

# **Weiterentwicklung und Verstetigung der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung**

Rechtsgutachten für den Verbraucherzentrale Bundesverband

erstattet von

Universitätsprofessor Dr. Thorsten Kingreen

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Universität Regensburg

August 2020

Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz und  
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

## Inhaltsübersicht

A. Ergebnisse des Rechtsgutachtens.....	4
B. Fragestellung.....	6
C. Rechtsrahmen für die Weiterentwicklung und Verstetigung der Verbraucher- und Patientenberatung.....	10
I. Verpflichtung zur Ausschreibung?.....	10
1. Vergaberechtliche Anforderungen.....	10
2. Vorgaben des Grundgesetzes.....	13
a) Art. 12 Abs. 1 GG.....	13
b) Art. 3 Abs. 1 GG.....	14
3. Zwischenergebnis.....	14
II. Rechtliche Ausgestaltung einer institutionell verstetigten Verbraucher- und Patientenberatung.....	14
1. Bestandsaufnahme: Beratung im Sozialrecht.....	15
a) Sachverständige wissenschaftliche Beratung.....	15
aa) Gemeinsame Selbstverwaltung.....	15
bb) Staatliche Institutionen.....	16
b) Beratung der Bevölkerung.....	17
aa) Staatlich verantwortete Informationstätigkeit.....	17
bb) Information durch nichtstaatliche Akteure.....	18
(1) Allgemeine Aufklärung, Beratung, Auskunft, §§ 13-15 SGB I.....	18
(2) Spezialgesetzliche Beratungsstrukturen mit Gesundheitsbezug.....	19
(a) Unterstützung bei Behandlungsfehlern, § 66 SGB V.....	20
(b) Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung, § 32 SGB IX.....	20
(c) Pflegeberatung und Pflegestützpunkte, §§ 7a, 7c SGB XI.....	21
c) Zusammenfassung.....	23

2. Aufgabenspektrum.....	24
3. Adressatenkreis.....	28
4. Organisation.....	29
a) Trägerschaft.....	30
b) Rechtsform.....	33
c) Öffentliche Finanzierung und Verwaltung.....	35
5. Verhältnis zu den örtlichen Beratungsstellen.....	37
6. Haftung.....	37
III. Gesetzliche Neuregelung.....	40

## A. Ergebnisse des Rechtsgutachtens

1. Es ist sowohl **mit europäischem Vergaberecht als auch mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar**, die Leistungen der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung **institutionell zu verstetigen**.
2. Das **Aufgabenspektrum einer unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung** sollte die individuelle Beratung in gesundheitlichen sowie gesundheits- und medizinrechtlichen Fragen umfassen, kurz: die **Gesundheitsverbraucherberatung**. Hingegen sollte sie in Abgrenzung zu den Zuständigkeiten der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung nicht die allgemeine gesundheitliche Aufklärung der Bevölkerung beinhalten. Eine Abgrenzung mit der allgemeinen Beratungspflicht der Krankenkassen nach § 14 SGB I und der haftungsrechtlichen Beratung nach § 66 SGB V ist nicht erforderlich, denn die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung soll gesundheitsbezogene Verbraucherberatung auch bei Konflikten mit den Krankenkassen leisten. Zudem reicht die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung weiter als die Beratungspflichten der Krankenkassen, denn ihre Adressaten sind auch Nichtversicherte und ihr Gegenstand auch Leistungen, die nicht zum Leistungskatalog der GKV gehören.

Wegen der durch öffentliche Träger geprägten Struktur der Pflegestützpunkte (§ 7c SGB XI) und der eigenständigen Strukturen der Pflegeberatung (§ 7a SGB XI) empfiehlt es sich derzeit nicht, diese in die unabhängige Gesundheitsberatung zu integrieren. Auch die Strukturen der ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX sollten nicht angetastet werden.

3. **Adressaten einer unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung** sollten Patientinnen und Patienten und Verbraucherinnen und Verbraucher sein. Nur damit wird sichergestellt, dass alle Bürgerinnen und Bürger in den Genuss einer solchen unabhängigen Beratung kommen.
4. Die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung sollte durch eine **Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH** verantwortet werden, deren **Träger** allein **gemeinnützige und freie Einrichtungen und Organisationen** i.S.v. § 17 Abs. 3 S. 1 SGB I sein können.

Die **Finanzierung** sollte aus **Bundesmitteln** erfolgen. Dazu ist im Einzelhaushalt des Bundesministeriums für Gesundheit ein entsprechender Haushaltstitel i.S.v. § 26 Abs. 3 BHO

vorzusehen. **Zuständige Behörde** für die Organisation und Durchführung der administrativen Fragen der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung sollte das **Bundesministerium für Gesundheit** sein; in Betracht käme aber auch die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung.

5. Die Beauftragung und die nähere Ausgestaltung der **Rechtsbeziehungen zwischen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH und den Beratungsstellen** erfolgt durch privatrechtliche Geschäftsbesorgungsverträge nach § 675 Abs. 1 BGB. Ein wettbewerbliches Vergabeverfahren empfiehlt sich nicht. Die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH kann die Beratung auch durch eigene Beratungsstellen sicherstellen.
6. Die **Beratungsstellen haften** für eine unter das Rechtsdienstleistungsgesetz fallende Falschberatung, auch wenn diese unentgeltlich ist. Für sonstige Beratungsleistungen wird nur gehaftet, wenn für den Beratenden ein entsprechender Rechtsbindungswille der Beratungsstelle erkennbar ist.

Der abschließende Vorschlag zur Schaffung eines neuen § 11a SGB V führt diese wesentlichen Ergebnisse des Rechtsgutachtens gesetzestechnisch zusammen.

## B. Fragestellung

Gemäß § 65b Abs. 1 S. 1 SGB V fördert der Spitzenverband Bund der Krankenkassen Einrichtungen, die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Patientinnen und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen qualitätsgesichert und kostenfrei informieren und beraten, mit dem Ziel, die Patientenorientierung im Gesundheitswesen zu stärken und Problemlagen im Gesundheitssystem aufzuzeigen. Die Vorschrift befindet sich im 10. Abschnitt des 3. Kapitels, der mit „Weiterentwicklung der Versorgung“ überschrieben ist.

1. Eine zunächst den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen zugewiesene Pflicht, Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung zu fördern, wurde erstmals im Jahre 2000 durch das „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Gesundheitsreform 2000)“ in das Sozialgesetzbuch V eingefügt. Die Förderung steht im Kontext des übergeordneten Ziels, „die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Patientinnen und der Patienten zu achten, ihre Eigenkompetenz zu stärken sowie ihnen einerseits überflüssige diagnostische und therapeutische Maßnahmen zu ersparen, andererseits aber Defizite in der Versorgung zu beseitigen.“<sup>1</sup> Die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung der Verbraucher- und Patientenberatung wurde dementsprechend damit begründet, eine strukturierte, nachhaltig finanzierte sowie neutrale und unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung zu schaffen:

„In Deutschland gibt es verschiedene Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung, die unterschiedliche Schwerpunkte bei ihren Aktivitäten gesetzt haben. Die Grundlagen der ideellen und finanziellen Basis dieser Organisationen sind teilweise wenig transparent, der Wirkungsbereich ist regional sehr unterschiedlich. Nach den gegenwärtigen Strukturen kann eine einheitliche Vertretung von Verbraucher-/Patienteninteressen derzeit keiner Organisation zugeschrieben werden. Mit der verpflichtend im Rahmen von Modellvorhaben vorgesehenen Förderung von Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung sollen solche Organisationen gestärkt werden, die dem Neutralitätsanspruch gerecht werden.“<sup>2</sup>

§ 65b SGB V hatte in seiner am 1. 1. 2000 in Kraft getretenen Fassung den folgenden Wortlaut:

„Die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen unterstützen im Rahmen von Modellvorhaben gemeinsam und einheitlich Einrichtungen zur Verbraucher- oder Patientenberatung, die sich die gesundheitliche In-

---

<sup>1</sup> BT-Drucks. 14/1245, 1.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 14/1245, 67.

formation, Beratung und Aufklärung von Versicherten zum Ziel gesetzt haben und die die Verbände als förderungsfähig anerkannt haben. Die Förderung einer Einrichtung zur Verbraucher- oder Patientenberatung setzt deren Nachweis über ihre Neutralität und Unabhängigkeit voraus. § 63 Abs. 5 Satz 2, § 65 sowie § 213 Absatz 2 gelten entsprechend.“

Auf dieser Rechtsgrundlage sind in zwei jeweils fünfjährigen Modellphasen zwischen 2001 und 2005 und 2006 bis 2010 Einrichtungen der Verbraucher- und Patientenberatung finanziell gefördert worden; diese Modellphasen sind wissenschaftlich begleitet und evaluiert worden.<sup>3</sup> In der ersten Förderphase wurden 30 sehr unterschiedliche, themenspezifische und -übergreifende Einzelvorhaben gefördert. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass es in diesen dezentralen und heterogenen Beratungsstrukturen nicht gelungen war, transparente und durchgängig qualitätsgesicherte Angebote zu entwickeln, stand die zweite Förderphase von 2006 bis 2010 im Zeichen der Erprobung einer integrierten Organisationsstruktur für eine unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung (UPD). Das bundesweit einheitliche Informations- und Beratungsangebot wurde von Beratungsstellen unterschiedlicher Institutionen getragen, die in einer gemeinnützigen GmbH zusammengeschlossen waren. Gesellschafter der gGmbH waren der Sozialverband VdK Deutschland e. V., der Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv) und der Verbund unabhängige Patientenberatung (VuP) e. V. Die Träger der regionalen Beratungsstellen waren Mitgliedsorganisationen der Gesellschafter und somit selbständige Vertragspartner der Bundesgeschäftsstelle.<sup>4</sup>

2. Aufgrund der positiven Erfahrungen der zweiten Modellphase<sup>5</sup> und des erheblichen Bedarfs an qualitätsorientierter Verbraucher- und Patientenberatung wurde die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung durch das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AM-NOG) aus dem Stadium des Modellvorhabens in die Regelversorgung überführt. Als Ausdruck dieser Verstetigung trat an die Stelle der bloßen Anerkennung als Einrichtung zur Patienten- und Verbraucherberatung eine Vergabeentscheidung. Für das Jahr 2011 war eine Förder-summe von 5,2 Millionen € vorgesehen, die entsprechend der prozentualen Veränderung der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV jährlich angepasst wurde (§ 65b Abs. 2 S. 1

<sup>3</sup> Vgl. GKV-Spitzenverband, Dokumente zur Modellphase: [https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/praevention\\_selbsthilfe\\_beratung/patienten\\_und\\_verbraucherberatung.jsp](https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/praevention_selbsthilfe_beratung/patienten_und_verbraucherberatung/patienten_und_verbraucherberatung.jsp).

<sup>4</sup> prognos AG, Evaluation der Unabhängigen Patientenberatung, 2019, S. 2; s. [https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung\\_1/praevention\\_\\_selbsthilfe\\_\\_beratung/beratung/191118\\_Zwischenbericht\\_Evaluation\\_UPD.pdf](https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/praevention__selbsthilfe__beratung/beratung/191118_Zwischenbericht_Evaluation_UPD.pdf).

<sup>5</sup> Vgl. BR-Drucks. 484/10, 38: „Die im Rahmen von Modellvorhaben nach § 65b SGB V a. F. geförderten Einrichtungen zur Verbraucher- und Patientenberatung und entwickelten Strukturen und Prozesse bieten eine tragfähige Grundlage für die Gestaltung einer mittelfristigen, unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung.“

SGB V in der Fassung durch das AMNOG). Der Förderzeitraum betrug fünf Jahre (2011-2015). Dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen wurde die im Einvernehmen mit der oder dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten zu treffende Entscheidung über die Vergabe der Fördermittel übertragen. Beauftragt wurde wie schon in der zweiten Modellphase die durch den Verbraucherzentrale Bundesverband, Sozialverband VdK und den Verband unabhängiger Patientenberatung getragene gemeinnützige GmbH.

**3.** Für die 2016 beginnende Förderperiode wurde die jährliche Fördersumme auf 9 Millionen € angehoben, die sich nach wie vor dynamisch an die Entwicklung der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV anpasst. Die Vergabe erfolgte nicht mehr an das bisherige Konsortium aus bürgergesellschaftlichen Institutionen, sondern an die von der Sanvartis GmbH gegründete UPD Patientenberatung gGmbH. Die Förderentscheidung, die nunmehr für einen siebenjährigen Zeitraum bis 2022 erfolgt ist (§ 65b Abs. 1 S. 4 SGB V), hat Kritik hervorgerufen, die die Unabhängigkeit des Trägers von den Krankenkassen, Krankenhäusern und pharmazeutischen Unternehmen betraf.<sup>6</sup> Im September 2018 wurde bekannt, dass ein Eigentümerwechsel der UPD stattgefunden hat. Die UPD gGmbH, die Mutterfirma Sanvartis und die Sanvartis Group wurden an die Careforce Sanvartis Holding GmbH, ein Unternehmen, das auch für die pharmazeutische Industrie tätig ist, verkauft. Die Prüfung der Auditorin hat nach Auskunft der Bundesregierung ergeben, dass diese Umstrukturierung keinen Einfluss auf die Neutralität und Unabhängigkeit der UPD oder auf die Qualität der von ihr erbrachten Beratungen habe.<sup>7</sup>

**4.** Das Modell einer periodischen Ausschreibung der Verbraucher- und Patientenberatung wird mittlerweile verbreitet kritisiert. Sowohl der Bundesrechnungshof<sup>8</sup> als auch die Patientenbeauftragte der Bundesregierung<sup>9</sup> befürworten eine Verstetigung, um personelle Kontinuität zu gewährleisten und damit auch dauerhaft Kompetenzen und Wissen in den Einrichtun-

---

<sup>6</sup> S. insbes. *Ingo Heberlein*, SGB V und Interessenkollisionen – Konflikt mit dem Kartellvergaberecht? SGB 2016, 426; *Ilona Köster-Steinebach*, Sozialstaatsgebot und Wettbewerbsorientierung. Wo bleiben Beitragszahler und Patienten?, Frankfurter Forum 2016, Heft 13, 36 (43f.). Vgl. ferner etwa den Antrag der Fraktion DIE LINKE BT-Drucks. 18/7042.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 19/10642, S. 1f.

