

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 7/2014

Wettbewerbsrecht der GKV

Astrid Wallrabenstein^{*}

Erscheint in: Ebsen (Hrsg.), Handbuch Gesundheitsrecht

Zusammenfassung: Seit inzwischen 20 Jahren führt der Gesetzgeber in die Binnenordnung der Gesetzlichen Krankenversicherung Wettbewerbselemente ein. Ausgangspunkt ist die Kassenwahlfreiheit der Versicherten. Die Krankenkassen agieren dadurch immer stärker als Wettbewerber um Versicherte. Seit einigen Jahren ist der Rechtsrahmen dieses Wettbewerbs in der Diskussion und auch prozessual und politisch umstritten. Inwieweit das allgemeine Kartellrecht, konkret die Fusionskontrolle, oder das allgemeine Lauterkeitsrecht Anwendung finden soll, ist noch nicht abschließend geklärt. Weniger grundsätzliche Probleme bereitet hingegen das Vergaberecht. Der Beitrag beschreibt die sich im Fluss befindliche Rechtsgrundlage des GKV-Wettbewerbsrechts in ihrer bisherigen Entwicklung und auf dem Stand von 2013.

^{*} Univ.-Prof. Dr. iur., Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main. Geschäftsführende Direktorin des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges).

I. Wettbewerbsparadigma

Seit rund 20 Jahren hat sich die Ausrichtung des Gesundheitswesens grundlegend verändert. Seit den 1970er Jahren stand die Gesundheitspolitik im Wesentlichen unter dem Eindruck stetig steigender Kosten im Gesundheitswesen und dem politischen Gefühl, eine Steigerung der Krankenversicherungsbeiträge begrenzen zu müssen. Verschiedene Kostendämpfungsgesetze legen hiervon Zeugnis ab.¹ Hinzu kam die Debatte um Beitragsatzunterschiede zwischen den Krankenkassen bei fehlendem² Kassenwahlrecht. Sie wurden bei der Beratung des Gesundheitsstrukturgesetzes 1993 als nicht länger hinnehmbares Gerechtigkeitsproblem wahrgenommen,³ vermutlich auch vor dem Hintergrund einer bereits seit 1985 anhängigen Verfassungsbeschwerde.⁴ Das Bundesverfassungsgericht ließ schließlich 1994 die bisherige Rechtslage noch passieren, allerdings nur, weil der Gesetzgeber mit der Einführung des Kassenwahlrechts bereits die Weichen zur Abhilfe des Problems gestellt hatte.⁵ Die Lösung beider – miteinander verknüpfter – Probleme, der Kostenentwicklung einerseits und der Beitragsbegrenzung und -nivellierung andererseits wurde in einer Orientierung zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen gesehen. In den Reformen ab dem Gesundheitsstrukturgesetz 1993 entwickelte sich die Ausrichtung auf mehr Wettbewerb langsam zum zentralen Gesetzgebungsmotiv.

Im Gesetzentwurf zum Gesundheitsstrukturgesetz 1993 ist das Wettbewerbsziel begrenzt auf die Organisationsreform durch Kassenwahlfreiheit und Risikostrukturausgleich,⁶ während für die generell noch „das Zusammenwirken von Krankenkassen, Leistungserbringern, Versicherten

¹ Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz vom 27.06.1977, BGBl. I, 1069; Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetz vom 22.12.1981, BGBl. I, 1578; vgl. zu weiteren Gesetzen Ebsen, § 15 Krankenversicherungsrecht, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, Rn. 15 ff.

² Für die Arbeiter.

³ Gesetzentwurf zum Gesundheitsstrukturgesetz 1993: BT-Drs. 12/3608, S. 68 f.

⁴ 1 BvR 1237/85.

⁵ BVerfG v. 8.2.1994 – 1 BvR 1237/85, BVerfGE 89, 365, 378 f., Anm. hierzu Ruland, Zur Verfassungsmäßigkeit ungleicher Beiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung, JuS 1994, 1082.

⁶ Im Gesetzentwurf zum Gesundheitsstrukturgesetz 1993 noch begrenzt auf die Organisationsreform durch Kassenwahlfreiheit und Risikostrukturausgleich: BT-Drs. 12/3608, S. 74 f.

zu Gesetzgeber zu einer am Grundsatz der Beitragssatzstabilität orientierten Selbststeuerung der gesetzlichen Krankenversicherung“ angestrebt wird.⁷ Der Entwurf des GKV-Weiterentwicklungsgesetzes 1996, das im Bundesrat scheiterte und dessen Inhalte weitgehend in den beiden GKV-Neuordnungsgesetzen 1997⁸ verwirklicht wurden, spricht davon, dass die „Selbststeuerungskräfte im Gesundheitswesen“ gestärkt werden sollen und dass ein sich selbst steuerndes System geschaffen werden soll.⁹ Vorgesehen waren für dieses Ziel Gestaltungsspielräume und Vertragsgestaltungsmöglichkeiten,¹⁰ also Instrumente, die aus heutiger Perspektive Mittel zur Herausbildung von Wettbewerb zwischen den Krankenkassen darstellen.¹¹

In den Reformprojekten der rot-grünen Koalition, dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000¹² sowie dem Gesetz zur Modernisierung des Gesundheitssystems 2003¹³ findet sich sodann auch die terminologische Einführung von Wettbewerb bei der Beschreibung des Reformziels¹⁴ und bei der Beschreibung bestimmter Maßnahmen. Beim GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000¹⁵ bezieht sich diese Wettbewerbsterminologie noch auf das Verhältnis der Krankenkassen („Kassenwettbewerb“) untereinander und auf das Verhältnis der gesetzlichen zur privaten Krankenversicherung („Systemwettbewerb“¹⁶). Aber bereits 2003 beim Gesetz zur Modernisierung des Gesundheitswesens¹⁷ wird Wettbewerb vor allem zwischen den Leistungserbringern in den Fokus genommen

⁷ BT-Drs. 12/3608, S. 69.

⁸ BGBl. 1997 I, 1518 und 1520.

⁹ BT-Drs. 13/3608, S. 1.

¹⁰ Ebenda.

¹¹ Vgl. etwa für die Einführung der Kassenwahlfreiheit 1996 die Formulierung in BT-Drs. 14/1245, S. 96: „... seit dem 1. Januar 1996 geänderten Wettbewerbsbedingungen innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung...“; für die Selektivvertragsmöglichkeiten ebenda S. 99: „... [die] dem Wettbewerb vorbehaltenden Aktivitäten (Verträge zu integrierten Versorgungsformen, Modellvorhaben)...“; allgemein ebenda S. 118: „wettbewerbliche Ziele[n] des Gesundheitsstrukturgesetzes“

¹² BGBl. 1999 I, 2626.

¹³ BGBl. 2003 I, 2190.

¹⁴ BT-Drs. 14/1245, S. 1; BT-Drs. 15/1525, S. 1, 71.

¹⁵ BT-Drs. 14/1245, S. 58 et passim.

¹⁶ Der Begriff wird nicht in der Gesetzesbegründung verwandt, zu ihm vgl. etwa Mühlenbruch, System-„wettbewerb“ zwischen GKV und PKV, in: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1, 2005, 37 ff.

¹⁷ BT-Drs. 15/1525, S. 72: Preiswettbewerb zwischen den Leistungserbringern; S. 74: „Wettbewerb zwischen den verschiedenen Versorgungsformen“; S. 75: „Wettbewerb von Versandapotheken mit öffentlichen Apotheken“

(„Vertragswettbewerb“¹⁸). Die folgende Reform der Koalition zwischen CDU/CSU und SPD im Jahr 2007 trägt dann den Begriff Wettbewerb bereits im Titel. Die Gesetzesbegründung des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes¹⁹ nennt gleichberechtigt den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen und zwischen den Leistungserbringern oder anders ausgedrückt die stärker wettbewerbliche Ausgestaltung der „Beziehungen zwischen Patienten und Ärzten, Versicherten und Kassen, Kassen und Leistungserbringern“ als wesentliche Ziele der Reform.²⁰

Reformen²¹ der CDU/CSU-FDP-Koalition, das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes AMNOG²² und das GKV-Finanzierungsgesetz²³, setzen diese Wettbewerbsorientierung fort. Besonders im Entwurf des GKV-FinG zeigt sich die Stärke des Wettbewerbsparadigmas etwa in der Formulierung, dass „eine nachhaltige Finanzierung [...] darüber hinaus nur in einem System mit einem funktionierenden Wettbewerb gelingen“ kann, so dass das „heutige Finanzierungssystem der GKV wettbewerbsfreundlicher auszugestalten“ ist.²⁴ Aus dem AMNOG lässt sich – entgegen seinem Namen und primären Regelungszweck der Neuordnung des Arzneimittelmarktes – vor allem auf die Neufassung des § 69 SGB V hinzuweisen, mit dem die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern umfassend²⁵ der entsprechenden Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterstellt wird.²⁶ Die hiermit angesprochene konzeptionelle Grundsatzfrage, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht der richtige Ordnungsrahmen²⁷ bzw. das

¹⁸ Vgl. etwa Ebsen/Greß/Jacobs/Szecsényi/Wasem, Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit in der Gesundheitsversorgung, Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbands, 5. März 2003.

¹⁹ BGBl. 2007 I, 378.

²⁰ BT-Drs. 16/3100, S. 1 f.

²¹ Weniger das Versorgungsstrukturgesetz, BGBl. 2011 I, 2983; Gesetzentwurf BT-Drs. 17/6906.

²² BGBl. 2010 I, 2262; Gesetzentwurf BT-Drs. 17/2413.

²³ BGBl. 2010 I, 2309; Gesetzentwurf BT-Drs. 17/3040.

²⁴ BT-Drs. 17/3040, S. 1.

²⁵ Das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG), ein Gesetz, das verschiedene Folgen des GKV-WSG aufgreift, hatte bereits 2008 die analoge Anwendung der §§ 19-21 GWB in § 69 SGB V angeordnet, vgl. BGBl. 2008 I, 2426.

