

B 3 KR 26/08 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 5 KR 94/05
Datum
13.09.2006
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 5 KR 169/06
Datum
26.06.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 3 KR 26/08 R
Datum
10.03.2010
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Den zur GKV-Versorgung zugelassenen und geeigneten Leistungserbringern ist von den Krankenkassen die Möglichkeit der Beteiligung an der Versorgung nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben einzuräumen. Dieses Recht ist verletzt, wenn die Krankenkasse unter konkurrierenden Leistungserbringern Auswahlentscheidungen trifft, die mit dem maßgebenden Leistungserbringungsrecht nicht im Einklang stehen.
2. Hat der Gesetzgeber einen abschließenden Katalog möglicher Versorgungsverträge vorgegeben, dürfen Verträge mit Leistungserbringern nur nach dessen Maßgabe geschlossen werden.

Auf die Revision der Klägerin werden die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 26. Juni 2008 und des Sozialgerichts Köln vom 13. September 2006 geändert. Es wird festgestellt, dass die Praxis der Beklagten bei der Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zu den Hilfsmittellieferanten in der Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2008 nach Maßgabe der Entscheidungsgründe rechtswidrig gewesen ist. Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen. Die Beteiligten tragen die Kosten des Rechtsstreits in allen Rechtszügen jeweils zur Hälfte. Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 375.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I

1

Streitig ist, ob die Beklagte sich weigern durfte, mit der Klägerin in den Jahren 2004 bis 2008 Vertragsbeziehungen zur Hilfsmittelversorgung einzugehen.

2

Die Klägerin betreibt ein bundesweit tätiges Sanitätsunternehmen, das 2008 mit 300 Beschäftigten in sechs Niederlassungen einen Jahresumsatz von ca 30 Millionen Euro erwirtschaftet hat; die Beklagte ist eine Ersatzkasse mit derzeit rund sechs Millionen Versicherten. Die Klägerin verfügt über eine Zulassung als Leistungserbringerin nach [§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) in der bis zum 31.3.2007 geltenden Fassung des Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz - GRG) vom 20.12.1988 ([BGBl I 2477](#)) und bemühte sich mindestens seit 2004 vergeblich um die Aufnahme zusätzlicher vertraglicher Beziehungen zur Beklagten. Sie erbat dazu die Übermittlung von Unterlagen zur Abgabe eines Preisangebots zur Hilfsmittelversorgung für die Produktgruppen "01 - Absauggeräte", "02 - Adaptionshilfen", "04 - Badehilfen", "10 - Gehhilfen", "11 - Hilfsmittel gegen Dekubitus", "14 - Inhalations- und Atemtherapiegeräte", "18 - Rollstühle/Treppenfahrzeuge", "21 - Messgeräte für Körperzustände und -funktionen", "22 - Mobilitätshilfen", "26 - Sitzhilfen", "28 - Stehhilfen", "32 - therapeutische Bewegungsgeräte" und "33 - Toilettenhilfen" (Schreiben vom 12.2.2004). Die Beklagte ließ diese Anfrage zunächst unbeantwortet. Später teilte sie mit, die "bisherige Zusammenarbeit" mit der Klägerin "biete keinen Anlass für einen Ausbau unserer Vertragsbeziehungen". Zahlreiche Versorgungsmängel in der Vergangenheit stünden dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung entgegen. Im Übrigen sei "die Versorgung unserer Versicherten durch die bereits bestehenden Versorgungsverträge mit anderen Leistungserbringern in ausreichendem Umfange gesichert". Für eine "ggf notwendige Ausschreibung und den Abschluss weiterer Rahmenverträge" bestehe derzeit kein Bedarf. Soweit sie Handlungsbedarf sehe, werde sie sich mit der Klägerin in Verbindung setzen (Schreiben vom 6.4. und 25.10.2004).

3

Die Beklagte schloss am 18.12.2003 mit der Firma "rehaVital Gesundheitsservice GmbH" (im Folgenden: rehaVital) einen zwischenzeitlich mehrfach fortgeschriebenen Rahmenvertrag (im Folgenden: rehaVital-Rahmenvertrag); eine Ausschreibung ist dem nicht vorangegangen. rehaVital ist Dachorganisation von bundesweit etwa 100 selbstständigen Sanitätshäusern mit 450 Standorten (<http://www.dievitalen.de/?site=31&b=vp>, recherchiert am 24.2.2010), für die sie den Einkauf organisiert und Verträge mit Kostenträgern schließt. Demgemäß hat sie mit zahlreichen Krankenkassen Vereinbarungen getroffen, auf deren Grundlage die angeschlossenen Sanitätshäuser die Hilfsmittelversorgung der jeweiligen Versicherten durchführen. Der mit der Beklagten geschlossene Rahmenvertrag betrifft die Versorgung ihrer Versicherten einschließlich der Vergütung, technischen Abwicklung und Verwaltung eines Hilfsmittelpools; Vertragsgegenstand ist die Versorgung mit Hilfsmitteln der Produktgruppen, an denen auch die Klägerin eine Beteiligung beansprucht. Geregelt sind die Bedingungen, unter denen angeschlossene Sanitätshäuser nach Beitritt zu dem Rahmenvertrag Versicherte der Beklagten als sog Partnerbetriebe versorgen können.

4

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Ziel der Gleichbehandlung gemäß dem rehaVital-Rahmenvertrag und eine vergleichbare vertragliche Beteiligung an der Versorgung der Versicherten der Beklagten beansprucht. Die Weigerung der Beklagten, mit ihr vertragliche Beziehungen auf Leistungserbringerebene einzugehen, verstoße gegen [Art 3](#) und [12 GG](#). Zwar beliefere auch sie Versicherte der Beklagten, das Volumen sei jedoch gering. Die beklagte Krankenkasse betreue etwa 11 % aller gesetzlich Krankenversicherten; dem eigenen Jahresumsatz von 30 Millionen Euro zufolge müsste der Umsatz in deren Bereich rund 3 Millionen Euro betragen. Tatsächlich falle der Jahresumsatz aber deutlich niedriger aus; exemplarisch hat ihn die Beklagte für die 2. Jahreshälfte 2007 auf etwa 80.000 Euro beziffert.

5

Die Beklagte hat behauptet, seit Jahresbeginn 2004 keine weiteren dem rehaVital-Rahmenvertrag vergleichbaren Verträge geschlossen zu haben. Sämtliche bereits bestehenden Verträge beruhen auf der bis zum 31.12.2003 geltenden Rechtslage; hierdurch sei eine ausreichende Versorgung ihrer Versicherten gewährleistet. Beim Abschluss neuer Verträge gemäß [§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) in den seit dem 1.1.2004 geltenden Fassungen stehe ihr zudem ein Entschließungsermessen zu. Würde sie gezwungen sein, mit allen Leistungserbringern entsprechende Verträge zu schließen, würde dies die Hilfsmittelversorgung um ein Vielfaches verteuern und damit den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb widersprechen.

