

Zur Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung

**Dargestellt am Beispiel des zwischen der AOK Baden-Württemberg
und dem Fachverband Orthopädie-Technik,
Sanitäts- und medizinischer Fachhandel Südwest e. V.
für die Produktgruppe der Bandagen geschlossenen Vertrages
über die Abgabe von Hilfsmitteln gemäß § 127 Abs. 2 SGB V**

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag von
eurocom – european manufacturers federation for compression
therapy and orthopaedic devices e. V.

von

Universitätsprofessor Dr. iur. habil. Helge Sodan

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht
an der Freien Universität Berlin;

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

Berlin, im Juni 2014

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: Einleitung	4
Zweiter Teil: Zur Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung	8
A. Gang der Untersuchung	8
B. Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln in der GKV	8
I. Verhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten	9
1. Anspruch auf Versorgung mit Hilfsmitteln	9
2. Wirtschaftlichkeitsgebot	11
3. Hilfsmittel-Richtlinie	12
4. Hilfsmittelverzeichnis	13
II. Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern	14
C. Vertraglicher Ausschluss von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung	19
I. Gesetzliche Grundkonzeption	19
II. Mehrkostenvereinbarung und Wirtschaftlichkeitsgebot	19
D. Zur Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Mehrkostenvereinbarungen am Beispiel des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrages	21
I. Rechtsnatur von Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V	22
II. Anwendbarkeit der Regelungen des SGB X	24
III. Zulässigkeit eines Vertrages gemäß § 127 Abs. 2 SGB V	25
IV. Zustandekommen des Vertrages	26
1. Zustandekommen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages	27
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen	27
a) Anwendung auf öffentlich-rechtliche Verträge	27
b) Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB	30
aa) Sachlicher Anwendungsbereich	30
bb) Personeller Anwendungsbereich	31

c) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen	31
aa) Für eine Vielzahl vorformulierte Vertragsbedingungen	32
bb) Stellen der Vertragsbedingungen	33
d) Einbeziehung der Klauseln	34
e) Inhaltskontrolle	35
aa) Maßstab	35
bb) Auslegung des Vertrages über die Abgabe von Bandagen	36
(1) Wortlaut	37
(2) Systematik	39
(3) Sinn und Zweck der Vereinbarung	40
(4) Gesetzeskonforme Auslegung	40
(5) Zwischenergebnis zur Auslegung des Vertrages	41
cc) Zwischenergebnis zur Inhaltskontrolle	42
f) Zwischenergebnis zur AGB-Prüfung	42
V. Wirksamkeit des Vertrages	42
1. Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages	43
a) Nichtigkeit eines subordinationsrechtlichen Vertrages	43
b) Nichtigkeit eines koordinationsrechtlichen Vertrages	44
aa) § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V als gesetzliches Verbot	44
bb) Vertrag über die Abgabe von Bandagen	45
cc) Zwischenergebnis zur Nichtigkeit des Vertrages	45
2. Anspruch auf Änderung oder Kündigung des Vertrages?	46
E. Gesamtergebnis der Prüfung der Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses einer Mehrkostenvereinbarung	46
Dritter Teil: Zusammenfassung in Leitsätzen	48

Erster Teil

Einleitung

Prägender Bestandteil der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ist das Sachleistungsprinzip¹: Die Versicherten haben gegenüber den Krankenkassen grundsätzlich nur den Anspruch auf die Versorgung selbst, nicht hingegen auf die Erstattung der dadurch entstandenen Kosten². Dieser Anspruch ist dabei grundsätzlich nicht auf eine konkrete Behandlung oder ein bestimmtes Produkt gerichtet.³ Auch aus den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgt „regelmäßig kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen die Krankenkassen auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen“.⁴ Dem Grundgedanken einer Solidargemeinschaft von Versicherten entsprechend ist der Versorgungsanspruch nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 Abs. 1 SGB V auf ausreichende, zweckmäßige, das Maß des Notwendigen nicht überschreitende sowie wirtschaftliche Leistungen beschränkt.⁵

Die AOK Baden-Württemberg hat am 6. März 2014 mit dem Fachverband Orthopädie-Technik, Sanitäts- und medizinischer Fachhandel Südwest e. V. (FOS) Rahmenverträge über die Abgabe von Hilfsmitteln gemäß § 127 Abs. 2 SGB V geschlossen. Die Verträge betreffen zum einen die Abgabe von Bandagen (Produktgruppe 05 des Hilfsmittelverzeichnisses) und zum anderen die Abgabe von Orthesen (Produktgruppe 23 des Hilfsmittelverzeichnisses). Diese Verträge entfalten ausweislich der jeweiligen Regelungen in § 15 Abs. 1 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen bzw. § 16 Abs. 1 des Vertrages über die Abgabe von Orthesen ab dem 15. März 2014 Rechtswirkung und sind von der AOK Baden-Württemberg im Internet veröffentlicht.⁶

¹ Siehe hierzu *Hauck*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 1 ff., 19 ff.; *Sodan*, in: *ders.*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 1 ff.

² Siehe zu Ansprüchen auf Kostenerstattung *Hauck*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 22 f., 32 ff., 69 ff., 73 ff.

³ *Sodan*, in: *ders.*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 60 f.

⁴ *BVerfGE* 115, 25 (44) m. w. N.

⁵ Siehe zum Wirtschaftlichkeitsgebot näher *von Langsdorff*, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1 ff.

⁶ https://www.aok-gesundheitspartner.de/bw/hilfsmittel/vertraege_preise/orthopaedietechnik/ (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

In beiden Verträgen sind hinsichtlich der Grundsätze der Leistungserbringung (§ 3 der Verträge) sowie der Vergütung (§ 7 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen; § 8 des Vertrages über die Abgabe von Orthesen) parallele Regelungen enthalten. Im Folgenden bezieht sich die Untersuchung auf die Regelungen des Vertrages über die Abgabe von Bandagen; die dabei angestellten Überlegungen gelten aber entsprechend für die Vorschriften des Vertrages über die Abgabe von Orthesen, soweit nicht anderweitig hervorgehoben.

Es bestehen zwei Möglichkeiten, an der Versorgung der Versicherten der AOK Baden-Württemberg mit Hilfsmitteln aufgrund des Rahmenvertrages teilzuhaben. Mitgliedsbetriebe des FOS werden durch einen gemäß § 1 Abs. 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen zu erklärenden Beitritt zur Leistung berechnete und verpflichtete „Vertragspartner“ im Sinne des Vertrages. Für Leistungserbringer, die nicht Mitgliedsbetriebe des FOS sind, besteht gemäß § 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V die Möglichkeit, dem Vertrag zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner beizutreten, soweit sie nicht auf Grund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind.⁷ In Anlage 1 des Vertrages sind pauschale Preise für die jeweiligen Produktarten angegeben.

Prima facie ergibt sich aus den Regelungen ein Widerspruch hinsichtlich der Leistungspflicht der Leistungserbringer und deren Möglichkeit, mit einzelnen Versicherten eine Regelung über entstehende Mehrkosten zu treffen. So scheint die Vergütung für die Leistung der Hilfsmittelerbringer gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen vollständig durch die in der Anlage 1 festgelegten Preise abgegolten zu sein. Eine Vereinbarung zwischen Hilfsmittelerbringern und Versicherten dergestalt, dass entstehende Mehrkosten von dem Versicherten zu tragen sind, ist – unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung in § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V – nach § 7 Abs. 4 Satz 1 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen für den Fall zulässig, dass der Versicherte eine Versorgung wünscht, die das Maß des Notwendigen überschreitet. Dem steht die Regelung über die Leistungspflicht der Hilfsmittelerbringer gegenüber. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen erfolgen die Versorgungen nach diesem Vertrag innerhalb der jeweiligen Produktart aufzahlungsfrei. Der Vertragspartner garantiert darüber hinaus gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen eine aufzahlungsfreie Versorgung mit allen von ihm angebotenen Bandagen je Produktart. Auf den ersten Blick scheint sich

⁷ Vgl. dazu *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 127 Rn. 16 (Stand der Kommentierung: März 2010); siehe zur Möglichkeit des Beitritts näher S. 17 f.

die Leistungspflicht der Hilfsmittelerbringer uneingeschränkt auf alle Produkte einer Produktart zu erstrecken, wohingegen die Vergütung durch die in Anlage 1 vereinbarten Preise abgegolten sein soll. Im scheinbaren Widerspruch dazu steht die Regelung in § 7 Abs. 4 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen hinsichtlich der Mehrkosten. Was von der Möglichkeit der Mehrkostenvereinbarung angesichts der umfassenden Leistungsverpflichtung übrig bleibt, ist unklar. Es scheint, als seien Mehrkostenvereinbarungen zwischen den Hilfsmittelerbringern und den Versicherten durch diese vertragliche Regelung ausgeschlossen.

Die Annahme einer vertraglichen Verpflichtung der Hilfsmittelerbringer, alle Hilfsmittel aus der jeweiligen Produktart an die Versicherten abzugeben, führte neben den im Folgenden nachzuziehenden rechtlichen Bedenken zu weitreichenden und negativen tatsächlichen Konsequenzen sowohl für Versicherte als auch für Leistungserbringer sowie Hersteller von Hilfsmitteln. Eine in dieser Form verstandene (wirksame) Vereinbarung zwischen den Leistungserbringern sowie der AOK Baden-Württemberg hätte die Abnahme der Qualität der Versorgung mit Hilfsmitteln zulasten der Versicherten zur Folge. Nach Angaben der AOK Baden-Württemberg versichert diese rund 3,9 Millionen Menschen⁸, was bei einer Einwohnerzahl von insgesamt 10,49 Millionen Menschen in Baden-Württemberg⁹ einen Anteil von 37,2 % der Bevölkerung darstellt. Angesichts dieser Marktmacht der AOK Baden-Württemberg werden die Leistungserbringer auf eine Versorgung auch der Versicherten der AOK grundsätzlich angewiesen sein. Daher dürften der Möglichkeit, von dem vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen Beitrittsrecht zu dem Rahmenvertrag keinen Gebrauch zu machen und sich dadurch von der Versorgung der rund 3,9 Millionen Versicherten der AOK Baden-Württemberg auszuschließen, regelmäßig wirtschaftliche Gründe entgegenstehen. Ist nach dem vertraglichen oder gesetzlichen Beitritt zu dem Vertrag zu befürchten, dass jegliche Bandagen einer Produktart, die ein Hilfsmittelerbringer anbietet, ohne Möglichkeit einer Mehrkostenvereinbarung an die Versicherten der AOK Baden-Württemberg abzugeben sind, so werden die Hilfsmittelerbringer in der Regel nur solche Produkte innerhalb der Produktart anbieten, die den in der Anlage 1 des Vertrages aufgelisteten Preis *unterschreiten*. Bei dieser pauschalen Preisgestaltung steht darüber hinaus zu befürchten, dass diejenigen Hilfsmittel, die lediglich die Mindestqualitätsanforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses erfüllen, solchen Hilfsmitteln, welche über die Anforderungen hinaus weitere Qualitätsmerkmale aufweisen, aufgrund der höheren Gewinnmarge vorgezogen

⁸ <http://www.aok.de/baden-wuerttemberg/die-aok/wir-ueber-uns-2743.php> (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

⁹ Stand vom 9. Mai 2011: <http://www.statistik.baden-wuerttemberg.de/Pressemitt/2013160.asp> (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

werden. Hilfsmittel hingegen, die diesen vertraglichen festgelegten Preis übersteigen, würden von der Versorgung zur Gänze ausgeschlossen werden. Leistungserbringer in der Hilfsmittelversorgung dürften kaum zum Angebot von Hilfsmitteln bereit sein, deren Einkaufspreis nicht vom Verkaufspreis gedeckt ist. Leidtragende wären in diesem Fall Versicherte, zu deren Lasten infolgedessen die Qualität der Versorgung beeinträchtigt wäre.

Die folgende Untersuchung beschäftigt sich daher mit der Zulässigkeit von vertraglichen Ausschlüssen von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung in der GKV.

Zweiter Teil

Zur Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung

A. Gang der Untersuchung

In der nachfolgenden Untersuchung erfolgt zunächst eine Darstellung des rechtlichen Rahmens, innerhalb dessen sich die Versorgung mit Hilfsmitteln in der GKV bewegt (B.). Im Anschluss daran wird das „Instrument“ des vertraglichen Ausschlusses einer Mehrkostenvereinbarung zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern vorgestellt (C.). Die Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses soll dann konkret am Beispiel des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS für die Produktgruppe der Bandagen geschlossenen Vertrages über die Abgabe von Hilfsmitteln gemäß § 127 Abs. 2 SGB V aufgezeigt werden (D.). In diesem Rahmen wird es notwendig werden, die konkrete vertragliche Regelung über die Leistungs- und Gegenleistungspflichten auszulegen.

B. Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln in der GKV

Die Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln in der GKV ist von einem Dreipersonenverhältnis geprägt: Neben den Versicherten als Anspruchsberechtigten und den gesetzlichen Krankenkassen als Schuldner sind die Leistungserbringer an der Versorgung mit Hilfsmitteln beteiligt.¹⁰ Die Krankenkassen erfüllen die gegenüber den Versicherten geschuldeten Leistungen dadurch, dass sie diesen Sach- und Dienstleistungen zur Verfügung stellen, über deren Erbringung sie mit den Leistungserbringern Verträge schließen (vgl. § 2 Abs. 2 SGB V). Zwar bilden „das Leistungsrecht und das Leistungserbringungsrecht eine sich notwendig ergänzende Einheit für die GKV-Versorgung“¹¹, da ein und derselbe Anspruch des einzelnen Versicherten betroffen ist. Dennoch bietet es sich an, das Verhältnis

¹⁰ Vgl. *Sodan*, in: ders., Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 4.

¹¹ So die Begründung der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen zu ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 vom 23. Juni 1999, BT-Drucks. 14/1245, S. 68.

der Krankenkassen zu den Versicherten einerseits und zu den Leistungserbringern andererseits getrennt zu betrachten.¹²

I. Verhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten

Die Versorgung der Versicherten durch die GKV erfolgt gemäß den §§ 2 und 12 SGB V nach den Grundsätzen des Sachleistungsprinzips und des Wirtschaftlichkeitsgebotes. Nach dieser „Leistungsmaxime“ der GKV¹³ stellen die Krankenkassen den Versicherten die ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Leistungen als Sach- oder Dienstleistungen zur Verfügung. Die Leistungen der Krankenkassen dürfen gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 SGB V das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Die Ansprüche der Versicherten gegen die Krankenkassen sind gemäß § 2 Abs. 1 SGB V grundsätzlich auf die im Dritten Kapitel und damit in den §§ 11 bis 68 SGB V genannten Leistungen beschränkt.

