

Hintergrund Rechtsquellen:

Paragrafen & Co zu Vertragsabschlüssen in der Hilfsmittelversorgung Zu den Pressemeldungen „Besser verhandeln!“, „Open-House-Modelle nicht zulässig“ Bundesinnungsverband für Orthopädie-Technik (BIV-OT)

Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz, HHVG), 4. April 2017:

http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl117s0778.pdf

§ 126 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch (SGB) V: „Hilfsmittel dürfen an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 und 3 abgegeben werden.“

<http://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbv/126.html>

§ 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V Verträge:

<http://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbv/127.html>

Europäischer Gerichtshof (EuGH; Fünfte Kammer), Urteil vom 2. Juni 2016 (C-410/14):

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179464&pageIndex=0&doclang=D E&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

Vergabesenat des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016 (Aktenzeichen VII-Verg 26/16):

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2016/VII_Verg_26_16_Beschluss_20161221.html

Über den BIV-OT: Der Bundesinnungsverband für Orthopädie-Technik (BIV-OT) vertritt als Spitzenverband des orthopädietechnischen Handwerks etwa 2.500 Sanitätshäuser und orthopädietechnische Werkstätten mit mehr als 40.000 Beschäftigten. Jährlich versorgen die angeschlossenen Häuser mehr als 20 Millionen Patienten mit Hilfsmitteln. Der BIV-OT steht in der Verantwortung des deutschen Gesundheitswesens und engagiert sich für die Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der Versorgungsformen.

Ansprechpartner: Kirsten Abel, Leitung Verbandskommunikation, abel@biv-ot.org; 0171 5608125

Im Wortlaut: Hintergrundmaterial

**Zu den Pressemeldungen „Besser verhandeln!“/„Open-House-Modelle nicht zulässig“
Bundesinnungsverband für Orthopädie-Technik (BIV-OT)**

Bundesversicherungsamt (BVA): Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen, 20. Juli 2017; Gesetzliche Krankenversicherung – Vertragswesen – Verträge zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln gemäß § 127 SGB V:

„Entscheidet sich die Krankenkasse im Rahmen ihres Ermessens gegen eine Ausschreibung von Verträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V und für einen Abschluss von Verträgen nach § 127 Absatz 2 SGB V, so hat sie zwingend Verhandlungsmöglichkeiten zu eröffnen. ... Open-House- oder Zulassungsverfahren ist nach Auffassung des Bundesversicherungsamtes aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers in § 127 SGB V im Bereich der Hilfsmittelversorgung nicht anwendbar.“ (S. 3)

„So kommt es bei der Versorgung mit Hilfsmitteln mit einem hohen Dienstleistungsanteil auch entscheidend auf die Sicherstellung einer wohnortnahen Versorgung an. Das Open-House-Verfahren als System eines sukzessiven Vertragsbeitritts von Leistungserbringern wäre zudem nicht geeignet, von Beginn an eine flächendeckende, wohnortnahe Versorgung sicherzustellen.“ (S. 4)

Bundesgesundheitsministerium: Schreiben Hermann Gröhes, Bundesminister, Bundesministerium für Gesundheit, an Klaus-Jürgen Lotz, Präsident des BIV-OT, 2. Juli 2017:

„Die Auffassung des BVA zur Zulässigkeit von Open-House-Verfahren im Hilfsmittelbereich entspricht der Rechtsauffassung des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG).“ (S. 1)

„Der Abschluss von Open-House-Verträgen ist den Krankenkassen verwehrt.“ (S. 2)

Dem Schreiben beigefügt: Stellungnahme zum aufsichtsrechtlichen Verfahren des Bundesversicherungsamtes (BVA) im Rahmen von unzulässigen Open-House-Verfahren

Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag: Sachstand – Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung, 26. Juni 2017, Aktenzeichen: WD 9 - 3000 - 025/17:

„Die Krankenkassen müssen den Leistungserbringern also die Möglichkeit eröffnen, Vertragsverhandlungen zu führen.“ (S. 18)

„Dass der Abschluss von Hilfsmittelverträgen ohne Verhandlungsmöglichkeit nach derzeitiger Rechtslage nicht zulässig ist, entspricht darüber hinaus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, dem Stand des sozialrechtlichen Schrifttums und der vom Bundesversicherungsamt vertretenen Rechtsauffassung.“ (S. 18/19)

„Der Gesetzgeber hat für die Hilfsmittelverträge mit den verschiedenen Vertragstypen des § 127 SGB V einen abschließenden – und für die Krankenkassen rechtlich verbindlichen – Katalog möglicher Versorgungsverträge festgelegt, außerhalb derer eine Hilfsmittelbeschaffung durch die gesetzlichen Krankenkassen ausscheidet. ... Open-House-Verträge im Bereich der Hilfsmittelversorgung widersprechen dieser gesetzlich vorgegebenen Vertragssystematik, ...“ (S. 19)

„Dass der Abschluss von Hilfsmittelverträgen im Wege des Open-House-Verfahrens nach derzeitiger Rechtslage verboten ist, ...“ (S. 19)

Interessengemeinschaft Hilfsmittelversorgung (IGHV): Unzulässigkeit von Open-House-Verfahren im Hilfsmittelbereich: Einschränkung von u. a. Art. 12 GG., § 126 Abs. 5 SGB V, 1. September 2017:

„Im Gegensatz zur Auffassung einiger Krankenkassen ... hat der Europäische Gerichtshof mit seinem Urteil vom 2. Juni 2016 (Rs. C -410/14) das Vertragssystem nach § 127 Abs. 2, 2a SGBV jedoch gerade nicht ausgeschlossen, sondern sogar gestärkt, indem er unterschiedliche Optionen von Vertragsschlüssen außerhalb des Anwendungsbereichs von EU-Vergaberecht für zulässig erachtet.“ (S. 1)

In der IGHV arbeiten mehrere Branchenverbände und -vereinigungen zusammen. Unterzeichnet haben das Positionspapier unter anderem der Bundesverband Medizintechnologie (BVMed), der Deutsche Apothekerverband (DAV), der Bundesinnungsverband für Orthopädie-Technik (BIV-OT), der Qualitätsverbund Hilfsmittel (QVH), rehaKIND, der Deutsche Industrieverband für optische, medizinische und mechatronische Technologien e.V. (SPECTARIS) sowie der Zentralverband für Orthopädieschuhtechnik (ZVOS).

Über den BIV-OT: Der Bundesinnungsverband für Orthopädie-Technik (BIV-OT) vertritt als Spitzenverband des orthopädietechnischen Handwerks etwa 2.500 Sanitätshäuser und orthopädietechnische Werkstätten mit mehr als 40.000 Beschäftigten. Jährlich versorgen die angeschlossenen Häuser mehr als 20 Millionen Patienten mit Hilfsmitteln. Der BIV-OT steht in der Verantwortung des deutschen Gesundheitswesens und engagiert sich für die Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der Versorgungsformen.

Ansprechpartner: Kirsten Abel, Leitung Verbandskommunikation, abel@biv-ot.org; 0171 5608125



Bundesversicherungsamt, Friedrich-Ebert-Allee 38, 53113 Bonn

An alle
bundesunmittelbaren Krankenkassen

nachrichtlich:
Bundesministerium für Gesundheit
Aufsichtsbehörden der Länder
GKV-Spitzenverband

HAUSANSCHRIFT
Friedrich-Ebert-Allee 38
53113 Bonn

TEL +49 228 619 1503 o. 1780
FAX +49 228 619 1866

krankenversicherung@bvamt.bund.de
www.bundesversicherungsamt.de

BEARBEITER(IN) Frau Bröxkes / Frau Osterwold

20. Juli 2017

AZ **211 - 5417.1 - 1077/2010**
(bei Antwort bitte angeben)

Gesetzliche Krankenversicherung - Vertragswesen -

Verträge zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln gemäß § 127 SGB V

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit nachfolgendem Rundschreiben möchten wir Ihnen die Rechtsauffassung des Bundesversicherungsamtes zu einigen Fallgestaltungen betreffend den Abschluss von Verträgen gemäß § 127 SGB V zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln darlegen. Eingeflossen sind dabei auch aus dem Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz - HHVG) resultierende Neuerungen.

1. Verhältnis von § 127 Abs. 1 oder 2 zu § 127 Abs. 3 SGB V

Gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V dürfen Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V abgegeben werden.

Soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, können die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften gemäß § 127 Abs. 1 SGB V im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer schließen.

Werden Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V nicht durchgeführt, schließen die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften gemäß § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer 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.

Der Verzicht auf den Abschluss von Verträgen nach § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V ist nicht rechtskonform. Die Krankenkassen sind verpflichtet, Verträge nach § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V abzuschließen. Ein Vertragsschluss nach § 127 Abs. 3 SGB V kommt nur dann in Betracht, wenn aus nachvollziehbaren Gründen zu einem Hilfsmittel kein Vertragsschluss nach § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V erfolgt ist oder durch Vertragspartner nach § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V eine Versorgung der Versicherten in einer für sie zumutbaren Weise nicht möglich ist. Es handelt sich dabei dann jedoch jeweils um Verträge im Einzelfall.

Allen Verträgen ist gemein, dass gemäß § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V Vertragspartner nur Leistungserbringer sein können, die die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung von Hilfsmitteln erfüllen. Dies haben die Krankenkassen nach § 126 Abs. 1a Satz 1 SGB V sicherzustellen.

Das Bundesversicherungsamt weist darauf hin, dass den Krankenkassen in den Fällen des § 127 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V nach § 126 Abs. 1a Satz 2 SGB V zwingend das Zertifikat der Präqualifizierungsstelle vorzulegen ist. Die Krankenkassen können hierauf nicht verzichten. Die Feststellung der Eignung des Leistungserbringers durch die Krankenkasse selbst ist ausschließlich im Falle des § 127 Abs. 3 SGB V zulässig (§ 126 Abs. 1a Satz 2 2. HS. SGB V). Die Krankenkassen haben die Eignungsfeststellung auf Verlangen des Leistungserbringers vorzunehmen.

1.1 Abschluss von Verträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V / Kein Open-House-Verfahren

Die Krankenkassen entscheiden nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V ausschreiben, oder Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V abschließen. Hierbei haben sie die Empfehlungen des GKV-Spitzenverbandes zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1a SGB V zu berücksichtigen. Das Bundesversicherungsamt weist darauf hin, dass Krankenkassen von dem ihnen durch das Tatbestandsmerkmal der Zweckmäßigkeit eingeräumten Ermessen nach § 127 Abs. 1, 1a SGB V zwin-

gend Gebrauch zu machen haben. Es besteht keine Verpflichtung zur generellen Ausschreibung von Hilfsmittelverträgen. Dem steht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen, unter denen Ausschreibungen von Hilfsmittelverträgen möglich sind, zunehmend enger fasst (Streichung von „in der Regel“ in § 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V durch das HHVG).

Die Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln ist im Übrigen nur in den unter Punkt 1 genannten Formen möglich. Entscheidet sich die Krankenkasse im Rahmen ihres Ermessens gegen eine Ausschreibung von Verträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V und für einen Abschluss von Verträgen nach § 127 Absatz 2 SGB V, so hat sie zwingend Verhandlungsmöglichkeiten zu eröffnen. Das vom Vergabesenat des OLG Düsseldorf (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII Verg. 13/14) unter grundsätzliche Billigung des EuGH (vgl. EuGH, Ur. vom 2. Juni 2016 - C 410/14) für zulässig erachtete so genannte Open-house- oder Zulassungsverfahren ist nach Auffassung des Bundesversicherungsamtes aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers in § 127 SGB V im Bereich der Hilfsmittelversorgung nicht anwendbar. Nach der Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf fällt eine Beschaffung nach dem sog. Open-house- oder Zulassungsverfahren dann nicht unter die Bindungen des Vergaberechts, wenn die in den (juris-)-Randnummern 47-51 seines Beschlusses vom 13. August 2014, Az. VII-Verg 13/14 genannten Bedingungen erfüllt sind. Hinsichtlich der Einzelheiten verweisen wir auf unser Rundschreiben vom 17. September 2014, Az. 114-1140.1-4731/2013.

