
S 5 KR 310/07 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	16
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 5 KR 310/07 ER
Datum	31.01.2008

2. Instanz

Aktenzeichen	L 16 B 10/08 KR ER
Datum	21.07.2008

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 31. Januar 2008 geändert und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt'in) versorgt als nach [§ 126 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) in der bis zum 31.03.2007 geltenden Fassung (a. F.) zugelassene Leistungserbringerin seit dem 01.09.1990 vorwiegend gesetzlich Versicherte mit aufsaugenden Inkontinenzartikeln. Von ihrem Standort in Bonn aus beliefert die ASt'in mit vier festangestellten Mitarbeitern und vier Aushilfskräften maximal 1.500 bis 2.000 Patienten aller Krankenkassen in einem regionalen Einzugsgebiet. Den zuletzt zum 01.04.2001 abgeschlossenen, auch der AG in gegenüber geltenden Vertrag gemäß [§ 127 SGB V](#) a. F. kündigten die Verbände (Verband der Angestellten-Krankenkassen e. V. (VdAK) und Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e. V. (AEKV)) zum 31.12.2006 und boten der ASt'in eine Fortführung der Zusammenarbeit ab dem

01.01.2007 auf der Basis eines modifizierten Vertrages an. Die Wirksamkeit der Kündigung ist Gegenstand eines unter dem Az. S 5 KR 175/06 bei dem Sozialgericht (SG) Köln anhängigen Verfahrens. Auch nach der Kündigung hat die ASt'in zunächst in unverändertem Umfang Leistungen gegenüber den Versicherten der AG'in erbracht und einverständlich auf der Basis der vorher vertraglich vereinbart gewesenen Preise abgerechnet.

In Umsetzung von [§ 127 Abs. 1 S. 1 SGB V](#) in der ab dem 01.4.2007 geltenden, durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26.03.2007 (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG), Bundesgesetzblatt (BGBl) I S. 378) modifizierten Fassung (n. F.) leitete die AG'in Ausschreibungen über die bundesweite Hauszustellung von aufsaugenden Inkontinenzartikeln ein. Sie beabsichtigte, im Wege des offenen Verfahrens mit insgesamt zwanzig Losen die Versorgung der Versicherten auf die jeweiligen Ausschreibungsgewinner zu beschränken und mit diesen entsprechende, auf zwei Jahre befristete Verträge abzuschließen. Die Losaufteilung nahm sie regional vor, das heißt das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland teilte sie in zwanzig Regionen, orientiert an Postleitzahlgebieten, auf. Die ASt'in zog anfänglich in Betracht, ein Angebot auf das Los Nr. 5 "2007/S 195-2372000" der Vergabe "Inkonti 2007", das einen Teil Nordrhein-Westfalens mit 6460 bei der AG'in versicherten Inkontinenzpatienten auf der Basis der Daten von 2006 umfasst, abzugeben. Ziffer 6 Nr. 2 der Vergabebedingungen forderte jedoch eine Zertifizierung der Bieter durch ein qualifiziertes Qualitätsmanagement-System nach den Normen "DIN EN ISO 13485" oder "DIN EN ISO 9001 ff.", die zwingend im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegen musste. Wegen der bis zum Ende der Ausschreibungsfrist noch nicht nachgewiesenen Zertifizierung und weil sie sich nicht der Lage sah, die geforderte Bürgschaft für den Fall der Insolvenz oder anderer Gründe beizubringen, gab die ASt'in kein Angebot ab. Auf ihren entsprechenden Antrag hin verpflichtete die 3. Vergabekammer des Bundes mit rechtskräftig gewordenem Beschluss vom 09.01.2008 (Az.: VK 3 - 145/07) unter Bejahung des Rechtsweges die AG'in, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotsabgabe zurückzusetzen und der ASt'in Gelegenheit zur Abgabe eines Angebotes zu geben. Zur Begründung stellte die Vergabekammer darauf ab, (lediglich) die Forderung nach einer Sicherheitsleistung sei vergabewidrig im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die weiteren Rügen der ASt'in blieben erfolglos.

