Die Hilfsmittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz

Vortrag im Rahmen des 8. Berliner Medienseminars des BVMed
am 31. Oktober 2007 in Berlin

von Universitätsprofessor Dr. *Helge Sodan*, Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

I. Einschränkung des Patientenwahlrechts

Nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) besitzen Versicherte grundsätzlich einen 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. Dieser allgemeine Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit Hilfsmitteln war nach alter Rechtslage hinsichtlich der *Wahl der Leistungserbringer* gesetzlich unbeschränkt. Zwar enthielt das SGB V in seiner alten Fassung Regelungen zur Kostentragung der Hilfsmittelversorgung durch die gesetzlichen Krankenkassen; deren Umfang hing davon ab, ob ein Festbetrag für ein bestimmtes Hilfsmittel festgesetzt worden war oder ob die jeweilige gesetzliche Krankenkasse des Versicherten einen Vertrag mit einem Leistungserbringer geschlossen hatte. Diese Bestimmungen berührten jedoch nicht das Recht des Versicherten, auch einen Leistungserbringer für die Hilfsmittelversorgung in Anspruch zu nehmen, mit dem die Krankenkasse keinen Vertrag geschlossen hatte. Der Versicherte war insofern in der Wahl des Leistungserbringers frei.

Durch das sog. GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26. März 2007 hat sich diese Rechtslage nunmehr grundlegend geändert. Mit Wirkung zum 1. April 2007 wird der Anspruch der Versicherten in der Hilfsmittelversorgung auf diejenigen Leistungserbringer beschränkt, die Vertragspartner ihrer Krankenkasse oder nach einer Übergangsvorschrift versorgungsberechtigt sind. Hilfsmittel dürfen an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen abgegeben werden. Als Vertragspartner der Krankenkassen kommen lediglich

Leistungserbringer in Betracht, welche die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel erfüllen. Hat die Krankenkasse Verträge über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln geschlossen, erfolgt die Versorgung durch einen Vertragspartner, der den Versicherten von der Krankenkasse zu benennen ist.

Bis zum 31. Dezember 2008 bleiben Leistungserbringer, die am 31. März 2007 – also vor Inkrafttreten des GKV-WSG – über eine Zulassung zur Hilfsmittelversorgung verfügten, zur Versorgung der Versicherten berechtigt. Die neu statuierte Voraussetzung des Vertragsverhältnisses zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse für die Hilfsmittelerbringung wird deshalb faktisch erst ab dem 1. Januar 2009 wirksam, weil davor die Leistungserbringung auch ohne ein solches Verhältnis möglich ist.

Ab dem 1. Januar 2009 ist mithin die Möglichkeit des Versicherten, bei der Hilfsmittelversorgung zwischen verschiedenen Leistungserbringern zu wählen, erheblich eingeschränkt.

Diese Einschränkung ist ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass dieses Grundrecht berührt ist, wenn die Freiheit des Versicherten zur Auswahl unter Arznei- und Hilfsmitteln eingeschränkt wird. Die gleiche Wertung gilt auch für die Einschränkung des Wahlrechts zwischen verschiedenen Leistungserbringern.

Dieser Eingriff ist nach meiner Überzeugung unverhältnismäßig. Zwar liegen der Einschränkung der Wahlfreiheit mit der Wettbewerbsförderung und der finanziellen Entlastung der gesetzlichen Krankenkassen *legitime Regelungsziele* zugrunde. Die erhebliche Beschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten im Hilfsmittelsektor ist aber schon *nicht geeignet*, diese legislativen Intentionen zu realisieren. Die Unternehmen der Hilfsmittelversorgung konkurrieren ab dem 1. Januar 2009 darum, Vertragspartner der Krankenkassen und damit weiterhin Leistungserbringer im Rahmen der GKV zu bleiben. Diese Konkurrenzsituation stellt aber noch keinen echten Wettbewerb dar: Zum einen käme es schnell zu einer Verdrängung kleinerer und mittlerer Hilfsmittelunternehmen, die Hilfsmittel weniger günstig anbieten könnten als Großunternehmen und damit in Ausschreibungsverfahren regelmäßig nicht berücksichtigt würden. Da sie in diesem Fall allein auf die Hilfsmittelversorgung der Privatversicherten beschränkt blieben, wäre ihre Existenz mittelfristig gefährdet.