Nach § 127 Abs. 2 SGB V sind die Krankenkassen verpflichtet, Vertragsangebote der Leistungserbringer ernsthaft zu prüfen. Zwar haben Leistungserbringer keinen Anspruch auf Vertragsabschluss zu den von ihnen benannten (Preis-) Konditionen (BSG, Urteil vom 10. März 2010, Az.: B 3 KR 26/08 R, Rn. 21), ein Ausschluss von Leistungserbringern von Vertragsverhandlungen durch die Krankenkasse ohne sachlichen Grund ist jedoch rechtswidrig. Daran hat auch das nachträglich eingeführte Beitrittsrecht gemäß § 127 Abs. 2a SGB V nichts geändert. Es handelt sich um ein Beitrittsrecht und nicht um eine Beitrittspflicht. Die Krankenkassen können daher Vertragsverhandlungen nicht mit Verweis auf andere beitriffähige Leistungserbringerverträge ablehnen.

Anders als bei einem Arzneimittelrabattvertrag, welcher der oben genannten Rechtsprechung zugrunde lag, ist das Verfahren für den Abschluss von Hilfsmittelverträgen spezialgesetzlich in § 127 SGB V geregelt und die nationale Norm in ihrer geltenden Form von den

Krankenkassen anzuwenden. Auch der jüngst ergangene Beschluss des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 21. Dezember 2016 - VII Verg 26/16) führt nicht zu einer anderen Einschätzung. Diese Entscheidung kann nicht auf das Verfahren zum Abschluss von Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V übertragen werden. Das Bundesversicherungsamt sieht sich in seiner Auffassung durch den Gesetzgeber bestätigt, der im Rahmen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes entschieden hat, dass Versorgungsverträge im sogenannten „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis“ nicht ausgeschrieben werden müssen (vgl. BT-Drs. 18/7086, S. 13). Dies erscheint vor dem Hintergrund des Wesens der Hilfsmittelversorgung auch nachvollziehbar. So kommt es bei der Versorgung mit Hilfsmitteln mit einem hohen Dienstleistungsanteil auch entscheidend auf die Sicherstellung einer wohnortnahen Versorgung an. Das Open-House-Verfahren als System eines sukzessiven Vertragsbeitritts von Leistungserbringern wäre zudem nicht geeignet, von Beginn an eine flächendeckende, wohnortnahe Versorgung sicherzustellen.

1.2 Abschluss von Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V

Die Festlegung der Inhalte von Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V, insbesondere die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln und deren Preise, ist Angelegenheit der Vertragsparteien. Beabsichtigt die Krankenkasse einen neuen Vertragsschluss zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln, so ist diese Absicht gemäß § 127 Abs. 2 SGB V in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen. Soweit Krankenkassen eine Frist in ihrer Bekanntmachung nennen, bis zu der ein Interesse zum Vertragsschluss geäußert werden soll, ist darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei nicht um eine Ausschlussfrist handelt. Vielmehr sind die Krankenkassen verpflichtet, auch nach Ablauf dieser Frist Vertragsverhandlungen mit Leistungserbringern zu führen. Die Krankenkassen sind aber berechtigt, ihre Vorstellungen über einen Vertragsschluss in „Muster“-verträgen auszuformulieren und diese den Leistungserbringern zum Vertragsschluss anzubieten.

Der Anspruch auf Vertragsverhandlungen umfasst nicht das Recht, Verhandlungen in einem persönlichen Gespräch führen zu können. Über die Art der Verhandlungen entscheiden die Krankenkassen nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Angebot des Leistungserbringers muss von der Krankenkasse jedoch entgegengenommen, geprüft und schriftlich oder mündlich angenommen bzw. abgelehnt werden. Kommt es nicht zu einem Vertragsschluss, sollte seitens der Krankenkasse schriftlich dokumentiert werden, aus welchen Gründen das Vertragsangebot abgelehnt wurde.

1.2.1 Keine Begrenzung auf konkrete Hilfsmittel

Der Ausschluss von Hilfsmitteln oder die Beschränkung auf bestimmte im Hilfsmittelverzeichnis gelistete Hilfsmittel ist bei Abschluss eines Vertrages nach § 127 Abs. 2 SGB V nicht zulässig, da die Krankenkasse damit in den Wettbewerb unter den Herstellern eingreift.

Erfolgt ein Vertragsschluss nach § 127 Abs. 2 SGB V, sind vertragliche Regelungen bis zur Produktart (siebenstellige Hilfsmittelpositionsnummer) hin vorzunehmen. Vertragliche Regelungen zu Einzelprodukten sind nicht zulässig. Verträge, die die Versorgung der Versicherten mit einzelnen Hilfsmitteln bestimmter Anbieter (zehnstellige Positionsnummer) regeln, dürfen daher im Rahmen des § 127 Abs. 2 SGB V nicht abgeschlossen werden. Solche Verträge dürfen nur im Einzelfall auf der Grundlage des § 127 Abs. 3 SGB V geschlossen werden.

1.3 Beitritt zu Verträgen gemäß § 127 Abs. 2a SGB V / Benennung aller Hilfsmittelverträge

Leistungserbringer können, soweit sie nicht bereits auf Grund bestehender vertraglicher Regelungen zur Versorgung des Versicherten berechtigt sind, gemäß § 127 Abs. 2a SGB V Verträgen der Krankenkasse zu den gleichen Bedingungen beitreten. Es handelt sich hierbei um ein Beitritts**recht** und nicht um eine Beitritts**pflicht** des Leistungserbringers.

Der Beitritt zu einem Vertrag setzt jedoch voraus, dass der Leistungserbringer gemäß § 127 Abs. 2 Satz 4 SGB V auf Nachfrage über die Inhalte aller abgeschlossenen Verträge der Kasse in Kenntnis gesetzt wird. Wird ein bestehender Vertrag im Rahmen von Vertragsverhandlungen mit einem weiteren Leistungserbringer angepasst, liegt ein neuer Vertragsschluss vor, auch wenn es sich nur um geringe Anpassungen handelt. Weitere Leistungserbringer können dem angepassten Vertrag oder dem ursprünglichen Vertrag beitreten.

1.3.1 Wirkung eines Vertragsschlusses durch Beitritt nach § 127 Abs. 2a SGB V

Tritt ein Leistungserbringer einem bestehenden Vertrag der Krankenkasse bei, kommt ein eigenständiger Vertrag zustande, der unabhängig von dem Vertrag ist, dem der Leistungserbringer beigetreten ist. Kündigt die Krankenkasse den ursprünglichen Vertrag, wirkt sich dies nicht auf den neuen, infolge Beitritts geschlossenen Vertrag aus. Gleiches gilt für Änderungen des ursprünglichen Vertrages. Will die Krankenkasse Änderungen des ursprünglichen Vertrages auch auf die Verträge übernehmen, die im Rahmen eines Beitritts geschlossen

wurden, muss sie mit den beigetretenen Leistungserbringern eine entsprechende Einigung erzielen. Abweichendes kann jedoch dann gelten, wenn der Beitrittsvertrag Regelungen enthält, wonach Modifikationen des Ursprungsvertrages auch für den beigetretenen Leistungserbringer ohne weiteres gelten sollen.

2. Vorgabe von Regelungen, für die keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist

Seitens des Bundesversicherungsamtes wird nicht beanstandet, wenn sich die Krankenkasse und der Leistungserbringer vertraglich einvernehmlich auf Vertragsinhalte wie z.B. den elektronischen Kostenvoranschlag einigen, für die keine rechtliche Grundlage vorhanden ist (siehe auch bereits das Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 28. Dezember 2010). Gibt die Krankenkasse jedoch bei Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V Regelungen vor, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, greift sie in das Grundrecht der Leistungserbringer aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Ein solcher Eingriff darf jedoch nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen.

2.1 Nutzung des elektronischen Kostenvoranschlagsverfahrens (eKV)

Insbesondere der eKV darf bei der aktuellen Rechtslage nicht verpflichtend für eine Versorgungsberechtigung sein, da eine rechtliche Grundlage hierfür nicht vorhanden ist. Den Krankenkassen steht es jedoch frei, Verträge mit den Leistungserbringern über die Nutzung des eKV zu schließen und darin finanzielle Anreize für dessen Verwendung zu regeln. Leistungserbringern, die den eKV nicht nutzen möchten, könnte z.B. ein geringerer Vertragspreis angeboten werden.

3. Keine Hausbesuche von Mitarbeitern der Krankenkasse bei Versicherten / Keine Einschaltung von Leiharbeitnehmern bei der Bearbeitung von Hilfsmittelanträgen

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz - HHVG) wird klargestellt, dass die Krankenkassen gemäß § 33 Abs. 5b SGB V den Antrag auf Bewilligung eines Hilfsmittels nur mit eigenem weisungsgebundenen Personal prüfen dürfen. Kann anhand der vorliegenden Unterlagen (z.B. Verordnung und Kostenvoranschlag) eine Prüfung der Erforderlichkeit eines Hilfsmittels nicht durch die Krankenkasse selber erfolgen, hat sie gemäß § 275 Abs. 1 SGB V den Medizinischen Dienst einzuschalten. Die Erhebung von weiteren Unterlagen (z.B. ärztliche Berichte)

oder die Durchführung von Hausbesuchen bei Versicherten ist Mitarbeitern der Krankenkasse sowie externen Dritten nicht gestattet.

Dabei ist zu beachten, dass sog. Leiharbeitnehmer nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) nicht zum „eigenen“ Personal im Sinne von § 33 Abs. 5b SGB V zählen. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Grundlage des AÜG ist durch Inkrafttreten des HHVG somit bei der Bearbeitung von Anträgen auf Bewilligung eines Hilfsmittels unzulässig.

Auch im Rahmen von Auffälligkeits- und Stichprobenprüfungen nach § 127 Abs. 5a SGB V sowie auch zur nachträglichen Prüfung der Wirtschaftlichkeit einer Versorgung dürfen keine Mitarbeiter der Krankenkasse oder externe Dritte Hausbesuche bei Versicherten durchführen. Sofern der Krankenkasse mit dem eigenen vorhandenen Wissen keine abschließende Beurteilung nach Aktenlage möglich ist, hat sie auch hier den Medizinischen Dienst hinzuzuziehen.

4. Keine Bevorzugung von Leistungserbringern / Beratungsanspruch der Versicherten

Die Krankenkassen haben ihre Versicherten über die zur Versorgung berechtigten Vertragspartner und über die wesentlichen Inhalte der Verträge zu informieren. (§ 127 Abs. 5 Satz 1 SGB V).

Das Bundesversicherungsamt weist darauf hin, dass der Pflicht aus § 127 Abs. 5 Satz 1 SGB V nicht alleine durch die Veröffentlichung der wesentlichen Informationen im Internet Genüge getan ist. Den Krankenkassen kommt gegenüber ihren Versicherten eine Beratungspflicht zu, der auf unterschiedlichen Wegen (mündlich, schriftlich, telefonisch...) Rechnung zu tragen ist. Die Krankenkassen können ergänzend auf eine entsprechende Veröffentlichung im Internet verweisen, müssen eine Beratung entsprechend dem Wunsch des Versicherten auf einem der oben dargelegten Wege jedoch sicherstellen.

