Abgabekosten durch die Leistungserbringer) sind zu addieren, um eine Vergleichbarkeit mit den Anbietern der ersten Ausschreibung herzustellen.

Werden über solche Ausschreibungen günstigere Vertragsabschlüsse mit einzelnen Leistungserbringern erreicht, sind die Durchschnittspreise pro Hilfsmittel gemäß § 127 Abs. 3 SGB V zu ermitteln, die allen Hilfsmittel-Leistungserbringern bekannt zu geben sind und die das Preisniveau für die Sachleistungsversorgung gemäß § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB V n.F. festlegen. Das heißt, die Ausschreibung führt zu keiner Exklusivität des Ausschreibungsgewinners, sondern andere Leistungserbringer können weiterhin vom Versicherten für die Versorgung in Anspruch genommen werden. Bei einer Versorgung durch solche Leistungserbringer (zu einem höheren Preis)⁵⁸⁵ hat der Versicherte den Differenzbetrag selbst zu tragen. Insoweit verbleibt es bei dem schuldrechtlichen Anspruch des Leistungserbringers gegen den Versicherten.⁵⁸⁶

Die Durchschnittspreisermittlung ist analog zur Festbetragsfestsetzung⁵⁸⁷ als Allgemeinverfügung der handelnden Krankenkas-

⁵⁸⁵ Dies gilt auch in den Fällen, in denen gesonderte Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V abgeschlossen wurden. § 127 Abs. 3 Satz 6 SGB V bestimmt zwingend diese Rechtsfolge für Preise oberhalb des Durchschnittspreises; d.h., dass die vertragliche Preisabsprache der Krankenkasse damit wieder aufgehoben wird und keine Bindungswirkung für beide Vertragsparteien mehr besteht.

⁵⁸⁶ Vgl. oben III.3.a)

⁵⁸⁷ Vgl. oben II.3.e) dd), Seite 62 ff.

se vor Ort zu qualifizieren,⁵⁸⁸ mit der Folge, dass ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe die Regelung des § 127 Abs. 3 Satz 6 SGB V Anwendung findet.

cc) Festbeträge bei Hilfsmitteln

Da § 36 SGB V die Festsetzung von Festbeträgen vorsieht,⁵⁸⁹ kommt auch eine vertragliche Vereinbarung zur Abgabe der Hilfsmittel zu diesen Festbeträgen in Betracht (§ 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V). Dabei wird vorausgesetzt, dass die Bestimmung und Festsetzung nach § 36 SGB V bereits erfolgt ist. § 127 Abs. 2 SGB V eröffnet demnach die Möglichkeit der vertraglichen Inpflichtnahme der Leistungserbringer zur Abgabe zu diesen Festbeträgen („können“). Die grundsätzliche Bereitschaft zur Abgabe zu diesen Preisen muss bei den Leistungserbringern aber generell vorhanden sein, also auch ohne entsprechende vertragliche Regelung, da sonst der Tatbestand der „wirtschaftlichen Abgabe“ der Hilfsmittel gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V hinterfragt werden könnte.⁵⁹⁰ Besteht eine solche vertragliche Verpflichtung nicht, kommt im Gegensatz zu den Höchstpreisen eine Überschreitung des Festbetragsniveaus grundsätzlich in Betracht, wobei dann jedoch die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung im Einzelfall sowohl leistungsrechtlich wie auch leistungserbringerrechtlich zu überprüfen ist. Die Vorschrift des § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V will sowohl diese Problematik verhindern, als auch dem Versicherten die bei Überschreitung des Festbetragsniveaus anfallenden Eigenbeteiligungen ersparen, mithin die Zuzahlungsfreiheit bei Hilfsmitteln sichern. Die über Ausschreibungen ggf. abgeschlossenen Einzelverträge können das Festbetragsniveau unterschreiten. Diese zur Kostenentlas-

⁵⁸⁸ § 31 Satz 2 SGB X, Bekanntgabe an Versicherte und Leistungserbringer (§ 37 Abs. 1 SGB X); diese förmliche Information ist in § 127 Abs. 3 Satz 1 SGB V gemeint.

⁵⁸⁹ Zu den Instrumentarien der Festbetragsfestsetzung im Einzelnen oben II.3.e) dd).

⁵⁹⁰ Vgl. oben Fußnote 568; insoweit ist eine Bewertung des Verhaltens von Kassenseite und Leistungserbringer im Einzelfall vorzunehmen.

tung der Krankenkassen geschaffene Alternative dürfte, wie die Höchstpreisregelung, nur für diejenigen Leistungserbringer in Betracht kommen, die noch weitere Wirtschaftlichkeitsreserven im Einzelfall ausnutzen können (besonders günstige Produktion oder Einkauf, der von der der Festbetragskalkulation zugrundeliegenden Berechnung noch nach unten abweicht).

Einen durchsetzbaren Anspruch auf Abschluss entsprechender Vereinbarungen wird mit der Regelung in § 127 Abs.2 SGB V den Landesverbänden der Krankenkassen nicht eröffnet. Es ergibt sich lediglich ein Anreiz für Leistungserbringer über § 127 Abs. 3 SGB V von Krankenkassen als preisgünstige Versorgungsmöglichkeit benannt zu werden, was durchaus ein umsatzsteigerndes Moment beinhaltet,⁵⁹¹ jedoch nicht das Wahlrecht der Versicherten unter allen zugelassenen Leistungserbringern beschneiden darf.⁵⁹²

Bestehen keine Festbeträge, schließen die Krankenkassenverbände Höchstpreisvereinbarungen über Rahmenverträge oder Einzelverträge mit Leistungserbringern. Für die Jahre 1993 bis 1995 galt eine Veränderungssperre unter Bezugnahme auf die beitragspflichtigen Einnahmen gemäß §§ 270, 270 a SGB V a.F. zur Ausgabenbegrenzung. Danach wurden Preisanpassungen durch die Vorgaben des § 71 SGB V begrenzt.

dd) Fehlende Vergütungsvereinbarungen

Kommen Vereinbarungen nicht zustande, wird eine Nichtregelung der Leistungsmodalitäten vom Gesetzgeber in Kauf genommen.⁵⁹³ Es ist keine Zwangsschlichtung durch Schiedsstel-

⁵⁹¹ Im Einzelnen siehe unten VII. 3.

⁵⁹² Siehe oben III.5.

⁵⁹³ A.A. LSG NRW, das eine Preisvereinbarung als zwingende Voraussetzung für die Zulassung gemäß § 126 SGB V angesehen hat (Urteil vom 20.07.1995, Az.: L 16 KR 136/94), da diese Verknüpfung die zu erwartenden Meinungsverschiedenheiten ausschließe. Folge der systematischen Tren-

len vorgesehen⁵⁹⁴ und für Gerichte ist die Festlegung einer angemessenen Vergütung grundsätzlich „wesensfremd“.⁵⁹⁵ Liegt also weder eine Höchstpreisvereinbarung oder ein Einzelvertrag noch eine Festbetragsregelung vor,⁵⁹⁶ gilt für das Abrechnungsverhältnis Leistungserbringer - Krankenkasse der übliche Preis als vereinbart (§§ 612, 632 Abs. 2 BGB).⁵⁹⁷ Dabei gilt jedoch nicht der im Geschäftsbetrieb des Leistungserbringers ausgewiesene Preis als „üblicher Preis“ gegenüber der Krankenkasse,⁵⁹⁸ sondern es sind insoweit Preisvereinbarungen anderer Krankenkassen heranzuziehen, die jedoch wegen ihres Charakters als Höchstpreisvereinbarung nicht zwangsläufig die „Üblichkeit“ bestimmen, sondern lediglich eine Indizwirkung entfalten. Nach der neuen Rechtsprechung wird auf den Ersatz des objektiven Verkehrswerts nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abgestellt,⁵⁹⁹ was jedoch ebenfalls einen Vergleich zu den anderweitig bezahlten Preisen bedingt.⁶⁰⁰

Denkbar sind auch stillschweigend zustandegekommene Vereinbarungen aufgrund einer ständig praktizierten Übung, die nach einer gewissen Zeit ebenfalls die Marktüblichkeit mitprägen und

nung von Zulassungsakt und Vereinbarungen zu Einzelheiten der Versorgung ist die Berechtigung zur Leistungserbringung auch ohne Vergütungsvereinbarung. Dies ist von den Fällen abzugrenzen, in denen Leistungserbringer ohne rechtliche Grundlage agieren und dann keine Vergütung beanspruchen können - auch nicht aus GoA oder Bereicherungsrecht (vgl. BSGE 85, Seite 110 ff., 113 und BSG SozR 3-2500 § 132a Nr. 3, Seite 10).

⁵⁹⁴ Zur Möglichkeit, eine Schiedsabrede vertraglich festzulegen vgl. Fichte, Seite 59 ff.; ein Schiedsverfahren fordernd: Schütze, Seite 471.

⁵⁹⁵ BSGE 66, Seite 159 ff., 161.

⁵⁹⁶ Zum Erfodernis eines Vertragsabschluss auf Landesebene vgl. SG Düsseldorf, Beschluss vom 31.10.2003, Az.: S 34 KR 191/03 ER.

⁵⁹⁷ BSG SozR 3-2500 § 124 Nr. 3; BSG SozR 3-2500 § 126 Nr. 2; Anmerkung Krauskopf SGB 1996, Seite 558; zur Ermittlung des üblichen Preises in Abgrenzung GKV zu PKV: LG Frankfurt/M, Urteile vom 06.02.2002 und vom 20.03.2002, veröffentlicht in VersR 2003, Seite 231 ff; LG Trier, Urteil vom 29.04.2003, VersR 2003, Seite 846; nach anderer Ansicht darf bei der Prüfung der ortsüblichen Entgelte nicht zwischen GKV und PKV unterschieden werden, da sich die Behandlung allein an der Art der Erkrankung zu orientieren habe und nicht von der Person des Versicherten abhängig sei (LG Berlin, Urteil vom 05.10.1999, VersR 2001, Seite 223).

⁵⁹⁸ Palandt, § 433, Randnr. 28.

⁵⁹⁹ BSG-Urteil vom 25.09.2001 (Az.: B 3 KR 15/00 R), veröffentlicht in SGB 2003, Seite 355 ff. mit Anmerkung Plagemann/Seifert.

⁶⁰⁰ Kritisch hierzu Schütze, Seite 470, der an §§ 315, 316 BGB anknüpft und dem Leistungserbringer bei fehlenden Verträgen das Recht zugestehen will, als Gläubiger die Leistungshöhe in angemessenem Rahmen selbst zu bestimmen.

dem Betroffenen Bestandschutz verschaffen können. Einseitige Vorgaben durch die Kassenseite zu den Modalitäten der Leistungserbringung und der Vergütung widersprechen jedoch den gesetzlichen Vorgaben der §§ 125, 127 SGB V und sind daher nicht zulässig.⁶⁰¹

ee) **Verjährung/Verzinsung von Vergütungsansprüchen der Leistungserbringer**

Da der Vergütungsanspruch auf der rahmenvertraglichen Grundlage der §§ 125, 127 SGB V entsteht und die privatrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Versichertem und Leistungserbringer lediglich diesen Anspruch auslöst,⁶⁰² nicht jedoch dessen Rechtscharakter festlegt, handelt es sich beim Vergütungsanspruch der Leistungserbringer, soweit er sich gegen die Krankenkassen richtet, um einen Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag. Dies bedeutet, dass die im Sozialrecht einheitlich geregelte Verjährungsfrist von vier Jahren zur Anwendung kommen muss,⁶⁰³ sofern im Rahmenvertrag keine abweichende Regelung getroffen wurde.⁶⁰⁴ Da keine spezielle Vorschrift zur Verjährung dieser Ansprüche vorliegt, sind rahmenvertragliche Regelungen zur Fälligkeit der Vergütungsansprüche und deren Verjährung nicht ausgeschlossen.

Dieser öffentlich-rechtliche Vergütungsanspruch des Leistungserbringers unterliegt nicht der Verzinsung, wenn keine abweichenden rahmenvertraglichen Regelungen vorliegen. Im Sozial-

⁶⁰¹ BSG SozR 3-2500 § 126 SGB V Nr. 3.

⁶⁰² Vgl. oben II.2.

⁶⁰³ § 45 Abs.1 SGB I für Ansprüche auf Sozialleistungen, §§ 25 Abs. 1 und 27 Abs. 2 SGB IV für Ansprüche auf Beiträge und Erstattung von Beiträgen, § 50 Abs. 4 SGB X für Ansprüche auf Erstattung zu unrecht erbrachter Leistungen, § 113 Abs. 1 SGB X für Erstattungsansprüche der Leistungsträger untereinander; auch im Vertragsarztrecht wurde die vierjährige Verjährungsfrist, mit Hinweis auf das vertragsärztliche Abrechnungssystem anerkannt: BSGE 76, Seite 117.

⁶⁰⁴ Für eine zweijährige Verjährungsfrist: BSG vom 10.07.1996, NJW 1997, Seite 1659 ff.

versicherungsrecht ist die Verzinsung abschließend geregelt.⁶⁰⁵ Die in § 61 Satz 2 SGB X vorgesehene entsprechende Anwendung der BGB-Vorschriften ist für die Verzinsungsvorschriften nicht möglich, da der Gesetzgeber die Verzinsung im Sozialgesetzbuch gerade abschließend regeln wollte. Ein Rückgriff, insbesondere auf die Vorschrift des § 288 BGB, kommt nicht in Betracht.⁶⁰⁶

5. Vertragsrecht nach dem SGB XI

a) Sozialversorgungsvertrag

In § 78 SGB XI erschöpft sich das Leistungserbringerrecht des SGB XI. Der Gesetzgeber hat sich für eine ausschließlich vertragliche Lösung entschieden, mithin also nicht für die dem SGB V zugrundeliegende Aufspaltung in einen öffentlich-rechtlichen Zulassungsakt und eine vertragsrechtliche Einzelausgestaltung des Leistungserbringerrechts. Er erstreckt insoweit das im SGB XI für das Leistungserbringerrecht gewählte Modell, das dem Krankenhausvertragsrecht der §§ 109, 111 SGB V nachgebildet wurde (Abschluss von Sozialversorgungsverträgen), auch auf die Versorgung mit Pflegehilfsmitteln.⁶⁰⁷ Dieser sicherlich aus Vereinfachungsgründen vom Gesetzgeber gewählte Weg (Einheitlichkeit der Leistungserbringung im SGB XI) ist in der Umsetzung problembehaftet.⁶⁰⁸

Da in § 78 Abs. 2 SGB XI ausdrücklich eine Normwirkung für die Mitglieder der Spitzenverbände vorgesehen ist, und diese Regelung auch

⁶⁰⁵ §§ 42, 44 SGB I; 27, 28k, 28n, 28r SGB IV; 262, 266 SGB V; 214 SGB VI; 89f, 97 SGB VIII; 50 SGB X; 68 SGB XI.

⁶⁰⁶ Zur direkten Anwendung dieser Regelung, da von einem privatrechtlichen Anspruch auszugehen sei: BSG vom 17.01.1996, SGB 1996, Seite 555 ff. mit Anmerkung Krauskopf.

⁶⁰⁷ Im Einzelnen vgl. oben IV.4; zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift: IV.4.b); allgemein Schulin, VSSR 1994, Seite 292 ff.

⁶⁰⁸ Neumann, in HS-PV, § 21 Randnr. 46 und oben IV.4.b).

auf die Vorschrift in Abs. 1 ausstrahlt, bedingt dies auch im Pflegeversicherungsrecht eine Zuordnung der Verträge zum öffentlichen Recht.⁶⁰⁹ Vertragsgegenstände sind neben der Zulassungsentscheidung Regelungen zur Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung und deren Überprüfung sowie zur Qualität der Versorgung mit Pflegehilfsmitteln. Es finden sich im Sozialversorgungsvertrag also auch vertragliche Ausgestaltungen der Leistungserbringung von Pflegehilfsmitteln.⁶¹⁰ Das zuvor beschriebene Vertragsrecht im Krankenversicherungsrecht ist daher insoweit auch Bestandteil des Sozialversorgungsvertrages, soweit in § 78 SGB XI keine Besonderheiten geregelt sind. Darüber hinaus gilt es unmittelbar, wenn Hilfsmittel, z.B. im Pflegeheim, nach den Vorschriften des SGB V zu vergüten sind. Regelungsgegenstand des § 78 SGB XI sind daher nur die speziellen Pflegehilfsmittel. Für Hilfsmittel, die einer solchen Zuordnung a priori nicht zugänglich sind, verbleibt es - auch bei einer Eintrittspflicht der Pflegekasse - bei den vorhandenen krankenversicherungsrechtlichen Regelungen, insbesondere auch bei den dort vertraglich vereinbarten Vergütungshöhen. Deshalb ist ein Rückgriff auf krankenversicherungsrechtliche Regelungen bei der Anwendung und Auslegung des § 78 SGB XI nicht ausgeschlossen.

**b) *Zuschuss/Pflegehilfsmittelverzeichnis/
Festbetragsfestsetzung (§ 78 Abs. 2 und Abs. 3 SGB XI)***

Neben dem eigentlichen Leistungserbringerrecht, der Entscheidung, dass ein Leistungserbringer zur Versorgung mit Pflegehilfsmitteln berechtigt ist und den Regelungen zur Qualität der Leistungserbringung, die an Vertragskomponenten aus § 127 SGB V angelehnt sind (eigentlicher Sozialversorgungsvertrag), enthält § 78 SGB XI auch weitere ein-

⁶⁰⁹ Vgl. oben unter 1.; eine der Regelungen des § 69 SGB V vergleichbare formalrechtliche Vorschrift gibt es im SGB XI nicht. Die oben beschriebene Zuordnung als subordinationsrechtlicher Vertrag bleibt dabei wegen des Hauptbestandteils „Zulassung“ ausschlaggebend, auch wenn weitere koordinationsrechtliche Bestandteile im Versorgungsvertrag mitenthalten sind (siehe oben unter IV.4.a) und V.3.b)).

⁶¹⁰ Durch diese Kombination kann erwogen werden, dass z.B. bei einer Kündigung einer Preisvereinbarung, also dem Beenden eines Hauptbestandteils des Vertrages, der Vertrag insgesamt entspre-

seitige Regelungskomplexe, die nicht dem Vertragsrecht, sondern dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im weiteren Sinne zuzuordnen sind und nicht zwangsläufig zum Leistungserbringerrecht gerechnet werden müssen, hinsichtlich der Zuschussregelung sogar eindeutig nicht hierzu gerechnet werden können.⁶¹¹ Der Gesetzgeber hat insoweit die im SGB V vorhandene systematisch besser vorgenommene Aufteilung von Leistungs- und Leistungserbringerrecht im SGB XI nicht fortgesetzt.⁶¹² Soweit einseitige Festbetragsfestsetzungen nicht vorgenommen wurden, sind vertragliche Vereinbarungen im Sozialversorgungsvertrag zur Vergütung möglich, die analog zu § 125 Abs. 2 bzw. § 127 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V als Höchstpreisregelungen zu qualifizieren sind.

c) *Ausleihe von Pflegehilfsmitteln (§ 78 Abs. 4 SGB XI)*

Die in § 78 Abs. 4 SGB XI vorgesehene Regelung zur Ausleihe enthält mit der vorgesehenen vertraglichen Vereinbarung sowohl eine Ermächtigung der Pflegekassen zur eigenhändigen Leistungserbringung (Vereinbarung der Landesverbände der Pflegekassen untereinander) als auch eine Regelung des Leistungserbringerrechts, indem die Ausleihe mit den Pflegeeinrichtungen vertraglich vereinbart werden kann.⁶¹³ D.h., dass nicht die Hersteller und Vertreiber von Pflegehilfsmitteln, sondern die die Hilfsmittel einsetzenden Pflegeeinrichtungen für eine Mehrfachnutzung und damit als kostendämpfender Faktor für die Pflegekassen in Betracht kommen. Als Vertragspartner stehen daher sowohl die ambulanten (Pflegedienste) wie die stationären (Pflegeheime) Pflegeeinrichtungen zur Verfügung (§ 71 SGB XI) - mithin die Leistungserbringer der Pflegeleistungen, die sich selbst die Pflegehilfsmittel beschaffen müssen, da deren Einsatz generell zur ordnungsgemäßen

chend §§ 154, 155 BGB als beendet gelten muss, mithin also auch die Zulassung entfallen würde (vgl. BSG SozR 3-2500 § 132a Nr. 1, Seite 5).

⁶¹¹ Im Einzelnen bereits oben II.4.b) gg) und hh).

⁶¹² „Bewusst eingesetzte Unklarheit“; Neumann, HS-Pflege, § 21, Randnr. 46 mit Hinweis auf Ebsen, HS-KV, § 7, Randnr. 10.

⁶¹³ Gemeint sind die nach § 72 Abs. 1 SGB XI zugelassenen Pflegeeinrichtungen; vgl. Schuln VSSR 1994, Seite 293.

Leistungserbringung bei der Pflege gehört und ein gesonderter Leistungsanspruch des Versicherten auf Ausstattung mit einem bestimmten Pflegehilfsmittel dann nicht besteht, wenn teilstationäre oder stationäre Pflege erfolgt, da die Pflegehilfsmittel in diesen Fällen weitestgehend den pflegebedingten Aufwendungen unterfallen, sofern nicht eine Einstandspflicht der Krankenkassen besteht.⁶¹⁴ Diese Pflegeeinrichtungen halten ein bestimmtes Hilfsmittelpotential vor und können gegen entsprechende Vergütung durchaus geneigt sein, dieses Potential auch für Pflegebedürftige, die im Rahmen der häuslichen Pflege gepflegt werden, einer laufenden Nutzung zuzuführen. Dies kann für die Pflegekassen eine kostengünstigere Alternative darstellen, als die vertraglichen Vereinbarungen zur Mehrfachnutzung mit den Primärleistungserbringern der Hilfsmittel (Sanitätsfachhandel, Gesundheitshandwerker, etc.).

Den Landesverbänden der Pflegekassen stehen daher im Ergebnis drei Möglichkeiten offen, um eine kostengünstige Ausleihe von Pflegehilfsmitteln zu organisieren. Neben den beiden in § 78 Abs. 4 SGB XI angesprochenen Modellen ist das bisher in Ausführung des SGB V praktizierte Verfahren unter Beteiligung der Primärleistungserbringer von Hilfsmitteln (insbesondere dem Sanitätsfachhandel) durch die Regelung in § 78 Abs. 4 SGB XI nicht ausgeschlossen. Es dürften zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots auch Kombinationsmodelle, z.B. differenziert nach Hilfsmittelarten, denkbar sein. Auch Stufenmodelle sind vorstellbar, wonach zunächst auf den Fundus der Pflegekassen zurückgegriffen wird (Vereinbarung unter den Landesverbänden der Pflegekassen), erst wenn dort eine Versorgung nicht möglich ist, wird das Potential der Pflegeeinrichtungen vor Ort überprüft, und wenn auch dort das gesuchte Pflegehilfsmittel nicht vorhanden ist, kommen die Primärleis-

⁶¹⁴ Vgl. oben Fußnote 255, insbesondere zur Abgrenzung der von Einrichtungen zur Verfügung zu stellenden Pflegehilfsmittel zu den einer gesonderten Kostentragungsverpflichtung der Krankenkassen unterfallenden Hilfsmitteln BSG-Urteile vom 10.02.2000 (Az.: B 3 KR 25/99 R, B 3 KR 26/99 R, B 3 KR 28/99 R- Parallelscheidungen, veröffentlicht in SozR 3-2500 § 33 Nr. 37 und USK 2000-21) und Urteile des BSG vom 06.06.2002 (Az.: B 3 KR 67/01 R) und vom 24.09.2002 (Az.: B 3 KR 9/02 R und B 3 KR 15/02 R).

tungserbringer in Betracht, die entweder im vorhandenen Lagerbestand das Hilfsmittel vorhalten oder unter Einschaltung der zuständigen Pflegekasse eine Neuversorgung - aber nur leihweise - vornehmen.

Die vertraglichen Möglichkeiten der Landesverbände der Pflegekassen sind insoweit vielschichtig und von den Gegebenheiten vor Ort abhängig. Art. 83 GG ist insoweit Rechnung getragen und eine Verfassungswidrigkeit in diesem Zusammenhang nicht feststellbar.

In Ansehung von § 125 Abs. 2 SGB V und § 127 Abs. 1 SGB V liegt bei den Vereinbarungen zur Leihe nach § 78 Abs. 4 SGB XI ebenfalls eine normative Wirkung für die einzelne Pflegekasse vor, auch wenn dies in § 78 Abs. 4 SGB XI nicht ausdrücklich formuliert ist. Existieren entsprechende Verbandsverträge, müssen die Pflegekassen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, indem sie die in § 78 Abs. 4 Satz 2 SGB XI zwingend vorgeschriebene Unterrichtung vornehmen und das Ausleihverfahren, das in § 40 Abs. 3 Satz 1 SGB XI ebenfalls verbindlich geregelt ist („sollen“), praktizieren. Ein Vertragsabschluss gemäß § 78 Abs. 4 SGB XI mit Pflegeeinrichtungen ist daher für Pflegekassen kein unverbindliches Angebot, sich an diesem Modell zu beteiligen oder ein eigenes Ausleihverfahren zu gestalten, sondern es beinhaltet dieselbe rechtliche Verpflichtung, wie sie durch Vertragsabschluss auf Landesebene auch durch die Pflegeeinrichtungen übernommen wurde, zumal diese in der Praxis darauf angewiesen sind, dass das Modell auch umgesetzt wird, da sich sonst die Kalkulationsgrundlage für das vertraglich vereinbarte Leihgeschäft wesentlich ändern würde.

6. Leistungsstörungen und Vertragsbeendigung

Wie bei jeder vertraglichen Beziehung können auch im Rechtsverhältnis zwischen den Verbänden der Kranken- oder Pflegekassen und den Leistungserbringern Leistungsstörungen auftreten. Diese aus dem vertraglichen Leistungserbringerrecht resultierenden Störungen sind abzugrenzen von den leistungsrechtlichen Mängeln. Wird die Dienst- oder Sachleistungserbringung bei Heil- und Hilfsmitteln schlecht erbracht, (wozu auch der Verstoß gegen rahmenvertragliche Regelungen zu rechnen ist) kommen direkte Ansprüche – vorwiegend der Versicherten, aber auch der Krankenkassen/Pflegekassen gegen den Leistungserbringer in Betracht, die ggf. weitere Konsequenzen für ihn nach sich ziehen.⁶¹⁵ Wird von Leistungserbringerseite auf breiter Front gegen rahmenvertragliche Regelungen verstoßen oder verweigern sich Krankenkassen/Pflegekassen den dort vereinbarten Vergütungshöhen, sind unter den Vertragspartnern Schadensersatzansprüche oder Kündigungen der Vereinbarungen, ggf. aus wichtigem Grund, als rechtliche Folgen denkbar.⁶¹⁶

Praktisch wird die Auflösung von rahmenvertraglichen Regelungen immer dann, wenn Preisanpassungen zur Vergütungshöhe anstehen und deshalb Verträge gekündigt werden oder Rahmenverträgen an eine neue Rechtslage anzupassen sind. Können einvernehmliche Nachfolgeregelungen nicht unmittelbar im Anschluss an aufgekündigte Vereinbarungen abgeschlossen werden, stellt sich regelmäßig die Frage nach der Rechtslage für die Übergangszeiten. Üblicherweise wird in den Verträgen deshalb vereinbart, dass die bisherigen Bedingungen und Preise fortgelten, bis eine neue Vereinbarung in Kraft tritt. Besteht eine solche Übereinkunft der Vertragspartner nicht, ist es sachgerecht die bisherigen Preise weiterzuvergüten - auch ohne vertragliche Grundlage – bis eine Neuregelung vorliegt, auf deren Basis eine Differenzberechnung für

⁶¹⁵ Vgl. oben III.4.

⁶¹⁶ Eine Schadensersatzverpflichtung nach Ablauf einer Vergütungsvereinbarung (Empfehlung eines Berufsverbandes der Physiotherapeuten, dann die Versicherten nur noch als Privatpatienten zu behandeln, kein zulässiger Boykottaufruf im Sinne des Wettbewerbsrechts) wurde vom BSG abgelehnt – BSG-Urteile vom 25.09.2001, Az.: B 3 KR 14/00 R und B 3 KR 15/00 R.

den Übergangszeitraum nachträglich erfolgen kann.⁶¹⁷ Dies ist für beide Seiten sachgerecht, da damit ein Auflaufen hoher Forderungen vermieden werden kann. Besteht seitens des Leistungserbringers nach Vertragskündigung weder eine Bereitschaft zu Vertragsverhandlungen noch zur Behandlung/Versorgung der Versicherten, ist konsequenterweise ein Verzicht auf die Zulassung auszusprechen.

Soll eine Vertragsbeziehung seitens der Kassen vollständig aufgelöst werden, z.B. bei anderweitiger Sicherstellung der Leistungsansprüche der Versicherten, tragen die zu vereinbarenden langen Kündigungsfristen dem Vertrauensschutzgesichtspunkt der Leistungserbringer auf Fortgeltung des Rahmenvertrages auch im Hinblick auf die Art. 2, 12 und 14 GG ausreichend Rechnung.

7. Zusammenfassung

Die vertragliche Ausgestaltung des Leistungserbringerrechts im SGB V erfolgt durch als koordinationsrechtlich zu qualifizierende, öffentlich-rechtliche Verträge, die insbesondere auf Landesebene, nach allgemeinen Vorgaben der Bundesebene, den Rahmen für die Beziehung zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer im Einzelnen bezüglich Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung festlegen. Die Verträge entfalten auf Kassenseite eine normative Wirkung. Der Vorrang des Gesetzes schränkt den Gestaltungsspielraum und damit die Vertragsfreiheit für Krankenkassen ein. Die vertragliche Ausgestaltung der Modalitäten der Leistungserbringung beinhaltet eine Einbe-

⁶¹⁷ Auch ist der bisherige Preis ein Merkmal zur Bestimmung des üblichen Marktpreises (vgl. oben unter 4.c) cc); dies kann jedoch nicht bedeuten, dass Leistungserbringer nach ausgelaufener Vergütungsvereinbarung zu den bisherigen Bedingungen weiterarbeiten müssen (BSG, aaO – Fußnote 616); da eine solche Nachwirkung quasi zu einer Unkündbarkeit von Verträgen führen würde. Eine Nachwirkung des Vertrags analog § 4 Abs. 5 TVG wurde bislang nicht diskutiert. Nach dieser Vorschrift entfällt in der Nachwirkungsphase eines Tarifvertrages die zwingende Wirkung des Vertrags. Übertragen auf den Vertragsbereich bei Heil- und Hilfsmitteln hätte dies zur Folge, dass z.B. mit einzelnen Anbietern abweichend von einer Landespreisvereinbarung niedrigere Preise vereinbart werden könnten - damit würde auch dem Rechtsgedanken des § 127 Abs. 2 und Abs. 3 SGB Rechnung getragen. Die Verpflichtung zur Neutralität und Zurückhaltung verbietet den zugelassenen Leistungserbringern eine Privatabrechnung nach dem Kostendeckungsprinzip, wenn damit die Grenze der Üblichkeit überschritten wird (siehe oben 5.c) dd) – a.A. Plagemann/Seifert (aaO – Fußnote 599), Seite 359: wirtschaftliche Gegenmacht durch Selbsthilfe und Boykott zum chancengleichen Aushandeln bei fehlendem Schlichtungsverfahren.

ziehung der Leistungserbringer in die Sicherstellung der Versichertenversorgung und führt zu einer breiteren Akzeptanz der Bedingungen auf beiden Seiten. § 78 SGB XI beinhaltet neben der Grundentscheidung zur Zulassung ebenfalls die Möglichkeit zur vertraglichen Ausgestaltung der Leistungserbringung von Pflegehilfsmitteln. Der Sozialversorgungsvertrag ist dabei einheitlich als subordinationsrechtlicher, öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren. Ergänzend ist auf § 127 SGB V zurückzugreifen. Auch die Vorschrift zur Ausleihe von Pflegehilfsmitteln in § 78 Abs. 4 SGB XI entfaltet normative Wirkung für die Pflegekassen.

