

L 4 KR 569/15

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

4

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 3 KR 769/13

Datum

18.11.2015

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 4 KR 569/15

Datum

06.07.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Zur ergänzenden Anwendbarkeit von Regelungen des BGB im Rahmen des Rechtsverhältnisses zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer.

2. Zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Pflichtverletzung im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses (culpa in contrahendo).

3. Die Klärung der Frage, ob der Beitritt zu einem Vertrag auch ohne Erfüllung der im Rahmenvertrag genannten Auflagen möglich ist, stellt eine wesentliche Vorfrage dar und dient der Anbahnung eines Schuldverhältnisses. Dies gilt erst recht bei entsprechender Einleitung eines Klageverfahrens bzw. einstweiligen Rechtsschutzverfahrens.

4. Dabei ist grundsätzlich nicht auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Fachverband und den Krankenkassen abzustellen.

5. Zur Frage des Vertretenmüssens der Krankenkasse, wenn eine Klage eines Leistungserbringers gegen die Krankenkassen erst im Revisionsverfahren (teilweise) erfolgreich war.

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 18. November 2015 wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

IV. Der Streitwert wird auf 31.932,82 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin und Berufungsklägerin begehrt Schadensersatz aus einem (vorvertraglichen) Schuldverhältnis in Höhe der entgangenen Vergütungsforderung für die Versorgung von Versicherten der Beklagten und Berufungsbeklagten mit Stoma-Hilfsmitteln für die Zeit vom 01.01.2011 bis 30.08.2011.

Die Klägerin betreibt ein Sanitätshaus in A-Stadt und ist Mitglied des Fachverbandes für Orthopädie-Technik und Sanitätsfachhandel Bayern e.V. Sie verfügt seit dem 01.12.1997 über eine Zulassung zur Abgabe von Hilfsmitteln (u.a. zur Abgabe von Stomaartikeln). Seit 1989 werden Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen mit Stoma- Artikeln versorgt. Sie beschäftigte einen Orthopädietechnikmeister und neben weiteren Mitarbeitern zwei Krankenschwestern zur Abgabe von Stomahilfsmitteln, jedoch keinen Stomatherapeuten.

In einem Rahmenvertrag über die Versorgung mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln zwischen der Landesinnung Bayern für Orthopädie-Technik und den Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen vom 12.12.1978 sind die Voraussetzungen für die Versorgung von Anspruchsberechtigten der Krankenkassen in Bayern durch das Bandagisten- und Orthopädiemechanikerhandwerk geregelt (§ 1 Abs. 2 des Rahmenvertrages). In der Leistungsbeschreibung der Produktgruppe Stoma-Artikel erfolgt eine Auflistung mit Festbetrag. Die Anleitung und Beratung müssen nach den grundsätzlichen Anforderungen der Selbsthilfeorganisation Deutsche ILCO e.V. (Selbsthilfevereinigung für Stomaträger und Menschen mit Darmkrebs) vom 13.01.2008 durch eine Fachschwester/-pfleger mit Weiterbildung Stoma in anerkannten Weiterbildungsstätten erfolgen.

Nach dem Entwurf eines Vertrages nach [§ 127 Abs. 2](#) des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB V) über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stoma-Therapie von 2008 besteht die Beratungspflicht der Versicherten durch die Leistungserbringer im Sinne einer qualitätsgesicherten Stoma-Versorgung (§ 4 des Vertragsentwurfes). In der Resolution der Bundesdelegiertenversammlung der Deutschen

ILCO vom 14.06.2008 wird gefordert, beim Abschluss von Leistungsverträgen die Festlegung für eine patientenorientierte qualitätsvolle Versorgung der Leistungserbringer sehr detailliert zu formulieren.

Die Arbeitsgemeinschaft der Krankenkassenverbände in Bayern kündigte mit Schreiben vom 20.05.2008 den o.g. Rahmenvertrag über die Versorgung mit orthopädischen Hilfsmitteln gegenüber der Klägerin. Durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbes in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) seien weitreichende Änderungen für den Hilfsmittelbereich vorgesehen; u.a. seien die Zulassungsregelungen nach [§ 126 SGB V](#) alter Fassung (a.F.) entfallen, die nach dem o.g. Rahmenvertrag grundlegende Voraussetzung für die Leistungserbringung gewesen sei. Der Rahmenvertrag, gültig ab 01.11.1981, sei erstmals gegenüber der Landesinnung Bayern für Orthopädie-Technik zum 31.12.2002 gekündigt worden, jedoch wegen fehlender abschließender Neuverhandlung Grundlage der bisherigen vertraglichen Zusammenarbeit. Er werde gegenüber der Landesinnung erneut zum 31.12.2008 und auch gegenüber der Klägerin fristgerecht zum 31.12.2008 gekündigt. Sofern bis 01.01.2009 kein neuer Vertragsabschluss erfolge, werde die Versorgung von Versicherten zu den Bedingungen des gekündigten Vertrages angeboten.

Nachdem die Krankenkassen gemeinsam festgestellt hatten, dass entsprechend den Empfehlungen der maßgeblichen Vereinigungen (u.a. Deutsche ILCO e.V.) die Ausschreibung von Verträgen für die Stoma-Versorgung nicht zweckmäßig sei, gaben sie nach [§ 127 Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) ihre Absicht, für diesen Bereich Verträge zu schließen, am 26.08.2008 im Internet öffentlich bekannt. Gleichzeitig wurde mit der Bekanntmachung ein Vertragsentwurf veröffentlicht.

Gegenstand des Vertragsentwurfs zwischen dem Fachverband für Orthopädie-Technik und Sanitätsfachhandel Bayern e.V. und den Krankenkassen war die Versorgung der Versicherten der Beklagten mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen, die für die Stoma-Versorgung im Rahmen der Produktgruppe 29 und bei der Urostomie im Rahmen der Produktgruppen 15.25.05. bis 15.25.07 (= Stomaartikel) des Hilfsmittelverzeichnisses nach [§ 139 SGB V](#) unter Berücksichtigung des Medizinproduktegesetzes (MPG), der Medizinproduktebetreiber-Verordnung (MPBetreibVO) und des Wirtschaftlichkeitsgebotes ([§ 12 SGB V](#)) benötigt werden (§ 1 des Vertrages). Der Geltungsbereich erstreckte sich auf alle Leistungsträger - sowohl Mitglieder des Fachverbandes als auch Nichtmitglieder -, die ihren Beitritt zum Vertrag erklärten (§ 2). Des Weiteren sah der Entwurf u.a. in § 4 vor, dass der Leistungserbringer eine qualitätsgesicherte Stoma-Versorgung für die Versicherten der Krankenkassen gemäß Anlage 1 leistet. Die Anlage 2 des Vertragsentwurfes sah vor, dass die nach diesem Vertrag erbrachte Leistung durch eine Monatspauschale vergütet wird, die nicht nur den Monatsbedarf an Hilfsmitteln abdecken soll, sondern auch die Beratungsleistungen mitvergütet (§ 2 des Vertrages).

Am 09.02.2009 schlossen die ehemals beklagten Krankenkassen mit der EGRO-Service-GmbH einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen für die Stoma-Therapie (im Folgenden: Stoma-Vertrag), entsprechend dem bekannt gemachten Vertragsentwurf, ab. Bis 01.04.2009 wurden mit zwei in Hessen und Hamburg ansässigen Betrieben neue Verträge über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stomatherapie geschlossen und der Klägerin sowie anderen Hilfsmittelerbringern als Voraussetzung für die Fortführung der bisherigen Versorgung der Beitritt zu einem dieser Verträge angeboten. Es wurden weitere Verträge mit einzelnen Leistungserbringern abgeschlossen, die regional, aber auch überregional tätig sind.