6

Klage (Urteil des Sozialgerichts (SG) vom 13.9.2006) und Berufung (Urteil des Landessozialgerichts (LSG) vom 26.6.2008) sind erfolglos geblieben. Das LSG ist davon ausgegangen, dass Verträge auf Verbandsebene zwischen Krankenkassen und Hilfsmittellieferanten nach [§ 127 Abs 1 SGB V](#) in der am 1.1.2004 in Kraft getretenen und bis zum 31.3.2007 gültigen Fassung des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG) vom 14.11.2003 ([BGBl I 2190](#)) nicht geschlossen worden seien; schon deshalb bestehe weder im Zeitpunkt seiner Entscheidung ein Anspruch auf Abschluss eines Einzelvertrages nach [§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) noch habe ein solcher bei Klageerhebung bestanden. Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern von Hilfsmitteln seien nach der Vorstellung des Gesetzgebers im freien Spiel der Kräfte auszuhandeln; was ein Partner nicht habe durchsetzen können, dürften die Gerichte nicht nachträglich zum Vertragsinhalt machen (Verweis ua auf BSG [SozR 3-2500 § 132a Nr 4](#)).

7

Mit der vom erkennenden Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Ihr stehe ein Anspruch auf Abschluss eines dem rehaVital-Rahmenvertrag vergleichbaren Vertrages zu, denn sie werde faktisch von der Versorgung der Versicherten der Beklagten ausgeschlossen; dies verstoße gegen [Art 3](#) und [12 GG](#). Ihr entgehe so ein Umsatz von jährlich zwischen 2 und 3 Millionen Euro. In verfahrensrechtlicher Hinsicht habe das LSG zu Unrecht unaufgeklärt gelassen, mit welchen anderen Leistungserbringern die Beklagte Verträge nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG geschlossen habe.

8

Während des Revisionsverfahrens hat die Klägerin von dem Recht nach [§ 127 Abs 2a Satz 1 SGB V](#) idF von Art 1 Nr 2c Buchst d des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008 ([BGBl I 2426](#)) Gebrauch gemacht und ihren Beitritt zum rehaVital-Rahmenvertrag erklärt. Über die Wirkung und Tragweite dieses Beitritts besteht zwischen den Beteiligten jedoch weiterhin Streit.

9

Die Klägerin beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 26.6.2008 und des Sozialgerichts Köln vom 13.9.2006 zu ändern und festzustellen, dass die Beklagte zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit ihr gemäß [§ 127 SGB V](#) in den zwischen dem 1.1.2004 bis 31.12.2008 geltenden Fassungen nach Maßgabe des Vertrages mit der Firma rehaVital Gesundheitsservice GmbH vom 18.12.2003 verpflichtet gewesen ist; hilfsweise, die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 26.6.2008 und des Sozialgerichts Köln vom 13.9.2006 zu ändern und festzustellen, dass der Rechtsstandpunkt der Beklagten, sie von Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Rahmenvertrages zur Hilfsmittelversorgung gemäß [§ 127 Abs 2 SGB V](#) in der seit dem 1.1.2004 geltenden Fassung des GMG auszuschließen, rechtswidrig gewesen ist.

10

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt, die Revision zurückzuweisen.

11

Der Senat hat beim Bundesversicherungsamt (BVA) eine Auskunft zu der Frage eingeholt, welche Verträge von der Beklagten nach [§ 127 SGB V](#) zwischen 2003 und 2008 geschlossen und gemäß [§ 71 Abs 4 SGB V](#) zur Prüfung vorgelegt worden sind. Danach hat die Beklagte dem BVA im Jahr 2003 den Abschluss von 43 Verträgen angezeigt, zwischen dem 1.1.2004 und dem 31.3.2007 von 69 Verträgen, davon 29 zu den hier in Streit stehenden Produktgruppen, und schließlich zwischen dem 1.4.2007 und Ende 2008 von nochmals 52 Verträgen, davon 24 aus diesem Produktbereich.

12

Nach Urteilsverkündung hat die Klägerin beantragt, das Verfahren in entsprechender Anwendung von [§ 179 Abs 1 SGG](#) iVm [§ 580 Nr 7 ZPO](#) wieder aufzunehmen, die Entscheidung vom 10.3.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, mit ihr eine dem rehaVital-Rahmenvertrag entsprechende Rahmenvereinbarung abzuschließen. Es liege ein Restitutionsgrund iS von [§ 580 Nr 7 ZPO](#) vor. Entgegen der noch in der mündlichen Verhandlung wiederholten Behauptung der Beklagten hätten in der Zeit zwischen dem 1.1.2004 und dem 31.3.2007 Verträge zwischen dem Verband der Ersatzkassen und Verbänden von Leistungserbringern nach [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG auch für die hier relevanten Produktgruppen Bestand gehabt. Davon habe sie - die Klägerin - erst nach Urteilsverkündung Kenntnis erlangt. Wäre dies auch dem erkennenden Senat früher bekannt gewesen, wäre die Beklagte möglicherweise antragsgemäß verurteilt worden. Es sei nicht zumutbar, zunächst die Zustellung der schriftlichen BSG-Entscheidung abzuwarten und erst dann Restitutionsklage zu erheben; aus prozessökonomischen Erwägungen sei vielmehr das Verfahren wieder zu eröffnen.

II

13

Die Revision ist teilweise begründet. Die Klägerin hatte allerdings zu keinem Zeitpunkt einen einklagbaren Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages zu den Bedingungen des rehaVital-Rahmenvertrages. Auch konnte sie auf der Grundlage der nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden ([§ 163 SGG](#)) Feststellungen des LSG nicht die Verurteilung der Beklagten beanspruchen, dass diese mit ihr gemäß den Bedingungen des rehaVital-Rahmenvertrages zumindest in Vertragsverhandlungen hätte eintreten müssen; insoweit ist die Entscheidung des LSG revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Jedoch war auf den Hilfsantrag der Klägerin festzustellen, dass die Beklagte ausgewählten Leistungserbringern zu Unrecht eine bevorzugte Beteiligung an der Hilfsmittelversorgung eingeräumt und hierdurch die Erwerbschancen der Klägerin und anderer Hilfsmittellieferanten erheblich beeinträchtigt hat; diese Handhabung ihrer Vertragskompetenzen war rechtswidrig. Hierüber konnte der Senat abschließend entscheiden, weil die erhobene Verfahrensrüge nicht durchgreift und im Übrigen unerheblich ist, ob das LSG den Sachverhalt im Hinblick auf die Verbandsverträge nach [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG zutreffend ermittelt hat oder nicht.