Diese Konzentrationswirkung würde noch dadurch befördert, dass bestimmte Krankenkassen wegen ihres großen Anteils an der Gesamtzahl der Versicherten eine marktbeherrschende Stellung auf der Nachfragerseite einnehmen. Ein echter Wettbewerb ist aber nur möglich, wenn ein Konkurrenzverhältnis sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite und damit ein Gleichgewicht zwischen beiden Seiten besteht. Davon kann angesichts der neuen Regelungssystematik der Hilfsmittelversorgung keine Rede sein. Zum anderen wird durch sie der bisher grundsätzlich bestehende Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern im Verhältnis zu den *Versicherten* insofern gesetzlich beendet, als zukünftig die Wahlmöglichkeit der Versicherten entfällt.

Eine finanzielle Entlastung der Krankenkassen ist zwar kurzfristig zu erwarten, wenn als Vertragspartner ein Leistungserbringer ausgewählt wird, dessen Aufwendungen im Rahmen der Hilfsmittelversorgung der Versicherten für die Krankenkassen preisgünstiger sind als die bisherigen durchschnittlichen Aufwendungen der verschiedenen Leistungserbringer. Durch die eintretende Konzentrationswirkung auf Seiten der Leistungserbringer entfällt allerdings mittelfristig eine Konkurrenzsituation. Die wenigen verbliebenen Leistungserbringer können deshalb bei der Neuverhandlung von Verträgen den Krankenkassen die Preise weitgehend vorgeben; denn letztere können wegen einer fehlenden Wettbewerbssituation nicht mehr auf andere Leistungserbringer zurückgreifen. Es ist daher damit zu rechnen, dass der kurzfristige finanzielle Entlastungseffekt für die Krankenkassen mittel- und langfristig nicht nur kompensiert wird, sondern in eine Belastung umschlägt. Die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten ist deshalb ebenfalls kein objektiv taugliches Mittel zur finanziellen Entlastung der Krankenkassen.

Die *Erforderlichkeit* der Regelung ist ebenfalls zu *verneinen*, weil alternative Regelungen denkbar sind, die bei vergleichbarer Effektivität geringer in die Grundrechte der Versicherten eingreifen. Dazu gehört etwa die Streichung der gesetzlich festgelegten Voraussetzung eines berechtigten Interesses des Versicherten für die Wahl eines Leistungserbringers, der nicht Vertragspartner der Krankenkasse, ihres Verbandes oder ihrer Arbeitsgemeinschaft ist. Mehrkosten entstünden den Krankenkassen dadurch nicht, weil diese Kosten nach wie vor von den Versicherten getragen werden müssten.

Die erhebliche Beschränkung der Wahlfreiheit ist auch *nicht angemessen*: Die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten sowie das im Grundgesetz verankerte Sozialstaatsprinzip wiegen schwerer als die Regelungsziele des Gesetzgebers, deren Realisierung mit der getroffenen Maßnahme ohnehin nicht

zu erwarten ist. Die Neuregelung verletzt daher die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten.

Ein Verstoß gegen die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitete staatliche Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit der Versicherten liegt allerdings *nicht* vor. Zwar bestand nach dem Gesetzentwurf noch die Gefahr, dass von den Krankenkassen auch solche Hilfsmittelanbieter als leistungserbringende Vertragspartner hätten ausgewählt werden können, die ihren Sitz weit entfernt von den Wohnorten der Versicherten gehabt hätten. In diesem Fall wäre es zumindest einigen Versicherten kaum möglich gewesen, Hilfsmittel zu beziehen. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist den dagegen vorgebrachten Bedenken insofern Rechnung getragen worden, als das SGB V nunmehr bei Abschluss der Hilfsmittelverträge ausdrücklich vorschreibt, für eine *wohntnahe* Versorgung der Versicherten zu sorgen.