Die Verträge sehen vor, dass Stomahilfsmittel nur von Angehörigen eines Pflegeberufs mit abgeschlossener Berufsausbildung abgegeben werden dürfen und darüber hinaus jeder beteiligte Betrieb mindestens eine Fachkraft für Stomatherapie mit einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit von 20 Stunden beschäftigen muss. Für die Anerkennung als Fachkraft für Stomatherapie wird eine Weiterbildung nach den Richtlinien des privatrechtlich organisierten Berufsverbandes "DVET Fachverband Stoma und Inkontinenz e.V." vorausgesetzt, für die mindestens 700 Unterrichtsstunden vorgesehen sind und die ausschließlich Angehörigen von Pflegeberufen mit abgeschlossener Berufsausbildung nach regelmäßig zwei Jahren Berufserfahrung offen steht.

Die Klägerin ist dem Vertrag nicht beigetreten. Sie ließ am 22.03.2009 Klage zum Sozialgericht (SG) München erheben (Az.: [S 47 KR 291/09](#)) mit dem Ziel, dass die beklagten Krankenkassen in Bayern (u.a. die jetzige Beklagte) zum Abschluss eines Vertrages über die Abgabe von Hilfsmitteln zur Stomatherapie auch ohne Beschäftigung eines nach den Richtlinien des DVET-Fachverbandes weitergebildeten Stomatherapeuten verpflichtet seien. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Regelungen über das Erfordernis und die Anstellung eines Stoma-Therapeuten seien nichtig, jedenfalls aber rechtswidrig. Die Klägerin habe Anspruch darauf, dem Vertrag beizutreten, ohne die in § 4 Abs. 2 in Verbindung mit Anlage 1 geforderten personellen Voraussetzungen, soweit sie über die bisher geltenden hinausgingen, erfüllen zu müssen.

Mit Urteil vom 01.04.2009 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, nach Beitritt zum Stoma-Vertrag wäre die Klägerin nicht berechtigt gewesen, die Versicherten der Beklagten zu versorgen und entsprechend dem Stoma-Vertrag abzurechnen, ohne einen Stoma-Therapeuten zu beschäftigen bzw. einen Mitarbeiter zur Ausbildung zum Stoma-Therapeuten anzumelden. Dies folge unmittelbar aus den §§ 9 und 4 des Stoma-Vertrages in Verbindung mit dessen Anlage 1. Die dort enthaltene Verpflichtung der Leistungserbringer sei weder nichtig noch rechts- oder verfassungswidrig.

Das Bayer. Landessozialgericht (LSG) wies die Berufung mit Urteil vom 30.11.2010 zurück (Az.: [L 4 KR 200/09](#)). Die Klägerin habe keinen Anspruch darauf, dem Stoma-Vertrag beizutreten, ohne einen Stoma-Therapeuten anzustellen bzw. einen Mitarbeiter zur Weiterbildung anzumelden. Die Beklagten seien berechtigt, in den Verträgen auch Qualitätsanforderungen zu stellen. Davon sei die streitige Anstellung eines Stoma-Therapeuten bzw. Weiterbildung eines Mitarbeiters zum Stoma-Therapeuten gedeckt. Bei der Qualität der Versorgung und Produkte müssten mindestens die im Hilfsmittelverzeichnis (HMV) festgelegten Anforderungen erfüllt werden. Es ergebe sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut des [§ 127 Abs. 2 SGB V](#), dass die Vertragsparteien berechtigt seien, Qualitätsanforderungen zu stellen. Die Ermächtigung in [§ 127 Abs. 2 S. 1 SGB V](#) zur Regelung der Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln und deren Abrechnung und der damit eingeräumte Regelungsspielraum werde grundsätzlich dem Parlamentsvorbehalt und dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot gerecht. Bezüglich der Regelung über das Erfordernis und die Anstellung eines Stoma-Therapeuten liege auch kein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor, da die Forderung der Beklagten nach der Anstellung eines Stoma-Therapeuten eine sachlich gerechtfertigte Qualitätsanforderung darstelle. Ferner stelle diese Forderung der Beklagten auch keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin dar, da sie von allen Leistungsträgern auf dem Stoma-Versorgungssektor zu erfüllen sei. Auch sah der Senat das Grundrecht der Klägerin aus [Art. 12 Grundgesetz \(GG\)](#) als nicht verletzt an. Über die wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage, ob gesetzliche Krankenkassen Qualitätsanforderungen an besondere Versorgungen stellen dürfen, die nicht durch das HMV als

Qualitätskriterium festgelegt sind, zugelassene Revision entschied das Bundessozialgericht (BSG) mit Urteil vom 21.07.2011 (Az.: [B 3 KR 14/10 R](#)). Das BSG stellte fest, dass die Beschäftigung von Stoma-Therapeuten keine Voraussetzung für den Vertragsabschluss über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stoma-Therapie sei. Auch bei einer Zulassung durch Vertrag könne der Zugang zur Hilfsmittelversorgung nicht von fachlichen Anforderungen abhängig gemacht werden, die über die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen für die Hilfsmittelabgabe hinausreichten. Für die Erfüllung der gesetzlichen Beratungspflichten sei ein Hilfsmittellieferant regelmäßig geeignet, wenn er ausreichend über Eigenschaften und Verwendung der von ihm abzugebenden Hilfsmittel informieren könne. Das BSG kam zu dem Ergebnis, dass Hilfsmittel zur Stomatherapie auch von Betrieben abgegeben werden können, die keine Stomatherapeuten in einem Umfang von mindestens 20 Wochenarbeitsstunden beschäftigen. In der Sache unzulässig sei deshalb sowohl das Verlangen, dass jeder an der Stomaversorgung teilnehmende Leistungserbringer einen Stomatherapeuten in einem Umfang von mindestens 20 Wochenarbeitsstunden zu beschäftigen habe, als auch die vertragliche Anbindung der Abgabe von Hilfsmitteln zur Stomatherapie an alle der in der Weiterbildungsordnung des DVET-Fachverbandes vorgesehenen Inhalte. Zwar könne die Weiterbildung für eine pflegerische Berufsausrichtung durchaus sinnvoll sein, für die Hilfsmittelabgabe seien die Anforderungen indes weit überzogen.

In parallel laufenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtete das LSG mit Beschluss vom 28.12.2009 ([L 4 KR 439/09 ER](#)) die Antragsgegnerinnen - u.a. die Beklagte - vorläufig, der Antragstellerin und Klägerin bis zur Entscheidung der Hauptsache, längstens bis 30.06.2010, zu gestatten, die Versicherten der Antragsgegner mit Hilfsmitteln und Verbandsmitteln zur Stoma-Versorgung nach Maßgabe des Vertrages der Beklagten "über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stoma-Therapie" zu versorgen, ohne dafür Stoma-Therapeuten abzustellen oder einen Mitarbeiter zur Weiterbildung zum Stomatherapeuten anzumelden. Der Entscheidung lag eine umfassende Abwägung der zur erwartenden Nachteile einer positiven oder negativen Entscheidung zugrunde, unter Berücksichtigung insbesondere eines eventuellen wirtschaftlichen Schadens der Klägerin.

Mit Beschluss vom 21.06.2010 ([L 4 KR 232/10 ER](#)) verlängerte das LSG die Anordnung bis 31.12.2010. Mit Beschluss vom 30.12.2010 wurde die Beschwerde gegen einen Beschluss des Sozialgerichts vom 29.12.2010 zurückgewiesen und damit eine Verlängerung der Versorgung über den 31.12.2010 hinaus abgelehnt ([L 5 KR 513/10 B ER](#)). Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sah der Senat als nicht gegeben an. Durch die sachlich begründete Forderung eines Stomatherapeuten hätten die Antragsgegnerinnen den gesetzlichen Rahmen nicht verlassen.

