

L 2 KN 16/05 KR

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
2
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 24 KN 108/01 KR
Datum
11.01.2005
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 2 KN 16/05 KR
Datum
18.01.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Es wird unter Abänderung des Urteils des SG Düsseldorf vom 11.01.2005 festgestellt, dass die Mitglieder der Klägerinnen von der Beklagten bei der Versorgung mit den von der Ausschreibung erfassten wiederverwendbaren Hilfsmitteln als Leistungserbringer zu berücksichtigen sind.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerinnen für beide Rechtszüge.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Mitglieder der Klägerinnen bei der Versorgung mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln als Leistungserbringer von der Beklagten zu berücksichtigen sind.

Die Klägerinnen sind die Innungen für Orthopädie in Nordrhein-Westfalen, denen Handwerksbetriebe, die über Zulassungen als Leistungserbringer von Hilfsmitteln nach [§ 126 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) verfügen, als Mitglieder angehören. Die Beklagte führt die knappschaftliche Krankenversicherung durch.

Die Klägerinnen hatten unter dem 10.11.1993 mit den Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen, einzelnen gesetzlichen Krankenkassen und der Beklagten einen Rahmenvertrag gemäß [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) geschlossen. Gegenstand des Vertrages war die Herstellung, Abgabe und Anpassung von Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfs- und Verbandsmitteln durch Mitgliedsbetriebe der Klägerinnen sowie deren Vergütung. Die Beklagte kündigte den Rahmenvertrag wirksam zum 31.12. 2001. Der Aufforderung der Klägerinnen, Verhandlungen zum Abschluss eines neuen Rahmenvertrages aufzunehmen, kam die Beklagte bislang nicht nach. Die Beteiligten haben am 21.02.2002 lediglich zur vorläufigen Handhabung der Versorgung der knappschaftlich Versicherten mit Hilfsmitteln, die von einer Ausschreibung nicht erfasst sind, schriftlich vereinbart, dass die Abrechnungsmodalitäten und Preisvereinbarungen gemäß dem Rahmenvertrag von 1993 weiter gelten und die Beteiligten an ihren gegensätzlichen Ansichten über die Zulässigkeit von Sonderverträgen bis zur rechtskräftigen Entscheidung im vorliegenden Verfahren festhalten.

Für wiederverwendbare Hilfsmittel, die den Versicherten lediglich leihweise zur Verfügung gestellt werden, führte die Beklagte in den vergangenen Jahren mehrmals Ausschreibungen durch. Die Ausschreibungen erfolgten im Wege eines sog. Offenen Verfahrens nach der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A). Im Einzelnen wurden bestimmte wiederverwendbare Hilfsmittel des Hilfsmittelsverzeichnisses ([§ 128 SGB V](#)) in drei (im Jahr 2006) bzw. 4 Fachlose (im Jahr 2004) eingeteilt. (Fachlos 1a: Krankenfahrzeuge - ohne Elektroantrieb und entsprechendes Zubehör; Fachlos 1b: Krankenfahrzeuge - mit Elektroantrieb und entsprechendes Zubehör; Fachlos 1c: Inhalations- und Atemtherapiegeräte und entsprechendes Zubehör; Fachlos 1d - im Jahr 2006 nicht mehr von der Ausschreibung umfasst: sonstige Hilfsmittel und Zubehör, z.B. Lifter, Wecheldruck-Matratzen, Duschstühle). Im Weiteren wurden - bundesweit - Städte, Kreise und Gemeinden, unter Berücksichtigung von Versichertenzahlen und der regionalen Auftragszahlen, zu sogenannten Gebietslosen (die Ausschreibung im Jahr 2004 erfolgte mit 31, die Ausschreibung 2006 mit 32 Gebietslosen) zusammengefasst. Allen interessierten Unternehmen wurde die Möglichkeit eingeräumt, ein Angebot abzugeben. Für jedes Gebietslos ermittelte die Beklagte sodann, differenziert nach dem jeweiligem Fachlos, zwei Leistungserbringer (Ausschreibungsgewinner), denen für 2 Jahre alle in diesem Vertragsbereich anfallenden Versorgungsaufträge übertragen wurden. Weitere im jeweiligen Vertragsbereich (zugelassene) Hilfsmittellieferanten nahmen an der Versorgung der Versicherten der Beklagten (mit Hilfsmitteln, die Gegenstand der Ausschreibung waren) nicht mehr teil. Soweit diese Hilfsmittellieferanten der Beklagten Verordnungen und Kostenvoranschläge vorlegten, wurde ihnen mitgeteilt, dass durch sie eine Lieferung

