

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 59

Exklusivvereinbarungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern

Von

Christine Gabriele Mattes



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTINE GABRIELE MATTES

Exklusivvereinbarungen zwischen
gesetzlichen Krankenkassen
und Leistungserbringern

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 59

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Exklusivvereinbarungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern

Von

Christine Gabriele Mattes



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buch.bücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-15969-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55969-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Brsg. als Dissertation angenommen. Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen, die nach der Abgabe der Arbeit in Kraft getreten sind, wurden bis Februar 2020 berücksichtigt; auf diesem Stand befinden sich auch die Literaturnachweise.

Ich bedanke mich herzlich bei Frau Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies für die Betreuung der Arbeit. Dass sie ohne Zögern bereit war, diese Arbeit zu einem für die Praxis relevanten, aber bisher wissenschaftlich kaum untersuchten Thema zu betreuen und mir bei der Anfertigung der Arbeit größtmögliche wissenschaftliche und zeitliche Flexibilität eingeräumt hat, hat die Arbeit erst ermöglicht. Mein Dank gebührt außerdem Herrn Prof. Dr. Bernd Schütze, Richter am Bundessozialgericht, für die Erstellung des Zweitgutachtens. Dem Verlag und dem Herausgeber der „Schriften zum Gesundheitsrecht“ danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Meinem Arbeitgeber, der Sozietät Gleiss Lutz, gebührt mein Dank für die Freistellung von meiner Tätigkeit als Rechtsanwältin sowie für die logistische Unterstützung bei der Anfertigung der Arbeit.

Die Arbeit wäre ohne die Ermutigung und Unterstützung zahlreicher Personen nicht zustande gekommen: Ich danke Herrn Dr. Marco König, meinem Tutor bei Gleiss Lutz, für die Unterstützung bei der Themenfindung und -eingrenzung, vor allem aber für die beharrliche Ermutigung, das „Projekt Promotion“ nach einigen Jahren Berufserfahrung und Elternzeit (doch noch) zu wagen. Bei Sonja Miletzki bedanke ich mich herzlich für das gründliche Korrekturlesen und die hilfreichen Anmerkungen. Außerdem danke ich meinem Mann, meiner Familie sowie meinen Freunden und Kollegen für regelmäßige oder gelegentliche anspornende oder beruhigende Worte während der Erstellung der Arbeit. Gewidmet ist das Buch meiner Mutter.

Esslingen, August 2020

Christine Mattes

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Problemstellung	17
B. Gang der Untersuchung	21
 <i>Kapitel 1</i>	
Grundlagen	23
A. Grundsätze der Leistungserbringung	23
I. Dreiecksverhältnis der Leistungserbringung	23
II. Begriff des Leistungserbringers	24
III. Einbeziehung in Dreiecksverhältnis durch Zulassung	26
IV. Zulassungsregime im SGB V	28
1. Zulassung durch Verwaltungsakt oder Vertragsschluss	28
2. Einstufige Zulassungsregime	28
3. Zweistufige Zulassungsregime	29
B. Begriffsdefinitionen: Exklusivvereinbarungen, Selektivverträge und Einzelverträge	30
C. Wesentliche Vertragsinhalte von Exklusivvereinbarungen	31
I. Pflichten des Leistungserbringers	31
II. Pflichten der Krankenkasse	31
1. Vergütung der Leistungserbringung	31
2. Einräumung von Versorgungsexklusivität	32
D. Exklusivvereinbarungen und Selektivverträge im SGB V	34
I. Exklusivvereinbarungen im SGB V	34
1. Hilfsmittel	34
2. Arzneimittel	36
II. Selektivverträge im SGB V	37
1. Modellvorhaben	37
2. Hausarztzentrierte Versorgung	38
3. Besondere Versorgung	39
III. Sonderfall: Qualitätsverträge im stationären Bereich	40
E. Zusammenfassung von Kapitel 1	40