Während die Wahlfreiheit der Versicherten hinsichtlich der Hilfsmittelversorgung erheblich eingeschränkt wird, lässt das GKV-WSG im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung das Recht der Versicherten auf freie Arztwahl unangetastet. Das Gesetz differenziert bei der Wahlfreiheit der Versicherten zwischen diesen beiden Gruppen der Leistungserbringer. Diese Ungleichbehandlung beruht aber nicht auf einem sachgerechten Differenzierungskriterium und verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele – Wettbewerbsstärkung und finanzielle Stabilisierung der GKV – sind zwar aus verfassungsrechtlicher Perspektive legitim; die Differenzierung ist aber weder geeignet noch erforderlich noch gar angemessen. Durch die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten im Hilfsmittelsektor wird deshalb der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

II. Anwendbarkeit des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Die Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen auf das Verhältnis zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gehört seit Jahren zu den meistdiskutierten Themen des Gesundheitsrechts. Diese Problemstellung ist von großer praktischer Relevanz, weil ihre Lösung zugleich den rechtlichen Rahmen für den Handlungsspielraum der Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern absteckt. § 69 Satz 2 SGB V in der Fassung des GKV-WSG erklärt nunmehr ausdrücklich mit den §§ 19 bis 21 GWB

wettbewerbsrechtliche Vorschriften auf die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern für entsprechend anwendbar. Dies gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt.

Wie bereits dargelegt wurde, dürfen Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen abgegeben werden. Welcher der Leistungserbringer Vertragspartner der gesetzlichen Krankenkassen, ihrer Verbände oder Arbeitsgemeinschaften wird, ist im Wege der Ausschreibung zu ermitteln, *soweit* dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung *zweckmäßig* ist. In entsprechender Anwendung des § 20 GWB müssen die Krankenkassen bei der Auswahl ihrer Vertragspartner das Diskriminierungsverbot beachten. Die darin vorausgesetzte Marktbeherrschung erfordert eine Gesamtbetrachtung der für den betroffenen Markt vorliegenden Wettbewerbsbedingungen. Sie ist abhängig vom Verhältnis der Zahl der in der jeweiligen Krankenkasse Versicherten zur Zahl der Gesamtbevölkerung. Einige Krankenkassen besitzen als Nachfrager auf dem Hilfsmittelmarkt entweder schon allein oder gemeinsam mit anderen Krankenkassen eine marktbeherrschende Stellung; dies gilt erst recht für ihre Verbände und Arbeitsgemeinschaften. Die Allgemeinen Ortskrankenkassen beispielsweise haben einen Marktanteil von fast einem Drittel.

Grundsätzlich steht den Normadressaten des § 20 GWB ein Spielraum bei der Wahl von Vertragspartnern zu. Nun ist es denkbar, dass Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften einen Hilfsmittelanbieter als Vertragspartner wählen, der nach allen objektiven Kriterien kein besseres Angebot unterbreitet hat als sein Konkurrent. Dann liegen sowohl eine unbillige Behinderung als auch eine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung dieses von der Leistungserbringung ausgeschlossenen Anbieters als Diskriminierungsstatbestände vor.

Dem Diskriminierten stehen Schadensersatzansprüche zu. Die Verpflichtung zum Schadensersatz richtet sich primär auf die Beseitigung des entstandenen Schadens im Wege der sog. Naturalrestitution. Der Schädiger hat also den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dies bedeutet, dass die Krankenkasse doch noch einen Vertrag über die Leistungserbringung mit dem zuvor rechtswidrig nicht ausgewählten Anbieter abschließen muss. Eine zusätzliche Kün-

digung des Vertrages mit dem stattdessen ausgewählten Leistungserbringer durch die Krankenkasse ist für die Naturalrestitution nicht erforderlich, so dass nach der erfolgten Schadensrestitution gegebenenfalls ein Vertragsverhältnis der Krankenkasse mit mehreren Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich besteht. Die Schadensersatzverpflichtung konkretisiert sich in den Fällen einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung der Krankenkasse als Kontrahierungszwang.