1. Anspruch auf Versorgung mit Hilfsmitteln

Die §§ 27 bis 52a SGB V regeln die den Versicherten bei Krankheit zu erbringenden Leistungen der GKV. Die §§ 27 bis 43b SGB V betreffen den Anspruch des einzelnen Versicherten auf Krankenbehandlung. Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Von diesem Anspruch ist gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB V auch die Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln umfasst. Konkretisiert wird der Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit Hilfsmitteln durch § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Danach haben Versicherte 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, soweit die Hilfsmittel nicht als allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens anzusehen oder gemäß § 34 Abs. 4 SGB V¹⁴ ausgeschlossen sind. Nach ständiger

¹² So auch *Bäume*, in: Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2013, § 69 Rn. 3.

¹³ Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zu ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen vom 3. Mai 1988, BT-Drucks. 11/2237, S. 157.

¹⁴ Siehe die aufgrund dieser Vorschrift erlassene Verordnung über Hilfsmittel von geringem therapeutischen Nutzen oder geringem Abgabepreis in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 13. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2237), geändert durch Art. 1 der Ersten Verordnung zur Änderung dieser Verordnung vom 17. Januar 1995 (BGBl. I S. 44).

Rechtsprechung des *Bundessozialgerichts* sind Hilfsmittel sächliche medizinische Mittel zur Sicherung des Erfolgs der Heilbehandlung oder zur Milderung oder zum Ausgleich der Folgen von Gesundheitsschäden.¹⁵

Für die Beantragung von Hilfsmitteln ist eine vertragsärztliche Verordnung nach § 33 Abs. 5a Satz 1 SGB V nur erforderlich, soweit eine erstmalige oder erneute ärztliche Diagnose oder Therapieentscheidung medizinisch geboten ist. Die Versorgung mit Hilfsmitteln durch die Krankenkasse erfolgt aber im Regelfall dadurch, dass der Versicherte vom Leistungserbringer das Hilfsmittel gegen Übergabe der vertragsärztlichen Hilfsmittelverordnung (vgl. § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V) erhält.¹⁶ Die Versicherten können gemäß § 33 Abs. 6 Satz 1 SGB V alle Leistungserbringer in Anspruch nehmen, die Vertragspartner der Krankenkasse sind. Im Falle des Vertragsschlusses aufgrund einer vorherigen Ausschreibung des Versorgungsvertrages nach § 127 Abs. 1 SGB V ist der Versicherte an die Versorgung durch diesen einen, von der Krankenkasse zu benennenden Vertragspartner gebunden (§ 33 Abs. 6 Satz 2 SGB V); bei berechtigtem Interesse können Versicherte ausnahmsweise einen anderen Leistungserbringer wählen, wobei sie die dadurch entstehenden Mehrkosten selbst zu tragen haben (§ 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V).

Begrenzt wird der Anspruch durch das dem Krankenversicherungsrecht zugrunde liegende Gebot der Wirtschaftlichkeit¹⁷ einerseits und andererseits durch die vom Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) gemäß § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V beschlossene Richtlinie über die Verordnung von Hilfsmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung (Hilfsmittel-Richtlinie – HilfsM-RL)¹⁸. Ein weiterer Rahmen für die Versorgung mit Hilfsmitteln wird durch das vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 139 Abs. 1 Satz 1 SGB V erstellte Hilfsmittelverzeichnis¹⁹ gesetzt.

¹⁵ *BSGE* 88, 204 (208 ff.); 109, 9 (17); 111, 155 (159); *BSG*, SozR 4-2500 § 27 Nr. 2; SozR 3-2500 § 33 Nr. 39, S. 218 (220); *Adam*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 26 Rn. 3.

¹⁶ *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 33 Rn. 38.

¹⁷ *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 12 Rn. 10 (Stand der Kommentierung: Oktober 2007).

¹⁸ In der Neufassung vom 21. Dezember 2011 / 15. März 2012 (BAnz. AT 10. April 2012 B2), in Kraft getreten am 1. April 2012.

¹⁹ Siehe dazu näher S. 13 f.

2. Wirtschaftlichkeitsgebot

Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist in § 12 SGB V verankert und steht damit am Anfang der für die Leistungen der Krankenversicherung Gemeinsamen Vorschriften (Zweiter Abschnitt des Dritten Kapitels des SGB V). Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig sowie wirtschaftlich sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Satz 2 dieser Vorschrift bestimmt, dass Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, von Versicherten nicht beansprucht werden können, von Leistungserbringern nicht bewirkt und von den Krankenkassen nicht bewilligt werden dürfen.

Durch den Bezug zu einer ausreichenden Leistung wird ein Mindeststandard für Leistungen der GKV garantiert.²⁰ Hilfsmittel können auch bei lediglich partieller, nicht ganz unerheblicher Wirkung ohne vollständigen Ausgleich eines elementaren Grundbedürfnisses ausreichend sein.²¹

Eine Leistung der GKV ist demgegenüber zweckmäßig, wenn sie auf eines der in § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V genannten Ziele objektiv ausgerichtet und hinreichend wirksam ist, um diese Ziele zu erreichen.²²

Der Begriff der Notwendigkeit ist im Sinne eines Übermaßverbotes zu verstehen und dient dem Schutz vor einer Überforderung des Systems der GKV.²³ Notwendig ist eine Leistung, wenn „gerade dieses Maß an Krankenhilfe zwangsläufig, unentbehrlich oder unvermeidlich ist“²⁴, was vornehmlich anhand ihres medizinischen Zwecks zu bestimmen ist²⁵. Für den Anspruch der Versicherten auf Hilfsmittel bestimmt § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V, dass der Anspruch besteht, wenn das Hilfsmittel „im Einzelfall erforderlich“ ist. Insbesondere für Hilfsmittel gilt, dass kein Anspruch auf optimale Versorgung besteht.²⁶ Krankenkassen haben nicht für Hilfsmittel aufzukommen, die keinen wesentlichen Gebrauchs-

²⁰ Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 47.

²¹ BSG, SozR 3-2500, § 33 Nr. 20, S. 106 (109); Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 49.

²² Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 52.

²³ Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 76.

²⁴ BSG, Urt. vom 26. Oktober 1982 – 3 RK 16/81, juris Rn. 14; Urt. vom 26. Oktober 1982 – 3 RK 28/82, juris Rn. 12.

²⁵ BSG, Urt. vom 24. November 1983 – 8 RK 6/82, juris Rn. 23; Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 86.

²⁶ BSGE 102, 90 (100); 105, 170 (178); BSG, SozR 4-2500, § 33 Nr. 21, S. 127 (137); SozR 4-2500, § 33 Nr. 25, S. 165 (170); Urt. vom 12. August 2009 – B 3 KR 8/08 R, juris Rn. 16; Urt. vom 29. April 2010 – B 3 KR 5/09 R, juris Rn. 13; Urt. vom 7. Oktober 2010 – B 3 KR 5/10 R, juris Rn. 27; Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 76.

vorteil für den Versicherten bewirken, sondern sich auf einen „bloß besseren Komfort im Gebrauch oder eine bessere Optik beschränken“²⁷. § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V lässt mit der Erforderlichkeit des Hilfsmittels die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen, insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot, unberührt, so dass dieses auch bei Vorliegen eines erforderlichen Hilfsmittels gesondert zu prüfen ist.²⁸

Unter dem Begriff der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne wird das Gebot verstanden, mit geringstmöglichem Aufwand die erforderliche Leistung zu erbringen.²⁹ Hinsichtlich der Hilfsmittel muss eine begründbare angemessene Relation zwischen Kosten und Gebrauchsvorteil vorliegen.³⁰ Wenn für den Nachteilsausgleich eine funktionell ebenfalls geeignete, kostengünstigere Versorgung möglich ist, besteht kein Anspruch auf ein teureres Hilfsmittel.³¹

3. Hilfsmittel-Richtlinie

Gemäß § 92 Abs. 1 Satz 1 SGB V beschließt der G-BA die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten. Eine Richtlinie wie die HilfsM-RL konkretisiert den dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechenden Versorgungsanspruch der Versicherten (vgl. § 1 Abs. 1 HilfsM-RL) und entfaltet nach ständiger Rechtsprechung des *Bundessozialgerichts* normgleiche Bindungswirkung für Verwaltung und Gerichte³². Von der Möglichkeit, bestimmte Hilfsmittel durch die HilfsM-RL von der Versorgung der GKV auszuschließen, hat der G-BA keinen Gebrauch gemacht.³³

In § 7 Abs. 3 HilfsM-RL wird die vertragsärztliche Verordnung von Hilfsmitteln konkretisiert. Dem Grundsatz nach gibt der Vertragsarzt nach Satz 1 dieser

²⁷ *BSGE* 93, 183 (188).

²⁸ *Engelhard*, in: Schlegel/Voelzke, *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 87 ff.

²⁹ *Engelhard*, in: Schlegel/Voelzke, *jurisPK-SGB V*, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 102 ff.

³⁰ *BSG*, *SozR* 3-2500, § 33 Nr. 4, S. 7 (10); *SozR* 3-2500, § 33 Nr. 16, S. 67 (79); *SozR* 3-2500, § 33 Nr. 18, S. 88 (94), *SozR* 3-2500, § 33 Nr. 20, S. 106 (109); *SozR* 3-2500, § 33 Nr. 22, S. 121 (131); *SozR* 3-2500, § 33 Nr. 28, S. 161 (166).

³¹ *BSGE* 102, 90 (100); 105, 170 (178); *BSG*, *SozR* 4-2500, § 33 Nr. 24, S. 156 (161 f.); *SozR* 4-2500, § 33 Nr. 25, S. 165 (170); Urt. vom 12. August 2009 – B 3 KR 8/08 R, *juris* Rn. 16; Urt. vom 29. April 2010 – B 3 KR 5/09 R, *juris* Rn. 13; Urt. vom 7. Oktober 2010 – B 3 KR 5/10 R, *juris* Rn. 27.

³² Vgl. etwa *BSGE* 78, 70 (75); *BSG*, *SozR* 4-2500, § 27 Nr. 8, S. 50 (55); *Schmidt-De Caluwe*, in: *Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar*, 4. Aufl. 2014, § 92 Rn. 7.

³³ *Butzer*, in: *Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar*, 4. Aufl. 2014, § 33 Rn. 36.

Vorschrift bei der Verordnung eines Hilfsmittels auf der Verordnung entweder die Produktart oder die entsprechende siebenstellige Positionsnummer an. Die Auswahl des Einzelproduktes obliegt gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 HilfsM-RL grundsätzlich den Leistungserbringern sowie den Versicherten nach Maßgabe der mit den Krankenkassen abgeschlossenen Verträge.

4. Hilfsmittelverzeichnis

Das systematisch strukturierte Hilfsmittelverzeichnis³⁴ wird gemäß § 139 Abs. 1 Satz 1 SGB V vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen erstellt. Im Hilfsmittelverzeichnis sind diejenigen Produkte aufgeführt, die nach Ansicht der Krankenkassen als Hilfsmittel verordnungsfähig sind.³⁵ Das *Bundessozialgericht* charakterisiert das Hilfsmittelverzeichnis hingegen in ständiger Rechtsprechung als unverbindliche Auslegungs- und Orientierungshilfe³⁶ für die Gerichte. Die bloße Tatsache, dass Hilfsmittel nicht in dem Hilfsmittelverzeichnis enthalten sind, begründet damit keinen Ausschluss aus der Versorgung in der GKV.³⁷ Die faktische Bedeutung des Hilfsmittelverzeichnisses geht aufgrund dessen zentraler Bedeutung in der Hilfsmittelversorgung jedoch weit über den einer unverbindlichen Auslegungs- und Orientierungshilfe hinaus.³⁸ Begehrt ein Versicherter die Versorgung mit einem Hilfsmittel, welches nicht im Hilfsmittelverzeichnis aufgeführt ist, trifft ihn die Pflicht darzulegen, aus welchen Gründen das nicht aufgeführte Hilfsmittel hätte verordnet werden müssen.³⁹

Im Hilfsmittelverzeichnis können gemäß § 139 Abs. 2 Satz 1 SGB V besondere Qualitätsanforderungen für Hilfsmittel festgelegt werden, soweit dies zur Gewährleistung einer ausreichenden, zweckmäßigen sowie wirtschaftlichen Versorgung erforderlich ist. Hiervon wurde beispielsweise im Hinblick auf die Produktuntergruppe der Kniebandagen mit Pelotte(n) zur Weichteilkompression Gebrauch gemacht. So sind für das Produkt durch den Hersteller beispielsweise zu belegen, dass die Möglichkeit der Reinigung der Bandage bei 30° C gegeben,

³⁴ <http://db1.rehadat.de/gkv2/Gkv.KHS> (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

³⁵ *Sproll*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 92 Rn. 38 (Stand der Kommentierung: November 2009).

³⁶ *BSGE* 88, 204 (215); *BSG*, SozR 3-2500, § 33 Nr. 16, S. 67 (72); SozR 3-2500, § 33 Nr. 20, S. 106 (108); SozR 3-2500, § 33 Nr. 25, S. 139 (147).

³⁷ *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 33 Rn. 37; *Schramm/Peick*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 10 Rn. 94.

³⁸ *Schramm/Peick*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 10 Rn. 94; *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 61 Rn. 6.

³⁹ *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 61 Rn. 3.

die Bandage aus zweizugelastischem Trägermaterial gefertigt sowie anatomisch geformt oder konstruiert ist sowie dass druckverstärkende Pelotten aus elastischem Material verarbeitet sind.

Die Aufnahme von Hilfsmitteln in das Verzeichnis setzt neben einem Antrag des Herstellers (§ 139 Abs. 3 Satz 1 SGB V) voraus, dass dieser die Funktions-tauglichkeit und Sicherheit, die Erfüllung der Qualitätsanforderungen nach § 139 Abs. 2 SGB V und, soweit erforderlich, den medizinischen Nutzen nachgewiesen hat und das Hilfsmittel mit den für eine ordnungsgemäße und sichere Handhabung erforderlichen Informationen in deutscher Sprache versehen ist (§ 139 Abs. 4 SGB V). Liegen diese Voraussetzungen vor, so besteht ein Anspruch auf Aufnahme des Produktes in das Hilfsmittelverzeichnis.⁴⁰

Innerhalb der Produktarten des Hilfsmittelverzeichnisses wird jedoch nicht nach weiteren spezifischen Merkmalen differenziert. So besteht durchaus die Möglichkeit, dass Bandagen die Qualitätskriterien des § 139 Abs. 2 SGB V übererfüllen, etwa dadurch, dass sich die Produkte durch ein besonderes Maß an Haltbarkeit oder Rutsicherheit, die Verwendung bestimmter Stoffe sowie die Verarbeitung hochwertigerer Materialien auszeichnen. Im Falle von Kniebandagen sind weitere Merkmale, welche über die vom Hilfsmittelverzeichnis aufgestellten Qualitätskriterien hinausgehen, etwa eine seitlich angebrachte, in die Bandage eingearbeitete Anziehhilfe, atmungsaktives Gewebe, besonders weiches und feines Gestrick in der Kniekehle sowie ein spezielles Funktionsdesign.

II. Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern

Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden sind gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V abschließend im Vierten Kapitel (§§ 69 bis 140h SGB V) sowie in den §§ 63 und 64 SGB V geregelt.⁴¹ Über die Erbringung von Sach- und Dienstleistungen schließen die Krankenkassen gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 SGB V nach den Vorschriften des Vierten Kapitels Verträge mit den Leistungserbringern. Die für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern geregelten allgemeinen Grundsätze (§§ 69 bis 71 SGB V) bekräftigen insbesondere die Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes nicht nur für die einzelnen Leistungen an sich, sondern auch für

⁴⁰ Hess, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 139 SGB V Rn. 8 (Stand der Kommentierung: August 2008).

⁴¹ Siehe zu den Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln Adam, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 26 Rn. 58 ff.

die Verträge zu den Leistungserbringern; denn § 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V schreibt vor, dass die Versorgung der Versicherten ausreichend und zweckmäßig sein muss, das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf und in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich erbracht werden muss.⁴² Rechtsbeziehungen zu Dritten, die der Beschaffung der für die Verwaltung der Krankenkassen erforderlichen Waren und Dienstleistungen und damit den „fiskalischen Hilfsgeschäften der Verwaltung“ dienen, unterfallen nicht der ausschließlichen Zuweisung der Rechtsbeziehungen zum Öffentlichen Recht in § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V.⁴³

Die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln werden im Sechsten Abschnitt des Vierten Kapitels (§§ 126 bis 128 SGB V) geregelt. Die Abgabe von Hilfsmitteln ist den Krankenkassen gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V nur auf der Grundlage von unmittelbaren⁴⁴ Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 oder 3 SGB V erlaubt.⁴⁵ Damit sind die Krankenkassen zur Erfüllung des Anspruchs ihrer Versicherten auf Versorgung mit Hilfsmitteln aus § 33 SGB V zu dem Abschluss von Verträgen im Sinne des § 127 SGB V verpflichtet. Die Ermächtigung des § 127 Abs. 2 SGB V, die Einzelheiten der Versorgung in den Verträgen zu regeln, ist nach der Rechtsprechung des *Bundessozialgerichts* im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt, das Bestimmtheitsgebot sowie die Grundrechte der Leistungserbringer verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁴⁶

§ 127 Abs. 3 Satz 1 SGB V beinhaltet die Pflicht der Krankenkassen, im Einzelfall mit einem Leistungserbringer eine Vereinbarung zu treffen, sofern für ein erforderliches Hilfsmittel keine Verträge nach den Absätzen 1 und 2 bestehen oder die Versorgung der Versicherten durch Vertragspartner in einer für die Versicherten zumutbaren Weise nicht möglich ist. Verträge nach Absatz 3 bilden

⁴² Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 119; Hess, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 70 SGB V Rn. 2 (Stand der Kommentierung: Dezember 2000); Scholz, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 70 Rn. 1.

⁴³ Bäune, in: Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2013, § 69 Rn. 5 f.; Engelmann, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 69 Rn. 29.

⁴⁴ Siehe zu den unterschiedlichen Arten von Verträgen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern Bäune, in: Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2013, § 69 Rn. 4.

⁴⁵ Siehe zu der Entwicklung des Vertragssystems BSGE 109, 9 (11 ff.).

⁴⁶ Siehe BSG, SozR 4-2500, § 33 Nr. 14, S. 79 (83).

damit die Ausnahme zu Verträgen nach Absatz 1 oder 2.⁴⁷ Eine Vereinbarung im Einzelfall ist gemäß § 127 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V von der Krankenkasse mit einem Leistungserbringer ferner zu treffen, wenn der Versicherte eine Leistung begehrt, die über das Maß des Notwendigen hinausgeht.

Die Versorgung der Versicherten soll also grundsätzlich über Verträge gemäß § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V abgedeckt werden. 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 von Leistungserbringern über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist („Ausschreibungsverträge“⁴⁸). Zur Konkretisierung der Frage, ob eine Ausschreibung zweckmäßig ist, geben der Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene gemäß § 127 Abs. 1a Satz 1 SGB V Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen ab. Nach § 2 der auf diese Vorschrift gestützten Gemeinsamen Empfehlungen vom 2. Juli 2009⁴⁹ ist eine Ausschreibung grundsätzlich nicht zweckmäßig, wenn die Kosten-Nutzen-Relation gegen eine Ausschreibung spricht, ein enger Anbieterkreis vorliegt, die Leistungen nicht standardisierbar sind, die Versorgung einen hohen Dienstleistungsanteil aufweist, ein hohes Gesundheitsrisiko für die Versicherten besteht oder durch die Ausschreibung Störungen im Versorgungsablauf zu befürchten wären.

Soweit Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V nicht durchgeführt werden, schließen die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften gemäß § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforder-

⁴⁷ *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 3, 47; *Nolte*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 127 SGB V Rn. 15 (Stand der Kommentierung: Juni 2012).

⁴⁸ *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 32.

⁴⁹ http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/hilfsmittel/himi_empfehlungen_verlautbarungen/HiMi_Empfehlungen_127_Ausschreibungen.pdf (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

rungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung („Verhandlungsverträge“⁵⁰).

Die Regelung der Vergütung in den Verträgen sowohl nach Absatz 1 als auch nach Absatz 2 ist durch § 127 Abs. 4 SGB V begrenzt. Ist für ein Hilfsmittel ein Festbetrag festgesetzt worden, so bildet dieser eine Preisobergrenze mit der Konsequenz, dass die Preise höchstens bis zur Höhe des Festbetrags vereinbart werden können.⁵¹ Weder für Bandagen (Produktgruppe 05) noch für Orthesen (Produktgruppe 23) sind bislang vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen Festbeträge gemäß § 36 Abs. 2 SGB V festgesetzt worden.⁵² Darüber hinaus müssen sich die grundsätzlich frei verhandelbaren Preisvereinbarungen innerhalb der von der Rechtsordnung insbesondere durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen bewegen.⁵³ Bei Vorliegen eines Rahmenvertrages gemäß § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V ist nach einem Urteil des *Bundessozialgerichts* aus dem Jahre 2013 die „Konstruktion eines in jedem einzelnen Versorgungsfall abzuschließenden und den Versicherten drittbegünstigenden öffentlich-rechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse [...] entbehrlich“.⁵⁴

§ 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V sieht ein Beitrittsrecht zu den nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V geschlossenen Verträgen für andere Leistungserbringer zu den gleichen Bedingungen vor, soweit diese Leistungserbringer nicht auf Grund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind. Rechtsfolge eines Beitritts ist, dass der Leistungserbringer selbst Vertragspartner mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten wird.⁵⁵ Umstritten ist, ob das Beitrittsrecht gemäß § 127 Abs. 2a SGB V „zu den gleichen Bedingungen“ einen Anspruch der Leistungserbringer auf einen Teilbeitritt zu einem Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V begründet. Unter einem Teilbeitritt wird der auf einzelne Vertragsklauseln beschränkte Beitritt – beispielsweise begrenzt auf einzelne

⁵⁰ *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 32.

⁵¹ Siehe zur Verfassungsmäßigkeit des Festbetragssystems *BVerfGE* 106, 275 ff.; kritisch dazu *Sodan*, Leistungserbringer in der GKV und Grundrechte – Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung der Festbeträge für Arzneimittel, *VSSR* 2005, 163 (175 ff.).

⁵² http://www.gkvspitzenverband.de/krankenversicherung/hilfsmittel/festbetrage_3/festbetrage.jsp (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

⁵³ *BSG*, *SozR* 4-2500, § 133 Nr. 3.

⁵⁴ *BSG*, *Urt.* vom 28. November 2013 – B 3 KR 27/12 R, *juris* Rn. 38; vgl. für den Bereich der Arzneimittelversorgung *BSGE* 105, 157 (161 f.).

⁵⁵ *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 127 Rn. 16 (Stand der Kommentierung: März 2010).

Produktgruppen⁵⁶ oder Versorgungsbereiche⁵⁷ – verstanden.⁵⁸ Da die gleichen Bedingungen gewahrt sind, wenn der Leistungserbringer gerade die für die fragliche Produktgruppe geltenden Bedingungen akzeptiert,⁵⁹ wird ein Teilbeitritt hinsichtlich einzelner Produktgruppen überwiegend für zulässig erachtet.⁶⁰ Teilweise wird auf die von den Vertragsparteien veranschlagte „Mischkalkulation“ und die Gefahr des „Rosinenpickens“ durch andere Leistungserbringer bei einem Beitritt in Bezug auf einzelne Produktgruppen hingewiesen.⁶¹ Den Krankenkassen würde bei einem Teilbeitritt eine Leistungspflicht auferlegt, welche sie für die konkrete Gegenleistung so nie vereinbart hätten.⁶² Allerdings obliegt die Vereinbarung der Preise nach dem Gesetz den Vertragsparteien⁶³, welche bei den Verhandlungen um das Beitrittsrecht anderer Leistungserbringer wissen, so dass unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Beitrittsrechts die Interessen der Leistungserbringer an einem Teilbeitritt vorgehen.⁶⁴ Die gleichen Bedingungen liegen jedoch bei einem bundesweiten Versorgungsvertrag etwa dann nicht mehr vor, wenn ein Teilbeitritt nur hinsichtlich wirtschaftlich attraktiver Gebiete begehrt wird.⁶⁵ Für die vorliegenden Verträge zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS ist die Frage der Zulässigkeit von Teilbeitritten von geringer Bedeutung, weil getrennte Verträge über jeweils lediglich eine Produktgruppe vorliegen.

⁵⁶ *LSG NW*, GesR 2012, 98 ff.

⁵⁷ *SG Berlin*, Beschl. vom 22. November 2011 – S 210 KR 2084/11 ER, juris Rn. 33.

⁵⁸ So *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 42.

⁵⁹ *LSG NW*, GesR 2012, 98 (100); *Weber*, Ganz oder gar nicht? – Der (Teil-)Beitritt zu Hilfsmittelverträgen gemäß § 127 IIa 1 SGB V, NZS 2011, 53 (56).

⁶⁰ Siehe *LSG BW*, Beschl. vom 15. März 2011 – L 11 KR 4724/10 ER-B, juris Rn. 31; *LSG NW*, GesR 2012, 98 (100); *SG Berlin*, Beschl. vom 22. November 2011 – S 210 KR 2084/11 ER, juris Rn. 33; *Adam*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 26 Rn. 92; *Weber*, Ganz oder gar nicht? – Der (Teil-)Beitritt zu Hilfsmittelverträgen gemäß § 127 IIa 1 SGB V, NZS 2011, 53 (56); einschränkend *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 42; a. M. *SG Duisburg*, Beschl. vom 28. März 2012 – S 31 KR 617/11 ER, juris Rn. 21 ff.: Beitritt sei nur zum gesamten Vertrag möglich.

⁶¹ Siehe *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 42.

⁶² *SG Duisburg*, Beschl. vom 28. März 2012 – S 31 KR 617/11 ER, juris Rn. 26.

⁶³ *SG Duisburg*, Beschl. vom 28. März 2012 – S 31 KR 617/11 ER, juris Rn. 26.

⁶⁴ *LSG Berlin-Brandenburg*, Beschl. vom 15. März 2012 – L 1 KR 18/12 B ER, juris Rn. 38; *Weber*, Ganz oder gar nicht? – Der (Teil-)Beitritt zu Hilfsmittelverträgen gemäß § 127 IIa 1 SGB V, NZS 2011, 53 (56).

⁶⁵ *SG Berlin*, Beschl. vom 1. Dezember 2011 – S 81 KR 2085/11 ER, juris Rn. 40.

C. Vertraglicher Ausschluss von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung

Nach der Erläuterung des rechtlichen Rahmens der Versorgung mit Hilfsmitteln stellt sich die Frage nach der Einordnung von Mehrkostenvereinbarungen.

I. Gesetzliche Grundkonzeption

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption der Versorgung mit Hilfsmitteln in § 33 Abs. 1 SGB V leisten die gesetzlichen Krankenkassen die im Einzelfall erforderlichen Hilfsmittel. Die Versicherten nehmen dazu gemäß § 33 Abs. 6 SGB V die Vertragspartner der Krankenkassen in Anspruch. Die Krankenkassen übernehmen nach § 33 Abs. 7 SGB V die in den Verträgen gemäß § 127 SGB V⁶⁶ jeweils vertraglich vereinbarten Preise. Die Versicherten leisten, soweit sie das 18. Lebensjahr vollendet haben, gemäß § 33 Abs. 8 Satz 1 i. V. m. § 61 Satz 1 SGB V zu jedem zu Lasten der GKV abgegebenen Hilfsmittel eine Zuzahlung, welche sich auf 10 % des Abgabepreises beläuft, mindestens jedoch fünf und höchstens zehn Euro beträgt. Für die Versorgung mit erforderlichen Hilfsmitteln treffen die Versicherten über die Zuzahlung hinaus grundsätzlich keine weiteren Kosten.

Übersteigt die Versorgung jedoch das Maß des Notwendigen und entstehen hierdurch Mehrkosten, haben die Versicherten diese ebenso wie dadurch bedingte höhere Folgekosten gemäß § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V selbst zu tragen.

Begehrt also ein Versicherter aufgrund einer ärztlichen Verordnung gemäß § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V eine Bandage aus der Produktart „Kniebandage mit Weichteilkompression“, so ist Ausgangspunkt der Überlegungen, welches Produkt vom Maß des Notwendigen umfasst ist oder dieses Maß übersteigt. Ein Produkt, welches über das Maß des Notwendigen hinausgeht, kann vom Versicherten zusammen mit dem Leistungserbringer ausgewählt werden, wenn der Versicherte die entstehenden Mehrkosten selbst trägt.

II. Mehrkostenvereinbarung und Wirtschaftlichkeitsgebot

Die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses einer Mehrkostenvereinbarung setzt zunächst voraus, dass Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung zwischen Leistungserbringern und Versicherten zulässig sind.

⁶⁶ *Nolte*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 33 SGB V Rn. 70 (Stand der Kommentierung: März 2013).