Durch die Regelung des § 127 Abs. 5 Satz 1 SGB V sollen die Transparenz über das Leistungsgeschehen und die Souveränität der Versicherten gestärkt werden (BT-Drs. 16/3100, Seite 141). Transparenz über das Leistungsgeschehen kann jedoch nur dann hergestellt werden, wenn seitens der Krankenkasse eine objektive Information über alle Vertragspartner der Kasse erfolgt. Nur bei Kenntnis aller in Betracht kommenden Leistungserbringer kann der Versicherte eine souveräne Entscheidung treffen.

Kommt eine Krankenkasse ihren Informationspflichten nicht nach und benennt nur einen oder einige wenige Leistungserbringer namentlich, erfolgt eine ungerechtfertigte Hervorhebung eines Leistungserbringers, die eine Umsteuerung des Versicherten auf diese(n) Leistungserbringer zur Folge haben kann. Eine solche Vorgehensweise ist unzulässig und stellt einen rechtswidrigen Eingriff in den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern dar.

5. Versorgungsqualität

Besonderes Augenmerk wurde mit den Änderungen im HHVG auf die Verbesserung der Versorgungsqualität für die Versicherten gelegt. So werden an die Krankenkassen nunmehr erhöhte Anforderungen in Bezug auf die Bestimmung der Zuschlagskriterien gestellt.

§ 127 Abs. 1b SGB V sieht nunmehr vor, dass Krankenkassen bei ihren Zuschlagsentscheidungen neben dem Preis auch andere Kriterien zu berücksichtigen haben. Die Leistungsbeschreibung oder die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass qualitative Aspekte angemessen berücksichtigt sind. Soweit die qualitativen Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind, darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die nicht den Preis oder die Kosten betreffen, 50 Prozent nicht unterschreiten. Die bisherige BSG-Rechtsprechung (Urt. v. 21. Juli 2011 – B 3 KR 14/10 R), wonach der Zugang zur Hilfsmittelversorgung nicht von fachlichen Anforderungen, die über die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen für die Hilfsmittelabgabe hinausreichen, abhängig gemacht werden kann, dürfte damit obsolet geworden sein.

In der Vergangenheit haben zudem zahlreiche Fälle gezeigt, dass anstelle des gesetzlich vorgesehenen Regelfalls einer Sachleistung von den Leistungserbringern vermehrt solche Leistungen erbracht werden, die bei den Versicherten zu Mehrkosten führen. Dies führte zu Zweifeln, ob dies auf der informierten, abgewogenen Entscheidung der versicherten Person beruht. Durch den neuen § 127 Abs. 4a SGB V werden an Leistungserbringer erhöhte Beratungs- und Dokumentationspflichten gestellt. Die Leistungserbringer werden gemäß § 127 Abs. 4a Satz 4 SGB V insofern auch verpflichtet, die Versicherten über von ihnen zu tragenden Mehrkosten zu informieren.

Den Krankenkassen kommt dabei gemäß § 127 Abs. 5a Satz 1 SGB V die Aufgabe zu, die Einhaltung der den Leistungserbringern obliegenden gesetzlichen und vertraglichen Pflichten zu überwachen. Dies umfasst auch, dass die Krankenkasse im Rahmen der ihr übertragenen Stichproben- und Auffälligkeitsprüfungen anhand der ihr von den Leistungserbringern übermittelten Daten verpflichtet ist, zu prüfen, ob eine mehrkostenfreie Versorgung ihrer Versi-

cherten sichergestellt ist. Stellt die Krankenkasse fest, dass der Leistungserbringer die Versicherten nicht mit dem Ziel einer mehrkostenfreien Versorgung berät, hat sie auf ein vertragskonformes Verhalten hinzuwirken.

Wir bitten Sie, die in diesem Rundschreiben dargestellte Rechtslage bei Ihren Vertragsgeschäften zu beachten.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



(Beckschäfer)



POSTANSCHRIFT Bundesministerium für Gesundheit, 53107 Bonn

Herrn
Klaus-Jürgen Lotz
Präsident des
Bundesinnungsverbands für Orthopädie-Technik
Reinoldistraße 7-9
44135 Dortmund

Hermann Gröhe

Bundesminister
Mitglied des Deutschen Bundestages

HAUSANSCHRIFT Rochusstraße 1, 53123 Bonn

POSTANSCHRIFT 53107 Bonn

TEL +49 (0)228 99 441-1003

FAX +49 (0)228 99 441-1193

E-MAIL poststelle@bmg.bund.de

Bonn, 2. Juli 2017

Sehr geehrter Herr Lotz,

vielen Dank für Ihre E-Mail vom 1. Juni 2017, in der Sie auf den von der Kaufmännischen Krankenkasse (KKH) im Wege eines sogenannten Open-House-Verfahrens veröffentlichten Vertrag für die Hilfsmittelbeschaffung hinweisen.

Auf Ihre Bedenken hinsichtlich des Vorgehens der KKH möchte ich wie folgt antworten:

Zunächst kann ich Ihnen mitteilen, dass das Bundesversicherungsamt (BVA) den von der KKH veröffentlichten Vertrag geprüft hat und am 11. Mai 2017 einen Verpflichtungsbescheid erlassen und der KKH übermittelt hat, in der sie die Krankenkasse auffordert, bei Vertragsabschlüssen gemäß § 127 Absatz 2 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) den Leistungserbringern Verhandlungsmöglichkeiten einzuräumen. Laut Aussage des BVA soll dieses aufsichtsrechtliche Verfahren auch bei anderen Krankenkassen angewendet werden, falls diese das Open-House-Verfahren zur Hilfsmittelbeschaffung nutzen sollten.

Die Auffassung des BVA zur Zulässigkeit von Open-House-Verfahren im Hilfsmittelbereich entspricht der Rechtsauffassung des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG).

Eine detaillierte Darstellung des aufsichtsrechtlichen Verfahrens des BVA entnehmen Sie bitte / der beiliegenden Stellungnahme der Fachabteilung.

Aus dem Vorgang wird auch deutlich, dass für weitergehende Schritte des Gesetzgebers zur Unterbindung der Anwendung des Open-House-Verfahrens im Hilfsmittelbereich derzeit kein Anlass besteht, da § 126 Absatz 1 Satz 1 SGB V ausdrücklich festlegt, dass Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Absatz 1, 2 oder 3 SGB V abgegeben werden dürfen. Die Regelung enthält damit eine verbindliche Vertragstypenfestlegung. Der Abschluss von Open-House-Verträgen ist den Krankenkassen verwehrt.

Ich hoffe, dass ich Ihnen mit meiner Antwort einige Ihrer Bedenken habe nehmen können und darf Ihnen versichern, dass das BMG die weitere Entwicklung aufmerksam begleiten wird.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'R. Remann', with a large, stylized flourish at the end.

Stellungnahme zum aufsichtsrechtlichen Verfahren des Bundesversicherungsamtes (BVA) im Rahmen von unzulässigen Open-House-Verfahren

Die den Aufsichtsbehörden zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel werden in § 89 Absatz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) benannt. Wenn durch das Handeln oder Unterlassen eines Versicherungsträgers das Recht verletzt wird, soll die Aufsichtsbehörde (hier das der BVA) zunächst beratend darauf hinwirken, dass der Versicherungsträger die Rechtsverletzung behebt, bevor ein Verpflichtungsbescheid erlassen wird. Der in dem Schreiben des BVA vom 22. Mai 2017 beschriebene aufsichtsrechtliche Dialog mit der Kaufmännischen Krankenkasse (KKH) bezüglich der Zulässigkeit von Open-House-Verfahren im Rahmen des § 127 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) ist inzwischen abgeschlossen. Das BVA hat mit Datum vom 11. Mai 2017 einen Verpflichtungsbescheid erlassen und der KKH übermittelt, in der sie die Krankenkasse auffordert, bei Vertragsabschlüssen gemäß § 127 Absatz 2 SGB V den Leistungserbringern Verhandlungsmöglichkeiten einzuräumen. Laut Aussage des BVA soll dieses aufsichtsrechtliche Verfahren auch bei anderen Krankenkassen angewendet werden, falls diese das Open-House-Verfahren zur Hilfsmittelbeschaffung nutzen sollten.

Die Auffassung des BVA zur Zulässigkeit von Open-House-Verfahren entspricht der Rechtsauffassung des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG).

Der Verpflichtungsbescheid des BVA stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar, gegen den Rechtsmittel eingelegt werden können. Ein Vorverfahren findet allerdings gemäß § 78 Absatz 1 Nummer 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) nicht statt, weswegen eine Klage gegen den Verpflichtungsbescheid ohne vorherigem Widerspruchsverfahren möglich ist. Die KKH hat dem BMG mitgeteilt, dass sie Aufsichtsklage beim Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen erhoben hat. Eine solche Aufsichtsklage hat gemäß § 86a Absatz 1 Satz 1 SGG aufschiebende Wirkung, soweit die Aufsichtsbehörde die sofortige Vollziehung nicht angeordnet hat. Der Verpflichtungsbescheid vom 11. Mai 2017 enthält keine Anordnung der sofortigen Vollziehung. Der Bescheid ist also noch nicht bestandskräftig, weswegen die Verpflichtungsanordnung im Bescheid von dem BVA noch nicht durchgesetzt werden kann. Dies hat zur Folge, dass die KKH bis zur endgültigen richterlichen Entscheidung weiterhin Hilfsmittel im Wege des Open-House-Verfahrens beschaffen kann.

Ob die sofortige Vollziehung angeordnet wird, liegt im Ermessen der Aufsichtsbehörde (hier des BVA). Für die Anordnung der sofortigen Vollziehung bestehen strenge Anforderungen, da dadurch in die Selbstverwaltung der Krankenkassen eingegriffen wird und die Gefahr einer nicht ausreichenden Versorgung mit Hilfsmitteln besteht. Eine solche Anordnung geschieht nur in besonderen Ausnahmefällen.

Eine abschließende richterliche Klärung des Sachverhaltes muss demnach noch abgewartet werden. Die mögliche Dauer eines solchen Verfahrens ist auch davon abhängig, ob der volle Instanzenweg ausgeschöpft wird und lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vorhersagen.



Sachstand

Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung

Zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung

Aktenzeichen: WD 9 - 3000 - 025/17
Abschluss der Arbeit: Datum: 26. Juni 2017
Fachbereich: WD 9: Gesundheit, Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. | Einleitung | 4 |
| 1.1. | Allgemeines zur Beschaffung von Hilfsmitteln in der gesetzlichen Krankenversicherung | 4 |
| 1.2. | Beschaffung von Gesundheitsleistungen durch Krankenkassen im Wege des sog. „Open-House-Modells“ | 4 |
| 1.3. | Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes vom 2. Juni 2016 und des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Dezember 2016 zu Open-House-Verträgen | 5 |
| 1.4. | Problemstellung | 6 |
| 2. | Das derzeitige System der Beschaffung von Hilfsmitteln durch die Krankenkassen nach den §§ 126 und 127 SGB V | 7 |
| 2.1. | Verträge mit Leistungserbringern nach Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens (§ 127 Abs. 1, 1a und 1b SGB V) | 9 |
| 2.2. | Rahmenverträge ohne vorausgegangene Ausschreibung und Beitrittsrecht zu diesen Verträgen (§ 127 Abs. 2 und 2a SGB V) | 10 |
| 2.3. | Einzelvereinbarungen (§ 127 Abs. 3 SGB V) | 13 |
| 3. | Vertragsverhandlungen als Voraussetzung für den Abschluss von Hilfsmittelverträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V | 13 |
| 3.1. | Rechtshistorische und systematische Gründe für die Erforderlichkeit von Vertragsverhandlungen bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V | 14 |
| 3.2. | Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und die im sozialrechtlichen Schrifttum vertretene Auffassung | 15 |
| 3.3. | Aussagen des GKV-Spitzenverbandes und des Bundesversicherungsamts zur Erforderlichkeit von Vertragsverhandlungen bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V | 17 |
| 4. | Fazit: Verbot des Abschlusses von Open-House-Verträgen im Bereich der Hilfsmittel-versorgung | 18 |
| 5. | Literaturverzeichnis | 19 |

1. Einleitung

1.1. Allgemeines zur Beschaffung von Hilfsmitteln in der gesetzlichen Krankenversicherung

Gesetzlich Krankenversicherte haben nach den §§ 11 Abs. 1 Nr. 4 und 33 Abs. 1 Satz 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V)¹ Anspruch auf Versorgung mit Hörhilfen, Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfsmitteln, die im Einzelfall erforderlich sind, um den Erfolg der Krankenbehandlung zu sichern, einer drohenden Behinderung vorzubeugen oder eine Behinderung auszugleichen. Die im Einzelfall medizinisch verordneten Hilfsmittel haben die Krankenkassen ihren Versicherten als Sachleistungen zur Verfügung zu stellen². Da Krankenkassen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind und ihre Ausgaben im Wesentlichen durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber finanziert werden³, sind sie auch bei der Beschaffung von Hilfsmitteln – ebenso wie bei der Beschaffung sonstiger Gesundheitsleistungen – zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung verpflichtet⁴. Darüber hinaus haben sie hierbei die engen krankenversicherungs- und vergaberechtlichen Vorgaben einzuhalten. Rechtstechnisch erfolgt die Beschaffung von Hilfsmitteln nach heutiger Rechtslage auf der Basis von Verträgen, die zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern von Hilfsmitteln nach Maßgabe der §§ 126 und 127 SGB V geschlossen werden.