Bei Vertragsbeendigung können für einen Übergangszeitraum bis zum Neuausschluss einer Vereinbarung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die bisherigen Bedingungen und Preise weitere Gültigkeit entfalten.

VI. Europarechtliche Problemstellungen

1. Allgemeines

Wachsende Mobilität der Bevölkerung und wirtschaftliche Anreize führen zu Wanderungsbewegungen sowohl von Versicherten wie auch von Leistungserbringern. Deshalb ist sowohl das Leistungsrecht, wie auch das Leistungserbringerrecht im Bereich der Heil- und Hilfsmitteln immer stärker Fragestellungen des internationalen Krankenversicherungsrechts, insbesondere des Europarechts ausgesetzt.⁶¹⁸ Mit dem stärkeren Zusammenwachsen der europäischen Staaten ergeben sich immer mehr Berührungspunkte auch im sozialen Bereich, so dass die Forderung nach einer Vereinheitlichung sozialer Rechte und damit die Setzung internationaler Standards im Gesundheitswesen in den Vordergrund rückt.⁶¹⁹ Dabei ist gerade der Heil- und Hilfsmittel-Markt betroffen, da diese Dienst- und Sachleistungen auch im Ausland angeboten werden, zum Teil zu weitaus interessanteren finanziellen Bedingungen als im Inland. Dabei ergibt sich, ausgehend vom deutschen Sachleistungsprinzip, ggf. eine grenzenüberschreitende Dreiecksbeziehung zwischen den Empfängern der Leistungen (Versicherten), den Leistungsträgern (Krankenkassen/Pflegekassen) und den Leistungserbringern, die im Ergebnis mangels bislang kaum bestehender vertraglicher Beziehungen nach derzeit gültigem Recht überwiegend nur im Wege der Kostenerstattung bewältigt werden kann.

⁶¹⁸ Zur Anwendbarkeit des Europarechts, insbesondere auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, Diekmann/Schulenburg, Seite 518 ff.

⁶¹⁹ Vgl. das Gemeinsame Positionspapier der Spitzenorganisationen der deutschen Sozialversicherung zur Europäischen Verfassungsdebatte und zu einem „EU-Sozialmodell“ (Vorschläge an den Europäischen Konvent zur Zukunft Europas), veröffentlicht in BKK 2002, Seite 383 f.; Schmitz, Seite 5 ff.; Pitschas VSSR 2002, Seite 75 ff.; ders., VSSR 1994, Seite 99 (trotz Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten für die Gesundheitspolitik ergebe sich nach der Ratifizierung des Maastrichter-Vertrages der Beginn einer „Europäischen Gesundheitspolitik“); allgemein zum Wandel der EU: Riedel, Seite 241 ff.; Lorff/Maier-Rigand, Seite 393 ff.

2. Die Leistungserbringung im Ausland

a) Internationales Sozialrecht

Da die Krankenversicherungssysteme in Europa sehr unterschiedlich sind,⁶²⁰ wurde der Aufbau einer verwaltungstechnischen Kommunikation der beteiligten Leistungsträger als eine Grundvoraussetzung angesehen, da die Leistungserbringung im Ausland grundsätzlich durch das Leistungsniveau im Inland oder durch die tatsächlich entstandenen Kosten begrenzt wird.⁶²¹ Ausländische Leistungen sind daher mit den inländischen in Relation zu setzen. Es wurden mit allen europäischen Staaten Abkommen zu Fragen der sozialen Sicherheit abgeschlossen, die gemäß § 30 Abs. 2 SGB I bei der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind.

Speziell für das Leistungs- und Leistungserbringerrecht nach dem SGB V enthält das nationale Recht Regelungen, die jedoch hinter zwischen- und überstaatlichem Recht zurücktreten.⁶²²

§§ 16, 17 und 18 SGB V sehen vor, dass der Leistungsanspruch im Ausland ruht, sich zunächst gegen den Arbeitgeber richtet bzw. eine nachträgliche Kostenerstattung stattfinden kann (Ermessen), wenn eine Behandlung nur im Ausland möglich ist.⁶²³ Als supranationales Recht enthielt der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in seiner ursprünglichen Fassung nur mittelbare Regelungen zu kranken-

⁶²⁰ Kostenerstattungsprinzip, Sachleistungsprinzip, staatliche bzw. beitragsbezogene Gesundheitssysteme, etc.

⁶²¹ Zur Problematik, ob Inlandstarife auch dann zu erstatten sind, wenn ein ausländischer Leistungserbringer zu günstigeren Preisen in Anspruch genommen wurde, vgl. EuGH NJW 2001, Seite 3397 (Vanbraekel), der dies mit Hinweis auf einen Sanktionscharakter bejaht, wenn die Krankenkasse die Auslandsbehandlung zu Unrecht versagt hatte.

⁶²² Zipperer, GKV-Kommentar, § 16 Randnr. 11; Louven, Seite 202 ff.; zum Pflegeversicherungsrecht vgl. Geiger NJW 2001, Seite 2772 f.

⁶²³ Das Ruhen des inländischen Anspruchs ist Ausdruck des Territorialitätsprinzips (§ 30 Abs. 1 SGB I).

versicherungsrechtlichen Fragen.⁶²⁴ Da nach Art 24 Abs. 1 GG die Bundesrepublik Deutschland ermächtigt war, an der Europäischen Gemeinschaft teilzunehmen,⁶²⁵ und die Geltung von EG-Normen damit verfassungsrechtliche Anerkennung findet, ist daraus auch der Vorrang des EWG-Vertrages und der darauf basierenden Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen vor einfachgesetzlichen Bundes- und Landesnormen abzuleiten.⁶²⁶ Als Koordinierungsverordnung mit sozialpolitischer Bedeutung ist insbesondere die VO (EWG) Nr. 1408/71 vom 14.06.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige, sowie deren Familienangehörige, die im Gemeinschaftsgebiet zu- und abwandern, ergangen.⁶²⁷ Diese Verordnung hat als sekundäres Gemeinschaftsrecht insbesondere koordinierende Wirkung innerhalb der EG und will die Freizügigkeit auch im Hinblick auf die soziale Sicherheit gewährleisten, wobei jedoch alle nationalen Gesundheitssysteme aufrecht erhalten werden und kein einheitliches Leistungs- bzw. Anspruchssystem geschaffen wird, sondern Leistungsansprüche sich nach wie vor aus den nationalen Rechtsvorschriften ergeben. Für Sonderfälle (Notfälle bzw. zuvor vom inländischen Sozialversicherungsträger genehmigte Auslandsbehandlung) werden deutsche Versicherte so behandelt, als wären sie in ausländische Sicherungssysteme einbezogen (Sachleistungsaushilfe).

⁶²⁴ Ursprünglich als Wirtschaftsgemeinschaft gegründet, war die Sozialpolitik im Gemeinschaftsrecht ausgespart worden und deshalb auch in der Kompetenz des nationalen Gesetzgebers belassen (von Maydell, VSSR 1999, Seite 9). Die EU hat deshalb auf dem Gebiet der sozialen Sicherung grundsätzlich keine Kompetenz zur Harmonisierung (Art. 152 Abs. 5 EGV, Vertrag von Amsterdam vom 01.05.1999). Dennoch konkretisieren sich Vereinheitlichungsbemühungen auch im Gesundheitswesen: so wurde z.B. vom Europäischen Rat in Barcelona am 15. und 16.03.2002 die Einführung einer EU-weiten Krankenversicherungskarte beschlossen (dgd vom 01.03.2002, Seite 2 ff; schleichende Harmonisierungsbemühungen der EU-Kommission: dgd vom 15.03.2002, Seite 4 ff; Gesundheitspolitischer Informationsdienst (gid) vom 21.03.2002, Seite 5 ff.; dfg vom 25.04.2002, Seite 5 f.; dgd vom 24.05.2002, Seite 18 und dfg vom 23.10.2003, Seite 9: Einführung zum 01.07.2004); vgl. auch Demmer, Seite 63 ff. und Koordinierung des Gesundheitswesens zur Gefahrenabwehr im Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29.10.2004, Artikel III-278, insbesondere Abs. 7 (<http://www.eu-verfassung.org/EU-Verfassung.pdf>).

⁶²⁵ Der Bund konnte ohne Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrecht des Bundes und der Länder auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen.

⁶²⁶ von Maydell, HS-KV, § 64, Randnr. 33 mit Hinweis auf BVerfG E 73, Seite 339 ff.

⁶²⁷ Sowie die Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72; zur Garantie der Freizügigkeit dieser Verordnung: Jousen, Seite 19 ff.

Auch die Sozialversicherungsabkommen wollen die Systeme der sozialen Sicherheit zugunsten der berechtigten Personen koordinieren. Sie gelten als völkerrechtliche Abkommen unmittelbar zwischen zwei oder mehreren Staaten⁶²⁸ und entsprechen nach Aufbau und Inhalt den EG-Verordnungen zur Sicherheit der Wanderarbeitnehmer. Innerhalb der EG haben daher die Verordnungen die Sozialversicherungsabkommen weitgehend abgelöst.⁶²⁹ Im Verhältnis EG-Recht und Sozialversicherungsabkommen geht daher bei einer Normenkollision das Gemeinschaftsrecht vor.⁶³⁰ Als Koordinierungsvorschriften ergänzen die Sozialversicherungsabkommen lediglich nationale Normen und schaffen kein überstaatliches Anspruchssystem.

Die Abkommen der IAO (Internationale Arbeitsorganisation) sind als Mindestnormen zur sozialen Sicherheit ergangen.⁶³¹ Diese Abkommen haben die Europäische Sozialcharta bzw. die Verordnungsgebung der EG geprägt,⁶³² wobei sie jedoch grundsätzlich keine Rechte für Versicherte oder Leistungserbringer bei einer Leistungserbringung im Ausland enthalten.⁶³³

Zwar verfolgen die vorrangigen und koordinierenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts mittelbar auch die Verwirklichung eines einheitlichen Maßstabes im Gesundheitswesen, grenzüberschreitende Ansprüche werden aber insbesondere in Einzelfällen durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannt,⁶³⁴ so dass dem primären EG-Recht, insbesondere in der Ausprägung der elementaren Grundfreiheiten (z.B.

⁶²⁸ Erforderlich ist gemäß Art. 59 Abs. 2 GG ein zustimmungsbedürftiges Transformationsgesetz, das im Rang regelmäßig als einfaches Bundesgesetz ergeht.

⁶²⁹ Wobei Vergünstigungen der Abkommen geltend gemacht werden können: EuGH vom 07.02.1991 in SozR 3-6030, Art. 48 Nr. 3; bzw. können neue Abkommen ergänzend zu den EG-Verordnungen abgeschlossen werden: Art. 8 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71.

⁶³⁰ Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sieht vor, dass sie für ihren Geltungsbereich an die Stelle der zweiseitigen Abkommen tritt.

⁶³¹ Abkommen Nr. 102 aus dem Jahre 1952 und Übereinkommen Nr. 130 aus dem Jahr 1969.

⁶³² Zuvor waren sie bereits durch die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert worden.

⁶³³ Zu den bislang nicht bedeutsamen Ausnahmen vgl. von Maydell, HS-KV, § 64 Randnr. 62.

⁶³⁴ Eichenhofer, SGB 1992, Seite 573 ff.

freier Warenverkehr und Dienstleistungsfreiheit) letztendlich erhebliche Bedeutung beizumessen ist.⁶³⁵

b) *Bindung inländischer Krankenversicherer an ausländische ärztliche Feststellungen*

Ein Versicherungsfall hängt von einem entsprechenden ärztlichen Befund und ggf. einer darauf basierenden Verordnung von Heil- und Hilfsmitteln ab. Deutsche Versicherungsträger sind an das ärztliche Attest/Verordnung eines ausländischen Arztes gebunden.⁶³⁶ Dem insoweit möglicherweise eröffneten Missbrauch kann nur durch eine Nachbegutachtung durch inländische Ärzte nach Rückkehr ins Inland begegnet werden, ggf. unter nachträglicher Einschaltung des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen durch den zuständigen Krankenversicherungsträger.

c) *Die Leistungsseite*

Besteht ein Versicherungsverhältnis zu einem Krankenversicherungsträger in der Bundesrepublik Deutschland kommt deutsches Krankenversicherungsrecht zur Anwendung, mit der Folge, dass z.B. bei einem Auslandsaufenthalt die Leistungspflicht des deutschen Krankenversicherungs- oder Pflegeversicherungsträgers zwar grundsätzlich besteht, aber nicht durchsetzbar ist.⁶³⁷ Besteht aber eine Leistungspflicht, kann grundsätzlich auch eine Leistungsgewährung bei Auslandsaufenthalt in

⁶³⁵ Kritisch Neumann-Duesberg Seite 22 f.

⁶³⁶ EuGH vom 12.03.1987, SozR 6055, Art. 18 Nr. 1, mit Hinweis auf Art. 18 Abs. 1 bis 4 VO (EWG) Nr. 574/72.

⁶³⁷ § 16 SGB V: Ruhen des Anspruchs; für das SGB XI: § 34 Abs.1 Nr. 1 SGB XI. So sollte z.B. der Export des Pflegegeldes mit dem Ruhen des Anspruchs unterbunden werden, da das Pflegegeld als sog. Sachleistungssurrogat angesehen wird und nicht als exportfähige Geldleistung gilt (ausgenommen: Urlaubsreise bis zu sechs Wochen). Dieser Auffassung hat der EuGH eine Absage erteilt und das Pflegegeld als exportfähige Geldleistung qualifiziert mit der Folge, dass im Ausland wohnhafte und in Deutschland arbeitende Arbeitnehmer auch Beiträge zur Pflegeversicherung leisten müssen (EuGH, Urteil vom 05.03.1998, Az.: RS C-160/96- Mollenar und EuGH-Urteil vom 08.03.2001, Az.: RS C-215/99 – Jauch, NJW 2001, Seite 2783).

Betracht kommen.⁶³⁸ Dies ist bei Geldleistungen unproblematisch. Bei Sach- und Dienstleistungen ergeben sich Schwierigkeiten, da das Leistungserbringerrecht des SGB V und des SGB XI (basierend auf dem Sachleistungsprinzip) grundsätzlich von einer Leistungserbringung im Inland ausgeht.⁶³⁹ Zu diesem Territorialitätsprinzip treten auf übergeordneter Ebene die europarechtlich verankerten Freiheitsrechte, die bei Heilmitteln den freien Dienstleistungsverkehr und bei Hilfsmitteln den freien Warenverkehr betreffen.⁶⁴⁰ Ausländische Regelungen kennen im Übrigen kaum eine dem deutschen Recht entsprechende Gesetzessystematik.⁶⁴¹

Durch die Sozialversicherungsabkommen und das sekundäre EG-Recht wird deshalb der dem SGB V und SGB XI zugrundeliegende Ruhensgrundsatz bei Auslandsaufenthalt in Notfällen⁶⁴² oder bei vorheriger Genehmigung aufgehoben, mit der Folge, dass eine Leistungsaushilfe des ausländischen Krankenversicherungsträgers stattfindet⁶⁴³ mit anschließendem Erstattungsanspruch gegen den inländischen Krankenversicherer.⁶⁴⁴ Vielfach wird von den ausländischen Leistungserbringern jedoch eine direkte Bezahlung der Leistung vom Versicherten verlangt, mit der Folge, dass auch in diesen Fällen der inländische Krankenversicherungsträger von den Versicherten auf Kostenerstattung angegangen wird. Obwohl hier § 18 SGB V und der bisherige § 13 Abs. 2 SGB V a.F. nicht einschlägig waren, konnte eine entsprechende Kos-

⁶³⁸ Zur Frage, ob eine im Ausland angebotene Behandlungsmethode dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht: BSG vom 14.12.2001, SGB 2001, Seite 519 ff. Eine Verpflichtung zur Kostenübernahme einer im Ausland durchgeführten Nierentransplantation ergibt sich noch nicht aus der dort kürzeren Wartezeit; von einer Versorgungslücke im Inland könne nur dann ausgegangen werden, wenn die frühzeitigere Auslandsbehandlung aus medizinischen Gründen erforderlich ist (Hessisches LSG, SGB 2002, Seite 167).

⁶³⁹ BSGE 86, Seite 86 ff. sieht nach deutsch-schweizerischem Sozialversicherungsabkommen bei vorübergehendem Auslandsaufenthalt dennoch einen Kostenerstattungsanspruch des Versicherten in Höhe der tatsächlich in der Schweiz angefallenen Kosten für ein dort beschafftes Hilfsmittel vor. Für eine Begrenzung auf das inländische Niveau: Pitschas, VSSR 1999, Seite 233.

⁶⁴⁰ Zu diesem Spannungsverhältnis Pitschas in VSSR 1999, Seite 231; allgemein zum Diskriminierungsverbot und zur Freizügigkeit von Unionsbürgern Becker, Seite 8 ff.

⁶⁴¹ Schnapp, Seite 25, 33.

⁶⁴² Art. 22 Abs. 1 Ziff. A VO (EWG) Nr. 1408/71 i.V.m. § 6 SGB IV.

⁶⁴³ Art. 19 VO (EWG) Nr. 1408/71 i.V.m. § 6 SGB IV.

⁶⁴⁴ Eine Besonderheit regelt § 17 SGB V: Wenn ein Arbeitnehmer sich im Ausland aufhält, dann ist der Arbeitgeber zur Leistung verpflichtet.

tenerstattung durch den inländischen Krankenversicherungsträgern in Betracht kommen.⁶⁴⁵

Begibt sich ein Versicherter bewusst zur Krankenbehandlung ins Ausland, regelte § 18 SGB V a.F. generell, dass eine Leistungspflicht des deutschen Krankenversicherers nur dann möglich ist, wenn es sich um eine den medizinischen Anforderungen entsprechende Behandlung handelt und die Behandlung nur im Ausland möglich ist. Eine solche Behandlung konnte nach dem pflichtgemäßen Ermessen der inländischen Krankenversicherung genehmigt werden.⁶⁴⁶

Durch die Rechtsprechung des EuGH wurde diese nationale Begrenzungsregelung in Ansehung der europäischen Grundfreiheiten unter Anwendung der Kostenerstattung erweitert.⁶⁴⁷ In den Urteilen Decker und Kohll⁶⁴⁸ hat der EuGH entschieden, unter welchen Voraussetzungen Krankenkassen die Kosten für Waren- und Dienstleistungen, die der Versicherte im Ausland erworben hat, verweigern kann. Dabei sind die Gefährdung der Finanzierung des Sozialversicherungssystems⁶⁴⁹ oder besondere nationale Qualitätsstandards⁶⁵⁰ Aspekte, die die Ein-

⁶⁴⁵ Das BSG (Urteil vom 09.10.2001, veröffentlicht in NZS 2002, Seite 480 f) knüpft für einen Kostenerstattungsanspruch bei Auslandsbehandlung nicht an § 13 Abs. 3 SGB V an, sondern an § 18 Abs. 1 Satz 1 SGB V, da dies die speziellere Regelung für eine solche Kostenerstattung sei. Dort sei eine Auslegung der Vorschrift im Lichte der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, vorzunehmen, was im Einzelfall zu einer Kostenerstattungsverpflichtung, über den Wortlaut der Vorschrift in § 18 SGB V hinaus, führen könne.

⁶⁴⁶ Nach Art. 22 Abs. 1 Ziff. c und Abs. 2 VO (EWG) 1408/71 darf eine Genehmigung für eine Auslandsbehandlung dann nicht verweigert werden, wenn die Leistungserbringung im Leistungskatalog des inländischen Krankenversicherungsträgers vorhanden ist und der Versicherte die Leistung im Inland aber nicht zeitnah erhalten kann; zur Neuregelung des § 13 SGB V vgl. Fußnote 672.

⁶⁴⁷ Zu den methodischen Mängeln der EuGH-Rechtsprechung: Hailbronner, Seite 2185 ff.; zu den Regelungen des Binnenmarktes im Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29.10.2004, Artikel III-130 ff (<http://www.eu-verfassung.org/EU-Verfassung.pdf>)

⁶⁴⁸ Urteile vom 28.04.1998, RS C-120/95 und RS C-158/96; vgl. auch Becker, Seite 359 ff.; von Maydell, Seite 3 ff.; Eichenhofer, VSSR 1999, Seite 101 ff.; Kötter, Seite 233 ff.

⁶⁴⁹ Dieser Aspekt wird vom EuGH neben den Gründen des Gesundheitsschutzes i.S.v. Art. 46 EGV als „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ ebenfalls als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Waren- und Dienstleistungsfreiheit anerkannt (EuGH vom 16.01.1979, Az.: Rs 120/78 (Cassis de Dijon) und EuGH vom 15.07.1991, Az. RS C-76/90 (Säger)); Schulz-Weidner, Seite 59 ff.

⁶⁵⁰ So z.B. auch die Aufrechterhaltung eines allen zugänglichen Krankenhaussystems verbunden mit einem Genehmigungsvorbehalt für Auslandsbehandlung (Urteile vom 12.07.2001, Az.: C-157/99 (Smits/Peerbooms) und C-368/98 (Vanbraekel)) oder die ressourcensteuernde Intention des deutschen Leistungserbringerrechts: vgl. Heberlein, Seite 775; Anmerkung Kötter in ZESAR 2003, Seite 173 ff.

schränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können (Rechtfertigungsgründe für eine Beschränkung der EG-Grundfreiheiten).⁶⁵¹ In den beiden entschiedenen Verfahren wurde dies verneint, insbesondere wurde im Verhältnis Luxemburg/Deutschland von Qualitätsstandards für Gesundheitswaren und -dienstleistungen ausgegangen, die eine Gesundheitsgefährdung ausschließen, so dass im Ergebnis eine Kostenerstattung für die Versicherten in Betracht kam.

In dieselbe Richtung geht auch die Frage, ob die nationale Anforderung, Kostenerstattungen grundsätzlich nur bei zugelassenen Leistungserbringern zu übernehmen, ein legitimes Mittel zur Kostendämpfung und Qualitätssicherung ist oder ob es sich unter europarechtlicher Sicht um eine diskriminierende und somit unzulässige Barriere für die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit handelt.⁶⁵²

Der EuGH hat am 12.07.2001 in der Sache Smits/Peerbooms⁶⁵³ entschieden, dass auch im Wege des Sachleistungsprinzips an Versicherte erbrachte Leistungen unter „Dienstleistung i.S. von Art. 50 EGV“ fallen,⁶⁵⁴ auch wenn der Versicherte die Leistung im Regelfall kostenfrei erhalte, der Kostenträger sie aber nicht selbst erbringe, sondern sich privater Leistungserbringer außerhalb des hoheitlich organisierten Gesundheitswesens bediene.⁶⁵⁵

In einem weiteren Schritt werden Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit geprüft und bezogen auf ein Genehmigungserfordernis als mittelbar ausländische Anbieter diskriminierend qualifiziert.⁶⁵⁶ Eine solche

⁶⁵¹ Zu den Rechtfertigungsgründen eingehend Bold, Seite 129 ff.

⁶⁵² Zur Entterritorialisierung der Leistungserbringung und zur europarechtlichen Wettbewerbsstruktur des Leistungserbringerrechts: Pitschas in Ebsen, Seite 83 ff., 95; eingehender hierzu unter 3.

⁶⁵³ Az.: RS C-157/99, veröffentlicht in NZS 2001, Seite 478.

⁶⁵⁴ Kritisch zur Anwendbarkeit der Urteile Kohll und Decker auf das deutsche Sachleistungsprinzip: Neumann-Duesberg, Seite 22 ff.; vgl. auch Schneider-Danwitz, Seite 354 ff.; zum Begriff der Dienstleistungsfreiheit Bold, Seite 102 ff.

⁶⁵⁵ Abgrenzung zu EuGH RS 263/86, Slg. 1988, Seite 5365.

⁶⁵⁶ Bei allgemeinen Maßnahmen, die Grundfreiheiten nur behindern, hat es der EuGH für ausreichend angesehen, wenn die nationale Maßnahme aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, wozu auch die Funktionsfähigkeit des sozialen Absicherungssystems gehöre, erforderlich sei - vgl. RS 238/82 (Duphar) sowie RS C- 158/96 (Kohll) bzw. RS C-120/95 (Decker).

Diskriminierung ist jedoch, obwohl Art. 49 EGV ein Diskriminierungsverbot enthält, gerechtfertigt, wenn allgemeine, sachliche Gründe des Gemeinwohls dies erfordern; eine solche zulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann auch in Aspekten der nationalen Sozialpolitik liegen.⁶⁵⁷ Für die Krankenversorgung wurde deshalb eine vorherige Genehmigung zur Sicherung eines qualitativ hochwertigen finanzierbaren regionalen stationären Leistungsangebots anerkannt.⁶⁵⁸ Nachdem die vorherige Genehmigung einer Leistung vom EuGH im stationären Bereich im Hinblick auf die Sicherung der Versorgung und der damit verbundenen Planung anerkannt wurde, hielt er eine Genehmigungspflicht bei ambulanten Auslandsbehandlungen nicht für gerechtfertigt, da das Genehmigungserfordernis eine Einschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs darstellt.⁶⁵⁹ Ein Rechtfertigungsgrund, wie die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Versorgungssystems als anzuerkennendes Allgemeininteresse, wurde im ambulanten Bereich verneint. Nur im stationären Bereich rechtfertigen finanzielle Verluste durch Überkapazitäten eine vorherige Genehmigung. Im ambulanten Bereich lassen verschiedene objektive Umstände, wie Sprachbarrieren, räumliche Entfernung, Kosten des Auslandsaufenthaltes und Informationsmangel über die Art der Versorgung Auslandsbehandlungen im tatsächlichen Umfang als gering erscheinen, so dass sich auch die effektiv eintretenden finanziellen Auswirkungen in Grenzen halten.⁶⁶⁰ Die nationale Ausgestaltung des Versorgungssystems als Sachleistungsgewährung rechtfertigt nach Ansicht des EuGH keine andere Beurteilung, zumal die Erstattungsregelungen bei der Sachleistungsaushilfe den Wert einer einzelnen Leistung bestimmbar machen müsse und die Kosten einer Auslandsbehandlung daher stets der Kostenerstattung zugänglich sind.⁶⁶¹ Anerkannt wird vom EuGH deshalb

⁶⁵⁷ Gleiches gilt gemäß Art. 30 EGV für die Warenverkehrsfreiheit.

⁶⁵⁸ Inanspruchnahme ausländischer Leistungserbringer nur bei inländischem Behandlungsnotstand als zulässige Genehmigungsvoraussetzung.

⁶⁵⁹ EuGH-Urteil vom 13.05.2003, RS C-385/99 (Müller-Fauré/van Riet), veröffentlicht in NJW 2003, Seite 2298 ff., NZS 2003, Seite 365 ff. sowie ArztR 2004, Seite 343 ff.; vgl. auch Wenner, Seite 205 und Frenz, Seite 947 ff.

⁶⁶⁰ EuGH (aaO, Fußnote 659), Randnr. 76 ff und 93 - 98

⁶⁶¹ EuGH (aaO, Fußnote 659), Randnr. 102 ff.

ein Vorrang inländischer zugelassenen Leistungserbringer nur im stationären Bereich⁶⁶² mit der Folge, dass dort ausländische Leistungserbringer mangels Zulassung nur für eine Notfallversorgung zum Zuge kommen können;⁶⁶³ bei ambulanter medizinischer Behandlung wird aufgrund der Dienstleistungsfreiheit dem Versicherten ein umfangreiches Wahlrecht auch bezogen auf Leistungserbringer im EU-Ausland eingeräumt.

Da im Heil- und Hilfsmittelbereich dieselbe sachliche Rechtfertigung zu fordern ist, wie sie der EuGH in den genannten Entscheidungen inzwischen festgelegt hat und da bei der Leistungserbringung von Heil- und Hilfsmitteln weder ein regional begrenztes Investitionsvolumen betroffen, noch auffällige Qualitätsniveauunterschiede innerhalb Europas bestehen,⁶⁶⁴ dürften Kostendämpfungsgesichtspunkte oder Qualitätselemente kaum Anerkennung zur Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich finden.

d) *Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung im Leistungsrecht*

Grundsätzlich wurde vom EuGH anerkannt, dass eine solidarische Sozialversicherung keine Elemente marktgängiger Güter enthält und daher grundsätzlich den Marktregeln, wie auch den Grundfreiheiten und dem Kartellrecht, entzogen ist.⁶⁶⁵ Dieses Solidarprinzip prägt nach Auffassung des EuGH jedoch nur das Mitgliedschaftsverhältnis (Kasse – Versicherter), nicht aber die weiteren krankensicherungsrechtlichen

⁶⁶² EuGH-Urteil RS C-157/99 (Smits/Peerbooms) Randnr. 99 ff.

⁶⁶³ Vgl. dagegen Nr. 62 der Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo vom 22.10.2002 in der RS C-385/99 (Müller-Fauré/van Riet) und hierzu Faßbender, Seite 3601 ff. bzw. Rixen, Seite 73, der die Notwendigkeit einer Behandlung im EU-Ausland dann sieht, wenn bei einer Inlandsbehandlung eine verschlechterte Heilungschance besteht bzw. die frühere Auslandsbehandlung eine wirksamere Therapie der Krankenbehandlung verspricht.

⁶⁶⁴ Auch in den Nachbarstaaten Deutschlands gibt es Regelungen zur Qualitätssicherung. Im Fall Decker (RS C-120/95) sah der EuGH die Bindung an Augenoptikermeisterbetriebe in Luxemburg als vergleichbar mit den Regelungen zur Leistungserbringung in Deutschland an, so dass es nicht gerechtfertigt sei, die grenzüberschreitende Leistungsnachfrage zu beschneiden.

⁶⁶⁵ EuGH, EuZW 1993, 395 (Poucet und Pistre).

Rechtsverhältnisse. Bei der Einschaltung von Leistungserbringern nach dem Sachleistungsprinzip entstehen Rechtsbeziehungen, die von diesem, vom Solidarprinzip geprägten, Grundverhältnis losgelöst sind und dem einzelnen Versicherten, als Träger nationaler und supranationaler subjektiver Rechte, auch die grenzüberschreitende Erbringung bzw. Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen ermöglichen müssen, so dass insoweit die Grundfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 und 50 EGV, Anwendung finden.

Eine Differenzierung dahingehend, dass das Leistungsrecht den Grundfreiheiten entzogen wäre und das Leistungserbringerrecht diese Freiheitsrechte beinhalte, ist nach dem oben dargestellten deutschen Sachleistungsprinzip,⁶⁶⁶ wonach der Leistungsanspruch des Versicherten letztendlich nur im Rahmen der Regelungen des Leistungserbringerrechts besteht, nicht möglich, so dass eine isolierte Bewertung nicht sinnvoll erscheint. Deshalb bietet auch das Sachleistungsprinzip für sich keine Argumentationsgrundlage dafür, die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten grundsätzlich in Frage zu stellen.⁶⁶⁷ Denn auch in der Umsetzung des Sachleistungsprinzips ist der Versicherte Nachfrager von Leistungen im Markt der Leistungserbringer, die ihm im Inland nach einer öffentlich-rechtlichen Zulassung der Kostenträger zur Verfügung gestellt werden.⁶⁶⁸ Der EuGH hat in den Entscheidungen Smits/Peerbooms und Müller-Fauré / van Riet⁶⁶⁹ klargestellt, dass auch in Sachleistungssystemen über die Dienstleistungsfreiheit ein Anspruch auf grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen besteht.⁶⁷⁰ Diese Rechtsprechung ist in Ansehung der Grundfrei-

⁶⁶⁶ Vgl. oben II.3.c); Rixen, Seite 69 ff.

⁶⁶⁷ So auch Bold, Seite 152 ff., der insbesondere die vertraglichen Regelungen mit Leistungserbringern in Versicherungssystemen mit Kostenerstattung aufzeigt (Belgien und Luxemburg), so dass sich der Sondercharakter des Sachleistungsprinzips relativiert, zumal im SGB V auch Kostenerstattungs-elemente vorgesehen sind.