²⁶ Vgl. BT-Drs. 17/2413, S. 26 f.

²⁷ So die kartellrechtliche Terminologie, vgl. Roth, Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?, in: Wallrabenstein (Hrsg.), Braucht das Gesundheitswesen ein eigenes Regulierungsrecht?, 2012, 113; Schweitzer, Wirtschaftsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Sozialleistungen, SDSRV 60 (2011), 17.

geeignete Steuerungsinstrument²⁸ für das GKV-System darstellt, bleibt durch Änderungen im Rahmen der 8. GWB-Novelle aktuell. Der Bundestag hat am 18.10.2012 die grundsätzliche Erstreckung des Kartellrechts auf alle Beziehungen der Krankenkassen sowie die entsprechende Zuständigkeit der Kartellbehörden und Zivilgerichte vorgesehen.²⁹ Allerdings hat der Bundesrat unter anderem aus Ablehnung dieser Regelungen den Vermittlungsausschuss angerufen.³⁰

Auch in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung wurde aktuell die Frage nach Wettbewerb als zentralem Steuerungsparadigma für das Gesundheitswesen diskutiert. Das Gutachten in der Abteilung Sozialrecht für den Deutschen Juristentag spricht sich für eine Ausrichtung des Gesundheitswesens am Wettbewerb als dem grundsätzlichen Ordnungssystem aus. Andere Steuerungsformen – konkret kollektive Handlungsformen der gemeinsamen Selbstverwaltung – seien nur beizubehalten, soweit dies zur Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben notwendig sei.³¹ Allerdings wird in der Rechtswissenschaft für das Gesundheitswesen ein Primat des Wettbewerbsrechts auch abgelehnt.³²

II. Kartellrecht

1. Entwicklung der Diskussion um die Geltung des Kartellrechts für das GKV-System

Die Anwendung des Kartellrechts auf Krankenkassen wird seit vielen Jahren kontrovers, zuletzt zunehmend emotional diskutiert. Dabei liegt der Ausgangspunkt der Auseinandersetzung in der Frage, welche Gerichte –

²⁸ Vgl. zu Wettbewerb als Steuerungsinstrument: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1, 2005.

²⁹ BT-Drs. 17/9852, Art. 3 und Art. 4 Nr. 8.; so auch zuvor der Vorschlag der in diesem Sinne bereits zuvor Monopolkommission, 18. Hauptgutachten, BT-Drs. 17/2600, S. 359 ff.

³⁰ BT-Drs. 17/11636. (Stand Dezember 2012).

³¹ Becker/Schweitzer, Thesen zum Gutachten „Wettbewerb im Gesundheitswesen – Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen?, DJT 2012 I B S. 20, These 4.

³² Rixen, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts für die Erbringung von Sozialleistungen, SDRV 59 (2010), 53; ders., Wettbewerbsfreiheit – ein Leistungsgrundrecht?, WiVerw 2011, 219; ders., Zum Entwurf des 8. GWB-Änderungsgesetzes, SozSich 2012, 266; Wallrabenstein, Wettbewerb im Gesundheitswesen, JZ 2012, 818.

Sozial- oder Zivilgerichte – für die verschiedensten Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen oder ihren Verbänden zuständig sind. Grundsätzlich reklamierten sowohl die Sozialgerichte wie auch die Zivilgerichte die Rechtswegzuständigkeit für sich.

Rechtsdogmatischer Ausgangspunkt zur Klärung des Rechtsweges war die Einordnung des Rechtsstreites, bzw. der streitentscheidenden Anspruchsnorm³³ in das Sozial- oder das Zivilrecht. Auf dieser Grundlage entwickelte sich durch Entscheidungen des Gemeinsamen Senates der Obersten Gerichtshöfe des Bundes³⁴ in den 1980er Jahren die Linie, dass Streitigkeiten vor den Zivilgerichten auszutragen waren, wenn private Leistungserbringer Ansprüche gegen Krankenkassen oder ihre Verbände geltend machten, weil letztere sie durch Entscheidungen benachteiligten, die die Leistungsanspruchnahme steuerten.

Der Gesetzgeber korrigierte dieses Ergebnis sodann im Rahmen des Gesundheitsreformgesetzes 1988³⁵ mit einem zweifachen Ansatz. Zum einen wurden die Rechtsverhältnisse der Leistungserbringer³⁶ dem öffentlichen Recht zugeordnet.³⁷ Damit hätte sich der Zivilrechtsweg bereits mangels bürgerlicher Streitigkeit erledigen müssen. Zugleich sollte diese materiellrechtliche Zuordnung aber noch durch eine prozessuale Rechtswegregelung in § 51 Abs. 2 SGG abgesichert werden: Angelegenheiten nach dem SGB V auf Grund von Entscheidungen oder Verträgen der Krankenkassen oder ihrer Verbände waren den Sozialgerichte zugewiesen, auch soweit dadurch Dritte betroffen wurden.³⁸

³³ Vgl. für die spätere Rechtsprechung Engelmann, Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug, NZS 2000, 213, 216.

³⁴ GemSOGB v. 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312; GemSOGB v. 29.10.1987 – GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280, Stichwort: „Doppelnatur“ von Handlungen der Krankenkassen.

³⁵ BGBl. I, 2477.

³⁶ Es geht stets „nur“ um die nicht-ärztlichen Leistungserbringer, denn die Vertragsärzte sind ohnehin über die Kassenärztlichen Vereinigungen öffentlich-rechtlich eingebunden.

³⁷ Vgl. Engelmann, Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug, NZS 2000, 213, 214.

³⁸ Vgl. BT-Drs. 11/2237, S. 243; s. hierzu Engelmann, Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug, NZS 2000, 213, 214 f.

In der Rechtsprechung hat diese gesetzliche Zuweisungsregelung des § 51 Abs. 2 SGG für *kartellrechtliche* Streitigkeiten³⁹ zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen allerdings nicht zu einer einheitlichen Linie geführt. Nach zuvor uneinheitlicher Rechtsprechung⁴⁰ entschied der BGH 1991, dass für kartellrechtliche Streitigkeiten die Zivilgerichte zuständig seien.⁴¹ §§ 87 ff. GWB sähen eine ausschließliche Zuweisung an die Landgerichte vor, die als *lex specialis* allen anderen Rechtswegbestimmungen und damit auch § 51 Abs. 2 SGG vorgehe.

Dies rief wiederum den Gesetzgeber auf den Plan, der mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000⁴² erneut die Zuweisung auch dieser kartellrechtlichen Streitigkeiten an die Sozialgerichte erreichen wollte. Erneut wurde dieses Ziel sowohl durch materielle als auch prozessuale Normen verfolgt: § 69 SGB V bestimmte nunmehr, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern abschließend im SGB V geregelt seien. Damit wurde also materiell die Anwendbarkeit des GWB ausgeschlossen. Zum anderen schloss die Neufassung des § 51 Abs. 2 SGG die Anwendung der §§ 87, 96 GWB aus. Eine Änderung des § 87 Abs. 1 GWB normierte diesen Anwendungsausschluss ebenfalls, so dass nun klar die Sozialgerichte zuständig waren.

Nachdem somit die Frage der Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten durch den Gesetzgeber geklärt war, verlagerte sich die rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung auf die materiell-rechtliche Ebene. Mittelpunkt war nun die Vorgabe des § 69 SGB V, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern abschließend im SGB V geregelt sind und dadurch eine direkte oder entsprechende Anwendung der

³⁹ Auch für *wettbewerbsrechtliche* Streitigkeiten, etwa Unterlassungsansprüche von Leistungserbringern gegen Maßnahmen der Krankenkassen, orientierte sich die Rechtsprechung nicht an § 51 Abs. 2 SGG, sondern an der dogmatischen Frage, ob eine zivil- oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Da das Verhalten der Krankenkasse im Rahmen der Leistungserbringung aber materiell dem öffentlichen Recht zuzuordnen war, folgte daraus auch die öffentlich-rechtliche Natur des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs; vgl. BGH v. 5.6.1997 – 1 ZB 26/96, NJW 1998, 825, 826. Der Kompetenzstreit zwischen den Gerichtszweigen war damit insoweit geklärt, vgl. Engelmann, Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug, NZS 2000, 213, 215 f.

⁴⁰ Etwa OLG Düsseldorf v. 12.6.1990 – U (Kart) 8/90, SGB 1992, 32, für den Sozialrechtsweg; BSG v. 24.1.1990 – 3 RK 1/88, BSGE 66, 159.

⁴¹ BGH v. 12.3.1991 – KZR 26/89, BGHZ 114, 218; BGH v. 25.6.1991 – KZR 19/90, NJW 1992, 1561.

⁴² BGBl. I, 2626.

materiellen Kartellbestimmungen des GWB ausgeschlossen ist. Damit werde aber – so die Kritik – Wettbewerb, der doch eigentlich durch die Reform gefördert werden solle (s.o.), gefährdet bzw. sei nicht hinreichend geschützt.⁴³ Insbesondere im sozialrechtlichen Schrifttum wurde diese Deutung allerdings als überzogen zurückgewiesen und zumindest eine entsprechende Anwendung der wettbewerbsschützenden Bestimmungen des GWB angenommen bzw. in die wettbewerbsfördernden Regelungen des SGB V hineingelesen.⁴⁴

2007 ist der Gesetzgeber dieser sozialrechtlichen Sichtweise durch Änderung des § 69 SGB V gefolgt: §§ 19-21 GWB wurden für entsprechend anwendbar erklärt. Der Gesetzgeber wollte damit Krankenkassen, die durch Fusionen hohe Marktanteile erhalten könnten, darauf verpflichten, ihre marktbeherrschende Stellung nicht zu missbrauchen, Vertragspartner nicht zu diskriminieren oder Boykotte zu errichten.⁴⁵ Der Schutz gegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wurde so systematisch im Sozialrecht normativ verankert.