<sup>8</sup> Vgl. den Bericht in: Deutsches Ärzteblatt v. 16.06.2020, Unabhängige Patientenberatung: Rechnungshof bemängelt Ausschreibungsverfahren, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/113801/Unabhaengige-Patientenberatung-Rechnungshof-bemaengelt-Ausschreibungsverfahren>.

<sup>9</sup> Stuttgarter Zeitung v. 26.06.2020, [https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.gesundheitsfuersorge-die-patientenberatung-ist-nicht-bekannt-genug.a2e2e554-380d-4bd2-9614-Ocdac36ec57c.html?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.gesundheitsfuersorge-die-patientenberatung-ist-nicht-bekannt-genug.a2e2e554-380d-4bd2-9614-Ocdac36ec57c.html?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter)).



gen zu generieren. Auch der Verbraucherzentrale Bundesverband kritisiert unabhängig von der konkreten Vergabeentscheidung zugunsten der Sanvartis GmbH, dass die durch die Verbraucherschutz- und Sozialverbände bewirkte Anbindung der Patienten- und Verbraucherberatung an die Zivilgesellschaft verloren gegangen sei. Es geht damit grundsätzlich um die Frage, ob die Verbraucher- und Patientenberatung in wettbewerblichen Auswahlverfahren an Unternehmen vergeben oder institutionalisiert werden sollte. Um die insoweit bestehenden politischen Optionen prüfen zu können, möchte der Verbraucherzentrale Bundesverband die folgenden Fragen rechtgutachtlich klären:

1. Ist das bisher praktizierte Modell der Ausschreibung der UPD verfassungs- und/oder vergaberechtlich zwingend?
2. Wie könnte eine institutionell verstetigte Verbraucher- und Patientenberatung rechtlich ausgestaltet werden? Es sind insbesondere das Aufgabenspektrum, der Aufgabenkreis die Rechtsform, die Trägerschaft und das Verhältnis zu den einzelnen Beratungsstellen zu problematisieren. Zudem ist auf die Haftung für den Fall einer fehlerhaften Beratung einzugehen.
3. Wo sollte eine verstetigte Verbraucher- und Patientenberatung gesetzlich geregelt werden?

## **C. Rechtsrahmen für die Weiterentwicklung und Verstetigung der Verbraucher- und Patientenberatung**

Das Rechtsgutachten besteht aus drei Teilen: Zunächst ist zu klären, ob die derzeit praktizierte Ausschreibung der Leistungen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung europa- oder verfassungsrechtlich zwingend vorgeschrieben ist. Da dies, wie unter I. zu zeigen sein wird, nicht der Fall ist, kann im Abschnitt II. untersucht werden, wie die Verbraucher- und Patientenberatung institutionell verstetigt werden kann. Abschließend wird dann ein gesetzlicher Regelungsvorschlag unterbreitet (III.):

### **I. Verpflichtung zur Ausschreibung?**

Eine Verpflichtung zur Ausschreibung kann sich entweder aus dem unionsrechtlich geprägten Vergaberecht (1.) oder aus dem Grundgesetz (2.) ergeben:

#### **1. Vergaberechtliche Anforderungen**

§ 65b Abs. 1 S. 4 SGB V sieht eine „Vergabe der Fördermittel“ vor und weist die Entscheidung dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen zu.

Im Vorfeld der Ausschreibung der Förderperiode 2016-2022 war umstritten, ob auf die Entscheidung nach § 65b Abs. 1 S. 4 SGB V das Vergaberecht anwendbar ist. Aus dem Begriff „Vergabe“ ließ sich das jedenfalls nicht ableiten.<sup>10</sup> Die Vergabekammer des Bundes war allerdings der Ansicht, die Fördervereinbarung habe die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand, weshalb ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB a. F. (nunmehr: § 103 GWB) vorliege.<sup>11</sup> Gegen diese Auffassung sind gut begründete Bedenken geltend gemacht worden,<sup>12</sup> und auch die Bundesregierung geht davon aus, dass kein öffentlicher Auftrag vorliegt, die Anwendung des Vergaberechtsregimes mithin freiwillig erfolge. Es handele sich „um ein streng vertrauliches Verhandlungsverfahren mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb.“ Mit Blick auf die hohe Fördersumme biete aber „ein europaweites Ausschreibungsverfahren ein größtmögliches Maß an Transparenz.“<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> *Dominik Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrechts, § 65b SGB V [2017] Rn. 9; zweifelnd auch *Jutta Kaempfe*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 65b Rn. 9.

<sup>11</sup> BKartA, Beschl. v. 3.9.2015, VK 1 - 74/15, Rn. 52.

<sup>12</sup> *Ingo Heberlein*, SGB V und Interessenkollisionen – Konflikt mit dem Kartellvergaberecht? SGB 2016, 426 (429ff.).

<sup>13</sup> BT-Drucks. 18/5678, 3.

Die Diskussion über die Anwendbarkeit des Vergaberechts und die nähere Ausgestaltung der Ausschreibung für die kommende Förderperiode ist allerdings nur relevant, wenn § 65b SGB V bis dahin nicht geändert wird. Wenn hingegen eine Veränderung diskutiert werden sollte, stellt sich allein die Frage, ob der Gesetzgeber verpflichtet wäre, eine Ausschreibung nach Maßgabe des Vergaberechts durchzuführen. Anders formuliert ist zu prüfen, ob er verpflichtet ist ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen oder ob er die Verbraucher- und Patientenberatung auch institutionalisieren dürfte. Diese Frage stellt sich, weil das deutsche Vergaberecht auf europäischem Unionsrecht aufsetzt,<sup>14</sup> das grundsätzlichen Anwendungsvorrang auch vor deutschem Recht genießt.

Eine unionsrechtliche Verpflichtung zur gesetzlichen Etablierung eines wettbewerblichen Ausschreibungsregimes würde allerdings voraussetzen, dass aus dem Vergaberecht eine Verpflichtung folgt, öffentliche Aufgaben stets durch Beschaffungsvorgänge zu erfüllen. Die 2016 ergangene Entscheidung *Falk/Pharma* des EuGH<sup>15</sup> zeigt allerdings, dass das nicht der Fall ist. Die Deutsche Angestellten-Krankenkasse (DAK) hatte den Abschluss von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel für einen bestimmten Wirkstoff öffentlich ausgeschrieben. Alle Unternehmen, die die Zulassungskriterien erfüllten und bereit waren, Arzneimittel mit diesem Wirkstoff mit dem vorgesehenen Rabatt zu liefern, konnten entsprechende Verträge mit der DAK abschließen. Außerdem konnte jedes andere Unternehmen, das diese Kriterien erfüllte, dem Vertrag während dessen Laufzeit zu denselben Bedingungen beitreten. Es fand sich aber nur ein Unternehmen. Ein anderes Unternehmen, das keinen Zulassungsantrag gestellt hatte, war der Ansicht, dass diese Ausschreibung dem Vergaberecht unterlegen habe und die Krankenkasse daher zum Abschluss eines exklusiven Rabattvertrages verpflichtet gewesen sei. Die Vergabekammer des Bundes folgte der Auffassung des Beschwerde führenden Unternehmens mit der Begründung, dass eine vom öffentlichen Auftraggeber zu treffende Auswahlentscheidung nicht Voraussetzung, sondern notwendige und europarechtlich zwingende Folge eines öffentlichen Auftrags sei.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber wäre danach europarechtlich verpflichtet gewesen, die Beschaffung von Gesundheitsleistungen wettbewerblich auszu-

---

<sup>14</sup> Einschlägig ist insoweit die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG. Vgl. zur unionsrechtlichen Überformung des Unionsrechts allgemein *Hermann Pünder*, Vergaberecht, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht* Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 17 Rn. 8ff.

<sup>15</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2016:399 (*Falk Pharma/DAK*).

<sup>16</sup> *BKartA*, Beschl. v. 20.2.2014, VK1414 VK 1-4/14.

gestalten.<sup>17</sup> Dagegen spricht aber, dass nach Art. 168 Abs. 7 AEUV allein den Mitgliedstaaten die Entscheidung darüber obliegt, ob sie ihr Gesundheitssystem wettbewerblich ausgestalten oder nicht. Diese Grundentscheidung liegt auch dem Vergaberecht zugrunde, das daher nach seinem Sinn und Zweck nur anwendbar ist, wenn das nationale Gesundheitsrecht wettbewerbliche Entscheidungsspielräume vorsieht.<sup>18</sup> Nachdem sich auch das vorliegende OLG Düsseldorf dieser Auffassung zugeneigt hatte,<sup>19</sup> hat der EuGH klargestellt, dass ein öffentlicher Auftrag im vergaberechtlichen Sinne zwingend voraussetzt, dass der Auftraggeber eine Auswahlentscheidung trifft. Das folge aus der Definition des Begriffs „Auftragsvergabe“ in Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EU (und nunmehr § 103 Abs. 1 GWB), dass der öffentliche Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer „auswählt“, von dem er im Wege eines öffentlichen Auftrags die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen erwerben wird.<sup>20</sup> Das Vergaberecht solle verhindern, dass einheimische Bieter bei der Auftragsvergabe bevorzugt würden; diese Gefahr bestehe aber nur, wenn der Auftraggeber tatsächlich in die Lage versetzt werde, eine Auswahl zu treffen.<sup>21</sup>

Es gibt damit keine unionsrechtliche Verpflichtung, die Beschaffung von Gesundheitsleistungen durch Exklusivverträge auszugestalten. Das Vergaberecht greift erst nach der rechtspolitischen Entscheidung, eine öffentliche Aufgabe durch wettbewerbliche Beschaffung zu erfüllen; daher liegt auch die ordnungspolitische Ausgestaltung des Gesundheitswesens dem Unionsrecht grundsätzlich voraus. Daraus folgt, dass öffentliche Aufgaben nicht zwingend dadurch erfüllt werden müssen, dass Leistungserbringer in einem wettbewerblichen Auswahlverfahren ausgewählt werden; selbstverständlich muss daher die Aufgabe der Verbraucher- und Patientenberatung nicht wettbewerblich durchgeführt werden. In Betracht kommt vielmehr entweder ein reines Zulassungsmodell, das allen geeigneten Interessen Zugang zur Leistungserbringung einräumt wie etwa im Vertragsarztrecht (§ 95 Abs. 2 SGB V) oder auch die gesetzliche Zuweisung einer öffentlichen Aufgabe zu einem einzigen Akteur im Rahmen einer öffent-

---

<sup>17</sup> In diesem Sinne *Alexander Czaki/Anja Freundt*, Keine Ausschreibungspflicht für Verträge über hausarztzentrierte Leistungen? – Besprechung der Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 3. 11. 2010; *Bernhard Stolz/Philipp Kraus*, Ausschreibungspflicht von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V, *MedR* 2010, 86 (92ff.).

<sup>18</sup> Vgl. *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen*, in: *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen*, SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 69 Rn. 55 m. w. N.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 654 (655ff.).

<sup>20</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2016:399, Rn. 40 (Falk Pharma/DAK).

<sup>21</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2016:399, Rn. 35f. (Falk Pharma/DAK).

lich-rechtlichen Zuständigkeitsordnung. Das Vergaberecht stünde daher einer institutionellen Verstärkung der Verbraucher- und Patientenberatung nicht entgegen.

## 2. Vorgaben des Grundgesetzes

Zu prüfen ist ferner, ob aus verfassungsrechtlichen Vorgaben die Verpflichtung zur Etablierung eines Marktmodells folgt.

### a) Art. 12 Abs. 1 GG

Primärer Prüfungsmaßstab ist die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit.

Es ist allerdings schon fraglich, ob der sachliche Schutzbereich des Grundrechts einschlägig ist. Als „Beruf“ ist nämlich nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.“<sup>22</sup> Art. 12 Abs. 1 GG setzt also eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit voraus. Die Tätigkeit eines Vereins fällt daher nur unter Art. 12 Abs. 1 GG, „wenn die Führung eines Geschäftsbetriebs zu seinen satzungsmäßigen Zwecken gehört.“<sup>23</sup> Daher ist die Tätigkeit eines gemeinnützigen Vereins „schon definitionsgemäß keine berufliche Tätigkeit“<sup>24</sup>. Die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung ist nicht kommerziell ausgerichtet; ihre gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit (§ 65b Abs. 1 S. 3 SGB V) soll nicht durch ökonomische Interessen der Einrichtungen beeinflusst werden. Um diese Unabhängigkeit zu dokumentieren, nimmt die im Übrigen kommerziell ausgerichtete Sanartis GmbH die Aufgaben der Verbraucher- und Patientenberatung auch in einer Unabhängigen Patientenberatung Deutschland gGmbH wahr.<sup>25</sup>

Man müsste daher aus Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch darauf ableiten können, die Verbraucher- und Patientenberatung auch kommerziell durchführen zu dürfen. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts wird aber „die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen.“<sup>26</sup> Daraus folgt, dass schon das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Verhalten auch durch die rechtlichen Regelungen bestimmt wird, die die Ausübung des Berufes ausmachen. Aus diesem Grunde obliegt dem Gesetzgeber die grundsätzliche Entscheidung darüber, ob er das Gesundheitswe-

<sup>22</sup> BVerfGE 110, 304 (321); 115, 276 (300).