Die Klägerin machte mit Schreiben vom 19.02.2013 Schadensersatzansprüche wegen rechtswidrigen Ausschlusses von der Stoma-Versorgung für die Zeit ab 01.01.2011 bis November 2011 in Höhe von zunächst insgesamt 53.110,50 EUR geltend (Streitwert: 50.303.- EUR). Dies betreffe ebenso den Ausschluss der Akquirierung von Neukunden in den Jahren 2009 bis 2011 als auch die Anwaltskosten. Unter Auflistung der nichtabgerechneten Patienten zwischen 01.01.2011 und 31.01.2012 wurde von der Beklagten der o.g. Betrag gefordert. Der Anspruch wurde gestützt auf eine Pflichtverletzung aus vorvertraglichem Schuldverhältnis nach [§ 69 SGB V](#) i.V.m. [§§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1](#) und [241 Abs. 2](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Die Vertragskompetenz umfasse nicht einseitiges Verlangen; es hätte ein Kontrahierungszwang bestanden.

Die Beklagte wies die Schadensersatzforderung mit Schreiben vom 28.02.2013 zurück. Sie sah keine Rechtsgrundlage eines Schadensersatzbegehrens. Verschuldenshaftung komme dann nicht in Betracht, wenn Vertragsinhalte erst zu verhandeln seien.

Am 10.07.2013 hat die Klägerin Klage zum SG B-Stadt erhoben und ihr Begehren auf Schadensersatz aus Pflichtverletzung aus vorvertraglichen Schuldverhältnis in Höhe der durch die Klägerin unterbliebenen Versorgung von Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung mit Stoma-Hilfsmitteln weiter verfolgt. Geltend gemacht werde der entgangene Rohgewinn, für dessen Ausgleich sich die Beklagte seit 07.03.2013 in Verzug befindet. Es hätten Verhandlungen stattgefunden; beispielhaft durch die Auflistung für vier Patienten werde der zu ersetzende Schaden geltend gemacht.

Demgegenüber hat die Beklagte ausgeführt, dass erst der Feststellungsantrag in der Revisionsbegründung (Az. [B 3 KR 14/10 R](#)) Erfolg gehabt habe. Vertragsverhandlungen von Seiten der Klägerin hätten nicht vorgelegen; ein Schuldverhältnis sei daher nicht entstanden. Ebenso wenig sei die Forderung nach Schadensersatz wegen eines entgangenen Gewinns nachvollziehbar. Eine Aufforderung zu Vertragsverhandlungen habe von Seiten der Klägerin nie stattgefunden. Ein individueller Schadensersatz im Einzelfall könne nicht auf allgemeine Erwägungen wie dem mutmaßlichen Verhandlungsverlauf zwischen anderen Vertragspartnern abgeleitet werden.

Vor dem SG hat die Klägerin beantragt, 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 31.932,82 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 07.03.2013 zu zahlen; 2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 644,50 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 18.11.2015 abgewiesen. Ein Schadensersatzanspruch nach [§ 69 SGB V](#) i.V.m. [§§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1](#) und [241 Abs. 2 BGB](#) wäre dann nur begründbar, wenn die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, ein Vertragsangebot von Seiten der Klägerin anzunehmen. Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Wie die Vorinstanzen bestätigt hätten (Urteil des SG B-Stadt vom 01.04.2009, a.a.O., Urteil des LSG vom 30.11.2010, a.a.O.), habe kein Anspruch auf Abschluss eines bestimmten Vertrages ohne Stoma-Therapeuten bestanden. Erst durch die Entscheidung des BSG vom 21.07.2011 sei festgestellt worden, dass die Beschäftigung von Stoma-Therapeuten keine Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stoma-Therapie sei. Vertragsverhandlungen seien von Klägerinnenseite der Beklagten nie angeboten worden. Den Streitwert hat das SG auf 31.932,82 EUR festgesetzt.

Mit der Berufung zum LSG hat die Klägerin den Schadensersatzanspruch weiter verfolgt. Zur Begründung hat sie insbesondere ausgeführt: (1) [§ 127 Abs. 2 S. 3 SGB V](#) in der Fassung des GKV-WSG verlange kein Angebot, sondern ermögliche "interessierte(n) Leistungserbringer(n) sich in die Verhandlungen einbringen zu können" (Begründung zum GKV-WSG zu § 127 Abs. 2). Die Verhandlungen über den neu zu vereinbarenden Rahmenvertrag zwischen dem Fachverband und der Landesinnung hätten infolge der Bekanntmachung der Beklagten vom 26.08.2008 stattgefunden, seien jedoch gescheitert. Die Klägerin sei damals bereits Mitglied des Fachverbandes gewesen und sei somit durch den Fachverband bei den Verhandlungen vertreten gewesen. Der Ehemann der Inhaberin der klägerischen GmbH, Herr G., habe seinerzeit als Mitglied des Vorstandes der Landesinnung an den Verhandlungen mit der AOK teilgenommen. Die Klägerin habe sich somit in

die Verhandlungen eingebracht mit dem Ziel, einen Vertrag prinzipiell wie bisher ohne Stomatherapeuten abzuschließen. Wie Herr G. hätte sich auch eine Vielzahl von Betrieben geäußert. Dadurch sei ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet worden. Der tatsächliche Vorgang sei ausreichend. Hierfür wurde Zeugenbeweis angeboten.

(2) Dem Vertrag "mit" Stomatherapeuten habe die Klägerin ab 01.04.2009 beitreten können. Eine Alternative habe die Beklagte den Leistungserbringern erst gestellt, nachdem das BSG am 21.07.2011 gegen die Beklagte entschieden habe. Die Verweigerung der Beklagten sei rechtswidrig gewesen. In einem vorprozessualen und auch prozessualen Verlangen auf Abschluss eines Vertrages ohne Stomatherapeuten liege gleichzeitig ein Antrag der Klägerin auf Vertragsverhandlungen über einen Vertrag ohne Stomatherapeuten. Diese folge aus den Begleitumständen und der Interessenlage sowie den prozessualen Anträgen. Die Beklagte habe zu keiner Zeit signalisiert, dass sie bei "lukrativen Preisangeboten" (Schriftsatz vom 15.09.2014, S. 2) von ihrer Haltung Abstand nehmen würde. Einen Vertragsabschluss ohne vertragliche Auflage, einen Stomatherapeuten zu beschäftigen, habe die Beklagte kategorisch abgelehnt. Wenn die Beklagte Vertragsverhandlungen über die Auflage des Stomatherapeuten strikt ablehnte, die Klägerin aber gerade einen solchen Vertrag - mit Berechtigung - abschließen wollte, brauche sie ein solches unter den gegebenen Umständen sinnloses Angebot gar nicht erst abzugeben, um ihre Schadensersatzansprüche begründen zu können ([§ 242 BGB](#)). Mit der Klage vom 27.03.2009 habe die Klägerin ausreichend ihren Anspruch auf Abschluss eines Vertrages ohne Stomatherapeuten geltend gemacht. Auch hierfür wurden Zeugen benannt.

(3) Soweit das SG angenommen habe, dass die Beklagte aufgrund der Entscheidungen des SG und des LSG nicht verpflichtet gewesen sei, ein Vertragsangebot von Seiten der Klägerin anzunehmen, sondern erst nach Entscheidung des BSG, sei dies nicht zutreffend. Zwar habe die Klägerin keinen Anspruch gemäß [§ 127 Abs. 2 S. 3 SGB V](#) auf Vertragsabschluss gehabt, jedoch einen Anspruch auf Vertragsverhandlungen (BSG, SozR 4-2500 § 126 Nr. 2 Rn. 22-24, 29), um die Beteiligung an der Versorgung der Versicherten nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien im Rahmen der jeweils geltenden Vorgaben einzuräumen. Mit dem einseitigen Verlangen eines Stomatherapeuten als einer der Voraussetzungen zur Hilfsmittelabgabe habe die Beklagte diesen Teilnahmeanspruch der Klägerin in unzulässiger Weise eingeschränkt (vgl. auch BSG SozR 4-2500 § 126 Nr. 3). Die Beklagte habe einem Kontrahierungszwang unterlegen, weil anders ein rechtmäßiges Verhalten nicht möglich gewesen sei (BSG SozR 4-2500 § 126 Nr. 2, Rn. 21 m.w.N.). In der Verweigerung des Vertragsabschlusses liege die Pflichtverletzung. Die Beklagte habe jede Verhandlung verweigert.