Eine Kehrtwende unternahm der Gesetzgeber sodann 2010 im Rahmen des AMNOG.⁴⁶ Ausgelöst durch den Regierungswechsel und damit einem Wechsel in der Führung des Gesundheitsministeriums von der SPD zur FDP wurde nun die entsprechende Anwendung vieler Bestimmungen des GWB in § 69 SGB V angeordnet. Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, „dass das Kartellrecht als Ordnungsrahmen umfassend auf die Einzelvertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern Anwendung findet und es auf Nachfrager- aber auch auf Anbieterseite zu keinen unerwünschten, einer wirtschaftlichen Versorgung abträglichen Wettbewerbsbeschränkung kommt (Kartellabsprachen und Oligopolbildung).“⁴⁷ Systematisch blieb der Gesetzgeber aber bei der Zuordnung zum Sozialrecht, da er sämtliche GWB-Bestimmungen nur für entsprechend anwendbar erklärte. Diese materielle

⁴³ Etwa Roth, Steuerung des Gesundheitsmarkts durch das Wettbewerbsrecht, in: Voit (Hrsg.), Marktzugangsbedingungen und Marktzugangsschranken, 2010, S. 137, 138.

⁴⁴ In diesem Sinne etwa Engemann, Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug, NZS 2000, 213, 220 f.; noch enger dagegen Knispel, Auswirkungen der Neuregelung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, NZS 2001, 466, 469.

⁴⁵ BT-Drs. 16/4247, S. 35.

⁴⁶ BGBl. I, 2262.

⁴⁷ BT-Drs. 17/2413, S. 26.

Entscheidung verband der Gesetzgeber mit Zuständigkeitsentscheidungen sowohl auf der Ebene des Rechtsschutzes durch die Rechtswegzuweisung an die Zivilgerichte als auch – dies war ein Novum – auf der Verwaltungsebene durch die Zuständigkeitszuweisungen an die Kartellbehörden im Rahmen der entsprechenden Anwendung des GWB.⁴⁸ Die Rechtswegzuweisung des § 69 SGB V i.V.m. § 87 GWB zu den Landgerichten ist dabei so zu verstehen, dass es sich bei der entsprechenden Anwendung des § 87 GWB nicht um eine bürgerliche Streitigkeit i.S. einer zivilrechtlichen Streitigkeit handeln muss. Denn gemäß §§ 69 ff. SGB V sind die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nach öffentlich-rechtlich. § 87 GWB liefe dann leer.⁴⁹ Vielmehr sind von § 69 SGB V i.V.m. § 87 GWB die Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern – und nicht Auseinandersetzungen mit den Kartellbehörden – gemeint.

§ 87 GWB verlangt aber gleichwohl weiterhin das Vorliegen einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, die – soweit unstrittig – gerade nicht vorliegt, weil die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern nach § 69 Abs. 1 SGB V weiterhin öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind.⁵⁰ Gleichwohl orientiert sich die Praxis an dem zwar nicht im Gesetz umgesetzten, politisch aber eindeutigen Willen des Gesetzgebers und geht von der alleinigen Zuständigkeit der Zivilgerichte aus.

Den Gedanken, das Kartellrecht als Ordnungsrahmen umfassend im GKV-System zu etablieren, verfolgt auch die aktuelle Reform im Rahmen der GWB-Novelle (s.o.).⁵¹ Anstoß hierfür war die Reaktion des Bundeskartellamtes⁵² auf ein Urteil des LSG Darmstadt,⁵³ das die Aufsichtszuständigkeit des BKartA für Maßnahmen der Krankenkassen im Verhältnis zu ihren Versicherten verneint hatte.⁵⁴ Nunmehr sollen alle Rechtsbeziehungen der Krankenkassen, nicht nur diejenigen zu den Leistungserbringern, dem Kartellrecht des GWB unterstellt

⁴⁸ BT-Drs. 17/2413, S. 26 f.

⁴⁹ In diesem Sinne kritisiert Ebsen die Verweisung als zirkelschlüssig, § 15 Krankenversicherungsrecht, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, Rn. 130.

⁵⁰ Vgl. Ebsen, § 15 Krankenversicherungsrecht, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, Rn. 130.

⁵¹ BT-Drs. 17/9852, S. 1.

⁵² Vgl. die Äußerungen des Präsidenten des BKartA im Rahmen der Bundestagsanhörungen: A.Prot. 17/82, Auszug zu TOP 7, S. 19.

⁵³ Hess. LSG v. 15.9.2011 – L 1 KR 89/10, NZS 2012, 177 = SGB 2012, 115.

⁵⁴ Vgl. hierzu etwa Wallrabenstein, Wettbewerb im Gesundheitssystem, JZ 2012, 818 f.

werden. Der Entwurf des § 4 SGB V ist der Verweisung des § 69 SGB V nachgebildet. Abweichende Bestimmungen des SGB V sind dann rechtssystematisch Ausnahmen von den Regelungen des Kartellrechts.

Die gesetzliche Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit der Kartellrechtsbestimmungen wirft auch europarechtliche Fragen auf. In der Zeit zwischen 2000 und 2005, als Rechtsstreitigkeiten klar den Sozialgerichten zugewiesen waren, aber die materielle Geltung kartellrechtlicher Verbote diskutiert wurde (s.o.), gewann die Auffassung an Bedeutung, die die Krankenkassen als Unternehmen i.S.d. europäischen Wettbewerbsrechts – heute Art. 101 AEUV – ansah. Vorlagen an den EuGH dienten als Mittel, um bei Bejahung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen über das europäische Wettbewerbsrecht die Anwendbarkeit des Kartellrechts zu erzwingen. Der EuGH hat dem eine Absage erteilt. Er hat die deutschen Krankenkassen nicht als Unternehmen qualifiziert.⁵⁵ Gleichwohl ist dieser Argumentationsstrang nicht verstummt.⁵⁶ Die wettbewerbsorientierten Reformen (s.o.) nährten auch stets die Auffassung, dass nunmehr, durch die stärker wettbewerbliche Ausgestaltung des GKV-Systems, eine Revision der EuGH-Rechtsprechung angebracht sei und nunmehr Krankenkassen durchaus als Unternehmen zu qualifizieren seien.⁵⁷ Den politischen Machtverhältnissen entsprechend wird entweder eine solche Vorlage an den EuGH mit der Hoffnung auf eine stärkere Wettbewerbsorientierung verknüpft, wenn sie nicht politisch durchgesetzt werden kann. Oder die Bedenken gegen ein Eindringen des europäischen Wettbewerbsrechts insbesondere samt der Jurisdiktion des

⁵⁵ EuGH Rs. C-264/01, AOK-Bundesverband, Slg. 2004, I-2493; s. auch aktueller für die deutsche Unfallversicherung EuGH, Rs. C-350/07 – Kattner Stahlbau, Slg. 2009, I-1513.

⁵⁶ S. etwa Neumann, Zur Festbetragsfestsetzung und zu EG Art. 81, EWiR 2004, 435; R.P. Schenke, Die AOK-Bundesverband-Entscheidung des EuGH und die Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, VersR 2004, 1360; Sodan, Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Krankenversicherungsrecht, GesR 2005, 145; Möller, Die Unternehmenseigenschaft deutscher Sozialversicherungsträger in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes, ZESAR 2006, 200; Frenz, Krankenkassen im Wettbewerbs- und Vergaberecht, NZS 2007, 233; aus dem neueren Schrifttum: Kersting/Faust, Krankenkassen im Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrechts, WuW 2011, 6; Säcker, Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen i.S. des Wettbewerbsrechts, SGB 2012, 61; Schweitzer, Wirtschaftsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Sozialleistungen, SDRV 60 (2011), 17, 22 f.; M. Wolf, Unternehmensbegriff, Zuständigkeit der Kartellämter und Rechtsweg bei öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen, BB 2011, 648.

⁵⁷ Vgl. nur Kingreen, Soziale und private Krankenversicherung: Gemeinschaftsrechtliche Implikationen eines Annäherungsprozesses, ZESAR 2007, 139, 149: „Wer Wettbewerb sät, wird Wettbewerbsrecht ernten“; weitere Nw. etwa bei Wallrabenstein, Wettbewerb im Gesundheitswesen, JZ 2012, 818.

EuGH in das deutsche Gesundheitssystem wird gegen entsprechende Reformschritte geltend gemacht.⁵⁸ Vermutlich sind beide Annahmen überzogen. Der EuGH lässt sich bei der Frage, ob die Unternehmenseigenschaft von Institutionen wie den Krankenkassen gegeben ist, letztlich entscheidend davon leiten, ob er sie einem System der sozialen Sicherheit zuordnen muss oder nicht. Da für die Systeme der sozialen Sicherheit den Mitgliedstaaten die Gestaltungskompetenz zusteht, ist der EuGH zurückhaltend bei der Zuordnung zum Wettbewerbsrecht.⁵⁹

Rechtssystematisch relevanter ist daher die Kritik, die daran ansetzt, dass das deutsche Kartellrecht mit seiner Anwendung auf Nicht-Unternehmen wie die Krankenkassen die Kohärenz des nationalen mit dem europäischen Kartellrecht (Art. 3 VO (EG) 1/2003) untergräbt.⁶⁰ Ihr lässt sich damit begegnen, dass über das europäische Kartellrecht hinaus das GWB nur aufgrund der ausdrücklichen Anordnung im SGB V Anwendung findet, materiell also nicht eigentlich Kartellrecht, sondern Sozial- oder auch Sozialkartellrecht ist.⁶¹ Ob dann die verwaltungsorganisatorische und prozessuale Zuordnung zu den Kartellbehörden und Zivilgerichten zwingend und zielführend ist, lässt sich rechtspolitisch debattieren.

2. Vorgaben des Kartellrechts

Die materiellen Vorgaben, die aus der Verweisung des § 69 SGB V auf die entsprechende Anwendung des GWB folgen, konzentrieren sich auf zwei Normkomplexe. Zum einen dürfen Krankenkassen, die eine marktbeherrschende Stellung haben – der Gesetzgeber ging 2007 bei der Schaffung des GKV-WSG davon aus, dass solche marktbeherrschenden

⁵⁸ BT-Drs. 17/11636, S. 3.