Parallel dazu hat die ASt'in am 07.12.2007 bei dem SG Köln im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht, sie sei unabhängig vom Fort- und Ausgang der Ausschreibung entsprechend der in [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. für zugelassene Leistungserbringer festgeschriebenen Übergangsfrist weiterhin bis zu deren Ablauf am 31.12.2008 berechtigt, im bisherigen Umfang Leistungen gegenüber Versicherten der AG'in zu erbringen; die AG in dürfe die Versicherten nach Erteilung des Zuschlages nicht ausschließlich auf die Ausschreibungsgewinner verweisen. Zur Begründung hat die ASt in vorgetragen, der Umsatz der Versorgung der Versicherten der AG'in betrage zwanzig Prozent ihres Gesamtumsatzes. Im Jahre 2006 habe sie Inkontinenzhilfsmittel im Werte von rd. 133.000 EUR an Versicherte der AG'in geliefert und diese mit der AG'in abgerechnet. Der mögliche

Ausschluss von der Versorgung Versicherter der AG'in mit aufsaugenden Inkontinenzartikeln stelle für sie eine erhebliche Existenzgefährdung dar. Sie habe nicht nur die diesbezüglichen Umsatzverluste zu verkraften, sondern auch wegen der dadurch verringerten Absatzmengen mit insgesamt ungünstigeren Einkaufsbedingungen bei den Herstellern zu rechnen. Dadurch verschlechtere sich ihre Marktsituation zusätzlich. Zwar habe der Gesetzgeber den gesetzlichen Krankenkassen die Möglichkeit gegeben, die Versorgung von Versicherten mit Hilfsmitteln durch Ausschreibungen gezielt zu steuern. Im Hinblick auf die damit für die einzelnen Leistungserbringer, die keinen Zuschlag erhielten oder sich gar nicht an der Ausschreibung beteiligten, verbundenen wirtschaftlichen Folgen komme der Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F., zur Versorgung der gesetzlichen Versicherten noch bis zum 31.12.2008 berechtigt zu sein, zentrale Bedeutung zu. Ihr als bisheriger Zulassungsinhaberin müsse durch Einhaltung der Übergangsfrist zeitlich die Möglichkeit gegeben werden, sich auf die neuen Marktbedingungen einzustellen. Ihre Berechtigung zur Teilnahme an der Versorgung der gesetzlich Versicherten bis zum 31.12.2008 werde auch nicht durch [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F. eingeschränkt. Es könne nicht im Belieben gesetzlicher Krankenkassen stehen, durch entsprechende Abschlüsse von Verträgen nach [§ 127 SGB V](#) n. F. die bisherigen Leistungserbringer auch schon vor dem Jahresende 2008 vollständig vom Markt zu verdrängen. [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F. sei deshalb dahingehend auszulegen, dass die Norm erst ab dem 01.01.2009 Geltung entfalte.

Die Ast'in hat schriftsätzlich beantragt,

vorläufig festzustellen, dass sie auch dann zur Versorgung Versicherter der AG'in mit aufsaugenden Inkontinenzartikeln und Krankenunterlagen berechtigt sei, wenn die AG'in vor dem 31.12.2008 im Wege einer Ausschreibung anderen Leistungserbringern den Zuschlag erteile, aufgrund dessen diese Leistungserbringer berechtigt würden, Versicherte der AG'in auf vertraglicher Basis mit aufsaugenden Inkontinenzartikeln und Krankenunterlagen zu versorgen.

Die AG'in hat schriftsätzlich beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen.

Sie hat vorgetragen, es fehle bereits an einem Feststellungsinteresse. Die Rechtslage hinsichtlich des leistungserbringerrechtlichen Status' der Ast'in, geregelt in [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F., sei so eindeutig wie unstrittig. Hiervon streng zu unterscheiden sei das zwischen Krankenkasse und Versicherten geltende Leistungsrecht, vgl. [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F.: Die gesetzlich Versicherten könnten auch versorgungsberechtigte Leistungserbringer nach [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) a. F. in Anspruch nehmen. Das Wahlrecht der Versicherten finde jedoch gemäß [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F. seine Grenze, wenn ein Vertrag der gesetzlichen Krankenkasse mit bestimmten Leistungserbringern nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) n. F. infolge Ausschreibung zustande gekommen sei. Danach erfolge die Versorgung – nur noch – durch einen Leistungserbringer, der den Versicherten von der Krankenkasse zu benennen sei. Wenn kein Ausnahmefall im Sinne von [§ 33 Abs. 6 S. 3 SGB V](#) n. F. vorliege, bestehe kein Wahlrecht der Versicherten mehr. Diesen seien seitens der