(4) Dass die Auflage rechtswidrig gewesen sei, habe die Beklagte zu vertreten: Der Prozessbevollmächtigte hat für die Klägerin argumentiert, die Beklagte hätte bei sorgfältiger Prüfung erkennen müssen, dass die verlangte Ausbildung der mit der Stomaversorgung bei der Klägerin befassten Person zum Stomatherapeuten nicht mehr eine Fortbildung im Sinne des [§ 126 Abs. 1 S. 2 SGB V](#) sei, sondern eine Weiterbildung im Sinne einer Spezialisierung. Eine Weiterbildung könne die gesetzliche Krankenkasse aber nicht einseitig in Verträgen nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) verlangen. Die Beklagte habe jegliche Prüfung unterlassen. Die Vorfrage, ob die Klägerin zur Stomaversorgung geeignet gewesen sei, bezeichne ein rechtlich selbstständiges Rechtsverhältnis, aus dem gegenseitige Rechte und Pflichten erwachsen, deren Verletzung gemäß [§ 280 Abs. 1 BGB](#) analog zum Schadensersatz verpflichte. Der Verschuldensmaßstab ergebe sich aus [§ 276 BGB](#) analog (vgl. Grundmann, in: Münchner Kommentar (MüKo), BGB, 7. Aufl. 2016, § 276 Rn. 6). Das Verschulden der Beklagten werde analog [§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB](#) vermutet. Selbst wenn man ihr einen Rechtsirrtum zugestehen wollte, müsse die Beklagte dafür einstehen, weil sie fahrlässig eine unzutreffende Rechtsposition eingenommen habe (Palandt (Pal.)-Grüneberg, 75. Aufl. 2016, § 276 Rn. 22). Das SG irre, wenn es annehme, das Verschulden scheide bei der Beklagten aus, weil sie in den zwei unteren Instanzen Recht bekommen habe und erst vor dem BSG unterlegen sei. Fehle ein besonderes Interesse an sofortiger Rechtsdurchsetzung, handele schon bei einem recht geringen Maß an Rechtsunsicherheit schuldhaft, wer dennoch die Gefährdung sich realisieren lasse (MüKo-Grundmann, a.a.O., Rn. 73 ff; Erman/H.P. Westermann, BGB, 13. Aufl. 2011, § 276 Rn. 14) - hier durch Versagung des Vertrages ohne Stomatherapeuten. Außerprozessual sei von Sicherheit in der Rechtsfrage erst auszugehen, wenn die Auffassung zur Frage praktisch einhellig sei. Davon habe vorliegend nicht die Rede sein können. Selbst bei Unterstellung einer unklaren Rechtslage bei Fehlen einer etablierten herrschenden Meinung hätte sich die Beklagte auf eine ungünstige Beurteilung durch ein Gericht einzustellen und eine höchstrichterliche Entscheidung abzuwarten gehabt.

Die Beklagte hat nochmals auf den Verfahrensablauf hingewiesen. Im Rahmen von Vertragsverhandlungen mit den Leistungserbringern und Leistungserbringerverbänden, die sich auf die Bekanntmachung der vormals beklagten Krankenkassen vom 26.08.2008 gemeldet hatten, hätten Versorgungsverträge abgeschlossen werden können. Dieser sei von der Beklagten nach [§ 127 Abs. 2 a SGB V](#) als sog. Beitrittsvertrag im Internet veröffentlicht worden. Die dort genannte Voraussetzung habe die Klägerin nicht erfüllt. Der Antrag der Klägerin im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sei auf Beitritt zu diesem Vertrag zu gleichen Bedingungen gerichtet gewesen, jedoch ohne den Stomatherapeuten anstellen zu müssen. Der Antrag im Klageverfahren habe gelautet, festzustellen, dass die Klägerin nach Beitritt zum Stoma-Vertrag berechtigt sei, entsprechend dieses Vertrages zu versorgen und abzurechnen, ohne eine Stomatherapeuten beschäftigen bzw. einen Beschäftigten zu entsprechender Weiterbildung anmelden zu müssen. Im Berufungsverfahren vor dem LSG sei beantragt worden, festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet seien, mit der Klägerin einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) für die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stomatherapie ohne die Beschäftigung eines Stomatherapeuten bzw. Anmeldung eines Mitarbeiters zur Weiterbildung als Stomatherapeut abzuschließen. Erst beim BSG sei dieser Antrag auf ausdrücklichen Hinweis des BSG insoweit umgestellt worden, dass er nicht mehr die unbedingte Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages mit bestimmten Vertragsbedingungen beinhalte, sondern festzustellen, dass die Beschäftigung von Stomatherapeuten keine Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen für die Stoma-Therapie sei. Erst in dieser Form habe die Revision Erfolg gehabt.

Die Beklagte hat auf [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#) verwiesen, nach dem die Vorschriften des BGB nur entsprechend gelten, soweit sie den Vorgaben des SGB V nicht widersprechen - bzw. den Rechtsprinzipien der Sozialgesetzbücher.

(1) Die Beklagte bezweifle, dass auch die Vertragsverhandlungen von einem Dachverband eine schuldrechtliche Beziehung im Sinne des [§ 311 Abs. 2 BGB](#) begründen können. Im Übrigen stelle [§ 127 SGB V](#) ein systematisch geschlossenes System dar, wie Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zustande kommen könnten. Eine mittelbare, für Dritte wirkende Vertragsanbahnung durch Leistungserbringerverbände sei nicht vorgesehen. Beitritte seien nur individuell für den einzelnen Leistungserbringer möglich.

(2) Die Klägerin erfülle die Voraussetzungen dafür, dass ein Schuldverhältnis zwischen ihr und der Beklagten entstehe, nicht. Individuelle Vertragsverhandlungen im Rahmen des [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) habe die Klägerin nicht eingeleitet. Sie habe zu keinem Zeitpunkt auf die veröffentlichte Vertragsabsicht reagiert. Lose Kontakte wie auch die Teilnahme des Ehemanns der Geschäftsführerin der Klägerin im Rahmen der Verhandlungen des Fachverbandes genügten für die Aufnahme von Vertragsverhandlungen nicht (Pal.-Grüneberg, a.a.O., § 311

Rn. 22).

(3) Es sei auch nicht ersichtlich, welche Pflichten die Beklagte gegenüber der Klägerin verletzt haben solle. Das Schuldverhältnis nach [§ 311 Abs. 2 BGB](#) begründe keine Primärpflichten. Die Pflichten ergäben sich aus [§ 241 Abs. 2 BGB](#). Schuldverhältnis sei dasjenige aus der Ankündigung der Vertragsabsicht nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#). Es gebe kein Recht darauf, einen Vertrag zu bestimmten Bedingungen abschließen zu können.

(4) Da bereits kein Rechtsverhältnis bestehe, aufgrund dessen die Klägerin Ansprüche geltend machen könne, erübrige sich ein Eingehen auf die weitere Argumentation zur Pflichtverletzung und zum Verschulden.