1.2. Beschaffung von Gesundheitsleistungen durch Krankenkassen im Wege des sog. „Open-House-Modells“

Beim sog. „Open-House-Verfahren“⁵ gibt eine Krankenkasse – allgemein formuliert – gegenüber einer unbestimmten Zahl von Leistungserbringern öffentlich ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Open-House-Vertrages über die Beschaffung von Gesundheitsleistungen ab. In diesem Angebot werden von der Krankenkasse sämtliche Vertragsbedingungen einschließlich des Preises einseitig vorgegeben, ohne dass eine Verhandlungsmöglichkeit besteht. Die Krankenkasse verpflichtet sich, den Open-House-Vertrag mit jedem Leistungserbringer, der die im Angebot genannten Voraussetzungen erfüllt und einen entsprechenden Teilnahmeantrag stellt, zu den von ihr im Vorhinein festgelegten Vertragskonditionen abzuschließen. Da die Leistungserbringer beim Open-House-Verfahren auf den Inhalt des Vertrages keinen Einfluss nehmen können, bleibt

1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) – Gesetzliche Krankenversicherung (Art. 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228)

2 Das sog. Sach- oder Naturalleistungsprinzip ist in § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V geregelt; vgl. hierzu etwa Sodan, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1 Rn. 28 ff.

3 Vgl. hierzu § 4 Abs. 1 SGB V sowie die Regelungen in § 3 und den §§ 220 ff. SGB V.

4 Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist unter anderem in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 SGB V sowie in § 12 Abs. 1 SGB V verankert.

5 Zu den Merkmalen des „Open-House-Verfahrens“ vgl. etwa Gaßner, in: NZS 2016, S. 767 (767 f) und Gaßner, in: Welt der Krankenversicherung, 2016, S. 251 (251 f).

ihnen nur die Möglichkeit, die nicht verhandelbaren Vertragsbedingungen der Krankenkasse vorbehaltlos zu akzeptieren, wenn sie nicht von der Versorgung faktisch ausgeschlossen werden wollen.

Wesentliches Element des Open-House-Modells ist darüber hinaus, dass jeder an dem Vertrag interessierte – aber noch nicht teilnehmende – Leistungserbringer grundsätzlich während der gesamten Laufzeit des Open-House-Vertrages das Recht hat, für die Restlaufzeit des Vertrages noch einen Teilnahmeantrag abzugeben und so dem Open-House-Vertrag beizutreten. Auf der Grundlage des Open-House-Vertrages, in dem im Einzelnen geregelt ist, wer unter welchen Voraussetzungen bei wem abrufberechtigt sein soll, können dann die jeweiligen Gesundheitsleistungen abgerufen werden. Ein Open-House-Vertrag ähnelt einem sog. „Rahmenvertrag“, da erst auf seiner Grundlage Einzelabrufe erfolgen können. Ein Open-House-Vertrag unterscheidet sich von klassischen Rahmenverträgen aber dadurch, dass auch noch während der Vertragslaufzeit ein Beitritt weiterer Vertragspartner zu gleichen Bedingungen möglich ist und deshalb die Anzahl der beteiligten Vertragspartner während des laufenden Vertrages offen bleibt. Prägendes Merkmal – und „Namensgeber“ – des Open-House-Vertrages ist damit das jederzeitige Beitrittsrecht auf Seiten der Leistungserbringer.

1.3. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes vom 2. Juni 2016 und des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Dezember 2016 zu Open-House-Verträgen

Hinter dem Open-House-Konzept steckt die Annahme, das Vergaberecht finde auf Beschaffungsvorgänge dann keine Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftraggeber den Abschluss eines bestimmten Vertrages über die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen allen Unternehmern unter einheitlichen Bedingungen verbindlich anbiete. Die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts ergebe sich bei solchen Open-House-Verfahren daraus, dass keine Auswahlentscheidung getroffen werde⁶. Das Vorliegen einer Auswahlentscheidung sei aber ungeschriebene Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vergaberechts. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber beim Abschluss von Verträgen über die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen planmäßig keine Auswahlentscheidung treffen müsse, unterliege der Beschaffungsvorgang nicht dem Vergaberecht.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat auf Vorlage des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁷ mit Urteil vom 2. Juni 2016⁸ festgestellt, dass Open-House-Verträge nicht dem europäischen Vergaberecht unterfallen, da es sich hierbei nicht ausschreibungspflichtige „öffentliche Aufträge“ im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG⁹ handele. In dieser Entscheidung, in der es um den Abschluss

6 Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14, juris, Rn 34 ff; kritisch zu dieser Entscheidung Gaßner/Strömer, NZS 2014, S. 811 ff.

7 Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14, juris.

8 Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, juris.

9 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114, berichtet im ABl. 2004, L 351, S. 44).

von nicht-exklusiven Arzneimittelrabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V im Open-House-Modell ging, legte der EuGH dar, dass der öffentliche Auftraggeber bei derartigen Verträgen keine Auswahlentscheidung zugunsten eines bestimmten Angebotes treffe, sondern es jedem Wirtschaftsteilnehmer während der gesamten Laufzeit des Vertrages offen stehe, dem Vertrag beizutreten. Fehle es an einer solchen Auswahlentscheidung, liege kein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne des europäischen Vergaberechts vor.

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat mit Beschluss vom 21. Dezember 2016¹⁰ entschieden, dass § 127 Abs. 1 SGB V vergaberechtlich unter bestimmten Voraussetzungen „unangewendet zu bleiben“ habe. Dies sei der Fall, soweit nach dieser Bestimmung bei der Beschaffung von Hilfsmitteln und damit verbundener Dienstleistungen eine „Bereichsausnahme“ errichtet werden solle, innerhalb derer die gesetzlichen Krankenkassen die Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens von Ermessenserwägungen abhängig machen dürften. Die Vorschrift widerspreche den höherrangigen Normen der – im Streitfall anzuwendenden – Richtlinie 2004/18/EG, den Vergabevorschriften des GWB¹¹ sowie § 69 Abs. 3 SGB V, wonach auf öffentliche Aufträge der gesetzlichen Krankenkassen die Vorschriften des Vierten Teils des GWB anzuwenden seien¹². Danach seien Beschaffungen im Normalfall in einem geregelten Vergabeverfahren bekanntzumachen und auszuschreiben, sofern ein öffentlicher Auftraggeber durch einen öffentlichen Auftrag Lieferungen oder Dienstleistungen beschaffen wolle, der Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreiche oder überschreite und kein nach dem europäischen Vergaberecht vorgesehener Ausnahmefall vorliege¹³.

1.4. Problemstellung

Die gesetzlichen Krankenkassen haben die vorgenannten Entscheidungen des EuGH und des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum Teil zum Anlass genommen, die aus dem Bereich der Arzneimittel-Rabattverträge stammenden Open-House-Verträge auch im Bereich der Hilfsmittelversorgung als neue Vertragsform zu etablieren. Dabei werden diese beiden Gerichtsentscheidungen da-

10 Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, juris.

11 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 1. Juni 2017 (BGBl. I S. 1416).

12 Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, juris Rn. 24.

13 Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, juris, Rn. 24 - 28.

hingehend interpretiert, dass die Krankenkassen nunmehr die Möglichkeit hätten, Hilfsmittelverträge öffentlich auszuschreiben oder Verträge im Wege des Open-House-Modells abzuschließen¹⁴. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend der Frage nachgegangen, ob die dazu in § 127 SGB V getroffenen Regelungen als tragfähige rechtliche Grundlage für Open-House-Verträge im Bereich der Hilfsmittelversorgung in Betracht kommen oder ob derartige Verträge nach dem derzeitigen System der Beschaffung von Hilfsmitteln als rechtlich unzulässig anzusehen sind.

2. Das derzeitige System der Beschaffung von Hilfsmitteln durch die Krankenkassen nach den §§ 126 und 127 SGB V

Rechtsgrundlage der Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Hilfsmittellieferanten sind die Bestimmungen der §§ 126 und 127 SGB V in der Fassung des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes (HHVG) vom 4. April 2017¹⁵, das im Wesentlichen am 11. April 2017 in Kraft getreten ist¹⁶. Die Voraussetzungen des Zugangs der Leistungserbringer zur Versorgung mit Hilfsmitteln sind allerdings durch das HHVH unberührt geblieben; im vorliegenden Zusammenhang bedeutsame Änderungen erfuhren die §§ 126 und 127 SGB V zuvor vor allem durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26. März 2007¹⁷, mit dem Gesetzgeber die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Erbringern von Hilfsmittleistungen einem gänzlich neuen Regime unterwarf.

Bis zum 31. März 2007 durften Hilfsmittel an Versicherte nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden. Nach der damals gültigen Fassung des § 126 Abs. 1 SGB V¹⁸, war der Zugang zur Hilfsmittelversorgung vom Bestand eines Versorgungsvertrages vollständig unabhängig: Zuzulassen war, wer eine ausreichende, zweckmäßige, funktionsgerechte und wirtschaftliche Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel gewährleistete und die für die Versorgung

14 Vgl. den Beitrag: „BVMed hält „Open-House-Modell“ für unzulässig und spricht sich für Verhandlungsverträge aus“, Pressemitteilung des Bundesverbandes Medizintechnologie (BVMed) vom 9. Mai 2017, abrufbar im Internet unter: <https://www.bvmed.de/de/bvmed/presse/pressemitteilungen/bvmed-haelt-open-house-modell-fuer-unzulaessig-und-spricht-sich-fuer-verhandlungsvertraege-aus>; vgl. darüber hinaus den Artikel „Verwirrung bei Hilfsmittelausschreibungen“, in: Deutsches Ärzteblatt vom 10. Mai 2017, abrufbar im Internet unter: <https://m.aerzteblatt.de/news/75641.htm>, sowie den Beitrag: „Open-House-Verträge in der Hilfsmittelversorgung unzulässig“, Pressemitteilung des Deutschen Industrieverbandes für optische, medizinische und mechatronische Technologien e. V. (SPECTARIS) vom 23. Mai 2017, abrufbar im Internet unter: <https://www.pressebox.de/inaktiv/spectaris-deutscher-industrieverband-fuer-optischemedizinische-und-mechatronische-technologien-ev/Open-House-Vertraege-in-der-Hilfsmittelversorgung-unzulaessig/boxid/854423>

15 Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG) vom 4. April 2017, BGBl. I S. 778.

