

## **Ausschluss von Versorgung mit Aufzahlungen durch Vertrag?**

**Die durch § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V vorgesehene Möglichkeit zu einer über das Maß des Notwendigen hinausgehenden Versorgung kann in Verträgen nach § 127 SGB V nicht ausgeschlossen werden.** Auch wenn ein Vertrag ein Garantieverprechen über eine umfassende Hilfsmittelversorgung enthält, bleibt weiterhin Raum für eine höherwertige Versorgung, wenn die Produkte Merkmale bieten, die über die unter Berücksichtigung des Hilfsmittelverzeichnis therapeutisch notwendigen Konstruktions- und Ausstattungsmerkmale hinausgehen.

Die AOK Baden-Württemberg hat am 6. März 2014 mit dem Fachverband Orthopädie-Technik, Sanitäts- und medizinischer Fachhandel Südwest e.V. Verträge gemäß § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V über die Versorgung mit Hilfsmitteln der Produktgruppen 5 und 23 geschlossen. In beiden Verträgen bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 1, dass der Vertragspartner eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung gewährleistet. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 erfolgen Versorgungen nach dem Vertrag „innerhalb der jeweiligen Produktart aufzahlungsfrei“. § 3 Abs. 1 Satz 3 klingt wie eine Wiederholung: Der Vertragspartner „garantiert“ sogar „die aufzahlungsfreie Versorgung mit allen von ihm angebotenen Orthesen je Produktart.“ Dies kann zur Annahme verleiten, in letzter Konsequenz sei keine über das Maß des Notwendigen hinausgehende Versorgung mit Aufzahlung durch die Patienten mehr möglich. In der Praxis sorgen die Klauseln für einige Verunsicherung. Der folgende Beitrag soll helfen, sie zu überwinden.

§ 3 der Verträge muss im rechtlichen Gesamtzusammenhang betrachtet und ausgelegt werden. Ausgangspunkt der Auslegung von Vertragsklauseln ist deren Wortlaut und Wortsinn, und zwar aus der verobjektivierten Warte des Empfängers einer Erklärung. Die Auslegung bleibt aber nicht vor

dem Wortlaut stehen. Lässt der Wortlaut eine andere Auslegung zu, ohne dass die Grenzen des Wortsinns überschritten sind, kann die Vertragsklausel ergänzend systematisch, anhand der Verhandlungsgeschichte und vor allem nach dem beabsichtigten Zweck der Regelung ausgelegt werden. Die Auslegung anhand der Verhandlungsgeschichte scheidet mangels verfügbarer Unterlagen hier allerdings aus. Bei Anwendung der übrigen Methoden ergeben sich nachfolgende Ergebnisse:

1. Der Wortlaut der fraglichen Klauseln ist (nur) auf den ersten Blick absolut. Gewährleisten soll der Leistungserbringer die Aufzahlungsfreiheit von Versorgungen mit „allen“ von ihm angebotenen Orthesen / Bandagen innerhalb der jeweiligen „Produktart“. Bestimmt man den Begriff der „Produktart“ anhand des HMV und der HiMi-RI, liegt bei einer solchen Klausel vordergründig erst einmal nahe, dass Aufzahlungen generell, also etwa auch für besondere Merkmale hinsichtlich des Tragekomforts, der Optik, weiterreichenden Funktionselementen o.ä. ausgeschlossen sind.
2. Schon eine systematische Auslegung innerhalb der Verträge legt andere Schlüsse nahe: Sowohl § 7 Abs. 4 des Vertrages über die PG 05 und § 8 Abs. 4 des Vertrages über die PG 23 sehen nämlich – wie in Verträgen gem. § 127 SGB V grundsätzlich üblich – ausdrücklich die Möglichkeit der Berechnung von Mehrkosten der Versorgung gegenüber dem Versicherten vor. Die Verträge setzen dabei voraus, dass die ebenfalls gängige schriftliche Erklärung des Versicherten vorliegt, dass er die Mehrleistung, aufgeklärt über die aufzahlungsfreie Versorgung und die Mehr- und ursächlichen Folgekosten, ausdrücklich wünscht. Folglich wäre eine Vertragsauslegung dahin, dass § 3 Abs. 1 der Verträge ein absolutes Aufzahlungsverbot für jede Art der Versorgung mit Produkten der PGen 05 und 23 enthält, nicht mit den Regelungen zu § 7 Abs. 4 (PG 05) und § 8 Abs. 4 (PG 23) zu vereinbaren, weil für das vertraglich vorgesehene Wunsch- und Wahlrecht des Kunden, sich eine über das Maß des Notwendigen hinausgehende Versorgung auszusuchen, kein Anwendungsbereich mehr bliebe. Die vorformulierten und als Anlage 3 in die Verträge einbezogenen Erklärungen der Kunden über die Aufklärung und den ausdrücklichen Wunsch,