Die Unzulässigkeit einer Mehrkostenvereinbarung zwischen Leistungserbringern und Versicherten könnte sich aus § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V ergeben. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können danach von Versicherten nicht beansprucht und dürfen von Leistungserbringern nicht bewirkt sowie von Krankenkassen nicht bewilligt werden. Damit ist fraglich, ob eine Leistung außerhalb der Vorgaben des § 12 SGB V abgegeben werden kann, wenn der Versicherte die dadurch entstehenden Mehrkosten selbst zu tragen bereit ist.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Mehrkostenvereinbarung könnte neben dem Wortlaut der Norm der Umstand sprechen, dass der Gesetzgeber eine Übernahme von Mehrkosten durch die Versicherten bei einigen Leistungen ausdrücklich vorsieht, so dass ein genereller Ausschluss im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses⁶⁷ vorliegen könnte. So enthält § 31 Abs. 3 SGB IX für die Versorgung mit Hilfsmitteln zur Rehabilitation etwa die Regelung, dass Leistungsempfänger bei Wahl eines geeigneten Hilfsmittels in einer aufwendigeren Ausführung als notwendig die Mehrkosten selbst zu tragen haben.

Für die Möglichkeit einer Mehrkostenvereinbarung sprechen hingegen der Sinn und Zweck des § 12 SGB V, die Versorgung der Versicherten nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit⁶⁸ zu gestalten. Denkbar ist eine teleologische Reduktion dahingehend, dass lediglich nicht notwendige Leistungen zu Lasten der GKV in den Anwendungsbereich von § 12 Abs. 1 Satz 2 fallen.⁶⁹ Solche Leistungen hingegen, für die der Versicherte die Mehrkosten trägt, sollen nach diesem Verständnis ihrem Sockelbetrag nach nicht von der Versorgung durch die GKV ausgeschlossen sein. Dabei kann sich diese Auslegung auch auf das Gebot der Vielfalt der Leistungserbringer aus § 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V stützen.

Das *Bundessozialgericht* hat hinsichtlich Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung ausgeführt, dass die Verpflichtung der Krankenkasse, ihren Versicherten die notwendigen Hilfsmittel als Sachleistung kostenfrei zur Verfügung zu stellen, auch bedeutet, dass „der Berechtigte ein Hilfsmittel aufwendigerer Ausführung wählen kann, wenn er die Kostendifferenz zwischen dem notwendigen und dem aufwendigeren Hilfsmittel selbst trägt“; eine solche Praxis stehe „sowohl mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz als auch mit dem Sachleistungsprinzip in Einklang“.⁷⁰ Zwar hat das *Bundessozialgericht* später judiziert, dass ein

⁶⁷ Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 95.

⁶⁸ Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 21 f.

⁶⁹ Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 99.

⁷⁰ BSG, Urt. vom 24. November 1983 – 8 RK 6/82, juris Rn. 18; vgl. auch BSGE 42, 229 (229 f.).

Wahlrecht der Versicherten unter verschiedenen Hilfsmitteln bis zum 30. Juni 2001 nach dem SGB IX lediglich für gleichermaßen geeignete, erforderliche und wirtschaftliche Hilfsmittel bestand und die Wahl eines aufwendigeren und damit teureren Hilfsmittels auch unter Zuzahlung des Differenzbetrags zum ausreichenden Hilfsmittel ausgeschlossen war.⁷¹ Allerdings erkennt das *Bundessozialgericht* in § 31 Abs. 3 SGB X eine Regelung, die sowohl das allgemeine Gebot der Wirtschaftlichkeit und der Notwendigkeit medizinischer Leistungen bestätigt, zugleich aber dem Wahlrecht der Versicherten aus § 33 SGB I sowie § 2 Abs. 3 SGB V Rechnung trägt.⁷² Seit der Regelung in § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V in der Fassung von Art. 1 Nr. 17 Buchst. a des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes vom 26. März 2007⁷³ enthält auch das SGB V ein Wahlrecht der Versicherten hinsichtlich einer hochwertigeren Versorgung gegen Übernahme der Mehrkosten.

Mehrkostenvereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Versicherten in der Hilfsmittelversorgung sind daher zulässig und schließen auch den Anspruch auf die notwendige und wirtschaftliche Leistung nicht aus.⁷⁴

D. Zur Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Mehrkostenvereinbarungen am Beispiel des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrages

Zur Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Mehrkostenvereinbarungen innerhalb des geschilderten rechtlichen Rahmens ist zunächst die Rechtsnatur der zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern bzw. ihren jeweiligen Verbänden im Bereich der Hilfsmittelversorgung geschlossenen Verträge zu ermitteln, um anschließend die Maßstäbe für die Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung herauszuarbeiten.

⁷¹ BSGE 90, 220 (225).

⁷² BSGE 90, 220 (224 f.).

⁷³ BGBl. I S. 378.

⁷⁴ Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 12 SGB V Rn. 10 (Stand der Kommentierung: Oktober 2007); siehe ferner Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 100, unter Hinweis auf die Gefahr einer Belastung mit „nicht notwendigen“ Mehrkosten.

I. Rechtsnatur von Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V

Klärungsbedürftig ist zunächst die Frage, welche Rechtsnatur die Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V haben. Die Verträge können entweder dem Privatrecht oder aber dem Sozialrecht und damit dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Für „die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag kommt es [...] auf dessen Gegenstand und Zweck an. Die Rechtsnatur des Vertrages bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist.“⁷⁵

Nach einem Beschluss des *Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes* vom 10. April 1986 handelte es sich bei dem Vorgang der Beschaffung von Hilfsmitteln durch gesetzliche Krankenkassen um eine zivilrechtliche Beziehung zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern.⁷⁶ Weder aus dem Umstand, dass die Verträge in der Reichsversicherungsordnung geregelt waren, noch aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Versicherungsträger, die Hilfsmittelversorgung der Versicherten sicherzustellen, ergebe sich ein öffentlich-rechtlicher Charakter des Beschaffungsvertrages.⁷⁷ Von dem gesetzlichen Versicherungsverhältnis sei das Beschaffungsgeschäft zu trennen, durch welches sich die öffentliche Hand mit den zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben nötigen Waren und Leistungen mangels hoheitlicher Handlungsmöglichkeiten nach den für jedermann geltenden privatrechtlichen Bestimmungen versorge.⁷⁸

Die Qualifikation der Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Leistungserbringern war dennoch nicht unumstritten⁷⁹ und hatte weitreichende Bedeutung etwa für die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts⁸⁰ sowie die Frage der Zuständigkeit der Zivil- oder Sozialgerichtsbarkeit⁸¹. Mit Ausnahme des Vertragsarztrechts, welches unzweifelhaft dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, sowie dem Krankenhausrecht⁸² wurde überwiegend die zivilrechtliche Natur von Verträgen mit

⁷⁵ *GmS-OGB*, BGHZ 97, 312 (314); vgl. auch *BSGE* 35, 47 (50); 51, 126 (129); *BVerwGE* 22, 138 (140 f.); *BGHZ* 56, 365 (368); *Bork*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, Vorbem. zu §§ 145 ff. Rn. 97.

⁷⁶ *GmS-OGB*, BGHZ 97, 312 ff.

⁷⁷ *GmS-OGB*, BGHZ 97, 312 (315 f.).

⁷⁸ *GmS-OGB*, BGHZ 97, 312 (316).

⁷⁹ *BSG*, SozR 4-2500, § 69 Nr. 1, S. 1 (5).

⁸⁰ Siehe dazu *Kluckert*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 29 ff.

⁸¹ *GmS-OGB*, BGHZ 97, 312 (314); *BSGE* 89, 24 (32).

⁸² *BSGE* 86, 166 (168).

Leistungserbringern bejaht.⁸³ Seit der Neufassung von § 69 Satz 1 SGB V durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000⁸⁴ werden jedoch die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden ausschließlich dem öffentlichen Recht zugeordnet.⁸⁵ Der Gesetzgeber hatte nämlich die Intention, die unklare Rechtslage mit der Zuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern zum öffentlichen Recht zu beseitigen.⁸⁶ Die Frage der konstitutiven oder deklaratorischen Wirkung⁸⁷ des § 69 Abs. 1 SGB V für die Einordnung der Verträge in das öffentliche Recht kann hier offenbleiben.

Damit sind auch die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln gemäß § 127 Abs. 2 SGB V dem öffentlichen Recht zuzuordnen.⁸⁸ Auch bei dem gesetzlich in § 127 Abs. 2a SGB V vorgesehenen Beitritt handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.⁸⁹ Der Inhalt der Vereinbarung erstreckt sich darauf, dass der betreffende Leistungserbringer zu gleichen Konditionen (weitere) Vertragspartei wird.⁹⁰

⁸³ So *BSG*, SozR 4-2500, § 69 Nr. 1, S. 1 (5); siehe zur alten Rechtslage *BSG*, SozR 3-2500, § 125 Nr. 5, S. 9 (11); SozR 3-2500, § 125 Nr. 6, S. 15 (18).

⁸⁴ Vom 22. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2626); siehe dort Art. 1 Nr. 26.

⁸⁵ *BSG*, SozR 4-1720, § 17a Nr. 3 Rn. 11; *BSGE* 89, 24 (32); 99, 303 (309); *Kirchhoff*, Die Rechtsnatur von Verträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß §§ 69 ff. SGB V, SGB 2005, 499 (501 f.).

⁸⁶ Vgl. *BSGE* 89, 24 (32 f.); *BSG*, SozR 4-2500, § 69 Nr. 1, S. 1 (5).

⁸⁷ Siehe dazu *Kirchhoff*, Die Rechtsnatur von Verträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß §§ 69 ff. SGB V, SGB 2005, 499 (502 ff.).

⁸⁸ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 53 Rn. 19; *Schneider*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 127 Rn. 25; im Hinblick auf Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V *Luthe*, in: Hauck/Noftz, SGB V, Kommentar, K § 127 Rn. 15 (Stand der Kommentierung: August 2012). Siehe auch *Kirchhoff*, Die Rechtsnatur von Verträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß §§ 69 ff. SGB V, SGB 2005, 499 ff.

⁸⁹ *LSG BW*, Beschl. vom 15. März 2011 – L 11 KR 4724/10 ER-B, juris Rn. 31; Beschl. vom 13. Juli 2010 – L 11 KR 1313/10 ER-B, juris Rn. 34 unter Verweis auf *BSGE* 101, 142 ff.; *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 127 SGB V Rn. 16 (Stand der Kommentierung: März 2010); *Murawski*, in: Hänlein/Kruse/Schuler, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2012, § 127 Rn. 11.

⁹⁰ *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 127 Rn. 16 (Stand der Kommentierung: März 2010).

II. Anwendbarkeit der Regelungen des SGB X

Für öffentlich-rechtliche Verträge im Sozialleistungsrecht enthält das SGB X in seinen §§ 53 bis 61 Regelungen, welche bis auf die Regelung in § 53 Abs. 2 SGB X mit denjenigen der §§ 54 ff. VwVfG vollständig übereinstimmen. Gemäß § 37 Satz 1 SGB I gelten das SGB I und SGB X für alle Sozialleistungsbereiche, soweit sich aus den übrigen Büchern nichts Abweichendes ergibt. Damit stellt sich die Frage, inwiefern die in § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V erfolgte Festlegung der *abschließenden* Regelung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden in den §§ 63 und 64 sowie den §§ 69 bis 140h SGB V die Anwendbarkeit der §§ 53 ff. SGB X ausschließt.⁹¹ Mit der Zuweisung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zum öffentlichen Recht verfolgte der Gesetzgeber maßgeblich den Zweck, die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen.⁹² Nach der Rechtsprechung des *Bundessozialgerichts* ist § 69 Abs. 1 SGB V vor diesem Hintergrund „einengend so zu interpretieren, dass entsprechend der Regelung des § 61 SGB X über den öffentlich-rechtlichen Vertrag die Vorschriften des BGB nur dann in Analogie ergänzend heranzuziehen sind (§ 61 Satz 2 SGB X), wenn sich aus den übrigen Vorschriften des (gesamten) SGB nichts anderes ergibt (§ 69 Satz 1 SGB X)“⁹³. Über den Wortlaut des § 69 Abs. 1 SGB V hinaus finden die allgemeinen Vorschriften des Sozialgesetzbuches daher grundsätzlich Anwendung.⁹⁴ Ein genereller Ausschluss der allgemeinen Regelungen des Sozialgesetzbuches war mit § 69 Abs. 1 SGB V vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.⁹⁵ Allerdings ist zu prüfen, inwieweit die allgemeinen Vorschriften im Einzelfall wiederum durch die speziellen Regelungen des

⁹¹ Gegen eine Anwendbarkeit der §§ 53 ff. SGB X *Boerner*, Die Neuregelung des § 69 SGB V und ihre Bedeutung für die Leistungserbringungsverträge, SGB 2000, 389 (392); a. M. *Pabst*, Das Vierte Kapitel SGB V und sein Verhältnis zum Vertragsrecht nach SGB X, SGB 2002, 475 (476 f.).

⁹² Siehe die Begründung der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen zu ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000, BT-Ducks. 14/1245, S. 67 f.; *Engelmann*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 69 Rn. 38 f.

⁹³ BSG, SozR 4-2500, § 69 Nr. 1, S. 1 (7).

⁹⁴ *Bäune*, in: Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2013, § 69 Rn. 3; *Pabst*, Das Vierte Kapitel SGB V und sein Verhältnis zum Vertragsrecht nach SGB X, SGB 2002, 475 (476 f.).

⁹⁵ *Vießmann*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2011, § 69 SGB V Rn. 4.

Leistungserbringungsrechts verdrängt werden.⁹⁶ § 53 SGB X bildet jedoch die Rechtsgrundlage der Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V.⁹⁷

III. Zulässigkeit eines Vertrages gemäß § 127 Abs. 2 SGB V

Da die Krankenkassen die Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln sowohl durch eine Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V als auch durch einen Vertragsschluss nach § 127 Abs. 2 SGB V sicherstellen können, ist zunächst das Verhältnis der beiden Alternativen sowie die Zulässigkeit eines Vertragsschlusses nach § 127 Abs. 2 SGB V zu untersuchen. Dabei ist fraglich, ob zwischen den Vertragsarten ein Vorrangverhältnis der Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V anzunehmen ist.