Kapitel 2

Rechtliche Maßstäbe für die Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen	42
A. Sozialversicherungsrechtliche Anforderungen	42
I. Gesetzesvorbehalt des § 30 Abs. 1 SGB IV	42
1. Aufgabenbestand unter Gesetzesvorbehalt	42
2. Art und Weise der Aufgabenerfüllung	43
3. Ergebnis	44
II. Vorrang des Gesetzes: Fehlen entgegenstehender Regelungen	44
III. Wirtschaftlichkeitsgebot	47
1. Inhalt und Geltung	47
2. Wirtschaftlichkeit von Exklusivvereinbarungen	48
a) Wirtschaftlichkeit bei Abweichen von der Regelversorgung	48
b) Wirtschaftlichkeit bei erstmaliger Vergütungsvereinbarung	49
3. Ergebnis	50
B. Verfassungsrechtliche Anforderungen	51
I. Rechte der Leistungserbringer	51
1. Vereinbarkeit von Exklusivvereinbarungen mit Art. 12 Abs. 1 GG	51
a) Schutzbereich der Berufsfreiheit	51
b) Eingriff in den Schutzbereich	52
aa) Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand	52
bb) Übertragbarkeit auf Exklusivvereinbarungen	53
(1) Zweistufige Zulassungsregime	54
(2) Einstufige Zulassungsregime	57
c) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG	63
aa) Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	63
bb) Formelle Anforderungen	64
(1) Wesentlichkeitstheorie und Drei-Stufen-Lehre	66
(2) Statusrelevanz des Eingriffs	67
(3) Anforderungen an Auswahlkriterien und -verfahren	68
cc) Zwischenergebnis	71
dd) Materielle Anforderungen: Drei-Stufen-Lehre	72
ee) Eingriffsintensität von Exklusivvereinbarungen	72
d) Ergebnis zu Art. 12 Abs. 1 GG	76
2. Vereinbarkeit von Exklusivvereinbarungen mit Art. 14 Abs. 1 GG	76
II. Rechte der Versicherten	77
1. Kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Wahlmöglichkeiten	77
a) Herleitung aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	78
b) Herleitung aus Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG	81
2. Verfassungsrechtlicher Schutz einfachrechtlicher Wahlmöglichkeiten	82

a) Eigentumsrechtlicher Schutz	82
b) Schutz durch die allgemeine Handlungsfreiheit	84
3. Einfachgesetzliche Wahlrechte der Versicherten	86
a) Einstufige Zulassungsregime	86
b) Zweistufige Zulassungsregime	88
aa) Wahlrechte in einzelnen Leistungsbereichen	89
bb) Allgemeines Wahlrecht der Versicherten?	91
(1) § 2 Abs. 3 SGB V	91
(2) § 33 Satz 2 SGB I	92
(3) § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB IX	94
cc) Zwischenergebnis	94
4. Ergebnis zu den Rechten der Versicherten	95
C. Vergaberechtliche Anforderungen	96
I. Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber	96
II. Exklusivvereinbarungen als Rahmenvereinbarungen	97
1. Leistungserbringung als Beschaffungsvorgang	98
2. Vorliegen einer Auswahlentscheidung	98
3. Abgrenzung zu Dienstleistungskonzessionen	100
a) Amortisationsrisiko	101
aa) Definition und Abgrenzung	101
bb) Amortisationsrisiko bei Exklusivvereinbarungen	102
(1) Ermittlung der maßgeblichen Aufwendungen	102
(2) Ermittlung der maßgeblichen Vergütung	103
(3) Zwischenergebnis	105
b) Unwägbarkeiten des Marktes	106
aa) Rechtsprechung des EuGH	106
bb) Anwendung auf Exklusivvereinbarungen	107
c) Ergebnis	109
III. Anforderungen an den Abschluss von Rahmenvereinbarungen	110
1. Bedeutung des Schwellenwerts gemäß § 106 GWB	110
2. Oberhalb des Schwellenwerts	111
a) Verfahrensarten	111
aa) Offenes und nicht offenes Verfahren	111
bb) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb	112
cc) Wettbewerblicher Dialog	112
dd) Innovationspartnerschaft	113
ee) Verfahrenserleichterungen gemäß § 69 Abs. 4 SGB V?	113
b) Eignungs- und Zuschlagskriterien	114
c) Sicherstellung effektiven Primärrechtsschutzes	116
3. Unterhalb des Schwellenwerts	117

IV. Ergebnis zu den vergaberechtlichen Anforderungen	119
D. Kartellrechtliche Anforderungen	119
I. Anwendbarkeit des Kartellrechts	119
II. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen	121
1. Vereinbarkeit mit § 1 GWB	121
2. Vereinbarkeit mit §§ 19, 20 GWB	125
III. Kartellrechtliche Zulässigkeit von gemeinsamen Exklusivvereinbarungen mehrerer Krankenkassen	127
1. Vereinbarkeit mit § 1 GWB	127
2. Vereinbarkeit mit §§ 19, 20 GWB	130
IV. Ergebnis zur kartellrechtlichen Zulässigkeit	132
E. Zusammenfassung von Kapitel 2	133