gesetzlichen Krankenkassen nur diejenigen Leistungserbringer zu benennen, die den Zuschlag nach Ausschreibung erhalten hätten. Alle anderen Leistungserbringer seien damit von der Versorgung der betroffenen Versicherten ausgeschlossen. Die von der AST'in vorgetragene Rechtsauffassung zum Spannungsverhältnis von [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. und [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F. beruhe auf einem grundlegenden Missverständnis. § 126 Abs. 2 SGB n. F. bilde lediglich eine Übergangsvorschrift zu den in [§ 126 Abs. 1 SGB V](#) n. F. geänderten Voraussetzungen für die Teilnahme der Leistungserbringer am Wettbewerb auf dem Gebiet der gesetzlichen Krankenversicherung. Auch nur hierauf beziehe sich die Äußerung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zur Übergangsfrist, die dem Leistungserbringer Zeit geben solle, sich auf die geänderten Verhältnisse einzustellen. Daraus ableiten zu wollen, [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. stelle auch eine Übergangsvorschrift zu [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F. dar, sei gesetzessystematisch unhaltbar.

Mit Beschluss vom 31.01.2008 hat das SG festgestellt, dass die AST'in zur Versorgung der gesetzlich Versicherten der AG'in mit Inkontinenzartikeln und Krankenunterlagen bis zum 31.12.2008 berechtigt sei, auch wenn die AG'in bereits im Wege der Ausschreibung vor dem 31.12.2008 Verträge mit anderen Leistungserbringern schließe. Zur Begründung hat das SG im Wesentlichen ausgeführt: Die im Tenor des Beschlusses ausgesprochene Feststellung stelle zwar eine Vorwegnahme der Hauptsache dar. Diese sei aber ausnahmsweise gerechtfertigt; denn ein Obsiegen der AST'in im Hauptsacheverfahren sei wahrscheinlich. Der Gesetzgeber habe die Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. deshalb in das Regelwerk aufgenommen, damit sich die bisherigen zugelassenen Leistungserbringer innerhalb einer angemessenen Übergangsfrist auf die geänderten Verhältnisse einstellen könnten. Entgegen der Auffassung der AG'in schränke § 33 Abs. 6 SGB n. F. die Berechtigung der Leistungserbringer aus [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. nicht ein. Wenn der Gesetzgeber eine solche Regelung hätte treffen wollen, so hätte er dies in systematischer Hinsicht im sechsten Abschnitt des vierten Kapitels tun müssen. Aber auch aus [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F. folge nicht, dass die bisher zugelassenen Leistungserbringer ab Erteilung des Zuschlages im Rahmen einer Ausschreibung nicht mehr an der Versorgung der Versicherten teilnehmen dürften. Vielmehr habe der Gesetzgeber in [§ 33 Abs. 6 S. 1 SGB V](#) n. F. deutlich gemacht, dass den bisher zugelassenen Leistungserbringern in der Übergangszeit bis zum 31.12.2008 ein Versorgungsauftrag zukomme.

Gegen den ihr am 01.02.2008 zugestellten Beschluss hat die AG'in am 06.02.2008 Beschwerde eingelegt, der das SG nicht abgeholfen hat. Die AG in trägt ergänzend vor, der Wortlaut von [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F. sei der vom SG vorgenommenen Interpretation nicht zugänglich. Der Regelungsinhalt der Norm sei eindeutig. Der Gesetzgeber habe in der Gesetzesbegründung eindeutig das Verhältnis der Vorschrift zu [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. zum Ausdruck gebracht. Danach solle die Versorgung der Versicherten auch in Ansehung der Übergangsvorschrift des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. nur durch den Ausschreibungsgewinner erfolgen. Im Übrigen würden durch die vom SG vorgenommene Interpretation zugelassene Leistungserbringer, die am Stichtag keine vertraglichen Beziehungen zu der jeweiligen gesetzlichen Krankenkasse gehabt hätten, zu Unrecht bevorzugt.

