

Der Augenoptiker als Faktor der Brillenversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung

Ein Rechtsgutachten von

PROFESSOR DR. HANS F. ZACHER

und

DAS URTEIL DES BUNDESSOZIALGERICHTS

vom 18. September 1973

eingeleitet durch ein Vorwort von

Professor Dr. Hans F. Zacher

VERLAG R. S. SCHULZ

Bayerische
Staatsbibliothek
München

© 1974

ISBN-Nr. 3-7962-0056-7

VERLAG R. S. SCHULZ

8136 Percha am Starnberger See · Berger Straße 8 bis 10

8136 Kempfenhausen am Starnberger See · Seehang 4

Telefon 0 81 51 / 1 30 41 - 1 30 43

Telex 5 26 427 buch

INHALTSVERZEICHNIS

Hans F. Zacher		Seiten
VORWORT		13
Hans F. Zacher		
RECHTSGUTACHTEN über die Frage, inwieweit die Lieferung einer Brille durch Optiker auch dann eine Lei- stung der Gesetzlichen Krankenversicherung ist, wenn die Brille nicht ärztlich verordnet ist		19
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS		21
	Rand- nummern	Seiten
A) FRAGESTELLUNG UND MEINUNGSSTAND	A/1—4	25
B) AUFRISS DER PROBLEMATIK		28
I. Die dem Sozialversicherungsrecht vor- gegebene Sach- und Rechtslage		28
1. Motivation dieses Ansatzes	B/1	28
2. Zur „natürlichen“ Funktion der Brille	B/2—3	28
3. Das „Recht der Brille“	B/4	30
4. Das Recht der Brillen vermittelnden Berufe	B/5	32
a) Der Arzt	B/6	32
b) Der Heilpraktiker	B/7	32
c) Der Augenoptiker	B/8	32
d) Ergänzende Bemerkungen zum Verhältnis Arzt und Augen- optiker	B/9	33

	Rand- nummern	Seiten
e) Sonstige „Refraktions-Berechtigte“?	B/10	35
5. Zum gesundheitspolitischen Tatbestand	B/11	36
II. Die sozialversicherungsrechtliche Regelung		40
1. Die Brille als Leistung der Krankenhilfe	B/12	40
2. Brille und kassenärztliche Versorgung	B/13—15	41
3. Die Brille als Sachleistung	B/16	44
4. Vorläufiges Ergebnis	B/17	45
III. Die Gegenthese: Kassenleistungen nur durch Kassenärzte		45
1. Die allgemeine Gegenthese	B/18	45
2. Zur Kritik — Allgemeines	B/19	46
3. Die Notwendigkeit zu differenzieren	B/20—22	49
4. Der allenfalls formelle (nachweis-technische) Charakter des Prinzips ärztlicher Verordnung	B/23	52
5. Die allgemeine These und der besondere Fall der „Versorgung mit Brillen“	B/24—34	52
C) VERTIEFENDE HISTORISCHE UND FUNKTIONELLE ERWÄGUNGEN		58
I. Vorbemerkung	C/1	58
II. Zur Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung		58
1. Faktoren und Bezüge	C/2—9	58
2. Zur geschichtlichen Entwicklung		66
a) Das Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73)	C/10—11	66
b) Die Reform von 1892	C/12—13	68

	Rand- nummern	Seiten
c) Die Reichsversicherungsordnung	C/14—16	70
d) Die Entwicklung 1923/1924 . . .	C/17—19	71
e) Die Entwicklung 1930 bis 1932 . .	C/20—22	74
f) Die Zeit von 1933 bis 1945 . . .	C/23	76
g) Die Entwicklung in der Bundes- republik	C/24—27	77
3. Zur Würdigung		81
a) Sog der Arzneimittelversor- gung — Verlegenheit des Ge- setzgebers	C/28	81
b) Die Sterilität der Entwicklung der Arzneimittelversorgung . .	C/29	82
c) Insbesondere zur Stellung des Arztes und zur Bedeutung des Kassenarztrechts	C/30—31	83
III. Die besondere Situation der „Versor- gung mit Brillen“		84
1. Vorbemerkungen	C/32	84
2. Die geschichtliche Entwicklung der Beteiligung der handwerklichen Augenoptiker an der Versorgung mit Brillen	C/33	86
a) Zur Zeit des Krankenversiche- rungsgesetzes von 1883	C/34	86
b) Zur Zeit nach der Reform von 1892	C/35	87
c) Zur Zeit der Reichsversiche- rungsordnung bis zur national- sozialistischen Handwerksge- setzgebung	C/36	88
d) Die Zeit von 1933 bis 1945 . . .	C/37—38	88
e) Die Entwicklung in der Bundes- republik		90
aa) Das Handwerksrecht . . .	C/39	90
bb) Das Gesundheitsrecht . . .	C/40	91
cc) Das Sozialversicherungs- recht	C/41	92

	Rand- nummern	Seiten
f) Ausblick: Europarechtliche Entwicklung	C/42—44	93
3. Zur Würdigung	C/45	103
D) WEITERE VERTIEFENDE ÜBERLEGUNGEN: DIE SORGE UM GESUNDHEIT UND WIRT- SCHAFTLICHKEIT		105
I. Der gesundheitspolitische Problem- kreis		105
1. Sinnvoller Zwang zu ärztlicher Re- fraktionsbestimmung?	D/1—7	105
2. Krankenhilfe — Vorsorge — Ge- sundheitspolizei	D/8	108
a) Krankenversicherung als Instru- ment sozialer Sicherung und ihre gesundheitspolitische Auf- gabe	D/9—10	108
b) Die gesundheitspolitische Auf- gabe der GKV und die konkrete Problematik		111
aa) Klarstellungen	D/11	111
bb) Zu einzelnen gesundheits- politischen Postulaten	D/12—16	112
cc) Zwei gesundheitspolitische Modelle	D/17	115
3. Ein besonderes Problem: Die per- sönliche Versorgung durch den Fachkundigen	D/18—21	115
4. Ein zweites besonderes Problem: Die Gefahr der „Selbstbegünsti- gung“ des Augenoptikers	D/22	120
5. Schlußbemerkung	D/23	123
II. Der Aspekt der Wirtschaftlichkeit		123
1. Allgemeine Erwägungen	D/24—26	123
2. Spezifische krankenkassenrecht- liche Erwägungen		125

	Rand- nummern	Seiten
a) Der Ausfall der kassenarztrechtlichen Wirtschaftlichkeitskontrolle	D/27—28	125
b) Der Ausfall der Verordnungsblatt-Gebühr und der Krankenscheinprämie	D/29	127
E) WEITERE VERTIEFENDE ÜBERLEGUNGEN: DIE INTERESSEN DER BETEILIGTEN . . .	E/1	129
I. Die Interessen der Versicherten . . .		129
1. Vorbemerkung: Der Versicherte als Nehmender und Gebender	E/2	129
2. Die Leistungsinteressen der Ver- sicherten—allgemeine Erwägungen	E/3	129
3. Das spezifische Interesse des Ver- sicherten an der Wahl zwischen der Refraktionsbestimmung durch den Arzt und der durch den Augen- optiker		131
a) Die verfassungsrechtlichen Aspekte	E/4	131
aa) Der Grundsatz der Verhält- nismäßigkeit	E/5	131
bb) Persönlichkeitsrecht und „passive Kurierfreiheit“	E/6	131
cc) Der Gleichheitssatz	E/7	133
dd) Verfassungsschutz und Lei- stungsrecht	E/8	133
b) Die Beeinträchtigung der ver- fassungsgeschützten Sphäre . . .	E/9	133
c) Verfassung drängt auf Wahl- freiheit der Versicherten	E/10	135
4. Das Recht des Versicherten auf Sicherung seiner Gesundheit — ein Gegenrecht?	E/11	136

	Rand- nummern	Seiten
II. Die Interessen der Augenoptiker . . .		138
1. Der drohende Widerspruch zwischen Berufsbild und effektiver Funktion	E/12	138
2. Zur Tragweite der dem Augenoptiker zugemuteten Funktions-schranken	E/13	139
3. Verfassungsrechtliche Würdigung der Interessenlage		142
a) Der Maßstab des Art. 12 GG	E/14	142
b) Der innere Widerspruch der beschränkenden Interpretation	E/15	143
c) Insbesondere der Widerspruch zum Berufsrecht der Augenoptiker		144
aa) Zu den Zugangskontrollen	E/16	144
bb) Zur Berufsordnung	E/17	146
cc) Zu den allgemeinen Berufspflichten	E/18	147
d) Abschließende Würdigung	E/19	147
III. Die Interessen der Ärzte		148
1. Allgemeines zur Interessenlage	E/20	148
2. Das Interesse der Ärzte an einer möglichst umfangreichen Praxis		149
a) Gesetzesrechtliche Verwirklichung	E/21—22	149
b) Verfassungsrechtlicher Schutz	E/23	150
3. Das Problem der ärztlichen Verantwortung	E/24	151
IV. Die Interessen der Krankenversicherungsträger (Krankenkassen; Versicherungsgemeinschaften)		153
1. Zu den verschiedenen Interessen	E/25	153
2. Das Problem der kasseneigenen Prüfung des Brillenaufwandes	E/26	154

	Rand- nummern	Seiten
F) VERMITTELNDE LÖSUNGEN?		156
I. Das bisherige Ergebnis	F/1	156
II. Die vorliegenden Kompromiß-Vor- schläge	F/2—4	156
III. Das grundsätzlich andere der im Euro- parecht diskutierten Differenzierun- gen	F/5	159
IV. Der kritische Ansatz der „vermitteln- den“ Lösungen	F/6	159
G) ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE .		161
URTEIL DES BUNDESSOZIALGERICHTS		
vom 18. September 1973		
Aktenzeichen 6 RKA 2/72		165

VORWORT

Augenärzte und Augenoptiker stehen hinsichtlich der Versorgung der Bevölkerung mit Brillen seit jeher in einer — wenn auch noch so teilhaften — funktionalen Konkurrenz. Zwar sind die Berufsbilder im Typischen klar voneinander getrennt. Gleichwohl ergeben sich Zonen der Berührung, wenn ein und dieselbe Tätigkeit sowohl als Bestandteil der handwerklichen Leistung des Augenoptikers als auch als Bestandteil medizinischer Dienstleistung verstanden werden kann.

Das wohl wichtigste Konfliktfeld dieser Art ist die Sehschärfenbestimmung. Die Kompetenz des Augenarztes für sie wurde nie bestritten. Dagegen wurde die Kompetenz der Augenoptiker infolge des Heilpraktikergesetzes vom 17. Februar 1939 mit der Begründung in Frage gestellt, die Sehschärfenbestimmung sei eine heilkundliche Leistung, und heilkundliche Leistungen seien den Ärzten vorbehalten. Nachdem unter dem Grundgesetz die Regelung des Heilpraktikergesetzes in mehrfacher Hinsicht fragwürdig geworden war, steigerten sich auch die Auseinandersetzungen um die Erstreckung des Ärztemonopols auf die Sehschärfenbestimmung.¹⁾ Die Ärzte wollten ihren „Besitzstand“ im Sinne expansiver Auslegung des Heilpraktikergesetzes anerkannt und durchgesetzt wissen. Die Augenoptiker sahen angesichts der Unsicherheit schon der ursprünglichen Tragweite des Heilpraktikergesetzes, seiner Fremdheit in einer Ambiance neu aufgerichteter Berufsfreiheit und gesteigener

¹⁾ Siehe zusammenfassend Paul Bockelmann, Über die rechtliche Bedeutung der Brillenglasbestimmung durch Augenoptiker — Beiträge zur Auslegung des Art. 12 GG und des Heilpraktikergesetzes vom 17. Februar 1939 — drei Rechtsgutachten — 1960.

Anforderungen an die rechtsstaatliche Präzision von Grundrechtsbeschränkungen und einer Reihe sonst einschlägiger berufsrechtlicher (berufspolitischer) und sozialrechtlicher (sozialpolitischer) Entwicklungen immer weniger Grund, diesen Anspruch hinzunehmen. Mit Urteil vom 20. Januar 1966²⁾ stellte das Bundesverwaltungsgericht schließlich fest, die Bestimmung der Sehschärfe durch Optiker sei keine Ausübung der Heilkunde im Sinne des Heilpraktikergesetzes und unterliege somit nicht den Vorschriften dieses Gesetzes. Der Bundesgerichtshof schloß sich mit einem Urteil vom 4. Februar 1972³⁾ an. Somit steht berufs- und gesundheitsrechtlich fest, daß die Sehschärfebestimmung *auch* in die Kompetenz des Augenoptikers fällt. Das spezielle Handwerksrecht brauchte dies nur noch zu bestätigen (Verordnung über das Berufsbild für das Augenoptikerhandwerk vom 16. Oktober 1969, BGBl. S. 1992).

Nun ist bekannt, daß die Bevölkerung mit medizinischen Dienstleistungen überwiegend im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung versorgt wird. Zu den Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung zählt das Gesetz zudem ausdrücklich die Brille (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO). Somit konnte nicht ausbleiben, daß sich die Auseinandersetzung zwischen Ärzten und Augenoptikern vom Berufs- und Gesundheitsrecht auf das Feld des Sozialversicherungsrechts erstreckte und schließlich verlagerte. Anders ausgedrückt: es mußte gefragt werden, ob das Ärztemonopol, nachdem es berufsrechtlich für die Sehschärfebestimmung relativiert war, im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung nach wie vor gelten sollte, und ob umgekehrt der Augenoptiker, generell zur Sehschärfebestimmung zugelassen, im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung gleichwohl von ihr ausgeschlossen sein sollte. Angesichts des hohen Anteils der gesetzlich krankenversicherten Personen an der Bevölkerung könnte sich, würde das Berufsrecht nicht in das Sozialversicherungsrecht hinein erstreckt, das Verhältnis zwi-

²⁾ Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Bd. 23 S. 140.

³⁾ Neue Juristische Wochenschrift 1972 S. 1132 = Monatsschrift für Deutsches Recht 1972 S. 486 = Der Augenarzt 1972 S. 126 = Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGH-Warneyer) 1972 Nr. 26 = Urteilsammlung für die Gesetzliche Krankenversicherung (USK) Nr. 7214.

schen Regel (berufsrechtlich darf der Augenoptiker refraktieren) und Ausnahme (in der Sozialversicherung darf er es nicht) praktisch verkehren. Der für das Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung ungewöhnliche Streit hat zu reich und oft überraschend differenzierenden Auseinandersetzungen geführt (siehe unten S. 25 ff.). Schließlich hat das Bundessozialgericht in der Entscheidung vom 19. September 1973⁴⁾ anerkannt, daß die Kompetenz des Augenoptikers für die Sehschärfenbestimmung auch im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung bejaht werden muß.

Das Bundessozialgericht hatte bei seiner Entscheidung einen begrenzten Streit vor sich: um die Versorgung mit „Ersatzbrillen auch ohne kassenärztliche Verordnung — allein auf Grund einer Sehschärfenbestimmung durch einen Augenoptikermeister —“. Was immer dabei unter „Ersatzbrillen“ verstanden werden mag, entscheidend ist der Grundsatz, daß auch das Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung das Nebeneinander der Sehschärfenbestimmung durch den Arzt und dem Augenoptiker kennt.

Die Gründe, warum dieser Grundsatz richtig und wichtig ist, aber auch auf welchen Voraussetzungen er beruht, in welchen Zusammenhängen er steht und welche Konsequenzen postuliert und bedacht werden müssen, sind in den unten abgedruckten Gutachten (S. 19 ff.) naturgemäß eingehender dargetan als in dem Urteil des Bundessozialgerichts. Das kann und soll hier nicht vorweggenommen werden. Doch scheint es notwendig, einige Aspekte der allgemeineren Bedeutung des Problems hervorzuheben. Der Gegenstand der Auseinandersetzung könnte dem Außenstehenden leicht — allzu leicht — als eine untergeordnete technische Frage des Sozialversicherungsrechts erscheinen. In Wahrheit aber lagert das Problem im Überschneidungsfeld vielfältiger Entwicklungen.

Da ist zunächst einmal der Konflikt zwischen Sozialversicherungsrecht und Berufsfreiheit. Je weiter das Sozialversiche-

⁴⁾ Abgedruckt auch in: Ersatzkasse 1974 S. 89; Betriebskrankenkasse 1974 S. 43; Die Ortskrankenkasse 1974 S. 69; Sozialrecht Nr. 6 zu § 368 RVO; Breithaupt'sche Sammlung 1974 S. 196.

rungsrecht auf annähernd die ganze Bevölkerung ausgreift, desto mehr bestimmen die berufsrechtlichen Positionen, die es einzelnen Berufen verschafft, die tatsächlichen Entfaltungschancen, die andere Berufe noch haben. Extrem ausgedrückt: das Sozialversicherungsrecht kann, indem es unter irgendwie konkurrierenden Berufen einen bevorzugt, für die Angehörigen der anderen Berufe den Gehalt des Art. 12 GG minimalisieren.

Da ist ferner die Entwicklung der Sozialversicherung, insbesondere der Gesetzlichen Krankenversicherung, zu einem umfassenden Instrument der Gesundheitspolitik, wie das in den Leistungen zur Früherkennung von Krankheiten besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Nun will wohl niemand das Instrument passiver Behandlungspflicht — eines „Kurierzwanges“ — zur Grundlage gesundheitspolitischer Fortschritte machen. Und die Gesetzliche Krankenversicherung ist von sich aus nur ein Angebot der Hilfe, dem ein Zwang, sich behandeln zu lassen, fremd sein muß. Dessen ungeachtet aber entspricht sozialer Sicherung unter den gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen auch eine Abhängigkeit. Und indem soziale Sicherung quantitativ auf annähernd die gesamte Bevölkerung ausgedehnt und qualitativ in den Dienst der Gesundheitspolitik gestellt wird, kann diese Abhängigkeit leicht zum — vielleicht mittelbaren und verdeckten — Zwang werden. Deshalb muß besonders darauf Bedacht genommen werden, daß die gesteigerte soziale und gesundheitspolitische Sorge für den Menschen nicht dazu führt, daß er gerade dort, wo er am natürlichsten über sich selbst verfügen können möchte und sollte, eben im Bereich der Versorgung mit medizinischen und analogen körperbezogenen und verhaltensteuernden Leistungen, seine Autonomie verliert. Wahlrechte — wie das hier in Frage stehende Recht, zwischen dem Arzt und dem Augenoptiker zu wählen — sind eine wichtige Hilfe gegenüber dieser Bedrohung.

Der konkrete Konflikt reflektiert aber auch Tendenzen der Veränderung herkömmlicher Berufsschemata. Die technologischen Ansprüche der modernen Zivilisation fordern immer mehr

qualifizierte Ausbildung und Fähigkeit für immer mehr Berufe. Sie fordern mehr Spezialisierung. Die neuen Wege der Berufsausbildung spiegeln das Problem vielfältig. Die Kluft zwischen „akademischen“ und „nichtakademischen“ Berufen ist längst verschüttet. Die Übergänge beherrschen das Feld. Die Gestrigkeit der Behauptung eines Ärztemonopols, das die Seh-schärfenbestimmung jedem Arzt (nicht nur dem Augenarzt) vorbehalten, dem wohlausgebildeten Augenoptikermeister aber vorenthalten will, ist nur ein Beispiel von vielen.

Vom Sozialversicherungsrecht her trifft diese Überlegung auf eine andere Entwicklung. Der Krankheitsbegriff der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich immer mehr vom medizinischen Krankheitsbegriff — wenn es einen solchen gibt — entfernt. Entscheidend ist nicht so sehr, ob eine „Krankheit“ in irgendeinem medizinischen Sinn vorliegt; entscheidend ist, daß eine Behandlung möglich ist, wie sie (*auch*) für Krankheiten in Frage kommt. Gesetzliche Krankenversicherung als Element sozialer Sicherung zielt auf das Risiko des Aufwandes, der dem Menschen erwächst, und der Ausfälle, die ihm drohen, wenn er sich wegen physischer oder psychischer Anomalie behandeln lassen muß (und wenn er ihretwegen arbeitsunfähig wird). Die Brille ist geradezu der Prototyp solcher „Behandlung“. Die Brille ist in aller Regel kein Instrument medizinischer Heilung. Sie kompensiert eine physische Insuffizienz. Sie ist eine Art Körperersatzstück. Und dieses Körperersatzstück ist primär technisch zu definieren, nicht notwendig medizinisch. Es ist merkwürdig genug, daß die Brillenversorgung von Anfang an zur Gesetzlichen Krankenversicherung gehört hat, daß diese grundsätzliche Konsequenz aber kaum je gesehen wurde. Der ausgeweitete Krankheitsbegriff der Gesetzlichen Krankenversicherung zeigt jedoch das alles im neuen Licht. Führt man nun das Phänomen, daß die Krankenversicherung gegen die Risiken der Behandlungsbedürftigkeit und des Arbeitsausfalls durch physische und psychische Anomalien, nicht aber ausschließlich für den Fall einer Krankheit in irgendeinem medizinischen Sinn schützt, und das andere Phänomen, daß die modernen technischen Entwicklungen zu neuen Konstellationen der Berufsbilder, neuen Notwendigkeiten der Berufsausbildung usw.

führen, aufeinander zu, so zeigt sich, daß die Gesetzliche Krankenversicherung ihre „Einehe“ mit den Kassenärzten grundsätzlich wird überprüfen müssen. Schon als praktisch ausschließlicher Vermittler von Arzneien ist der Arzt in der Gesetzlichen Krankenversicherung heute überfordert.⁵⁾ Als Vermittler all der Leistungen, welche die Krankenversicherung als Träger der sozialen Sicherung gegen die sozialen Risiken der physischen und psychischen Behandlungsbedürftigkeit zu gewähren hat, kann und darf er kein Monopol beanspruchen.

Für die Krankenkassen war es jahrzehntelang ganz praktisch, das — und nur das — zu gewähren, was der Arzt leistet oder vermittelt. Auch die Ärzte haben diesen Zustand, bei aller Belastung, die er mit sich brachte und bringt, per saldo offenbar nicht ungern gehabt. In einem Stadium der subjektiv-quantitativen Universalisierung des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung, der Veränderung des Risikos der Krankheit von der Krankheit im medizinischen Sinn zu einem Synonym für soziale Risiken, die mit körperbezogener oder psychischer Behandlung und Arbeitsunfähigkeit zu tun haben, endlich auch vielfältiger technologischer und daraus hervorgehender berufspolitischer Umstellungen müssen sich die Träger der Gesetzlichen Krankenversicherung ebenso wie die Kassenärzte auf ein offeneres, pluralistisches System der tatsächlichen Leistungsträger einstellen, die der „Krankheit“ im sozialpolitischen Sinn abhelfen. Das fordert die Sache der Sozial- und Gesundheitspolitik ebenso wie die Freiheit der — als sozial zu Sichernde oder als beruflich Beteiligte — Betroffenen.

München, im Mai 1974

HANS F. ZACHER

⁵⁾ Siehe zu diesen Zusammenhängen auch Hans F. Zacher, Die Geschichte der Arzneimittelversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, in: Beiträge zu einer Theorie zur Sozialpolitik, Festschrift für Elisabeth Liefmann-Keil, 1973, S. 201 ff.

RECHTSGUTACHTEN

über die Frage

inwieweit die Lieferung einer Brille durch Optiker
auch dann eine Leistung der gesetzlichen
Krankenversicherung ist, wenn die Brille nicht
ärztlich verordnet ist.

Im Auftrag des

Zentralverbandes der Augenoptiker — BIV —, Düsseldorf
erstattet von

PROF. DR. HANS F. ZACHER

München

Mai 1973

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

- Dietz, Gutachten Rolf Dietz, Sind die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung berechtigt, den Versicherten die Kosten für eine von Augenoptikern vorgenommene Lieferung einer Brille auch ohne entsprechende ärztliche Verordnung zu ersetzen, wenn es sich um eine sogenannte Ersatzbrille handelt, wobei unter „Ersatzbrille“ sowohl eine Brille zu verstehen ist, die genau der bisher getragenen entspricht (weil die bisher getragene Brille abhanden oder beschädigt worden ist), als auch eine Brille, die der Versicherte deswegen benötigt, weil sich die Brillenstärke inzwischen geändert hat? München Februar 1970
(maschinenschriftlich)
- Bogs, Gutachten Walter Bogs, Rechtsgutachten zu der Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen die Kosten für die Ersatzbeschaffung von Brillen der Versicherten nur aufgrund kassenärztlicher Verordnungen übernehmen dürfen. Kassel/Göttingen Juli 1971
(maschinenschriftlich)
- Thieme, Gutachten Werner Thieme, Rechtsgutachten über die Beteiligung der Kassenärzte bei der Versorgung der Versicherten der sozialen Krankenversicherung mit Ersatzbrillen. Hamburg Oktober 1970
(maschinenschriftlich)

- Bockelmann, Gutachten** Paul Bockelmann, Über die rechtliche Bedeutung der Brillenglasbestimmung durch Augenoptiker — Beiträge zur Auslegung des Art. 12 GG und des Heilpraktikergesetzes vom 17. 2. 1939 — Drei Rechtsgutachten — Berlin 1960
- RVO-Gesamtkommentar** Aye, Göbelsmann, Müller, Schieckel, Schroeter, Kommentar zum gesamten Recht der Reichsversicherungsordnung einschließlich zwischenstaatlicher Abkommen und internationaler Übereinkommen
- Heinemann-Liebold, Kassenarztrecht** Gustav Heinemann, Rolf Liebold, Peter Heinemann, Kassenarztrecht auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung dargestellt und erläutert, 4. Auflage
- Peters, Handbuch** Horst Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil 2: Ausführliche Erläuterungen zum Zweiten Buch der Reichsversicherungsordnung, 17. Auflage (Stand: 34. Nachtrag)
- „Leistungsrecht“** G. Albrecht, J. Eisel, W. Fangmeyer, H. Feldmann, K. Meck, E. Püllmann, Das Leistungsrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 9. Auflage
- Brackmann, Handbuch** Kurt Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung
- Berufsbild** Verordnung über das Berufsbild für das Augenoptiker-Handwerk vom 16. 10. 1969 (BGBl. I S. 1882)
- BMVÄ** Bundesmantelvertrag Ärzte

GKV

Gesetzliche Krankenversicherung

Vordruckvereinbarung

Vereinbarung über Vordrucke für die kassenärztliche Versorgung (Vordruckvereinbarung) (in der Fassung der Ergänzungsvereinbarung vom 17. Mai 1971)

zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, KdöR, Köln und dem Bundesverband der Ortskrankenkassen usw.

A) FRAGESTELLUNG UND MEINUNGSSTAND

A/1 Das Gutachten ist veranlaßt durch einen Streit darüber, inwieweit Träger der GKV Krankenpflege durch die Versorgung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen mit Brillen (§§ 182 Abs. 1 Nr. 1, 205 Abs. 1 Satz 1 RVO) auch dann leisten müssen oder dürfen, wenn eine Brille zwar nicht ärztlich verordnet ist (§ 368 Abs. 2 RVO), jedoch von einem Augenoptiker geliefert und von diesem auch die notwendige Refraktionsbestimmung vorgenommen wird.

Im konkreten Streitfall ist die Auseinandersetzung zudem dadurch begrenzt, daß die beklagte Krankenkasse die jeweils erste Versorgung mit einer Brille nur dann als Krankenpflege ansehen will, wenn die Brille ärztlich verordnet ist. Somit konzentriert sich die Meinungsverschiedenheit dort auf die Frage, inwieweit für die Wiederbeschaffung einer Brille eine ärztliche Verordnung notwendig ist.¹⁾

A/2 So verengt kann die Frage jedoch nicht grundsätzlich erörtert werden. Vielmehr muß zunächst nach der generellen — schon durch den Wortlaut des § 182 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RVO nahegelegten — Möglichkeit gefragt werden, daß die Versorgung mit Brillen eine selbständige Leistung der Krankenversicherung darstellt, die ärztlich verordnet werden kann, aber nicht muß.²⁾

Diese generelle These wird von seiten der Kassenärzte³⁾ ebenso allgemein negiert.⁴⁾ Und die Vereinbarung über Vordrucke

¹⁾ S. dazu Urteil des *Sozialgerichts Düsseldorf* vom 24. Januar 1969 — S 3 Ka 24/68 —, mitgeteilt in *Betriebskrankenkasse* 1969 S. 81; Urteil des *Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen* (Essen) vom 27. Oktober 1971 — L 1 Ka 12/69 LSG NW —, *Der Augenarzt* 1972 S. 4 ff.

²⁾ S. *Peters*, Handbuch § 182 Anm. 3 a (S. 17/265); *Dietz*, Gutachten; *Thieme*, Gutachten; *Wieglow-Roth*, Die Kassenarztgebühren 5. Aufl. Bd. III S. 540 ff., insbesondere S. 542 und 542 b.

³⁾ S. dazu Sozialgericht und Landessozialgericht je aaO.

⁴⁾ Dahin wohl auch — obwohl wesentlich aus § 122 RVO argumentierend — : Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 13. November 1944

Fortsetzung der Fußnote auf Seite 26.

für die kassenärztliche Versorgung [Vordruckvereinbarung],⁵⁾ wonach die Verordnung einer Brille ungültig wird, wenn sie nicht innerhalb von 14 Tagen dem Augenoptiker zur Ausführung vorgelegt wird,⁶⁾ wird dahin verstanden, der Augenoptiker sei nicht berechtigt, danach nicht mehr gültige Verordnungen entgegenzunehmen. Er müsse sonst damit rechnen, die gelieferte Sehhilfe nicht erstattet zu bekommen. Nach Ablauf der Frist habe vielmehr die Krankenkasse erneut über die Kostenverpflichtung zu entscheiden.⁷⁾

- A/3 Gleichwohl wird — nicht nur von der im konkreten Streitfall beklagten Betriebskrankenkasse und ihrem Verband — jedenfalls für die Wiederbeschaffung zunächst ärztlich verordneter Brillen⁸⁾ auf eine erneute ärztliche Versorgung mehr oder weniger weitgehend verzichtet. So wird etwa angenommen, die ärztliche Verordnung einer Brille wirke sechs Monate nach⁹⁾ und rechtfertige in dieser Frist auch den Ersatz einer verlorengegangenen oder beschädigten alten Brille durch eine neue Brille von gleicher Gläserstärke.¹⁰⁾ Mit Zustimmung der kassenärztlichen Vereinigung — die auch generell erteilt werden könne, etwa in einer Vereinbarung¹¹⁾ — könnte in dieser Frist

(abgedruckt bei *Wieglow-Roth* aaO. S. 541); Viktor *Weidner*, Die Wirksamkeit des Systems kassenärztlicher Versorgung, in: Soziale Sicherung und medizinische Dienste, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. VIII 1971 S. 72 ff. (98).

- ⁵⁾ Abgedruckt bei *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, IV S. 113 ff.
⁶⁾ Rückseite des Vordruckmusters 8 (*Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, IV S. 114 n).
⁷⁾ Günther *Biermann*, Zweite Vereinbarung über Vordrucke für die kassenärztliche Versorgung, DOK 1964 S. 225 ff. (229). S. dazu auch *Dietz*, Gutachten S. 36.
⁸⁾ *Heinemann-Liebold* aaO § 368 RVO Anm. 11 (S. I 4 g): „wenn Sehhilfen . . . innerhalb kürzerer Fristen erneuert werden müssen.“
⁹⁾ Landessozialgericht aaO; *Bogs*, Gutachten, S. 33 ff., insbesondere S. 41.
¹⁰⁾ Landessozialgericht aaO; *Bogs*, Gutachten, S. 41 ff.
¹¹⁾ S. die bei *Wieglow-Roth* aaO. S. 540 unter Ziff. 1 c mitgeteilte Vereinbarung, die freilich über die von *Bogs* (aaO) angenommene Frist nichts sagt.

aber auch eine Brille mit anderen Gläsern allein aufgrund der Sehschärfenbestimmung durch den Optiker vergütet werden.¹²⁾ Schließlich wird die Anpassung der Gläserstärke an die veränderte Sehschärfe aufgrund einer Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker auch über diese Frist hinaus zugelassen.¹³⁾

- 4) Gerade diese Auffassung zeigt aber, daß die These, die Versorgung mit einer Brille aufgrund Refraktionsbestimmung durch den Optiker sei für Fälle der Wiederbeschaffung des Ersatzes für eine ärztlich verordnete Brille zulässig, nicht dagegen für die Erstbeschaffung einer Brille, nicht isoliert diskutiert werden kann. Je mehr Zeit und je mehr Veränderung der Sehschärfe zwischen der ärztlichen Verordnung einer Brille und der Anschaffung einer Ersatzbrille mit anderen Gläsern liegen, desto weniger kann die alte ärztliche Verordnung zur Rechtfertigung der Anschaffung dienen, desto mehr aber bedarf die Zulassung der Brillenversorgung allein aufgrund der Sehschärfenbestimmung durch den Optiker der eigenständigen Rechtfertigung. Das gilt auch für die Ersatzbeschaffung im Laufe der Sechs-Monats-Frist, die zudem „gegriffen“ ist und weder eine apriorisch zwingende physiologische (medizinische) noch eine besondere rechtliche — geschweige denn gesetzestextliche — Begründung auf ihrer Seite hat.¹⁴⁾

¹²⁾ Bogs, Gutachten S. 40.

¹³⁾ Sozialgericht aaO; s. a. die in Anm. 11 zitierte Vereinbarung.

¹⁴⁾ Die Sechs-Monats-Frist geht offenbar zurück auf einen Diskussionsvorschlag der EWG-Kommission (s. Deutscher Ärztetag, Sondernummer vom 21. Mai 1969, S. 1516). Davon übernimmt sie Bogs, (Gutachten S. 41 Anm. 50). Die endgültigen Vorschläge der europäischen Gremien weisen der Sechs-Monats-Frist eine eng begrenzte Zuständigkeit zu (s. Rn. C/43 f.).

B) AUFRISS DER PROBLEMATIK

I. Die dem Sozialversicherungsrecht vorgegebene Sach- und Rechtslage

1. Motivation dieses Ansatzes

B/1 Die bisherigen Erörterungen haben möglicherweise deshalb noch zu keiner Befriedung geführt, weil sie zu direkt und spezifisch — ja exklusiv — die sozialversicherungsrechtliche Gesetzes- und Interessenlage aufgegriffen haben. Deshalb sei hier versucht, den berührten Interessen und ihrer rechtlichen Ordnung zunächst einmal ungeachtet der sozialversicherungsrechtlichen Überlagerungen nachzugehen. Dabei zeigt sich, daß die Brille recht merkwürdig zwischen medizinischem Gerät und nichtmedizinischem Gebrauchsgegenstand, zwischen ärztlicher Kunst, handwerklicher Leistung, industrieller Produktion und gewerblichem Handel steht.

2. Zur „natürlichen“ Funktion der Brille

B/2 Die Brille ist ein handwerklich oder industriell zu produzierender Gegenstand. Ihre Herstellung liegt außerhalb ärztlicher Kompetenz.¹⁾ Auch die Gestaltung der Brille im einzelnen — und damit der Aufwand, der bei der Anschaffung einer Brille getrieben wird — ist weitgehend von medizinischen Bedürfnissen unabhängig. Letztlich ist es sogar möglich, daß Brillen weitgehend oder ausschließlich ästhetischen oder modischen Bedürfnissen entsprechen (und physiologischen Zweckmäßigkeiten dabei unter Umständen sogar widersprechen). Gewisse Typen von Schutzbrillen sind ferner ausschließlich durch äußere Bedingungen bestimmt, nicht durch die individuelle Beschaf-

¹⁾ Keine ärztliche Gebührenordnung u. dgl. verzeichnet einen irgendwie einschlägigen Leistungstyp. S. z. B. Franz *Haep*, Karl-Hermann *Mörchen*, Hubertus *Grunhofer*, Reiner *Göttsch*, Ärztliches Gebühren- und Vertragsrecht. — Auch in die Ausbildung zum Augenfacharzt wird Brillenanfertigung nicht einbezogen. S. die Richtlinien über den Inhalt der Weiterbildung (Bayer. Ärzteblatt 1970 S. 56 Abschnitt 3, insbes. Umkehrschluß aus Ziff. 1.22).

fenheit des Sehapparats. Aber auch dort nun, wo die Brille individuellen physiologischen Mängeln gerecht werden soll, dient sie in aller Regel nur dazu, Fehlsichtigkeit zu kompensieren, ohne irgendwie auf den Zustand des Auges Einfluß zu nehmen oder auch nur eine Verschlechterung dieses Zustandes verhindern zu können — von einer Einflußnahme auf die Ursachen der Fehlsichtigkeit ganz zu schweigen. Zumindest in aller Regel gilt: Die Brille „heilt“ nicht.²⁾

3 Aus allen diesen Gründen besteht auch zwischen der Nachfrage nach Brillen und den Begriffen von „Krankheit“ und „Gesundheit“ kein umfassender und direkter Zusammenhang. Selbst dann, wenn man von der weiten Gesundheits-Definition der Weltgesundheits-Organisation ausginge, wonach Gesundheit „der Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur des Freiseins von Krankheit und Gebrechen“ ist,³⁾ könnte zweifelhaft erscheinen, ob alle Brillennachfrage einer so verstandenen „Gesundheit“ dient. Doch ist ohnedies offensichtlich, daß eine so weitgefaßte Definition im konkreten Zusammenhang unergiebig bleibt. Nach jeder engeren Definition von „Gesundheit“ oder „Krankheit“ aber — mag sie nun spezifisch juristischer⁴⁾ oder medizinischer Natur sein⁵⁾ — entziehen sich die Brillennachfrage einer umfas-

²⁾ S. z. B. *Thieme*, Gutachten S. 20 f. m. w. Nachw.

³⁾ Präambel der Satzung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946, Verträge der Bundesrepublik Deutschland, Serie A, Band 1, 1955, S. 259 ff.

⁴⁾ S. z. B. *Bockelmann*, Gutachten S. 30 ff. — speziell zum Recht der GKV s. a. unten Rn. B/12.

⁵⁾ S. z. B. *Wilfried Bürk*, Der juristische und medizinische Krankheitsbegriff, Die Leistungen der Krankenversicherung 1970 S. 230 ff. — Der Verfasser hat eine nicht unerhebliche Anzahl spezieller ophthalmologischer Werke konsultiert. Sie alle entwickeln auf die eine oder andere Weise die Lehre von den Krankheiten und Mängeln des Auges sowie die Lehre von den Brillen, wobei gelegentlich der Zusammenhang zwischen einem Mangel der Sehkraft und der Möglichkeit ihn durch gewisse Brillen zu korrigieren, unmittelbar hergestellt ist. Aber kategoriale Ebenen von Krankheit, Heilbarkeit, medizinischen und nicht-medizinischen Brillen usw. werden dabei weder entwickelt noch eingesetzt.

senden und eindeutigen Zuordnung. Deshalb wird auch in der anstehenden konkreten Auseinandersetzung nicht behauptet, die „Richtigkeit“ von Brillen habe Relevanz im Sinne der „richtigen“ Behandlung einer Krankheit. Der zentrale Punkt der Auseinandersetzung ist vielmehr der: müßte nicht die Gelegenheit der Versorgung mit einer Brille dazu benutzt werden, das Auge auf eine Krankheit — über den Mangel der Sehschärfe hinaus — zu untersuchen. Man könnte auch sagen: selbst soweit Brillen Mängel des Sehapparats auszugleichen haben, sind sie in der Regel ein notwendiges Kurieren am Symptom in dem Sinne, daß Symptom und „Krankheit“ identisch sind.⁶⁾

3. Das „Recht der Brille“

B/4 Dem entspricht es auch, daß Brillen nicht als solche Gegenstand gesetzlicher Reglementierung sind. Sie sind keine Arzneimittel (§ 1 des Arzneimittelgesetzes) und unterliegen deshalb nicht den besonderen Beschränkungen der Herstellung von Arzneimitteln und des Handels mit ihnen. Sie wirken nicht — wie Arzneien — im Körper, sondern am Körper, sind deshalb auch jederzeit überprüfbar; und ihr Gebrauch kann jederzeit beendet werden. Daß „Brillen und Augengläser“ — ausgenommen „Schutzbrillen“ — nicht im Reisegewerbe vertrieben werden dürfen (§ 56 Abs. 1 Nr. 1 d der Gewerbeordnung) teilen sie mit einer großen Vielfalt anderer Gegenstände und ist mehr in spezifischen Gefahren des Reisegewerbes als in der medizinischen Bedeutung von Brillen begründet. Weder die industrielle Produktion von Brillen noch der Groß- oder Einzelhandel mit Brillen unterliegt rechtlich spezifischen Beschränkungen (§ 1 der Gewerbeordnung). Die Herstellung von Brillen ist auch dem Optikerhandwerk nur insofern vorbehalten, als sie an sich handwerklich erfolgt (§ 1 der Handwerksordnung), nicht dagegen — wie etwa die Herstellung orthopädischer Maßschuhe (§ 30 b der Gewerbeordnung) einem entsprechend fachlich ausgewiesenen Personenkreis — schlechthin. Der Handel mit Brillen ist von Rechts wegen — und so wenig das in der Praxis ausgenutzt werden mag — weder den Apotheken

⁶⁾ S. dazu auch noch unten Rn. B/13, C/35 u. 36.

(§§ 28 ff. des Arzneimittelgesetzes) noch etwa den Optikern vorbehalten. Insofern ist auch dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG 23, 140 [148 f.]) ein Versehen unterlaufen, wenn es sagt, der Fehlsichtige könne sich „jederzeit eine Brille ohne ärztliche Untersuchung in einem Optikergeschäft in eigener Auswahl kaufen“. Er kann sie — immer von der reinen Rechtslage her gesehen — in jedem Einzelhandelsgeschäft kaufen, ohne daß das Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel (s. insbes. §§ 3 ff.) eine Gewähr dafür böte, daß der Einzelhändler zu fachkundiger Beratung speziell für Personen, die Brillen kaufen wollen, qualifiziert ist.⁷⁾ Und davon wird auch Gebrauch gemacht. Nach Umfrageergebnissen einer Werbeagentur, die dem Verfasser vorliegen, wurde 1970 jede fünfte Brille *ohne* vorherige Untersuchung durch den Arzt *oder* den Augenoptiker gekauft. Mag es sich dabei in der Regel auch um Zweitbrillen oder Ersatzbrillen handeln, deren Anschaffung im konkreten Fall die Bestimmung der Refraktionswerte nicht voraussetzt, so bestätigt diese Zahl doch auch die praktische Relevanz der „Machbarkeit“ des Rechts in Richtung auf die fachliche Kontrolle der Brillenversorgung.

Die industrielle Produktion von Brillen und der Großhandel mit ihnen unterliegen vollends nur den negativen Beschränkungen des § 35 der Gewerbeordnung. Nur soweit der Interessent seine Brillen in einem augenoptischen Handwerksbetrieb (§ 1 der Handwerksordnung i. V. m. Nr. 89 der Anlage A zur Handwerksordnung) kauft, kommt ihm dessen handwerkliche Qualifikation (s. insbesondere §§ 7 ff. der Handwerksordnung; Verordnung über das Berufsbild für das Augenoptiker-Handwerk vom 16. Oktober 1969, BGBl. I S. 1882 [im Folgenden: „Berufsbild“]) zugute.

Somit ist festzuhalten, daß es weder tatsächlich unmöglich noch rechtlich unzulässig ist, daß jemand sich eine Brille verschafft und diese dann auch benutzt —, deren generelle oder individuelle Eignung für die mit der Beschaffung verfolgten Zwecke von keiner qualifizierten Seite geprüft ist.

⁷⁾ S. zum Problem der Berufsausübung im Einzelhandel neuerdings BVerfG Urt. v. 11. Oktober 1972, NJW 1972 S. 261; s. a. BVerwG 39, 247.

4. Das Recht der Brillen vermittelnden Berufe

B/5 Davon zu trennen ist freilich nun die Frage, wo ein Nachfrager sein Bedürfnis nach individueller Beurteilung seines Brillenbedürfnisses befriedigen kann. Hier bietet ihm das Recht drei positiv ausgeprägte Figuren an.

a) *Der Arzt*

B/6 Dabei steht zwar der *Augenarzt* im Vordergrund.⁸⁾ Aber auch jeder andere Arzt ist dazu befugt.⁹⁾ Nur Fachärzte, die nicht Augenärzte sind, sind grundsätzlich davon ausgeschlossen.¹⁰⁾ Diese Einschränkung gilt freilich wohl kaum für „Allgemeinärzte“ („Ärzte für Allgemeinmedizin“) i. S. der Facharztordnungen.¹¹⁾ Im *Folgenden* seien deshalb unter „sonstigen Ärzten“, „praktischen Ärzten“ und „Allgemeinärzten“ immer gleichermaßen verstanden: „Ärzte“, die nicht Fachärzte sind, („praktische Ärzte“) und „Allgemeinärzte“ („Ärzte für Allgemeinmedizin“) i. S. des geltenden Facharztrechts.

b) *Der Heilpraktiker*¹²⁾

B/7 Ob der Heilpraktiker eine spezielle Ausbildung in bezug auf Augenheilkunde, Refraktionsmessung, Sehschärfenbestimmung oder dergleichen hat, ist dabei völlig irrelevant.

c) *Der Augenoptiker*

B/8 Zu dem Arbeitsgebiet des (handwerklichen) Augenoptikers gehört die „Messung der Refraktion des Auges, Prüfung der Seh-

⁸⁾ S. z. B. Ziff. 3 der Anlage zur Berufsordnung für die Ärzte Bayerns vom 4. Oktober 1970, Bayerisches Ärzteblatt 1970 S. 989 ff.

⁹⁾ BVerwG 23, 140 (148); *Bockelmann*, Gutachten S. 66 f.

¹⁰⁾ S. z. B. § 33 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns. Zur Problematik der geltenden Regelungen für Fachärzte s. jedoch BVerfG, Beschluß vom 9. Mai 1972, NJW 1972 S. 1504.

¹¹⁾ S. z. B. § 27 Abs. 1 Nr. 1 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns und Ziff. 1 der Anlage hierzu.