In Erwiderung hierzu hat die Klägerin ausgeführt (Schriftsatz vom 02.05.2016), dass ein vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen sei. Sie hat auf die Klage vom 20.03.2009 und den Eilrechtsschutz verwiesen. Sie hätte auch nicht auf die im Internet bekanntgemachte Vertragsabsicht gemäß [§ 127 Abs. 2 S. 3 SGB V](#) reagieren müssen; sie sei grundsätzlich frei, wegen eigener Vertragsvorstellungen mit der Beklagten zu verhandeln. [§ 127 Abs. 2 S. 3 SGB V](#) sehe keine Ausschlussfrist für Verhandlungen nach Bekanntgabe einer Vertragsabsicht (hier: 30.09.2008, 12.00 Uhr) vor. Leistungserbringer müssten Verträge nach [§ 127 Abs. 2 a SGB V](#) gerade nicht beitreten, es bestehe nur ein Beitrittsrecht. Die Krankenkasse hätten nicht eigenmächtig in einem Vertrag nach [§ 127 SGB V](#) Bedingungen stellen dürfen, für die sie keine Vertragskompetenz besitzen. Die Verweigerung der Beklagten zu einem Vertragsabschluss sei daher rechtswidrig. Es sei nicht zutreffend, es hätten zwischen den Parteien letztlich nur unverbindliche Gespräche stattgefunden. Der Zeuge S. habe einen Vertrag ohne Stomatherapeuten gegenüber dem Prozessbevollmächtigten auch bereits vor dem Gerichtsverfahren abgelehnt.

Der Fachverband als Vertragspartei sei auch wegen dieser Verweigerungshandlung nicht zum Abschluss gekommen. Die Klage sei als Musterklage geführt worden, an der sich der Fachverband beteiligt habe. Die Beklagte habe jedoch ihre Auflage um jeden Preis durchsetzen wollen.

Der Klageanspruch lasse sich auch auf eine Pflichtverletzung der Beklagten im Sinne des [§ 280 Abs. 1 BGB](#) stützen, weil sie das geschuldete Pflichtenprogramm des [§ 241 BGB](#) verletzt habe. Verletzt worden sei die Pflicht, die Rechtsgüter der Klägerin zu berücksichtigen. Rechtsgut sei die Freiheit der Berufsausübung. Die Parteien hätten bei Beginn der Auseinandersetzung bereits seit zwölf Jahren in laufender Geschäftsverbindung gestanden. Die Beklagte hätte die Klägerin daher an den verlangten Verhandlungen über den Abschluss eines Versorgungsvertrages ohne Stomatherapeuten beteiligen müssen. Die Beklagte habe sich stattdessen verweigert - durch alle Instanzen. Der eingeklagte Vertrag (ohne Stomatherapeuten) wäre ohne die Verweigerungshaltung der Beklagten auch abgeschlossen worden. Die Beklagte hafte daher für die bei der Klägerin eingetretenen wirtschaftlichen Folgen u.a. des Kundenverlustes. Die Beklagte habe die Pflichtverletzung auch zu vertreten ([§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB](#)). Die Beklagte habe hier einen Entlastungsbeweis zu führen, was ihr nicht gelungen sei. Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen sei anzumerken, dass die rechtswidrige Pflichtverletzung für die Beklagte vermeidbar gewesen sei im Sinne einer Fahrlässigkeit. Bis zur Ablösung des sog. Zulassungsregimes durch das GKV-WSG ab 01.04.2007 hätten auch die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer im Zusammenhang mit den Vertragsinhalten Geltung erhalten ([§ 127 Abs. 2 SGB V a.F.](#)). Bis zum 31.03.2007 hätten die Krankenkassen keine derartige Vertragskompetenz besessen. Der mit einer eigenen Rechtsabteilung ausgestatteten Beklagten sei zweifellos bewusst gewesen, dass zwischen Fortbildung und Weiterbildung zu unterscheiden sei und die verlangte Zusatzqualifikation als Stomatherapeut begrifflich eine Weiterbildung zum Inhalt habe, die [§ 127 Abs. 2 SGB V](#), in dem es "Fortbildung" heiße, nicht erfasse.

Die Beklagte hat darauf hingewiesen, dass von der Klägerin die verschiedensten handelnden Personen in ihren jeweiligen Rollen und Vertretungsbefugnissen nicht klar abgegrenzt würden. Sie hat nochmals darauf verwiesen, dass die Beklagte mit der Klägerin keine individuellen Vertragsverhandlungen geführt habe. Es sei auch nach Darstellung der Klägerin nur um eine Vertragsanbahnung im Sinne von [§ 311 Abs. 2 Nr. 1 SGB V](#), also um einen Beitritt, gegangen. Alle darüber hinausgehenden Ausführungen über Mutmaßungen der Motivlage des Geschäftsführers oder anderer Personen, die an ähnlichen Vertragsverhandlungen beteiligt gewesen seien, führten an der Sache vorbei. Unzutreffend sei auch, dass die Beklagte den mit Schriftsatz vom 20.03.2009 eingeklagten Vertrag (ohne Stomatherapeuten) mit der Klägerin nach der Niederlage beim BSG abgeschlossen habe. Richtig sei vielmehr, dass ein in wesentlichen Punkten, nämlich dem Inhalt der Leistungen und der Höhe der Vergütung anderer Vertrag abgeschlossen worden sei. Der Klageantrag sei umgestellt worden; es habe nur ein Anspruch bestanden, Vertragsverhandlungen zu führen - nicht auf Abschluss eines bestimmten Vertrags. Ob der Vertrag zustande komme, habe den Vertragsparteien oblegen. Die Beklagte habe keinen Schadensersatz dafür zu zahlen, dass die Klägerin mit ihr keine Vertragsverhandlungen über Vertragsinhalte und Höhe der Vergütung eines Vertrages ohne Stomatherapeuten aufgenommen habe.

Die Klägerin hat erwidert, ein gesetzliches Schuldverhältnis nach [§ 311 Abs. 2 BGB](#) verlange weder ein Angebot zur Vertragsanbahnung noch eine Anzeige oder einen Antrag, sondern regle nur, wodurch und wann zwischen den Parteien ein gesetzliches Schuldverhältnis zustande komme. Die Klägerin sei in den Verhandlungen durch den Fachverband vertreten worden. Sowohl die Frage des Prozessbevollmächtigten gegenüber dem Zeugen S. nach einem Vertrag ohne Stomatherapeuten als auch der Antrag auf Eilrechtsschutz und die Klage implizierten das Verlangen, einen Vertrag ohne Stomatherapeuten abzuschließen. Der Beklagten sei bekannt gewesen, dass sie einen Vertrag wie bisher ohne Stomatherapeuten abschließen wollte. Es obliege nicht der Beklagten, durch die Ablehnung von Verhandlungen über das von ihr zu Unrecht gestellte Erfordernis eines Stomatherapeuten das Zustandekommen eines Schuldverhältnisses im Sinne des [§ 311 Abs. 2 BGB](#) zu verhindern. Es komme auch nicht auf ein explizites Angebot an, da die Beklagte definitiv nicht mehr bereit gewesen sei, Verträge ohne Stomatherapeuten zu schließen. Es sei unredlich ([§ 242 BGB](#)), wenn die Beklagte sich jetzt auf die angeblich fehlende Aufnahme von Verhandlungen berufe, obwohl sie zuvor Verhandlungen über einen Vertragsabschluss ohne Stomatherapeuten in einer Weise abgelehnt habe, die das Verlangen nach der Aufnahme von Verhandlungen sinnlos erscheinen lassen müssen. Die Klägerin stütze den Schadensersatzanspruch auch darauf, dass die Beklagte die Verpflichtung, Vertragsverhandlungen aufzunehmen, ohne triftigen Grund verletzt habe, und zwar nicht nur gegenüber der Klägerin und denjenigen Betrieben, die Eilrechtsschutz beantragt hätten, sondern gegenüber allen Betrieben, mit denen sie häufig schon über viele Jahre, so auch mit der Klägerin, in dauernder Geschäftsbeziehung stehe ([§§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 2 BGB analog](#)).