⁶⁶⁸ Insbesondere an dieses privatrechtliche Verhältnis des Versicherten zu Leistungserbringer in der Argumentation anknüpfend Heinze, SGB 2001, Seite 159.

⁶⁶⁹ Siehe Fußnoten 653 und 659.

⁶⁷⁰ Vgl. Kingreen, Seite 3384; Verschueren, Seite 356 ff.; kritisch wegen der Gefahr von Doppelzahlungen im Vertragsarztrecht der Vorlagebeschluss des BSG vom 30.10.2002, Az.: B 1 KR 28/01 R – dieser Beschluss wurde auch als Unterstützung des Generalanwalts (Fußnote 663) interpretiert (Handelsblatt vom 06.11.2002) – wobei andererseits u.a. eine atypische Sachverhaltskonstellation des

heiten und die Umsetzung dieser Freiheitsrechte für Versicherte folgerichtig und muss auch in vom Sachleistungsprinzip geprägten Sozialversicherungssystemen – insbesondere auch bei der ambulanten Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln umgesetzt werden.⁶⁷¹

Mit Wirkung ab 01.01.2004 wurde §13 SGB V erweitert⁶⁷² und § 18 SGB V auf die Kostenübernahme außerhalb des EWR-Auslands beschränkt. Versicherte können daher jetzt Leistungsansprüche bei vorübergehendem Aufenthalt im EU-Ausland wahlweise auf Basis von zwei verschiedenen Rechtsgrundlagen geltend machen. Zum einen kommen Ansprüche entsprechend den bisherigen Regelungen des überstaatlichen Rechts im Rahmen der EWG-Verordnungen über soziale Sicherheit Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 bei gezielt gesuchter Auslandsbehandlung mit vorheriger Genehmigung oder bei sonstigen Auslandsbehand-

Vorlagefalls bemängelt wird, da der behandelnde Arzt im Vornahmestaat nicht zur vertragsärztlichen Behandlung zugelassen war (Anmerkung Eichenhofer in SGb 2003, Seite 163 ff.); dieser Beschluss wurde durch weiteren Beschluss des BSG vom 18.05.2004 aufgehoben und damit die Vorlage an den EuGH zurückgezogen.

⁶⁷¹ Fuchs (Seite 347) fordert insofern eine gesetzgeberische Intervention auf europäischer Ebene (VO (EWG) Nr. 1408/71) unter Schaffung eines funktionsfähigen Leistungserbringerrechts für Auslandsbehandlungen, insbesondere für Grenzgänger, flankiert durch Kooperationen der Sozialversicherungsträger, die grenzüberschreitende Leistungserbringungen vertraglich regeln (z.B. Kooperationsvereinbarung der BKK's mit der belgischen Krankenkasse „mutualites socialistes“-dfg vom 03.04.2003, Seite 2).

⁶⁷² Nach § 13 Abs. 4 Satz 1 SGB V n.F. können Versicherte Leistungserbringer in anderen EU-Staaten und Vertragsstaaten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Kostenerstattung in Anspruch nehmen. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber auf die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Müller-Fauré/van Riet vom 13.05.2003 reagiert, die klargestellt hat, dass ein inländisches Sachleistungsprinzip den Kostenerstattungsanspruch für im Ausland in Anspruch genommene Leistungen nicht hindert (Fußnote 659). Dabei dürfen nur solche Leistungserbringer im Ausland in Anspruch genommen werden, bei denen die Bedingungen des Zugangs und der Ausübung des Berufs Gegenstand einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft sind oder die im jeweiligen nationalen Krankenversicherungssystem des Aufenthaltsstaates zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind. Der Ersatzanspruch wird regelmäßig begrenzt auf die Vergütungshöhe, die die Krankenkasse bei Erbringung als Sachleistung auch im Inland zu tragen hätte. Abzusetzen sind Abschläge vom Erstattungsbetrag für Verwaltungskosten und fehlende Wirtschaftlichkeitsprüfungen sowie die in Deutschland bestehenden Zuzahlungsverpflichtungen. Ist eine dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit nur im EU/EWR-Ausland möglich, kann die Krankenkasse die Kosten der erforderlichen Behandlung auch ganz übernehmen. § 13 Abs. 5 SGB V n.F. basiert auf den EuGH-Entscheidungen Smits/Perbooms und Vanbraekel (Fußnoten 650, 653) und bindet abweichend von den Regelungen in Abs. 4 die Inanspruchnahme von Krankenhausleistungen nach § 39 SGB V im EU/EWR-Ausland an die vorherige Genehmigung der zuständigen Krankenkasse. Dabei darf die Zustimmung nur versagt werden, wenn die gleiche oder eine für den Versicherte ebenso wirksame, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit rechtzeitig bei einem Vertragspartner der Krankenkasse im Inland erlangt werden kann. Dies entspricht einem Vorrang zugunsten vertraglich an die Krankenkasse gebundener inländischer

lungen (z.B. Urlaubsreisen) ohne vorherige Genehmigung der deutschen Krankenkasse in Betracht.⁶⁷³ Zum anderen kann Kostenerstattung für Krankenhausbehandlung mit vorheriger Genehmigung und für Gesundheitsleistungen außerhalb des Krankenhauses ohne vorherige Genehmigung nach innerstaatlichem Recht durch Kostenerstattung geltend gemacht werden. Damit wird durch innerstaatliches Recht der Kreis der Leistungserbringer erweitert, der berechtigterweise von Versicherten in Anspruch genommen werden kann.

Für die Geltendmachung von Kostenerstattung bei im EU-Ausland in Anspruch genommenen Heil- und Hilfsmitteln ist nach der gesetzlichen Neuregelung, in Verbindung mit den Satzungsregelungen der Krankenkassen zur Kostenerstattung, jedoch eine in- oder ausländische ärztliche Verordnung und insbesondere bei Hilfsmitteln eine vorherige Genehmigung/Bewilligung des Kostenvoranschlags durch die Krankenkasse erforderlich. Der Erstattungsbetrag orientiert sich an deutschen Vertragssätzen bzw. Festbeträgen unter Abzug der gesetzlich vorgesehenen Zuzahlung sowie des Eigenanteils⁶⁷⁴ und einem in der Satzung der Krankenkasse vorgesehenen Abschlag für Verwaltungskosten.

Mit diesen erweiterten Möglichkeiten für Versicherte, dürfte dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zwar weitgehend Rechnung getragen sein. Wenn der nationale Gesetzgeber, insbesondere aber die Krankenkasse im Rahmen ihrer Satzungsautonomie, weitere Voraussetzungen an eine Kostenerstattung knüpft und z.B. erhebliche finanzielle Abschläge vorsieht, ist damit ggf. eine erschwerte Inanspruchnahme verbunden und damit unter den dargestellten Erwägungen eine Diskriminierung auch weiterhin nicht ausgeschlossen.

gunsten vertraglich an die Krankenkasse gebundener inländischer stationärer Leistungserbringer (BT-Drucksache 15/1525, Begründung zu Art. 1 Nr. 4b (§ 13 Abs. 4 bis 6)).

⁶⁷³ Sachleistungsaushilfe (vgl. oben unter a)).

⁶⁷⁴ Ist der Rechnungsbetrag niedriger als die deutschen Sätze ist vom Rechnungsbetrag auszugehen.

3. Zulassung und Vertragsrecht bezogen auf ausländische Leistungserbringer / Konsequenzen für inländische Anbieter

Der bereits entstandene gemeinsame Markt für Gesundheitsgüter und Dienstleistungen innerhalb der EG entwickelt sich, begünstigt durch die EuGH-Rechtsprechung, immer weiter weg von nationalen Bestimmungen. Europarechtlich entscheidend ist neben dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 23 ff. EGV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 50 EGV) auch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 ff EGV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff EGV). Das würde für den Heil- und Hilfsmittelbereich in einer konsequenten Umsetzung längerfristig die Aufgabe der gegenwärtigen nationalen Rechtslage bedeuten, da die dargestellte Verzahnung von Leistungs- und Leistungserbringerrecht mit der Vielgestaltigkeit der Wirtschaftlichkeitskomponenten dann nicht mehr aufrecht zu erhalten wäre. Ob in Anbetracht der tatsächlichen Fallzahlen diese Entwicklung eintreten wird, ist fraglich, allerdings bedürfen für die Betroffenen die Fragestellungen einer befriedigenden Antwort.

Zwar bietet der freie Warenverkehr im Bereich der Hilfsmittel durchaus ein erhebliches zusätzliches Wirtschaftlichkeitspotential, aber die im SGB V verankerte Qualitätskomponente der Leistungserbringung kann in dem dort geregelten Sinne dann nicht aufrecht erhalten werden, wenn ausländische Hilfsmittellieferanten auf den deutschen Markt drängen (aktive Dienstleistungsfreiheit).⁶⁷⁵ Die Tatbestandsmerkmale des §126 Abs. 1 SGB V und insbesondere die Empfehlungen der Spitzenverbände gemäß § 126 Abs. 2 SGB V müssen insoweit ggf. einem europarechtlichen Verständnis und ggf. auch einer ausdrücklichen Regelung für ausländische Leistungserbringer unterworfen werden. Für die Versorgungsverträge nach dem SGB XI gilt dies in gleicher Weise. Auch bei den Heilmitteln könnte mit der Angleichung des Berufsrechts und der Berufsabschlüsse eine europaweite Niederlassungsfreiheit und damit z.B.

⁶⁷⁵ Die Gewährleistung (§ 126 SGB V) und das Hilfsmittelverzeichnis gemäß § 128 SGB V dürften kaum auf den europäischen Markt ausdehnbar sein - vgl. § 139 SGB V.

ein Recht ausländischer Leistungserbringer auf Zulassung nach dem SGB V verbunden werden.⁶⁷⁶ Daneben bewirkt die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 ff EGV nach obiger Darstellung aber auch das Recht des Leistungsempfängers, sich grenzüberschreitend zu jedem Leistungserbringer zu begeben (passive Dienstleistungsfreiheit), so dass in Ansehung dessen eine Zulassung nach dem SGB V / SGB XI für ausländische Leistungserbringer, insbesondere im grenznahen Bereich, grundsätzlich nicht gefordert werden kann, um deutsche Versicherte rechtmäßigerweise behandeln/beliefern zu können.⁶⁷⁷ Insofern kommt es zu Widersprüchen zwischen nationalen Vorschriften und Gemeinschaftsrecht.⁶⁷⁸

Der EuGH hat unter bestimmten Voraussetzungen⁶⁷⁹ dem Gemeinschaftsrecht Vorrang eingeräumt und in diesen Einzelfällen sowohl dem freien Warenverkehr wie auch der Dienstleistungsfreiheit von nachfragenden der Versicherten Geltung verschafft. Ausländische Leistungserbringer können sich auf dieselben Grundfreiheiten berufen, wenn innerstaatliche Vorschriften zur Zulassung quasi eine Einfuhrbeschränkung für Hilfsmittellieferanten bzw. ein Betätigungsverbot für Heilmittelerbringer bedeuten würden. Zu diskutieren sind dann jedoch Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung dieser Freiheiten. Je weiter der EuGH bisher die Anwendung der Grundfreiheiten auf grenzüberschreitende Leistungserbringungen angewandt hat, desto ausdifferenzierter wurde auch ein Rechtfertigungssystem entwickelt,⁶⁸⁰ so dass nationale Vor-

⁶⁷⁶ Pitschas, VSSR 1999, Seite 227 zum Recht auf Marktzugang ausländischer Leistungserbringer. Zur Gleichwertigkeit einer ausländischen Ausbildung zum Zahnarzt bzw. Arzt: BVerwG vom 15.10.2001, NJW 2002, Seite 455 f; BVerwG vom 14.06.2001, NJW 2002, Seite 456 f; Godry, Seite 348 ff.

⁶⁷⁷ EuGH RS 286/82 und 26/83, Slg 1984, 409; a.A. Becker, Seite 363 mit Hinweis auf das Sachleistungsprinzip; zur Anforderung der Zulassung bei Kostenerstattung vgl. oben unter 2.c) und Fußnote 652; bundesweit dürfte es sich um eine vergleichsweise geringe Anzahl von Fällen handeln, in denen Versicherte bewusst Heil- und Hilfsmittel im Ausland nachfragen und anschließend um Kostenerstattung bei der inländischen Krankenkasse ersuchen, vgl. Boecken in Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer, Seite 264; zur grenzüberschreitenden freien Wahl des Heilmittelerbringers: SG Hamburg, Urteil vom 18.04.2002, Az.: S 32 KR 102/00.

⁶⁷⁸ Das zum Leistungsrecht angesprochene Territorialitätsprinzip (vgl. Fußnote 623) bewirkt im Leistungserbringerrecht grundsätzlich die Außerachtlassung ausländischer Anbieter. Eingehend: Bold, Seite 88 ff., 92 und 127 ff.

⁶⁷⁹ Urteile des EuGH vom 28.04.1998, RS C-120/95 (Decker), RS C-158/96 (Kohl), RS C-157/99 (Smits/Peerbooms) und RS C-385/99 (Müller-Fauré/van Riet); vgl. oben unter 2.c).

⁶⁸⁰ In der Doc-Morris-Entscheidung des EuGH vom 11.12.2003 (Az.: RS C-322/02) wird neben dem Schutz von Leben und Gesundheit und der erheblichen finanziellen Gefährdung des Gleichgewichts

gaben des Gesundheitsversorgungssystems zumindest teilweise auch als „grundfreiheitsresistent“ bezeichnet werden können⁶⁸¹ und immer wieder betont wird, dass grundsätzlich die sozialpolitische nationale Souveränität durch die Rechtsprechung des EuGH unangetastet bliebe.⁶⁸² Dennoch sah sich der nationale Gesetzgeber gerade auch in Ansehung des nationalen Sachleistungsprinzips und dem neu geprägten Verständnis der Dienstleistungsfreiheit in der Verpflichtung, vertragliche Vereinbarungen mit ausländischen Leistungserbringern (insbesondere im grenznahen Bereich) ermöglichen zu müssen.⁶⁸³ Seit 01.01.2004 sieht §140e SGB V n.F. deshalb vor, dass Krankenkassen mit ausländischen Leistungserbringern im Geltungsbereich des EG-Vertrages und des EWR-Abkommens Versorgungsverträge abschließen können.⁶⁸⁴ Entgegen den sekundärrechtlichen EU-Vorschriften zur Sachleistungsaushilfe erfolgt dann keine Einbindung der Versicherten in das ausländische Sozialversicherungssystem, sondern hier erfolgt eine Verpflichtung der ausländischen Leistungserbringer und damit eine vertragliche Einbindung in das inländische Sachleistungssystem unter Beachtung des inländischen Leistungsrechts.⁶⁸⁵ Damit wird der Leistungsumfang auch für ausländische Leistungserbringer auf das inländische Niveau begrenzt und weiter den Versicherten ein Kostenrisiko genommen, das sie dann eingehen würden, wenn sie eigenständig Liefer- und Dienstleistungsverträge im Ausland abschließen und anschließend um Kostenerstattung bei ihrer Krankenkasse nachsuchen.⁶⁸⁶

Das bedeutet, dass Verträge im Heil- und Hilfsmittelbereich mit dem Inhalt der §§ 125, 127 SGB V mit ausländischen Leistungserbringern abgeschlossen werden können, ohne dass eine vorausgehende inländische statusrechtliche Entscheidung zur Zulassung (im Bereich der Krankenversicherung) vor-

des Gesundheitssystems als Rechtfertigungsgrund auch die Intaktheit des nationalen Gesundheitswesens angesprochen.

⁶⁸¹ Frenz, MedR 2004, Seite 300

⁶⁸² Vgl. Bieback, NZS 2001, Seite 568.

⁶⁸³ Vgl. unter 2.c) und Kingreen, Seite 3384; Koenig/Engelmann/Steiner, Seite 226.

⁶⁸⁴ Im Zusammenhang mit stationären Einrichtungen vgl. Hermann, ZESAR 2004, Seite 371 ff. Krankenkassen sollen über diese vertragliche Möglichkeit ihren Versicherte ein Versorgungsangebot im EG- und EWR-Ausland vorhalten können, das sie selbstgestaltend nach inländischen Versorgungskriterien und Qualitätsanforderungen festlegen - z.B. in Haupttouristengebieten.

⁶⁸⁵ Sogenanntes „auf Vertrag gegründetes Sachleistungsprinzip“, vgl. Boecken in Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer, Seite 263

⁶⁸⁶ Vgl. BT-Drucksache 15/1525, Seite 132 und Becker, NJW 2003, Seite 2275.

liegt.⁶⁸⁷ Diese vertraglichen Regelungen können neben der Vergütungsfrage⁶⁸⁸ auch Qualitätssicherungsmaßnahmen und Wirtschaftlichkeitskontrollen mit einschließen. Im Pflegeversicherungsrecht sind dies die Versorgungsverträge zu Pflegehilfsmitteln gem. § 78 SGB XI.

Unabhängig von dieser Entwicklung ist in absehbarer Zukunft für deutsche Leistungserbringer⁶⁸⁹ am gewachsenen Zulassungs- und Vertragssystem des SGB V und SGB XI festzuhalten. Die Regelungen des nationalen Gesetzgebers würden unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Leistungserbringer erst dann in Frage gestellt werden können,⁶⁹⁰ wenn massive Verschiebungen im Markt der Heil- und Hilfsmittellieferanten auftreten würden (Inländerdiskriminierung). Nach dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt⁶⁹¹ und der Tatsache, dass die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen in erster Linie eine Koordinierung, nicht Harmonisierung der verschiedenen Regelungssysteme bewirken sollen,⁶⁹² ergibt sich kein Handlungsbedarf für einen Verzicht auf die gewachsenen nationalen Elemente, wie insbesondere der Zulassung der Leistungserbringer im Recht der Heil- und Hilfsmittel.

Wenn einzelne ausländischer Anbieter, ggf. mit Hinweis auf die Grundfreiheiten am innerdeutschen Markt partizipieren, können qualitätsgesicherte Struk-

⁶⁸⁷ § 13 Abs. 4 SGB V n.F. grenzt den Kreis der in Betracht kommenden Leistungserbringer allerdings auf solche ein, deren Berufe durch EG-Richtlinien geregelt sind (für den Heil- und Hilfsmittelbereich sind dies: Physiotherapeuten, geprüfte Masseur, Krankengymnasten, Hörgeräteakustiker, Orthopädiemechaniker, Orthopädiestechniker, Orthopädieschuhmacher und Orthopädiemechaniker-Bandagist) oder die im jeweiligen Krankenversicherungssystem zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind.

⁶⁸⁸ Zum Preisniveau ausländischer Anbieter im Verhältnis zum inländischen Niveau und der dadurch entstehenden Wettbewerbsverzerrung: OLG Hamm, Urteil vom 21.09.2004, Az.: 4 U 74/04.

⁶⁸⁹ Diese können sich nicht auf eine Beschränkung i.S. von Art. 49 Abs. 1 Satz 1 EGV berufen, wenn ihnen im Verhältnis zu ausländischen Anbietern gesteigerte Anforderungen auferlegt werden, da ein grenzüberschreitender Anwendungsfall Tatbestandsvoraussetzung dieser Grundfreiheit ist (vgl. etwa EuGH-Urteil vom 17.06.1997, Slg. 1997 I, Seite 3395 ff., 3435 - Sodemare).

⁶⁹⁰ Auch der EuGH sieht eine Schwelle überschritten, wenn eine diskriminierende Unterscheidung zwischen Inländern und Angehörigen der übrigen Mitgliedsstaaten vorliegt (z.B. EuGH, Slg. 1991 I, Seite 4501 ff, 4524 - Paraschi), wobei der Begriff der Diskriminierung auch in der Rechtsprechung des EuGH bislang nicht eindeutig geklärt wurde - Zechel, Seite 49.

⁶⁹¹ Ständige Rechtsprechung des EuGH; vgl. etwa die Urteile Kohll, Decker, Duphar, (oben Fußnote 656 und 679).

⁶⁹² Vgl. Fußnote 624 und unter 2. a).

turen, zumal wenn sie auf Wesenselementen des deutschen Gesundheitssystems, wie dem Sachleistungsprinzip, basieren, nicht vorschnell aufgegeben werden. Zumal dann nicht, wenn der Gesetzgeber, wie mit dem GMG geschehen, den beschriebenen leistungsrechtlichen und leistungserbringerrechtlichen Anforderungen, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten lassen, Rechnung getragen hat.⁶⁹³

Nur längerfristig könnte der Einfluss des primären Europarechts insbesondere auch das Leistungserbringerrecht verändern und bisher praktizierte Schranken aufweichen.⁶⁹⁴ Der gesamte Gesundheitsmarkt könnte sich angleichen und stärker liberalisiert werden, so dass sowohl Krankenkassen über dieses Wirtschaftlichkeitspotential Vorteile ziehen, wie auch Leistungserbringer durch Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Warenfreiheiten sowie Versicherte von der Angebotserweiterung profitieren könnten - auch wenn dies ggf. auf Kosten einzelner in Deutschland gewachsener Qualitätskomponenten gehen würde.⁶⁹⁵

⁶⁹³ Vgl. Fußnote 672.

⁶⁹⁴ Öffentliche Dienstleistungsmonopole und nationale Steuerungsmechanismen werden sich als zweifelhaft erweisen (vgl. Pitschas in Ebsen, Seite 98), so dass letztendlich auch der Sicherstellungsauftrag der Krankenkasse berührt wird.

⁶⁹⁵ Im Hinblick auf die zahnärztliche Dienstleistung sieht der EuGH den Qualitätsstandard innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten als gesichert an. Damit dürfte dies auch für den Bereich der Heil- und Hilfsmittellieferanten gelten, zumal hier eher vergleichbare Standards bestehen, als z.B. im Bereich der Rehabilitationsleistungen (vgl. von Maydell, VSSR 1999, Seite 16 und oben Fußnote 664); zur Ablehnung eines Kostenerstattungsanspruchs für im Ausland in Anspruch genommene Heilmittelbehandlung wegen fehlender qualifizierter Leistungserbringung und gebotener Kostenbegrenzung: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.09.2002, Az.: L 4 KR 5020/00, sowie BSG-Urteil vom 13.07.2004 (Az.: B 1 KR 33/02 R): Zurückverweisung zur Sachaufklärung an das LSG, ob die für in Spanien behandelnden Physiotherapeuten geltenden Regelungen Gegenstand der EG-Richtlinie 92/51 sind (siehe Fußnote 687) und ob die behandelnden Therapeuten die darin aufgestellten Qualitätsanforderungen erfüllen. Das Verhältnis von einem möglichen Kostenerstattungsanspruch nach primärem Europarecht und dem Sachleistungsanspruch aus der EWG-Verordnung 1408/71 wird in der Entscheidung offen gelassen.

4. Zusammenfassung

EG-Recht gewinnt auch im Bereich der Heil- und Hilfsmittel-Leistungserbringung immer mehr an Bedeutung. Auch wenn nationale Regelungen bislang von einem Ruhen des Leistungsanspruchs bei Auslandsaufenthalts ausgingen, konnten Leistungsansprüche bei Krankenbehandlung im Ausland entstehen. Durch die neuere Rechtsprechung des EuGH wird deutlich, dass Dienstleistungsfreiheit und freier Warenverkehr nationalen Zulassungsschranken vorgehen kann. Damit wird den Versicherten ein über die Grenzen hinausgehendes Leistungsangebot an Heil- und Hilfsmitteln, sowohl im Kranken- wie auch im Pflegeversicherungsrecht verschafft. Das territoriale Sachleistungsprinzip kann durch den Einfluss der Grundfreiheiten des primären EG-Rechts bei Auslandsbehandlung dann nicht im hergebrachten Sinne vollumfänglich aufrecht erhalten bleiben. Vertragsabschlüsse mit ausländischen Leistungsanbietern erweitern für deutsche Krankenkassen auch ohne vorangehende statusrechtliche Zulassungsentscheidung den Kreis der die Sachleistung erbringenden Leistungserbringer. Bei einer Versorgung von Versicherten im EU-Ausland konnte schon nach bisherigem Recht für den Versicherten ein Kostenerstattungsanspruch über die Regelung des § 13 SGB V hinaus anerkannt werden.⁶⁹⁶ Seit 01.01.2004 hat der Gesetzgeber insoweit eine ausdrückliche Rechtsgrundlage in § 13 Abs. 4 bis 6 SGB V n.F. geschaffen. Daneben eröffnet sich für Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln EU-ausländischer Herkunft ein Recht auf Zulassung zum deutschen GKV-Markt. Längerfristig ist zwar ein Wandel des Leistungserbringerrechts nicht auszuschließen, momentan ist aber am bisherigen nationalen Zulassungs- und Vertragssystem für innerdeutsche Leistungserbringer festzuhalten. Weitere gesetzgeberische Anstrengungen dürften aber sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene erforderlich sein, um den weiteren Entwicklungen gerecht zu werden.

⁶⁹⁶ Zur Flexibilisierung und Wandlung der Krankenkassen: Pitschas in Ebsen, Seite 101; von Maydell, VSSR 1999, Seite 14; Becker, Seite 362 ff; Zu Recht weist Heberlein auf die Konsequenzen, insbesondere die steigenden Verwaltungskosten hin, Seite 775.

VII. Wettbewerbsrechtliche Problemstellungen

1. Anwendbarkeit des Kartellrechts

Unabhängig von der Neuregelung des § 69 SGB V, worauf unter 2. genauer einzugehen sein wird, bedarf die Frage der Anwendbarkeit des nationalen und europarechtlichen Kartellrechts zunächst einer materiellrechtlichen Prüfung unter Einbeziehung der bisherigen Entwicklungen in der Rechtsprechung. Dies ist insbesondere in Abgrenzung zu einer Anwendbarkeit von UWG-Vorschriften (nachfolgend 5.) erforderlich.

a) Krankenkassen und Pflegekassen im Wettbewerb

Grundsatz des Leistungs- und damit Bedingung für das Leistungserbringerrecht ist das in § 2 Abs. 2 SGB V verankerte Sachleistungsprinzip. Dies gilt grundsätzlich auch für das SGB XI, bei dem das Pflegegeld als Sachleistungssurrogat angesehen werden kann.⁶⁹⁷ Für das Verhältnis der Krankenkassen/Pflegekassen zu den Leistungserbringern bedeutet dies, dass grundsätzlich nur die im 4. Kapitel des SGB V bzw. im 7. Kapitel des SGB XI zugelassenen bzw. genannten Leistungserbringer in das Versorgungssystem der GKV-Versicherten einbezogen sind.⁶⁹⁸ Das Verhältnis zwischen Krankenkassen/Pflegekassen zu den Leistungserbringern ist mithin öffentlich-rechtlichen Charakters. Für die Zulassungsentscheidung ist dies durch die hoheitliche Umsetzung durch den Gesetzgeber in §§ 124, 126 SGB V festgelegt. Aber auch die Rahmenempfehlungen und Verträge gemäß §§ 125, 127 SGB V wie

⁶⁹⁷ Vgl. § 4 Abs. 1 SGB XI und oben Fußnote 637.

⁶⁹⁸ Vgl. oben III.5.

auch die Sozialversicherungsverträge gemäß § 78 SGB XI sind als öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zu qualifizieren.⁶⁹⁹ Dies bedingt ganz grundsätzlich ein kritisches Hinterfragen, ob Kartellrecht auf das Handeln von Krankenkassen und Pflegekassen anwendbar ist.

Da das Gesundheitswesen im GWB nicht als Ausnahmebereich aufgeführt ist, ist zunächst von einem sachlich umfassenden Geltungsbereich dieses Gesetzes auszugehen. Dennoch werden bestimmte Handlungsformen, wie privates Verbraucherverhalten oder Verhalten im Arbeitsverhältnis vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommen, obwohl dies das GWB nicht ausdrücklich vorsieht.⁷⁰⁰ Für hoheitliches Handeln ist der Anwendungsbereich des GWB zwar nicht von vorneherein ausgeschlossen (arg. § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB), allerdings ist dem Gesetz keine Aussage zu entnehmen, ab welchem Handlungsmoment die Beteiligung eines hoheitlichen Rechtsträgers am geschäftlichen Verkehr kartellrechtlich relevant sein soll.

Ausgehend vom geschützten Rechtsgut und der Zweckverfolgung des GWB⁷⁰¹ muss der hoheitliche Rechtsträger als Unternehmen i.S.v. §§ 1, 130 GWB zu qualifizieren sein. Es gilt insofern ein funktionaler Unternehmensbegriff.⁷⁰² D.h., ein Verhalten ist bezogen auf Rechtsgut und Regelungszweck des GWB auf die Zugehörigkeit zum Geschäftsverkehr zu prüfen. Hat also eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt potentiell Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbssystems oder auf die Auswahlalternative der Marktgegenseite, sind diese tatsächlichen Auswirkungen eines Verhaltens geeignet, einen Rechtsträger zum „Unternehmen i.S. des GWB“ zu qualifizieren. Voraussetzung ist dabei jedoch, dass es sich um eine Tätigkeit im Markt handelt. D.h. der Rechtsträger muss mit

⁶⁹⁹ Siehe oben IV.3, IV.4 und V.

⁷⁰⁰ Neumann, D., Seite 72 ff. m.w.N.

⁷⁰¹ Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs als Grundlage der durch den Markt geordneten Wirtschaft; Schutz des Wettbewerbs einerseits als Institution sowie Individualschutz im geschäftlichen Verkehr

⁷⁰² Immenga/Mestmäcker, § 1 Randnr.34 ff.; eingehend Giesen, Seite 102 ff. m.w.N.

seinen Leistungen (Anbieten/Nachfragen) am Güter- und Dienstleistungsmarkt teilnehmen und untereinander bzw. mit Dritten in Wettbewerb treten.⁷⁰³ Diese Voraussetzung erfüllen bei der Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmittel im Normalfall weder Krankenkasse noch Pflegekasse. Nachfrager im Güter- und Dienstleistungsmarkt ist grundsätzlich nur der Versicherte. Krankenkasse und Pflegekasse sind Kostenträger dieser nachgefragten Leistungen.⁷⁰⁴ Schließen diese Kostenträger Verträge über die Modalitäten und Preise dieser Leistungen, tun sie dies infolge eines gesetzlichen Auftrags, der einerseits die Sicherstellung des Sachleistungsanspruchs umfasst und darüber hinaus das Prinzip der Wirtschaftlichkeit auferlegt. Ein Handeln der Kostenträger kann daher Auswirkungen im Markt haben, aber es ist grundsätzlich nicht geeignet die Krankenkassen oder Pflegekassen als Unternehmen i.S.d. GWB zu qualifizieren, da kein Auftreten im Markt als Nachfrager i.S. einer wirtschaftlichen Betätigung, also als Marktteilnehmer, vorliegt, sondern die Absicht „in Wettbewerb zu treten“ gerade fehlt und die Basis des Handelns eine gesetzliche Auftragserfüllung im Interesse der Solidargemeinschaft aller Versicherten ist.⁷⁰⁵ Dass die Krankenkassen als bloße Kostenträger nicht Nachfrager der Leistung selbst sind, ergibt sich auch aus der Systematik der Zulassungsregelungen in §§ 124 und 126 SGB V. Dort ist ein Zulassungsanspruch der Leistungserbringer gegenüber der Krankenkassenseite normiert.⁷⁰⁶ Diese Regelungen, wie auch die sich anschließenden vertraglichen Ausgestaltungen der Leistungserbringung, sollen im Hinblick auf Art. 12 GG den Leistungserbringern gleiche Startchancen im Markt der Gesundheitsleistungen „Heil- und Hilfsmittel“ verschaffen. Den Kassen steht gerade keine Auswahlentscheidung bezüglich der „Kontrahierung“

⁷⁰³ BGH NJW 1983, Seite 1493 f.

⁷⁰⁴ Dabei ist z.B. auch nicht zwangsläufig vom Eigentumserwerb der Kasse bei Hilfsmitteln auszugehen, vgl. oben III.3.b).