Der Gesetzgeber gestaltete mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26. März 2007⁹⁸ die Hilfsmittelversorgung grundlegend neu. In Bezug auf § 127 Abs. 1 und 2 SGB V in der Fassung von Art. 1 Nr. 93 GKV-WSG sprach neben dem Wortlaut und der Systematik der Norm der Wille des Gesetzgebers⁹⁹ für ein Vorrangverhältnis der Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V a. F.¹⁰⁰ Denn nach dieser Regelung *sollten* die Krankenkassen Ausschreibungen durchführen; Verträge im Sinne von § 127 Abs. 2 SGB V a. F. schlossen die Krankenkassen, soweit Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V *nicht zweckmäßig* waren.

Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15. Dezember 2008¹⁰¹ hat der Gesetzgeber hingegen eine Änderung des Wortlautes herbeigeführt. Mit Ersetzung des Wortes „sollen“ durch das Wort „können“ in § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V¹⁰² sowie der Worte „zweckmäßig sind“ durch die Worte „durchgeführt werden“ in § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V¹⁰³ brachte der Gesetzgeber zum Aus-

⁹⁶ *Bäume*, in: Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2013, § 69 Rn. 3.

⁹⁷ Vgl. hinsichtlich eines Vertrages gemäß § 140e SGB V *BSGE* 101, 161 (170).

⁹⁸ BGBl. I S. 378.

⁹⁹ Siehe die Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum entsprechenden Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 16/3100, S. 141.

¹⁰⁰ *Adam*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 26 Rn. 77.

¹⁰¹ BGBl. I S. 2426.

¹⁰² Art. 1 Nr. 2c Buchst. a GKV-OrgWG.

¹⁰³ Art. 1 Nr. 2c Buchst. c GKV-OrgWG.

druck, dass ein Vorrang der Ausschreibungen gegenüber Verhandlungen der Verträge im Sinne des § 127 Abs. 2 SGB V nicht bestehen soll.¹⁰⁴

Teilweise wird dennoch davon ausgegangen, dass der Abschluss von Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 SGB V nur im Falle der Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung zulässig sei.¹⁰⁵ Aus dem Wortlaut der Norm lässt sich dies hingegen nicht ableiten. Auch der Hinweis auf die beibehaltene Systematik der Norm¹⁰⁶ vermag nicht zu überzeugen. Zwar geht das Gesetz weiterhin von einer grundsätzlichen Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V aus, wie Satz 4 dieser Vorschrift durch das Aufzählen von Negativbeispielen zeigt.¹⁰⁷ Allerdings wurde die ursprüngliche Systematik der Norm maßgeblich durch den Vorrang der Ausschreibung der Verträge geprägt. Ein solcher Vorrang kann durch die insoweit deutliche Änderung des Wortlauts nicht auf die Systematik der Norm gestützt werden.¹⁰⁸

Das Verhältnis der Ausschreibungsverträge zu den Verhandlungsverträgen ist demgemäß nicht von einem Vorrang geprägt: Den Krankenkassen steht – die Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung vorausgesetzt – ein Entscheidungsspielraum zu, Verträge im Wege der Ausschreibung oder der Verhandlung abzuschließen.

IV. Zustandekommen des Vertrages

Die Wirksamkeit der Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V setzt zunächst deren Zustandekommen voraus. Dies führt zu der Frage des Zustandekommens von öffentlich-rechtlichen Verträgen sowie zu derjenigen, ob beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages eine Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend den §§ 305 ff. BGB vorgenommen wird.

¹⁰⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 16/10609, S. 57; *Knittel*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, § 127 Rn. 2 (Stand der Kommentierung: März 2010); *Nolte*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 127 SGB V Rn. 13 (Stand der Kommentierung: Juni 2012).

¹⁰⁵ So *Butzer*, in: Becker/Kingreen, SGB V, Kommentar, 4. Aufl. 2014, § 127 Rn. 25.

¹⁰⁶ So *Adam*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 26 Rn. 77.

¹⁰⁷ *Adam*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 26 Rn. 77.

¹⁰⁸ *Schneider*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 127 Rn. 20.

1. Zustandekommen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

Mangels spezieller Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen im SGB X gelten die §§ 145 ff. BGB über den Verweis in § 61 Satz 2 SGB X entsprechend. Demgemäß kommen öffentlich-rechtliche Verträge durch mindestens zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande.¹⁰⁹ Dies gilt neben dem Rahmenvertrag über die Abgabe von Hilfsmitteln auch für einen etwaigen Beitrittsvertrag zu diesem Vertrag.

§ 56 SGB X stellt für öffentlich-rechtliche Verträge ein Schriftformerfordernis auf, deren Nichteinhaltung die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 125 BGB zur Folge hat.¹¹⁰

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die vertraglichen Regelungen über die Mehrkosten müssten wirksame Bestandteile des Vertrages geworden sein. Eine Unwirksamkeit oder eine Nichteinbeziehung der Bestimmungen könnte sich aus der Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im Sinne der §§ 305 ff. BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass eine AGB-Kontrolle auch auf öffentlich-rechtliche Verträge Anwendung findet.

a) Anwendung auf öffentlich-rechtliche Verträge

Die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf öffentlich-rechtliche Verträge ist umstritten. Ausgangspunkt ist § 61 Satz 2 SGB X, der bestimmt, dass ergänzend zu den Vorschriften des SGB X diejenigen des BGB entsprechend gelten. Während aufgrund dieser Verweisung die zum Zivilrecht veröffentlichte Literatur eine Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB überwiegend annimmt,¹¹¹ wird im Schrifttum zum öffentlichen Recht auf die *Notwendigkeit* einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB abgestellt. So heißt es etwa bezüglich öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG in einer Kommentierung zu § 62 Satz 2 VwVfG: Zu prüfen ist „unter Berücksichtigung der einschränkenden Verweisung [...], ob eine

¹⁰⁹ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 53 Rn. 11.

¹¹⁰ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl. 2014, Kommentar, § 56 Rn. 10.

¹¹¹ Siehe etwa *Coester*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2006, Vorbem. zu §§ 307–309 Rn. 15; *Schlosser*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 5; *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnisse Rn. 56; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar, 11. Aufl. 2011, § 305 Rn. 14.

Klauselkontrolle im Bereich der verwaltungsrechtlichen Verträge den im öffentlichen Recht geltenden Besonderheiten hinreichende Rechnung trägt, und ob die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts die Anwendung des AGB-Rechts ausschließen“.¹¹²

Das Erfordernis einer ergänzenden Anwendung der §§ 305 ff. BGB wird im Schrifttum teilweise unter Hinweis auf das durch die §§ 55 und 58 SGB X gewährleistete Schutzniveau abgelehnt.¹¹³ Die vorliegenden sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten erfordern hingegen eine andere Beurteilung. Wenn in der Literatur auf den sich aus den §§ 55 und 58 SGB X ergebenden Schutz abgestellt wird, so wird offensichtlich auf subordinationsrechtliche Verträge im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X Bezug genommen. Für diese Verträge enthält § 58 Abs. 2 SGB X ein höheres Schutzniveau, welches insbesondere durch § 58 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 55 SGB X die Angemessenheit der Gegenleistung bestimmt sowie das sogenannte Koppelungsverbot enthält.¹¹⁴ Damit diese Argumentation trägt, müsste es sich bei den Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V um subordinationsrechtliche Verträge handeln. Nach § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag vor, wenn die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließt, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Zwar muss zur Bejahung eines subordinationsrechtlichen Vertrages nicht dieselbe Regelung, sondern lediglich das Rechtsverhältnis als solches einer Regelung durch einen Verwaltungsakt zugänglich sein;¹¹⁵ die Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern von Hilfsmitteln gemäß § 126 SGB V ist aber ausschließlich auf vertraglichem Wege möglich und keiner Bestimmung durch einen Verwaltungsakt zugänglich. Bei Verträgen im Sinne des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V handelt es sich deshalb um koordinationsrechtliche Verträge.¹¹⁶ Das zur Begründung der Nichtanwendung herangezogene Schutzniveau der §§ 55 und 58 SGB X trägt daher im Fall von koordinationsrechtlichen Verträgen nicht.

¹¹² *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2013, § 62 Rn. 16.

¹¹³ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 61 Rn. 9b; vgl. auch *Heße*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 1. März 2014, § 61 SGB X Rn. 1; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2013, § 62 Rn. 18.

¹¹⁴ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 58 Rn. 8, 12.

¹¹⁵ *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfisch, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2010, § 54 Rn. 81 ff.

¹¹⁶ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl. 2014, Kommentar, § 53 Rn. 5.

In Bezug auf koordinationsrechtliche Verträge wird zunächst eingewandt, ein Vorkommen von AGB sei unwahrscheinlich.¹¹⁷ Allerdings sind auch „im Kontext von koordinationsrechtlichen Verträgen Fälle denkbar, die eine Klauselkontrolle erforderlich machen.“¹¹⁸ Ferner wird die Auffassung vertreten, eine Anwendung der Klauselkontrolle scheidet „schon im Hinblick auf die Gleichstellung der Vertragspartner aus“.¹¹⁹ Zwischen den sich auf Augenhöhe begegnenden Vertragsparteien fehle es an dem typischen Machtgefälle, weshalb eine vergleichbare Interessenlage nicht gegeben sei.¹²⁰ Diese lässt sich in der vorliegenden Konstellation jedoch bejahen. Ohne den Abschluss eines Vertrages gemäß § 127 Abs. 2 SGB V oder den Beitritt zu einem solchen Vertrag nach § 127 Abs. 2a SGB V sind die einzelnen Leistungserbringer nicht berechtigt, gegenüber gesetzlich Krankenversicherten zu Lasten der GKV Leistungen zu erbringen. Zwar haben die Leistungserbringer gegenüber den Krankenkassen einen Anspruch auf Aufnahme von Vertragsverhandlungen.¹²¹ Allerdings sind die Leistungserbringer auf die Vertragsabschlüsse angewiesen, auf welche sie zu bestimmten Konditionen gerade keinen Rechtsanspruch haben¹²². Diese in der Praxis bestehende starke Verhandlungsposition der Krankenkassen führte in der Vergangenheit bereits zu Beschwerden von Seiten der Leistungserbringer, welche das Bundesversicherungsamt (BVA) zu einem Tätigwerden veranlasste.¹²³ Ein tatsächliches Machtgefälle zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern liegt somit gerade vor.

Daher sind keine Gründe ersichtlich, die Kontrolle von AGB in öffentlich-rechtlichen Verträgen anhand der §§ 305 ff. BGB grundsätzlich nicht zu eröffnen. Besonderheiten des öffentlichen Rechts können auch innerhalb der einzelnen Klauselverbote berücksichtigt werden; ferner sprechen der denkbare Rückgriff auf einen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, die Bindung an Recht und Gesetz auch beim Vertragsschluss sowie die Gemeinwohlbindung der öffent-

¹¹⁷ So *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 14. Aufl. 2013, § 62 Rn. 17.

¹¹⁸ *Schliesky*, in: *Knack/Henneke*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2010, § 62 Rn. 29.

¹¹⁹ So *Engelmann*, in: *von Wulffen/Schütze*, *SGB X*, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 61 Rn. 9b unter Verweis auf *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 14. Aufl. 2013, § 62 Rn. 17. Im Hinblick auf das VwVfG so auch *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 62 Rn. 59.

¹²⁰ *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 14. Aufl. 2013, § 62 Rn. 17.

¹²¹ *BSGE* 106, 29 (37).

¹²² *BSGE* 106, 29 (35 f.).

¹²³ Siehe das Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010 (Aktenzeichen: II 2 – 5471.1 1077/2010) mit Rechtspositionen des BVA, veröffentlicht in: <http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Krankenversicherung/Rundschreiben/Rundschreiben51.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

lichen Verwaltung nicht gegen die Anwendung der detaillierteren Vorgaben der §§ 305 ff. BGB.¹²⁴

Auch aus § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V, welcher die Vorschriften des BGB für entsprechend anwendbar erklärt, soweit diese mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot sowie den Aufgaben und Pflichten der an der Versorgung Beteiligten vereinbar sind, ergibt sich insoweit nichts zu § 61 Satz 2 SGB X Abweichendes. Damit können die Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V der Kontrolle der Verwendung von AGB entsprechend den §§ 305 ff. BGB unterliegen. Diese Auffassung vertritt – allerdings ohne eine nähere Begründung – auch das BVA.¹²⁵

Die in § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS geschlossenen Vertrages über die Abgabe von Bandagen enthaltene Klausel hinsichtlich der aufzahlungsfreien Versorgung könnte die Leistungserbringer unangemessen im Sinne des § 307 BGB benachteiligen. Dies setzt zunächst voraus, dass die §§ 305 ff. BGB auf die Klausel entsprechend Anwendung finden, diese als AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist und wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.

b) Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB

Zunächst müsste der sachliche und personelle Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB eröffnet sein.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB findet die Kontrolle von AGB keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. In § 310 Abs. 4 Satz 2 und 3 BGB sind Besonderheiten für die Anwendung auf Arbeitsverträge normiert.

Da hier ein Vertrag auf einem der genannten Gebiete nicht vorliegt, ist der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB eröffnet.

¹²⁴ *Schliesky*, in: Knack/Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2010, § 62 Rn. 29.

¹²⁵ Siehe die Rechtspositionen in dem Rundschreiben an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen vom 28. Dezember 2010 (Aktenzeichen: II 2 – 5471.1 1077/2010), S. 3, 8, veröffentlicht in: <http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/Krankenversicherung/Rundschreiben/Rundschreiben51.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30. Mai 2014).

bb) Personeller Anwendungsbereich

Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB finden § 305 Abs. 2 und 3 sowie die §§ 308 und 309 keine Anwendung auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden.

Die Beteiligung der gesetzlichen Krankenkassen führt für sich allein genommen nicht dazu, dass § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt ist, denn diese Norm stellt auf die Person ab, der gegenüber die AGB verwendet werden.¹²⁶ Allerdings könnten die Leistungserbringer oder deren Verbände unter den Begriff des Unternehmers im Sinne von § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB fallen.

§ 14 Abs. 1 BGB definiert den Unternehmer als eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Die einzelnen Leistungserbringer oder deren Verbände schließen Verträge im Sinne von § 127 Abs. 2 und 2a SGB V, um ihre Leistungen gegenüber der GKV anbieten zu können und damit als Voraussetzung für die (weitere) Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit. Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 BGB ist die Zielrichtung des Abschlusses des Rechtsgeschäfts entscheidend, so dass die Leistungserbringer beim Abschluss von Verträgen nach § 127 Abs. 2 und 2a SGB V Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB sind.

Damit ist der sachliche und – mit der in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Einschränkung – auch der personelle Anwendungsbereich der § 305 ff. BGB eröffnet.

c) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die Inhaltskontrolle der Vertragsklauseln setzt voraus, dass diese als AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind. AGB sind gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Soweit die Vertragsbedingungen zwischen den

¹²⁶ Vgl. *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 310 Rn. 6; *Schliesky*, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2010, § 62 Rn. 29.

