



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 einzelnen 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.