⁷⁰⁵ A.A. z.B. Pitschas, VSSR 1999, Seite 225, der die Krankenkasse als Marktgegenseite der Leistungserbringer ansieht und sie daher als Nachfrager der Sach- und Dienstleistung qualifiziert; ebenso BGH, GR 1994, Seite 526 f.; Axer, Seite 61 ff.; Gassner, Seite 140.

⁷⁰⁶ Vgl. oben IV.3.

mit einzelnen Leistungsanbietern zu,⁷⁰⁷ sondern die Versicherten treffen diese Wahlentscheidung zur Versorgung und sind deshalb in einem der Zulassungsentscheidung zeitlich nachfolgenden Schritt alleinige Nachfrager am Markt.⁷⁰⁸ Dieser Umstand ist seit Inkrafttreten des GRG mit den Regelungen zur Zulassung und dem nachfolgend ausgestaltenden Vertragsrecht entscheidend. Gleiches gilt für die Nachfrage von Pflegehilfsmitteln nach dem SGB XI. Im Recht der RVO bzw. bei § 37 SGB V war bzw. ist dies anders geregelt – dort erfolgt(e) eine Leistungsbeschaffung der Krankenkasse für den Versicherten durch Vertragsschluss mit dem Leistungsanbieter.⁷⁰⁹ Im Recht der Heil- und Hilfsmittel ist dies aber gerade nicht der Fall.

Teilweise wurde die Zuständigkeit der Kartellbehörden und damit auch die Anwendbarkeit des Kartellrechts durch den in § 56 SGB V a.F. eröffneten Leistungswettbewerb unter den Krankenkassen begründet.⁷¹⁰ Zum einen ist diese Vorschrift mit Wirkung ab 01.01.1999 wieder aufgehoben worden und zum anderen konnte bei der Leistungserbringung bei der gesetzlichen Krankenversicherung noch nie von einem dem gewerblichen Wettbewerb vergleichbaren Wettbewerbsverhältnis der Krankenkassen untereinander ausgegangen werden. Der gemeinsame Senat hat in seinem Beschluss vom 10.07.1989⁷¹¹ den Rechtsweg zu den Zivilgerichten für Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen Krankenkassen verneint, da das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung von öffentlich-rechtlichen Normen beherrscht werde, die dem Interesse der Allgemeinheit dienen. Daran änderte sich auch nichts durch die Einführung der allgemeinen Wahlfreiheit der Mitglieder gemäß §§ 173 ff.

⁷⁰⁷ Für eine Anbieterselektion Geck, Seite 150; unterstützend kann auf § 22 Abs. 1 SVHV verwiesen werden, wonach grundsätzlich bei Auswahlentscheidungen eine öffentliche Ausschreibung gefordert wird – nicht jedoch, wenn es um die Erbringung gesetzlicher Versicherungsleistungen geht, da insoweit die Versorgung der Versicherten im Vordergrund steht und wettbewerbliche Elemente in den Hintergrund treten.

⁷⁰⁸ Dieses Nachfrageverhalten der Versicherten und deren insoweit getätigte Vertragsabschlüsse sind auch Grundlage der rahmenvertraglichen Regelungen in §§ 125, 127 SGB V. Vgl. oben III.2.; zur Wahlfreiheit der Versicherten III.5.

⁷⁰⁹ BGH-Urteil vom 11.12.2002, Az.: KZR 5/00, veröffentlicht in DB 2002, Seite 1373.

⁷¹⁰ Schultz, Seite 269 ff.

⁷¹¹ GmS-OGB, BGHZ 108, Seite 284, 287 ff (NJW 1990, Seite 1527).

SGB V, da auch nach früherem Recht bereits Wahlrechte in der GKV verankert waren (§§ 183 ff. SGB V a.F.) und im Pflegeversicherungsrecht die Wahlmöglichkeiten für Versicherte ohnehin sehr eingeschränkt sind (§ 48 SGB XI).

Krankenkassen und Pflegekassen dürfen nur die gesetzlich festgelegten Leistungen erbringen. Krankenkassen sind gemäß § 4 Abs. 3 SGB V - auch kassenartenübergreifend - zur Zusammenarbeit verpflichtet. Gemäß § 86 SGB X gilt dies auch für die Pflegekassen. Nicht zuletzt in Ansehung des Finanzausgleichssystems im SGB V (kassenartenintern: §§ 265, 265 a SGB V und kassenartenübergreifend: §§ 266, 268 f. SGB V) hat das BSG Schadensersatzansprüche einer Krankenkasse wegen Wettbewerbsverstößes unter Anwendung des UWG verneint, da der Wettbewerb unter den Krankenkassen eine völlig andere Bedeutung und Funktion habe, als in der gewerblichen Wirtschaft.⁷¹² Auch der BGH hat in seinem Beschluss vom 15.01.1998 wegen der öffentlich-rechtlichen Prägung an der grundsätzlichen Zuständigkeit der Sozialgerichte für Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen Krankenkassen festgehalten, wenn das Schwergewicht des Rechtsstreits im öffentlich-rechtlich geprägten Aufgabenbereich des SGB V liege und damit gemäß § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. die Streitigkeit den Sozialgerichten zugewiesen sei.⁷¹³

Da Krankenkassen und Pflegekassen sowohl im Verhältnis zueinander wie auch in der Außenbeziehung zu den Leistungserbringern auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften handeln müssen und auch tatsächlich handeln,⁷¹⁴ kann dieses gesetzlich vorgesehene Handeln nicht als „echtes wettbewerbliches Handeln“ qualifiziert werden, mit der Folge, dass die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Tätigkeit der

⁷¹²BSG SozR 3-2500 § 4 Nr. 1, jedoch ist auch nach dem UWG Vorsicht geboten, wenn die Krankenkasse den „internen“ Markt um GKV-Versicherte verlassen und sich in den Markt der Leistungserbringer einmischen; siehe unten unter 5.

⁷¹³BGH NJW 1998, 2743 ff, NZS 1998, 330 f.

⁷¹⁴Zur Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsordnung: Engelmann, VSSR 1999, Seite 167 ff.

Krankenkassen und Pflegekassen schon vom Grundsatz her nicht in Betracht kommt.⁷¹⁵

b) *Rechtsprechung von BGH und EuGH zur Anwendbarkeit des Kartellrechts im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern*

Es ist jedoch eine vielfältige Rechtsprechung vorhanden, die von der Anwendbarkeit des Kartellrechts ausgeht. Insoweit wird insbesondere über eine „Doppelnatur“ des Handelns öffentlich-rechtlicher Verwaltungsträger eine Begründung konstruiert (öffentlich-rechtliches Handeln im Verhältnis zum Versicherten privatrechtliche Beschaffung im Verhältnis zum Leistungserbringer).⁷¹⁶

Der BGH hat schon im sog. „Brillenurteil“⁷¹⁷ entschieden, dass das öffentlich-rechtliche Handeln der Krankenkassen gegenüber den Mitgliedern nicht auf das Handeln gegenüber den Leistungserbringern übertragen werden könne, sondern insoweit - wegen der wettbewerblichen Auswirkung - eine Zuordnung zum privatrechtlichen Bereich vorzunehmen sei, weshalb der Zivilrechtsweg in den Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern gegeben sei. Die Zivilgerichte hätten das Verwaltungshandeln der Krankenkassen am Maßstab des Wettbewerbs- und Kartellrechts zu messen. Dabei ging die Rechtsprechung des BGH davon aus, dass Krankenkassen den funktionalen Begriff des „Unternehmens“ erfüllen. Hierfür genüge jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, unabhängig davon, ob es sich um ein privates Rechtsobjekt oder eine öffentlich-rechtliche Einrichtung handle, und unabhängig davon, wem im Ergebnis die Tätigkeit diene.⁷¹⁸ Im Hilfsmit-

⁷¹⁵ Vgl. zur Unanwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse BGH NJW 1998, Seite 3418; Schönbach, Seite 10 ff.; a.A. Neumann, WuW 1999, 961 ff, 963. Allgemein zu öffentlichen Unternehmen: Ehlers, Seite 33 ff.

⁷¹⁶ Mestmäcker NJW 1969, Seite 1 ff.; kritisch Ebsen in Igl, Seite 304 ff.

⁷¹⁷ BGHZ 82, 375, 382 f; daneben werden die gesetzlichen Krankenkassen vielfach als „marktstark“ bzw. „marktbeherrschend“ qualifiziert (BGHZ 36, 91; BGH NJW 1976, 2302; sowie Kleinmann NJW 1985, Seite 1367 ff.).

⁷¹⁸ BGHZ 36, 91, 103 f.

telbereich seien Krankenkassen Nachfrager von Waren, mithin liege dort eine Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr vor.

Obwohl diese Rechtsprechung zunächst zum Recht der RVO erging, im Folgenden vom gemeinsamen Senat⁷¹⁹ bestätigt wurde und von Anfang an in der Literatur heftig kritisiert wurde,⁷²⁰ setzte sie sich in der Rechtsprechung der Zivilgerichte fort.⁷²¹ Die Folge dieser Theorie von der Doppelnatur des Verwaltungshandelns war u.a. die Eröffnung zweier Rechtswege. So konnte ein Arzneimittelhersteller gegen die Festsetzung der Festbeträge vor den Sozialgerichten klagen und gleichzeitig vor den Zivilgerichten den Verstoß der Festbetragsfestsetzung gegen Kartellrecht insbesondere EG-Kartellrecht (Art. 81 ff. EGV) geltend machen.⁷²²

Die Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts wurde bereits in der Vergangenheit vom EuGH im Verhältnis auf die Krankenversicherung verneint, da diese Vorschrift (Art. 81 EGV) nur auf privatwirtschaftlich handelnde Unternehmen und nicht auf eine hoheitliche Tätigkeit anwendbar sei.⁷²³ Handelt es sich also, wie z.B. im Fall der erwähnten Festbetragsfestsetzung um einen dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Normenvollzug gemäß §§ 35, 36 SGB V, war und ist auch nach den europarechtlichen Wettbewerbsregelungen von einer Unabwendbarkeit des Kartellrechts auszugehen.⁷²⁴

Die in Art. 81 bis 86 EGV enthaltenen Regelungen zum Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsbeschränkungen richten sich entweder an

⁷¹⁹ GmS-OGB, BGHZ 97, 312 (NJW 1986, Seite 2359); vgl. unten VIII.3.a).

⁷²⁰ Z.B. Krauskopf, in DOK 1982, Seite 569; Spieß, Seite 56.

⁷²¹ Vgl. z.B. OLG Düsseldorf vom 29.07.1997 (Az.: U (Kart.) 14/97) - Besprechung von Schultz, Seite 269 ff.; OLG Düsseldorf vom 28.08.1998, NZS 1998, Seite 567 ff.; LG Rostock vom 24.05.1994, NZS 1995, Seite 460 ff.

⁷²² OLG Düsseldorf vom 29.07.1997 und Schultz, aaO (Fußnote 721).

⁷²³ EuGH-Urteil „Duphar“ vom 07.02.1984 (oben Fußnote 656, veröffentlicht in NJW 1985, Seite 542); betroffen war die niederländische Krankenversicherung. Vgl. auch Plute, Seite 505 ff und Rolfs, Seite 202 ff.

⁷²⁴ A.A. Schwerdtfeger, Seite 70, der selbst den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen als Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EGV qualifiziert; vgl. auch Neumann, D., Seite 101 ff. Bold, Seite 165 ff. und Hänlein/Kruse in Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer Seite 222 ff.

an auf diesem Markt agierende Unternehmen oder an Mitgliedsstaaten, die Unternehmen wettbeschränkendes Verhalten ermöglichen oder gesetzlich legitimieren. Art. 81 EGV setzt dabei auch eine unternehmerische Tätigkeit voraus und ist grundsätzlich nicht an den Staat gerichtet, da die normsetzende Tätigkeit des Staates über Art. 10 EGV erfasst wird.

Handeln staatliche Stellen nicht normsetzend, sondern normvollziehend, ist nach überwiegender Auffassung - von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgehend - zu prüfen, ob eine wirtschaftliche Betätigung i.S. von Art. 81 EGV vorliegt.⁷²⁵ Eine solche ist, wie oben dargestellt,⁷²⁶ beim Handeln von Kranken- oder Pflegekassen im Regelfall nicht gegeben, da sie bei der Vereinbarung von Preisen oder der Festsetzung von Festbeträgen ihrem gesetzlichen Auftrag zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsprinzips im weiteren Sinne folgen und deshalb bereits nicht von einer wirtschaftlichen Betätigung auszugehen ist.⁷²⁷ Verfolgt ein traditionelles Sozialversicherungssystem mit Pflichtversicherung einen sozialen Zweck und ist es vom Grundsatz der Solidarität geprägt sowie einer staatlichen Aufsicht unterworfen (bei gesetzlich festgelegtem Leistungsumfang), dann liegt keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts vor und es ist nicht von einem Unternehmen i.S. der Art. 81, 82 EGV auszugehen.⁷²⁸

Der EuGH hat in anderem Zusammenhang entschieden, dass selbst bei einer unternehmerischen Tätigkeit dann nicht Art. 81 EGV anzu-

⁷²⁵ Langen/Bunte, Art. 85, Randnr. 5; EuGH-Urteil vom 23.04.1991, Az.: RS C-41/90 (Höfner-Elser/Macrotron).

⁷²⁶ Siehe oben unter 1.a), Seite 236 ff.

⁷²⁷ A.A. Hänlein/Kruse aaO (Fußnote 724), die in der Festlegung des Leistungsumfangs bei Festbeträgen eine mittelbare Entscheidungsbeeinflussung des Versicherten sehen, die dieses Handeln als wirtschaftliche Tätigkeit der Kassen i.S.d. europäischen Wettbewerbsrechts qualifiziere (Seite 243).

⁷²⁸ So der EuGH bereits im Urteil vom 22.01.2002 zu dem italienischen Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), das durch Gesetz mit der Verwaltung eines Systems der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten betraut ist – Az.: C-218/00 (Cisal / INAIL) und ausdrücklich zu den Festbetragsfestsetzungen der deutschen gesetzlichen Krankenversicherungen, Urteil vom 16.03.2004 in den verbundenen Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK-Bundesverband u.a., Ichthyol u.a.) NJW 2004, Seite 2723 ff; vgl. Fußnote 731.

wenden ist, wenn nationale Vorschriften ein Verhalten vorschreiben, das dem Handelnden kein selbständiges wirtschaftliches Agieren ermöglicht, da dann die vom Verhalten ausgehende Wirkung dem Handelnden nicht zurechenbar sei.⁷²⁹ Auch dieser Aspekt kann auf Kranken- und Pflegekassen übertragen werden.

Die Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts kann weiter über Art. 86 Abs. 2 EGV verneint werden. Selbst wenn grundsätzlich die Anwendbarkeit des Art. 81 EGV bejaht wird, kommt ein Ausschluss für besondere Aufgaben dann in Betracht, wenn durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung rechtlich oder rein tatsächlich verhindert würde.⁷³⁰ Geht man bei Sozialversicherungsträgern von Dienstleistungsunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse aus, die bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in diesem Sinne tätig werden, greift stets die Ausschlussnorm des Art. 86 Abs. 2 EGV.⁷³¹

Der EuGH hat im Zusammenhang mit Entscheidungen zum Betriebsrentenfonds entschieden, dass Art. 86 Abs. 2 EGV schon dann erfüllt

⁷²⁹ EuGH vom 11.11.1997, Az.: C-359/95 P und C-379/95 P (Kommission/Ladbroke Racing).

⁷³⁰ Verneinend in Bezug auf die Krankenkassen: Gassner, Seite 140 ff. und Stelzer, Seite 172 f.; kritisch im Zusammenhang mit der Festbetragsfestsetzung bei Hilfsmitteln Hänlein/Kruse, NZS 2000, Seite 174 ff.

⁷³¹ Vgl. Steinmayer, Seite 943, 952 f.; a.A. Vogel, Seite 375, 378 und Koenig/Sander, Seite 617 ff.; Die Vorlage an den EuGH (RS C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01) war durch das OLG Düsseldorf mit Beschlüssen vom 28.05.2001 und 11.07.2001 zur Frage, ob die Spitzenverbände der Krankenkasse als Unternehmen i.S. von Art. 81 Abs. 1 EGV anzusehen sind und ob bejahendenfalls eine Befreiung gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EGV in Betracht kommt, veranlasst worden - hierzu Bauer, GG 2001, Seite 17; sowie Vorlage durch den BGH/Kartellsenat vom 03.07.2001 (VersR 2001, Seite 1361 f.) - hierzu dfg vom 05.07.2001, Seite 5 und GG 2002, Seite 41. Dies wurde durch Urteil des EuGH vom 16.03.2004 entschieden, veröffentlicht in NJW 2004, Seite 2723 ff. Für die gesetzliche Krankenversicherung liegt weder eine Unternehmenseigenschaft vor, noch sind die Spitzenverbände der Krankenkassen als Unternehmensvereinigungen zu qualifizieren, wenn sie bei der Festbetragsfestsetzung einem rein sozialen Zweck im Rahmen des Gesetzesvollzugs nachkommen; ein Eigeninteresse, das auf eine wirtschaftliche Tätigkeit schließen ließe, sei insoweit nicht erkennbar: Randnr. 57 ff. In den Schlussanträgen von Generalanwalt Jacobs vom 22.05.2003 wurde die Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen noch mit Hinweis auf den systeminternen Wettbewerb und den partiellen Wettbewerb um freiwillige Mitglieder mit den privaten Versicherungsunternehmen begründet (Randnr. 37 ff.); vgl. auch LSG NRW vom 28.09.2000, Az.: L 5 KR 11/95; im Hinblick auf den Rettungsdienst hat der EuGH entschieden, dass eine Beschränkung oder ein Ausschluss des Wettbewerbs zulässig sein kann, wenn dies zur Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben erforderlich ist, wobei jedoch die Erbringung von Dienstleistungen i.S. von Art. 81 EGV und damit die Unternehmenseigenschaft bei Sanitätsorganisationen unstrittig sei - vgl. EuGH-Urteil vom 25.10.2001, C-475/99 (Ambulanz Glöckner); auch Berufskammern können als Unternehmensvereinigungen einge-

sei, wenn ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der übertragenen Aufgabe gefährdet oder wenn die Beibehaltung der Rechte erforderlich sei, um die Erfüllung von im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.⁷³² Deshalb ist das dem SGB V bei der Leistungserbringung zugrundeliegende Wirtschaftlichkeitsprinzip vom EuGH durchaus in eine Bewertung miteinbezogen worden.⁷³³

Bei dieser Betrachtung darf weiter nicht vernachlässigt werden, dass das öffentlich-rechtliche Handeln beim Normenvollzug (Erfüllung der vom Gesetzgeber gemachten Vorgaben) der Rechtsaufsicht der unmittelbaren Staatsverwaltung unterliegt und der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen sogar ein unmittelbares Handeln durch diese Rechtsaufsicht vorgesehen hat.⁷³⁴

Dennoch wird argumentiert, auch Krankenkassen würden vollumfänglich dem Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbs unterfallen. Dieser Begriff setze lediglich eine „allgemein wirtschaftliche Tätigkeit“ - ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung, voraus. Mit diesem weiten funktionalen Unternehmensbegriff solle jedwede Betätigung erfasst werden, wenn sie nur potentiell geeignet ist, über den Markt ausgeübt zu werden. Erfasst seien also auch die Versorgungs- und Preisabreden mit Leistungserbringern durch gesetzliche Kranken- oder Pflegekassen.⁷³⁵ Diese Argumentation übersieht insbesondere, dass die Vereinbarungen z.B. der Krankenkassen mit den Leistungserbringern nicht der Beschaffung für die Krankenkasse dient, sondern dass insoweit lediglich ein Rahmen für die mehrseiti-

stift werden: EuGH-Urteile vom 19.02.2002, C-309/99 und C-35/99 (Wouters und Arduino) – Becker-Berke, Seite 42 f; Kritisch zur EuGH-Entscheidung vom 16.03.2004 Schenke, Seite 1364 f.

⁷³² EuGH-Urteil vom 21.09.1999 (z.B. Az.: C-219/97 – Maatschappij Drijvende Bokken).

⁷³³ Vgl. EuGH aaO (Fußnoten 728 a.E., 731), Randnr. 56.

⁷³⁴ Z.B. § 34 Abs. 4 SGB V oder § 78 Abs. 5 SGB XI; Pitschas in VSSR 1999, Seite 228 spricht von einem „sozialen Wettbewerbsrecht“ und bejaht nur in Teilbereichen eine unternehmerische Tätigkeit der GKV (Seite 235).

⁷³⁵ So z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.07.1999, Az.: U (Kart) 36/98; D. Neumann, Seite 153 ff

ge Abwicklung festgelegt wird⁷³⁶, was aber von einer konkreten Beschaffung unabhängig ist und abstrakt für eine Mehrzahl von Fällen erfolgt, die im weiteren Verlauf grundsätzlich nicht mehr im direkten Einflussbereich der Krankenkasse liegen und - unabhängig davon - das Handeln der Krankenkasse bestimmt ist durch die öffentlich-rechtlichen Vorgaben der Sicherstellung, des Wirtschaftlichkeitsgebots, des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität, des Willkürverbots gegenüber den Leistungserbringern⁷³⁷ (dies schließt ein Diskriminierungsverbot mit ein) und der Beachtung des Wahlrechts des Versicherten. Eine dem Kartellrecht zuwiderlaufende Rechtslage ist daher nach den allgemeinen öffentlich-rechtlichen bzw. konkreten sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben nicht vorhanden.

Unabhängig davon hat die EuGH-Rechtsprechung die Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern (insbesondere bei der gesetzlichen Krankenversicherung im Zusammenhang mit der Festsetzung von Festbeträgen) ausdrücklich verneint, wenn sie ihrer gesetzlichen Aufgabenerfüllung nachkommen,⁷³⁸ da sie dann keine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur ausüben; Systeme der sozialen Sicherheit, die durch fehlendes Gewinnstreben und der Verfolgung eines sozialen Ziels bzw. der Anwendung des Solidaritätsgedankens gekennzeichnet seien, unterschieden sich durch die Merkmale Versicherungspflicht, Finanzausgleiche, beitragsunabhängige Leistungserbringung, Risikoverteilung nach dem Solidaritätsprinzip, bzw. Umlageverfahren in wesentlichen Elementen von privaten Versicherungselementen. Da die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung in der BRD auch im Zusammenhang mit Heil- und Hilfsmitteln von diesen Elementen geprägt ist, kann nicht

⁷³⁶ Vgl. oben II.3.b) cc) und dd) sowie V.

⁷³⁷ Krankenkassen oder ihre Verbände unterliegen als Körperschaften des öffentlichen Rechts und damit als Teil der vollziehenden Gewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG einer unmittelbaren Grundrechtsbindung (siehe oben V.3.b)); vgl. BSG SozR 3-2500, § 124 SGB V Nr. 2. Darüber hinaus ist die wettbewerbsrechtliche Chancengleichheit der Leistungserbringer auch aus dem sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 2 Abs. 1 SGB V ableitbar (Beuthien, MedR 94, Seite 253 ff., 259).

⁷³⁸ Urteil vom 16.03.2004 (AOK-Bundesverband ./I. Ichthyol u.a.): Fußnoten 728, 731, 733; aber auch EuGH-Urteil vom 17.02.1993 (Poucet et Pistre), NJW 1993, Seite 2597 und EuGH-Urteil vom 16.11.1995 (fédération française), Slg 1995, Seite 1

von der Erfüllung des Unternehmensbegriffs i.S. von Art. 81 EGV ausgegangen werden, mithin auch nicht von der Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts.

Deutlich wurde dies bereits in der Rechtsprechung zu Tarifverträgen.⁷³⁹ Dort wurde anerkannt, dass Aufgabe der Gemeinschaft neben dem Schutz des Wettbewerbs auch der Schutz der „Sozialpolitik“ sei. Daraus ließ sich eine Tendenz zum Interessenausgleich erkennen, die auch auf Sozialversicherungsträger übertragen werden konnte, mit der Folge, dass auf deren Verhalten Art. 81 EGV ebenfalls nicht zur Anwendung kommt.⁷⁴⁰

Es bleibt abzuwarten, wo der EuGH in diesem Zusammenhang eine Grenze zieht, da er ausdrücklich die Tätigkeit der Krankenkassen anspricht, die außerhalb des sozialen Zwecks im Rahmen des Gesetzesvollzugs liegt, die dann als eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art zu qualifizieren sein kann, mit der Folge, dass Entscheidungen von Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen vorliegen und damit auch EG-Kartellrecht Anwendung finden kann.⁷⁴¹ Insbesondere müsste sich aber zunächst bei erst- und zweitinstanzlichen Zivilgerichten ein Wandel in der Betrachtungsweise vollziehen, da dort überwiegend an den Auswirkungen des Handels der gesetzlichen Krankenversicherung/Pflegeversicherung bezogen auf den Leistungserbringer bzw. am Begriff des „marktbeherrschenden Unternehmens“ für die Anwendbarkeit des Kartellrechts angesetzt und nicht auf einer zwingend vorrangigeren Stufe die Anwendbarkeit des Kartellrechts aus den dargestellten grundlegenden Überlegungen heraus in Frage gestellt wird.

Nur in seltenen Ausnahmefällen⁷⁴² können die Krankenkassen/Pflegekassen als direkter „Nachfrager von Waren“ qualifiziert wer-

⁷³⁹ EuGH-Urteile vom 21.09.1991, Az.: C-115/97 bis C-117/97 (Breutjens Handelsonderneming).

⁷⁴⁰ EuGH-Urteil, aaO (Fußnote 738 a.A.), Randnr. 47 ff.

⁷⁴¹ EuGH-Urteil, aaO (Fußnote 738 a.A.), Randnr. 58.

⁷⁴² Siehe unter 4.

den. Nachfrager ist im Regelfall der Versicherte, der auf ärztliche Veranlassung hin, einen Leistungsanspruch gegen seine Kranken-/Pflegekasse hat.⁷⁴³ Ein steuerndes Eingreifen des Kostenträgers ist dann leistungsrechtlich wie auch unter Beachtung des Wahlrechts des Versicherten ausgeschlossen. Liegt dort ein Fehlverhalten der Krankenversicherung/Pflegeversicherung vor, genügen die neben dem Kartellrecht vorhandenen gesetzlichen Vorschriften, insbesondere auch die Grundrechte des Art. 12 und Art. 3 GG⁷⁴⁴ um Unterlassungsansprüche bzw. Amtshaftungsansprüche⁷⁴⁵ durchzusetzen, so dass die Rechte der Leistungserbringer auch bei einer Nichtanwendung kartellrechtlicher Vorschriften gewahrt sind.

2. Änderungen durch das GKV-Reformgesetz 2000

Unabhängig von dem unter Ziffer 1 ausgeführten, bzw. dieses Verständnis zugrundegelegt, hat der Gesetzgeber durch das GKV-Reformgesetz 2000⁷⁴⁶ eine Klarstellung im Krankenversicherungsrecht über § 69 SGB V vorgenommen.⁷⁴⁷ Nach der Neufassung dieser Vorschrift werden die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den sonstigen Leistungserbringern im 4. Kapitel abschließend geregelt. BGB-Vorschriften sind allenfalls analog heranzuziehen, soweit sie mit den Vorgaben des 4. Kapitels vereinbar sind (§ 69 Satz 3 SGB V). Damit sollte insbesondere klargestellt werden, dass die Krankenkassen und ihre Verbände ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag erfüllen und nicht als Unternehmen i.S.d. Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts handeln.⁷⁴⁸ Wortlaut und Begründung sprechen also dafür, dass die Neufassung des § 69 SGB V nicht nur eine Festlegung des

⁷⁴³ Ebenso Eichenhofer, SGB 2003, Seite 370.

⁷⁴⁴ Zur mittelbaren Betroffenheit der Leistungserbringer vgl. unten VIII.4.

⁷⁴⁵ Zur Staatshaftung im Zusammenhang mit der (nach Auffassung der Verfasser kartellrechtswidrigen) Festsetzung von Festbeträgen gemäß § 35 SGB V: Koenig/Sander, Seite 617 ff.; bzw. bei Pflichtverletzungen von Kassenmitarbeitern im Zusammenhang mit dem Abschluss von Versorgungsverträgen: BGH-Urteil vom 24.06.2004, Az.: III ZR 215/03.

⁷⁴⁶ Vgl. Krasney, Seite 2697 ff.

⁷⁴⁷ Für das Recht der Pflegeversicherung gelten daher die Ausführungen unter 1.

⁷⁴⁸ Begründung zu § 69 SGB V, BT-Drucksache 14/1245, Seite 68; Boerner, Seite 389 ff.

Rechtsweges,⁷⁴⁹ sondern darüber hinaus materiellrechtlichen Regelungsgehalt hat und zumindest eine Klarstellung zur Unanwendbarkeit nationaler kartellrechtlicher Vorschriften enthält.⁷⁵⁰ Mit dieser klarstellenden Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer kann daher die Theorie zur Doppelnatur dieses Rechtsverhältnisses nicht weiter aufrechterhalten werden.⁷⁵¹

Nach dieser Neuregelung können BGB-Vorschriften und damit auch § 242 BGB auf das Verhalten der Kostenträger zur Anwendung kommen, mit der Folge, dass ein im Grunde als kartellrechtswidrig zu qualifizierendes Verhalten auch einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt bzw. Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung für Leistungserbringer entstehen könnten.⁷⁵² Im Ergebnis wird damit auf der Rechtsfolgenseite ein zivilrechtliches Sanktionssystem bereitgestellt, das an ein rechtswidriges Verhalten der Krankenkassen (z.B. infolge eines Verstoßes gegen das Willkürverbot) anknüpfen kann. Dieses Sanktionssystem greift jedoch nur dann ein, soweit die geltend zu machenden Ansprüche mit den Vorgaben des Leistungserbringerrechts vereinbar sind. Der Gesetzgeber hat insoweit einen Vorrang des krankenversicherungsrechtlichen Normengefüges angeordnet und die Geltendmachung weiterer Ansprüche unter diesen Vorbehalt gestellt. Die öffentlich-rechtliche Beziehung der Krankenkassen zu den Leistungserbringern ist also primär entscheidend bei der Prüfung der in Betracht kommenden An-

⁷⁴⁹ So Engelmann, Seite 220 f.; Mühlhausen, Seite 528; diese Auffassung würdigt nicht ausreichend die parallel vorgenommene Regelung in § 51 Abs. 2 SGG zum Rechtsweg und die bereits mit dem GRG verfolgte Intention, Sozialgerichte könnten auch über zivilrechtliche Rechtsbeziehungen entscheiden (BT-Drucksache 11/3480, Seite 77).

⁷⁵⁰ Vgl. hierzu Boecken, NZS 2000, Seite 269, der für die Tätigkeit der Krankenkassen im Hilfsmittelbereich zwar die Anwendbarkeit des nationalen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots verneint, aber zur Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts kommt, da Gemeinschaftsrecht gegenüber nationalem Recht Vorrang zukomme und daher der nationale Gesetzgeber das EG-Kartellrecht nicht ausschließen könne. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Über die Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts sind aber weiter die unter 1. gemachten Ausführungen entscheidend.

⁷⁵¹ Siehe oben unter 1.b); a.A. OLG Dresden, das das GWB auch nach Inkrafttreten des § 69 SGB V auf das Verhältnis Leistungserbringer und Krankenkasse anwendet (Urteil vom 23.08.2001, NZS 2002, Seite 33 ff.).

⁷⁵² Im Einzelnen hierzu Boeken, aaO (Fußnote 750), mit Hinweis darauf, dass die Zielsetzung des Kartellrechts Gewährleistung von Wettbewerb unter Verhinderung des Missbrauchs von Marktmacht ist, während § 242 BGB wettbewerbsunspezifische Rechte und Pflichten in Sonderbeziehungen ausgestaltet, also eine über das Kartellrecht hinausgehende besondere Prüfung erfordert: „Zulassungsgerechtes Verhalten der Krankenkasse“; vgl. auch Beuthien, MedR 1994, Seite 253 ff.

spruchsgrundlagen. Auch dieser gesetzlich angeordnete Vorrang bestätigt daher das unter 1. festgestellte Ergebnis.

