

Das Ausschreibungsverfahren nach § 127 Abs. 2 S. 2 SGB V

Von Prof. Dr. Christian Koenig/Daniela Klahn/
Christiane Koch*, Köln

Die gesetzlichen Krankenkassen stehen unter einem massiven Kostendruck, der den Gesetzgeber immer wieder nach Möglichkeiten suchen lässt, Einsparpotentiale zu eröffnen. Ein weiterer Weg ist dabei die Neugestaltung des § 127 SGB V: Wie bisher können Krankenkassen mit einzelnen Leistungserbringern sog. Selektivverträge abschließen. Allerdings wurde das Verfahren und die Rechtsfolge des Abschlusses von Selektivverträgen massiven Änderungen unterworfen: Unter anderem wurde die aus dem Vergaberecht bekannte Figur eines Ausschreibungsverfahrens übernommen sowie ein Verfahren zur Durchschnittspreisermittlung eingeführt. Der Aufsatz beschäftigt sich mit der Frage, welche Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieses neue Ausschreibungsverfahrens hat.

1. Struktur des § 127 SGB V

Zunächst ist darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen Krankenkassen überhaupt Selektivverträge mit einzelnen Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich abschließen können: Nach dem Wortlaut des § 127 Abs. 2 SGB V können die Krankenkassen in den Selektivverträgen niedrigere Preise als in den Rahmenverträgen vereinbart abschließen. Aus der Verwendung des Komparativs „niedrigere“ in Satz 1 lässt sich schließen, dass die Möglichkeit des Abschlusses von Selektivverträgen nur dann besteht, wenn Rahmenverträge nach § 127 Abs. 1 SGB V auch abgeschlossen worden sind. Bestehen nämlich keine Rahmenverträge, so ist es nicht möglich, dass niedrigere Preise als in den Rahmenverträgen vereinbart werden. Rahmenverträge können wiederum nur abgeschlossen werden, wenn keine Festbeträge festgelegt worden sind oder festgelegt werden können (§ 127 Abs. 1 SGB V). Daraus folgt wiederum, dass also Selektivverträge nur dann abgeschlossen werden können, wenn keine Festbeträge bestehen und Rahmenverträge nach Abs. 1 geschlossen worden sind.

Für dieses Ergebnis spricht nicht nur der Wortlaut des § 127 Abs. 2 SGB V, sondern auch der Telos: Mit der Neuregelung des § 127 SGB V verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, durch die Einführung von Wettbewerbselementen eine Kostendämpfung bei der Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung zu erreichen.¹⁾ Die Neuregelung des § 127 SGB V dient vorrangig der Stärkung des Vertragsprinzips auf Kassenebene. Nach dem Willen des Reformgesetzgebers sollen - so die Gesetzes-

*) Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, Daniela Klahn ist dort wissenschaftliche Mitarbeiterin. Christiane Koch war im Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskriptes ebenfalls dort wissenschaftliche Mitarbeiterin. Sie ist nun Richterin in Bonn. Der Aufsatz beruht auf einem Rechtsgutachten.

1) Dabei ist zu beachten, dass dieses Regelungsziel nicht dadurch konterkariert werden darf, dass die Durchführung der neuen Maßnahmen, also der Abschluss von Einzelverträgen und die damit verbundenen Ausschreibungsverfahren teurer sind als die damit verbundenen Einsparungen im Hilfsmittelbereich.

begründung²⁾ - durch die Möglichkeit zum Abschluss von Einzelverträgen wettbewerbliche Spielräume eröffnet werden, die dem Versicherten die Möglichkeit verschaffen, sich rational zu verhalten und potentielle Kosten bzw. Zuzahlungen bei der Leistungsinanspruchnahme einzusparen. Eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit soll zudem auch dadurch erreicht werden, dass der jeweilige Einzelvertragspartner die Preisbildung im Rahmen seiner Leistungserbringung einer genauen Prüfung unterzieht und auf dem Markt einen Preis bietet, der einerseits eine qualitativ hochwertige Leistungserbringung sicherstellt. Andererseits wird er jedoch - um einen Vertragsschluss zu erreichen - den niedrigsten Preis anbieten, der ihm möglich ist. Auf diese Weise werden alle im System versteckten unnötigen Kosten vermieden.

Jedoch erschöpft sich der Telos des § 127 SGB V nicht in dem Charakter eines Kostendämpfungsinstruments, sondern gleichsam dient er auch dem Schutz der Leistungserbringer vor der asymmetrischen Marktmacht der Krankenkassen: Die Rahmenverträge regeln die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln. Dies kann neben dem Preis auch die Definition von Qualitätskriterien hinsichtlich der Hilfsmittel bzw. der Leistungserbringer umfassen. Die kollektivvertraglich vereinbarten Preise bilden letztlich einen Referenzmaßstab (bench-mark-Mittelwert) hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Preis und Qualität eines konkret beschriebenen Hilfsmittels. Anhand der durch den Rahmenvertrag vorgegebenen Preise und Anforderungen an die Qualität kann der einzelne Hilfsmittelerbringer seine Preise und seine Qualität auf den Prüfstand stellen und dann sein Angebot im Rahmen der öffentlichen

- 2) Begründung des Entwurfs zum GMG, BT-Drucksache 15/1525, zu Nummer 91 b), S. 121.
- 3) Vgl. dazu: Schütze, NZS 2003, 467, 468: „Von den Krankenkassen werden ihnen [den nichtärztlichen Leistungserbringern] - wenn überhaupt - ausgesprochen einseitige und praktisch diktierte „Vereinbarungen“ angeboten.“
- 4) BSG Urteil vom 25.09.2001 B3 KR 3/01 R.
- 5) Die Bundesregierung konnte auf eine mündliche Anfrage des Abgeordneten Jens Spahn vom 30.04.2004 (BT-Drucks 15/3021, S. 6 Nr. 14) keine Antwort darauf geben, ob und wenn ja welche vergaberechtlichen Regelungen auf das Ausschreibungsverfahren Anwendung finden. Dies ist der Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Caspers-Merk zu entnehmen (Plenarprotokoll 15/107, S. 9721, zu Frage 14: „Inwieweit die Krankenkassen die gleichen Vergabeverfahren und -richtlinien anwenden, ist der Bundesregierung nicht bekannt. Zur Beantwortung der Frage wird das Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung daher eine Stellungnahme der Spitzenverbände der Krankenkassen einholen. Nach Vorliegen der Stellungnahme kommt das Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung auf das Anliegen zurück und wird unter Einbeziehung der Stellungnahme auch zu der Frage Stellung nehmen, welche vergaberechtlichen Vorschriften hinsichtlich des § 127 Abs. 2 SGB V nach Auffassung der Bundesregierung Anwendung finden.“
- 6) Es ist jedoch ausdrücklich festzuhalten, dass, wenn der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechtes eröffnet ist, dessen Vorgaben zu beachten sind: Durch das Ausschreibungsverfahren im SGB V werden die vergaberechtlichen Vorgaben nicht verdrängt. Dies folgt schon aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes, auf welchem die vergaberechtlichen Vorgaben des GWB beruhen. Ist allerdings der persönliche oder der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechtes nicht eröffnet, z. B. weil das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages zu verneinen ist oder die Schwellenwerte nicht erreicht werden, so ist das sozialrechtliche Ausschreibungsverfahren anzuwenden. Von Bedeutung ist dies insbesondere dann, wenn zwar der Wert eines entsprechenden Auftrages die Schwellenwerte erreicht oder überschreitet, aber das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages zu verneinen ist. So z. B. in dem Fall, dass der Versicherte seinen Leistungserbringer auswählen kann (sozialversicherungsrechtlich abgesichertes Wahlrecht des Leistungserbringers), der Wert der Leistung aber den Schwellenwert erreicht oder überschreitet.
- 7) § 22 SVHV lautet:
 - (1) Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen mit Ausnahme der Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen, muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen. Hiervon kann abgesehen werden, sofern die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies rechtfertigen.
 - (2) Beim Abschluss der Verträge ist nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren, wie sie insbesondere in den jeweils geltenden Verdingungsordnungen enthalten sind.