Vertragsparteien im Einzelfall ausgehandelt sind, stellen sie nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB keine AGB dar.

aa) Für eine Vielzahl vorformulierte Vertragsbedingungen

Der zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossene Vertrag müsste für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen enthalten.

Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, „wenn sie zeitlich vor dem Vertragsabschluss fertig formuliert vorliegen, um in künftige Verträge einbezogen zu werden“.¹²⁷ Der zwischen der AOK Baden-Württemberg sowie dem FOS geschlossene Vertrag bildet die Grundlage für die Beitrittsverträge zu dem Rahmenvertrag. Die Vertragsbedingungen liegen schriftlich formuliert bereits vor den jeweiligen Vertragsschlüssen vor.

Für eine Vielzahl von Verträgen sind Vertragsbedingungen vorformuliert, wenn die Bedingungen von ihrem Schöpfer¹²⁸ mit der Absicht der mehrfachen Verwendung formuliert werden.¹²⁹ Eine zweimalige Verwendung der Vertragsbedingungen ließ der *Bundesgerichtshof* nicht ausreichen, um diese als für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt anzusehen,¹³⁰ nimmt dies hingegen bei einer beabsichtigten dreimaligen Verwendung an¹³¹. Das Tatbestandsmerkmal der „für eine Vielzahl“ vorformulierten Bedingungen ist jedenfalls bei einer beabsichtigten Verwendung für eine unbestimmte Zahl von Verträgen anzunehmen.¹³²

Die konkreten Bedingungen des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS geschlossenen Vertrages wurden von diesen Vertragsparteien schriftlich vereinbart. Im Hinblick auf die Beitrittsverträge ist davon auszugehen, dass die AOK Baden-Württemberg bei den Verhandlungen mit dem FOS Kenntnis vom gesetzlichen Beitrittsrecht anderer Leistungserbringer gemäß § 127 Abs. 2a SGB V hatte. Grundlage dieser Beitrittsverträge ist der gemäß § 127 Abs. 2

¹²⁷ *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305 Rn. 13.

¹²⁸ *Schlosser*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 19.

¹²⁹ *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305 Rn. 18.

¹³⁰ *BGH*, NJW 1997, 135.

¹³¹ *BGH*, NJW 2002, 138 (139); NJW 2004, 1454 f.

¹³² *Schlosser*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 20.

SGB V ausgehandelte Rahmenvertrag. Bezüglich der Beitrittsverträge müssen die Krankenkassen davon ausgehen, dass zahlreiche Leistungserbringer von dem Beitrittsrecht Gebrauch machen werden und der Rahmenvertrag damit Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Beitrittsverträgen enthält. Dies wird bei der Kalkulation der Preise von den Krankenkassen ebenso wie die Möglichkeit des Teilbeitritts¹³³ berücksichtigt. Hinsichtlich der Beitrittsverträge liegen damit für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen vor.

bb) Stellen der Vertragsbedingungen

Die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen müssen von den Krankenkassen beim Abschluss des Vertrages gestellt werden, um als AGB qualifiziert werden zu können.

Eine Vertragsbedingung ist vom Verwender im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB gestellt, wenn er die aufgestellten Bedingungen von der Gegenseite abverlangt.¹³⁴ Wie aus § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ersichtlich ist, sind Vertragsbedingungen nicht gestellt, soweit sie zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.¹³⁵

Zunächst ist in Bezug auf die Verträge, die auf der Ausübung des gesetzlichen Beitrittsrechts gemäß § 127 Abs. 2a SGB V beruhen, fraglich, inwiefern die Krankenkassen die Vertragsbedingungen stellen. Auf den ersten Blick spricht der Umstand, dass der Beitritt auf Grundlage des Gesetzes erfolgt, gegen ein Stellen der Bedingungen durch die Krankenkassen. Allerdings führt § 127 Abs. 2a SGB V lediglich zu einem Kontrahierungszwang für die Krankenkassen hinsichtlich eines auf dem Rahmenvertrag basierenden weiteren öffentlich-rechtlichen Vertrages, sofern die Eignung des Leistungserbringers im Sinne von § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V gegeben ist. Im Rahmen dieses Vertragsabschlusses werden die Bedingungen aus dem Rahmenvertrag zugrunde gelegt. Dass zunächst der beitretende Leistungserbringer die Erklärung über den Beitritt abgibt, ist nicht entscheidend. Ob und von wem die Bedingungen gestellt wurden, ist eine Frage der Zurechnung, für die jenseits der formalen Einbeziehungsinitiative weitere Ge-

¹³³ Siehe dazu S. 17 f.

¹³⁴ *BGHZ* 83, 56 (58); *Schlosser*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 27.

¹³⁵ Daher definiert *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305 Rn. 21 das Stellen der Vertragsbedingungen in negativer Abgrenzung zu § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

sichtspunkte maßgeblich sein können.¹³⁶ Hat der Vertragspartner die Vertragsbedingungen in „vorausgehendem Gehorsam“¹³⁷ in sein Angebot miteinbezogen, weil die andere Partei üblicherweise nur auf Grundlage der AGB kontrahiert, so bleibt diese Partei Verwenderin.¹³⁸ Der Zweck der Norm, den Vertragspartner vor der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit durch den Verwender zu schützen,¹³⁹ spricht dafür, die Krankenkassen hier als Verwender von AGB anzusehen.

d) Einbeziehung der Klauseln

Da es sich bei den Leistungserbringern um Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB handelt,¹⁴⁰ finden gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB die Regelungen in § 305 Abs. 2 und 3 BGB keine Anwendung. Die Vertragsbedingungen aus dem Rahmenvertrag werden konkludent in den Vertrag miteinbezogen.

Vertragsbedingungen werden hingegen nicht Vertragsbestandteil, wenn es sich um überraschende Klauseln im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handelt. Dies gilt nach dieser Vorschrift für Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht.

Dies setzt eine Diskrepanz zwischen den Vorstellungen und Erwartungen, welche der Vertragspartner nach den Umständen hatte und haben durfte, und dem Inhalt der Vertragsbedingungen voraus, die so groß ist, dass sie die Annahme eines „Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekts“ rechtfertigt.¹⁴¹

Es fehlt vorliegend an hinreichenden Anhaltspunkten, dass in der in § 3 Abs. 1 Satz 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen enthaltenen Regelung der aufzahlungsfreien Versorgung eine überraschende Klausel gesehen werden kann.

¹³⁶ *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305 Rn. 21.

¹³⁷ *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305 Rn. 25.

¹³⁸ *BGH*, NJW 1997, 2043 (2044); NJW-RR 2006, 740 (741).

¹³⁹ *Schlosser*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2006, § 305 Rn. 26.

¹⁴⁰ Vgl. S. 31.

¹⁴¹ *Basedow*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 305c Rn. 5, 10.

e) Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle richtet sich grundsätzlich nach den §§ 307, 308 und 309 BGB. Bei Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern finden die §§ 308 und 309 BGB gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Anwendung. Die Rechtsprechung entnimmt den aufgeführten Verboten jedoch Wertungen, die im Rahmen der Unangemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind: „Fällt eine Klausel bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden“.¹⁴²

aa) Maßstab

Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wobei sich eine solche Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Zunächst ist jedoch zu prüfen, ob § 307 Abs. 1 und 2 BGB Anwendung findet. Diese Absätze gelten gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur für Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Regelungen, welche nicht von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, können nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB dennoch wegen Unklarheit oder Unverständlichkeit unwirksam sein.

Die Inhaltskontrolle setzt damit voraus, dass die Vertragsbedingungen von der gesetzlichen Vorschrift abweichen oder diese ergänzen. Dies erfordert die Auslegung der Regelung zur aufzahlungsfreien Versorgung, welche § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrages enthält.

¹⁴² BGHZ 174, 1 (5); vgl. zum früheren § 11 AGBG BGHZ 90, 273 (278). Siehe aus dem Schrifttum etwa Basedow, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 310 Rn. 7 f.

bb) Auslegung des Vertrages über die Abgabe von Bandagen

Auch öffentlich-rechtliche Verträge sind nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu interpretieren.¹⁴³ Diese dienen dazu, den objektiv erklärten Willen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu erforschen.¹⁴⁴ Maßgeblich ist bei öffentlich-rechtlichen Verträgen daher nicht der innere, sondern der bei objektiver Betrachtung nach außen erklärte Wille.¹⁴⁵ Zu den anerkannten Auslegungsregeln gehört es, dass in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut der Vereinbarung und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen sind.¹⁴⁶ Dabei ist nach den entsprechend anzuwendenden §§ 133 und 157 BGB „nicht bei dem Buchstaben des Vertragstextes stehenzubleiben, sondern der Sinn der vertraglichen Regelung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu erforschen“.¹⁴⁷ Außerdem ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass die schutzwürdigen Interessen jedes Vertragspartners hinreichend gewahrt bleiben.¹⁴⁸ Obgleich § 56 SGB X ein Erfordernis der Schriftform für öffentlich-rechtliche Verträge enthält, müssen sich die Leistungen nach Gegenstand, Umfang und Zweck nicht eindeutig und zweifelsfrei allein aus dem Wortlaut der Vertragsurkunde ergeben. „Eine unklare oder mehrdeutige Formulierung des Vertragstextes schadet nicht, wenn die sich daraus ergebenden Zweifel im Wege der Auslegung, zu der auch außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände herangezogen werden dürfen, behoben werden können“; erforderlich ist nur, dass sich aus dem Urkundeninhalt selbst ein zureichender Anhaltspunkt für diese Auslegung ergibt.¹⁴⁹

Nicht eindeutig ist in dem zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrag die Regelung zum Leistungsumfang der Hilfsmittelerbringer und deren Verhältnis zu der scheinbar

¹⁴³ *VG Freiburg*, Urt. vom 28. Januar 2004 – 7 K 2215/99, juris Rn. 43; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 133 Rn. 46; *Singer*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 29.

¹⁴⁴ *Singer*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 5 f.

¹⁴⁵ Vgl. *BVerwGE* 29, 310 (312); 60, 223 (228 f.); *Singer*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 29.

¹⁴⁶ *BGHZ* 121, 13 (16); *BGH*, NJW 1998, 900 (901); *VGH BW*, Urt. vom 17. Juli 2003 – 2 S 36/03, juris Rn. 44.

¹⁴⁷ *BVerwGE* 84, 257 (264).

¹⁴⁸ *VGH BW*, Urt. vom 15. November 1990 – 2 S 2042/89, juris.

¹⁴⁹ *BVerwGE* 84, 236 (244); *VG Freiburg*, Urt. vom 28. Januar 2004 – 7 K 2215/99, juris Rn. 43.

eingeschränkten Möglichkeit, mit Versicherten Mehrkostenvereinbarungen zu treffen.

(1) Wortlaut

Zur Ermittlung des Willens der Vertragsparteien ist zunächst am Wortlaut der Erklärung anzusetzen.¹⁵⁰ Maßgeblich für das Verständnis ist der Horizont des Erklärungsempfängers, wobei auf den jeweiligen Verkehrskreis abzustellen ist.¹⁵¹

Die Vergütung der Leistungserbringer ist in § 7 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen geregelt. Gemäß Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift sind mit der Vergütung nach Anlage 1 der in diesem Vertrag beschriebene Leistungsumfang und die damit im Zusammenhang stehenden Kosten vollständig abgegolten. Die Ausnahme hiervon bildet § 7 Abs. 4 des Vertrages. Nach dessen Satz 1 können dem Versicherten die Mehrkosten in Rechnung gestellt werden, welche aus einer von diesem gewünschten, über das Maß des Notwendigen hinausgehenden Versorgung resultieren; dabei wird ausdrücklich auf § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V verwiesen. Das Maß des Notwendigen wird dadurch zum Maßstab für die Vergütung der Leistungserbringer. Bewegt sich das Hilfsmittel innerhalb des Notwendigen, so ist die Leistung mit den in Anlage 1 vereinbarten Preisen abgegolten. Sobald hingegen das Maß des Notwendigen überschritten wird, soll der Leistungserbringer mit dem Versicherten eine Vereinbarung über die dadurch entstehenden Mehrkosten schließen können.

Zu berücksichtigen ist aber auch der Regelungsinhalt von § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen. Der Vertragspartner verpflichtet sich darin zur aufzahlungsfreien Versorgung innerhalb der jeweiligen Produktart; er „garantiert die aufzahlungsfreie Versorgung mit allen von ihm angebotenen Bandagen je Produktart“.

Der Begriff „Produktart“ entstammt dem Hilfsmittelverzeichnis¹⁵². Angesichts der an dem Vertragsschluss beteiligten Verkehrskreise ist beim Verständnis der Bedeutung daher auf den im Hilfsmittelverzeichnis verwendeten Begriff der Produktart abzustellen. Aus § 4 Abs. 2 HilfsM-RL wird der Aufbau des Hilfsmittelverzeichnisses deutlich. Dieses gliedert sich in Produktgruppen, welche ihrer-

¹⁵⁰ Siehe etwa *BGHZ* 121, 13 (16); 124, 39 (45); 150, 32 (37); *Singer*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 45.

¹⁵¹ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 133 Rn. 12.

¹⁵² Siehe den Nachw. in Fn. 34.

seits in Anwendungsorte, Untergruppen sowie Produktarten unterteilt sind (§ 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 HilfsM-RL). Hilfsmittel ähnlicher oder gleicher Funktion bzw. medizinischer Zweckbestimmung sind jeweils in seiner Produktart subsumiert (§ 4 Abs. 2 Satz 4 HilfsM-RL). Unter den jeweiligen Produktarten sind die Einzelprodukte subsumiert (§ 4 Abs. 2 Satz 3 HilfsM-RL). Nach dem Wortlaut des Vertrages umfasst die Pflicht der Hilfsmittelerbringer damit die Abgabe derjenigen Einzelprodukte, die im Hilfsmittelverzeichnis innerhalb einer der jeweiligen Produktarten der Produktgruppe Bandagen aufgeführt sind.

