

## **8. Berliner Medienseminar des BVMed**

31. Oktober 2007, 10 bis 13 Uhr, Berlin

**Ein halbes Jahr nach der Gesundheitsreform:  
Erfahrungsberichte aus der MedTech-Branche**

### **Die Hilfsmittelversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung nach dem GKV-WSG: Vorstellungen der Ergebnisse eines Rechtsgutachtens zu verfassungs- und sozialrechtlichen Aspekten**

**Prof. Dr. Helge Sodan**

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR);  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Freie Universität Berlin

---

#### **Zusammenfassung des Gutachtens**

#### **„Die Hilfsmittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz“**

##### **I. Einschränkung des Patientenwahlrechts**

1. Durch § 33 Abs. 6 Satz 2 SGB V n. F. wird die bisher gegebene Möglichkeit der Versicherten, im Hilfsmittelbereich zwischen verschiedenen Leistungserbringern zu wählen, erheblich eingeschränkt.
2. 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, die ihm als Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden, eingeschränkt wird. Die gleiche Wertung gilt auch für die Einschränkung des Wahlrechts zwischen verschiedenen Leistungserbringern.
3. Dieser Eingriff ist 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 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 in § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V n. F. festgelegten Voraussetzung eines berechtigten Interesses des Versicherten für die Wahl eines Leistungserbringers, der nicht Vertragspartner der Krankenkasse, ihres Verbandes oder ihrer Arbeitsgemeinschaft ist. Die erhebliche Beschränkung der Wahlfreiheit ist auch nicht angemessen:

Die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten sowie das in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip wiegen schwerer als die Regelungsziele des Gesetzgebers, deren Realisierung mit der getroffenen Maßnahme ohnehin nicht zu erwarten ist. § 33 Abs. 6 SGB V n. F. verletzt daher die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten.

4. Ein Verstoß gegen die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitete staatlichen Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit der Versicherten liegt nicht vor. Zwar bestand nach der noch im Gesetzentwurf vorliegenden Fassung des § 127 SGB V 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 § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V n. F. nunmehr bei Abschluss der Hilfsmittelverträge ausdrücklich vorschreibt, für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen.
5. 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 nach § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V 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 GWB

1. Für das Rechtsverhältnis zwischen den Krankenkassen, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften einerseits sowie den Leistungserbringern und ihren Zusammenschlüssen andererseits sind nach § 69 Satz 2 SGB V n. F. die §§ 19 bis 21 GWB entsprechend anwendbar.
2. Insbesondere das in § 20 GWB enthaltene Diskriminierungsverbot bildet den materiellrechtlichen Rahmen für die Wahl des Leistungserbringers durch die Krankenkasse, ihren Verband oder ihre Arbeitsgemeinschaft in der Hilfsmittelversorgung.
3. Die in § 20 Abs. 1 GWB 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.
4. Anbieter von Hilfsmittelleistungen sind gleichartige Unternehmen, für die der Geschäftsverkehr üblicherweise frei zugänglich ist. Sie erfüllen damit eine weitere, als grobes Prüfungsraaster dienende und in § 20 Abs. 1 GWB festgeschriebene Voraussetzung für die Anwendung des Diskriminierungsverbots.

5. Grundsätzlich steht den Normadressaten des § 20 GWB ein Spielraum bei der Wahl von Vertragspartnern zu. Wenn aber Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften einen Hilfsmittelanbieter als Vertragspartner wählen, der nach allen objektiven Kriterien kein besseres Angebot unterbreitet hat als sein Konkurrent, so liegen sowohl eine unbillige Behinderung als auch eine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung dieses von der Leistungserbringung ausgeschlossenen Anbieters als Diskriminierungstatbestände vor. Für die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung trägt der Normadressat die Beweislast.
6. Dem Diskriminierten stehen Schadensersatzansprüche zu. Als Anspruchsgrundlagen kommen dafür § 33 GWB oder zumindest die allgemeinere Regelung des § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, falls man § 33 GWB nicht auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern für anwendbar hält.
7. Im Wege der schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution kann der diskriminierte Hilfsmittelanbieter geltend machen, seine Leistungen zu den gleichen Konditionen zu erbringen wie der von der Krankenkasse ausgewählte Vertragspartner. Für die betroffene Krankenkasse als Nachfragerin besteht insofern ein Kontrahierungszwang.
8. Eine Nichtigkeit des schon zwischen der Krankenkasse und einem Anbieter geschlossenen Vertrages über die Leistungserbringung nach § 134 BGB kommt nicht in Betracht, weil sich die Diskriminierung nicht unmittelbar aus dem Vertrag selbst, sondern aus dem Vergleich mit den zurückgewiesenen Angeboten ergibt.

