

L 16 KR 7/11 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 34 KR 1079/10 ER
Datum
21.12.2010
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 KR 7/11 B ER
Datum
15.04.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 21.12.2010 aufgehoben. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Antragstellerin so zu behandeln, als hätte die Antragsgegnerin durch das mit Schreiben vom 07.10.2010 abgegebene Angebot der Antragstellerin auf Beitritt zu dem Hilfsmittellieferungsvertrag mit der Vertragsnummer 000 zwischen den Apothekerverbänden Nordrhein und Westfalen-Lippe e. V. und u. a. dem Antragsgegner mit Wirkung ab dem 01.01.2011 den Status als Vertragspartner erlangt. Diese vorläufige Anordnung wird bis zum 31.12.2012 befristet. Die Anordnung verliert ihre Gültigkeit, wenn die Antragstellerin nicht binnen drei Monaten nach der Zustellung dieses Beschlusses in der Hauptsache Klage mit dem Ziel erhoben haben wird, aufgrund der Erklärung des Teilbeitritts zu dem vorgenannten Vertrag das Rechtsverhältnis gegenüber dem Antragsgegner feststellen zu lassen, unabhängig davon mit rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens. Im Übrigen wird die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Die Kosten des Antrags- und des Beschwerdeverfahrens tragen die Antragstellerin zu 1/5, der Antragsgegner zu 4/5.

Gründe:

I.

Streitig ist im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens, ob der Antragstellerin (Ast.) aus [§ 127 Abs. 2a](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) ein Recht auf Teilbeitritt zu einem Hilfsmittellieferungsvertrag gemäß [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) mit allen daraus erwachsenden Rechten und Pflichten zusteht.

Die Ast. ist im Bereich der Versorgung mit Hilfsmitteln, insbesondere mit Inkontinenzhilfsmitteln tätig. Der Geschäftsführer der Ast. ist in diesem Bereich bereits seit 20 Jahren tätig. Zunächst betätigte er sich als Inhaber der Firma Pflegemittelvertrieb F mit Sitz in der T-Straße 00 in C. Im Jahr 1999 erfolgte die Umwandlung des Betriebes unter Beibehaltung des Firmensitzes in eine GmbH. Bereits im Jahr 1991 erhielt der Geschäftsführer der Ast., seinerzeit noch als Inhaber des Pflegemittelvertriebes F, eine Zulassung gemäß [§ 126 SGB V](#) a. F. durch den AOK-Landesverband Rheinland, nach dem Zulassungsschreiben auch zugleich "namens und im Auftrage" des Antraggegners (Ag). Im Jahre 2003 erhielt die Ast. in Fortschreibung der seit 1990 bestehenden Zulassung zudem die weitere Zulassung zur Abgabe von Hilfsmitteln vom Verband der Angestellten-Krankenkassen e. V. (VdAK) und dem Arbeitersersatzkassenverband e. V. (AEV). Das im Jahr 2002 durch den Ag eingeleitete Verfahren auf Überprüfung der Zulassung betrieb der Ag nicht weiter, nachdem die Ast. auf die im Jahr 1991 erteilte Zulassung durch den AOK-Landesverband hingewiesen hatte. Die Ast. versorgte auch in der Folgezeit unbeanstandet auf Basis der ursprünglichen Zulassung aus dem Jahr 1991 u. a. Versicherte der Betriebskrankenkassen, die dem Ag zugehören. Mit Wirkung zum 01.01.2009 gewann sie eine Ausschreibung für einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#), aufgrund dessen sie bis Ende 2010 Versicherte der Betriebskrankenkassen mit Wohnsitz in der ausgeschriebenen Losregion mit aufsaugenden Inkontinenzhilfen versorgte. An der durchgeführten Ausschreibung hatten sich 101 Betriebskrankenkassen, darunter auch solche, die in dem Ag verbandsmäßig organisiert sind, beteiligt. Wegen des bevorstehenden Wegfalls des Versorgungsvertrages nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) zum 31.12.2010 bemühte sich die Ast. um den Abschluss neuer Versorgungsverträge, u. a. mit dem Ag. Zum dem ihr übersandten o. g. Hilfsmittellieferungsvertrag erklärte die Ast. mit Schreiben vom 07.10.2010 gemäß [§ 127 Abs. 2a SGB V](#) ihren Beitritt mit Wirkung zum 01.01.2011, da der Vertrag aus ihrer Sicht akzeptable Bedingungen für die Versorgung von Versicherten mit Inkontinenzartikeln enthielt. Der Ag akzeptierte den erklärten Beitritt jedoch nicht (Schreiben vom 13.10.2010): Es fehle der Ast. bereits an der erforderlichen Eignung nach [§ 126 SGB V](#) bzw. die Eignung sei nicht nachgewiesen. Der Beitritt könne aber auch aus anderen Gründen nicht akzeptiert werden. Im Gegensatz zu dem in dem o. g. Hilfsmittellieferungsvertrag festgelegten Abrechnungsverfahren wolle die Ast. ein davon abweichendes einsetzen. Insbesondere aber sei der erklärte Teilbeitritt nicht möglich. Dieser führe dazu, dass die Ast. den Vertrag nicht zu den gleichen Bedingungen wie die anderen Vertragspartner erfüllen könne. Der Ag verblieb trotz wechselseitiger Korrespondenz bei seiner Auffassung. Bereits vor dem Jahreswechsel

2010/2011 teilten einzelne, dem Ag angehörende Betriebskrankenkassen der Ast. mit, dass wegen eines bislang nicht vorliegenden, zur Versorgung der Versicherten über den 31.12.2010 hinaus berechtigenden Versorgungsvertrages eine Umsteuerung der Patienten ab dem 01.01.2011 notwendig sei und dass die betroffenen Patienten darüber zeitnah informiert werden sollten.

Am 10.11.2010 hat die Ast. bei dem Sozialgericht Köln im Wege eines Eilverfahrens um vorläufigen Rechtsschutz ersucht. Sie trägt zur Begründung vor, sowohl ein Anordnungsgrund als auch ein Anordnungsanspruch seien gegeben.

Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch sei [§ 127 Abs. 2a S. 1 SGB V](#). Die Voraussetzungen für den Beitritt lägen vor. Bei dem o. g. Hilfsmittellieferungsvertrag handele es sich zunächst um einen Versorgungsvertrag nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#). Es bestehe im Verhältnis zu ihr, der Ast., auch ab dem 01.01.2011 kein anderweitiger Versorgungsvertrag. Auch erfülle sie die in [§ 127 Abs. 2a S. 4 SGB V](#) i.V.m. [§ 126 Abs. 1a](#) und 2 SGB V normierten Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel. Nach [§ 126 Abs. 1a S. 2 SGB V](#) hätten die Krankenkassen von der Erfüllung dieser Voraussetzungen auszugehen, wenn eine Bestätigung einer geeigneten Stelle vorliege. Eine solche Bestätigung könne nach Durchlaufen des sog. Präqualifizierungsverfahrens erteilt werden. Ein solches Verfahren sei jedoch bislang nicht etabliert. Für sie, die Ast., bestehe deshalb derzeit keine Möglichkeit, eine solche generelle "Geeignetheitsbestätigung" in Form der Präqualifizierung zu erlangen. Eine diese ersetzende Einzelfall bezogene Eignungsprüfung durch die jeweilige Krankenkasse sei bis zum 30.06.2010 gemäß [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) entbehrlich; denn sie, die Ast., habe am 31.03.2007 über eine Zulassung nach [§ 126 SGB V](#) a. F. verfügt. Der Gesetzgeber sei seinerzeit davon ausgegangen, dass bis zu diesem Stichtag das Präqualifizierungsverfahren etabliert sei. Tatsächlich befinde es sich jedoch immer noch im Aufbau. Der GKV Spitzenverband empfehle den Krankenkassen deshalb, von der Anforderung einzelner Eignungsnachweise gänzlich abzusehen, wenn der Krankenkasse die Leistungserbringer bekannt seien (z. B. aufgrund einer Zulassung nach [§ 126 SGB V](#) a. F. oder einer Abgabeberechtigung) und sich diese in früheren Geschäftsbeziehungen als zuverlässig und leistungsfähig erwiesen hätten. Sie selbst sei seit zwanzig Jahren im Bereich der Hilfsmittelversorgung tätig. Sie habe ihre Tätigkeit bislang stets zuverlässig und unbeanstandet ausgeübt. Der Ag habe auch nichts Gegenteiliges behauptet. Wenn er sich nun darauf berufen wolle, dass es an der erforderlichen Eignung fehle, widerspreche dies nicht nur den Vorgaben des GKV-Spitzenverbandes, sondern sei zugleich treuwidrig, da nun eine reine Formalität herangezogen werden solle - Änderung des Firmennamens bzw. Umwandlung in eine GmbH, wobei Inhaber und Geschäftsführer jeweils identisch gewesen seien. Rein vorsorglich werde ergänzend die aktuell gültige TÜV-Zertifizierung der Ast. für die Beratung und Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln vorgelegt. Auch seien sowohl der Geschäftsführer der Ast. als auch vier seiner Mitarbeiter geschulte Medizinproduktberater i.S. des § 31 des Gesetzes über Medizinprodukte (MPG). Zwischenzeitlich habe sie sich im Übrigen einem weiteren Zertifizierungsverfahren unterzogen, und zwar demjenigen nach DIN EN ISO 13485:2010.

Schließlich liege auch die weitere Voraussetzung des [§ 127 Abs. 2a S. 1 SGB V](#) vor: Erfüllbarkeit des Vertrages zu gleichen Bedingungen. Es spiele insofern keine Rolle, dass sie selbst keine Apotheke betreibe. Sie könne als Einzelunternehmen einem Vertrag beitreten, dessen Vertragspartner auf Leistungserbringerseite bisher lediglich Verbände seien, wie sich aus einem Umkehrschluss aus [§ 127 Abs. 2a S. 2 SGB V](#) ergebe. Lediglich im umgekehrten Fall, dass ein Verband einem bereits bestehenden Vertrag beitreten wolle, sehe das Gesetz vor, dass auch der bestehende Vertrag durch einen Verband abgeschlossen worden sein müsse. Die apothekenspezifische Formulierung des Vertrages stehe dem Beitritt ebenfalls nicht entgegen. Auf sie, die Ast., könnten und müssten die bislang rein apothekenspezifisch formulierten Anforderungen entsprechend Anwendung finden. Ansonsten würde ein mögliches Beitrittsrecht bereits von vorneherein konterkariert. Das Beitrittsrecht sei auch nicht auf bestimmte Verträge beschränkt. Vielmehr werde schon ausweislich der gesetzlichen Regelung selbst ein Beitrittsrecht zu allen Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V gewährt. Nur ein solches Verständnis werde auch dem vom Gesetzgeber mit dem Beitrittsrecht verfolgten Zweck gerecht. Denn es solle gerade verhindert werden, dass Leistungserbringer willkürlich von ausgehandelten Verträgen i.S.v. Abs. 2 ausgeschlossen werden könnten, indem die Krankenkassen solche Verträge nur mit einem begrenzten Kreis von Hilfsmittelanbietern schlossen und der Sache nach als Lieferverträge ausgestalteten. Wolle eine Krankenkasse so verfahren, müsse sie einen Vertrag nach Abs. 1 schließen und eine Ausschreibung durchführen. Ferner enthalte der Vertrag keinerlei Formulierungen oder Anforderungen, die ausschließlich durch Apotheken erfüllt werden könnten. Die im Vertrag apothekenspezifisch formulierten Verpflichtungen ließen sich ohne Weiteres auf sie, die Ast., übertragen. Soweit der Ag außergerichtlich außerdem eingewendet habe, dass sie, die Ast., nicht am Abrechnungsverfahren gemäß [§ 300 SGB V](#) teilnehmen könne, überzeuge dies in Ansehung des Vertrages ebenfalls nicht. Zum einen beziehe sich [§ 300 SGB V](#) nur auf das Abrechnungsverfahren bei Apotheken im Hinblick auf die Abgabe von verordnungspflichtigen Arzneimitteln. Auf das für die Abgabe von Hilfsmitteln bezogene Abrechnungsverfahren nach [§ 302 SGB V](#) verweise aber der Hilfsmittellieferungsvertrag in § 7 Abs. 3 selbst und regle, dass eine Krankenkasse die Abrechnung nach dieser Norm vorsehen könne.