¹²⁾ I. S. des Heilpraktikergesetzes. — S. BVerwG 23, 140 (148); *Bockelmann*, Gutachten S. 67.

schärfe¹³⁾ und seine Fertigkeiten und Kenntnisse müssen daher das „Messen der Refraktion nach objektiven Methoden unter Anwendung der notwendigen Geräte und optischen Hilfsmittel, Messen des Augenabstandes, Anpassen der Refraktionsmeßbrille, Messen der Scheitelabstände; subjektives Ermitteln der optimalen Korrektionsgläser für Ferne und Nähe; . . . Kenntnis der Methoden der objektiven und der subjektiven Refraktionsbestimmung“ umfassen (Berufsbild).¹⁴⁾

d) *Ergänzende Bemerkungen zum Verhältnis Arzt und Augenoptiker*

3/9 Dabei besteht zwischen dem Typ des Arztes und dem Typ des handwerklichen Optikers eine *doppelte Polarität*. Die Funktion des Arztes ist primär Dienstleistung. Sachleistungen sind ihm nicht unbegrenzt möglich oder auch nur gestattet.^{14a)}

Bei ihm tritt also die Refraktionsbestimmung als Dienstleistung hervor.¹⁵⁾ Der Arzt darf nicht unbegrenzt zur Sachleistung —

¹³⁾ Zum Verhältnis der beiden Begriffe und Funktionen s. Robert Siebeck, *Optik des menschlichen Auges*, 1960, S. 150 ff. S. a. F. Rintelen, *Augenheilkunde*, 1961, S. 219 ff., 248 f.; F. Hollwich, *Einführung in die Augenheilkunde*, 5. Aufl. 1966, S. 217 ff. — Im hiesigen Zusammenhang steht die *Refraktionsbestimmung im Vordergrund*. Das gilt nicht nur für den Augenoptiker, sondern auch für den Arzt. S. dazu etwa Abschn. 3 Ziff. 1 der Richtlinien über den Inhalt der Weiterbildung usw. [Anm. 1] und die einschlägigen Positionen der ärztlichen Gebührenordnungen (523 ff. GOÄ; 403 ff. E-Adgo; 403 ff. Privat-Adgo), abgedruckt in „*Ärztliches Gebühren- und Vertragsrecht*“ [Anm. 1]. Dazu auch D. Brück, *Kommentar zur Amtlichen Gebührenordnung für approbierte Ärzte und Zahnärzte*, 2. Aufl. 1956, zu Ziff. 91 (S. 115).

¹⁴⁾ S. a. BVerwG 23, 140; BGH Urt. v. 4. Februar 1972 — I ZR 104/70 — NJW 1972 S. 1132 = *Der Augenarzt* 1972 S. 126 ff. Für alles weitere Material s. außer den vorgenannten Entscheidungen vor allem Bockelmann, *Gutachten*.

^{14a)} Daß im Sprachgebrauch der Krankenversicherung Dienst- und Sachleistungen als Sachleistungen gemeinsam den Geldleistungen gegenübergestellt werden, darf die direkt funktionelle Kennzeichnung von Dienst- und Sachleistungen als solche nicht hindern.

¹⁵⁾ S. die in Anm. 13 zitierten Positionen.

Anfertigung und/oder Lieferung der Brille — übergehen, ohne gegen Berufsrecht oder Handwerksrecht zu verstoßen.¹⁶⁾ Der Optiker dagegen kommt von der Sachleistung, von der Fertigung und/oder Lieferung der Brille, an die Funktion „Refraktionsmessung“ heran. Sie ist geradezu Bestandteil des einheitlichen Vorganges der Fertigung und/oder Lieferung der Brille.¹⁷⁾

Das ist die eine Polarität. Die andere ist die, daß die Tätigkeit des Optikers handwerklich qualifiziert, diejenige des Arztes dagegen durch die Anwendung wissenschaftlich-medizinischer Methoden ausgezeichnet ist. Nun wäre niemandem gedient, wollte man dem Arzt verwehren, daß er Handlungen vornimmt, die auch ohne seine spezifische wissenschaftlich-medizinische Qualifikation vorgenommen werden könnten. Aber der Arzt genießt auf diesem Felde kein Monopol. Umgekehrt ist der Augenoptiker zur Untersuchung der Sehkraft der Augen nur zugelassen, soweit weder der Zustand, der geprüft werden soll, noch die Methoden, die bei der Prüfung angewendet werden sollen, wissenschaftlich-medizinische Kenntnisse voraussetzen.¹⁸⁾ In der „überwältigenden Mehrzahl der Fälle“ wird aber die „Sehschärfeprüfung ohne besondere Vorbereitung

¹⁶⁾ S. z. B. § 1 Abs. 1 Satz 2 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe.“ — Für Arzneien s. § 28 des Arzneimittelgesetzes. — Für die orthopädische Werkstatt eines Arztes offengeblieben in BSG 23, 176 (179).

¹⁷⁾ BVerwG 23, 140 (146): „Im Grunde genommen handelt es sich bei der Refraktionierung des Optikers um eine Hilfeleistung, die das zeitraubende und mühevollere Ausschuchen der passenden Brille durch den Kunden selbst, wie es früher üblich gewesen ist, ersetzt und erleichtern soll. Hierin liegt ebensowenig eine Ausübung der Heilkunde wie in der bereits erwähnten Messung der Hörgrenze durch ein Audiometer, . . . Eine selbständige heilkundliche Leistung liegt darin nicht (vgl. hierzu OLG Königsberg, GoldArch. 72, 153). Es handelt sich um eine Nebenleistung im Rahmen des mit dem Kunden abgeschlossenen Kaufvertrages, die diesen nicht zum Werkvertrag macht (vgl. OLG Dresden, GewArch. 1939, 148 [150]).“ Sozialgericht aaO; s. auch *Bogs*, Gutachten S. 22 (s. freilich auch dens. S. 40 Anm. 49).

¹⁸⁾ Zur Abgrenzung s. a. BVerwG 35, 308 (311); *Dietz*, Gutachten S. 51.

des Fehlsichtigen mit den dafür zur Verfügung stehenden Methoden vorgenommen . . ., zu deren Anwendung nicht der Optiker ärztlicher, sondern der Arzt optischer Kenntnisse bedarf“.¹⁹⁾

Somit ergibt sich die Regel: sowohl der Arzt als auch der Augenoptik-Handwerker dürfen die Refraktion des Auges messen und die Sehschärfe prüfen. Der Augenoptiker darf jedoch die Grenze zur notwendig wissenschaftlich-medizinischen Untersuchung von Augen hin nicht überschreiten. Der Arzt darf nicht zur handwerksmäßigen Fertigung von Brillen übergehen, auch nicht zum Einzelhandel mit Brillen — jedenfalls nicht ohne die jeweils erforderlichen Voraussetzungen gewerblicher Art zu erfüllen.

Was den *Heilpraktiker* anlangt, ist er analog zum Arzt zu sehen. Die Problematik liegt auf der Hand. Sie steht hier nicht zur Erörterung.

e) Sonstige „Refraktions-Berechtigte“?

10 Ist nun aber die Untersuchung der Sehkraft *nur* vom Arzt, Heilpraktiker oder Augenoptik-Handwerker zu haben, oder könnten auch andere Personen solche Untersuchungen vornehmen? Zu denken wäre etwa an den Einzelhändler, der industriell gefertigte Brillen verkauft und zu diesem Zweck Refraktionsmessungen vornimmt.²⁰⁾ Zu denken wäre auch an Per-

¹⁹⁾ *Bockelmann*, Gutachten S. 64; s. diesen allgemein zum vorigen selbst S. 36 ff., 61 ff., mit eingehenden Nachweisen; s. auch BVerwG 23, 140 (145 ff.): „Diese Vorgänge sind ebenso technischer bzw. handwerksmäßiger Natur wie die Messungen, die der Hörgeräte-fachhändler mittels Audiometers über die Hörgrenze des Kunden vornimmt, um ihn in die Lage zu versetzen, ein passendes Hörgerät auszuwählen. Diese Prüfungen erfolgen nicht durch einen Arzt, sondern durch eine technisch hierfür vorgebildete Person. Beschränkt sich die Tätigkeit des Gewerbetreibenden auf technische Vorgänge, ohne das Gebiet des Handwerksmäßigen zu überschreiten, kann von einem Hinübergreifen in das Gebiet der wissenschaftlichen Heilkunde und damit von einer Ausübung der Heilkunde keine Rede sein.“

²⁰⁾ S. a. den vom Bayer. VGH mit Urt. v. 15. Juni 1972 Nr. 295 VI 71 entschiedenen Fall.

sonen, die ausschließlich die Dienstleistung der Refraktionsmessung anbieten. Die Frage ist handwerksrechtlicher Natur. Daß das Recht des Arztes und des Heilpraktikers die Refraktionsmessung nicht bei Ärzten und Heilpraktikern monopolisiert, steht nach dem Vorigen fest. Also kommt es nur darauf an, ob diese Tätigkeit der handwerksmäßigen Ausübung vorbehalten ist. Da es an einer ausdrücklichen und umfassenden gesetzlichen Zuweisung — nach dem Muster des § 30 b der Gewerbeordnung — fehlt, ist das nur dann der Fall, wenn die Tätigkeit überhaupt nur „handwerksmäßig betrieben“ werden könnte und als „wesentliche“ Ausübung des Augenoptiker-Handwerks aufgefaßt werden müßte (§ 1 Abs. 2 der Handwerksordnung in Verbindung mit Nr. 98 der Anlage A zur Handwerksordnung). Das kann und braucht hier nicht abschließend geklärt zu werden. Jedenfalls erscheint es nicht von vorneherein ausgeschlossen, daß die Refraktionsbestimmung auch von anderen Personen als von Augenoptikern, Ärzten und Heilpraktikern vorgenommen wird.²¹⁾

5. Zum gesundheitspolitischen Tatbestand²²⁾

B/11 Die allgemeine — d. h. dem Recht der GKV vorgegebene — Rechtsordnung der Bundesrepublik schützt also weder durch objektbezogene noch durch subjektbezogene Regelungen davor, daß jemand, — auch zum Ausgleich von Fehlsichtigkeit — Brillen erwirbt und benutzt, die entweder seine Fehlsichtigkeit nicht ausgleichen oder ihn vielleicht gerade durch den Ausgleich der Fehlsichtigkeit davon abhalten, den Zustand seiner Augen ärztlich überprüfen zu lassen, so daß ein beeinflussbarer Krankheitsprozeß übersehen wird. Sie weist Arzt und Heilpraktiker die Untersuchung von Augen unter Anwendung wissenschaftlich-medizinischer Methoden als typische, die sonstige technische Untersuchung von Augen als mögliche Funktion zu. Die Bestimmung der Refraktion, die nicht besondere wissenschaft-

²¹⁾ S. a. die bemerkenswerte Variante eines — von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung entwickelten! — Selbsttestgeräts (s. Der Augenarzt 1973 S. 34).

²²⁾ S. dazu noch näher unten Rn. D/1 ff.

lich-medizinische Kenntnisse voraussetzt, weist sie als mögliche Funktion dem handwerklichen Augenoptiker zu. Ob diese Funktion auch von anderen Personen ausgeübt werden könnte, ist zweifelhaft.

In dem Maße, in dem die Versorgung mit Brillen ohne augenärztliche Untersuchung möglich ist, bleibt das Interesse daran, daß anlässlich der Refraktionsbestimmung Augenkrankheiten entdeckt werden, grundsätzlich ungeschützt. Zwar wird der, der einen Augenoptiker, und noch mehr derjenige, der einen Nicht-Augenarzt in Anspruch nimmt, durch dessen Kenntnisse und Sorgfaltspflichten²³⁾ wohl davor geschützt, daß Augenkrankheiten, deren Wahrnehmbarkeit einen gewissen Grad überschreitet, unbemerkt bleiben und er nicht auf den Weg zum Augenarzt gebracht wird. Aber auch und gerade zur Konsultation irgend eines Arztes oder zur Beratung durch einen Augenoptiker besteht nach allgemeinem Recht keine Notwendigkeit.

Damit wird aber eine neue und wichtige Schichtung des gesundheitspolitischen Problems sichtbar. Die Frage, wem die Refraktionsbestimmung vorzubehalten ist, damit nicht bei der Refraktionsbestimmung Augenkrankheiten vermeidbar unerkannt bleiben, ist zu unterscheiden von der Frage, ob Brillen nur nach Refraktionsbestimmung verabreicht werden dürfen. Und diese beiden Fragen wiederum sind zu unterscheiden von zwei anderen Fragen: erstens, sind Brillennachfrage und entsprechende Refraktionsbestimmung sinnvolle und ausreichende Anknüpfungspunkte für eine vorsorgliche Untersuchung auf Augenkrankheiten; zweitens, unter welchen Voraussetzungen wären vorsorgliche Untersuchungen auf Augenkrankheiten ganz unabhängig von Brillennachfrage und Refraktionsbestimmung sinnvoll oder gar notwendig?

Ganz offensichtlich sind diese letzteren Fragen in der allgemeinen Rechtsordnung bisher völlig vernachlässigt worden. Alle rechts- und gesundheitspolitische Auseinandersetzung konzen-

²³⁾ Näheres s. u. Rn. D/6, D/18 ff. (insbes. D/21), D/22.

triert sich auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Ärzten (Augen- und sonstigen Ärzten) und Heilpraktikern auf der einen, Augenoptikern auf der anderen Seite.²⁴⁾ Diese ausschnitt-hafte Erörterung kennzeichnet und entwertet auch das seitens der Augenärzte gesammelte und vorgelegte Material darüber, in welchem Umfang Brillennachfrage und Refraktionsbestimmung zu weitergehenden Untersuchungen und auf diesem Wege zur Erkennung von Augenkrankheiten — jenseits der nicht-pathologischen Fehlsichtigkeit — führen können.²⁵⁾ Dieses Material enthält gewiß eindrucksvolle Hinweise darauf, in welchem Umfang anlässlich Brillennachfrage und Refraktionsbestimmung Augenkrankheiten entdeckt werden können. Es weist aber nicht nur nicht aus, in welchem Verhältnis die Fehlerquote der Augenoptiker zu der der Heilpraktiker, Nichtaugenärzte und Augenärzte steht.²⁶⁾ Es enthält vielmehr auch massive Hinweise darauf, daß Fehlsichtigkeit, Brillennachfrage usw. nur sehr unzuverlässige Indikatoren für Augenkrankheiten sind. Immer wieder wird mitgeteilt, wie hoch der Anteil der

²⁴⁾ Das gilt auch von der Ankündigung des Gesundheitsberichts des Bundesminister für Familie, Jugend und Gesundheit, 1971 Tz. 162 (S. 88), wonach „in Zukunft Dioptriebestimmungen für Brillen bei über Vierzigjährigen nicht vom Augenoptiker, sondern nur vom Arzt und stets verbunden mit der Augendruckmessung vorgenommen werden“ sollen, um dem Grünen Star (Glaukom) besser begegnen zu können.

²⁵⁾ S. das von *Bogs* (Gutachten, insbes. S. 15, 19 und 23) zitierte Material. S. ferner: R. *Sachsenweger*, Klinische Aspekte der Brillenordination, Klinische Monatsblätter für Augenheilkunde und augenärztliche Fortbildung, 1967, S. 153 ff.; Bundesverband der Augenärzte Deutschlands e. V., Schreiben an die Bundesärztekammer, Der Augenarzt 1969 S. 137 ff.; *Damm*, Tätigkeitsbericht, ebd. Seite 146 ff. (148); F. *Lange* und H. W. *Plaue*, Ein Beitrag zur Glaukom-Statistik, ebd. S. 160 ff.; Ch. *Schumann*, Augenerkrankungen bei „Brillenfällen“, Der Augenarzt 1970 S. 100 ff.; *Doden*, Gutachtliche Stellungnahme zum Refraktionsanspruch der Optiker, ebd. Seite 128 ff.; *Schneider*, Gutachten über die statistische Beweiskraft der Erhebung des Bundesverbandes der Augenärzte Deutschlands e. V., ebd. S. 168 ff.

²⁶⁾ S. dazu, daß Fehler überall gemacht werden: Rudolf *Krueger*, Verhütung von Irrtümern bei Brillenbestimmung, Der Augenarzt 1969 S. 165 ff. (166).

Patienten ist, der sich als augenkrank, aber nicht oder nicht wesentlich fehlsichtig erweist. Gerade in diesen Fällen aber kann die Refraktionskompetenz des Augenoptikers nicht schaden. Der Augenoptiker wird Fehlsichtigkeit, wo sie nicht ist, nicht feststellen, während die subjektiven Beschwerden des Kunden bleiben, der somit gleichsam „von selbst“ zur „nächsten Instanz“, zum Augenarzt gelangt. Und er sagt endlich nichts darüber aus, in welchem Umfang subjektive Fehlsichtigkeit ohne fachliche Hilfe „kuriert“ oder auch nicht „kuriert“ wird.

Gerade im Lichte dieser Überlegungen erscheint es konsequent, wenn das Bundesverwaltungsgericht einerseits feststellt, „Verrichtungen, selbst wenn sie für sich gesehen ärztliche Fachkenntnisse nicht voraussetzen,“ fielen „gleichwohl unter die Erlaubnispflicht [nach dem Heilpraktikergesetz], wenn sie Gesundheitsgefährdungen mittelbar zur Folge haben können, etwa dadurch, daß frühzeitiges Erkennen ernster Leiden, das ärztliches Fachwissen voraussetzt, verzögert werden kann und daß die Wahrscheinlichkeit einer solchen Gefährdung nicht nur geringfügig ist“ (BVerwG 35, 308 [311]), andererseits diese Voraussetzungen für die Refraktionsbestimmung durch den Optiker nicht annimmt (BVerwG 23, 140 [146 ff.]).

Der *entscheidende gesundheitspolitische Tatbestand* ist eben der, daß sowohl eine *allgemeine Untersuchungspflicht* auf Augenkrankheiten durch *Augenärzte* — wie immer sie auch unabhängig von subjektiver Brillennachfrage und dadurch bestimmter Refraktionsbestimmung abzugrenzen wäre — als auch eine umfassende Notwendigkeit, Brillen nur über den Augenarzt zu erlangen, *fehlt*. Von dieser Voraussetzung her erscheint das Problem der Kompetenzabgrenzung zwischen Ärzten (Augenärzten und sonstigen Ärzten) und Heilpraktikern einerseits und Augenoptikern andererseits bei der Befriedigung der an sie herangetragenen subjektiven Brillennachfrage und der dadurch ausgelösten Refraktionsbestimmung gesundheitspolitisch als zweitrangig und relativ.

II. Die sozialversicherungsrechtliche Regelung

1. Die Brille als Leistung der Krankenhilfe

B/12 In der GKV ist die Brille eine besondere Leistung der Krankenpflege im Rahmen der Krankenhilfe, die in § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO neben der „ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung“ und der „Versorgung mit Arznei“ zusammen mit der „Versorgung mit . . . Bruchbändern und anderen kleineren Heilmitteln“ ausdrücklich genannt ist. Nach § 182 Abs. 2 RVO hat auch die Versorgung mit Brillen ausreichend und zweckmäßig zu sein, ohne das Maß des Notwendigen zu überschreiten. Eine Abhängigkeit zwischen der kassenärztlichen Versorgung und der Versorgung mit Brillen stellt das Gesetz nirgends ausdrücklich her.

Diese gesetzestextliche Ausgangslage entspricht ganz den tatsächlichen und rechtlichen Vorgegebenheiten. Es gilt, sie voll ernst zu nehmen und nicht vorschnell durch Zwangsvorstellungen einer „Normalität“ der Krankenhilfe, wie sie sich etwa in der Arzneimittellversorgung herausgebildet hat, zu verdrängen. Die Hervorhebung der „Brille“ entspricht nicht nur ihrer Eignung als ein Beispiel für das, was „Heilmittel“ sein können.²⁷⁾ Sie entspricht auch dem losen Zusammenhang zwischen dem medizinischen Krankheitsbegriff und der Brillennachfrage. Daß die Brille als Leistung der Krankenversicherung von vorneherein und seit jeher vom Text des Gesetzes hervorgehoben wurde, stellt — so gesehen — einen Vorgriff auf die Entwicklung des Krankheitsbegriffs der GKV dar: Daß der körperliche Mangel durch das Hilfsmittel Brille behoben werden kann, konstituierte seine Zugehörigkeit zur Krankenhilfe im Recht der GKV.²⁸⁾

²⁷⁾ Zum System s. etwa Horst *Podlexhuy*, Heil- und Hilfsmittel in der Krankenversicherung, Die Leistungen der Krankenversicherung 1971 S. 97 ff.

²⁸⁾ S. zur Entwicklung des Krankheitsbegriffs in der GKV z. B. Ernst *Lekon*, Der Krankheitsbegriff in der gesetzlichen Krankenversicherung, Die Leistungen der Krankenversicherung, 1971 S. 257 ff., Fortsetzung der Fußnote auf Seite 41.

Zugleich aber schlägt sich in der exklusiven Nennung der Brille durch das Gesetz ihr „natürlicher“ Charakter als einer — potentiell ohne Vermittlung des Arztes zu verschaffenden — Sachleistung nieder.

2. Brille und kassenärztliche Versorgung

13 Gleichwohl kann kein Zweifel bestehen, daß die „kassenärztliche Versorgung“ (§ 368 RVO) auch die ärztliche Verordnung von Brillen umfaßt. Zwar nennt § 368 Abs. 2 die Brillen nicht ausdrücklich. Doch kommt der Einsatz von Brillen im Rahmen „ärztlicher Behandlung“ (§ 368 Abs. 2 Satz 1 RVO) ebenso in Betracht wie im Rahmen der „Verordnung von . . . Heilmitteln, Hilfsmitteln“ (Satz 2 ebd.).²⁹⁾ Nur richtet sich eben der Anspruch des Versicherten hier primär auf die ärztliche Dienstleistung. Das Ausgreifen des Arztes über den wissenschaftlich-medizinischen Bereich hinaus in den Raum nichtwissenschaftlich-technischer Dienstleistungen und Sachleistungen wird dabei etwa in den Grenzen hingenommen, die für den Arztberuf auch sonst üblich sind.³⁰⁾

Das Kassenarztrecht nimmt die berufsrechtliche Situation auch hinsichtlich der Kompetenzen von Fachärzten und sonstigen Ärzten grundsätzlich hin.³¹⁾ So werden Refraktionsbestimmungen und Brillenverordnungen durch praktische Ärzte im allgemeinen nicht beanstandet.³²⁾ Dagegen würden einschlägige

296 ff. m. eingeh. Nachw. — Dazu, daß für die Leistung der Brille im Rahmen der GKV die Möglichkeit der Sehkorrektur ausreicht s. z. B. *Peters*, Handbuch § 182 Anm. 4 c, insbes. S. 17/280. Zur geschichtlichen Entwicklung s. a. unten Rn. C/35 und 36.

²⁹⁾ S. nochmals Anm. 27 und den Text hierzu.

³⁰⁾ BSG 23, 176; s. auch §§ 3, 16 BMVÄ.

³¹⁾ S. z. B. *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, I S. 47 c/48.

³²⁾ S. aber Ziff. 1 der Erläuterungen zu Muster 8 (Brillenverordnung) der Vordruckvereinbarung (abgedruckt z. B. bei *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, IV S. 119 g): „Es muß erwartet werden, daß nur solche Ärzte Brillenverordnungen ausstellen, die in der Lage sind, die Beschaffenheit der benötigten Gläser *selbst* zu bestimm-

Fortsetzung der Fußnote auf Seite 42.

Leistungen von anderen Fachärzten als Augenärzten wohl nicht anerkannt.³³⁾

Diese Rezeption des ärztlichen Berufsrechts und -bildes einerseits und die tatsächlichen Gegebenheiten bei der Lieferung von Brillen andererseits schließen es aus, daß die „kassenärztliche Versorgung“ über eine „ärztliche Behandlung“ des Sehapparates, die Diagnose von Fehlsichtigkeit und die Verordnung von Brillen als Heilmittel hinaus auch die Leistung der Brille (die „Versorgung mit Brillen“) total umfaßt. Vielmehr schlägt die Vorgegebenheit der Polarität zwischen der Brillenverordnung als Dienstleistung und der Brillenleistung als Sachleistung auch hier durch.³⁴⁾

B/14 Wenn und soweit Brillen ärztlich verordnet sind, unterliegen sie freilich den besonderen Regeln der kassenärztlichen Versorgung: den besonderen Garantien der Wirtschaftlichkeit (s. insbesondere §§ 368 e, 368 n Abs. 1 und 4, 368 p Abs. 1, 4, 5, 368 q RVO),³⁵⁾ der Verordnungs-Blatt-Gebühr (§ 182 a), und dem Recht der Krankenscheinprämie (§ 188 RVO).³⁶⁾ Vor allem aber ist dann, wenn die Brille ärztlich verordnet ist, der *Vorrang der ärztlichen Verordnung* sicherzustellen. Das gilt zunächst gegenüber der Krankenkasse, die das Urteil des Kassenarztes über das Notwendige und Wirtschaftliche weder durch

men“ (Hervorhebung im Original). S. a. den Hinweis auf einen zur Zurückhaltung mahnenden Aufsatz von G. Dinger (in den „Ärztlichen Mitteilungen“ 1957 S. 1059) in: Die Rechnungsprüfstelle Bd. III Teil VIII S. 20. Das alles ändert aber nichts an der grundsätzlichen Zulassung aller allgemeinen Ärzte zur Refraktionsbestimmung auch nach dem Recht der GKV. Einfach falsch ist es deshalb, wenn etwa Dieter Krauskopf (Das Verhältnis der Krankenkassen zu Apotheken, Heilberufen und sonstigen Lieferanten, Selbstverwaltung der Ortskrankenkassen 1972 Heft 2/3 S. 37 ff. [40]) schreibt: „Voraussetzung für die Lieferung von Sehhilfen ist die Verordnung eines Augenfacharztes.“

³³⁾ BSG 23, 97 (103).

³⁴⁾ S. a. Bogs, Gutachten S. 16, 21; Dietz, Gutachten S. 8 ff., 28 f. — S. a. nochmal Anm. 14 a.

³⁵⁾ S. dazu noch unten Rn. C/4, C/31, D/27 ff.

³⁶⁾ S. dazu noch unten Rn. D/29. — Nach Erstattung des Gutachtens aufgehoben durch Gesetz vom 19. Dezember 1973, BGBl. I S. 1925.

Versagung der ärztlich bewilligten Brille³⁷⁾ noch auch durch die Bewilligung einer vom Kassenarzt abgelehnten Brille desavouieren darf (§ 368 e Satz 2 RVO). Das gilt aber auch im Verhältnis zum Augenoptiker, dessen Funktion hier der ärztlichen Verordnung eindeutig untergeordnet sein muß, und dessen Berufsbild deshalb auch „Kenntnisse im Ausführen ärztlicher Verordnungen“ verlangt.³⁸⁾

/15 Das Kassenarztrecht klärt die Situation auch noch dergestalt, daß es *Heilpraktiker* an der kassenärztlichen Versorgung nicht beteiligt (§§ 122 Abs. 1 Satz 1, 368 a, 368 c RVO; § 3 Abs. 2 Buchst. a der Zulassungsordnung für die Kassenärzte). Das Problem der Refraktionsbestimmung durch Heilpraktiker tritt also für keinen an der sozialversicherungsrechtlichen Brillenversorgung Beteiligten (Kasse, Versicherte, Kassenärzte und Lieferanten) auf. Und auch das — praktisch ohnedies bedeutungsarme — Problem, inwieweit Personen, die weder Ärzte,

³⁷⁾ Dazu, daß die Krankenkassen kassenärztliche Verordnungen gegen sich gelten lassen müssen, s. grundlegend RVA GE v. 26. Februar 1930 AN 1930 S. 163; s. ferner etwa Horst *Peters*, Zur Konformität der Kassenleistung und der kassenärztlichen Versorgung, Die Sozialgerichtsbarkeit 1965 S. 257 ff. (258); dens., Handbuch § 368 Anm. 10 d (S. 17/1497), je m. w. Hinw. — In diesem Zusammenhang erscheint problematisch, was der Kostenübernahmevermerk (vulgo: *Genehmigungsvorbehalt*) auf dem Vordruckmuster 8 für Brillenverordnungen (s. *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, IV S. 114 n) soll. Der Kontrolle der ärztlichen Verordnung kann er wohl nicht dienen, (gegen die Zulässigkeit des Vorbehalts der Genehmigung bei ärztlich verordneten Brillen s. schon RVA GE v. 18. Februar 1937 AN 1937 S. IV 159; s. a. Artur *Krengel*, Kann eine Krankenkasse die Bezahlung einer von einem Kassenarzt verordneten Brille ablehnen, wenn das Rezept vorher von der Kasse nicht genehmigt war? Die Arbeiter-Versorgung 1936 S. 34). Ist er ein Hinweis darauf, daß der Brillenbedarf eben doch nicht voll medizinisch determiniert ist und die ärztliche Verordnung über das „wie“ einer Brille nur begrenzt entscheidet? S. zu den Genehmigungsvorbehalten auch noch unten Rn. B/22, B/32, E/26.

³⁸⁾ S. a. Muster 8 der Vordruckvereinbarung, insbes. die Rückseite des Vordruckblattes (*Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht, IV Seite 114 n).

noch Heilpraktiker, noch Optiker (Handwerker) sind, die Refraktionsbestimmung als solche gewerbsmäßig betreiben dürfen,³⁹⁾ wird für das Krankenversicherungsrecht durch die Vorschrift des § 122 Abs. 1 Satz 2 RVO entschärft.

3. Die Brille als Sachleistung

B/16 Nicht in gleicher Weise ausgemünzt hat das Recht der GKV die „Versorgung mit Brillen“ als Sachleistung. Soweit Brillen ärztlich verordnet sind, geht das Kassenarztrecht ganz selbstverständlich davon aus, daß die Verordnung durch den (handwerklichen) Augenoptiker ausgeführt wird.⁴⁰⁾ Im übrigen ist es den Kassenverbänden überlassen, die Lieferung von Brillen als „Lieferung von Heilmitteln und anderen Bedürfnissen der Krankenpflege“ mit Optikern und anderen in Betracht kommenden Lieferanten zu regeln (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO). Da die Krankenkassen dabei die Maßstäbe des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen zu realisieren haben (§ 182 Abs. 2 RVO), sind sie sowohl bei Regelungen nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO⁴¹⁾ als auch bei einer nicht auf solche Weise geregelten „Versorgung mit Brillen“ auf den Optiker im Sinne des Handwerksrechts verwiesen. Nur bei ihm ist kraft Ausbildung und Berufspflicht die Gewähr gegeben, daß das individuell Zweckmäßige geliefert wird. Zwar hat die Durchsicht der vor-sozialversicherungsrechtlichen Situation ergeben, daß die industrielle Versorgung mit Brillen unter Vermittlung des Groß- und Einzelhandels rechtlich nicht ausgeschlossen ist. Jedoch fehlt die Garantie, daß andere Produzenten und Händler — vorausgesetzt, daß sie praktisch-technisch in der Lage sind, sich an der Brillenversorgung zu beteiligen — die Leistung von Brillen mit einer Sachkunde vornehmen, die mit der des handwerklichen Augenoptikers vergleichbar ist.

³⁹⁾ S. o. Rn. B/10.

⁴⁰⁾ S. nochmals das Vordruckmuster (wie Anm. 38).

⁴¹⁾ S. dazu z. B. *Krauskopf* aaO [Anm. 32]. — Dazu daß Verträge nach § 375 RVO für die Lieferung von Brillen durch Optiker nicht in Betracht kommen s. LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 22. Dezember 1954, Die Sozialgerichtsbarkeit 1955 S. 243.

4. Vorläufiges Ergebnis

B/17 Somit kann festgehalten werden:

- Die Sachleistung „Brille“ ist denkbar als Ausführung ärztlicher Brillenverordnungen (§§ 182 Abs. 1 Nr. 1, 368 Abs. 2 RVO). Diese ist jedenfalls kraft bestehenden Normenvertragsrechts den Optikern im Sinne des Handwerksrechts vorbehalten.
- Die „Versorgung mit Brillen“ ist aber auch unmittelbar als Leistung der Krankenpflege (Krankenhilfe) denkbar (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO). Dabei kann davon ausgegangen werden, daß Augenoptiker im handwerksrechtlichen Sinne diese Leistung so erbringen, daß die Maßstäbe des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) eingehalten werden. Näheres kann durch Verträge nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO geregelt werden. Das gilt auch und gerade, soweit die Leistung „Brille“ die Refraktionsbestimmung einschließt und diese nicht nach den Umständen als wissenschaftlich-medizinische Leistung ausnahmsweise dem Kassenarzt vorbehalten ist.

III. Die Gegenthese:

Kassenleistungen nur durch Kassenärzte

1. Die allgemeine Gegenthese

B/18 Dieses — dem Text des Gesetzes ebenso wie der tatsächlichen Situation und der vor-sozialversicherungsrechtlichen Ordnung entsprechende — Ergebnis wird nun von einem Grundsatz her in Frage gestellt, den das Bundessozialgericht (BSG 19, 270 [274]) so formuliert hat:

„Die Ansprüche der Versicherten auf ärztliche Behandlung und Versorgung mit Arznei (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) hängen zwar nicht begriffsmäßig zusammen . . . Die Versicherten haben jedoch nur Anspruch darauf, die Arznei in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise als Sachleistung auf Kassenkosten zu beziehen. Ärztliche Behandlung und

Versorgung mit Arznei obliegen zwar als ‚Krankenpflege‘ (§ 182 Abs. 1 Nr. 2 RVO) den Krankenkassen, sind aber als ‚kassenärztliche Versorgung‘ (§ 368 Abs. 2 RVO) zur Durchführung in eigener Verantwortung den Kassenärzten anvertraut, die zur Erfüllung der ihnen durch dieses Gesetz übertragenen Aufgaben der kassenärztlichen Versorgung (§ 368 k Abs. 1 Satz 1 RVO) zu Kassenärztlichen Vereinigungen zusammengeschlossen sind. Diese haben ihrerseits dafür einzustehen, daß die kassenärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht (§ 368 n Abs. 1 Satz 1 RVO). Damit ist klargestellt, daß — abgesehen von Notfällen — der Gesamtbereich der kassenärztlichen Versorgung in den Händen der Kassenärzte . . . liegt. Demgemäß läßt sich regelmäßig der Anspruch des Versicherten auf Versorgung mit Arznei nur in Gestalt der Verordnung durch einen Kassenarzt verwirklichen.“

Dieser Grundsatz wird verallgemeinert. Und am Ende steht die Behauptung: daß es überhaupt nur zwei Arten von Leistungen der Krankenpflege (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) gibt: die ärztliche Behandlung und alle sonstigen ärztlich bewirkten, angeordneten oder verordneten Leistungen (§ 368 Abs. 2 RVO).

2. Zur Kritik — Allgemeines

B/19 Bei genauerem Zusehen fällt freilich auf, daß die aufgezeigte Alternative in dieser Ausschließlichkeit und Allgemeinheit für sich gar nicht vertreten wird. Vielmehr spielt sich ein unübersichtlicher Austausch zwischen einer vage unterstellten allgemeinen Maxime und der Entscheidung für je besondere Fallgruppen ab. So wird der unmittelbare Durchgriff des Versicherten auf die leistungspflichtige Kasse für einzelne Fallgruppen immer wieder aus der Erwägung heraus abgelehnt, daß doch ganz allgemein kein Weg an der kassenärztlichen Verordnung vorbeiführe; dagegen wird jenes allgemeine Prinzip umgekehrt auch — sei es nun im Wege eines Analogieschlusses, mittels Unsauberkeit der Unterscheidung oder schlicht unbeachtet — immer wieder daraus hergeleitet, daß ihm doch wichtige Fallgruppen unterliegen. Schließlich fördert eine genauere Durchsicht der einschlägigen Entscheidungen noch einen anderen Umstand zutage, welcher der „Legendenbildung“ im Sinne

der skizzierten allgemeinen These zugute kam und kommt. Während die Entscheidungen oder Autoren, welche die These — ohnedies für gewisse Fallgruppen — aufstellen, ihre Behauptung durch ein „grundsätzlich“ oder „regelmäßig“ (so BSG aaO) abschwächen oder sonstwie Ausnahmen vorbehalten,⁴²⁾ pflegt die Anwendung der These ebenso wie ihre irgendwie verallgemeinernde Übertragung diese Einschränkungen nicht mehr zu realisieren.

Im wesentlichen hat die *These* in ihrer Allgemeinheit zwei ebenso verständliche wie letztlich doch nicht voll durchgreifende *Gründe*. Der *eine* ist das Anliegen der Krankenkassen, sich von der Verantwortung für die im großen und ganzen doch medizinisch determinierten Leistungen zugunsten und zu Lasten der Ärzte und der berufs- und kassenarztrechtlichen Sanktionen ihrer Pflicht zu richtiger und wirtschaftlicher Behandlungsweise freizuzeichnen. Das Bemühen, die Verantwortung in dieser Richtung allgemein und abschließend zu verlagern, ist so alt wie die GKV.⁴³⁾ Und dennoch konnte es umfassende gesetzliche Anerkennung nie finden.

Der zweite Grund ist der Wortlaut des § 368 Abs. 2 RVO. Hätte diese Norm die Pflichten der Kassen, die sie nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RVO gegenüber den Versicherten haben, vollends überlagert, so wäre die These vielleicht eher richtig. So hat der Gesetzgeber aber die Pflicht der Kassen, den Versicherten Krankenhilfe im beschriebenen Umfang zu gewähren, in § 182 RVO unverändert gelassen, während auf § 368 Abs. 2 RVO zutrifft, was *Peters*⁴⁴⁾ so formuliert: „Sicherlich handelt es sich bei diesem GKAR nach Verfassungsmäßigkeit, Aufbau, Klarheit und Terminologie um eines der schlechtesten Gesetze,

⁴²⁾ S. vor allem die in diesem Zusammenhang gemeinhin überinterpretierte (beginnend mit *Fuisting*. Die Versorgung mit Arznei in ihrer Beziehung zur ärztlichen Verordnung, Die Krankenversicherung 1931 S. 6 ff.) Grundsätzliche Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 30. Oktober 1930, AN 1931 S. 7 (7 f.).

⁴³⁾ S. u. Rn. C/11 a. E.

⁴⁴⁾ Zur Konformität usw. [Anm. 37] S. 258.

die dem Sozialrecht beschert worden sind, so daß man gerade insoweit nicht viele Anhaltspunkte für die Interpretation hat. Aber so viel ist doch eindeutig klar geblieben, daß mit dem GKAR an dem Gesamtgefüge des Zweiten Buches der RVO nicht gerüttelt werden sollte.“⁴⁵⁾

Das Gesetz unterscheidet zwei Typen von Leistungen: solche, die von Ärzten erbracht werden können, und solche, die von anderer Seite erbracht werden können (§§ 182 Abs. 1 Nr. 1, 368 Abs. 2 RVO). Daß Ärzte mitunter auch nichtärztliche Leistungen erbringen, ist damit nicht ausgeschlossen, in diesem Zusammenhang aber nicht relevant. Ärztliche Leistungen nun können grundsätzlich nur von Kassenärzten erbracht werden. Andere Leistungen können von Kassenärzten angeordnet bzw. verordnet werden (§ 368 Abs. 2 Satz 2 RVO); und die Kassen dürfen dem negativen ärztlichen Urteil über das Notwendige und Wirtschaftliche nicht entgegenwirken (§ 368 e Satz 2, 2. Halbsatz RVO). Im übrigen ist das Recht der Krankenversicherung von dem Grundsatz beherrscht, daß die Krankenkassen verpflichtet sind, die nichtärztlichen Sach- und Dienstleistungen in den Grenzen des Ausreichenden, Zweckmäßigen

⁴⁵⁾ So schreiben etwa so kompetente Autoren wie *Heinemann-Liebold* (Kassenarztrecht, I S. 4g): „Mit dieser Bestimmung des § 368 Abs. 2 RVO ist aber keinesfalls zum Ausdruck gebracht, daß Arzneien und Heilmittel nur auf Verordnung eines Kassenarztes von einer Krankenkasse gewährt werden dürfen. Eine derartige Ausschließlichkeitsklausel enthält § 368 Abs. 2 RVO nicht (und auch nicht etwa § 122 RVO, wie teilweise angenommen wird, da sich § 122 mit der Verordnung und der Lieferung von Arznei- und Heilmitteln überhaupt nicht befaßt).

Der Abs. 2 des § 368 RVO besagt insoweit allein, daß die Tätigkeit des Verordnens zur kassenärztlichen Versorgung gehört und der Kassenarzt auch für diese Tätigkeiten den Bestimmungen des Kassenarztrechts unterliegt . . . Wenn auch die Krankenkassen aus Zweckmäßigkeitsgründen die Kostentragung für Arznei- und Heilmittel im allgemeinen von einer ärztlichen Verordnung abhängig machen, . . . so ist es den Krankenkassen — soweit nicht vertragliche Beschränkungen dem entgegenstehen — doch nicht verboten, solche Mittel auch ohne ärztliche Verordnung zu gewähren.“

und Notwendigen zu erbringen (§ 182 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 RVO).⁴⁶⁾

Das Gesetz kennt hinsichtlich der Leistungen, die von Ärzten nicht erschöpfend bewirkt werden können oder bewirkt werden, von ihnen also nur angeordnet oder verordnet werden, „keine totale Ablösung der Zuständigkeit der Versicherungsträger durch die Kassenärztlichen Vereinigungen“.⁴⁷⁾ Die Kasse kann also unmittelbar „verpflichtet sein, wie z. B. dann, wenn eine Arznei ohne ärztliche Mitwirkung oder ohne Mitwirkung eines Kassenarztes, eines Beteiligten oder Notfallarztes notwendig ist“.⁴⁸⁾

3. Die Notwendigkeit zu differenzieren

20 Nun ist freilich die These von der Vorgreiflichkeit der kassenärztlichen Verordnung in jeweils spezielleren Zusammenhängen gerechtfertigt.

Das gilt vor allem für die *Arzneien*. Soweit sie verschreibungspflichtig sind (s. § 35 f. des Arzneimittelgesetzes), setzt die Versorgung mit Arznei schon aus Gründen, die dem Sozialversicherungsrecht vorgegeben sind, ärztliches Wirken voraus.⁴⁹⁾ Aber auch darüber hinaus ist hinsichtlich der Arzneimittelversorgung eine gesteigerte Zurückhaltung der Kassen zugunsten der ärztlichen Verordnungstätigkeit verständlich — aus zum Teil ähn-

⁴⁶⁾ Grundlegend *Peters*, Zur Konformität usw. [Anm. 37].

⁴⁷⁾ *Peters*, Handbuch § 182 Anm. 3 a (S. 17/265) § 368 Anm. 10 d (S. 17/1497). S. a. nochmals *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht [Anm. 45].

⁴⁸⁾ *Peters* ebd.; s. a. *Dietz*, Gutachten S. 29 f.

⁴⁹⁾ Das ist die Aussage von Bruno *Kühne* in seinem so viel zitierten und offenbar so selten auch gelesenen Aufsatz über „Die Arznei als Kassenleistung“ (Die Arbeiterversorgung 1930 S. 17 ff. [21]), die verallgemeinert zu der Behauptung geführt hat, Arzneien dürften in der GKV nur nach Maßgabe kassenärztlicher Verordnung geleistet werden (s. BSG aaO [Rn. B/18]; RVA aaO und *Fuisting* aaO [beide Anm. 42] und deren weitere Hinweise), während *Kühne* selbst *generell* die *gegenteilige Ansicht* vertrat: „Die Versorgung mit Arznei steht als Kassenleistung grundsätzlich selbständig neben der ärztlichen Behandlung“ (aaO). S. dazu auch nochmals die in Anm. 46—48 Zitierten und deren weitere Hinweise.

lichen Gründen, wie sie im vor-sozialversicherungsrechtlichen Bereich zur Apothekenpflichtigkeit und zu sonstigen Kontrollen der Arzneimittelproduktion und -verteilung geführt haben, im übrigen aus Gründen der Integrität des kassenärztlichen Verantwortungs- und Kontrollsystems. Dennoch ist über die Verschreibungspflicht hinaus ein lückenloser Vorbehalt kassenärztlicher Verordnung weder vom Gesetzgeber noch im Schrifttum anerkannt.⁵⁰⁾

B/21 Einen anderen Bereich, der besonderer Beachtung bedarf, umschreibt § 122 Abs. 1 RVO hinsichtlich der *Heilhilfs- und Ergänzungsberufe*. Aber selbst dieses zunächst so klar erscheinende Prinzip erleidet Ausnahmen: teils unmittelbar und ausdrücklich angebrachte (für „dringende Fälle“ [§ 122 Abs. 1 Satz 2 RVO] und für Dentisten [§ 123 RVO]), teils im Wege der Ermächtigung (§ 122 Abs. 2 RVO), teils aber — und das erscheint im gegebenen Zusammenhang besonders signifikant — durch besondere Vorschriften des Leistungsrechts der GKV. So unterliegt etwa die in §§ 195 ff. RVO zugesagte Hebammenhilfe grundsätzlich keinem Vorbehalt der ärztlichen Anordnung.⁵¹⁾ § 122 Abs. 1 RVO regelt hier nur, inwieweit die Hebamme dem Arzt seine typischen Funktionen medizinischer Behandlung pathologischer Fälle abnehmen darf.⁵²⁾ § 368 Abs. 2 Satz 2 RVO dagegen stellt lediglich klar, daß dem Kassenarzt das Recht zusteht, sich der Hilfeleistungen anderer Personen zu bedienen.⁵³⁾

B/22 In besonderem Maße problematisch ist der Vorbehalt ärztlicher Verordnung für die *Heilmittel*. Lag für die einen der Schluß

⁵⁰⁾ S. nochmals Anm. 46—49. S. ferner unten Rn. C/11 m. Anm. 18.

⁵¹⁾ S. z. B. RVO-Gesamtkommentar § 122 Anm. 2 (S. 74) und § 195 Anm. 5 und Anm. 9 (S. 84); „Leistungsrecht“ § 122 Anm. 3 (S. 7) und § 196 (S. 9, 13 und 27); *Brackmann*, Handbuch Bd. II S. 416 d; Hans *Töns*, Mutterschaftshilfe und Mutterschutz, § 196 Anm. 4 (S. K 14). Weitere Hinweise s. bei den Zitierten.

⁵²⁾ S. nochmals die in Anm. 51 Genannten und deren Material.

⁵³⁾ S. Ulrich *Palm*, Der Begriff der kassenärztlichen Versorgung im Sozialversicherungsrecht, Diss. Würzburg 1967, S. 156 m. w. Nachw.

von den Arzneien auf die Heilmittel nahe,⁵⁴⁾ so sieht gerade das Bundessozialgericht (BSG 19, 270 [273]) in „bestimmten Sachleistungen, insbesondere größeren Heilmitteln“ den Bereich, in denen die Krankenkassen selbst Leistungen bewilligen könnten.⁵⁵⁾ Außer der auffallenden textlichen Inkongruenz zwischen der „Versorgung mit . . . Brillen, Bruchbändern und anderen kleineren Heilmitteln“ in § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO und der „Verordnung von . . . Heilmitteln, Hilfsmitteln“ in § 368 Abs. 2 Satz 1 RVO legt vor allem die besondere Gestaltungsmacht, die den Krankenkassen durch §§ 187 Nr. 3 und 193 Abs. 1 und 2 RVO in bezug auf Heil- und Hilfsmittel eingeräumt ist, nahe, hier zu differenzieren. Und die Praxis von Genehmigungsvorbehalten,⁵⁶⁾ die dort, wo die Kassen ärztliche Verordnungen — insbesondere von Arzneien — überprüfen wollten, auf berechtigte Bedenken gestoßen ist,⁵⁷⁾ hat doch gerade im Bereich der Heilmittel nicht zufällig immer wieder auch Befürworter gefunden.⁵⁸⁾ Der Zusammenhang damit, daß mit den Heilmitteln der Kreis der — vorrangig oder ausschließlich — ärztlich steuerbaren Leistungen verlassen wird, ist offensichtlich.⁵⁹⁾

⁵⁴⁾ So z. B. ganz unreflektiert Lutz *Richter*, Sozialversicherungsrecht, 1931, S. 156: „Arznei-, Heil- und Stärkungsmittel werden nur auf ärztliche Verordnung gewährt.“

⁵⁵⁾ Extrem in diesem Sinne: Ludwig *Preller*, Praxis und Probleme der Sozialpolitik, 2. Halbbd. 1970 S. 361. S. a. *Bogs*, Gutachten S. 26.

⁵⁶⁾ S. schon oben Anm. 37.

⁵⁷⁾ S. Anm. 37. S. ergänzend etwa Franz *Albert*, Das Verhältnis zwischen Apotheker und Sozialversicherung, 1931, S. 44; *Peters*, Handbuch § 347 Anm. 3 (S. 17/1328).

⁵⁸⁾ S. „Leistungsrecht“, § 182 S. 95, 99, 104 ff.; Kurt *Musculus*, Die Genehmigung von ärztlichen Sachleistungen, Heil- und Hilfsmitteln durch die Krankenkassen, Die Ortskrankenkasse 1968, S. 666 ff.; je m. w. Nachw. S. a. Vordruckmuster 10 der Vordruckvereinbarung (abgedruckt bei *Heinemann-Liepold*, Kassenartzrecht, IV S. 114p).

⁵⁹⁾ S. ergänzend zum Fall der Krankenhauspflege *Heinemann-Liepold* (Kassenartzrecht, I. S. 4 j, Anm. 12 zu § 368 RVO): sie kann von der Krankenkasse unmittelbar bewilligt werden.

4. Der allenfalls formelle (nachweis-technische) Charakter des Prinzips ärztlicher Verordnung

B/23 Mit Recht hat zudem vor allem *Dietz* (Gutachten S. 44 ff.) darauf hingewiesen, daß die wechselseitige Mediatisierung des Versicherten und der Kasse durch den Kassenarzt allenfalls im Sinne einer Beweisregel sinnvoll und zulässig ist: Die ärztliche Verordnung dient dem Versicherten der Kasse gegenüber als Beweis für seinen Leistungsanspruch; die Kasse braucht einen anderen Beweis in der Regel gegen sich nicht gelten zu lassen. Die materielle Pflicht der Kasse bleibt davon aber unberührt. Und wenn die Umstände einen anderen Beweis zulassen, so hat die Kasse die Leistung, die sie nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO im Rahmen des Angemessenen, Zweckmäßigen und Notwendigen (eben der Absatz 2) schuldet, auch auf Grund dieses anderen Nachweises zu erbringen.⁶⁰⁾

5. Die allgemeine These und der besondere Fall der „Versorgung mit Brillen“

B/24 Zusammenfassend ist festzustellen: ein absolutes und umfassendes Prinzip, daß Krankenkassen nur durch Kassenärzte oder auf Grund kassenärztlicher Verordnung oder Anordnung leisten könnten oder müßten, gibt es nicht. Das streitige Prinzip gilt allenfalls als eine allgemeine Regel, deren Anwendung für konkrete Typen von Leistungen und Leistungssituationen der jeweils speziellen Prüfung bedarf.

Für Sachleistungen im Sinne von Heilmitteln wird sogar grundsätzlich davon auszugehen sein, daß es nicht gilt. Und insbesondere Brillen werden zu Recht immer wieder als Beispielfälle genannt, in denen die Krankenkassen zwar auf ärztliche Verordnung hin zu leisten und auch sonst ein einmal herbeigeführtes kassenärztliches Urteil zu respektieren haben, in denen sie aber auch ohne kassenärztliche Verordnung leisten

⁶⁰⁾ S. *Dietz*, Gutachten, und seine eingehenden Nachweise.

können und müssen.⁶¹⁾ Dafür sprechen vor allem folgende Gründe,

— Die gesetzesrechtliche Situation:

25 Die Brille ist im § 182 Abs. 1 Nr. 1 als Leistung ausdrücklich genannt. Dagegen sagen die Vorschriften des Kassenarztrechts (§§ 368 ff. RVO) nirgends, daß Brillen nur von Kassenärzten verschrieben werden können. Nicht einmal die Verordnung von Brillen als kassenärztliche Leistung ist ausdrücklich erwähnt.⁶²⁾

26 — Die Brille als primäre Sachleistung und nichtmedizinisch determinierter Bedarf:

Die ärztliche Verordnung sagt über den Aufwand, den die Kasse für eine Brille zu erstatten hat, relativ wenig aus.⁶³⁾ Was der Arzt selbst bewirken kann, wird zwischen Arzt, Kassenärztlicher Vereinigung und Krankenkasse nach Maßgabe des Kassenarztrechts abgerechnet. Wenn der Arzt eine Arznei verschreibt, so steht deren Preis im Regelfall auf Grund der deutschen Arzneitaxe fest.⁶⁴⁾ Der Arzt disponiert also insoweit auch über den Aufwand. Bei der Leistung einer Brille handelt es sich dagegen um eine Leistung, die vom Arzt selbst nicht erbracht wird und nicht über das kassenärztliche System abgerechnet werden kann (BSG 23, 176 [178]). Diese Sachleistung ist preisrechtlich nicht gebunden. Schon deshalb sagt die ärztliche Verordnung nichts über den Aufwand aus, der für die Brille zu tätigen ist. Darüber hinaus umfaßt eine Brille außer den möglicherweise medizinisch determinierten Elementen (Gläserstärke o. ä.) immer auch Elemente, über die durch ärztliche Verordnung über-

⁶¹⁾ Peters, Handbuch § 182 Anm. 3a (S. 17/265); Heinemann-Liebold, Kassenarztrecht, I S. 4g; Wieglow-Roth aaO [A Anm. 2]. S. auch nochmals das Sozialgericht Düsseldorf und die Gutachten von Dietz und Thieme (s. Rn. A/1 ff.).

⁶²⁾ S. Rn. B/12 ff.

⁶³⁾ S. a. Rn. B/12 ff., B/16 f.

⁶⁴⁾ Deutsche Arzneitaxe vom 1. Januar 1936 BGBl. III Nr. 2121-4; in der Fassung der Verordnung zur Änderung der Deutschen Arzneitaxe 1936 vom 6. Juni 1968, BAnz. Nr. 107.

haupt nicht verfügt werden kann (äußere Gestaltung, ästhetischer Charakter).⁶⁵⁾

B/27 — Kein Konflikt mit der Anordnungsbefugnis nach § 122 Abs. 1 Satz 2 RVO:

Die Brille ist primär Sachleistung. Auch die Refraktionsbestimmung durch den Optiker, der die Brille liefert, ist Bestandteil dieser Sachleistung.⁶⁶⁾ Nur die quasiärztliche Dienstleistung von Nichtärzten und allenfalls insofern die gesonderte Dienstleistung der Refraktionsbestimmung durch einen Nichtarzt fiele aber unter § 122 Abs. 1 Satz 2.⁶⁷⁾ Was dem handwerklichen Optiker Eigenständigkeit und Freiheit gegenüber dem medizinischen Monopol der Ärzte und Heilpraktiker gibt,⁶⁸⁾ grenzt seine Funktion auch vom Geltungsbereich des § 122 RVO ab.

An diesen Überlegungen scheitert — jedenfalls heute — auch die Berufung auf den Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 13. November 1944 — II 11 744/44 —⁶⁹⁾, denn dieser vollzieht § 122 Abs. 1 Satz 2 RVO.⁷⁰⁾

B/28 — Kein Konflikt mit der Verschreibungspflicht von Arzneien:

Die Brille ist keine Arznei (§ 1 des Arzneimittelgesetzes). Sie kann deshalb auch nicht verschreibungspflichtiges Arzneimittel (§§ 35 f. aaO) sein — so wie sie auch nicht apothekenpflichtig ist (§ 28 aaO) und nicht der Deutschen Arznei-
taxe unterliegt (§§ 37, 57 Abs. 9 aaO) —. Eine dem Sozialversicherungsrecht vorgegebene Notwendigkeit, Brillen nur auf Grund ärztlicher Verordnung zu beziehen und zu vergüten, scheidet damit aus.

⁶⁵⁾ S. a. B/14, B/22.

⁶⁶⁾ S. Rn. B/9 f., B/16 f.

⁶⁷⁾ S. a. nochmals das Material zur Abgrenzung der Hebammenhilfe i. S. des § 122 RVO von der selbständigen Hebammenleistung o. B/21.

⁶⁸⁾ S. Rn. B/8 ff.

⁶⁹⁾ Abgedruckt bei *Wieglow-Roth* aaO [A. Anm. 2] Bd. III S. 541.

⁷⁰⁾ Übereinstimmend *Dietz*, Gutachten S. 14 f.

29 — Das sozialversicherungsrechtliche Sonderregime für Heil- und Hilfsmittel:

Heil- und Hilfsmittel werden im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in ganz anderer Weise der Disposition durch die Kassen unterstellt als Arzneien (§§ 187 Nr. 3, 193 Abs. 1 und 2, 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO).⁷¹⁾ Brillen werden zwar in diesen Vorschriften nicht ausdrücklich genannt. Aber für § 187 Nr. 3 RVO ebenso wie für § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO steht fest, daß zu den „Hilfsmitteln“ im Sinne der einen, und den „Heilmitteln und anderen Bedürfnissen der Krankenpflege“ im Sinne der anderen Vorschrift auch Brillen gehören können.⁷²⁾

Daß andererseits § 193 Abs. 1 und 2 RVO sich nur auf die „kleineren Heilmittel“ bezieht, die auch in § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO terminologisch neben die Brillen (und Bruchbänder) gestellt sind, hat seine eigene aufschlußreiche Bewandnis. Seit jeher wird angenommen, diese kleineren Heilmittel seien dadurch definiert, daß der Aufwand für sie ähnlich wie bei Brillen und Bruchbändern von der Sache her begrenzt sei.⁷³⁾ Weil der Aufwand für die Versorgung mit Brillen eigentümlichen Sachgesetzlichkeiten folgt, hielt man es also weder für möglich noch für nützlich, die Versorgung mit Brillen der näheren Bestimmung durch die Krankenkassen im Sinne des § 193 Abs. 1 und 2 RVO zu unterstellen.

30 — Die Möglichkeit der Versorgung mit Brillen durch den handwerklichen Optiker:

Die Interessenlage hinsichtlich der Versorgung mit Brillen ist auf einzigartige Weise dadurch gekennzeichnet, daß im

⁷¹⁾ S. Rn. B/22. — Die Besonderheit des § 407 Abs. 1 Nr. 2 wird allerdings nur aus dem Vergleich mit §§ 375, 376 RVO deutlich. S. a. Rn. B/16 m. Anm. 41.

⁷²⁾ S. a. nochmals Rn. B/12, 16 und 17.

⁷³⁾ S. z. B. E. von *Woedtke*, Krankenversicherungsgesetz, 4. Auflage 1893, § 6 Anm. 6 (S. 139). Aus neuerer Zeit s. dazu z. B. *Peters*, Handbuch § 182 Anm. 4 e (S. 17/281).

handwerklichen Optiker ein Lieferant zur Verfügung steht, der im Rahmen der Auswahl und Anfertigung einer Brille auch die damit verbundenen nichtärztlichen Dienstleistungen einwandfrei verrichten kann.⁷⁴⁾

B/31 — Die Möglichkeit weiterer Regulative durch Vereinbarungen nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO:

Soweit die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung nach alldem noch Schwierigkeiten sehen, den Brillenaufwand auch ohne ärztliche Verordnung anzuerkennen, können sie diesen Schwierigkeiten durch Vereinbarungen nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO Rechnung tragen. Das kann um so leichter geschehen, als die Krankenkassen sich dabei auf Abmachungen mit handwerklichen Optikern beschränken können. Diese verdienen das grundsätzliche Vertrauen, das konkret Angemessene, Zweckmäßige und Notwendige zu leisten (§ 182 Abs. 2 RVO),⁷⁵⁾ während andererseits keine andere Gruppe von Brillenlieferanten vergleichbare Garantien bieten kann. Somit kann den Krankenkassen kein Verstoß gegen das Prinzip der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) vorgeworfen werden, wenn sie sich bei Abmachungen nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO auf die Optiker beschränken. Vielmehr wäre, wollten die Krankenkassen solche Übereinkommen über die Lieferung von Brillen etwa auch mit Einzelhändlern schließen, die industriell gefertigte Brillen verkaufen, zu fragen, ob sie damit nicht tendenziell die Leistung des Angemessenen, Zweckmäßigen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) verfehlen und darüber hinaus sogar Ungleiches gleich behandeln und auf diese Weise gegen den Gleichheitssatz verstoßen (Art. 3 GG).

B/32 — Die mögliche Kontrolle durch Genehmigungsvorbehalte:

Das Bedürfnis nach konkreter Vorsorge gegen Mißbräuche und Fehler kann übrigens durch Genehmigungsvorbehalte befriedigt werden, wie sie gerade im Bereich der Heil- und

⁷⁴⁾ S. Rn. B/8 ff. S. a. u. Rn. D/6, D/8 ff.

⁷⁵⁾ S. Rn. B/8, 16, 17, ferner C/37 ff., E/17.

Hilfsmittel ihren besonderen Platz haben und von den Kassen — sogar für den Fall ärztlicher Brillenverordnung — immer in Anspruch genommen worden sind. Das gilt um so mehr dort, wo — wie im Falle der „Versorgung mit Brillen“ ausschließlich durch den Optiker — der Konflikt mit der ärztlichen Verordnung ausscheidet.⁷⁶⁾

B/33 — Die mögliche Unterstützung durch den vertrauensärztlichen Dienst:

Nach § 369 b Abs. 1 Nr. 2 RVO haben die Krankenkassen die „Verordnung“ von Versicherungsleistungen durch Vertrauensärzte rechtzeitig nachprüfen zu lassen. Der Ausdruck „Verordnung“ ist hier nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen. Vielmehr kommt die Überprüfung durch den Vertrauensarzt auch in Betracht, wenn eine Versicherungsleistung nicht durch einen Arzt verschrieben worden ist.⁷⁷⁾ In Zweifelsfällen ist also die Kasse nicht allein auf ihren Sachverstand angewiesen.⁷⁸⁾

B/34 *Zusammenfassend* ist also festzuhalten, daß keine Vorschrift dazu zwingt, daß Brillen nur nach Maßgabe ärztlicher Verschreibung als Leistung der Krankenpflege (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) anerkannt werden. Vielmehr können und müssen Brillen als Leistungen im Rahmen der Krankenpflege anerkannt werden, wenn sie von einem handwerklichen Optiker geliefert werden und kassenärztliches Urteil dem nicht entgegensteht (§ 368 e Satz 2 RVO). Die allgemeine Regel, wonach die kassenärztliche Verordnung grundsätzlich der einzige Beweis ist, mit dem der Versicherte einen Anspruch auf nichtärztliche Dienst- und Sachleistungen im Sinne des § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO belegen kann, kann auf Brillen, die von handwerklichen Optikern geliefert werden, nicht erstreckt werden.

⁷⁶⁾ S. Rn. B/14, insbes. Anm. 37; Rn. B/22.

⁷⁷⁾ S. z. B. *Peters*, Handbuch § 369 b Anm. 7 (S. 17/1873 f.).

⁷⁸⁾ Für Ausnahmefälle verweist *Peters* (Zur Konformität usw. [Anm. 37] S. 260) auch auf die Pflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen zur Amtshilfe.

C) VERTIEFENDE HISTORISCHE UND FUNKTIONELLE ERWÄGUNGEN

I. Vorbemerkung

C/1 Dieses Ergebnis bedarf nun freilich noch der Erhärtung in bezug auf mögliche weitere Argumente. Ehe darauf näher eingegangen wird, scheint jedoch zweierlei notwendig:

- Die gegenwärtige Situation in ihre geschichtlichen Bezüge zu stellen:
- die Besonderheit der Brillen-Lieferung durch den handwerklichen Augenoptiker im Vergleich mit dem allgemeinen Vorgang der „Versorgung mit Arznei“ herauszuarbeiten. Offenbar hat dieser engere Kreislauf von Sachleistungen im Rahmen der Krankenpflege die Denkschemata so stark geprägt, daß nur die Konfrontation von „Arzneimittelversorgung“ und „Brillenversorgung“ gewisse Vorurteile aufbrechen kann.

II. Zur Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung

1. Faktoren und Bezüge

C/2 So selbstverständlich die Arzneimittelversorgung von Anfang an zu den Aufgaben der GKV gehört hat, so sehr wurden die steigenden Kosten der Arzneimittelversorgung mittlerweile zu einem sozialpolitischen, finanziellen und nicht zuletzt auch hygienischen Problem ersten Ranges.¹⁾

Die Problematik läßt sich nach Maßgabe des gegenwärtigen Rechts an den Rollen der Beteiligten etwa verdeutlichen wie folgt.

¹⁾ S. *allgemein* zur Situation auf dem Gebiet des Arzneiwesens: Gesundheitsbericht des Bundesministers für Jugend, Familie und Fortsetzung der Fußnote auf Seite 59.

3 — Da sind zunächst einmal die *Versicherten* mit ihren Angehörigen, die im Krankheitsfall der Arznei bedürfen und welche die gesetzliche Krankenversicherung deshalb gegen das Risiko der Arzneikosten wirksam zu schützen hat, die zugleich aber vielleicht versucht sind, die Versichertengemeinschaft mit unangemessenen Arzneikosten zu belasten. Die Beteiligung an den Arzneikosten (§ 182 a RVO) ist ein fragwürdiges und unzulängliches Mittel, dieser Versuchung zu begegnen. Gleiches gilt von der Krankenscheinprämie (§ 188 RVO)^{1a}).

Gesundheit, 1971, S. 111 ff. S. aus der *amtlichen Diskussion* um die Reform der Arzneimittelversorgung außerdem etwa den Beschluß des Beirates für die Neuordnung der sozialen Leistungen beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung vom 13. Oktober 1958, abgedruckt bei Hermann *Ammermüller*, Handbuch der Krankenkassen und Ärzte, Band I S. 98/6 ff.; Empfehlung des interministeriellen Arbeitskreises für Preisgestaltung auf dem Arzneimittelmarkt vom 18. September 1970, abgedruckt bei Friedrich *Etmer/Bolck*, Arzneimittelgesetz, § 37 Anm. 2; Empfehlung desselben Arbeitskreises vom 26. März 1973, BMWI Tagesnachrichten vom 28. März 1973; Antwort der Bundesregierung vom 14. Februar 1973 auf die kleine Anfrage des Bundestagsabgeordneten Müller (Deutscher Bundestag, Drucksache VII 156), BMWI Tagesnachrichten vom 21. Februar 1973. S. *ferner zum Thema* z. B. *Gerlach*, Problematische Arzneimittelkosten, Die Krankenversicherung 1970 S. 72 f.; *Hans Hofmann*, Der Arzneimittelmarkt wird sich erheblich verändern, Die Ersatzkassen 1971 S. 454 ff.; „Arzneimittelangebot und Werbung“, Die Betriebskrankenkasse S. 135 ff.; *Theo Thiemeyer*, Entwicklung der Gesundheitsleistungen, deren Kosten und ihre Gründe, Die Betriebskrankenkasse 59. Jg. (1971) S. 253 ff.; „Konflikt um Arzneimittelpreise“, Die Ortskrankenkasse 1971 S. 584 f.; *Erwin Jahn*, *Hans-Joachim Jahn*, *Ernst Otto Krasemann* u. a., Die Gesundheitssicherung in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1971, S. 78 ff.; *Gerhard Maier-Rigand*, Mehr Wettbewerb wäre angebracht, Sozialer Fortschritt 1973 S. 25 ff.; *ders.*, zu den Vorschlägen über die Neugestaltung des Arzneimittelmarktes, ebd. S. 83 ff. — *Speziell zur Arzneimittelversorgung in der GKV* s. darüber hinaus z. B. *Dietrich v. Leszczynski*, Steigende Arzneikosten in der sozialen Krankenversicherung, Sozialer Fortschritt 1970 S. 61 ff.; *Fritz Kastner*, Die allgemeinen Ursachen für das ständige Anwachsen der Arzneimittelkosten, DOK 1970 S. 646 ff.; *dens.*, Probleme der Arzneikostenentwicklung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Soziale Sicherheit 1971 S. 70 ff.

C/4 — Den *Krankenkassen* ist grundsätzlich aufgegeben, die *Arznei* als Sache zur Verfügung zu stellen. Dem Ausweichen auf den Weg der Kostenerstattung sind enge Grenzen gesteckt (s. insbesondere §§ 193 Abs. 3, 217 RVO). Die Möglichkeiten, unangemessenen Belastungen durch quantitative Begrenzung (s. § 193 Abs. 1 RVO), durch sonstige Ermessensvorbehalte (Satzungsvorbehalte) zugunsten der Kassen (§§ 187, 193 Abs. 2 RVO) oder gar durch Disziplinierung der Versicherten (Krankenordnungen: § 347 RVO) zu drosseln, sind gering.

In ihrer Verlegenheit, das Ausreichende und Zweckmäßige darzustellen, ohne das Notwendige zu überschreiten (§ 182 Abs. 2 RVO), sehen sie sich auf das Urteil des Kassenarztes verwiesen (§§ 368 Abs. 2, 368 e RVO),²⁾ der damit in jene Schlüsselstellung zwischen Patient, Kasse, Apotheke, Arzneimittelindustrie und — nicht zuletzt — eigenen Interessen gerät, die ihn ebenso überfordert, wie sie seiner Funktion auch wesentlich verbunden zu sein scheint. Es ist nur symptomatisch für diese Zusammenhänge, daß das Gesetz das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit (der „Nicht-Unwirtschaftlichkeit“) der Arzneimittelversorgung erst im Zusammenhang mit dem Kassenarztrecht artikuliert (§§ 368 e, 368 f. Abs. 2 Nr. 2, 368 g Abs. 1, 368 n Abs. 4, 368 p Abs. 1 und 5 RVO),³⁾ dessen kurios vielfältigem Instrumentarium es überlassen zu sein scheint, das Maß des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Wirtschaftlichen zu konkretisieren.⁴⁾ Die anderen Partner der Krankenkassen sind die Apotheken. Das Gesetz verweist Kassen und Apotheker auf ein Vertragsregime (§§ 375, 407 Abs. 1 Ziff. 2 RVO), dem es durch die

^{1a)} Siehe oben Rn. B/14 Anm. 36.

²⁾ S. Rn. B/18 ff., insbesondere B/20.

³⁾ S. dazu noch näher Rn. C/31.

⁴⁾ Zu nennen sind vor allem:

(I) Die allgemeine Garantiepflicht der kassenärztlichen Vereinigungen (§ 368 n Abs. 1 RVO), die Orientierung der Gesamtverträge an den fraglichen Maximen (§ 368 g RVO), der Auftrag an die Bundes- und Landesausschüsse, Richtlinien zur Konkretisierung

Fortsetzung der Fußnote auf Seite 61.

Rabattpflicht der Apotheken, behördliche Preisfestsetzungen usw. einen rohen Rahmen gibt (§ 376 RVO).

- 5 — Der Arzt „lebt davon“, daß der Patient zu ihm kommt; und der Patient „lebt davon“, daß der Arzt ihm hilft und er dem Arzt vertrauen kann. Der Arzt ist aber — nach herrschender Praxis — auch Richter über so gut wie alle Arzneiansprüche des Versicherten gegen die Kasse.⁵⁾ Und er verrichtet all das unter dem maximal komplizierten System von Organisationen, Regelungsinstrumenten und Sanktionsmechanismen des Kassenarztrechts — das nicht zuletzt dem ökonomischen Interesse des Arztes am Versicherten das ökonomische Interesse der Versichertengemeinschaft an der Wirtschaftlichkeit der Betreuung der Versicherten entgegenstellt.⁶⁾ Zu den — wechselseitigen — Abhängigkeiten des Arztes zählt aber auch die Beziehung zur pharmazeutischen Industrie, die auf

des Gesetzes aufzustellen (§§ 368 p und 368 q RVO), und die Prüfungs- und Beschwerdenausschüsse nach § 368 n Abs. 4 RVO. In welchem Umfang die Ärzte durch dieses so überaus differenzierte Instrumentarium an Organisationen und Normen entlastet, gesteuert und kontrolliert werden können, ist recht fraglich.

(II) Im ausführenden Instrumentarium ist zu unterscheiden:

(1) Unter den Gesamtverträgen bleiben die Bundesmantelverträge, denen nach § 368 g Abs. 1 RVO die Gewährleistung einer gleichmäßigen, ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Kranken und einer angemessenen Vergütung der ärztlichen Leistungen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der Krankenkassen anvertraut ist, weitgehend im Allgemeinen und Formalen stecken (s. z. B. § 4 Abs. 2 und Abs. 4, 17, 18, 22, 23 BMVÄ).

(2) Mehr in die Einzelheiten gehen dagegen speziellere, insbesondere regionale Gesamtverträge.

(3) Je aussageschwächer und (regional) differenzierter die Gesamtverträge jedoch sind, um so bedeutsamer werden die Richtlinien (§ 368 p RVO), die ja auch auf eine vergleichsweise lange Tradition zurückblicken.

(4) Wesentliche Ergänzungen durch Landesrichtlinien (§ 368 q Abs. 2 RVO) sind nicht zu beobachten.

⁵⁾ S. Rn. B/18 ff., insbesondere B/20.

⁶⁾ S. Anm. 3 und 4.

die Verordnungspraxis der Ärzte angewiesen ist, während sich diese aus den Informationen speist, welche die Industrie den Ärzten bietet.⁷⁾

C/6 — Der *Apotheker* hat kaum Einfluß auf den Konsumenten, soweit dieser als Versicherter Arzneien zu Lasten der Kasse begehrt. Er hat auch — von Mißbrauchsfällen abgesehen — keinen Einfluß auf die Verordnungspraxis der Ärzte. Als Verteiler von Arzneimitteln — als Produzent von Arzneimitteln ist er bekanntlich immer mehr in den Hintergrund getreten⁸⁾ — ist er jedoch auf dreierlei Weise, belastend und begünstigend umhegt: Allgemein durch das primär auf die Person zielende Konzessions- und Aufsichtssystem des Apothekenrechts sowie durch das primär objektiv (funktionell) orientierte Arzneimittelrecht, speziell durch die Bindung gegenüber den Krankenkassen (§ 376 RVO)⁹⁾ und durch die Möglichkeit des Vertragsregimes zwischen Krankenkassen und Apotheken (§§ 375, 407 RVO).¹⁰⁾ Von größter Bedeutung

⁷⁾ Dagegen bestehen zwischen dem einzelnen Arzt und der Apotheke — von Mißbrauchsfällen abgesehen — keine vergleichbaren Abhängigkeiten. S. dazu auch die wechselseitige ökonomische Neutralisation von Arzt und Apotheker durch § 10 des Gesetzes über das Apothekenwesen und § 22 der Berufsordnung für die deutschen Ärzte.

⁸⁾ S. Paul *Hagedorn*, Vom Einfluß der Gesellschaft auf Arzneimittel und Apotheke, *Pharmazeutische Zeitung* 1971 S. 1417 ff.

⁹⁾ S. auch den Abschnitt „Besondere Bestimmungen für die Preisberechnung und die Abgabe von Arzneien auf Kosten des Reichs, der Länder, der reichsgesetzlichen und knappschaftlichen Krankenkassen oder Ersatzkassen, der Berufsgenossenschaften, der Landesversicherungsanstalten und der Verbände der öffentlichen Fürsorge und der kommunalen Wohlfahrtspflege“ in der Deutschen Arzneitaxe (Nr. 28 ff.).

¹⁰⁾ Die wohl umfassendste Darstellung dieser Beziehung — freilich nach damaligem Recht — findet sich bei *Albert* aaO [B Anm. 57]. S. für die gegenwärtige Rechtslage umfassend *Peters*, Handbuch, zu §§ 375, 376, 407 RVO. S. ergänzend: *Johannes Pieck*, Rechtsfortsetzung der Fußnote auf Seite 63.

ist in diesem Zusammenhang, daß die Deutsche Arzntaxe die Arzneimittelpreise den Marktgesetzmäßigkeiten weitgehend entzieht (§ 37 des Arzneimittelgesetzes).

Inwieweit aber hat der Apotheker ein *Monopol* für die Verteilung von Arzneimitteln — jedenfalls von Arzneien, die zu Lasten der Krankenkassen geliefert werden sollen —? Inwieweit kann der Versicherte auf andere Verteiler ausweichen? Inwieweit kann die Kasse das steuern? Unausweichlich ist die Verteilungsfunktion des Apothekers nur im Rahmen der verschreibungspflichtigen Medikamente (§§ 28 ff. des Arzneimittelgesetzes). Daß er sozialversicherungsrechtlich einem umfassenden „Verschreibungszwang“ ausgeliefert erscheint, verdeckt freilich für den Versicherten die Ausweichmöglichkeit weitgehend. Anders ist die Situation der Krankenkassen. Ihrer Versuchung, Apotheken zu betreiben, widersetzt sich zwar das Apothekenrecht (§§ 1 ff., 7 f. des Gesetzes über das Apothekenwesen).¹¹⁾ Im übrigen aber fehlt es an Vorschriften, die sich unmißverständlich gegen die Abgabe von Sachleistungen durch Krankenkassen wenden. Die arzneimittelrechtlichen Beschränkungen nichtgewerblicher Arzneimittelproduktion (§ 12 Abs. 1 Satz 2 des Arzneimittelgesetzes) und Abgabe von Arzneimitteln im Einzelhandel durch Nichtapotheken (§ 28 Abs. 2 aaO) richten sich an juristische Personen des privaten Rechts. Und das Sozialversicherungsrecht enthält zwar Indizien, die gegen die Zulässigkeit der Selbstabgabe sprechen,¹²⁾ jedoch kein ausdrückliches Verbot.

gen im Verhältnis zwischen Apothekern und Krankenkassen, Neue juristische Wochenschrift 1970 S. 1219 ff. (mit eingehenden weiteren Hinweisen); Horst *Rauch*, Apothekenrabatt und Grundgesetz, Die Sozialgerichtsbarkeit 1971 S. 247 ff. (ebenfalls mit eingehenden Hinweisen auf weiteres Material).

¹¹⁾ Eine Ausnahme könnte gelten für Krankenkassen als Träger von Krankenanstalten (§ 14 aaO).

¹²⁾ S. z. B. §§ 27 c, 368 d Abs. 1 Satz 2, 375, 376, 407 RVO; 3. Verordnung zum Aufbau der Sozialversicherung (Gemeinschaftsaufgaben) vom 18. Dezember 1934 (BGBl. III Nr. 8230-10).

- C/7 — Zu nennen ist nun noch die *pharmazeutische Industrie*. Sie unterliegt den besonderen Bindungen des Arzneimittelrechts und etwa auch der Werbung auf dem Gebiet des Arzneimittelwesens (s. das Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens vom 11. Juli 1965, BGBl. I S. 604). Gerade letztere vertieft ihre Beziehung zum Arzt. Neben dessen Schlüsselfunktion für die Auswahl der Arzneien ist der Apotheker für die pharmazeutische Industrie relativ uninteressant. Daß die Deutsche Arzneitaxe den Apotheker mehr stützt als bindet, ohne die Produzenten ihrerseits in den Griff zu nehmen und ohne daß der Apotheker eine echte Wahl als Nachfrager hätte, eröffnet der pharmazeutischen Industrie recht ungewöhnliche Spielräume der Preisgestaltung. Der Patient ist für die Industrie bedeutsam, soweit sie ihn dahin beeinflussen kann, daß er den Arzt drängt, bestimmte Medikamente zu verschreiben. Und auch den Kassen gegenüber ist sie durch den Arzt mediatisiert.
- C/8 — Der *Pharmazeutische Großhandel* ist primär verteilungstechnischer Vermittler zwischen Industrie und Apotheke — aber auch Faktor des Kontakts zum Arzt. Die Bindungen, die den Apotheker „abschirmen“, schlagen auf den Großhandel ähnlich vorteilhaft zurück wie auf die Produzenten. Aber unmittelbare Beziehungen zwischen dem Großhandel, den Kassen und den Patienten ergeben sich weder aus den allgemeinen ökonomischen und rechtlichen Bedingungen, noch sind sie vom Gesetz spezifisch geschaffen worden.
- C/9 Von hier her ergibt sich das Netz kritischer Fragen zur Situation der Arzneimittelversorgung. Da wäre *zunächst* daran zu denken, die einzelnen *Rollen in sich neu zu definieren* und zu formieren: subjektbezogenen etwa auf den Versicherten als Arzneikonsumenten, auf den Arzt als *die Schlüsselfigur* im Zusammenspiel der Funktionen und Subjekte oder etwa objektbezogenen auf die Struktur des Arzneimittelangebots, seiner Fortentwicklung oder der medizinischen Erkenntnis und Praxis des Einsatzes von Arzneimitteln. Da wäre *zweitens* daran zu denken, die *subjektive Zuordnung von Funktionen zu verän-*

dern — mit anderen Worten: durch neue Verteilung, Trennung und Bündelung von Funktionen neue Rollen zu konzipieren —. Ließe sich etwa die übersteigerte Schlüsselposition des Arztes durch mehr Autonomie des Patienten (Versicherten), durch mehr medizinische Beratungsfunktion der Kassen oder der Apotheken oder durch mehr Normen im Rahmen des kassenärztlichen Regelungssystems entlasten? Ließe sich die Arzneimittelversorgung durch einen stärkeren Eintritt der Krankenkassen in Produktion und/oder Verteilung der Arzneimittel (in Groß- und/oder Einzelhandel) verbilligen oder sonstwie verbessern? Unvermeidlich führen schon die ersten beiden Fragen auf die *dritte* zu: Könnte das *Zusammenspiel der verschiedenen Rollen neu geordnet* werden? Könnte etwa der Gegensatz zwischen dem freiwirtschaftlichen Hintergrund der Arzneimittelproduktion und -großverteilung zu dem starren Preisregime des Arzneimittelseinzelhandels und der „Sozialisierung“ des Arzneimittelkonsums durch Krankenkassen- und Kassenarztrecht durch die Erstreckung der „öffentlichen“ Systeme in den noch privatwirtschaftlichen Raum hinein oder zugunsten eines Aufbrechens der „öffentlichen“ Systeme zugunsten privatrechtlicher Gestaltung verhindert werden? Aber auch weniger spektakuläre Schritte könnten das Zusammenspiel der verschiedenen Rollen schon vorteilhaft verändern: so etwa eine effektive Steigerung der Transparenz des Arzneimittelmarktes *und* der ärztlichen Verordnungspraxis. Eine wirklich offene Überprüfung der Situation muß sich auch die Frage vorlegen, ob, wie und mit welchen Wirkungen das Verhältnis zwischen Versicherten und Kassen durch den Übergang vom Sachleistungsprinzip zum Kostenerstattungsprinzip verändert werden könnte.

Diese Fragen sind freilich nur Beispiele für die Probleme, die mit den drei Dimensionen einer Neuüberlegung — je innere Neubestimmung der Rollen, Umverteilung von Funktionen und damit Neugestaltung von Rollen und Neuordnung des Zusammenspiels verschiedener Rollen — angesprochen sein sollen.

2. Zur geschichtlichen Entwicklung

a) *Das Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 (BGBl. S. 73)*

C/10 Die Geschichte der gesetzlich geregelten Krankenversicherung reicht zwar hinter das vorgenannte Gesetz zurück. Doch stellt dieses die erste umfassende reichsrechtliche Regelung der gesetzlichen Krankenversicherung dar. Das Gesetz unterschied zwischen der Gemeindekrankenversicherung und den Orts-, Betriebs-, Bau- und Innungskrankenkassen. Einheitlich galt jedoch das Prinzip, daß als — insgesamt zunächst eng befristete — Krankenunterstützung „vom Beginn der Krankheit ab freie ärztliche Behandlung, Arznei, sowie Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel“ zu gewähren sind (§§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 20 Abs. 1 Nr. 1, 64, 72 Abs. 3, 73). Auch war das Sachleistungsprinzip von vornherein verankert. Geldabfindungen waren in Ausnahmefällen und nur als Pauschalen (nicht in Gestalt konkreter Erstattung) vorgesehen (z. B. § 75 für Mitglieder von Hilfskassen). Bei den Orts-, Betriebs-, Bau- und Innungskrankenkassen treffen wir Anfänge der Mutterschaftshilfe (§§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 21 Abs. 1 Nr. 4, 64, 72 Abs. 3, 73) und der Familienhilfe — zunächst als freiwillige, potentiell auch beitragspflichtige Leistung — (§§ 21 Abs. 1 Nr. 5, 64, 72 Abs. 3, 73). Hinweise auf eine Selbstbeteiligung oder eine Prämie für Nicht-Inanspruchnahme der Kasse fehlen. Vorschriften über das Verhältnis zu Ärzten und Apothekern finden sich nur in § 46 Abs. 1 Nr. 2, wonach die Verbände der Krankenkassen ermächtigt sind, „gemeinsame Verträge mit Ärzten, Apotheken und Krankenhäusern“ abzuschließen.

C/11 Um die Tragweite gerade der letzteren Einschränkung zu verdeutlichen, muß in Betracht gezogen werden, welche Standards die *Gewerbeordnung* für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 (BGBl. S. 245) — die mittlerweile für das ganze Reich galt — für die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneien und ärztlichen Dienstleistungen gebracht hatte. „Einer Approbation, welche aufgrund eines Nachweises der Befähigung erteilt wird, bedürfen Apotheker und diejenigen Personen, welche sich

als Ärzte (Wundärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Tierärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen oder seitens des Staats oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen“ (§ 29 Abs. 1 Satz 1). Im übrigen herrschte „*Kurierfreiheit*“ (s. auch § 6). Besondere Zulassungsvorschriften waren für Krankenhausunternehmer und Hebammen vorgesehen (§ 30). Taxen konnten die Centralbehörden für Apotheken, mit geringerer Bedeutung auch für ärztliche Dienstleistungen festsetzen (§ 80). Für das Apothekenwesen konnte darüber hinaus bestimmt werden, welche Apothekenwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind (§ 6 Abs. 2). An einer reichseinheitlichen Taxe für Arzneien, erst recht für ärztliche Dienstleistungen, fehlte es zunächst. Dagegen hatte der Kaiser von der Ermächtigung des § 6 Abs. 2 der Gewerbeordnung durch mehrere Verordnungen Gebrauch gemacht, die „Zubereitungen zu Heilzwecken“, „Drogen und chemische Präparate“ umschrieben, die apothekenpflichtig waren.¹³⁾ Das führte dazu, daß unter Arznei solche Mittel verstanden wurden, die ausschließlich in Apotheken feilgehalten werden dürften.¹⁴⁾

Ungeklärt bleibt zunächst, welche „Medizinalpersonen“ als *Ärzte* in Anspruch genommen werden konnten oder auf welche die Kassen die Versicherten verweisen durften. Die Tendenz ging auf die Konzentration der ärztlichen Dienstleistungen bei den approbierten Ärzten im Sinne des § 29 der Gewerbeordnung.¹⁵⁾ Aber nach dem Gesetz schien es dem Versicherten überlassen geblieben zu sein, sich einen Arzt zu suchen, der ihm seine Hilfe aufgrund und nach Maßgabe des Versicherungsverhältnisses zuteil werden ließ. Die Praxis beschritt freilich bereits die Wege, die der Gesetzgeber zunächst nur andeutete, indem er den Kassenverbänden die „Abschließung gemeinsamer Verträge mit Ärzten, Apotheken und Krankenhäusern“

¹³⁾ Erstmals Verordnung, betreffend den Verkehr mit Apothekern vom 25. März 1872, RGBl. S. 85.

¹⁴⁾ S. Heinrich *Rosin*, Das Recht der Arbeiterversicherung, 1893, Seite 379 f.; Richard *Weyl*, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, 1894, S. 132.

¹⁵⁾ S. z. B. Julius *Hahn*, Das Krankenversicherungsgesetz, 1892, Seite 33 ff.; Rosin, aaO S. 375; E. v. *Woedtke* aaO [B Anm. 73] S. 135 ff.

ermöglichte (§ 46 Abs. 1 Nr. 2): die Konzentration auf den von der Kasse (Gemeinde) zugelassenen „Kassenarzt“¹⁶⁾ und die Belieferung durch Vertragsapotheken.¹⁷⁾ Zugleich deutet sich die Tendenz an, die vom Gesetz zwar nie ausdrücklich artikuliert wird, die Praxis aber doch beherrschen sollte: die Universalisierung des Prinzips der Verschreibung von Arzneimitteln durch den Arzt über die arzneirechtliche Verschreibungspflicht hinaus.¹⁸⁾

b) Die Reform von 1892

C/12 Das Gesetz über die Abänderung des Gesetzes betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379) ermächtigt die Kassen vorzuschreiben, „daß die ärztliche Behandlung, die Lieferung der Arznei und die Kur und Verpflegung nur durch bestimmte Ärzte, Apotheken und Krankenhäuser zu gewähren sind und die Bezahlung der durch Inanspruchnahme anderer Ärzte, Apotheken und Krankenhäuser entstandenen Kosten, von dringenden Fällen abgesehen, abgelehnt werden kann“ (§§ 6 a Abs. 1 Nr. 6, 26 a Abs. 2 Nr. 2 b).¹⁹⁾

¹⁶⁾ S. schon A. Reger, Das Reichsgesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter usw., 1884, S. 23 f. S. auch den vom Reichskanzler veröffentlichten „Entwurf des Statuts einer Orts-Krankenkasse“ vom 14. März 1884 (Nachtrag zu Nr. 12 des Central-Blattes für das Deutsche Reich 1884) § 24 Abs. 1 Satz 1: „Die ärztliche Behandlung der erkrankten Mitglieder erfolgt . . . durch den Kassenarzt.“

¹⁷⁾ S. auch dazu § 24 Abs. 2 des vorzitierten Musterentwurfs und die amtliche Erläuterung hierzu.

¹⁸⁾ S. § 24 Abs. 2 aaO: „Arznei- und sonstige Heilmittel werden den Mitgliedern auf Anordnung des Kassenarztes . . . verabfolgt.“ S. auch die vorzitierte Erläuterung hierzu.

¹⁹⁾ S. dazu die amtliche Begründung in Drucksachen des Reichstags, 8. Legislaturperiode, 1. Session 1890/91 III. Band Nr. 152 S. 41 f.: „Im Interesse der Gemeinde-Krankenversicherung ist es in der Regel dringend geboten, bestimmte Ärzte für die Behandlung der Versicherten aufzustellen und nur durch diese regelmäßig ihr obliegende ärztliche Behandlung gewähren zu lassen. Diese Rechte müssen hier ausdrücklich im Gesetz gewahrt werden, um sie gegen vorgekommene anderweitige Auslegung des § 6 zu schützen.“

Allerdings schob die Kommission des Reichstags eine Vorschrift ein, die den Behörden eine gewisse Kontrolle des Zulassungs- und Vertragsregimes erlauben sollte (§ 56 a Abs. 1).

3 Bemerkenswert an der Novelle ist noch zweierlei. Die *Ermächtigung der Kassenverbände, Verträge abzuschließen* (§ 46), wurde auf die „Abschließung gemeinsamer Verträge mit Ärzten, Apotheken, Krankenhäusern und Lieferanten von Heilmitteln und anderer Bedürfnisse der Krankenpflege“ erweitert. Die Möglichkeit pauschaler Abfindung anstelle der Sachleistung, wie sie für die Hilfskassen zunächst bestanden hatte, wurde energisch beschnitten (§ 75). Das neue System verschärfte nicht nur die ohnedies gespannten Beziehungen der Krankenkassen zu den Ärzten,²⁰⁾ vielmehr kam es nunmehr auch zu schweren Auseinandersetzungen zwischen Krankenkassen und Apotheken.²¹⁾ Eine andere Dimension des Konflikts ergab sich aus den Preisen. Die nach § 80 Abs. 1 der Gewerbeordnung²²⁾ von den Landeszentralbehörden festzusetzenden Apothekentaxen waren als Höchstpreise gedacht. Der Vorbehalt, daß „Ermäßigungen derselben durch freie Vereinbarungen . . . zulässig“ seien, lud zu entsprechenden Vereinbarungen im Rahmen der Kassen-Apotheken-Verträge ein.²³⁾ Zugleich aber erhob sich die Frage, inwieweit nicht schon die Taxen eine Differenzierung zugunsten der Kassen vornehmen dürften. Als im Jahre 1905 erstmals durch Vereinbarung der obersten Landesbehörden eine einheitliche deutsche Arzntaxe zustande kam,²⁴⁾ wurde dieses Problem auf eine neue Ebene gehoben.

²⁰⁾ S. Hans F. Zacher, Der Ärztestreik als Rechtsproblem, Zeitschrift für Sozialreform 1966 S. 129 ff. (130 ff.) m. w. Nachw.

²¹⁾ S. dazu Heinrich Unger, Der Apothekenboykott und die Krankenkassen in Berlin, Arbeiterversorgung 1902 S. 553 ff.

²²⁾ Mittlerweile in der Fassung vom 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177) bzw. in der Fassung vom 26. Juli 1900 (RGBl. S. 871).

²³⁾ S. z. B. „Krankenkassen und Apotheker“, Die Arbeiterversorgung 18. Jg. (1901) S. 92 f.

²⁴⁾ Bekanntmachung betreffend die Einführung einer einheitlichen Arzntaxe vom 23. Februar 1905, Centralblatt für das Deutsche Reich S. 40.

c) Die Reichsversicherungsordnung

C/14 Die Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 (RGBl. S. 509) hob die Krankenversicherung allgemein auf den Standard, den schon vordem die Ortskrankenkassen, Innungskrankenkassen usw. hatten, während der mindere Standard der gemeindlichen Krankenversicherung entfiel. In diesem Rahmen blieb es hinsichtlich der Arzneimittelversorgung als Bestandteil der Krankenhilfe (§ 182), die auch der kranken Schwangeren und Mutter zugute kommen sollte, sowie der Familienhilfe (§ 205), grundsätzlich beim alten.²⁵⁾ Die Abfindung der Sachleistungen durch Geldpauschalen blieb eng begrenzt (§§ 193 Abs. 3, 217, 370 RVO). Insbesondere blieb es bei der Garantie des Sachleistungsprinzips auch für die Ersatzkassen (§ 507). § 363 RVO erlaubte die Verwendung von Mitteln der Kassen für Zwecke der Krankheitsverhütung.

C/15 Die Frage, wer „Arzt“ ist, klärte § 122 prinzipiell zugunsten der approbierten Ärzte. Dem „Verhältnis [der Krankenversicherungsträger] zu Ärzten, Zahnärzten, Krankenhäusern und Apotheken“ widmete die Reichsversicherungsordnung einen eigenen Abschnitt (§§ 368 ff.). Soweit er die Beziehungen zu Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen betraf (§§ 368 bis 374), braucht er hier nicht näher gewürdigt werden.

Die Regelung der *Apothekenfrage* durch die Reichsversicherungsordnung ist nicht nur dadurch bemerkenswert, daß die §§ 375, 376 RVO bis heute *sedes materiae* bleiben sollten. Die entsprechende Ermächtigung an die Verbände der Kassen, „Verträge mit Ärzten, Zahnärzten, Zahntechnikern, Apothekenbesitzern und -verwaltern oder anderen Arzneimittelhändlern, Krankenhäusern sowie über *Lieferung von Heilmitteln*²⁶⁾ und anderen Bedürfnissen der Krankenpflege“ zu schließen, fand sich nunmehr im § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO. „Die gleichfalls viel umstrittene Frage, ob die Krankenkassen ermächtigt werden

²⁵⁾ Die Gewährung von Heilmitteln dagegen wurde modifiziert: §§ 187 Nr. 3, 193 RVO.

²⁶⁾ Hervorhebung nicht im Original.

sollen, unmittelbar an ihre Mitglieder Arzneien abzugeben“, betrachtete der Gesetzgeber jedoch als „außerhalb des Rahmens der vorliegenden Reform“ liegend.²⁷⁾

- 6 Alsbald *nach dem Krieg* freilich begann dann der Ausbau der Wochen- und Familienhilfe,²⁸⁾ wobei für die Familienhilfe nach wie vor Beiträge erhoben werden konnten (§ 384 Abs. 2 RVO). Im Rahmen alternativer Gestaltungsmöglichkeiten wurde jetzt die Arznei auch für die Wochenhilfe ausdrücklich erwähnt (§ 195 c RVO).

d) Die Entwicklung 1923/1924

- 7 Weitergreifende Veränderungen unternahm man 1923/24. Zwar berührte das Gesetz zur Erhaltung leistungsfähiger Krankenkassen vom 27. März 1923 (RGBl. I S. 225) die hier interessierende Problematik nur am Rande.²⁹⁾ Aber das Gesetz zur Änderung der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1923 (RGBl. I S. 686) vertiefte die in § 363 RVO angelegte Tendenz zu vorbeugenden Maßnahmen durch die Ermächtigung der Kassen zu „Maßnahmen zur Verhütung von Erkrankungen der einzelnen Kassenmitglieder“ (§ 187 Nr. 4 RVO).³⁰⁾ Und die Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen vom 30. Oktober 1923 (RGBl. I S. 1054) versuchte, die Rechtsfigur des Kassenarztes intensiver als bisher auszuformen. Unter anderem hieß es in § 1:

²⁷⁾ Amtliche Begründung, Reichstagsdrucksachen 12. Legislaturperiode II. Session 1909/10 Nr. 340 Anlage I. S. 137.

²⁸⁾ Gesetz über Wochenhilfe und Wochenfürsorge vom 26. September 1919 (RGBl. S. 1757); Bekanntmachung, betreffend die jetzige Fassung des Gesetzes über Wochenhilfe und Wochenfürsorge vom 22. Mai 1920 (RGBl. S. 1069); Gesetz betreffend Wochenhilfe und Wochenfürsorge vom 28. Dezember 1921 (RGBl. 1922 S. 7); Gesetz über Änderungen der Reichsversicherungsordnung vom 21. Juli 1922 (RGBl. S. 654).

²⁹⁾ Ein neuer § 187 a RVO berechnete die Krankenkassen, über Arzneibehältnisse zu verfügen.

³⁰⁾ Es modifizierte auch §§ 193, 373 RVO.

„Die für eine Krankenkasse tätigen Ärzte sind verpflichtet, eine nicht erforderliche Behandlung abzulehnen, die erforderliche Behandlung, insbesondere hinsichtlich Art und Umfang der ärztlichen Verrichtungen sowie der Verschreibung von Arznei, Heil- und Stärkungsmitteln auf das notwendige Maß zu beschränken und bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten alles zu vermeiden, was eine unnötige und übermäßige Inanspruchnahme der Krankenhilfe herbeiführen kann“ (Abs. 1 Satz 1).

Näheres sollten Richtlinien eines Reichsausschusses enthalten (Abs. 1 Satz 2 ebd.). Zugleich wurde — vornehmlich durch Zuständigkeitsnormen — der Grundsatz spezifiziert, daß die Voraussetzungen für den Anspruch auf Kassenleistungen in erster Linie durch ärztliche Bescheinigungen nachzuweisen sind (§ 22). Erstmals wurden nun auch die Versicherten an den Kosten beteiligt (§ 25 Abs. 1). Aber noch eine Reihe anderer Neuerungen veränderten das Recht der Arzneiversorgung (§§ 26, 27).

C/18 Die Verordnung über Krankenversicherung vom 13. Februar 1924 (RGBl. I S. 93) befaßte sich erneut mit dem Kassenarztrecht (§§ 1 bis 7) und variierte die Selbstbeteiligung (§ 11). Vor allem aber fällt die Einführung der Krankenscheingebühr (§ 187 b RVO) ins Auge (§ 8). Das Zweite Gesetz über Abänderungen des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung vom 9. Juli 1926 (RGBl. I S. 407) ist deshalb zu erwähnen, weil es im Rahmen der Wochenhilfe die Versorgung der Mutter mit Arznei, die zunächst noch eine Art Kannleistung war, zur Regelleistung erhob (§ 195 a Abs. 1 Nr. 1 RVO).

C/19 Die §§ 25 ff. der Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen vom 30. Oktober 1923 lassen erkennen, daß die Arzneiversorgung der Versicherten unter den besonderen Bedingungen der Nachkriegs- insbesondere der Inflationszeit zu bedenklichen Spannungen sowohl innerhalb des Versicherungssystems als auch in den Beziehungen zwischen Krankenkassen und Apotheken geführt hatte. Die Schwierigkeiten ließen einen alten Gedanken besonders intensiv aufleben, der freilich schon mit der Institution der Krankenkassen geboren worden war:

Die Selbstabgabe von Arznei- und Heilmittel durch die Krankenkasse.³¹⁾ Durch eine Ergänzung der Arzneimittelverordnung mußte klargestellt werden, daß „Zubereitungen und Stoffe“, die „dem Verkehr außerhalb der Apotheken entzogen sind, . . . auch von Krankenkassengenossenschaften, Vereinen oder ähnlichen Personengesamtheiten an ihre Mitglieder nicht verabfolgt werden“ dürfen (Verordnung über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 27. März 1925, RGBl. I S. 40). Um so intensiver konzentrierten sich die Krankenkassen auf die Selbstabgabe nicht apothekenpflichtiger Arznei- und Heilmittel. Der Versicherte erhielt weitgehend nur apothekenpflichtige Arzneimittel über die Apotheke, nichtapothekenpflichtige Arznei- und Heilmittel dagegen durch kasseneigene oder andere Abgabestellen (insbesondere auch Drogerien). Diese Spaltung der Arzneimittelversorgung durch die Einrichtung von Krankenkassenapotheken zu beseitigen, wurde zwar versucht, aber nicht realisiert. Statt dessen entfaltete sich im Laufe der Zeit — vor allem zwischen 1924 und 1930 — doch das in § 375 RVO angelegte Vertragssystem.³²⁾

In diese Zeit fällt auch, daß das Reichsversicherungsamt den Grundsatz anerkennt, daß der „Anspruch eines Versicherten auf Versorgung mit Arznei . . . von der Vorlegung einer kassenärztlichen Bescheinigung abhängig“ ist, „sofern nicht die Krankenkasse nach pflichtmäßigem Ermessen hiervon absehen zu können glaubt“,³³⁾ den Schrifttum und Praxis dann immer sorgloser verallgemeinern sollen.³⁴⁾ Mit der so wachsenden

³¹⁾ Besonders eingehend Hans Meyer, Die Selbstabgabe von Arznei- und Heilmitteln durch die Krankenkassen, Apotheker-Zeitung 1930 S. 1177 f. — S. zur zeitgenössischen Diskussion ferner „Jahreswende — Schicksalswende“, Pharmazeutische Zeitung 71. Jg. (1926) S. 1 ff.; Georg Scherer, Die Eigenbetriebe der Krankenkassen, ebd., S. 18 f.; A. Büsch, Apotheker und Krankenkassen, Apotheker-Zeitung 1930 S. 786 ff.

³²⁾ S. Meyer aaO S. 1179; Helmut Lehmann, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 6. Aufl. Bd. I 1931 S. 265 f., 634 ff.

³³⁾ So der Leitsatz der Grundsätzlichen Entscheidung vom 30. Oktober 1930 AN 1931 S. 7.

³⁴⁾ S. nochmals Rn. B/19 f.

Verantwortung der Ärzte geht aber auch die Tendenz einher, ihre Verwaltungspraxis — nicht zuletzt unter dem Aspekt der Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit — immer mehr zu regulieren.^{34a)}

e) *Die Entwicklung 1930 bis 1932*

C/20 Die Jahre 1930 bis 1932 brachten wesentliche Veränderungen. Sie begannen mit der Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 (RGBl. I S. 311). Der Zweite Titel ihres Vierten Abschnittes (S. 321 ff.) befaßte sich zentral mit der Krankenversicherung. Die Verordnung fügte § 182 Abs. 2 RVO ein, wonach die Krankenpflege „ausreichend und zweckmäßig sein“ muß, „jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ darf. Die Regelung der Rezeptgebühr (§ 182 a RVO) wurde neu gefaßt. Auch die Krankenscheingebühr (§ 187 c RVO) wurde neu geregelt.³⁵⁾ In der Familienhilfe, für die nunmehr kein Sonderbeitrag mehr erhoben werden durfte, wurden die Kosten für Arznei und kleinere Heilmittel künftig obligatorisch zur Hälfte erstattet (§ 205 Abs. 1 Satz 2 RVO). Die Satzung konnte diesen Satz auf 70 v. H. steigern und Zuschüsse zu Hilfsmitteln, Stärkungs- und anderen kleineren Heilmitteln vorsehen (ebd. Abs. 3 Satz 3).

Weitgehend neu geregelt wurde auch die Verordnungstätigkeit des Kassenarztes (§ 368 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1, 2 und 4):

„Der Arzt ist seiner Kasse gegenüber verpflichtet, den Kranken ausreichend und zweckmäßig zu behandeln. Er darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten, hat eine Behandlung, die nicht oder nicht mehr notwendig ist, abzulehnen, die Heilmaßnahmen, insbesondere die Arznei-, die Heil- und Stärkungsmittel, nach Art und Umfang wirtschaftlich

^{34a)} S. z. B. die von dem Reichsausschuß für Ärzte und Krankenkassen am 15. Mai 1925 erlassenen Richtlinien für wirtschaftliche Arzneiverordnung (RABl. S. 255), später geändert durch Beschluß vom 14. November 1928 (RABl. IV. S. 401).

³⁵⁾ § 187 a RVO (s. Anm. 29) wurde wieder aufgehoben.

zu verordnen und auch sonst bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen die Kasse vor Ausgaben so weit zu bewahren, als die Natur seiner Dienstleistungen es zuläßt. . . . Der Arzt, der die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, hat der Kasse den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“

Der vertrauensärztliche Dienst wurde eingeführt. Die Kassen wurden verpflichtet, die Verordnungen des Arztes „in den erforderlichen Fällen durch einen anderen Arzt (Vertrauensarzt) rechtzeitig nachprüfen zu lassen“ (ebd. Nr. 2 Abs. 2 Satz 1).

- 21 Die Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 (RGBl. I S. 517) brachte weitere Änderungen.³⁶⁾ § 182 b RVO brachte Ausnahmen von der Rezeptgebühr. § 187 c RVO modifizierte die Krankenscheingebühr.

Die Zweite Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931 (RGBl. I S. 279) enthielt zwar in dem Fünften Teil über „Sozialversicherung und öffentliche Fürsorge“ nichts hier Wesentliches. Das IX. Kapitel („Deutsche Arzneitaxe“) ihres Siebenten Teiles („Handels- und Wirtschaftspolitik“) (S. 314) betraf jedoch die Arzneimittelversorgung. Der Reichsregierung wurde erlaubt, den sogenannten Spezialitätenzuschlag abweichend von § 80 der Gewerbeordnung, der immer noch die Landeszentralbehörden ermächtigte, festzusetzen und den Kassenrabatt i. S. von § 376 RVO zu bestimmen.

- 22 Die Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8. Dezember 1931 (RGBl. I S. 699) brachte in Kapitel I („Krankenversicherung“) des Fünften Teiles („Sozialversicherung und Fürsorge“) (S. 718 ff.) erneut eingehende Vorschriften über den kassenärztlichen Dienst (Abschnitt 1 ebd.).

³⁶⁾ Erster Teil: Änderungen der Verordnung des Reichspräsidenten vom 26. Juli 1930, Kapitel II Arbeitslosenversicherung und Krankenversicherung (S. 520 ff.).

Bemerkenswert ist insbesondere, daß der kassenärztlichen Vereinigung die Gewähr dafür übertragen wurde, „daß die kassenärztliche Versorgung der Kranken ausreichend und zweckmäßig, die Verordnung von Heilmaßnahmen, insbesondere von Arznei und Heilmitteln, nach Art und Umfang wirtschaftlich ist . . .“ (§ 4 Abs. 2 ebd.). Durch die gleiche Verordnung wurden die Leistungen der Krankenversicherung umfassend auf Regelleistungen beschränkt (Abschnitt 2 ebd.).

Die vorgenannte Verordnung (§ 11 des zitierten Abschnittes 1) hatte den Reichsarbeitsminister ermächtigt, die Kassenarztvorschriften der Reichsversicherungsordnung dem neuen Recht anzupassen. Davon machte er durch die Verordnung über kassenärztliche Versorgung vom 14. Januar 1932 (RGBl. I S. 19) Gebrauch. Die Maximen der ausreichenden und zweckmäßigen, das Maß des Notwendigen jedoch nicht überschreitenden Versorgung und der wirtschaftlichen Verordnung von Arzneien, Heil- und Stärkungsmitteln fanden sich darin erneut niedergelegt (§ 368 d Abs. 1 RVO), desgleichen Garantiepflicht und Sanktionsmöglichkeiten der kassenärztlichen Vereinigungen (§ 368 d Abs. 2 bis 4 RVO) sowie der vertrauensärztliche Dienst (§ 369 b RVO). Schließlich fand sich — neu gefaßt — auch wieder die schon früher eingeführte Möglichkeit, daß die Krankenkasse im Falle einer Versorgungskrise von der ärztlichen Behandlung als Sachleistung zu deren barer Abgeltung durch eine Pauschale wechselt (§ 370 RVO). Die Regelung der Verhältnisse zwischen Kassen und Apotheken (§§ 375 f. RVO) blieb von dieser Neufassung dagegen ausgespart.

f) Die Zeit von 1933 bis 1945

C/23 Die Entwicklungen von 1933 bis 1945 entziehen sich einer Darstellung, die gleichermaßen knapp und verläßlich sein will. Die Erleichterungen des Rechtsetzungsverfahrens — vieles geschah im Erlaßwege — und kriegsbedingte Maßnahmen erschweren die Übersicht. Folgendes sei gleichwohl festgehalten.

1933 wurde das Kassenarztsystem organisatorisch zentralisiert (Verordnung über kassenärztliche Vergütung vom 19. Dezem-

ber 1933, RGBl. I S. 1103). Die Verordnung über den Arznei-kostenanteil in der Krankenversicherung vom 28. Dezember 1933 (RGBl. 1934 I S. 17) setzte die Rezeptblattgebühr herab³⁷⁾ und erleichterte die Gewährung von Arznei und Heilmitteln in der Familie.

Am 1. Januar 1936 wurde erstmals eine nicht nur materiell, sondern auch formell einheitliche Deutsche Arzntaxe erlassen.³⁸⁾

Der Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 20. Mai 1941/2. November 1943 (AN 1941 S. 197/1943 S. 485) brachte die zeitlich grundsätzlich unbegrenzte Krankenpflege und Verbesserungen der Familienhilfe.³⁹⁾

Kurz vor Kriegsende brachte die Erste Verordnung zur Vereinfachung des Leistungs- und Beitragsrechts in der Sozialversicherung vom 17. März 1945 (RGBl. I S. 41) weitere Annäherungen des Krankenversicherungsrechts an den jetzigen Rechtszustand. Die Familienangehörigen wurden hinsichtlich der Krankenpflege den Versicherten gleichgestellt. Die Erhebung der Krankenscheingebühr wurde eingestellt. Die Rezeptblattgebühr dagegen wurde wieder angehoben.⁴⁰⁾

g) Die Entwicklung in der Bundesrepublik

24 Die verworrenen, territorial unterschiedlichen Entwicklungen in der Nachkriegszeit können und sollen hier nicht im einzelnen aufgezeichnet werden. Die für das Bundesgebiet einheitlichen Gesetzgebungsvorgänge fanden ihren Auftakt in dem Gesetz über Änderungen und Vorschriften des Zweiten Buches der

³⁷⁾ Zur Aufrechterhaltung dieser befristeten Vorschrift s. die Nachweise bei *Peters*, Handbuch § 182 a Anm. 1.

³⁸⁾ Zu Bekanntmachung und Ermächtigungsgrundlage s. BGBl. III Anm. auf S. 2121-4/59.

³⁹⁾ Einzelheiten s. bei *Peters*, Handbuch § 187 Anm. 3 und Abschnitt II vor § 205 (S. 17/584 f.).

⁴⁰⁾ Näheres s. etwa bei *Peters*, Handbuch § 182 a Anm. 1, § 182 b Anm. 1 und 3, §§ 187 a bis 187 c Anm., Abschnitt II vor § 205 (S. 27/585).

Reichsversicherungsordnung und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes (Gesetz über *Kassenarztrecht* — GKAR) vom 17. August 1955 (BGBl. I S. 513).

Dadurch wurden die §§ 368 ff. RVO neu gefaßt. „Die kassenärztliche Versorgung umfaßt die ärztliche Behandlung. Zu ihr gehören auch . . . die Verordnung von Arznei, Heilmitteln, Hilfsmitteln und Krankenhauspflege . . .“ (§ 368 Abs. 2).⁴¹⁾ „Der Versicherte hat Anspruch auf die ärztliche Versorgung, die zur Heilung oder Linderung nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßig und ausreichend ist . . . Leistungen, die für die Erzielung des Heilerfolges nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, kann der Versicherte nicht beanspruchen, der Kassenarzt und der beteiligte Arzt dürfen sie nicht bewirken oder verordnen; die Kasse darf sie nachträglich nicht bewilligen“ (§ 368 e Satz 1 und 2). Den kassenärztlichen Vereinigungen obliegt die Gewähr der gesetzmäßigen Versorgung der Versicherten, aber auch — zusammen mit den Krankenkassen — die Überwachung der Wirtschaftlichkeit der kassenärztlichen Versorgung (§ 368 n). Das System der Gesamtverträge ist durch Schiedsinstanzen so abgesichert (§§ 368 g—368 i), daß die Alternative der ärztlichen Versorgung im Wege der Kostenerstattung nicht wieder auftaucht. Darüber hinaus haben Bundesausschüsse Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Kranken, insbesondere über die Verordnung von Arznei und Heilmitteln zu beschließen (§ 360 p), die von Landesausschüssen ergänzt werden können (§ 368 q). Der vertrauensärztliche Dienst blieb daneben weiterhin damit betraut, auch die Verordnungstätigkeit der Ärzte zu überwachen (§ 369 b).

C/25 Das *Apothekenwesen* im Sinne des Niederlassungs- und allgemeinen Berufsausübungsrechts wurde erstmals bundeseinheitlich durch das Gesetz über das Apothekenwesen vom 20. August

⁴¹⁾ Text der gegenwärtigen Fassung. S. dazu z. B. *Luber*, Deutsche Sozialgesetze, Nr. 700 [RVO] S. 101 Anm. Die ursprüngliche Fassung lautete: „Zu ihr gehören auch . . . die Verordnung von Arzneien und Heilmitteln und von Krankenhauspflege . . .“

1960 (BGBl. I S. 697) geregelt. Was die wirtschaftliche Stellung der Apotheken anlangt, war dem freilich das revolutionäre „Apothekenurteil“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 377) vorangegangen, das die Errichtung von Apotheken weitgehend den marktwirtschaftlichen Gesetzen unterstellte und die öffentliche Kontrolle auf die Qualifikation der Apotheker konzentrierte. Das Gesetz von 1960 änderte hieran nichts Wesentliches. Für die Aufgabe der Apotheken, „die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung“ (§ 1 Abs. 1) mögen einzelne Neuerungen der bundesrechtlichen Regelung bedeutsam sein. Besonderheiten in bezug auf die gesetzliche Krankenversicherung sind dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Das Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) vom 16. Mai 1961 (BGBl. I S. 533) definierte unter anderem den Begriff des Arzneimittels (§ 1 neu.⁴²) Es hielt an der Unterscheidung zwischen apothekenpflichtigen und nichtapothekenpflichtigen, verschreibungspflichtigen und nichtverschreibungspflichtigen Arzneien (und anderen Heilmitteln) fest, wobei die verschreibungspflichtigen Arzneien auch apothekenpflichtig sind (§§ 28 ff.) — alles freilich, ohne darüber etwas auszusagen, ob die Krankenkassen auch nichtverschreibungspflichtige Arzneien und Heilmittel nur nach Maßgabe ärztlicher Verordnung leisten. Die Ermächtigung des § 80 der Gewerbeordnung wurde abgelöst durch § 37 des Arzneimittelgesetzes, wonach der Bundeswirtschaftsminister ermächtigt wird, im Einvernehmen mit einer Reihe weiterer Stellen „in der Deutschen Arzneitaxe . . . Preise und Preisspannen für die Abgabe von Arzneimitteln . . . festzusetzen“ und „Vorschriften über die Bildung von Preisen zu erlassen“. Die Preise und Preisspannen der Deutschen Arzneitaxe sind so festzusetzen, daß den berechtigten Interessen der Arzneimittelverbraucher und der Apotheken als Einrichtungen der öffentlichen Arzneimittelversorgung Rechnung getragen wird“ (Abs. 2 ebd.). Der sozialversicherungsrechtliche Apothekenabschlag ist jedoch weiterhin im

⁴²) Zur Relevanz der Begriffe für das Krankenversicherungsrecht s. z. B. *Peters*, Handbuch § 182 Anm. 4 b (S. 17/278 ff.).

§ 376 RVO angesprochen. Durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle vom 12. Juli 1961 (BGBl. I S. 913) wurde das im Wege des Erlasses für die medizinische Versorgung bereits 1941 eingeführte Prinzip, daß Krankenpflege ohne zeitliche Begrenzung gewährt wird, in das Gesetz übernommen (§ 183 Abs. 1 Satz 1 RVO).

Das Gesetz zur Verwirklichung der mehrjährigen Finanzplanung des Bundes, II. Teil — Finanzänderungsgesetz 1967 — vom 21. Dezember 1967 (BGBl. I S. 1259) griff das Problem der Rezeptblattgebühr neu auf und faßte dazu § 182 a RVO neu.

C/26 Das Gesetz über die *Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle* und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung vom 27. Juli 1969 (BGBl. I S. 946) faßte wiederum die Vorschriften über die Rezeptblattgebühr neu (§ 182 a RVO), strich die Vorschriften über die Krankenscheingebühr (§§ 187 b und 187 c RVO) und versuchte, den steigenden medizinischen Kosten im Rahmen der Krankenversicherung mit der Prämie für die Nichtinanspruchnahme eines Krankenscheines zu begegnen (§ 188 RVO). Die Kongruenz der Krankenpflegeleistungen für Versicherte und Familienangehörige wurde umfassend hergestellt (§ 205 RVO). Die Vorschriften über die kassenärztliche Versorgung (§ 368 Abs. 2 RVO) und über den vertrauensärztlichen Dienst (§ 369 RVO) wurden den neueren Entwicklungen — insbesondere im Hinblick auf die Lohnfortzahlungsregelung — angepaßt.

C/27 Das Gesetz zur *Weiterentwicklung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung* (Zweites Krankenversicherungsänderungsgesetz) vom 21. Dezember 1970 (BGBl. I S. 1770) baute die Früherkennung von Krankheiten in die Krankenversicherung ein (§§ 181 ff. RVO). Einige der vorzitierten Vorschriften mußten dem angepaßt werden. Die Grundsätze der Arzneimittelversorgung wurden jedoch nicht verändert.

Diese werden auch — mehr oder minder modifiziert — vom Gesetz zur Weiterentwicklung des Rechts der gesetzlichen

Krankenversicherung (Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte — KVLG) vom 10. August 1972 (BGBl. I S. 1433) übernommen.

3. Zur Würdigung

a) *Sog der Arzneimittelversorgung — Verlegenheit des Gesetzgebers*

28 Die dargestellte Entwicklung zeigt als einen wesentlichen Zug des Rechts der GKV, daß es immer beherrscht war und daß es noch beherrscht ist von dem Problem der Arzneimittelversorgung, daß sich Sozial- und Gesundheitspolitik im Rahmen der GKV ganz auf dieses Problem konzentriert haben und daß dem Gesetz- und Verordnungsgeber gleichwohl nie mehr gelungen ist als Bruchstückhaftes, oft Widersprüchliches und immer rasch — fast möchte man sagen: stets a priori — Korrektur-, oder doch Reformbedürftiges. Auch das geltende Recht trägt dieses Stigma.⁴³⁾

Das alles muß davor warnen, die Muster der Arzneimittelversorgung auf die übrigen Leistungen der GKV auszubreiten. Ihr Wert ist in sich zweifelhaft. Sie sind ja als konkrete Lösungen ihrer spezielleren Probleme entwickelt und nicht im Blick darauf, Grundsätze für die gesamte GKV abzugeben. Und sachgerechte Lösungen, die sich für andere Leistungsbereiche ergeben oder entwickeln lassen, sollten nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß sie mit den — ungesicherten — Modellen der Arzneimittelversorgung nicht übereinstimmen. Das gilt auch und gerade für die Vorgeflichkeit ärztlicher Untersuchung und Verschreibung. Sie ist selbst für die Arzneimittelversorgung mehr Behauptung und Konvention als legislativ durchdachtes Prinzip.⁴⁴⁾ Aber auch soweit sie für die Arzneimittelversorgung gelten sollte, ist diese Geltung noch kein Grund, sie auf andere Leistungstypen zu erstrecken.

⁴³⁾ S. nochmals *Peters* B/19 m. Anm. 44.

⁴⁴⁾ S. a. nochmals B/18 ff.

b) Die Sterilität der Entwicklung der Arzneimittelversorgung

C/29 In sich freilich ist die Entwicklung der Arzneimittelversorgung in der GKV nicht ohne eine gewisse Konstanz. Das Prinzip gegenständlich umfassender Arzneiversorgung als Sachleistung gesetzlicher Krankenversicherung wurde, wo es zunächst noch unvollkommen realisiert war, immer weiter ausgedehnt: personell (Ausdehnung des Versichertenkreises; Mutterschafts- und Familienhilfe), zeitlich (durch Abbau der Fristen der Krankenhilfe) und sachlich (gegenüber den Alternativen der pauschalen Abfindung oder der Kostenerstattung). Das Vertragsregime zwischen Kassen und Ärzten sowie zwischen Kassen und Apotheken wurde ausgebaut. Die Verordnungspraxis der Ärzte wurde einem immer differenzierteren — was nicht notwendig heißt: effektiveren — organisatorischen und funktionellen (insbes normativen) System von Kontrollen unterstellt. Die relative Starre der Einzelhandelspreise — d. h. Apothekerpreise — für Arzneimittel (einschließlich des Preisprivilegs der gesetzlichen Krankenkassen) trat immer klarer hervor. Die Selbstabgabe von Arzneien und anderen Heilmitteln durch die Kassen blieb offenbar Episode. Experimentiert wurde allenfalls mit Rezeptblattgebühr, Krankenscheingebühr und Krankenscheinbonus — wohl immer ineffektiv. Grundsätzliche Alternativen zu dem für die deutsche gesetzliche Krankenversicherung typischen System wurden nicht versucht.

Fast alle Vorschläge, die derzeit im Raume sind,⁴⁵⁾ laufen auf eine weitere Erstreckung und Intensivierung des überkommenen Systems hinaus. Langfristig ist der steigende Arzneimittelaufwand gerade der Entfaltung der herrschenden Prinzipien sozialer Sicherung gegen medizinische Bedarfe einhergegangen. Gewiß könnte und müßte noch unterschieden werden, welche Zusammenhänge sich in welcher Phase wie ausgewirkt haben. Gleichwohl legt der grobe historische Gleichklang eine Hypothese nahe. Entsprechend müßte der bisherige Verzicht auf elementare Alternativen die Bemühungen gerade in dieser Richtung provozieren.

⁴⁵⁾ S. nochmals Anm. 1.

c) *Insbesondere zur Stellung des Arztes⁴⁶⁾ und zur Bedeutung des Kassenarztrechts*

- 30 Die gewiß komplexeste und heikelste aller zu stellenden Fragen ist dabei: Inwieweit könnte die Rolle des Arztes nicht nur reglementiert, sondern auch — durch Mehrfunktionen der Patienten (Versicherten), der Krankenkassen, der Apotheken, der pharmazeutischen Industrie oder auch staatlicher Stellen usw. entlastet werden? Dazu ist aus den Erfahrungen der bisherigen Entwicklung festzuhalten, daß kein Anlaß besteht, von einer weiteren Erstreckung der doppelseitigen Mediatisierung von Kasse und Versicherten durch den Kassenarzt Verbesserungen der krankenversicherungsrechtlichen Versorgung zu erhoffen.
- 31 Spezieller und unmittelbar rechtssystematisch ist zu beobachten, daß sich die Dreiheit der Maßstäbe — des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen —, welche die Leistungspflichten der Kassen gegenüber den Versicherten und die Leistungsansprüche der Versicherten gegenüber den Kassen grundsätzlich bestimmen (§ 182 Abs. 2 RVO), unabhängig von den spezifischen Maßstäben der kassenärztlichen Versorgung (§§ 368 ff. RVO) entwickelt und erhalten hat. Wenn behauptet wird, die Maßstäbe für die Leistungsansprüche und -pflichten in der Kasse-Versicherten-Dimension seien trotz verschiedener Formulierung die gleichen wie die Maßstäbe für das Verhältnis Kasse-Kassenärztliche Vereinigung-Kassenarzt,⁴⁷⁾ so ist da eine grobe Beschönigung sowohl der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes als auch seiner — darin mitreflektierten oder doch treffend symbolisierten — Geschichte. Es geht ja nicht nur darum, daß die Maximen der kassenärztlichen Versorgung (§§ 368 ff. RVO) mit den Maximen des Leistungsrechts der GKV (§ 182 Abs. 2 RVO) in keinem Stadium der Entwicklung textlich

⁴⁶⁾ S. a. nochmals Rn. C/4 ff.

⁴⁷⁾ S. etwa BSG 17, 79 (84); 19, 123 (128). Differenzierend dagegen etwa Kurt Jantz und Paul Prange, Das gesamte Kassenarztrecht, § 368 e Anm. 1 und Anm. 3; RVO-Gesamtkommentar § 182 Anmerkung 10. Weiteres Material s. bei Palm aaO [B Anm. 53] S. 72 f.

harmonisiert wurden. Es geht vielmehr darüber hinaus darum, daß das Gebot der Wirtschaftlichkeit — mitunter im Gewand des Verbots der Unwirtschaftlichkeit — auch im Rahmen der §§ 368 ff. RVO kein klares Verhältnis zu den Grundsätzen des § 182 Abs. 2 RVO gewinnt. Der Maßstab des Notwendigen wird durch das Gebot der Wirtschaftlichkeit (das Verbot der Unwirtschaftlichkeit) teils ersetzt, teils ergänzt (§§ 368 e, 368 f Abs. 2 Nr. 2, 368 g Abs. 1, 368 n Abs. 4, 368 p Abs. 1, 4 und 5 RVO). Gelegentlich tritt es isoliert hervor (s. insbes. § 368 n Abs. 4 RVO); gelegentlich aber ist es verbunden mit dem Gebot der „gleichmäßigen“ Versorgung der Kranken (§§ 368 g Abs. 1, 368 p Abs. 4) oder mit dem Prinzip angemessener Vergütung ärztlicher Leistungen (§ 368 g Abs. 1 RVO). In der Tat also ist die Fassung des Gesetzes in einmaliger Weise durch Systemlosigkeit und Widersprüchlichkeit gekennzeichnet. Wer dürfte es wagen, hinter einem so verworrenen Text eine große, der Expansion fähige legislative Linie zu vermuten!

Es besteht also weder gesetzssystematisch noch historisch noch teleologisch irgendein Grund, § 182 Abs. 2 RVO — oder gar § 182 Abs. 1 und Abs. 2 RVO — durch die Vorschriften über die kassenärztliche Versorgung (§§ 368 ff. RVO) generell zu verdrängen. Vielmehr wird man Gesetzestext und -system, Interessenlage und Geschichte nur gerecht, wenn man den Vorschriften über die kassenärztliche Versorgung ihre Spezialität beläßt.

III. Die besondere Situation der „Versorgung mit Brillen“

1. Vorbemerkungen

C/32 Schon die bisherigen Feststellungen über die Entwicklung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung erlauben einige bemerkenswerte Schlüsse:

- Die „Versorgung mit Brillen“ war textlich immer als besondere Leistung der Krankenpflege im Rahmen der Krankenhilfe der gesetzlichen Krankenversicherung hervorgehoben.

- Sie wurde im Laufe der Entwicklung den Grundsätzen des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) unterworfen, nie jedoch ausdrücklich oder erkennbaren Motiven des Gesetzgebers nach zusätzlichen Maximen, wie sie speziell für das Kassenarztrecht und/oder die Versorgung mit Arznei gelten.
- Insbesondere hat der Gesetzgeber nie speziell oder durch einen allgemeinen Grundsatz ausgesprochen, daß die Versorgung mit Brillen nur nach Maßgabe kassenärztlicher Verordnung stattfinden dürfe.
- Seit der Novelle von 1892 besteht die Möglichkeit, daß Kassenverbände die Lieferung von Brillen durch Optiker usw. gesamtvertraglich regeln (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO). Diese Vertragsvollmacht blieb von der spezielleren Entwicklung der Verträge über Arzneimittelversorgung (§§ 375, 376 RVO) ausgespart.
- Das herrschende System der Arzneimittelversorgung in der GKV ist kein Modell, das eine eigenständige Lösung der Brillenversorgung verdrängt oder erübrigt.

Nichts aus der geschichtlichen Entwicklung und gegenwärtigen Textsituation des Rechts der GKV rechtfertigt also irgendeinen anderen Schluß als den, daß die Brillenversorgung gemäß ihrem eigenen Wesen als primärer, weitgehend medizinisch nicht determinierter, vom Optiker fachkundig und handwerklich zu erbringender Sachleistung, die zusätzlich durch Refraktionsbestimmung des Arztes gesteuert werden kann aber nicht muß, unmittelbar den allgemeinen Regeln der Leistungen der Krankenhilfe (§§ 182 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RVO) und zusätzlich dem besonderen Vertragsregime nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO überlassen ist. Das Kassenarztrecht war und ist einschlägig, wenn und soweit Kassenärzte Refraktionsbestimmungen durchführen und Brillen verordnen oder auch die Verordnung von Brillen ablehnen. Insoweit griffen und greifen die besonderen Regulative der kassenärztlichen Versorgung Platz — aber auch nur insoweit.

2. Die geschichtliche Entwicklung der Beteiligung der handwerklichen Augenoptiker an der Versorgung mit Brillen

C/33 Die geschichtlichen Überlegungen bedürfen aber noch der Ergänzung dahin, in welcher Weise die gesundheitsrechtlichen, vor allem die krankensicherungsrechtlichen Regelungen im Recht der Augenoptiker eine Entsprechung gefunden haben und finden. Der Blick auf diese geschichtliche Entwicklung wird zeigen, daß sich die Augenoptiker immer mehr als ein Berufsstand entwickelt haben, der die „Versorgung mit Brillen“ so weit zu leisten vermag, als dies ohne Zuhilfenahme wissenschaftlich-medizinischer Untersuchungsmethoden für die Bestimmung der notwendigen Gläser überhaupt denkbar ist.

a) Zur Zeit des Krankenversicherungsgesetzes von 1883

C/34 Als die Krankenversicherung des Reichs geschaffen wurde, konnte sie nicht nur auf keinen präzise abgegrenzten Ärztestand zurückgreifen. Sie konnte für die Lieferung von Brillen auch keinen rechtlich abgrenzenden Beruf der Augenoptiker zugrunde legen. Die Gewerbeordnung⁴⁸⁾ von 1869 — auch noch in der Fassung von 1883 — kannte besondere Vorschriften für den Handwerksstand nicht. Da eine umfassende Ermächtigung im Sinne des späteren § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO auch für ein spezifisches Vertragsregime fehlte, war die Situation also völlig offen. Das muß um so mehr auffallen, als schon in diesem frühen Stadium klar war, daß die Brille nicht nur im Rahmen ärztlicher Behandlung des Sehapparates einzusetzen und krankensicherungsrechtlich zu gewährleisten war. Die Praxis zu dem Gesetz von 1883 hat sich schon bald von dem Ausgangspunkt freigemacht, der krankensicherungsrechtliche Begriff der Krankheit korrespondiere mit ärztlicher Hilfeleistung, um die Krankheit als einen anormalen körperlichen oder geistigen Zustand zu verstehen, dessen Eintritt Heilbehandlung erfordert und/oder die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt.⁴⁹⁾ In

⁴⁸⁾ S. Rn. C/11 und C/13.

⁴⁹⁾ S. z. B. Ernst *Lekon*, Der Krankheitsbegriff in der gesetzlichen Krankenversicherung, Die Leistungen der Krankenversicherung 1971 S. 257 ff., 296 ff. (257 f.) m. w. Nachw.

diesem Sinne wurde gerade auch für Brillen ausgesprochen, daß sie nicht nur zur „Heilung des Erkrankten“ zu leisten sind, sondern auch zur „Herstellung und Erhaltung der Erwerbsfähigkeit nach beendigtem Heilverfahren“.⁵⁰⁾

b) Zur Zeit nach der Reform von 1892

5 Die Reform von 1892 (s. Rn. C/12) schuf nicht nur die Möglichkeit von Gesamtverträgen über die Lieferung von Brillen (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 des Krankenversicherungsgesetzes). In die Periode dieser Reform fielen auch die Anfänge einer neuen Handwerks-gesetzgebung. Das Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 26. Juli 1897 (RGBl. S. 663) brachte eingehende Regelungen über Innungen, Handwerkskammern, Lehrlingswesen und Führung des Meistertitels. Schon vorher hatte das Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung vom 6. August 1896 (RGBl. S. 685) Brillen und optische Instrumente in das Verbot des Gewerbebetriebs im Umherziehen (§ 56) einbezogen.

Nicht zu verkennen ist freilich, daß in dieser Zeit auch die Interpretation der Brille als Leistung im Rahmen der Krankenpflege Einschränkungen vornimmt. So wurde etwa angenommen, die Brille sei nur als Krankenbrille zu leisten (als Schiel- oder Starbrille usw.), nicht dagegen als Brille gegen die durch das zunehmende Alter verursachte Weitsichtigkeit.⁵¹⁾ Gleichwohl gingen Praxis und Lehre nicht mehr dahinter zurück, daß Heilmittel auch gegenüber Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit und nicht nur im Rahmen ärztlicher Behandlung zu gewähren waren.⁵²⁾ Daß Brillen für Kurz- und Weitsichtige — also für Fälle ganz „normaler“ Fehlsichtigkeit — unter den Schutz der Krankenversicherung fallen, wurde deshalb anerkannt.⁵³⁾

⁵⁰⁾ S. Musterstatut einer Ortskrankenkasse (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 14. März 1884) aaO [Anm. 16] § 13 Nr. 3.

⁵¹⁾ S. z. B. Richard *Weyl*, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, 1894, S. 148 Anm. 4.

⁵²⁾ S. *Lekon* aaO [B Anm. 28] S. 258 ff. m. eing. Nachw.

⁵³⁾ S. z. B. Hessisches Kreisamt Darmstadt, Entscheidung vom Fortsetzung der Fußnote auf Seite 88.

c) *Zur Zeit der Reichsversicherungsordnung bis zur nationalsozialistischen Handwerksgesetzgebung*

C/36 Diese Auslegung des Anspruchs auf Brillen blieb auch unter der Reichsversicherungsordnung (nunmehr zu § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) maßgebend.⁵⁴⁾ Im übrigen vollzogen sich spezifische Entwicklungen in bezug auf die Brillenversorgung, soweit zu beobachten, in diesem Zeitraum nicht. Das Handwerksrecht entwickelte sich allmählich, ohne spektakuläre Schritte zu tun.⁵⁵⁾ Wichtiger ist für diese Zeit wohl die tatsächliche Festigung der Handwerksberufe — so auch der Augenoptiker⁵⁶⁾ — im Rahmen des Handwerksrechts, die freilich durch die wirtschaftliche und die industrielle Entwicklung nicht ohne Krisenerscheinungen blieb.

d) *Die Zeit von 1933 bis 1945*

C/37 Auf diese — und freilich nicht nur auf sie — reagierte sodann die nationalsozialistische *Handwerksgesetzgebung*. Sie etablierte das Prinzip, daß ein Handwerk nur aufgrund der Eintragung in die Handwerksrolle betrieben werden kann und diese wiederum grundsätzlich die Meisterprüfung voraussetzt (s. insbesondere die Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935, RGBl. I S. 15, spä-

27. August 1892, Arbeiterversorgung 1893 S. 140 ff., Heinrich *Rosin*, Das Recht der Arbeiterversicherung, 1893 S. 297 f. mit Anm. 10, 383 Anm. 27, *Düttmann*, Handausgabe des Krankenversicherungsgesetzes, 1903, S. 84 Nr. 2.

⁵⁴⁾ S. z. B. H. von *Frankenberg*, Krankenversicherung, in: *Düttmann, Appellius* u. a., Kommentar zur Reichsversicherungsordnung, 1912 § 182 Anm. 6 (S. 50); Alfred *Olshausen* — L. *Laß*, Krankenversicherung, 2. Aufl. 1912, § 182 Anm. 3 A b (S. 148) m. w. Nachw. — Für die weitere Entwicklung s. dann etwa das Material bei Helmut *Lehmann*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 6. Aufl. 1931, zu § 182 S. 248, 253, 264, 273. S. ferner oben Rn. B/12 m. Anm. 28.

⁵⁵⁾ S. z. B. Heinrich *Kolbenschlag* — Kurt *Lessmann* — Richard *Stücklen*, Die Deutsche Handwerksordnung, 1967 ff., Abschn. 105 S. 1 ff.

⁵⁶⁾ Zu ihrer Zugehörigkeit zum Handwerk im Rechtssinn s. z. B. F. *Hoffmann*, Gewerbeordnung 17. Aufl. 1917 S. 323.

ter in der Fassung der Verordnung vom 22. Januar 1936, RGBl. I S. 42). Darüber hinaus wurde das Handwerk organisatorisch diszipliniert.⁵⁷⁾ Daß dies außer fachlichen und wirtschaftlichen auch politischen Zwecken diene, braucht nicht betont zu werden. Jedenfalls aber waren die einzelnen Handwerksberufe dadurch klar abgegrenzt, qualifiziert und organisiert. Und zu diesen Handwerksberufen zählte auch das der Optiker (Nr. 43 des Verzeichnisses der Gewerbe, die handwerksmäßig betrieben werden können, vom 6. Dezember 1934, Deutscher Reichsanzeiger Nr. 287 vom 8. Dezember 1934).⁵⁸⁾

38 In die nationalsozialistische Ära fiel aber auch das *Ende der „Kurierfreiheit“*. Das Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17. Februar 1939 (RGBl. I S. 251) behielt die Ausübung der Heilkunde grundsätzlich Ärzten vor.

Für die kassenärztliche Versorgung im allgemeinen bedeutete das keine Änderung. § 122 RVO hatte diesen Schritt schon rund drei Jahrzehnte vorher vollzogen.

Problematisch waren die Auswirkungen für das Berufsbild der Optiker. § 6 Abs. 2 des Heilpraktikergesetzes sah vor, daß im Verordnungswege gewisse „heilkundliche Verrichtungen von den Bestimmungen dieses Gesetzes“ ausgenommen werden könnten. Beabsichtigt war u. a., bestimmte Verrichtungen mehr technischer und handwerklicher Art wie Feststellung der Sehschärfe durch einen Optiker, Anfertigung orthopädischer Appa-

⁵⁷⁾ S. zusammenfassend Karl *Hartmann*, Neues Handwerksrecht, 2 Bände, 2. Aufl. 1936.

⁵⁸⁾ Die weitere Entwicklung des Handwerksrechts im nationalsozialistischen Staat war vor allem gekennzeichnet durch die Einführung der Bedürfnisprüfung durch die Verordnung vom 22. Februar 1939 (RGBl. I S. 327); durch Kriegsmaßnahmen zur Vereinfachung des Handwerksrechts (Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet des Handwerksrechts vom 17. Oktober 1939, RGBl. I S. 2046; Verordnungen über die Vereinheitlichung der Organisation der gewerblichen Wirtschaft vom 20. April 1942, RGBl. I S. 189, vom 21. Dezember 1942, RGBl. I S. 237, und vom 23. März 1943, RGBl. I S. 158).

rate usw. gegenüber den Bestimmungen des Heilpraktikergesetzes abzugrenzen. Damit entstand u. a. die Frage, ob die ins Auge gefaßte Ausnahmereordnung klar stellen sollte, daß die Sehschärfenbestimmungen durch einen Optiker nicht als eine dem Arzt vorbehaltene Heilkunde zu verstehen ist,⁵⁹⁾ oder ob das Gesetz tatsächlich den Begriff der Heilkunde so weit ziehen wollte, um zugunsten der Feststellung der Sehschärfe durch Optiker konstitutiv eine Ausnahme zuzulassen. Der Umstand, daß einerseits der Erlaß der Ausnahmenvorschriften zurückgestellt wurde (BVerwG 23, 140 [143] m. w. Nachw.), gleichwohl aber „sich die Augenoptiker von jeher ungehindert mit der Brillenbestimmung befaßt haben und sich die Behörden auch nach dem Erlaß des Heilpraktikergesetzes trotz der Vorschrift des § 6 Abs. 2 HPG und ihrer Begründung des Eingriffs in diesem Tätigkeitsbereich der Optiker enthalten haben“,⁶⁰⁾ und „auch Gerichte . . . nicht gegen Optiker eingeschritten“ sind, „die refraktioniert hatten“ (ebd. S. 147) läßt jedoch darauf schließen, daß die Ausnahme deklaratorisch, nicht konstitutiv sein sollte.⁶¹⁾

e) Die Entwicklung in der Bundesrepublik

aa) Das Handwerksrecht

C/39 In der Nachkriegszeit war das Handwerksrecht in einigen Zonen und Ländern radikalen Veränderungen ausgesetzt.⁶²⁾ Dem entsprach eine extreme Rechtszersplitterung. Die Handwerksordnung von 1953 stellte jedoch — mit Modifikationen in der Sache und ohne die intensive organisatorische Disziplinie-

⁵⁹⁾ Sowohl *Becker*, Zum Heilpraktikergesetz, Die medizinische Welt 1939 S. 676 ff. (678).

⁶⁰⁾ S. a. *Becker* aaO — Das bestätigt indirekt auch der Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 13. November 1944 [B/27 m. Anm. 69], der davon ausgeht, daß Optiker die Refraktionsbestimmung vornehmen, und speziell kraft § 122 RVO dagegen einschreitet.

⁶¹⁾ S. dazu besonders eingehend *Bockelmann*, Gutachten S. 21 ff., 51 ff.

⁶²⁾ S. z. B. *Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen* aaO [Anm. 55] Nr. 105 S. 9 ff.

rung im Sinne der nationalsozialistischen Gesetzgebung zu wiederholen — das System des Handwerksrechts auf überkommener Grundlage wieder her. Das Wesen dieses Systems kann so umschrieben werden: Integration von handwerklichen Berufstypen; berufsbezogene Ausbildung in den Handwerksbetrieben, in der Lehr- und Gesellenzeit, und intensive Beteiligung der Handwerksorganisationen am Prüfungswesen (Selbstergänzung des Handwerks); Zugang zum selbständigen Handwerksberuf grundsätzlich vermittelt maximaler Qualifikation auf diesem Ausbildungsweg (Meisterprüfung); spezifische Organisation der einzelnen Handwerkszweige und des Handwerks im ganzen. Zu den Berufen, die in diesem Rahmen handwerklich betrieben werden können, gehört auch der des Augenoptikers (Nr. 89 der Anlage A zur Handwerksordnung).

Um mit der Typisierung der Handwerksberufe verfolgten Ziele nachhaltig zu integrieren, ermächtigt die Handwerksordnung den Bundesminister für Wirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung „Berufsbilder“ einzelner Handwerksberufe auszuformen. Auf dieser Grundlage hat die Verordnung über das Berufsbild für das Augenoptiker-Handwerk vom 16. Oktober 1969 (BGBl. I S. 1882) in die Tätigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten des Augenoptikers eindeutig die Messung der Refraktion des Auges und die Prüfung der Sehschärfe einbezogen.

bb) Das Gesundheitsrecht

40 Während so der Augenoptiker-Beruf unter Abkehr von den organisatorischen Übertreibungen der nationalsozialistischen Zeit einer optimalen Integration der typischen Berufsleistung durch Ausbildung, Zugangskontrolle und spezifische Organisation zugeführt wurde, blieb lange Zeit vom Heilpraktiker-Recht her angefochten, in welchem Umfang die Augenoptiker durch Refraktions- und Sehschärfenbestimmung unzulässig Heilkunde ausüben. Der lange Streit darüber⁶³⁾ ist jedoch hin-

⁶³⁾ S. dazu vor allem *Bockelmann*, Gutachten und seine Nachw.

fällig, seit das Bundesverwaltungsgericht 1966 ausgesprochen hat, daß die Bestimmung der Sehschärfe durch den Optiker keine Ausübung der Heilkunde im Sinne des Heilpraktikergesetzes ist. Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung 1972 bestätigt.⁶⁴⁾

Somit kann als Ende der Entwicklung festgestellt werden, daß in der Bundesrepublik ein verlässlich geordneter Augenoptiker-Beruf vorhanden ist, zu dessen typischen Tätigkeiten, Kenntnissen und Fertigkeiten es zählt, die Refraktion zu messen und somit — soweit nicht wissenschaftlich-medizinische Methoden anzuwenden sind — Fehlsichtige ohne ärztliche Hilfe mit Brillen zu versorgen.

cc) Das Sozialversicherungsrecht

C/41 Nun ist aber noch auf eine bedeutsame sozialversicherungsrechtliche Entwicklung aufmerksam zu machen. Wie schon mehrfach betont, hat sich das Karussell krankensicherungsrechtlicher Reformen zwar im Bereich der kassenärztlichen Versorgung und der Versorgung mit Arzneien die Jahrzehnte über heftig gedreht, ohne das Problem der Brillenversorgung und überhaupt der spezifischen Betreuung und Ergänzung des menschlichen Sehapparats gesondert anzusprechen. Unter all den so bewirkten Veränderungen ist aber doch eine von auffallender Bedeutung für das hier anstehende Problem: Die Einführung der „Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten“ (§§ 181 bis 181 b RVO) durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung vom 21. Dezember 1970 (BGBl. I S. 1770). Damit ist die Entwicklung, die schon mit § 363 RVO begonnen hatte (s. Rn. C/14) und durch die Einfügung des § 187 Nr. 4 RVO weitergeführt wurde (s. Rn. C/17), einen wichtigen Schritt vorangetrieben worden.⁶⁵⁾

⁶⁴⁾ S. B Anm. 14.

⁶⁵⁾ Zum Verhältnis der §§ 181 ff., 187 Nr. 4, 363 RVO untereinander s. *Peters*, Handbuch vor § 181 Anm. I (S. 17/248), Anm. II (S. 17/248)
Fortsetzung der Fußnote auf Seite 93.

Diese Veränderung ist vor allem wichtig im Hinblick auf das Argument, die ärztliche Untersuchung der Augen anlässlich der Verordnung von Brillen sei nicht oder doch nicht nur notwendig, damit die Brillen richtig verordnet werden, sondern weil auf diese Weise überhaupt eine augenärztliche Untersuchung herbeigeführt wird, bei der Augenkrankheiten entdeckt werden können. Wenn es nach § 363 RVO und § 187 Nr. 4 RVO noch eines Beweises bedurft hätte, daß weder die Vorschriften über die Leistungen der Krankenkassen an die Versicherten (§§ 182 ff. RVO) noch die Vorschriften über die kassenärztliche Versorgung (§ 368 ff. RVO) generell im Sinne maximaler Vorsorge zu verstehen sind, dann wäre er mit dieser klaren gesetzlichen Trennung zwischen „Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten“ (§§ 181 ff. RVO) und „Krankenhilfe“ (§§ 182 ff. RVO), die gerade auch in der Fassung der einzelnen Vorschriften des Kassenarztrechts (§§ 368 ff. RVO) ihren eindeutigen Niederschlag gefunden hat, gegeben. In diesem Zusammenhang ist übrigens anzumerken, daß die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Früherkennung von Krankheiten bei Kindern bis zur Vollendung des vierten Lebensjahres (Kinder-Richtlinien) vom 28. April 1971⁶⁶⁾ Augenfehler ausdrücklich als Gegenstände der Vorsorgeuntersuchung nennen.

f) *Ausblick: Europarechtliche Entwicklung*

42 In der Tendenz der Entfaltung des Handwerker-Typs des Augenoptikers durch das deutsche Recht liegt auch die weitere Entwicklung im Recht der Europäischen Gemeinschaften.⁶⁷⁾

-1-) und Anm. III (S. 17/248 -2-), zu § 181 Anm. 1 (S. 17/248 -11-), § 187 Anm. 6 (S. 17/416 f) und 363 Anm. 7 (S. 13/1403 ff.). — Zur generellen gesundheitspolitischen Tendenz s. noch Rn. B/11, D/1 ff.

⁶⁶⁾ Abgedruckt bei *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht IV S. 224 ff.

⁶⁷⁾ S. zum Folgenden: Bericht im Namen des Rechtsausschusses über die Vorschläge der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat (Dok. 173/69) für vier Richtlinien zur Festsetzung der Einzelheiten und des freien Dienstleistungsverkehrs für die selbst-

Fortsetzung der Fußnote auf Seite 94.

1969 legte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vier Richtlinienentwürfe vor und zwar jeweils

- I. zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für einige selbständige Tätigkeiten des Augenoptikers (Liberalisierungsrichtlinie),
- II. Über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise des Augenoptikers (Anerkennungsrichtlinie),
- III. zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Tätigkeiten des Augenoptikers (erste Koordinierungsrichtlinie) und
- IV. zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Tätigkeiten von Gesellschaften, deren Gesellschaftszweck die Tätigkeiten des Augenoptikers umfaßt (zweite Koordinierungsrichtlinie).

Zu diesen Entwürfen äußerten sich nacheinander der Ausschuß für Sozial- und Gesundheitsfragen des Europäischen Parlaments, der Rechtsausschuß des Europäischen Parlaments, der Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften und das Europäische Parlament (Beschluß vom 6. Juli 1971). Dabei traten einige Tendenzen zutage, über die von vorneherein im wesentlichen Einigkeit herrschte, die sich jedoch im Verlauf der Beratungen immer mehr vertieften:

- die Anerkennung der Kompetenz der Augenoptiker zur Refraktionsmessung zum Zwecke rein optischer Korrektur von Sehfehlern;

ständigen Tätigkeiten des Augenoptikers. Berichterstatter: Herr Hans Lautenschlager, Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1971—1972, Dokument 7/71. Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 36/22 ff. vom 19. April 1971; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6. Juli 1971, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C/78/19 ff. vom 2. August 1971.

- die Notwendigkeit vorsorglicher Einschaltung augenärztlicher Untersuchung nur für den Fall, daß Jugendliche betroffen sind oder Gläser angepaßt werden sollen, die in unmittelbarer Berührung mit dem Auge stehen;
- die persönliche Verantwortlichkeit des Augenoptikers, insbesondere seine Pflicht, die entscheidenden Arbeiten selbst auszuführen;
- die Verpflichtung der Augenoptiker, einen Kunden, bei dem ein krankhafter Befund möglich erscheint, an den Arzt zu verweisen;
- die entsprechende Ausgestaltung der Berufsausbildung und der Berufsordnung.

Eine Akzentverschiebung trat im Verlauf der Beratungen nur hinsichtlich der Beschränkung der Richtlinien auf *selbständige* Augenoptiker ein, welche die Kommission vorgesehen hatte. Die übrigen mit den Vorschlägen befaßten Gremien lehnten sie ab und schlugen die Erstreckung auf alle Augenoptiker vor.

Es ist nicht möglich, hier alle Verhandlungen der befaßten Organe und Ausschüsse wiederzugeben — so eindrucksvoll diese auch sind. Um wenigstens die Tendenz erkennen zu lassen, seien im Folgenden jedoch die wichtigsten der einschlägigen Passagen aus den Vorschlägen der Kommission und aus der Stellungnahme des Europäischen Parlaments — in welche die Äußerungen seines Sozial- und Gesundheitsausschusses und seines Rechtsausschusses sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses eingegangen sind — mitgeteilt.

3 (1) *Die Vorschläge der Kommission*

lauteten wie folgt:

„I. *Vorschlag einer Richtlinie über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für einige selbständige Tätigkeiten des Augenoptikers*

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften

...

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. Diese Richtlinie gilt für *selbständige* Tätigkeiten des Optikers betreffend die Untersuchung des Sehvermögens, die von Optikern im Hinblick auf die Herstellung von Brillengläsern durchgeführt werden . . .

2. Diese Richtlinie gilt auch für die *selbständigen* Tätigkeiten des Optikers betreffend die Untersuchungen der Sehorgane, die im Hinblick auf die Anpassung und den Verkauf von Apparaten zur Korrektur von Sehfehlern durchgeführt werden, . . .

...

hat folgende Richtlinie erlassen:

...

Artikel 2

Die Vorschriften dieser Richtlinie gelten . . . für die Tätigkeiten der Untersuchungen des Sehvermögens, die von Optikern im Hinblick auf die Herstellung von Brillengläsern durchgeführt werden, sowie für die Tätigkeiten der Untersuchung der Sehorgane im Hinblick auf die Anpassung und den Verkauf von Apparaten zur Korrektur von Sehfehlern.

...

II. Vorschlag einer Richtlinie über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise des Augenoptikers

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften —

in Erwägung nachstehender Gründe:

...

2. Kraft Gesetzes ist in allen Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung der *selbständigen* Tätigkeiten des Augenoptikers vom Besitz eines Diploms, Prüfungszeugnisses oder sonstigen Befähigungsnachweises abhängig.

...

hat folgende Richtlinie erlassen:

Artikel 1

Jeder Mitgliedstaat erkennt die von den anderen Mitgliedstaaten ausgestellten und in Artikel 2 dieser Richtlinie aufgeführten Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Be-

fähigungsnachweise nach Maßgabe der Bestimmungen von Art. 3 der Richtlinie des Rates vom . . . über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der *selbständigen* Tätigkeiten des Augenoptikers an und verleiht ihnen in seinem Hoheitsgebiet die gleiche Wirkung wie den von ihm ausgestellten Befähigungsnachweisen.

Artikel 2

Als Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise im Sinne von Artikel I gelten:

in Deutschland:

- der Meisterbrief im Augenoptikerhandwerk:
- die den Meisterprüfungen gleichgestellten Ausnahmegewilligungen der zuständigen Behörden nach § 8 der Handwerksordnung; . . .

. . .

4. Es ist dafür zu sorgen, daß dem Berufsausübenden innerhalb der Gemeinschaft der gleiche Tätigkeitsbereich offensteht; zu diesem Zweck wird aufgrund der in Art. 3 dieser Richtlinie vorgesehenen Garantien für die Ausbildung die Okularrefraktion und Anpassung von Brillengläsern und Kontaktlinsen in den Tätigkeitsbericht einbezogen. Die vom Augenoptiker durchzuführenden Sehvermögensprüfungen bilden im Vergleich zu den Untersuchungen des Augenarztes weder eine Kontrolle noch eine Zweitprüfung, sondern *nur* eine technische Ergänzung. Um ferner sicherzustellen, daß diese Tätigkeiten nur die Korrektur *rein optischer Sehfehler* unter Ausschluß jeder Behandlung krankhafter Sehschäden umfassen, ist dafür zu sorgen, daß sie unter Beachtung einer Berufsordnung ausgeübt werden. Betreffen die Tätigkeiten Jugendliche unter 16 Jahren oder handelt es sich um den Sonderfall der Kontaktlinsen, so ist überdies eine ärztliche Verordnung vorzuschreiben, um zu verhüten, daß bei diesen Untersuchungen eine Krankheitserscheinung oder eine Kontraindikation vernachlässigt wird —

. . .

hat folgende Richtlinie erlassen:

Kapitel I

Anwendungsbereich

Artikel 1

Als „*selbständige* Tätigkeiten des Augenoptikers“ im Sinne dieser Richtlinie gelten die *selbständigen* Tätigkeiten, die in

den einzelnen Mitgliedstaaten unter folgender Berufsbezeichnung ausgeübt werden:

in Deutschland Augenoptiker

...

Kapitel II

Okularrefraktion, Brillengläser und Kontaktlinsen

Artikel 2

1. Die Mitgliedstaaten gestatten den Augenoptikern, bei denen die in Art. 3 genannten Ausbildungsbedingungen erfüllt sind, die Durchführung objektiver und subjektiver Untersuchungen des Sehvermögens zur Abgabe ausgleichender Gläser, die entweder in Brillen gefaßt oder der unmittelbaren Berührung mit dem Auge angepaßt sein können.

2. Sie sorgen jedoch dafür, daß diese Tätigkeiten lediglich in der Korrektur *rein optischer Sehfehler* unter Ausschluß jeder Behandlung krankhafter Sehschäden bestehen und, soweit sie Jugendliche unter 16 Jahren betreffen oder die Anpassung in unmittelbarer Berührung mit dem Auge stehender Gläser zum Gegenstand haben, nur aufgrund einer höchstens 6 Monate alten ärztlichen Verordnung ausgeübt werden dürfen.

3. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die Tätigkeiten unter Beachtung der Berufsordnung ausgeübt werden. Sie sorgen überdies durch geeignete Maßnahmen für die Ahndung von Verstößen.

Kapitel III

Ausbildungsbedingungen

Artikel 3

1. Die Mitgliedstaaten machen die Aufnahme und Ausübung der in Artikel 1 definierten *selbständigen* Tätigkeiten des Augenoptikers vom Nachweis einer mit Erfolg abgelegten Prüfung abhängig, deren Programm alle in Anlage I aufgeführten Mindestausbildungsanforderungen erfüllt.

...

Artikel 4

1. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß von den Begünstigten der Richtlinie des Rates vom . . . insbesondere von den Personen, die zugunsten der Sozialversicherten tätig werden wollen, zur Aufnahme und Ausübung der *selbständigen* Tätigkeiten des Augenoptikers keine anderen als die

in Artikel 3 genannten Ausbildungsbedingungen oder Berufspraktika gefordert werden.

...

Anlage

Prüfungsprogramm

I. Theoretischer und fachlicher Unterricht

...

B. Allgemeiner Fachunterricht

...

3. Physiologische Optik und Optometrie

Anatomie des Auges, Kenntnisse der Augenkrankheiten

Biologie und Physiologie des Auges: insbesondere

- Physiologie des unbewegten Auges: Akkommodation und Adaption
- Physiologie des bewegten Auges
- Physiologie des binokularen Sehens

Kenntnis der Fehlsichtigkeit und des Augenmuskelgewichts im Hinblick auf ihre Korrektur:

- Normalsichtigkeit (Emmetropie) und Fehlsichtigkeit (Ametropie)
- Übersichtigkeit (Hypermetropie)
- Kurzsichtigkeit (Myopie)
- Astigmatismus
- Weitsichtigkeit (Presbytie)
- Aphakie
- Aniseikonie
- Schielen (Strabismus) und Heterophorie
- Orthoptik

Meß- und Prüfungsverfahren zur Augenuntersuchung:

- subjektive Verfahren:
 - Dondersverfahren, regressives Verfahren, Kreuzzylinderverfahren, Simultantest
 - Korrektur des Astigmatismus
 - Bestimmung der Refraktion
- objektive Verfahren:
 - Skiaskopie
 - Ophthalmometrie — Refraktometrie
 - Grundlagen der Ophthalmoskopie

Meßverfahren für die Heterophorie und das Augenmuskelgleichgewicht

Verfahren zur Messung und Berechnung der Kontaktlinsen, physikalische und physiologische Anpassung der Kontaktlinsen, Untersuchung der Bilder unter Fluorescein
Kenntnis der Korrektions- und Schutzgläser: . . .

II. Praktischer Unterricht und Brillentechnik

Kenntnis der in der Optik verwendeten Instrumente und Geräte

Anfertigung der korrigierenden Augengläser

Schutzgläser

Glasfehler

Überprüfung der Gläser

verschiedene Bearbeitungen, insbesondere Bearbeitung der Brillenfassungen und der Gläser

Lesen, Auslegung und Ausführung der Rezepte

Einsetzen der Brillengläser

Anpassen der fertigen Brillen

Anpassen und technische Korrekturen an Kontaktlinsen.

IV. Vorschlag einer Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Tätigkeiten von Gesellschaften, deren Gesellschaftszweck die Tätigkeiten des Augenoptikers umfaßt

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften —

...

hat folgende Richtlinie erlassen:

Artikel 1

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß jede Gesellschaft, Agentur, Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung, die die Tätigkeiten des Augenoptikers im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie des Rates vom . . . ausübt, ständig über mindestens einen Augenoptiker verfügt, der die Vorschriften der Richtlinien vom . . . erfüllt, in denen erstens die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Augenoptikers und zweitens die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Tätigkeiten des Augenoptikers geregelt werden.

Artikel 2

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß der in Artikel 1 genannte Augenoptiker gegenüber den zuständigen Behörden und Stellen für die ihm gemäß Artikel 1 übertragenen Tätigkeiten haftet.

Artikel 3

Der in Artikel 1 genannte Augenoptiker hat seine Tätigkeit selbst auszuführen. Er darf sich gegebenenfalls von angestellten Augenoptikern helfen lassen, die im Sinne von Artikel 2 haftbar sind.“

...

44 (2) *Beschlüsse des Europäischen Parlaments*

fassen Meinung und Vorschläge einleitend zusammen wie folgt:

„Das Europäische Parlament,

...

I. zu dem Vorschlag einer Richtlinie zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für einige selbständige Tätigkeiten des Augenoptikers:

1. hält es für notwendig, den Anwendungsbereich dieser Richtlinie auf die unselbständigen Tätigkeiten des Augenoptikers auszudehnen, da dies vor allem einem praktischen Bedürfnis entspricht;

2. schlägt daher vor, im Titel und in der ersten und zweiten Erwägung das Wort „selbständige“ zu streichen sowie in der Präambel auch auf den Artikel 48 des EWG-Vertrages hinzuweisen;

...

II. zu dem Vorschlag einer Richtlinie über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise des Augenoptikers:

4. teilt den Standpunkt der Kommission, daß diese Richtlinie auch für die unselbständigen Optiker Geltung haben muß, da man die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise nicht von der sozialen Stellung der Person, die Inhaber eines solchen Diploms ist, abhängig machen kann;

5. schlägt daher vor, in der zweiten Erwägung sowie in den Artikeln 1 und 3 das Wort „selbständigen“ zu streichen und in der Präambel auch den Artikel 48 des EWG-Vertrags zu erwähnen, um jeden Zweifel auszuschließen;

...

III. zu dem Vorschlag einer Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Tätigkeiten des Augenoptikers:

6. hält es für notwendig, den Anwendungsbereich auch dieser Richtlinie auf die unselbständigen Tätigkeiten des Augen-

optikers auszudehnen, da dies nicht nur einem praktischen Bedürfnis, sondern auch der Logik und Vernunft entspricht;

7. schlägt daher vor, im Titel und in den Artikeln 1, 3 und 4 das Wort „selbständigen“ zu streichen sowie in der Präambel auch auf den Artikel 48 des EWG-Vertrags hinzuweisen;

8. ist der Ansicht, daß eine auf europäischer Ebene auszuarbeitende Berufsregelung für den Optiker in erster Linie dem Interesse der Kunden Rechnung tragen muß;

9. vertritt die Auffassung, daß für den Augenoptiker in den Mitgliedstaaten ein möglichst hohes Ausbildungsniveau angestrebt werden muß, das sich an den Erkenntnissen und Erfahrungen der modernen Wissenschaft und Forschung orientiert;

10. erklärt sich vorbehaltlich der in Ziff. 9 dargelegten Auffassung mit den in dieser Richtlinie vorgesehenen qualitativen und quantitativen Kriterien für die Ausbildung des Augenoptikers, die nur ein Mindestniveau darstellen, einverstanden;

11. billigt die von der Kommission vorgeschlagene Konzeption, wonach der Augenoptiker zur Prüfung des Sehvermögens nach der objektiven und subjektiven Methode ermächtigt werden soll, wobei jedoch bei Jugendlichen unter 16 Jahren und für die Anpassung von Kontaktlinsen eine ärztliche Verordnung notwendig ist, in der insbesondere bescheinigt wird, daß keine Kontraindikation vorliegt;

12. ist der Auffassung, daß die Tätigkeiten des Augenoptikers unter Beachtung der Berufsordnung ausgeübt werden müssen;

13. ist außerdem der Auffassung, daß die Augenoptiker in den Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob ein pathologischer, in die Zuständigkeit des Arztes fallender Tatbestand vorliegen könnte, ihre Kunden an einen Arzt verweisen müssen;

14. hält es für erforderlich, daß Verstöße gegen die Berufsordnung und gegen das Verweisungsgebot geahndet werden;

15. betont, daß alle Augenärzte und Augenoptiker der öffentlichen Gesundheit dienen und daß deshalb im wohlverstandenen Interesse vor allem der Kunden eine immer engere Zusammenarbeit zwischen diesen Berufsgruppen notwendig erscheint;

16. billigt insgesamt die Vorschläge der Kommission, er- sucht jedoch die Kommission, die nachstehenden Änderun- gen gemäß Artikel 149 Absatz 2 des EWG-Vertrags in ihre Vorschläge zu übernehmen; . . .“

Aus der Zahl der einzelnen Formulierungen, die das Parlament niedergelegt hat, sei hier nur noch aus dem zitiert, was das Parlament zu der *Richtlinie über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten des Optikers* vorschlägt. Es will die Absätze 2 und 3 des Artikels 2 gefaßt wissen wie folgt:

„(2) Sie sorgen jedoch dafür, daß diese Tätigkeiten lediglich in der rein optischen Korrektur von Sehfehlern unter Aus- schluß jeder Behandlung krankhafter Sehschärfen bestehen und, soweit sie Jugendliche unter 16 Jahren betreffen oder die Anpassung in unmittelbarer Berührung mit dem Auge stehender Gläser zum Gegenstand haben, nur auf Grund einer höchstens 6 Monate alten ärztlichen Verordnung aus- geübt werden dürfen, in der insbesondere bescheinigt wird, daß keine Kontraindikation vorliegt.

(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die Tätigkeiten unter Beachtung der Berufsordnung ausgeübt werden. Sie sorgen durch geeignete Maßnahmen insbesondere dafür, daß die Augenoptiker in den Fällen, in denen es zweifelhaft ist, ob ein pathologischer, in die Zuständigkeit des Arztes fal- lender Tatbestand vorliegen könnte, ihre Kunden an einen Arzt zu verweisen, und daß Verstöße gegen die Berufsord- nung und gegen das Verweisungsgebot geahndet werden.“

3. Zur Würdigung

45 Zusammenfassend kann also festgehalten werden:

— Das *Sozialversicherungsrecht* hat sich während der ganzen in Betracht zu ziehenden geschichtlichen Entwicklung dafür offengehalten, daß die Versorgung mit Brillen im Rahmen der GKV zwar unter Einschaltung der Kassenärzte durchge- führt werden kann, aber auch unmittelbar durch die Betei- ligung Dritter, die Gewähr dafür bieten, daß die Maximen des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) allgemein und konkret eingehalten werden. Das wird gerade auch durch die Entwicklung und den ge-

genwärtigen Zustand des Rechts der kassenärztlichen und der Arzneimittelversorgung sowie der Maßnahmen zur Verhütung und Früherkennung von Krankheiten bestätigt. Soweit nichtärztliche Leistungen im Rahmen der Brillenversorgung zusätzlicher Regelung bedürfen, steht dafür seit der Novelle von 1892 die Möglichkeit eines Vertragsregimes nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO offen.

- Die ganze Zeit über hat sich — von den kurzen Wirren der Nachkriegszeit abgesehen — der *Stand der handwerklichen Augenoptiker* auch in seiner rechtlichen Ausformung immer klarer dahin entwickelt, daß er die Versorgung mit Brillen in Fällen nichtpathologischer Fehlsichtigkeit auch ohne Dazwischentreten der kassenärztlichen Versorgung realisieren kann. Das gilt vor allem unter zwei Aspekten: dahin, daß zu seinen typischen Tätigkeiten, Fertigkeiten und Kenntnissen die Refraktionsbestimmung (Sehschärfenbestimmung) gehört; ferner insofern als der Handwerksstand des Augenoptikers eine hinreichende Geschlossenheit und Standardisierung seiner Leistungsfähigkeit aufweist, um auch kollektiv einen ebenso abgrenzbaren wie verlässlichen Partner der Krankenkasse abzugeben.
- Diese Entwicklung wird durch die *europarechtliche* Diskussion reflektiert und bestätigt. Sie macht freilich auf Randprobleme aufmerksam, die im deutschen Recht noch nicht mit gleicher Schärfe artikuliert sind: die Pflicht des handwerklichen Augenoptikers, den Kunden im Bedenkensfall an den Arzt zu verweisen; und seine persönliche Verantwortung für eine so bedeutsame und anspruchsvolle Funktion wie die Refraktionsbestimmung. Doch überwiegt die Übereinstimmung im wesentlichen und grundsätzlichen.

D) WEITERE VERTIEFENDE ÜBERLEGUNGEN: DIE SORGE UM GESUNDHEIT UND WIRTSCHAFTLICHKEIT

I. Der gesundheitspolitische Problemkreis

1. Sinnvoller Zwang zu ärztlicher Refraktionsbestimmung?

1 Zu Recht geht die gesundheitspolitische Tendenz dahin, nicht nur Krankheiten, die bereits aufgetreten sind, zu bekämpfen oder doch zu lindern, sondern ihnen zuvorzukommen. Vorbeugung, Vorsorge und Früherkennung sind die Stichworte, welche diese Bemühungen kennzeichnen.¹⁾ Auch das Problem der Refraktionsbestimmung wird in diesem Lichte gesehen. Gleichwohl sind die Zusammenhänge komplizierter.

2 Die Brille ist ein Instrument, um Fehlsichtigkeit auszugleichen, nicht diese zu heilen oder auch nur den Prozeß des Fehlsichtig-Werdens zu unterbinden.²⁾ Es geht also grundsätzlich nicht darum, die Refraktionsbestimmung selbst so gut als möglich und also nur mit medizinisch-wissenschaftlichen Methoden vornehmen zu lassen, um so direkt dem Übel der Fehlsichtigkeit vorsorgend oder früherkennend entgegenzutreten. Vielmehr geht es grundsätzlich nur darum, anlässlich der Refraktionsbestimmung andere Augenkrankheiten als die Fehlsichtigkeit so früh als möglich zu erkennen. Daß aus diesem Zusammenhang heraus sich der Zwang zur ärztlichen Refraktionsbestimmung rechtfertigen läßt, impliziert eine Reihe von Prämissen:

3 — Es muß ein hinreichender *Zusammenhang* zwischen der Nachfrage nach Brillen und demzufolge nach *Refraktionsbestimmung* einerseits und früherkennbaren *Augenkrank-*

¹⁾ S. insbesondere Gesundheitsbericht des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, 1971 S. 73 ff. S. a. nochmals Rn. C/41.

²⁾ S. a. Rn. B/2 ff.

heiten andererseits bestehen. Eine solche Korrespondenz ist zumindest nicht bewiesen.³⁾ Somit liegt die Vermutung eines unverhältnismäßigen Aufwandes und einer unverhältnismäßigen Belastung für alle Beteiligten nahe, wenn der Bedarf der Refraktionsbestimmung zum Anlaß genommen wird, andere Krankheiten zeitig zu erkennen.

- Diese Vermutung wird bestärkt durch die *Differentialdiagnose*: was könnte durch eine *allgemeine Vorsorgeuntersuchung* im Vergleich zur vorsorglichen Untersuchung von „Brillennachfragern“ geleistet werden?⁴⁾

D/4 — Die *Methoden* der ärztlichen Refraktionsbestimmung müssen geeignet sein, die fraglichen anderen *Krankheiten erkennen* zu lassen; oder die Refraktionsbestimmung muß stets mit zusätzlichen Maßnahmen zur Früherkennung anderer Krankheiten als der Fehlsichtigkeit verbunden sein. Für ersteres dürfte sich kaum ein Anhaltspunkt finden lassen — es sei denn es handelt sich um Augenkrankheiten, die sich schon durch eine gewisse Evidenz ausweisen. Im zweiten Fall dagegen stellt sich das Problem der Unverhältnismäßigkeit, wie es eben angeschnitten wurde, mit gesteigerter Schärfe.

D/5 — Der Arztvorbehalt der Refraktionsbestimmung besagt nicht, daß nur der Augenarzt refraktionieren darf. Vielmehr darf neben dem Augenarzt jedenfalls auch *jeder Allgemeinarzt* die Refraktionsbestimmung vornehmen.⁵⁾ Kann aber der Allgemeinarzt dem Optiker in der Refraktionsbestimmung wirklich generell überlegen sein? Ist der Allgemeinarzt dem Augenoptiker auch darin überlegen, bei Gelegenheit der Refraktion spezielle Augenkrankheiten wahrzunehmen? Man kann vielleicht vom Augenarzt erwarten, daß er kraft seiner spezifischen Erfahrung auch ohne gezielte Untersuchung Symptome noch unentdeckter Augenkrankheiten

³⁾ S. Rn. B/11.

⁴⁾ S. Rn. B/11.

⁵⁾ S. Rn. B/6 und 13.

anlässlich der Refraktionsbestimmung relativ weitgehend wahrnimmt. Gleiches kann für den Allgemeinarzt aber nicht unterstellt werden. Wenn es nun ferner darum ginge, Augenkrankheiten anlässlich der Refraktionsbestimmung durch spezielle diagnostische Maßnahmen diagnostizieren zu lassen, so ist doch äußerst fraglich, ob jeder Allgemeinarzt imstande wäre, diese zusätzlichen Untersuchungen effektiv durchzuführen.

- 6 — Gibt es *Krankheiten* des Auges, die dem, der eine *Refraktionsbestimmung* vornimmt, mit einer gewissen *Evidenz* entgegentreten, so kann unterstellt werden, daß die Symptome auch vom Augenoptiker wahrgenommen werden können. Das gilt um so mehr, als er nach dem Berufsbild Kenntnisse in „der Augenoptik, insbesondere der Korrektionsmittel“, über „Anatomie, Physiologie des Auges und der Sehfehler“ sowie über „sehleistungsvermindernde Erkrankungen des Auges und mögliche Beeinträchtigungen durch berufliche Handlungen“ haben muß. Es bedarf nur der Pflicht des Optikers, einen ihm krankheitsverdächtig erscheinenden Kunden an einen Arzt zu verweisen,⁶⁾ um den Ring zu schließen. Und unschwer kann schon dem geltenden Straf- und Zivilrecht, nicht weniger aber aus dem Gewerbe-recht (§ 35 der Gewerbeordnung) entnommen werden, daß dem Optiker eine solche Verweisungspflicht obliegt.⁷⁾ Fehlt aber die Wahrscheinlichkeit, daß Augenkrankheiten anlässlich der Refraktionsbestimmung ohne zusätzliche diagnostische Maßnahmen wahrgenommen werden, so legt das wieder die Vermutung nahe, daß die Refraktionsbestimmung durch den Arzt als ein Mittel zur Früherkennung von Augenkrankheiten die Beteiligten unverhältnismäßig beschränkt und belastet.

⁶⁾ S. Rn. C/44.

⁷⁾ Auch insofern ist das Berufsbild hilfreich, indem es dem Augenoptiker die „Kenntnis der für die Berufsausübung notwendigen gesundheitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere des Heilpraktikergesetzes“ abverlangt.

- D/7 — Außerhalb des Rechts der GKV endlich steht der *Heilpraktiker* dem Allgemeinarzt und dem Augenarzt gleich.⁸⁾ Was aber gibt die Gewähr dafür, daß ein Heilpraktiker anlässlich der Refraktionsbestimmung mehr Schäden am Auge beobachtet als ein Augenoptiker?

Alles in allem bestätigt sich also, daß der Vorbehalt der Refraktionsbestimmung durch den Arzt und der Ausschluß der Refraktionsbestimmung durch den handwerklichen Augenoptiker als gesundheitspolitische Techniken der Vorbeugung gegen Augenkrankheiten und ihrer Früherkennung die *Vermutung der Inadäquanz* gegen sich haben. Das gilt insbesondere im Vergleich mit der Möglichkeit einer augenfachärztlichen Vorsorgeuntersuchung auf Augenkrankheiten, die nicht (nur) an die Brillennachfrage anknüpft.⁹⁾

2. Krankenhilfe — Vorsorge — Gesundheitspolizei

- D/8 Die Bedenken potenzieren sich, sobald das Krankenversicherungsrecht als Instrument eingesetzt wird, diesen Zwang durchzusetzen. Dabei ist vor allem folgendes zu bedenken:

a) Krankenversicherung als Instrument sozialer Sicherung und ihre gesundheitspolitische Aufgabe

Die GKV ist in erster Linie ein Instrument der sozialen Sicherung. Krankheit bedroht den Menschen im Sinne eines doppelten sozialen Risikos: dem des wachsenden Aufwandes durch medizinische u. ä. Bedarfe; und dem der verminderten oder gänzlich versiegenden Einnahmen durch Verringerung oder Ausfall der Arbeitskraft. Dieser „sozialen Schere“ hat die GKV entgegenzuwirken. Daß sie in der Abwehr des Einkommensausfalls im Laufe ihrer Geschichte durch die Entwicklung der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung immer mehr ergänzt und

⁸⁾ S. Rn. B/7.

⁹⁾ S. a. nochmals Rn. B/11.

entlastet wurde, hat ihre soziale Schutzfunktion in Richtung auf die Befriedigung medizinischer und verwandter Bedarfe nur um so deutlicher hervortreten lassen. In diesem Sinne ist die soziale Krankenversicherung ein Instrument sozialen Schutzes durch Verschaffung medizinischer und verwandter Leistungen geblieben.

9 Nun wird viel von einem Sinnwandel der GKV gesprochen. Exemplarisch sei hier etwa die These genannt, die GKV sei ursprünglich als Hilfseinrichtung angelegt gewesen, habe sich aber zu einer „Ordnungsmacht“ und einem „System von Sozialpartnern“ entwickelt.¹⁰⁾ Als zweites sei die These genannt, die gesetzliche Krankenversicherung hätte ursprünglich der „Strukturerhaltung“ gedient; heute richte sich die politische Intention der Krankenversicherung auf eine „Strukturgestaltung“.¹¹⁾ Mit solchen Deutungsversuchen ist nichts gewonnen. Wie sollte etwas, was nicht von vorneherein „Ordnungsmacht“ ist, „strukturerhaltend“ wirken können? Und wie sollte ein Staat, der — wie das Reich zur Zeit Bismarcks mit der Einführung der GKV — beabsichtigt, das Proletariat seinen sozialdemokratischen Führern durch Einrichtung sozialer Sicherung zu entfremden, nur „Erhaltung“ und nicht auch — den sozialen Forderungen zuvorkommende — „Gestaltung“ gewollt haben. Solche Versuche, der Entwicklung der GKV einen generellen Nenner zu geben, entspringen allzuleicht dem Bemühen, Prinzipien, die in konkreten Deutungszusammenhängen wünschenswert erscheinen, zu interpolieren. So richtig es ist, daß sich die GKV ungeheuer ausgeweitet hat, daß sie ihr Leistungsniveau in anfangs unabsehbarem Maße erhöht hat, daß sie sich organisatorisch entfaltet hat,¹²⁾ oder daß „der fortschreitende Einbau der Prävention, sei es im Rahmen der GKV wie bei Vorsorge-

¹⁰⁾ Philipp Herder-Dorneich, *Analyse der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1965, S. 39 ff.

¹¹⁾ Frieder Naschold, *Kassenärzte und Krankenversicherungsreform, zu einer Theorie der Status-Politik*, 1967, S. 37, 42 (jeweils unter Bezugnahme auf Peller).

¹²⁾ Herder-Dorneich, aaO.

untersuchungen, sei es wie beim Jugendarbeitsschutzgesetz rechtlich und organisatorisch getrennt, . . . die Umwandlung des Systems“ kennzeichnet,¹³⁾ so wenig hat all das die gesetzliche Krankenversicherung davon entfernt, Instrument sozialer Sicherung zu sein.

D/10 In Wahrheit handelt es sich bei der Gesundheitspolitik und der Sozialpolitik durch soziale Sicherung für den Krankheitsfall um zwei sich überschneidende Kreise. Treffend spricht deshalb der *Gesundheitsbericht der Bundesregierung*¹⁴⁾ davon, „daß sich die Aufgabe der sozialen Krankenversicherung nicht auf die Bereitstellung von Finanzmitteln beschränkt: Von größerer Bedeutung sind die Wechselwirkungen zwischen den Zielen der Gesundheitspolitik und den Zielen der sozialen Sicherheit“. Und der Bericht fährt fort:

„Gesundheits- und Sozialpolitik müssen gleichermaßen dazu beitragen, Gesundheitsleistungen der gesamten Bevölkerung unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem Wohnort des einzelnen zugute kommen zu lassen.

Die gesundheitspolitische Funktion der sozialen Krankenversicherung besteht insbesondere in folgendem:

(1) Der Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung hat einen starken Einfluß auf die Entwicklung und die Struktur des Angebots an medizinischen, insbesondere an ärztlichen Leistungen bei Erkrankung und Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten wie zur Gesundheitsvorsorge.

(2) Die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen haben den gesetzlichen Auftrag dafür zu sorgen, daß die medizinische Versorgung mit einer ausreichenden Anzahl von Allgemeinpraktikern, Fachärzten und Zahnärzten allen Leistungsberechtigten unabhängig von ihrem Wohnort gleichmäßig und unverzüglich zugute kommt.

(3) Die soziale Krankenversicherung gewährleistet, daß jeder Leistungsberechtigte ohne Berücksichtigung seiner persön-

¹³⁾ *Naschold*, aaO S. 42.

¹⁴⁾ aaO [Anm. 1] S. 68.

lichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine moderne medizinische Versorgung in Anspruch nehmen kann.

(4) Die soziale Krankenversicherung beeinflusst durch ihre Preis-, Honorar- und Gebührenpolitik die Struktur- und die Leistungsfähigkeit des medizinischen und pharmazeutischen Angebots.

(5) Die soziale Krankenversicherung hat wegen ihrer engen Beziehung zu den Versicherten die Möglichkeit, durch gezielte und wirksame Aufklärung das Gesundheitsbewußtsein der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu verbessern.“

b) Die gesundheitspolitische Aufgabe der GKV und die konkrete Problematik

aa) Klarstellungen

11 Ehe dieser Katalog gesundheitspolitischer Aufgaben der GKV auf seine Relevanz für das hier anstehende Problem hin durchgesehen wird, ist — über die schon angestellten gesundheitspolitischen Erwägungen¹⁵⁾ hinaus — noch einmal folgendes festzuhalten:

- Es geht weder um Alternativen des Monopols augenärztlicher Refraktionsbestimmung noch gar um Alternativen allgemeiner augenärztlicher Vorsorgeuntersuchungen und also auch nicht darum, diese zugunsten der Augenoptiker zu verdrängen. Es geht nur darum, ob die Refraktionsbestimmung bei Brillennachfragern bei den Ärzten (nicht den Augenärzten!) monopolisiert ist.
- Es geht nicht darum, die GKV in den Rahmen einer vorgegebenen gesundheitspolitischen Entscheidung zugunsten der Refraktionsbestimmung durch Ärzte oder Augenärzte zu halten. Vielmehr geht es darum, ob die vorgegebene völlige Freiheit der Brillenversorgung — ohne persönliche Bera-

¹⁵⁾ S. Rn. B/3 ff., insbesondere B/11; Rn. B/12 ff., D/2 ff.

tung oder vermittels persönlicher Beratung durch den Augenoptiker oder aufgrund einer Refraktionsbestimmung durch Heilpraktiker, Allgemeinärzte oder Augenärzte — für den Bereich der GKV zugunsten notwendiger Refraktionsbestimmung durch Ärzte völlig umgekehrt ist.

- Und auch insofern geht es nicht darum, einen direkten Zwang auszuüben, sondern darum, die Sachleistung „Brille“ im Rahmen der sozialen Sicherung von der ärztlichen Refraktionsbestimmung abhängig zu machen. Auf „eigene Kosten“ kann auch nach einschränkendster Interpretation der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften noch jeder Versicherte seine Brille ohne persönliche Beratung, vermittels der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker, nach Refraktionsbestimmung durch einen Heilpraktiker, einen Allgemeinarzt oder einen Augenarzt beziehen.

bb) Zu einzelnen gesundheitspolitischen Postulaten

D/12 Sieht man nun den gesundheitspolitischen Auftrag der GKV, wie ihn der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit formuliert (Rn. D/10), im einzelnen durch, so ergibt sich folgendes:

ad 1)

Der *Leistungskatalog* wird durch eine Interpretation, die eine Brillenversorgung nach Refraktionsbestimmung durch den Optiker ausschließt, *nicht erweitert*. Selbst der Zwang, die Refraktionsbestimmung durch den Augenarzt vornehmen zu lassen, wirkte nicht in Richtung auf eine Ausweitung des vorbeugenden und vorsorgenden Leistungskatalogs. Er führte ja nur mehr oder weniger zufällig zur Mit-Erkennung von Augenkrankheiten anlässlich der Bestimmung der Fehlsichtigkeit. Der angemessene Weg, den Leistungskatalog entsprechend auszuweiten, wäre, Vorsorgeuntersuchungen im Sinne der §§ 181 bis 181 b RVO einzuführen oder die Möglichkeiten vorbeugende Maßnahmen nach §§ 187 Nr. 4, 363 RVO weiter auszuschöpfen.

3 ad 2)

Die *kassenärztliche Versorgung* wird durch das anstehende Interpretationsproblem nicht beschränkt.¹⁶⁾ Niemand hat bis jetzt behauptet (und — offenbar — behaupten können), die Möglichkeit der Refraktionsbestimmung auch durch Augenoptiker gefährde die Attraktivität des ärztlichen, insbesondere des augenärztlichen Berufs, insbesondere die Stellung der Kassenärzte, auch und gerade soweit sie Augenfachärzte sind. Natürlich muß der ärztlichen Verantwortung für den Versicherten, der sich dem Arzt anvertraut, um seine Fehlsichtigkeit bestimmen zu lassen, Rechnung getragen werden.¹⁷⁾ Dem wird auch dadurch Rechnung getragen, daß die Ausführung augenärztlicher Brillenbestimmungen an die ärztliche Verordnung gebunden ist.¹⁸⁾ Gelangt aber die Leistung einer Brille von vorneherein nicht in die ärztliche Verantwortung, so wird die kassenärztliche Versorgung insofern allenfalls entlastet, nicht jedoch negativ beeinträchtigt.

Bei diesen Überlegungen ist immer wieder auch in Betracht zu ziehen, daß es nach der bestehenden Gesetzeslage gar nicht darum geht, die Refraktionsbestimmung bei den Augenärzten zu konzentrieren. Endlich ist anzumerken, daß immer wieder Klagen laut werden, die augenärztliche Versorgung sei nicht hinreichend sichergestellt. Es seien zu wenig Augenärzte tätig.¹⁹⁾ Von daher liegt es sogar gesundheitspolitisch nahe, die Augenärzte von einer quantitativen Belastung zu befreien, die qualitativ ihnen nicht notwendig zugemutet werden muß.

4 ad 3)

Der Zugang zu einer *modernen medizinischen Versorgung* wird dadurch, daß auch die Augenoptiker zur Refraktionsbestimmung zugelassen werden, niemandem verschlossen.²⁰⁾ Daß

¹⁶⁾ S. a. noch unten Rn. E/21 ff.

¹⁷⁾ S. a. unten Rn. E/24.

¹⁸⁾ S. Rn. B/14.

¹⁹⁾ S. z. B. „DGB schlägt erneut Alarm“ Elmshorner Nachrichten v. 12. August 1972.

²⁰⁾ Zu diesem Problem besonders eindrucksvoll die Verhandlungen der europäischen Organe (s. C Anm. 67).

jedermann das Recht haben soll, die Refraktionsbestimmung auch durch einen Augenarzt vornehmen zu lassen, ist unbestritten.

D/15 ad 4)

Für die *Leistungsfähigkeit des medizinischen und pharmazeutischen Angebots* ist das anstehende Problem irrelevant.²¹⁾ Eventuelle Bedürfnisse preispolitischer Steuerung durch die soziale Krankenversicherung können im Rahmen von Verträgen nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO hinreichend befriedigt werden.

D/16 ad 5)

Die Aufgabe der Krankenversicherung, die *Versicherten aufzuklären*, stellt einen richtigen und wichtigen Weg dar, das Problem angemessen zu lösen. Aufklärung und mittelbarer Zwang sind ebenso zweierlei wie die gezielte Hinführung der Versicherten auf Vorsorgeuntersuchung im Bereich des Sehapparats und die zufällige Miterkennung von Augenkrankheiten anlässlich ärztlicher Refraktionsbestimmung. Abschnitt 5 der Formulierung des gesundheitspolitischen Auftrages der GKV durch den Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit weist — in Verbindung vor allem mit Abschnitt 1 und 3 — also genau den richtigen Weg. Die Bevölkerung soll einerseits die Freiheit haben, die Refraktionsbestimmung sowohl durch einen Augenarzt — vielleicht auch einen anderen Arzt ihres Vertrauens — oder einen Augenoptiker durchführen zu lassen. Sie soll aber auch darüber aufgeklärt werden, daß Augenkrankheiten drohen und rechtzeitig erkannt werden sollen — und zwar auch darüber, daß diese Augenkrankheiten nicht nur denen drohen, die Brillen brauchen! Die Aufklärung hat sich also an jedermann zu wenden, um Augenerkrankungen vorzubeugen und auftretende Augenerkrankungen der Früherkennung in Verbindung mit einer Refraktionsbestimmung oder ohne Zusammenhang mit einer solchen zuzuführen. Ziel

²¹⁾ S. a. nochmals C/2 — 32.

muß der entsprechende Ausbau der Vorkehrungen nach §§ 181 bis 181 b, 187 Nr. 4, 363 RVO sein.

cc) *Zwei gesundheitspolitische Modelle*

17 Im Lichte dieser Überlegungen seien abschließend zwei Modelle gesundheitspolitischer Reaktion der GKV auf das gewachsene Bedürfnis nach Vorbeugung, Früherkennung usw. skizziert und einander gegenübergestellt.

Modell I:

(1) Aufklärung der Bevölkerung über die Gefahr von Augenkrankheiten, über die Möglichkeiten der Vorbeugung und der Früherkennung — gezielte Maßnahmen zur Früherkennung von Augenkrankheiten durch Augenärzte.

(2) Lösung des Junktims zwischen ärztlicher Früherkennung von Augenkrankheiten und Bestimmung der Fehlsichtigkeit sowohl durch den Arzt als auch durch den Augenoptiker.

Modell II:

Konzentration der Früherkennung von Augenkrankheiten auf die Fälle, die durch die Monopolisierung der Refraktionsbestimmung beim Arzt einem Kassenarzt — Allgemeinarzt oder Augenarzt — zugeführt werden und von diesem anlässlich der Refraktionsbestimmung miterkannt werden können.

Modell I stellt so aber so sehr das Angemessene und Richtige, vor allem das Verhältnismäßige, dar, daß das Modell II sowohl als Alternative, als auch als bloße Ergänzung des Modells I disqualifiziert erscheint.

3. Ein besonderes Problem:

Die persönliche Versorgung durch den Fachkundigen

18 Ein besonderes Bedenken, das in der bisherigen deutschen Diskussion²²⁾ — soweit zu sehen — noch nicht aufgegriffen wurde, bedarf freilich noch der Erwähnung. Der *Arzt* ist gehalten, die

²²⁾ Anders im europäischen Rahmen; s. Rn. C/42—44.

für ihn typische Leistung persönlich zu erbringen.²³⁾ Diesen Grundsatz hat sich auch das Kassenarztrecht zu eigen gemacht (§§ 20 Abs. 1, 32 der Zulassungsordnung für Kassenärzte vom 28. Mai 1957, BGBl. I S. 572; § 4 Abs. 1 BMVÄ).²⁴⁾ Und wenn auch Zweifel bestehen, in welchem Umfang der Arzt einzelne Leistungen, die er selbst vornehmen könnte oder gar sollte, durch andere Personen, wie sie in § 122 Abs. 1 Satz 2 RVO bezeichnet sind, oder sonstige Hilfskräfte (s. § 16 Abs. 2 BMVÄ), erbringen kann oder erbringen lassen kann,²⁵⁾ so bleibt das Prinzip persönlicher Erbringung spezifisch ärztlicher Leistungen doch anerkannt.

D/19 Anders ist die Ausgangslage hinsichtlich der *Augenoptiker*. Zwar läßt die Handwerksordnung zum selbständigen handwerksmäßigen Betrieb eines in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführten Gewerbes nur den zu, der die Meisterprüfung oder eine gleichwertige Qualifikation aufzuweisen hat (§§ 1, 4, 6 ff. der Handwerksordnung). Aber eine verbindliche Norm, welche Tätigkeiten von diesem selbständigen Handwerker auch selbst auszuführen sind, fehlt.

Freilich darf der Handwerker seinen Betrieb nicht als bloßer „Chef“ führen. Das Gesetz definiert den Handwerksbetrieb als ein „handwerksmäßig“ betriebenes Gewerbe (§ 1 Abs. 2 der Handwerksordnung). Darunter wird auch verstanden, daß die

²³⁾ S. §§ 14, 21 der Berufsordnung für die deutschen Ärzte. Speziell zur Refraktionsbestimmung durch Gehilfen des Augenarztes (Orthopisten), genauer zum Vorbehalt ärztlicher Refraktionsbestimmung in diesem Bereich s. das Berufsbild der Orthopistin in: *Der Augenarzt* 1972 S. 258 ff., (262). Die Zurückhaltung gegenüber der Beschäftigung von Optikern in der augenärztlichen Praxis ist freilich sichtlich von der Auseinandersetzung über die Kompetenzgrenze zwischen Ärzten und Optikern mitbestimmt. S. dazu: *Verhandlungen des Berufsverbandes der Augenärzte Deutschlands e. V. vom 21./22. September 1968*, *Der Augenarzt* 1969 S. 156.

²⁴⁾ S. dazu ergänzend etwa *Heinemann-Liebold*, *Kassenarztrecht*, II S. 80 a ff., IV S. 13 f.

²⁵⁾ S. dazu z. B. *RVO-Gesamtkommentar*, § 122 Anm. 2.

Möglichkeit persönlicher Mitarbeit des handwerksrechtlich qualifizierten Inhabers den Betrieb und seine Leistungen prägen muß.²⁶⁾ Aber dieses Prinzip ist nicht unangefochten.²⁷⁾ Und es verbürgt nicht, daß die *einzelne* Leistung vom Handwerksmeister irgendwie maßgeblich bestimmt wird. In gewissem Umfang schließt übrigens schon die Aufgabe der Handwerksbetriebe, den handwerklichen Nachwuchs heranzubilden, also Gesellen und Lehrlinge zu beschäftigen, aus, daß die Leistungen ausschließlich oder doch weitgehend von Meistern und ähnlich qualifizierten Personen erbracht werden. Dazu kommt, daß der Meister — je nach Betriebsgröße, Handwerkssparte usw. unterschiedlich — auch durch die kaufmännische Betriebsführung durch Handelsumsätze usw. in Anspruch genommen ist. Von allen diesen Umständen macht das Augenoptiker-Handwerk keine Ausnahme.²⁸⁾

Somit besteht zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit, jedoch keine absolute Gewähr dafür, daß die Refraktionsbestimmung durch die handwerklich maximal qualifizierten Augenoptiker-Handwerker (Meister-Inhaber, angestellte Meister, entsprechende Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 8 der Handwerksordnung usw.) vorgenommen wird.²⁹⁾

20 Verträge zwischen Kassenverbänden und Verbänden des Augenoptiker-Handwerks (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO) legen des-

²⁶⁾ BVerfG 19, 97 (116 f.); Albrecht *Siegert*, Hans Joachim *Musielak* und Walter *Klebe*, Das Recht des Handwerks, § 1 Rn. 15, 25, 26. S. ferner die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei *Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen* aaO [Anm. 55] § 1 der Handwerksordnung Anm. 12 e (S. 16 ff.).

²⁷⁾ S. *Kolbenschlag-Lessmann-Stücklen* aaO S. 18 ff.; *Siegert-Musielak-Klebe* aaO § 1 Rn. 26, 30.

²⁸⁾ S. z. B. „Betriebsvergleich im Augenoptikerhandwerk des Bundesgebiets“ Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung zur Aufzeigung von Rationalisierungsansatzpunkten, 1971, insbesondere S. 21 ff.

²⁹⁾ Zur notwendigen Qualifikation der Mitarbeiter im Handwerksbetrieb s. *Siegert-Musielak-Klebe* aaO § 1 Rn. 27. — S. dazu, daß die Entwicklung in die Richtung solcher Anforderungen geht, noch Fortsetzung der Fußnote auf Seite 118.

halb darauf, daß höchstqualifizierte Personen für die Leistung verantwortlich sind, mit Recht Wert. So finden sich nicht nur Vorschriften, welche die Leistung durch Filialbetriebe entsprechend einschränken,³⁰⁾ sondern auch Vorschriften über den verantwortlichen technischen Leiter bei Betrieben, die juristischen Personen oder Personenmehrheiten gehören,³¹⁾ und über die Fortführung des Betriebs nach dem Tod des Inhabers.³²⁾ Besonders intensiv findet sich das Anliegen in folgenden Formulierungen berücksichtigt:³³⁾

mals die europarechtliche Diskussion Rn. C/42 ff., insbesondere das in Anm. 67 zitierte Material.

- ³⁰⁾ Vertrag zwischen dem Zentralverband der Augenoptiker für das Bundesgebiet . . . und dem (1) Verband der Angestellten-Krankenkassen e. V., . . . (2) Verband der Arbeiterersatzkassen e. V. . . . vom 5./23. Juni 1962 § 2 Ziff. 1 und 2; § 8 des privatrechtlichen Rahmenlieferungsvertrags für Sehhilfen zwischen dem Verband der Ortskrankenkassen Rheinland-Pfalz, Südbaden und Südwürttemberg-Hohenzollern, (Südwest) Lahr usw. und dem Südwestdeutschen Augenoptiker-Verband, Landesinnungsverband des Augenoptikerhandwerks für die Bundesländer Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz vom 30. Dezember 1966; §§ 9, 10 des Rahmenvertrags über die Belieferung Anspruchsberechtigter der Versicherungsträger durch Augenoptiker zwischen (1) dem Landesverband der Ortskrankenkassen in Hessen, Frankfurt a. M., (2) dem Landesverband der Betriebskrankenkassen in Hessen, Frankfurt a. M., (3) dem Landesverband der Innungskrankenkassen für das Land Hessen . . . und der hessischen Knappschaft, Kassel, einerseits und dem Landesinnungs-Verband für das Augenoptiker-Handwerk in Hessen . . . andererseits vom 12. Juni 1967.
- ³¹⁾ § 5 Ziff. 2 des privatrechtlichen Rahmen-Lieferungsvertrags für Sehhilfen usw.; § 6 Abs. 2 des Rahmenvertrags für die Belieferung Anspruchsberechtigter der Versicherungsträger durch Augenoptiker usw.
- ³²⁾ § 2 Ziff. 3 des Vertrags zwischen dem Zentralverband der Augenoptiker usw.; § 9 des privatrechtlichen Rahmen-Lieferungsvertrags für Sehhilfen usw.; § 11 des Rahmenvertrags über die Belieferung Anspruchsberechtigter der Versicherungsträger durch Augenoptiker usw.
- ³³⁾ § 6 des Rahmenvertrags über die Belieferung Anspruchsberechtigter der Versicherungsträger durch Augenoptiker.

„§ 6

(1) Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Lieferungsberechtigung sind erfüllt, wenn der Antragsteller

- a) die Meisterprüfung im Augenuptikerhandwerk abgelegt hat oder gemäß den Vorschriften der Handwerksordnung zur selbständigen Ausübung des Augenuptikerhandwerks berechtigt ist,
- b) in der Handwerksrolle als Augenuptiker eingetragen ist,
- c) körperlich und geistig in der Lage ist, seinen Beruf voll auszuüben,
- d) über eine ausreichend ausgestattete Werkstatt, ein Ladenlokal, das für die Anpassung von Sehhilfen eingerichtet ist, und über ein gut sortiertes Lager der vertraglich vereinbarten Brillengläser und -fassungen verfügt,
- e) die verordneten Sehhilfen fachgemäß in eigener Werkstatt fertigt und den Anspruchsberechtigten anpaßt,
- f) im Verkehr mit den Anspruchsberechtigten nur Fachkräfte des Augenuptikerhandwerks beschäftigt,
- g) ständig und ganztätig in seinem Betrieb tätig ist. Bei einer länger als einmonatigen Abwesenheit (Urlaub, Krankheit usw.) muß ein Vertreter, der die Voraussetzungen der Buchstaben a) und c) erfüllt, im Betrieb ständig tätig sein,
- h) durch Unterzeichnung des Verpflichtungsscheines (Anlage 1) die Vorschriften dieses Rahmenvertrages als für sich verbindlich anerkennt.

(2) Soweit eine fachfremde natürliche Person, eine Personenvereinigung oder eine juristische Person Inhaber eines Betriebes ist, kann die Lieferungsberechtigung erteilt werden, wenn ein verantwortlicher Leiter des Betriebes, der die Voraussetzungen des Abs. 1 Buchst. a) und c) erfüllt, ständig und ganztätig beschäftigt wird. In diesem Falle ist die Lieferungsberechtigung dem verantwortlichen Betriebsleiter zu erteilen; sie kann nur ausgesprochen werden, wenn in dem Betrieb die sonstigen Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt sind. Der Verpflichtungsschein gem. Abs. 1 Buchstabe h) ist in diesem Falle sowohl von dem Lieferungsberechtigten als auch von dem für die Firma Vertretungsberechtigten zu unterschreiben.“

Damit ist freilich auch schon angedeutet, wie das Gefälle zwischen der persönlichen ärztlichen Leistung und der „hand-

werksmäßigen“, von einem Handwerkerbetrieb, aber nicht notwendig von einem (maximal qualifizierten) Handwerker persönlich erbrachten Leistung behoben werden kann.

D/21 Nun gibt es freilich noch weitere Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, daß der Augenoptiker-Meister die Refraktionsbestimmung als eine seiner anspruchsvollsten Funktionen grundsätzlich selbst vornimmt oder doch nur an ähnlich qualifizierte Personen abgibt. Dazu gehört die handwerkliche Berufsehre des Augenoptikers, die zu wahren auch Sache der zuständigen Handwerksinnung ist (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 der Handwerksordnung). Dazu gehört die allgemeine Verpflichtung des Handwerkers auf die Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit und des Vermögens derer, denen er seine Dienste anbietet und leistet (§ 35 der Gewerbeordnung) zu achten. Dazu gehört vor allem die zivilrechtliche (vertragliche und deliktische) Haftpflicht, die den Handwerker als Betriebsinhaber trifft, und endlich seine strafrechtliche Verantwortlichkeit. Auch mag die Diskussion um das werdende europäische Recht das Bewußtsein der Augenoptiker für diese Pflicht noch mehr als bisher heben. Berücksichtigt man diese Umstände in Verbindung mit der Möglichkeit entsprechender, angemessener vertraglicher Regelung (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO), so zeigt sich, daß das effektive Gefälle in der Pflicht zur persönlichen Erbringung der fraglichen Leistungen schon jetzt wesentlich geringer ist, als die gesetzestextliche Lage vermuten läßt.³⁴⁾

4. Ein zweites besonderes Problem: die Gefahr der „Selbstbegünstigung“ des Augenoptikers

D/22 Ein weiteres spezielles Problem sei schon hier aufgegriffen, obwohl es auch in dem unten noch zu erörternden Problemkreis der „Wirtschaftlichkeit“ der Brillenversorgung gesehen werden

³⁴⁾ S. dazu auch LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 22. Dezember 1954, Die Sozialgerichtsbarkeit 1955 S. 243 (245): „Dagegen trägt die Leistung des Optikers — wie die des Orthopäden — ein individuelles Gepräge. Sie wird vorwiegend durch das fachliche Können und durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betriebs bestimmt.“

kann. Gemeint ist die Frage, ob die „Vorschaltung“ der ärztlichen Verordnung nicht deshalb notwendig ist, weil der Augenoptiker sonst versucht sein könnte, sich bei der „Selbst-Verschreibung“ der von ihm zu liefernden Brille zu begünstigen.³⁵⁾ Man muß nicht so weit gehen, wie der Ausschuß für Sozial- und Gesundheitsfragen des Europäischen Parlaments, der in dem von dem Abgeordneten Hervè Laudrin verfaßten Bericht³⁶⁾ feststellt: „Es ist zu bedauern, daß es diesen Angriffen an sachlichem Ernst fehlt.“ Dennoch stößt der Einwand — so berechtigt er vordergründig zu sein scheint — auf zahlreiche Gegenargumente.

Worüber entscheidet die Refraktionsbestimmung? Über zweierlei: Ob überhaupt eine Brille sinnvoll ist; und welche Brille gegebenenfalls geeignet ist. Über die äußere Gestaltung der Brille und dergleichen, was einen nicht unwesentlichen Einfluß auf die Kosten ausübt, disponiert sie nicht. Daß die Brille einen medizinisch nur bedingt steuerbaren Aufwand darstellt, gilt gerade auch für das Verhältnis der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker zum Brillenaufwand.

Der Optiker würde ferner seinen vertraglichen und gesetzlichen privatrechtlichen (insbesondere auch deliktsrechtlichen) sowie seinen strafrechtlich sanktionierten Pflichten zuwiderhandeln, wenn er bei der Bestimmung der Fehlsichtigkeit zu seinen Gunsten etwas anderes als das jeweils Richtige und Gebotene feststellen, empfehlen und leisten würde. Er würde sich möglicherweise Schwierigkeiten im Rahmen der Innung (§ 54 Abs. 1 Nr. 1 der Handwerksordnung) und der Handwerkskammer (§ 91 Abs. 1 Nr. 10 der Handwerksordnung) aussetzen, letztlich aber seine Gewerbebefugnis aufs Spiel setzen (§ 35 der Ge-

³⁵⁾ S. dazu z. B. *Bockelmann*, Gutachten, S. 42; Stellungnahme der Französischen Akademie für Medizin zu den Richtlinien-Vorschlägen für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (wiedergegeben in dem Bericht des Abgeordneten Lautenschlager [C Anm. 67], Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1971—1972, Dokument 7/71, S. 37 Ziff. 23): „Da die Optiker verkaufen, was sie verschreiben, wird dies zu einer Vergeudung von Brillen führen.“

³⁶⁾ S. das Anm. 35 zitierte Dokument S. 37 (Ziff. 24).

werbeordnung). Davon, daß der Augentoptiker dennoch rechtswidrig verfährt, kann die Auslegung des Gesetzes aber nicht ausgehen. Auch sonst können Gesetze nicht so ausgelegt werden, daß jede Vorschrift für sich sonst schon untersagtes Handeln zusätzlich abwehrt.

Möglicherweise bleibt ein gewisser Spielraum von Fällen, in denen der Augentoptiker nach seinem Ermessen die eine oder andere Brille empfehlen könnte und dabei zu seinen Gunsten verfährt. Aber wie groß ist dieser Spielraum? Wie selten werden diese Fälle sein? Und welche Rolle spielen sie im Vergleich zu den sonstigen Fragen der Brillenausstattung und -gestaltung, in denen alle Beteiligten ohnedies auf die Redlichkeit des Augentoptikers angewiesen sind. Mißbräuchen kann in gewissem Umfang schließlich durch Verträge nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO entgegengetreten werden. Im übrigen gilt, was der Ausschuß für Sozial- und Gesundheitsfragen des Europäischen Parlaments zu dem Einwand feststellt:³⁷⁾ Auch „die Ärzte könnten Behandlungen empfehlen, die Zahl der Konsultationen erhöhen, Operationen anraten . . . Das ist eine Frage des Berufsethos“.

Somit bleiben die allgemeinen Fragen, ob „Kunstfehler“ im Rahmen der Refraktionsbestimmung bei Optikern häufiger sind als bei Ärzten,³⁸⁾ und wie groß die Gefahr ist, daß bei der Refraktionsbestimmung durch den Augentoptiker Augenkrankheiten übersehen werden, die der Arzt im Rahmen der Refraktionsbestimmung wahrnehmen würde.³⁹⁾ Kann das Interesse des Augentoptikers an der Brillenlieferung die Antwort auf diese Frage irgendwie beeinflussen? Das ist im Ernst wohl nicht anzunehmen. Man wird aus diesem Interesse eine nachteilige Steuerung des Verhaltens des Augentoptikers auch deshalb nicht ableiten können, weil der Augentoptiker, der vorsichtig genug ist, einem Kunden anzuraten, sich der augenärztlichen Untersuchung zu unterziehen, wenn er Verdachtsgründe

³⁷⁾ Wie Anm. 36 (Ziff. 23).

³⁸⁾ S. Rn. B/11 mit Anm. 26.

³⁹⁾ S. Rn. D/2 ff.

für eine Augenkrankheit hat, erst recht das Vertrauen des Kunden erwirbt.

5. Schlußbemerkung

/23 Wie immer man also das Problem dreht und wendet: die totale Verkehrung der der GKV vorgegebenen Liberalität der Brillenversorgung zu einem krankenversicherungsrechtlich gewährleisteten Monopol der Bestimmung der Refraktion durch Ärzte (schlechthin) ist eine auch und gerade im Verhältnis zu dem gesundheitspolitischen Anliegen der Vorbeugung gegen Augenkrankheiten und der Früherkennung von Augenkrankheiten unangemessene und unverhältnismäßige Maßnahme.

II. Der Aspekt der Wirtschaftlichkeit

1. Allgemeine Erwägungen

/24 In der bisherigen Auseinandersetzung ist immer wieder das Postulat der Wirtschaftlichkeit aufgetaucht. Dieses Postulat hat einen spezifisch kassenarztrechtlichen Zusammenhang.⁴⁰⁾ Darauf wird zurückzukommen sein.

Vorweg aber ist die allgemeine gesundheits-, sozial- und finanzpolitische Frage aufzuwerfen, ob eine der in Frage stehenden Auslegungen als die „wirtschaftlichere“ bezeichnet werden kann. Die interpretatorische Relevanz dieser Fragestellung ließe sich zumindest aus dem intensiven Wirtschaftlichkeits-Postulat des Kassenarztrechts entnehmen. Sie läßt sich aber auch aus dem allgemeinen teleologischen Zusammenhang ableiten, daß das Gesetz unter den gegebenen gesundheits-, sozial- und finanzpolitischen Bedingungen von zwei Möglichkeiten der Interpretation wohl nicht die gewollt haben kann, die mit dem höheren ökonomischen Aufwand den geringeren sozial- und/oder gesundheitspolitischen Erfolg herbeiführt.

⁴⁰⁾ S. Rn. C/4, 5 und 31.

D/25 Stellt man die gegebenen interpretatorischen Möglichkeiten einander unter diesem Aspekt gegenüber, so drängt sich zunächst die Einsicht auf, daß die Zulassung der Refraktionsbestimmung durch den Optiker Aufwand erspart. Der Augenoptiker ist schon nach allgemeinen sozialen Gegebenheiten die präsumtiv billigere Kraft. Bei ihm geht die Refraktionsbestimmung in die einheitliche Leistung „Brille“ ein (s. Rn. B/9). Er berechnet daher — jedenfalls derzeit und jedenfalls den Kassenpatienten — auch die Refraktionsbestimmung nicht gesondert. Geht der Versicherte dagegen zum Arzt, so tritt jedenfalls durch die Inanspruchnahme zweier verschiedener Leistungsfaktoren — des Arztes für die Refraktionsbestimmung, des Optikers für die tatsächliche Anpassung und Beschaffung der Brille — ein zusätzlicher Aufwand ein. Die Aufwandssteigerung wird noch deutlicher dadurch, daß der Augenoptiker in der Regel genötigt ist, die Refraktionsbestimmung für seine Zwecke zu wiederholen, so daß die Kosten, die durch das Wirken des Augenoptikers notwendig erwachsen, zumindest volkswirtschaftlich — anders mag es in der individuellen Rechnungstellung aussehen — ohnedies erwachsen. Alles in allem erscheint die Refraktionsbestimmung allein durch den Augenoptiker als die individual- und gesamtwirtschaftlich sparsamere Möglichkeit.⁴¹⁾

D/26 Demgegenüber ist freilich zu überlegen, ob nicht auf lange Sicht das „Teurere“ doch das „Billigere“ ist. Das ist hier so zu verstehen, daß eine falsche Refraktionsbestimmung, mehr noch die unterlassene Früherkennung einer Augenkrankheit zu Spätfolgen für den einzelnen Betroffenen, für seine Versicherungsgemeinschaft und vielleicht für die gesamte Volkswirtschaft führt, die den eben beschriebenen Vorteil wieder aufwiegen, ja überholen.

Es ist nicht notwendig, hier noch einmal alle gesundheitspolitischen Abwägungen zu wiederholen, welche die Auswirkungen der Zulassung auch der Augenoptiker zur Refraktionsbestimmung im Rahmen der GKV mit denen des Monopols ärzt-

⁴¹⁾ S. auch Thieme, Gutachten, S. 15, 17 f.

licher Refraktionsbestimmung im Rahmen der GKV unter der Voraussetzung einer im übrigen fast völlig „freien“ Brillenversorgung und bei Abwesenheit von der Brillennachfrage unabhängiger Vorsorge- und Früherkennungsmaßnahmen gegen Augenkrankheiten bei Erwachsenen miteinander vergleichen.⁴²⁾ Die Gefährlichkeit speziell der Zulassung auch des Augenoptikers zur Refraktionsbestimmung ist — insbesondere unter den gegenwärtigen Bedingungen der Brillenversorgung und der vorbeugenden Bekämpfung von Augenkrankheiten im übrigen — bisher ohne durchgreifenden Beweis geblieben. Jedenfalls ist nicht zu ersehen, daß der handfeste Vorteil der „Billigkeit“ der Bestimmung der Fehlsichtigkeit allein durch den Augenoptiker durch die damit möglicherweise verbundenen Gefahren aufgewogen oder gar überholt würde. Angesichts der bestehenden Unsicherheiten über die möglichen Nachteile des Verfahrens wird man vielleicht zögern, davon zu sprechen, einer der beiden Wege sei der eindeutig und auch auf lange Sicht vorteilhaftere. Ganz gewiß aber kann auch das Gegenteil, einer der beiden Wege sei der eindeutig „unwirtschaftliche“ nicht bewiesen werden. Und ganz gewiß kann dieser Beweis nicht zum Nachteil der Refraktionsbestimmung potentiell allein durch den Augenoptiker geführt werden.

2. Spezifische krankenkassenrechtliche Erwägungen

a) Der Ausfall der kassenarztrechtlichen Wirtschaftlichkeitskontrolle

27 Nun ist nicht zu verkennen, daß sich die Brillenversorgung der Versicherten, wenn Brillen nicht notwendig ärztlich verordnet werden, unmittelbar nach den Maximen des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) richtet und die spezifische, zusätzliche Maxime der Wirtschaftlichkeit, die das Kassenarztrecht für die ärztlichen und ärztlich verordneten Leistungen hinzufügt und spezifisch sanktioniert,⁴³⁾ als

⁴²⁾ S. Rn. B/2 ff., insbesondere Rn. B/11; Rn. D/1—23.

⁴³⁾ Rn. C/4, 5, 31.

solche ausfällt. Ergibt sich daraus eine ernste Einbuße an „Wirtschaftlichkeit“ der Brillenversorgung?⁴⁴⁾

Dazu ist zunächst zu sagen, daß die materiellen Kriterien des Angemessenen, Ausreichenden und Notwendigen durch das Kriterium des Wirtschaftlichen keine wesentliche Bereicherung — wenn nicht im Gegenteil schädliche Verwirrung — mehr erfahren haben.⁴⁵⁾ Somit konzentriert sich das Interesse auf die Frage, ob der spezifische Sanktionsmechanismus des Kassenarztrechts⁴⁶⁾ für die Wirtschaftlichkeit bedeutsam ist oder in seiner Wirtschaftlichkeits-Funktion⁴⁷⁾ durch ein anderes Instrumentarium ersetzt werden kann.

D/28 Dabei ist ganz *spezifisch auf die Brillenversorgung* abzustellen. Die Instrumente, die das Kassenarztrecht geschaffen hat, um das Postulat der Wirtschaftlichkeit zu konkretisieren und zu sanktionieren, sind für das weite Feld der gesamten medizinischen Versorgung, vor allem aber der ärztlichen Dienstleistungen und der pharmazeutischen Sachleistungen gedacht. Sie beruhen ferner auf der Prämisse, daß es auf diesem weiten Feld den Kassen nicht möglich ist, die Wirtschaftlichkeit von Leistungen anders zu überprüfen als durch die Steuerung der ärztlichen Leistungs- und Verordnungspraxis.⁴⁸⁾ Das alles gilt für die Brillenversorgung nicht oder doch nur bedingt.⁴⁹⁾ Das hat sich bisher schon klar ergeben. Darauf kann und muß verwiesen werden.⁵⁰⁾

Die Wirtschaftlichkeitskontrolle nach Maßgabe des allgemeinen Kassenarztrechts bleibt übrigens erhalten, soweit die Versicherten die Bestimmung der Fehlsichtigkeit durch einen Arzt

⁴⁴⁾ S. dazu und zum Folgenden auch *Dietz*, Gutachten S. 33 ff.

⁴⁵⁾ S. Rn. C/31.

⁴⁶⁾ S. Rn. C/4 und 5.

⁴⁷⁾ S. dazu auch *Dietz*, Gutachten S. 41; *Bogs*, Gutachten S. 27 f.

⁴⁸⁾ S. Rn. B/18 ff., C/2 ff.

⁴⁹⁾ S. Rn. B/24 ff., C 32—41. S. a. *Dietz*, Gutachten S. 55 f.

⁵⁰⁾ S. Anm. 48 und 49.

durchführen lassen.⁵¹⁾ Insofern werden Reibungsverluste durch Systembrüche innerhalb der ärztlichen Tätigkeit vollkommen vermieden.

Soweit der Versicherte aber die Brille unmittelbar und ausschließlich nach Maßgabe der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker bezieht, sprechen, wie schon mehrfach erwähnt,⁵²⁾ die Qualifikation der handwerklichen Augenoptiker,⁵³⁾ die Möglichkeit ihrer vertraglichen Bindung (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO)⁵⁴⁾ und die sachliche Eigenart der Brillenversorgung⁵⁵⁾ — die der ärztlichen Verordnung von Brillen ohnedies nur eng begrenzte Bedeutung zukommen läßt — dafür, daß die Sachleistung Brille als solche auch ohne ärztliche Verordnung wirtschaftlich erbracht werden kann. Die Wirtschaftlichkeitskontrolle der ärztlichen Tätigkeit selbst entfällt ja mit dieser. Die Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker bedarf keiner selbständigen Wirtschaftlichkeitskontrolle; so wie die Refraktionsbestimmung in der Sachleistung Brille durch den Augenoptiker aufgeht,⁵⁶⁾ so kann auch die Wirtschaftlichkeitskontrolle über Refraktionsbestimmung und Brillenleistung durch den Augenoptiker eine einheitliche sein.

Unter diesen Umständen bedarf es keiner abwägenden Untersuchung, wie wirksam die materielle Formulierung des Wirtschaftlichkeitsprinzips und die Ausgestaltung seiner Konkretisierung und Sanktion durch das Kassenarztrecht tatsächlich ist.

b) Der Ausfall der Verordnungsblatt-Gebühr und der Krankenscheinprämie

29 Wird eine Brille im Rahmen der Krankenhilfe geleistet, ohne daß sie ärztlich verordnet ist, so „erspart“ das dem Versicherten

⁵¹⁾ Rn. B/14 und D/13.

⁵²⁾ S. insbesondere die Hinweise in Anm. 49.

⁵³⁾ S. ergänzend Rn. C/35 ff., D/6, 19—22; s. a. C/42 ff.

⁵⁴⁾ S. ergänzend Rn. C/32 ff., 41, D/20—22.

⁵⁵⁾ S. ergänzend Rn. B/2 ff., B/12 ff., B/24 ff.

⁵⁶⁾ S. a. Rn. B/9, 16, 17.

die Verordnungsblattgebühr nach § 182 a RVO.⁵⁷⁾ Es beeinträchtigt auch nicht den Anspruch auf die Krankenscheinprämie nach § 188 Abs. 2 RVO.^{57a)} In beiden Fällen handelt es sich um Instrumente, die eine gewisse Selbstverantwortlichkeit der Versicherten und auch deren „Sparsamkeit“ bei der Inanspruchnahme von Leistungen der Versichertengemeinschaft stimulieren sollen. Nun ist aber die Wirksamkeit beider Instrumente in Richtung auf die Wirtschaftlichkeit der Krankenkassen-Versorgung so umstritten, daß aus der partiellen Herausnahme der Brillenversorgung aus dem Anwendungsbereich der genannten Bestimmungen keine ernstliche Einbuße zu Lasten der Versichertengemeinschaften zu besorgen ist.

Wenn nun aber die Brillenbeschaffung allein nach der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker die Verordnungsblatt-Gebühr erspart, sowie die Prämie erhält, werden dadurch die Versicherten nicht gedrängt, auf die Inanspruchnahme des Augenarztes zu verzichten? Insgesamt geht es dabei maximal um einen Vorteil von DM 12,50. Man kann nicht annehmen, daß der denkende, „mündige“ Versicherte, der nicht nur eine Brille zur Behebung unkomplizierter Fehlsichtigkeit haben, sondern auch die Möglichkeit der Früherkennung von Augenkrankheiten nutzen will, sich durch die Möglichkeit, einen Betrag in dieser Höhe einzusparen, veranlaßt sieht, auf die bessere medizinische Versorgung zu verzichten.

⁵⁷⁾ S. für den Fall der Brillenreparatur die Feststellung der Geschäftsführer der Betriebskrankenkassen in Nordrhein-Westfalen vom 5. Januar 1971, Die Betriebskrankenkassen 1971 S. 112.

^{57a)} S. dazu und zum folgenden nochmals oben S. 42 Anm. 36.

E) WEITERE VERTIEFENDE ÜBERLEGUNGEN: DIE INTERESSEN DER BETEILIGTEN

Im folgenden soll nun versucht werden, die Problematik von den Interessen der Beteiligten her weiter zu erhellen. Dabei wird es in vielen Einzelheiten nur noch darum gehen, die Zusammenhänge mit schon Gesagtem aufzuzeigen und in Erinnerung zu bringen. In einigen Punkten jedoch wird das bisher Gesagte aber auch noch der Ergänzung bedürfen.

I. Die Interessen der Versicherten

1. Vorbemerkung:

Der Versicherte als Nehmender und Gebender

Das Interesse des Versicherten ist in zwei großen Zusammenhängen zu sehen. Primär ist das Interesse an der Gestaltung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung. Darauf sei hier auch in erster Linie eingegangen. Sekundär ist sein Interesse daran, daß sich der Aufwand für die gesetzliche Krankenversicherung, den er durch seine Beiträge (Beitragsanteile) mitträgt, in Grenzen hält. Darauf wurde unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit bereits eingegangen (Rn. D/24 ff.), desgleichen im Zusammenhang mit der Frage, ob der Versicherungsgemeinschaft eine unmittelbare Regelung des Brillenaufwands — ohne Einschaltung von Ärzten — technisch zumutbar ist (s. Rn. B/22 ff., insbesondere B/24 ff.). Darauf wird unter dem Gesichtspunkt der Belastung der Versicherungsträger auch noch einmal zurückzukommen sein (Rn. E/26). Hier sei also nur von den primären Interessen der Versicherten an einer optimalen Leistungsgestaltung die Rede.

2. Die Leistungsinteressen der Versicherten — allgemeine Erwägungen

Der Versicherte hat zunächst ein Interesse daran, daß er im Falle der Fehlsichtigkeit, entsprechend beherrbarer Augenkrankheiten usw. mit Brillen versorgt wird. Daß diesem Inter-

esse Rechnung zu tragen ist, ist unproblematisch (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO).

Der Versicherte hat ein Interesse daran, daß das „ob“ und „wie“ der Brille soweit als möglich durch den Arzt bestimmt wird, wenn er dies für notwendig hält, um zur bestmöglichen Brille zu kommen und/oder bei Gelegenheit der Brillenverordnung seine Augen vorsorglich auf Augenkrankheiten untersuchen zu lassen. Diesem Interesse trägt eine Auslegung, die den Versicherten die Wahl zwischen der Refraktionsbestimmung durch den Arzt und der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker läßt, ebenso Rechnung wie eine Auslegung, die nur die Refraktionsbestimmung durch den Arzt zuläßt.

Der Versicherte hat ferner ein Interesse daran, daß augenärztliche Untersuchungen, die zur Vorsorge gegen Augenkrankheiten beitragen und zur Früherkennung von Augenkrankheiten führen können, in möglichst weitem Umfang als Versicherungsleistungen anerkannt werden. Das ist ein Problem der Formulierung, Interpretation und Verwirklichung der Vorschriften der §§ 181 bis 181 b, 187 Nr. 4, 363 RVO, das mit der Frage der Refraktionsbestimmung durch Augenoptiker unmittelbar nichts zu tun hat.¹⁾

Der Versicherte hat endlich ein legitimes Interesse daran, sich im Falle nicht pathologischer Fehlsichtigkeit die Brille allein durch den Augenoptiker — das heißt auch: aufgrund einer Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker — zu verschaffen. Und er hat ebenso ein Interesse daran, sich nicht einer umfänglichen und eingehenden Augenuntersuchung unterziehen zu müssen, um nur eine Brille zu erlangen, die seine schlichte, nichtpathologische Fehlsichtigkeit ausgleicht. A priori muß ihm sogar ein Interesse daran zuerkannt werden, sich der Früherkennung einer Augenkrankheit nur nach eigenem Ermessen zu stellen. Diesem Interessenkomplex trägt *nur eine Auslegung* Rechnung, die dem *Versicherten* die *Wahl* läßt, sich die Brille ärztlich verordnen zu lassen, oder sie unmittelbar aufgrund Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker von diesem zu beziehen.

¹⁾ S. nochmals Rn. B/11, D/1 ff.

3. Das spezifische Interesse des Versicherten an der Wahl zwischen der Refraktionsbestimmung durch den Arzt und der durch den Augenoptiker

a) Die verfassungsrechtlichen Aspekte

Mit den skizzierten — insgesamt also mit einer Auslegungsalternative harmonisierenden, der anderen Auslegungsalternative dagegen widerstrebenden — Interessen der Versicherten rücken gewichtige *verfassungsrechtliche Kriterien* in das Argumentationsfeld ein.

aa) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Interesse an der Einfachheit der Brillenverschreibung — Stichwort: ein Weg zum Augenoptiker statt zwei Wege zu Arzt und Augenoptiker — findet grundrechtliche Anerkennung in der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Der materielle Wesensgehaltskern der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 GG) dürfte durch die Problematik freilich kaum berührt werden. Eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit darf aber auch nicht gegen sonstiges Verfassungsrecht verstoßen. In Betracht kommt hier insbesondere der ungeschriebene — aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) abzuleitende — Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In Betracht kommt auch die Erwägung, daß Brillen-Nachfrager, die ihr Recht auf soziale Sicherung gegen den Brillenbedarf im Rahmen der GKV geltend machen, sachwidrig anders gestellt werden als Personen, die der GKV nicht angehören oder auf ihre Leistungen verzichten (Art. 3 Abs. 1 GG).

bb) Persönlichkeitsrecht und „passive Kurierfreiheit“

Dichter ist der verfassungsrechtliche Hintergrund des Interesses daran, sich einer ärztlichen Untersuchung nur kraft freier Entscheidung zu unterziehen.²⁾ Es handelt sich um die Rechts-

²⁾ Zum Postulat, individuell Prioritäten der Pflege der eigenen Gesundheit zu setzen s. z. B. F. A. v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 1971 S. 378.

position, die in der bisherigen Diskussion häufig als „Kurierfreiheit“ artikuliert wurde³⁾ — nicht ganz unmißverständlich, da unter „Kurierfreiheit“ nicht nur diese „passive Kurierfreiheit“ verstanden werden kann, sondern auch jene „aktive Kurierfreiheit“, wie sie ursprünglich von der Gewerbeordnung als berufsrechtliches Prinzip etabliert wurde (s. Rn. C/11).

Hinter dieser „passiven Kurierfreiheit“ steht zunächst das Recht auf körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Den weiteren — und vielleicht sogar wichtigeren — Rahmen bildet aber das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Lehre und Rechtsprechung aus einer Zusammenschau der Garantie freier Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), des Rechts auf Leben, körperliche Integrität und persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 GG), des Rechts auf Achtung der Privatsphäre (Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [MRK]), letztlich aber aus dem allgemeinen Bekenntnis für Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) entnommen haben und entnehmen. Auch die Ausgestaltung dieses Rechts ist dem Gesetz nicht unzugänglich (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 8 Abs. 2 MRK). Jedoch liegt — vor allem wegen des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) — ein Verstoß gegen die Garantie des Wesensgehalts (Art. 19 Abs. 2 GG) sehr viel näher als etwa sonst für die allgemeine Handlungsfreiheit.

Im übrigen ist auch hier der Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 Abs. 1 GG) als substantielle Ergänzung der Grundrechte zu realisieren. In Betracht kommen auch hier wieder das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, aber auch der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), der, soweit eine Benachteiligung sozial gesicherter Personenkreise in Frage steht, nicht zuletzt im Blick auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) zu interpretieren ist.⁴⁾

³⁾ S. z. B. BVerwG 23, 140 (149); *Thieme*, Gutachten S. 22 ff., insbesondere S. 25 f.; *Dietz*, Gutachten S. 20 f. S. a. *Bogs*, Gutachten S. 42, 44 ff.

⁴⁾ S. dazu insbesondere Hans F. *Zacher*, Soziale Gleichheit, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 93 (1968) S. 341 ff.

cc) *Der Gleichheitssatz*

2/7 Mit diesen Überlegungen rückt der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), ergänzt durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), als potentiell berührtes Grundrecht auch unmittelbar in den Blick, indem er eine sachwidrige Schlechterstellung der Versicherten der GKV im Verhältnis zu anderen Personen verbietet. Dabei besteht wiederum eine Verflechtung des Aspekts der Verhältnismäßigkeit mit dem der Gleichheit. Wenn die besondere Ordnung der Brillenversorgung im Rahmen der GKV die Versicherten unverhältnismäßig belastet, so liegt die Vermutung nahe, daß damit auch das Recht der Versicherten auf sachgemäße Gleichheit mit den Nichtversicherten verletzt ist.

dd) *Verfassungsschutz und Leistungsrecht*

2/8 Die erwähnten Grundrechte und sonstigen Verfassungsmaximen dürfen nicht dadurch unterlaufen werden, daß ja niemandem eine Untersuchung direkt und unter Zwang angesonnen wird. Vielmehr ist im Sozialstaat die Einschränkung der Freiheit durch die Androhung von Vorenthaltungen nicht weniger an den Grundrechten zu messen wie der direkte Eingriff.⁵⁾

b) *Die Beeinträchtigung der verfassungsgeschützten Sphäre*

2/9 Unter diesen Aspekten ist nun noch einmal in den Blick zu nehmen.⁶⁾

⁵⁾ S. z. B. Hans Zacher, *Verwaltung durch Subventionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 25 (1967) S. 308 ff. insbes. S. 343 ff., 354 ff.; dens., Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, insbes. S. 33 ff., 50 ff., 58 ff.; dens., Rechtsdogmatik der sozialen Umverteilung, Die öffentliche Verwaltung 1970 S. 3 ff., insbes. S. 8 ff., Peter Lerche, Schutz der Persönlichkeitssphäre im Bereich der sozialen Sicherheit, in: Freiheit und Bindung im Recht der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes Bd. IX, 1972, S. 94 ff.; Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, Ver-*

Fortsetzung der Fußnoten auf Seite 134.

- daß keine Auslegung in Frage steht, die den Weg zum Augenarzt (oder sonstigen Arzt) versperrt, vielmehr nur Auslegungen zur Auswahl stehen, welche die Refraktionsbestimmung beim Arzt monopolisieren oder neben der Refraktionsbestimmung durch den Arzt die durch den Augenoptiker zulassen;
- daß nach der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht abzuwägen ist zwischen der Refraktionsbestimmung durch Augenärzte einerseits und Nicht-Augenärzte andererseits, sondern nur zwischen der Refraktionsbestimmung durch Ärzte (einschl. der Augenärzte) und Augenoptiker;
- daß niemand, der der GKV nicht angehört oder ihre Leistungen nicht in Anspruch nimmt, genötigt ist, sich eine Brille nur nach Maßgabe der Refraktionsbestimmung durch den Augenarzt oder einen sonstigen Arzt zu beschaffen, daß er vielmehr auch die Refraktionsbestimmung durch einen Heilpraktiker oder einen Augenoptiker durchführen lassen und schließlich auf die Refraktionsbestimmung ganz verzichten kann;
- daß weder das Gesundheitsrecht noch das Sozialversicherungsrecht einen allgemeinen Zwang oder auch nur Anreiz zu — von der Brillennachfrage unabhängigen — vorbeugenden Maßnahmen gegen Augenerkrankungen, zu Untersuchungen zur Früherkennung von Augenerkrankungen usw. kennen;
- daß auch die Refraktionsbestimmung durch den Augenarzt keine umfassende und systematische Vorkehrung zur Vorbeugung gegen Augenkrankheiten und zur Früherkennung von Augenkrankheiten darstellt; weil Fehlsichtigkeit, die zur Brillen-Nachfrage führt, keine adäquate Motivation für eine systematische Untersuchung auf Frühstadien von

öffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Bd. 30, 1972, S. 43 ff. S. vor allem *Lerche* und *Häberle* je aaO auch zu Rn. E/5 und 7.

⁶⁾ S. o. insbesondere B und D.

Augenkrankheiten ist, ferner weil die Refraktionsbestimmung für sich, auch wenn sie vom Augenarzt durchgeführt wird, keine Gewähr für die Erkennung von Augenkrankheiten bietet.⁷⁾

Ergänzend ist anzumerken, daß das Gesetz im Rahmen der Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten (§§ 181 bis 181 b RVO) keine allgemeinen Maßnahmen zur Früherkennung von Augenkrankheiten vorgesehen hat,⁸⁾ und die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen der Früherkennung weder im Sinne eines direkten noch im Sinne eines indirekten Zwangs, Untersuchungen zu dulden, ausgestaltet sind.⁹⁾ Die älteren Ermächtigungen zu vorbeugender Gesundheitspflege im Rahmen der GKV (§§ 187 Nr. 4, 363 RVO)¹⁰⁾ ermöglichen sicher auch Maßnahmen zur Vorbeugung gegen Augenkrankheiten, ohne dies freilich anzuordnen oder auch nur zu artikulieren. Zwang liegt ihnen aber nicht weniger fern als der Regelung der §§ 181 ff. RVO.

c) *Verfassung drängt auf Wahlfreiheit der Versicherten*

10 Alles das zusammen gesehen liegt es nahe, den indirekten Zwang, daß Versicherte Brillen nur nach Maßgabe ärztlicher Refraktionsbestimmung erhalten können, als eine unverhältnismäßige, sozialstaatswidrige und ungleiche Beeinträchtigung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit, ihrer körperlichen Integrität, ihrer „passiven Kurierfreiheit“, letztlich ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, zu qualifizieren.^{10a)} Zumindest ist anzunehmen, daß sich die beiden in Frage stehenden Auslegungen durch Verfassungsnähe und Verfassungsferne in einem

⁷⁾ S. insbes. Rn. B/11 und D/2 ff.

⁸⁾ S. zu Einzelheiten aber nochmals Rn. C/41.

⁹⁾ S. dazu *Peters*, Handbuch § 181 Anm. 3 (S. 17/248 -12-).

¹⁰⁾ S. Rn. C 14, 17, 41.

^{10a)} Im Ergebnis übereinstimmend: *Thieme*, Gutachten S. 23 ff., insbes. S. 25 f.; *Dietz*, Gutachten, S. 20. S. zu den zutreffenden Abwägungen auch *Bockelmann*, Gutachten S. 66 ff.; BVerwG 23, 140 (148 f). — Für Verhältnismäßigkeit dagegen: *Bogs*, Gutachten S. 44 ff., insbesondere S. 46 ff.

Maße unterscheiden, das die „liberalere“ Auslegung — zugunsten der Wahlfreiheit des Versicherten — als verfassungsmäßig geboten erscheinen läßt. Es lohnt nicht, die Frage zu vertiefen, ob diese Auslegung als „verfassungskonforme“ hier die allein gebotene ist.¹¹⁾ In jedem Fall ist es die Auslegung, die eindeutig die Werte der Verfassungsordnung mehr verwirklicht als die andere. Das ist deutlich und bedeutsam genug.

4. Das Recht des Versicherten auf Sicherung seiner Gesundheit — ein Gegenrecht?

E/11 Vorsorglich ist noch die Erwägung aufzugreifen, ob sich die Einschränkung der genannten Freiheitsrechte nicht daraus rechtfertigt, daß sich ohne sie einschlägige „soziale Rechte“ nicht verwirklichen lassen. Nun kennt das Grundgesetz zwar keine detaillierten „sozialen Rechte“. Immerhin weisen internationale Dokumente die — wie die Europäische Sozialcharta und das Übereinkommen Nr. 102 der Internationalen Arbeitsorganisation — in der Bundesrepublik zum Teil mit Gesetzeskraft gelten sowie Vorschriften in den Landesverfassungen¹²⁾ auf den Bestand entsprechender sozialer Rechte hin, deren grundgesetzlicher Generalnenner im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) gefunden werden kann. Neuerdings tritt ergänzend der Entwurf eines Allgemeinen Teils eines Sozialgesetzbuches hinzu, der in §§ 2 ff. „Soziale Rechte“ auszubringen versucht.¹³⁾

In Betracht kommen:

— ein allgemeines Recht auf Schutz der Gesundheit, wie es etwa in Art. 11 der Europäischen Sozialcharta ausgebracht ist, oder

¹¹⁾ S. dazu z. B. Hans *Spanner*, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 91 (1966) S. 503 ff.; Harald *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966.

¹²⁾ S. *Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte usw. [Anm. 5] S. 11 f.

¹³⁾ S. Hans F. *Zacher*, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, 1973, S. 42 ff.

— ein spezielles Recht auf Schutz der Gesundheit durch soziale Sicherung, wie es etwa in Art. 7 ff., 13 ff., 31 ff. des Übereinkommens Nr. 102 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit oder in §§ 4, 21 des Entwurfs eines Allgemeinen Teils eines Sozialgesetzbuches ausgebracht wird.

In jedem Falle aber handelt es sich nur um ein Recht auf Hilfe zur Gesundheit,¹⁴⁾ nicht um eine Pflicht zur Gesundheit, vor allem nicht um konkrete gesundheitliche Pflichten.¹⁵⁾ Solche können allemal nur unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Garantien der Freiheit und Gleichheit der Bürger formuliert werden.¹⁶⁾ Im konkreten Zusammenhang wäre es aber auch deshalb verfehlt, das Recht auf Gesundheit oder auf soziale Sicherung der Gesundheit durch die „illiberale“ Auslegungs-Alternative realisieren zu wollen, weil der direkte und nächste Weg zur Verwirklichung solcher Rechte der Ausbau der Maßnahmen der Aufklärung, der Vorbeugung und Vorsorge sowie der Früherkennung ist, während die Monopolisierung der Refraktionsbestimmung bei den Ärzten (nicht nur Augenärzten) nur einen extremen unvollständigen, sach- und systemwidrigen und daher unzuverlässigen Weg zur Vorbeugung gegen Augenkrankheiten oder deren vermeidbare Verschlechterung darstellt. Oder anders ausgedrückt: Vergleicht man die §§ 181—181 b, 187 Nr. 4, 363 RVO mit dem Recht auf „Versorgung mit Brillen“ (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) im Lichte eines Rechts auf Gesundheit, so erscheint es geradezu absurd, diese mit einer Vorsorge zu überfrachten, die im Rahmen jener Vorschriften unmittelbar, sach- und systemgerecht, verhältnismäßig und effektiv realisiert werden kann oder doch könnte.

¹⁴⁾ S. dazu z. B. Christian von *Ferber*, Gibt es ein sozialstaatliches Recht auf Gesundheit? *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 2. Jg. (1971) S. 104 ff.

¹⁵⁾ S. a. nochmals Anm. 2.

¹⁶⁾ S. nochmals *Lerche* aaO [Anm. 5].

II. Die Interessen der Augenoptiker

1. Der drohende Widerspruch zwischen Berufsbild und effektiver Funktion

E/12 Der Personenkreis, der nächst den Versicherten das intensive Interesse an der richtigen Lösung der hier erörterten Probleme hat, sind die Augenoptiker. Ihr zentrales Anliegen entspricht folgendem Widerspruch:

- Auf der einen Seite gehört die Refraktionsbestimmung zu ihrem Berufsbild. Sie sind in dieser Tätigkeit auch vom Recht der Heilberufe her nicht beschränkt (Rn. B/8). Auch die Rechtsvereinheitlichung im Raum der Europäischen Gemeinschaften wird diese Richtung nehmen (Rn. C/42—44). Die Augenoptiker sind auch gehalten, ihre Ausbildung entsprechend einzurichten. Das Gesamtprogramm des Berufsbildes zeigt das in vielen Positionen. Speziell in bezug auf die optische Korrektur von Fehlsichtigkeit sahen schon die fachlichen Vorschriften für die Meisterprüfung im Augenoptiker-Handwerk von 1956 in § 3 Ziff. 7 folgendes vor:

„Behebung von Sehfehlern durch Sehhilfen (Brillen) Feststellen der verschiedenen Sehfehler (Myopie, Hypermetropie, Astigmatismus, Presbyopie) und Ermittlung der erforderlichen Korrektionsgläser.“

Ein neuer Entwurf auf der Grundlage des verordnungsrechtlich festgelegten Berufsbildes für das Augenoptiker-Handwerk wird die darin ausgewiesene Zugehörigkeit der „Messung der Refraktion des Auges, Prüfung der Sehschärfe“ zu dem Arbeitsgebiet des Augenoptikers und des „Messens der Refraktion nach objektiven Methoden unter Anwendung der notwendigen Geräte und optischen Hilfsmittel“ usw. zu den Fertigkeiten und Kenntnissen des Augenoptikers noch stärker berücksichtigen. Er liegt derzeit dem Bundesministerium für Wirtschaft zur Genehmigung vor. Gerade auch im Sinne der europarechtlichen Entwicklungen (Rn. C/42 ff.) ist eine weitere Anspannung der Ausbildungsansprüche auch unvermeidlich.

— Demgegenüber bedeutet es eine wesentliche Einschränkung dieser Tätigkeit, wenn sie gegenüber Versicherten der GKV nicht mit der Folge vorgenommen werden kann, daß die Refraktionsbestimmung auch zur Leistung der Brille nach Maßgabe der Vorschriften der GKV führen kann.

2. Zur Tragweite der dem Augentoptiker zugemuteten Funktionsschranken

3 Zur Würdigung der damit aufgerichteten Schranke kann auf das zurückgegriffen werden, was das Bundesverfassungsgericht in seinem sogenannten Kassenarzturteil (BVerfG 11, 30 [43 f.]) über die Tragweite des Zugangs von Ärzten zum Kassenarztwesen und der Ausschließung von Ärzten davon festgestellt hat:

„Die vorliegende Regelung zeigt nun die Eigenart, daß sie den voll qualifizierten Arzt, der sich zur Ausübung der ärztlichen Praxis niedergelassen hat, von der Behandlung eines sehr großen Patientenkreises absperrt, ihn zwar nicht unmittelbar rechtlich, aber durch die gesamte Gestaltung des Kassenarztwesens praktisch an der Behandlung zahlreicher Patienten hindert, die ihn sonst in Anspruch nehmen würden. In ihrer Auswirkung kommt sie so in die Nähe einer Zulassungsregelung, wenn die Behauptung der Beschwerdeführer zutrifft, daß der von den Kassen ausgeschlossene frei praktizierende Arzt — von Ausnahmen abgesehen — keine ausreichende Möglichkeit habe, seinen Beruf auszuüben. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Zulassung zu den Kassen von solcher Bedeutung ist, daß in der Regel erst sie dem Arzt die Verwirklichung seines Berufs ermöglicht.

Auszugehen ist dabei von der Einbeziehung des größten Teils der Bevölkerung in die gesetzliche Krankenversicherung. Während im Jahre 1895, ein Jahrzehnt nach Schaffung der gesetzlichen Krankenversicherung, im Deutschen Reich 7,9 Millionen = 14,4% der Bevölkerung direkt versichert waren, waren es 1931 bereits 20 Millionen = 32% und 1938 23,2 Millionen = 34%. Im Jahre 1955, also bei Inkrafttreten

des Gesetzes über Kassenarztrecht, betrug die Zahl der Direktversicherten 23,6 Millionen = 48% der Bevölkerung des Bundesgebiets; 1958 waren es bereits 26,1 Millionen = 53,1%.

Die Zahl der Kassenmitglieder zeigt somit eine langfristig steigende Tendenz. Die Hauptursache hierfür ist das durch die Veränderung der wirtschaftlichen Struktur bedingte Ansteigen der Zahl der unselbständig Tätigen. Rechnet man zur Zahl der Direktversicherten die der mitversicherten Familienangehörigen hinzu, die sich nur schätzen läßt, so werden heute bereits rund 80% der Bevölkerung von der gesetzlichen Krankenversicherung erfaßt (die Schätzungen schwanken zwischen 77 und 87%). In diesen Zahlen sind allerdings auch die bei den Ersatzkassen, Knappschaften und der Seekrankenkasse Versicherten enthalten. Dies ist jedoch ohne Bedeutung, da auch diese Kassen jeden Arzt zulassen.

Die restlichen 20% der Bevölkerung decken sich nicht mit dem Patientenkreis der nicht zugelassenen Ärzte. Sie erhöhen sich nach den Ausführungen des Sachverständigen um eine nicht meßbare Zahl von Versicherten, die es vorziehen, sich als selbst zahlende Privatpatienten behandeln zu lassen. Auf der anderen Seite sind jene 20% der Bevölkerung als potentielle Privatpatienten nicht den Ärzten ohne Kassenpraxis vorbehalten, vielmehr müssen diese sich in diesen Patientenkreis mit den Kassenärzten und mit angestellten Krankenhausärzten teilen.

Zwar besteht noch die Möglichkeit, sich unter Verzicht auf die Kassenzulassung eine freie ärztliche Praxis aufzubauen; praktisch wird sie nur für einen kleinen Kreis von „Spezialärzten“, die sich durch eine besondere Behandlungsmethode oder einen besonderen Ruf das Vertrauen eines größeren Patientenkreises erworben haben. Bei der Entscheidung über die Berufswahl kann diese Möglichkeit in der Regel nicht in Betracht gezogen werden; deshalb muß das Gericht, das vom Regelfall auszugehen hat, sie wegen ihres Ausnahmecharakters unberücksichtigt lassen.

Im allgemeinen ist der Arzt auf die Kassenzulassung angewiesen. Während früher die kassenärztliche Tätigkeit eine zusätzliche Einkommensquelle für den frei praktizierenden Arzt war, bietet heute umgekehrt die freie Praxis ein zusätzliches Einkommen von durchschnittlich 25 % zum Haupteinkommen aus der Kassenpraxis.

4. Kann also der frei praktizierende Arzt in aller Regel seinen Beruf wirtschaftlich gesehen ohne Kassenzulassung nicht erfolgreich ausüben, so kommt die Wirkung der jetzigen Regelung, die die Zulassung von einer schematischen Verhältniszahl abhängig macht, auf die der Arzt keinen Einfluß hat, einer „objektiven Zulassungsvoraussetzung“ in Gestalt einer Bedürfnisklausel nahe (BVerfGE 7, 377 [406 ff.]). Sie ist deshalb nur gerechtfertigt, wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert wird, die anders nicht geschützt werden können.“

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Feststellungen in seinem Kassenzahnarzt-Urteil (BVerfG 12, 144 [147 f.]) bekräftigt. Und im Jahre 1969 hat es in seinem Dentisten-Urteil (BVerfG 25, 236 [250]) ausgesprochen, daß sich seit den vorgenannten Urteilen von 1960/61 „keine entscheidungserheblichen Änderungen ergeben“ haben. Neueste amtliche Feststellungen bekräftigen das.¹⁷⁾

Nun ist freilich ein wesentlicher Unterschied nicht zu verkennen. Beim Kassenarzt (Kassenzahnarzt) bezieht sich der Zugang zur GKV grundsätzlich auf die gesamte ärztliche Tätigkeit. Das bedeutet zugleich, daß sich dieser Zugang auf eine Tätigkeit bezieht, von der andere Berufsgruppen a priori fast völlig ausgeschlossen sind. Die Anerkennung der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker im Rahmen der GKV bezieht sich dagegen auf eine von vielen möglichen Tätigkeiten des Augenoptikers und zudem auf eine Tätigkeit, von der von vorneherein unbestritten ist, daß sie auch von Ärzten aus-

¹⁷⁾ Gesundheitsbericht des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit S. 68.

geübt werden kann. Die Entscheidung über die krankenkassenrechtliche Relevanz der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker impliziert also nicht die Entscheidung über den Zugang zum Beruf des Augenoptikers. Die vom Bundesverfassungsgericht übernommenen Feststellungen machen gleichwohl die quantitative Dimension deutlich, in der die Ausübungsbeschränkung als solche wirkt.

Aber auch qualitativ kann das Problem nicht vernachlässigt werden. Die eigenständige Refraktionsbestimmung stellt eine wesentliche Abrundung des Berufsbildes des Augenoptikers dar. Und letzten Endes kann die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation auch darauf zurückwirken, in welchem Umfang die legitime Refraktionsbestimmung des Augenoptikers außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der GKV in Anspruch genommen wird.

3. Verfassungsrechtliche Würdigung der Interessenlage

a) Der Maßstab des Art. 12 GG

E/14 Grundrechtlich betrachtet ist das Interesse der Augenoptiker, das hier auf dem Spiele steht, als Interesse an der freien Berufsausübung anzusehen (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG).¹⁸⁾ Trifft der Gesetzgeber „eine reine Ausübungsregelung . . ., die auf die Freiheit der Berufswahlen nicht zurückwirkt, vielmehr nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben“, so können — nach der seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 7, 377) ständigen Rechtsprechung — „in weitem Maße Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit zur Geltung kommen“, nach denen zu bemessen ist, „welche Auflagen den Berufsangehörigen gemacht werden müssen, um Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit abzuwehren“ (BVerfG 7, 377 [405 f.]). „Der Grundrechtsschutz beschränkt sich insoweit auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig

¹⁸⁾ S. a. Bogs, Gutachten S. 49 f.

belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen“ (ebd. S. 406)¹⁹⁾

b) Der innere Widerspruch der beschränkenden Interpretation

- 5 Eine solche unangemessene Belastung liegt hier vor. Auf die innere Widersprüchlichkeit des Versuchs, Augenkrankheiten vorsorgend nicht durch die Ausweitung vorbeugender, vorsorgender und früherkennender Maßnahmen, sondern durch das Refraktionsmonopol der Ärzte entgegenzuwirken, wurde bisher schon mehrfach hingewiesen.²⁰⁾ Sie trifft den Berufsstand der Augenoptiker als eine unverhältnismäßige und unzumutbare Beschränkung der Berufsausübung.²¹⁾

Statt jeder anderen Argumentation kann hierzu auf eine Parallele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurückgegriffen werden. Zum Ausschluß von Dentisten von der Zulassung zur kassenzahnärztlichen Praxis sagt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG 25, 236 [251 f.]):

„Die gesetzliche Regelung leidet an einem inneren Widerspruch.

Das zu schützende Gemeinschaftsgut ist die Volksgesundheit. In ihrem Interesse soll eine hohe Qualifikation der die Zahnheilkunde als Beruf Ausübenden gesichert und ungeeignete Personen sollen von diesen Tätigkeiten ferngehalten werden. Andere öffentliche Interessen, die den Eingriff in die Berufsfreiheit legitimieren könnten, der in der Aufstellung der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen liegt, sind nicht ersichtlich. Der Ausschluß der nichtanerkannten Dentisten von der Zulassung zu den gesetzlichen Krankenkassen kann folglich nur unter diesem Gesichtspunkt seine Rechtfertigung finden. Andererseits hat der Gesetzgeber aber

¹⁹⁾ Zur weiteren einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. z. B. Gerhard *Leibholz* und Hans Justus *Rinke*, Grundgesetz, 4. Auflage 1971, Art. 12 Anm. 8.

²⁰⁾ S. insbesondere Rn. B/11, D/1 ff.

²¹⁾ A. A. freilich *Boggs* aaO [Anm. 18].

durch § 19 ZHG für diesen Personenkreis die Befugnis aufrechterhalten, im bisherigen Umfange die Zahnheilkunde auch weiterhin beruflich auszuüben. Der Gesetzgeber ist also offenbar der Überzeugung gewesen, daß die staatlich nicht anerkannten Dentisten keine Gefahr für die Volksgesundheit bilden. Damit hat er aber der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Kassenzulassung die sie einzig rechtfertigende Grundlage entzogen und mit diesem Widerspruch die selbst gesetzte ‚Sachgesetzlichkeit‘ durchbrochen.

Es ist nicht einzusehen, warum die nicht staatlich anerkannten Dentisten einerseits die Behandlungsbefugnis bei Privatpatienten — und solchen gesetzlich Krankenversicherten, die es vorziehen, sich als selbstzahlende Patienten behandeln zu lassen (BVerfGE 11, 30 [44]) — besitzen, andererseits aber für die Behandlung von Kassenpatienten nicht als genügend befähigt gelten. Nach allgemeinen gesundheitspolitischen oder gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkten bedarf der eine Personenkreis keines stärkeren oder umfassenderen Schutzes gegen die Folgen unsachgemäßer zahnärztlicher Behandlung als der andere.“

Das kann ohne weiteres auf den hier anstehenden Fall übertragen werden.

c) Insbesondere der Widerspruch zum Berufsrecht der Augenoptiker

aa) Zu den Zugangskontrollen

E/16 Der innere Widerspruch der gesamten Regelung wird noch deutlicher, wenn in Betracht gezogen wird, daß die Augenoptiker nicht nur außerhalb der GKV zur eigenständigen Refraktionsbestimmung zugelassen sind, sondern daß der Berufsstand der Augenoptiker im Interesse seiner Leistungsfähigkeit²²⁾ subjektiven Zugangskontrollen, insbesondere einem strengen Ausbildungswesen unterworfen ist. Der Gesetzgeber hat es — mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG

²²⁾ S. dazu generell BVerfG 13, 97 (110 ff.).

13, 97 [113 ff.]) — nicht dabei bewenden lassen, die Ausübung der handwerklichen Tätigkeiten zu regeln und es dem freien Wettbewerb anzuvertrauen, die leistungsunfähigen oder weniger leistungsfähigen Kräfte auszuschneiden (aaO S. 114). Vielmehr erblickte er „in der Erhaltung und Pflege eines hohen Leistungsstandes des Handwerks ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“ (aaO S. 113) das schon „gegen das Eindringen unqualifizierter Kräfte in den Beruf“ geschützt werden muß. Bis unqualifizierte Kräfte „wieder ausgeschieden oder aber auf den wünschenswerten Leistungsstand gebracht sind, können sowohl der Kundschaft (durch mangelhafte Leistungen) wie dem Stande selbst (durch Verdrängung und Behinderung wirklich leistungsfähiger Betriebe und durch Minderung des Ansehens der handwerklichen Arbeit im ganzen) schwere Schäden zugefügt sein. Dies zu vermeiden war aber gerade das Ziel des Gesetzgebers“ (aaO S. 114).

Wenn daher die Angehörigen des Augenuptiker-Handwerks — und davon muß sowohl handwerksrechtlich als heilberufsrechtlich ausgegangen werden — grundsätzlich geeignet sind, die Refraktionsbestimmung vorzunehmen, so tut das Handwerksrecht ein Äußerstes, um ungeeignete Kräfte davon fernzuhalten. Das Berufsbild wirkt auf die Ausbildung zurück (§ 45 der Handwerksordnung). Die Ausbildung prägt die Zugangskontrolle. Die Zugangskontrolle ihrerseits gewährleistet, daß der Beruf nach Maßgabe des Berufsbilds nur von hinreichend qualifizierten Personen ausgeübt wird.²³⁾ Auf diese Weise bildet das Augenuptiker-Handwerk — wie grundsätzlich jedes Handwerk — einen Berufsstand von öffentlich garantierter hoher Leistungsfähigkeit. Auf diese Weise aber nimmt dieser Berufsstand — schon von der Ausbildung und den Zugangskontrollen her — hohe Anforderungen in Kauf. Die damit verbundenen Erwartungen werden durch eine Einschränkung von dem Ausmaß, daß eine gewisse Berufsfunktion für etwa 90 v. H. der Bevölkerung nicht vollgültig wahrgenommen werden kann, ebenso unerträglich wie unnötig enttäuscht.

²³⁾ S. zu einigen Einzelheiten nochmals Rn. B/8 ff., C/39, C/42 ff., D/6, D/19—22.

bb) Zur Berufsordnung

E/17 In diesen Zugangskontrollen liegt übrigens auch ein bemerkenswerter Ansatz zur Analogie zwischen den Augenoptik-Handwerkern einerseits und den Ärzten, Zahnärzten und Dentisten andererseits. Die Analogie ist zudem möglich im Hinblick auf die organisatorische Einbindung der Berufsausübung. Weder für die Ärzte noch für die Handwerker hat es die Rechtsordnung dabei bewenden lassen, die Ausübung ihrer Berufe normativ zu binden. In beiden Fällen wurde die Forderung der Leistungsfähigkeit des Berufsstandes spezifischen Organisationen übertragen: auf der einen Seite den Ärztekammern (Zahnärztekammern), auf der anderen Seite den Innungen, Kreishandwerkerschaften und Handwerkskammern. Die Aufgaben dieser Berufsorganisationen sind im einzelnen gewiß unterschiedlich geregelt. Jeweils sachadäquat sind sie aber geeignet, darauf hinzuwirken, daß die Erwartungen, welche die Allgemeinheit in die Leistungsfähigkeit der Berufsangehörigen setzt, gerechtfertigt werden.

Was beim Arzt nun hinzutritt, das ist das besondere Instrumentarium kassenarztrechtlicher Organisationen und Regelungen. Dessen gesetzliche Ausformung fehlt für die Augenoptiker zwar. Immerhin bietet das Sozialversicherungsrecht in § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO einen tauglichen Weg an, das Notwendige vorzukehren. Und das Handwerksrecht gewährleistet, damit dieser Weg effektiv beschritten werden kann, nicht nur den soziologisch geschlossenen Berufsstand der Augenoptik-Handwerker. Es bietet in den Innungen, Landesinnungsverbänden und im Bundesinnungsverband auch rechtlich hinreichend legitimierte und leistungsfähige Vertragspartner an (s. insbesondere §§ 54, 81, 82, 85 der Handwerksordnung). Ihnen ist mit der Tariffähigkeit (§§ 54 Abs. 3 Nr. 1, 82 Nr. 3, 85 Abs. 2 Satz 1 der Handwerksordnung) die weitestgehende normenvertragliche Ordnungsmacht zugestanden, die unsere Rechtsordnung kennt. Sie sind rechtlich und tatsächlich imstande, die Ordnungsaufgabe zu erfüllen, die in bezug auf den Einbau der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker in das Leistungssystem der GKV zu erfüllen ist.

Daß nicht a priori ein Ordnungssystem wie das Kassenarztrecht für diese Ordnungsaufgabe zur Verfügung steht, entspricht nicht nur geschichtlichen Bedingungen (s. C.), sondern auch jetzt gegebenen Verhältnissen: Der vergleichsweise bescheidenen Bedeutung der Brillenversorgung — insbesondere der arztunabhängigen Brillenversorgung — gegenüber der Schlüssel-funktion der Kassenärzte für die GKV; aber auch dem Umstand, daß die Kassenärzte von der GKV „leben“, während der Anteil der Krankenkassenleistungen an den Handwerksbetriebsleistungen der Augenoptiker bei etwa $\frac{1}{3}$ liegt.²⁴⁾ Der Anteil arztunabhängiger Krankenkassenleistungen liegt sicher selbst im Falle allgemeiner Anerkennung ihrer Zulässigkeit noch wesentlich darunter. Vor allem aber reicht das Instrumentarium aus, weil es sich bei Brillenversorgung um eine sehr spezifische Leistung handelt, während der Kassenarzt eine große Vielfalt von Leistungen erbringen kann und über eine noch größere Vielfalt von Leistungen durch seine Verordnungen usw. disponiert.

cc) Zu den allgemeinen Berufspflichten

- 18 Schließlich aber ist noch darauf hinzuweisen, daß der Augenoptiker den Rechtsgütern des Lebens und der Gesundheit nicht nur kraft der allgemeinen Normen des Privat- und des Strafrechts verpflichtet ist. Unter Androhung des Verlusts oder der Beschränkung seiner Gewerbebefugnis hat er diese Rechtsgüter auch im Sinne einer Standespflicht zu wahren (§ 35 der Gewerbeordnung).²⁵⁾ Es ist geradezu erstaunlich, mit welcher Beharrlichkeit diese allgemeine Pflicht in der bisherigen Diskussion vernachlässigt wurde.

d) Abschließende Würdigung

- 19 Alles in allem zeigt sich: je genauer der Sachverhalt aufgenommen wird, desto mehr erweist sich der „innere Widerspruch“,

²⁴⁾ S. noch einmal „Betriebsvergleich im Augenoptikerhandwerk des Bundesgebiets“ [D Anm. 28] S. 29 ff.

²⁵⁾ S. a. Rn. D/21 und 22.

der darin läge, daß der Handwerkerstand der Augentoptiker zwar allgemein zur Refraktionsbestimmung (Bestimmung der Sehschärfe) zugelassen und entsprechenden Zugangskontrollen und berufsrechtlichen Bindungen unterworfen ist, im Bereich der GKV aber von der selbständigen Refraktionsbestimmung zugunsten der Ärzte (aber nicht nur der Augenärzte) ausgeschlossen wäre. Eine entsprechende Interpretation der §§ 182 Abs. 1 Nr. 1, 368 Abs. 2 RVO wäre also verfassungswidrig. Die gegenteilige Interpretation, welche die „Versorgung mit Brillen“ auch allein nach Refraktionsbestimmung durch den Augentoptiker zuläßt, ist deshalb als allein „verfassungskonforme“ Auslegung²⁶⁾ zu wählen.

III. Die Interessen der Ärzte

1. Allgemeines zur Interessenlage

E/20 Auf seiten der Ärzte sind vor allem zwei Interessen wahrzunehmen:

- das Interesse an einer möglichst umfangreichen Praxis — ein Interesse, dem auch das ärztliche Monopol der Refraktionsbestimmung förderlich wäre —;
- das Interesse daran, der ärztlichen Verantwortung für die Gesundheit der Versicherten (Patienten) gerecht werden zu können.²⁷⁾

Zu beiden Interessen ist hier noch einmal in Erinnerung zu rufen, daß zu den zur Entscheidung stehenden Auslegungsalternativen keine gehört, die den Ärzten die Refraktionsbestimmung vorenthalten würde. Vielmehr geht es nur darum, ob die Augentoptiker sie neben den Ärzten durchführen dürfen. Ferner haben beide Interessen verschiedenes Gewicht für den Augenarzt und den Allgemeinarzt, während nach der gegebenen Gesetzeslage jede Auslegung zugunsten der Ärzte die Allgemeinärzte nicht weniger begünstigt als die Augenärzte.

²⁶⁾ S. nochmals Anm. 11.

²⁷⁾ S. dazu auch *Boggs*, Gutachten S. 19.

2. Das Interesse der Ärzte an einer möglichst umfangreichen Praxis

a) Gesetzesrechtliche Verwirklichung

1 Der Status des Kassenarztes umschließt Rechte und Pflichten, Vor- und Nachteile. Die Vorschriften über die Beteiligung der Kassenärzte und ihrer Vereinigungen an der kassenärztlichen Versorgung (§§ 368, 368 n RVO) erlauben daher durchaus eine Auslegung, die sie nicht nur im Sinne der Pflicht der Kassenärzte und ihrer Vereinigungen, die kassenärztliche Versorgung sicherzustellen, realisiert, sondern in ihnen auch eine Schutznorm zugunsten der Kassenärzte sieht.²⁸⁾ Das bedeutet z. B., daß es den Krankenkassen versagt ist, ärztliche Leistungen über die gesetzlichen Vorschriften hinaus durch Nichtkassenärzte oder auch durch angestellte Ärzte der Krankenkassen zu erbringen. Aber es bedeutet keinen Anspruch der Ärzte, daß alle Leistungen, die von ihnen erbracht oder verordnet werden können, auch *nur* von ihnen erbracht oder verordnet werden dürfen.

Schon das Gesetz selbst kennt für Notfälle Ausnahmen vom Monopol der ärztlichen Leistung (§§ 122 Abs. 1 Satz 2, 368 d Abs. 1 Satz 2 RVO). Und es läßt die Hilfe durch den staatlich anerkannten Dentisten (§ 123 RVO) und — im Rahmen der Mutterschaftshilfe — der Hebamme (§§ 196, 197 RVO) unmittelbar zu.²⁹⁾ Desgleichen kennt der Bundesmantelvertrag (Ärzte) die Abgabe von Leistungen durch eigene Einrichtungen der Krankenkasse und ihrer Verbände (§ 2 Abs. 5). Von einem absoluten Anspruch der Ärzte, daß nur sie die Leistungen der GKV erbringen oder vermitteln dürften, kann demnach nicht die Rede sein. Vielmehr sind Ausnahmen denkbar. Und die Brillenversorgung gehört zu diesen Ausnahmen.

22 Das hebt den Schutzcharakter des Kassenarztrechts nicht auf. Dieser wäre vielmehr allenfalls dann berührt, wenn die Ärzte —

²⁸⁾ S. in diesem Sinne auch *Bogs*, Gutachten S. 25; *Thieme*, Gutachten S. 5 ff.; je m. w. Nachw.

²⁹⁾ S. a. nochmals Rn. B/21.

jedenfalls die Augenärzte — von der Refraktionsbestimmung überhaupt ausgeschlossen würden, oder dann, wenn die Augenoptiker auch zu Augenuntersuchungen zugelassen würden, die spezifische ärztliche (medizinisch-wissenschaftliche) Kenntnisse voraussetzen. Beides steht jedoch nicht in Frage. Die richtige Betrachtung hat vielmehr davon auszugehen, daß die Brillenversorgung in erster Linie eine Sachleistung darstellt, die der Arzt nicht erbringen kann. Wo die Brille notwendig ist, um schlichte, nichtpathologische Fehlsichtigkeit auszugleichen, gehört zu der Sachleistung „Brille“ auch die Refraktionsbestimmung, die vom Optiker im Verband mit der Brillenlieferung erbracht werden kann.³⁰⁾ Darin liegt keine Beeinträchtigung des ärztlichen Anspruchs auf kassenärztliche Versorgung. Vielmehr ist darin, daß der Kassenarzt auch zur schlichten Refraktionsbestimmung, die keine wissenschaftlich-medizinischen Kenntnisse und Methoden voraussetzt, zugelassen wird, eine Ausweitung seines ärztlichen Wirkungskreises zu sehen, die um des Sachzusammenhanges willen legitim erscheint, wegen der Überschneidung mit dem Zuständigkeitsbereich des Augenoptikers oder — wenn man es anders sehen will — wegen ihres natürlichen Zusammenhangs mit der Sachleistung „Brille“ aber kann und darf sie nicht beim Arzt, auch nicht beim Kassenarzt, monopolisiert werden.

b) Verfassungsrechtlicher Schutz

E/23 Vollends unmöglich wäre es, darin, daß auch die Augenoptiker zur Refraktionsbestimmung im Rahmen der GKV zugelassen werden, einen Verstoß gegen Art. 12 GG zu sehen. Die Zulassung zum Kassenarztwesen ist eine Ausübungsregelung, die wie eine Zugangsregelung zu beurteilen ist. Die Ausgestaltung der kassenärztlichen Tätigkeit im einzelnen dagegen ist eine Ausübungsregelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.³¹⁾ Weder für den Augenarzt noch — und erst recht nicht — für den Allgemeinarzt (praktischer Arzt) kommt der Refraktions-

³⁰⁾ S. a. nochmals Rn. B/2 ff., B/5 ff., B/13 ff., B/24 ff., C/32 ff., C/42 ff., D/1 ff.

³¹⁾ Zu zulässigen Einschränkungen s. z. B. BSG 2, 201 (215 f.); 22, 318.

bestimmung eine Bedeutung zu, die es erlaubt oder gar gebietet, die konkurrierende Zulassung der Augenoptiker zur Refraktionsbestimmung wie einer Berufswahlbeschränkung der Ärzte zu betrachten.³²⁾ Somit steht sowohl für den Augenoptiker als auch für den Arzt jeweils eine Ausübungsregelung in Frage.

Ausübungsregelungen stehen zwar prinzipiell im Ermessen des Gesetzgebers, müssen aber in sich verfassungsmäßig sein (Rn. E/14). Das würde hier vor allem bedeuten, daß die Zulassung der Ärzte zur Refraktionsbestimmung und der sozialversicherungsrechtliche Ausschluß der Augenoptiker von der Refraktionsbestimmung dem Gleichheitssatz standhalten muß (Art. 3 Abs. 1 GG). Das scheidet jedoch an dem „inneren Widerspruch“, der zwischen der konkurrierenden Zulassung von Ärzten und Augenoptikern außerhalb des Sozialversicherungsrechts und der ausschließlichen Zulassung der Ärzte innerhalb des Rechts der GKV bestünde (Rn. E/15 ff.). So wie das Bundesverfassungsgericht aus dem „inneren Widerspruch“ des Ausschlusses der Dentisten von der kassenzahnärztlichen Versorgung auf eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG geschlossen hat (BVerfG 25, 236 [251 ff.]),³³⁾ so würde auch der Ausschluß der Augenoptiker von der selbständigen Refraktionsbestimmung im Rahmen der Brillenversorgung als GKV-Leistung einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellen, der zugleich die Augenoptiker in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 beeinträchtigen würde. Somit versteht sich von selbst, daß die Zulassung der Augenoptiker zur selbständigen Refraktionsbestimmung im Rahmen der GKV nicht eine Verletzung der freien Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) der Kassenärzte bedeuten kann.

3. Das Problem der ärztlichen Verantwortung

24 Aus der Verantwortung der Kassenärzte und der Kassenärztlichen Vereinigungen für die medizinische Versorgung im Rah-

³²⁾ S. zum Vorstehenden nochmals die Hinweise und Zitate in Rn. E/13 und 14.

³³⁾ S. den Auszug Rn. E/15.

men der GKV ergibt sich auch das Postulat, daß die Einschaltung dritter Institutionen, Personen usw. den Ärzten die Wahrung ihrer medizinischen Verantwortung für die Versicherten nicht erschweren oder gar unmöglich machen darf. Dem würde es etwa widersprechen, wenn die Apotheken berechtigt wären, ärztlich verordnete Arzneien beliebig durch andere Arzneien gleicher Indikation zu ersetzen. Ausdrücklich anerkannt ist dieses Prinzip in § 369 b Abs. 2 RVO, wonach der Vertrauensarzt nicht berechtigt ist, in die Behandlung des Kassenarztes einzugreifen. Dieser Gedanke darf aber auch nicht überspannt werden. Das Recht der GKV kennt keinen Zwang der Versicherten, sich ärztlicher Behandlung zu unterziehen — auch und gerade nicht im Rahmen vorbeugender und früherkennender Maßnahmen.³⁴⁾ Die Verantwortung der Ärzte bezieht sich allemal nur auf die Fälle, die an sie herangetragen werden.³⁵⁾ Das Prinzip der ärztlichen Verantwortung und ihrer Integrität weiter zu erstrecken, entbehrte nicht nur jeder gesetzlichen Grundlage; es wäre auch wirklichkeitsfremd.

Aus einem so verstandenen Prinzip kassenärztlicher Verantwortung für die medizinische Versorgung der Versicherten der GKV läßt sich für das Refraktionsmonopol der Ärzte nichts entnehmen. Dagegen ist ihm eine Ordnung, die den Zugang zur ärztlichen (augenärztlichen) Untersuchung für jeden offenhält — in Verbindung mit der Refraktionsbestimmung oder ohne eine solche —, den Vollzug der ärztlichen Brillenverordnung streng an diese bindet³⁶⁾ und die Kompetenz des Augenoptikers auf die schlichte Refraktionsbestimmung in nicht pathologischen Fällen begrenzt,³⁷⁾ adäquat.

³⁴⁾ S. Rn. E/9 m. Anm. 9.

³⁵⁾ S. a. Rn. D/13.

³⁶⁾ S. insbesondere Rn. B/14.

³⁷⁾ S. Rn. B/8 ff., C/40, C/42 ff., D/6.

IV. Die Interessen der Krankenversicherungsträger (Krankenkassen; Versichertengemeinschaften)

1. Zu den verschiedenen Interessen

25 Die Krankenkassen haben ein Interesse daran, ihre Leistungsaufgaben (§ 179 RVO) so effektiv, zugleich aber auch so sparsam und wirtschaftlich wie möglich (s. insbesondere §§ 384 ff. RVO) erbringen zu können. Sowohl hinsichtlich der Optimierung und Maximierung der Leistungen als auch hinsichtlich der Minimierung des Aufwandes decken sich die Interessen der Träger generell mit den Interessen der *Versicherten* (Rn. E/2 ff.). Eine isolierte Betrachtung der Interessen der Krankenkassen ist daher nur bedingt möglich.

Insbesondere gilt das, was zum Aspekt der *Wirtschaftlichkeit* gesagt wurde (Rn. D/24 ff.), sowohl für die Kassen als solche als auch für die Versicherten. Vom Postulat der Wirtschaftlichkeit her läßt sich demnach auch unter dem Gesichtspunkt der besonderen Interessen der Krankenkassen nichts für das Refraktionsbestimmungsmonopol der Ärzte herleiten.³⁸⁾

Ein gewisses — man könnte sagen: administratives — Eigeninteresse der Träger der GKV, das sich freilich in der Sphäre der Versicherten wieder in der Effektivität des Leistungswesens reflektiert, kann darin gesehen werden, daß die *Zusammenarbeit zwischen Krankenkassen und Kassenärzten* (Kassenärztlichen Vereinigungen) der Förderung bedarf und nicht gestört werden soll. Krankenkassen und Kassenärzte (Kassenärztliche Vereinigungen) sind nach dem System des Kassenarztrechts (§§ 368 ff. RVO) so sehr aufeinander angewiesen, daß in der Tat unnötige Belastungen dieses Verhältnisses vermieden werden müssen. Nun ist aber nicht zu sehen, wie die Zulassung *auch* der Augentiker zur Refraktionsbestimmung bei gleichzeitigem freiem Zugang der Versicherten zur ärztlichen Refraktionsbestimmung sowie unter strenger Wahrung

³⁸⁾ Im Gegenteil für die Zulassung der Augentiker zur Refraktionsbestimmung als die „wirtschaftlichere“ Lösung: *Thieme*, Gutachten S. 6, 15.

der ärztlichen Verordnung für die Versicherten, die sich einer ärztlichen Untersuchung unterzogen haben, zu Reibungsverlusten im Verhältnis der Ärzte zu den Krankenkassen führen könnte. Daß Mißbräuche, Uneinsichtigkeit und böser Wille zu Schwierigkeiten führen, ist unter keinen Umständen ausgeschlossen. Davon kann die Interpretation nicht abhängen.

2. Das Problem der kasseneigenen Prüfung des Brillenaufwandes

E/26 So bleibt als letztes Folgendes zu überlegen. Die Krankenkassen sind daran gewöhnt, daß ihnen die Verantwortung für die Verwirklichung des Ausreichenden, Angemessenen und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) unter Hinzunahme des Maßstabes der Wirtschaftlichkeit (§ 368 e ff. RVO) durch das Instrumentarium des Kassenarztrechts abgenommen oder doch erleichtert wird. Wie schon betont, hat das dazu geführt, daß die kassenärztliche Verordnung als Voraussetzung für die Anerkennung von Leistungen soweit als möglich erstreckt wurde.³⁹⁾ Das schließt jedoch nicht aus, daß den Krankenkassen zugemutet wird, im Falle der Refraktionsbestimmung allein durch den Augenoptiker das Angemessene, Ausreichende und Notwendige hinsichtlich der Brillenversorgung selbst zu konkretisieren.⁴⁰⁾

Dazu ist unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit noch einmal folgendes festzuhalten:

- Der Brillenaufwand ist auch durch die ärztliche Verordnung nicht erschöpfend zu steuern und zu kontrollieren. In jedem Falle bleibt also den Kassen eine eigene Prüfungslast.⁴¹⁾
- Ein großer Teil der Versicherten wird sich nicht mit der Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker begnügen und den Arzt von sich aus aufsuchen. Dann unterliegt der Vorgang wieder dem gewohnten Kontrollschema — vor-

³⁹⁾ S. Rn. B/18 ff.; C/4, 5, 11, 19, 30, 31.

⁴⁰⁾ S. nochmals Rn. B/18 ff., insbesondere B/24 ff.

⁴¹⁾ S. insbesondere Rn. B/9 f., 16 f., 27.

behaltlich des Defizits an medizinischer Determination des Brillenaufwandes.

- Die Kassen haben es in der Hand, durch Maßnahmen nach §§ 187 Nr. 4, 363 RVO den Anteil der Patienten, die sich zum Arzt, insbesondere zum Augenarzt begeben, um sich auf Augenkrankheiten und krankhafte Ursachen ihrer Fehlsichtigkeit untersuchen zu lassen, weiter zu steigern.
- Die Zusammenarbeit zwischen Kassen und Augenoptikern kann auch hinsichtlich der Refraktionsbestimmung durch Verträge nach § 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO geregelt werden.
- Die Kassen kontrollieren den Brillenaufwand schon jetzt — auch und gerade unter der Voraussetzung kassenärztlicher Untersuchung und Verordnung — kraft eines Genehmigungsvorbehalts zusätzlich.⁴²⁾
- Die Kassen können sich in schwierigen Fällen der Hilfe des vertrauensärztlichen Dienstes, ausnahmsweise auch der Amtshilfe der Kassenärztlichen Vereinigung bedienen.⁴³⁾
- Auch andere Leistungen (Dienst- und Sachleistungen) sind von den Kassen unmittelbar und nicht über das allgemeine kassenarztrechtliche Honorarsystem abzurechnen.
- Der Brillenaufwand macht einen relativ geringen Anteil am Kassenaufwand aus und belastet auch dadurch relativ wenig, daß er in sich nicht sehr differenziert ist.

Alles in allem läßt sich also aus der Interessenlage der Kassen kein überzeugender Anhaltspunkt für das Refraktionsbestimmungs-Monopol der Ärzte finden. Dagegen kann die „liberale“ Interpretation, wonach Ärzte und Augenoptiker zur krankenkassenrechtlich relevanten Refraktionsbestimmung zugelassen sind, durchaus auch im Interesse der Krankenkasse liegen.

⁴²⁾ S. Rn. B/14, B/22, B/32.

⁴³⁾ S. Rn. B/33.

F) VERMITTELNDE LÖSUNGEN?

I. Das bisherige Ergebnis

- F/1 Alle bisherigen Überlegungen führen zu dem Schluß, daß es allein konsequent und zulässig ist, der Befugnis des Augenoptikers zur „Messung der Refraktion des Auges“ und „Prüfung der Sehschärfe“ (§ 1 Ziff. 1 des Berufsbildes) auch im Bereich der GKV Rechnung zu tragen, d. h. die „Versorgung mit . . . Brillen“ (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) nicht nur nach Maßgabe kassenärztlicher Verordnung (§ 368 Abs. 2 RVO), sondern auch allein auf der Grundlage handwerklicher Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker zuzulassen. Die Grenzen ergeben sich aus den allgemeinen heilberufs- und handwerksrechtlichen Beschränkungen. Von selbständigen heilkundlichen Leistungen ist der Optiker durch § 1 des Heilpraktikergesetzes ausgeschlossen. In diesen Grenzen aber konkurriert die Kompetenz des Augenoptikers zur Refraktionsbestimmung mit der des Arztes. Die ärztliche Befugnis zur Refraktionsbestimmung ist daneben unbestritten, obwohl sie sich nur für den Augenarzt von selbst versteht.

II. Die vorliegenden Kompromiß-Vorschläge

- F/2 Das ist eine klare Alternative. Demgegenüber können die Versuche, die Leistung einer Brille krankenkassenrechtlich dann anzuerkennen, wenn überhaupt eine kassenärztliche Verordnung stattgefunden hat, diese nicht weiter als sechs Monate zurückliegt und/oder die Brille nur im Falle ihres Verlustes (ihrer Zerstörung usw.) wiederbeschafft werden soll (Rn. A/1—3), nicht überzeugen. Sie sind mit der hier vertretenen Auffassung und ihren tragenden Gründen nicht einmal in dem Sinne uneingeschränkt vereinbar, daß die Befugnis des Augenoptikers zu krankenkassenrechtlich relevanter, selbständiger Refraktionsbestimmung *jedenfalls* in diesen Grenzen besteht. Denn die skizzierten Auffassungen führen zu einer Vermischung der Verantwortung des Arztes mit der des Augenoptikers.

Nach der bestehenden Rechtslage ist vielmehr davon auszugehen, daß die ärztliche Verordnung nach 14 Tagen verfällt.¹⁾ Kommt der Versicherte später zum Augenoptiker, um sich eine Brille ohne erneute ärztliche Verordnung zu besorgen, so hat der Augenoptiker in eigener Verantwortung zu handeln. Folgende Fälle sind denkbar:

- Dem Augenoptiker ist der Vorgang der früheren ärztlichen Verordnung unbekannt. Er kann eine handwerkliche Refraktionsbestimmung vornehmen. Wenn sich kein Verdacht einer Augenerkrankung²⁾ ergibt, kann er die Brille nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarungen (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO) zu Lasten der GKV leisten. Ergibt sich der Verdacht einer Augenkrankheit,³⁾ hat er den Versicherten an den Augenarzt zu verweisen.
- Dem Augenoptiker ist die frühere ärztliche Verordnung bekannt. Sie ergibt keinen Anhaltspunkt, daß der Versicherte an einer Augenkrankheit leidet. Der Augenoptiker kann eine neue Brille aufgrund eigener Refraktionsbestimmung, nicht aber aufgrund der ärztlichen Verordnung, leisten. Er muß den Versicherten darüber aufklären. Der Versicherte muß Gelegenheit erhalten, die frühere ärztliche Verordnung seitens des Arztes bestätigen oder überprüfen zu lassen, wenn er nicht unmittelbar zur Brillenversorgung allein durch den Augenoptiker übergehen will.
- Dem Augenoptiker ist die ärztliche Verordnung bekannt. Sie legt ihm ihren Inhalt nach nahe, eine Augenkrankheit⁴⁾ anzunehmen oder doch nicht mit Sicherheit auszuschließen. Der Augenoptiker muß sich der Refraktionsbestimmung enthalten und den Versicherten an den Augenarzt verweisen.

¹⁾ Vordruck 8 der Vordruck-Vereinbarung, s. *Heinemann-Liebold*, Kassenarztrecht IV S. 114 n.

²⁾ Dem Verdacht auf Augenkrankheit steht die Notwendigkeit gleich, die Fehlsichtigkeit mittels medizinisch-wissenschaftlicher Untersuchungsmethoden festzustellen. S. Rn. B/9.

³⁾ S. Anm. 2.

⁴⁾ S. Anm. 2.

Bei all diesen Abwägungen mag — neben anderen Umständen — das Alter der ärztlichen Brillenverordnung ebenso eine Rolle spielen wie das Motiv des Versicherten, warum er eine neue Brille wünscht. Ohne ausdrückliche gesetzliche oder (normen-)vertragliche Regelung läßt sich eine gewisse Frist aber ebensowenig annehmen wie ein Katalog von Beschaffungsmotiven, die dazu führen könnten, daß die Augenoptiker — ohne generell zur Refraktionsbestimmung zugelassen zu sein — an der Brillenversorgung ausnahmsweise über die strikte Ausführung ärztlicher Verordnungen hinaus beteiligt sind. Ebensowenig aber ist einzusehen, wie die Verantwortung von den Ärzten auf die Augenoptiker durch einen Verzicht der Kassenärztlichen Vereinigung verlagert werden könnte.⁵⁾

- F/4 Eine zusätzliche Bemerkung ist zu der Auffassung des Sozialgerichts (Rn. A/1 und 3) veranlaßt, daß eine irgendwann einmal vorgenommene ärztliche Verordnung für alle Zeit die erneute Verabreichung einer Brille durch den Augenoptiker deckt. Sie perfektioniert den Trugschluß, der schon allgemein in der Koppelung zwischen der ärztlichen Refraktionsbestimmung und der Früherkennung von Augenkrankheiten steckt. Sie geht davon aus, daß die Refraktionsbestimmung dazu führen soll, daß der Versicherte wenigstens einmal in seinem Leben einer augenärztlichen Untersuchung zugeführt wird. Sieht man aber, daß die Brillennachfrage und demzufolge die Refraktionsbestimmung nach Anlaß und Methode außer Verhältnis zu der notwendigen Vorsorgeuntersuchung gegen Augenkrankheiten steht, so ist es erst recht ohne Relevanz, wenn nur überhaupt irgendwann einmal die Brillennachfrage zur ärztlichen Disposition gestellt wurde. Schöner als in der Ansicht des Sozialgerichts kann Formalismus kaum erblühen.

Demgegenüber erscheint es wichtig, sowohl die ärztliche Verantwortung durch die strikte Bindung des Augenoptikers an die ärztliche Verordnung zu integrieren, als auch die eigene Verantwortung des Augenoptikers dadurch zu schärfen, daß er jenseits hin berechtigender und verpflichtender ärztlicher Ver-

⁵⁾ So aber *Bogs*, Gutachten S. 40.

ordnung, wenngleich unter Würdigung alle Umstände, also auch der ihm bekannten ärztlichen Verordnungen, in eigener Verantwortung darauf zu achten hat, daß er nur schlicht handwerkliche Refraktionsbestimmung und Brillenversorgung betreibt, jede heilkundliche Handlung aber unterläßt.

III. Das grundsätzlich andere der im Europarecht diskutierten Differenzierungen

Von grundsätzlich anderer Natur als die bisher krankensicherungsrechtlich diskutierten Vorschläge sind die allgemeinen gesundheits- und berufsrechtlichen Vorschläge der Europäischen Gemeinschaften.⁶⁾ Bekanntlich sehen sie vor, daß die fraglichen Funktionen der Augenoptiker „soweit sie Jugendliche unter 16 Jahren betreffen oder die Anpassung in unmittelbarer Berührung mit dem Auge stehender Gläser zum Gegenstand haben, nur aufgrund einer höchstens sechs Monate alten ärztlichen Verordnung ausgeübt werden dürfen“ (so der Kommissionsvorschlag). Das Europäische Parlament schlägt zusätzlich vor, daß die ärztliche Verordnung in diesen Fällen bescheinigen muß, „daß keine Kontraindikation vorliegt“ (aaO S. 15). Dieser Vorschlag klärt die Kompetenz für zwei Fallbereiche, in denen eine gesundheitliche Gefährdung besonders nahe liegt. Die Grenze wird einheitlich für die „Kassenpatienten“ und die sonstigen Nachfrager nach der Leistung des Augenoptikers gezogen, so daß der „innere Widerspruch“, an dem das Refraktionsbestimmungs-Monopol der Ärzte im Rahmen der GKV leiden würde, entfällt. Und das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen möglicher Refraktionsbestimmung durch den Augenoptiker und notwendiger Untersuchung durch den Augenarzt trägt den beteiligten Interessen adäquat Rechnung.

IV. Der kritische Ansatz der „vermittelnden“ Lösungen

Die hier kritisierten Vermittlungsvorschläge stimmen mit der hier vertretenen Auffassung aber doch in einer Tendenz über-

⁶⁾ S. Rn. C/42 ff.

ein: Die Beteiligung der Augentoptiker an der Brillenversorgung im Rahmen der GKV ausschließlich unter strikter Bindung der Brillenleistung an die kurz befristete ärztliche Verordnung ist nicht sachgerecht. Der Unterschied zu der hier vertretenen Meinung besteht darin, daß die „vermittelnden Lösungen“ zu ihrerseits sachfremden Kriterien unmittelbarer Brillenversorgung durch selbständige Refraktionsbestimmung des Augentoptikers gelangen. Der kritische Impuls, der in den „vermittelnden Lösungen“ steckt, muß dazu führen, daß die nicht heilkundliche (nicht medizinisch-wissenschaftliche) Feststellung von Fehlsichtigkeit zur Bestimmung möglicher optischer Korrektur gleichermaßen in der Kompetenz des Arztes und des handwerklichen Augentoptikers liegt, wobei die ärztliche Verordnung, wo sie vom Versicherten nachgesucht und erwirkt wurde, den Vorrang hat.

G) ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Abschließend seien die danach erzielten Ergebnisse in folgenden Thesen zusammengefaßt:

- I. Die Versorgung der Versicherten mit Brillen (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) ist von den Trägern der GKV im Rahmen des Angemessenen, Ausreichenden und Notwendigen (§ 182 Abs. 2 RVO) zu gewährleisten. Sie ist eine eigenständige Leistung der GKV, die spezifischer Ordnung zugänglich ist und ihrer auch bedarf. Das gilt auch gegenüber der kassenärztlichen Versorgung (§§ 368 ff. RVO). Die Versorgung mit Brillen kann insbesondere auch nicht den Normen und Praktiken der Versorgung der Versicherten mit Arznei unterworfen werden.
- II. Der handwerkliche Augenoptiker ist zur „Messung der Refraktion des Auges“ und zur „Prüfung der Sehschärfe“ befugt (§ 1 Nr. 1 der Verordnung über das Berufsbild für das Augenoptiker-Handwerk). Von der Ausübung der Heilkunde ist er dabei ausgeschlossen (§ 1 des Heilpraktikergesetzes). Die Feststellung der Fehlsichtigkeit und der entsprechenden Möglichkeiten optischer Korrektur ist jedoch für sich keine unzulässige Ausübung der Heilkunde.

Das Berufsrecht des handwerklichen Augenoptikers trägt über die allgemeinen Normen des Privat- und Strafrechts hinaus eingehend dafür Sorge, daß er befähigt und gehalten ist, die Refraktionsbestimmung (Prüfung der Sehschärfe) sachkundig durchzuführen, die Grenzen zur Heilkunde hin einzuhalten und die berührten gesundheitlichen Interessen zu wahren.
- III. Der Befugnis des handwerklichen Augenoptikers, in Fällen nicht pathologischer Fehlsichtigkeit die optische Korrektur durch eigenverantwortliche Refraktionsbestimmung (Messung der Sehschärfe) und Lieferung einer ent-

sprechenden Brille vorzunehmen, ist im Recht der GKV dadurch Rechnung zu tragen, daß die Versorgung mit Brillen (§ 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO) durch den Augenoptiker auch ohne ärztliche Verordnung erfolgen kann. Die notwendigen Einzelheiten sind, soweit sie nicht durch die allgemeinen Vorschriften des Krankenversicherungsrechts, des Gesundheitsrechts und des Handwerksrechts geregelt sind und durch Satzungen der Träger der GKV geregelt werden können, durch Vereinbarungen zwischen den Verbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Augenoptiker zu ordnen (§ 407 Abs. 1 Nr. 2 RVO).

- IV. Kassenärzte — Augenärzte, aber auch Allgemein- und praktische Ärzte — sind sowohl nach allgemeinem ärztlichen Berufsrecht als auch nach Kassenarztrecht zur Verordnung von Brillen sowie zur Refraktionsbestimmung (Bestimmung der Sehschärfe) befugt (§ 368 Abs. 2 RVO).

Liegt eine ärztliche Verordnung vor, so ist der ausführende Augenoptiker an diese gebunden. Die Krankenkasse hat in diesem Fall (nun) die ärztlich verordnete Brille zu leisten.

- V. 1. Wird der Augenoptiker von einem Versicherten um die Leistung einer Brille ohne (noch wirksame) ärztliche Verordnung angegangen, so hat der Augenoptiker sich nicht nur einer heilkundlichen Behandlung zu enthalten. Er hat, wenn der Verdacht einer Augenkrankheit besteht oder eine medizinische Untersuchungsmethode anzuwenden ist, den Versicherten an den Augenarzt zu verweisen. Dabei hat er auch zu berücksichtigen, ob der Versicherte bereits einschlägig ärztlich untersucht und behandelt oder ihm eine Brille verschrieben worden ist.

2. Hat ein Versicherter die einschlägige Hilfe eines Arztes in Anspruch genommen, so kann er nicht beliebig auch die davon isolierte Brillenleistung eines Optikers (unter Einschluß der Refraktionsbestimmung) in Anspruch nehmen. Vielmehr sind die Umstände an Hand der Maximen des Ausreichenden, Zweckmäßigen und Notwendigen der

Brillenversorgung (§§ 182 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RVO) zu würdigen. Insofern bestehen keine Bedenken, wenn sich der Versicherte, der sich einer augenärztlichen Brillenverordnung ohne einen Anhaltspunkt für eine Augenkrankheit unterzogen hat, für die Wiederbeschaffung einer verlorengegangenen oder zerstörten Brille unmittelbar an den Augenoptiker wendet, der dann Refraktionsbestimmung und Brillenleistung in eigener Kompetenz und Verantwortung vorzunehmen hat.

VI. Diese Auslegung des Rechts der GKV ist

- im Hinblick auf die Interessen der handwerklichen Augenoptiker sachlich dringend geboten und wegen deren verfassungsrechtlichen Schutzes (vor allem durch Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG) die verfassungsrechtlich allein zulässige („verfassungskonforme“)
- im Hinblick auf die Interessen der Versicherten an einer unkomplizierten Brillenversorgung und deren grundrechtlichen Schutz (insbesondere durch Art. 1, Art. 2 Abs. 1 und 2 und Art. 3 Abs. 1 GG) ebenfalls sachlich geboten und verfassungsrechtlich indiziert,
- ohne gleichrangige Interessen der Kassenärzte wesentlich zu beeinträchtigen, insbesondere ohne deren verfassungsmäßige Rechte zu verletzen und
- ohne auch den Trägern der GKV eine unzumutbare oder gar untragbare Verwaltungslast (insbesondere Kontrollaufgabe) aufzubürden.

VII. 1. Der Schutz der Bevölkerung vor dem Gebrauch ungeeigneter oder schädlicher Brillen durch das allgemeine Gesundheits- und Berufsrecht ist unzulänglich. Verbesserungen sind vor allem auf den Gebieten der industriellen Produktion und des Handels geboten und möglich.

Die Abgrenzung der ärztlichen Kompetenz von der Kompetenz der handwerklichen Augenoptiker ist insofern allenfalls ein sekundäres Problem.

Ein Refraktionsbestimmungs-Monopol der Ärzte speziell im Rahmen der GKV erscheint tatsächlich und rechtlich ungeeignet, die gegebenen Mängel zu beheben, während der Ausschluß der handwerklichen Augenoptiker von der krankensicherungsrechtlich relevanten Refraktionsbestimmung ein unverhältnismäßiges und verfassungswidriges Mittel darstellt.

2. Die Vorsorge gegen Augenkrankheiten — sowohl im Sinne von Vorbeugung als auch im Sinne von Früherkennung — ist defizitär. Selbst eine augenärztliche Vorsorgeuntersuchung aller Personen, die Brillen in Gebrauch nehmen wollen, würde das Defizit nicht befriedigend ausgleichen. Noch weniger kann das der generelle Ausschluß der handwerklichen Augenoptiker von der Refraktionsbestimmung zugunsten der (aller) Ärzte speziell im Rahmen der GKV. Da dieses Mittel für diesen Zweck also nicht geeignet ist, kann der Zweck auch Belastungen, die mit dem Mittel verbunden sind, nicht adäquat rechtfertigen.

Um Vorsorge gegen Augenkrankheiten angemessen zu treffen, müssen Maßnahmen getroffen werden,

- die nicht (nur) an die Brillennachfrage, sondern an ein möglichst breites Spektrum von Verdachts- und Wahrscheinlichkeitsmomenten anknüpfen,
- die Betroffenen dem Augenarzt und nicht schlechthin dem Arzt zuführen und
- gezielte Untersuchungen anstatt bloßer Refraktionsbestimmung gewährleisten.

Wünschenswert wäre auch, daß möglichst alle gefährdeten Personen, nicht nur die Versicherten der GKV geschützt werden. Das schließt aber entsprechende Maßnahmen der GKV nicht aus. Das adäquate Instrumentarium hierfür bieten die §§ 181—181 b, 187 Nr. 4, 363 RVO an.

URTEIL
DES BUNDESSOZIALGERICHTS

VOM 18. SEPTEMBER 1973

Aktenzeichen: 6 RKa 2/72

URTEIL in dem Rechtsstreit

Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein, Düsseldorf, Tersteegenstraße 31,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

gegen

Betriebskrankenkasse der Firma Kronprinz AG, Solingen-Ohligs,

Beklagte und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter: Verwaltungsdirektor Dr. W. Berg im Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Essen, Kronprinzenstraße 6,

beigeladen:

- 1) Berufsverband der Augenärzte Deutschlands e. V.,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Hanns Ropertz,
Düsseldorf, Heinrich-Heine-Allee 38,
- 2) Zentralverband der Augenoptiker,
Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. York-Friedrich
von Bremen-Kühne, Bad Homburg, Günther-Quandt-Haus.

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1973 hin durch den Vorsitzenden Richter Dr. *Langkeit*, die Richter Dr. *Schmitt* und Dr. *Heinze* und die ehrenamtlichen Richter Dr. *Siebeck* und Dr. *Schlosser* für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und des Beigeladenen zu 2) wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 27. Oktober 1971 aufgehoben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 24. Januar 1969 zurückverwiesen.

Die Klägerin und der Beigeladene zu 1) haben je zur Hälfte dem Beigeladenen zu 2) die außergerichtlichen Kosten des gesamten Rechtsstreits zu erstatten.

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob die beklagte Betriebskrankenkasse Versicherte und deren mitversicherte Angehörige mit Ersatzbrillen auch ohne kassenärztliche Verordnung — allein auf Grund einer Sehschärfenbestimmung durch einen Augenoptikermeister — versorgen darf.

Die Klägerin erhielt durch Hinweise ihr angehörender Ärzte davon Kenntnis, daß die Beklagte für die Beschaffung von Ersatzbrillen Kostenzusicherungen erteile, auch wenn keine ärztliche Verordnung dafür vorliege. Sie wandte sich deshalb mit einem Schreiben vom 23. Januar 1968 an die Beklagte und forderte diese auf, derartige Kosten nur auf Grund kassenärztlicher Verordnung zu übernehmen. Die Beklagte vertrat demgegenüber in ihrem Schreiben vom 11. Juli 1968 die Auffassung, daß der Anspruch auf eine Ersatzbrille nicht vom Vorliegen einer kassenärztlichen Verordnung abhängt.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte Klage vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhoben mit dem Ziel festzustellen, daß die Beklagte die Kosten für die Ersatzbeschaffung einer Brille nur auf Grund kassenärztlicher Verordnung übernehmen dürfe. Sie ist der Auffassung, daß auch der Ersatz einer Brille vom Arzt verordnet werden müsse, weil nur dieser in der Lage sei, den vorhandenen Zustand und die erforderlichen Maßnahmen zutreffend zu beurteilen, insbesondere bestehende Krankheiten oder Abweichungen vom Normalen zu erkennen. Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 24. Januar 1969): Der bloße Ersatz einer zerstörten und verlorenen Brille bedürfe keiner neuen ärztlichen Verordnung, sofern die Meßwerte aus der Verordnung über die Erstbeschaffung noch vorlägen. Auch wenn

bei der Ersatzbeschaffung der Optiker durch Refraktionieren neue Meßwerte ermittelte, die sich im Rahmen normaler Veränderungen hielten, könne die Beklagte die Kosten dafür ohne Vorlage einer ärztlichen Verordnung übernehmen.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Berufung hat die Klägerin ihr Prozeßziel eingeschränkt. Sie hat eine kassenärztliche Verordnung in den Fällen nicht mehr für erforderlich gehalten, in denen nur das Brillengestell oder binnen 6 Monaten nach einer noch ermittelbaren ärztlichen Verordnung nur die Gläser mit unveränderter Stärke ersetzt werden. In diesem Umfang hat sie keine Feststellung mehr begehrt. Sie und der Beigeladene zu 1) haben, gestützt auf ein Rechtsgutachten, die Auffassung vertreten, daß die ihr obliegende Sicherstellung der ärztlichen Versorgung durch Gesetz nach Inhalt und Umfang festgelegt sei und auch die Versorgung mit Heilmitteln umfasse. Der Anspruch des Versicherten könne daher nur auf dem Wege über eine Verordnung durch den Kassenarzt verwirklicht werden. Die Beklagte hat ihre bisherige Auffassung aufrechterhalten und durch drei überreichte Rechtsgutachten gestützt. Sie und der Beigeladene zu 2) sind der Ansicht, der aus § 182 der Reichsversicherungsordnung (RVO) folgende Leistungsanspruch des Versicherten trage die von der Klägerin geforderte Einschränkung nicht. Weder das Gebot der Wirtschaftlichkeit noch der Schutz des Versicherten könnten dazu führen; vielmehr würde damit ein partieller Kurierzwang geschaffen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat das angefochtene Urteil geändert und entsprechend der begehrten Feststellung entschieden (Urteil vom 27. Oktober 1971): Der Versicherte könne eine Versorgung mit Arznei und Heilmitteln nur im Rahmen des Notwendigen beanspruchen. Da die Feststellung und Attestierung dieser Notwendigkeit den Kassenärzten vorbehalten sei, gebe es ohne deren Mitwirkung keine Leistungspflicht und Leistungsbewilligung der Krankenkassen. Das Erfordernis der Mitwirkung werde nicht schon dadurch erfüllt, daß bei der erstmaligen Brillenversorgung die Verordnung eines Kassenarztes vorliege. Eine solche Verordnung wirke nicht für unbe-

grenzte Zeit, weil sonst die mit ihr festgestellte Notwendigkeit der Gewährung eben des Mittels ihren Sinn verlieren würde. Gleichwohl werde man der Verordnung eine gewisse zeitliche Bestandskraft in der Regel nicht absprechen können. Bei Veränderungen des Sehvermögens sei sie allerdings nicht gegeben, aber auch bei Ersatz einer Brille nach Verlust oder Beschädigung könne von einer noch andauernden Bestandskraft der ersten Verordnung dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn inzwischen mehr als 6 Monate verflossen seien.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Beklagte und der Beigeladene zu 2) mit der zugelassenen Revision und rügen eine Verletzung der §§ 182, 368 ff. RVO. Aus § 368 Abs. 2 RVO folge nicht, daß die Krankenkasse nur bei Mitwirkung eines Kassenarztes Arznei und Heilmittel leisten dürfe. Die Vorschrift grenze lediglich ab, was im Fall einer kassenärztlichen Behandlung noch als eine dem Kassenarzt obliegende Aufgabe anzusehen sei, ohne ihm indes in diesem Umfang ein Monopol verschaffen zu wollen. Für die Gewährung eines Heilmittels komme es lediglich darauf an, ob es objektiv erforderlich und wirtschaftlich vertretbar sei. Das angefochtene Urteil stütze sich auch zu Unrecht auf § 368 e Satz 2 RVO, wonach die Kasse Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich seien und die der Kassenarzt deshalb zu verordnen abgelehnt habe, nicht nachträglich bewilligen dürfe. Diese Vorschrift beabsichtige, das Vertrauensverhältnis zwischen Kassenarzt und Patienten zu stärken. Ein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis bestehe aber nicht, wenn der Arzt für die Beschaffung der Ersatzbrille nicht konsultiert worden sei. Die unnötige Einschaltung des Augenarztes verstoße außerdem gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, zumal die Optiker die Tätigkeit des Refraktionierens zulässigerweise ausübten, wie das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden habe. Auch der Bundesgerichtshof (BGH) habe in seinem Urteil vom 4. Februar 1972 (Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung — USK — 7214) entschieden, daß die Sehschärfenbestimmung keine Ausübung der Heilkunde i. S. des § 1 Abs. 2 des Heilpraktikergesetzes sei und daher durch Augenoptiker vorgenommen werden könne.

Die Beklagte und der Beigeladene zu 2) beantragen,
das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 27. Oktober 1971 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 24. Januar 1969 zurückzuweisen,
hilfsweise,
das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin und der Beigeladene zu 1) beantragen,
die Revision der Beklagten und des Beigeladenen zu 2) zurückzuweisen.

Sie stützen sich auf das angefochtene Urteil und vertreten die Auffassung, daß zwischen der Verordnung von Arznei und der Verordnung einer Brille kein sachlicher Unterschied bestehe. In beiden Fällen bedürfe es ärztlichen Tätigwerdens. Da die Ursache der Fehlsichtigkeit als Krankheit mannigfaltigster Art sein könnte, sei eine ärztliche Kontrolle vonnöten. Die 6-Monats-Frist grenze den Zeitraum ab, von dem ab sich medizinisch der Augenzustand möglicherweise ändern könne. Aus dem kassenärztlichen System folge das Recht der Kassenärzte auf Mitwirkung bei der Versorgung eines Versicherten. Ein unzulässiger Kurierzwang entstehe dadurch nicht.

II

Die Revisionen der Beklagten und des Beigeladenen zu 2) sind begründet. Die Beklagte ist berechtigt, die Kosten für die Ersatzbeschaffung von Brillen auch ohne kassenärztliche Verordnung zu übernehmen.

Der Senat hat vorab geprüft, ob er im vorliegenden Verfahren mit je einem ehrenamtlichen Richter aus dem Kreis der Krankenkassen und dem der Kassenärzte richtig besetzt ist (vgl. BSG 11, 1; 11, 102). Nach §§ 12 Abs. 3, 33 Satz 2, 40 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) wirken in den Kammern und

Senaten für Angelegenheiten des Kassenarztrechts je ein ehrenamtlicher Richter aus den beiden genannten Kreisen mit (§ 12 Abs. 3 Satz 1 SGG), außer, wenn es sich um „Angelegenheiten der Kassenärzte“ handelt (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGG), an denen nur Kassenärzte als ehrenamtliche Beisitzer teilnehmen. Da es im vorliegenden Rechtsstreit darum geht, ob die Krankenkassen verpflichtet sind, ihren Mitgliedern bestimmte Leistungen nur nach kassenärztlicher Mitwirkung zu gewähren, bezieht er sich auf eine Angelegenheit, die über den Selbstverwaltungsbereich der Kassenärzte hinausreicht. Er betrifft die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und ihren Mitgliedern und darüber hinaus auch den Kassenärzten und deren Vereinigungen. Über diesen Streitgegenstand ist unter Mitwirkung eines ehrenamtlichen Richters aus beiden Kreisen zu entscheiden.

Damit ist auch die Frage des Rechtsweges geklärt. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und ihren Mitgliedern, auf Grund deren die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden, sind ihrer Natur nach öffentlich-rechtlich und gehören zum Bereich der Sozialversicherung. Das gleiche gilt für die Beziehungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den kassenärztlichen Vereinigungen, die zur Sicherstellung der ärztlichen Versorgung der Versicherten und ihrer Angehörigen zusammenzuwirken haben (§ 368 Abs. 1 RVO). Für Streitigkeiten aus diesen Rechtsbeziehungen hat das Gesetz den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit vorgesehen (§ 51 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SGG).

Die Feststellungsklage (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) ist zulässig, weil die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat, ob die beklagte Krankenkasse rechtlich verpflichtet ist, ihre Kostenbeteiligung an der Ersatzbeschaffung von Brillen von der Vorlage einer kassenärztlichen Verordnung abhängig zu machen. Da die Klägerin kraft Gesetzes verpflichtet ist, die Rechte der Kassenärzte gegenüber den Krankenkassen wahrzunehmen (§ 368 n Abs. 1 Satz 2 RVO), ist sie legitimiert, deren berechnete Interessen im Prozeß geltend zu machen. Unabhängig von dem für die Berechnung der Gesamtvergütung

gewählten System (vgl. § 368 f Abs. 1 bis 3 RVO) ist es für die Kassenärzte, insbesondere die Augenfachärzte, von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, ob sie zu allen Brillen-Ersatzbeschaffungen heranzuziehen sind oder ob das nicht zwingend erforderlich ist. Schon damit ist ihr berechtigtes Interesse an der Feststellung begründet (vgl. BSG 8, 1; Peters-Sautter-Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl. 1973, § 55, Anm. 7 c; Rohwer-Kahlmann, Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl. 1972, § 55, Anm. 2; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, 1. bis 7. Aufl. 1973, S. 240 h III; für das insoweit übereinstimmende verwaltungsgerichtliche Verfahren: BVerwG 2, 229, 231; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 1971, § 43, Anm. 11; Schunck De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 1967, § 43, Anm. 3 a). Darüber hinaus ist auch ein berechtigtes Interesse der Klägerin selbst an der Feststellung zu bejahen, und zwar auf Grund der ihr durch § 368 n Abs. 1 Satz 1 RVO auferlegten Verpflichtung. Um die ärztliche Versorgung für die Krankenkassen sicherstellen zu können, ist es für die Beklagte unerlässlich zu wissen, in welchem Umfang die ihr angehörenden Kassenärzte an der Gewährung von Versicherungsleistungen teilzunehmen haben. Die baldige Feststellung ist geboten, weil die Beklagte ihr bisheriges Verhalten — Ersatzbeschaffung von Brillen ohne kassenärztliche Verordnung — fortsetzen will.

Die Leistungsansprüche der Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, auf deren Erfüllungsmodus durch die Feststellung eingewirkt werden soll, sind in § 182 RVO geregelt. Nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 RVO umfaßt der Anspruch auf Krankenpflege die ärztliche Behandlung und die Versorgung mit Arznei sowie mit Brillen, Bruchbändern und anderen kleineren Heilmitteln (vgl. zu der nur aus dem geschichtlichen Zusammenhang zu erklärenden Zuordnung der Brillen zu den „Heilmitteln“ BSG 33, 263, 265; in der Regel ist die Brille „Hilfsmittel“). Damit legt das Gesetz zwar die Leistungen fest, die die Krankenkasse erbringen muß. Die Vorschrift besagt jedoch nichts darüber, in welcher Art und Weise das zu geschehen hat, ebensowenig wie der die Krankenpflege beherrschende Grundsatz, daß sie ausreichend und zweckmäßig sein muß, das Maß

des Notwendigen jedoch nicht überschreiten darf (§ 182 Abs. 2 RVO). Ein Gebot, die Leistungen ausschließlich auf dem Weg über Kassenärzte zu erbringen, läßt sich weder unmittelbar noch mittelbar aus § 182 RVO herleiten, zumal die kassenärztliche Behandlung selbst nur eine der in Betracht kommenden Leistungen ist (vgl. BSG 23, 176, 180).

Die Grundsatzregelung der kassenärztlichen Versorgung, wonach Ärzte und Krankenkassen zur Sicherstellung der ärztlichen Versorgung der Versicherten und ihrer Angehörigen zusammenwirken (§ 368 Abs. 1 RVO), läßt ebenfalls nicht erkennen, wie die Leistung der Krankenkasse bei der Brillen-Ersatzbeschaffung konkret zu erbringen ist. Hierzu gibt auch die Verdeutlichung in § 368 Abs. 2 RVO nur bedingten Aufschluß, wonach die kassenärztliche Versorgung die ärztliche Behandlung umfaßt (Satz 1) und zu ihr u. a. die Verordnung von Heil- und Hilfsmitteln gehört (Satz 2 idF des § 83 Nr. 41 des Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte vom 10. August 1972 — BGBl. I 1433 —, das erstmalig ausdrücklich die Verordnung von Hilfsmitteln im Katalog der Maßnahmen der kassenärztlichen Versorgung mit anführt). Damit stellt das Gesetz nur klar, daß der Kassenarzt im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung bleibt, wenn er derartige Tätigkeiten verrichtet (vgl. Peters aaO, § 368, Anm. 10 a). Dem entspricht auch § 2 Abs. 1 Satz 2 des Bundesmantelvertrages (Ärzte) idF vom 1. Oktober 1959 — BMV (Ä) —; denn diese Vorschrift stimmt inhaltlich mit § 368 Abs. 2 Satz 2 RVO überein und umschreibt, auf was sich die Gesamtvergütung (§ 368 f Abs. 1 Satz 1 RVO) bezieht.

Ein Ausschließlichkeitsanspruch für die Kassenärzte in dem Sinne, daß die in § 368 Abs. 2 Satz 2 RVO mittelbar angesprochenen Leistungen der Krankenkassen nur unter ihrer Mitwirkung erbracht werden dürften, ist damit nicht begründet (vgl. Heinemann-Liebold, Kassenarztrecht, 4. Aufl. 1971, § 368 RVO, Anm. 11). Das steht insbesondere außer Streit für die Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten. Nach den auf Grund der Ermächtigung des § 181 Abs. 2 Satz 2 RVO vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen erlassenen Richtlinien

vom 28. April 1971 (Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 111 vom 23. Juni 1971, S. 2, 16) sollen die Vorsorgeuntersuchungen alle diejenigen Ärzte durchführen, welche die vorgesehenen Leistungen auf Grund ihrer Kenntnisse und Erfahrungen erbringen können, nach der ärztlichen Berufsordnung dazu berechtigt sind und über die erforderlichen Einrichtungen verfügen (Kinder-Richtlinien, Teil A, Abs. 5; Krebs-Früherkennungs-Richtlinien, Teil A, Abs. 4). Dementsprechend ist auch der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung in seinem Erlaß vom 25. Mai 1971 (IV a 3— 577/71) zu den Richtlinien davon ausgegangen, daß sie dazu beitragen, über die an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte hinaus auch eine erforderliche Beteiligung von Ärzten, Krankenhäusern und sonstigen ärztlich geleiteten Einrichtungen zu sichern (vgl. Töns, Krankheitsfrüherkennung 1971, S. 33). Dieser Auffassung ist schließlich auch durch § 10 a des BMV(Ä), insbesondere durch die Bestimmungen der Abs. 2 und 3, Rechnung getragen worden. Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, daß die Krankenkassen berechtigt sind, im gegebenen Fall ihren Mitgliedern Krankenhauspflge — die ärztliche (nicht: kassenärztliche) Behandlung einschließt — zu gewähren, ohne zuvor eine kassenärztliche Verordnung einholen zu müssen.

Das Maß der Mitwirkung von Kassenärzten an den in § 368 Abs. 2 RVO genannten Maßnahmen der ambulanten kassenärztlichen Versorgung richtet sich, soweit es nicht positiv durch gesetzliche Regeln bestimmt ist, danach, inwieweit der Natur der Sache nach ärztliche Betreuung erforderlich ist. Diese Mitwirkung ist von unterschiedlicher Intensität: Die Versorgung kann ganz in der Hand des Kassenarztes liegen (ärztliche Behandlung); sie kann aber auch — beim „Verordnen“ — nur ein auslösendes, weiterer Ausführung bedürftiges Handeln des Kassenarztes erfordern, dies wiederum unterschiedlichen Grades, sei es völlig bestimmend (z. B. Arznei), sei es anweisend kontrollierend (z. B. orthopädische Fußstützen, vgl. BSG 23, 176, 179), sei es schließlich allgemein richtungweisend (z. B. Bäder, Massagen), wobei die Ausführung anderen Angehörigen der Heilberufe eigenverantwortlich überlassen ist. Soweit jedenfalls ärztliche Sachkunde beim Verordnen benötigt wird,

bleibt die kassenärztliche Versorgung grundsätzlich den Kassenärzten vorbehalten. Demgemäß obliegt auch, wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 31. Juli 1963 (BSG 19, 270, 274) dargelegt hat, das Verordnen von Arznei ausschließlich den Kassenärzten.

Damit wird das Maß der kassenärztlichen Mitwirkung bei der Versorgung mit Brillen deutlich. Diese Leistung ist komplexer Natur. Um die Brille als technische Vorrichtung benutzen zu können, muß sie den individuellen physischen Verhältnissen des Benutzers angepaßt werden. Das gilt einmal für das Gestell, das zur Kopfform, Augenstellung usw. des Trägers passen muß, und zum anderen für die Gläser, die auf seine Sehfähigkeit abgestellt sein müssen. Das Anpassen des Gestells ist eine ausschließlich handwerkliche Tätigkeit, die dem Optiker seiner Ausbildung nach obliegt.

Auch die Ermittlung, durch welche Gläser eine vorhandene Fehlsichtigkeit optimal ausgeglichen wird, kann der Optikermeister auf Grund seiner Berufsausbildung sachgerecht verrichten. Der Senat stimmt mit dem BVerwG und dem BGH überein (BVerwG 23, 140 ff., BGH, Urteil vom 4. Februar 1972, aaO), daß der Optiker dabei keine Tätigkeit der Heilkunde ausübt, sondern eine handwerklich-technische Leistung erbringt. Das Refraktionieren — d. h. die Feststellung der optischen Augeneinstellung — kann entweder durch Ausprobieren von Brillengläsern verschiedener Arten und Stärken oder durch Verwendung optischer Instrumente durchgeführt werden. Beide Methoden sind jedoch physikalische Meßverfahren zur Bestimmung des Grades der Fehlsichtigkeit des Auges. Dazu bedarf es nicht spezieller wissenschaftlicher Kenntnisse auf dem Gebiet der Medizin, wie sie die ärztliche Kunst charakterisiert. Die Ermittlung der richtigen Gläser ist demnach keine Tätigkeit, die ihrem Wesen nach ärztliche Sachkunde erfordert und deshalb im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung dem Kassenarzt vorbehalten wäre.

Die Notwendigkeit kassenärztlicher Mitwirkung bei der Beschaffung von Ersatzbrillen kann entgegen der Meinung der

Klägerin auch nicht damit begründet werden, daß eine aus Anlaß der Sehschärfenbestimmung mögliche — jedoch vom Versicherten nicht ausdrücklich gewünschte — ärztliche Untersuchung bisher unerkannte Augenkrankheiten ans Licht bringen könnte. Dabei wäre zu beachten, daß die bloße, mehr oder weniger weit entfernte Möglichkeit der Krankheitsgefährdung schon nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine solche Mitwirkung jedenfalls nicht auszulösen vermöchte; sie könnte überhaupt nur dann in Erwägung gezogen werden, wenn eine allgemeine Gefährdung erheblichen Umfangs zu erwarten wäre. Den möglichen Bedenken trägt die Beklagte jedoch bereits dadurch Rechnung, daß sie die Erstversorgung mit einer Brille nur auf Grund kassenärztlicher Verordnung übernimmt. Dabei erfolgt eine Untersuchung, und diese ist zweifellos ein geeignetes Mittel, bestehende oder drohende ernste Augenerkrankungen zu erkennen und sie unter ärztliche Kontrolle zu bringen. Wird dabei keine Augenkrankheit festgestellt, so ist die Wahrscheinlichkeit, daß bei der Sehschärfenbestimmung für eine Ersatzbrille eine solche Krankheit entdeckt wird, relativ gering. Im übrigen ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß das Vorhandensein einer Sehschwäche und eine Erkrankung des Auges nicht in notwendigem Zusammenhang stehen. Augenkrankheiten treten gleicherweise bei Normalsichtigen wie bei Fehlsichtigen auf.

Wie immer aber auch der Grad der Wahrscheinlichkeit einzuschätzen ist, daß anläßlich der Sehschärfenbestimmung für eine Ersatzbrille ernstere Augenerkrankungen entdeckt werden könnten, kann diese Möglichkeit doch keinesfalls die Notwendigkeit kassenärztlicher Mitwirkung bei der Brillen-Ersatzbeschaffung rechtfertigen. Die Verpflichtung des Versicherten, wegen der Ersatzbeschaffung einer Brille einen Kassenarzt aufzusuchen — die Mitwirkung eines Augenfacharztes fordert die Klägerin selbst nicht —, liefe darauf hinaus, auf indirektem Wege eine Früherkennungsmaßnahme zu erzwingen.

Das widerspräche aber in mehrfacher Hinsicht der Grundstruktur der gesetzlichen Krankenversicherung. Nach § 1545 Abs. 1 Nr. 2 RVO werden Leistungen aus der Krankenversicherung

auf Antrag gewährt. Aus dem Antragsprinzip folgt, daß es dem Versicherten überlassen bleibt, nicht nur zu bestimmen, in welchem Fall er überhaupt eine Leistung der Krankenkasse in Anspruch nehmen will, sondern daß er auch die Modalitäten der Leistung auswählen kann, soweit es nach Gesetz und Satzung zulässig und nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Verwaltung vertretbar ist. Dieses Freiwilligkeitsprinzip gilt in besonderem Maße für Früherkennungsmaßnahmen. Sie fallen nach der derzeitigen Rechtslage (vgl. §§ 181, 181 a RVO) nur in beschränktem Umfang als Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung an. Das Feld der Augenerkrankungen gehört nicht dazu. Selbst wo jedoch Früherkennungsmaßnahmen vorgesehen sind, hat es der Gesetzgeber beim Angebot bewenden lassen und von jedem direkten oder indirekten Zwang abgesehen.

Überdies wäre die Brillen-Ersatzbeschaffung als Anknüpfungspunkt für eine Früherkennungsmaßnahme ungeeignet, weil sie allen Versicherten — Fehlsichtigen wie Normalsichtigen — gleichermaßen zur Verfügung stehen müßte. Den Interessen der Klägerin an der Erkennung von Augenerkrankungen wird bereits dadurch Rechnung getragen, daß die Beklagte von ihren Mitgliedern dann eine kassenärztliche Verschreibung verlangt, wenn es um die erstmalige Gewährung einer Brille geht. Im übrigen muß es den Mitgliedern der Krankenkasse überlassen bleiben, ob sie bei der Ersatzbeschaffung einen Kassenarzt aufsuchen — eine solche Entscheidung hinzunehmen, ist die Beklagte verpflichtet — oder ob sie die Brille direkt beim Optiker beschaffen wollen.

Den Revisionen der Beklagten und des Beigeladenen zu 2) war daher der Erfolg nicht zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Dr. Langkeit

Dr. Schmitt

Dr. Heinze

Bayerische
Staatsbibliothek
München