Bezüglich des Anordnungsgrundes sei nicht nachvollziehbar, warum sich die ASt'in erst zum Jahresbeginn 2009 auf die dann jedenfalls eintretenden geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse einstellen könne. Das vorliegende Verfahren habe sich auch nicht im Hinblick auf den von der ASt in zu den Akten gereichten Vergleichsvorschlag des VdAK in dem o. g. Verfahren vor dem SG Köln (Az.: S 5 KR 175/06) erledigt. Der Vergleichsvorschlag knüpfe lediglich an die gesetzliche Regelung des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. an, deren Geltung nie bestritten worden sei. Dass die Wahlfreiheit der Versicherten nach erfolgter Ausschreibung wieder erweitert werden solle, sei dagegen nicht von der vergleichsweisen Regelung erfasst.

Die AG'in beantragt schriftsätzlich,

den Beschluss des SG Köln vom 31.01.2008 zu ändern und den Antrag der ASt'in auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

Die ASt'in beantragt schriftsätzlich,

die Beschwerde der AG'in zurückzuweisen.

Sie erachtet den angefochtenen erstinstanzlichen Beschluss als zutreffend. Ergänzend weist sie darauf hin, dass [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. den Vertrauensschutz zugelassener Leistungserbringer unabhängig vom Vorhandensein vertraglicher Beziehungen zu den gesetzlichen Krankenkassen berücksichtige. Zum Bestehen eines Anordnungsgrundes trägt die ASt'in vor, ihr Jahresumsatz habe im Zeitraum vom 01.02.2005 bis zum 31.01.2006 im Bereich der gesetzlich Krankenversicherten bei 680.709,71 EUR gelegen, wobei fünfundneunzig Prozent des Umsatzes aufsaugende Inkontinenzartikel und Krankenunterlagen betroffen hätten und davon wiederum zwanzig Prozent Versicherte der AG'in. Hinzu gekommen seien Umsätze bei Privatpatienten in Höhe von weiteren 231.164,81 EUR. Die Erteilung des Zuschlages an einen Ausschreibungsgewinner für das o. g. Los Nr. 5 der Vergabe "Inkonti 2007" habe für sie daher beträchtliche wirtschaftliche Ausfälle zur Folge. Umso dringender sei sie auf die Einhaltung der Übergangsfrist angewiesen. An der infolge des Beschlusses der 3. Vergabekammer des Bundes vom 09.01.2008 wieder eröffneten Ausschreibung bzgl. des Loses Nr. 5 habe sie sich nicht beteiligen können. Die nach wie vor geforderte Zertifizierung lasse sich auch nicht innerhalb der verlängerten Frist nachweisen. Auch wären beträchtliche Investitionen erforderlich, wenn sie, statt wie bisher 1.700 bis 2.000 inkontinente Versicherte zu versorgen, diese Leistung – so der Ausschreibungsinhalt – für ca. 6.500 Patienten erbringen sollte. Wegen der großen Schwierigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen, die Versorgung der Versicherten entsprechend der zum 01.01.2008 geänderten Rechtslage sicher zu stellen, erwäge die Regierungskoalition sogar eine Verlängerung der Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. um ein Jahr auf den 31.12.2009. Auch daran lasse sich ablesen, dass der Übergangsvorschrift große Bedeutung zugemessen werde. Schließlich sei dem Vergleichsangebot des VdAK in dem o. g. Verfahren vor dem SG Köln (Az.: S 5 KR 175/06), das auch die AG'in als Mitglied des Verbandes binde, zu entnehmen, dass die Geltung der Übergangsfrist im Verhältnis zu ihr, der Klägerin, eingeräumt werde.

Bis zum Abschluss der Ausschreibung, der während des Verfahrens eingetreten ist, hat die ASt'in zudem die Auffassung vertreten, es sei der AG'in zu verbieten, die Ausschreibung in der jetzigen Gestalt fortzusetzen. Die Ausschreibung sei aus vielfältigen Gründen, die über diejenigen hinausgingen, die im Vergabeverfahren vorgetragen worden seien, rechtswidrig.