⁵⁹ EuGH v. 7.2.1984, Rs. C-238/82, Duphar, Slg. 1984, 523; EuGH v. 17.2.1993, verb. Rs. C-159/91 und C-160/61, Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637; EuGH v. 16.3.2004, Rs. C-264/01, AOK-Bundesverband, Slg. 2004, I-2493; EuGH v. 5.3.2009, Rs. C-350/07, Kattner-Stahlbau, Slg. 2009, I-1513.

⁶⁰ Becker/Kingreen, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417, 421; Roth, Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen? in: Wallrabenstein (Hrsg.), Braucht das Gesundheitswesen ein eigenes Regulierungsrecht?, 2012, 113, 133; gegen einen Kohärenzkonflikt Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT, B 55.

⁶¹ Vgl. Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 213; ders., Wettbewerbsfreiheit – ein Leistungsgrundrecht, WiVerw 2011, 219, 226.

Krankenkassen bestehen und auch weiter entstehen werden⁶² – diese nicht missbrauchen, §§ 19-21 GWB. Zum anderen sollen sich – seit 2010 – Krankenkassen zueinander als Wettbewerber verhalten, so dass Kartelle und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen grundsätzlich verboten sind, §§ 1-3 GWB.

a) Kooperationsverbot §§ 1-3 GWB

Das Verhältnis der normativen Vorgaben der §§ 1-3 GWB zu den Verhaltenserwartungen des SGB V ist unklar. Denn § 4 Abs. 3 SGB V gibt den Krankenkassen auf, im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichen der GKV (insgesamt) miteinander und mit allen anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens eng zusammen zu arbeiten.⁶³ Auch die geplante Neuregelung durch die GWB-Novelle, die dem § 4 Abs. 3 SGB V weitere Sätze anfügt, die die entsprechende Anwendung der zuvor genannten Kooperationsverbote des GWB anordnet, beantwortet diese Frage nicht.

Zwar soll nach dem geplanten S. 3 die Verweisung ins GWB nicht gelten, soweit Krankenkassen oder ihre Verbände zu bestimmten Handlungen – Verträgen, Beschlüssen, Richtlinien etc. – gesetzlich verpflichtet sind. Ob dadurch aber das Zusammenarbeitsgebot des S. 1 in all den Bereichen aufgehoben ist, in denen die Krankenkassen nicht gesetzlich zu bestimmten Handlungen verpflichtet sind, bleibt unklar. In den Gesetzesberatungen wurden Kooperationen, die allgemein als sinnvoll angesehen wurden, etwa im Rahmen des Mammografiescreenings, als weiterhin zulässig angesehen.⁶⁴

Drei Begründungswege wären hierfür denkbar. Es könnten Freistellungen entsprechend § 2 GWB erforderlich sein.⁶⁵ Oder das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen entsprechend § 1 GWB würde gar nicht greifen, weil solche Kooperationen Wettbewerbsbeschränkungen weder bezwecken noch bewirken. Oder die Verbote der §§ 1 und 3 GWB wären vom Zusammenarbeitsgebot des

⁶² s.o. FN 45.

⁶³ Zum Spannungsverhältnis zwischen § 69 und § 4 Abs. 3 SGB V in seiner heutigen Fassung: Becker/Kingreen, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417, 419; Gaßner/Eggert, Wettbewerb in der GKV – Kartellrecht versus Sozialrecht, NZS 2011, 249, 253.

⁶⁴ BT-Drs. 17/9852, S. 36

⁶⁵ In diesem Sinne wohl Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT, B 56 f.

§ 4 Abs. 3 S. 1 SGB V verdrängt, wenn des letzteren Voraussetzungen vorliegen, nämlich die Zusammenarbeit im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der GKV liegt. Diese drei Deutungsvarianten zeigen, dass die geplante Neuregelung der grundlegenden Verhaltensvorgaben für die Krankenkassen alles andere als klar ist.

Auslegungsschwierigkeiten bestehen auch heute bereits im Rahmen des § 69 Abs. 2 SGB V. Denn für die Beziehungen zu den Leistungserbringern gilt, dass die Kooperationsverbote der §§ 1-3 GWB nur gelten, wenn die Krankenkassen nicht zu diesem Handeln – sei es ein Vertrag (S. 2) oder andere Handlungsformen (S. 3, 1. Alt.) – gesetzlich verpflichtet sind. Ob die Geltung der kartellrechtlichen Kooperationsverbote auch für solche Verträge, deren Abschluss zwar gesetzlich vorgeschrieben ist, bei denen es sich aber nicht um Kollektivverträge, sondern um Selektivverträge handelt, ist umstritten. Aus wettbewerblicher Sicht leuchtet der Ausschluss des Kartellrechts nicht ein, da gerade die Möglichkeit zu Selektivverträgen den Wettbewerb stärken und daher auch wettbewerbsrelevante Handlungsspielräume eröffnen soll. Für sie folgt aus der Wettbewerbsperspektive geradezu zwangsläufig die Notwendigkeit, den Wettbewerbsschutz des Kartellrechts zu aktivieren.⁶⁶

Anwendungsfall aus der notwendigerweise noch spärlichen Rechtsprechung für das Kooperationsverbot des § 69 Abs. 2 SGB V i.V.m. §§ 1-3 GWB ist eine Einkaufsgemeinschaft von Krankenkassen für den Sprechstundenbedarf, etwa an Impfstoffen.⁶⁷

b) Missbrauchsverbote

Weniger problematisch ist der Regelungsgehalt der Verweisung auf §§ 19-21 GWB. Diese Normen verbieten den einseitigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere der Krankenkassen. Soweit es sich um Bevorzugungen bestimmter Leistungserbringer bzw. Diskriminierungen

⁶⁶ S. Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT, B. 59 ff.; die Gegenposition sieht die Interessen der Leistungserbringer ausreichend durch die Grundrechte (Art. 12 GG) gewahrt, vgl. Puhl, Der Staat als Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 456, 481 ff.

⁶⁷ LG Hannover v. 15.6.2011 – 21 O 25/11 (juris): Im konkreten Fall bestand allerdings kein Verdacht eines Kartellverstoßes, da die beklagte Einkaufsgemeinschaft niedersächsischer Krankenkassen auf dem bundesweiten Markt für Impfstoffe deutlich unter der kartellrechtlich relevanten Schwelle von 15% Marktanteil blieb.

anderer Leistungserbringer handelt, deckt sich das kartellrechtliche Verbot mit den für öffentliche Auftraggeber spezielleren Vorgaben des Vergaberechts (dazu unten). Relevant sind daher nur die Vorgaben der §§ 19-21 GWB, die darüber hinausgehen.⁶⁸ Dies soll etwa der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beim Vollzug der vertraglichen Beziehungen sein.⁶⁹

Konzeptionell wird zwar diskutiert, ob es dieses kartellrechtlichen Schutzes der Leistungserbringer bedarf, oder ob das gleiche Schutzniveau durch die Geltung der Grundrechte nicht auch ohne die Verweisung realisiert würde.⁷⁰ Dessen ungeachtet führt aber die Verweisung des § 69 Abs. 2 SGB V auch zur Zuständigkeit der Kartellbehörden und organisiert damit jedenfalls in der Praxis den Schutz anders als er öffentlich-rechtlich durch Grundrechtsbindungen erfolgen würde.

Anwendungsfälle der Missbrauchsverbote jenseits vergaberechtlicher Konstellationen sind in der Rechtsprechung bisher nicht für Verstöße der Krankenkassen aufgetreten. Relevant waren bisher nur Maßnahmen von Vereinigungen von Leistungserbringern, die andere Leistungserbringer diskriminierten oder auf andere Weise wettbewerbsverzerrend benachteiligten.⁷¹

III. Vergaberecht

1. Entwicklung

Auch die Anwendung des Kartellvergaberechts nach dem 4. Teil des GWB hat eine Entwicklung genommen, die zwar nicht ganz parallel zur Diskussion um

⁶⁸ So auch Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT, B 53.

⁶⁹ Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT, B 53.

⁷⁰ Vgl. im Bereich des Vergaberechts: BVerfG v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135, 151 ff.; für das Kartellrecht s. etwa Becker/Kingreen, in: dies. (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 69 Rn. 48.

⁷¹ Etwa OLG Düsseldorf v. 4.5.2011 – IV-Kart 7/10 (juris): Ein Hörakustikerverband hatte einer Krankenkasse Rabatte versprochen dafür, dass sie keine Hörgeräte auf dem verkürzten Versorgungsweg (d.h. über einen niedergelassenen Arzt) oder von Wettbewerbern, die dem Verband nicht angeschlossen waren, bezieht. S. auch den Beschluss des BKartA vom 3.5.2011, NZS 2011, 716: Der Aufruf des bayerischen Hausärzteverbandes an seine Mitglieder, das System der kassenärztlichen Vereinigung zu verlassen, verstößt als Boykottaufruf gegen § 21 Abs. 1 GWB.

die Verweisung in das Wettbewerbskartellrecht verläuft, aber ebenfalls umstritten und wechselvoll ist.