zu Lasten der Beklagten nicht erfolgen könne. Weiter hieß es, die Lieferung des Hilfsmittels erfolge aus dem Lagerbestand der Beklagten durch eine Firma, die mit der Beklagten einen Sondervertrag abgeschlossen habe.

Mit der am 27.11.2001 zum Sozialgericht Düsseldorf (SG) erhobenen Klage haben die Klägerinnen zunächst im Wesentlichen das Ziel verfolgt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) abzuschließen, jedenfalls keine solchen Sonderverträge abzuschließen, mit denen die übrigen Mitglieder der Klägerin von der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln ausgeschlossen werden. Zur Begründung haben die Klägerinnen die Auffassung vertreten, das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern sei abschließend im SGB V geregelt. Entgegen der Auffassung der Beklagten regle [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Verpflichtung der Beklagten, Rahmenverträge abzuschließen. Selbst wenn die Beklagte Ausschreibungen vornehmen würde, so dürfe dies nicht zum Ergebnis führen, durch Sonderverträge diejenigen Leistungsanbieter generell von der Versorgung ausschließen, die den Ausschreibungsvoraussetzungen nicht entsprechen. Im Übrigen beschränke die Verfahrensweise der Beklagten den Versicherten in seinem Recht, bei jedem zugelassenen Vertragspartner der Beklagten ein Hilfsmittel zu beziehen, wenn er bereit ist, den Differenzpreis zu bezahlen. Selbst nach Neuregelung des [§ 127 SGB V](#) dürften Leistungserbringer, die höhere Preise als "das untere Drittel" verlangten, dann nicht von der Leistungserbringung ausgeschlossen werden, wenn der Versicherte auf den Differenzbetrag hingewiesen werde und diesen tragen wolle.

Wettbewerbsrechtliche Regelungen ständen dem nicht entgegen, der Gesetzgeber habe, das Spannungsverhältnis zwischen Kartell- und Krankenversicherungsrecht durch [§ 69 SGB V](#) gelöst.

Die Klägerinnen haben beantragt,

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, mit den Klägerinnen einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) abzuschließen, nach dem die zugelassenen ([§ 126 Abs. 1 SGB V](#)) Innungsmitglieder der Klägerinnen berechtigt sind, an der Versorgung der Versicherten der Beklagten mit sämtlichen Hilfsmitteln teilzunehmen, die zum Berufsbild des Orthopädietechnikers gehören und die Gegenstand der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung sind;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, mit den Klägerinnen einen Vertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) abzuschließen, der den Abschluss von "Sonderverträgen" mit einzelnen Hilfsmittellieferanten verbietet, sofern er mit allen anderen Hilfsmittellieferanten für eine bestimmte Region und/oder für bestimmte Produkte von der Leistungsabgabe an Versicherte der Beklagten ausgeschlossen ist.
3. Hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, Sonderverträge mit einzelnen Hilfsmittellieferanten abzuschließen, nach denen die zugelassenen Hilfsmittelerbringer, die nicht Vertragspartner sind, von der Lieferung der Hilfsmittel für eine bestimmte Region und/oder für bestimmte Produkte von der Leistungsabgabe an Versicherte der Beklagten ganz oder für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen werden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Ausschreibung schließe keines der Innungsmitglieder von der Versorgung ihrer Versicherten mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln aus. Jeder zugelassene Leistungserbringer könne sich an den Ausschreibungen beteiligen. Durch die Zugrundelegung des Vergaberechts würden Chancengleichheit, Transparenz und fairer Wettbewerb sichergestellt. Eine Pflicht, alle Innungsmitglieder der Klägerinnen an der Versorgung ihrer Versicherten zu beteiligen, lasse sich den gesetzlichen Regelungen nicht entnehmen. Die streitige Hilfsmittelversorgung basiere auf [§ 33 Abs. 5 SGB V](#). Wenn es einer Krankenkasse freistehe, ihre Mitglieder leihweise mit Hilfsmitteln zu versorgen, die in ihrem Eigentum stünden, wäre es im Einzelfall nicht einmal erforderlich, überhaupt Leistungserbringer einzuschalten. Sie sei im Übrigen nach [§ 97 Abs. 1](#) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen Ausschreibungen durchzuführen. Denn sie kaufe in einem Umfang, der die Anwendung europäischen Vergaberechts erforderlich mache.