Ausschreibung einreichen. Seine Position wird durch diesen Referenzmaßstab gegenüber der Krankenkasse gestärkt: Schließlich bieten diese Preise zumindest einen groben Anhaltspunkt für die Feststellung, welcher Preis ungefähr erforderlich ist, um die Leistung zu einer gleich bleibend hohen Qualität erbringen zu können. Gäbe es diesen Referenzmaßstab nicht, so wäre der Leistungserbringer gegenüber der Krankenkasse in einer schwächeren Verhandlungsposition, weil er keinen Anhaltspunkt hinsichtlich der Angemessenheit der Preise hätte. Er könnte sich dann gegenüber der Krankenkasse in der Position sehen, einen Dumpingpreis anbieten zu müssen, um überhaupt einen Selektivvertrag abschließen zu können.³⁾ Die Vereinbarung von Kollektivverträgen gründet hingegen auf einer gewissen Marktmachtsymmetrie zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen bzw. der Ersatzkassen sowie den Landesverbänden der Leistungserbringer. Dadurch wird ein Schutz vor dem Fall der Asymmetrie der Marktmacht ins Bodenlose erreicht.

Diese Argumentation wird noch gestützt durch die Tatsache, dass nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes⁴⁾ die Anwendbarkeit des allgemeinen Kartell- und Wettbewerbsrechts im Rahmen der durch das SGB V geregelten Leistungserbringung ausgeschlossen ist. Dies bedeutet, dass die Leistungserbringer an der Schutzfunktion des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht partizipieren können. Umso bedeutsamer ist es, dass den - explizit auch den Wettbewerb fördernden - Kostendämpfungsinstrumenten eine solche Schutzfunktion beigemessen wird. Aus diesem Grunde ist der § 127 SGB V aufgrund seiner Struktur als funktionales Schutzäquivalent zugunsten des gegenüber der Krankenkasse marktschwächeren Leistungserbringers einzuordnen.

2. Natur des Verfahrens

Dem Abschluss von Selektivverträgen soll nach § 127 Abs. 2 S. 2 SGB V ein Ausschreibungsverfahren vorangehen. Hierbei ist zunächst zu untersuchen, ob es sich um ein vergabe- oder haushaltsrechtliches Verfahren oder aber um ein sozialrechtliches Ausschreibungsverfahren sui generis handelt.⁵⁾

Gegen eine Einordnung als *Verfahren im Sinne des GWB-Vergaberechtes*,⁶⁾ spricht, dass dieses nur oberhalb bestimmter Schwellenwerte Anwendung findet, während das in § 127 Abs. 2 SGB V verankerte Ausschreibungsverfahren unabhängig von einem Schwellenwert immer dann Anwendung findet, wenn die Krankenkasse (zulässigerweise) einen Selektivvertrag abschließen will. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechtes im Sozialrecht auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte ausdehnen wollte.

Auch eine Einordnung als *haushaltsrechtliches Verfahren* sieht sich Einwänden ausgesetzt: Insbesondere spricht die Regelung des § 22 SVHV⁷⁾ dagegen. Diese Norm wurde während des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesundheitsmodernisierungsgesetz nicht geändert. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber es dabei belassen wollte, dass im Bereich der Leistungen, zu deren Erbringung die Krankenkassen als Sozialversicherungsträger aufgrund Gesetzes verpflichtet sind, die haushaltsrechtlichen Vorgaben keine Anwendung finden sollen. Diese Einschätzung wird noch durch folgendes Argument unterstützt: Soweit die Krankenkassen verpflichtet sind, Leistungen und Lieferungen öffentlich auszuschreiben, müssen sie bei Abschluss der entsprechenden Verträge nach einheitlichen Richtlinien verfahren, wie sie insbesondere in den jeweils geltenden Verdingungsordnungen enthalten sind (§ 22 Abs. 2 SVHV). In § 127 Abs. 2 bzw. 3 SGB V n. F. ist dieser Passus gerade nicht enthalten, so dass davon auszugehen

ist, dass der Gesetzgeber die Anwendung der herkömmlichen Vergabeverfahren, wie sie in den jeweiligen Verdingungsordnungen geregelt sind, weiterhin ausschließen wollte. Ansonsten hätte er einen Verweis auf die Verdingungsordnungen in den Gesetzestext - ähnlich wie im Rahmen der SVHV - aufnehmen können.

Bei dem Ausschreibungsverfahren nach § 127 Abs. 2 SGB V handelt es sich daher um ein Ausschreibungsverfahren sui generis. Allerdings hindert dies nicht grundsätzlich daran, sich zur Konkretisierung des Ausschreibungsverfahrens an den vergaberechtlichen Verfahren zu orientieren, soweit nicht § 127 SGB V selbst oder sonstige sozialrechtliche Normen entgegenstehen.

3. Durchführung des Verfahrens

Der Gesetzgeber hat weder in § 127 Abs. 2 SGBV noch in der Gesetzesbegründung konkrete Vorgaben aufgestellt, wie das Ausschreibungsverfahren nach § 127 SGB V durchgeführt werden soll. Er hat sich darauf beschränkt, im Gesetz vorzugeben, dass Selektivverträge durch die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien öffentlich ausgeschrieben werden sollen (§ 127 Abs. 2 S. 2 SGB V). Diese im Gesetz verankerten Vorgaben sollen im Folgenden näher konkretisiert werden.

a) Öffentliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes

Im Vergaberecht ist die *Aufforderung zur Angebotsabgabe* legal definiert als ein Anschreiben, welches alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss zur Abgabe eines Angebotes notwendig sind, vgl. § 17 Nr. 3 Abs. 1 S. 1 VOL/A. Dabei soll das Anschreiben insbesondere u. a. folgende Angaben enthalten: Bezeichnung der zur Abgabe des Angebots auffordernden Stelle und der den Zuschlag erteilenden Stelle, Art der Vergabe (§ 3), Art und Umfang der Leistung (z. B. Empfangs- oder Montagestelle), etwaige Bestimmungen zur Ausführungsfrist, vgl. dazu § 17 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A. Da es sich im Rahmen des § 127 Abs. 2 SGB V nicht um ein Vergabeverfahren des Vergaberechtes handelt, sondern um ein Verfahren sui generis, muss die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes nicht zwingend diesen Anforderungen genügen. Der Begriffsbestimmung kann aber insoweit ein Mindestinhalt hinsichtlich der Anforderungen im Rahmen des § 127 Abs. 2 SGB V entnommen werden. Somit kann man als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes eine Willensäußerung seitens der Krankenkasse als Auftraggeber verstehen, in welcher eine Leistung so beschrieben wird, dass sich daraufhin ein Leistungserbringer dazu entschließen kann, für diese Leistung ein Angebot abzugeben. In der Aufforderung ist also z. B. das zu liefernde Hilfsmittel zu beschreiben, die Lieferfrist und auch der Lieferort (insbesondere wenn eine Anpassung oder eine Beratung hinsichtlich des Hilfsmittels und damit ein persönlicher Kontakt zwischen Hilfsmittelerbringer und Versichertem erforderlich ist).