<sup>23</sup> BVerfGE 97, 228 (253).

<sup>24</sup> Treffend: *Gerrit Manssen*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 41.

<sup>25</sup> Vgl. oben B.

<sup>26</sup> BVerfGE 105, 252 (265).

sen insgesamt oder jedenfalls partiell dem privatwirtschaftlichen Wettbewerb entzieht und öffentlich-rechtlich organisiert.

Damit kann aus Art. 12 Abs. 1 GG kein Anspruch darauf abgeleitet werden, dass die Leistungen der Verbraucher- und Patientenberatung wie bislang über ein Ausschreibungsmodell vergeben werden.

### **b) Art. 3 Abs. 1 GG**

Aus dem in Art. 3 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Gleichheitssatz folgen zwar im sog. Unterschwellenbereich Vorgaben für Auswahlentscheidungen unter den Bietern für öffentliche Aufträge.<sup>27</sup> Aber die vorgelagerte Frage, ob überhaupt eine Ausschreibung erfolgen muss, ist keine des Gleichheitssatzes.

### **3. Zwischenergebnis**

Weder das europäische Unions- noch das deutsche Verfassungsrecht verpflichten den Gesetzgeber, die Einrichtungen der Verbraucher- und Patientenberatung nach einem wettbewerblichen Ausschreibungsmodell zu fördern. Der Gesetzgeber könnte daher § 65b SGB V ändern und eine verstetigte Verbraucher- und Patientenberatung etablieren.

## **II. Rechtliche Ausgestaltung einer institutionell verstetigten Verbraucher- und Patientenberatung**

Damit kann zu der Prüfung übergegangen werden, wie eine institutionell verstetigte Patientenberatung rechtlich ausgestaltet werden kann. In methodischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass es sich insoweit weitgehend um rechts- und gesundheitspolitische Entscheidungen handelt. Die nachfolgenden Vorschläge sind daher nicht in einem rechtlichen Sinne vorgegeben, sondern berücksichtigen lediglich politische Pfadabhängigkeiten und setzen daher auf den bereits vorhandenen sozialrechtlichen Beratungsstrukturen auf. Diese Strukturen sind daher Gegenstand der nachfolgenden Bestandsaufnahme (1.). Auf dieser Grundlage können dann das Aufgabenspektrum (2.), der Adressatenkreis (3.) und die Organisation der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung (4.) sowie das Verhältnis des Trägers zu den einzelnen Beratungsstellen (5.) behandelt werden. Abschließend ist auf die Haftung für den Fall einer fehlerhaften Beratung einzugehen (6.).

---

<sup>27</sup> BVerfGE 116, 135 (159ff.); dazu *Ferdinand Wollenschläger*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 306ff.

## 1. Bestandaufnahme: Beratung im Sozialrecht

Eine Verstetigung der Verbraucher- und Patientenberatung setzt den Aufbau neuer oder die Nutzung vorhandener Institutionen und Strukturen voraus. Selbst wenn neue Institutionen und Strukturen geschaffen werden, muss berücksichtigt werden, in welchen Kontexten Beratung im Sozial- und vor allem im Gesundheitsrecht (das neben dem Krankenversicherungs- auch das Pflegeversicherungsrecht einschließt) schon stattfindet und wie diese organisiert wird. Dabei wird es auch darum gehen, die Beratung von anderen Formen der Information abzugrenzen. Im Sinne einer ersten Annäherung kann man typologisch zwischen der sachverständigen wissenschaftlichen Beratung (dazu a)) und der Beratung der Bevölkerung (b)) unterscheiden. Diese Typologie vermittelt eine wichtige Orientierung für die konzeptionelle Einordnung einer verstetigten Verbraucher- und Patientenberatung (c)):

### a) Sachverständige wissenschaftliche Beratung

In den vergangenen zwei Jahrzehnten sind namentlich im Gesundheitsrecht diverse Institutionen geschaffen worden, die der sachverständigen fachwissenschaftlichen Beratung dienen. Teilweise handelt es sich dabei um Institutionen der Gemeinsamen Selbstverwaltung, teilweise aber auch um staatliche Einrichtungen:

#### aa) Gemeinsame Selbstverwaltung

Eine gewisse Pionierfunktion hatte insoweit das 2004 gegründete *Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen* (IQWiG). Dieses wird nach § 139a Abs. 3 SGB V zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen tätig. Sein Träger ist der Gemeinsame Bundesausschuss, der es nach § 139a Abs. 1 S. 1 SGB V als „fachlich unabhängiges, rechtsfähiges, wissenschaftliches Institut“ zu gründen hatte. Er hat dabei von der in § 139a Abs. 1 S. 2 SGB V enthaltenen Ermächtigung, das IQWiG als Stiftung des privaten Rechts zu errichten, Gebrauch gemacht.<sup>28</sup> Das Bundesministerium für Gesundheit entsendet nach § 139a Abs. 2 S. 1 SGB V einen Vertreter in den Stiftungsvorstand.

Nach dem gleichen Muster verpflichtet der 2014 geschaffene § 137a Abs. 1 S. 1 SGB V den Gemeinsamen Bundesausschuss, „ein fachlich unabhängiges, wissenschaftliches *Institut für Qualitätssicherung und Transparenz im Gesundheitswesen*“ (IQTiG) zu gründen. Das Institut

---

<sup>28</sup> Dazu *Astrid Wallrabenstein*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 139a Rn. 4f.

arbeitet nach § 137a Abs. 3 S. 1 SGB V im Auftrag des Gemeinsamen Bundesausschusses an Maßnahmen zur Qualitätssicherung und zur Darstellung der Versorgungsqualität im Gesundheitswesen. Die Errichtung in der Rechtsform einer Stiftung des privaten Rechts (§ 137a Abs. 1 S. 2 SGB V) ist hier anders als beim IQWiG nach § 139a Abs. 1 S. 2 SGB V obligatorisch; auch hier entsendet das Bundesministerium für Gesundheit einen Vertreter in den Stiftungsvorstand.

Eine gewisse Sonderstellung hat das Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK), das die Selbstverwaltungspartner im Krankenhauswesen (heute: GKV-Spitzenverband, PKV-Verband, Deutsche Krankenhausgesellschaft) bereits 2001 zunächst als gGmbH gegründet haben; später wurde es in eine GmbH umgewandelt. Das Institut unterstützt die Selbstverwaltungspartner bei der Einführung und kontinuierlichen Weiterentwicklung des vergütungsrechtlichen DRG-Systems im Krankenhaus (§ 17b KHG). Da es sich um eine privatrechtliche Institution handelt, die durch Gesellschaftsvertrag (§ 2 GmbHG) zustande kommt, gibt es keine gesetzliche Regelung zur Errichtung des InEK. Anders als beim IQWiG und beim IQTiG existiert sogar noch nicht einmal ein Adressat, der zu seiner Gründung verpflichtet ist. Seine Existenz wird aber in diversen gesetzlichen Bestimmungen vorausgesetzt (insbesondere § 17b Abs. 1 S. 6, Abs. 3 S. 6, Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 1 Nr. 1 sowie S. 3 und 4, Abs. 8 S. 2, Abs. 10 S. 1-4 KHG).<sup>29</sup>

### **bb) Staatliche Institutionen**

Außer den der Gemeinsamen Selbstverwaltung zuzuordnenden Instituten gibt es im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit staatliche Institutionen, die neben Forschungsaufgaben auch Beratungsfunktionen wahrnehmen.

Dazu zählen namentlich das Robert-Koch-Institut, das als Bundesinstitut für Infektionskrankheiten und nicht übertragbare Krankheiten<sup>30</sup> fungiert sowie das Paul-Ehrlich-Institut, das Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel.<sup>31</sup> Beide sind selbständige Bundesoberbehörden i.S.v. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit. Eine sachverständige Beratungsfunktion hat zudem das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI), das datenbankgestützte Informa-

<sup>29</sup> § 64b Abs. 3 S. 1 SGB V bezeichnet es als das „DRG-Institut der Selbstverwaltungspartner nach § 17b Absatz 2 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes“. In § 17b Abs. 2 KHG wird das Institut indes gar nicht erwähnt.

<sup>30</sup> § 2 Abs. 1 des Gesetzes über Nachfolgeeinrichtungen des Bundesgesundheitsamtes (BGA-Nachfolgegesetz - BGA-NachfG).

<sup>31</sup> Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Bundesinstitut für Impfstoffe und biomedizinische Arzneimittel.



tionssysteme für Arzneimittel und Medizinprodukte betreibt und beispielsweise auch ein Programm zur Bewertung gesundheitsrelevanter Verfahren und Technologien verantwortet. Es ist im Mai 2020 organisatorisch in das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) integriert worden, welches ebenfalls eine selbständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit ist.

## **b) Beratung der Bevölkerung**

Während also die sachverständige Beratung weitgehend durch eigenständige Institutionen erfolgt, die der Staat trägt oder in denen er sich zumindest Mitentscheidungsbefugnisse vorbehalten hat, sind die Strukturen bei der Information und speziell der Beratung der Bevölkerung wesentlich vielfältiger, aber jedenfalls in der Grundtendenz staatsferner:

### **aa) Staatlich verantwortete Informationstätigkeit**

Der einzige staatliche Akteur, der für die Information der Bevölkerung zuständig ist, ist die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA). Sie wurde bereits durch einen ministeriellen Errichtungserlass vom 20.07.1967 gegründet. Obwohl sie damit nicht auf einer gesetzlichen Grundlage fußt, wird sie heute als eigenständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit geführt. Aus typologischer Sicht ist sie hybrid:

Im Errichtungserlass wird der BZgA insbesondere die Aufgabe der Erarbeitung von Grundsätzen und Richtlinien für Inhalte und Methoden der praktischen Gesundheitserziehung, die Ausbildung und Fortbildung der auf dem Gebiet der Gesundheitserziehung und -aufklärung tätigen Personen und die Koordinierung und Verstärkung der gesundheitlichen Aufklärung und Gesundheitserziehung im Bundesgebiet zugewiesen.<sup>32</sup> Die BZgA nimmt damit keine individuellen Beratungsaufgaben wahr, sondern ist zuständig für die gesundheitsbezogene Aufklärung der Bevölkerung. Diese Funktion äußert sich in mehreren gesetzlichen Aufgabenzuweisungen, die jeweils die Aufklärung der Bevölkerung betreffen (vgl. § 1 Abs. 1, 1a und 2 SchkG sowie § 2 Abs. 1 S. 1 TPG und § 3 Abs. 4 TFG).

Die BZgA hat aber zugleich sachverständige Beratungsfunktionen und wird insoweit auch in den sozialversicherungsrechtlichen Kontext einbezogen. Zur Unterstützung der Krankenkassen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Gesundheitsförderung und Prävention in Lebenswelten für in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte, insbesondere in Kinder-

---

<sup>32</sup> <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service-benutzerhinweise/behoerden-im-geschaeftsbereich/bundeszentrale-fuer-gesundheitliche-aufklaerung.html>

tageseinrichtungen, in sonstigen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, in Schulen sowie in den Lebenswelten älterer Menschen und zur Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität der Leistungen beauftragt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemäß § 20a Abs. 3 S. 1 SGB V die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung seit 2016 insbesondere mit der Entwicklung der Art und der Qualität krankenkassenübergreifender Leistungen, deren Implementierung und deren wissenschaftlicher Evaluation. Diese Leistungen werden vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach näherer Maßgabe von § 20a Abs. 3 S. 4-7 SGB V vergütet.

### **bb) Information durch nichtstaatliche Akteure**

Sieht man von den genannten Beratungspflichten der BZgA ab, erfolgt die gesundheitsbezogene Beratung weitgehend nicht durch staatliche Akteure, sondern durch die selbstverwalteten Sozialversicherungsträger (§ 29 SGB IV) sowie durch zivilgesellschaftliche Institutionen. Zu unterscheiden ist zwischen den für das gesamte Sozialrecht geltenden Bestimmungen über die Aufklärung, Beratung und Auskunft (dazu (1)) und spezialgesetzlich geregelten Beratungsstrukturen mit Gesundheitsbezug ((2)):

#### **(1) Allgemeine Aufklärung, Beratung, Auskunft, §§ 13-15 SGB I**

Die §§ 13-15 SGB I enthalten ein nach Inhalt und Adressaten abgestuftes System von Informationspflichten für das gesamte Sozialrecht unter Einschluss der in § 68 SGB I bezeichneten Rechtsgebiete, die nicht in das Sozialgesetzbuch integriert sind. Die in den §§ 13-15 SGB I verwendete terminologische Unterscheidung zwischen der Aufklärung, der Beratung und der Auskunft wird in den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs teilweise wieder aufgegriffen.<sup>33</sup> Sie ist daher auch für die Bestimmung des Aufgabenspektrums einer verstetigten Verbraucher- und Patientenberatung relevant.