Kapitel 3

Exklusivvereinbarungen über Sach- und Dienstleistungen des SGB V	140
A. Leistungsbereichsübergreifende Vorschriften	140
I. § 53 SGB X i.V.m. dem Wirtschaftlichkeitsgebot	140
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundessozialgerichts ..	140
2. Bewertung	141
II. Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge (§§ 97 ff. GWB)	146
B. Vertragsschlusskompetenzen in ausgewählten Leistungsbereichen	147
I. Einstufige Zulassungsregime	148
1. Häusliche Krankenpflege	149
a) Grundlagen der Leistungserbringung	149
b) Grundrechtliche Bewertung von Exklusivvereinbarungen über häus- liche Krankenpflege	149
aa) Berufsfreiheit der nicht vertragsbeteiligten Pflegedienste	149
(1) Exklusivvereinbarungen betreffend häusliche Krankenpflege als berufswahlnahe Berufsausübungsregelungen	150
(2) Exklusivvereinbarungen betreffend häusliche Krankenpflege als Berufsausübungsregelungen mit Statusrelevanz	154
bb) Allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten	155
c) § 132a Abs. 4 SGB V als Ermächtigungsgrundlage für Exklusivver- einbarungen	156
aa) Rechtsprechung zu § 132a SGB V	156
(1) Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 24.09.2002 und vom 21.11.2002	156
(2) Entscheidungen des Bundeskartellamts vom 01.06.2012	158

bb) § 132a Abs. 4 Satz 1 SGB V als Befugnisnorm für Exklusivvereinbarungen	159
(1) Wortlaut der Norm	159
(2) Bedeutung der Schiedsklausel	161
(3) Vergleich mit § 72 SGB XI	163
(4) Zwischenergebnis	164
d) Ergebnis	165
2. Spezialisierte ambulante Palliativversorgung	165
a) Entwicklung der gesetzlichen Regelungen	165
b) Grundrechtliche Bewertung von Exklusivvereinbarungen über Leistungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung	168
aa) Berufsfreiheit der Leistungserbringer	168
bb) Allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten	172
c) § 132d Abs. 1 SGB V a.F. als Befugnisnorm für Exklusivvereinbarungen	173
aa) Wortlaut der Norm	173
bb) Bedeutung der Schiedsklausel	174
cc) Vergleich mit sonstigen Befugnissen zum Abschluss von Exklusivvereinbarungen im SGB V	175
(1) Bezeichnungen der jeweiligen Verträge	175
(2) Anordnung einer Ausschreibungspflicht	175
(3) Ausdrückliche Beschränkung des Leistungsanspruchs	178
dd) Zwischenergebnis	179
d) Formal-verfassungsrechtliche Anforderungen	179
aa) Auswahlkriterien	181
(1) Eignung	181
(2) Bedarfsgerechtigkeit	184
(3) Wirtschaftlichkeit	186
(4) Zwischenergebnis	186
bb) Auswahlverfahren	187
(1) Transparenz und Gleichbehandlung durch Vergaberecht	187
(2) Erforderlichkeit von Verfahrensregelungen in der Ermächtigungsgrundlage selbst	189
e) Materiell-verfassungsrechtliche Anforderungen	192
aa) Bedeutung des geringen Ausgabenanteils des Leistungsbereichs	194
bb) Gefährdung der finanziellen Stabilität bei anbieterinduzierter Nachfrage	194
(1) Spezialisierte ambulante Palliativversorgung als Pflichtleistung	197
(2) Verordnungserfordernis	197
(3) Genehmigungserfordernis	200
(4) Zwischenergebnis	202

cc) Gefährdung der finanziellen Stabilität bei Steigerung der Kosten für Einzelleistungen	202
(1) Kostensenkung durch Ausschreibung	203
(2) Kostensenkung durch Auslastungssteuerung	204
(a) Gestehungskosten von spezialisierter ambulanter Palliativversorgung	204
(b) Zusammenhang von Gestehungskosten und Vergütungshöhe	206
(c) Verhältnismäßigkeit von Exklusivvereinbarungen	208
f) Ergebnis	210
II. Zweistufige Zulassungsregime	212
1. Versorgung mit Heilmitteln	212
a) Rechtslage bis zum Inkrafttreten des TSVG	212
aa) Grundlagen der Versorgung mit Heilmitteln	212
bb) Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen	214
b) Änderungen durch das TSVG	216
c) Ergebnis	217
2. Versorgung mit Zytostatika	217
a) Leistungsbereich mit zweistufigem Zulassungsregime	217
b) Rechtslage bis 12.05.2017	218
aa) Entscheidungen der Vergabenachprüfungsinstanzen und Sozialgerichte	219
bb) Eigene Bewertung	223
(1) Eingriffsintensität von Exklusivvereinbarungen über die Versorgung mit Zytostatika	223
(2) § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V a. F. als Ermächtigungsgrundlage für Exklusivvereinbarungen	224
c) Rechtslage seit 13.05.2017	228
d) Ergebnis	229
3. Versorgung mit zahntechnischen Leistungen	231
a) Grundlagen der Leistungserbringung	231
b) Zulässigkeit von Einzelverträgen zwischen Krankenkassen und zahntechnischen Laboren	232
aa) Eingriffsqualität	233
bb) § 88 Abs. 2 SGB V als Ermächtigungsgrundlage	234
c) Ergebnis	238
C. Zusammenfassung von Kapitel 3	239
Ergebnis und Ausblick	248
Literaturverzeichnis	256
Sachwortverzeichnis	263