Im Vergabe- bzw. Haushaltsrecht ist unter einer *öffentlichen Ausschreibung* bzw. einem Offenen Verfahren ein Verfahren zu ver-

stehen, in dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (vgl. § 101 Abs. 2 GWB). Es richtet sich insoweit an einen unbestimmten Adressatenkreis.⁸⁾ Ziel ist es, einen unbeschränkten Vergabewettbewerb unter allen interessierten Bietern herbeizuführen.⁹⁾ Voraussetzung dafür ist, dass alle interessierten Bieter Kenntnis von dem Angebotsersuchen nehmen können. Dabei ist nicht zu fordern, dass alle Bieter persönlich angesprochen werden, die Informationsmöglichkeit über zugängliche Quellen ist insofern ausreichend. So sieht z. B. § 17 Nr. 1 Abs. 1 der Verdingungsordnung für Leistungen vor, dass öffentliche Ausschreibungen durch Tageszeitungen, amtliche Veröffentlichungsblätter oder Fachzeitschriften bekannt zu machen sind.¹⁰⁾ Für das Ausschreibungsverfahren nach § 127 Abs. 2 SGB V kann man daraus folgern, dass auch hier eine *öffentliche Ausschreibung* nur dann vorliegt, wenn eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Insoweit kann man auf die Veröffentlichungsmedien, die in § 17 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A genannt sind, zurückgreifen. Weiterhin kommt auch in Betracht, dass die Krankenkasse z. B. auf ihrer Homepage entsprechende Angebotsersuchen einstellt oder die Krankenkassen gemeinsam ein Internetforum eröffnen, in welchem entsprechende Ersuchen gesammelt werden. Diese Vorgehensweise hätte den Vorteil des leichteren Zugangs und der raschen Information. Dem Begriff der öffentlichen Ausschreibung würde es aber in jedem Fall widersprechen, wenn nur vereinzelt Leistungserbringer angesprochen werden: Es handelt sich dann nicht um eine *öffentliche Ausschreibung*. Zudem widerspricht dies auch dem Telos des § 127 Abs. 2 SGB V mittels des Ausschreibungsverfahrens einen Überblick über den Markt zu erhalten und mit den wirtschaftlichsten Anbietern Verträge abzuschließen. Dies ist nicht gewährleistet, wenn man nur eine begrenzte Anzahl an Unternehmen um die Abgabe von Angeboten auffordert.

b) Angabe objektiver Auswahlkriterien

Neben der Aufforderung müssen auch objektive Auswahlkriterien angegeben werden. Weder im Gesetz noch in der Begründung des Gesetzesentwurfs finden sich Anhaltspunkte, was unter den objektiven Auswahlkriterien zu verstehen ist. Sicherlich steht an erster Stelle die Qualität der entsprechenden Hilfsmittel: Schließlich können die Selektivverträge nur dann von der Krankenkasse abgeschlossen werden, wenn die Hilfsmittel die gleiche Qualität wie in den Rahmenverträgen vereinbart aufweisen. Allerdings ist - je nach Hilfsmittel - auch daran zu denken, dass Mindestanforderungen an die Qualität der Beratung und Betreuung der Versicherten zu stellen sind. Zudem kann in diesem Rahmen, d. h. hinsichtlich der Beratung und Betreuung, die räumliche Nähe des Leistungserbringers zum Versicherten von Bedeutung sein. So ist die Angabe der räumlichen Nähe insbesondere hinsichtlich der Produkte von Bedeutung, die individuell angepasst werden müssen, d. h. eine persönliche Kontaktaufnahme zwischen Versichertem und Leistungserbringer schon aus tatsächlichen Gründen zwingend erforderlich ist: Dies gilt beispielsweise hinsichtlich der Anpassung von Orthesen und Prothesen. Gleiches gilt auch für die Produkte, für die eine besondere Einweisung etc. erforderlich ist, so z. B. bei Infusionstherapien. Eine Beratung über die Anwendung mittels Kommunikationsmedien erscheint in diesem Bereich untauglich, um die sichere und richtige Handhabung zu gewährleisten.

Eine besondere Definition der Qualität des Leistungserbringers ist auch hinsichtlich der Produkte erforderlich, die einen besonderen Beratungsbedarf erfordern. So ist es z. B. bei beratungsintensiven Produkten oder Produkten mit einem erhöhten Gefährdungs-

8) Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, (Hrsg.), GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, 2001, § 101 Rn. 10.

9) Dreher, in: Immenga/Mestmäcker Hrsg.), GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, 2001, § 101 Rn. 10.

10) Ähnlich § 17 Nr. 1 Abs. 1 Verdingungsordnung für Bauleistungen. Allerdings ist die Aufzählung dort nicht abschließend, sondern nur beispielhaft wie an der Einfügung des Zusatzes „zum Beispiel“ vor der Aufzählung eindeutig belegt.

potential (enterale Ernährung, parenterale Ernährung) erforderlich, dass auch Angaben hinsichtlich der entsprechenden Fachkenntnisse gemacht werden müssen.

c) *Zwang zur Durchführung von Ausschreibungen?*

Anders als im Vergaberecht, in welchem bei Eröffnung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches zwingend ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, steht die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens nach § 127 Abs. 2 SGB V ausweislich des Wortlautes im Ermessen der jeweiligen Krankenkasse: § 127 Abs. 2 S. 2 SGB V ordnet an, dass vor Abschluss von Selektivverträgen zwischen einer Krankenkasse und einem / mehreren Leistungserbringern eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden soll. Wäre zwingend vor dem Abschluss eines Selektivvertrages ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen, so hätte der Gesetzgeber das Verb „müssen“ statt des Verbes „sollen“ verwenden müssen.¹¹⁾ Jedoch ist der Ermessensspielraum bei einer Soll-Vorschrift beschränkt: Grundsätzlich darf die handelnde Behörde bzw. hier die Krankenkasse von dem, was sie tun soll, nur abweichen, wenn ein wichtiger Grund der vorgeschriebenen Handhabung entgegensteht, d. h. in atypischen Fällen.¹²⁾ Atypische Fälle in diesem Sinne liegen vor, wenn besondere, überwiegende Gründe es gebieten, von der Verwirklichung der gesetzlichen Rechtsfolge abzusehen.¹³⁾ Allerdings erscheint es angesichts der Begründung des Gesetzesentwurfs geboten, den Begriff der atypischen Fälle in diesem Rahmen weiter als im allgemeinen Verwaltungsrecht zu fassen. So führt die Begründung des Gesetzesentwurfs aus, dass insbesondere bei Verträgen mit hohem Auftragswert beispielsweise von industriell gefertigten Produkten, die direkt von Herstellern bezogen werden, *in aller Regel* eine Ausschreibung erforderlich ist.¹⁴⁾ Insoweit liegt also die Vorstellung zugrunde, dass auch bei diesen Produkten nicht in jedem Fall eine Ausschreibung durchzuführen ist, obwohl dies bei dem gewählten Beispiel nahe liegt.