### III. Rechtsschutzmöglichkeiten

1. Die vergaberechtlichen Bestimmungen sind auf Ausschreibungen, welche im Hilfsmittelbereich geschlossenen Verträgen vorausgehen, zumindest seit der durch das GKV-WSG vorgenommenen Neufassung des § 127 SGB V anwendbar. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive gebietet das Bestimmtheitsprinzip die Anwendung des Vergaberechts. Das entspricht auch der ausdrücklich erklärten Intention des Gesetzgebers.
2. 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 Vergabesenaten der Oberlandesgerichte einlegen, oder sie könnten die Sozialgerichtsbarkeit um Rechtsschutz ersuchen. Der Rechtsschutz durch die Vergabekammern ist der sachgerechtere Weg, weil diese Kammern speziell für die Prüfung möglicher Verstöße der öffentlichen Hand gegen das Vergaberecht zuständig sind. Er ist zudem rechtsschutzintensiver, weil Verstöße schneller geprüft werden können als durch die Sozialgerichtsbarkeit. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich aufgrund des kaum eingeschränkten Wortlauts des § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG 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.
3. Im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Diskriminierung von Anbietern beim Abschluss von Verträgen nach § 127 SGB V n. F. außerhalb des Vergaberechts ist nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet.

Die in § 87 Abs. 1 Satz 1 GWB vorgesehene Zuordnung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, zu den Landgerichten und damit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit findet nach § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG ausdrücklich keine Anwendung. Als statthafte Klageart kommt die Feststellungsklage im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG in Betracht. Ein Antrag auf Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung gemäß § 86b Abs. 2 SGG ist denkbar, wenn dem diskriminierten Anbieter durch den Ausschluss von der Leistungserbringung für einen bestimmten Versichertenkreis erhebliche und irreparable finanzielle Nachteile drohen.

4. 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 aus einer historischen, systematischen und teleologischen Auslegung der Neufassung des § 69 Satz 2 SGB V, die dem Diskriminierten ein Instrumentarium zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zur Verfügung stellt.

. - . - . - .

## Lebenslauf Prof. Dr. Helge Sodan



geboren am 7. Februar 1959 in Berlin (West)  
verheiratet, zwei Töchter

Promotion 1987 zum Dr. iur. durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin  
Zweite jur. Staatsprüfung 1988

Mitarbeit an Lehrstühlen: als Wissenschaftlicher Mitarbeiter bzw. Assistent an der Freien Universität Berlin, an der Universität Hannover und an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Gesamtzeitraum 1984 bis 1996).

Habilitation 1996 zum Dr. iur. habil. durch die Jurist. Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Ernennung 1997 zum Universitätsprofessor der Freien Universität Berlin; Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht

2000 bis 2007 Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin

Seit 2006 Vorstandsvorsitzender und Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

Sonstige Funktionen:

- Vizepräsident des Deutschen Juristentages 2002;
- Mitglied des Beirates der Bertelsmann Stiftung, Zentrum für Gesundheitspolitik (ZGP) [von 2001 bis 2003];
- Mitglied des Wissenschaftlichen Beirates der Walter-Raymond-Stiftung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände;
- Mitglied des Auswahlausschusses der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Förderung deutscher Graduierte, zur Vergabe von Promotionsstipendien;
- Vertrauensdozent der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. an der Freien Universität Berlin;
- Stellvertretendes Mitglied der Ethikkommission der Charité – Universitätsmedizin Berlin.