eine darüber hinausgehende Versorgung zu erhalten, nennen sogar ausdrücklich Fallgruppen („Die von mir zu tragende freiwillige Aufzahlung ist durch folgenden Grund bedingt:

Komfort/Ästhetik  Sonstiges:...“). Ob ein Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V

formulärmäßig auferlegen kann, dass der Kunde den Grund für die Ausübung seines Wunsch- und Wahlrechts angeben muss, ist zu bezweifeln, soll hier aber nicht vertieft werden. Jedenfalls zeigt schon der Wortlaut dieser Vertragsanlagen, dass der Leistungserbringer bei objektivem Verständnis nicht davon ausgehen muss, dass jedwede Aufzahlung ausgeschlossen ist. Bestätigt wird dies durch § 8 Abs. 3 des Vertrages der PG 05 und § 9 Abs. 3 des Vertrages der PG 23.

Danach ist die über die gesetzlichen Zuzahlungspflichten hinausgehende Forderung von Entgelten gegenüber dem Versicherten dann nicht unzulässig, wenn es sich um Mehrkosten für gewünschte und das Maß des Notwendigen übersteigende Versorgungsleistungen handelt. Betrachtet man die Regelungen der Verträge in ihrem Gesamtzusammenhang, bleibt es Kunden und Leistungserbringern überlassen, „höherwertige“ Versorgungsleistungen mit Aufzahlung zu vereinbaren.

3. Schließlich muss man im Rahmen der Auslegung erst einmal davon ausgehen, dass die AOK Baden-Württemberg mit den Klauseln zu § 3 Abs. 1 einen legitimen und keinen rechtswidrigen Zweck verfolgen wollte. Rechtmäßig sind die Klauseln, wenn sie mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Eine generell aufzahlungsfreie Versorgung unabhängig von Tragekomfort, Optik, der Ausstattung mit weiterreichenden Funktionselementen o.ä. verstieße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot:
  - a) Sowohl die Sachleistungsansprüche im System der GKV als auch das Leistungserbringungsrecht sind vom Wirtschaftlichkeitsgebot geprägt (§ 12 Abs. 1 SGB V). Der Sachleistungsanspruch ist beschränkt auf die ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung, die das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Der für die Therapie erforderliche Nutzen limitiert also zugleich die Leistungspflicht der Krankenkassen. Das Maß der aufzahlungsfreien Versorgung bestimmt sich dabei nach der gegebenen Indikation und dem Therapieziel. Der

Behandlungserfolg darf nicht dadurch gefährdet sein, dass dem aufzahlungsfrei abgegebenen Hilfsmittel bestimmte Merkmale fehlen.