Zur Konkretisierung könnten die Gründe herangezogen werden, bei denen im Rahmen des Vergaberechtes ein Abweichen vom Offenen Verfahren zulässig ist. Wenn nämlich schon im Rahmen des Vergaberechtes ein Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung zulässig ist, dann erst recht im Ausschreibungsverfahren nach § 127 SGB V, da die Durchführung dieses Verfahrens, anders als im Rahmen des Vergaberechtes gerade im Ermessen der jeweiligen Krankenkasse steht. Einer Übertragung der vergaberechtlichen Grundsätze stehen aber insoweit Bedenken entgegen, weil das Vergabeverfahren zu einer Exklusivität der Leistungserbringung führt. Dies ist im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nach § 127 SGB V gerade nicht der Fall.¹⁵⁾ Zudem soll auch bei der Vergabe von

Aufträgen im Wege des Nichtoffenen oder des Verhandlungsverfahrens eine öffentliche Aufforderung vorangehen, sich um Teilnahme zu bewerben (§ 3 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A): D. h., auch in diesem Rahmen ist nur in sehr begrenzten Fällen ein vollständiger Verzicht auf die Herstellung einer Öffentlichkeit möglich. Allenfalls könnte man unter Berücksichtigung dieser Ausführungen zu dem Schluss gelangen, dass die Ausschreibung einen Aufwand für die Krankenkasse und / oder die Leistungserbringer verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil im Missverhältnis stehen würde (vgl. § 3 Nr. 3 b) VOL/A) oder aber nur eine beschränkte Anzahl von Leistungserbringern für die Leistung überhaupt in Betracht kommt (§ 3 Nr. 3 a) VOL/A). Denkbar ist dies z. B. in Bereichen, in denen für die Leistungserbringung sowohl eine hohe Spezialisierung als auch eine räumliche Nähe erforderlich ist und sich in diesem Bereich nur wenige Leistungserbringer befinden, die zur Erbringung dieser Leistung überhaupt in der Lage sind. In diesem Fall könnte die Krankenkasse diese Leistungserbringer auch direkt ansprechen. In Anlehnung an das Erfordernis einen Teilnahmewettbewerb durchzuführen, wird man allerdings in diesem Rahmen fordern müssen, dass zumindest alle in Betracht kommenden Leistungserbringer angesprochen werden.

4. *Rechtsfolgen*

a) *Exklusivität?*

Folge eines Ausschreibungsverfahrens im Rahmen des Vergabe- bzw. Haushaltsrechtes ist, dass bei Abschluss des Verfahrens ein bzw. mehrere Gewinner feststehen - je nach Ausgestaltung des Vergabeverfahrens - die exklusiv zur Erbringung der konkreten Leistung berechtigt und verpflichtet sind. Daneben kommt eine Erbringung der Leistung durch einen anderen, der nicht als Gewinner aus dem Ausschreibungsverfahren herausgegangen ist, nicht in Betracht. Ansonsten würde der Zweck des Ausschreibungsverfahrens konterkariert.

Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens des § 127 Abs. 2 SGB V stellt sich die Frage, ob auch hier eine solche Exklusivität des / der Ausschreibungsgewinner anzunehmen ist. Diese Frage ist zu verneinen: Dies ergibt sich aus § 127 Abs. 3 S. 6 SGB V. Danach haben *zugelassene Leistungserbringer*, die Hilfsmittel oberhalb des Durchschnittspreises des unteren Drittels abgeben, die Versicherten vor der Leistungsanspruchnahme darüber sowie über die von den Versicherten zu zahlende Differenz zwischen dem Durchschnittspreis sowie dem eigenen Abgabepreis zu informieren. Im Gesetz wird die Wendung „zugelassene Leistungserbringer“ verwandt. Diese Wendung ist im SGB V einschlägig belegt: Es handelt sich um diejenigen Leistungserbringer, die eine Zulassung zur Erbringung ihrer Leistung an Versicherte haben. Hinsichtlich der Abgabe von Hilfsmitteln handelt es sich um die Zulassung im Sinne des § 126 Abs. 1 SGB V.¹⁶⁾ Insoweit ist auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 127 Abs. 3 SGB V den Begriff der zugelassenen Leistungserbringer anders als in den anderen Vorschriften des SGB V verwenden wollte. Ganz im Gegenteil ist der Entwurfsbegründung zu § 33 Abs. 2 S. 3 SGB V, der die Kostentragung hinsichtlich der Hilfsmittel regelt, zu entnehmen, dass „zugelassene Leistungserbringer“ in § 127 SGB V dem allgemeinen Sprachgebrauch des SGB V entspricht.¹⁷⁾ Aus diesem Grunde sind alle Leistungserbringer, die eine Zulassung im Sinne des § 126 Abs. 1 SGB V besitzen, auch dann weiterhin zur Leistungserbringung berechtigt, wenn sie keinen Selektivvertrag mit der entsprechenden Krankenkasse abgeschlossen haben. Es besteht daher keine Exklusivität der selektivvertraglich gebundenen

11) Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. Köln u. a., 1995, § 55 Rn. 2.

12) Ule/Laubinger, (Fn. 11), § 55 Rn. 2; Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht* Band I, 11. Aufl. 1999, § 31 Rn. 34.

13) Wolff/Bachof/Stober, (Fn. 12), § 31 Rn. 34.

14) Begründung des Entwurfs zum GMG, BT-Drucksache 15/1525, zu Nummer 91 b), S. 121.

15) Siehe unten 4.a).

16) Nach § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V ist zuzulassen, wer eine ausreichende, zweckmäßige funktionsgerechte und wirtschaftliche Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel gewährleistet und die für die Versorgung der Versicherten geltenden Vereinbarungen anerkennt.