Durch die Einführung wettbewerblicher Elemente in das Leistungserbringungsrecht, also mit der Entstehung des sogenannten Vertragswettbewerbs entstand auch ein Bedarf für die Anwendung vergaberechtlicher Grundsätze und Verfahren.⁷² War traditionell das Leistungserbringungsrecht durch Zulassungsverfahren der Leistungserbringer und innerhalb des Systems durch „automatische“ Vergütung aller Leistungen geprägt, so sollte der Vertragswettbewerb den Krankenkassen Steuerungsmöglichkeiten für die Ausgestaltung und Kosten der Leistungserbringung in die Hand geben.⁷³ Indem Krankenkassen die Möglichkeit eingeräumt wurde, (Selektiv)Verträge mit den Leistungserbringern abzuschließen, entstand die strukturelle Gefahr, dass einzelne Leistungserbringer unsachgemäß bevorzugt oder andere benachteiligt werden. Eine Zulassung zur Leistungserbringung, wie sie traditionell für das Leistungserbringungsrecht maßgeblich und demzufolge auch grundrechtlich abgesichert⁷⁴ war, genügte jedenfalls bei Selektivverträgen nicht mehr, um der Interessenlage gerecht zu werden.⁷⁵

Auch in anderen Regulierungsbereichen galt und gilt das sich neu entwickelnde Vergaberecht als ein wichtiges Instrument.⁷⁶ Es hat wesentliche Impulse durch europäische Vorgaben erhalten,⁷⁷ die im Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) ihren Niederschlag gefunden haben. Daneben – bzw. wegen der Schwellenwerte für das europäisch determinierte Kartellvergaberecht „darunter“ – bestehen aber auch aus der Tradition des öffentlichen Haushaltsrechts

⁷² S.o. zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, BGBl. I, 2626.

⁷³ Zu dieser deutschen Variante von managed care vgl. etwa Ebsen/Greif/Jacobs/Szecsényi/Wasem, Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Gesundheitsversorgung. Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbands, März 2003, S. 5 f.

⁷⁴ Leitentscheidung BVerfG v. 23.3.1960 – 1 BvR 219/51, BVerfGE 11, 30.

⁷⁵ Vgl. Becker, Rechtliche Rahmenbedingungen der integrierten Versorgung, NZS 2001, 505, 513.

⁷⁶ Vgl. etwa Schneider, § 8 Telekommunikation, Rn. 36; Kahl, § 13 Abfall, Rn. 44 f. und ders., § 14 Wasser, Rn. 67 ff., in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2010; zur Entwicklung des Vergaberechts aus der Perspektive des Gesundheits- und Sozialrechts vgl. etwa Kingreen, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, 188.

⁷⁷ Insb. RL 2004/18/EG vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU 2004 Nr. L 134/114, und RL 2004/17/EG vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU 2004 Nr. L 134/1.

stammende Vergabegrundsätze und -verfahren. Diese beiden Ursprünge deuten bereits auf unterschiedliche Zielsetzungen hin, die der Etablierung von Vergabeverfahren zugrundeliegen können. Das europäische Recht versteht das Vergabeverfahren in erster Linie als Instrument zur Sicherstellung von diskriminierungsfreiem Zugang zu Wirtschaftssektoren, die wesentlich in öffentlicher Hand liegen und wegen womöglich protektionistischer Interessen in besonderer Weise diskriminierungsanfällig sind.⁷⁸ Das öffentliche Haushaltsrecht stellt demgegenüber die Wirtschaftlichkeit der Leistungsbeschaffung zunächst in den Vordergrund.⁷⁹ Als Regulierungsinstrument benutzt, ist die Transparenz, die mit dem Vergabeverfahren hergestellt werden soll, zentral, da sie eine elementare Entstehungsbedingung für Wettbewerb ist. Auch wenn allen Ansätzen die Ökonomisierung des Beschaffungsvorgangs gemeinsam ist, führen doch die unterschiedlichen Ziele je nach Perspektive zu unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen, die sich insbesondere bei der Entscheidung von Grenzfällen und Streitfragen auswirken.

Für das Leistungserbringungsrecht des SGB V wurde parallel zum Vordringen des Vergaberechts in anderen Wirtschaftsbereichen und ebenso parallel zur Etablierung des Wettbewerbsgedankens im Gesundheitswesen streitig diskutiert, ob das Kartellvergaberecht, also der 4. Teil des GWB, auf Verträge der Krankenkassen mit den Leistungserbringern Anwendung finden könne.⁸⁰ Das GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 ordnete aber mit der damaligen Fassung des § 69 SGB V gerade die alleinige Anwendung des vierten Kapitels des SGB V auf das Leistungserbringungsrecht an.⁸¹ Somit bedurfte es eines nicht unbeträchtlichen Argumentationsaufwandes, um gleichwohl zur Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB zu gelangen. Während teilweise der Ausschluss der §§ 97 ff. GWB auf Beschaffungsvorgänge der Krankenkassen

⁷⁸ Vgl. Schweitzer, Wirtschaftsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Sozialleistungen, SDRV 60 (2011), 17, 37 ff.

⁷⁹ Gröpl, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Auflage 2007, Rn. 9 ff.

⁸⁰ Vgl. zur Diskussion (vor 2000!): Engelmann, Einführung: „Wettbewerb und soziale Krankenversicherung“, VSSR 1999, 167 ff.

⁸¹ s.o. S. 5.

durch § 69 SGB V i.d.F. von 2000 für europarechtswidrig gehalten wurde,⁸² wurde auch argumentiert, dass der deutsche Gesetzgeber wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht über die Anwendung des europarechtlich fundierten Kartellvergaberechts disponieren könne.⁸³ In der Praxis war die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auch wegen seiner materiellen Voraussetzungen (s. dazu sogleich) umstritten und führte zu vielen Rechtsstreitigkeiten.⁸⁴ Ähnlich wie bei dem Streit um die Anwendung des Wettbewerbskartellrechts war auch für das Kartellvergaberecht die materielle Frage seiner Anwendbarkeit mit der prozessualen Frage nach dem zuständigen Rechtsweg verquickt. Wer die Anwendung des Vergaberechts für richtig – und regulierungsrechtlich für sinnvoll – hielt, verfocht zugleich die prozessuale Zuordnung des Streites hierüber zu den Vergabekammern und den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte. Dies war jedenfalls für Verträge mit Volumina oberhalb der Schwellenwerte der § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV konsequent und deshalb von wesentlicher Bedeutung, weil § 97 Abs. 7 GWB ein subjektives Recht auf Einleitung und Durchführen eines Vergabeverfahrens einräumt, das gemäß § 102 GWB der Nachprüfung unterliegt. Für den unterschwelligen Bereich war auch außerhalb des Gesundheitswesens schon die Existenz subjektiven Vergaberechtsschutzes⁸⁵ umstritten und damit zugleich die Gerichtszuständigkeit.⁸⁶ Auch eine Zuordnung nach dem Schwerpunkt des Rechtsstreits brachte nur divergierende höchstrichterliche Rechtsprechung hervor.⁸⁷

⁸² Ebsen/Greß/Jacobs/Szecsényi/Wasem, Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Verbesserung von Qualität und Wirtschaftlichkeit der Gesundheitsversorgung. Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbands, März 2003, S. 8 f.

⁸³ Kingreen, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, 188, 192 m.w.Nw.

⁸⁴ Vgl. etwa Nw. bei Plagemann/Ziegler, Neues Sozialvergaberecht, GesR 2008, 617 f.,; Ebsen, Das GKV-Vergaberecht nach dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG), in: ders. (Hrsg.) Vergaberecht und Vertragswettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2009, S. 9 ff.

⁸⁵ Vgl. zum Streitstand Ennuschat/Ulrich, Der Rechtsweg bei vergaberechtlichen Streitigkeiten unterhalb der Schwellenwerte: Eine Zwischenbilanz, DÖV 2007, 1009 ff.

⁸⁶ Vgl. BVerwG v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9, welches eine Zuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit vornimmt. Eine Zusammenfassung des Streitstands mit weiteren Nachweisen findet sich bei Ennuschat/Ulrich, Der Rechtsweg bei vergaberechtlichen Streitigkeiten unterhalb der Schwellenwerte: Eine Zwischenbilanz, DÖV 2007, 1009.

⁸⁷ BSG v. 22.4.2008 – B 1SF 1/08 R, NJW 2008, 3238; BGH v. 15.7.2008 – X ZB 17/08, NJW 2008, 3222.

Beide Streitfragen, sowohl die materielle als auch die prozessuale entschied der Gesetzgeber erst 2008 mit dem GKV-OrgWG.⁸⁸ Die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB wurde mit § 69 Abs. 2 S. 1, 2. HS SGB V (Fassung von 2008) angeordnet.⁸⁹ Zudem regelte die Neufassung die Verfahrenszuständigkeit der Vergabekammern und die Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten.⁹⁰ Die prozessuale Zuordnung hat der Gesetzgeber sodann 2010 mit dem AMNOG⁹¹ revidiert. Heute sind zur Überprüfung der Entscheidungen der Vergabekammern die Zivilgerichte zuständig. Offen ist damit weiterhin der Rechtsweg im unterschweligen Bereich. Zwar hat für andere Regulierungsbereiche das BVerwG inzwischen entschieden, dass auch hier – soweit überhaupt subjektive Rechte bestehen – die ordentlichen Gerichte zuständig sind.⁹² Da jedoch das Sozialgerichtsgesetz in § 51 Abs. 2 SGG eine besondere Rechtswegzuweisung an die Sozialgerichte kennt und diese gemäß Abs. 3 nur für Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB ausnimmt, ist die Frage zumindest offen. Im praktisch wichtigen Bereich der Hilfsmittelverträge gemäß § 127 SGB V beruhen Auseinandersetzungen auch über die Frage, ob eine Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V erfolgen müsste, jedenfalls auf speziellen Normen des SGB V, so dass hierfür die Sozialgerichtsbarkeit zuständig ist.⁹³

2. Voraussetzungen

Auch wenn mit dem GKV-OrgWG 2008 die wichtige Weichenstellung geklärt war, dass das Kartellvergaberecht Anwendung findet, so bleibt die Subsumtion unter die Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellvergaberechts weiterhin in verschiedenen Punkten streitig.⁹⁴

⁸⁸ BGBl. I, 2426.

⁸⁹ BT-Drs. 16/10609, S. 52: Die Gesetzesbegründung spricht davon, das Zweifel beseitigt werden sollen.

⁹⁰ Art. 2b und 2c GKV-OrgWG, BGBl. 2008 I, 2426, vgl. BT-Drs. 16/10609, S: 27 f., 64 f.