Schließlich sei auch der Einwand des Ag nicht von Relevanz, dass ein Teilbeitritt, beschränkt auf die Versorgung mit Inkontinenzartikeln, nicht möglich sei. Würde man einen solchen Teilbeitritt - wie hier bezogen auf einen bestimmte Produktgruppe oder auch in örtlicher Hinsicht beschränkt auf ein bestimmtes Versorgungsgebiet - generell ablehnen, könnten die Krankenkassen durch entsprechende Gestaltung ihrer Verträge einen Großteil von Leistungserbringern, die etwa auf bestimmte Produkte oder örtlich spezialisiert seien, von vorneherein von der Beteiligung an den Verträgen ausschließen und ihnen damit die Möglichkeit zur Teilnahme an der Versorgung nehmen. Mit dem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus [Art. 12 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) und dem daraus resultierenden Recht auf Zugang zum Markt sei dies nicht vereinbar. Hinzu komme, dass der hier konkret in Rede stehende Vertrag selbst nicht vorschreibe, dass jede vertraglich gebundene Apotheke jederzeit in der Lage sein müsse, jegliche Arten von Hilfsmitteln, auf die der Vertrag sich beziehe, zu liefern. Demgemäß heiße es in Anlage 1 des Vertrages folgerichtig, dass "Apotheken berechtigt" sind, die dort aufgezählten Hilfsmittel abzugeben; eine Verpflichtung zur Abgabe aller genannten Hilfsmittel dagegen erfolge gerade nicht. Zu Art und Umfang der Leistungen heiße es in § 4 Abs. 1 des Vertrages lediglich, dass diese sich nach der vertragsärztlichen Verordnung, dem Inhalt der Genehmigung durch die zuständige Krankenkasse, nach den Leistungsbeschreibungen und den Beschreibungen im Hilfsmittelverzeichnis richteten. Nach § 4 Abs. 2 des Vertrages sei die Abgabe solcher Hilfsmittel ausgeschlossen, für die ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden sei. Für diese sei allein der Leistungserbringer versorgungsberechtigt, der die Ausschreibung gewonnen habe. Es würden auch damit im Vertrag Umstände berücksichtigt, die dazu führten, dass nicht alle in der Anlage aufgeführten Hilfsmittel geliefert werden könnten.

Es gebe nach dem Vorgesagten keinen Grund, ihr, der Ast. den Beitritt zu dem fraglichen Hilfsmittellieferungsvertrag zu verweigern. Nach dem Wortlaut des [§ 127 Abs. 2a SGB V](#) komme durch die Erklärung des Beitritts bei Vorliegen aller Voraussetzungen der Vertrag zustande (Beitritt als einseitiges gesetzliches Gestaltungsrecht). Dass die Krankenkasse den Beitritt durch ausdrückliche Erklärung akzeptieren müsse, sei - jedenfalls explizit - nicht vorgesehen. Dementsprechend begehre sie primär die Feststellung, dass bereits mit der Erklärung des

Beitritts der Vertrag zustande gekommen und sie als Vertragspartnerin daraus ab dem 01.01.2011 berechtigt und verpflichtet sei. Nur hilfsweise für den Fall, dass die Beitrittserklärung lediglich als Angebot zum Abschluss des Vertrages verstanden werde und somit zum Vertragsschluss eine Annahmeerklärung des Ag erforderlich sei, begehre sie die Feststellung, dass der Ag verpflichtet sei, den Beitritt in Form einer Angebotsannahme zu bestätigen, zumal dieser bereits mehrfach ausdrücklich erklärt habe, den Beitritt nicht akzeptieren zu wollen.

Es bestehe auch der erforderliche Anordnungsgrund. Mit Ablauf des aktuellen Versorgungsvertrages am 31.12.2010 sei sie von der Versorgung der Versicherten ausgeschlossen, wenn sie nicht bis dahin einen neuen, zur Versorgung berechtigenden Vertrag abgeschlossen habe bzw. diesem beigetreten sei. Da die Versorgung der Patienten mit aufsaugenden Inkontinenzprodukten regelmäßig für einen Zeitraum von etwa vier bis sechs Wochen im Voraus geplant werde, sei eine Umsteuerung auf andere Leistungserbringer schon sehr viel früher als zum Stichtag 31.12. zu erwarten. Spätestens ab dem 01.01.2011, wenn sie gar nicht mehr zur Versorgung berechtigt sei, komme es zu erheblichen finanziellen bzw. wirtschaftliche Auswirkungen. Die Versorgung der Versicherten von Betriebskrankenkassen im Einzugsbereich des hier fraglichen Vertrages mache derzeit etwa 25 % ihres Umsatzes aus (Umsatz gesamt ca. 950.000 Euro pro Jahr, davon entfallen ca. 250.000 Euro auf Versicherte der Betriebskrankenkassen, die sich an den Vertrag gebunden sähen). Der auch nur übergangsweise Wegfall dieser Aufträge werde erhebliche wirtschaftliche Folgen für sie, die Ast., mit sich bringen. Tatsächlich werde dadurch sogar ihre Existenz gefährdet. Hinzu komme, dass es bei einer auch nur übergangsweisen Unterbrechung von langjährigen Kundenbeziehungen überwiegend wahrscheinlich sei, dass die Kunden sich dauerhaft anderen Leistungserbringern zuwenden würden. Sie könne auch nicht darauf verwiesen werden, ggf zumindest übergangsweise einem anderen Versorgungsvertrag, z. B. dem sog. spectrum/K-Vertrag, beizutreten. Zum einen wäre ein solcher Beitritt für sie zukünftig bindend und würde verhindern, wie von ihr gewünscht, dem hier in Rede stehenden Apothekenvertrag beizutreten. Zum anderen ziele das gesetzlich geregelte Beitrittsrecht gerade darauf ab, Leistungserbringern die Wahl zu lassen, entweder einen eigenen Vertrag auszuhandeln oder einem anderen Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB ihrer Wahl, nämlich demjenigen, den sie für sich als am günstigsten ansähen, beizutreten. Vor diesem Hintergrund sei es ihr nicht zuzumuten, den Ausgang eines Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Ohne die einstweilige Feststellung über die Wirksamkeit des Beitritts zum Hilfsmittellieferungsvertrag würden ihr schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, die sich auch nach einer Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr rückgängig machen ließen. Umgekehrt sei nicht ersichtlich, ob überhaupt - und wenn ja, mit welchen Nachteilen - die einstweilige Anerkennung ihres Beitritts bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache für den Ag verbunden wäre, zumal sie, die Ast., bereits seit Jahren Versicherte der in ihm organisierten Betriebskrankenkassen versorge. Sie begehre lediglich das Tätigwerden zu solchen Konditionen, die der Ag und die Betriebskrankenkassen, die diesen Vertrag gegen sich gelten ließen, Hunderten von Apotheken zugestünden. Da die Patienten frei wählen könnten, woher und von wem sie die hier in Rede stehenden Inkontinenzprodukte beziehen wollten, sei nicht ersichtlich, inwieweit es nachteilig sein könne, zumindest einstweilen auch sie zu diesen Konditionen zur Versorgung zu berechtigen.

Die Ast. hat schriftsätzlich beantragt,

1. festzustellen, dass sie bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache dem Hilfsmittellieferungsvertrag gem. [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) mit der Vertragsnummer 000, gültig ab dem 01.01.2009, zur Versorgung mit Hilfsmitteln mit Wirkung zum 01.01.2011 beigetreten und berechtigt ist, die Versicherten des Ag bzw. der an den Vertrag gebundenen Betriebskrankenkassen und derjenigen Krankenkassen, die diesen Vertrag gegen sich gelten lassen, mit Inkontinenzprodukten zu versorgen sowie diesbezüglich die vertraglich vereinbarte Vergütung zu verlangen,
2. hilfsweise, festzustellen, dass der Ag verpflichtet ist, das in der Beitrittserklärung zum Ausdruck gebrachte Angebot der Ast. auf Abschluss des unter 1. näher bezeichneten Hilfsmittellieferungsvertrages anzunehmen.