Eine Nichtigkeit des schon zwischen der Krankenkasse und einem Anbieter geschlossenen Vertrages über die Leistungserbringung kommt nicht in Betracht. Denn die Diskriminierung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Vertrag selbst, sondern aus dem Vergleich mit den zurückgewiesenen Angeboten.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten

Spätestens seit der Neufassung des SGB V und der Hervorhebung der Ausschreibung als systemadäquates Verfahren zur Festlegung des Vertragsinhaltes zwischen Krankenkassen, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften auf der einen Seite sowie den Leistungserbringern und ihren Verbänden auf der anderen Seite ist das *Vergaberecht* als Prüfungsmaßstab der Ausschreibung anwendbar. Diese Schlussfolgerung zieht der Gesetzgeber auch selbst: In diesem Sinne findet sich in der Begründung des Entwurfs des GKV-WSG der ausdrückliche Hinweis, dass in den durchzuführenden Ausschreibungen die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden sind.

Bei vergaberechtlichen Verstößen im Ausschreibungsverfahren kommen für Anbieter grundsätzlich zwei Möglichkeiten des Rechtsschutzes in Betracht: Sie könnten sich an die zuständigen *Vergabekammern* wenden und gegen deren Entscheidungen gegebenenfalls sofortige Beschwerde bei den Vergabese-naten der Oberlandesgerichte einlegen; oder sie könnten die *Sozialgerichtsbarkeit* um Rechtsschutz ersuchen. Der Rechtsschutz durch die Vergabekammern ist der sachgerechtere Weg; denn diese Kammern sind speziell für die Prüfung möglicher Verstöße der öffentlichen Hand gegen das Vergaberecht zuständig. Dieser Weg ist zudem rechtsschutzintensiver, weil Verstöße schneller geprüft werden können als durch die Sozialgerichtsbarkeit. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich im Einzelfall auch die Sozialgerichte zur Prüfung vergaberechtlicher Verstöße durch Krankenkassen ermächtigt fühlen. Insofern ist es in der Praxis denkbar, dass sich diejenige staatliche Stelle für zuständig erklärt, die vom Anbieter um Rechtsschutz ersucht wird.

Im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Diskriminierung von Anbietern beim Abschluss von Verträgen nach der Neufassung des SGB V *außerhalb* des Vergaberechts ist nach dem Sozialgerichtsgesetz (SGG) der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. Die im GWB vorgesehene Zuordnung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten zu den Landgerichten und damit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit findet nach dem SGG ausdrücklich *keine* Anwendung. Ein Antrag auf Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung ist denkbar, wenn dem diskriminierten Anbieter durch den Ausschluss von der Leistungserbringung für einen bestimmten Versichertenkreis erhebliche und irreparable finanzielle Nachteile drohen.

Im Wege des *außergerichtlichen* Rechtsschutzes können vom diskriminierten Anbieter auch die *Kartellbehörden* um Hilfe ersucht werden. Sie können ihre Eingriffsbefugnisse auch gegenüber dem Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern geltend machen. Das ergibt sich der Neufassung des § 69 Satz 2 SGB V, die dem Diskriminierten ein Instrumentarium zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zur Verfügung stellt.

IV. Ausblick

Bereits die vorstehend dargestellten Neuregelungen im GKV-WSG zur Hilfsmittelversorgung lassen erkennen, dass die gerade erst begonnene juristische Aufarbeitung dieses umfangreichen Gesetzgebungswerkes noch lange Zeit in Anspruch nehmen wird. Mit großer Wahrscheinlichkeit wird es zu einer Vielzahl gerichtlicher Verfahren kommen. Es lässt sich unschwer prognostizieren, dass höchstrichterliche Entscheidungen in der Fachgerichtsbarkeit und durch das Bundesverfassungsgericht mit abschließenden Klärungen grundsätzlicher Fragen erst in Jahren vorliegen werden. Kaum zu erwarten ist jedoch, dass sich der umtriebige Gesetzgeber bis dahin mit weiteren Reformschritten zurückhalten wird. Das Bundesministerium für Gesundheit musste im März 2007 bereits „einige Unrichtigkeiten“ im GKV-WSG einräumen, die in einem Änderungsgesetz „kurzfristig zu korrigieren“ seien. Möglicherweise wird schon bald eine größere Debatte über die „Reform der Reform“ einsetzen. Diese sollte genutzt werden, um die hier aus verfassungsrechtlicher Sicht kritisch gewürdigten Regelungen zur Hilfsmittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung noch einmal auf den Prüfstand zu stellen.