16 Vgl. Art. 3 Abs. 1 HHVG.

17 Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26. März 2007, BGBl. I S. 378.

18 In der Fassung des Gesundheits-Reformgesetzes (GRG): Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG) vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477.

der Versicherten geltenden Vereinbarungen anerkannte. Diese auf Zulassung beruhende Versorgungsbefugnis konnte durch Verträge nach § 127 SGB V in der Fassung des GRG näher ausgestaltet werden.

Der Gesetzgeber hat dieses Zulassungsregime durch das GKV-WSG mit Wirkung zum 1. April 2007 grundlegend umgestaltet und in ein reines Vertragsmodell überführt: Nach § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V in der - auch derzeit noch maßgeblichen - Fassung des GKV-WSG dürfen Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V abgegeben werden. Vertragspartner der Krankenkassen können dabei nur Leistungserbringer sein, die die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel erfüllen¹⁹. Nach der Bestimmung des § 126 Abs. 1 Satz 3 SGB V gibt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen Empfehlungen für eine einheitliche Anwendung der Anforderungen nach Satz 2, einschließlich der Fortbildung der Leistungserbringer. Die Zulassung der Leistungserbringer entfällt, die Versorgung der Versicherten erfolgt nur noch durch Vertragspartner der Krankenkassen.

Ausweislich der Gesetzesbegründung²⁰ versprach sich der Gesetzgeber des GKV-WSG von der Reform der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Hilfsmittelerbringern eine weitere Flexibilisierung des Vertragsgeschehens. Die Neuregelungen zur Hilfsmittelversorgung sollten einen verstärkten Vertrags- und Preiswettbewerb bei gleichzeitiger Erhaltung der Versorgungsqualität fördern. Den Krankenkassen wurden erweiterte vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt; insbesondere durch Ausschreibungen sollten Einsparungen bei den Leistungsausgaben in relevanter Größenordnung erreicht werden. Grundsätzlich sind die Bestimmungen der §§ 126 und 127 SGB V damit Ausdruck eines die Leistungserbringung der Hilfsmittelversorgung prägenden „Kooperations- oder Partnermodells“, wonach Krankenkassen und Leistungserbringer als gleichberechtigte Vertragspartner die einzelnen Bedingungen der Versorgung auszuhandeln haben. Das mit dem GKV-WSG eingeführte Vertragssystem bewegt sich im Spannungsfeld von wirtschaftlicher, insbesondere sparsamer Versorgung angesichts steigender Kosten innerhalb des Hilfsmittelbereichs einerseits und bedarfs- bzw. qualitätsgerechter Versorgung unter Aufrechterhaltung entsprechender Wahlmöglichkeiten der Versicherten andererseits²¹.

Diese Umstellung des Zugangs zur Hilfsmittelversorgung, die bis heute im Grundsatz unverändert geblieben ist, sieht nach § 127 SGB V drei verschiedene Vertragstypen für den Abschluss von Versorgungsverträgen im Hilfsmittelbereich vor²²: Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V kom-

19 § 126 Abs. 1 Satz 2 in der Fassung des GKV-OrgWG; vgl. Art. 1 Nr. 2b Buchstabe a des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15. Dezember 2008, BGBl. I S. 2426, der nach Art. 7 Abs. 1 des GKV-OrgWG mit Wirkung vom 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist.

20 Vgl. die Begründung im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in: BT-Drs. 16/3100., S. 89.

21 Vgl. hierzu Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127 Rn.4 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur.

22 Vgl. hierzu etwa Butzer, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 127 Rn. 3; Vilaclara, Kooperative Kostensteuerung in der Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln, S. 100 ff.

men durch Ausschreibung und anschließenden Vertrag mit den Ausschreibungsgewinnern zustande. Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V werden ohne Ausschreibung als sog. Rahmenverträge geschlossen. Bestehen keine Verträge nach § 127 Abs. 1 und 2 SGB V, erfolgt die Versorgung auf der Basis einer Vereinbarung im Einzelfall gemäß § 127 Abs. 3 SGB V.

2.1. Verträge mit Leistungserbringern nach Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens (§ 127 Abs. 1, 1a und 1b SGB V)

Nach § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V können die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, über die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungsleistungen oder über die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung „zweckmäßig“ ist. Wann eine Ausschreibung zweckmäßig ist, definiert der Gesetzgeber nicht positiv. Vielmehr nennt er in § 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V lediglich zwei Beispiele, in denen Ausschreibungen „nicht zweckmäßig“ sind: Dies gilt für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, und für Versorgungsleistungen mit hohem Dienstleistungsanteil.

Bei den Ausschreibungsverträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V, die mit den Ausschreibungsgewinnern nach Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens geschlossen werden, handelt es sich – im Gegensatz zu Vereinbarungen nach § 127 Abs. 2 SGB V – um sog. „Selektiv- oder Exklusivverträge“²³. Hat eine Krankenkasse in einem bestimmten Versorgungsbereich eine Ausschreibung durchgeführt und einen Ausschreibungsvertrag geschlossen, so werden dadurch alle anderen Anbieter von der Leistungserbringung ausgeschlossen²⁴. Die Versorgung der Versicherten erfolgt gemäß § 33 Abs. 6 Satz 2 SGB V dann ausschließlich durch den Vertragspartner²⁵. Dahinter steht der Gedanke, dass die Krankenkassen durch Festlegung auf einen oder wenige Vertragspartner eine bestimmte Absatzmenge zusichern können, die es den Leistungserbringern ermöglicht, das Hilfsmittel zu einem günstigen Preis anzubieten²⁶.

23 Vgl. zum Beispiel Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 7, 10 und 60; Schneider, in: jurisPK-SGB V, § 127 Rn. 11; Vilaclara, Kooperative Kostensteuerung in der Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln, S. 100.

24 Vgl. nur Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 10.

25 Nach der Vorschrift des § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V können Versicherte abweichend von Satz 2 ausnahmsweise aber einen anderen Leistungserbringer wählen, wenn ein berechtigtes Interesse besteht; dadurch entstehende Mehrkosten haben sie selbst zu tragen.

26 So die Begründung im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in BT-Drs. 16/3100 S. 103.

2.2. Rahmenverträge ohne vorausgegangene Ausschreibung und Beitrittsrecht zu diesen Verträgen (§ 127 Abs. 2 und 2a SGB V)

Soweit Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V nicht durchgeführt werden, schließen die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften mit den Leistungserbringern oder deren Verbänden Verträge über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln²⁷. Die nach dieser Vorschrift zu schließenden Verträge entsprechen der Gesetzesbegründung zufolge²⁸ grundsätzlich den Verträgen gemäß den Absätzen 1 und 2 des § 127 SGB V in der bis zum 31. März 2007 geltenden Fassung. Mit der Neufassung des § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V durch das GKV-WSG wurden die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten mit Wirkung vom 1. Juli 2008 dahingehend erweitert und weiter flexibilisiert, dass Krankenkassen und Organisationen der Krankenkassen in jeder möglichen Konstellation mit einzelnen Leistungserbringern und Organisationen der Leistungserbringer Verträge schließen können²⁹. Die Gleichstellung von Verbänden und einzelner Leistungserbringer eröffnet den Krankenkassen die Möglichkeit, Versorgungsverträge mit einzelnen Leistungserbringern zu Konditionen abzuschließen, die von dem mit dem Verband Vereinbarten abweichen, aber auch die Option, Verträge ausschließlich mit einzelnen Leistungserbringern zu schließen. Der Gesetzgeber wollte so Wirtschaftlichkeitsreserven ausschöpfen³⁰.

Bei den Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V handelt es sich um sog. „Rahmenverträge“, die sich von den Ausschreibungsverträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V dadurch unterscheiden, dass in ihnen nur allgemein die Befugnis von Leistungserbringern zur Abgabe von Hilfsmitteln oder zur Durchführung von Versorgungsleistungen sowie die in dieser Vorschrift genannten Modalitäten einer Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln geregelt werden, ohne den Leistungserbringern einen Anspruch auf Durchführung einer konkreten Hilfsmittelversorgung einzuräumen³¹. In den Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V wird also nicht ein bestimmtes Auftragsvolumen fest vereinbart oder ein solches dem Vertrag als Geschäftsgrundlage zugrunde gelegt. Diese Inhaltsbeschränkung der Rahmenverträge nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V folgt insbesondere aus einem Textvergleich

27 § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V in der Fassung des GKV-WSG und des GKV-OrgWG, vgl. Art. 2 Nr. 18 Buchstabe b des GKV-WSG vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 378), in Kraft getreten mit Wirkung vom 1. Juli 2008, und den Art. 1 Nr. 2c Buchstabe c, Doppelbuchstabe aa des GKV-OrgWG vom 15. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2426), in Kraft getreten mit Wirkung vom 1. Januar 2009.

28 Vgl. die Begründung im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in: BT-Drs. 16/3100, S. 141. So auch die sozialrechtliche Literatur, vgl. etwa Murawski, in: Hänlein/Schuler (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 9, Nusser, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 127 SGB V Rn. 16, Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 57.

29 So die Begründung im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in: BT-Drs. 16/3100, S. 141.

30 Vgl. hierzu näher Schneider, in: jurisPK-SGB V, § 127 Rn. 22 sowie Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 58.

31 Vgl. etwa Butzer, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 34; Nusser, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 127 SGB V Rn. 17; Schmidt, in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 127 SGB V Rn. 6; Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 60.

mit der Bestimmung des § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V, der ausdrücklich von der „Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln“, der „Durchführung einer bestimmten Zahl von Versorgung“ und der „Versorgung für einen bestimmten Zeitraum“ spricht, was in § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V gerade nicht der Fall ist³². In Abgrenzung zu den auszuschreibenden Verträgen nach § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V handelt es sich bei den Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V demgemäß nicht um Exklusivliefer- oder Selektivverträge mit der Beschränkung der Lieferberechtigung auf den Vertragspartner unter dem gleichzeitigen Ausschluss anderer Bewerber³³. Infolge der Ablösung des Zulassungsprinzips durch das Vertragsmodell des GKV-WSG in der Hilfsmittelversorgung bedarf der einzelne Leistungserbringer vielmehr einer vertraglichen Beziehung mit der Krankenkasse, wenn er deren Versicherte nach Maßgabe des SGB V versorgen will³⁴.

Nach dem Übergang vom Zulassungs- zum Vertragsmodell durch das GKV-WSG stellt sich für die Leistungserbringer das Problem, wie sie in Erfahrung bringen können, welche Krankenkasse über welche Hilfsmittel Rahmenverträge ohne vorherige Ausschreibung nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V abschließen will. Denn nur wenn sie zeitnah über solche Informationen verfügen, ist es ihnen möglich, sich mit eigenen Angeboten um den Abschluss eines Vertrages zu bewerben³⁵. Dem trägt die Regelung in § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V Rechnung, der zufolge die Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen, „in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen“ ist. Vor dem Hintergrund der Neuregelung in § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V durch das GKV-WSG müsse – so wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt – auch bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V ein ausreichendes Maß an Öffentlichkeit gewährleistet sein, damit interessierte Leistungserbringer sich in die „Verhandlungen“ einbringen könnten³⁶.