Der Ag hat schriftsätzlich beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, dass die Ast. nicht zu einem Teilbeitritt zu dem streitgegenständlichen Hilfsmittellieferungsvertrag berechtigt sei. Dieser Vertrag lasse eine Spezialisierung auf Inkontinenzhilfen nicht zu. Auch gebe es in Nordrhein-Westfalen zu den Rahmenverträgen kein Beitrittsverfahren und jede Mitgliedskasse könne entscheiden, ob sie zur Abgabe von Hilfsmitteln den Rahmenvertrag der Landesebene zugrunde legen oder mit Leistungserbringern eigene Verträge abschließen wolle. Das Serviceunternehmen für das BKK-System spectrum/K habe für spezialisierte Leistungserbringer spezielle Verträge entwickelt, so auch für die Versorgung von BKK-Versicherten mit Inkontinenzartikeln. Die Ast. habe die Möglichkeit diesem Vertrag beizutreten oder aber entsprechende individuelle Vertragsangebote von Krankenkassen anzunehmen.

Eine Existenzgefährdung der Ast. sei nicht ersichtlich, zumal die angegebene Größenordnung der wirtschaftlichen Auswirkungen eines Fernhaltens von dem streitgegenständlichen Vertrag nicht zutreffen könnten. Die Ast. führe Versicherte von Krankenkassen auf, die gar nicht dem Kreis der von dem Vertrag betroffenen Kassen angehörten, und beziehe sich auf nicht aussagefähige Zahlen aus der Zeit bis Ende 2010 mit - ausschreibebedingtem - Alleinversorgungsanspruch. Mit Beschluss vom 21.12.2010 hat das Sozialgericht Düsseldorf, an das der Rechtsstreit verwiesen worden ist, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Ein Anordnungsanspruch sei auf der Grundlage der gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht gegeben. Die Ast. sei nicht zu einem Teilbeitritt zum Apothekenhilfsmittellieferungsvertrag berechtigt und dürfe die Versicherten der Mitgliedskassen der Ag nicht mit Inkontinenzartikeln zu den Bedingungen dieses Vertrages ab dem 01.01.2011 versorgen. Dieser Vertrag gelte gemäß § 2 Abs. 1 für die Krankenkassen und die Mitgliedskassen der von den Verbänden vertretenen Kassenarten und für Apotheken und Filialapotheken in Nordrhein-Westfalen, ohne dass für die Geltung des Vertrages ein Beitritt vorgesehen oder erforderlich sei. Gemäß [§ 127 Abs. 2a SGB V](#) könnten Leistungserbringer den Verträgen nach Abs. 2 Satz 1 zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner beitreten, soweit sie nicht aufgrund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt seien. Die Kammer gehe mit der Ag davon aus, dass der Apothekenhilfsmittellieferungsvertrag ein spezielles Vertragssystem begründe, das auf die besonderen Bedingungen der Versorgung durch die Apotheken abstelle, so dass weder ein Beitritt der Apotheken erforderlich erschien noch ein Teilbeitritt der Ast. nur für die Versorgung mit Inkontinenzartikeln möglich sei. Das Beitrittsrecht gemäß [§ 127 Abs. 2a SGB V](#) gelte für sämtliche Leistungserbringer, die in der Lage seien, sich zu den gleichen Bedingungen an der Versorgung zu beteiligen. Der

Apothekenhilfsmittellieferungsvertrag sei auf das Apothekerberufsbild zugeschnitten und knüpfe insoweit auch an das Arzneimittellieferungssystem an. Die in diesem Vertrag vereinbarte Vergütung berücksichtige bei deren Kalkulation die Breite der von der Apotheken angebotenen Produktgruppen von Hilfsmitteln und sehe das für die Krankenkasse wirtschaftliche elektronische Abrechnungssystem gemäß § 300 SGB V vor. Gemäß § 11 Abs. 1 dieses Vertrages obliege die Klärung von Zweifelsfragen und die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten bei der Durchführung des Vertrages dem ständigen Verhandlungsgremium der Vertragspartner, soweit nicht auf schriftlichen Antrag eines Vertragspartners ein paritätisch aus Vertretern der Krankenkassen und der Apothekerverbände zu besetzender Vertragsausschuss gebildet werde. Aufgrund vorgenannter Erwägungen könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Ast. zu den Bedingungen der Apotheken an der Versorgung beteiligen könne. Die Ast. werde auch ohne eine Beitrittsmöglichkeit zu diesem Vertrag nicht in ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Mit dem Beitrittsrecht gemäß § 127 Abs. 2a SGB V solle die Versorgungsberechtigung von Leistungserbringern, die bislang noch keine Verträge mit Krankenkassen abschließen konnten, sichergestellt und damit verhindert werden, dass diese willkürlich von geschlossenen Verträgen ausgeschlossen seien. Die Ast. sei bisher jedoch vertraglich berechtigt gewesen, Versicherte von Betriebskrankenkassen zu versorgen. Ihr sei unstrittig auch eine diesbezügliche Möglichkeit angeboten worden, insbesondere durch den Beitritt zu dem Vertrag des Serviceunternehmens spectrum/K. Insofern sei für die Kammer allerdings auch mit dem Ag zweifelhaft, ob für das vorliegende Eilverfahren ein Anordnungsgrund gegeben sei, d. h. dass der Ast. aufgrund der fehlenden Möglichkeit des Beitritts zum streitigen Vertrag eine Existenzgefährdung oder aber schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile drohten. Letztgenannte seien jedoch nicht nur zu behaupten, sondern auch glaubhaft zu machen. Möglicherweise seien die von der Ast. vorgetragene drohende Umsatzrückgänge Ausdruck des ihr obliegenden unternehmerischen Risikos, nicht aber des Verhaltens des Ag. Da die Kammer jedoch bereits schon nicht von dem Vorliegen eines Anordnungsanspruchs ausgehe, brauche das Vorliegen eines Anordnungsgrundes auch nicht unter der Würdigung eines rechtswidrigen Verhaltens des Ag geprüft zu werden.