Das SG hat mit Urteil vom 10.01.2005 in Gestalt des Beschlusses vom 03.03.2005 die Klage abgewiesen. Es bestünden keine Bedenken, im Interesse einer Kostenminderung bei leihweiser Überlassung von Hilfsmitteln diese Leistungen auszuschreiben und insoweit keinen Rahmenvertrag mit den Klägerinnen zu schließen. An dieser Rechtslage habe sich durch die zum 01.01.2004 in Kraft getretene Neufassung des [§ 127 SGB V](#) nichts geändert. Die Möglichkeit zum Abschluss von Rahmenverträgen gem. [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) schließe die Möglichkeit zum Abschluss von Sonderverträgen gem. [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) nicht aus. Die durch die Neuregelung des [§ 127 Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) konkretisierte Ausschreibung begründe nicht die Pflicht, an dieser Beschaffungstätigkeit jeden nach [§ 126 Abs. 1 SGB V](#) zugelassenen Leistungsträger zu beteiligen

Zur Begründung ihrer dagegen am 15.02.2005 eingelegten Berufung haben die Klägerinnen u.a. ausgeführt, es sei unzulässig, für einen Zeitraum von zwei Jahren Leistungsanbieter von der Teilnahme an der Versorgung der Versicherten in bestimmten Hilfsmittelbereichen auszuschließen. Die Regelung des [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) verdeutliche, dass der Gesetzgeber allen Leistungserbringern die Möglichkeit gebe, Leistungen anzubieten, die über den Ausschreibungspreisen lägen. Dementsprechend könnten zugelassene Leistungserbringer nicht generell von der Leistungsabgabe ausgeschlossen werden. Die Praxis der Beklagten verletze das Recht der Leistungserbringer, an der Versorgung der Versicherten teilnehmen zu können. Dieser Anspruch gehe dahin, generell beteiligt zu werden und nicht durch Sonderverträge für bestimmte Hilfsmittel und für bestimmte Regionen auf zwei Jahre gänzlich, d.h. auch dann von der Versorgung ausgeschlossen zu werden, wenn der Versicherte die Versorgung durch einen Leistungserbringer begehre, der keinen Sondervertrag abgeschlossen hat. Der Abschluss von Einzelverträgen sei nur unter der Geltung eines Rahmenvertrages möglich. Wettbewerbs- und kartellrechtliche Ansprüche seien durch [§ 69 SGB V](#) insgesamt ausgeschlossen. Der Gesetzgeber habe Art und Umfang des Wettbewerbs im Hilfsmittelmarkt abschließend in [§ 127 Abs. 1](#) bis [3 SGB V](#) geregelt.