⁹¹ BGBl. 2010 I, 2262, Art. 2 und 3, vgl. BT-Drs. 17/2413, S. 10 f., 33 f.

⁹² BVerwG v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9.

⁹³ Vgl. Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB V Kommentar, Stand: 8/12, K § 127 Rn. 15.

⁹⁴ Vgl. zu den im Einzelfall zu klärenden Fragen: BT-Drs. 16/10609, S. 52 f.

a) Öffentlicher Auftraggeber

Die Eigenschaft der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber (§ 98 GWB, Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG) ist allerdings heute anerkannt. Denn sie wurde bald nach der Einführung des § 69 Abs. 2 S. 1, 2. HS SGB V durch das GKV- OrgWG durch die Entscheidung des EuGH in der Rs. Oymanns⁹⁵ verbindlich geklärt.⁹⁶

b) Öffentlicher Auftrag

Ungeklärt sind aber noch die Kriterien für die Beantwortung der Frage, wann ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB, Art. 1 Abs. 2 RL 2004/18/EG vorliegt. Zwar haben sich bisher einige Fallgruppen herausgebildet. Konkret ist insbesondere die Rabattverträge mit Arzneimittelherstellern gemäß § 130a Abs. 8 SGB V die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts anerkannt.⁹⁷ Dies galt jedenfalls bis zur Neuregulierung des Arzneimittelmarktes durch das AMNOG 2010.⁹⁸

Aber es fehlt bisher an hinreichend geklärten Entscheidungskriterien, aus denen sich weitere Einordnungen ableiten lassen. Die Diskussion kreist hierbei um zwei Aspekte.

Auf der einen Seite wird eine Abgrenzung anhand der Ausführungen des EuGH zu den Dienstleistungskonzessionen versucht.⁹⁹ In der Rs. Oymanns legte der EuGH dar, dass für eine Dienstleistungskonzession eine bestimmte wirtschaftliche Freiheit des Auftragnehmers vorhanden sein muss, um die Bedingungen zur Nutzung des mit der Konzession eingeräumten Rechts zu bestimmen. Der Auftragnehmer sei somit parallel dazu weitgehend den mit

⁹⁵ EuGH v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, Oymanns, Slg. 2009 I-4779.

⁹⁶ Zur vorangehenden Debatte vgl. Goodarzi/Jansen, Die Rechtsprechung der Landessozialgerichte auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, NZS 2010, 427, 428 f.

⁹⁷ Vgl. Axer, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 130a Rn. 19.

⁹⁸ Zweifel hieran wegen der Neuregulierung des Arzneimittelmarktes Kaltenborn, Der kartellvergaberechtliche Auftragsbegriff im Vertragswettbewerb des SGB V, GesR 2011, 1, 7; auch Axer, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 130a Rn. 22, geht davon aus, dass in Zukunft die Bedeutung der Arzneimittelrabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V wieder nachlassen wird, da das AMNOG für neue Arzneimittel mit § 130b und c SGB V ein neues Regulierungsregime vorgibt.

⁹⁹ Vgl. etwa Kaltenborn, Vergabe in der Gesetzlichen Krankenversicherung, SDRV 60 (2011), 47, 49 ff.

dieser Nutzung verbundenen Risiken ausgesetzt.¹⁰⁰ Dabei führt eine Fokussierung auf das wirtschaftliche Risiko, dass die Zahl der Kunden nicht feststeht, sondern von der individuellen Entscheidung des Versicherten abhängt,¹⁰¹ letztlich nicht weiter. Denn dies ist der Dreiecksbeziehung zwischen Krankenkasse, Leistungserbringer und Versichertem immanent. Da es ist inzwischen anerkannt ist, dass dies das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrags – ein weiteres Merkmal des öffentlichen Auftrags – nicht hindert,¹⁰² wäre es inkonsequent, wenn wegen dieses Risikos eine Konzession und kein öffentlicher Auftrag angenommen würde. Ausschlaggebend ist daher vielmehr, ob der Auftragnehmer wirtschaftliche Gestaltungsfreiheit bei der Leistungserbringung gegenüber dem Versicherten hat, oder ob die Konditionen bereits zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse festgelegt werden.¹⁰³ Nur im erstgenannten Fall liegt nach den Vorgaben des EuGH eine Konzession vor. Die Verträge der Krankenkassen mit den Leistungserbringern, die typischerweise als Instrument des managed care die Leistungserbringung vorzeichnen sollen, werden daher in der Regel als öffentliche Aufträge und nicht als Konzessionen einzuordnen sein. Bei diesem Ergebnis kommt es dann nicht mehr darauf an, dass solche Konzessionen, die die Anwendung des Kartellvergaberechts ausschließen, nur bei Dienstleistungen und nicht bei Waren vorliegen können.¹⁰⁴

Eine Dienstleistungskonzession kommt nach diesen Grundsätzen dort in Betracht, wo die Gestaltungsfreiheit des Leistungserbringers bei der Leistungserbringung so groß ist, dass die Entscheidung der Krankenkasse nicht als Steuerung des Leistungsinhalts erscheint. Etwa bei Rettungsdienstleistungen lässt sich hiernach sinnvoll abgrenzen.¹⁰⁵ Auch für

¹⁰⁰ EuGH v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, Oymanns, Slg. 2009 I-4779.

¹⁰¹ So etwa Becker/Kingreen, in: dies. (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 69 Rn. 56; Kaltenborn, Vergabe in der Gesetzlichen Krankenversicherung, SDSRV 60 (2011), 47, 53 ff.

¹⁰² Vgl. hierzu m.w.Nw. auch zur Gegenauffassung Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT 2012, B 46 f.; auch Kaltenborn, Vergabe in der Gesetzlichen Krankenversicherung, SDSRV 60 (2011), 47, 52. S. auch etwa Plagemann/Ziegler, Neues Sozialvergaberecht, GesR 2008, 617, 618.

¹⁰³ So auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/10609, S. 52.

¹⁰⁴ Vgl. etwa zur Kritik an diesem „Defizit“ wegen des hier als verfehlt angesehenen Abstellens auf das Ertragsrisiko des Leistungserbringers Szonn, Sind Verträge gemäß § 127 II, Ila SGB V öffentliche Aufträge im Sinne des Kartellvergaberechts?, NZS 2011, 245, 248 f.

¹⁰⁵ EuGH v. 10.3.2011, Rs. C-274/09, Stadler, NZBau 2011, 239, 242 – „Konzessionsmodell“ und EuGH v. 29.4.2010 - C-160/08, Komm./Deutschland, Slg. 2010 I-3713, Rn. 88, – „Submissionsmodell“.

integrierte Versorgungsverträge (§ 140 b SGB V)¹⁰⁶ und Hausarztverträge (soweit sie nicht zwingend abzuschließen sind, § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V¹⁰⁷)¹⁰⁸ lässt sich die Abgrenzung nur im Einzelfall vornehmen.

Der zweite Aspekt, der bei der Entscheidung, ob ein öffentlicher Auftrag anzunehmen ist, intensiv diskutiert wird, ist das Vorliegen einer Auswahlentscheidung der Krankenkasse.¹⁰⁹ Wenn mit dem Vertrag einem bestimmten Vertragspartner Exklusivrechte oder zumindest wirtschaftliche Vorteile eingeräumt werden, die andere Leistungsanbieter selbst dann nicht erhalten, wenn mit ihnen ebenfalls Verträge geschlossen werden, dann soll für diese Auswahlentscheidung das Kartellvergaberecht gelten.¹¹⁰ Der Gedanke, der hinter diesem Aspekt steht, ist nicht, wieviel Determinierung bereits im ersten Vertragsschluss liegt – und damit wie wenig wirtschaftliche Freiheit dem nachgelagerten Vertrag mit dem Versicherten zukommt. Vielmehr ergibt sich das Kriterium der Auswahlentscheidung daraus, dass der „Ort“ der Konkurrenzentscheidung damit festgestellt wird. Bei der Auswahl eines exklusiven Vertragspartners ist die Einordnung als öffentlicher Auftrag unproblematisch. Indem auf das Kriterium der Auswahlentscheidung abgestellt wird, lassen sich aber auch die Konstellationen erfassen, in denen der Vertrag zwar nicht exklusiv ist, da auch andere Leistungserbringer einen Anspruch auf

¹⁰⁶ Zur Frage, ob Verträge zur integrierten Versorgung dem Vergaberecht unterfallen vgl. Goodarzi/Schmid, Die Ausschreibung vertragsärztlicher Leistungen nach dem SGB V, NZS 2008, 518 ff. auf der einen und Plagemann/Ziegler, Neues Sozialvergaberecht, GesR 2008, 617, 618 auf der anderen Seite.

¹⁰⁷ Dazu, dass zwingend abzuschließende Hausarztverträge wegen § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V nicht dem Kartellvergaberecht unterliegen, s.u.

¹⁰⁸ Auch hier für einen öffentlichen Auftrag: Goodarzi/Schmid, Die Ausschreibung vertragsärztlicher Leistungen nach dem SGB V, NZS 2008, 518, 523; Klöck, Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Beschaffungen durch die gesetzlichen Krankenkassen, NZS 2008, 178, 185; Wigge/Harney, Selektivverträge zwischen Ärzten und Krankenkassen nach dem GKV-WSG, MedR 2008, 139, 148; für eine Dienstleistungskonzession: Engelmann, Keine Geltung des Kartellrechts für Selektivverträge der Krankenkassen mit Leistungserbringern, SGB 2008, 133, 135, 141 ff.; gegen einen Vergabevorgang: Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT 2012, B 48.