14

1. Streitgegenstand ist das Begehren der Klägerin, an der Versorgung von Versicherten der Beklagten zu den gleichen Bedingungen teilnehmen zu können wie die rehaVital-Partnerbetriebe. Ursprüngliches Klageziel war demgemäß die Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss eines solchen Versorgungsvertrages auch mit ihr (dazu unter 3.), hilfsweise die Aufnahme entsprechender Vertragsverhandlungen hierüber (dazu unter 4.) und schließlich - bei sachdienlicher Auslegung ([§ 123 SGG](#)) - weiter hilfsweise die Feststellung, dass die in den Jahren 2004 bis 2008 praktizierte Gestaltung der Leistungsbeziehungen zu den Hilfsmittellieferanten durch die Beklagte rechtswidrig gewesen ist (dazu unter 5.). Dieses anfängliche Rechtsschutzziel verfolgt die Klägerin nunmehr zutreffend im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage weiter. Hinsichtlich des ursprünglichen Klagebegehrens ist entsprechend [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#) mit Ablauf des 31.12.2008 Erledigung eingetreten, weil der Klägerin seit dem 1.1.2009 ein Recht zum Vertragsbeitritt nach [§ 127 Abs 2a Satz 1 SGB V](#) idF des GKV-OrgWG zusteht und das wirtschaftliche Klageziel im Ergebnis auf andere Weise erreicht werden kann. Die im Revisionsverfahren in diesem Sinne vorgenommene Umstellung ist als Antragsänderung nach [§ 99 Abs 3 Nr 3 SGG](#) zulässig (vgl BSG [SozR 4-2500 § 73 Nr 3](#) RdNr 11; [BSGE 99, 145](#) = [SozR 4-2500 § 116 Nr 4](#) - jeweils RdNr 14). Es besteht auch ein iS von [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#) berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass die Klägerin (schon) nach früherer Rechtslage den Abschluss der beantragten Rahmenvereinbarung oder zumindest die Aufnahme entsprechender Vertragsverhandlungen hat beanspruchen können bzw dass die Bevorzugung anderer Leistungserbringer rechtswidrig gewesen ist. Hierfür genügt jedes vernünftigerweise gerechtfertigte Interesse, das rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein kann (stRspr; vgl zuletzt etwa BSG [SozR 4-1500 § 131 Nr 3](#) RdNr 11 mwN). Dieses Interesse liegt hier in der Präjudizialität für andere Rechtsverhältnisse (vgl Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 131 RdNr 10a). Denn zum einen muss der Klägerin - die Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung unterstellt - die Möglichkeit eröffnet werden, "zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses die Früchte des ursprünglichen Klageverfahrens zu ernten" (so [BSGE 101, 177](#) = [SozR 4-2500 § 109 Nr 6](#) - jeweils RdNr 39). Zum anderen kann der Verfahrensausgang auch zur Klärung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten im Hinblick auf das gegenwärtig geltende Recht bedeutsam sein. Denn es ist angesichts der weiterhin bestehenden Differenzen über die Modalitäten und Voraussetzungen einer Beteiligung der Klägerin an der Hilfsmittelversorgung der Versicherten der Beklagten jedenfalls nicht offenkundig auszuschließen, dass eine Entscheidung über das Feststellungsbegehren der Klägerin auch zur Klärung der beiderseitigen Rechte und Pflichten unter dem gewandelten Regime des [§ 127 SGB V](#) idF des GKV-OrgWG beitragen kann.

15

2. Rechtsgrundlage der Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Hilfsmittellieferanten und deren vertragsrechtlicher Ausgestaltung in der Zeit zwischen 2004 und 2008 waren [§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) idF des GRG und des am 1.4.2007 in Kraft getretenen Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz - GKV-WSG) vom 26.3.2007 ([BGBl I 378](#)) sowie [§ 127 SGB V](#) jeweils idF des GMG und des GKV-WSG. An der Versorgung in der GKV konnte ein Leistungserbringer hiernach bis zum vollständigen Übergang zu dem durch das GKV-WSG eingeführten Vertragssystem beteiligt sein entweder aufgrund einer vertragsrechtlich ggf weiter ausgeformten Zulassung nach [§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) idF des GRG oder auf der Basis von Versorgungsverträgen nach [§ 127 SGB V](#) iVm [§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) jeweils idF des GKV-WSG. Beide Vorschriften standen in folgendem Verhältnis zueinander:

16

a) Bis zum 31.3.2007 war Grundlage der Beteiligung an der GKV-Versorgung die Zulassung als Hilfsmittellieferant nach [§ 126 Abs 1 SGB V](#) idF des GRG, ggf ergänzt durch Verträge nach [§ 127 SGB V](#). Grundsätzlich war aber der Zugang zur Hilfsmittelversorgung vom Bestand eines Versorgungsvertrages vollständig unabhängig. [§ 126 Abs 1 Satz 1](#) und 2 SGB V lauteten damals: "Hilfsmittel dürfen an Versicherte nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden. Zuzulassen ist, wer eine ausreichende, zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel gewährleistet und die für die Versorgung der Versicherten geltenden Vereinbarungen anerkennt." Dieses Zulassungsprinzip wurde zum 1.4.2007 durch das Vertragsmodell des GKV-WSG abgelöst (dazu unten 2.b), galt aber für Inhaber einer bis zum 31.3.2007 erteilten Zulassung gemäß [§ 126 Abs 2 SGB V](#) idF des GKV-WSG für eine Übergangszeit bis zum 31.12.2008 weiter fort.

17

Diese auf Zulassung beruhende Versorgungsbefugnis konnte durch Verträge nach [§ 127 SGB V](#) näher ausgestaltet werden. Insoweit bestand zunächst nach [§ 127 SGB V](#) in der bis zum 31.12.2003 im Wesentlichen unveränderten Fassung des GRG eine Vertragskompetenz für Regelungen insbesondere über die näheren Modalitäten der Versorgung zwischen den Verbänden der Krankenkassen und entweder Verbänden der Leistungserbringer oder einzelnen Leistungserbringern ([§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GRG). Zudem konnten sich Leistungserbringer bereiterklären, Hilfsmittel zum Festbetrag oder zu niedrigeren Beträgen abzugeben ([§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) idF des GRG) und waren die Krankenkassen verpflichtet, für festbetragsfreie Hilfsmittel Preisvereinbarungen wahlweise mit Verbänden von Leistungserbringern oder mit Leistungserbringern selbst zu treffen (vgl [§ 127 Abs 2 Satz 2 SGB V](#) idF des GRG).

18

b) Die Vertragsregelungen des [§ 127 SGB V](#) sind zunächst durch das GMG erheblich umgestaltet worden, indem einerseits eine gestufte Vertragshierarchie eingeführt und zum anderen eine regelmäßige Ausschreibungsverpflichtung für Verträge auf der Ebene von Krankenkassen und einzelnen Leistungserbringern begründet worden ist. Danach waren für festbetragsfreie Hilfsmittel zunächst Verträge zu schließen auf Ebene der Landesverbände der Krankenkassen und der Verbände der Ersatzkassen mit Verbänden der Leistungserbringer "über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln und deren Wiedereinsatz sowie über die Preise und deren Abrechnung" ([§ 127 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) idF des GMG). Weiter war auf dieser Vertragsebene auch "die Abrechnung der Festbeträge" zu regeln ([§ 127 Abs 1 Satz 2 SGB V](#) idF des GMG). Auf Grundlage dessen waren die Krankenkassen nachrangig befugt, "Verträge mit einzelnen Leistungserbringern zu niedrigeren Preisen als in den Verträgen nach Absatz 1 bei gleicher Qualität" zu schließen ([§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) idF des GMG). Zudem galt ein Ausschreibungspostulat, das bestimmte: "Hierzu soll die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien öffentlich ausgeschrieben werden" ([§ 127 Abs 2 Satz 2 SGB V](#) idF des GMG).