3. Informationsrecht der Krankenkassen gemäß § 127 Abs. 3 SGB V

Durch Art. 1 Nr. 79 des Gesundheitsstrukturgesetzes vom 21.12.1992 wurde mit Wirkung zum 01.01.1993 in § 127 Abs. 3 SGB V den Krankenkassen die Möglichkeit der Information über Leistungserbringer von Hilfsmitteln eröffnet.⁷⁵³ Eine preisgünstige Hilfsmittelversorgung soll u.a. durch Preisvergleiche erreicht werden, die nicht nur kassenintern, sondern auch im Außenverhältnis, also gegenüber Versicherten und Vertragsärzten, eingesetzt werden.⁷⁵⁴ Dies wurde durch die mit dem GMG vorgenommenen Modifizierungen in § 127 Abs. 3 SGB V noch intensiviert. Neben dem Hilfsmittelverzeichnis, das die abstrakte Markttransparenz auf Herstellerebene verfolgt, können die Krankenkassen über das Informationsrecht nach § 127 Abs. 3 SGB V a.F. und n.F. auf eine konkrete Markttransparenz (insbesondere Preistransparenz) der vor Ort tätigen Leistungserbringer im Bereich der Hilfsmittel hinwirken.

Problematisch wird dieses Informationsrecht der Krankenkassen dann, wenn die Ebene objektiver sachlich unabhängiger Information verlassen wird und einseitig geprägte Empfehlungen⁷⁵⁵ oder Sachzwänge bzw.

⁷⁵³ Siehe oben II.3.e) II); ein Empfehlungsrecht war bereits im Rahmen des Gesundheitsreformgesetzes diskutiert worden: BR-Drucksache 200/88, Seite 46 f.

⁷⁵⁴ Der reine Preisvergleich ist eine kasseninterne Maßnahme ohne wettbewerbliche Außenwirkung. Für interne Maßnahmen ist keine gesonderte gesetzliche Ermächtigung erforderlich. Hierfür genügt der aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip folgende Auftrag an die Krankenkassen, die Leistungen auf die Elemente „ausreichend“ und „zweckmäßig“ zu überprüfen und damit einen Überblick über das Preis-/Leistungsverhältnis der Hilfsmittel zu erstellen. Erst die in einem zweiten Schritt nach außen getragene Information bedurfte einer gesetzlichen Legitimation, da hier, zumindest bei Versicherteninformationen ein Spannungsverhältnis zwischen Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit (§ 12 Abs. 1 SGB V: „... können Versicherte nicht beanspruchen...“) und freiem Wahlrecht unter den zugelassenen Leistungserbringern mit verschiedenem Preisgefüge besteht; hierin liegt auch die wettbewerbsrechtliche Relevanz.

⁷⁵⁵ Zu Recht weist das OLG Frankfurt (Urteil vom 10.07.1997, Az.: 6 U 23/97) darauf hin, dass der Gesetzgeber die Schaffung von Markttransparenz bewusst zur Steigerung eines preisbewussten Verhaltens der Krankenkassen geschaffen hat und damit auch einen Eingriff in den Wettbewerb durch

Weisungen zur Wahl preisgünstiger Leistungsanbieter abgegeben werden, da dann insbesondere die freie Wahl der Versicherten zur Auswahl des Leistungserbringers verletzt wird.⁷⁵⁶ Auch in diesem Zusammenhang kann eine Wettbewerbsverletzung durch die Krankenkassen gesehen werden.⁷⁵⁷ Geht man von der Anwendbarkeit des Kartellrechts aus, ist dies folgerichtig, da die vorhandene Marktmacht einzelner Krankenkassen konkrete Empfehlungen in kartellrechtlich relevanter Weise verbieten würde. Ebenso kann von einem Eingriff in den Wettbewerb gemäß § 1 UWG ausgegangen werden, wenn z.B. zugunsten eines preisgünstigen Anbieters werbend, also ohne die geforderte allgemeine Transparenz, gehandelt wird.⁷⁵⁸

Dasselbe Ergebnis wird jedoch auch dann erreicht, wenn die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts für Krankenkassen in Frage gestellt wird,⁷⁵⁹ da § 127 Abs. 3 SGB V schon vom Wortlaut her nur eine Information gestattet und deshalb im Hinblick auf das freie Wahlrecht der Versicherten, das auch eine Leistungserbringung unter Einbeziehung einer eigenen Zuzahlung des Versicherten mitumfassen kann, nur eine objektive umfassende Darstellung ohne tendenzgeprägte Wertung beinhalten kann.⁷⁶⁰ Da die Information lediglich einen Überblick über die Versorgungsmöglichkeiten bieten soll (Markttransparenz), ist damit nur mittelbar das Wirtschaftlichkeitsprinzip gemäß §§ 2, 12 SGB V tan-

solche Informationen, die zwangsläufig eine Empfehlung bestimmte Anbieter mitenthält, in Kauf nimmt. Eine Grenze sei aber dann erreicht, wenn die Verpflichtung zur objektiven, sachgerechten und nicht einseitig anpreisenden Information überschritten werde. Dann sei von einem Eingriff in den Wettbewerb auszugehen. Vgl. auch Beuthien/Sponer, Seite 4 f. und OLG Düsseldorf, SGB 2000, Seite 266 ff. mit Anmerkung Beuthien.

⁷⁵⁶ Die Chancengleichheit der Leistungsanbieter wird z.B. durch die Einholung eines Zweitangebots bei einem von der Krankenkasse ausgewählten Leistungserbringers verletzt, da dann die übrigen Anbieter, die alle übrigen Voraussetzungen der Leistungserbringung erfüllen, benachteiligt werden und der Versicherte, unter Verletzung seines Wahlrechts, zu einer bestimmten Versorgung hingelenkt wird (OLG Schleswig, Urteil vom 13.03.2001, Az.: 6 U 49/00; Beschluss SG Hamburg vom 17.12.2003, Az.: S 22 KR 1917/02 ER).

⁷⁵⁷ Heinze, in HS-KV, § 40 Randnr. 50.

⁷⁵⁸ OLG Frankfurt, aaO (Fußnote 755); OLG Stuttgart, Urteil vom 30.01.1998, Az.: 2 U 176/97; OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.03.1998, Az.: U (Kart) 21/97).

⁷⁵⁹ Siehe oben in Bezug auf das Kartellrecht: VII.1 und die Gesetzesbegründung zu § 69 SGB V (Fußnote 748).

⁷⁶⁰ Zu den Grenzen dieser faktische empfehlenden Information vgl. Beuthien, Seite 253 ff., 260; Zum Informationsrecht der Krankenkasse im Zusammenhang mit Arzneimitteln: LSG NRW, Beschluss vom 22.05.2002, Az: L 16 B 15/02 KR ER.

giert, denn Versicherte sind dieser Information nicht dergestalt unterworfen, dass für sie z.B. nur eine Versorgung mit Hilfsmitteln zu Festbeträgen oder Durchschnittspreisen in Betracht käme.⁷⁶¹ Deshalb ist ein Drängen (auch nur unter mittelbarer Druckausübung auf den Versicherten) der Krankenkassen mit Hinweisen auf eine konkrete kostengünstige Versorgungsmöglichkeit über § 127 Abs. 3 SGB V nicht gerechtfertigt. Ein solches Fehlverhalten der Krankenkasse erfordert ggf., dass der Versicherte seinen Leistungsanspruch gerichtlich durchsetzen muss; gleichzeitig sind auch Unterlassungsansprüche von Leistungserbringern unter Hinweis auf die Verletzung des § 127 Abs. 3 SGB V denkbar.⁷⁶² Darüber hinaus kann im Einzelfall auch ein Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung in Betracht kommen, wenn die handelnden Krankenkassenmitarbeiter sich der Pflichtwidrigkeit ihres Vorgehens bewusst sind.

4. *Ausnahmefall: Sozialversicherungsträger als Nachfrager*

Treten Sozialversicherungsträger im Markt der Heil- und Hilfsmittel ausnahmsweise direkt als Nachfrager auf (Beispiel 1: Wenn es gilt einige wenige Leistungsanbieter von Heilmitteln für ein bestimmtes Modellvorhaben (§§ 63 ff. SGB V) auszuwählen oder Beispiel 2: Weil Versicherte im Einzelfall sich mit einer Hilfsmittelverordnung direkt an die Krankenkasse wenden und um Versorgung bitten⁷⁶³), ist ihre Stellung insgesamt anders zu beurteilen, als bei der Kostenträgerrolle im Normalfall, wenn der Versicherte um Versorgung auf diesem Markt nachsucht. Auch wenn es im 2. Beispielfall um eine Versorgung im Einzelfall geht, so rechtfertigt doch die Mehrzahl der Fälle eine gesonderte Betrachtung, da im Ergebnis eine Beeinflussung des Marktes durch den Sozialversicherungsträger denkbar ist und die Befürchtung nahe liegt, dass eine einseitige Interessenverfolgung das Handeln der Kasse bestimmt. Deshalb

⁷⁶¹ Vgl. oben II.3.e) dd).

⁷⁶² Das SG Hamburg (aaO – Fußnote 756) stützt den Unterlassungsanspruch auf Art. 12 GG; vgl. auch SG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2002, Az.: S 8 (4) KR 108/00.

⁷⁶³ Vgl. oben III.3.b) und Fußnote 309 bzw. zur Pflegeversicherung III.3.a) a.E.

sind Sozialversicherungsträger in diesem Ausnahmefall der Objektivität besonders verpflichtet, so dass auch eine gerichtliche Kontrolle erforderlich ist.⁷⁶⁴

Im Beispiel 1 ist daher für die Rechtmäßigkeit ein objektives Auswahlverfahren zu fordern, das angelehnt werden kann an die Ausschreibungsvorgaben der VOL/A.⁷⁶⁵ Entsprechendes gilt für Beispiel 2. Auch hier ist auf eine gleichmäßige Partizipation aller Leistungserbringer zu achten, ohne Bevorzugungen oder Benachteiligungen. Dieses Ergebnis muss nicht zwingend mit kartellrechtlichen Vorschriften untermauert werden, da insoweit auch mit den öffentlich-rechtlichen Mechanismen, wie insbesondere Art. 3 GG (Willkürverbot)⁷⁶⁶ oder mit Vertrauensschutzgesichtspunkten als Ausfluss der abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge (Nebenpflichten) bzw. im weiteren ggf. mit positiver Forderungsverletzung argumentiert werden kann. Finden sich aber insoweit Instrumentarien im öffentlich-rechtlichen Bereich oder ergänzend im BGB (§ 69 Satz 3 SGB V) und ist das gesamte Verhalten der Krankenkassen durch Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages geprägt, erfordert dies nicht zwangsläufig die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften. Allerdings kann in diesen Sonderfällen die Unternehmenseigenschaft im Hinblick auf einen funktionalen Unternehmensbegriff nicht ausgeschlossen werden,⁷⁶⁷ so dass die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften nicht hieran zu messen ist, sondern sich der Ausschluss über § 69 SGB V (für nationales Kartellrecht) und über Art. 86 Abs. 2 EGV (für EG-Kartellrecht) ergibt.

Dies gilt auch für den Bereich, in dem Krankenkassen bewusst gegen das Wahlrecht der Versicherten verstoßen⁷⁶⁸ und Versicherte z.B. auffordern, nur von bestimmten Leistungserbringern Leistungen zu beziehen oder Leistungen

⁷⁶⁴ Im Einzelnen unten VIII.

⁷⁶⁵ Eine direkte Anwendung der VOL/A scheidet im Hinblick auf § 1 VOL/A i.V.m. § 21 SVHV aus.

⁷⁶⁶ Vielfach wird in der Diskussion übersehen, dass Art. 3 GG die höherrangige Vorschrift ist. § 20 GWB verbietet ebenfalls nur die unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund. § 20 GWB ist deshalb nur eine konkrete Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes in privaten Rechtsbeziehungen. Es spricht nichts dagegen, im Rahmen des Art. 3 GG auf Rechtsentwicklungen, die unter Anwendung der Vorschrift des § 20 GWB gefunden wurden, zurückzugreifen und daher auch auf Kranken- oder Pflegekassen über Art. 3 GG anzuwenden; vgl. auch BGH aaO (Fußnote 745), wenn Kassenmitarbeiter willkürliche Entscheidungen treffen.

⁷⁶⁷ Dies spricht der EuGH im Urteil vom 16.03.2004 an (vgl. Fußnote 741)

über bestimmte Anbieter Versicherten zugewiesen werden. Dadurch werden übergangene oder ausgeschlossene Leistungserbringer in ihrer durch Art. 12 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit durch ein Handeln mit objektiv berufsregelnder Tendenz beeinträchtigt, was z.B. über eine Feststellungsklage/Fortsetzungsfeststellungsklage vor den Sozialgerichten gelten zu machen ist.⁷⁶⁹ Dieser Feststellung kann sich ein Schadensersatz aus Amtshaftungsgesichtspunkten anschließen. Selbst in diesen Fällen ist aber die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften zur Wahrung der Rechte betroffener Leistungserbringer nicht zwingend.

5. UWG-Problematik

Kranken- oder Pflegekassen können neben den kartellrechtlichen Vorschriften auch mit Vorschriften aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁷⁷⁰ in Konflikt geraten, denn mit einer Ungleichbehandlung der Leistungserbringer, bei Täuschung der Versicherten über Rechte oder bei Beeinflussung ihrer Wahlmöglichkeiten kann stets auch die Förderung fremden Wettbewerbs verbunden sein, was zu Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen nach dem UWG führen kann.⁷⁷¹ Auch dann, wenn Kassen Entscheidungen treffen, die über das hinausgehen, was zu ihrem gesetzlich vorgeschriebenen bzw. zugelassenen Aufgabenkreis i.S. des § 30 Abs. 1 SGB IV gehört, kann ihr Verhalten als unlauter i.S. des § 1 UWG a.F.⁷⁷² qualifiziert werden.⁷⁷³ Aber auch Leistungserbringer untereinander machen Abwehransprüche wegen Eingriffen in den Wettbewerb auf der Grundlage des UWG geltend.⁷⁷⁴

⁷⁶⁸ Siehe oben III.5.e).

⁷⁶⁹ Vgl. unten VIII.4.b) cc); dabei beinhaltet die Feststellung gegenüber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts auch ein Abwehrrecht in Form einer künftigen Unterlassung.

⁷⁷⁰ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Neufassung vom 03.07.2004, BGBl I, Seite 1414.

⁷⁷¹ Ebenso Mühlhausen, Seite 124 ff.; bzw. Mühlhausen, Mitgliederwettbewerb, Seite 59 ff.; a.A. z.B. SG Gießen, Gerichtsbescheid vom 12.04.2002 (AZ.: S-9/KR 2186/01).

⁷⁷² Die bisherige Generalklausel des § 1 UWG befindet sich nach der Neufassung des UWG in § 3.

⁷⁷³ Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch; nach Auffassung des BGH ist § 30 SGB IV eine wertbezogene Norm i.S. von § 1 UWG; OLG Stuttgart vom 15.06.2001, Az.: 2 U 201/00.

⁷⁷⁴ Z.B. Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG a.F. einer Orthopädie-Innung gegenüber einem Apotheker wegen fehlender Kassenzulassung gemäß § 126 SGB V. Der BGH hat eine auf die Lauterkeit

Der vom 1. Senat des BSG 1998 entschiedene Sachverhalt,⁷⁷⁵ bei dem die Anwendbarkeit des UWG ausgeschlossen wurde, betraf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander (ein Handeln im Markt um die gesetzlich Krankenversicherten, also kein Tätigwerden mit Auswirkungen auf den Markt der Leistungserbringer). Während der 6. Senat im Jahre 2000 auch unter Geltung des § 69 SGB V n.F. von der Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ausging,⁷⁷⁶ wurde vom 3. Senat mit Urteil vom 25.09.2001 die Anwendbarkeit des UWG aufgrund der Neuregelung in § 69 SGB V ab 01.01.2000 generell im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern ausgeschlossen.⁷⁷⁷

Während GWB-Recht den freien Wettbewerb vor Beschränkungen innerhalb der Marktbeziehungen schützt (Bestand des Wettbewerbs, individuelle Marktbehinderung), schützt das UWG die Marktbeteiligten vor Wettbewerbshandlungen, insbesondere durch Konkurrenten, aber auch durch Dritte.⁷⁷⁸ Handlungen der Kranken- oder Pflegekassen können den privaten Wettbewerb der Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln grundsätzlich betreffen. Dabei ist aber nicht allein die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen Kasse und Leistungserbringer entscheidend, wenn von außen in ein privatrechtliches Verhältnis der Leistungserbringer untereinander oder zum Versicherten (oben Teil III) eingegriffen wird.⁷⁷⁹ § 69 Satz 4 SGB V bestimmt, dass die öffentlich-

des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion des § 126 SGB V nach der Neufassung des § 69 SGB V verneint, da dort ausdrücklich auch die Rechte Dritter einem privatrechtlichen Rechtsschutz entzogen wurden (§ 69 Satz 4 SGB V): BGH-Urteil vom 02.10.2003, VersR 2004, Seite 664 f, MedR 2004, Seite 325 ff. und NZS 2004, Seite 478 f.

⁷⁷⁵ Vgl. oben Fußnote 712; unabhängig von dieser Rechtsprechung greifen Sozialgerichte auf die Regelungen des UWG zurück: vgl. SG Düsseldorf, Beschluss vom 30.10.2002, Az.: S 8 KR 269/02 ER und LSG NRW, Beschluss vom 28.05.2002, NZS 2002, Seite 502 ff.; siehe auch unter VIII.3.

⁷⁷⁶ BSG SozR 3-2500, § 138 Nr. 1, Seite 8

⁷⁷⁷ Veröffentlicht in SGB 2002, Seite 688 ff. mit zustimmender Anmerkung von Noftz bzw. SozR 3-2500 § 69 Nr. 1; ebenfalls zustimmend Diekmann/Wildberger, Seite 15 ff.; vgl. auch Hess. LSG, Urteil vom 26.02.2004, Breithaupt 2004, Seite 598 ff.

⁷⁷⁸ Die Schutzzweckbestimmung der UWG ist nunmehr in § 1 UWG n.F. eingefügt worden.

⁷⁷⁹ Vgl. Beuthien, Seite 256; Knispel (Seite 469) schließt die Anwendbarkeit von UWG-Normen von vornherein deshalb aus, da mit der Neufassung des § 69 SGB V das Rechtsverhältnis Kasse – Leistungserbringer eindeutig als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sei, weshalb keine für die Anwendbarkeit des UWG vorausgesetzte bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vorliege. Auch die Entscheidung des BSG (Fußnote 777) geht hiervon aus und argumentiert, dass seit der Neuregelung in § 69 SGB V auch für die Rechtsbeziehung zu Dritten ausschließlich öffentliches Recht Anwendung findet, da das

rechtliche Rechtsbeziehung zu den Leistungserbringern „bei Erfüllung des Versorgungsauftrages“ auch auf betroffene Dritte Auswirkungen hat.⁷⁸⁰ Nur unter Hinzufügung dieser Prämisse hatte der Gesetzgeber eine Regelungskompetenz zur Anwendbarkeit von Rechtsnormen gegenüber den als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung angesprochenen Krankenkassen. Die Erfüllung des Versorgungsauftrages beinhaltet dabei ein subjektives Element, das von der gesetzlichen Aufgabenerfüllung ausgeht.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der UWG-Vorschriften auf Kassen ist daher grundsätzlich ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs. Davon ist dann auszugehen, wenn das von einer Wettbewerbsabsicht getragene Verhalten geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu beeinflussen. Ein Verhalten muss also sowohl objektiv geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, als auch eine Wettbewerbsabsicht mitumfassen.⁷⁸¹ Zu beachten ist dabei, dass nach der Rechtsprechung einer objektiv den fremden Wettbewerb fördernden Handlung nicht Wettbewerbsabsicht unterstellt werden kann, wenn der Handelnde kein Wettbewerber, sondern Dritter ist;⁷⁸² und darüber hinaus, wenn es sich bei dem Dritten um die öffentliche Hand handelt, ein Handeln zu Wettbewerbszwecken ausdrücklich festzustellen ist.⁷⁸³ Zwar ist im UWG bei hoheitlichem Handeln bzw. bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe eine Anwendbarkeit der Normen des UWG nicht von vornherein ausgeschlossen; ist die Wettbewerbswirkung aber nur notwendige Begleiterscheinung bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, so kann dies nicht ausreichen, um das Wettbewerbsverhalten als von einer subjektiven Wettbewerbsabsicht getragen zu qualifizieren.⁷⁸⁴ Zwar muss im allgemeinen keine Förderungsabsicht im engeren Sinne vorliegen,⁷⁸⁵ aber bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist entsprechend der obigen Prüfung

Handeln der Krankenkasse als mittelbare Staatsverwaltung eine Doppelnatur der Handlungen ausschliesse und somit das Handeln generell nur einem öffentlich-rechtlichen Regime unterworfen sei.

⁷⁸⁰ Vgl. BT-Drucksache 14/1245, Seite 67.

⁷⁸¹ Baumbach/Hefermehl, Einleitung UWG, Randnr. 232 ff.

⁷⁸² BGH GR 1982, Seite 234.

⁷⁸³ BGH NJW 1993, Seite 2680 ff.

⁷⁸⁴ BGH GR 1988, Seite 38 ff.

⁷⁸⁵ BGH GR 1988, Seite 832, 834; BGH GR 1990, Seite 373 f; BGH GR 1991, Seite 769 f

zur Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften zu fordern, dass eine Absicht zur wirtschaftlichen Betätigung vorliegen muss.⁷⁸⁶ Nur dann kann von einer Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr gesprochen werden, die zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt. Ist eine solche nicht feststellbar, sondern ist Basis des Handels allein eine gesetzliche Aufgabenerfüllung im Interesse der Solidargemeinschaft, kann nicht generell von einer Wettbewerbsabsicht der Kranken- oder Pflegekasse ausgegangen werden. Im allgemeinen dürfte daher, wie das Kartellrecht auch, das UWG nicht anwendbar sein. Dies hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 69 SGB V zum 01.01.2000 bestätigend zum Ausdruck gebracht.⁷⁸⁷

Fraglich ist jedoch, wie weit der Ausschluss der UWG-Normen gehen kann. Hat man zur Frage der Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften generell die Unternehmenseigenschaft der Kranken- und Pflegekassen verneint, ist damit eine Anwendbarkeit der GWB-Vorschriften bereits vom Grundsatz her ausgeschlossen. Insoweit besteht ein Unterschied zur Anwendbarkeit der UWG-Vorschriften, denn dieses Gesetz knüpft nicht an einer Unternehmereigenschaft an.⁷⁸⁸ Störer i.S. des § 1 UWG a.F. kann jeder sein, dessen Verhalten wettbewerbliche Auswirkungen hat. Ist daher in Sonderfällen doch eine Wettbewerbsförderungsabsicht, auch bei Anlegen der beschriebenen gesteigerten Anforderungen feststellbar, liegt eine Wettbewerbshandlung i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG n.F. vor. Von einem generellen Ausschluss der UWG-Normen kann daher, im Gegensatz zu den kartellrechtlichen Vorschriften, nicht ausgegangen werden. Betätigen sich Kranken- und Pflegekassen im Markt der Leistungserbringer und gehen dabei über ihre gesetzliche Aufgabenerfüllung hinaus, können sie auch in den geschäftlichen Verkehr mit der Absicht eingreifen, z.B. fremden Wettbewerb zu fördern, was Unterlassungen und Schadensersatzansprüche nach dem UWG begründen kann. Für dieses Verhalten ist zwar ebenfalls ein ausreichender öffentlich-rechtlicher Schutz

⁷⁸⁶ Vgl. oben unter 1.a).

⁷⁸⁷ In der Begründung zu § 69 SGB V, BT-Drucksache 14/1245, Seite 68, wird deshalb ausdrücklich der Ausschluss des Wettbewerbsrechts neben dem Kartellrecht gesondert erwähnt.

⁷⁸⁸ Die Gesetzesbegründung ist hier unklar: die Krankenkasse wird nicht als Unternehmen i.S. des Wettbewerbs- und Kartellrechts angesehen.

vorhanden,⁷⁸⁹ dies schließt jedoch eine vom Grundsatz her eröffnete Anwendbarkeit von Normen eines anderen Rechtsgebiets nicht aus,⁷⁹⁰ zumal wenn der öffentlich-rechtliche Rechtsschutz gesteigerte Anforderungen beinhaltet. Im Unterschied zu den Vorschriften des UWG schützen Art. 3 und 12 GG nur vor schwerwiegenden und unzumutbaren Rechtsverletzungen.⁷⁹¹

Eine andere Auslegung ist auch im Hinblick auf die Regelung in § 69 SGB V nicht gerechtfertigt. Mit dem Hinweis des Gesetzgebers in der Begründung,⁷⁹² die Krankenkassen seien nicht als Unternehmen des Privatrechts zu qualifizieren, wird nur die Unanwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften bestätigt. Dies ist im gleichzeitigen Zusammenhang mit den Änderungen in § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG und §§ 87, 96 GWB eine nachvollziehbare gesetzgeberische Entscheidung. Wenn in der Begründung darüber hinaus auf das „Wettbewerbsrecht“ eingegangen wird, kann dies nicht den generellen Ausschluss wettbewerbsrechtlicher Vorschriften in jeglicher Fallkonstellation meinen, sondern bedeutet – wie dargelegt – nur eine gesteigerte Anforderung an die Feststellung der Wettbewerbsförderungsabsicht von Krankenkassen, wenn sie in Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages tätig werden.⁷⁹³

⁷⁸⁹ Wird eine Ungleichbehandlung vorgenommen, liegt ein Verstoß gegen das Willkürverbot vor, und wenn ohne ausreichende gesetzliche Legitimation gehandelt wird, ist dies ein Verstoß gegen das als Ausprägung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung anerkannte Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes. Auch Art. 12 GG schließt den freien Wettbewerb aller am Markt auftretenden Anbieter oder Nachfrager mit ein; Vgl. Baumbach/Hefermehl, Allgemein, Randnr. 50

⁷⁹⁰ Wird dem Versicherten ein bestimmter Anbieter aufgezwungen, liegt eine Förderung fremden Wettbewerbs zum Nachteil anderer Anbieter vor, und wenn das Wahlrecht von der Krankenkasse ausgeübt wird, steht dahinter auch eine Wettbewerbsabsicht (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG vom 15.02.2000; Az.: 6 U 69/99); vgl. oben unter 3.

⁷⁹¹ Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Randnr. 608; Jarass/Piero, Art. 12 GG, Randnr. 16.

⁷⁹² Siehe Fußnote 787 und Fußnote 788.

⁷⁹³ Vgl. auch Pitschas, VSSR 1999, Seite 221 ff., 224.

6. Zusammenfassung

Die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften ist auf das Verhalten der Kranken- bzw. Pflegekassen und ihrer Kassenverbände gegenüber Heil- und Hilfsmittellieferanten oder deren Verbänden, sowohl im Zusammenhang mit dem Abschluss von Rahmenverträgen, als auch im Hinblick auf das Informationsrecht gemäß § 127 Abs. 3 SGB V sowohl für die nationale Ebene (GWB), wie auch für die europarechtlichen Regelungsvorschriften (Art. 81 ff. EGV), abzulehnen. Dies ist von vornherein auf die fehlende Unternehmenseigenschaft der Kassen zurückzuführen, wenn im Normalfall der Versicherte Waren oder Dienstleistungen im Markt nachfragt; in Sonderfällen, in denen diese Unternehmenseigenschaft bestehen kann, schließt § 69 SGB V bzw. Art. 86 Abs. 2 EGV die Anwendung aus. Dies ist bei ergebnisorientierter Betrachtung aber unschädlich, da die Leistungserbringer rechtlich ausreichend durch öffentlich-rechtliche Vorschriften und ergänzend über die Verweisung in § 69 SGB V auf Vorschriften des BGB durch zivilrechtliche Vorschriften geschützt sind. Insbesondere besteht auch ein verfassungsrechtlicher Schutz, z.B. durch das Willkürverbot gemäß Art. 3 GG.

Vorschriften des UWG können in Sonderfällen, wenn von einer Wettbewerbsförderungsabsicht der Kassen auszugehen ist, bei Auseinandersetzungen mit Leistungserbringern zur Anwendung kommen.

VIII. Prozessuale Probleme

1. Abgrenzung der Rechtswege bei Streitigkeiten nach dem SGB V

Mit der im GRG vorgenommenen Regelung der Zulassungsvorschriften bei Heil- und Hilfsmitteln ging auch eine Änderung des § 51 SGG einher. Schon der Referentenentwurf zum GRG brachte zum Ausdruck, dass das Verhältnis der Krankenkassen zu diesen Leistungserbringern dem Vertragsarztrecht angepasst werden sollte und daher auch Rechtsstreitigkeiten aus dieser Beziehung allein den Sozialgerichten zur Entscheidung zuzuweisen seien. Dies war zwar im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens umstritten,⁷⁹⁴ führte jedoch letztendlich zu der in § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. verankerten Generalklausel, wonach Streitigkeiten, die in Angelegenheiten des SGB V aufgrund von Entscheidungen oder Verträgen der Krankenkassen oder ihrer Verbände entstehen, den Sozialgerichten zur Entscheidung übertragen sind.

Fraglich war in diesem Zusammenhang die Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Verträgen, die privatrechtlicher Natur sind; also die konkreten Dienst- oder Belieferungsverträge.⁷⁹⁵ Für die Zulassungsstreitigkeiten und die Verträge gemäß §§ 125, 127 SGB V, aber auch bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Hilfsmittelverzeichnis oder den neuen Heilmitteln i.S. von § 138 SGB V handelte es sich unstreitig um Entscheidungen oder um Verträge in Angelegenheiten nach dem SGB V mit öffentlich-rechtlichem Charakter. Da der Dienst- oder Belieferungsvertrag nicht im SGB V geregelt ist, wurde vertreten, Angelegenheiten, die nicht vom SGB V erfasst werden, als privatrechtliche Streitigkeiten nicht von § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. umfasst zu qualifizieren und insoweit die Zuständigkeit der Zivilgerichte zu bejahen.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ Heinze, in HS-KV, § 40, Randnr. 91, 92.

⁷⁹⁵ Vgl. oben III.2. und 3.

⁷⁹⁶ Heinze, aaO (Fußnote 794), Randnr. 93 ff.; „absurd, wenn Sozialgerichte z.B. über Mängelansprüche entscheiden würden“ (Heinze, VSSR 1991, Seite 32).

Zwar ist die privatrechtliche Seite der tatsächlichen Leistungserbringung im SGB V nicht geregelt - dazu bestand für den Gesetzgeber auch überhaupt keine Veranlassung -; dennoch ist diese Leistungserbringung aber auch eine zentrale Angelegenheit nach dem SGB V, nämlich die Umsetzung bzw. die Verwirklichung des Sachleistungsprinzips. Der Versicherte erhält in Erfüllung dieser privatrechtlichen Verträge gleichzeitig seinen ihm nach dem SGB V zustehenden Sachleistungsanspruch erfüllt. D.h., dass mit der zivilrechtlichen Vertragserfüllung gleichzeitig der dem öffentlichen Recht zuzuordnende Leistungsanspruch des Versicherten erfüllt wird.⁷⁹⁷ Schon aus diesem Zusammenhang heraus ist es sachgerecht, die Leistungserbringung jedenfalls dann nicht in einen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestandteil aufzuspalten und verschiedenen Rechtswegen zuzuweisen, wenn der Leistungsanspruch des Versicherten, mithin die Frage der Erfüllung dieses Anspruchs durch die Krankenkassen, betroffen ist. Dies hätte ansonsten z.B. die Konsequenz, dass bei einer mangelbehafteten Leistungserbringung verschiedene Gerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen könnten.⁷⁹⁸ Richtigerweise ist daher auch der privatrechtlich zu qualifizierende Leistungsbewirkungsvertrag dann eine Angelegenheit des SGB V und damit zur Entscheidung den Sozialgerichten übertragen, wenn der Leistungsanspruch nach dem SGB V mitbetroffen ist. Handelt es sich dagegen um eine Streitigkeit zwischen dem Leistungserbringer und dem Versicherten, die allein deren Verhältnis entspringt, also der Leistungsanspruch und dessen Erfüllung nicht in Frage stehen, mithin der Kostenträger Kranken- und Pflegekasse völlig außen vor bleibt, kommt eine Zuständigkeit der Sozialgerichte nicht in Betracht, da dann allein das privatrechtliche Verhältnis ohne Bezug zum SGB V im Vordergrund

⁷⁹⁷ Ähnlich in der Argumentation der BGH im Beschluss vom 05.06.1997, NJW 1998, Seite 825 f., der für einen als privatrechtlich qualifizierten Hilfsmittel-Lieferungsvertrag, ausgehend vom Sachzusammenhang mit der den Krankenkassen obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung, zur Zuständigkeit der Sozialgerichte kommt; s.a. BSG SozR 3-2500 § 125 Nr. 5.