§ 13 SGB I verpflichtet die Leistungsträger zur *Aufklärung* der Bevölkerung über deren Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch. Die Aufklärung ist keine individuelle Beratung im Einzelfall, sondern eine „allgemeine und abstrakte Unterrichtung aller von den materiellrechtlichen, mitwirkungsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechten und Pflichten nach dem SGB möglicherweise betroffenen, im Einzelnen regelmäßig nicht bekannten Personen.“<sup>34</sup> Adressaten dieser allgemeinen, bevölkerungsbezogenen Aufklärungspflicht sind alle Leis-

<sup>33</sup> Vgl. neben den nachstehend unter (2) genannten Bestimmungen etwa § 1 S. 3 SGB V und § 131 SGB VI.

<sup>34</sup> Siegfried Wiesner, in: Karl Hauck/Wolfgang Noftz/Dagmar Oppermann/Ulrich Becker (Begr./Hrsg.), § 13 SGB I [2015] Rn. 11.

tungsträger i.S.v. § 12 S. 1 SGB I, also jeweils die in den §§ 18-29 SGB I genannten Körperschaften, Anstalten und Behörden, ferner auch ihre Verbände, wobei umstritten ist, ob nur die öffentlich-rechtlichen Verbände oder auch privatrechtliche Zusammenschlüsse (wie etwa die einzelnen Krankenkassenverbände, vgl. § 212 SGB V) erfasst werden.<sup>35</sup>

Demgegenüber ist die in § 14 SGB I normierte *Beratung* eine individualisierte Information, die sich auf konkrete Rechte und Pflichten nach dem Sozialgesetzbuch bezieht.<sup>36</sup> Die Beratung soll die notwendigen Kenntnisse und Entscheidungsgrundlagen vermitteln, die der Betroffene zur vollen Wahrnehmung seiner Rechte und zur korrekten Erfüllung seiner Pflichten braucht.<sup>37</sup> Es handelt sich also bei der Beratung um eine individualisierte und spezialisierte Information; dementsprechend richtet sich die Beratungspflicht nach § 14 S. 2 SGB I nur an den jeweils zuständigen Sozialleistungsträger. Da „jeder“ berechtigt ist, ist es auch in sozialversicherungsrechtlichen Fragen nicht erforderlich, dass der Beratung Suchende selbst versichert ist.<sup>38</sup>

Schließlich regelt § 15 SGB I noch die *Auskunft*. Ebenso wie die Beratung dient sie der individuellen Information. Die Auskunftspflicht bezieht sich allerdings im Wesentlichen auf die Benennung des zuständigen Sozialleistungsträgers und hat insoweit eine die Beratung vorbereitende Funktion.<sup>39</sup> Weitere Auskünfte müssen nur erteilt werden, soweit die Auskunftsstelle dazu in der Lage ist. Eine Besonderheit der Vorschrift besteht darin, dass neben den Kranken- und Pflegekassen die „nach Landesrecht zuständigen Stellen“ (gemeint sind hier die kommunalen Gebietskörperschaften) verpflichtet sind. Die spezifische Funktion der Auskunft besteht damit darin, über ortsnahe Institutionen den Zugang zu den eigentlich sachlich und fachlich zuständigen Beratungsstellen zu erschließen.

## **(2) Spezialgesetzliche Beratungsstrukturen mit Gesundheitsbezug**

Spezialgesetzliche Beratungsstrukturen mit Gesundheitsbezug werfen die für die Konzipierung einer verstetigten unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung erhebliche Frage auf, in welchem Verhältnis sie zu der über § 65b SGB V organisierten Beratung stehen.

<sup>35</sup> S. etwa *Otfried Seewald*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 13 SGB I [2018] Rn. 76f.

<sup>36</sup> S. etwa *Friedhelm Hase*, in: Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 14 SGB I [2019] Rn. 1.

<sup>37</sup> *Matthias Knecht*, in: Karl Hauck/Wolfgang Noftz/Dagmar Oppermann/Ulrich Becker (Begr./Hrsg.), § 14 SGB I [2010] Rn. 22.

<sup>38</sup> *Matthias Knecht*, in: Karl Hauck/Wolfgang Noftz/Dagmar Oppermann/Ulrich Becker (Begr./Hrsg.), § 14 SGB I [2010] Rn. 9.

<sup>39</sup> *Peter Trenk-Hinterberger*, in: Utz Kraemer/Peter Trink-Hinterberger (Hrsg.), Sozialgesetzbuch I, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 5.



**(a) Unterstützung bei Behandlungsfehlern, § 66 SGB V**

§ 66 SGB V begründet eine im Verhältnis zu § 14 SGB I spezialgesetzliche Beratungspflicht der Krankenkassen bei Behandlungsfehlern. Die Unterstützung der Krankenkassen kann nach § 66 Abs. 1 S. 2 SGB V insbesondere die Prüfung der von den Versicherten vorgelegten Unterlagen auf Vollständigkeit und Plausibilität, mit Einwilligung der Versicherten die Anforderung weiterer Unterlagen bei den Leistungserbringern, die Veranlassung einer sozialmedizinischen Begutachtung durch den Medizinischen Dienst nach § 275 Abs. 3 Nr. 4 SGB V sowie eine abschließende Gesamtbewertung aller vorliegenden Unterlagen umfassen.<sup>40</sup>

*Exkurs:* Im Recht der privaten Krankenversicherung öffnet zwar § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG die Möglichkeit, als zusätzliche Dienstleistung u. a. die Unterstützung der versicherten Personen bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen fehlerhafter Erbringung der Leistungen und der sich hieraus ergebenden Folgen zu vereinbaren. In der Praxis wird diese Vereinbarung aber offenbar selten getroffen; eine Beratung der Versicherten erfolgt dann allenfalls auf freiwilliger Basis.<sup>41</sup>

**(b) Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung, § 32 SGB IX**

Der am 01.01.2018 in Kraft getretene § 32 SGB IX sieht eine die allgemeinen Beratungspflichten nach § 14 SGB I ergänzende<sup>42</sup> unabhängige Teilhabeberatung vor.

Der Gesetzgeber begründet die Notwendigkeit eines solchen besonderen Angebots für Menschen mit (drohenden) Behinderungen mit der Individualisierung von Leistungen. Daher solle ein Angebot zur Beratung über Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe geschaffen werden, das nicht an die Voraussetzung einer Beitragspflicht, Mitgliedschaft oder besondere Tatbestandsmerkmale geknüpft ist.<sup>43</sup> Es sind nach § 32 Abs. 2 S. 1 SGB IX alle Rehabilitations- und Teilhabeleistungen erfasst, also auch Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nach den §§ 42ff. SGB IX.

Die in § 32 Abs. 1 S. 1 SGB IX geforderte „Unabhängigkeit“ bezieht sich auf Leistungsträger wie auf Leistungserbringer, was in der Praxis dazu führt, dass die unabhängige Teilhabebera-

---

<sup>40</sup> Dazu ausführlich *Christian Katzenmeier/Christoph Jansen*, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2017.

<sup>41</sup> *Christian Katzenmeier/Christoph Jansen*, GKV-Unterstützung bei Behandlungsfehlerverdacht, 2017, S. 97f.

<sup>42</sup> S. § 32 Abs. 1 S. 2 SGB IX.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 18/9522, 244.

tung im Wesentlichen durch Wohlfahrtsverbände und andere zivilgesellschaftliche Akteure erfolgt.<sup>44</sup> Auch bei diesen sieht der Gesetzgeber aber Gefahren für die Unabhängigkeit:

„Da eine von ökonomischen Interessen freie Beratung in der Praxis kaum vorstellbar ist, sollen durch geeignete Offenlegung möglicher finanzieller und organisatorischer Abhängigkeiten der beratenden Institutionen diese transparent gemacht und damit Interessenskonflikten entgegengewirkt werden.“<sup>45</sup>

Die Finanzierung erfolgt durch den Bund aufgrund einer Förderrichtlinie. Sie ist nach § 32 Abs. 5 S. 1 SGB IX zunächst bis zum 31.12.2022 befristet. Über die Entfristung soll nach Vorlage eines Berichts der Bundesregierung an die gesetzgebenden Körperschaften zum 30.06.2021 entschieden werden.<sup>46</sup> Ab dem Jahr 2023 werden die Fördermittel für den Fall der Entfristung auf 65 Millionen € festgesetzt (§ 32 Abs. 6 S. 1 SGB IX). Zuständige Behörde ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

### **(c) Pflegeberatung und Pflegestützpunkte, §§ 7a, 7c SGB XI**

Das Pflegeversicherungsrecht bildet die allgemeine Trias der Informationsansprüche (§§ 13-15 SGB I) spezialgesetzlich ab. Neben der aus § 7 SGB XI folgenden, die §§ 13 und 15 SGB I konkretisierenden Aufklärungs- und Auskunftspflicht der Pflegekassen regelt § 7a SGB XI einen Anspruch auf Beratung, den § 37 Abs. 3 SGB XI für den Bereich des Leistungsrechts nochmals speziell aufgreift.

Nach der ausgesprochen unübersichtlichen Vorschrift des § 7a Abs. 1 S. 1 SGB XI haben Personen, die Leistungen der Pflegeversicherung erhalten, Anspruch auf individuelle Beratung und Hilfestellung durch einen Pflegeberater oder eine Pflegeberaterin bei der Auswahl und Inanspruchnahme von bundes- oder landesrechtlich vorgesehenen Sozialleistungen sowie sonstigen Hilfsangeboten, die auf die Unterstützung von Menschen mit Pflege-, Versorgungs- oder Betreuungsbedarf ausgerichtet sind (Pflegeberatung). Es handelt sich damit um eine spezialgesetzliche Ausprägung des allgemeinen, aus § 14 SGB I folgenden Beratungsanspruchs, dessen Inhalte § 7a Abs. 1 S. 3 SGB XI noch näher spezifiziert.

Die Pflegeberatung beinhaltet gemäß den auf § 17 Abs. 1a SGB XI beruhenden Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes die „individuelle und umfassende Beratung und Hilfestellung durch eine Pflegeberaterin oder einen Pflegeberater bei der Auswahl sowie Inanspruchnahme von

<sup>44</sup> Vgl. die Aufstellung der Beratungsstellen unter <https://www.teilhabeberatung.de/>.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 18/9522, 245.

<sup>46</sup> So BT-Drucks. 18/9522, 246.

bundes- oder landesrechtlich vorgesehenen Sozialleistungen und sonstigen Hilfsangeboten, die auf die Unterstützung von Menschen mit Pflege-, Versorgungs- und Betreuungsbedarf ausgerichtet sind.<sup>47</sup> Sie ist, was sich § 7a Abs. 1 S. 8 SGB XI allerdings nur mittelbar entnehmen lässt, grundsätzlich Aufgabe der Pflegekassen und ihrer Verbände, die Pflegeberater und Pflegeberaterinnen gemäß § 7a Abs. 4 S. 1 SGB XI „nach Anzahl und örtlicher Zuständigkeit aufeinander abgestimmt bereitzustellen“ haben; hierüber müssen sie einheitlich und gemeinsam Vereinbarungen treffen. Nach § 7a Abs. 1 S. 8 SGB XI können die Krankenkassen die Aufgaben der Pflegeberatung ganz oder teilweise auf Dritte übertragen, um eine effektive wohnortnahe Beratung zu ermöglichen. Zu den Dritten zählen insbesondere auch gemeinnützige und freie Einrichtungen und Organisationen nach § 17 Abs. 3 SGB I.<sup>48</sup>

Die nach § 7a Abs. 7 S. 1 und 3 SGB XI abzuschließenden Rahmenvereinbarungen dienen „der weiteren Vernetzung der in der Pflegeberatung und angrenzenden Leistungsbereichen tätigen Stellen sowie der Strukturierung ihrer Zusammenarbeit mit anderen für die wohnortnahe Beratung zuständigen Institutionen.“<sup>49</sup> Eine vernetzte wohnortnahe Pflegeberatung sollen insbesondere die sog. Pflegestützpunkte ermöglichen, die die Pflegekassen und die Krankenkassen nach § 7c Abs. 1 S. 1 SGB XI einzurichten haben, sofern die zuständige oberste Landesbehörde dies bestimmt. Dies ist mit Ausnahme von Sachsen und Sachsen-Anhalt in allen Bundesländern geschehen.<sup>50</sup>

Dem Gesetz selbst lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, wie Pflegestützpunkte organisiert sind und wer sie trägt. § 7c Abs. 1a SGB XI kann man allerdings entnehmen, dass Pflegestützpunkte vor allem der Verstärkung der Zusammenarbeit zwischen den nach dem Sozialgesetzbuch V (Krankenkassen) und XI (Pflegekassen) zuständigen Leistungsträgern und den kommunalen Trägern der Sozialhilfe sowie den beteiligten gemeinnützigen und freien Einrichtungen dienen. Da das Gesetz insoweit keine generaueren Vorgaben macht, haben sich in den Ländern offenbar sehr heterogene Beratungsstrukturen herausgebildet,<sup>51</sup> deren Effektivität offenbar auch maßgeblich vom Engagement der einzelnen Kommunen abhängt.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes zur einheitlichen Durchführung der Pflegeberatung nach § 7a SGB XI vom 7. Mai 2018, unter 1.2.

<sup>48</sup> Ben Eisfeld/Utz Krahrmer, Lehr- und Praxiskommentar SGB XI, 5. Aufl. 2018, SGB XI § 7a Rn. 28.

<sup>49</sup> Ben Eisfeld/Utz Krahrmer, Lehr- und Praxiskommentar SGB XI, 5. Aufl. 2018, SGB XI § 7a Rn. 46.