19

c) Dieses um fakultative Vertragselemente ergänzte Zulassungsregime nach [§ 126 SGB V](#) idF des GRG hat der Gesetzgeber zum 1.4.2007 grundlegend umgestaltet und vollständig in ein Vertragsmodell überführt. Nunmehr heißt es in [§ 126 Abs 1 Satz 1](#) und 2 SGB V: "Hilfsmittel dürfen an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs 1, 2 und 3 abgegeben werden. Vertragspartner der Krankenkassen können nur Leistungserbringer sein, die die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel erfüllen; die Krankenkassen stellen sicher, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind." Übergangsweise waren aber - von vertraglichen Beziehungen unabhängig - noch solche Leistungserbringer zur Versorgung von Versicherten bis zum 31.12.2008 zugelassen, die - wie die Klägerin - am 31.3.2007 über eine Zulassung nach [§ 126 SGB V](#) idF des GRG verfügten ([§ 126 Abs 2 SGB V](#) idF des GKV-WSG).

20

d) Die derart zum 1.4.2007 begonnene und am 31.12.2008 endgültig abgeschlossene Umstellung des Zugangs zur Hilfsmittelversorgung sieht nach der gegenwärtig geltenden und seit Inkrafttreten des GKV-WSG in wesentlicher Hinsicht unveränderten Fassung des [§ 127 SGB V](#) drei Stufen der Beteiligung an der Hilfsmittelversorgung vor: Demgemäß sollten - so [§ 127 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) idF des GKV-WSG - bzw können - so [§ 127 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) idF des GKV-OrGWG - auf der ersten Versorgungsstufe die Krankenkassen allein, durch ihre Verbände oder in Arbeitsgemeinschaften zunächst Verträge "im Wege der Ausschreibung" für solche Hilfsmittel schließen, die nicht individuell anzufertigen oder mit einem hohen Dienstleistungsanteil verbunden sind ([§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GKV-WSG). Erweist sich die Hilfsmittelbeschaffung im Wege der Ausschreibung wegen individueller Anfertigung oder wegen eines hohen Dienstleistungsanteils als unzweckmäßig - so [§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) idF des GKV-WSG - oder werden Ausschreibungen nach Absatz 1 nicht durchgeführt - so [§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) idF des GKV-OrGWG -, so hatten bzw haben die Krankenkassen oder ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften von Krankenkassen auf der zweiten Versorgungsstufe Verträge mit entweder einzelnen Leistungserbringern oder Verbänden von Leistungserbringern oder sonstigen Zusammenschlüssen von Leistungserbringern Verträge zu schließen über "die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung" ([§ 127 Abs 2 Satz 1 SGB V](#) idF des GKV-WSG). Hierüber haben sie die Leistungserbringer nach [§ 127 Abs 2 Satz 3 SGB V](#) zuvor wie folgt in Kenntnis zu setzen: "Die Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen, ist in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen". Kann hierdurch eine zumutbare Versorgung im Einzelfall nicht gewährleistet werden, ist zu deren Sicherstellung schließlich auf der dritten Versorgungsstufe ein Einzelvertrag nach [§ 127 Abs 3 SGB V](#) zu vereinbaren.

21

3. Einen Rechtsanspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages mit genau dem Inhalt des rehaVital-Rahmenvertrages gewährte [§ 127 SGB V](#) der Klägerin in keiner hier maßgeblichen Fassung; dies hat das LSG zutreffend entschieden. Zwar war die bevorzugte Behandlung einzelner Leistungserbringer jedenfalls in der von der Beklagten praktizierten Weise unzulässig (dazu unten 5.), eine vollständige Gleichstellung mit diesen konnte die Klägerin gleichwohl nicht beanspruchen. Dies gilt selbst dann, wenn die Beklagte den bindenden, aber möglicherweise unzutreffenden Feststellungen des LSG zufolge solche Verträge für die Zeit ab dem 1.1.2004 überhaupt nicht schließen durfte (dazu unten 4.). Denn jedenfalls in Bezug auf die Vergütung hätte die Klägerin nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden

Senats keine Gleichstellung mit anderen Leistungserbringern beanspruchen können. Entgegen der Auffassung des LSG kann eine Krankenkasse zwar im Einzelfall einem Kontrahierungszwang unterliegen, wenn anders ein rechtmäßiges Verhalten nicht möglich ist (vgl. [BSGE 101, 142](#) = [SozR 4-2500 § 69 Nr 4](#) - jeweils RdNr 18 ff; BSG [SozR 4-2500 § 133 Nr 3](#) RdNr 36). Grundsätzlich ist jedoch die vertragsrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen dem Verhandlungsgeschick der Beteiligten und damit dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, nach Art von Schiedsstellen den angemessenen Vertragsinhalt festzusetzen (stRspr; vgl. zuletzt [BSGE 101, 142](#) = [SozR 4-2500 § 69 Nr 4](#) - jeweils RdNr 19 f mwN). Dass hier ein Ausnahmefall vorliegt und folglich ein Anspruch auf Abschluss eines dem rehaVital-Rahmenvertrag vollständig entsprechenden Versorgungsvertrages bestanden haben könnte, ist nicht ersichtlich. Dagegen spricht schon der Umfang der im Anhang zum rehaVital-Rahmenvertrag auf 53 Seiten mit jeweils bis zu 45 Positionen gelisteten Leistungen; es ist kein Grund dafür erkennbar, dass mit der Klägerin ein Versorgungsvertrag mit exakt denselben Leistungskonditionen hätte abgeschlossen werden müssen. Es liegt kein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote der [§§ 19](#) bis [21 GWB](#) oder nach [Art 3 Abs 1 GG](#) vor. Belege dafür bieten weder die mit Verfahrensrügen insoweit nicht angegriffenen und den Senat deshalb bindenden ([§ 163 SGG](#)) Feststellungen des LSG noch können dem Vorbringen der Klägerin Umstände entnommen werden, die für eine weitere Aufklärung in diese Richtung hätten Anlass geben können ([§ 103 Satz 1 SGG](#)). Das gilt auch für ihre Rüge, das LSG hätte ermitteln müssen, mit welchen Unternehmen die Beklagte ansonsten noch Verträge nach [§ 127 SGB V](#) geschlossen hatte. Denn selbst wenn solche Verträge bestanden haben sollten, spricht nichts dafür, dass die Beklagte mit jedem Hilfsmittellieferanten einheitliche Versorgungsverträge mit identischen Vergütungsregelungen hätte schließen müssen.