Die Vorschrift des § 127 Abs. 2a SGB V, die mit Wirkung vom 1. Januar 2009 durch das GKV-OrgWG eingefügt worden ist³⁷, sieht ein bedarfsunabhängiges Beitrittsrecht aller geeigneten vertragsungebundenen Leistungserbringer zu allen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V geschlossenen Rahmenverträgen vor. Die Regelung in Satz 1 dieser Bestimmung legt insoweit fest, dass die Leistungserbringer den Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V „zu den gleichen Bedingungen“ als Vertragspartner beitreten können, soweit sie nicht auf Grund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind. Das Beitrittsrecht beschränkt sich gemäß Satz 1 ausdrücklich auf Verträge, die nicht im Wege der Ausschreibung geschlossen werden. Demnach ist ein Beitritt zu Verträgen, die nach Abschluss eines Vergabeverfahrens geschlossen werden, nicht

32 Vgl. Butzer, in : Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, Rn. 34.

33 Vgl. etwa Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 60; Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127 Rn. 3.

34 Vgl. Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 60.

35 Vgl. Nusser, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 127 SGB V, Rn. 19; Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 69.

36 Vgl. den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in: BT-Drs. 16/3100, S. 141.

37 Vgl. Art. 1 Nr. 2c Buchstabe d des GKV-OrgWG vom 15. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2426).

möglich³⁸. Der Gesetzesbegründung zufolge soll mit der Schaffung eines Beitrittsrechts zu den „Verhandlungsverträgen“ nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V die weitere Versorgungsberechtigung der Leistungserbringer, die bisher noch keine Verträge mit den Krankenkassen abschließen konnten, über den 31. Dezember 2008 hinaus sichergestellt und dadurch verhindert werden, dass Leistungserbringer willkürlich von „ausgehandelten Verträgen“ ausgeschlossen werden³⁹. Das Beitrittsrecht gilt für alle Leistungserbringer, die bereit und in der Lage sind, sich zu den gleichen Bedingungen an der Versorgung zu beteiligen, und ist nicht auf bestimmte Verträge beschränkt⁴⁰. Auch Verbänden und sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer wird in § 127 Abs. 2a Satz 2 SGB V ein Beitrittsrecht eingeräumt, jedoch nur zu Verträgen, die mit Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer abgeschlossen wurden. Mit dieser Einschränkung soll erreicht werden, dass Einzelverträge mit Leistungserbringern als Vertragsinstrument weiterhin erhalten bleiben⁴¹.

Im Hinblick auf die Einführung des Beitrittsrechts in § 127 Abs. 2a SGB V hat der Gesetzgeber des GKV-OrgWG mit der Regelung des § 127 Abs. 2 Satz 4 SGB V gleichzeitig Informationspflichten der Krankenkassen gegenüber anderen Leistungserbringern über „abgeschlossene“ Verträge begründet⁴². Nach dieser Vorschrift sind Hilfsmittelerbringer, die an einem abgeschlossenen Rahmenvertrag im Sinne des § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V nicht beteiligt waren, auf Nachfrage unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, und grundsätzlich kostenfrei⁴³ über die Inhalte des abgeschlossenen Vertrages zu informieren. Eine „ungehinderte Wahrnehmung des Beitrittsrechts“ setze – so wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt – voraus, dass die an einem Beitritt interessierten Leistungserbringer entsprechend informiert würden⁴⁴. Die Regelung des § 127 Abs. 2 Satz 4 SGB V dient mithin dem Ziel, den Leistungsanbietern eine Prüfung zu ermöglichen, ob sie einem geschlossenen Vertrag zu den zwischen Dritten vereinbarten Konditionen nach § 127 Abs. 2a SGB V beitreten können und wollen⁴⁵.

38 Vgl. etwa Nolte, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 127 SGB V Rn. 14.

39 Vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 16/9559, 16/10070 – Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG), in: BT-Drs. 16/10609, S. 57.

40 Vgl. auch hierzu die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit, in: BT-Drs. 16/10609, S. 57.

41 Vgl. auch insoweit die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit, in: BT-Drs. 16/10609, S. 57.

42 Vgl. Art. 1 Nr. 2c Buchstabe c, Doppelbuchstabe cc des GKV-OrgWG vom 15. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2426), in Kraft getreten mit Wirkung vom 1. Januar 2009.

43 Vgl. Butzer, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 36.

44 Vgl. hierzu die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit, in: BT-Drs. 16/10609, S. 57.

45 Vgl. Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 70.

2.3. Einzelvereinbarungen (§ 127 Abs. 3 SGB V)

Als dritte Vertragsart ist in § 127 Abs. 3 SGB V die Einzelvereinbarung vorgesehen. Nach Satz 1 Halbsatz 1 dieser Bestimmung trifft die Krankenkasse eine Vereinbarung im Einzelfall mit einem Leistungserbringer, soweit für ein erforderliches Hilfsmittel keine Verträge der Krankenkasse nach § 127 Abs. 1 und 2 SGB V mit Leistungserbringern bestehen oder durch Vertragspartner eine Versorgung der Versicherten in einer für sie zumutbaren Weise nicht möglich ist. In der Regel erfolgt der Abschluss einer Einzelvereinbarung durch Einreichen eines Kostenvoranschlags. Derartige Einzelverträge nehmen gegenüber den Verträgen nach § 127 Abs. 1 und 2 SGB V eine Auffangfunktion wahr⁴⁶ und stellen in der Praxis eine große Ausnahme dar⁴⁷.

3. Vertragsverhandlungen als Voraussetzung für den Abschluss von Hilfsmittelverträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V

Mit den zuvor skizzierten drei Vertragstypen des § 127 SGB V hat der Gesetzgeber für den Bereich der Hilfsmittelverträge einen abschließenden Katalog möglicher Versorgungsverträge vorgegeben, außerhalb dessen eine Hilfsmittelbeschaffung durch die gesetzlichen Krankenkassen unzulässig ist. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V, der zufolge die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden „abschließend“ im Vierten Kapitel des SGB V (§§ 69 bis 140h) geregelt sind und der Vorschrift des § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V, wonach Hilfsmittel an Versicherte – wie oben näher dargelegt – nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V abgegeben werden dürfen. Angesichts dieses durch das SGB V verbindlich vorgegebenen rechtlichen Rahmens wären die Krankenkassen somit nur dann zum Abschluss von Open-House-Verträgen im Bereich der Hilfsmittelversorgung berechtigt, wenn derartige Verträge als Rahmenverträge mit Beitrittsrecht im Sinne des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V qualifiziert werden könnten. Die Regelungen in § 127 Abs. 1, 1a und 1b SGB V zu den „im Wege der öffentlichen Ausschreibung“ zustande kommenden Verträgen und die – Einzelvereinbarungen mit den Hilfsmittelerbringern ermöglichende – Vorschrift des § 127 Abs. 3 SGB V scheiden demgegenüber als Rechtsgrundlage derartiger Verträge von vornherein aus.

Bei Open-House-Verträgen machen die Krankenkassen ihre Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V zu schließen, gemäß § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V zwar öffentlich bekannt, geben dabei aber – wie einleitend näher erläutert – einseitig sämtliche Vertragsbedingungen einschließlich des Preises einseitig vor, ohne den Leistungserbringern die Möglichkeit einzuräumen, im Wege individueller Vertragsverhandlungen auf den Inhalt des Vertrages Einfluss zu nehmen. Die im Rahmen des Open-House-Verfahrens praktizierte Vorgehensweise, Hilfsmittelverträge nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V ohne Verhandlungsmöglichkeiten der Leistungserbringer zu schließen, ist jedoch mit den rechtlichen Vorgaben die-

46 Vgl. Butzer, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V; § 127 Rn. 47.

47 Einzelvereinbarungen nach § 127 Abs. 3 SGB V entsprechen der vor Einführung des Vertragsmodells bestehenden Praxis, auf der Basis von Kostenvoranschlägen Verträge im Einzelfall zu schließen, vgl. Bühring/Linne-mannstöns, in: MedR, 2008, 149 (150).

ser Vorschrift nicht zu vereinbaren, da Verträge nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V – wie nachfolgend näher begründet werden soll – auszuhandeln sind, die Krankenkassen den Leistungserbringern mithin die Möglichkeit eröffnen müssen, Vertragsverhandlungen zu führen.

3.1. Rechtshistorische und systematische Gründe für die Erforderlichkeit von Vertragsverhandlungen bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V

Dass der Abschluss von Verträgen zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V ohne Verhandlungsmöglichkeit der Leistungserbringer nach derzeitiger Rechtslage nicht zulässig ist, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Mit der Neufassung des § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V durch das GKV-WSG sollten – wie oben bereits ausgeführt – die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten mit Wirkung vom 1. Juli 2008 erweitert und weiter flexibilisiert werden, um den Krankenkassen und Organisationen der Krankenkassen zu ermöglichen, in jeder denkbaren Konstellation mit einzelnen Leistungserbringern und Organisationen der Leistungserbringer Verträge zu schließen.⁴⁸ Im Zusammenhang mit der Einführung der Pflicht der Krankenkassen, die Absicht zum Vertragsschluss gemäß § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen, wird in der Gesetzesbegründung zum GKV-WSG außerdem darauf hingewiesen, vor dem Hintergrund der Neuregelung in § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V durch das GKV-WSG müsse bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V ein ausreichendes Maß an Öffentlichkeit gewährleistet sein, damit interessierte Leistungserbringer sich in die „Verhandlungen“ einbringen könnten⁴⁹. Dass der Gesetzgeber beim Abschluss von Hilfsmittelverträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V Vertragsverhandlungen für erforderlich hält, folgt darüber hinaus aus der Gesetzesbegründung zu dem mit Wirkung vom 1. Januar 2009 durch das GKV-OrgWG eingeführten Beitrittsrecht gemäß § 127 Abs. 2a SGB V. Danach sollte mit der Schaffung eines Beitrittsrechts zu „Verhandlungsverträgen“ nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V – wie oben bereits erwähnt – die weitere Versorgungsberechtigung der Leistungserbringer, die bisher noch keine Verträge mit den Krankenkassen abschließen konnten, über den 31. Dezember 2008 hinaus sichergestellt und dadurch verhindert werden, dass Leistungserbringer willkürlich von „ausgehandelten Verträgen“ ausgeschlossen werden⁵⁰. Zusammenfassend betrachtet machen die vorgenannten Begründungen zum GKV-WSG und GKV-OrgWG damit unmissverständlich deutlich, dass der Gesetzgeber beim Abschluss von Hilfsmittelverträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V die Beteiligung der Leistungserbringer durch Vertragsverhandlungen als selbstverständlich voraussetzt.

Die Erforderlichkeit des Führens von Vertragsverhandlungen im Rahmen des Abschlusses von Hilfsmittelverträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V ergibt sich auch aus der Systematik der in

48 So die Begründung im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in: BT-Drs. 16/3100, S. 141.

49 Vgl. auch insoweit die Begründung im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG), in: BT-Drs. 16/3100, S. 141.

50 Vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 16/9559, 16/10070 – Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG), in: BT-Drs. 16/10609, S. 57.

§ 127 Abs. 2 Satz 3 und 4 SGB V geregelten Bekanntmachungs- und Informationspflichten der Krankenkassen. Die Bekanntmachungspflicht in § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V dient dem Ziel, möglichst viele Wettbewerber frühzeitig darüber zu informieren, dass die Absicht besteht, Hilfsmittelverträge nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V zu schließen, damit diese in die Lage versetzt werden, eigene Vertragsangebote zu unterbreiten und selbst Vertragsverhandlungen aufzunehmen⁵¹. Die Bestimmung des § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V bezieht sich damit nur auf die Absicht des Vertragschlusses, nicht hingegen – wie es im Kontext von Open-House-Verfahren praktiziert wird – auf die Bekanntgabe der durch die Krankenkasse im Vorhinein einseitig festgelegten Vertragsbedingungen. Mit Blick auf das in § 127 Abs. 2a SGB V geregelte Beitrittsrecht verpflichtet § 127 Abs. 2 Satz 4 SGB V die Krankenkassen, andere Leistungserbringer auf Nachfrage unverzüglich über die Inhalte bereits verhandelter, abgeschlossener Verträge zu informieren. Nur so haben sie die Möglichkeit zu prüfen, ob sie einem geschlossenen Vertrag zu den vereinbarten Konditionen nach § 127 Abs. 2a SGB V beitreten können und wollen⁵².