⁷⁹⁸ Heinze, aaO (Fußnote 794), Randnr. 98 verneint aus gerade diesem Grunde die Zuständigkeit der Sozialgerichte. Warum aber sollen Sozialgerichte, die auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge BGB-Regeln anzuwenden haben, nicht auch in diesem Zusammenhang vertragsrechtliche Vorschriften (Wandelung, Minderung, Schadensersatz) anwenden können?

steht.⁷⁹⁹ Geht es aber - und sei es nur mittelbar - um die Erfüllung des Leistungsanspruch des Versicherten, können Sozialgerichte auch privatrechtliche Streitigkeiten, mithin synallagmatische kauf-, werks- und dienstvertragliche Rechtsbeziehungen entscheiden, da es sich insoweit um Angelegenheiten der Krankenversicherung handelt.⁸⁰⁰ Das 6. SGG Änderungsgesetz vom 17.08.2001⁸⁰¹ hat mit Wirkung vom 01.01.2002 dies in § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG n.F. klarstellend ausdrücklich zum Ausdruck gebracht.⁸⁰²

2. Rechtsweg bei Streitigkeiten nach dem SGB XI

Sozialversorgungsverträge gemäß § 78 SGB XI sind als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren⁸⁰³, für die die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit eröffnet ist, da die Beziehung der Pflegekassen zu den Leistungserbringern im 7. Kapitel des SGB XI abschließend geregelt ist und § 73 Abs. 2 SGB XI eine entsprechende Zuweisung vornimmt.⁸⁰⁴ Dass es insoweit zu einer Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten kommen soll (für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Pflegeeinrichtungen nach dem SGB XI ausdrücklich den Sozialgerichten zugewiesen, für sonstige Leistungserbringer, davon abweichend, den ordentlichen Gerichten) widerspräche insbesondere § 51 Abs. 2 Satz 3 SGG a.F. und nunmehr § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG n.F., die für alle Angelegenheiten, also auch für das gesamte Leistungserbringerrecht nach dem SGB XI, den Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnen und damit eine solche Auf-

⁷⁹⁹ Z.B. Durchsetzung von Zahlungsansprüchen des Leistungserbringers ohne Krankenkassenbeteiligung (so wenn von Versicherten eine aufwändigere Versorgung gewählt wurde, die über den GKV-Anspruch hinausgeht).

⁸⁰⁰ Die zum bisherigen Recht hiergegen erhobenen Bedenken im Hinblick auf die Vollstreckbarkeit eine solchen Urteils vermochten nicht zu überzeugen, da § 198 SGG die Anwendbarkeit des 8. Buchs der ZPO eröffnet, sofern sich im SGG keine Sondervorschriften finden. Im Hinblick auf vertragsrechtliche Auseinandersetzungen ist lediglich der Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit gemäß § 198 Abs. 2 SGG von Belang, im Übrigen sind die sozialgerichtlichen Urteile (insbesondere die hier in Frage kommenden Leistungsurteile oder Verpflichtungsurteile) durchaus vollstreckbar; Mayer/Ladewig, SGG, § 198, Randnr. 3.

⁸⁰¹ BGBl, Seite 2144.

⁸⁰² Vgl. Kummer, Seite 709.

⁸⁰³ Vgl. oben, IV. 4. a); Fußnote 507.

⁸⁰⁴ Neumann, HS-Pflege, § 21 Randnr. 49, hält insoweit jedoch einen Zuständigkeitsstreit für möglich, da der Gesetzgeber auf eine Zulassung durch Verwaltungsakt verzichtet hat.

spaltung gerade verhindern wollen.⁸⁰⁵ Dass der Gesetzgeber eine einheitliche Entscheidungszuständigkeit bezweckte, kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass er sowohl Angelegenheiten der sozialen, wie auch der privaten Pflegeversicherung den Sozialgerichten zugewiesen hat (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG n.F.).⁸⁰⁶

3. **Wettbewerbsrechtliche Problemkreise**

a) **Bisherige Rechtsprechung**

Für Streitigkeiten nach dem UWG und dem GWB, sofern man deren Anwendungsbereich auch auf gesetzliche Krankenkassen erstreckt,⁸⁰⁷ war und ist die Rechtswegfrage ebenfalls streitig. Für den Regelungsbereich des UWG hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Zuständigkeit der Sozialgerichte bejaht,⁸⁰⁸ da Krankenkassen untereinander nach dem SGB X zu einer dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Zusammenarbeit verpflichtet sind, mithin öffentlich-rechtlichen Normen, die den Interessen der Allgemeinheit dienen, im Vordergrund stehen und kein dem gewerblichen Wettbewerb vergleichbarer Wettbewerb unter Krankenkassen stattfindet. Der BGH hat im Beschluss vom 15.01.1998⁸⁰⁹ an der Zuständigkeit der Sozialgerichte für Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen ebenfalls festgehalten und das BSG⁸¹⁰ hat fast zeitgleich - ausgehend von seiner Zuständigkeit - Schadensersatzansprüche einer Krankenkasse nach dem UWG wegen eines Wettbewerbsverstoßes einer anderen Krankenkasse verneint, weil das Sozialgesetzbuch einen

⁸⁰⁵ Ebenso Peters-Sauter-Wolff, § 51 Rn. 335c; vgl. auch Art. 33 Pflegeversicherungsgesetz, BGBl I Seite 1014.

⁸⁰⁶ So schon zum bisherigen Recht des § 51 Abs. 2 Satz 3 SGG: Meyer-Ladewig, SGG § 51, Randnr. 375.

⁸⁰⁷ Im Einzelnen vgl. VII.1.

⁸⁰⁸ Urteil vom 10.07.1989, NJW 1990, Seite 1527.

⁸⁰⁹ NJW 1998, Seite 2743 ff.; vgl. oben Fußnoten 712, 775.

⁸¹⁰ Urteil vom 31.03.1998, BSGE 82, 78 ff.

Schadensersatz wegen unlauterer Werbung nicht vorsehe und das UWG im Wettbewerb unter Krankenkassen nicht anwendbar sei, da sich dieser grundlegend vom Wettbewerb in der gewerblichen Wirtschaft unterscheide. Auch wenn man diese Argumentation für Streitigkeiten unter Krankenkassen anerkennt und für diese Auseinandersetzungen die Sozialgerichte für zuständig erachtet, ist die Frage des Rechtswegs nicht eindeutig geklärt, wenn Krankenkassen in den Wettbewerb unter den Leistungserbringern eingreifen.

Ausgangspunkt waren zu diesem Problemkreis Entscheidungen des GMS-OGB einerseits zur Zulassung eines Hilfsmittellieferanten nach dem Recht der RVO⁸¹¹ und andererseits zum Wettbewerbsverhältnis (UWG) zwischen Krankenkassen und Mitglieder einer Orthopädietechniker-Innung.⁸¹²

Darauf aufbauend gingen Zivilgerichte⁸¹³ bislang meist uneingeschränkt von der Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher, insbesondere auch kartellrechtlicher Vorschriften gegenüber Krankenkassen aus.

Selbst wenn man die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser Rechtsvorschriften unterstellt, ergibt sich im Hinblick auf § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. bzw. § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG n.F. die Frage, ob für diese wettbewerbsrechtlichen Ansprüche die Zuständigkeit der Kartellgerichte oder die der Sozialgerichte gegeben ist. Dass es sich insoweit um einen Rechtsstreit nicht öffentlich-rechtlicher Natur handelt, schließt die Zuständigkeit der Sozialgerichte nicht aus. Dies war bislang zu § 51

⁸¹¹ Urteil vom 10.04.1986, NJW 1986, Seite 2359: Da es bei Heil- und Hilfsmitteln in der RVO keine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Regelungen gab, wurde sowohl die Entscheidung über die Zulassung, wie auch die Rechtsnatur der Leistungsbeschaffungsverträge dem Privatrecht zugeordnet, mit der Folge, dass nach überwiegender Auffassung Privatrecht und GWB anwendbar war und damit auch der Rechtsweg vor die ordentliche Gerichte bejaht wurde.

⁸¹² Urteil vom 29.10.1987, NJW 1988, Seite 2295: Zwar sei das Verhältnis Krankenkasse-Versicherter hoheitlicher Art, zwischen Krankenkasse und Innungsmitgliedern sei jedoch eine Gleichordnung festzustellen und daher von einer privatrechtlichen Wettbewerbsbeziehung auszugehen.

⁸¹³ Z.B. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.07.1997 (Az.: U (Kart) 14/97) oder Urteil vom 28.08.1998 (Az.: U (Kart) 19/98), veröffentlicht in NZS 1998, Seite 567 ff.

Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. bereits anerkannt⁸¹⁴ und ist nunmehr in § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG n.F. ausdrücklich geregelt.

Von Zivilgerichten wurde zumeist § 13 GVG i.V.m. § 87 GWB a.F. als speziellere Norm betrachtet, die der Rechtswegzuweisung in § 51 SGG vorgehe.⁸¹⁵ Untermauert hat dies der Gesetzgeber mit der am 01.01.1999 in Kraft getretenen 6. GWB-Novelle, wonach in § 87 Abs. 1 Satz 2 GWB n.F. eine Gesamtzuständigkeit der Kartellgerichte für Rechtsstreitigkeiten begründet wurde, bei denen Normen des GWB für die Entscheidung eine Rolle spielen (Gesamtzuständigkeit der Kartellgerichte). Das BSG hatte demgegenüber die Prüfung von Ansprüchen gemäß §§ 26 Abs.2, 35 GWB a.F. den Sozialgerichten zugewiesen⁸¹⁶ und eine Vorlage an den gemeinsamen Senat verneint, da nicht nur wettbewerbsrechtliche Vorschriften im Vordergrund gestanden hatten, sondern der Streit seinen Ursprung in vertraglichen Ansprüchen i.S. von § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. hatte. Diese Argumentation stand im Zeitpunkt der Entscheidung bereits im Widerspruch zur im Kartellrecht vorherrschenden Meinung, dass ein Klagebegehren, das sowohl Nichtkartellansprüche wie auch Kartellansprüche enthält, den Streitgegenstand insgesamt zur Kartellsache mache.⁸¹⁷ Eine Vorlage an den gemeinsamen Senat zur Klärung der Frage, ob § 87 GWB, der eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit voraussetzt, der Regelung des § 51 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGG a.F. vorgehe, mit der Folge, dass der Zivilrechtsweg für Rechtsstreitigkeiten kartellrechtlichen (Teil-) Inhalts gegeben ist, wäre daher eigentlich bislang schon längst erforderlich gewesen. Dennoch

⁸¹⁴ Vgl. BGH NJW 1998, Seite 825 f. mit Hinweis auf den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 24.11.1988 (BT-Drucksache 11/3480).

⁸¹⁵ BGHZ 114, Seite 218; nicht nur sachliche Zuständigkeitsregelung, sondern spezielle Rechtswegzuweisung an die Kartellgerichte, auch bezüglich kartellrechtlicher Vorfragen (§ 96 Abs. 2 GWB a.F.); sog. „Kartellrechtsprechungsmonopol“, da die Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten zu widersprüchlichen Entscheidungen der einheitlichen Kartellrechtsmaterie führen würde. Diese Argumentation mag zwar in der Sache begründet sein, ist aber im Hinblick auf die gleichrangigen Rechtsquellen GWB und SGB V und § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG sowie die ausschließlich für Verfassungsrecht und supranationales Recht vorgesehenen Rechtsprechungsmonopole zweifelhaft. Deshalb hat das KG Berlin (Kartellsenat) im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Beurteilung der Festbetragsfestsetzung den Rechtsweg zu den Sozialgerichten für gegeben erachtet (Urteil vom 19.11.1999, Az.: Kart W 8367/99); vgl. auch OLG Saarbrücken, NJW 1995, Seite 875.

⁸¹⁶ BSG SozR 3-2500, § 125 Nr. 1; NJW 1995, Seite 1575.

⁸¹⁷ Schmidt in Immenga/Mestmäcker, § 87, Randnr. 22 und 23.

ist es hierzu nicht gekommen und Zivilgerichte wenden Wettbewerbsrecht auf Krankenkassen und ihre Verbände an oder Rechtsstreite werden vor den Sozialgerichten ausgetragen und Sozialgerichte wenden Wettbewerbsrecht neben öffentlich-rechtlichen Normen an bzw. argumentieren hilfsweise mit ihnen. In der Vergangenheit (und zum Teil bis heute) herrschte daher ein ziemliches Durcheinander zwischen den verschiedenen Gerichtsbarkeiten und es blieb mehr oder weniger dem Zufall überlassen, vor welchem Gericht ein Rechtsstreit ausgetragen wurde und welches Recht dieses Gericht zur Anwendung brachte.

b) *Änderung der Rechtslage zum 01.01.2000 für das SGB V*

Wie bereits dargestellt ⁸¹⁸ hat sich die Rechtslage zum 01.01.2000 im Zusammenhang mit der Anwendung kartell- und wettbewerbsrechtlicher Vorschriften in der Beziehung zwischen Krankenkassen und sonstigen Leistungserbringern geändert. Die Anwendbarkeit dieser Rechtsvorschriften wurde über § 69 SGB V weitestgehend ausgeschlossen. Gleichzeitig wurde verfahrensrechtlich § 51 Abs. 2 SGG und §§ 87, 96 GWB geändert, wonach die Zuständigkeit der Landgerichte für kartellrechtliche Streitigkeiten (unabhängig davon, ob sie auf deutsches oder auf europäisches Kartellrecht gestützt werden) aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen, auch soweit Rechte Dritter betroffen sind, nicht mehr gegeben, sondern ausdrücklich die Zuständigkeit der Sozialgerichte eröffnet ist. ⁸¹⁹

Dies hat zur Folge, dass kartellrechtliche Streitverfahren, wie sie zu Festbetragsfestsetzungen vor dem OLG Düsseldorf ⁸²⁰ oder vor dem

⁸¹⁸ Vgl. oben VII.2.

⁸¹⁹ Vgl. Art. 8 und 9 des GKV-Gesundheits-Reformgesetz 2000. Unglücklich ist die Formulierung des Gesetzgebers, der die Vorschriften in §§ 87 und 96 GWB klarstellend abgeändert hat und dann in § 51 SGG regelt, dass diese Vorschriften keine Anwendung finden sollen. Insofern hätte in § 51 SGG nicht die Unanwendbarkeit geregelt werden müssen; es hätte es ausgereicht, den einen oder anderen Regelungskomplex einer Änderung/Klarstellung zu unterziehen.

⁸²⁰ Fußnote 813.

OLG München ⁸²¹ geführt wurden, künftig nur noch vor den Sozialgerichten ausgetragen werden sollen. ⁸²² Die verfahrensrechtliche Regelung steht dabei in Einklang mit der Bestimmung in § 69 SGB V, dass die Rechtsbeziehungen im 4. Kapitel des SGB V zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln abschließend geregelt werden, denn mit dieser Vorschrift wurde nicht eine „einseitige Zuweisung der Rechtsnatur an tatsächlichen Umständen vorbei“ vorgenommen ⁸²³, sondern der Gesetzgeber hat damit lediglich klargestellt, dass die tatsächlichen Umstände, die bereits bisher für eine öffentlich-rechtliche Qualifizierung der Rechtsbeziehung sprachen, ⁸²⁴ der Vorrang einzuräumen ist. Damit wurde in legitimer Weise ein seit langem geführter Streit zur rechtlichen Qualität und Gewichtigkeit von Einzelfällen beendet, da dem Gesetzgeber von Anfang an daran gelegen war, die Rechtsbeziehung zu den sonstigen Leistungserbringern i.S. eines Sicherstellungsauftrags den Verhältnissen im Vertragsarztrecht anzupassen. ⁸²⁵ Deshalb ist es nur folgerichtig für diese öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung die Zuständigkeit der Sozialgerichte zu eröffnen. Dabei ist die Neufassung des § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG weder gemeinschaftsrechts- noch verfassungswidrig. ⁸²⁶ Insbesondere ist ein Verstoß gegen Art. 86 EGV nicht ersichtlich, da mit der Neufassung des § 69 SGB V den Krankenkassen nicht etwa neue Befugnisse eingeräumt wurden ⁸²⁷ und mit dem der Zuordnung der Leistungsbezie-

⁸²¹ Urteil vom 20.01.2000, NZS 2000, Seite 457 ff.

⁸²² Vgl. Engelmann, Seite 218 ff.

⁸²³ So insbesondere Wigge, Seite 533 ff.

⁸²⁴ Vgl. oben V.1.

⁸²⁵ Boerner, Seite 389 ff.; Peikert/Kroel, Seite 16 ff.; Knispel, Seite 444; a.A. Wigge, aaO (Fußnote 823).

⁸²⁶ Vgl. Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2001, Az.: 12 U 117/00 (Kart); der Vorwurf, die Zuordnung kartellrechtlicher Streitigkeiten zur Sozialgerichtsbarkeit verstoße wegen der mangelhaften Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Sozialgerichten gegen Art. 19 Abs. 4 GG, ist mit der Neufassung des SGG in § 86a SGG überholt; dem EG-Recht ist nicht zu entnehmen, dass nur ordentliche Gerichte über gemeinschaftsrechtliches Kartellrecht befinden dürften, denn Kartellrecht ist allgemeines Recht und daher nicht auf eine bestimmte Gerichtsbarkeit beschränkt; Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht, dass eine vorgenommene Rechtswegzuordnung vom Gesetzgeber nicht auch wieder geändert werden kann; die Sachnähe zum Sozialversicherungsrecht ist geeignet, eine Ungleichbehandlung zu sonstigen kartellrechtlichen Streitigkeiten, die in der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit verbleiben, im Rahmen des Ermessensspielraums des Gesetzgebers zu rechtfertigen. Vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 31.08.2000, Az.: L 5 B 32/98.

⁸²⁷ So jedoch der Vorwurf Schwerdtfegers, Pharm. Ind. 2000, Seite 185 ff., 187.

hung zum öffentlichen Recht einhergehenden Ausschluss nationalen Kartellrechts keine Regelung zum EG-Recht vorgenommen wurde. Die Regelung zum Rechtsweg vermindert dabei auch nicht die Durchsetzbarkeit von Rechten betroffener Leistungserbringer.⁸²⁸

Allerdings wird diskutiert, ob die umfassende Zuständigkeit der Sozialgerichte für wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzungen mit den neuen Regelungen überhaupt erreicht werden konnte. Denn die Beziehungen zu den Leistungserbringern sind nicht abschließend im 4. Kapitel des SGB V geregelt. Der Ausschluss in § 69 SGB V könnte sich z.B. daher nicht auf die Festbetragsfestsetzungen gemäß § 36 SGB V beziehen, so dass vorgebracht werden könnte, diesbezügliche Rechtsstreitigkeiten müssten weiterhin vor den ordentlichen Gerichten stattfinden.⁸²⁹

Diese Sichtweise würde jedoch verkennen, dass die Festsetzung von Festbeträgen zwar eine mittelbare Betroffenheit der Leistungserbringer auslöst, aber die Regelung zurecht im Leistungsrecht des SGB V angesiedelt ist, da letztlich eine Regelung gegenüber den betroffenen Versicherten in Form einer Allgemeinverfügung vorliegt.⁸³⁰ Deshalb ist die dortige Regelung keine Vorschrift, die primär die Rechtsbeziehung zu den sonstigen Leistungserbringern zum Inhalt hat, so dass für ein Vorgehen der Leistungserbringer aus kartellrechtlichen Ansprüchen, nicht der Standort der Regelung außerhalb des 4. Kapitels als Grund für eine Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften (bzw. dem dann nicht erfassten Ausschluss dieser Vorschriften durch § 69 Satz 1 SGB V) angeführt werden kann. Im Ergebnis ist daher trotz einzelner Vorschriften außerhalb des 4. Kapitels von einer umfassenden Zuständigkeit der

⁸²⁸ Vgl. dazu unter 4. und Knispel, NZS 2001, Seite 473 f.

⁸²⁹ Verneinend bezgl. Arzneimittelinformationen gemäß § 305 SGB V: LG Düsseldorf, aaO (Fußnote 826); maßgeblich für die Rechtswegbestimmung seien allein die Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 SGG und nicht, ob die streitgegenständliche Regelung im 4. Kapitel des SGB V stehe oder nicht - ggf. handele es sich beim Regelungsstandort auch um redaktionelle Versehen des Gesetzgebers.

⁸³⁰ Im Einzelnen siehe oben II.3.e) dd).

Sozialgerichte für Streitgegenstände zwischen Krankenkassen und Leistungserbringer mit wettbewerbsrechtlichem Inhalt auszugehen.⁸³¹

Der BGH hat dies in einem Beschluss vom 14.03.2000 bestätigt. Bei kartellrechtlichen Ansprüchen sei infolge des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen seit dem 01.01.2000 eine Zuweisung zu den Sozialgerichten erfolgt.⁸³² Auch das BSG schlägt diese Richtung ein, wenn es feststellt, dass die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nunmehr verpflichtet seien, die Auswirkungen des Handelns der Krankenversicherung im Verhältnis zu den Leistungserbringern auf ihre materielle Wettbewerbswidrigkeit (im entschiedenen Fall: Kartellrechtswidrigkeit) hin zu überprüfen.⁸³³

c) *Pflegeversicherung*

Für die Pflegeversicherung besteht keine mit § 69 SGB V vergleichbare Ausschlussnorm für das Kartellrecht. Für die Frage der Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften ist deshalb auf die allgemeinen Ausführungen zu verweisen.⁸³⁴ Da die Pflegekassen grundsätzlich ebenso wenig wie die Krankenkassen als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne zu qualifizieren sind, kommt auch für diesen Bereich eine Anwendung von GWB-Vorschriften im Normalfall nicht in Betracht.

Für die Rechtswegfrage verblieb es für den Bereich der Pflegeversicherung bei der für die Krankenkassen vor dem 01.01.2000 bestehenden Rechtslage, da sich die gesetzlichen Änderungen in § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG n.F. und in §§ 87, 96 GWB nur auf § 69 SGB V beziehen und eine

⁸³¹ Im Ergebnis ebenso Knispel, NZS 2001, Seite 468.

⁸³² Beschluss des BGH vom 14.03.2000, NJW 2000, Seite 2749.

⁸³³ BSG SozR 3-2500, § 138 Nr. 1; wenn auch im konkreten Fall allein eine Grundrechtsverletzung aus Art. 12 GG zur Begründung herangezogen wurde, dass die Durchführung eines förmlichen Verfahrens beim Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen erforderlich sei; zur Frage des materiellen Ausschlusses kartellrechtlicher Vorschriften mit der in § 69 SGB V vorgenommenen Regelung - vgl. oben VII.2., zur UWG-Problematik unter d).

⁸³⁴ Vgl. oben VII.1.

entsprechende Sonderzuständigkeit der Sozialgerichte nur für das SGB V hergeleitet werden kann.

Mit Hinweis auf den Wortlaut des § 51 Abs. 2 Satz 3 SGG a.F. bzw. § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG n.F. und den Willen des Gesetzgebers ist jedoch für den Bereich der Pflegeversicherung von einer bereits bislang bestehenden umfassenderen Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit als für den Bereich des SGB V auszugehen.⁸³⁵ Mit der Neufassung des § 51 SGG hat der Gesetzgeber dies nochmals klarstellend auch für die Pflegeversicherung zum Ausdruck gebracht, da sich § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG auf sämtliche in § 51 Abs. 1 SGG aufgeführten Streitverfahren bezieht.

d) UWG-Streitigkeiten

Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen nach dem UWG⁸³⁶ waren schon bislang als zivilrechtliche Streitigkeiten gemäß § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG a.F. im Bereich der Krankenversicherung den Sozialgerichten zugewiesen.⁸³⁷ Mit der Neufassung des § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG ist dies ebenfalls ausdrücklich klargestellt. Für die Pflegekassen galt entsprechendes, da sich die Zuständigkeit der Sozialgerichte gemäß § 51 Abs. 2 Satz 3 SGG a.F. ebenfalls auf sämtliche Angelegenheiten, mithin auch auf zivilrechtliche Streitigkeiten erstreckte;⁸³⁸ mit der Neufassung des § 51 Abs. 2 Satz 3 SGG ist dies ebenfalls klargestellt.

Sozialgerichte sind daher berufen, ein Verhalten der Kranken- oder Pflegekassen auf ihre wettbewerbsrechtliche Relevanz i.S. des UWG

⁸³⁵ Vgl. oben unter 2.

⁸³⁶ Zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften vgl. oben unter VII.5.

⁸³⁷ Vgl. GemSOGB, NJW 1990, Seite 1527 f. und BGH vom 08.09.2000, NJW 2001, Seite 1796 f.

⁸³⁸ A.A. Wigge, Seite 533 ff., 535, der für den Bereich der Pflegeversicherung zu einem anderen Ergebnis kommt, wie für das SGB V, obwohl die Formulierung in § 51 SGG a.F. sowohl für das SGB V, wie für das SGB XI, identisch war: „Streitigkeiten, die in Angelegenheiten nach dem SGB V/ nach dem SGB XI entstehen“ (Sätze 1 bzw. 3 des § 51 Abs. 2 SGG a.F.).

zu überprüfen. Wie weit diese Zuständigkeit reicht, entscheidet sich am Tatbestandsmerkmal „Angelegenheit der gesetzlichen Kranken-/ oder sozialen Pflegeversicherung“.⁸³⁹

Zivilgerichte haben bislang eine Zuständigkeit der Sozialgerichte für wettbewerbsrechtliche Fragestellungen dann anerkannt, wenn der Schwerpunkt des Rechtsstreits in der öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung der Kasse nach dem SGB V oder SGB XI liege (hoheitliche Tätigkeit); dann sei das Gericht des zulässigen Rechtswegs gemäß § 17 Abs. 2 GVG dazu berufen, den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten zu entscheiden - also auch über solche Rechtsvorschriften, die für sich genommen, die Zuständigkeit einer anderen Gerichtsbarkeit begründen würden.⁸⁴⁰ Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG n.F. ist allein ausschlaggebend, ob eine Angelegenheit der gesetzlichen Kranken-/ oder sozialen Pflegeversicherung vorliegt. Davon ist auszugehen, wenn eine Kranken- oder Pflegekasse betroffen ist.⁸⁴¹ Dabei kann eine mittelbare Betroffenheit, z.B. finanzieller Art, ausreichen. Geht es um die öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung, liegt kein Widerspruch zur dargestellten Sichtweise der Zivilgerichte vor. Nur dann, wenn schwerpunktmäßig wettbewerbsrelevantes Verhalten der Krankenkasse im Mittelpunkt des Rechtsstreits steht, ist diese Sichtweise nicht mehr haltbar, da nach der nunmehr ausdrücklich geregelten erweiterten Zuständigkeit auch für ein solches Verfahren die Zuständigkeit der Sozialgerichte eröffnet ist.⁸⁴²

e) Würdigung

Der wesentlichste Aspekt der umfassenden Übertragung von Rechtsstreitigkeiten mit Leistungserbringern an die Gerichte der Sozialge-

⁸³⁹ Vgl. auch oben unter 2.

⁸⁴⁰ BGH, aaO (Fußnote 837), Seite 1797.

⁸⁴¹ Betroffenheit i.S. der Subjektstheorie: berechtigtes oder verpflichtendes Zuordnungssubjekt des Rechtsstreits ist ein Träger der gesetzlichen Krankenversicherung oder Pflegeversicherung.

⁸⁴² Hierzu eingehend Mühlhausen, Mitgliederwettbewerb, Seite 211 ff.

richtsbarkeit liegt jedoch darin, dass diese Gerichte - unabhängig davon, ob sie wettbewerbsrechtliche Vorschriften anwenden oder sich auf öffentlich-rechtliche, insbesondere sozialversicherungsrechtliche, oder ergänzend zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen stützen - eine Gesamtbewertung der Situation unter Einbeziehung der Elemente der Sachleistung und des Wirtschaftlichkeitsprinzips durchführen können und müssen, damit in einer Gesamtschau nicht lediglich eine reine (zumindest vorwiegend) wettbewerbsrechtliche Betrachtung stattfindet, sondern den dargestellten Elementen aus SGB V und SGB XI ausreichend Rechnung getragen wird.⁸⁴³

4. Weitere Klagemöglichkeiten für Leistungserbringer

a) Zulassungs- und Vertragsangelegenheiten

Wird ein Antrag auf Zulassung zur Erbringung von Heil- und Hilfsmitteln nach dem SGB V abgelehnt, hat der Leistungserbringer die Möglichkeit, dagegen im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorzugehen. Wird der Abschluss eines Versorgungsvertrages gemäß § 78 SGB XI abgelehnt, ergeht auch diese Entscheidung durch Verwaltungsakt und bedingt eine kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage.⁸⁴⁴ Ausdrücklich geregelt ist dies in § 73 Abs. 2 SGB XI. Bei der Zulassung zur Belieferung von Pflegehilfsmitteln gemäß § 78 SGB XI ist der Rechtsschutz daher durch den Ausschluss eines Vorverfahrens auf die gerichtliche Kontrolle beschränkt. Verweigern die Verbände der Kranken- oder Pflegekassen im Übrigen den Abschluss von

⁸⁴³ Vgl. auch Schmidt-De Caluwe, Seite 231 f, der eine Zuständigkeit der Sozialgerichte auch für Vertragsarzthaftungssachen wegen des öffentlich-rechtlich geprägten Behandlungsverhältnisses zwischen Vertragsarzt und Patient fordert.

⁸⁴⁴ Für eine kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage: BSG SozR 3-3300 § 73 Nr. 1.

Verträgen, kann im Wege der Leistungsklage auf Abschluss eines Vertrages geklagt werden.⁸⁴⁵

b) *Betroffenheit bei der Leistungserbringung*

Zugelassene und zulassungswillige Leistungserbringer können durch die dargestellten Maßnahmen der Wirtschaftlichkeit und Qualitätssicherung betroffen werden, entweder unmittelbar (Festbeträge) oder mittelbar (Nichtaufnahme eines Produkts ins Hilfsmittelverzeichnis), finanziell bzw. berufsregelnd (Richtlinien des Bundesausschusses, Empfehlungen der Spitzenverbände). Insbesondere bei den Regelungen mit Normsetzungscharakter ist eine gerichtliche Überprüfbarkeit nach den im SGG vorgesehenen Klagearten problematisch.

aa) Bisherige Rechtsprechung

Soweit Heilmittelerbringer oder Hersteller von Hilfsmitteln gegen Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses im Rahmen der Heil- und Hilfsmittel-Richtlinien gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 6 SGB V vorgehen wollten, wurde von der Rechtsprechung bislang ein Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich verneint. Im Verfahren haben die Leistungserbringer-Organisationen ein Recht zur Stellungnahme. Der Bundesausschuss hat diese Stellungnahme in seine Entscheidung miteinzubeziehen (§ 92 Abs. 6, Abs. 7 und Abs. 7a SGB V). Darüber hinaus wird argumentiert, die Richtlinien würden nicht in grundrechtlich geschützte Rechte der Leistungserbringer und Leistungsanbieter eingreifen, so dass kein Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit oder Abänderung der Richtlinien bestehe.⁸⁴⁶ Streitig ist bislang auch, ob

⁸⁴⁵ Klage auf Abgabe einer Willenserklärung gemäß § 202 SGG i.V.m. § 894 ZPO. Werden Rahmenverträge, z.B. Vergütungsregelungen, gerichtshängig gemacht, tun sich Gerichte regelmäßig schwer, konkrete Regelungen festzulegen. Da ein Schiedsverfahren nicht vorgesehen ist, bleibt jedoch nur die gerichtliche Kontrolle, um unbillige Ergebnisse zu verhindern.