¹⁰⁹ Vgl. LSG NRW v. 14.4.2010 – L 21 KR 69/09 SFB; OLG Düsseldorf v. 11.1.12 – VII-Verg 57/11, jeweils mit Entscheidungsanmerkungen Szonn, Sind Verträge gemäß § 127 II, Ila SGB V öffentliche Aufträge im Sinne des Kartellvergaberechts?; NZS 2011, 245; Gabriel/Weiner, Zur vergaberechtlichen Bewertung des Beitrittsrechts zu nicht ausgeschriebenen Hilfsmittellieferverträgen, VergabeR 2010, 1033; Zimmermann, Keine Ausschreibungspflicht für Hilfsmittelverträge, NZBau 2010, 739 und Csaki, Vergaberechtsfreiheit von Zulassungsverfahren?, NZBau 2012, 350; Dörn, Anm. zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11.01.2012 (II-Verg 57/11, VergabeR 2012, 475), VergabeR 2012, 480; etwa auch Byok/Csaki, Sozialvergaberecht: Ein Update, KrV 2012, 145, 146; Kaltenborn, Der kartellvergaberechtliche Auftragsbegriff im Vertragswettbewerb des SGB V, GesR 2011, 1; s. auch Becker/Kingreen, in: dies. (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012), § 69 Rn. 55.

¹¹⁰ m.w.Nw. Byok/Csaki Sozialvergaberecht: Ein Update, KrV 2012, 145, 150.

Vertragsschluss haben, in denen aber der Primärvertragspartner Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen des Vertragsschlusses hat, die den späteren Vertragspartnern nicht mehr zustehen. Da diese Einflussmöglichkeiten einen wirtschaftlichen Wert darstellen – für den der Auftragnehmer bereit ist, Konditionen der Krankenkasse zu akzeptieren – liegt auch hier eine Auswahlentscheidung vor, die die Anwendung der Vergabegrundsätze geboten sein lässt.

Praktisch relevant ist diese Frage insbesondere bei Hilfsmittelverträgen gemäß § 127 Abs. 1 und 2 SGB V. Denn § 127 SGB V eröffnet den Krankenkassen zwei verschiedene Vertragswege, zum einen eine Ausschreibung und anschließende Exklusivverträge nach Abs. 1 und zum anderen ausschreibungsfreie Verträge nach Abs. 2, denen aber andere Leistungserbringer nach Abs. 2a beitreten können. Für diese zweite Variante gilt nach wohl überwiegender Meinung und Praxis das Kartellvergaberecht nicht.¹¹¹ Der Verzicht auf ein Vergabeverfahren in der zweiten Vertragsvariante lässt sich rechtspolitisch damit kritisieren, dass auch hier Auswahlentscheidungen getroffen werden, da die späteren Vertragspartner keinen Einfluss auf die Vertragsbedingungen nehmen können. Oder der Gedanke lässt sich auch umgekehrt wenden: Wegen des Verzichts auf eine Ausschreibung dürften Krankenkassen bei Verträge nach Abs. 2 den primären Vertragspartner nicht privilegieren, indem ihm Gestaltungseinfluss auf die Vertragsbedingungen eingeräumt wird. Oder die Zulässigkeit solcher Verträge mit Beitrittsrecht wird generell in Frage gestellt.¹¹²

Aber auch in einem anderen Bereich gewinnt das Kriterium der Auswahlentscheidung Relevanz. Krankenkassen haben damit begonnen, Arzneimittelrabattverträge so auszuschreiben, dass keine exklusiven Vertragspartner gesucht werden, sondern für alle Arzneimittelhersteller ein Beitrittsrecht vorgesehen ist. Dabei soll auch das Vertragsgestaltungsrecht nicht exklusiv sein, sondern von allen Vertragspartnern jeweils mit Wirkung für alle anderen ausgeübt werden können. Aus Sicht der Krankenkasse hat solch ein

¹¹¹ Vgl. Becker/Schweitzer, Gutachten zum 69. DJT, 2012, B 48 m.w.Nw. auch zur Gegenauffassung.

¹¹² Etwa Csaki/Freundt, Keine Ausschreibungspflicht für Verträge über hausarztzentrierte Versorgung? – Besprechung der Entscheidung des Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen vom 3.11.2010, NZS 2011, 766, 767 f.

Open-Book-Verfahren verschiedene Vorteile.¹¹³ Fraglich ist daher sowohl die Frage, ob damit die Anbieter übervorteilt werden, aber auch die zunächst vorgelagerte Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, so dass auf solche Verträge das Kartellvergaberecht überhaupt Anwendung findet. Verneint man wegen der Offenheit des Verfahrens für jeden Anbieter eine Auswahlentscheidung und lässt man hieran das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Auftrags scheitern, kommt es auf die Frage, ob bei der Vergabe die Anbieter unangemessen behandelt werden, nicht mehr an.¹¹⁴

Insgesamt zeigt sich an diesen Auseinandersetzungen, dass die Entwicklung sowohl der Vergabepaxis als auch ihrer rechtlichen Einordnung noch am Anfang steht.

Keine Auswahlentscheidung besteht jedenfalls in den Fällen, in denen die Krankenkasse zum Vertragsschluss gesetzlich verpflichtet ist. Dadurch entsteht ein Gleichlauf mit § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V.¹¹⁵ Die Norm schließt die Anwendung des Kartellwettbewerbsrechts ausdrücklich aus. In den gleichen Fällen fehlt es aber auch an einer Auswahlentscheidung, die den Vertrag zu einem öffentlichen Auftrag i.S.d. Kartellvergaberechts machen würde. Hierzu gehören unstreitig die Kollektivverträge des Vertragsarztrechts. Aber auch alle anderen Verträge, auf deren Abschluss die Leistungserbringer einen Anspruch haben, wie etwa die soeben diskutierten Hilfsmittelverträge mit Beitrittsrecht nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V sollen bereits aus diesem Grund vom Kartellvergaberecht ausgenommen sein.¹¹⁶ Gleiches soll auch für Verträge zur Versorgung mit Haushaltshilfen (§ 132 SGB V), häuslicher Krankenpflege (§ 132a SGB V) gelten.¹¹⁷ Andererseits sollen hausarztzentrierte Versorgungsverträge unter das Kartellvergaberecht fallen, wenn sie mit einzelnen Leistungserbringern oder „nicht-monopolartigen“ Ärztegemeinschaften oder -verbänden abgeschlossen werden (§ 73b Abs. 4 S. 3 SGB V). Denn insoweit sind die Krankenkassen nicht zum Vertragsschluss verpflichtet.¹¹⁸

¹¹³ Vgl. Byok/Csaki, Sozialvergaberecht: Ein Update, KrV 2012, 145, 146 f.

¹¹⁴ Vgl. Byok/Csaki, Sozialvergaberecht: Ein Update, KrV 2012, 145, 146..

¹¹⁵ Vgl. Becker/Kingreen, in: dies. (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 69 Rn. 55.

¹¹⁶ Vgl. Plagemann/Ziegler, Neues Sozialvergaberecht, GesR 2008, 617, 619; Becker/Kingreen, in: dies. (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 69 Rn. 55.

¹¹⁷ Becker/Kingreen, in: dies. (Hrsg.), SGB V Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 69 Rn. 55 m.w.Nw.

¹¹⁸ Vgl. LSG NRW v. 3.11.2010, L 21 SF 208/10; auch Thüsing/Forst, Europäisches Vergaberecht und deutsches Sozialversicherungsrecht – Das Zusammenspiel zweier Rechtsgebiete exemplifiziert an der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Thüsing (Hrsg.),

c) Schwellenwerte

Zudem müssen die Schwellenwerte des Kartellvergaberechts nach § 100 GWB¹¹⁹ überschritten sein.

3. Konsequenz der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts: Vergabeverfahren und Vergaberechtsschutz

Findet nach diesen Voraussetzungen das Kartellvergaberecht Anwendung, so folgt hieraus ein transparentes und hierfür streng formalisiertes Vergabeverfahren,¹²⁰ mit dem Chancengleichheit der Leistungserbringer sichergestellt werden soll. Die Struktur der maßgeblichen Normen des deutschen Kartellvergaberechts wird als dreistufige Kaskade verstanden. Die Vorgaben des GWB werden durch die Vergabeverordnung konkretisiert, die ihrerseits auf die nachgeordneten Vergabe- und Vertragsordnungen¹²¹ verweist. Zweite wesentliche Konsequenz des Kartellvergaberechts ist der Rechtsschutz der Anbieter und Interessenten im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens. Er stoppt das Verfahren, was aus Sicht der Krankenkassen für die Versorgung der Versicherten problematisch ist. Aus der Regulierungsperspektive stärkt der Anbieterrechtsschutz ihre Position gegenüber der öffentlichen Hand. Dies ist konsequent, soweit die Verhinderung oder Erschwerung eines fairen Wettbewerbs und insbesondere Diskriminierungen seitens des öffentlichen Auftraggebers zu besorgen sind. Ob diese „Blockademacht“ aber auch dort angemessen ist, wo auf der Anbieterseite Marktdefunktionalitäten bestehen

Europäisches Vergabe- und Kartellrecht als Herausforderung für die deutsche Sozialversicherung, 2012, S. 13, 46; a.A. Kaltenborn, Der kartellvergaberechtliche Auftragsbegriff im Vertragswettbewerb des SGB V, GesR 2011, 1, 5 f.; dem LSG widersprechend Csaki/Freundt, Keine Ausschreibungspflicht für Verträge über hausarztzentrierte Versorgung? – Besprechung der Entscheidung des Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen vom 3.11.2010, NZS 2011, 766 ff.7

¹¹⁹ § 100 GWB verweist auf § 2 VgV, der seinerseits auf die Schwellenwerte der VO 1251/2011, ABl. EU 2011 Nr. L 319/43, verweist.

¹²⁰ Vgl. den Leitfaden der EU-Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen vom 7.12.2010, SEC (2010) 1545 endg.

¹²¹ VOB/A für Bauleistungen, VOL/A für Lieferungen und Leistungen und VOF für freiberufliche Leistungen.

und gerade diese durch die Stärkung von Wettbewerb zwischen den Anbietern aufgelöst werden sollen, ist fraglich.