<sup>50</sup> Bericht des GKV-Spitzenverbandes nach § 7a Abs. 9 SGB XI, Juni 2020, S. 6.

<sup>51</sup> Bericht des GKV-Spitzenverbandes nach § 7a Abs. 9 SGB XI, Juni 2020, S. 7.

<sup>52</sup> Bericht des GKV-Spitzenverbandes nach § 7a Abs. 9 SGB XI, Juni 2020, S. 26.

### c) Zusammenfassung

Die Bestandsaufnahme der Beratungsstrukturen im Sozialrecht vermittelt folgende Erkenntnisse für die konzeptionelle Ausrichtung, die nähere Ausgestaltung der Informationsleistungen und die organisatorische Standortbestimmung einer verstetigten Verbraucher- und Patientenberatung:

- (1) Konzeptionell ist zwischen einer sachverständigen wissenschaftlichen Beratung, die den maßgeblichen Akteuren des Gesundheitswesens zuarbeitet, und einer wohnortnahen Information der Bevölkerung zu unterscheiden.

*Einordnung:* Eine verstetigte Verbraucher- und Patientenberatung richtet sich an Verbraucher und Patienten und versteht sich daher nicht als fachwissenschaftliche Politikberatung.

- (2) Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Informationstätigkeit ist zwischen einer auf die Gesamtbevölkerung bezogenen Aufklärung und einer individuellen Beratung zu unterscheiden. Der zwischen Aufklärung und Beratung liegende Begriff der „Auskunft“ bezieht sich auf Informationen, die den Zugang zu einer individualisierten Beratung ermöglichen.

*Einordnung:* Eine verstetigte Verbraucher- und Patientenberatung dient nicht allgemein der gesundheitsbezogenen Aufklärung der Bevölkerung; diese ist Aufgabe der staatlichen Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. Ihre Hauptfunktion ist die individualisierte Beratung. Denkbar ist auch, dass sie für die Erteilung von Auskünften zuständig ist, um Beratungsangebote außerhalb der Verbraucher- und Patientenberatung zu erschließen.

- (3) In organisatorischer Hinsicht erfolgt die sachverständige wissenschaftliche Beratung entweder durch spezialisierte staatliche Bundesoberbehörden oder durch Institutionen, die von den Partnern der Gemeinsamen Selbstverwaltung getragen werden und privatrechtlich organisiert sind. Hingegen erfolgt die gesundheitsbezogene Informationstätigkeit der Bevölkerung im Grundsatz eher staatsfern, nämlich entweder durch die Sozialversicherungsträger oder durch die Wohlfahrtsverbände und andere zivilgesellschaftliche Akteure, wie namentlich im Rahmen der ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung für Menschen mit Behinderungen. Teilweise gibt es auch hybride, vertraglich konkretisierte Strukturen, etwa in den Pflegestützpunkten, in denen die Pflege- und Krankenkassen mit kommunalen Sozialleistungsträgern und Wohlfahrtsverbänden zusammenarbeiten.



*Einordnung:* Eine verstetigte Verbraucher- und Patientenberatung gehört typologisch in den staatsfernen Kontext einer wohnortnah durchzuführenden, individualisierten Bevölkerungsinformation. Gemessen an den vorhandenen Strukturen spricht das eher dafür, sie der sozialen Selbstverwaltung oder zivilgesellschaftlichen Organisationen zuzuweisen. Für den Fall privatrechtlicher Organisation hängt die Trägerschaft unmittelbar mit der Frage zusammen, wie unabhängig die Verbraucher- und Patientenberatung von nichtstaatlichen Akteuren im Gesundheitswesen, insbesondere den Kranken- und Pflegekassen und den Verbänden der Leistungserbringer sein soll. Die Organisation der Pflegeberatung einerseits und der Teilhabeberatung andererseits zeigen exemplarisch mögliche Gestaltungsformen; zugleich wirft deren Existenz die Frage der Funktionen einer unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung in Abgrenzung zu deren Leistungsangeboten auf.

## **2. Aufgabenspektrum**

Auf der Grundlage der vorstehenden Typologie und der daran anschließenden Standortbestimmung der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung ist anschließend zunächst deren Aufgabenspektrum zu bestimmen. Insoweit sind mehrere Abgrenzungen erforderlich:

**a)** Die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung sollte in Abgrenzung zu den Zuständigkeiten der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung die individuelle Beratung und Auskünfte für Patienten und nicht für die allgemeine bevölkerungsbezogene Aufklärung beinhalten. Unterschiedliche Zuständigkeiten für gesundheitsbezogene Aufklärung auf der einen und Beratung und Auskunft auf der anderen Seite sind zwar rechtlich nicht zwingend. Aber die Aufklärung der gesamten Bevölkerung setzt eher zentrale Entscheidungen und Zuständigkeiten voraus, während Beratung und Auskunft individuell und wohnortbezogen erfolgen und daher dezentrale Strukturen voraussetzen.

**b)** Klärungsbedürftig ist sodann das Verhältnis zu anderen Akteuren, die gesundheitsbezogene und gesundheits- und medizinrechtliche Beratung anbieten (müssen):

**aa)** Fraglich ist zunächst das Verhältnis zur allgemeinen sozialrechtlichen Beratung namentlich durch die Krankenkassen (§ 14 SGB I). Diese erfasst das gesamte Gesundheitsrecht, das definitorisch das Beitrags-, das Versicherungs-, das Leistungs- und das Leistungserbringungsrecht erfasst. Es ist zu unterscheiden vom Medizinrecht, das insbesondere das Haftungsrecht ein-

schließt.<sup>53</sup> Diese Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem Gesundheitsrecht und privatrechtlichem Medizinrecht liegt auch der Differenzierung zwischen der aus § 14 SGB I folgenden allgemeinen Beratungspflicht der Krankenkassen in gesundheitsrechtlichen Fragen auf der einen und der spezifischen Unterstützung bei möglicherweise haftungsrechtlich relevanten Behandlungsfehlern (§ 66 SGB V) auf der anderen Seite zugrunde.

Im Prinzip decken die gesetzlichen Krankenkassen damit zwar de iure das gesamte Beratungsspektrum des Sozial-, Gesundheits- und Medizinrechts ab. Aber wenn es in diesen Bereichen zu Konflikten zwischen Versicherten und den Krankenkassen kommt, bedarf es einer unabhängigen Beratung in letztlich allen diesen Fragen, zumal in der privaten Krankenversicherung die haftungsrechtliche Beratung nach § 192 Abs. 3 Nr. 4 VVG nur fakultativ ist. Hinzu kommt, dass Krankenkassen und auch private Krankenversicherungsunternehmen nur eigene Versicherte beraten und auch nur über die Leistungen, die sie erbringen. Beratungsbedarf in gesundheits- und medizinrechtlichen Fragen haben aber auch die 143.000 Personen<sup>54</sup>, die nicht versichert sind. Auch kann Beratung notwendig sein bei Leistungen, die nicht der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen unterliegen wie namentlich die IGeL-Leistungen; Entsprechendes gilt für die private Krankenversicherung. Je mehr Leistungen außerhalb der Leistungskataloge erbracht werden, desto höher ist der Bedarf nach einer allgemeinen gesundheitsrechtlichen Beratung.

Diese Beratungslücken in personeller und sachlicher Hinsicht sowie die unterschiedlichen Rollen von Krankenkassen einerseits und unabhängiger Verbraucher- und Patientenberatung andererseits sprechen gegen trennscharfe Abgrenzungen zwischen einzelnen Beratungssegmenten. Vielmehr sollte die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung insgesamt für die gesundheits- und medizinrechtliche Beratung zuständig sein. Mit der Einbeziehung der auch „gesundheitlichen“ Beratung wird zugleich klargestellt, dass die Beratung sich nicht nur auf Rechtsfragen verengen sollte. Allerdings sollte die Durchsetzung von Rechten in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis nicht Bestandteil der Beratung sein.

---

<sup>53</sup> Vgl. zu den hier maßgeblichen Unterscheidungen zwischen Sozial-, Gesundheits- und Medizinrecht *Thorsten Kingreen*, Medizinrecht und Gesundheitsrecht, in: Hans-Jürgen Ahrens/Christian von Bar/Gerfried Fischer/Andreas Spickhoff/Jochen Taupitz (Hrsg.), *Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, 2009, S. 283ff.

<sup>54</sup> S. Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Gesundheitszustand-Relevantes-Verhalten/Publikationen/Downloads-Gesundheitszustand/krankenversicherung-mikrozensus-2130110199004.html>

**bb)** Notwendig ist hingegen die Abgrenzung zur unabhängigen Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX. Diese schließt auch die gesundheitsbezogene Beratung ein. Man könnte daher fragen, warum diese nicht auch Bestandteil der Beratung im Rahmen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung werden sollte. Gegen die Integration der Teilhabe- in die Verbraucher- und Patientenberatung sprechen aber gewichtige Gründe: Die unabhängige Teilhabeberatung ist erst durch das im Wesentlichen Anfang 2018 in Kraft getretene Bundesteilhabegesetz<sup>55</sup> etabliert worden. Es dient vor allem der Umsetzung der an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Handlungsempfehlungen des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen bei den Vereinten Nationen zur weiteren Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention.<sup>56</sup> Die unabhängige Teilhabeberatung ist dementsprechend darauf angelegt, die Eigenverantwortung und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen dadurch zu stärken, dass bereits im Vorfeld der Beantragung von Leistungen eine Beratung stattfindet, „die weitgehend frei von ökonomischen [...] und haushaltsrechtlichen Interessen und Kostenverantwortung insbesondere der Leistungsträger und Leistungserbringer sind.“<sup>57</sup> Die Teilhabeberatung zielt damit auch darauf ab, den besonderen, über die Gesundheitsleistungen hinausgehenden Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen gerecht zu werden. Selbstverständlich steht eine Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung auch Menschen mit Behinderungen offen. Aber die Teilhabeberatung ist insoweit ganzheitlicher orientiert, als sie das ganze Leistungsspektrum des Sozialgesetzbuchs IX und nicht nur die medizinische Rehabilitation abbildet. Ihre Etablierung neben der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung bildet daher konsequent die Grundentscheidung des Gesetzgebers ab, mit dem SGB IX ein eigenständiges Sozialgesetzbuch für Menschen mit Behinderungen zu schaffen. Diese Eigenständigkeit kommt schließlich auch in der ministeriellen Ressortzuständigkeit beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales und nicht beim Bundesministerium für Gesundheit zum Ausdruck.

Die unterschiedliche Ausrichtung der Beratungsangebote einer Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung einerseits und der Teilhabeberatung andererseits schließt aber die Kooperation und die Vernetzung beider Beratungsangebote vor Ort nicht aus. In diesem Sinne ist die Tatsache, dass die Unabhängigkeit der Teilhabeberatung gerade durch deren zivilge-

---

<sup>55</sup> BGBl. I 2016, 3234.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 18/9522, 1.

<sup>57</sup> BT-Drucks. 18/9522, 245.

sellschaftliche Verankerung gewährleistet werden soll, auch für die Frage der Trägerschaft der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung von Interesse.<sup>58</sup>

**cc)** Im Verhältnis der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung zur Pflegeberatung stellen sich andere Fragen. Unter fachlichen Gesichtspunkten dürfte es gute Gründe dafür geben, die Gesundheits- und die Pflegeberatung zu fusionieren. Dass der Gesetzgeber insoweit die Notwendigkeit einer Betreuung und Beratung „aus einer Hand“ sieht, zeigen die Regelungen zum Versorgungsmanagement, in das nach § 11 Abs. 4 S. 4 SGB V die Pflegeberater und Pflegeberaterinnen einzubeziehen sind.<sup>59</sup> Beide Beratungsangebote dürften sich daher in der Praxis zum Teil überschneiden.

Einen möglichen institutionellen Anknüpfungspunkt für die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung bilden insoweit die Pflegestützpunkte (§ 7c SGB XI). Diese sollen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers „die starren Grenzen zwischen der sozialen und privaten Pflegeversicherung, der offenen örtlichen Altenhilfe, der Hilfe zur Pflege nach dem Zwölften Buch sowie der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung gemeinsam überwinden, um im Rahmen eines umfassenden Versorgungs- und Betreuungskonzeptes eine verbesserte Zusammenarbeit zu fördern.“<sup>60</sup> Der Anspruch, eine Vernetzung auch mit der gesetzlichen Krankenversicherung herzustellen, erklärt, dass § 7c Abs. 1 S. 1 SGB XI nicht nur die Pflege-, sondern auch die Krankenkassen verpflichtet. Die Pflegestützpunkte zielen damit allerdings eher auf die Vernetzung aller für den Bereich der Pflege zuständigen Leistungsträger und nicht so sehr auf den Aufbau einer unabhängigen Beratungsstruktur wie die unabhängige Patienten- und Teilhabeberatung. Zwar können die zuständigen Leistungsträger die Pflegeberatung nach § 7a Abs. 1 S. 8 SGB XI auch auf Dritte und damit auch auf zivilgesellschaftliche Akteure übertragen.<sup>61</sup> Aber die wesentlichen Entscheidungen über die Struktur der Beratung werden von Selbstverwaltungsträgern und kommunalen Akteuren getroffen; die Etablierung der Pflegestützpunkte setzt nach § 7c Abs. 1 S. 1 SGB XI sogar die Entscheidung der zuständigen obersten Landesbehörde (Ministerium, Senator) voraus. Die Pflegestützpunkte und die außerhalb dieser Stützpunkte durch die Pflegekassen erbrachte Pflegeberatung sind daher nicht unabhängig von den Leistungsträgern.