Mit Beschluss vom 17.04.2008 hat das Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf (Az.: [VII-Verg 15/08](#)) auf Antrag der AG'in im Vergabeverfahren zur Beschaffung von Inkontinenzartikeln (2007/S 2372000 - Nr. 0001-Inkonti 2007) hinsichtlich der Lose 1, 10, 12, 13 und 14 den weiteren Fortgang des Verfahrens und den Zuschlag gestattet. Auch bezüglich des Loses Nr. 5 hat die AG'in inzwischen den Zuschlag erteilt. Sie lässt ab dem 01.07.2008 ihre Versicherten nur noch durch den Ausschreibungsgewinner versorgen. In entsprechenden Rundschreiben weist sie die betroffenen Versicherten, die Inkontinenzartikel beziehen, seit April 2008 darauf hin, dass ihre Versorgung nur noch durch den Ausschreibungsgewinner, die Fa. D Medizintechnik GmbH aus X, erfolgen dürfe.

In dem o. g. Rechtsstreit vor dem SG Köln, betreffend die Wirksamkeit der Kündigung des Versorgungsvertrages (Az.: S 5 KR 175/06) hat der VdAK zur vollständigen Beendigung des Rechtsstreits den Abschluss eines Vergleiches angeboten. Dieser enthält u. a. die Regelung, dass der Versorgungsvertrag vom 20./28.03.2001 nicht durch Kündigung beendet worden sei, sondern weiterhin unverändert fortbestehe. Der Vertrag werde aber, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedürfe, mit Ablauf der Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. (derzeit: 31.12.2008) beendet. Bis zu seinem Ablauf werde der Versorgungsvertrag ordnungsgemäß erfüllt.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Sach- und Rechtslage und des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Prozessakte sowie der beigezogenen Akte des SG Köln (Az.: S 5 KR 175/06) Bezug genommen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen sind.

II.

Die zulässige, insbesondere fristgerecht erhobene Beschwerde der AG'in ist begründet. Das SG hat zu Unrecht mit Beschluss vom 31.01.2008 festgestellt, dass die ASt'in zur Versorgung der gesetzlich Versicherten der AG'in mit Inkontinenzartikeln und Krankenunterlagen bis zum 31.12.2008 berechtigt sei, auch wenn die AG'in bereits im Wege der Ausschreibung vor dem 31.12.2008 Verträge mit anderen Leistungserbringern geschlossen habe.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache, soweit nicht ein Fall des Abs. 1 der Vorschrift vorliegt, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind nach Abs. 2 S. 2 auch zur Regelung eines vorläufigen

Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die – summarische – Prüfung der Erfolgsaussicht in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs in der Hauptsache (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO)).

Die Voraussetzungen für die von der ASt'in begehrte Regelungsanordnung liegen nach der in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht vor. Zwar kann eine – hier vorliegend einzig in Betracht kommende – Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) auch in der Form einer vorläufigen Feststellung erfolgen (Sächsisches Landessozialgericht (LSG), Beschl. vom 03.03.2008, Az.: [L 3 B 187/07 AS-ER](#), [www.juris.de](#); LSG Baden-Württemberg, Beschl. vom 11.06.2008, Az.: L 11 KR 243808 ER-B, [www.juris.de](#); Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2005, § 86b RdNr. 30).

Es bestehen aber bereits Bedenken, ob die ASt'in einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat. Sie hat zwar vorgetragen, dass rd. 14,2 % ihres Jahresumsatzes wegfallen werde, wenn sie von der Versorgung der Versicherten der AG'in ausgeschlossen werde. Es ist aber in keiner Weise dargelegt, geschweige denn glaubhaft gemacht, dass die ASt'in damit in ihrer wirtschaftlichen Existenz betroffen wäre oder ihr schwere, nicht wieder gut zu machende Nachteile drohten, die eine hier erstrebte Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigen könnten. Bedenken hat der Senat vor allem insoweit, als die ASt'in selbst nicht geltend macht, über den 31.12.2008 hinaus im bisherigen Umfang tätig werden zu dürfen und die Folgen der Zuschlagserteilung die ASt'in erst ab dem 01.07.2008, dem Zeitpunkt der Umstellung der Versorgung der Versicherten der AG in mit aufsaugenden Inkontinenzmitteln im regionalen Einzugsbereich des Loses Nr. 5, treffen können.