Im weiteren Verlauf war zwischen den Beteiligten vor allem streitig, ob im Rahmen der [§§ 126, 127 SGB V](#) Analogien zum BGB möglich oder Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung von Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis mit dem Ordnungs-

und Vertragssystem des SGB V grundsätzlich vereinbar sind. Ferner sind nochmals Argumente zum Vorliegen eines (vorvertraglichen) Schuldverhältnisses und zur Pflichtverletzung ausgetauscht worden.

Die Beklagte hat zu der von der Klägerin angeführten Entscheidung des BSG vom 24.01.2008 (BSG, SozR 4-2500 § 132 a Nr. 4) ausgeführt, dass sich hieraus für den vorliegenden Fall keine Schlussfolgerungen ergebe. Diese Entscheidung sei zur Vertragsanbahnung im Rahmen der häuslichen Krankenpflege nach [§ 132 a SGB V](#) ergangen. Die Klägerin übersehe, dass hier tatsächlich andere gesetzliche Voraussetzungen und ein entsprechender Rahmenvertrag mit Regelungen zum Vertragsabschluss einzelner Pflegedienste existierten. Im Übrigen spreche das BSG von einer schuldhaften Verletzung von Pflichten einer vorvertraglichen Rechtsbeziehung. Die Beklagte vermöge dies nicht zu erkennen, wenn eine Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt sei und die Instanzgerichte die Rechtsauffassung der Beklagten teilten.

In der mündlichen Verhandlung vom 06.07.2017 ist mit den Beteiligten vor allem die Frage des Vertretenmüssens durch die Beklagte erörtert worden. Auf die Niederschrift der Sitzung wird verwiesen.

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts München vom 18.11.2015 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 31.932,82 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 07.03.2013 zu zahlen, 2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 644,50 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Hilfsweise beantragt sie, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der beigezogenen Akten der Beklagten, die Gerichtsakten des LSG sowie die Klage- und Berufungsakte hingewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch unbegründet.

Grundsätzlich ergibt sich die Eröffnung des Sozialrechtsweges nach [§ 51 SGG](#) auch bei Ansprüchen auf Schadensersatz aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, z.B. bei Nicht- oder Schlechterfüllung (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl., § 51 Rn. 9 und 39 mit Verweis auf [BGHZ 87, 9](#), 17; BGH, [NJW 1986, 1109](#)).

Ein Anspruch auf den für die Zeit vom 01.01. bis 30.08.2011 geltend gemachten Betrag in Höhe von 31.932,82 EUR ergibt sich nicht aus einem bestehenden Vertragsverhältnis, da der Rahmenvertrag gegenüber der Landesinnung und auch gegenüber der Klägerin fristgerecht zum 31.12.2008 gekündigt wurde.

Die Anordnungen in den beiden im Senat anhängigen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vom 28.12.2009 und 21.06.2010 waren auf eine vorläufige Regelung bis 31.12.2010 gerichtet. Eine Verlängerung über den 31.12.2010 hatte der 5. Senat des LSG mit Beschluss vom 30.12.2010 abgelehnt. Da die Beklagte über den 31.12.2010 hinaus eine Versorgung durch die Klägerin nicht fortführte, ist der geltend gemachte Schadensersatzanspruch auf die Zeit ab 01.01.2011 gerichtet.

Der Schadensersatzanspruch wird auf [§ 69 SGB V](#) i.V.m. [§§ 311 Abs. 2 Nr. 1](#), [280 Abs. 1](#), [241 Abs. 2 BGB](#) - sog. Anspruch nach culpa in contrahendo (c.i.c.) - bzw. auf [§ 280 Abs. 1 BGB](#) wegen Verletzung eines Dauerschuldverhältnisses gestützt.

1) Die o.g. Regelungen des BGB sind entsprechend anwendbar.

Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer richtet sich nach [§§ 126 ff SGB V](#) und somit nach öffentlichem Recht. Auf Regelungen des Privatrechts - hier nach [§ 241 ff BGB](#) - kann nur zurückgegriffen, wenn eine Regelungslücke besteht, wobei allerdings auch hier Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses zu berücksichtigen sind.

Zur Einleitung des Kapitels "Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern" regelt [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#), dass für die Rechtsbeziehungen im Übrigen die Vorschriften des BGB entsprechend gelten, soweit sie mit den Vorgaben des [§ 70 SGB V](#) und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar sind. Hieraus folgt, dass hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs insbesondere [§ 280 Abs. 1 BGB](#) und [§ 241 Abs. 2 BGB](#) entsprechend anwendbar sind (so z.B. zuletzt auch: Bayer. LSG, Ur. v. 21.07.2015, Az.: [L 5 KR 414/13](#)).

Die Klägerin macht hier eine Verletzung vorvertraglicher Rücksichts- und Sorgfaltspflichten durch die Beklagte geltend. Das BSG hat mit Urteil vom 24.01.2008 ([B 3 KR 2/07 R](#)) ausgeführt, dass eine Zahlungsklage unter dem Aspekt eines Schadensersatzanspruchs wegen fahrlässiger Verletzung vorvertraglicher Rücksichts- und Sorgfaltspflichten nach dem Rechtsinstitut der c.i.c. begründet sein könne. Ein vorvertragliches Verschulden der Beklagten ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen nicht auszuschließen. Als Anspruchsgrundlage hat das BSG insoweit auf [§ 69 SGB V](#) i.V.m. [§§ 311 Abs. 2 Nr. 1](#), [280 Abs. 1](#) und [241 Abs. 2 BGB](#) in der Fassung des zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechts-Modernisierungsgesetzes vom 26.11.2001 ([BGBl I 3138](#)) abgestellt. Auch [§ 61](#) des Zehnten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB X) verweise für öffentlich-rechtliche Verträge ergänzend auf die Vorschriften des BGB (BSG, Ur. v. 24.01.2008, SozR 4-2500 § 132 a Nr. 4, juris - insb. Rn. 20). Allerdings ist die Entscheidung ergangen zu [§§ 132, 132 a SGB V](#), also zur Versorgung mit Haushaltshilfe. Der Senat vermag jedoch nicht zu erkennen, dass hier ein Differenzierungsgrund bzgl. der Beziehungen zu Leistungserbringern von Hilfsmitteln ([§§ 126 ff SGB V](#)) und bzgl. der Beziehungen zu sonstigen Leistungserbringern ([§§ 132 ff SGB V](#)) bestehen sollte. Insbesondere ergibt sich keine spezielle Regelung für Schadensersatzansprüche aus [§§ 126, 127 SGB V](#).

2) Es liegt auch ein Schuldverhältnis nach [§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) im Sinne eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen der Klägerin

und der Beklagten vor.

Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt ([§ 311 Abs. 1 BGB](#)). Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach [§ 241 Abs. 2 BGB](#) entsteht aber u.a. auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ([§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#)). Gemeint sind dabei Vorbereitungshandlungen zum späteren Abschluss eines Vertrages, also vor allem Tätigkeiten, die zur Anbahnung eines Vertragsverhältnisses dienen wie z.B. Vorgespräche.