---

<sup>58</sup> Dazu unten 4.

<sup>59</sup> Dazu BT-Drucks. 16/7439, 95f.

<sup>60</sup> BT-Drucks. 16/7439, 74.

<sup>61</sup> Vgl. bereits oben 1. b) bb) (1) (c).

Wenn daher die Pflegeberatung in das Aufgabenspektrum der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung integriert werden sollte, müsste die Pflegeberatung institutionell verändert werden.<sup>62</sup> Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich in den Ländern eigenständige Strukturen der Pflegeberatung entwickelt haben, die auch unabhängig sind von der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung. Das spricht insgesamt dagegen, die Pflegeberatung zum jetzigen Zeitpunkt in die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung zu integrieren.

### 3. Adressatenkreis

Nach § 65b Abs. 1 S. 1 SGB V fördert der Spitzenverband Bund der Krankenkassen „Einrichtungen der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie Patientinnen und Patienten“.

Die Einbeziehung der „Verbraucherinnen und Verbraucher“ erscheint auf den ersten Blick fragwürdig.<sup>63</sup> Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Eine allgemeine Verbraucherberatung in diesem Sinne kann nicht Aufgabe einer unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung sein.

Allerdings würde die pauschale Herausnahme der „Verbraucherinnen und Verbraucher“ aus dem Anwendungsbereich der einschlägigen Norm einige Folgeprobleme auslösen. Eine Reduzierung des Adressatenkreises auf „Patientinnen und Patienten“ erscheint unsachgemäß. „Patientinnen und Patienten“ sind kranke Versicherte; Versicherte haben aber einen Bedarf nach unabhängiger Beratung auch in beitrags- und versicherungsrechtlichen Fragen, also auch im gesunden Zustand. Es wäre aber auch unzureichend, allein auf „Versicherte“ abzustellen, weil man dann die Personen ohne Krankenversicherung ausschließen würde und zudem den falschen Eindruck erwecken müsste, dass sich die Beratung nur auf Leistungen bezieht, die auch versichert sind.<sup>64</sup>

Das könnte dafür sprechen, entweder auf den Status des Bürgers/der Bürgerin abzustellen oder den Begriff des Verbrauchers/der Verbraucherin aufzugreifen, ihn aber auf die speziell zu erfüllende Beratungsaufgabe („in gesundheits- und medizinrechtlichen Fragen“) zu bezie-

---

<sup>62</sup> Vgl. zum Kriterium der „Unabhängigkeit“ als Voraussetzung der Trägerschaft unten 4.

<sup>63</sup> Kritisch etwa *Jutta Kaempfe*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 65b Rn. 9.

<sup>64</sup> Zum Ganzen bereits oben 2. b) aa).

hen.<sup>65</sup> Kurz gefasst könnte man von einer Gesundheitsverbraucherberatung sprechen. Dementsprechend ist der diese Untersuchung abschließende Neuregelungsvorschlag formuliert.<sup>66</sup>

„Verbraucher und Verbraucherinnen“ in dem vorgenannten Sinne sind auch Personen, die in der Privaten Krankenversicherung gegen das Risiko Krankheit versichert sind (PKV-Versicherte). Aus der derzeitigen gesetzlichen Regelung folgt das allenfalls mittelbar. Nach § 65b Abs. 1 S. 6 Hs. 2 SGB V gehört dem Beirat, der die/den Beauftragte/n der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten berät, für den Fall einer angemessenen finanziellen Beteiligung der privaten Krankenversicherung auch ein Vertreter des Verbands der Privaten Krankenversicherung (PKV-Verband) an.<sup>67</sup> Das ist eine unbefriedigende Regelung, weil sie sich lediglich auf den Beirat bezieht und nicht auch auf den begünstigten Adressatenkreis. Es ist m. a. W. nicht geregelt, wie sich eine nicht angemessene Beteiligung der privaten Krankenversicherung auf die Berechtigung der PKV-Versicherten auswirken würde. Der Beratungsbedarf in „gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen“ ist zwar unabhängig vom Versichertenstatus, weshalb eine Einbeziehung auch der PKV-Versicherten rechtspolitisch zu empfehlen ist. Wenn aber „Verbraucher und Verbraucherinnen“ auch PKV-Versicherte sein sollen, müsste konsequenterweise eine obligatorische Beteiligung des PKV-Verbands vorgesehen werden.<sup>68</sup> Denkbar ist aber auch eine Steuerfinanzierung der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung.<sup>69</sup>

#### 4. Organisation

Die Frage der Organisation ist, wie alle in diesem Kapitel erstellten Empfehlungen,<sup>70</sup> rechtlich nicht determiniert. Anders als namentlich bei der ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX wird allerdings nachfolgend davon ausgegangen, dass die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung nicht dezentral organisiert sein soll, sondern durch eine

<sup>65</sup> Vgl. bereits BT-Drucks. 17/3698, 51: „Die Einrichtungen der Verbraucher- und Patientenberatung informieren und beraten Patientinnen und Patienten in ihrer Stellung als Verbraucherinnen und Verbraucher von Gesundheitsleistungen.“

<sup>66</sup> Dazu III.

<sup>67</sup> Der PKV-Verband stellte der Unabhängigen Patientenberatung entsprechend dem Anteil der Privatversicherten im Jahr 2016 630.000 EUR zur Verfügung. Das entspricht im Verhältnis der Höhe der Fördersumme nach § 65b Abs. 2 S. 1 SGB V, mit der der Spitzenverband der Krankenkassen die Unabhängige Patientenberatung fördert. Dieser Betrag erhöht sich analog der prozentualen Veränderung der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV im Vorjahr, s. *Jutta Kaempfe*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 65b Rn. 2.

<sup>68</sup> *Jutta Kaempfe*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 65b Rn. 2; *Dominik Roters*, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrechts, § 65b SGB V [2017] Rn. 3.

<sup>69</sup> Dazu noch unten 4. c).

<sup>70</sup> Vgl. bereits oben vor II.

Dachorganisation, die alle zentralen Aufgaben der Verbraucher- und Patientenberatung übernimmt. Dazu könnte neben der Auswahl und der fachlichen Begleitung der örtlichen Beratungsstellen etwa auch die Organisation notwendiger Bildungsangebote für die Mitarbeitenden in den Beratungsstellen gehören.<sup>71</sup> Um diese Dachorganisation geht es in den nachfolgenden Ausführungen über die Trägerschaft (dazu a)), die möglichen Rechtsformen (b)) sowie die Finanzierung und Kontrolle (c)) einer unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung:

#### **a) Trägerschaft**

Eine Eingrenzung der in Betracht kommenden Träger für die Dachorganisation kann aus den bisherigen gesetzlichen Anforderungen an die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung abgeleitet werden, über die ein grundsätzlicher Konsens bestehen dürfte. Die Beratung soll nach der bisherigen gesetzlichen Regelung „kostenfrei und qualitätsgesichert“ (§ 65b Abs. 1 S. 1 SGB V) durch eine Einrichtung erfolgen, die den Nachweis „über ihre Neutralität und Unabhängigkeit“ (§ 65b Abs. 1 S. 3 SGB V) erbringen kann. Relevant ist insoweit vor allem das Kriterium der „Unabhängigkeit“, welches auch für eine rechtspolitische Neuregelung außer Streit stehen dürfte. Das Gesetz regelt zwar bislang nicht, von wem die Verbraucher- und Patientenberatung unabhängig sein soll. Konzeptionell könnte man den Begriff aber ebenso verstehen, wie er bei der unabhängigen Teilhabeberatung verstanden wird, nämlich „frei von ökonomischen [...] und haushaltsrechtlichen Interessen und Kostenverantwortung, insbesondere der Leistungsträger und Leistungserbringer.“<sup>72</sup> Es liegt nahe, dieses Verständnis auch hier aufzugreifen, zumal es ohnehin sinnvoll erscheint, die Teilhabeberatung und die Verbraucher- und Patientenberatung zu vernetzen.<sup>73</sup>

Dieses Verständnis von Unabhängigkeit grenzt den möglichen Kreis der Träger erheblich ein. Das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Verbraucher- und Patientenberatung setzt voraus, dass sie unabhängig ist von den Interessen der Akteure des gesetzlichen und privaten Krankenversicherungssystems. Insbesondere scheiden die Sozialleistungsträger und deren Verbände<sup>74</sup> sowie der Verband der Privaten Krankenversicherung als Träger aus. Aus dem Postulat der Unabhängigkeit folgt zudem, dass auch Leistungserbringer und ihre Verbände sowie alle Einrichtungen der Gemeinsamen Selbstverwaltung, namentlich der Gemeinsame Bundes-

<sup>71</sup> Zu letzterem *Christian Dierks*, Brauchen wir mehr Patientenvertretung in Deutschland?, Bundesgesundheitsblatt 2019, 1113ff.

<sup>72</sup> BT-Drucks. 18/9522, 245.

<sup>73</sup> Dazu bereits oben 1. b) bb) (2) (b).

<sup>74</sup> Schon nach geltendem Recht (§ 65b Abs. 1 S. 2 SGB V) darf der Spitzenverband Bund der Krankenkassen keinen Einfluss auf Inhalt oder Umfang der Beratungstätigkeit nehmen.

ausschuss keine geeigneten Träger sind. Nicht zu empfehlen sind daher Konstruktionen wie sie bei der sachverständigen Beratung durch das IQWiG und das IQTiG praktiziert werden. Diese sind zwar „fachlich unabhängig“ (§§ 137a Abs. 1 S. 1, 139a Abs. 1 S. 1 SGB V), aber politisch dem Gemeinsamen Bundesausschuss zugeordnet, der die entsprechenden Stiftungen trägt (§§ 137a Abs. 1 S. 2, 139a Abs. 1 S. 2 SGB V).

Rechtlich möglich wäre zwar auch eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft, beispielsweise durch das Bundesamt für Soziale Sicherung (§ 90 Abs. 1 S. 1 SGB IV) oder die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, die staatsorganisationsrechtlich jeweils Bundesoberbehörden i.S.v. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG sind, also jeweils einem Bundesministerium zugeordnet sind. Dagegen spricht unter dem Aspekt der Pfadabhängigkeit schon, dass die Beratung der Bevölkerung im Gegensatz zur sachverständigen Beratung tendenziell staatsfern erfolgt, weil zivilgesellschaftliche Einrichtungen grundsätzlich als bürgernäher angesehen werden. In fachlicher Hinsicht bedeutete eine staatliche Trägerschaft zudem einen neuerlichen Bruch mit der bis 2016 bestehenden Tradition einer zivilgesellschaftlichen Verankerung der Verbraucher- und Patientenberatung. Schließlich wäre es schwer nachvollziehbar, warum zwar die Teilhabeberatung und die Pflegeberatung staatsfern organisiert werden, nicht aber die Verbraucher- und Patientenberatung.

Insgesamt spricht damit Vieles dafür, dass die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung zukünftig durch zivilgesellschaftliche Akteure getragen wird, die eine Beratungskompetenz in „gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen“ (§ 65b Abs. 1 S. 1 SGB V) nachweisen können. In einer gesetzlichen Regelung könnte das zum Ausdruck kommen, indem an die in § 17 Abs. 3 S. 1 SGB I genannten „gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen“ angeknüpft wird. „Frei“ meint Einrichtungen oder Organisationen, die nicht Träger öffentlicher Verwaltung sind, insbesondere, aber nicht nur die Wohlfahrtsverbände.<sup>75</sup> Erfasst sind auch sonstige gemeinnützige Verbände sowie Selbsthilfegruppen; ausgeschlossen sind damit hingegen neben kommunalen Trägern auch gewerbliche, auf Gewinnerzielung ausgerichtete Träger.<sup>76</sup>

Ein weiterer denkbarer Anknüpfungspunkt sind die in § 140f Abs. 2 S. 1 SGB V erwähnten Organisationen „für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der

---

<sup>75</sup> Jan-Oliver Merten, in: Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, § 17 SGB I [2020] Rn. 20.

<sup>76</sup> Peter Trenk-Hinterberger, in: Utz Kraemer/Peter Trink-Hinterberger (Hrsg.), Sozialgesetzbuch I, 4. Aufl. 2020, § 17 Rn. 29.



Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen auf Bundesebene“, die in den Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung, namentlich im Gemeinsamen Bundesausschuss, zu beteiligen sind.<sup>77</sup> Dabei handelt es sich nach dem auf § 140g SGB V beruhenden § 1 PatBeteiligungsV<sup>78</sup> um Organisationen, die 1. nach ihrer Satzung ideell und nicht nur vorübergehend die Belange von Patientinnen und Patienten oder der Selbsthilfe fördern, 2. in ihrer inneren Ordnung demokratischen Grundsätzen entsprechen, 3. gemäß ihrem Mitgliederkreis dazu berufen sind, die Interessen von Patientinnen und Patienten oder der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen auf Bundesebene zu vertreten, 4. zum Zeitpunkt der Anerkennung mindestens drei Jahre bestehen und in diesem Zeitraum im Sinne der Nummer 1 bundesweit tätig gewesen sind, 5. die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bieten; dabei sind Art und Umfang der bisherigen Tätigkeit, der Mitgliederkreis und die Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen, 6. durch Offenlegung ihrer Finanzierung nachweisen können, dass sie neutral und unabhängig arbeiten, und 7. gemeinnützige Zwecke verfolgen. Anerkannte Organisationen, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind gemäß § 2 Abs. 1 PatBeteiligungsV derzeit der Deutsche Behindertenrat, die Bundesarbeitsgemeinschaft der PatientInnenstellen, die Deutsche Arbeitsgemeinschaft Selbsthilfegruppen e.V. und der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Die – bislang nicht erfolgte – Anerkennung weiterer Organisationen obliegt gemäß § 3 S. 1 PatBeteiligungsV dem Bundesministerium für Gesundheit.