Unabhängig davon ist auch kein Anordnungsanspruch ersichtlich. Es spricht mehr gegen als für die vom SG vorgenommene Auslegung des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F., dass bis zum Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2008 alle nach altem Recht zugelassenen Leistungserbringer im Hilfsmittelbereich zur Versorgung der Versicherten berechtigt bleiben, auch wenn die gesetzliche Krankenkasse eine Ausschreibung nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) n. F. durchgeführt und einen Ausschreibungsgewinner ermittelt hat.

Zum 01.04.2007 hat der Gesetzgeber durch das GKV-WSG folgende, hier relevante Änderungen bei der Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln und in den Beziehungen zu Leistungserbringern vorgenommen: Die bis zum 31.03.2007 erforderlich gewesene Zulassung von Leistungserbringern durch Verwaltungsakt ([§ 126 Abs. 1 S. 1 SGB V](#) a. F.) ist im Bereich der Hilfsmittel entfallen; gemäß § 126 Abs. 1 SGB V n. F. dürfen Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach [§ 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V](#) n. F., in ihrer Priorität nach den Absätzen gestaffelt, abgegeben werden. Gemäß [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) n. F. sollen die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften, soweit dies zur

Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen. Soweit Ausschreibungen nach Abs. 1 nicht zweckmäßig sind, schließen die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften nach [§ 127 Abs. 2 S. 1 SGB V](#) n. F. 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. Die Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen, ist nach [§ 127 Abs. 2 S. 3 SGB V](#) n. F. in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen. Soweit für ein erforderliches Hilfsmittel keine Verträge der Krankenkasse nach Abs. 1 und Abs. 2 mit Leistungserbringern bestehen oder durch Vertragspartner eine Versorgung der Versicherten in einer für sie zumutbaren Weise nicht möglich ist, trifft die Krankenkasse gemäß [§ 127 Abs. 3 SGB V](#) n. F. eine Vereinbarung im Einzelfall mit einem Leistungserbringer. Die Krankenkassen haben ihre Versicherten nach [§ 127 Abs. 5 S. 1 SGB V](#) n. F. über die zur Versorgung berechtigten Vertragspartner und auf Nachfrage über die wesentlichen Inhalte der Verträge zu informieren. Sie können auch den Vertragsärzten entsprechende Informationen zur Verfügung stellen. Abweichend von Abs. 1 S. 1 der Norm bleiben nach [§ 126 Abs. 2 S. 1 SGB V](#) n. F. Leistungserbringer, die am 31.03.2007 über eine Zulassung nach [§ 126 SGB V](#) a. F. verfügen, bis zum 31.12.2008 zur Versorgung der Versicherten berechtigt.

Nach der bis zum 31.03.2007 geltenden Rechtslage war es den gesetzlichen Krankenkassen nicht gestattet, die Versorgung auf ausgewählte Leistungserbringer zu konzentrieren und das Wahlrecht der Versicherten unter allen zugelassenen Leistungserbringern entsprechend einzuschränken. Gemäß [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F. können die Versicherten ab dem 01.04.2007 alle Leistungserbringer in Anspruch nehmen, die Vertragspartner ihrer Krankenkasse oder nach [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) versorgungsberechtigt sind. Hat die Krankenkasse Verträge nach [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) n. F. über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln geschlossen, erfolgt die Versorgung nach S. 2 der Norm durch einen Vertragspartner, der den Versicherten von der Krankenkasse zu benennen ist. Abweichend von S. 2 können Versicherte gemäß [§ 33 Abs. 6 S. 3 SGB V](#) n. F. ausnahmsweise einen anderen Leistungserbringer wählen, wenn ein berechtigtes Interesse besteht; dadurch entstehende Mehrkosten haben sie selbst zu tragen.