17) In diesem Sinne auch: BT-Drucks 15/1525, S. 86 zu Nr. 20, Buchstabe b), Doppelbuchstabe aa): „Die Wahlfreiheit der Versicherten, auch Leistungserbringer in Anspruch nehmen zu können, die Hilfsmittel oberhalb der Durchschnittspreise abgeben, wird - soweit es sich um zugelassene Leistungserbringer handelt - nicht eingeschränkt.“

Leistungserbringer.

b) Zeitrahmen

Weder das Gesetz noch die Begründung des Gesetzesentwurfs enthalten Vorgaben in welchen Zeiträumen solche Ausschreibungen wiederholt werden müssen. Aus der Systematik des § 127 SGB V kann man jedoch folgende Schlüsse ziehen: In den Selektivverträgen können nur niedrigere Preise als in den Rahmenverträgen vereinbart werden. Die Preisvereinbarungen in den Selektivverträgen sind damit abhängig von den Preisvereinbarungen in den Rahmenverträgen. Daraus lässt sich schließen, dass bei einer Veränderung der Rahmenverträge, auch die Selektivverträge überprüft werden müssen. Augenfällig ist dies, wenn die Preise in den Rahmenverträgen gesenkt werden: Schließlich ist es dann möglich, dass ein Teil der Verträge die Preise in den Rahmenverträgen übersteigt. Gleiches gilt auch dann, wenn die Anforderungen an die Qualität des Hilfsmittels geändert werden. Schließlich ist es dann möglich, dass die Qualitätsanforderungen in den Selektivverträgen den Qualitätsanforderungen in den Rahmenverträgen nicht mehr entsprechen. Werden Preise und / oder Qualitätsanforderungen in den Rahmenverträgen verändert, werden in der Regel neue Selektivverträge abzuschließen sein und damit auch eine erneute Ausschreibung durchzuführen sein. Angelehnt an die entsprechenden Regelungen zu den Festbeträgen (§§ 36 Abs. 3, 35 Abs. 5 S. 3 SGB V) wird man eine Überprüfung nach einem Jahr sowie eine Anpassung in geeigneten Zeitabständen an eine veränderte Marktlage als Richtwert ansehen können.

c) Durchschnittspreisermittlung

Direkte Folge des Abschlusses von Selektivverträgen ist es, dass die Krankenkassen gemäß § 127 Abs. 3 SGB V verpflichtet sind, den Durchschnittspreis des unteren Preisdrittels zu ermitteln.

aa) Berechnung

Der Durchschnittspreis ist gemäß § 127 Abs. 3 S. 2 - 4 SGB V folgendermaßen zu berechnen: Ausgangspunkt der Berechnung des Durchschnittspreises ist das untere Drittel der Preise der Leistungserbringer, mit denen gemäß § 127 Abs. 2 SGB V Selektivverträge abgeschlossen worden sind. Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich um die Preise handelt, welche selektivvertraglich vereinbart worden sind und nicht um die Preise, die im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens als Angebote eingehen. Dem steht schon der Wortlaut der Norm entgegen, die auf Verträge abstellt. Zudem würde jede andere Auslegung dazu führen, dass durch die Ausschreibung lediglich Preise ermittelt werden. Eine derartige „reine“ Preisermittlung ist aber gesetzlich gerade nicht verankert. Führt nun die Krankenkasse ein Ausschreibungsverfahren durch, so kann sie dadurch das Preisniveau der einzelnen Leistungserbringer ermitteln, sie kann daran aber keine Folgen knüpfen. Will sie einen entsprechenden Durchschnittspreis ermitteln, so muss sie

Zudem ist eine entsprechende Einschränkung auch vor dem Hintergrund des Charakters des § 127 Abs. 2 SGB V als Kostendämpfungsinstrument nicht geboten: Schließlich bleibt es auch bei höherpreisigen Anbietern dabei, dass die Krankenkasse nur den Durchschnittspreis übernehmen muss. Die Differenz zwischen Krankenkassenanteil und tatsächlichen Kosten sind von den Versicherten zu tragen. Der Krankenkasse kann es dann aber unter dem Blickwinkel der Wirtschaftlichkeit gleichgültig sein, bei welchem konkreten Leistungserbringer das Hilfsmittel erworben wird.

18) BT-Drucks 15/1525, S. 85 zu Nr. 20 (§ 33), Buchstabe b), Doppelbuchstabe aa).

Selektivverträge mit einzelnen Leistungserbringern abschließen. Eine Durchschnittspreisermittlung ohne entsprechende Verträge ist nach der gesetzlichen Konstruktion des § 127 Abs. 2 SGB V nicht möglich. Die Durchschnittspreise sind je Hilfsmittel und sofern erforderlich unter Berücksichtigung der Packungsgröße zu bilden. Die Durchschnittspreise ergeben sich als Summe der Preise nach Satz 2 geteilt durch die Zahl der Leistungserbringer nach Satz 2. Werden mit weniger als drei Leistungserbringern Verträge nach Absatz 2 geschlossen, ergibt sich der Durchschnittspreis aus der Summe der Preise dieser Leistungserbringer geteilt durch deren Zahl.

bb) Vergütung der Leistungserbringer

Ausgangspunkt für die Frage der Vergütung der Leistungserbringer für den Fall, dass Selektivverträge abgeschlossen und in dessen Folge auch der Durchschnittspreis ermittelt worden ist, ist § 33 Abs. 2 SGB V: Hat die Krankenkasse Selektivverträge abgeschlossen und können die Versicherten hierdurch in zumutbarer Weise mit Hilfsmitteln versorgt werden, trägt die Krankenkasse die Kosten in Höhe des Durchschnittspreises des unteren Preisdrittels, höchstens die tatsächlich entstandenen Kosten (§ 33 Abs. 2 S. 3 SGB V).

Daraus folgt zunächst, dass zumindest diejenigen Leistungserbringer, die keinen Selektivvertrag mit der Krankenkasse abgeschlossen haben, nur den ermittelten Durchschnittspreis für ihre Leistung erstattet bekommen. Allerdings gilt dies nur, wenn die Versicherten hierdurch in zumutbarer Weise mit Hilfsmitteln versorgt werden können. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Krankenkasse auch höhere Kosten trägt, wenn erst dadurch eine zumutbare Leistungserbringung ermöglicht wird. Die Begründung des Gesetzesentwurfs verweist in diesem Rahmen z. B. auf Güter, bei denen aufgrund eines individuellen Anpassungs- und Beratungsbedarfs eine Wohnortnähe erforderlich ist. Dies gilt beispielsweise für Orthesen und Prothesen.¹⁸⁾ Die Differenz zwischen dem Abgabepreis und dem Durchschnittspreis hat der Kunde mittels Zuzahlung zu leisten, auf die er von dem Leistungserbringer hinzuweisen ist (§ 127 Abs. 3 S. 4 SGB V).

Fräglich ist jedoch, ob dies gleichermaßen auch für die Leistungserbringer gilt, welche einen Selektivvertrag mit der Krankenkasse abgeschlossen haben. Hier ist zwischen Selektivverträgen zu unterscheiden, die Preise unter dem Durchschnittspreis enthalten sowie den Selektivverträgen, die sich im Preis oberhalb des Durchschnittspreises bewegen.

Liegen die nach § 127 Abs. 2 SGB V einzelvertraglich vereinbarten Preise unter dem nach § 127 Abs. 3 SGB V ermittelten Durchschnittspreis, wird lediglich der selektivvertraglich vereinbarte Preis von der Kasse erstattet. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 127 Abs. 2 SGB V: „[...] Verträge mit einzelnen Leistungserbringern zu niedrigeren Preisen als in den Verträgen nach Abs. 1 [...]“. Der hier vereinbarte Preis ist Vertragsinhalt - essentialia negotii - des Vertrags zwischen Kasse und Leistungserbringer geworden. Unterstützt wird diese Argumentation noch durch die Regelung des § 33 Abs. 2 S. 3 SGB V: Danach trägt die Krankenkasse, wenn Selektivverträge abgeschlossen worden sind, den Durchschnittspreis des unteren Preisdrittels, *höchstens jedoch die tatsächlich entstandenen Kosten*. Wenn sich nun der Leistungserbringer verpflichtet hat, zu einem bestimmten niedrigen Preis zu liefern, so handelt es sich bei diesen niedrigen Preisen um die tatsächlich entstandenen Kosten. Es ist nicht erkennbar, dass diese vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Krankenkasse und dem Leistungserbringer durch die Regelung des § 127 Abs. 3 SGB V modifiziert werden sollten. Vor dem Hintergrund des Charakters des § 127 SGB V als Kostendämpfungsinstrument wäre ein anderes Ergebnis auch merk-

würdig: Schließlich hat der Selektivvertragspartner in dem Vertrag zugesagt, zu diesem niedrigeren Preis zu liefern. Warum er dann aber tatsächlich mehr Geld für seine Leistung erhalten sollte, ist dann nicht erklärbar.