Denkbar wäre es, diesen (und ggfs. noch weiteren) zivilgesellschaftlichen Organisationen die Trägerschaft der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung in eine gemeinsam verantworteten Einrichtung zuzuweisen. Dabei sind allerdings die politischen Implikationen einer an die Institutionen der Gemeinsamen Selbstverwaltung anknüpfenden Regelung zu berücksichtigen. § 140f SGB V ist Bestandteil eines Regelungskonzepts, das dazu dienen soll, kollektive Patientenrechte, aber auch die Eigenverantwortung der Versicherten zu stärken.<sup>79</sup> Der Gesetzgeber stellt damit auch klar, dass die Interessen der Patienten unter legitimatorischem

---

<sup>77</sup> Zu Art und Umfang der Beteiligung näher *Jutta Kaempfe*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 140f Rn. 6ff.

<sup>78</sup> Verordnung zur Beteiligung von Patientinnen und Patienten in der Gesetzlichen Krankenversicherung (Patientenbeteiligungsverordnung - PatBeteiligungsV) v. 19.12.2003 (BGBl. I S. 2753), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 20.02.2013 (BGBl. I S. 277).

<sup>79</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/1525, 132: „Die Patientensouveränität wird gestärkt. Die Versicherten sollen künftig stärker in die Entscheidungsprozesse der GKV, die die Versorgung betreffen, eingebunden werden. Sie müssen von Betroffenen zu Beteiligten werden. Nur dann ist ihnen mehr Eigenverantwortung zuzumuten.“

Aspekt nicht allein durch die Krankenkassen wahrgenommen werden.<sup>80</sup> Allerdings sind die Vertreter und Vertreterinnen der Belange der Patientinnen und Patienten weit davon entfernt, eine mit den Verbänden der Krankenkassen und der Ärzte und Krankenhäuser vergleichbare sog. „Dritte Bank“ zu bilden. Denn sie haben durchweg nur beratende Funktionen, aber kein Mitentscheidungsrecht (§ 140f Abs. 3 S. 1 und 2 SGB V), was u. a. damit zusammenhängt, dass auch die demokratische Legitimation der Patientenvertreter prekär ist.<sup>81</sup> Wenn nun aber die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung durch eine verstetigte gemeinsame Einrichtung der einschlägigen zivilgesellschaftlichen Organisationen getragen würde, könnte das Rückwirkungen auch auf die Frage haben, ob diese Einrichtung nicht auch gleichberechtigt an der Gemeinsamen Selbstverwaltung der Krankenkassen, Ärzte und Krankenhäuser zu beteiligen wäre. Die nach wie vor verfassungsrechtlich unzureichende Beteiligung der Versicherten an der Gemeinsamen Selbstverwaltung<sup>82</sup> könnte dadurch auf der einen Seite gestärkt werden. Auf der anderen Seite würden dieser Einrichtung damit über die Funktion der unabhängigen Beratung hinaus auch politische Mitgestaltungsrechte zugewiesen, die aufgrund der damit einhergehenden Mitverantwortung in einem Spannungsverhältnis zum Postulat der Unabhängigkeit stehen könnten. Es ist auch von der Entscheidung dieser Frage abhängig, wie eng man die Trägerschaft der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung an diejenige der Patientenorganisationen in der Gemeinsamen Selbstverwaltung anlehnt.

## **b) Rechtsform**

Für die zu verstetigende unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung kommen aufgrund der vorzugswürdigen Verankerung bei zivilgesellschaftlichen Organisationen nur privatrechtliche Organisationsformen in Betracht. Da die Verbraucher- und Patientenberatung zudem nicht gewerblich angelegt ist, sind nur nichtkapitalistische, gemeinnützig orientierte

---

<sup>80</sup> Dazu *Thorsten Kingreen*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 152 (178ff.); anders noch BSGE 78, 70 (81); *Sabine Schlacke*, Kontrolle durch Patientenbeteiligung im Medizin- und Gesundheitssystem, in: Arndt Schmehl/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens Bd. 3 (Kontrolle), 2007, S. 41 (57).

<sup>81</sup> Näher zum Ganzen *Ingwer Ebsen*, Patientenpartizipation in der gemeinsamen Selbstverwaltung der GKV: ein Irrweg oder ein Desiderat?, MedR 2006, 528ff.; *Rainer Pitschas*, Mediatisierte Patientenbeteiligung im Gemeinsamen Bundesausschuss als Verfassungsproblem, MedR 2006, 451ff. und *Thomas Vießmann*, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, 2009, S. 265ff.

<sup>82</sup> Dazu zuletzt *Thorsten Kingreen*, Mehr Staat wagen! Die Aufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss, VSSAR 2019, 155 (158ff.).

Rechtsformen i. S. d. §§ 51ff. AO möglich. Dazu zählen rechtsfähige Stiftungen, eingetragene Vereine und die gemeinnützige GmbH.<sup>83</sup>

Stiftungen i.S.v. § 80 BGB entstehen durch das sog. Stiftungsgeschäft, durch das die Stiftung eine Satzung erhält, die u. a. die Angabe des Stiftungsvermögens enthalten muss (§ 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 BGB). Eine Stiftung hat weder einen Eigentümer noch Mitglieder, sondern einen Stifter. Dieser wendet der Stiftung das Stiftungsvermögen bei deren Errichtung zu. Das Stiftungsvermögen, das nicht zwingend ein Geldvermögen sein muss, muss dauerhaft erhalten bleiben, weshalb der Stiftungszweck lediglich aus den Erträgen des Vermögens oder aus sonstigen Einnahmen (wie etwa Zustiftungen) erfüllt werden kann.<sup>84</sup> Eine Stiftung wäre also nur eine geeignete Rechtsform, wenn bereits ein großes Vermögen vorhanden ist. Nimmt man nur den derzeitigen Aufwand für die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung von ca. 9 Millionen € (§ 65b Abs. 2 S. 1 SGB V) zum Maßstab, so erscheint es fragwürdig, ob es gelingen kann, ein Stiftungsvermögen aufzubauen, das einen derartigen Ertrag abwirft. Sollte dieses tatsächliche Problem allerdings lösbar sein, kommt *de iure* eine Stiftung grundsätzlich in Betracht.

Wegen des angesprochenen Kapitalproblems erscheinen aber eine gemeinnützige GmbH oder ein nicht wirtschaftlicher Verein als Rechtsformen als besser geeignet. Das Ziel, eine verstetigte Einrichtung zu schaffen, die einerseits gemeinnützig ist und daher auch körperschaftssteuerrechtlich privilegiert wird (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG), die aber andererseits kaufmännisch geführt werden sollte und professionelle Leitungsstrukturen in Form einer Geschäftsführung (§ 35 GmbHG) benötigt, könnte für eine gGmbH sprechen. In dieser Rechtsform wird die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung auch derzeit und wurde sie vor 2016 von den beteiligten zivilgesellschaftlichen Verbänden geführt.<sup>85</sup> Daran kann grundsätzlich angeknüpft werden. Details müssten aber ggfs. im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Begutachtung geklärt werden.

Als privatrechtliche Trägerin entsteht eine Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH durch einen Gesellschaftsvertrag (vgl. § 2 GmbHG) und nicht durch gesetzliche Rege-

---

<sup>83</sup> Lucas van Randenborgh, Rechtsformwahl, in: Stephan Schauhoff (Hrsg.), Handbuch Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 4.

<sup>84</sup> Näher dazu beispielsweise Wolfgang Backert, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, § 80 [2020] Rn. 8.

<sup>85</sup> Vgl. oben B.

lung. Dementsprechend kann das Gesetz ihre Existenz, vergleichbar etwa mit dem InEK,<sup>86</sup> voraussetzen. Es kann aber selbstverständlich nähere Regelungen zu ihrer Binnenstruktur vorsehen und beispielsweise wie schon bislang einen Beirat installieren. Ihm könnten neben Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen auch Vertreter und Vertreterinnen des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen, des Verbands der Privaten Krankenversicherung sowie – abhängig von der Verwaltungszuständigkeit<sup>87</sup> – entweder eine Vertreterin oder ein Vertreter des Bundesministeriums für Gesundheit oder der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung angehören. Hinzu käme wegen der über den Status des Patienten hinausgreifenden Zuständigkeit für Verbraucherinnen und Verbraucher auch ein Vertreter oder eine Vertreterin des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz.

### **c) Öffentliche Finanzierung und Verwaltung**

Die Finanzierung der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung könnte grundsätzlich wie bislang aus beitragsgestützten Fördermitteln erfolgen, die die Krankenkassen aus einer mitgliederorientierten Umlage erbringen (§65b Abs. 2 S. 3 SGB V), sowie aus einer Beteiligung seitens der privaten Krankenversicherungsunternehmen.

Es gibt aber auch gute Gründe, die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung zukünftig ausschließlich durch eine institutionelle Förderung aus Steuermitteln des Bundes zu finanzieren. Die Leistungen der Gesundheitsverbraucherberatung kommen nämlich unabhängig vom Versichertenstatus allen Bürgerinnen und Bürgern zugute, die gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Beratungsbedarf haben. Wenn man dementsprechend die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe ansieht, liegt es nahe, sie aus Steuern als Gemeinlasten zu finanzieren und nicht aus zweckgebundenen Vorzugslasten (Beiträgen). Eine Steuerfinanzierung würde zur Konsequenz haben, dass etwaige Förderentscheidungen nicht mehr, wie bislang (§ 65b Abs. 1 S. 4 SGB V), durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (mit dem/der Patientenbeauftragten der Bundesregierung) getroffen werden müssten, sondern durch staatliche Behörden. Auch die für den Fall der Kostenbeteiligung vorgesehene Mitgliedschaft des PKV-Verbands im Beirat (§ 65b Abs. 1 S. 6 SGB V) könnte dann entfallen. Beides würde die Unabhängigkeit der Verbraucher- und Patientenberatung von den Leistungsträgern stärken. Schließlich ließe sich auch die derzeit unbefriedigende Regelung vermeiden, die eine nur fakultative Finanzierungsbeteiligung der privaten

---

<sup>86</sup> Vgl. oben 1. a) aa).

<sup>87</sup> Dazu gleich c).

Krankenversicherungsunternehmen vorsieht, obwohl auch PKV-Versicherte einen Beratungsanspruch haben. Die Aufwendungen, die den Krankenkassen durch die Finanzierung aus Steuermitteln erspart bleiben würden, könnten ganz oder teilweise mit dem Bundeszuschuss nach § 221 SGB V verrechnet werden. Die Fördersumme könnte nach dem Vorbild von § 65b Abs. 2 S. 1 SGB V dynamisiert werden.

Haushaltsrechtlich würde es sich bei der Finanzierung der privatrechtlich organisierten Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung um eine im Haushaltsgesetz (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG) auszuweisende institutionelle (d. h. nicht nur projektbezogene) Zuwendung an eine Stelle außerhalb der Bundesverwaltung i.S.v. § 26 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BHO handeln. Diese wäre im Einzelplan des Bundesministeriums für Gesundheit auszuweisen. Eine Zuwendung an eine Stelle außerhalb der Bundesverwaltung ist nach § 23 BHO zulässig, wenn der Bund an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Dass ein solches Interesse besteht, ist unstrittig, und die Entscheidung, ob eine kostenlose und von den Leistungsträgern unabhängige Beratung eher aus Beitrags- oder aus Steuermitteln zu finanzieren ist, politischer Natur. Rechtlich zulässig wäre eine solche Zuwendung also, deren Verwendung durch die gemeinsame Rechnungskontrolle von Bundestag, Bundesrat und Bundesrechnungshof (Art. 114 GG) überwacht wird.

Die administrative Verantwortung könnte dem Bundesministerium für Gesundheit zugewiesen werden, das aufgrund der öffentlichen Finanzierung aus legitimatorischen Gründen auch verpflichtet werden sollte, Richtlinien über die qualitätsorientierte Organisation und Durchführung der Verbraucher- und Patientenberatung zu erlassen. Denkbar wäre es aber auch, die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung wegen des engen Sachzusammenhangs mit den Aufgaben der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung für zuständig zu erklären; in diesem Fall sollte sie aber aus verfassungsrechtlichen Gründen zunächst eine parlamentsgesetzliche Rechtsgrundlage erhalten.<sup>88</sup> Zu empfehlen ist zudem nach dem Vorbild von § 32 Abs. 5 S. 2 SGB IX eine Berichtspflicht der Bundesregierung an die gesetzgebenden Körperschaften.

---

<sup>88</sup> Zur (früher) vergleichbaren Problematik beim DIMDI s. *Thorsten Kingreen*, Das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information: Verfassungsrechtliche Anmerkungen zu einem organisationsrechtlichen Phantom, NZS 2019, 561.