Am 09.02.2009 schlossen die ehemals beklagten Krankenkassen mit der EGRO-Service-GmbH einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) - Stoma-Vertrag -, entsprechend dem bekannt gemachten Vertragsentwurf zwischen dem Fachverband für Orthopädie-Technik und Sanitätsfachhandel Bayern e.V. und den beklagten Krankenkassen, ab. Bis zum März 2009 wurden zahlreiche weitere Verträge mit einzelnen Leistungserbringern abgeschlossen. Gegenstand des Vertragsentwurfs ist die Versorgung der Versicherten der Beklagten mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen, die für die Stoma-Versorgung im Rahmen der Produktgruppe 29 und bei der Urostomie im Rahmen der Produktgruppen 15.25.05. bis 15.25.07 (= Stomaartikel) des Hilfsmittelverzeichnisses nach [§ 139 SGB V](#) unter Berücksichtigung des Medizinproduktegesetzes (MPG), der Medizinproduktebetreiber-Verordnung (MPBetreibVO) und des Wirtschaftlichkeitsgebotes ([§ 12 SGB V](#)) benötigt werden (§ 1 des Vertrages). Der Geltungsbereich erstreckt sich auf alle Leistungsträger - sowohl Mitglieder des Fachverbandes als auch Nichtmitglieder -, die ihren Beitritt zum Vertrag erklären (§ 2). Des Weiteren sieht der Entwurf u.a. in § 4 vor, dass der Leistungserbringer eine qualitätsgesicherte Stoma-Versorgung für die Versicherten der Krankenkassen gemäß Anlage 1 leistet. Die Anlage 2 des Vertragsentwurfes regelt, dass die nach diesem Vertrag erbrachte Leistung durch eine Monatspauschale vergütet wird, die nicht nur den Monatsbedarf an Hilfsmitteln abdecken soll, sondern auch die Beratungsleistungen mitvergütet (§ 2 des Vertrages).

Die Klägerin hat keinen entsprechenden Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen bzw. ist dem Vertrag nicht beigetreten ([§ 127 Abs. 2 a SGB V](#)). Dennoch ist von einem vorvertraglichen Schuldverhältnis auszugehen.

Dabei ist allerdings grds. nicht auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Fachverband und den Krankenkassen abzustellen. Dass die Klägerin über den Ehemann der Inhaberin der klägerischen GmbH, Herrn G. G., für den Fachverband personell bei diesen Vertragsverhandlungen mit eingebunden war, ist für ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht ausreichend. Auch soweit die Klägerin Mitglied des Fachverbandes ist, führt dies nicht zur Berechtigung, einen eigenen Schaden aus einem Vertragsverhältnis unmittelbar gegenüber der Beklagten geltend zu machen.

Ein unmittelbares Vertragsverhältnis ist erst nach der Entscheidung des BSG vom 21.07.2011 (Az.: [B 3 KR 14/10 R](#)) zustande gekommen, nachdem das BSG festgestellt hatte, dass die Beschäftigung von Stoma-Therapeuten keine Voraussetzung für den Vertragsabschluss über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stoma-Therapie ist.

Der Antrag der Klägerin bezog sich vor dem BSG darauf, die Urteile des Bayerischen LSG vom 30.11.2010 und des SG B-Stadt vom 01.04.2009 zu ändern und festzustellen, dass die Beschäftigung von Stomatherapeuten keine Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stomatherapie ist, während in den Vorinstanzen noch beantragt war festzustellen, dass die Beklagten zum Abschluss eines Vertrages über die Abgabe von Hilfsmitteln zur Stomatherapie auch ohne Beschäftigung eines nach den Richtlinien des DVET-Fachverbandes weitergebildeten Stomatherapeuten verpflichtet sind. Allerdings hat das BSG in seiner Entscheidung klar zum Ausdruck gemacht, dass es - in berechtigter Weise - nicht um den unmittelbaren Vertragsabschluss gehen konnte, sondern nur um die Vorfrage, ob die Klägerin auch ohne eine solche Auflage "die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel" im Sinne von [§ 126 Abs. 1 S. 2 SGB V](#) erfüllt und deshalb jedenfalls dem Grunde nach Vertragspartner für den Abschluss eines Versorgungsvertrages nach [§ 127 SGB V](#) sein kann (BSG, a.a.O. - juris Rn. 8).

Zusammenfassend waren die Beziehungen der Beteiligten untereinander bis nach Abschluss des BSG-Verfahrens zwar nicht darauf gerichtet, unmittelbar zu einem Beitritt bzw. Vertrag zu gelangen, betrafen jedoch die wesentliche Vorfrage, ob der Beitritt und somit das Schuldverhältnis auch ohne Erfüllung der im Rahmenvertrag genannten Auflagen möglich ist. Insgesamt diente die Klärung dieser Vorfrage der Anbahnung des Schuldverhältnisses und unterliegt damit grundsätzlich den Regeln des [§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#).

Im Übrigen sprechen für das Bestehen eines (vorvertraglichen) Schuldverhältnisses auch die beiden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz mit den Beschlüssen des Senats, vorläufig der Antragstellerin und Klägerin bis zur Entscheidung der Hauptsache, längstens bis 30.06.2010 bzw. bis 31.12.2010, zu gestatten, die Versicherten der Antragsgegner mit Hilfsmitteln und Verbandsmitteln zur Stoma-Versorgung nach Maßgabe des Vertrages der Beklagten "über die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verbandstoffen zur Stoma-Therapie" zu versorgen, ohne dafür Stoma-Therapeuten abzustellen oder einen Mitarbeiter zur Weiterbildung zum Stomatherapeuten anzumelden.

Ein vorvertragliches Schuldverhältnis endet grundsätzlich mit dem Abbruch der Verhandlungen (Pal.-Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, § 311 Rn. 25). Dies ist aber nicht vergleichbar mit der Situation, dass die Beklagte jegliche Gesprächsbereitschaft verweigert haben sollte bzw. sich Verhandlungen verschloss bzw. die Klägerin zeitnah den Antrags- und Klageweg beschritt. Die Klägerin zeigte nämlich ihr Verlangen, zu einem vertraglichen Verhältnis mit der Beklagten zu gelangen, spätestens mit Erhebung der Klage am 22.03.2009. Zumindest in dem Zeitraum vom 01.01.2011 bis 30.08.2011, für den hier Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, bestand aufgrund des vorangegangenen einstweiligen Rechtsschutzverfahrens und des noch anhängigen Revisionsverfahrens eine vorvertragliche Beziehung zwischen den Beteiligten, die auf den Beitritt zu den Verträgen gerichtet war. Soweit sich die Beklagte dennoch auf ein fehlendes Vorgespräch beruft, verstößt sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (entsprechend [§ 242 BGB](#)), da sich die Verweigerungshaltung vor dem BSG als rechtswidrig erwiesen hat. Es muss der Beklagten auch stets bewusst gewesen sein, dass die Klägerin weiterhin an der Hilfsmittelversorgung teilhaben will - nur eben ohne Erfüllung der von den Krankenkassen geforderten Bedingung. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen aufgrund der [§§ 126, 127 SGB V](#) eine sehr starke Marktposition haben.

3) Weitgehend unproblematisch ist das Vorliegen einer Pflichtverletzung aus [§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB](#).

Aus [§ 280 Abs. 1 BGB](#) ergibt sich, dass auch im Rahmen der [§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB](#) eine Pflichtverletzung vorliegen muss, um hieraus

Ansprüche abzuleiten. Wie sich aus dem Urteil des BSG ergibt, war die Beklagte nicht berechtigt, auf der Auflage zu beharren. Sie hat damit ihre Pflicht, der Klägerin den Zugang zu einem Versorgungsvertrag zu ermöglichen, unmittelbar verletzt.

Eine Zeugeneinvernahme, wie von der Klägerin zunächst schriftsätzlich beantragt, ist hier also nicht erforderlich, da der Sachvortrag als wahr bzw. als zutreffend unterstellt wird.

4) Ein Schadensersatzanspruch scheitert jedoch an einem Vertretenmüssen der Beklagten.

Bereits das SG hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin abgelehnt, da ein Verschulden der Beklagten nicht gegeben sei. Der Senat bestätigt die Ansicht, dass die Beklagte diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, [§ 276 BGB](#) - hier in Form der Fahrlässigkeit. Dabei trägt die Beklagte die Beweislast für ein Nichtvertretenmüssen, [§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB](#).