22

4. Erfolglos begehrt die Klägerin des Weiteren die Feststellung, dass die Beklagte auch mit ihr Verhandlungen über den Abschluss eines dem rehaVital-Rahmenvertrag entsprechenden Versorgungsvertrages nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG hätte aufnehmen müssen. Zwar haben die Krankenkassen entgegen der offenkundig rechtswidrigen Auffassung der Beklagten grundsätzlich jeden zur Versorgung zugelassenen und geeigneten Leistungserbringer an den Verhandlungen über den Abschluss der Versorgungsverträge zu beteiligen, die sie zur pflichtgemäßen Aufgabenerledigung schließen (dazu unter a). Jedoch gilt auch dafür der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes; jedenfalls abschließende gesetzliche Normierungen lassen vertragliche Regelungen nur in den Grenzen und nach den Voraussetzungen der jeweiligen Gesetzeslage zu (dazu unter b). Dies steht dem Feststellungsbegehren entgegen, weil Rahmenverträge nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG nur auf der Basis von Verbandsverträgen nach [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG geschlossen werden konnten (dazu unter c) und die Klägerin die möglicherweise unzutreffende, mit Verfahrensrügen aber nicht angegriffene Feststellung des LSG gegen sich gelten lassen muss, dass solche Verträge nicht bestanden haben (dazu unter d).

23

a) Allerdings ist der Ausgangspunkt der Klägerin zutreffend, dass die Krankenkassen jedem zugelassenen und geeigneten Leistungserbringer die Möglichkeit zur Beteiligung an der Versorgung der Versicherten nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Vorgabe einzuräumen haben. Dies hat die Beklagte offenkundig verkannt (dazu unter 5.). Solange das Leistungserbringungsrecht nicht selbst den Zugang zur GKV-Versorgung begrenzt, steht die Beteiligung jedem Leistungserbringer im Rahmen der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben offen. Für im Gesetz nicht vorgesehene Beschränkungen des Zugangs zur Versorgung ist deshalb kein Raum (stRspr; vgl. zuletzt [SozR 4-2500 § 40 Nr 2](#) - ambulante medizinische Rehabilitationsleistungen; [BSGE 96, 233](#) = [SozR 4-3300 § 72 Nr 1](#) - Einzugsbereich für Pflegeleistungen; [BSGE 98, 12](#) = [SozR 4-2500 § 132a Nr 2](#) - Ausbildungsanforderungen an leitende Pflegefachkraft).

24

b) Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen über einen Versorgungsvertrag oder auf Beteiligung an einem vorbereitenden Auswahlverfahren hat ein Leistungserbringer aber nur, soweit die Krankenkasse entsprechende Verträge schließen darf. Insoweit sind die Möglichkeiten der Leistungserbringer durch die Vertragskompetenz der Krankenkassen begrenzt. Das beurteilt sich nach der jeweiligen formellen und materiellen Rechtslage. Zwar gilt insoweit der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nicht. Denn grundsätzlich kann sich eine Krankenkasse zur Durchsetzung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots aller rechtlich zulässigen Mittel des Verwaltungshandelns bedienen und demnach auf der Grundlage der [§§ 53](#) ff SGB X auch Verwaltungsverträge mit Leistungserbringern schließen, ohne dass es dazu einer besonderen Ermächtigungsnorm bedarf (vgl. [BVerfGE 114, 196](#), juris RdNr 165 ff; dem folgend [BSGE 101, 161](#) = [SozR 4-2500 § 130a Nr 3](#) - jeweils RdNr 34). Bedeutung besitzt insoweit aber der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes. Er setzt der Vertragskompetenz der Krankenkassen Grenzen - und zwar zum einen durch die Existenz entgegenstehender Rechtsvorschriften und/oder Rechte Dritter (vgl. [§§ 53 Abs 1 Satz 1, 57 Abs 1 SGB V](#)) und zum anderen durch die Bindung an diejenigen Vorgaben des Vierten Kapitels sowie der [§§ 63](#) und [64 SGB V](#), durch die die Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß [§ 69 Satz 1 SGB V](#) idF des GMG abschließend ausgestaltet sind. Liegt eine solche abschließende Normierung vor oder stehen Vorschriften bzw Rechte Dritter entgegen, kann die Krankenkasse demgemäß Versorgungsverträge nur schließen und ein Leistungserbringer eine Beteiligung an dem darauf gerichteten Verfahren nur beanspruchen, solange die hieraus sich ergebenden Grenzen gewahrt sind. Dagegen sind Verträge mit Leistungserbringern unzulässig, wenn den Krankenkassen verbindlich ein abschließender Katalog möglicher Vertragsformen vorgegeben ist und deren Voraussetzungen nicht vorliegen.

25

c) Verbindliche Vorgaben in diesem Sinne betrafen hier das Vorrangverhältnis zwischen Verbandsvertrag nach [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG und Rahmenvertrag nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG. Zwischen diesen Instrumenten der Vertragsgestaltung bestand ein Stufenverhältnis, um im Ergebnis auf ein möglichst niedriges Niveau der für die Leistungspflicht der Krankenkassen maßgeblichen Hilfsmittelabgabepreise gemäß [§ 33 Abs 2 Satz 2](#) und 3 sowie [§ 127 Abs 3 SGB V](#) idF des GMG hinzuwirken. Hiernach waren die Verbände von Krankenkassen und Leistungserbringern zwingend verpflichtet ("schließen die Landesverbände mit Wirkung für ihre Mitgliedskassen Verträge mit Verbänden der Leistungserbringer"), auf Verbandsebene Verträge zu schließen, und zwar erstens über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln und deren Wiedereinsatz sowie über die Preise und deren Abrechnung für die nicht festbetragsgebundenen Hilfsmittel sowie zweitens über die Abrechnung der Festbeträge ([§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG). Anknüpfend hieran waren die Krankenkassen nach pflichtgemäßem Ermessen ("die Krankenkassen können Verträge mit einzelnen Leistungserbringern schließen") befugt

und im Hinblick auf die Preisbildungsvorschriften nach [§ 127 Abs 3 SGB V](#) idF des GMG auch gehalten, durch Verträge mit einzelnen Leistungserbringern eine Versorgung "zu niedrigeren Preisen als in den Verträgen nach Absatz 1 bei gleicher Qualität" sicherzustellen und hierdurch auf ein im Interesse der Versichertengemeinschaft möglichst niedriges Preisniveau hinzuwirken. Dieses war dann maßgebend für die Leistungsansprüche der Versicherten, soweit sie hiernach zumutbar versorgt werden konnten ([§ 33 Abs 2 Satz 2](#) und 3, [§ 127 Abs 3 SGB V](#) idF des GMG).