Die Umstellung des Leistungserbringerrechts ab dem 01.04.2007 durch das GKV-WSG im Bereich der Hilfsmittel von einem breiten Spektrum, aufgrund Zulassungserteilung versorgungsberechtigter Leistungserbringer auf wenige, zu denen vertragliche Beziehungen bestehen, hat der Gesetzgeber mit einer Stärkung des Vertrags- und Preiswettbewerbs begründet (Bundestags-Drucksache ([BT-Drs 16/3100 S. 141](#))) und daran die Hoffnung auf die wirtschaftlich günstigste Versorgung der Versicherten geknüpft. In der in § 127 Abs. 1 (Ausschreibung), Abs. 2 (Rahmenverträge) und Abs. 3 SGB V n. F. (Einzelvereinbarungen) vorgesehene

"Hierarchie der Vertragsgestaltungen" (Knispel, Anmerkung zu LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 08.02.2008, Az.: [L 1 B 41/08 KR ER](#), Gesundheitsrecht (GesR) 2008, 273) kommt diese Zielrichtung deutlich zum Ausdruck. Um den bisher an der Versorgung der gesetzlich Versicherten beteiligten zugelassenen Leistungserbringern zu ermöglichen, sich auf die geänderten Marktbedingungen einzustellen ([BT-Drs 16/3100 S. 141](#)), soweit sie nicht ohnehin schon vertragliche Beziehungen zu den gesetzlichen Krankenkassen unterhielten, hat der Gesetzgeber die Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. geschaffen, auf die sich die ASt in vorliegend beruft. Parallel zu der Umstellung der Hilfsmittelversorgung von zugelassenen Leistungserbringern auf vertraglich Verpflichtete hat der Gesetzgeber eine faktische Aufhebung des freien Wahlrechts der Versicherten, das sich bis zum 31.03.2007 auf alle zugelassenen Leistungserbringer bezogen hat, durch die Neuregelung des [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F. vorgenommen. Dies hat er damit begründet ([BT-Drs 16/3100 S. 103](#)), das vorrangig gemäß [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) n. F. einzusetzende Instrument der Ausschreibung solle wirkungsvoll genutzt werden; dies sei nur möglich, wenn die gesetzliche Krankenkasse auch die vertraglich gegenüber dem Ausschreibungsgewinner begründete Abnahmeverpflichtung erfüllen könne. Dies erscheint nachvollziehbar, muss doch bereits ein Bieter in einem Ausschreibungsverfahren im Rahmen der Kalkulation ein bestimmtes Umsatzvolumen zugrunde legen; dies gilt um so mehr für den Ausschreibungsgewinner, für den – unter Berücksichtigung der nach einer Ausschreibung zu erwartenden ohnehin geringen Höhe der Vergütung – eine wirtschaftliche Leistungserbringung u. a. von einem bestimmten Umsatzvolumen abhängt. Hätte der Gesetzgeber über [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F. keine Einschränkung des Wahlrechts der Versicherten normiert, so wäre das Erreichen des dem Ausschreibungsgewinner in Aussicht gestellten Umsatzes gefährdet (so auch Knispel, a. a. O., S. 274). Dies wirkte sich letztlich auch auf die zugunsten der Versichertengemeinschaft erwarteten wirtschaftlichen Vorteile der Umstellung vom Zulassungs- auf das Vertragserfordernis auf Seiten der Leistungserbringer aus.