Diese Systematik der Bekanntmachungs- und Informationspflichten nach § 127 Abs. 2 Satz 3 und 4 SGB V belegt, dass die im Rahmen des Open-House-Verfahrens praktizierte Vorgehensweise, sämtliche Vertragsbedingungen einseitig im Vorhinein festzulegen und Vertragsverhandlungen explizit auszuschließen, mit den rechtlichen Vorgaben des § 127 Abs. 2 SGB V nicht zu vereinbaren ist. Die Bestimmung des § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V kann vielmehr nur so verstanden werden, dass die Leistungserbringer in die Lage versetzt werden müssen, sich mit eigenen Angeboten um den Abschluss eines Hilfsmittelvertrages zu bemühen, und dass der Gesetzgeber dazu das Führen von Vertragsverhandlungen als erforderlich ansieht.

3.2. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und die im sozialrechtlichen Schrifttum vertretene Auffassung

Dass Hilfsmittelverträge nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V auszuhandeln sind, die Krankenkassen den Leistungserbringern also die Möglichkeit einräumen müssen, Vertragsverhandlungen zu führen, entspricht auch der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und der im sozialrechtlichen Schrifttum vertretenen Auffassung.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) haben Leistungserbringer, welche die in § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V genannten Voraussetzungen erfüllen, grundsätzlich einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen über einen Versorgungsvertrag, soweit die Krankenkasse entsprechende Verträge schließen darf⁵³. Darüber hinausgehend hat das BSG in

51 Vgl. Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 69 und 73; Nusser, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, § 127 SGB V Rn. 19.

52 Vgl. Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 70.

53 Vgl. BSG, Urteil vom 24. Mai 2004, Az: B KR 29/03 B, juris Rn. 10, zu Verträgen im Bereich häuslicher Krankenpflege nach § 132a SGB V und BSG, Urteil vom 10. März 2010, Az: B 3 KR 26/08 R, Rn. 21 – 24 und 29 zu Hilfsmittelverträgen nach § 127 SGB V.

weiteren Entscheidungen⁵⁴ festgestellt, dass die Krankenkasse bei Missbrauch des ihr eingeräumten Verhandlungsspielraums gegenüber den Vertragspartnern sich gegebenenfalls einem Kontrahierungszwang aussetzen könne. Ein geeigneter und leistungsbereiter Leistungserbringer könne eine Teilnahme an organisierten Märkten nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien im Rahmen des geltenden Rechts beanspruchen⁵⁵; die Preisgestaltung sei grundsätzlich frei verhandelbar, die Vergütung der Leistungen müsse aber frei von Verstößen gegen die von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen sein⁵⁶. Nach der Rechtsprechung des BSG haben Leistungserbringer zwar keinen Rechtsanspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages zu den von ihnen benannten Konditionen, da die vertragsrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen dem Verhandlungsgeschick der Beteiligten und damit dem freien Spiel der Kräfte überlassen sei, die Krankenkassen dürften Leistungserbringer jedoch nicht ohne sachlichen Grund von Vertragsverhandlungen ausschließen oder gegenüber anderen Leistungserbringern benachteiligen⁵⁷.

Auch im sozialrechtlichen Schrifttum wird – soweit ersichtlich übereinstimmend – die Auffassung vertreten, dass die Krankenkassen den Leistungserbringern die Möglichkeit eröffnen müssen, die Bedingungen eines Hilfsmittelvertrages nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V auszuhandeln⁵⁸. Insoweit werden Hilfsmittelverträge im Sinne des § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V – im Gegensatz zu den im Wege der Ausschreibung zustande kommenden Verträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V – durchgängig als „Verhandlungsverträge“ bezeichnet⁵⁹. Zur Begründung wird dabei vor allem auf die oben wiedergegebenen Ausführungen des Gesetzgebers zum GKV-WSG und GKV-OrgWG sowie auf die Bekanntmachungs- und Informationspflichten nach § 127 Abs. 2 Satz 3 und 4 SGB V Bezug genommen, mit denen der Gesetzgeber als Reaktion auf den Umstieg vom Zulassungs- zum Vertragsmodell⁶⁰ der gewachsenen Bedeutung von Vertragsanbahnungen und Vertragsverhandlungen Rechnung getragen habe⁶¹. Die Informationspflicht der Krankenkassen nach § 127 Abs. 2

54 Vgl. BSG, Urteil vom 17. Juli 2008, Az: B 3 KR 23/07 R, juris Rn. 18 ff, zur Versorgung mit Haushaltshilfe nach § 132 SGB V und BSG, Urteil vom 20. November 2008, Az: B 3 KR 25/07 R, Rn. 34 ff. zur Versorgung mit Krankentransportleistungen nach § 133 SGB V.

55 Vgl. BSG, Urteil vom 10. März 2010, Az: B 3 KR 20/08 R, juris Rn. 23.

56 Vgl. BSG, Urteil vom 20. November 2008, Az: B 3 KR 25/07 R, juris Rn. 35.

57 Vgl. BSG, Urteil vom 10. März 2010, Az: B 3 KR 26/08 R, juris Rn. 21.

58 Vgl. Luthe, in: Hauck/Noftz, § 127 SGB V Rn. 4, 10 und 12 ; Murawski, in: Hänlein/Schuler (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 10 f; Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 69 und 73; Schmidt, in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 127 SGB V Rn 6; Nolte, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, §127 SGB V Rn. 13; Nusser, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, §127 SGB V Rn 19; Adam, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 26 Rn. 91.

59 Vgl. etwa Butzer, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 4 f, 32 und 39 ; Luthe, in: Hauck/Noftz, § 127 SGB V Rn. 3; Vilaclara, Kooperative Kostensteuerung in der Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln, S. 100. f.

60 Zur Ablösung des Zulassungsprinzips durch das Vertragsmodell des GKV-WSG in der Hilfsmittelversorgung mit Wirkung zum 1. April 2007 vgl. im Einzelnen oben zu Gliederungspunkt 2.1.

61 So Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 69.

Satz 3 SGB V verfolge dabei – zum Schutz der Anbieter – das Ziel, möglichst viele Wettbewerber zu unterrichten, um sie in die Lage zu versetzen, selbst Vertragsverhandlungen aufzunehmen, bevor es zu anderen Vertragsschlüssen komme, denen sie nur nach Maßgabe des § 127 Abs. 2a SGB V beitreten könnten⁶². Darüber hinaus wird geltend gemacht, dass die Bestimmung des § 127 SGB V zusammen mit § 126 SGB V Ausdruck eines die Leistungserbringung der Hilfsmittelversorgung überformenden „Kooperations- oder Partnermodells“ sei, wonach Krankenkassen und Leistungserbringer als gleichberechtigte Vertragspartner die einzelnen Bedingungen auszuhandeln hätten⁶³.

3.3. Aussagen des GKV-Spitzenverbandes und des Bundesversicherungsamts zur Erforderlichkeit von Vertragsverhandlungen bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V

Der GKV-Spitzenverband Bund der Krankenkassen hat in seinen „Hinweisen zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) im Hilfsmittelbereich“ vom 6. Februar 2009⁶⁴ ausgeführt, bei Hilfsmittelverträgen gelte nach § 127 SGB V das „Vertragsprinzip“. Zum Abschluss von Verträgen nach § 127 SGB V stünden den Krankenkassen unterschiedliche Instrumente zur Verfügung. Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V kämen durch Ausschreibung zustande, Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V „in der Regel auf dem Verhandlungswege“⁶⁵.

Nach zahlreichen Beschwerden von Hilfsmittelleistungserbringern, in denen das Verhalten der Krankenkassen im Rahmen von Vertragsverhandlungen nach § 127 Abs. 2 SGB V angegriffen und insbesondere vorgetragen wurde, die Krankenkassen würden ohne Verhandlungsbereitschaft Vertragsentwürfe „diktieren“, hat das Bundesversicherungsamt in einem Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010⁶⁶ eine gleichgelagerte Rechtsauffassung vertreten. In diesem Schreiben aus dem Jahr 2010 wurde die angegriffene Vorgehensweise der Krankenkassen aufsichtsrechtlich beanstandet und unter Bezugnahme auf die oben erwähnte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ausgeführt, Leistungserbringer, die die in § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V genannten Voraussetzungen erfüllten, hätten „grundsätzlich einen Anspruch auf Vertragsverhandlungen“. Im Falle einer Verweigerung von Vertragsverhandlungen griffen die

62 Vgl. Armbruster, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, § 127 Rn. 69 und 73.

63 Vgl. hierzu näher Luthe, in: Hauck/Noftz, § 127 SGB V Rn. 4 und Vilaclara, Kooperative Kostensteuerung in der Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln, S. 146 ff.

64 GKV-Spitzenverband der Krankenkassen (Hrsg.), Hinweise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) im Hilfsmittelbereich vom 6. Februar 2009, abrufbar im Internet unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/hilfsmittel/himi_empfehlungen_verlautbarungen/HiMi_090206_Umsetzung_GKV_OrgWG_Anlage.pdf.

65 So die Ausführungen des GKV-Spitzenverbandes der Krankenkassen in den Hinweisen zur Umsetzung des GKV-OrgWG im Hilfsmittelbereich vom 6. Februar 2009, S. 13.

66 Bundesversicherungsamt (Hrsg.), Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010, Az: II 2 – 5471.1 1077/2010, zu Verträgen der Hilfsmittelversorgung nach § 127 SGB V, hier: Vertragsverhandlungen und Inhaltskontrolle der Verträge; abrufbar im Internet unter: <http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Krankenversicherung/Rundschreiben/Rundschreiben51.pdf>.

Krankenkassen in die Grundrechte der Leistungserbringer aus Art. 2 und 12 Grundgesetz (GG) ein, da die Leistungserbringer gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V nur dann einen Zugang zum Leistungsmarkt der gesetzlichen Krankenversicherung hätten, wenn mit ihnen ein Vertrag nach § 127 Abs. 1, 2 oder 3 SGB V geschlossen werde. Aus Art. 3 GG und § 20 GWB ergebe sich außerdem ein Diskriminierungs- und Willkürverbot⁶⁷.

Unter Rückgriff auf die oben dargelegte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts stellte das Bundesversicherungsamt in seinem Schreiben aus dem Jahr 2010 zusammenfassend fest, dass die Krankenkassen Leistungserbringer nicht ohne sachlichen Grund von Vertragsverhandlungen ausschließen oder gegenüber anderen Leistungserbringern benachteiligen dürften. Die Krankenkassen seien verpflichtet, Vertragsangebote der Leistungserbringer „ernsthaft zu prüfen“⁶⁸. Auch das Beitrittsrecht nach § 127 Abs. 2a SGB V befreie die Krankenkassen nicht von ihrer Verpflichtung, Vertragsverhandlungen zu führen, da der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift lediglich ein Beitrittsrecht, nicht aber eine Beitrittspflicht normiert habe. Die Krankenkassen seien daher nicht berechtigt, Leistungserbringer ausschließlich auf vorliegende Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V zu verweisen und weitergehende Vertragsverhandlungen abzulehnen⁶⁹.

Nach dem Rundschreiben aus dem Jahr 2010 hat das Bundesversicherungsamt allerdings keine rechtlichen Bedenken gegen ein Verfahren, in dem die Krankenkassen Leistungserbringer zunächst auf ihre „Palette an Musterverträgen“ verweisen, um die Vertragsverhandlungen zu verkürzen. In diesen Fällen kämen die Krankenkassen der auch hier grundsätzlich bestehenden Pflicht zum Führen von Vertragsverhandlungen dann in ausreichendem Maße nach, wenn sie neben dem Angebot, einem dieser Verträge beizutreten, gleichzeitig im Bedarfsfall die Bereitschaft zeigten, einzelne individuelle Vertragsregelungen zu prüfen⁷⁰.