26

Hierdurch wurden die Vertragskompetenzen der Verbandsebene einerseits und der einzelnen Krankenkassen andererseits vor der erneuten Weiterentwicklung des [§ 127 SGB V](#) durch das GKV-WSG von dem bis dahin geltenden Alternativverhältnis in eine Beziehung von Über- und Unterordnung gestellt. Dem Verbandsvertrag war nach der gesetzlichen Konzeption ersichtlich die Funktion des übergeordneten Ordnungsrahmens zugewiesen, innerhalb dessen sich der vom Gesetzgeber intendierte Preiswettbewerb der Leistungserbringer nach einheitlichen Anforderungen vor allem für die Leistungsqualität und die Leistungsabwicklung bei wieder einsetzbaren Hilfsmitteln entfalten sollte. Hierüber konnten sich einzelne Krankenkassen - wie es die Beklagte im Ergebnis gleichwohl für sich in Anspruch genommen hat - schon deshalb nicht hinwegsetzen, weil diesem Ordnungsrahmen - wie der vorliegende Fall deutlich belegt - auch drittschützende Wirkung zugekommen ist, indem so für alle Wettbewerbsteilnehmer gleiche und transparente Anforderungen vorzugeben waren.

27

d) Die für einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen über Verträge nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG erforderlichen Verbandsverträge ([§ 127 Abs 1 SGB V](#)) lagen nach den Feststellungen des LSG nicht vor; solche Versorgungsverträge bestanden demnach überhaupt nicht. Ob das zutrifft und somit der Auftrag des [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG schlechthin unbeachtet blieb, erscheint zwar zweifelhaft, worauf auch die vom erkennenden Senat eingeholte Auskunft des BVA vom 5.3.2010 hindeutet; im vorliegenden Zusammenhang ist dies aber unbeachtlich. Dabei kann offen bleiben, ob der Senat befugt gewesen wäre, den Sachverhalt weiter aufzuklären und offene sog "generelle Tatsachen" selbst zu ermitteln (vgl [BSGE 95, 244, 255](#) = [SozR 4-3100 § 1a Nr 1](#) - jeweils RdNr 58 mwN; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 163 RdNr 7 mwN; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 5. Aufl 2008, Kap IX RdNr 310 mwN). Dafür besteht vorliegend kein Anlass. Denn zum einen muss sich die Klägerin daran festhalten lassen, dass sie die tatbestandlichen Feststellungen des LSG nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensfragen angegriffen und damit als Grundlage der revisionsrechtlichen Klärung akzeptiert hat ([§ 163 SGG](#)). Zum anderen befasst sich die revisionsrechtliche Prüfung des Streitfalles heute nicht mehr mit einem Leistungsbegehren, sondern es handelt sich um eine Fortsetzungsfeststellungsklage, bei der (nur noch) die frühere Verhaltensweise der Beklagten auf dem Prüfstand steht. Es geht also retrospektiv darum, ob der Anspruch der Klägerin auf diskriminierungsfreie Teilhabe an der Versorgung in rechtswidriger Weise verkürzt worden ist (dazu nachfolgend unter 5.).

28

5. Zu Recht begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Beklagte die Leistungsbeziehungen zu den Hilfsmittellieferanten von 2004 bis 2008 rechtswidrig ausgestaltet hat; hierdurch hat sie den Anspruch der Klägerin auf diskriminierungsfreie Teilhabe an der Versorgung rechtsmissbräuchlich verkürzt.

29

a) Die Befugnis zur Teilhabe an der Versorgung nach dem SGB V - hier durch Zulassung nach [§ 126 Abs 1 SGB V](#) idF des GRG - begründet neben der Versorgungs- und Abrechnungsbefugnis zu Lasten der GKV auch den Anspruch, dass die Krankenkassen bei Einwirkungen auf das Leistungsgeschehen den vom Gesetzgeber vorgegebenen Ordnungsrahmen einhalten und das Diskriminierungsverbot wahren. Das ergibt sich aus den Grundrechten der Leistungserbringer aus [Art 12 Abs 1](#) und [Art 3 Abs 1 GG](#). Zwar gewährt [Art 12 Abs 1 GG](#) keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb (stRspr; vgl etwa [BVerfGE 106, 275, 299](#) = [SozR 3-2500 § 35 Nr 2](#) S 12, 18; [BVerfGE 116, 135, 152](#) - jeweils mwN). Auch besteht kein Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen in der GKV dauerhaft gleich bleiben (vgl [BVerfGE 106, 275, 299](#) = [SozR 3-2500 § 35 Nr 2](#) S 12, 18). Daher durfte der Gesetzgeber das frühere Zulassungssystem durch das nunmehr geltende Vertragssystem ersetzen, sofern er sich dabei - worüber hier nicht zu entscheiden ist - von hinreichenden Einschätzungen hat leiten lassen. Im Rahmen der von ihm vorgegebenen Regelungen sichert [Art 12 Abs 1 GG](#) aber die Berechtigung, am Wettbewerb nach Maßgabe gerade dieser Funktionsbedingungen teilhaben zu können (vgl [BVerfGE 106, 275, 299](#) = [SozR 3-2500 § 35 Nr 2](#) S 12, 18; [BVerfGE 116, 135, 152](#)). Diese Berechtigung bindet auch die Krankenkassen ([Art 20 Abs 3 GG](#)). Sie ist verletzt, wenn eine Krankenkasse die Voraussetzungen für die Teilhabe an der GKV-Versorgung in einer vom Gesetzgeber nicht vorgezeichneten Weise zu Lasten einzelner Marktteilnehmer ändert und andere hierdurch begünstigt. Insofern ist die strikte Gleichbehandlung aller Wettbewerber nach Maßgabe ausschließlich der vom Gesetzgeber vorgegebenen Regeln zum Schutz der Berufsfreiheit auch geboten, um die Beeinträchtigung der Erwerbschancen im ohnehin staatlich reglementierten Markt nicht über das gesetzlich gebotene Maß hinaus weiter zu verstärken. Denn bei einem regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen (vgl [BVerfG - Kammer - SozR 4-1500 § 54 Nr 4](#) RdNr 18). Trifft eine Krankenkasse vorbereitende oder endgültige Auswahlentscheidungen unter konkurrierenden Leistungserbringern, ist dies demgemäß nur rechtmäßig, soweit sie erstens dem Grunde nach überhaupt zugelassen sind und zweitens im Einklang mit den jeweils maßgebenden Vorschriften des Leistungserbringungsrechts stehen.