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, [§ 276 Abs. 2 BGB](#). Hierzu verweist die Klägerin zwar zu Recht auf den Grundsatz, dass der Schuldner auch für einen Rechtsirrtum einstehen muss - allerdings nur, wenn er fahrlässig gehandelt hat. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen (Pal.-Grüneberg, a.a.O., § 276 Rn. 22). Dies gilt erst recht, wenn es sich bei dem Schuldner um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt. Er handelt schuldhaft, wenn er seine eigene Rechtsansicht zwar sorgfältig gebildet hat, mit einer abweichenden Beurteilung durch das zuständige Gericht aber ernsthaft rechnen musste (Pal.-Grüneberg, a.a.O., § 276 Rn. 22 m.w.N.; MüKo-Grundmann, a.a.O., § 276 Rn. 73; Ermann/H.P. Westermann, a.a.O., § 276 Rn. 14).

Vorliegend haben sowohl das SG als auch das LSG die Klage abgewiesen und damit der Ansicht der Beklagten Recht gegeben. Allerdings ist nach der Rechtsprechung auch dann, wenn ein Kollegialgericht die Rechtsansicht des Schuldners gebilligt hat, dieser nicht in jedem Fall entlastet (Pal.-Grüneberg, a.a.O., § 276 Rn. 22 mit Verweis z.B. auf BGH [NJW 1974, 1903](#)). Dies nämlich dann nicht, wenn er bewusst das Risiko eines Verbotsirrtums eingegangen ist oder wenn es sich um eine vorläufige Entscheidung des Gerichts handelte, wenn das Gericht das Verhalten des Schuldners aus Gründen gebilligt hat, die er selbst nicht erwogen hat oder wenn dem Schuldner ein weitgehender Beurteilungsspielraum zusteht (Pal.-Grüneberg, a.a.O., jeweils m.w.N.).

Eine derartige Ausnahmesituation bezüglich der gerichtlichen Urteilsentscheidungen liegt aber nicht vor. Vielmehr haben SG und LSG - im Ergebnis auch nach dem Urteil des BSG zutreffend bzgl. des Antrags auf Vertragsabschluss - die Klage abgewiesen. Der Senat hat wegen grundsätzlicher Bedeutung auch die Revision zugelassen. Das BSG entschied hierbei eine Rechtsfrage, die höchstrichterlich noch nicht geklärt war und die die Vorinstanzen abweichend beurteilt haben.

Dabei stand weder beim LSG noch beim BSG das von der Klägerin auch in der mündlichen Verhandlung nochmals als wesentlich vorgebrachte Argument im Vordergrund, dass die damaligen Beklagten nicht von einer 'Fortbildung', sondern von einer 'Weiterbildung' ausgegangen und Regelungen zur Weiterbildung nicht von einer Rechtsgrundlage ([§ 127 Abs. 2 SGB V](#)) gedeckt gewesen seien. Das BSG hat nämlich die Annahme der Rechtswidrigkeit sowohl hinsichtlich der Ausbildung als auch der Weiterbildung auf die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen für die Hilfsmittelabgabe gestützt und ausgeführt, dass der Zugang zur Hilfsmittelversorgung nicht von fachlichen Anforderungen abhängig gemacht werden kann, die über diese gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen hinausreichen. Das BSG sieht hinsichtlich der Weiterbildung eine Unzulässigkeit des Verlangens eines Nachweises für einen Stomatherapeuten formal darin, dass die Krankenkassen den Leistungserbringern nicht die Möglichkeit einräumen, ihre Befähigung zu einer den Anforderungen des [§ 126 Abs. 1 S. 2 SGB V](#) genügenden Versorgung mit Stomahilfsmitteln anders als durch Teilnahme an einem Kurs nach der Weiterbildungsordnung des DVET-Fachverbandes nachzuweisen (BSG, a.a.O., juris - Rn.28). Auf eine Kompetenzabgrenzung im Rahmen des [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) zwischen Fort- und Weiterbildung ist das BSG in diesem Zusammenhang nicht eingegangen. Wesentlich für die Annahme einer Unzulässigkeit des Verlangens der Krankenkassen war vielmehr, dass "in der Sache" (BSG, a.a.O., juris - Rn. 29) die Krankenkasse durch diese Vorgabe ihre gesetzlich eingeräumte Kompetenz überschritten haben und die Befugnis zur Hilfsmittelabgabe an überhöhte Anforderungen geknüpft haben (BSG, a.a.O., juris - Rn. 29 und 30). Dabei handelten die damaligen Beklagten aber nicht willkürlich, sondern waren sachlich geleitet durch die Schaffung von Qualitätsanforderungen für die Hilfsmittelversorgung.

Gerade dies war jedoch auch die Argumentation, mit der sich das LSG in seiner Entscheidung maßgeblich befasst hatte - wenn es auch zu einem anderen Ergebnis gelangt ist. Das LSG hatte unter Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut des [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) die Ansicht vertreten, dass die Vertragsparteien berechtigt seien, Qualitätsanforderungen zu stellen. Bezüglich der Regelung über das Erfordernis und die Anstellung eines Stoma-Therapeuten hatte das Gericht keine Rechtswidrigkeit gesehen, insbesondere keinen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - dies gerade vor dem Hintergrund, dass die Forderung der Beklagten nach der Anstellung eines Stoma-Therapeuten eine sachlich gerechtfertigte Qualitätsanforderung darstelle.

Da gerade dies der maßgebliche Gesichtspunkt für die Entscheidungen sowohl des LSG als auch des BSG war, ist eine schuldhaftes Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch die Beklagte ausgeschlossen. Das LSG hat gerade deswegen die Revision zugelassen, da der "Rechtsfrage, ob gesetzliche Krankenkassen bei den Verträgen nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) Qualitätsanforderungen an besondere Versorgung mit Hilfsmitteln stellen dürfen, die nicht durch das Hilfsmittelverzeichnis als Qualitätskriterien festgelegt sind oder durch das Präqualifizierungsverfahren und die Empfehlungen des Spitzenverbandes Bund nach [§ 126 Abs. 1 a SGB V](#) nicht gegeben sind" (Bayer. LSG, a.a.O.), grundsätzliche Bedeutung zugemessen wurde. Vor diesem Hintergrund kann ein fahrlässiges Verhalten der Beklagten, vor allem ihrer Rechtsabteilung, bei der sorgfältigen Prüfung der Rechtslage nicht angenommen werden.

Sie war nach dieser Entscheidung des LSG sowie der Entscheidung des Gerichts vom 30.12.2010 im einstweiligen Rechtsschutz nicht gehalten, an der bisherigen vorläufigen Versorgung über den 31.12.2010 hinaus festzuhalten.

Ein Schadensersatzanspruch nach [§ 69 SGB V](#) i.V.m. [§§ 311 II Nr. 1, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB](#) wegen Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses scheidet somit mangels Vertretenmüssens der Beklagten im Sinne des [§ 276 BGB](#) aus. Entsprechendes gilt bei Annahme einer Verletzung des bis dahin bestehenden Dauerschuldverhältnisses gemäß [§ 280 Abs. 1 BGB](#).

Der Senat kann deshalb die weitere strittige Frage hinsichtlich der Höhe des eingeklagten Schadens in Form eines positiven (Gewinn-)Interesses (31.932,82 EUR) offen lassen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197 a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)). Insbesondere liegt die Feststellung der Voraussetzungen des Verschuldens im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet (Pal.-Grüneberg, a.a.O., § 276 Rn. 47 mit Verweis auf BGH [NJW 2009, 1147](#)).

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§ 52 Abs. 3 S. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG) und richtet sich nach der konkreten Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2018-05-16