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AMNOG	Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG) vom 22.12.2010, BGBl. 2010 I, S. 2262
AMVSG	Gesetz zur Stärkung der Arzneimittelversorgung in der GKV (GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz – AMVSG) vom 04.05.2017, BGBl. 2017 I, S. 1050
Art.	Artikel
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzte
ASTUP	Angewandte Schmerztherapie und Palliativmedizin (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
A&R	Arzneimittel & Recht (Zeitschrift)
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKartA	Bundeskartellamt
BNotO	Bundesnotarordnung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DGP	Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin e. V.

d. h.	das heißt
DHPV	Deutscher Hospiz- und PalliativVerband e. V.
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f.	folgende (Seite etc.)
ff.	folgende (Seiten etc.)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GesR	GesundheitsRecht – Zeitschrift für Arztrecht, Krankenhausrecht, Apotheken- und Arzneimittelrecht
Gesundheits- struktur- gesetz	Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I, S. 2266
GewArch	GEWERBEARCHIV (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
GKV-OrgWG	Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008, BGBl. 2008 I, S. 2426
GKV-VSG	Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.07.2015, BGBl. 2015 I, S. 1211
GKV-WSG	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26.03.2007, BGBl. 2007 I, S. 378
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMG	Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14.11.2003, BGBl. 2003 I, S. 2190
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdB	Handbuch
HHVG	Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG) vom 04.04.2017, BGBl. 2017 I, S. 778
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)

Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG)
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung)
KrV	Kranken- und Pflegeversicherung (Zeitschrift)
LG	Landgericht
LHO BW	Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg vom 19.10.1971, GBl. 1971, 428
lit.	litera (lateinisch: Buchstabe; verwendet für Verweise auf Aufzählungen in Gesetzen)
LSG	Landessozialgericht
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkassen
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDV-RD	Rechtsprechungsdienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e. V.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)
PpSG	Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz – PpSG) vom 11.12.2018, BGBl. 2018 I, S. 2394
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RsDE	Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen
S.	Seite
SAPV	spezialisierte ambulante Palliativversorgung
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB I	Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I) – Allgemeiner Teil
SGB III	Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung
SGB IV	Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV) – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung

SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung
SGB VIII	Sozialgesetzbuch (SGB) Achtes Buch (VIII) – Kinder- und Jugendhilfe
SGB IX	Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen
SGB X	Sozialgesetzbuch (SGB) Zehntes Buch (X) – Sozialverfahrens- und Sozialdatenschutz
SGB XI	Sozialgesetzbuch (SGB) Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH (Teil I) und des EuG (Teil II)
sog.	sogenannt
SozR	Sammlung Sozialrecht (Entscheidungssammlung)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SVHV	Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung
TSVG	Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice- und Versorgungsgesetz – TSVG) vom 06.05.2019, BGBl. 2019 I, S. 646
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeverordnung – Uvgo) – Ausgabe 2017 – vom 02.02.2017, BAnz AT 07.02.2017 B1 (Berichtigung in BAnz AT 08.02.2017 B1)
v.	vom
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung)
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB (Zeitschrift)
WzS	Wege zur Sozialversicherung (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizinrecht
z. T.	zum Teil