4. Fazit: Verbot des Abschlusses von Open-House-Verträgen im Bereich der Hilfsmittelversorgung

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass Verträge zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V auszuhandeln sind. Die Krankenkassen müssen den Leistungserbringern also die Möglichkeit eröffnen, Vertragsverhandlungen zu führen. Die Erforderlichkeit des Führens von Vertragsverhandlungen im Rahmen des Abschluss von Hilfsmittelverträgen ergibt sich – wie oben näher dargelegt – nicht nur aus der Gesetzeshistorie, sondern auch aus der Systematik und Teleologie des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V. Dass der Abschluss von Hilfsmittelverträgen ohne Verhandlungsmöglichkeit nach derzeitiger Rechtslage nicht zulässig ist, entspricht darüber hinaus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, dem Stand des

67 Bundesversicherungsamt (Hrsg.), Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010, Az: II 2 – 5471.1 1077/2010, S. 2.

68 Bundesversicherungsamt (Hrsg.), Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010, Az: II 2 – 5471.1 1077/2010, S. 3.

69 Bundesversicherungsamt (Hrsg.), Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010, Az: II 2 – 5471.1 1077/2010, S. 3 und 6.

70 Bundesversicherungsamt (Hrsg.), Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010, Az: II 2 – 5471.1 1077/2010, S. 7.

sozialrechtlichen Schrifttums und der vom Bundesversicherungsamt vertretenen Rechtsauffassung.

Die im Rahmen des Open-House-Verfahrens von den Krankenkassen praktizierte Vorgehensweise, sämtliche Vertragskonditionen einschließlich des Preises einseitig im Vorhinein vorzugeben, ohne den Leistungserbringern die Möglichkeit einzuräumen, im Wege individueller Vertragsverhandlungen auf den Inhalt des Vertrages Einfluss zu nehmen, ist mit diesen rechtlichen Voraussetzungen des § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V nicht zu vereinbaren. Der Gesetzgeber hat für die Hilfsmittelverträge mit den verschiedenen Vertragstypen des § 127 SGB V einen abschließenden – und für die Krankenkassen rechtlich verbindlichen – Katalog möglicher Versorgungsverträge festgelegt, außerhalb derer eine Hilfsmittelbeschaffung durch die gesetzlichen Krankenkassen ausscheidet. Es besteht entweder das Instrument der Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V oder das Instrument der Vertragsabschlüsse nach § 127 Abs. 2 bis 3 SGB V auf der Grundlage von Vertragsverhandlungen. Open-House-Verträge im Bereich der Hilfsmittelversorgung widersprechen dieser gesetzlich vorgegebenen Vertragssystematik, da § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V ausdrücklich festlegt, dass Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 oder 3 SGB V abgegeben werden dürfen, und sind damit unzulässig. Dass der Abschluss von Hilfsmittelverträgen im Wege des Open-House-Verfahrens nach derzeitiger Rechtslage verboten ist, folgt nicht zuletzt daraus, dass es sich bei diesem Vertragssystem im Kern um ein „Zulassungsmodell“ handelt, das der Gesetzgeber im Bereich der Hilfsmittelversorgung durch das GKV-WSG mit Wirkung zum 1. April 2007 aber gerade abgeschafft und vollständig in ein Vertragsmodell überführt hat.

5. Literaturverzeichnis

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 5. Auflage 2017, Verlag C. H. Beck, München.

Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, herausgegeben von Christian Rolfs, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm und Peter Udsching, 44. Edition, Bearbeitungsstand: 1. März 2017, Verlag C. H. Beck, München.

Bundesversicherungsamt (Hrsg.), Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010, Az: II 2 – 5471.1 1077/2010, zu Verträgen der Hilfsmittelversorgung nach § 127 SGB V, hier: Vertragsverhandlungen und Inhaltskontrolle der Verträge; abrufbar im Internet unter: <http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Krankenversicherung/Rundschreiben/Rundschreiben51.pdf>.

Bühning, Christian/Linnemannstöns, Heike, § 127 SGB V n. F. – Ausschreibung, Rahmenvertrag oder Einzelvereinbarung?, in: Medizinrecht (MedR), Zeitschrift, 2008, S. 149 – 152.

Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Auflage 2016, Luchterhand Verlag, Köln.

Gaßner, Maximilian, Das Open-house-Urteil des EuGH – Ein Geschenk für kreative Beschaffer, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 2.6.2016 – C-410/14, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), 2016, S. 767 – 770.

Gaßner, Maximilian, Quo vadis Rabattvertrag? – Auswirkungen des Open-house-Urteils des EuGH vom 2.6.2016 – C-410/14, in: Welt der Krankenversicherung (Zeitschrift), 2016, S. 251 – 253.

Gaßner, Maximilian/Strömer, Jens M., Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? – Der „Open-house“-Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII-Verg 13/14, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), 2014, S. 811 – 815.

GKV-Spitzenverband der Krankenkassen (Hrsg.), Hinweise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) im Hilfsmittelbereich vom 6. Februar 2009, abrufbar im Internet unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/hilfsmittel/himi_empfehlungen_verlautbarungen/HiMi_090206_Umsetzung_GKV_OrgWG_Anlage.pdf.

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, Loseblattwerk, Bearbeitungsstand: 03/16, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin.

Hänlein, Andreas/Schuler, Rolf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage 2016, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

juris Praxiskommentar SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, herausgegeben von Rainer Schlegel und Thomas Voelzke, 3. Auflage 2016, juris GmbH, Saarbrücken.

Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, herausgegeben von Anne Körner, Stephan Leithe-
rer und Bernd Mutschler, Loseblattwerk, Bearbeitungsstand: 93. Ergänzungslieferung, 1. März
2017, Verlag C. H. Beck, München.

Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, Kommentar, herausgegeben von Re-
gine Wagner und Stefan Knittel, Loseblattwerk, Bearbeitungsstand: 94. Ergänzungslieferung, Ja-
nuar 2017, Verlag C. H. Beck, München.

Sodan, Helge (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Auflage 2014, Verlag C. H.
Beck, München.

Vilaclara, Ilona, Kooperative Kostensteuerung in der Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln
– Ein deutsch-französischer Rechtsvergleich, 1. Auflage 2015, Studien aus dem Max-Planck-Insti-
tut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 62, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.



Unzulässigkeit von Open-House-Verfahren im Hilfsmittelbereich: Einschränkung von u. a. Art. 12 GG., § 126 Abs. 5 SGB V aus Sicht der Interessengemeinschaft Hilfsmittelversorgung (IGHV)

Die gesetzeskonforme Umsetzung der Regelung des § 127 Abs. 2, 2a SGB V ist für Leistungserbringer im Hilfsmittelbereich von herausragender Bedeutung, da durch Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) die Marktzugangsregelungen entscheidend verändert (Wegfall der Zulassung) und an die Vertragspflicht geknüpft wurden.

Die Hilfsmittelverbände der IGHV teilen die Rechtsauffassungen des BVA (Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen, Az.: 211-5417.1-1077/2010, vom 20.07.2017), des BMG (Schreiben des Bundesgesundheitsministers an den BIV OT vom 02.07.2017) und der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Sachstand WD 9-3000- 025/17 vom 26.05.2017) zur Unzulässigkeit von Open-House-Verfahren zur Anbahnung von Verträgen im Hilfsmittelbereich aufgrund der eindeutigen Regelung des Gesetzgebers in § 127 SGB V. Insoweit schließen wir uns den bereits vorliegenden Ausführungen an (Anlagen 1 - 3).

Einige Krankenkassen setzen dies dennoch nicht um, versuchen Open-House-Verträge auch im Bereich der Hilfsmittelversorgung als neue Vertragsform zu etablieren und berufen sich dabei u. a. auf den Vorrang des Europarechts.

§ 127 Abs. 2, 2a SGB V kompatibel mit Europarecht: EuGH bestätigt Vertragssystem

Im Gegensatz zur Auffassung einiger Krankenkassen (s. oben) hat der Europäische Gerichtshof mit seinem Urteil vom 2. Juni 2016 (Rs. C -410/14) das Vertragssystem nach § 127 Abs. 2, 2a SGBV jedoch gerade nicht ausgeschlossen, sondern sogar gestärkt, indem er unterschiedliche Optionen von Vertragsschlüssen außerhalb des Anwendungsbereichs von EU-Vergaberecht für zulässig erachtet.

Anders als das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 21.12.2016 (VII-Verg 26/16, juris Rn. 24) hat der EuGH den Vertragsschluss im Beitrittsverfahren als rechtskonform erachtet. Er hat in seinem Vorlagebeschluss gerade nicht festgestellt, dass als Voraussetzung hierfür das einseitige Diktat von Preisen vorgesehen ist. Diese Grundsätze der Entscheidung treffen nicht nur auf Arzneimittelrabattverträge zu, sondern entfalten auch Wirkung für Verträge über Hilfsmittel. Das gesetzlich normierte Beitrittsrecht nach § 127 Abs. 2a SGB V zu Verträgen nach § 127 Abs. 2 S. 1 SGB V wird im Bereich der Hilfsmittelversorgung damit ausdrücklich gestärkt. EU-Vergaberecht kommt nicht zur Anwendung, da es an einer Auswahlentscheidung im Sinne eines öffentlichen Auftrages mangelt, alle Marktteilnehmer grundsätzlich an der Versorgung durch Beitritt teilnehmen können.

Den vom EuGH gestellten Anforderungen an Transparenz, eindeutigen Regelungen zu Vertragsschluss und Beitritt sowie Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer ist hierdurch genüge getan. Insofern entspricht § 127 Abs. 2, 2a SGB V inklusive dem Verhandlungsrecht der Leistungserbringer den Vorgaben des Unionsrechts.

Einseitige Preisvorgabe im Hilfsmittelbereich gesetzlich nicht legitimiert

Hinzu kommt, dass eine einseitige Vorgabe von Konditionen und Preisen grundsätzlich einer gesetzlichen Legitimierung bedarf. Eine solche Regelung gibt es im Hilfsmittelbereich nur für die Festsetzung von Festbeträgen nach § 36 SGB V. Open-House-Verfahren würden die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu den Festbeträgen unterlaufen (siehe BSG, Urteil vom 17.09.2013, AZ B1 KR 54/12 R). Durch einseitiges Diktieren der Vertragsinhalte greifen Krankenkassen in die Grundrechte der Leistungserbringer aus Art. 2 und 12 Grundgesetz (GG) ein, da die Leistungserbringer gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V nur dann einen Zugang zum Leistungsmarkt der gesetzlichen Krankenversicherung haben, wenn mit ihnen ein Vertrag nach § 127 Abs. 1, 2 oder 3 SGB V geschlossen wird.

Forderung einer gesetzlichen Klarstellung in § 127 SGB V

Zur Umsetzung des Willens des Gesetzgebers und zur Sicherung der Mitwirkungs-, Beteiligungs- und Verhandlungsrechte der Leistungserbringer fordert die IGHV daher einen gesetzlich verankerten Verhandlungsanspruch sowie die gesetzliche Klarstellung in § 127 SGB V, dass Open-House-Verträge mit einseitigen Vertrags- und Preisvorgaben im Hilfsmittelbereich unzulässig sind. Dies ist insbesondere deshalb erforderlich, da trotz eindeutiger Aufforderungen der zuständigen Aufsichtsbehörden einige Krankenkassen diesen nicht Folge leisten und die Inanspruchnahme der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel keinen effektiven Rechtsschutz bietet.

Stand: 01.09.2017