Die Klägerinnen beantragen in zweiter Instanz nur noch,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils festzustellen, dass die Mitglieder der Klägerinnen von der Beklagten bei der Versorgung mit den von der Ausschreibung erfassten wiederverwendbaren Hilfsmitteln als Leistungserbringer zu berücksichtigen sind, auch wenn sie nicht Ausschreibungsgewinner sind.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Rechtsgrundlage für das von ihr praktizierte Verfahren sei [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) selbst und das Vergaberecht, vorliegend insbesondere das europäische Vergaberecht, da die Volumina der ausgeschriebenen Leistungen oberhalb der insoweit bestehenden Wertgrenzen lägen. Wenn in [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) von einer öffentlichen Ausschreibung die Rede sei, so könne es sich nur um das von ihr angewendete Verfahren handeln. Eine Einschränkung dahingehend, dass die Ausschreibung nur nach Abschluss eines Rahmenvertrages gemäß Abs. 1 der Vorschrift in Betracht komme, verbiete sich wegen des Vorrangs des höherrangigen, auf Europarecht fußenden Vergaberechts. Wollte man [§ 127 SGB V](#) anders interpretieren, käme die Regelung wegen des Vorrangs der europarechtlichen Vorgaben nicht zur Anwendung. Das deutsche Recht sei in diesem Fall zwar nicht rechtswidrig und nichtig, es dürfe im Kollisionsfall aber nicht angewendet werden. Dem europäischen Recht komme jedenfalls der Anwendungsvorrang zu.

Mit der Neuregelung des [§ 127 SGB V](#) habe der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, durch die Einführung von Wettbewerbselementen eine Kostendämpfung bei der Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung zu erreichen. Die Absicht des Gesetzgebers, Wirtschaftlichkeitsreserven zu mobilisieren, würde konterkariert, wenn man zu preisgünstigeren Einzelverträgen nur kommen könnte, wenn zuvor ein Rahmenvertrag gem. [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) geschlossen würde. Das Verfahren gem. [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) sei bisher nicht mit Erfolg praktiziert worden ist. Dass allein das in [§ 127 Abs. 2](#) und 3 SGB V vorgesehene Verfahren zum Erfolg führe, dürfte selbst der Gesetzgeber nicht gemeint haben. Denn er selbst benutze in den Vorschriften bewusst die Begriffe "können" und "sollen". Im Übrigen werde durch das Verfahren gemäß [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) einerseits das Preisniveau für alle Leistungserbringer gedrückt, andererseits entstehe eine mit dem Sozialstaatsprinzip schwer zu vereinbarende unverhältnismäßige Zusatzbelastung für die Versicherten. Beide Effekte würden mit dem von ihr gewählten Verfahren nicht auftreten. Im Übrigen sei bei einer Streuung auf sämtliche Leistungserbringer im Bundesgebiet der Wiedereinsatz von hochwertigen Hilfsmitteln nicht zu gewährleisten. Eine gewisse Bündelung sei auch aus diesem Grunde unerlässlich. Der Verpflichtung zur Beachtung der Vielfalt der Leistungserbringer ([§ 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#)) werde gerade das streitige Vergabeverfahren gerecht. Für alle Interessenten sei der gleichmäßige Zugang zum Ausschreibungsverfahren gewährleistet. Durch die zeitlich begrenzte Dauer der Verträge und das sodann wieder eröffnete Ausschreibungsverfahren werde mit dem darin liegenden Eingriff gegenüber nicht berücksichtigten Leistungserbringern die Schwelle der Erheblichkeit nicht erreicht. Im Übrigen hätten in zwei aufeinanderfolgenden Perioden sehr häufig die Leistungserbringer gewechselt. In der Zwischenzeit schreibe sie nur noch bestimmte besonders hochwertige wiederverwendbare Hilfsmittel aus. Die praktischen Auswirkungen der hier streitigen Rechtsfragen seien damit für die Leistungserbringer stark reduziert worden. Selbst wenn eine Krankenkasse nicht verpflichtet wäre, ihre Leistungen formell auszuschreiben und auf Grund eines öffentlichen Vergabeverfahrens einzukaufen, so hieße dies doch nicht, dass sie nicht in dazu geeigneten Beschaffungsfällen auch im Leistungsbereich dieses Instrument durchaus gebrauchen dürfe. Immerhin bestehe bei Beschaffungen im fiskalischen Bereich bereits durch Haushaltsrecht (§ 22 Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (SVHV)) die entsprechende Verpflichtung. Jedenfalls die Beschaffung wiederverwendbarer Hilfsmittel komme dem so nahe, dass hier die öffentliche Ausschreibung durchaus als Mittel der Wahl zur Verfügung stehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten im Übrigen nimmt der Senat auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist begründet.