⁸⁴⁶ BSGE 67, 251; BSG, NZS 1994, Seite 267.

Hersteller eines nicht zugelassenen Hilfsmittels gegen ablehnende Entscheidungen der Spitzenverbände der Krankenkassen die Möglichkeit haben, auf Aufnahme des Hilfsmittels in das Hilfsmittelverzeichnis gemäß § 139 Abs. 2 SGB V Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu erheben bzw. im Wege der allgemeinen Leistungsklage auf Aufnahme des Hilfsmittels in das Hilfsmittelverzeichnis vorgehen können.⁸⁴⁷ In Abgrenzung hierzu wurde ein Rechtsschutzbedürfnis für Hersteller im Zusammenhang mit Festbetragsfestsetzungen bei Hilfsmitteln regelmäßig anerkannt.⁸⁴⁸

Positiv normiert ist eine Rechtsschutzmöglichkeit nur gemäß § 92 Abs. 3 SGB V zur Arzneimittelvergleichsliste, darüber hinaus ist ein Rechtsschutz gegen Richtlinien des Bundesausschusses gesetzlich nicht vorgesehen. Da weder Richtlinien noch die Empfehlungen der Spitzenverbände oder das Hilfsmittelverzeichnis konkret-individuelle Regelungen gegenüber Leistungserbringern enthalten, scheidet die Anfechtungsklage gemäß § 54 Abs. 1 SGG als zulässige Klageart für Leistungserbringer aus.

In Betracht kommen aber Feststellungsklagen gemäß § 55 Abs. 1 SGG und die echte Leistungsklage gemäß § 54 Abs. 5 SGG.⁸⁴⁹ Dabei kann der Rechtsschutz nicht auf eine Inzidentprüfung beschränkt bleiben. Die Überprüfung untergesetzlicher Rechtsnormen erfordert in Ansehung von Art. 19 Abs. 4 GG

⁸⁴⁷ So Kranig, in Hauck/Haines § 128 Randnr. 4, mit Hinweis auf den Türöffnereffekt: nur bei Aufnahme eines Hilfsmittels ins Hilfsmittelverzeichnis ist der Weg zu Vereinbarungen i.S.v. § 127 SGB V und damit die Absatzchance im Bereich der GKV eröffnet; zur kartellrechtlichen Argumentation vgl. Beuthien/Schmölz, Seite 112 ff.; nach a.A. wird auch hier ein Rechtsschutzbedürfnis von Herstellern infolge der bloßen mittelbaren Betroffenheit in Zweifel gezogen; zum normativen Charakter vgl. oben II.3.e) bb).

⁸⁴⁸ Ggf. ist bei einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz in Anlehnung an § 32 BVerfGG eine Interessenabwägung erforderlich, selbst wenn das BSG einen Vorlagenbeschluss an das BVerfG getätigt hat (LSG Berlin, NZS 2000, Seite 510 ff.); zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage bei Festbetragsfestsetzungen im Hilfsmittelbereich: LSG Berlin, Urteil vom 05.09.2000 (Az.: L 9 B 40/00 KA ER).

⁸⁴⁹ Vgl. BSGE 67, Seite 251 ff.

nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁵⁰ einen Anspruch auf Rechtsschutz, wenn diese Normen ohne vermittelnden Vollzugsakt zu einer Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Betroffenen führen können.⁸⁵¹ Das BSG hat ein Vorgehen im Wege der Feststellungsklage bereits anerkannt.⁸⁵² Dass Leistungserbringer nicht direkter Adressat dieser Normen sind, hindert die Anerkennung eines Feststellungsinteresses nicht, da insoweit eine Drittbetroffenheit, als Ausfluss aus dem die betroffenen Normen regelnden Rechtsverhältnisse zwischen anderen, ausreicht. Diese Drittbetroffenheit äußert sich regelmäßig in einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG,⁸⁵³ zum Beispiel durch eine Regelung im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs. Darüber hinaus hat das BSG eine Normerlassklage als echte Leistungsklage anerkannt, wenn der Bundesausschuss pflichtwidrig Entscheidungen unterlässt und dadurch Leistungserbringer in ihrer Berufsfreiheit beschränkt.⁸⁵⁴

bb) Weitere Umsetzung

Die Rechtsprechung des BSG⁸⁵⁵ muss insoweit überdacht werden, wenn Rechtsansprüche der Leistungserbringer eingeschränkt werden, weil zum Beispiel Richtlinien ihnen gegenüber nur eine mittelbare Wirkung zuerkannt bzw. dies als Rechtsreflex

⁸⁵⁰ BVerfG NJW 1992, Seite 735 ff.

⁸⁵¹ Dabei sind im Rahmen eines effektiven Rechtsschutzes die Anforderungen an die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Rechtsmitteln niedriger zu veranschlagen. Wenn im Ergebnis eine Verletzung von Grundrechten aus Art. 12 GG bei Leistungserbringern oder Herstellern im Zusammenhang mit dem Festbetragsverfahren abgelehnt wird, weil lediglich eine mittelbar faktische Betroffenheit vorliegt und Art. 12 GG keinen Anspruch auf Beibehaltung von günstigen Wettbewerbsrahmenbedingungen verschafft (Urteil des BVerfG vom 17.12.2002, Az.: 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 und 1 BvL 30/95), ist dennoch von der Möglichkeit einer Berufsausübungsbeeinträchtigung auszugehen. Zum rechtsstaatlichen Rückschritt durch Verlust von Rechtsschutzmöglichkeiten durch die Neufassung von § 69 SGB V vgl. Schwerdtfeger, Seite 109.

⁸⁵² BSGE 72, Seite 15 ff.; BSG, NZS 1997, Seite 40 ff.

⁸⁵³ So schon LSG Nordrhein-Westfalen, MedR 1994, Seite 456; im Zusammenhang mit Bedarfszulassungen bei Rehabilitationseinrichtungen: BSG-Urteil vom 23.07.2002 (AZ.: B 3 KR 63/01 R); zur Drittwirkung von Ermächtigungen im Vertragsarztrecht: BVerfG-Urteil vom 17.08.2004, Az.: 1 BvR 378/00, vgl. ArztR 2004, Seite 380 f. und SGB 2005, Seite 59 ff mit Anmerkung Nix.

⁸⁵⁴ BSGE 86, Seite 223 ff, NZS 2001, Seite 590 ff (Diätassistentin).

⁸⁵⁵ Vgl. oben Fußnote 846.

qualifiziert wird. Eine Grundrechtsbetroffenheit i.S.d. Art. 12 GG erfordert keine unmittelbare Betroffenheit.⁸⁵⁶ Dieses Grundrecht ist in seinem Schutzbereich bereits dann tangiert, wenn eine Norm lediglich die Rahmenbedingungen der Berufstätigkeit verändert.⁸⁵⁷ Insoweit genügt bereits ein erheblicher Umsatzrückgang bei den Leistungserbringern.⁸⁵⁸

Diese Grundrechtsbetroffenheit rechtfertigt ein Rechtsschutzbedürfnis für die betroffenen Leistungserbringer, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss oder die Spitzenverbände der Kranken- oder Pflegekassen normativ gehandelt haben.⁸⁵⁹ Die Überprüfbarkeit dieser Entscheidungen muss zwar einen normativen Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum (Einschätzungsprärogative zu den ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen) berücksichtigen,⁸⁶⁰ eine Grenze ergibt sich jedoch zum einen aus der Einhaltung eines rechtstaatlichen Verfahrens unter Ausschluss sachfremder Erwägungen sowie den Vorgaben der ermächtigenden Norm, zum anderen aber auch aus einer inhaltlichen Überprüfung der Regelung an den Anforderungen, die Art. 12 GG an Regelungen zur Berufsausübung stellt. Dabei ist den Besonderheiten einer erweiterten, untergesetzlichen Normgebung in SGB V und SGB XI Rechnung zu tragen. Diese Rechtsschutzmöglichkeit im Wege der Feststellungsklage (normerzwingend im Wege der Leistungsklage) könnte de lege ferenda im SGG auch

⁸⁵⁶ Vgl. Sodan, SGB 1992, Seite 201 ff. und BVerfG aaO (Fußnote 853), wo die Rechtsprechung des BSG zur Reflexwirkung im Vertragsarztrecht kritisiert wird.

⁸⁵⁷ Objektiv berufsregelnde Tendenz: BVerfG E 95, Seite 267 ff, 302; BVerfG NJW 1999, Seite 3404.

⁸⁵⁸ BVerfG NJW 1992, Seite 735 f.

⁸⁵⁹ Das BSG rechtfertigt das gesteigerte Rechtsschutzbedürfnis der Leistungserbringer zudem mit der Neufassung des § 69 Satz 4 SGB V und des § 51 Abs. 2 SGG i.V.m. §§ 87, 96 GWB durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000. Mit der umfassenden Zuweisung an die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit erhalte die Drittbetroffenheit von Leistungserbringern einen anderen Stellenwert, da nunmehr das Verhalten von Kranken- und Pflegekassen ggf. auf die materielle Kartellrechtswidrigkeit hin zu überprüfen sei. Beeinträchtigungen faktischer Art über das konkret betroffene Rechtsverhältnis hinaus seien daher zu berücksichtigen (BSG NZS 2001, Seite 592 f.).

⁸⁶⁰ Vgl. oben II.3.e) aa) zu den Richtlinien des Bundesausschusses.

ausdrücklich als Zulassung eines Normenkontrollverfahrens vorgesehen werden.⁸⁶¹

cc) Sonstiger Rechtsschutz

Darüber hinaus ist eine Betroffenheit der Leistungserbringer dann denkbar, wenn das Verhalten der Kranken- und Pflegekassen objektiv berufsregelnde Tendenzen aufweist und damit das Grundrecht aus Art. 12 GG tangiert wird.⁸⁶² Auch hier ist ein Rechtsschutz im Wege der Feststellungsklage anzuerkennen.⁸⁶³ Darüber hinaus kommt auch eine Leistungsklage in Form einer Unterlassungsklage in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB zur Umsetzung eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs aus Art. 12 GG in Betracht.⁸⁶⁴

Für Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung verbleibt es bei der zivilgerichtlichen Zuständigkeit gemäß § 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG.

§ 86a SGG regelt seit 01.01.2002 den vorläufigen Rechtsschutz im Verfahren vor den Sozialgerichten ausdrücklich, auch in den hier betroffenen Vornahmesachen der Leistungserbringer.⁸⁶⁵

⁸⁶¹ Engemann, Seite 83; § 35a Abs. 7 SGB V für Arzneimittelfestbeträge; darüber hinausgehend Wigge, NZS 2001, Seite 578 ff., 629, der auch eine Änderung des SGB X fordert, die sich am Planfeststellungsverfahren der §§ 72 f. VwVfG orientiert, damit insbesondere im Vorfeld einer normativen Beschlussfassung das rechtliche Gehör den Leistungserbringern in verfahrensrechtlich ausreichender Form gewährleistet wird.

⁸⁶² Z.B. Beeinflussung von Versicherten oder Bevorzugung einzelner Leistungserbringer, siehe oben III.5.e) und VII.4.

⁸⁶³ Gegenüber Körperschaften des öffentlichen Rechts genügt ein feststellender Tenor, da sie die Gewähr bieten, ein Urteil nicht vollstreckungsrechtlich umsetzen zu müssen, vgl. Mayer-Ladewig § 55 SGG Randnr. 196; erweiternd auch bezüglich der Versicherten: Neumann, SGB 1998, Seite 613 f.

⁸⁶⁴ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 31.08.2000, Az.: L 5 B 32/99 KR.

⁸⁶⁵ Für das Vertragsarztrecht vgl. Hollich, Seite 237 ff.

5. Zusammenfassung

Sozialgerichte sind selbst dann für Streitigkeiten um Heil- und Hilfsmittel nach dem SGB V zuständig, wenn der privatrechtliche Dienst- oder Belieferungsvertrag in seiner Funktion als Erfüllung des Sachleistungsanspruchs des Versicherten betroffen ist. Auch im Bereich des SGB XI ist von einer generellen Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit auszugehen. Diese Generalzuständigkeit der Sozialgerichte erstreckt sich auch auf wettbewerbsrechtliche Problemkreise, die zwischen Krankenkassen/Krankenkassenverbänden bzw. Pflegekassen/Pflegekassenverbänden und Leistungserbringern entstehen können. Der Gesetzgeber hat dies durch Änderungen des § 51 SGG mit Wirkung vom 01.01.2000 und 01.01.2002 klargestellt. Bei Klagen von Leistungserbringern ist entgegen der früheren Rechtsprechung des BSG im Zusammenhang mit normativen Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses oder der Spitzenverbände der Kranken- und Pflegekassen das Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr mit Hinweis auf eine bloße mittelbare Betroffenheit zu verneinen.

Die auch hier gegebene Grundrechtsbetroffenheit in Art. 12 GG rechtfertigt die Zulassung von Feststellungsklagen, ggf. sogar normerzwingenden Leistungsklagen, wenn normgebende Gremien untätig bleiben. Gegen rechtswidriges Handeln der Kranken- und Pflegekassen steht den Leistungserbringern ebenfalls die Feststellungsklage oder direkt eine Klage auf Unterlassung dieses Verhaltens zu.

IX. Zusammenfassende Betrachtung und Ergebnisse

1. Das Zulassungs- und Vertragsrecht im Recht der Heil- und Hilfsmittel ist eingebettet in die die Grundordnung des SGB V und des SGB XI bildenden Strukturen des Sachleistungs- und des Wirtschaftlichkeitsprinzips. Deshalb ist das Zulassungs- und Vertragsrecht der Heil- und Hilfsmittellieferanten im SGB V und im SGB XI nur dann richtig erfass- und einordenbar, wenn man vom Leistungsrecht ausgeht und sämtliche Elemente der Wirtschaftlichkeit zu diesem Rechtskreis in eine Bewertung miteinbezieht.
2. Eine Gesamtbetrachtung von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht macht deutlich, dass das Leistungserbringerrecht in seiner derzeitigen Ausprägung nur ein weiteres Element zur wirtschaftlichen Leistungserbringung darstellt. Zulassungs- und Vertragsrecht haben das Ziel, eine qualitätsgesicherte Leistungserbringung zu einem angemessenen Preis den Versicherten zu verschaffen. Leistungserbringung bedeutet dabei konkrete Festlegung des Leistungsanspruchs und anschließende Erfüllung. Leistungs- und Leistungserbringerrecht sind daher stets in einer einheitlichen Zusammenschau zu bewerten.
3. Über alle Beteiligten bei der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln wird versucht, dem Wirtschaftlichkeitsprinzip bei der Versorgung von Versicherten Rechnung zu tragen. Dabei werden sowohl im SGB V wie auch im SGB XI normative Elemente eingesetzt, finanzielle Obergrenzen definiert sowie Eigenbeteiligungen des Versicherten gefordert. Insbesondere beim Wiedereinsatz von Hilfsmitteln zeigt sich die Verzahnung von Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip kann dazu herangezogen werden, den

Leistungsanspruch des Versicherten auszuweiten (z.B. auf nicht vertragsgebundene Leistungserbringer, die günstiger als vertragsgebundene anbieten), es kann aber auch Leistungserbringern einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages verschaffen, wenn sie bestehende Verträge im Preisniveau unterschreiten können. Auch das zum 01.01.2004 vom Gesetzgeber eingeführte Ausschreibungsverfahren trägt dem Rechnung und soll das Preisniveau durch Erschließung weiterer Wirtschaftlichkeitsreserven, z.B. den Bezug von Hilfsmitteln bei Herstellern, senken.

4. Sowohl Leistungs- wie auch Leistungserbringerrecht im SGB V - und insbesondere auch im SGB XI - beinhalten Normsetzungsverträge und andere Regelungsmechanismen, denen im Ergebnis Rechtsnormqualität zukommt. Diese Regelungsinstrumentarien eigener Art weichen vielfach von den herkömmlichen, verfassungsrechtlich anerkannten Rechtssetzungsformen ab. Sie sind weder autonome Rechtssetzung noch Tarifverträge, da sie vielfach einen gesetzlich angeordneten Interessenausgleich beinhalten und letztendlich dem Wirtschaftlichkeitsprinzip Geltung verschaffen sollen. Ein Numerus Clausus zulässiger Rechtssetzungsformen ist im Gesundheitswesen allgemein, im Vertragsarztrecht und in dem ihm nachgebildeten Recht der Heil- und Hilfsmittel im besonderen, nicht zu fordern. Das in Art. 20 GG verfassungsrechtlich verankerte Sozialstaatsprinzip beinhaltet auch das historisch gewachsene Regelungssystem der Leistungserbringung auf den tragenden Säulen des deutschen Krankenversicherungsrechts (Sachleistungs- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz). Diese Prinzipien gelten auch für das SGB XI. Zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen aber gleichzeitig wirtschaftlichen Versorgung ist dem Gesetzgeber auf dieser historischen Basis ein weiter Gestaltungsspielraum zuzubilligen.

5. Das Sachleistungsprinzip hindert nicht, einen eigenen privatrechtlichen Anspruch des Versicherten gegen den Leistungserbringer anzuerkennen. Im Regelfall schließen Versicherte eigenständige Verträge mit Leistungserbringern, die ggf. auch Ansprüche gegen den Versicherten entstehen lassen und dem Versicherten eigene Ansprüche, z.B. auf Gewährleistung, verschaffen. Diese privatrechtliche Beziehung wird aber durch die öffentlich-rechtlichen rahmenvertraglichen Regelungen zwischen Kassen und Leistungserbringern überlagert, die vorgreiflich für diese Durchführung der Versorgung abgeschlossen wurden. Deshalb modifizieren die dortigen Regelungen das Rechtsverhältnis zwischen Versichertem und Leistungserbringer und lassen im Regelfall z.B. keinen Vergütungsanspruch gegen den Versicherten zu.

6. Heil- und Hilfsmittellieferanten haben im Hinblick auf Art. 12 GG grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Zulassung. Im SGB V erfolgt dies durch einen statusbegründenden Verwaltungsakt, im SGB XI durch einen Versorgungsvertrag. Der Abschluss eines subordinationsrechtlichen Sozialversorgungsvertrages gemäß § 78 SGB XI enthält zwingend vorrangig eine hoheitliche Entscheidung über die Zulassung zur Versorgung. Indem der Gesetzgeber jedoch als Vertragspartner die Spitzenverbände der Pflegekassen vorsieht, ergibt sich eine Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift wegen Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung, da dadurch ein Gesetz durch die Bundesebene vollumfänglich ausgeführt wird, obwohl die Verwaltungskompetenz sowohl im SGB V wie auch im SGB XI der Landesebene zusteht. Darüber hinaus enthält § 78 SGB XI ein einseitig aufgestelltes Anforderungsprofil durch die Bundesebene, während Qualitäts- und Qualifikationsmerkmale, die für eine Zulassung zu erfüllen sind, fehlen.

7. Im Krankenversicherungsrecht ist im Hinblick auf Art. 12 GG bei der Zulassungsentscheidung gegenüber Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln zu beachten, dass im Gegensatz zum Vertragsarztrecht diese Leistungserbringer im Anstellungsverhältnis nicht von einer bedarfsabhängigen Entscheidung von Zulassungsgremien abhängig sind und eine Zulassung kassenartenspezifisch erfolgt. Mit der Kassenzulassung ist daher lediglich eine Berufsmodalität und damit die Berufsausübung betroffen.
8. Die Empfehlungen der Spitzenverbände ermöglichen der Exekutive zulassungsrechtliche Fragen in Randbereichen eigenständig zu regeln. In der von einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Kassenseite und Leistungserbringer geprägten Beziehung ist es gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber nur die grundsätzlichen Zulassungsvoraussetzungen regelt und damit einen Rahmen festlegt, der normativ durch die Spitzenverbände ausgefüllt werden kann. Die Empfehlungen der Spitzenverbände stehen im Einklang mit den grundgesetzlichen Vorgaben zu Art. 12 GG und dem Bund/Länder-Verhältnis; sie enthalten grundsätzlich verbindliche Vorgaben für die Zulassungsentscheidungen auf Landesebene. Halten sich die Empfehlungen an die gesetzlichen Vorgaben, sind sie auch von den Gerichten grundsätzlich zu beachten.
9. Mit der Anerkennung der abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen als Zulassungsvoraussetzung erfolgt eine Verknüpfung der beiden leistungserbringrechtlichen Ebenen (Zulassung und Vertrag) im Krankenversicherungsrecht. In verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise wird damit ein weiteres Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitselement, bezogen auf die Gleichmäßigkeit der Leistungserbringung und die Einheitlichkeit der Vergütungsleistungen, begründet.

10. Die normativ wirkenden Rahmenverträge gemäß §§ 125 oder 127 SGB V, die Einzelheiten der Versorgung und die Vergütungsregeln, sind koordinationsrechtlicher Art; der Sozialversorgungsvertrag nach § 78 SGB XI ist auch im Zusammenhang mit der Regelung von Modalitäten der Leistungserbringung subordinationsrechtlich. Der vertragliche Gestaltungsspielraum der vertragsschließenden Parteien wird durch den Vorrang des Gesetzes, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG eingeschränkt. § 127 SGB V kann im Zusammenhang mit der Auslegung von Sozialversorgungsverträgen nach dem SGB XI ergänzend herangezogen werden.
11. Das Wahlrecht der Versicherten unter den zugelassenen Leistungserbringern prägt das Leistungserbringerrecht dergestalt, dass durch die Zulassung selbst lediglich die Voraussetzungen für das anschließende Marktgeschehen geschaffen werden und zeitlich später grundsätzlich der Versicherte als Nachfrager von Heil- und Hilfsmitteln auftritt. Weder durch die Zulassung noch durch die allgemeinen Rahmenvorgaben der Leistungserbringung in Verträgen können die Kranken- und Pflegekassen als Nachfrager am Markt qualifiziert werden. Grundsätzlich hat allein der Versicherte die freie Wahl unter den zugelassenen Leistungserbringern. Nur in Ausnahmefällen können Kranken- oder Pflegekassen als Nachfrager qualifiziert werden.
12. Diese Sichtweise bedingt in europarechtlicher Hinsicht die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zugunsten des Versicherten, aber auch zugunsten der Leistungserbringer. Dem trägt die neuere EuGH-Rechtsprechung Rechnung, indem auch in Systemen, in denen das Sachleistungsprinzip gilt, sowohl der aktiven wie der passiven Dienstleistungsfreiheit Geltung verschafft wird. Der nationale Gesetzgeber hat dies im GKV-Modernisierungsgesetz aufgegriffen und die Möglichkeit zu vertraglichen Regelungen mit eu-ausländischen Leistungserbringern geschaffen. Im Übrigen muss der Versicherte

eine solche Leistungserbringung ggf. im Wege der Kostenerstattung geltend machen.

13. Das dem Wirtschaftlichkeitsprinzip zuzurechnende Zulassungs- und Vertragsrecht der Leistungserbringer kann durch die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit ggf. sogar einer weiteren Steigerung der Wirtschaftlichkeit zugeführt werden. Dabei ist, bedingt durch das Sachleistungsprinzip, aber nicht von einer völligen Freigabe dieses Marktes auszugehen. Vielmehr besteht im Gesundheitswesen ein Unterschied zu sonstigen Märkten, der auch eine differenzierte Beurteilung bei der Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher und verfahrensrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang mit dem Recht der Heil- und Hilfsmittel erforderlich macht.
14. Ist der Versicherte grundsätzlich Nachfrager im Markt der Heil- und Hilfsmittel, bedingt dies wettbewerbsrechtlich, national und europarechtlich, Kranken- und Pflegekassen nicht als Unternehmen i.S. des Kartellrechts zu qualifizieren, solange sie ihrer gesetzlichen Aufgabenerfüllung nachkommen. Kranken- und Pflegekassen schaffen mit der Zulassung lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen des Marktes und sind anschließend Kostenträger, nicht Nachfrager von Dienstleistungen oder Waren. Nur in Ausnahmefällen wird deshalb die Unternehmenseigenschaft nach dem funktionalen Unternehmensbegriff erfüllt. Der Ausschluss nationalen Kartellrechts ergibt sich im Pflegeversicherungsrecht aus diesen allgemeinen Bewertungen, im Krankenversicherungsrecht, gesetzlich klarstellend angeordnet, aus der Regelung in § 69 SGB V. Für das EG-Kartellrecht ist ggf. auf die Ausschlussnorm des Art. 86 Abs. 2 EGV zurückzugreifen.
15. Der Vorbehalt des Gesetzes in Form des Gesetzesvorrangs kann auch im Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlichen Vertragsautonomie nicht die Ausübung monopolartiger Vorgaben durch die Kas-

senseite bedeuten. Kommt es dennoch zu rechtsmissbräuchlichem Handeln, sind grundsätzlich die allgemeinen öffentlich-rechtlichen (insbesondere Art. 3 GG) und ergänzend zivilrechtliche Rechtsnormen geeignet, ein Verhalten der Krankenkassen zu prüfen und ggf. abzuwehren. Leistungserbringern und Versicherten stehen damit ausreichend Instrumentarien zur Verfügung, die die Anwendung des Kartellrechts entbehrlich machen. Gegen rechtswidriges Handeln der Kranken- oder Pflegekassen im Zusammenhang mit dem Zulassungs- oder Vertragsrecht kommen für Leistungserbringer Feststellungs- und Unterlassungsklagen vor den Sozialgerichten in Betracht.

Auch Schadenersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung sind möglich.

16. Soweit wettbewerbsrechtliche Problemkreise im Zusammenhang mit Heil- und Hilfsmittel nach dem UWG betroffen sind, ist eine Anwendbarkeit dieser Vorschriften, auch in Ansehung von § 69 SGB V, nicht generell ausgeschlossen. Für gerichtliche Auseinandersetzungen ergibt sich die Zuständigkeit der Sozialgerichte.
17. Im Zusammenhang mit dem Zulassungs- und Vertragsrecht der Heil- und Hilfsmittel-Lieferanten ist insgesamt eine umfassende Zuständigkeit der Sozialgerichte gegeben. Auch die privatrechtlichen Dienst- und Belieferungsverträge sind Angelegenheiten des SGB V, wenn es um die Erfüllung des Leistungsanspruchs des Versicherten geht. Dies gilt auch im Zusammenhang mit einer Auseinandersetzung nach dem SGB XI. Die Anknüpfung an die öffentlich-rechtliche Prägung der Rechtsbeziehung zwischen Kasse und Leistungserbringer, selbst wenn der Streitgegenstand einer Auseinandersetzung nicht öffentlich-rechtlicher Art ist, bedingt die berechtigte Forderung, dass Sozialgerichte auch bei einer Anwendung privatrechtlicher Vorschriften in einer Gesamtschau die Elemente des Sachleistungs- und Wirtschaftlichkeitsprinzips mit zu berücksichtigen haben. Bei Klagen

von Leistungserbringern ist im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG insbesondere ein erweiterter Rechtsschutz für Feststellungsklagen anzuerkennen.

Literaturverzeichnis

- Axer, Peter,** Europäisches Kartellrecht und nationales Krankenversicherungsrecht; in NZS 2002, Seite 57 ff.
- Baur, Fritz,** Lehrbuch des Sachenrechts; 16. Auflage 1992
- Bauer, Hans-Holger,** Europas Richter wieder gefragt; in GG 2001, Seite 17
- Baumbach, Adolf /
Hefermehl, Wolfgang,** Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze - Kommentar; 22. Auflage 2001
- Becker, Ulrich,** Brillen aus Luxemburg und Zahnbehandlung in Brüssel - Die Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt; in NZS 1998, Seite 359 ff.
- Becker, Ulrich,** Unionsbürgerschaft und soziale Rechte; in ZESAR 2002, Seite 8 ff.
- Becker, Ulrich,** Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt; in NJW 2003, Seite 2272 ff.
- Becker-Berke, Stephanie,** Europäisches Wettbewerbsrecht - Kammern auf dem Prüfstand; in GG 2002, Seite 42 f.
- Behrends, Behrend,** Die Eigentumsverhältnisse an den Gegenständen der Krankenkasse; in DOK 1981, Seite 181 ff.
- Behrends, Behrend,** Grenzen des Privatrechts in der gesetzlichen Krankenversicherung; 1985
- Beuthien, Volker,** Krankenkassen zwischen Wirtschaftlichkeitsgebot und Wettbewerb; in MedR 1994, Seite 253 ff.
- Beuthien, Volker /
Sponer, Uwe,** Aufklärung oder Verklärung? - Streitfragen zur Festbetragsregelung und Zulassung im Hilfsmittel-sektor; in KrV 1992, Seite 3 ff.
- Beuthien, Volker, /
Schmölz, Anton Sebastian** Rechtsstellung der Unternehmen bei der Aufnahme neuer Produkte in das Hilfsmittelverzeichnis; in MedR 1996, Seite 99 ff.

- Bieback, Karl-Jürgen,** Die Einbindung nichtärztlicher Leistungserbringer in das System der gesetzlichen Krankenversicherung; in NZS 1997, Seite 393 ff. und Seite 450 ff.
- Bieback, Karl-Jürgen,** Etablierung eines gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH; in NZS 2001, Seite 561 ff.
- Boecken, Winfried,** Zulässigkeit von Altersgrenzenvereinbarungen - zur Rechtslage seit dem 01.08.1994; in Arztrecht 1994 (Beilage zu Heft 9), Seite I-XII.
- Boecken, Winfried,** Zulässigkeit von frühzeitigen Altersgrenzen für leitende Krankenhausärzte; in Arztrecht 2000, Seite 60 ff.
- Boecken, Winfried,** Rechtliche Schranken für die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen im Hilfsmittelbereich nach der Publizierung des Vertragsrechts - insbesondere zum Schutz der Leistungserbringer vor Ungleichbehandlungen; in NZS 2000, Seite 269 ff.
- Boecken, Winfried,** Mengensteuerung durch Budgetregelungen unter Einbeziehung des Globalbudgets; in MedR 2000, Seite 165 ff.
- Boecken, Winfried,** Vereinbarkeit der krankensicherungsrechtlichen Zulassung von Rehabilitationseinrichtungen mit dem nationalen und dem europäischen Recht; in Boecken/Hänlein/Kruse/Steinmeyer: Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken - Colloquium zum 65. Geburtstag Bernd Baron von Meydells; 2000.
- Boerner, Dietmar,** Die Neuregelung des § 69 SGB V und ihre Bedeutung für die Leistungserbringerverträge; in SGB 2000, Seite 389 ff.
- Bold, Clemens M.,** Die Vereinbarkeit der Bedarfszulassung von Rehabilitationseinrichtungen mit nationalem und europäischem Recht; Diss. Universität Konstanz, 2003
- Borchert, Günter,** Verantwortlichkeit der Krankenkassen für Fehler der Leistungserbringer; in Sozialer Fortschritt 1990, Seite 268 ff.
- Borchert, Günter,** Normsetzungskompetenz im Sozialrecht; in NZS 2004, Seite 287 ff.