30

b) Die Beklagte hat sich für befugt gehalten, die Hilfsmittelversorgung ihrer Versicherten wesentlich nur einem ausgewählten Kreis von Leistungserbringern zu öffnen und den Zugang anderer zugelassener Leistungserbringer faktisch einzuschränken; das steht nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens zur Überzeugung des Senats fest. Dabei kann offen bleiben, ob sie schon den Zugang zu dem EDV-System zur Verwaltung ihres Hilfsmittelpools nur Vertragslieferanten ermöglicht und hierdurch bereits faktisch die Beteiligung anderer Leistungserbringer an der Hilfsmittelversorgung vereitelt hat, wie die Klägerin erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat und damit zwar verspätet ([§ 163 SGG](#)), aber auch unwidersprochen vorgetragen hat. Auch kann unentschieden bleiben, ob das Verfahren der Leistungsbewilligung für Nicht-Vertragslieferanten so schwerfällig ausgestaltet war, dass insbesondere größere Einrichtungen bei der

Versorgung von Patienten und Heimbewohnern nur zur Zusammenarbeit mit Vertragslieferanten bereit waren, wie die Klägerin ebenfalls erstmals und damit verspätet in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat. Ebenso braucht der Senat nicht darüber zu entscheiden, ob die Versorgung der Versicherten auch im Übrigen faktisch vollständig auf Vertragslieferanten beschränkt war, wie dies dem vom Bundesgerichtshof (BGH) mit Urteil vom 24.6.2003 - [KZR 18/01](#) - entschiedenen Streitfall zugrunde gelegen hat ([WRP 2003, 1125](#) = [NZS 2004, 33](#)). Denn der vom LSG festgestellte Sachverhalt - insbesondere das vorprozessuale Verhalten der Beklagten gegenüber der Klägerin - einerseits sowie die große Zahl von Vertragsschlüssen mit anderen Leistungserbringern in den Jahren 2004 bis 2008 andererseits lassen nur den Schluss zu, dass die Beklagte ihre Leistungsbeziehungen jedenfalls ganz wesentlich auf einen begrenzten Kreis ausgewählter Leistungserbringer beschränkt hat. Anders ist nicht zu verstehen, dass sie in der vorprozessualen Korrespondenz mehrfach darauf hingewiesen hat, dass ihr Versorgungsbedarf bereits mit anderen Leistungserbringern in ausreichendem Umfang gesichert sei, dass für eine Ausschreibung und den Abschluss weiterer Rahmenverträge derzeit kein Bedarf bestehe und sie sich mit der Klägerin in Verbindung setzen werde, soweit Handlungsbedarf bestehe. Schließlich ist anders auch nicht zu erklären, dass sie nach Auskunft des BVA - und entgegen ihrer ursprünglichen Einlassung im Verfahren - im hier streitigen Zeitraum zwar über 40 Verträge mit anderen Leistungserbringern oder Gruppen von ihnen geschlossen, der Klägerin aber nicht einmal Gelegenheit zur Abgabe eines entsprechenden Vertragsangebots gegeben hat.

31

c) Diese Zugangsbegrenzungen standen zu keinem Zeitpunkt im Einklang mit den zwischen 2004 und 2008 geltenden Vorschriften der [§§ 126](#) und [127 SGB V](#); sie waren vielmehr eindeutig rechtswidrig und konnten insbesondere nicht mit einer mangelhaften Erfüllung der Leistungspflichten der Klägerin, mit dem Hinweis auf zwischen 2004 und 2008 geschlossene Verträge oder den rehaVital-Rahmenvertrag bzw andere Verträge aus der Zeit vor 2004 begründet werden:

32

aa) Keine Rechtfertigung für die faktische Ausgrenzung der Klägerin aus der Versorgung von Versicherten der Beklagten bieten zunächst etwaige Leistungsmängel bei der Aufgabenwahrnehmung der Klägerin in der Vergangenheit. Dabei kann offen bleiben, inwieweit ein zugelassener Leistungserbringer überhaupt außerhalb eines förmlichen Verfahrens der Zulassungsentziehung dauerhaft vom Zugang zur Versorgung ausgeschlossen werden durfte. Denn selbst wenn Krankenkassen so hätten verfahren dürfen, hätte dem betroffenen Leistungserbringer nach der Rechtsschutzgarantie des [Art 19 Abs 4 GG](#) Gelegenheit gegeben werden müssen, den Vorwurf auszuräumen und die rechtlichen Folgen zur gerichtlichen Überprüfung zu stellen. Dazu hätten die beanstandeten Mängel mindestens so konkret bezeichnet sein müssen, dass dem Leistungserbringer eine Stellungnahme und ggf eine gerichtliche Überprüfung möglich gewesen wäre. Nicht ausreichend sind dagegen - wie hier - pauschale Vorhaltungen über nicht weiter konkretisierte Mängel der Leistungserfüllung, die im Verfahren noch nicht einmal im Ansatz substantiiert worden sind.

33

bb) Unzulässig war die Bevorzugung ausgewählter Leistungserbringer auch, soweit sie mit den zwischen 2004 und 2008 geschlossenen Verträgen begründet worden ist; nach den Feststellungen des LSG und auf der Grundlage ihrer eigenen Angaben hätte die Beklagte keinen dieser Verträge schließen dürfen. Dabei kann für die Zeit vor Inkrafttreten des GKV-WSG offen bleiben, ob die Beschränkung der Lieferbeziehungen auf einen begrenzten Kreis ausgewählter Leistungserbringer überhaupt zulässig war, wie es der BGH für die bis zum 31.12.2003 geltende Rechtslage angenommen hat (Urteil vom 24.6.2003, [WRP 2003, 1125](#) = [NZS 2004, 33](#)). Denn selbst dann war die Praxis der Beklagten rechtswidrig, weil es jedenfalls an der notwendigen "Ausschreibung" ([§ 127 Abs 2 Satz 2 SGB V](#) idF des GMG) bzw "öffentlichen Bekanntmachung" ([§ 127 Abs 2 Satz 3 SGB V](#) idF des GKV-WSG) mangelte. Dabei braucht hier nicht entschieden zu werden, welche Anforderungen an eine solche Ausschreibung oder Bekanntmachung im Einzelnen gestellt waren und inwieweit dem Kartellvergaberecht dabei Bedeutung zugekommen ist; nunmehr hat der Gesetzgeber durch [§ 69 Abs 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V](#) idF des GKV-OrgWG die Anwendbarkeit der [§§ 97](#) bis [115](#) und [128 GWB](#) angeordnet, soweit die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Denn hier fehlte es mit der hinreichenden öffentlichen Information über den in Aussicht genommenen Vertragsschluss, dem freien Zugang zum Verhandlungsverfahren, der Vorhersehbarkeit der für die Auswahl maßgeblichen Entscheidungskriterien und schließlich der strikten Gleichbehandlung aller Anbieter an allen Voraussetzungen, die beim Abschluss von Verträgen nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG bzw des GKV-WSG nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck dieser Vorschriften mindestens zu wahren waren und weiter zu wahren sind (ähnlich Hess in: Kasseler Kommentar, Stand: August 2008, [§ 127 SGB V](#) RdNr 5). Die Beklagte hat vielmehr für sich in Anspruch genommen, Verträge nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) sowohl in der Fassung des GMG wie des GKV-WSG ohne jede öffentliche Beteiligung, Transparenz und Chancengleichheit schließen zu können; dass dies mit den gesetzlichen Anforderungen unvereinbar war, bedarf keiner weiteren Vertiefung.