Liegen die einzelvertraglich vereinbarten Preise *oberhalb* des ermittelten Durchschnittspreises, wird nach den gleichen Grundsätzen ebenfalls der vereinbarte Preis von der Kasse erstattet. Dies wird die Mehrzahl der Leistungserbringer betreffen, die einen Selektivvertrag mit der gesetzlichen Krankenkasse abschließen konnten, denn es handelt sich um diejenigen, die zu Preisen in den *oberen beiden Preisdritteln* einen Vertrag abschließen konnten. Es würde dem Sinn und Zweck des Instituts eines Vertrages widersprechen, wenn nur der Leistungserbringer an den Vertrag gebunden wäre, nicht jedoch die Krankenkasse. Zwar scheint der Wortlaut des § 33 Abs. 2 S. 3 SGB V entgegenzustehen. Schließlich enthält er die Vorgabe, dass die Krankenkasse die Kosten in Höhe des Durchschnittspreises trägt. Allerdings kann man diese Passage auch dahingehend interpretieren, dass es sich um eine Regelung für die Fälle handelt, in denen *kein* Selektivvertrag abgeschlossen worden ist. Es handelt sich um eine Regelung für die Mehrzahl der Leistungserbringer, da die Krankenkasse kaum mit *allen* Leistungserbringern einen Selektivvertrag abschließen wird. Der zweite Halbsatz („höchstens die entstandenen Kosten“) ist dann dahingehend zu interpretieren, dass er eine Spezialregelung für den Fall enthält, dass selektivvertraglich ein niedrigerer Preis als der Durchschnittspreis vereinbart worden ist.

Insoweit kann weder § 127 Abs. 3 SGB V noch § 33 Abs. 2 S. 2 SGB V entnommen werden, dass die Selektivverträge mit den Leistungserbringern, die zu den oberen zwei Preisdritteln gehören, gegenstandslos werden sollen. Würde man dies nämlich annehmen, so diene das Ausschreibungsverfahren lediglich zur Preisermittlung. Dann aber müsste man keine Selektivverträge abschließen: Schließlich könnte man auch einfach den ermittelten Preis zugrunde legen, ohne dass Vertragsabschlüsse notwendig wären. Diesen Weg ist der Gesetzgeber nicht gegangen. Beide Instrumente - Selektivvertrag und Durchschnittspreisermittlung - lassen sich nur so in Einklang bringen, dass der Selektivvertrag Vorrang gegenüber dem Durchschnittspreis genießt.

5. Beachtung sozialrechtlicher Vorgaben im Rahmen der Ausgestaltung des Verfahrens

Auch im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nach § 127 Abs. 2 SGB V sind die Vorgaben des Sozialrechtes zu beachten. Insbesondere ist der Vielfalt der Leistungserbringer sowie der Wahlfreiheit der Versicherten Rechnung zu tragen.

Zwar erscheint es auf den ersten Blick nicht notwendig, die Wahlfreiheit der Versicherten hinsichtlich des Abschlusses von Selektivverträgen zu sichern, da sie schließlich weiterhin alle zugelassenen Leistungserbringer in Anspruch nehmen können. Schließlich besteht im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nach § 127 Abs. 2 SGB V keine Exklusivität wie im Rahmen des Vergaberechtes.

Allerdings übersieht man bei dieser Interpretation, dass die Versicherten gegebenenfalls eine Zuzahlung leisten müssen. Insoweit muss auch finanzschwächeren Versicherten die Möglichkeit gegeben werden, einen Leistungserbringer auszuwählen. Bei den Hilfsmitteln, welche eine individuelle Anpassung oder eine intensive Beratung / Anwendungserklärung erfordern (z. B. Prothesen, Orthesen sowie Produkte aus dem Bereich der enteralen und parenteralen Ernährung) ist es notwendig, dass ein Leistungserbringer vor Ort angesprochen werden kann. So reicht manchmal diesbezüglich ein telefonischer Kontakt nicht aus.

Zudem müssen auch mehrere Leistungserbringer vor Ort ansprechbar sein: Dies gilt besonders für die Produkte, die entweder eine intensive Beratung benötigen oder aber für Produkte, welche die Intimsphäre des Versicherten berühren können (z. B. Brustprothesen). Dies ergibt sich auch aus der Begründung § 33 Abs. 2 S. 3 SGB V: Schließlich beschränkt sich die Kostentragung der Krankenkasse nur dann auf den Durchschnittspreis, wenn dadurch eine zumutbare Versorgung des Versicherten gesichert ist. Unzumutbar ist die Leistungserbringung dann, wenn aufgrund des Hilfsmittels eine Wohnortnähe erforderlich ist.¹⁹⁾

Fruchtbar machen lässt sich in diesem Rahmen die Idee des Gesetzgebers, mittelständische Interessen durch eine Aufteilung der Aufträge in Lose bevorzugt zu berücksichtigen (§ 97 Abs. 3 GWB). Durch die Aufteilung der entsprechenden Aufträge in Lose (Fach- und/oder Gebietslose) und damit verbunden das Vorhandensein von mehreren Ausschreibungsgewinnern lässt sich das Ziel der Vielfalt der Leistungserbringer sowie damit verbunden die Sicherung der Wahlfreiheit der Versicherten erreichen.

Auch die für die Erbringung von Lieferungen einschlägige VOL/A in § 5 Nr. 1 sieht vor, dass der Auftraggeber in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese - z. B. nach Menge und Art - in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Allerdings müssen die einzelnen Lose so bemessen sein, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird.

6. Rechtsnatur der Durchschnittspreisermittlung und Rechtsschutz

a) Rechtsnatur

Unbestimmt ist bislang auch die Rechtsnatur der Durchschnittspreisermittlung. Handelt es sich dabei um eine rechtlich verbindliche Äußerung oder nur um eine unverbindliche Aussage der jeweiligen Krankenkasse? Von Bedeutung ist diese Frage insbesondere im Hinblick auf einen möglichen Rechtsschutz gegen eine falsche Ermittlung des Durchschnittspreises, z. B. wenn ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt wird, obwohl die Voraussetzungen zum Abschluss von Selektivverträgen gar nicht vorliegen.