Unterhalb der Schwellenwerte bestimmen die Haushaltsgrundsätze der Krankenkassen regelmäßig nur die Anwendung der jeweiligen Abschnitte 1, der sogenannten Basisparagrafen, der Vergabe- und Vertragsordnungen. Die Grundsätze eines fairen Verfahrens für eine wirtschaftliche Leistungserbringung gelten also auch hier, auch wenn die formalen Anforderungen geringer sind. Schließlich ist hier der Rechtsschutz nicht wie im Kartellvergaberecht ausgeprägt.

IV. Lauterkeitsrecht

Ein Verweis auf das UWG ist in § 69 SGB V nicht enthalten. Grundsätzlich findet daher das UWG keine Anwendung auf das Leistungserbringungsrecht nach dem 4. Kapitel des SGB V. Konkret sind deshalb Handlungen von Krankenkassen in Erfüllung ihres Versorgungsauftrags nicht nach dem UWG, sondern nur nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen.¹²²

Dieser Ausschluss des Lauterkeitsrechts beschränkt sich allerdings auf das Verhältnis zu den Leistungserbringern. Für Werbemaßnahmen gegenüber den Versicherten, für die keine besonderen Bestimmungen im SGB V vorgesehen sind, hat der BGH das UWG für anwendbar und damit die Zivilgerichte für zuständig gehalten.¹²³ Entsprechendes gilt, wenn Krankenkassen private Zusatzversicherungen anbieten. Dies ist ihnen gemäß § 194 Abs. 1a SGB V seit 2004 erlaubt, wenn die Satzung solche Vermittlungsleistungen vorsieht.¹²⁴ Insoweit nehmen sie aber keinen öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag wahr.¹²⁵ Daher findet das UWG Anwendung.¹²⁶

¹²² BGH v. 23.2.2006 – 1 ZR 164/03, NZS 2006, 647.

¹²³ BGH v. 9.11.2006 – 1 ZB 28/06, NJW 2007, 1819; Engelmann, in: ders./Schlegel, juris-PK SGB V, 2. Aufl. 2012, § 69 Rn. 32; a.A. G. Becker, in: Engelmann/Schlegel, juris-PK SGB V, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 34.

¹²⁴ Zum Vermittlungsverbot vor dem GMG vgl. BGH v. 19.1.1995 – 1 ZR 41/93, NJW 1995, 2352.

¹²⁵ Vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 138.

¹²⁶ Vgl. OLG Braunschweig v. 16.12.2008 – 2 U 9/08, GesR 2009, 312; eine Erlaubnis zur Versicherungsvermittlung gemäß § 34d GewO ist gleichwohl nicht erforderlich, vgl. OLG Brandenburg v. 4.9.2012 – 6 U 20/11 (juris).

§ 69 SGB V steht auch der Anwendung des UWG auf Lauterkeitsverstöße zwischen privatrechtlichen Leistungserbringern nicht im Wege, soweit sie nicht öffentlich-rechtlich geregelt sind.¹²⁷ Dies betrifft etwa unlautere, weil gegen Berufs- und Gebührenrecht verstoßende Werbung eines Zahnarztes im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung,¹²⁸ oder die Werbung und Vergünstigungen einer Versandapotheke gegenüber bestimmten Ärzten und ihren Patienten.¹²⁹

Aber auch in sozialrechtlichen Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern haben die Grundsätze des Lauterkeitsrechts Bedeutung. Denn Rechtsvorschriften des Leistungserbringungsrechts, die dem Konkurrenzschutz dienen, können auch zu Schadensersatzansprüchen der konkurrierenden Leistungserbringer führen. Dies sind insbesondere Regelungen, die die Abgrenzung zwischen ambulanten und stationärem Sektor vornehmen (§§ 115 ff. SGB V). Diese Schadensersatzansprüche entwickelt das BSG in Anlehnung an die Bestimmungen des UWG.¹³⁰

In prozessualer Hinsicht ist allerdings die Nichtanwendbarkeit des UWG zu beachten. Relevant ist dies im einstweiligen Rechtsschutz, der allein nach sozialgerichtlichen Maßstäben strukturiert ist. Ein Verzicht auf die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes entsprechend § 12 UWG ist daher nicht möglich.¹³¹

Dies will der aktuelle Entwurf zur Neufassung des § 4 Abs. 3 SGB V im Rahmen der GWB-Novelle¹³² ändern. Zwar sei eine Rechtsnormverweisung auf das UWG nicht erforderlich, da die Rechtsprechung und Praxis sich bei der Entwicklung der Wettbewerbsgrundsätze und ebenso bei der Herausbildung entsprechender Ansprüche an die Maßstäbe des Lauterkeitsrechts angelehnt habe.¹³³ Aber erforderlich sei eine gesetzliche Regelung, um die

¹²⁷ Engelmann, in: ders./Schlegel, juris-PK SGB V, 2. Aufl. 2012, § 69 Rn. 33 ff.

¹²⁸ OLG Hamm v. 9.6.2009 – 4 U 70/09 (juris).

¹²⁹ OLG Düsseldorf v. 17.12.2008 – VI-U (Kart) 7/08, U (Kart) 7/08, WRP 2009, 562.

¹³⁰ Bereits BSG v. 25.11.1998 – b 6 KA 75/97 R, BSGE 83, 128 (Ermächtigter Krankenhausarzt), aktuell BSG v. 23.3.2011 – B 6 KA 11/10 R, BSGE 108, 35 (Ambulantes Operieren).

¹³¹ Vgl. etwa BSG v. 6.9.2010 – L 11 KA 3/10 B ER, MedR 2011, 392.

¹³² BT-Drs. 17/9852, S. 15

¹³³ S. BT-Drs. 17/9852, S. 36, für den Unterlassungsanspruch, den die Neufassung gleichwohl kodifizieren will, mit Verweis auf die Entscheidung des Gemeinsamen Senates der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10.7.1989, GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284.

verfahrensrechtliche Sicherung dieser Ansprüche im einstweiligen Rechtsschutz denjenigen des Lauterkeitsrechts anzupassen.¹³⁴

V. Fusionskontrolle

Schließlich ist die kartellrechtliche Kontrolle von Krankenkassenfusionen bis heute umstritten.

§ 144 SGB V sieht vor, dass Zusammenschlüsse von Krankenkassen von den zuständigen Aufsichtsbehörden genehmigt werden müssen. Maßstab ist dabei die Leistungsfähigkeit der neu entstehenden Krankenkasse und damit die Sicherung der Versorgung der Versicherten. Gesundheitspolitisch waren Fusionen von Krankenkassen und damit sowohl die Reduktion der Gesamtzahl der Krankenkassen als auch die Entstehung großer Krankenkassen seit der Einführung des Kassenwettbewerbs erwünscht.¹³⁵

Offen blieb jedoch die Frage, ob Kartellbehörden bei einer Gefährdung des Wettbewerbs durch das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung eine Fusion nach §§ 35 ff. GWB verhindern können. In der Praxis wurden Kassenfusionen gewissermaßen vorsorglich auch den Kartellbehörden angezeigt. Die Kartellbehörden führten eine Prüfung anhand der §§ 35 ff. GWB durch und beanstandeten die bisher erfolgten Fusionen nicht.

Trotz dieses rechtlich zwar nicht eindeutigen, praktisch jedoch nicht zu Streitigkeiten führenden Verhaltens der Akteure sah der Gesetzgeber bei der aktuellen Novelle des GWB Handlungsbedarf und sieht einen neuen § 172a SGB V vor, der die kartellrechtliche Fusionskontrolle bei freiwilligen Fusionen vorsieht und sie der aufsichtsrechtlichen Genehmigung der Fusion vorschaltet.¹³⁶ Er hält dies zum einen deshalb für geboten, weil er seit der Eröffnung der Möglichkeit zu kassenartübergreifenden Fusionen durch das GKV-WSG (§ 171a SGB V) die Gefahr sieht, dass fusionierten Krankenkassen eine marktbeherrschende Stellung erhalten können, die wettbewerbsschädlich

¹³⁴ BT-Drs. 17/9852, S. 36 f.

¹³⁵ Vgl. BT-Drs. 16/3100, S. 155 f.; s. auch Hebler, Die Vereinigung, Auflösung und Schließung von Sozialversicherungsträgern, NZS 2008, 238.

¹³⁶ BT-Drs. 17/9852, S. 15.

sei.¹³⁷ Zum anderen sei nun Handlungsbedarf eingetreten, weil die geschilderte Praxis der kartellbehördlichen Fusionskontrolle durch das BKartA im Herbst 2011 eingestellt wurde. Anlass hierfür war das bereits erwähnte¹³⁸ Urteil des Hessischen Landessozialgerichts zur Rechtsgrundlage kartellverwaltungsrechtlichen Handelns der BKartA gegenüber den Krankenkassen im Verhältnis zu ihren Versicherten.¹³⁹ Das LSG hatte einen Auskunftsbefehl des BKartA, den dieses anlässlich einer Pressekonferenz mehrerer Krankenkassen zur Einführung von Zusatzbeiträgen gemäß § 242 SGB V erlassen hatte, für unzulässig erklärt, da es hierfür an einer Ermächtigungsgrundlage des BKartA fehle. Das GWB sei auf die Beziehungen zwischen den Krankenkassen nicht anwendbar, da diese keine Unternehmen seien.¹⁴⁰ Das BKartA nahm dies zum Anlass, auch seine Fusionskontrolle einzustellen – und den Gesetzgeber zu einer gesetzlichen Regelung aufzufordern.¹⁴¹

¹³⁷ BT-Drs. 17/9852, S. 22 unter Bezugnahme der Begründung zum GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 156.

¹³⁸ S.o. Fn. 53.

¹³⁹ Hess. LSG v. 15.09.2011 – L 1 KR 89/10 KL, NZS 2012, 177 = SGb 2012, 115.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu z.B. Wallrabenstein, Wettbewerb im Gesundheitswesen, JZ 2012, 818 m.w.Nw.

¹⁴¹ Vgl. BT-Drs. 17/9852, S. 22.