Die Feststellungsklage ist nach [§ 55 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig.

Nach dieser Vorschrift kann mit der Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Den Klägerinnen obliegt es gem. [§ 54 Abs 1 Satz 1](#) Handwerksordnung (HandwO), die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern. Sie sind daher grundsätzlich berechtigt, die subjektiven Rechte ihrer Mitglieder, also der als Hilfsmittelerbringer zugelassenen natürlichen und juristischen Personen ([§ 126 SGB V](#)), geltend zu machen (vgl. BSG Urteil vom 24.11.2004, [B 3 KR 16/03 R](#), [SozR 4-2500 § 36 Nr 1](#)). Die Klägerinnen können somit den im Streit stehenden Anspruch ihrer Mitglieder auf Berücksichtigung bei der Versorgung der Versicherten der Beklagten mit Hilfsmitteln, im gerichtlichen Verfahren - in Prozessstandschaft - geltend machen.

Für das Feststellungsinteresse genügt jedes durch die Sachlage vernünftigerweise gerechtfertigte Interesse, das rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein kann (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, 8.Auflage, § 131 Rdn. 10a m.w.N.). Die Mitglieder der Klägerinnen haben ein wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Feststellung, ob die Verwaltungspraxis der Beklagten, durch die sie - zeitweise - von der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln ausgeschlossen werden, rechtmäßig ist. Mit der Feststellungsklage kann zudem eine abschließende Klärung im Verhältnis zwischen den Beteiligten erreicht werden.

Der (zeitweise) Ausschluss eines (Groß-)Teils der Leistungserbringer von der Versorgung der Versicherten der Beklagten mit (von der Ausschreibung erfassten) wiederverwendbaren Hilfsmitteln ist rechtswidrig, weil er nicht dem in [§§ 2, 33, 126, 127 SGB V](#) abschließend geregelten System der Hilfsmittelversorgung vereinbar ist.

Für die hier streitige Verwaltungspraxis der Beklagten gibt es keine gesetzliche Grundlage, so dass der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ([Art. 20 Abs.3 Grundgesetz \(GG\)](#); [§ 31](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I)) verletzt wird.

Gem. [§ 126 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) (idF des Gesetzes zu Übergangsregelungen zur Neuorganisation der vertragsärztlichen Selbstverwaltung und Organisation der Krankenkassen, G v. 14.11.2003 I 2190, gültig ab 01.01.2004 bis 31.03.2007) dürfen zugelassene Leistungserbringer Hilfsmittel an Versicherte abgeben. Soweit Festbeträge noch nicht festgelegt sind oder nicht festgelegt werden können, können

Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln und deren Wiedereinsatz durch Verträge zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen bzw. den Verbänden der Ersatzkassen und den Verbänden der Leistungserbringer geregelt werden ([§ 127 Abs. 1 SGB V](#) i d F d. Art. 1 Nr. 91 Buchst. a G v. 14.11.2003 I 2190, gültig ab 01.01.2004 bis 31.03.2007). Eine derartige vertragliche Regelung, die auch die von der Ausschreibung erfassten wiederverwendbaren Hilfsmittel erfasst, besteht zwischen den Beteiligten nicht. Es verbleibt daher bei dem Grundsatz, dass jeder Versicherte in der Wahl eines (zugelassenen) Leistungserbringers frei ist und bei der Auswahl der Leistungserbringer deren Vielfalt zu beachten ([§ 33 Satz 2 SGB I](#); [§ 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#)). Dementsprechend ist jeder zugelassene Leistungserbringer, an der Versorgung der Versicherten mit (den von der Ausschreibung erfassten) Hilfsmitteln zu beteiligen. Dem steht zunächst nicht entgegen, dass die Krankenkasse nach [§ 33 Abs. 5 SGB V](#) die erforderlichen Hilfsmittel dem Versicherten leihweise überlassen kann und es - nach Auffassung der Beklagten - im Einzelfall nicht einmal erforderlich ist, überhaupt Leistungserbringer einzuschalten. Tatsächlich schaltet die Beklagte zur Versorgung der Versicherten mit den von der Ausschreibung erfassten Hilfsmittel Leistungserbringer ein und ist insoweit verpflichtet, die diesbezüglichen rechtlichen Vorgaben zu beachten.

Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, mit einzelnen Leistungserbringern beständen (Selektiv-)Verträge. Weder ist die Beklagte berechtigt, solche Verträge abzuschließen, noch ist eine Rechtsgrundlage für das dem Abschluss der Verträge vorausgehende Ausschreibungsverfahren erkennbar.

Grundsätzlich können die Krankenkassen im System der Hilfsmittelversorgung mit einzelnen Leistungserbringern Verträge schließen. Allerdings sieht [§ 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) - nach seinem eindeutigen Wortlaut - diese Möglichkeit lediglich vor, wenn ein Vertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) besteht. Selektivverträge können nur dann abgeschlossen werden, wenn Rahmenverträge nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) geschlossen worden sind (so auch Koenig/Klahn, VSSR, 183 (184)).

Ein Ausschreibungsverfahren sieht das Gesetz nur im Rahmen des [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) vor. Nach [§ 127 Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) soll die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots lediglich dazu dienen, den Leistungserbringer gem. [§ 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) zu ermitteln, der Hilfsmittel zu niedrigeren Preisen abgibt als in den Verträgen nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) festgelegt. Im Ergebnis setzt das Ausschreibungsverfahren somit ebenfalls einen Rahmenvertrag nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) voraus und bildet lediglich die Grundlage für die Ermittlung des Durchschnittspreises nach [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) (so auch Knispel, GesR 2005, 110 (112)). Das Verfahren nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) soll hingegen nicht - auch nicht zum zeitweisen - Ausschluss von Leistungserbringern führen.

Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgehen wollte, ihr Ausschreibungsverfahren führe zu Selektivverträgen gem. [§ 127 Abs. 2 SGB V](#), ließe sich damit nicht rechtfertigen, die übrigen Leistungserbringer, mit denen ein solcher Vertrag nicht besteht, bei der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln generell nicht mehr zu berücksichtigen. Denn [§ 127 Abs. 3 Satz 6 SGB V](#) verpflichtet die Leistungserbringer, für den Fall, dass sie die Hilfsmittel nur zu einem Preis abgeben wollen, der über dem Durchschnittspreis (des unteren Preisdrittels aller nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) geschlossenen Vereinbarungen) liegt, die Versicherten über die zu zahlende Differenz zwischen dem Durchschnittspreis und dem eigenen Abgabepreis zu informieren. Damit wird jedoch deutlich, dass dieser Leistungserbringer nicht generell von der Versorgung ausgeschlossen werden soll, sondern ebenfalls berücksichtigt wird, wenn der Versicherte gem. [§ 33 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) den Differenzbetrag selbst trägt. Das bisher von der Beklagten praktizierte Verfahren sieht das nicht vor und findet bereits deshalb im System der Hilfsmittelversorgung keine Stütze. Vielmehr ist ein Leistungserbringer an der Versorgung der Versicherten in dem Sinne zu beteiligen, dass er berechtigt ist, Leistungen auch dann anzubieten, wenn er die Ausschreibungspreise nicht einhält und nicht Ausschreibungssieger geworden ist.