Diese Abgabe von Hilfsmitteln erfolgt nach dem Vertragstext aufzahlungsfrei. Dabei ist auslegungsbedürftig, was unter einer aufzahlungsfreien Versorgung zu verstehen ist. Der Begriff der „Aufzahlung“ bzw. derjenige der „aufzahlungsfreien Versorgung“ ist dabei kein vom Gesetz verwendeter unbestimmter Rechtsbegriff. Allerdings lässt sich aus der Vertragsurkunde mitsamt den Anhängen, die gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 wesentlicher Bestandteil des Vertrages über die Abgabe von Bandagen sind, der Begriff der Aufzahlung ermitteln. Aus der Erklärung des Versicherten über eine das Maß des Notwendigen übersteigende Versorgung mit Bandagen (Anlage 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen) ergibt sich, dass die Frage der Aufzahlungsfreiheit der Versorgung das Verhältnis von Leistungserbringer und Versicherten betrifft. Eine aufzahlungsfreie Versorgung soll demnach der ärztlichen Verordnung entsprechen und deren Zweck voll erfüllen. Aus den Angaben, die der Versicherte gegenüber dem Leistungserbringer bestätigt, ergibt sich, dass eine Versorgung aufzahlungsfrei ist, wenn den Versicherten über die gesetzliche Zuzahlung hinaus keine weiteren Kosten entstehen. Ergeben sich hingegen für den Versicherten Mehrkosten, werden diese in Abgrenzung zu der Zuzahlung, welche der Versicherte gegenüber dem Leistungserbringer gemäß § 33 Abs. 8 Satz 1 i. V. m. § 61 Satz 1 SGB V zu entrichten hat, in dem Vertragswerk als Aufzahlung bezeichnet.

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen garantiert ein Vertragspartner als Leistungserbringer die aufzahlungsfreie Versorgung mit allen von ihm angebotenen Bandagen je Produktart. Die Annahme eines selbständigen Garantieversprechens im Sinne eines verschuldensunabhängigen Einstehens für das übernommene Risiko bedarf eines unbedingten Einstandswillens von Seiten des Garantierenden für den Eintritt des Ereignisses.¹⁵³ Der Wortlaut der Vereinbarung spricht insoweit aber deutlich für die Annahme eines selbständigen Garantieversprechens.

¹⁵³ BGHZ 170, 86 (91 f.); *Bydlinski*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Vorbemerkungen zur Schuldübernahme Rn. 23.

Damit lässt sich der Wortlaut der Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen zugunsten einer Auslegung heranziehen, wonach eine Verpflichtung zur Abgabe sämtlicher Bandagen einer Produktart, die im Hilfsmittelverzeichnis aufgeführt sind, unter gleichzeitigem Ausschluss einer Vereinbarung über etwaige Mehrkosten bestehen soll.

(2) Systematik

Die Bedeutung einzelner Worte kann im Zusammenhang mit deren Stellung sowie der Verknüpfung mit anderen Bestandteilen der Erklärung variieren, so dass über die Auslegung des Wortlautes hinaus der sprachliche Zusammenhang des Textes sowie die Stellung der Formulierung zu berücksichtigen sind.¹⁵⁴

Der Ausschluss der Vereinbarung von Mehrkosten ist in § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen enthalten. Diese Vertragsklausel regelt die Grundsätze der Leistungserbringung durch die Vertragspartner. In den Regelungen zur Vergütung (§ 7 Abs. 4 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen) sowie zur Zuzahlung (§ 8 Abs. 3 Satz 2 dieses Vertrages) wird deutlich, dass nach dem Willen der Vertragsparteien die Möglichkeit einer Mehrkostenvereinbarung zwischen Leistungserbringer und Versicherten nicht ausgeschlossen sein soll.

Die Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen ist insbesondere unter Berücksichtigung der Bestimmung in § 3 Abs. 1 Satz 1 dieses Vertrages zu verstehen. Die durch die Leistungserbringer gewährleistete Versorgung ist hiernach „eine ausreichende, zweckmäßige sowie wirtschaftliche Versorgung gemäß § 33 SGB V i. V. m. § 12 SGB V“. Die in dem nachfolgenden Satz genannte aufzahlungsfreie Versorgung kann sich deshalb nur auf die von § 3 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages umfasste Versorgung beziehen.

Die Systematik insbesondere innerhalb der Vertragsklausel selbst spricht damit dafür, dass entgegen dem Wortlaut des Satzes 2 und 3 nicht sämtliche Produkte einer Produktart ohne die Möglichkeit einer Mehrkostenvereinbarung abgegeben werden müssen, sondern sich diese Pflicht auf die dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechenden Hilfsmittel beschränkt.

¹⁵⁴ *BVerwGE* 84, 257 (265); vgl. auch *BGHZ* 101, 271 (273); *Singer*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 47.

(3) Sinn und Zweck der Vereinbarung

Von „erheblicher Bedeutung für die Auslegung von Rechtsgeschäften sind Interessenlage¹⁵⁵ und Zweck¹⁵⁶ einer Regelung“.¹⁵⁷ Eine Interpretation der Vereinbarung, die dem Sinn des Vertrages zuwiderläuft, ist aufgrund des Grundsatzes der widerspruchsfreien Auslegung zu vermeiden.¹⁵⁸

Sinn und Zweck des vorliegenden Vertrages bestehen darin, die Versorgung der Versicherten der AOK Baden-Württemberg mit Hilfsmitteln sicherzustellen. Während die Leistungserbringer von Hilfsmitteln den Zugang zu der Versorgung der Versicherten der AOK Baden-Württemberg anstreben, ist es das Ziel der Krankenkasse, den Anspruch ihrer Versicherten durch den Abschluss eines Vertrages gemäß § 127 Abs. 2 SGB V zu erfüllen. Dieser Zweck des Abschlusses des Vertrages lässt darauf schließen, dass der Umfang der den Leistungserbringern vertraglich auferlegten Leistungspflicht derjenigen des Anspruchs der Versicherten entspricht. Eine über den Anspruch der Versicherten hinausgehende Versorgung ist der Krankenkasse gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V untersagt. Der Begriff der Erforderlichkeit in § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V beschränkt bei Hilfsmitteln die Versorgung in der Regel auf die Standardausführung.¹⁵⁹

Damit sprechen auch der Sinn und Zweck der vertraglichen Regelung dafür, dass von der Leistungspflicht der Hilfsmittelerbringer zur aufzahlungsfreien Abgabe von Bandagen lediglich solche Einzelprodukte aus dem Hilfsmittelverzeichnis umfasst sind, die das Maß des Notwendigen *nicht* übersteigen. Im Hinblick auf Produkte, die weitere Qualitätsmerkmale erfüllen, können Leistungserbringer und Versicherte Vereinbarungen über die Mehrkosten treffen.

(4) Gesetzeskonforme Auslegung

Zu diesem Ergebnis führt auch eine gesetzeskonforme Auslegung und damit eine Interpretation, die sich an den bereits genannten Vorschriften in § 12 Abs. 1 Satz 2 sowie § 33 Abs. 1 Satz 1 und 5 SGB V orientiert. Zwar gilt für die Be-

¹⁵⁵ BGHZ 21, 319 (328); 84, 268 (274 f.); 109, 19 (22); 131, 136 (138); vgl. auch BGHZ 152, 153 (159).

¹⁵⁶ BGHZ 2, 379 (385); 20, 109 (110).

¹⁵⁷ Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2012, § 133 Rn. 52.

¹⁵⁸ Busche, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 157 Rn. 6.

¹⁵⁹ Engelhard, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 91; Ulmer, in: Eichenhofer/Wenner, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2013, § 12 Rn. 27.

schränkung des Inhalts eines Vertrages der Vorbehalt des Gesetzes¹⁶⁰ nicht; Bedeutung kommt insoweit aber dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes zu, welcher der Vertragskompetenz der gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. § 4 Abs. 1 SGB V) Grenzen setzt.¹⁶¹ Unter dem Vorrang des Gesetzes wird allgemein verstanden, dass staatliche Handlungen nicht gegen bestehende Rechtsvorschriften verstoßen dürfen, sich also im Rahmen des geltenden Rechts halten müssen.¹⁶²

Das *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* hat zur gesetzeskonformen Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge ausgeführt: „Die Nichtigkeit eines öffentlichrechtlichen Vertrages kann [...] nicht allein aus einer von mehreren Auslegungsmöglichkeiten gefolgert werden. Ergibt eine weitere Auslegungsmöglichkeit einen Vertragsinhalt, der nicht zur Nichtigkeit führt, so ist diese ‚gesetzeskonforme‘ Auslegung zu wählen, wenn sie dem objektiven Willen der Parteien nicht ausdrücklich zuwiderläuft und sich innerhalb der Auslegungsschranken des § 157 BGB hält. Im Zweifel gebührt somit der Auslegung der Vorzug, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet.“¹⁶³ Wie sogleich näher zu zeigen sein wird¹⁶⁴, lässt sich durch die Auslegung, dass hier von der Leistungspflicht der Hilfsmittelerbringer zur aufzahlungsfreien Abgabe von Bandagen lediglich solche Einzelprodukte aus dem Hilfsmittelverzeichnis umfasst sind, die über das Maß des Notwendigen *nicht* hinausgehen, und im Hinblick auf Produkte, die weitere Qualitätsmerkmale erfüllen, Leistungserbringer und Versicherte Vereinbarungen über die Mehrkosten treffen können, die Nichtigkeit von § 3 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Vertrages über die Abgabe von Bandagen vermeiden.

(5) Zwischenergebnis zur Auslegung des Vertrages

Der zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossene Vertrag ist dahingehend auszulegen, dass eine Mehrkostenvereinbarung zwischen Leistungserbringern und Versicherten möglich ist, soweit die Versorgung das Maß des Notwendigen überschreitet. Die aufzahlungsfreie

¹⁶⁰ Siehe dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 25 ff.

¹⁶¹ *BSGE* 106, 29 (37).

¹⁶² *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 17.

¹⁶³ *OVG NW*, NVwZ 1992, 988 (989); vgl. auch *OVG Nds.*, Urt. vom 12. Dezember 2006 – 5 LC 53/06, juris Rn. 46; *VGH BW*, NVwZ 2000, 1304 (1305); *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 58 Rn. 3a.

¹⁶⁴ Siehe S. 44 f.

freie Abgabe aller Bandagen einer Produktart ist beschränkt auf die von der Leistungspflicht der GKV umfassten Produkte.

Stehen also zwei Bandagen mit unterschiedlichen Qualitätsmerkmalen und dementsprechend unterschiedlichen Preisen aus einer Produktart ihrer medizinischen Indikation nach für die Versorgung eines Versicherten zur Verfügung, kann der Leistungserbringer mit dem Versicherten eine Vereinbarung dergestalt treffen, dass dieser die qualitativ hochwertigere Bandage erhält, wenn er die Mehrkosten selbst trägt.

cc) Zwischenergebnis zur Inhaltskontrolle

Die Regelungen über die Mehrkostenvereinbarung stellen nach dieser Auslegung keine Abweichung von gesetzlichen Vorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar.

f) Zwischenergebnis zur AGB-Prüfung

Die Regelungen über die Mehrkostenvereinbarung sind Bestandteile des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrages sowie der diesbezüglichen Beitrittsverträge geworden.

V. Wirksamkeit des Vertrages

Der zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossene Vertrag müsste auch wirksam sein.

Die Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Sozialversicherungsrecht richtet sich nach den §§ 58 und 59 SGB X. Während § 58 SGB X die Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages betrifft, ermöglicht § 59 SGB X die Änderung oder Kündigung in besonderen Fällen. Nach der gesetzlichen Regelungssystematik unterscheidet das SGB X ebenso wie das VwVfG ausschließlich zwischen rechtswirksamen und nichtigen öffentlich-rechtlichen Verträgen.¹⁶⁵ Nicht bereits jeder Rechtsverstoß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages führt zu dessen Unwirksamkeit; vielmehr ist die Wirksamkeit des Vertrages, wie sich aus der differenzierenden Regelung des § 58 SGB X ergibt, erst in qualifizierten Fällen

¹⁶⁵ *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 58 Rn. 2; *Krasney*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 58 SGB X Rn. 2.

der Rechtswidrigkeit betroffen.¹⁶⁶ Bestehen mehrere Möglichkeiten der Auslegung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, so ist derjenigen Auslegung Vorzug zu geben, die nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führt.¹⁶⁷

1. Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Die Nichtigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sozialrecht richtet sich nach § 58 SGB X.

Der Sechste Abschnitt des Vierten Kapitels des SGB V, der die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln regelt, enthält Vorgaben hinsichtlich der in den Verträgen zu treffenden Regelungen, nicht jedoch in Bezug auf die Wirksamkeit der Verträge. Daher bleiben die allgemeinen Regelungen des SGB X zur Wirksamkeit der Verträge einschließlich der nach § 127 Abs. 2 und 2a SGB V geschlossenen Verträge anwendbar.

a) Nichtigkeit eines subordinationsrechtlichen Vertrages

Für Verträge im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X erweitert § 58 Abs. 2 SGB X die Nichtigkeitsgründe über diejenigen, die sich gemäß § 58 Abs. 1 SGB X aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergeben, hinaus um spezifische Nichtigkeitsgründe.

Die Anwendbarkeit des § 58 Abs. 2 SGB X setzt voraus, dass ein sogenannter subordinationsrechtlicher Vertrag im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X vorliegt. Danach kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

Da die Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern einer Regelung durch Verwaltungsakt nicht zugänglich sind, handelt es sich bei Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V nicht um subordinationsrechtliche Verträge.¹⁶⁸

¹⁶⁶ BSG, SozR 4-2500, § 109 Nr. 7, S. 28 (35); SozR 4-2500, § 83 Nr. 5, S. 48 (50 f.); *Engelmann*, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 58 Rn. 3; vgl. entsprechend zum VwVfG *BVerwGE* 89, 7 (10); 98, 58 (63).

¹⁶⁷ Vgl. oben S. 41.

¹⁶⁸ Siehe dazu S. 28.

b) Nichtigkeit eines koordinationsrechtlichen Vertrages

Die Wirksamkeit koordinationsrechtlicher Verträge bestimmt sich nach § 58 Abs. 1 SGB X. Koordinationsrechtliche Verträge zeichnen sich durch zwei gleichgestellte miteinander kontrahierende Rechtssubjekte aus.¹⁶⁹ Bei Verträgen zwischen Sozialleistungserbringern und Leistungserbringern von Hilfsmitteln handelt es sich um koordinationsrechtliche Verträge.¹⁷⁰ Für die Wirksamkeit koordinationsrechtlicher Verträge bestimmt § 58 Abs. 1 SGB X, dass ein solcher Vertrag nichtig ist, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergibt. Damit wird vor allem auf die §§ 105, 116–120, 123, 125, 134, 138, 142 und 306 BGB Bezug genommen.¹⁷¹ Vorliegend kommt eine Nichtigkeit gemäß § 58 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 134 BGB in Betracht. Da die Nichtigkeit eines Vertrages lediglich bei qualifizierten Rechtsverstößen anzunehmen ist, setzt ein Verstoß gegen § 58 I SGB X i. V. m. § 134 BGB einen Verstoß gegen eine zwingende Rechtsnorm voraus, die nach ihrem Sinn und Zweck die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbietet oder einen bestimmten Inhalt eines Vertrages ausschließt.¹⁷²

aa) § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V als gesetzliches Verbot

§ 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V könnte eine zwingende Rechtsnorm darstellen, die einen bestimmten Inhalt eines Vertrages ausschließt.