Diese Gesichtspunkte verkennt das SG in der angefochtenen Entscheidung. Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. keine Einschränkung der am Stichtag zugelassen gewesenen Leistungserbringer, bis zum Ablauf der Übergangsfrist weiterhin an der Versorgung der Versicherten beteiligt zu sein. Bei systematischer Auslegung unter Einbeziehung der Regelung des [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F. spricht jedoch mehr dafür, dass die Rechte der zugelassenen Leistungserbringer nach Abschluss und Maßgabe des Ausschreibungsverfahrens gemäß [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) n. F. zugunsten des Ausschreibungsgewinners einzuschränken sind (so auch Sächsisches LSG, Beschl. vom 29.04.2008, Az.: L 1 B 207/08 KR ER, [www.juris.de](#); offen gelassen: LSG NRW, Beschl. vom 19.03.2008, Az.: [L 16 B 13/08 KR ER](#), [www.sozialgerichtsbarkeit.de](#); a. A.: LSG Berlin-Brandenburg, a. a. O., [GesR 2008, 272](#); LSG Baden-Württemberg, Beschl. vom 11.06.2008, Az.: [L 11 KR 2438/08 ER-B](#), [www.sozialgerichtsbarkeit.de](#); Roth, Vertrauensschutz gegen Wirksamkeit von Ausschreibungen, *Medizinrecht (MedR)* 2008, 206). Ansonsten hätte der Gesetzgeber kaum ab dem 01.04.2007 den Vertragsvarianten gemäß [§ 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V](#) n. F. den Vorrang vor der Zulassungsvariante des [§ 126 Abs. 1 SGB V](#) a. F. eingeräumt, wenn über die uneingeschränkte Anwendung der Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. eine

Umstellung beim Leistungserbringerrecht auf Verträge erst zum 01.01.2009 erfolgen könnte (so auch Knispel, a. a. O., S. 274). Die Regelung des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. läuft bei der vom Senat präferierten Auslegung auch nicht ins Leere. Vielmehr garantiert [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. auch in der Umstellungsphase von Zulassung auf Vertrag eine uneingeschränkte Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln durch geeignete Leistungserbringer auf der Basis des [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F., ohne dass es eines Vertragsschlusses nach [§ 127 Abs. 2 SGB V](#) n. F. bedürfte. Nur so versteht der Senat die Ausführungen des Gesetzgebers zu [§ 33 Abs. 6 SGB V](#) n. F., dass in Bezug auf die Wahlfreiheit der Versicherten nicht zwischen den Vertragspartnern nach [§ 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V](#) und den nach [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) n. F. versorgungsberechtigten zugelassenen Leistungserbringern unterschieden werden solle ([BT-Drs. 16/3100 S. 103](#)). Mit Erteilung des Zuschlages nach Ausschreibung besteht ein solches Wahlrecht der Versicherten gerade nicht mehr, vgl. [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) n. F. ... Dieses ist eingeschränkt auf den jeweiligen Ausschreibungsgewinner, soweit nicht gemäß [§ 33 Abs. 6 S. 3 SGB V](#) n. F. im Einzelfall ein berechtigtes Interesse besteht, ausnahmsweise einen anderen Leistungserbringer zu wählen. Insoweit hätten die Versicherten jedoch die entstehenden Mehrkosten zu tragen. Der Senat hält – unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten – nicht einmal für denkbar, dass die ASt in bis zum Ablauf der Übergangsfrist an der Versorgung der Versicherten allein wegen des Bestehens der Zulassung am Stichtag nach [§ 33 Abs. 6 S. 3 SGB V](#) beteiligt werden könnte (so aber Knispel, a. a. O.). Der Gesetzgeber hat diese Option als Ausnahmefall gesehen (... "ausnahmsweise ..."), nicht als Regelfall der Versorgung durch zugelassene Leistungserbringer, auch wenn sich nachvollziehbar sicherlich nur wenige Versicherte auf die Übernahme der Mehrkosten als Folge der Inanspruchnahme eines Leistungserbringers, der kein Vertragspartner nach [§ 127 SGB V](#) n. F. ist, einlassen werden und damit die wirtschaftliche Bedeutung einer solchen Auslegung des [§ 33 Abs. 6 S. 3 SGB V](#) n. F. gering sein dürfte. Da die am Stichtag zugelassenen Leistungserbringer ohnehin – spätestens mit Ablauf der Übergangsfrist des [§ 126 Abs. 2 SGB V](#) – vom Markt verdrängt werden sollen (Ausnahme: [§ 33 Abs. 6 S. 3 SGB V](#) n. F.), vermag der Senat auch in Abwägung der Rechte der Betroffenen keine andere Entscheidung zu begründen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 197a SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Der Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar, [§ 177 SGG](#).

Erstellt am: 23.07.2008

Zuletzt verändert am: 23.07.2008