Der Senat hat vor diesem Hintergrund keine Veranlassung, zu prüfen ob das Ausschreibungsverfahren selbst rechtlich zulässig ist. Entscheidend ist vielmehr, dass - entgegen der gesetzlichen Konzeption der Hilfsmittelversorgung wie sie in [§ 127 SGB V](#) zum Ausdruck kommt - ein Teil der Leistungserbringer von der Beklagten bei der Versorgung der Versicherten nicht berücksichtigt wird. Denn die Beklagte lässt ihre Versicherten für einen Zeitraum von zwei Jahren ausschließlich durch die von ihr ermittelten "Ausschreibungsgewinner" mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln versorgen und teilt anderen Leistungserbringern, die Verordnungen und Kostenvoranschläge vorlegen, pauschal mit, dass durch sie eine Lieferung zu Lasten der Beklagten nicht erfolgen könne. Der Gesetzgeber hat jedoch die Wahlfreiheit der Versicherten gerade deshalb nicht als eingeschränkt angesehen, weil der Versicherte auch Leistungserbringer in Anspruch nehmen kann, die Hilfsmittel oberhalb der Durchschnittspreise abgeben und lediglich die Differenz zwischen Durchschnittspreis und Abgabepreis direkt an Leistungserbringer zu zahlen hat (vgl. [BT-Drucks. 15/1525](#) zu Art. 1 Nr. 20, S. 85).

Die Auffassung der Beklagten, die Absicht des Gesetzgebers, Wirtschaftlichkeitsreserven zu mobilisieren, würde konterkariert, wenn man zu preisgünstigeren Einzelverträgen nur kommen könnte, wenn zuvor ein Rahmenvertrag gem. [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) geschlossen worden sei, und das Verfahren gem. [§ 127 Abs. 2](#) und [3 SGB V](#) sei bisher nicht mit Erfolg praktiziert worden, kann allenfalls als Bewertung der Zweckmäßigkeit des Verfahrens nach [§ 127 SGB V](#) verstanden werden. Die Beklagte übersieht, dass der Gesetzgeber durch ein abgestuftes System von Festbeträgen, Verträgen auf Verbandsebene und Verträgen mit einzelnen Leistungserbringern Wirtschaftlichkeitsreserven ausschöpfen wollte (vgl. Kranig in Sozialgesetzbuch SGB V, Hersg. Noftz, Std. August 2005, [§ 127 Rdn. 1a](#), SGB V). Unter welchen Voraussetzungen innerhalb dieses Systems Ausschreibungen vorzunehmen sind, regelt [§ 127 Abs. 2 SGB V](#). Diese Vorschrift wie der übrige Wortlaut des [§ 127 SGB V](#) lassen für die Rechtsanwendung selbst keine Fragen offen, so dass keine Veranlassung besteht, die Vorschrift nach Sinn und Zweck so auszulegen, dass sich das von der Beklagten praktizierte Verfahren damit begründen ließe. Letztlich berechtigt die Kritik die Beklagte nicht dazu, ihr Verfahren an die Stelle der gesetzlichen Regelung zu setzen. Deshalb führt auch ihre Auffassung, durch das Verfahren gemäß [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) werde einerseits das Preisniveau für alle Leistungserbringer gedrückt andererseits entstehe eine mit dem Sozialstaatsprinzip schwer zu vereinbarende unverhältnismäßige Zusatzbelastung für die Versicherten, zu keiner für die Beklagten positiven Entscheidung.

Vergaberechtliche Vorschriften ermächtigen die Beklagte ebenfalls nicht dazu, einzelne Leistungserbringer bei der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln nicht zu berücksichtigen.