In Betracht kommt die Rechtsnatur eines Verwaltungsaktes in Form einer Allgemeinverfügung. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch die Festbeträge für Hilfsmittel nach § 36 SGB V mittels einer Allgemeinverfügung festgesetzt werden.²⁰⁾ Dass es sich bei der Festsetzung von Festbeträgen um eine Allgemeinverfügung

19) BT-Drucks 15/1525, S. 85, zu Nr. 20 (§ 33), zu Buchstabe b), zu Doppelbuchstabe aa). Zudem spricht auch der Gesetzeswortlaut des § 127 Abs. 3 SGB V dafür, dass mehr als nur ein Selektivvertrag abgeschlossen werden muss: Nach § 127 Abs. 3 S. 2 sind die Preise der Selektivverträge des unteren Preisdrittels zugrunde zulegen. § 127 Abs. 3 S. 4 SGB V enthält eine Sonderregelung für den Fall, dass Verträge mit weniger als drei Leistungserbringern abgeschlossen werden. Daraus folgt, dass nach der gesetzgeberischen Vorstellung in der Regel mit mindestens vier Leistungserbringern Verträge abgeschlossen werden sollen. Jedoch ist es nach der Konstruktion des § 127 Abs. 3 SGB V nicht unzulässig, weniger als drei Leistungserbringer selektivvertraglich zu binden. Aus den genannten sozialrechtlichen Gründen ist dies jedoch unzulässig.

20) *Recht*, in: Hauck/Haines, SGB X - Verwaltungsvorschriften und Schutz der Sozialdaten, Kommentar, Loseblatt, Stand: Februar 2003, K § 31 Rn. 29.

und damit einen Verwaltungsakt handelt, steht angesichts § 35 Abs. 7 S. 2 und 3 SGB V²¹⁾ außer Zweifel: Dort heißt es nämlich: „Klagen gegen die Festsetzung der Festbeträge haben keine aufschiebende Wirkung. Ein Vorverfahren findet nicht statt.“ Aufschiebende Wirkung haben aber nach verwaltungs- und sozialprozessualen Grundsätzen nur Klagen gegen Verwaltungsakte (vgl. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO sowie § 86 a Abs. 1 S. 1 SGG). Zudem ist auch die Durchführung eines Vorverfahrens nur dann erforderlich, wenn ein Verwaltungsakt angegriffen wird (vgl. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO sowie § 78 Abs. 1 S. 1 SGG). Eine Parallele zu der Festsetzung von Festbeträgen lässt sich zumindest hinsichtlich der Rechtswirkungen bejahen: Ist nämlich für ein Hilfsmittel ein Festbetrag festgesetzt, so trägt die Krankenkasse die Kosten höchstens bis zur Höhe dieses Betrages (§ 36 Abs. 2 S. 1 SGB V). Werden Selektivverträge abgeschlossen, so trägt die Krankenkasse in der Regel nur den Durchschnittspreis des unteren Preisdrittels. Darüber hinaus gehende Beträge müssen in beiden Fällen von den Versicherten als Zuzahlung geleistet werden. Hinsichtlich ihrer Wirkung stehen der Festbetrag sowie der Durchschnittspreis nebeneinander: In beiden Fällen erfolgt eine Preisdeckelung nach oben. Im Folgenden soll nun bestimmt werden, ob es sich auch bei Ermittlung des Durchschnittspreises um einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung handelt. Insoweit fehlt eine § 35 Abs. 7 SGB V entsprechende eindeutige Regelung im Rahmen des § 127 SGB V und auch der Gesetzgeber hat sich im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zu dieser Frage nicht geäußert. Gemäß § 31 S. 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Eine Allgemeinverfügung ist nach § 31 S. 2 SGB X ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

Bei der Durchschnittspreisermittlung handelt es sich zunächst um eine *Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts*.²²⁾ Es handelt sich auch um eine hoheitliche Maßnahme: Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Durchschnittspreisermittlung um eine natürliche Folge des Abschlusses von Verträgen handelt. Denn entscheidend ist letztlich, in welcher Form die konkrete Maßnahme - die Durchschnittspreisermittlung - ergeht: Dabei handelt es sich um eine *einseitige* Maßnahme der Krankenkasse.

Fraglich ist jedoch, ob die Durchschnittspreisermittlung eine *Regelung* enthält. Gegen den Charakter einer Regelung spricht nicht schon, dass § 127 Abs. 3 S. 1 SGB V den Krankenkassen aufgibt, die anderen Leistungserbringer zu informieren. Insoweit könnte man

argumentieren, dass die Ermittlung des Durchschnittspreises nur eine vorbereitende Handlung im Hinblick auf diese Information ist. Mit dieser Argumentation greift man jedoch zu kurz: Zum einen ist es durchaus möglich, die Information letztlich als die *Bekanntgabe* der Allgemeinverfügung zu interpretieren. Zum anderen übersieht man, dass die Berechnung des Durchschnittspreises notwendige und zwingende Voraussetzung ist, damit die im Gesetz bestimmten Rechtsfolgen eintreten. Werden nämlich Selektivverträge abgeschlossen, errechnet die jeweilige Krankenkasse jedoch nicht den jeweiligen Durchschnittspreis, so können die Rechtsfolgen des § 127 Abs. 3 SGB V nicht eintreten.

Die Ermittlung des Durchschnittspreises enthält damit als Regelungskern, dass *ab dem Zeitpunkt* der Ermittlung die Regelungen des § 127 Abs. 3 SGB V Anwendung finden. Die Ermittlung des Durchschnittspreises *konkretisiert und aktualisiert* damit die im Gesetz vorgegebene Rechtsfolge. Dies ist der Regelungsgehalt der Durchschnittspreisermittlung. Mithin sind die Leistungserbringer erst ab der Ermittlung des Durchschnittspreises verpflichtet, ihre Kunden über diesen Durchschnittspreis und die Differenz zu ihrem Preis zu informieren. Der Regelungsgehalt der Durchschnittspreisermittlung lässt sich beschreiben als Anordnung, dass nunmehr die Preise in den Rahmenverträgen keine Anwendung finden, sondern allein der Durchschnittspreis für die Kostenübernahme der Krankenkasse entscheidend ist. Auf Seiten des Leistungserbringers hat die Ermittlung des Durchschnittspreises zur Folge, dass er *ab dem Zeitpunkt der Ermittlung* verpflichtet ist, die Versicherten auf seine (höheren) Preise hinzuweisen, d. h. er wird mit einer Informationspflicht belastet. Damit erfüllt die Durchschnittspreisermittlung die Definition der Regelung: Eine Regelung ist nämlich eine Maßnahme, die nach dem Willen der Verwaltung darauf gerichtet ist, einseitig und mit Anspruch auf Verbindlichkeit eine unmittelbare Rechtswirkung zu erzeugen, d. h. eine Rechtsfolge zu setzen.²³⁾ Die Rechtsfolge kann darin bestehen, dass subjektive Rechte begründet, aufgehoben, beeinträchtigt, geändert, abgelehnt oder festgestellt werden.²⁴⁾ Vorliegend handelt es sich um die Begründung einer subjektiven Pflicht. Insoweit geht damit zumindest die Änderung eines subjektiven Rechtes einher. Schließlich werden die Leistungserbringer dadurch zumindest mittelbar in ihrem Recht auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG) beeinträchtigt.