Gegen den ihren Prozessbevollmächtigten am 23.12.2010 zugestellten Beschluss hat die Ast. am 07.01.2011 Beschwerde erhoben. Zur Begründung trägt sie ergänzend vor, soweit das Sozialgericht auf das Abrechnungssystem in § 300 SGB V Bezug nehme, übergehe es dabei, dass der Vertrag selbst in § 7 Abs. 3 alternativ auch das Abrechnungssystem nach § 302 SGB V vorsehe. § 11 des Vertrages, den das Sozialgericht ebenfalls dem Beitritt entgegenhalten wolle, möge zwar passender für Apotheken sein. Dass sie, die Ast., sich diesen Regelungen aber nicht unterwerfen könne, sei unzutreffend; denn tatsächlich würden dort überhaupt keine Bedingungen aufgestellt, zu denen der Vertrag erfüllt werden müsse, sondern es werde lediglich ein Verfahren vorgesehen, wie mit Vertragsverstößen umzugehen sei. Im Zweifel könnte hier ggf sogar ergänzend allgemeines Vertragsrecht herangezogen und auf sie, die Ast., angewendet werden. Auch die Tatsache, dass sie lediglich die Versorgung mit Inkontinenzprodukten vornehmen wolle, könne ihr nicht entgegengehalten werden. Weder der Ag noch das Sozialgericht zeigten auf, dass der Apothekenvertrag wie bei der Arzneimittelversorgung eine unbedingte Lieferpflicht für alle Hilfsmittel für die angeschlossenen Apotheken begründe. Darüber hinaus wäre ein solches Verständnis, also keine Möglichkeit zum Teilbeitritt, auch mit Vergaberecht, das durch das Beitrittsrecht ja gerade unanwendbar werden solle, nicht vereinbar. Nach § 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sei ein allgemeiner Vergabegrundsatz die Aufteilung des Auftrages in möglichst kleine Lose. Es sollten sowohl Teil- als auch Fachlose gebildet werden. Dies diene dem Schutz des Mittelstandes. Übertrage man diesen Gedanken auf den Abschluss von Verhandlungsverträgen nach 127 Abs. 2 SGB V, denen eine Ausschreibung nicht vorauszugehen brauche, weil man ihnen mit dem Beitrittsrecht die Exklusivität nehme, könne es nicht richtig sein, die Verträge dadurch exklusiv zu halten, dass man den Auftrag derartig weit fasse, dass nur ein einzelner oder zumindest nur ein ganz spezieller Kreis von Leistungserbringern, hier die Apotheken, diesen erfüllen könnten. Aus der Verquickung mit dem Vergaberecht ergebe sich vielmehr umgekehrt die Notwendigkeit, auch sog. Teilbeitritte zu akzeptieren. Dies gelte um so mehr, als auch für die Apotheken im Vertrag keine unbedingte Lieferverpflichtung für sämtliche Hilfsmittel vorgesehen sei. Dass der ausgesuchte Hilfsmittellieferungsvertrag sich als wesentlich günstiger darstelle, ergebe sich aus Folgendem: Apotheken könnten auf dessen Grundlage Inkontinenzprodukte zu Festbeträgen abrechnen, spezialisierte Leistungserbringer sollten dagegen auf einen speziellen Vertrag verwiesen werden, der als Monatspauschale für die Komplettversorgung eines erwachsenen Patienten 23,95 EUR vorsehe, für die Komplettversorgung von Kindern einen Betrag von 28,57 EUR (jeweils zzgl. MwSt.), vgl. § 8 i.V.m. Anlage 3 des Spektrum/K-Vertrages. Lege man dagegen die Summen zugrunde, die regelmäßig bei einer Erstattung zum Festbetrag zustande kämen, ergäben sich hier bei leichter bis mittlerer Inkontinenz Beträge zwischen 31,50 EUR bis 37,80 EUR, bei mittlerer bis schwerer Inkontinenz Beträge zwischen 58,85 EUR und 72,90 EUR, bei schwerer und schwerster Inkontinenz sogar Beträge zwischen 73,50 EUR und im Höchstfall 124,20 EUR.

Ein Anordnungsgrund sei im Übrigen auch dann zu bejahen, wenn ein prognostizierter Umsatzverlust in Höhe von ca. 10 - 15 % im Raum stehe, ausgehend von dem Umstand, dass die Zahlen aus 2010 wegen Änderung der Verhältnisse zu modifizieren seien.

Die Ast. beantragt schriftsätzlich,

den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf aufzuheben und nach den An-trägen erster Instanz zu erkennen.

Der Ag beantragt schriftsätzlich,

die Beschwerde der Ast. zurückzuweisen.

Sie erachtet den angefochtenen Beschluss als rechtmäßig. Ergänzend weist sie darauf hin, dass die Vergütungsregelung des Apothekenvertrages für Inkontinenzprodukte (Festbetrag) nicht für die Abgabe größerer Mengen durch Spezialanbieter konzipiert sei, sondern dem Umstand Rechnung trage, dass Apotheken diese Artikel zur wohnortnahen Grundversorgung vorhielten. Dementsprechend seien die Abgabemengen erheblich geringer als bei Spezialanbietern. Im Übrigen bezieht sich der Ag auf eine Stellungnahme des Bundesgesundheitsamtes vom 28.12.2010. Wegen des Inhalts wird auf die Prozessakte verwiesen.

Der Senat hat ergänzend weitere Verträge beigezogen (Spektrum/K-Vertrag, Verträge mit der BKK Vor Ort, der Novitas BKK sowie mit fünf Innungen für Orthopädie).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Prozessakte Bezug genommen, der Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen ist.

II.

Die zulässige Beschwerde der Ast. ist begründet, denn das Sozialgericht hat zu Unrecht den Erlass einer vorläufigen Regelung zur Teilnahme der Ast. an der Versorgung der Versicherten von Betriebskrankenkassen abgelehnt.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann eine einstweilige Anordnung auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis (Anordnungsanspruch) ergehen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Anordnungsgrund). 1. Ein Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht.

a) Nach [§ 127 Abs. 2a SGB V](#) können Leistungserbringer Verträgen nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) zu den gleichen Bedingungen beitreten, soweit sie nicht bereits vertraglich zur Versorgung berechtigt sind. Letzteres ist nach dem glaubhaften Vortrag der Ast. nicht der Fall, nachdem der Vertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#), aufgrund dessen sie bis 31.12.2010 in der zugeteilten Losregion versorgungsberechtigt war, ausgelaufen ist.