Der Vortrag der Beklagten lässt bereits nicht deutlich erkennen auf welche konkreten Vorschriften den Vergaberechts sie ihre Argumentation stützt. Im Übrigen erscheint ihr eigenes Handeln inkonsequent. Ihrer Rechtsauffassung folgend wäre die Beklagte nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, Hilfsmittel auszuschreiben. Diese Verpflichtung ließe sich jedoch nicht nur auf (wiederverwendbare) Hilfsmittel beschränken, sondern müsste alle übrigen Hilfsmittel sowie sämtliche anderen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung umfassen. Davon geht die Beklagte indes offensichtlich selbst nicht aus, denn nach ihrem eigenen Vortrag beschränkt sie in der Zwischenzeit die Ausschreibung nur noch auf bestimmte besonders hochwertige wiederverwendbare Hilfsmittel. Ungeachtet dessen sind mit der Neufassung des [§ 69 SGB V](#) (Art 1 Nr 26 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung

(GKV - Gesundheitsreformgesetz) vom 22. 12. 1999, [BGBl I 2626](#)) zum 01.01.2000 alle Handlungen der Krankenkassen und ihrer Verbände, die ihre Beziehungen zu den Leistungserbringern sowie hiervon berührten Dritten betreffen, ausschließlich nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Dies führt zur Unanwendbarkeit des zivilrechtlichen GWB und des zivilrechtlichen Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) (vgl. u.a. BSG Urteil vom 25.09.2001, [B 3 KR 3/01 R](#), [SozR 3-2500 § 69 Nr 1](#), LSG NRW, Beschluss vom 09.10.2006, [L 16 B 52/06 KR ER](#); der BGH (Urteil vom 23.02.2006, [I ZR 164/ 03](#), [NJW-RR 2006, 1046](#)) hat sich der Rechtsauffassung des BSG angeschlossen).

Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, durch [§ 69 SGB V](#) werde das Vergaberecht nicht ausgeschlossen (so Koenig/Steiner ZESAR 2003, 98 ff; Koenig/Klahn VSSR 2005, 183, (187)), so wäre die Beklagte jedenfalls keine öffentliche Auftraggeberin im Sinn des [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Nach [§ 98 Nr. 2 GWB](#) (die Vorschrift entspricht Art. 1b der Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/36/EWG vom 14. Juni 1993, geändert durch Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997)) ist öffentlicher Auftraggeber eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Die Beklagte wird hingegen durch die Beiträge der Solidargemeinschaft und sonstige Einnahmen finanziert (vgl. [§ 220 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#)) und nicht durch Beteiligung oder auf sonstige Weise durch eine Stelle, welche unter [§ 98 Nr. 1 GWB](#) oder [§ 98 Nr. 3 GWB](#) fällt. Darüber hinaus üben auch keine Stellen, die unter [§ 98 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB](#) fallen, die Aufsicht über die Beklagte aus. Staatliche Aufsichtsbehörden üben allenfalls eine Rechtsaufsicht aus, mit der kein ausreichender Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Beklagten genommen werden kann. Die bloße Rechtsaufsicht ist daher keine Aufsicht im Sinne des [§ 98 Nr. 2 GWB](#) (BayObL Beschluss vom 24.05.2004, [Verg 6/04](#); [NZS 2005, 26-28](#), Knispel, GesR 2005, 110 (113)).

Die Beklagte kann auch nicht deshalb einen Teil der Leistungserbringer unberücksichtigt lassen, weil sie meint, nach § 22 SVHV zur Ausschreibung verpflichtet zu sein. Nach § 22 Abs.1 werden solche Leistungen, zu deren Erbringung die Sozialversicherungsträger verpflichtet sind, gerade von der Pflicht zur Ausschreibung ausgeschlossen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) in der Fassung bis 31.12.2001. [§ 197 a SGG](#) findet keine Anwendung. Die Streitsache wurde bereits am 27.11.2001 anhängig.

Die Revision ist zuzulassen, da die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat ([§ 144 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2007-06-12