## **5. Verhältnis zu den örtlichen Beratungsstellen**

Die örtlichen Beratungsstellen setzen die an die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH gestellten Anforderungen (Unabhängigkeit bzw. zivilgesellschaftliche Verankerung, Kostenfreiheit, Nichtgewerblichkeit, Qualitätsorientierung) um. Spezieller Regelungen für die Beratungsstellen bedarf es insoweit nicht, denn im Außenverhältnis gegenüber dem zuständigen Verwaltungsträger ist die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH zur Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen nach Maßgabe des jeweiligen Zuwendungsbescheids verpflichtet. Es bedarf daher insbesondere auch keiner Bestimmungen zur Rechtsform der Beratungsstellen. Denn die zulässigen Rechtsformen ergeben sich bereits aus den materiellen Anforderungen, insbesondere aus dem Postulat der Nichtgewerblichkeit. Häufig dürfte es sich um nichtwirtschaftliche Vereine i.S.v. § 21 BGB handeln.

Klärungsbedürftig ist allerdings, wie die Rechtsbeziehungen zwischen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH und den Beratungsstellen begründet werden. Für den Fall, dass es mehrere in Betracht kommende Träger vor Ort gibt, ist zwar eine wettbewerbliche Vergabe denkbar. Dagegen richten sich allerdings die gleichen Bedenken wie gegen die derzeit praktizierte Vergabe nach § 65b Abs. 1 S. 4 SGB V, denn sie verhindert den Aufbau dauerhafter, bei den Patientinnen und Patienten bekannter Strukturen. Ein wettbewerbliches Vergabeverfahren ist auch nicht erforderlich. Denn die Beauftragung und die nähere Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung GmbH und den Beratungsstellen erfolgt durch privatrechtliche Geschäftsbesorgungsverträge nach § 675 Abs. 1 BGB, die gekündigt werden können, wenn die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH zu dem Schluss kommen sollte, dass eine Beratungsstelle die vereinbarten Leistungen nicht oder unzureichend erfüllt. Ohnehin ist es auch vorstellbar, dass die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH einzelne Beratungsstellen in eigener Verantwortung betreibt.

## **6. Haftung**

Sowohl die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH als auch die Beratungsstellen sind privatrechtlich konzipiert. Die Berater und Beraterinnen in den Beratungsstellen üben kein öffentliches Amt aus, weshalb die Haftungsprivilegierungen des Amtshaftungsanspruchs (§ 839 BGB, Art. 34 GG) nicht greifen. Die für die Falschberatung durch Sozial-

versicherungsträger geltenden Grundsätze des sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs<sup>89</sup> sind nicht anwendbar. Dementsprechend richtet sich die Haftung nach Privatrecht.

Der Bundesgerichtshof sieht in Beraterverträgen, wenn sie entgeltlich sind, grundsätzlich Dienst- oder Werkverträge (§§ 611, 631 BGB), bei Unentgeltlichkeit bejaht er hingegen einen Auftrag i.S.v. § 662 BGB.<sup>90</sup> Allerdings ist zu fragen, ob durch die Beratung in den Beratungsstellen überhaupt ein Vertrag zustande kommt. Das setzt nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen die Prüfung voraus, ob tatsächlich der Wille besteht, sich rechtlich zu binden und trotz der Unentgeltlichkeit eine Haftung für den Fall der fehlerhaften Beratung zu übernehmen.<sup>91</sup> Grundsätzlich ist der Auskunftgeber nämlich nach § 675 Abs. 2 BGB nicht zum Ersatz des aus der Befolgung eines fehlerhaften Rates oder einer fehlerhaften Empfehlung entstehenden Schadens verpflichtet.<sup>92</sup> Dementsprechend ist eine vertragliche Haftung des Auskunftgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft regelmäßig nur dann anzunehmen, „wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will; dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel ist.“<sup>93</sup>

Das OLG Brandenburg hat einen vertraglichen Bindungswillen für den Fall einer fehlerhaften Schuldnerberatung bejaht, weil die Beratung der für den Beratenen wesentlichen Entscheidung gedient hatte, ob er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragen sollte. Der Beratene habe auch deshalb auf die besondere Sachkunde des Beraters vertrauen dürfen, weil er eine erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung erbracht habe. Daraus hat das OLG Brandenburg den Schluss gezogen, dass für die Schuldnerberatung im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für den Anwaltsvertrag gelten.<sup>94</sup> Das wird man im Wesentlichen auf die Haftung der Beratungsstellen der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung übertragen können, soweit diese als öffentlich anerkannte Stellen Rechtsdienstleistungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG erbringen. Die Haftung trifft, wenn es sich um einen nichtwirtschaftlichen Verein handelt, den Verein selbst (§ 31 BGB). Es könnte sich daher empfeh-

---

<sup>89</sup> Dazu umfassend beispielsweise *Otfried Seewald*, in: Kasseler Kommentar, Vorb. vor §§ 38-49 SGB I [2012] Rn. 120ff.

<sup>90</sup> BGH, NJW 1999, 1540 (1541).

<sup>91</sup> *Andreas Rein*, Haftung einer Schuldnerberatungsstelle für fehlerhafte Beratung, NJW-Spezial 2020, 213 (213).

<sup>92</sup> OLG Brandenburg, NZI 2020, 71 (72).

<sup>93</sup> BGH, NJW 1992, 2280 (2282).

<sup>94</sup> OLG Brandenburg, NZI 2020, 71 (72).

len, dass die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH entsprechende Haftpflichtversicherungen für die Beratungsstellen abschließt oder vermittelt. Soweit es sich bei den Beratungsleistungen aber nicht um Rechtsdienstleistungen handelt, ist zu prüfen, ob tatsächlich ein Rechtsbindungswille besteht.



### III. Gesetzliche Neuregelung

Abschließend ist zu untersuchen, wie sich die vorgeschlagene Konzeption einer Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gesetzestechnisch umsetzen ließe. Bislang befindet sich § 65b SGB V rechtssystematisch in dem heterogenen (und daher unpassenden) Abschnitt „Weiterentwicklung der Versorgung“ (§§ 63-68b SGB V). Nach wie vor wird die Gesundheitsverbraucherberatung also wie ein Modellvorhaben behandelt. Nachdem nunmehr eine auch institutionelle Verstetigung angestrebt wird, sollte dieser Regelungsstandort aufgegeben werden.

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage eines passenden neuen Regelungsstandorts. Er richtet sich zunächst danach, wie genau das Aufgabenspektrum der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung zugeschnitten sein wird. In diesem Gutachten wird vorgeschlagen, sie für die Beratung in gesundheitlichen sowie gesundheits- und medizinrechtlichen Fragen für zuständig zu erklären, kurz: für die Gesundheitsverbraucherberatung. Hingegen sollte sie einstweilen nicht für die Pflegeberatung sowie nicht für die unabhängige ergänzende Teilhabeberatung zuständig sein. Das spricht dafür, die Gesundheitsverbraucherberatung im Sozialgesetzbuch V zu belassen. Das wäre übrigens selbst für den Fall möglich, dass die Pflegeberatung, entgegen der hiesigen Empfehlung, in die Gesundheitsverbraucherberatung integriert werden sollte. Das Sozialgesetzbuch V enthält schon jetzt diverse Bestimmungen, die das Schnittfeld zwischen der Kranken- und der Pflegeversicherung regeln (vgl. etwa §§ 11 Abs. 4 S. 4, 20d Abs. 1, 37 Abs. 2a, 39 Abs. 1a, 60 Abs. 5 SGB V); es wäre daher nicht systemwidrig, eine auch die Pflegeberatung einschließende Gesundheitsverbraucherberatung im Sozialgesetzbuch V zu regeln.

Der konkrete Regelungsstandort müsste sich, ausgehend von dem so definierten Aufgabenspektrum, an der Struktur des Sozialgesetzbuchs V orientieren. Dieses regelt im zweiten Kapitel das Versicherungsrecht, im dritten Kapitel das Leistungsrecht (unter Einschluss der Weiterentwicklung der Versorgung), im vierten Kapitel das Leistungserbringungsrecht (also die Organisation der Leistungserbringer und ihre Rechtsbeziehungen zu den Krankenkassen sowie die Normen zur Beteiligung der Patientinnen und Patienten), im fünften Kapitel den Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen und erst danach im sechsten und siebten Kapitel das Organisationsrecht der Krankenkassen. Das Sozialgesetzbuch V ist also nicht akteurszentriert gegliedert, sondern nach Maßgabe von Rechtsbeziehungen: dem Versicherungs- und dem Leistungsrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen den Kran-

kenkassen und den Versicherten regelt, dem Leistungserbringungsrecht als Summe der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern und dem Organisationsrecht der Krankenkassen. Die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung ist eine individuelle, keine sachverständige Beratung. Sie hat damit eine andere Funktion als die Beteiligungsrechte der Vertreter der Patientinnen und Patienten in der Gemeinsamen Selbstverwaltung, weshalb sich eine Regelung im Kontext der §§ 140f ff. SGB V nicht empfiehlt.

Es wird daher vorgeschlagen, die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung im dritten Kapitel über die Leistungen der Krankenversicherung zu regeln. Da sich die Binnengliederung des dritten Kapitels an den einzelnen Leistungsanlässen (Leistungen zur Prävention etc., §§ 19-24j und bei Krankheit, §§ 27-52a SGB V) und sodann an den einzelnen Leistungssektoren (Krankenbehandlung, Arzneimittel etc.) orientiert, die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung aber umfassend in allen gesundheitlichen und gesundheits- und medizinrechtlichen Angelegenheiten beraten soll, muss sie im Bereich der allgemeinen Bestimmungen des Leistungsrechts verortet werden. In Betracht kommen daher der erste Abschnitt („Übersicht über die Leistungen“, § 11 SGB V) oder der zweite Abschnitt („Gemeinsame Vorschriften“, §§ 12-19 SGB V) des dritten Kapitels in Betracht. Besonders passend ist der erste Abschnitt, denn § 11 SGB V enthält die Grundnorm des Leistungsrechts, die in ihren Absätzen 1 und 2 nicht nur einen (freilich unvollständigen<sup>95</sup>) Überblick über die Leistungen vermittelt, sondern in den Absätzen 4 und 5 auch Schnittstellenprobleme zu anderen Leistungssystemen anspricht. Daran könnte die Beratung über die Leistungen sehr zwanglos anknüpfen. Die Überschrift des ersten Abschnitts könnte umbenannt werden („Leistungen und Beratung über Leistungen“) und ein neuer § 11a SGB V eingefügt werden, der die Beschreibung des Leistungsspektrums und die Anforderungen an die Verbraucher- und Patientenberatung in § 65b Abs. 1 SGB V aufgreifen, sich aber hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Regelungen eng an § 32 SGB IX anlehnen könnte. Die Gesundheitsverbraucherberatung wird dadurch zu einer speziellen Dienstleistung für alle Bürgerinnen und Bürger, die neben die in § 11 SGB V aufgezählten Leistungen tritt.

---

<sup>95</sup> Thorsten Kingreen, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 7. Aufl. 2020, § 11 Rn. 16.

Der neue § 11a SGB V könnte mithin wie folgt lauten (alternative Regelungen kursiv):

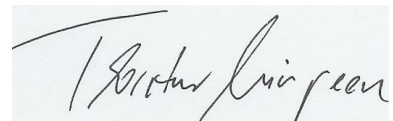
### **§ 11a SGB V Gesundheitsverbraucherberatung**

- (1) Alle Bürgerinnen und Bürger haben einen Anspruch auf eine Gesundheitsverbraucherberatung. Die Gesundheitsverbraucherberatung beinhaltet eine qualitätsgesicherte, niedrigschwellige und kostenfreie Beratung in gesundheitlichen sowie gesundheits- und medizinrechtlichen Fragen mit dem Ziel, die Patientenorientierung im Gesundheitswesen zu stärken und Problemlagen im Gesundheitssystem aufzuzeigen.
- (2) Die Gesundheitsverbraucherberatung erfolgt durch Beratungsstellen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung. Die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung wird durch eine gemeinnützige, neutrale und von Leistungsträgern und Leistungserbringern sowie deren Verbänden unabhängige Einrichtung in der Rechtsform einer gemeinnützigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung getragen (Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH). Trägerorganisationen der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH können nur gemeinnützige und freie Einrichtungen und Organisationen im Sinne des § 17 Absatz 3 Satz 1 des Ersten Buches sein. Die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH kann die Beratung durch eigene Beratungsstellen sicherstellen oder vertraglich freie und gemeinnützige Organisationen oder Einrichtungen mit der Erbringung der Beratungsleistungen beauftragen.
- (3) Ein Beirat, der aus Vertreterinnen und Vertretern der Wissenschaften sowie jeweils zwei Vertretern und Vertreterinnen des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen, des Verbands der Privaten Krankenversicherung, des Bundesministeriums für Gesundheit [*der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*] sowie eines Vertreters oder einer Vertreterin des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz besteht, berät die Unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH zu den die Beratungstätigkeit betreffenden Fragestellungen.
- (4) Die Förderung der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH erfolgt aus Bundesmitteln. Sie beträgt im Jahr 2023 xy Millionen Euro und ist in den Folgejahren entsprechend der prozentualen Veränderung der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Absatz 1 des Vierten Buches anzupassen. Aus den Bundesmitteln sind insbesondere auch die Aufwendungen zu finanzieren, die für die Administration, die Vernetzung, die Qualitätssicherung und die Öffentlichkeitsarbeit der Beratungsangebote notwendig sind. Die Bun-

desregierung berichtet den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes bis zum 30. Juni 2024 über die Einführung und Inanspruchnahme der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung.

- (5) Zuständige Behörde für die Umsetzung der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung ist das Bundesministerium für Gesundheit [*die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*]. Es [*Sie*] erlässt im Benehmen mit der Unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gGmbH qualitätssichernde Richtlinien über die Organisation und Durchführung der Beratung.

Regensburg, 29.08.2020



Prof. Dr. Thorsten Kingreen