Verträge nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) können von (einzelnen) Krankenkassen, ihren Landesverbänden oder Arbeitsgemeinschaften geschlossen werden. Wie sich aus dem Gegenschluss zu [§ 127 Abs. 2a Satz 2 SGB V](#) ergibt, können auch einzelne Leistungserbringer den von Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften geschlossenen Verträgen (in Folgendem verkürzt: Verbandsverträge) beitreten. Diese Verbandsverträge werden von den auf Seiten der Krankenkassen handelnden Akteuren entweder für die von ihnen vertretenen Krankenkassen geschlossen oder eröffnen den Krankenkassen die Möglichkeit eines Beitritts. Soweit ein Leistungserbringer einem solchen Verbandsvertrag beitreten möchte, kann er den Beitritt gegenüber der vertragsschließenden Organisation der Krankenkassen erklären, womit eine Vielzahl von Einzelverträgen mit den auf Kassenseite beteiligten Krankenkassen zustande kommt (Sächsisches LSG, Beschluss vom 01.12.2010 - [L 1 KR 99/10 B ER](#); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.03.2011 - [L 11 KR 4724/10 ER - B](#); siehe auch allgemein zum Beitritt zu einem Rahmenvertrag BSG [SozR 4-2500 § 69 Nr. 4](#) Rdn. 27). Rechtlich ist somit der Beitritt im Sinne des [§ 127 Abs. 2a SGB V](#) nicht im Sinne eines zivilrechtlichen Schuldbeitritts (vgl. dazu Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl., Überblick vor § 414 Rdn. 2), sondern als Begründung eines Einzelvertrages mit den am Verbandsvertrag beteiligten Kassen zu werten. Ob insoweit allein mit der Abgabe der Beitrittserklärung der einzelne Versorgungsvertrag zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern wirksam wird (so wohl BSG a.a.O. Rdn. 26) oder ob der Beitritt als ein Angebot auf Vertragsschluss zu sehen ist, der der Annahme bedarf (so BSG [SozR 4-2500 § 132a Nr. 4](#) Rdn. 24), kann dahinstehen. Auch wenn mangels Annahme des durch den Beitritt erklärten Angebots der Ast. bislang keine Verträge zustande gekommen sein sollten, steht dies der getroffenen vorläufigen Regelung nicht entgegen, da nach der gegenwärtigen Einschätzung der Rechtslage der Ag. zur Annahme verpflichtet ist.

b) Der Beitritt setzt zunächst voraus ([§ 127 Abs. 2a Satz 4](#) iVm Abs. 1a Satz 1 SGB V), dass der Leistungserbringer die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel erfüllt. Die Krankenkassen haben die Erfüllung dieser Voraussetzungen sicherzustellen ([§ 127 Abs. 1a Satz 1 SGB V](#)), wobei sie von deren Erfüllung auszugehen haben, wenn eine Bestätigung einer geeigneten Stelle vorliegt (Satz 2 a.a.O.). Das insoweit angesprochene sogenannte Präqualifizierungsverfahren ist - unabhängig davon, ob überhaupt ein Leistungserbringer verpflichtet werden kann, ein solches kostenträchtiges Verfahren zu durchlaufen - erst seit dem ersten Quartal 2011 angelaufen. Dementsprechend empfiehlt der GKV-Spitzenverband, der nach [§ 126 Abs. 1a Satz 3 SGB V](#) die näheren Einzelheiten des Präqualifizierungsverfahrens mit den für die Wahrnehmung der Interessen der Leistungserbringer maßgeblichen Spitzenorganisationen zu vereinbaren und der nach [§ 126 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) Empfehlungen für eine einheitliche Anwendung der fachlichen Anforderungen für einen Vertragsschluss abzugeben hat, in seiner Übergangsregelung, von Eignungsnachweisen der bekannten Leistungserbringer gänzlich abzusehen. Angesichts der Tatsache, dass die Ast. nicht nur seit Jahren über eine Zulassung nach [§ 126 Abs. 1 SGB V](#) a.F. verfügt hat (wobei offen bleiben kann, ob auch von Seiten der Betriebskrankenkassen die Zulassung erteilt worden war) und dass sie vor allem bis Ende 2010 die Versorgung auch von Versicherten der Betriebskrankenkassen im Rahmen eines Vertrages nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) durchgeführt hat, bestehen keinerlei begründete Zweifel an ihrer Eignung; solche hat auch der Ag. nicht genannt.

c) Weiter ist ein Beitritt nur "zu den gleichen Bedingungen" möglich. Entgegen der Ansicht des Ag und des SG steht dem Beitritt insoweit nicht entgegen, dass der fragliche Vertrag mit Apothekenverbänden geschlossen worden ist. Die diesbezüglichen Ausführungen des Ag zur "berufsbildbezogenen Ausgestaltung der Verträge im Hilfsmittelbereich" gehen an der Sache vorbei. Anders als etwa Hilfsmittel wie orthopädische Schuhe oder Hörhilfen sind die der Produktgruppe 15 des Hilfsmittelverzeichnisses zuzuordnenden Inkontinenzartikel nicht einem spezifischen Berufsbild zuzuordnen und können fachlich sowohl von Apotheken als auch von Sanitätshäusern abgegeben werden. Ebenfalls ist irrelevant, dass der Vertrag weitere Produktgruppen umfasst und die Ast. mit ihrem Beitritt nur einen Vertrag hinsichtlich der Produktgruppe 15 begehrt. Zu Recht weist das LSG Baden-Württemberg (a.a.O.) darauf hin, da ein Beitritt als Angebot zum Abschluss eines Vertrages zu werten sei, sei auch ein Teilbeitritt als auf eine bestimmte Produktgruppe begrenztes Vertragsangebot zulässig. Die gesetzliche Formulierung "zu den gleichen Bedingungen" steht einem Teilbeitritt nicht entgegen, wenn der betreffende Leistungserbringer gerade die für die fragliche Produktgruppe geltenden Bedingungen akzeptiert (Weber, [NZS 2011, 53, 56](#)). Gegen die Zulässigkeit eines Teilbeitritts würde allenfalls sprechen, wenn der Vertrag nur als "Ganzes" sinnvoll umgesetzt werden könnte. Hierfür ergibt der mit den Apothekenverbänden geschlossene Vertrag nichts her, geregelt wird nur die Lieferberechtigung für zahlreiche Produktgruppen, ohne dass die Verpflichtung besteht, alle diese Hilfsmittel tatsächlich anzubieten. Es ist also nach dem Vertrag auch möglich, dass eine Apotheke nur Inkontinenzartikel abgibt, so dass nichts dagegen spricht, dass die Ast. ebenfalls auch nur für diese Produktgruppe dem Vertrag beitritt.

Gegen einen Teilbeitritt spricht auch nicht der Hinweis des Ag. darauf, dass für "spezialisierte Leistungserbringer" wie die Ast. "spezielle Verträge" entwickelt worden seien. Nach dem eindeutigen Wortlaut des [§ 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V](#) können vertragslose Leistungserbringer "den Verträgen" nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) beitreten. Mithin haben sie bei Bestehen unterschiedlicher Verträge ein Wahlrecht, welchem Vertrag sie beitreten wollen (Knispel, GesR 2009, 236, 240). Es bleibt dem Ag. bzw. seinen Mitglieds-kassen selbstverständlich unbenommen, "spezielle Verträge" für die Versorgung mit Inkontinenzhilfen zu schließen. Solange sie gleichzeitig aber auch die Abgabe dieser Hilfsmittel außerhalb solcher "spezieller Verträge" ermöglichen, hat auch ein "spezialisierter Leistungserbringer" das Recht, zu den gleichen Bedingungen diese Hilfsmittel abzugeben; er braucht sich nicht auf die "speziellen Verträge" verweisen zu lassen. Ebenso wenig greift der Einwand durch, die Vergütungsregelung sei nicht für die Abgabe größerer Mengen durch Spezialanbieter konzipiert und trage dem Umstand Rechnung, dass Apotheken die Artikel zur wohnortnahen Grundversorgung vorhielten; auch ist das Argument des Sozialgerichts nicht tragfähig, die vereinbarte Vergütung berücksichtige die Breite der von den Apotheken angebotenen Produktgruppen. Zu dem ersten Argument ist anzumerken, dass der Vertrag keine Mengenbegrenzung enthält, so dass die Apotheken selbstverständlich die für den konkreten Versorgungsfall erforderlichen Mengen von Inkontinenzartikeln abgeben dürfen. Wie die Ast. nachvollziehbar dargelegt hat, ergibt sich dabei insbesondere bei schweren Inkontinenzfällen eine deutlich höhere Vergütung als die sonst angebotene Versorgungspauschale.

Zwar mag ein auf bestimmte Produkte beschränkter Leistungsanbieter Kostenvorteile beim Einkauf genießen, so dass er grundsätzlich diese günstiger abgeben kann. Solange die Krankenkassen aber einzelnen Leistungserbringern bzw. Gruppen von Leistungserbringern höhere Abgabepreise zugestehen, dürfen sie diese im Lichte des [Art. 3 Abs. 1](#) und [Art. 12 Abs. 1 GG](#) anderen Leistungserbringern nicht verwehren. Für die vom Sozialgericht angenommene untrennbare Verknüpfung der Vergütung mit der Vergütung für weitere im Vertrag genannte Produktgruppen (im Sinne einer Mischkalkulation) ist nichts ersichtlich; es ist nicht erkennbar, inwiefern ein höherer Preis für Inkontinenzartikel durch "Nachlässe" bei anderen Produktgruppen kompensiert worden sein sollte. Ohnehin bestünden Bedenken gegen eine solche Mischkalkulation, weil dies zu einer Verzerrung der Preise für die einzelnen Hilfsmittelproduktgruppen führen würde. Der Ag. kann auch nicht geltend machen, dass die "höhere" Qualifikation der Apothekeninhaber eine höhere Vergütung rechtfertige, wenn die Abgabe des betreffenden Hilfsmittels diese "höhere" Qualifikation nicht erfordert (vgl. BSG [SozR 3-2500 § 126 Nr. 2](#)). Gleichfalls nicht durchgreifend ist das Argument, dass der Vertrag vorrangig die Abrechnung nach der für Apotheken geltenden Vorschrift des [§ 300 SGB V](#) vorsieht, da im Vertrag auch die Möglichkeit der Abrechnung nach [§ 302 SGB V](#) geregelt ist. Sonstige Gründe, die der Anwendbarkeit des Vertrages auf die Ast. entgegen stehen könnten, sind nicht ersichtlich; es spricht insbesondere auch nichts dagegen, dass sich die Ast. der Regelung des § 11 des Vertrages unterwirft und somit die Apothekenverbände auch im Verhältnis zu ihr bei Vertragsstreitigkeiten beteiligt werden.

2. a) Ein Anordnungsgrund ist glaubhaft gemacht. Der Vertrag der Ast. nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#), der sie zur Versorgung berichtigt hat, ist zum 31.12.2010 ausgelaufen. Nach [§ 126 Abs. 1 S. 1 SGB V](#) dürfen Hilfsmittel nur auf der Grundlage von Verträgen nach [§ 127 Abs. 1, 2](#) oder [3 SGB V](#) abgegeben werden; die Versicherten haben nach [§ 33 Abs. 6 S. 1 SGB V](#) nur ein Wahlrecht unter den Vertragspartnern ihrer Kasse. Es liegt somit auf der Hand, dass die Ast. auf eine zeitnahe Klärung ihrer Versorgungsberechtigung ab dem 01.01.2011 angewiesen ist. Dabei kann dahinstehen, ob der bei einem Ausschluss der Versorgung von Versicherten von Betriebskrankenkassen drohende Umsatzverlust 25 % oder "nur" 10 bis 15 % beträgt, da auch eine Einbuße in letztgenannter Höhe einen wesentlichen wirtschaftlichen Nachteil bedeutet. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch in einer Wechselbeziehung zueinander stehen: Besteht offensichtlich oder jedenfalls mit sehr großer Wahrscheinlichkeit das zu schützende Recht, verringern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund, so dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung schon weit unter der vom SG geforderten Schwelle existenzbedrohender Nachteile geboten ist (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage, § 86 b Rdnr. 29). Im vorliegenden Fall ist nach dem oben Gesagten vom Bestehen eines Beitrittsrechts auszugehen, so dass dementsprechend geringere Anforderungen an den Anordnungsgrund zu stellen sind. Zudem hat die Ast. zu Recht darauf hingewiesen, dass die baldige Klärung ihres Status im Verhältnis zur Ag. auch deshalb dringlich ist, weil sie andererseits nicht "ersatzweise" einem anderen Vertrag beitreten oder einen Einzelvertrag schließen kann, ohne ihren behaupteten Beitrittsanspruch zu dem Apothekenvertrag zu gefährden, da nach [§ 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V](#) das Beitrittsrecht nur bei vertragslosem Zustand besteht. Die Ast. kann auch nicht zur Abwendung von Nachteilen auf Verträge im Einzelfall nach [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) verwiesen werden, da solche subsidiär sind und der Ast. immer entgegen gehalten werden könnte, dass Verträge mit Leistungserbringern nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) bestehen.