Nach dem Wortlaut von § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V dürfen Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, vom Leistungserbringer nicht bewirkt und von der Krankenkasse nicht bewilligt werden. Diesem Rechtssatz lässt sich das zwingende Verbot entnehmen, dass eine nicht notwendige oder unwirtschaftliche Leistung zu Lasten der GKV erbracht wird. § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V schließt insoweit einen bestimmten Inhalt eines Vertrages zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer aus.

Die Annahme eines gesetzlichen Verbotes setzt jedoch weiterhin voraus, dass sich das Verbot an beide Vertragsparteien richtet.¹⁷³ Dies könnte auf den ersten

¹⁶⁹ Engelmann, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl. 2014, Kommentar, § 53 Rn. 4.

¹⁷⁰ Vgl. oben S. 28.

¹⁷¹ Krasney, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 58 SGB X Rn. 5.

¹⁷² BSGE 95, 141 (147); BSG, SozR 4-2500, § 109 Nr. 7, S. 28 (35); SozR 4-2500, § 83 Nr. 5, S. 48 (50 f.).

¹⁷³ BGHZ 115, 123 (125) – ständige Rechtsprechung seit RGZ 60, 273; Krasney, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 58 SGB X Rn. 5.

Blick hinsichtlich der teleologischen Reduktion der Norm bei der Frage der Zulässigkeit einer Mehrkostenvereinbarung in der Hilfsmittelversorgung fraglich sein. Allerdings schließt eine Auslegung, die das Erbringen einer nicht notwendigen Leistung bei einer Mehrkostenvereinbarung mit dem Versicherten für zulässig erachtet, ein sowohl an die Krankenkassen als auch an die Leistungserbringer gerichtetes gesetzliches Verbot nicht aus. Denn beiden an der Versorgung mit Hilfsmitteln Beteiligten ist es weiterhin untersagt, nicht notwendige Leistungen *zu Lasten der GKV* zu erbringen.

Damit stellt § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar.

bb) Vertrag über die Abgabe von Bandagen

Um die Frage eines Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot des § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V am Beispiel des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrages beantworten zu können, ist der Inhalt der vertraglichen Regelung zu ermitteln.

Diese orientiert sich – wie durch Vertragsauslegung festgestellt wurde¹⁷⁴ – an der gesetzlichen Vorgabe, dass anfallende Mehrkosten der Versorgung mit Hilfsmitteln, die das Maß des Notwendigen überschreiten, aufgrund einer Vereinbarung zwischen Leistungserbringer und Versicherten von diesen getragen werden.

Eine solche vertragliche Regelung verstößt nicht gegen das Verbot des § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V. Eine Auslegung des Vertrages dahingehend, dass die Leistungserbringer Mehrkostenvereinbarungen mit den Versicherten nicht abschließen dürften und den Versicherten jegliche Produkte einer Produktart abgeben müssten, verstieße jedoch gegen das gesetzliche Verbot des § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

cc) Zwischenergebnis zur Nichtigkeit des Vertrages

Der zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag ist damit nicht nichtig. Wird dieser Vertrag dergestalt ausgelegt, dass von der Leistungspflicht der Leistungserbringer ausschließlich diejenigen Einzelprodukte umfasst sind, die

¹⁷⁴ Siehe S. 39 ff.

sich innerhalb des Maßes des Notwendigen bewegen, liegt ein Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V nicht vor.

2. Anspruch auf Änderung oder Kündigung des Vertrages?

§ 59 Abs. 1 Satz 1 SGB X begründet einen Anspruch auf Änderung des Vertrages oder, sofern eine solche nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, die Kündigung des Vertrages, wenn sich die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, seit Abschluss des Vertrages so wesentlich geändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist.

Ein auf § 59 Abs. 1 Satz 1 SGB X gestützter Anspruch auf Anpassung des Vertrages setzt zunächst die Anwendbarkeit der Norm auf Verträge im Sinne des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V voraus. Die Anwendbarkeit könnte insoweit von den zivilrechtlichen Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage über den Verweis in § 69 Satz 3 SGB V ausgeschlossen sein.

Das Verhältnis von § 59 SGB X und § 69 Satz 3 SGB V i. V. m. § 313 Abs. 1 BGB ist umstritten.¹⁷⁵ Die Frage der Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage oder des § 59 SGB X kann jedoch dahinstehen, wenn beide Normen nicht zu einer Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Vertrages führen. Sowohl § 59 Abs. 1 Satz 1 SGB X als auch § 313 Abs. 1 BGB setzen jeweils voraus, dass sich Verhältnisse, welche die Grundlage des Vertrages bilden, nach dem Vertragsschluss grundlegend geändert haben. Im Hinblick auf die Mehrkostenvereinbarung bleibt festzuhalten, dass dies kein Umstand ist, der sich nachträglich geändert hat; er kann somit für die Begründung eines Anspruchs auf Änderung oder Kündigung des Vertrages nicht herangezogen werden.

E. Gesamtergebnis der Prüfung der Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses einer Mehrkostenvereinbarung

Ein genereller vertraglicher Ausschluss von Mehrkostenvereinbarungen in der Hilfsmittelversorgung stößt auf schwerwiegende rechtliche Einwände. Zwar wird den gesetzlichen Krankenkassen durch § 127 Abs. 2 SGB V ein Gestaltungsspielraum auch hinsichtlich der vertraglich vereinbarten Preise eingeräumt.

¹⁷⁵ Siehe dazu *Pabst*, Das Vierte Kapitel SGB V und sein Verhältnis zum Vertragsrecht nach SGB X, SGB 2002, 475 (479).

Dennoch führt dies nicht dazu, dass die gesetzlichen Krankenkassen Leistungen erbringen dürfen, die dem Gebot der Wirtschaftlichkeit widersprechen. Die in einem Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V regelungsfähige aufzahlungsfreie Abgabe von Hilfsmitteln ist somit beschränkt auf die von der Leistungspflicht der GKV umfassten Produkte. Eine Mehrkostenvereinbarung zwischen Leistungserbringern und Versicherten bleibt daher möglich, soweit die Versorgung über das Maß des Notwendigen hinausgeht.

Dritter Teil

Zusammenfassung in Leitsätzen

Wesentliche Ergebnisse der gesamten Untersuchung lassen sich in Leitsätzen wie folgt zusammenfassen:

1. Die Versorgung mit Hilfsmitteln in der GKV ist geprägt von einem Dreipersonenverhältnis zwischen Krankenkassen, Versicherten und Leistungserbringern. Die Versicherten haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern (§ 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Von diesem Anspruch auf Krankenbehandlung ist auch die Versorgung mit Hilfsmitteln umfasst (§ 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 33 SGB V). Die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften schließen mit den Leistungserbringern oder deren Zusammenschlüssen Verträge im Sinne des § 127 SGB V, um den gegen die Krankenkassen bestehenden Anspruch der Versicherten zu erfüllen.

2. Die Versorgung der Versicherten soll grundsätzlich über Verträge gemäß § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V abgedeckt werden. 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 von Leistungserbringern über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist („Ausschreibungsverträge“). Soweit Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V nicht durchgeführt werden, schließen die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften gemäß § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung („Verhandlungsverträge“).

3. Ist eine Ausschreibung zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig, stehen die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens gemäß § 127 Abs. 1 SGB V oder der Abschluss eines Vertrages nach § 127 Abs. 2 SGB V im Ermessen der jeweiligen Krankenkasse

bzw. des auf Krankenkassenseite gebildeten Landesverbandes oder der Arbeitsgemeinschaft. Den Verträgen nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V können Leistungserbringer zu den gleichen Bedingungen als Vertragspartner beitreten, soweit sie nicht aufgrund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind (§ 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V).

4. Der rechtliche Rahmen für die Verordnung von Hilfsmitteln wird neben der vom Gemeinsamen Bundesausschuss beschlossenen Hilfsmittel-Richtlinie durch das vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen erstellte Hilfsmittelverzeichnis gesetzt. Die Hilfsmittel-Richtlinie bindet alle an der Versorgung von Hilfsmitteln Beteiligten unmittelbar – also sowohl die Krankenkassen als auch die Vertragsärzte, die Leistungserbringer sowie die Versicherten. Die Auswahl des konkreten Hilfsmittels wird zwischen dem einzelnen Versicherten und dem Leistungserbringer von Hilfsmitteln getroffen. Im Hilfsmittelverzeichnis sind die einzelnen Produkte zur Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln geordnet nach Produktgruppen aufgeführt. Innerhalb der Produktgruppen wird je nach Einsatzbereich der Hilfsmittel in Produktarten differenziert. Innerhalb der Produktarten sind die einzelnen Produkte aufgeführt. Das Verzeichnis ist für die Beurteilung des Vorliegens oder der Verordnungsfähigkeit eines Hilfsmittels nicht bindend, spielt jedoch in der Praxis der Hilfsmittelversorgung eine zentrale Rolle. Erfüllt ein Hilfsmittel die qualitativen Anforderungen, so besteht ein Anspruch des Herstellers auf Aufnahme in das Verzeichnis im Falle eines entsprechenden Antrags.

5. Mehrkostenvereinbarungen zwischen Leistungserbringern und Versicherten sind zulässig. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund des in § 12 Abs. 1 SGB V verankerten Wirtschaftlichkeitsgebotes. Zwar ist der Anspruch des Versicherten gegenüber der jeweiligen Krankenkasse lediglich auf ausreichende, zweckmäßige, das Maß des Notwendigen nicht übersteigende sowie wirtschaftliche Leistungen beschränkt. Dass Versicherte Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V nicht beanspruchen dürfen, bedeutet hingegen nicht, dass Mehrkostenvereinbarungen mit Leistungserbringern ausgeschlossen sind. § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V sieht für die Versorgung mit Hilfsmitteln ein Recht der Versicherten vor, auch solche Hilfsmittel auszuwählen, die über das Maß des Notwendigen hinausgehen, soweit die Versicherten die Mehrkosten und dadurch bedingte höhere Folgekosten selbst tragen.

6. Verträge im Sinne des § 127 Abs. 2 und 2a SGB V sind öffentlich-rechtliche Verträge. Nach einem Beschluss des *Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes* vom 10. April 1986 handelte es sich bei dem Vorgang der Beschaffung von Hilfsmitteln durch gesetzliche Krankenkassen früher um eine zivilrechtliche Beziehung zwischen den Krankenkassen und den Leistungs-

erbringern. Nach der Neufassung von § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V, der die maßgebenden Normen des SGB V für die abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und deren Verbänden bestimmt, ist das Rechtsverhältnis jedoch dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Die §§ 53 ff. SGB X enthalten Regelungen zu öffentlich-rechtlichen Verträgen im Krankenversicherungsrecht. Dem Rückgriff auf diese allgemeinen Vorschriften steht § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V nicht entgegen. Im Einzelfall ist jedoch zu prüfen, inwieweit die Regelungen des Leistungserbringungsrechts im Wege der Spezialität hiervon abweichen.

7. Ob eine Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verträge entsprechend den §§ 305 ff. BGB vorgenommen werden kann, ist umstritten. Das Erfordernis einer ergänzenden Anwendung der §§ 305 ff. BGB wird im Schrifttum teilweise unter Hinweis auf das durch die §§ 55 und 58 SGB X gewährleistete Schutzniveau abgelehnt. Zu beachten ist jedoch, dass ein besonderer Schutz lediglich für sogenannte subordinationsrechtliche Verträge gilt; ein solcher Vertrag liegt vor, wenn die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließt, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Bei Verträgen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern von Hilfsmitteln handelt es sich jedoch um sogenannte koordinationsrechtliche Verträge. Mag das für die Situation des Stellens von AGB typischerweise vorliegende Machtgefälle zwischen Verwender und Kunde bei solchen Verträgen auch selten vorkommen, so schließt dies die Anwendbarkeit der ABG-Kontrolle aber nicht aus. Insbesondere bei Vorliegen eines solchen Machtgefälles wie hier zwischen einer Krankenkasse und den zur Teilnahme an der Versorgung mit Hilfsmitteln auf Vertragsabschlüsse angewiesenen Leistungserbringern sprechen die besseren Gründe dafür, eine AGB-Kontrolle entsprechend den §§ 305 ff. BGB vorzunehmen. Zugunsten dieses Ergebnisses lässt sich auch § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V anführen, welcher die Vorschriften des BGB für entsprechend anwendbar erklärt, soweit diese mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot sowie den Aufgaben und Pflichten der an der Versorgung Beteiligten vereinbar sind. Denn die AGB-Kontrolle betrifft die bei Vertragsschluss zwischen den Parteien bestehende, strukturell unterschiedliche Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertragsinhalt. Auch das Bundesversicherungsamt vertritt die Auffassung, dass die Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V der AGB-Kontrolle entsprechend den §§ 305 ff. BGB unterliegen können.

8. Der zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossene Vertrag ist dahingehend auszulegen, dass eine Mehrkostenvereinbarung zwischen Leistungserbringern und Versicherten möglich ist, soweit die Versorgung das Maß des Notwendigen überschreitet. Die aufzahlungsfreie Abgabe aller Bandagen einer Produktart ist beschränkt auf die

von der Leistungspflicht der GKV umfassten Produkte. Stehen also zwei Bandagen mit unterschiedlichen Qualitätsmerkmalen und dementsprechend unterschiedlichen Preisen aus einer Produktart ihrer medizinischen Indikation nach für die Versorgung eines Versicherten zur Verfügung, kann der Leistungserbringer mit dem Versicherten eine Vereinbarung dergestalt treffen, dass dieser die qualitativ hochwertigere Bandage erhält, wenn er die Mehrkosten selbst trägt.

9. Die Regelungen über die Mehrkostenvereinbarung stellen nach dieser Auslegung keine Abweichung von gesetzlichen Vorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB dar. Sie sind Bestandteile des zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossenen Vertrages sowie der diesbezüglichen Beitrittsverträge geworden.

10. Der zwischen der AOK Baden-Württemberg und dem FOS über die Abgabe von Bandagen geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag ist nicht nach § 58 Abs. 1 SGB X nichtig. Wird dieser Vertrag dergestalt ausgelegt, dass von der Leistungspflicht der Leistungserbringer ausschließlich diejenigen Einzelprodukte umfasst sind, die sich innerhalb des Maßes des Notwendigen bewegen, liegt ein Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V nicht vor.



Berlin, am 13. Juni 2014

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan