

ZEITSCHRIFT FÜR *Sozialreform*

HERAUSGEBER
UND SCHRIFTFLEITUNG:

PROF. DR. HARRY ROHWER-KAHLMANN · BREMEN
DR. WILHELM DOBBERNACK† · HORST HEINKE, WIESBADEN

ANSCHRIFT
DER SCHRIFTFLEITUNG:

WILHELMSTR. 42, 6200 WIESBADEN

26. Jahrgang

Dezember 1980

Heft 12

Verfehlte Optik? Gezielte Rezeptur?

— Einiges über Eigenbetriebe der Krankenkassen
und ein privat(isierend)es Rechtsgutachten —

Von

*Prof. Dr. Stephan Leibfried, Bremen, und
Prof. Dr. Florian Tennstedt, Kassel*

Zugleich eine *Besprechung* von: Hans F. Zacher unter Mitarbeit von Marion Friedrich-Marczyk, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst? Die Eigenbetriebe der Versicherungsträger und die gewerblichen und freien Berufe im Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland. Dargestellt am Beispiel der Versorgung mit Brillen, Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1980, XII, 116 S.

„Die Rechtspflege darf sich nicht von den wechselnden Tagesströmungen und den sich aufdrängenden Tendenzen bestimmter wirtschaftlicher, gesellschaftlicher, politischer Gruppen hin und her bewegen lassen, wie die Halme vom Winde; sie muß unbeirrt durch das Murren derjenigen, welche sie vergeblich zur Erreichung ihrer Zwecke mißbrauchen wollen, ruhig ihre erhabene Bahn weiter wandeln.“ (Paul Laband)*)

„Im besonderen fällt es finanziell-kapitalistischen Interessengruppen relativ am leichtesten, fehlendes Stimmgewicht auf andere Weise auszugleichen — ein Umstand, der für die sozialen Belange unschwer von Einfluß sein kann.“ (Hans F. Zacher)**)

- *) Rechtspflege und volkstümliches Rechtsbewußtsein, Deutsche Juristenzeitung, 10. Bd. (1905), S. 10 ff.
- ***) Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland, Berlin: 1980, S. 382.

In der Bundesrepublik Deutschland betreiben von 273 Ortskrankenkassen vier Kassen Selbstabgabestellen für Sehhilfen, außerdem unterhält noch die Betriebskrankenkasse der Firma *Krupp* eine derartige Selbstabgabestelle. Hier werden dem Versicherten sowohl die einfachere „Kassenbrille“ kostenlos als auch — unter Zuzahlung der Mehrkosten — aufwendigere „Feinbrillen“ als Sachleistungen angeboten.

Die Legalität dieser vier Selbstabgabestellen ist durch zwei Klagen in Frage gestellt, die sich gegen die 1948 in Düsseldorf wieder bzw. die 1978 in Leer (Ostfriesland) neu errichteten Abgabestellen für Sehhilfen richten, die — im Anschluß an eine neuartige, um nicht zu sagen eigenartige BGH-Rechtsprechung — in sachferner Weise vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit, nicht den Sozialgerichten, ausgetragen¹⁾ und möglicherweise auch endgültig entschieden werden dürften²⁾.

Im Hinblick auf die in diesem Rechtsstreit gebrauchten Argumentationsraster ist es vielleicht ganz aufschlußreich, sich gleich eingangs über die faktisch-ökonomische Bedeutung dieser vier Selbstabgabestellen anhand der amtlichen Gewerbestatistik zu informieren. Danach gab es 1977 3656 augenoptische Betriebe, die einen Umsatz von 1,886 Milliarden DM hatten (s. Tabelle, S. 697). Demgegenüber können die wenigen Selbstabgabestellen *ökonomisch* kaum ins Gewicht fallen.

Im Hinblick auf die ökonomische Bedeutung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für die Optiker sei mitgeteilt, daß deren Reinausgaben (Aufwendungen) für Heil- und Hilfsmittel von Optikern 1973 654 864 229 DM und 1974 815 721 194 DM betragen. Inzwischen (neuere Zahlen liegen noch nicht vor) dürfte wohl auch hier die Milliardengrenze erreicht sein.

In der Sache geht es vor allem um folgendes Problem: Die RVO enthält keine *ausdrückliche* Regelung der Frage, wie die Kassen ihre öffentlich-rechtliche Sachleistungsverpflichtung zur Abgabe von individuell angepaßten Sehhilfen erfüllen dürfen und sollen. Sie ist auch im übrigen, was andere Eigenbetriebe angeht, nicht sehr beredt. Diese Rechtslage ist in zwei Veröffentlichungen breit dargestellt³⁾, von denen eine uns im folgenden beschäftigen wird:

Im Rahmen dieses Kampfs gegen die Eigenwirtschaft hat nun *Hans Friedrich Zacher*, o. Professor für öffentliches Recht an der Ludwig Maximilian Universität München und Direktor des 1980 auf Dauer eingerich-

¹⁾ Vgl. dazu: Harry Rohwer-Kahlmann: Hoheitliche Aufgaben der Krankenkassen und unlauterer Wettbewerb, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1980, S. 89 ff. u. ders., Oberlandesgericht untersagt Kasse schlicht-hoheitliche Tätigkeit, in: ZSR 1980 (Jg. 26, Heft 2), S. 92 ff.

²⁾ Vgl. dazu unter direktem Bezug auf die Rechtsprechung des BGH und ohne eigene argumentative Stellungnahme: OLG Düsseldorf, Urteil v. 22. Mai 1980 (2 U 137/78). Vgl. dazu jetzt: Harry Rohwer-Kahlmann, Kompetenz der gesetzlichen Krankenkassen (§ 225 RVO) zum Betrieb von Abgabestellen für Sehhilfen — Urteil des OLG Düsseldorf vom 22. Mai 1980, in: ZSR 1980, S. 631 ff.

teten Münchner Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, mit *Marion Friedrich-Marczyk*, die allerdings auf der Umschlagseite nicht aufgeführt ist, ein Rechtsgutachten erstellt³⁾ und in einer rechtswissenschaftlichen Reihe veröffentlicht, in dem durch historische und systematische Überlegungen der Nachweis versucht wird, daß

³⁾ Im folgenden zitiert als: Rechtsgutachten. Vgl. inzwischen auch: Bernd von Maydell, Rupert Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, Berlin: Duncker & Humblot 1980 (Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 52). Es handelt sich hierbei um ein weiteres nunmehr veröffentlichtes Gutachten, das vom Zentralverband der Augenoptiker veranlaßt worden ist.

Augenoptiker 1977 ¹⁾			
Art des Unternehmens	Anzahl	Be- schäftigte ²⁾	Umsatz ³⁾
1 Einzelunternehmen	3 000	15 755	1 334 149 000
2 Personengesellschaften und zwar OHG	155	1 557	139 969 000
3 KG, GmbH & Co. KG	238	3 214	291 550 000
4 Kapitalgesellschaften GmbH, AG und KGaA	80	507	45 140 000
5 Sonstige vorstehend nicht genannte Rechtspersonen ⁴⁾ insgesamt	183	923	75 587 000
6 Alle Unternehmen	4 ⁵⁾	? ⁶⁾	? ⁶⁾
7 Demgegenüber Eigenbetriebe der Krankenkassen	3 656	21 956	1 886 395 000

¹⁾ Zählungstichtag: Ende März 1977. Die Zählung erfaßt nur Unternehmen, die schon das ganze Jahr 1976 bestanden haben.

²⁾ Ende September 1976 (ohne Heimarbeiter). Neuere Stichprobenerhebungen ergaben für 1978 24 200 und 1979 24 000 Beschäftigte.

³⁾ Ohne Umsatzsteuer. Neuere Stichprobenerhebungen ergaben für 1978 2 350 Mill. DM und für 1979 2 446 Mill. DM Umsatz.

⁴⁾ Umfaßt die Rechtsformen Genossenschaften, sonstige private Rechtsformen sowie Unternehmen der öffentlichen Hand. Laut brieflicher Auskunft des Statistischen Bundesamtes sind hier die Eigenbetriebe nicht erfaßt, da die Erhebung ausschließlich solche optischen Unternehmen erfaßte, deren Inhaber in die Handwerksrolle eingetragen sind (Schreiben vom 13. November 1980). Es dürfte sich hier ausschließlich um „sonstige private Rechtsformen“ handeln, in diesem Falle um BGB-Gesellschaften.

⁵⁾ Durch die Neugründung in Leer (Ostfriesland) 1978 bestehen nunmehr fünf derartige „Unternehmen“.

⁶⁾ Die genauen Zahlen für 1977 sind nicht veröffentlicht und haben sich bisher nicht ermitteln lassen. Sie dürfte sich wohl noch im Promillebereich bewegen.

Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, Hg., Fachserie 4: Produzierendes Gewerbe, Handwerkszählung 1977, Heft 3: Unternehmen nach Gewerbebezügen, Nebenbetriebe, S. 20/21 (Nr. Systematik = Zeile 601)

das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung den Kassen diesbezüglich ein zwingendes „Regime von Verträgen“ mit „selbständigen Leistungsträgern“ vorschreibe, welches das „die Einheitlichkeit des Systems wahrende Element“ bilde. Daraus wird gefolgert: „Die Abgabe von Brillen in Selbstabgabestellen der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung ist rechtswidrig“⁴⁾.

Das *OLG Düsseldorf* hat — im Gegensatz zum *OLG Oldenburg* — mit Urteil vom 22. Mai 1980 festgestellt, daß die u. a. auf dieses Gutachten gestützte Klage von einer Augenoptikerin und 74 Optikern gegen die AOK Düsseldorf „unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründet ist“. Dieses Verdikt trifft sicher auch auf die skizzierte Konstruktion des zwingend vorgeschriebenen „Regimes von Verträgen“ zu. Dennoch ist es reizvoll, einige Argumentationsmuster des Gutachtens näher zu betrachten, weil darin *Grundsachverhalte der historischen Entwicklung unseres Systems der sozialen Sicherung und seiner Funktionsweise verkannt oder übersehen werden*, aber auch, weil darin *methodische wie wissenschaftspolitische Probleme einer Gutachterjurisprudenz so tangiert sind*, daß dies erhebliche Folgen für eine so junge wie notwendige Grundlagenforschung haben kann, wie man sie im Sozialrecht jedenfalls von einem Institut der Grundlagenforschung erwarten sollte.

I. Historische Defizite

Seit Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung 1883 ist diese durch zwei Leistungsformen gekennzeichnet: Naturalleistungen und Geldleistungen. Die Naturalleistungen bestanden dabei „ihrem Inhalte nach entweder in der Gewährung persönlicher Dienstleistungen, z. B. ärztlicher Behandlung, oder in der Hingabe von Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenständen“⁵⁾. Mit der Reichsversicherungsordnung wurde 1911 der Begriff Naturalleistung durch den der Sachleistung ersetzt. Vorgeschlagen hatte das der Deutsche Sprachverein, der auch weitere neue, kurze Worte prägte, wie Krankenhilfe, Hausgeld, Stillgeld, Familienhilfe usw., die teils Verdeutschungen, teils kurze Ausdrücke für ältere vielsilbige Worte darstellten⁶⁾.

Dieses somit relativ schlicht entstandene *Sachleistungsprinzip*⁷⁾, das in seinem sachlichen Bedeutungsgehalt weiterhin identisch mit dem Begriff der Naturalleistung bleiben sollte, steht nun in diesem Rechtsstreit im Mittelpunkt: ist das Prinzip eine tragfähige Rechtsgrundlage für die

⁴⁾ Rechtsgutachten, S. 113. Hervorhebung im Original.

⁵⁾ Heinrich Rosin: Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. 1, Berlin 1893, S. 369.

⁶⁾ Otto Sarrazin: Die Sprache des Entwurfs zur Reichsversicherungsordnung, in: Zeitschrift des Allgemeinen Deutschen Sprachvereins, 1910, Sp. 129 ff. und Otto Steuernagel: Die Einwirkungen des deutschen Sprachvereins auf die deutsche Sprache, Wissenschaftliche Beihefte zur Zeitschrift des Deutschen Sprachvereins, 6. Reihe, Heft 41, Berlin 1926.

⁷⁾ Die diesbezüglichen Ausführungen aus dem in Anm. 3. genannten Gutachten finden sich auch in: Zum Wesen des Sachleistungsprinzips im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht, in: Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 1980, S. 97 ff.

Eigenabgabestellen und darüber hinaus vielleicht sogar für eine, von den Verfassern selbst so apostrophierte, „kalte Sozialisierung“⁸⁾ des entsprechenden Teilbereichs unseres Gesundheitssystems? Inzwischen hat dieser Rechtsstreit auch die öffentliche Berichterstattung breiter beschäftigt, ohne daß allerdings die sozialpolitische Logik dieses Konflikts und seine Brisanz deutlich geworden wäre⁹⁾.

1. Zur Vereinfachung des Rückblicks

In dieser im Auftrage des Zentralverbandes der Augenoptiker verfaßten Expertise, in der vergleichsweise offenherzig Befürchtungen wissenschaftlich verarbeitet sein sollen, die pointiert in der Gleichung *Naturalleistung* = *Sozialismus* ausgedrückt werden können, bemühen die Autoren zunächst die *Geschichte* der deutschen Krankenversicherung¹⁰⁾.

Hiernach ist die fast hundertjährige Geschichte der deutschen Krankenversicherung durch eine Arbeitsteilung zwischen den Krankenkassen und den „Leistungserbringern“ gekennzeichnet, deren heutiges Ergebnis als „ausbalancierte Funktionsteilung“ beschrieben wird. Die Verfasser betonen nun im Rahmen dieser von ihnen festgestellten „Arbeitsteilung“ vor allem „die Rolle freier gesellschaftlicher¹¹⁾ und wirtschaftlicher¹²⁾ Kräfte bei der Erbringung gesundheitsrelevanter Dienst- und Sachleistungen“, herrsche hier doch eine „Vielheit gesellschaftlich-marktwirtschaftlicher Anbieter“, eine „freiwirtschaftliche Versorgung“. Sie garantiere dem Versicherten „ein gutes Stück Privatheit und ‚Konsumfreiheit‘“ und sei außerdem „das moderierende Element im Konflikt zwischen Leistungsempfängern und Krankenkassen“, die sich im Rahmen dieser ausbalancierten Arbeitsteilung vor allem durch die „bürokratische Arbeit der Geldleistungen und der Verhandlungen und Abrechnungen mit den ‚Leistungserbringern‘“ auszuzeichnen habe. Diesem Vorverständnis steht zwar eine Fülle gesundheitsökonomischer und sozialpolitischer Forschungsergebnisse empirischer und theoretischer Art zur Rolle der

⁸⁾ Rechtsgutachten, S. 3: „pointiert ausgedrückt: die entsprechenden Berufe oder Wirtschaftszweige ‚kalt‘ zu ‚sozialisieren‘“.

⁹⁾ Vgl. u. a. FAZ vom 28. August 1980 („Die Augenoptiker wollen eine Domäne verteidigen. Kampf gegen Kassenbrillen und fertige Lesebrillen im nicht-optischen Handel“); Weser Kurier vom 27. August 1980 („Darf die AOK Brillen verkaufen? Bundesgericht entscheidet Streit der Oberlandesgerichte“) . . .

Inzwischen beginnt das Thema auch vom optischen Bereich in die allgemeine kassenärztliche Versorgung auszustrahlen: Vgl. Zu den Vorgängen um den „Brillenladen“ der AOK Leer, in: Niedersächsisches Ärzteblatt vom 5. August 1980 (Heft 15), S. 530-533.

¹⁰⁾ Rechtsgutachten, S. 2 ff. Zu einem ersten historischen Versuch vgl. jetzt auch Maydell, Scholz . . . (Anm. 3) S. 27-47.

¹¹⁾ Gewerkschaften und andere soziale Kräfte, die die Kassen tragen und sie vor allem historisch getragen haben, sind offenbar in diese „freie Gesellschaftlichkeit“ nicht eingeschlossen – sonst müßte ihnen schon kraft der Logik dieser Argumentation eine Eigenkompetenz zur Organisation der sozialen Dienstleistung über die von ihnen getragenen Kassen zugesprochen werden. Gleiches gilt überdies für die Firma Krupp, die wohl unter Mittelstandsoptik nicht mehr zur „freien Wirtschaftlichkeit“ hinzugerechnet werden kann (und interessanterweise allerdings nicht verklagt worden ist).

„Leistungserbringer“, also der Anbieterseite im Gesundheitssektor entgegen¹²⁾). Dennoch mag es als Meinung, als normativ idealisierter Entwurf für eine wünschbare Wirklichkeit, vertretbar sein — nicht aber als Grundlage für eine historisch zutreffende Darstellung und eine juristisch schlüssige Deduktion. Da das Gutachten beides zu leisten vorgibt, könnte sich hier eine schlichte Meinung ohne ausreichende wissenschaftliche Grundlage die Verbindlichkeit gegenüber jedermann vindizieren.

Von der fast hundertjährigen Geschichte der Krankenversicherung wird mitgeteilt, daß es in dieser „für die Krankenkassen immer wieder eine Versuchung (war), gerade diese Arbeitsteilung zu durchbrechen und auch Dienst- und Sachleistungen selbst zu erbringen. In gewissen Grenzen (z. B. im Krankenhausbereich) hatte das Gesetz auch Anlaß, den Krankenkassen eine solche Ausweitung zu gestatten. Die Versuchung aber ging immer wieder über das Gesetz hinaus“¹³⁾). Sodann teilen die Verfasser mit, daß „das Problem der Eigeneinrichtungen und der Selbstabgabe von Sachgütern ... bereits mit der Errichtung der Krankenkassen (entstand)“, dann besonders wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen des 1. Weltkrieges eine Rolle gespielt hätte, „in die Zeit nach dem 1. Weltkrieg ... auch die Errichtung von Instituten“ falle, „in denen insbesondere Sachleistungen erbracht wurden“¹⁴⁾, wobei sie auch die durch den „rasche(n) medizinische(n) Fortschritt“ geschaffenen Leistungsmöglichkeiten durch „teure Apparate“¹⁵⁾ hätten ausnutzen können. Schließlich wird noch erwähnt, daß die Krankenkassen auch vor 1933 Selbstabgabestellen für Brillen errichtet haben und eine solche der AOK Düsseldorf 1933 geschlossen wurde¹⁶⁾.

¹²⁾ Vgl. dazu statt vieler: Elisabeth Liefmann-Keil: Der Arzneimittelmarkt im Rahmen der Weiterentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung, Frankfurt 1973; Volker Friedrich u. a.: Neunmal teurer als Gold. Die Arzneimittelversorgung in der Bundesrepublik, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1977.

¹³⁾ Rechtsgutachten, S. 2.

¹⁴⁾ Ebenda, S. 7/8.

¹⁵⁾ Ebenda, S. 83.

¹⁶⁾ Ebenda, S. 9. Diese und ähnliche Vorgänge werden nicht näher (z. B. anhand der einschlägigen Archivalien untersucht, obwohl, wenn man dem Gutachten folgen wollte, doch bald eine erneute Schließung in Düsseldorf ins Haus steht. Über den Umfang der Selbstabgabe von Brillen liegen keine veröffentlichten Quellen vor (eine Auswertung der Archivalien des RAM in Potsdam mit Statistiken steht noch aus!). Schon 1930 teilte der Hauptverband der deutschen Krankenversicherung mit: „In der Berichtszeit bemühten sich die Optikerverbände, unter ihnen insbesondere der Hauptverband deutscher Optiker-Vereinigungen, um eine Beseitigung der Selbstabgabe von Sehhilfen bei den Krankenkassen und der Monopolstellung einzelner Lieferanten. Die Optiker versuchen es meistens so darzustellen, als ob es sich hier um eine Lebensfrage des gesamten Standes handle. Tatsächlich ist aber die Selbstabgabe von Sehhilfen nur bei wenigen Kassen eingeführt und auch hier bestanden, wie wir feststellen konnten, ganz besonders zwingende Gründe, die in dem Verhalten der freigewerblichen Optikerschaft zu suchen waren, für die Kassen die Selbstabgabe beizubehalten.“ (Jahrbuch der Krankenversicherung 1930, Berlin 1930, S. 123) (Hervorhebungen von uns, S. L./F. T.)

Dieser historische Rückblick ist etwas zu kurz und vereinfachend geraten, vor allem aber verschweigt er:

Erstens: Die Auseinandersetzungen zwischen Krankenkasse einerseits und „Leistungserbringern“ andererseits, die zur Schaffung von Eigeneinrichtungen führten, waren nicht von gesetzeskonträren „Versuchungen“ der Kassen bestimmt, sondern gerade durch die *gesetzliche Verpflichtung* der Kassen begründet, *die hoheitliche Versorgung durch Sachleistungen* — eben als Schuldner einer Leistung in natura — *den Versicherten gegenüber in jedem Falle zu gewährleisten*¹⁷⁾¹⁸⁾.

Zweitens: Der Berufsstand der Optiker, wie auch anderer „zuliefernder“ mittelständisch-handwerklicher Berufe, ist — aller gutachtlichen Beschwörung des „Abwürgens“¹⁹⁾ von Berufen und der existentiellen Gefährdung „selbständiger Existenzen“²⁰⁾ zum Trotz — gerade durch die Entwicklung der Krankenversicherung und ihre Ausweitung, bis hin zur sozialstaatlichen Erfassung von 90 v. H. der Bevölkerung, zunächst einmal in beispielloser Art und Weise *gefördert* worden. Als einen vorläufigen Anhalt, der mit etlichen Vorbehalten zu versehen, aber doch wohl tragfähiger als historische Phantasie sein dürfte, liefert die Gewerbestatistik: 1907 gab es im Deutschen Reich 517 Optiker mit 1798 beschäftigten Personen und 197 Nebenbetrieben. 1933 gab es 1383 gewerbliche Niederlassungen im „Handel mit optischen und feinmechanischen Gegenständen“ mit 4384 beschäftigten Personen und 451 gewerbliche Niederlassungen „Herstellung von Brillen und Feldstechern“ mit 6747 beschäftigten Personen. Recht gut entwickelten sich auch die Interessenverbände der Optiker: der 1905 gegründete Hauptverband der Deutschen Optiker-Vereinigung hatte 1930 850 Mitglieder, der 1922 gegründete Wirtschaftsverband optischer Geschäfte hatte 1350 Mitglieder²¹⁾.

Auch die Produktfreiheit im Optikbereich und deren Finanzierung mit öffentlich-rechtlichen Mitteln hat zugenommen. Leider ist dieser Bereich bisher, anders als der Pharmabereich, kaum Gegenstand historischer, rechtlicher und wirtschaftlicher Analysen gewesen. Diese Defizite der Forschung, auf die eine Grundlagenforschung in der Max-Planck-Gesellschaft idealiter ausgerichtet wäre, können hier nicht ausgeglichen werden.

¹⁷⁾ Vgl. dazu ausführlich: Florian Tennstedt: Geschichte der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung, Bonn: Verlag der Ortskrankenkassen, 1978, S. 150 ff.

¹⁸⁾ Es müssen schon erhebliche Projektionen in die Geschichte erzwingende Interessen vorliegen, wenn eine historisch anerkannte Legalität, ja Notwendigkeit, eines solchen Vorgehens der Kassen nun noch ex post ins Gegenteil verkehrt wird.

¹⁹⁾ Rechtsgutachten, S. 92.

²⁰⁾ Ebenda, S. 4; auf S. 7 findet sich die „existenzielle Bedeutung“ und die Gefährdung bildet die Grundenergie des ganzen Gutachtens — allen Fakten zum Trotz.

²¹⁾ Quellen: Statistik des Deutschen Reiches, Bd. 222, Berlin 1911, S. 34; Statistik des Deutschen Reiches, Bd. 462, Berlin 1935, S. 54; Jahrbuch der Berufsverbände 1930, Berlin 1930, S. 38.

2. Zur Verfremdung eines gesundheitspolitischen Konflikts

Immerhin sehen *Hans Friedrich Zacher* und *Marion Friedrich-Marczyk* die elementare „Schwierigkeit allen Sozialleistungsrechts“ darin, „daß die Norm zwar Leistungen zusagen kann, für ihre Verwirklichung aber darauf angewiesen ist, daß die tatsächlichen Voraussetzungen, damit die Leistungen erbracht werden können, gegeben sind oder geschaffen werden“²²⁾. Ferner sprechen sie davon, daß der Unmittelbarkeit der Bedarfsbefriedigung nach dem Sachleistungsprinzip von den Trägern der Krankenversicherung zu entsprechen ist, in dem sie „gewährleisten, daß der Versicherte sie bekommt, ohne sie sich selbst erst — insbesondere durch Vertrag — verschaffen zu müssen“²³⁾. Die Verfasser schweigen sich allerdings dazu aus, wie denn *im Konfliktfall*, sei es der „Allumfassende“, sei es der alltäglichere der Preisgestaltung und der regionalen Verteilung, mit dem von ihnen konstruierten „Vertragsregiment“ *die sozialstaatliche Versorgung der Versicherten effektiv gewährleistet werden soll*. Schließlich nehmen sie ja den Kassen jegliche Möglichkeit auch nur vom Rande her selbst und unmittelbar auf die Gestaltung des Marktgefüges mit einzuwirken.

Sie sehen recht kurzsichtig nur, — ungeachtet der von ihnen allenfalls gestreiften²⁴⁾, aber nicht weiter beachteten Selbstverwaltung —, den „Konflikt zwischen Leistungsempfänger und Krankenkassen“, in dem die Dritterfüller (also auch die Optiker) das „moderierende Element“ gegenüber einer von ihnen wohl angenommenen Begehrlichkeit der Versicherten darstellen sollen: „Seine beruflichen Erfahrungen, seine Standesgewohnheiten und -normen und vielleicht auch sein Standesethos — ergeben etwas von der ‚Normalität‘, die dem Sachleistungsprinzip immanent“ ist²⁵⁾. Die historische Erfahrung und die wirtschaftliche Analyse zeigen demgegenüber, daß eine *von der wirtschaftlichen Größenordnung her beachtliche Begehrlichkeit* vor allem auf seiten der Drittleister verbreitet war (und ist?)²⁶⁾. Die historische Erfahrung zeigt vor allem, daß *an einem ganz anderen Ort*, nämlich gerade an der *Nahtstelle Drittleister — Krankenversicherung* die *entscheidenden Konflikte* in der Geschichte der Krankenversicherung ausgetragen wurden, wenngleich auch nicht vorrangig mit den Apothekern und Optikern, sondern mit den (Kassen)-Ärzten vor deren öffentlich-rechtlicher Einbindung in das System des

²²⁾ Ebenda, S. 19.

²³⁾ Ebenda, S. 28.

²⁴⁾ Ebenda, S. 98/99.

²⁵⁾ Ebenda, S. 33.

²⁶⁾ Wäre in diesem Zusammenhang — in dem auch keinerlei kritische Schwellenwerte übersteigende Ausweitung der „Sozialisierung“ irgendwo erwartet wird — nicht auch der große finanzielle Aufwand, für die Abschaffung von ganzen fünf, regional extrem begrenzten Selbstabgabestellen, zu beachten? Immerhin sind Kosten für drei, wenn nicht vier, hochkarätige Gutachter entstanden (vgl. auch Anm. 3), sowie erhebliche Prozeß- und Druckkosten.

Kassenarztrechts der gesetzlichen Krankenversicherung, die nach 1933 in der Kassenärztlichen Vereinigung Deutschlands ihre Vollendung fand. Diese Prozesse lassen sich auch nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Engherzigkeit der Kassen begreifen, sind vielmehr grundsätzlicherer gesundheitspolitischer Natur.

Gerade auf der von *Hans Friedrich Zacher* und *Marion Friedrich-Marczyk* weitgehend verkannten „Einstandspflicht, von dem Einstehenmüssen der Kassen den Versicherten gegenüber z. B. dafür, daß die ärztliche Versorgung als Sachleistung nicht nur gewährleistet, sondern auch tatsächlich erbracht wird“²⁷⁾, beruht die ganze Logik der ökonomischen Auseinandersetzung zwischen Ärzten und Krankenkassen. So konnte man 1913, vor dem Berliner Abkommen, in den „Ärztlichen Mitteilungen“ lesen: „In den Händen der Krankenkassen liegt die Entscheidung. Wollen sie den Sturz, gut. Er wird dann mit verheerender Gewalt in ihre Bäume fahren ...“²⁸⁾ und „In solchem Kampfe würde die deutsche Krankenversicherung ganz von selber zerbröckeln, auch ohne daß die Ärzte mit dem kleinsten Finger daran rührten; ganz automatisch, rein durch unsere Defensive ...“²⁹⁾. Die Ärzte wollten ihre Leistungen nur noch nach dem privatversicherungsrechtlichen Muster der Kostenerstattung erbringen und boykottierten das Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung. Dieses Verfahren wurde auch 1923 in Berlin im Ärzte„streik“ praktiziert: Die einzelnen Kassenmitglieder erhielten während des damals vertragslosen Zustandes (also *Versagen des „Vertragsregiments“*?) keine freie ärztliche Behandlung mehr, „sie mußten vielmehr bei jeder Inanspruchnahme des Arztes, über das der Arzt als ‚vereinbartes‘ Honorar quittierte, auslegen und es sich auf Grund der Quittung des Arztes von der Kasse zurückzahlen lassen. ... Bescheinigungen irgendwelcher Art über Arbeitsunfähigkeit oder Wiedereintritt der Erwerbsfähigkeit usw. wurden nicht ausgestellt“³⁰⁾.

Diese Vorgänge und Erfahrungen mit den „Leistungserbringern“ während der Inflationszeit führten dann in der Weimarer Republik verstärkt zur Schaffung von Ambulatorien und Selbstabgabestellen der Krankenkassen, denen außer ihrer „marktlichen“ Regulierungsfunktion auch zunehmend eine *prophylaktisch-sozialhygienische Bedeutung* zukam³¹⁾, die

²⁷⁾ Harry Rohwer-Kahlmann: Die Sozialleistung der „Versorgung mit Brillen“ (§§ 179 Abs. 1, 182 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 182 Abs. 2 RVO) als gesetzliche Hoheitsaufgabe der Krankenkassen (§ 225 RVO) und die Zulässigkeit ihrer Erfüllung durch kasseneigene Abgabestellen. Rechtsgutachten, in: ZSR 1980 (Jg. 20, Heft 4), S. 197–261, hier S. 207. Es handelt sich hier um das auf Anforderung der Kassen erstellte Gegengutachten.

²⁸⁾ Ärztliche Mitteilungen 1919, S. 539.

²⁹⁾ Ärztliche Mitteilungen 1919, S. 587.

³⁰⁾ Herbert Täger: Die Entwicklung des Berliner Krankenkassenwesens unter besonderer Berücksichtigung der Kriegs- und Nachkriegszeit, einschließlich des Ärztestreiks 1923/24, Diss. rer. pol. Tübingen 1925, S. 169 ff.

³¹⁾ Vgl. dazu: Florian Tennstedt: Geschichte ... (Anm. 17), S. 150 ff. Von zentraler Bedeutung für die Machtkonstellation und die Struktur der Kontrollrelevanz ist das genetische Muster selbst: die grundsätzlich reaktive Ausrichtung des Aufbaues dieser Eigenwirtschaft.

wegen der notwendigen Zersplitterung des Niederlassungsprinzips so erheblich wirksamer organisierbar war. Im übrigen waren sie *weder flächendeckend noch unkontrolliert*, vielmehr im wesentlichen auf Groß-Berlin beschränkt, wobei in dieser Zeitschrift auch die Ambulatorien *Geestemündes* nicht vergessen werden sollten. Selbst in Groß-Berlin ersetzten die Ambulatorien nicht den Markt, sondern überlagerten ihn nur in regulierender Weise, *pluralisierten somit den sozialen Dienstleistungsmarkt*.

3. Zur historischen Zuspitzung dieses Konflikts: Der Modellfall 1933

Es war 1933 nun ein Hauptanliegen der „revolutionären“, mittelstandsorientierten Machthaber des NS-Regimes im Gesundheitswesen, genau diese Ambulatorien und Eigeneinrichtungen zugunsten des Mittelstandes zu zerschlagen. Dieses Anliegen der Machthaber stand nicht im interesselosen Raum, sondern traf durchaus die sehr spezifischen „marktlichen“ „Normalisierungs“wünsche der damals ebenso „zuständigen Berufsstände und Wirtschaftskreise“ — die man allerdings heute wie damals nicht mit materiell öffentlichen, gesundheitspolitischen Interessen verwechseln sollte. Im Hinblick auf die Eigenbetriebe ging hierbei der Reichskommissar für den Hauptverband deutscher Krankenkassen, *Ludwig Brucker*, besonders schneidig vor — bis er auf Betreiben des Reichsarbeitsministeriums, wie auch aufgrund seines Treibens in der Deutschen Arbeitsfront, abgelöst wurde³²⁾. Diese Geschichte muß hier im einzelnen nicht nachgezeichnet werden³³⁾, wohl aber sollen die anlässlich der konkreten Bedrohung der Eigenbetriebe durch die „Revolutionäre“ des NS-Regimes entstandenen, „bremsenden“ Erlasse des Reichsarbeitsministeriums mitgeteilt werden. Deren Ausführungen zur Selbstabgabe von Krankenkassen haben durch den eingangs geschilderten, gutachtlich fundierten

³²⁾ Ebenda S. 184 ff. u. ders. mit Stephan Leibfried: Sozialpolitik und Berufsverbote im Jahre 1933, in: Zeitschrift für Sozialreform 1979, S. 129 ff. (vgl. auch den entsprechenden Berichtsband mit gleichem Titel: Bremen: Universität 1980, 344 S. — Arbeitspapiere des Forschungsschwerpunktes Reproduktionsrisiken, soziale Bewegungen und Sozialpolitik Nr. 2). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, wie sehr die „sozialrechtliche Autobahn des Fortschritts“ einem solchen Gutachten auch im Zitieren zugrunde liegt. Es stützte sich ganz unbefleckt vom Nachdenken über sozialrechtliche und -politische Brüche, die die Tradition eines demokratischen Gemeinwesens vielleicht nicht mit belasten sollten, ohne weiteres auf Indizien aus der Zeit der Zerschlagung der Ambulatorien im Jahre 1933. So wird z. B. auf S. 10 in Fußnote 1) eine Entscheidung des Reichsversicherungsamtes vom 15. November 1933 in die Argumentation integriert, in der es den Kassen untersagt wurde, durch Eigeneinrichtungen gänzlich kassenfremde Personen zu versorgen. Eine solche Entscheidung mag sich zwar sozialrechtlich als durchaus haltbar erweisen — was allerdings einer eigenen Begründung und historisch fundierten Selbstversicherung bedarf und nicht schon immer als selbst-evident unterstellt werden darf.

³³⁾ Eine Untersuchung von uns zu diesem Problemkreis ist seit längerem in Vorbereitung. Vgl. zu einem Überblick über die Zeitschriftenliteratur zu den „Eigeneinrichtungen“ die von den Verfassern nicht aufgearbeitet wird, die Rubrik „Sozialversicherung“ in den Unterrubriken „Allgemeines“ und „Krankenversicherung“ in: Stephan Leibfried u. a., Hrsg., Materialien zu einer Sozialgeschichte der Sozialpolitik. Sofie Götzke's Bibliographie der Wohlfahrts-pflege, 1925–1944, 20 Hefte, ca. 2000 S., Bremen: Universität (im Druck).

Rechtsstreit eine unerwartete und vielleicht auch notwendige, weil *in den damals möglichen Ansätzen die richtigen Dimensionen herstellende Aktualität* gewonnen. Aus diesen Erlassen mag man ganz allgemein zumindest a majore ad minus auf die „Unbehelflichkeit“ des „Vertragsregimes“ für die Begründung einer *grundsätzlichen* Ausschließlichkeit der Privatisierung von sozialen Dienstleistungen im Gesundheitsbereich schließen.

Im Runderlaß des Reichsarbeitsministers vom 31. Juli 1933 (II a 8105/33)³⁴⁾ hieß es zu „Eigenbetriebe(n) und Selbstabgabestellen“:

„Die Frage der Eigenbetriebe und der Selbstabgabe durch Krankenkassen bedarf aus mehrfachen Gründen besonders pfleglicher und vorsichtiger Behandlung. Einmal stehen hier wichtige Interessen des Mittelstandes und der freien Berufe auf dem Spiele. Andererseits sind in Eigeneinrichtungen der Krankenkassen oft erhebliche Werte angelegt, zu deren pfleglicher Behandlung das Gesetz die zur Verwaltung der Versicherungsmittel Berufenen verpflichtet. Eine gerechte Lösung der Frage, ob ein Eigenbetrieb oder eine Selbstabgabestelle aufrechtzuerhalten ist, kann nur unter sorgfältiger Abwägung aller Belange erfolgen. Wo nicht nachweisbare Ersparnisse zu erzielen sind oder das Interesse der Versicherten dies verlangt, ist für Eigenbetriebe kein Raum. Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit darf aber nicht nur der gegenwärtigen Lage Rechnung getragen werden; sie muß auch eine Würdigung der zukünftigen Verhältnisse und der berechtigten Interessen der Versicherten umschließen. Insbesondere bei Röntgeneinrichtungen u. dgl. ist zu berücksichtigen, daß die Vertiefung des vertrauensärztlichen Dienstes die Verwendung diagnostischer Hilfsmittel im größeren Umfange bedingen wird.

Eine überstürzte Auflösung, wie sie nach Mitteilungen an manchen Stellen vollzogen worden ist³⁵⁾, kann zu einer Vergeudung von Volksvermögen, zur Schädigung berechtigter Versicherteninteressen und schließlich sogar zu empfindlicher Mehrbelastung der Beitragspflichten führen. Die Auflösung selbst unwirtschaftlicher und nicht nötiger Eigenbetriebe darf daher nur planvoll und unter angemessener Verwertung der vorhandenen Vermögensstücke erfolgen, um eine vermeidbare Schädigung des Versicherungsvermögens nach Möglichkeit zu verhindern.

Der unser öffentliches Leben beherrschende Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ wird bei richtiger Anwendung im einzelnen Falle zur gerechten Entscheidung führen. Eigenbetriebe und Selbstabgabe sind nicht Selbstzweck. Sie haben ihre Berechtigung nur und insoweit, als es nicht möglich ist, mit den in Frage kommenden Berufsgruppen angemessene und der Wirtschaftlichkeit entsprechende Vereinbarungen zu erzielen. Wo dies allerdings nicht der Fall ist, kann es der Gesamtheit der Beitragszahler — insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Versicherten zu den minderbemittelten Volksgenossen gehören — nicht zugemutet werden, vermeidbare Belastungen

³⁴⁾ Amtliche Nachrichten 1933, S. 400. Auch Maydell/Scholz ... (Anm. 3), S. 43, gehen über die Konfliktsituation 1933, die für einen Vergleich mit heute besonders ergiebig ist, pointiert gesagt unter Hinweis auf die einfach ziffrige Devise „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ hinweg.

³⁵⁾ Hier war vor allem Berlin gemeint, das für die Beamten des Reichsarbeitsministeriums ja recht unmittelbaren Anschauungsunterricht bot und auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führte, die von den entlassenen Ärzten in Gang gesetzt wurden. Zur Illustration für die plakative Auktionierung der Ambulatorien vgl. nur die Berliner Ärzte-Correspondenz von 1933.

zugunsten einiger weniger zu übernehmen. Dies würde gegen den genannten Grundsatz verstoßen. Ich bin aber der Überzeugung, daß es bei Würdigung der genannten Gesichtspunkte überall gelingen wird, einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen. Wo solche Bemühungen bislang nicht von Erfolg begleitet waren, sind neue Verhandlungen aufzunehmen. Wo eine Verständigung über angemessene Bedingungen nicht sofort im vollen Umfange erfolgen kann, werden Teilvereinbarungen ermöglicht werden und damit schon zu einer Entspannung führen können. Es muß jedoch, darauf verweise ich nochmals ausdrücklich, unter allen Umständen dafür Sorge getragen werden, daß keine Schädigung der Gesamtheit der Versicherten eintritt, zu der ein für einzelne erzielter Nutzen außer Verhältnis stände.“

Der Reichsarbeitsminister versuchte also die faktische Tendenz einer rechtswidrigen Demontage³⁶⁾ und Privatisierung der Eigenbetriebe, die unter NS-Vorzeichen durchgesetzt wurde, als für die klassische Sozialpolitik zuständige Behörde so gut als unter diesen Umständen möglich, in Grenzen zu halten. *Es findet sich hier keine Spur davon, daß man von dieser kompetenten Seite den NS- und Interessenvorwürfen zugestimmt hätte, wonach es sich bei den Ambulatorien um illegale, sozialistische Auswüchse handeln sollte.* Im Gegenteil — ihre „Berechtigung“ wird trotz der Defensive und in persönlicher Gefahr von einer Bürokratie betont, die vor und nach 1933 entscheidend vom Zentrum geprägt war. Am 8. August 1934 erließ der Reichsarbeitsminister dann noch einen Bescheid zur Selbstabgabe von „Sehhilfen durch Krankenkassen“³⁷⁾, der den oben dargestellten Runderlaß konkretisiert.

„Nach den mir zugegangenen Berichten ist die Zahl der Krankenkassen, die Einrichtungen zur Selbstabgabe von Sehhilfen unterhalten, nur noch sehr gering, so daß der Umsatz in diesen Selbstabgabestellen keine große Bedeutung hat. Die Auffassung des Reichverbandes deutscher Augenoptiker e. V., daß die Selbstabgabestellen innungspflichtig seien, dürfte nicht zutreffen. Nach der Reichsgewerbeordnung können als Innungsmitglieder nur Personen aufgenommen werden, die ein Gewerbe, für das die Innung errichtet ist, in dem Innungsbezirk selbständig betreiben. „Gewerbe“ ist jede gleichmäßig fortgesetzte, auf Gewinn gerichtete selbständige Tätigkeit. Ein solches Gewerbe betreiben aber die Krankenkassen auch bei Selbstabgabestellen nicht. Deshalb können sie, wenn sie an ihre Mitglieder Sehhilfen abgeben, auch nach dem Gesetz über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 29. 11. 33 nicht Mitglieder einer Optiker-Innung sein.

Zu der Behauptung, die Sehhilfen würden von Nichtfachleuten abgegeben, haben die Krankenkassen berichtet, daß sie die Abgabe von Sehhilfen an Versicherte in der Regel von Fachärzten auf richtige Anpassung überprüfen lassen. In besonderen Fällen werden weiterhin die Brillen nach Einsendung

³⁶⁾ Diese Rechtswidrigkeit scheint dem BGH — trotz dieser ihm allerdings unbekannt, weil nicht ermittelten Sachlage — allerdings selbst nach 1945 gänzlich verlorengegangen zu sein. Um das festzustellen, braucht man nur die Leidensgeschichte eines Wi(e)dergutmachungsprozesses nämlich die des Ambulatoriumsarztes Dr. med. Norbert Marx bis zum BGH zu verfolgen. Vgl. Urteil des BGH v. 20. 3. 1957 IV 297/56 (KG), in: Rechtsprechung zur Wi(e)dergutmachung 1957 (Jg. 8, Heft 7), S. 244 ff. und die einschlägigen Verfahrensakten.

³⁷⁾ Die Betriebskrankenkasse 1934, S. 380.

der ärztlichen Verordnung von den Lieferfirmen der Krankenkassen besonders hergestellt. Ferner wird von den Kassen darauf hingewiesen, daß nicht an allen Orten Optiker ansässig sind und daß daher in wesentlich größerem Umfange, als es bei Selbstabgabestellen der Fall ist, durch Uhrmacher und verwandte Gewerbetreibende, die ebenfalls keine Fachleute sind, Sehhilfen an Krankenkassenmitglieder verabfolgt werden.

Wenn somit Krankenkassen wegen der erheblichen Preisunterschiede aus wirtschaftlichen Gründen Selbstabgabestellen für Sehhilfen beibehalten, so kann ich darin allgemein keinen Verstoß gegen die in meinem Rundschreiben vom 31. 7. 33 (II a 8105/33) bekanntgegebenen Richtlinien sehen. Sollten Sie in einzelnen Fällen die Auffassung haben, daß die Aufrechterhaltung einer Selbstabgabestelle nicht mit meinen Richtlinien zu vereinbaren ist, so stelle ich anheim, mir hiervon zur Nachprüfung Mitteilung zu machen.“

Diese Stellungnahmen des Reichsarbeitsministeriums in einer derart kritischen Situation, in der es sicher opportuner gewesen wäre, in das allgemeine Halali gegen die Eigenbetriebe und deren „Sozialismus“ einzustimmen, sollten in ihrer Abgewogenheit doch auch heute noch zu denken geben. Sie zeigen, daß die Probleme jedenfalls nicht dort liegen, wo sie die Optiker und die von ihnen bestellten Gutachter vermuten. Die wissenschaftliche Forschung sollte weniger auf der politisch motivierten historischen Fiktion beruhen, daß „die Krankenkassen die freiwirtschaftliche Versorgung austrocknen“ könnten³⁸⁾, sondern sich auf die historische Ausweitung des Sachleistungsprinzips zugunsten der freiwirtschaftlichen Versorgung, deren Bewegungslogik und deren Regulierungswirkungen im Marktgefüge konzentrieren — auch und gerade bei Feinbrillen. In dem am 25. Oktober 1927 zwischen den Krankenkassen-Spitzenverbänden und den Spitzenverbänden der optischen Industrie und der Optiker vereinbarten Abkommen³⁹⁾ hieß es noch: „Zuzahlungen von Kassenmitgliedern sind verboten.“ Inzwischen sind durch die wirtschaftliche Entwicklung und die der sozialen Rechtsstaatlichkeit, insbesondere auch durch die Rechtsprechung des BSG, die Maßstäbe für Kassenleistungen verändert, „ausgeweitet“ worden. Dieses hat auch, ja vornehmlich die wirtschaftliche Situation der Optiker, günstig beeinflußt. Die damit bei richtiger und einheitlicher Deutung des Sachleistungsprinzips immer schon einhergehende *rechtliche Möglichkeit der Abgabe von Feinbrillen auch durch Selbstabgabestellen der Krankenkassen in Wahrnehmung ihrer hoheitlichen sozialstaatlichen Aufgaben bedrohte demnach offensichtlich nicht die Opti-*

³⁸⁾ Rechtsgutachten S. 3. Die Autoren lassen sich zudem, wie der „nationale Gesundheitsdienst“ im Titel zeigt, von ausländischen (englischen) Situationen verleiten, ohne daß sie auf die dortige Rechts- und Interessenkonstellation konkret, geschweige denn vergleichend eingehen. Zur englischen Situation vgl.: Vincente Navaro, *Class Struggle, The State and Medicine*, London: Martin Robertson 1978; Frank Honigsbaum, *The Division in British Medicine*, London: Kogan Page 1979. Zu einem vergleichenden Ansatz s. u. a.: Howard M. Leichter, *A Comparative Approach to Policy Analysis, Health Care Policy in Four Nations*, Cambridge u. s. f.: Cambridge University Press 1979, sowie: Gunnar Griesewell, *Vergleiche der Systeme der Gesundheitsversorgung in der Bundesrepublik Deutschland und in Großbritannien*, Diss. rer. pol. Münster 1973.

³⁹⁾ Die Betriebskrankenkasse 1928, S. 25.

ker, sondern ist vielmehr selbst von einer historisch und sozialstaatlich unangemessenen Sicht des Problems durch eine Gutachterjurisprudenz bedroht, die bislang glücklicherweise auch bei einer sachferneren und eigentlich unzuständigen Zivilgerichtsbarkeit nur in einem Fall (OLG Oldenburg) Rückhalt in der Berufungsinstanz hat finden können.

II. Methodologische Defizite

Über diese, für sich schon durchschlagenden historischen Umtönungen hinaus — denen man entnehmen mag, wie sehr sich ernstgenommene sozialrechtliche Strukturen selbst unter extremen Bedingungen dagegen sperren, ausschließlich auf ein trügerisches, privates Interessenfundament bezogen zu werden —, können, auch *methodisch* gesehen, einige wissenschaftspolitische Einwände gegen ein solches rechtswissenschaftliches Vorgehen nicht unerwähnt bleiben, es sei denn man wollte sich gegenüber grundlegenden Problemen einer sozialrechtlichen Grundlagenforschung einfach blind zeigen.

1. Zur Methode der Umwertung historisch gesetzter Werte

Erstens: Die Gutachter *typisieren* u. a. „elementare Rollen“⁴⁰⁾, „Selbständigkeit“ — „Unselbständigkeit“⁴¹⁾ usf. und zwar jeweils mit Konsequenzen, die auf Verbindlichkeit gegenüber jedermann zielen, obgleich diese *sozialen Aussagen (sozial)wissenschaftlich* bei ihnen *gänzlich unbelegt* — und „unbewiesen“ — *geblieben sind*. Dieser Einwand trifft auch die organisationssoziologische Behauptung wonach die Eigeneinrichtungen „die organisatorische Kapazität und die sachliche Kompetenz der gesetzlichen Krankenkassen“ überfordern⁴²⁾. Dazu wird weder historisch noch aktuell, weder systematisch noch illustrativ, ein einziges Argument bzw. empirischer Kontext herangezogen. Vielmehr wird von der ja offenbar widerspenstigen Realität existierender Betriebe abgehoben und wohl kraft Natur der (sozialwissenschaftlich existenten) Sache auf irgendwelche Wesensgrenzen „bürokratischer“ Arbeit⁴³⁾ gesetzt. Da, wo eigene Forschung und Zurkenntnisnahme „fremder“ Forschung eigentlich nötig sind, wird schlichtweg daher behauptet und an vorwissenschaftliche Meinungen angeknüpft. Wie anders, wie offener ging doch noch *Heinrich Rosin* bei der Schöpfung seines grundlegenden *rechtsdogmatischen* Werkes über „Das Recht der Arbeiterversicherung“ vor, „bei der Sammlung und Verwertung eines höchst weitsichtigen, oft sich durchkreuzenden praktischen Materials, bei der oft unentbehrlichen Heranziehung von Wissenszweigen,

⁴⁰⁾ Rechtsgutachten, S. 1.

⁴¹⁾ Ebenda u. a. S. 67, 79/80.

⁴²⁾ Ebenda, S. 99–101.

⁴³⁾ Ebenda, S. 4.

welche seinem Studienkreise, ja überhaupt der Rechtswissenschaft mehr oder weniger fern stehen⁴⁴⁾.

Zweitens: Die Gutachter geben rechtlich bislang immerhin offen gehaltenen und historisch vor 1933 schon einmal entfaltenen *Entwicklungsmöglichkeiten keinen Raum*, weil sie fortwährend *das faktisch* (zumal nur als Tendenz) *Vorfindliche zur rechtsverbindlichen Grenzbestimmung überhöhen*. Logisch gesehen, und hier pointiert stilisiert, erfolgt dies in folgender Weise: Zunächst wird, was zutrifft, eine faktisch vorfindliche Seltenheit von Eigeneinrichtungen festgestellt, wobei insoweit auch noch die dürftige rechtliche Regelungsdichte bei Eigeneinrichtungen herangezogen wird⁴⁵⁾. Diese wirkliche Seltenheit bzw. Dürftigkeit wird dann im Vorsatzfilter eines ideologisch gesetzten, normativen Bildes von „Normalität“ bzw. des Prozesses der „Normalisierung“⁴⁶⁾, für das die „Marktlichkeit“ und die „Selbständigkeit“ die unverrückbaren Brennpunkte darstellen, in eine juristische Argumentation verwandelt. So wird das Normale zur rechtlichen Regel, das Anormale zur rechtlichen Ausnahme, ja „plus catholique“ gleich zur *Subsidiarität* transsubstantiiert, womit ein im Sozialversicherungsrecht bislang nicht relevanter, aus anderen Rechtsgebieten aber (vor allem in seinen Auswirkungen) wohlbekannter Grundsatz in dieses als quasi selbstverständlich „ingeschleust“ wird. Summa summarum endet das Ganze dann so: „Selbst wo Eigenleistungen möglich sind, kommen sie nur subsidiär zum Zuge, sind sie nur subsidiär rechtmäßig“⁴⁷⁾. Diese sozialrechtliche Variante der „normativen Kraft des Faktischen“, die, bei allen ehrenwerten Bemühungen des Reichsarbeitsministeriums, anknüpfen kann an den jedenfalls zerstörerischen *Wirkungen* in der Gesundheitspolitik ab 1933 und dann ab 1948⁴⁸⁾, wird in

⁴⁴⁾ Heinrich Rosin: a. a. O. – (Anm. 5), S. VI.

⁴⁵⁾ Ebenda u. a. S. 18. Diese Dürftigkeit könnte ihre funktionale Erklärung schlicht darin finden, daß die Kassen als unter dem „Vertragsregime“ ohnehin gesundheitspolitisch kontroll- und steuerungsschwache Instanzen, einen offenen und flexiblen Kompensations- und Innovationsraum brauchen, um bei der Gestaltung solcher weitgehend vermarkteter sozialer Dienstleistungen wenigstens mitwirken zu können. Zudem blieben Gestaltungsfragen der Leistungserbringung von Anfang an soweit wie möglich aus der Reichsversicherungsordnung ausgespart, um sie der praktischen sozialpolitischen Auseinandersetzung zu überlassen. Der Motor einer (private Besitzstände arrondierenden) Verrechtlichung dieser Gestaltungsfragen ist gerade bei den auch in dieser Besprechung maßgebenden Interessengruppen zu suchen (sei es im Bereich der Optik, der Apotheken oder der Ärzteschaft).

⁴⁶⁾ Ebenda u. a. S. 33, 36 („Klärung der Normalität“), 39 („Prozeß der Normalisierung“). Das vermarktete Weltbild, das in diese „Normalitäts“vorstellung schon vorweg eingeflossen ist wird auf S. 34 noch einmal besonders deutlich ins Licht gesetzt. Dort heißt es: „Gleichwohl ist zu sehen, daß der Wechsel vom Sachleistungsprinzip zum Erstattungsprinzip immer auch einen Schritt in Richtung auf ‚Normalisierung‘ bedeutet“. Die Gleichung lautet: Normalisierung = Monetarisierung und Privatisierung der Gesundheitspolitik. Wer wünscht sich schon eine anormale Politik der „sozialen Sicherheit“? Die suggestive Wortwahl (normal = ohne Angst, sicher) beleuchtet noch einmal die transsubstantiierte Filterwirkung mit der hier eine sozialrechtliche „normative Kraft des Faktischen“ erzeugt wird.

⁴⁷⁾ Ebenda, S. 84.

⁴⁸⁾ Vgl. dazu inzwischen vor allem die treffliche historische Analyse: Hans Günter Hockerts, Sozialpolitische Entscheidungen im Nachkriegsdeutschland. Alliierte und deutsche Sozialversicherungspolitik 1945 bis 1957, Stuttgart: Klett-Cotta 1980.

diesem Gutachten beispielhaft vorgeführt. *Rechtlich vor 1933 noch offene Entwicklungsmöglichkeiten*, die durch Gesetz — entgegen aller Faktizität, die „normative Kraft des Normativen“ — bis heute nicht zurückgenommen sind, werden in diesem Gutachten hinweg-„normalisiert“, einge-ebnet.

Auch die Gutachter wollen nicht jede Bewegungsmöglichkeit verstellen. Zwar wird den Kassen einerseits die gesundheitspolitische Möglichkeit der Mitsteuerung genommen, andererseits wird ihnen jedoch großzügig die Funktion zugesprochen, die Lücken der „Marktlichkeit“, jeweils auf ‚privatrechtlichen‘ Widerruf, zu füllen, pointiert in der Sprache der Verfasser gesprochen: auch hier die Verluste gesundheitspolitischer Privatisierung zu Lasten der Beitragszahler zu „sozialisieren“. Die vormals positive und regulative gesundheitspolitische wie sozialrechtliche Bedeutung der Eigenbetriebe wird völlig ins Negative verkehrt. In dieser neuen sozialrechtlichen Optik dürfen die Kassen Genesungsheime einrichten, weil es hier in der Praxis an „klaren“ Ausprägungen fehlt, i. e. es gibt keine formierten privaten Interessen im Sichtkreis der Gutachter⁴⁹⁾, und insoweit wird das System als offen definiert⁵⁰⁾. Die Kassen dürfen eigene Krankenhäuser einrichten⁵¹⁾ — schließlich sind ja die „gewerblichen Krankenhausträger“⁵²⁾ seit Ende der Weimarer Republik vollends in den Hintergrund getreten⁵³⁾. Sie dürfen die häusliche Krankenpflege und die Haushaltshilfe „sozialistisch“ an sich ziehen, wobei hier die Begründung an Deutlichkeit für das methodische Verfahren auch im Blick auf die schon erwähnte unzulässige Typisierung wenig zu wünschen übrig läßt:

„Sowohl bei der Krankenpflege als auch bei der Haushaltshilfe handelt es sich um Tätigkeiten, die in der Regel *unselbständig* ausgeübt werden. Daher stehen genügend Personen, die diese Dienste *selbständig* erbringen und mit den Kassen entsprechende Kollektiv- oder Individualverträge schließen können, *nicht* zur Verfügung. Aufgrund *dieser ... tatsächlichen Situation* ermächtigt § 376 b Satz I RVO die gesetzlichen Krankenkassen, die benötigten Personen selbst anzustellen“⁵⁴⁾.

⁴⁹⁾ Warum die „Normalisierung“ nicht noch einmal normativ gewendet und einem an sozialen Dienstleistungen (welcher Qualität auch immer) orientierten Hotelgewerbe (man vgl. die Althemsituation in den USA) auch dieser Bereich im Sinne einer sozialpolitischen Entwicklungspolitik zugesprochen wird, ist nicht recht erfindlich. Warum soll Monetarisierung und Privatisierung nur als eine Art systematisierte „sozialrechtliche status quo Garantie“ aufgefaßt werden? Das ist der Interessenlogik der Optiker zwar adäquat — um so mehr muß aber doch dort privatisiert werden, wo die „kalte Sozialisierung“ schon so erfolgreich war, daß man mit einer status quo Garantie gar nicht mehr an die formierten privaten Interessen anknüpfen kann? Ist das nicht das Optimum an „zutiefst verunsichert“ (S. 4), „Werte gefährdender Unordnung“ (S. 5) „entbalancierter Funktionsteilung“ (S. 3) und „Monopol“ (S. 3)?! Insoweit bieten diesem Ansatz auch die Krankenhäuser einen lohnenden Ansatzpunkt!

⁵⁰⁾ Rechtsgutachten, S. 77.

⁵¹⁾ Ebenda, S. 71–74; vgl. auch oben Fußnote 49.

⁵²⁾ Ebenda, S. 71.

⁵³⁾ Auf die sozialrechtliche Bedeutung des Lankwitzer kassentragenen Krankenhauses im Berlin der Weimarer Zeit, das von Albert Kohn gegründet wurde, gehen die Autoren, wohl weil sie es nicht kennen, nicht ein.

⁵⁴⁾ Rechtsgutachten, S. 67 (Hervorhebung durch uns — S. L./F. T.).

Kurzum: Dort wo „selbständige, Leistungsfähigkeit garantierende und kollektivvertragliche Ordnung ermöglichende Berufsstände“⁵⁵⁾ gegeben sind, die vorfindlicherweise eine gesundheitspolitische Funktion mit ihren privaten Interessen in gänzliche Deckung zwingen könnten, darf es auch der Kasse nicht mehr möglich sein, durch Eigeninitiative marginale Korrekturen im Marktgefüge zu bewirken und so einer überhaupt relevant wirkenden Konsumkraft der „Patienten“ als „captive audience“ der Anbieter Ausdruck zu verleihen. Hier wird demnach nicht ohne Perfektion die sozialrechtliche Legitimation für den Zwang in die *Einbahnstraße* des Anbietermarktes den *Drittbetroffenen* zur *Unterwerfung* angeboten.

Drittens: Die Gutachter bedienen sich eines emotionalen, politischen Gruseffektes im Sinne einer *Entdifferenzierung* des Denkens, indem sie eine spätestens seit 1933 *faktisch sehr begrenzte* Problematik⁵⁶⁾, die seit Jahrzehnten zudem von niemand weniger als den Kassen expansiv gehandhabt wird — eine Neugründung in Leer 1978 und eine weitere Filiale in Düsseldorf 1978 haben im Gesamtmarkt nur eine minimale Bedeutung —, unter ein umfassendes politisch-polemische konzeptionelles Regime stellen⁵⁷⁾:

„Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?“

Man sollte erwarten, daß die Forschungsergebnisse eines Max-Planck-Instituts für internationales und vergleichendes Sozialrecht die sozialpolitische Klischeeproduktion verringern, und von daher ist es befremdend, daß eine bereits im Deutschen Kaiserreich entstandene und für zulässig erachtete institutionelle Ausprägung des Sachleistungsprinzips unter den Begriff „nationaler Gesundheitsdienst“ subsumiert wird. Cui bono? Der *vergleichenden Sozialrechtsforschung* sicher nicht.

So wird ein *mehrpölig*er, wenn nicht *kontinuierlicher* sozialpolitischer und -rechtlicher Sachverhalt dichotomisiert. Er wird in ein *Carl Schmitt* nachempfundenen *bipolares* Denken eingezwängt, zwischen „kalter Sozialisierung“ und einer Vorstellung von Kassen zerrieben, die in ihrem Verhältnis zu Dienstleistungen von den Gutachtern nur als ‚asoziale‘ bürokratische Apparate gedacht werden können. Für eine differenzierte kritische und sozialpolitische Sicht, wonach die Kassen gerade durch die (immer nur begrenzt verwirklichte) Möglichkeit zur Entfaltung eigener

⁵⁵⁾ Ebenda, S. 80.

⁵⁶⁾ Ebenda, S. 9, 48/49.

⁵⁷⁾ Das mag ihnen durch das eigentliche „Regime“ von gutachterlichen „Verträgen“, um die es hier geht, „vorgeschrieben“ sein. Vgl. zur Latenz des (eigentlich ausländischen) „Gegnerbildes“ im übrigen oben Fußnote 38.

Dienstleistungen eine Pluralisierung in einem weitgehend geschlossenen Anbietermarkt überhaupt erst bewerkstelligen können, ist angesichts der gutachterlichen „Sozialisierungsfurcht“ kein Raum. Im übrigen ist das Argument der „Sozialisierung auf kaltem Wege“ in diesem Zusammenhang keineswegs besonders originell, sondern hat schon eine gewisse historische Tradition. Im vom „Hauptverband der deutschen Krankenkassen“ herausgegebenen „Jahrbuch der Krankenversicherung“ (1925, S. 46 f.) ist zu lesen:

„Die Selbstabgabe der Krankenkassen war, wie auch in früheren Jahren, das umstrittenste Gebiet der Arznei- und Heilmittelversorgung. Hier haben Kämpfe größten Ausmaßes angesetzt. Nicht nur die Apotheker, auch die Optiker, Bandagisten, Drogisten, Orthopädie-Mechaniker, Sanitätswarengeschäfte überschütteten Parlamente und Behörden, die irgendwie mit der Krankenversicherung befaßt sind, mit einem wahren Hagel von Eingaben, in denen die Aufhebung der Selbstabgabe gefordert wurde. Ihnen schlossen sich Handels- und Handwerkskammer und andere Interessenvertretungen der Privatwirtschaft an. Dazu trat eine systematische Pressehetze, die vor allem mit der Motivierung arbeitete, daß durch die Selbstabgabe die Existenz weiterer Schichten des Mittelstandes bedroht sei. Damit war bewiesen, daß die ganze Hetze planmäßig von zentraler Seite organisiert war, um so mehr, als in den Presse-notizen stets gleiche Gedankengänge wiederholt wurden. Auch wurden nicht einzelne Kassen, sondern der Hauptverband deutscher Krankenkassen und vor allem die Heilmittelversorgung deutscher Krankenkassen AG angegriffen. *Da rechtlich gegen die Selbstabgabe nichts einzuwenden ist, den Selbstabgabestellen auch Mißgriffe kaum — jedenfalls nicht mehr als den Apotheken — nachzuweisen sind, wurde der Kampf auf das politische Gebiet verschoben und unter dem Schlagwort geführt, die Selbstabgabe bedeute eine Sozialisierung auf kaltem Wege*“ (Hervorhebungen von uns — S. L./F. T.). Als Zentralstelle, bei der in diesem Kampfe alle Fäden zusammenlaufen, erwies sich schließlich der Reichsverband der deutschen Industrie. In törichter Verkennung der Kasseninteressen haben sich auch die übrigen Kassenspitzenverbände in diesem Kampfe auf die Seite der Gegner der Selbstabgabe gestellt. In einer öffentlichen Erklärung, bei deren Abfassung offensichtlich der Konkurrenzneid die Feder geführt hat, wandten sie sich gegen den Hauptverband. Bei dem stark betonten, politisch einseitigen Charakter jener Organisation nahm diese Erklärung weiter nicht wunder. Interessant ist dabei, daß diese Verbände dasselbe unbekümmert tun, was sie dem Hauptverband vorwerfen.

Selbstverständlich war es, daß der Hauptverband deutscher Krankenkassen solche Angriffe, deren Beweggründe allzu durchsichtig sind, nicht stillschweigend hinnahm. Seinerseits aggressiv zu werden, hat sich, obwohl die Möglichkeit dazu besteht, der Hauptverband versagt und sich auf die Abwehr beschränkt, in der Überzeugung, daß die Angriffe der Gegner ihrer Haltlosigkeit wegen über kurz oder lang zusammenbrechen müssen. Von seiten der Behörden oder der Gesetzgebung ist gegen die Selbstabgabe bisher nichts eingewandt worden. Für ein Einschreiten sind auch irgendwelche Unterlagen nicht vorhanden.“

2. „Falsch programmiert“? Zur Empfindlichkeit sozialrechtlicher Grundlagenforschung

In einem Gebiet, in dem die *Grundlagenforschung* so wenig ausgebaut ist wie im *Sozialrecht* und in dem sie „mangels Masse“ noch sehr empfindlich durch privatisierendes Interesse „falsch programmiert“ werden kann, sollte es die vornehmste Aufgabe gerade einer so eminent von *wissenschaftlichen* Ansprüchen und Traditionen geprägten Institution wie einem Institut der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften sein, die historisch-systematische Vertiefung, die „staatswissenschaftliche“ Fundierung und die methodische Differenziertheit zu erreichen, die eine Besprechung nur beispielhaft andeuten und die ja eben von den Universitäten, *nach der Logik dieser Institutsgründungen zu urteilen*, nur allzu unzureichend geleistet wird. Dieses Institut könnte derzeit *als einziges in größerem Umfang in der Bundesrepublik konzentriertere, umfangreichere Grundlagenforschung betreiben*, wenn es von der *Verdoppelung* des sozialrechtlichen Alltags in interessierter Absicht absähe, sei es als Gutachter, auch in politischer Beratung im nationalen oder europäischen Raum oder in der Ausgestaltung sozialrechtlicher und sozialpolitischer Jubiläen (ohne eigene Quellenforschung). Es sollte zum Wohle einer Grundlagenforschung Tätigkeiten solcher Art in den *äußersten* Kranz seiner Aufmerksamkeit verweisen. „Selbst wo Eigenleistungen möglich sind, kommen sie nur subsidiär zum Zuge“⁵⁸⁾ — ein Motto, das es insoweit vornehmlich *wissenschafts- und forschungspolitisch* verdienen würde, ernstgenommen zu werden.

In den wenigen Fällen, die dann gemäß dem Prinzip der Subsidiarität noch bleiben, sollte eine Grundlagenforschung im Sozialrecht tunlichst private, „marktliche“ Parteiinteressen nicht so profiliert vertreten, daß man hier notwendig schon dem Anscheinsbeweis erliegt, es werde quasi ein privatisierendes Anti-Sozialrecht formuliert. So heißt es, wiederum ohne jede historisch-wirtschaftliche Analyse:

„Die Augenoptiker haben sich gegen optische Eigenbetriebe der Krankenkassen zu wehren“⁵⁹⁾. Es ginge um eine „grundsätzliche Frage von existentieller Bedeutung“ für die „Augenoptiker — jeden einzelnen von ihnen und den ganzen Berufsstand“⁶⁰⁾.

Darf diese private Interessenlogik — einmal ganz abgesehen davon, daß sie die Genese dieser Problematik auf den Kopf stellt — eine „Geschäftsgrundlage“ für die wissenschaftliche Grundlagenforschung in einem Sozialrecht sein, in dem es seit bald 100 Jahren zuvörderst um die Verwirklichung öffentlicher Zwecke — die Gesundheitsversorgung zunächst

⁵⁸⁾ Rechtsgutachten, S. 84.

⁵⁹⁾ Ebenda, S. V.

⁶⁰⁾ Ebenda, S. 7.

der Arbeiterschaft und bald des ganzen Staatsvolkes — geht, Zwecke vor denen gerade die private Erbringung gänzlich versagte? Gerät hier nicht die zweckbestimmte „Finalisierung der Wissenschaft“ zum bestimmten Verlassen eines wissenschaftlichen Terrains für eine sozialrechtliche Grundlagenforschung überhaupt?

Auf eine vielleicht dogmatisch wie sozialwissenschaftlich und -historisch noch nicht „ausgeschöpfte“ Weise hat die *h. A.* diesen Entstehungsgrund des Sozialrechts in der hier erörterten Frage *bislang Rechnung* getragen⁴¹). Welche wissenschaftspolitische Signalwirkung hätte es demgegenüber, wenn, veranlaßt durch eine schlichte Investitionsentscheidung des Zentralverbandes der Augenoptiker, wissenschaftliche Meinung, mit der Autorität des Direktors eines aus öffentlichen Mitteln finanzierten Grundlagenforschungsinstituts versehen, sozusagen hergestellt und bei einer eventuellen Geneigtheit des BGH über die „Fein“brille weit hinausreichend eine *breite gesundheitspolitische Immunisierung jeder Privatisierung* erreicht werden kann, *breiter als sie selbst 1933 rechtlich durchgesetzt werden konnte?*

Die Verfasser sprechen ablehnend von einer „Tendenz, zu einzelnen Eigeneinrichtungen nicht über deren Zulässigkeit überhaupt, sondern nur über den Umfang zu diskutieren“⁴²). Es könnte zu denken geben, daß das Interesse an einer *solchen grundsätzlichen Diskussion* der „Zulässigkeit überhaupt“ in breitem Umfang *zuletzt zum 50jährigen Bestehen der Krankenversicherungsgesetzgebung aktuell war*. Wenn der BGH, was bei der Fülle der allgemein anstehenden Fälle nicht unwahrscheinlich ist, erst 1983 zu einer endgültigen Entscheidung fände, so hätte er zur *100-Jahr-Feier dieses Zweiges klassischer Sozialpolitik in jedem Falle Besonderes beizutragen*.

⁴¹) Vgl. den Überblick ebenda S. 9–13; vgl. zu einer weiteren Darstellung inzwischen auch: Harry Rohwer-Kahmann, Die Sozialleistung der „Versorgung mit Brillen“ ... a. a. O. (s. oben Fußnote 27).

⁴²) Rechtsgutachten, S. 13.