34

Die aufgezeigten Mindestanforderungen waren während der Zeit vom 1.1.2004 bis zum 31.3.2007 auch nicht deshalb unbeachtlich, weil die - von der Existenz von Verbandsverträgen nach [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG abhängige - Durchführung von Ausschreibungen insoweit in das Ermessen der Krankenkassen gestellt war ("soll ... öffentlich ausgeschrieben werden"). Von dieser Regelung hätte die Beklagte entsprechend [§ 39 Abs 1 SGB I](#) in pflichtgemäßer Weise Gebrauch machen müssen und von dem mit der Soll-Vorschrift zum Ausdruck gebrachten Vorrang der Regelausschreibung nur absehen dürfen, wenn deren Zweck entweder auf andere Weise erreicht werden konnte oder sie ausnahmsweise ansonsten entbehrlich war. Es spricht nichts dafür, dass dies hier der Fall gewesen sein könnte; einen solchen Ausnahmefall hat auch die Beklagte nicht behauptet.

35

cc) Auf den rehaVital-Rahmenvertrag kann die bevorzugte Beteiligung ausgewählter Leistungserbringer ebenfalls nicht gestützt werden. Unbeschadet der Frage, ob bis zum 31.12.2003 Leistungsbeziehungen nach Ausschreibung noch auf einzelne Anbieter beschränkt werden durften (so BGH, Urteil vom 24.6.2003, [KZR 18/01](#), [WRP 2003, 1125](#) = [NZS 2004, 33](#)), hätte die Beklagte ihre Versorgungsbeziehungen nach Inkrafttreten der Neuregelungen zunächst des GMG und später des GKV-WSG jeweils der neuen Rechtslage anpassen und jedem Leistungserbringer die Teilnahme am Wettbewerb im neuen rechtlichen Rahmen ermöglichen müssen (vgl oben unter 5.a). Dabei kann offen

bleiben, ob der rehaVital-Rahmenvertrag vom 18.12.2003 wenige Tage vor Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelungen des GMG so überhaupt noch hätte geschlossen werden dürfen und ob die Beklagte später von einem Kündigungsrecht hätte Gebrauch machen oder auf andere Weise rechtmäßige Zustände hätte herstellen müssen. Denn jedenfalls hätte sie ab Kenntnis der Neuregelung, spätestens also mit der Verabschiedung des GMG am 14.11.2003, dafür Sorge tragen müssen, dass die Beziehungen zu den Leistungserbringern der ab 1.1.2004 geltenden Rechtslage entspricht. So hätte sie zB jedem Wettbewerber entweder die ungehinderte Teilnahme an der Hilfsmittelversorgung ohne rahmenvertragliche Übereinkunft eröffnen oder - nach Abschluss von Verbandsverträgen gemäß [§ 127 Abs 1 SGB V](#) idF des GMG - die Möglichkeit einräumen müssen, nach Ausschreibung in Verhandlungen über den Abschluss eines Rahmenvertrages nach [§ 127 Abs 2 SGB V](#) idF des GMG einzutreten. Konnte sie diesen Anforderungen - wie ihr Vorbringen möglicherweise zu verstehen ist - wegen der Bindungswirkung des rehaVital-Rahmenvertrages nicht mehr nachkommen, was im Vertragstext selbst allerdings keinen unmittelbaren Ausdruck findet, so hätte sie diesen Rahmenvertrag nicht mehr eingehen, sondern den Anforderungen des GMG anpassen müssen.

36

dd) Auch mit den anderen vor 2004 geschlossenen Verträgen durfte die Beklagte den Ausschluss der Klägerin von Vertragsverhandlungen nicht rechtfertigen. Ohnehin mangelt es hierzu an konkreten Angaben der Beklagten. Auch würden sie eine Zugangsbeschränkung zu Lasten anderer Leistungserbringer - hier: der Klägerin - nur rechtfertigen können, wenn sie rechtmäßig zustande gekommen und zumindest - da gesetzliche Vorgaben vor Inkrafttreten des GMG noch nicht normiert waren - die von Verfassungs wegen geltenden Mindestanforderungen an ein faires Auswahlverfahren eingehalten worden wären (vgl [BVerfGE 116, 1](#), 12 f; [BVerfGE 116, 135](#), 153 f); Feststellungen dazu fehlen. Jedenfalls dürfte aber selbst eine rechtmäßige Auswahlentscheidung die Chance unterlegener Wettbewerber auf Berücksichtigung bei künftigen Versorgungsentscheidungen nicht auf Dauer ausschließen. Ansonsten wäre das durch [Art 12 Abs 1 GG](#) gesicherte Recht auf Teilhabe am Wettbewerb praktisch entwertet. Wo die Grenze zwischen dem Interesse an einer für die Krankenkassen praktikablen Laufzeit solcher Verträge und dem Interesse der nicht berücksichtigten Wettbewerber zu ziehen ist, kann hier offen bleiben (vgl zur Frage der unzulässigen Marktabschottung durch langfristige Lieferverträge - hier: Gas - nach Kartellrecht etwa [BGHZ 180, 323](#) mwN). Denn mit dem Abschluss neuer Verträge in großer Zahl - über 40 - zur Anpassung alter oder zur Begründung neuer Leistungsbeziehungen zwischen 2004 und 2008 hat die Beklagte selbst deutlich gemacht, dass das Leistungsgeschehen mit den älteren Verträgen zunehmend weniger geordnet werden konnte und deshalb Bedarf für eine Neugestaltung bestanden hat. Deshalb hätten alte Vertragsbeziehungen dem Teilhabeanspruch der Klägerin selbst dann nicht (mehr) entgegengehalten werden dürfen, wenn die bevorzugte Bindung an andere Leistungserbringer ursprünglich rechtmäßig gewesen wäre; auch das hat die Beklagte verkannt.

37

6. Für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war kein Raum, weil gegen Urteile des BSG weitere (ordentliche) Rechtsmittel nicht gegeben sind und demzufolge das Urteil vom 10.3.2010 mit Verkündung am Ende der Sitzung formelle Rechtskraft erlangt hat (vgl Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, aaO, § 141 RdNr 2a mwN). Dies schließt eine Änderung der ergangenen Entscheidung im Rahmen des Verfahrens hier aus.

38

7. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 3 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1, 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung; die Streitwertfestsetzung folgt aus [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs 1](#) und [§ 47 Abs 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Insoweit ist der Senat in entsprechender Anwendung von [§ 50 Abs 2 GKG](#) von 5 % des nach Auffassung der Klägerin in der Zeit zwischen 2004 und 2008 mit Versicherten der Beklagten erzielbaren Umsatzes in Höhe von 3 Millionen Euro jährlich, insgesamt also von 15 Millionen Euro ausgegangen (vgl BSG [SozR 4-7935 § 25 Nr 1](#) RdNr 37), den er im Hinblick auf die zwischenzeitliche Erledigung des Rechtsstreits zur Hälfte angesetzt hat (7,5 Millionen Euro, davon 5 % = 375.000 Euro).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-08-30