- b) Dem korrespondiert das Leistungserbringungsrecht. Zwar ist nach § 127 Abs. 2 Satz 1 auch die Qualität der Hilfsmittel Regulationsgegenstand der Verträge. Das ändert aber nichts daran, dass auch die Verträge keine Versorgungen auf Rechnung der Krankenkasse vorsehen dürfen, die das Maß des Notwendigen übersteigen (§ 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Es versteht sich, dass bei der Bestimmung der Grenzen dieses Maßes nicht alle Akteure immer einer Meinung sind. Als Auslegungshilfe kann das Hilfsmittelverzeichnis herangezogen werden, auch wenn es nicht normativ verbindlich ist (BSG, Urt. v. 28.6.2001, Az. B 3 KR 3/00 R). Zur Gewährleistung einer dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechenden Versorgung können dort indikations- oder einsatzbezogen Qualitätsanforderungen festgelegt werden, wie dies in den PGen 05 und 23 teils auch geschehen ist (beispielsweise die Möglichkeit der Reinigung bei 30<sup>0</sup> C). Schichtet man das mit Hilfe des HMV bestimmte Maß des Notwendigen auf diese Weise ab, wird deutlich, dass z. B. zur Verwendung gelangendes besonders atmungsaktives Material, ein besonderes Design, ein besonderer Tragekomfort durch Verwendung spezieller Garne, weitergehende Funktionselemente o.ä. nicht mit der aufzahlungsfreien Versorgung abgegolten sind.
- c) Das Maß des Notwendigen hat eine gewisse Dynamik, weil bei der Bestimmung der aufzahlungsfreien Sachleistungsansprüche der medizinische Fortschritt zu berücksichtigen ist (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Medizinisch-technische Innovationen haben Auswirkungen auf Leistungsansprüche und deshalb dann gegebenenfalls auch auf den Umfang der aufzahlungsfreien Versorgung. Die Rechtsprechung zum C-Leg und zu den Hörsystemen zeigt dies deutlich (vgl. BSGE 93, 183 = SozR 4-2500 § 33 Nr. 8, Rz. 4 - C-Leg II; Urt. v. 17.12.2009 – B 3 KR 20/08 R – digitale Mehrkanal-Hörsysteme); hinsichtlich der Reichweite der Verpflichtung, den medizinischen Fortschritt zum Gegenstand der Sachleistung zu machen, ist nach der Zielrichtung des Hilfsmittels zu unterscheiden. Je deutlicher der (evidenzbasierte) therapeutische Nutzen

eines besonderen Merkmals eines Hilfsmittels wird, umso eher wird dieses Merkmal auch zur aufzahlungsfreien Leistung werden, dann allerdings auch in die Preisgestaltung nach den Verträgen gem. § 127 SGB V einfließen. Das gilt jedoch in der Regel nicht für besondere ästhetische Merkmale oder einen besonderen Komfort.

4. Eine Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsgebotes ist auch § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V: Wählen Versicherte Hilfsmittel oder zusätzliche Leistungen, die über das (nach den vorstehenden Grundsätzen bestimmte) Maß des Notwendigen hinausgehen, haben sie die Mehrkosten und dadurch bedingte höhere Folgekosten selbst zu tragen. Schutzzweck der Regelung ist einerseits der Schutz der Solidargemeinschaft vor nicht mehr erforderlichen Ausgaben, andererseits aber auch die Stärkung der Selbstbestimmung des Kunden, dem ein weitergehendes Wunsch- und Wahlrecht eingeräumt werden soll. Schließlich erzeugt § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V auch Reflexe auf die Qualität der Versorgung, weil ein generelles Aufzahlungsverbot dazu führen kann, dass bei mehreren Möglichkeiten nur noch die günstigsten „Zehnsteller“ abgegeben werden. Eine Auslegung der hier besprochenen Verträge hin zu einem absoluten Aufzahlungsverbot wäre mit Inhalt und Zweck des § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V nicht in Einklang zu bringen.