b) Soweit der Ag. vorträgt, durch den Beitritt werde die Lieferberechtigung der Ast. zu den einzelnen Betriebskrankenkassen nicht geklärt, weil nach derzeitiger Rechtslage Verträge "vorrangig" von den einzelnen Krankenkassen geschlossen würden und nicht bekannt sei, welche Krankenkassen den Rahmenvertrag anwendeten oder einen eigenen Vertrag geschlossen hätten (ähnlich die Argumentation der BKK Vor Ort in dem von der Ast. zur Akte gereichten Schreiben vom 22.11.2010), vermag der Senat diese Argumentation nicht nachzuvollziehen. [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) ist kein Vorrang der von einzelnen Krankenkassen geschlossenen Verträge zu entnehmen. Die Vorschrift erlaubt sowohl einzelnen Krankenkassen als auch deren Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften den Abschluss von Verträgen, ohne insoweit eine Rangordnung zu sehen. Wenn auf Verbandsebene wirksam Rahmenverträge geschlossen worden sind, gelten diese selbstverständlich neben Einzelverträgen der Krankenkassen. Daher ist die Argumentation der BKK Vor Ort in dem Schreiben vom 22.11.2010 irrig, der von ihr geschlossene Vertrag über Inkontinenzartikel gehe dem Verbandsrahmenvertrag vor, sie fühle sich an den Apothekenvertrag insoweit nicht gebunden. Der Apothekenvertrag sieht nicht vor, dass er nur gilt, wenn keine einzelvertragliche Regelung für die fragliche Produktgruppe gilt. Somit besteht nach einem Beitritt die Lieferungsberechtigung aus diesem Vertrag gleichberechtigt neben der aus einem Einzelvertrag - und damit hat auch der Versicherte nach [§ 33 Abs. 6 Satz 1 SGB V](#) das Wahlrecht unter den Leistungserbringern. Der Apothekenvertrag gilt nach dessen § 2 Abs. 1 Nr. 1 "für die Mitgliedskassen der von den Verbänden vertretenen Kassenarten", mithin für die dem Ag. angehörenden Betriebskrankenkassen ([§ 207 Abs. 1 S. 3 SGB V](#)). Zwar kann ein Landesverband nach [§ 211 Abs. 2 Nr. 3 SGB V](#) Verträge nur schließen, soweit er hierzu von den Mitgliedskassen bevollmächtigt worden ist. Angesichts des Umstandes, dass der Apothekenvertrag aber keine Einschränkungen oder einen Vorbehalt enthält und ausdrücklich für die Mitgliedskassen der Ag. gelten soll und nicht angenommen werden kann, der Ag. habe ohne wirksame Bevollmächtigung gehandelt und einen letztlich für die Apothekenverbände (mangels ordnungsgemäßer Bevollmächtigung) "wertlosen" Vertrag geschlossen, ist davon auszugehen, dass der Ag. den Vertrag für seine Mitgliedskassen schließen durfte. Dann sind diese auch an den Rahmenvertrag gebunden, ohne dass - wie dargelegt - von ihnen geschlossene Einzelverträge diesem Rahmenvertrag vorgehen. Mithin erlangt die Ast. durch den Beitritt auch die Position als Vertragspartner der Mitgliedskassen des Ag.

c) Die in der Argumentation des Ag. bzw. der genannte Betriebskrankenkasse zum Ausdruck kommende Haltung veranlasst den Senat zu folgender Bemerkung:

Das BSG weist in seinem Urteil vom 10.03.2010 ([BSGE 106, 29](#)) zu Recht darauf hin, dass aus den Grundrechten der Leistungserbringer aus [Art. 12 Abs. 1](#), [Art. 3 Abs. 1 GG](#) der Anspruch folgt, dass die Krankenkassen den vom Gesetzgeber vorgegebenen Ordnungsrahmen einhalten und das Diskriminierungsgebot wahren. Die Krankenkassen dürfen daher die Voraussetzungen für eine Teilhabe an der GKV-Versorgung nicht in einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Weise zu Lasten einzelner Marktteilnehmer ändern und andere begünstigen. Sie sind verpflichtet, innerhalb der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung alle Mitbewerber strikt gleich zu behandeln. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze müssen in dem vom Gesetzgeber im Hilfsmittelbereich etablierten Vertragssystem die Verträge nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) allen qualifizierten Leistungserbringern offen stehen, wobei bei Bestehen unterschiedlicher Verträge (die [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) nicht ausschließt) ein vertragsloser Leistungserbringer den Beitritt zu dem von ihm gewünschten Vertrag erklären kann. Da er damit den Status eines Vertragspartners erlangt, haben die Versicherten die Möglichkeit, die Versorgung durch ihn zu wählen ([§ 33 Abs. 6 S. 1 SGB V](#)), ohne dass die betreffende Krankenkasse berechtigt wäre, unter dem Aspekt der Kosten eine "Umversorgung" zugunsten eines preisgünstigeren Leistungserbringers vorzunehmen, da nur im Bereich der "Exklusivverträge" nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) das Wahlrecht der Versicherten gemäß [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) eingeschränkt ist (vgl. Knispel, a.a.O., S. 241).

3. Da im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nur vorläufige Regelungen zu treffen sind, ist es ausreichend, den Ag zu verpflichten, die Ast. so zu behandeln, als sei diese mit dem in ihrem Schreiben vom 07.10.2010 erklärten Beitritt zu dem Hilfsmittellieferungsvertrag Vertragspartner geworden. Eine Feststellung dahingehend, dass die Ast. berechtigt ist, Versicherte der Mitgliedskassen des Ag (der Ag selbst hat als Verband keine Versicherten, so dass die diesbezügliche Formulierung des Antrags ins Leere geht) zu versorgen, kann im Verhältnis zum Ag nicht getroffen werden; im Übrigen wären die Mitgliedskassen an eine derartige Feststellung auch nicht gebunden. Sollten Mitgliedskassen des Ag entgegen der getroffenen Anordnung, mit der die Ast. vorläufig den Status als Vertragspartnerin erlangt hat, die Versorgungsberechtigung bestreiten, muss die Ast. im Verhältnis zu der betreffenden Krankenkasse ihren Anspruch verfolgen.

Der Senat hat die einstweilige Anordnung befristet, damit ein Interesse daran besteht, das von der Ast. in Gang zu bringende Hauptsacheverfahren zur Klärung der Rechtsbeziehungen zum Ag. zügig voranzutreiben. Gegebenenfalls müsste die Ast. erneut nach Ablauf der Frist um vorläufigen Rechtsschutz nachsuchen, über den dann im Lichte der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse entschieden werden könnte. Der Senat hält es für sachgerecht, im vorliegenden Fall den Beginn des angeordneten Vertrages auf den 01.01.2011 zurückwirken zu lassen (zur Rückwirkung eines Beitritts vgl. BSG SozR 4 - 2500 § 132 a Nr. 4), da die Ast. rechtzeitig vor Auslaufen ihrer Versorgungsberechtigung um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht hatte und die - unter anderem durch die - fehlerhafte - Verweisung verursachte Dauer des Verfahrens nicht zu ihren Lasten gehen darf.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 SGG](#) iVm [§ 155 Abs. 1 S. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und berücksichtigt, dass die Ast. nicht in vollem Umfang mit ihrem Anliegen erfolgreich war.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-05-02