- Borst, Otto** Sozialversicherung zur Bismarckzeit; in LVA-Mitteilungen 1992, Seite 366 f.
- Brackmann, Kurt,** Handbuch der Sozialversicherung einschließlich des SGB und angrenzender Gebiete; Stand September 1989
- Breyer, Friedrich / Zweifel, Peter,** Gesundheitsökonomie; 3. Auflage 1999
- Butzer, Hermann / Kaltenborn, Markus,** Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen; in MedR 2001, Seite 333 ff.
- Castendiek, Jan,** Versichertenbeteiligung und Demokratie im Normkonzept der Richtlinien des Bundesausschusses; in NZS 2001, Seite 71 ff.
- Clemens, Thomas,** Verfassungsrechtliche Anforderungen an untergesetzliche Rechtsnormen - Bemerkungen zu den Referaten der Rostocker Tagung; in MedR 1996, Seite 432 ff.
- Demmel, Herbert,** Zur Leistungspflicht der Krankenkassen für Lesesprechgeräte an Blinde; in SGB 1996, Seite 532 ff.
- Demmer, Hildegard,** Europa: Gesundheitspolitik zwischen Subsidiarität und Freizügigkeit; in BKK 2002, Seite 63 ff.
- Diekmann, Thomas J. / Schulenburg, Margret,** Europarecht als vorrangiger Prüfungsmaßstab im einstweiligen Rechtsschutzverfahren; in NZS 2003, Seite 518 ff.
- Diekmann, Thomas J. / Wildberger, Niels,** Wettbewerbsrechtliche Ansprüche im Rahmen von § 69 SGB V; in NZS 2004, Seite 15 ff.
- Dudda, Frank / Stauffenberg, Anja,** Neues zur Zulassung von Heilmittelerbringern - zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bundessozialgerichts vom 15. Oktober 1996 (3 RK 32/95); in NZS 1998, Seite 366 ff.
- Ebsen, Ingwer / Greß, Stefan / Jacobs, Klaus Szecseny, Joachim / Wasem, Jürgen,** Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung; in Soziale Sicherheit 2003, Seite 128 ff.

- Ehlers, Dirk,** Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?; in NJW-Beilage 23/2002, Seite 33 ff.
- Eichenhofer, Eberhard,** Die Rolle des Europäischen Gerichtshofes bei der Entwicklung des Europäischen Sozialrechts; in SGB 1992, Seite 573 ff.
- Eichenhofer, Eberhard,** Das Europäische koordinierende Krankenversicherungsrecht nach den EuGH-Urteilen Kohll und Decker; in VSSR 1999, Seite 101 ff.
- Eichenhofer, Eberhard,** Richtlinien der gesetzlichen Krankenversicherung und Gemeinschaftsrecht; in NZS 2001, Seite 1 ff.
- Eichenhofer, Eberhard,** Sozialrecht und Privatrecht - wechselseitig unvereinbar oder aufeinander bezogen?; in NZS 2004, Seite 169 ff.
- Engelmann, Klaus,** Einführung: "Wettbewerb und soziale Krankenversicherung" - zur Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsordnung -; in VSSR 1999, Seite 167 ff.
- Engelmann, Klaus,** Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien; in NZS 2000, Seite 1 ff. und Seite 76 ff.
- Engelmann, Klaus,** Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug; in NZS 2000, Seite 213 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe /
Martens, Wolfgang
(Herausgeber),** Allgemeines Verwaltungsrecht, diverse Bearbeiter; 11. Auflage, 1998
- Estelmann, Martin,** Die Einbindung unkonventioneller Behandlungsmethoden in das System der gesetzlichen Krankenversicherung - Erbringung und Abrechnung der Leistungen; in SGB 1991, Seite 515 ff.
- Faßbender, Kurt,** Grenzüberschreitende Krankenversicherungsleistung versus Sachleistungsprinzip im Lichte der EG-Grundfreiheiten und ein „zurückrudender“ Generalanwalt; in NJW 2002, Seite 3601 ff.

- Fastabend, Katrin,** Der Begriff der notwendigen Krankenbehandlung im SGB V; in NZS 2002, Seite 299 ff.
- Fichte, Wolfgang,** Wirkung und Anfechtbarkeit des Schiedsspruchs im Heil- und Hilfsmittelbereich - Eine Erwiderung auf Schimmelpfeng-Schütte, NZS 1997, Seite 503; - in NZS 1998, Seite 58 ff.
- Freigang, Kurt,** Aufgaben / Planungen der „Geschäftsstelle Heil- und Hilfsmittel“ des IKK-Bundesverbandes; in KRV 1992, Seite 165 ff.
- Frenz, Walter,** Arztdienstleistungsfreiheit und Sozialversicherungen; in NVwZ 2003, Seite 947 ff.
- Frenz, Walter,** Grenzüberschreitende medizinische Leistungen und Grundfreiheiten im Spiegel der EuGH-Rechtsprechung; in MedR 2004, Seite 296 ff.
- Friauf, Karl Heinrich,** Kommentar zur Gewerbeordnung - GewO, Gewerberechtigter Teil; Stand 1993
- Fuchs, Maximilian,** Luxemburg locuta - causa finita - quaestio non soluta, Dienstleistungsfreiheit und Sozialversicherung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; in NZS 2002, Seite 337 ff.
- Gassner, Ulrich,** Nationaler Gesundheitsmarkt und europäisches Kartellrecht; in VSSR 2000, Seite 121 ff.
- Geck, Hinrich-Matthias,** Wettbewerbs-Chancen im Heil- und Hilfsmittelsektor - Benötigt das „Herzstück“ der Gesundheitsreform einen Bypass?; in DOK 1992, Seite 145 ff.
- Geiger, Andreas,** Pflegeversicherung besteht europaweit; in NJW 2001, Seite 2772 f
- Giesen, Richard,** Europäisches Wettbewerbsrecht; in Klusen, Norbert „Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung“, 2003
- Glombik, Manfred,** Vor 40 Jahren, Neuanfang in der Sozialversicherung; in BB 1985, Seite 1401 ff.
- Godry, Rainer;** Qualitätssicherung durch Berufszulassung; in MedR 2001, Seite 348 ff.
- Goecke, Klaus,** Der Regress gegen den Vertragsarzt wegen unwirtschaftlicher Verordnungen im Einzelfall; in MedR 2002, Seite 442 ff.

- Grienberger, Carla,** Hilfsmittelversorgung - quo vadis?; in KrV 1998, Seite 394 ff.
- Großböling, Ralf / Jaklin, Johannes,** Formen ärztlicher Tätigkeit im Vertragsarztrecht, Zulassung und Konkurrentenstreit; in NZS 2002, Seite 130 ff.
- Hailbronner, Kay,** Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?; in NJW 2004, Seite 2185 ff.
- Haindl, Hans / Helle, Jürgen,** Die Unzulässigkeit der Wiederverwendung von Einmal-Medizinprodukten; in MedR 2001, Seite 411 ff.
- Hänlein, Andreas,** Festlegung der Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen; in SGB 2003, Seite 301 ff.
- Hänlein, Andreas / Kruse, Jürgen,** Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung; in NZS 2000, Seite 165 ff.
- Hänlein, Andreas / Kruse, Jürgen,** Einflüsse des Europäischen Wettbewerbs auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung; in Boecken/Hänlein/Kruse/ Steinmeyer: Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken - Colloquium zum 65. Geburtstag Bernd Baron von Meydells; 2000.
- Hauck, Karl / Haines, H. bzw. Hauck, Karl / Noftz, Wolfgang,** Sozialgesetzbuch-Gesamtkommentar, div. Bearbeiter; Stand 2002
- Heberlein, Ingo,** Europa und die Gesetzliche Krankenversicherung; in NVwZ 2001, Seite 773 ff.
- Heinze, Meinhard,** Die Rechtsbeziehungen der Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmittel zu den Krankenkassen; in VSSR 1991, Seite 1 ff.
- Heinze, Meinhard,** Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Sozialrecht; in SGB 2001, Seite 157 ff.
- Hermann, Christopher,** Vom "Einheitlich und Gemeinsam" zur solidarischen Wettbewerbsordnung; in Gesundheit und Sozialpolitik 2003, Seite 17 ff.

- Hermann, Christopher,** Grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Krankenhausleistungen - Ökonomische Folgen der EuGH-Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit bei stationären Leistungen; in ZESAR 2004, Seite 370 ff.
- Hiddemann, Till,** Die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen als Rechtsnormen; in BKK 2001, Seite 187 ff.
- Hinz, Peter,** Ausgabenbegrenzung bei Arznei-, Verband- und Heilmitteln durch Vereinbarung von Budgets nach Art. 29 GSG bzw. § 84 SGB V; in Die Leistungen 1995, Seite 433 ff.
- Hoffmann, F.,** Kommentar zur RVO, 4. Auflage 1913
- Hollich, Markus,** Die Auswirkungen des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetz (6. SGG ÄndG) auf den Rechtsschutz des Vertragsarztes; in MedR 2002, Seite 235 ff.
- Hufen, Friedhelm,** Grundrechtsschutz der Leistungserbringer und privaten Versicherer in Zeiten der Gesundheitsreform; in NJW 2004, Seite 14 ff.
- Igl, Gerhard,** Grundprobleme des Leistungsprogramms der Pflegeversicherung im ambulanten Bereich; in VSSR 1999, Seite 305 ff.
- Igl, Gerhard (Herausgeber),** Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung; 2000
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim,** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Kommentar; 2. Auflage 1992
- Isensee, Josef,** Handbuch des Staatsrechts IV, 1990
- Jahn, Kurt,** Sozialgesetzbuch für die Praxis - gesetzliche Krankenversicherung SGB V, Kommentar
- Jarass, Hans D., Pjeroth, Bodo,** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, 6. Auflage 2002
- Jauernig, Othmar,** Bürgerliches Gesetzbuch; 9. Auflage 1999
- Joussen, Jacob,** Ausgewählte Probleme der Ausstrahlung im europäischen Sozialversicherungsrecht; in NZS 2003, Seite 19 ff.

- Joussen, Jacob,** Die Legitimation zur Normsetzung in der Exekutiven, besonders im Vertragsarztrecht, durch Normenverträge; in SGB 2004, Seite 334 ff.
- Kasseler-Kommentar,** Sozialversicherungsrecht (div. Bearbeiter); 36. Ergänzungslieferung, Stand Januar 2002
- Kern, Bernd-Rüdiger,** Heilhilfsmittelversorgung durch den behandelnden Arzt; in NJW 2000, Seite 833 ff.
- Kingreen, Thorsten,** Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt; in NJW 2001, Seite 3382 ff
- Kingreen, Thorsten,** Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes; in MedR 2004, Seite 188 ff.
- Kingreen, Thorsten,** Vergaberechtliche Anforderungen an die sozialrechtliche Leistungserbringung; in SGB 2004, Seite 659 ff.
- Kleine-Cosack, Michael,** Verschärfte Voraussetzungen beim Widerruf freiberuflicher Zulassungen; in NJW 2004, Seite 2473 ff.
- Kleinmann, Werner,** Die Rechtsnatur der Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Gesundheitswesen; in NJW 1985, Seite 1367 ff.
- Kluth, Winfried /
Nuckelt, Jana,** Ärzte als Wettbewerber der Gesundheitshandwerke – Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Zulässigkeit einer gesetzlichen Beschränkung der Abgabe von Hilfsmitteln an Patienten durch Ärzte; in SGB 2003, Seite 425 ff.
- Knispel, Ulrich,** Zum Zulassungsrecht der Hilfsmittellieferanten; in NZS 1995, Seite 13 ff.
- Knispel, Ulrich,** Wettbewerbshandeln durch Erlass von Richtlinien nach § 92 I SGB V; in NZS 2000, Seite 441 ff.
- Knispel, Ulrich,** Auswirkungen der Neuregelung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000; in NZS 2001, Seite 466 ff.
- Koch, Thorsten,** Normsetzung durch Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen?; in SGB 2001, Seite 109 ff. und Seite 166 ff.

- Koenig, Christian / Sander, Claude,** Staatshaftung und Festbeträge; in NZS 2001, Seite 617 ff.
- Koenig, Christian / Engelmann, Christina / Steiner, Ulrike,** Die Regulierung der GKV-Abrechnung von Laboratoriumsuntersuchungen am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages; in MedR 2002, Seite 221 ff.
- Koenig, Christian / Busch, Christiane,** Vergabe- und haushaltsrechtliche Koordination der Hilfsmittelbeschaffung durch Krankenkassen; in NZS 2003, Seite 461 ff.
- Koenig, Christian / Haratsch, Andreas,** Grundzüge des deutschen und europäischen Vergaberechts; in NJW 2003, Seite 2637 ff.
- Koenig, Christian Engelmann, Christina / Hentschel, Kristin,** Rechtlich zulässige Steuerungsoptionen zur Qualitätsförderung und Kostensenkung in der GKV im Bereich ärztlich veranlasster Leistungen; in SGB 2003, Seite 189 ff.
- Köhler / Biesenberger / Schäffer / Schall** Reichsversicherungsordnung mit Erläuterungen; 1912
- Kötter, Claudia,** Hilfsmittelabgabe durch Ärzte im Bundestag bestätigt; in BKK 2002, Seite 87 ff.
- Kötter, Ute,** Die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Rechtssachen Decker und Kohl: Der Vorhang zu und alle Fragen offen?; in VSSR 1998, Seite 233 ff.
- Krasney, Otto Ernst,** Das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000); in NJW 2000, Seite 2697 ff.
- Krasney, Otto Ernst,** Leistungsverteilung im Gesundheitswesen, Persönliche Betreuung – persönliche Mitwirkung; in SGB 2003, Seite 609 ff.
- Krause / von Mertens / Schnapp / Siewert,** Gemeinschaftskommentar Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren (GK-SGB X 1); 1991
- Kraushaar, Michael / Häuser, Helmut,** Rechtsweg für Klagen aus Bürgschaften für Sozialversicherungsbeiträge; in NVwZ 1984, Seite 217 ff.
- Krauskopf, Dieter,** zur Zulässigkeit von Eigenbetrieben der Krankenkassen; in DOK 1982, Seite 569 ff.

- Krauskopf, Dieter,** Hilfsmittel versus Pflegehilfsmittel: Eine problematische Schnittstelle; in SGB 2001, Seite 419 ff.
- Krauskopf, Dieter,** Soziale Krankenversicherung / Pflegeversicherung - Kommentar, div. Bearbeiter; Stand 2002
- Kummer, Peter,** Das sechste Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (6. SGGÄndG); in Die Sozialgerichtsbarkeit 2001, Seite 705 ff.
- Lange, Klaus,** Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom privatrechtlichen Vertrag; in NVwZ 1983, Seite 313 ff.
- Lorff, Günther-Joachim /
Maier-Rigand, Gerhard,** Die europäische Krankenversicherung ist längst möglich - Weggestaltungen für die Zukunft; in SGB 2000, Seite 393 ff.
- Louven, Klaus,** Europas Normen haben Vorrang, Europäisches Gemeinschafts- und deutsches Sozialrecht; in Soziale Sicherheit 2002, Seite 202 ff.
- Maaßen, Hans-Joachim /
Schermer, Joachim /
Wiegand, Dietrich /
Zipperer, Manfred,** Sozialgesetzbuch SGB V - gesetzliche Krankenversicherung - GKV-Kommentar; Stand 2001
- Marburger, Horst,** Abgrenzung zwischen dem Hilfsmittelanspruch gegen die gesetzliche Krankenversicherung und dem gegen die soziale Pflegeversicherung; in Die Leistungen 2001, Seite 193 ff.
- Maunz, Theodor /
Düring, Günter,** Kommentar zum Grundgesetz; div. Bearbeiter; 40. Ergänzungslieferung 2002
- Maurer, Hartmut,** Allgemeines Verwaltungsrecht; 10. Auflage 1995
- Menthen, Elke /
Hartmann, Peter,** Das sogenannte Rollstuhlurteil des 3. Senats des BSG; in NZS 2002, Seite 26 ff.
- Mestmäcker,
Ernst-Joachim,** Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatem Handeln; in NJW 1969, Seite 1 ff.
- Meyer, Frank,** Versorgungspauschalen im Hilfsmittelbereich - Die IKK Westfalen-Mitte geht neue Wege; in KrV 1997, Seite 347 f.
- Meyer-Ladewig, Jens,** SGG - Sozialgerichtsgesetz mit Erläuterungen; 6. Auflage 1998 und 7. Auflage 2002

- Moldenhauer, Meinolf,** Herausforderungen und Reformbedarf der Pflegeversicherung; in Arbeit und Sozialpolitik 2001, Seite 30 ff.
- Moldenhauer, Meinolf,** Eckpunkte für die Reform der Pflegeversicherung; in Gesundheits- und Sozialpolitik 2003, Seite 40 ff.
- Muckel, Stefan,** Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung auf dem Prüfstand des Demokratieprinzips; in NZS 2002, Seite 118 ff.
- Mühlhausen, Karl-Heinz,** Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit des UWG auf wettbewerbsrelevantes Verhalten der Krankenkassen, insbesondere bei der Mitgliederwerbung; in NZS 1999, Seite 120 ff.
- Mühlhausen, Karl-Heinz,** Beitragsökonomische Steuerung der Leistungserbringung durch die Krankenkassen im Lichte des nationalen Kartellrechts (GWB); in SGb 2000, Seite 528 ff.
- Mühlhausen, Karl-Heinz,** Der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung; 2001
- Müller, Joachim / Saeckel, Rüdiger,** Neue Zulassungsbedingungen für Hilfsmittelerbringer - von regulierten Märkten zu qualitätsorientiertem Preiswettbewerb; in KrV 1991, Seite 254 ff.
- Nass, Hans,** Pflegehilfsmittel - Buchungstricks? - Fehlanzeige!; in GG 2001, Seite 38 ff.
- Neumann, Daniela,** Verbannung des Kartell- und Wettbewerbsrechts aus der gesetzlichen Krankenversicherung?; in WuW 1999, Seite 961 ff.
- Neumann, Daniela,** Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen; 2000
- Neumann, Volker,** Der Anspruch auf Krankenbehandlung - ein Rahmenrecht?; in SGb 1998, Seite 609 ff.
- Neumann, Volker,** Solidarische Wettbewerbsordnung statt Vertragsarztrecht?; in NZS 2002, Seite 561 ff.
- Neumann-Duesberg, Rüdiger,** Die EUGH-Position ist angreifbar; in GG 1998, Seite 22 ff.
- Noftz, Wolfgang,** Leistungsrecht und Leistungserbringerrecht nach Inkrafttreten des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes; in VSSR 1997, Seite 393 ff.

- Ossenbühl, Fritz,** Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften; in BVerwG-Festschrift 1978, Seite 433 ff.
- Ossenbühl, Fritz,** Richtlinien im Vertragsarztrecht; in NZS 1997, Seite 497 ff.
- Palandt, Otto,** Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, div. Bearbeiter; 60. Auflage 2001
- Peikert, Peter / Kroel, Mark,** Das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 und die Auswirkungen auf kartellrechtliche Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und den Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Dritten, insbesondere den Rechtsweg betreffend; in MedR 2001, Seite 14 ff.
- Peters, Horst,** Die Geschichte der sozialen Versicherung; 3. Auflage 1978
- Peters, Horst,** Handbuch der Krankenversicherung
- Teil I/II zur RVO
- Teil II zum SGB V; 19. Auflage 2002
- Pitschas, Rainer,** Die Weiterentwicklung der Sozialen Krankenversicherung in Deutschland im Gegenlicht europäischer Gesundheitspolitik; in VSSR 1994, Seite 85 ff.
- Pitschas, Rainer,** Europäisches Wettbewerbsrecht und Soziale Krankenversicherung; in VSSR 1999, Seite 221 ff.
- Pitschas, Rainer,** Das Territorialitätsprinzip im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung zwischen sozialpolitischer Souveränität und Gemeinschaftsrecht, in: Ebsen, Ingwer (Hrsg.); Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht; 2000.
- Pitschas, Rainer,** Nationale Gesundheitsreform und europäische „Governance“ in der Gesundheitspolitik - zur Verpflichtung der Gemeinschaftsstaaten auf solidarischen Wettbewerb durch „offene Koordination“; in VSSR 2002, Seite 75 ff.
- Pitschas, Rainer,** Integration behinderter Menschen als Teilhabekonzept zur Neuordnung des deutschen Rehabilitationsrechts in vergleichender Perspektive; in SGB 2003, Seite 65 ff.

- Plagemann, Hermann,** Das Verhältnis von Leistungsrecht zum Leistungserbringerrecht aus der Sicht der nichtärztlichen Leistungserbringer; in VSSR 1997, Seite 453 ff.
- Plantholz, Markus,** Richtlinien, Rahmenverträge, Rahmenempfehlungen: Der Gesetzgeber im Dickicht untergesetzlicher Teilhabe; in NZS 2001, Seite 177 ff.
- Plute, Gerhard,** Krankenversicherung im Binnenmarkt, Freier Warenverkehr und Arzneimittelversorgung, Der Einfluss von EU-Rechtsvorschriften; in DOK 1994, Seite 505 ff.
- Rapp, Winfried,** Nachrangigkeit der Leistungspflicht der Pflegeversicherung bei Hilfsmitteln; in SGB 2001, Seite 667 ff.
- Ratzel, Rudolf / Lippert, Hans-Dieter,** Medizinproduktegesetz; 2000
- Rebscher, Herbert,** Festbeträge in der Hand des Ministeriums; in Die Ersatzkasse 2001, Seite 221
- Reiter, Heinrich,** Die gesellschaftspolitische Bedeutung der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung; in BKK 1990, Seite 754 ff
- Riedel, Norbert K.,** Der Konvent zur Zukunft Europas - Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union; in ZRP 2002, Seite 241 ff.
- Riederle, Georg,** Dürfen Krankenkassen mit Führhundschen Verträge schließen?; in SGB 2003, Seite 674 ff.
- Rixen, Stephan,** Abschied vom Sachleistungsprinzip? Die Grundstruktur der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) auf dem Prüfstand des EuGH; in ZESAR 2003, Seite 69 ff.
- Rolfs, Christian,** Europarechtliche Grenzen für die Monopole der Sozialversicherungsträger?; in SGB 1998, Seite 202 ff.
- Rosenthal, Frank,** Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln und Krankenkassen; 2. Auflage 1990
- Rosenthal, Frank,** Zur Diskussion: Zulassung von Leistungserbringern für Heil- und Hilfsmittel; in WZS 1993, Seite 154 ff.
- Saeckel, Rüdiger,** Strukturwandel im Heilmittelsektor; in KRV 1997, Seite 107 ff.

- Schaaf, Michael,** Zur Bedeutung von Planungssicherheit für Reformen im Gesundheitswesen; in SGB 2002, Seite 544 ff.
- Schenke, Ralf P.,** Die AOK-Bundesverband-Entscheidung des EuGH und die Reform der gesetzlichen Krankenversicherung; in VersR 2004, Seite 1360 ff.
- Schirmer, Horst Dieter,** Berufsrechtliche und kassenarztrechtliche Fragen der ärztlichen Berufsausübung in Partnerschaftsgesellschaften; in MedR 1995, Seite 341 ff und 383 ff.
- Schirmer, Horst Dieter,** Verfassungsrechtliche Probleme der untergesetzlichen Normsetzung im Kassenarztrecht; in MedR 1996, Seite 404 ff.
- Schlenker, Rolf-Ulrich,** Die Einbindung nichtärztlicher Leistungserbringer in das GKV-System; in BKK 1997, Seite 288 ff.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund,** Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und sozialversichertem Patienten; in VSSR 1998, Seite 207 ff.
- Schmitt, Jochem,** Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht; 1990
- Schmitz, Klaus,** Wettbewerb der Sozialsysteme und Ordnungspolitik in Europa; in Bundesarbeitsblatt 10/2002, Seite 5 ff.
- Schnapp, Friedrich,** Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland; 1992
- Schneider-Danwitz, Anette,** Freizügigkeit der Versicherten in der Krankenversicherung; in SGB 2000, Seite 354 ff.
- Schönbach, Karl-Heinz,** Öffentlich-rechtliches Vertragsrecht und Wettbewerb in der GKV; in Arbeits- und Sozialpolitik 2001, Seite 10 ff.
- Schulin, Bertram,** Mitgliedschaft, Versicherungsverhältnis und Versicherungsfall nach neuem Krankenversicherungsrecht; in KRV 1989, Seite 215 ff.
- Schulin, Bertram,** Sozialrecht; 4. Auflage 1991
- Schulin, Bertram,** Verträge mit den Leistungserbringern im Pflegeversicherungsrecht (SGB XI); in VSSR 1994, Seite 285 ff.

- Schulin, Bertram,** Die soziale Pflegeversicherung des SGB XI - Grundstrukturen und Probleme; in NZS 1994, Seite 433 ff.
- Schulin, Bertram (Herausgeber),** Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 1 (Krankenversicherungsrecht - 1994) und Band 4 (Pflegeversicherungsrecht - 1995); div. Bearbeiter (Zit.: Bearbeiter, in HS-KV oder HS-PV)
- Schulin, Bertram / Littmann, Konrad,** Empfiehlt es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen? Gutachten E/F zum 59. Deutschen Juristentag; Hannover 1992
- Schulte Westenberg, M.,** Die Zulassung der Leistungserbringer von Hilfsmitteln; in NZS 2003, Seite 297 ff.
- Schultz, Klaus-Peter,** Krankenkassen als Adressat des Kartellrechts; in NZS 1998, Seite 269 ff.
- Schulz-Weidner, Wolfgang,** Die Öffnung der Sozialversicherung im Binnenmarkt und ihre Grenzen; in ZESAR 2003, Seite 58 ff.
- Schwannecke, Holger / Webers, Hemer,** Rechtliche Grenzen der Aufgabenverteilung bei der Hilfsmittelversorgung zwischen Arzt und Gesundheitshandwerker; in NJW 1998, Seite 2697 ff.
- Schwerdtfeger, Gunther,** Die lenkende Veröffentlichung von Subventionsrichtlinien - Auslobung und Vertrauensschutz; in NVwZ 1984, Seite 486 ff.
- Schwerdtfeger, Gunther,** Die Neufassung des § 69 SGB V im Gesetzentwurf „GKV-Gesundheitsreform 2000“ - ein rechtsstaatlicher Rückschritt ohne sachliche Rechtfertigung; in Pharm.Industrie 2000, Seite 106 ff. und Seite 185 ff.
- Schwerdtfeger, Gunther,** Verfassungswidrige und EG-widrige Vorschlagsrechte im Entwurf eines Festbetrags-Neuordnungsgesetzes (§ 35 SGB V neu); in NZS 2000, Seite 67 ff.
- Siebeck, Theo,** Gliederung und Koordination in der gesetzlichen Krankenversicherung; in DOK 1982, Seite 297 ff.
- Sodan, Helge,** Leistungsausschlüsse im System der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechtsschutz von Leistungsanbietern; in SGB 1992, Seite 200 ff.
- Sodan, Helge,** Normsetzungsverträge im Sozialversicherungsrecht; in NZS 1998, Seite 305 ff.

- Sodan, Helge,** Die institutionelle und funktionelle Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen; in NZS 2000, Seite 581 ff.
- Spieß, Hans-Jürgen,** Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung nach sozialrechtlichen oder wirtschaftsverfassungsrechtlich Gesichtspunkten? - Bemerkungen zu und nach den Brillenselbstabgabestellen-Entscheidungen des BGH; in SGB 1984, Seite 56 ff.
- Steinmayer, Heinz-Dietrich,** Kartellrecht und deutsche gesetzliche Krankenversicherung; in Festschrift Sandrock, Seite 943 ff.
- Stelzer, Dierk,** Die „personalen“ Anwendungsbereiche des deutschen und des europäischen primären Wettbewerbsrechts für die Krankenkassen in der GKV in „institutioneller“ und „funktionaler“ Hinsicht; in Die Sozialversicherung 2000, Seite 141 ff. und Seite 169 ff.
- Tennstedt, Florian,** Die Errichtung von Krankenkassen in deutschen Städten nach dem Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.06.1883; in ZSR 1983, Seite 297 ff.
- Töns, Hans,** Mitgliedschaft, Versicherungsverhältnis und Versicherungsfall nach neuem Krankenversicherungsrecht; in KRV 1990, Seite 32 ff.
- Udsching, Peter,** SGB XI Soziale Pflegeversicherung - Kommentar; 2. Auflage 2000
- Udsching, Peter,** Aktuelle Fragen des Leistungserbringerrechts in der Pflegeversicherung - ein Jahr nach Inkrafttreten des PQsG; in SGB 2003, Seite 133 ff.
- Verschueren, Herwig,** Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf die Ansprüche von Patienten auf medizinische Leistungen; in SGB 2001, Seite 356 ff.
- Vogel, Georg /
Schaaf, Michael,** Soziale Pflegeversicherung SGB XI; 1995
- Vogel, Georg,** Zur Leistungspflicht der Krankenversicherung bei Hilfsmitteln, Anmerkungen zu den Urteilen des BSG aus 2002; in SGB 2003, Seite 390 ff.

- Vogel, Hans-Josef,** Zulassungssystem für Krankenhäuser - GKV-Gesundheitsreform 2000 im Lichte des Kartell- und Wettbewerbsrechts; in NZS 1999, Seite 375 ff.
- von Heinz, Hans-Michael,** Zur Kostentragungspflicht für Pflegehilfsmittel bei vollstationärer Pflege – Krankenkasse, Pflegekasse, Heimträger oder versicherte Person?; in SGB 2003, Seite 20 ff.
- von Maydell, Bernd,** Auf dem Weg zu einem gemeinsamen Markt für Gesundheitsleistungen in der Europäischen Gemeinschaft; in VSSR 1999, Seite 3 ff.
- von Maydell, Bernd;** Gemeinschafts-Kommentar zum Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung GK-SGB V, Stand Oktober 2002
- Wannagat, Georg,** 100 Jahre Sozialversicherung in Deutschland - Beständigkeit und Wandel; in SGB 1981, Seite 373 ff.
- Weber, Robert,** Festbeträge für Hörgeräte im Sinne des SGB V; in SGB 2003, Seite 440 ff.
- Wenner, Ulrich,** Europäischer Gerichtshof: Nationale Grenzen für ambulante ärztliche Behandlungen müssen geöffnet werden; in Soziale Sicherheit 2003, Seite 201 ff.
- Wigge, Peter,** Legitimation durch Partizipation, zur verfahrensrechtlichen Beteiligung der Leistungserbringer im Entscheidungsprozess des Bundesausschusses; in NZS 2001, Seite 578 ff. und Seite 623 ff.
- Wimmer, Reimund,** Rechtsstaatliche Defizite im vertragsärztlichen Berufsrecht; in NJW 1995, Seite 1577 ff.;
- Wimmer, Reimund,** Verfassungsrechtliche Anforderungen an untergesetzliche Rechtssetzung im Vertragsarztrecht; in MedRecht 1996, Seite 425 ff.
- Wolff, Hans J. /
Bachof, Otto / Stober, Rolf,** Verwaltungsrecht I; 11. Auflage 2000
- Zechel, Stephan,** Die territorial begrenzte Leistungserbringung der Krankenkassen im Lichte des EG-Vertrages, 1995
- Zöllner, Detlev,** Ein Jahrhundert Sozialversicherung in Deutschland, (Herausgeber.: Zacher); 1981

Zuck, Rüdiger,

Die Aufnahme eines neuen Hilfsmittels in das Hilfsmittelverzeichnis (§ 139 SGB V) - zugleich zum Verhältnis von SGB V zum MPG; in NZS 2003, Seite 417 ff.

Zuck, Rüdiger,

Hilfsmittel und die rechtliche Bedeutung des Hilfsmittelverzeichnisses; in MedR 2003, Seite 335 ff.

Materialien

AuS aktuell, Arbeits-, sozial- und gesundheitspolitische Informationen, Berichte und Analysen; Dr. Raabe Verlags-GmbH, Stuttgart

dfg – Dienst für Gesellschaftspolitik; Verlag für Gesellschaftspolitik GmbH, Berlin

dgd – Der gelbe Dienst, Sozialpolitik aus Berlin – Nachrichten und Hintergrund; Redaktion Vollmer, Berlin

Soziale Selbstverwaltung, Analysen und Informationen zur Sozialversicherung; herausgegeben von der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände; Heider-Verlag, Bergisch Gladbach