§ 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V unterstellt die Verträge nach § 127 SGB V dem Regime des öffentlichen Rechts. Für öffentlich-rechtliche Austauschverträge gilt, dass sie nicht ohne Zustimmung in Rechte Dritter eingreifen dürfen (§ 57 Abs. 1 SGB X). Schon das wäre hier fraglich, weil die gesetzliche Regelung des § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V die Versicherten begünstigt und ihnen ein Wunschrecht einräumt. Weitergehend könnte man darüber nachdenken, ob §§ 12 Abs. 1 Satz 1, 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V gesetzliche Verbotsnormen darstellen, bei deren Verstoß ein Vertrag nichtig ist (§ 134 BGB i.V.m. § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V). Schließlich: aus Sicht eines nach § 127 Abs. 2a SGB V beitretenden Leistungserbringers stellen sich die Vertragsklauseln nach herrschender Ansicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Krankenkasse dar, die der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen. Diese Auffassung vertritt auch das

Bundesversicherungsamt (Rundschreiben an die der Aufsicht unterstehenden bundesunmittelbaren Kassen v. 28.12.2010, II 2 – 5471.I 1077/2010, S. 3 und 8). Jedenfalls wenn man § 3 der Verträge als generelles Aufzahlungsverbot verstehen würde, wiche die Klausel vom durch § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V bestimmten gesetzlichen Leitbild so ab, dass sie unwirksam wäre.

Eine solche gesetzeswidrige Auslegung verbietet sich, wenn eine andere, gesetzeskonforme Auslegung wie hier möglich ist. Ein nochmaliger Blick in die Anlage 3 der Verträge bestätigt das Ergebnis. Der Kunde erklärt: „Obwohl ich über die Möglichkeit einer aufzahlungsfreien Hilfsmittelversorgung aufgeklärt worden bin, wünsche ich ausdrücklich die Versorgung mit einem aufzahlungspflichtigen Hilfsmittel, das über das Maß der medizinischen Notwendigkeit hinausgeht.“

Genauso und nicht anders müssen die Verträge verstanden werden. Sollte dies streitig werden, würde sich ein gerichtliches Feststellungsverfahren anbieten. Sinnvoller wäre es freilich, Rechtssicherheit zu schaffen und den Vertrag zu ergänzen oder zumindest eine einvernehmliche Auslegung zu bescheinigen.

Wie soll der Fachhandel die Verträge mit der AOK Baden-Württemberg umsetzen?

1. In jedem Fall muss für die jeweilige Indikation und Therapie ein aufzahlungsfreies Versorgungsangebot vorgehalten werden.
2. Die Mitarbeiter müssen über die angebotene Produktpalette informiert sein. Sie müssen wissen, wann welche zusätzlichen Funktionselemente für die Therapie nicht zwingend erforderlich, aber für den Kunden dennoch etwa aus Gründen des erhöhten Komforts nützlich sein können und worin dieser zusätzliche Nutzen besteht.
3. Aufzahlungspflichtige Produkte darf ein Mitarbeiter einem Kunden auch aus eigener Initiative vorstellen. Ladengeschäfte dürfen solche Produkte auch ausstellen.
4. Kunden müssen aber stets über die aufzahlungsfreie, die therapeutischen Notwendigkeiten erfüllende Versorgung, die – von der gesetzlichen Zuzahlung abgesehen – vollständig auf Rechnung der Krankenkasse erfolgt – aufgeklärt werden. Für die Bescheinigung der Aufklärung darf kein anderer Text verwendet werden als der in Anlage 3 der Verträge vorgegebene.
5. Die grundlegenden Beratungsabläufe sollten für die Mitarbeiter schriftlich niedergelegt werden. Die Beratung des Kunden selbst sollte in groben Zügen dokumentiert werden. Die Verwendung von Kürzeln und Abkürzungen in der Dokumentation ist dabei ohne Weiteres zulässig.
6. Es gibt keinen Grund, die so definierten Abläufe zu verheimlichen. Sie können und sollten gegenüber der Krankenkasse offen kommuniziert werden.