Gegen die Entstehung einer Rechtspflicht durch die Ermittlung des Durchschnittspreises kann man weiterhin einwenden, dass sich die Auferlegung dieser Rechtspflicht nicht aus der Ermittlung des Durchschnittspreises, sondern aus dem Gesetz ergibt. Die Regelung, so könnte man argumentieren, wird gerade nicht durch den Verwaltungsakt getroffen, sondern ergibt sich als bloße Folge aus dem Gesetz. Diese Argumentation übersieht jedoch, dass auch hinsichtlich der Festbeträge lediglich eine Festsetzung des Betrages erfolgt - die Rechtsfolge, dass nur noch die Kosten bis zur Höhe des Festbetrages von der Krankenkasse übernommen werden, ergibt sich auch „nur“ aus dem Gesetz - nämlich aus § 33 Abs. 1 S. 1 SGB V. Der Einordnung als Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung steht dies aber ausweislich des Gesetzeswortlautes nicht entgegen.

Einen *Einzelfall* regelt die Durchschnittspreisermittlung nicht: Schließlich gilt sie für alle Leistungserbringer, welche mit der Krankenkasse abrechnen möchten sowie für alle bei der Krankenkasse Versicherten. Allerdings handelt es sich um eine Allgemeinverfügung, weil der Personenkreis, an den sich die Regelung richtet bestimmbar ist: Die Bestimmbarkeit eines Personenkreises ist zu bejahen, wenn er gattungsmäßig benannt wird.²⁵⁾ Dies ist der Fall, denn von der Ermittlung des

21) § 35 SGB V betrifft zwar die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel. Über § 36 Abs. 3 SGB V gilt § 35 Abs. 7 aber auch in Bezug auf die Festsetzung für die Festbeträge für Hilfsmittel.

22) Dass es sich um eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt, folgt letztlich schon aus § 69 SGB V. Die Krankenkasse bzw. genauer ihr vertretungsberechtigtes Organ ist auch eine Behörde in diesem Sinne: Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 2 SGB X i. V. m. § 31 Abs. 3 S. 1 SGB IV („Die vertretungsberechtigten Organe des Versicherungsträgers haben die Eigenschaft einer Behörde.“)

23) *Recht*, in: Hauck/Haines, SGB X (Fn. 20), K § 31 Rn. 20.

24) *Recht*, in: Hauck/Haines, SGB X (Fn. 20), K § 31 Rn. 20.

25) *Recht*, in: Hauck/Haines, SGB X (Fn. 20), K § 31 Rn. 29, der als Beispiel eine Demonstration nennt.

Durchschnittspreis betroffen sind diejenigen Leistungserbringer, welche mit der Krankenkasse abrechnen möchten sowie die bei der Krankenkasse versicherten Personen.²⁶⁾

Auch die *Außenwirkung* der Durchschnittspreisermittlung ist zu bejahen: Sie ist insbesondere dann zu verneinen, wenn es sich um eine nach innen gerichtete behördliche Weisung handelt.²⁷⁾ Vorliegend sollen durch die Durchschnittspreisermittlung jedoch gerade die gesetzlichen Pflichten (Zuzahlungspflicht für den Versicherten sowie Informationspflicht für den Leistungserbringer) aktiviert werden.

b) Rechtsschutz

Zuständig für entsprechende Streitigkeiten wären die Sozialgerichte: Gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG entscheiden die Sozialgerichte über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Zum einen handelt es sich bei den Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und einer Krankenkasse um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, § 69 SGB V lässt daran keinen Zweifel, da die Beziehungen zwischen Leistungserbringern und den Krankenkassen dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.

26) *Recht*, in: Hauck/Haines, SGB X (Fn. 20), K § 31 Rn. 29, merkt an, dass die Festsetzung der Festbeträge nur als Allgemeinverfügung gegenüber den Herstellern anzusehen ist, weil nur diesen das Recht zur Anfechtung eingeräumt werden sollte. Es bestehen jedoch systematische Bedenken, dass Vorliegen einer Regelung dadurch zu bestimmen, wem ein Klagerecht eingeräumt werden soll. Insoweit ist die Frage, ob eine Regelung vorliegt eine andere Frage als die, ob jemand klagebefugt ist. Entweder entfaltet eine Maßnahme Regelungswirkung oder sie tut es nicht. Letztlich würde eine andere Prüfung auf eine Aufweichung des Begriffs der Regelung hinauslaufen.

27) *Recht*, in: Hauck/Haines, SGB X (Fn. 20), K § 31 Rn. 27.

28) Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2002, § 51 Rn. 7, siehe auch die Beispiele bei Rn. 18.

29) Meyer-Ladewig, (Fn. 28), § 54 Rn. 10.

30) Meyer-Ladewig, (Fn. 28), § 54 Rn. 10; BSGE 7, 168, 170; 14, 164, 166; 37, 28, 30.

31) Siehe oben unter 1.

32) § 35 Abs. 7 S. 3 SGG.

Zum anderen umfasst der Begriff der Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung in diesem Sinne die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern.²⁸⁾

Eine entsprechende Klage könnte beispielsweise darauf gerichtet sein, die Ermittlung des Durchschnittspreises anzugreifen. Dies kommt in Betracht, wenn schon die Voraussetzungen für die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens nicht vorgelegen haben oder die Durchschnittspreisermittlung vorgenommen wurde, obwohl keine Selektivverträge abgeschlossen worden sind. Da die Durchschnittspreisermittlung rechtlich als Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung einzuordnen ist, ist gegen sie die Anfechtungsklage gemäß § 54 SGG die statthafteste Klageart.

Die Anfechtungsklage ist nur zulässig, wenn der Kläger durch den Verwaltungsakt beschwert ist (§ 54 Abs. 1 S. 2 SGG). Allerdings ist hier wie im Verwaltungsprozess im Rahmen der Zulässigkeit ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Kläger behauptet, durch den Verwaltungsakt in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt zu sein.²⁹⁾ Es genügt insoweit, dass der Kläger die Beseitigung einer in seine Rechtssphäre eingreifende Verwaltungsmaßnahme anstrebt, von der er behauptet, sie sei nicht rechtmäßig.³⁰⁾ Eine Beeinträchtigung der rechtlichen Interessen der Leistungserbringer kann vorliegend darin erblickt werden, dass parallel zum Regelungsgehalt die gesetzliche Informationspflicht inhaltlich konkretisiert und aktiviert wird. Dadurch wird seine Rechtsstellung inhaltlich geändert, möglich erscheint eine Verletzung des Rechts auf freie Berufsausübung, falls sich die Durchschnittspreisermittlung als rechtswidrig herausstellt, z. B. weil sie vorgenommen worden ist, obwohl Festbeträge bestehen und damit der Abschluss von Selektivverträgen unzulässig ist.³¹⁾ Dann wurde nämlich ihm gegenüber zu Unrecht die Informationsverpflichtung aktiviert.

Vor Erhebung der Klage ist ein *Vorverfahren* in Form des Widerspruchsverfahrens zwingend durchzuführen (§ 78 Abs. 1 S. 1 SGG). Anders als im Rahmen des Rechtsschutzes gegen die Festsetzung von Festbeträgen³²⁾ ist ein Absehen von dem Erfordernis des Vorverfahrens nicht gesetzlich vorgesehen.