Einleitung

A. Problemstellung

Das im SGB V vorgesehene System der gesetzlichen Krankenversicherung, die solidarisch durch Mitglieder und Arbeitgeber finanziert wird (§ 3 SGB V) und die Versicherten im Krankheitsfall grundsätzlich umfassend absichern soll (§ 27 SGB V), war seit jeher Gegenstand von Reformdiskussionen und -gesetzen, die es den wechselnden Rahmenbedingungen anpassen und erkannte Unzulänglichkeiten beseitigen sollten.¹ Verstärkt wurden die Forderungen nach einer grundlegenden Weiterentwicklung des Gesundheitssystems um den Jahrtausendwechsel laut, als einerseits erkannt wurde, dass sowohl der medizinische Fortschritt als auch der demographische Wandel zu massiven Ausgabensteigerungen der gesetzlichen Krankenkassen führen könnten. Gleichzeitig waren andererseits die Einnahmen der gesetzlichen Krankenkassen aufgrund der verschlechterten gesamtwirtschaftlichen Situation rückläufig.² Eine kurzfristige Steigerung der Einnahmen durch (weitere) Beitragssatzerhöhungen kam aus Sicht des Gesetzgebers nicht in Betracht, da entsprechend gesteigerte Lohnnebenkosten die Beschäftigungssituation gefährden könnten,³ was langfristig zu weiter sinkenden Einnahmen führen könnte. Auch quantitative und/oder qualitative Einschränkungen des Anspruchs der Versicherten auf Krankenbehandlung (sog. „Rationierung von Leistungen“), durch die die Leistungsmenge und/oder die Ausgaben für die Einzelleistungen und dadurch auch die Leistungsausgaben der gesetzlichen Krankenkassen insgesamt reduziert würden, wurden „partiübergreifend strikt abgelehnt“⁴. Vielmehr sollte mit den vorhandenen Mitteln die Versorgungsqualität erhalten bzw. sogar gesteigert werden, indem die Mittel effizienter eingesetzt werden.⁵

Um die Effizienz der Leistungserbringung zu steigern, führte der Gesetzgeber in der Vergangenheit vor allem Möglichkeiten des Wettbewerbs zwischen den Leistungserbringern einerseits und den Krankenkassen andererseits ein. Der Wettbewerb zwischen den Krankenkassen⁶ um Mitglieder wurde durch das Kassen-

¹ Penner; Leistungserbringerwettbewerb, S. 23 m.w.N.

² Dazu Gesetzentwurf zum Beitragssatzsicherungsgesetz, BT-Drs. 15/28, S. 1.

³ Gesetzentwurf zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT-Drs. 15/1525, S. 1.

⁴ Gesetzentwurf zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT-Drs. 15/1525, S. 1.

⁵ Gesetzentwurf zum GKV-Modernisierungsgesetz, BT-Drs. 15/1525, S. 1.

⁶ Soweit in dieser Arbeit von „Krankenkassen“ gesprochen wird, sind ausnahmslos gesetzliche Krankenkassen i.S.d. § 4 SGB V gemeint. Die Leistungserbringung im Rahmen der privaten Krankenversicherung ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

wahlrecht, das durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992⁷ in den §§ 173 ff. SGB V verankert wurde, eröffnet.⁸ Grundsätzlich kommen als Differenzierungsmöglichkeiten der Krankenkassen im Wettbewerb um Mitglieder insbesondere ein (unter Berücksichtigung von § 30 Abs. 1 SGB IV⁹ zulässig) erweitertes Leistungsspektrum,¹⁰ eine besonders gute Leistungsqualität und/oder ein günstiger (Zusatz-)Beitragssatz in Frage.¹¹ Voraussetzung für einen Wettbewerb zwischen den Krankenkassen ist dabei jedenfalls, dass sie individuelle Verträge zur Gestaltung der Versorgung mit Leistungserbringern abschließen können.¹² Denn es besteht von vornherein kein Raum für einen Wettbewerb der Krankenkassen um die besten Versorgungsverträge, soweit das SGB V (wie z.B. in den §§ 72 Abs. 2, 82, 83 SGB V für die vertragsärztliche Versorgung) den Abschluss von Kollektivverträgen auf Verbandsebene vorsieht. Der Gesetzgeber erweiterte deshalb in der Vergangenheit, insbesondere mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (i.F. „GKV-WSG“)¹³, die Befugnisse der Krankenkassen zum Abschluss von Einzelverträgen mit Leistungserbringern, um eine „Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Intensivierung des Wettbewerbs auf Kassenseite“¹⁴ zu ermöglichen.

Müssen die Krankenkassen nicht mit allen (geeigneten) Leistungserbringern Versorgungsverträge (zu den gleichen Bedingungen) schließen, sondern dürfen sie einzelnen Leistungserbringern durch Vertragsschluss eine bevorzugte Stellung

⁷ Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I, S. 2266.

⁸ Dazu z.B. Gesetzentwurf zum GKV-VSG, BT-Drs. 18/4095, S. 127; *Becker/Schweitzer*, Wettbewerb im Gesundheitswesen, B 18.

⁹ Zur Bedeutung des § 30 SGB IV unten Kap. 2 A. I.

¹⁰ Zu diesem Zweck wurde § 11 Abs. 6 SGB V eingeführt, vgl. den Gesetzentwurf zum GKV-Versorgungsstrukturgesetz, BT-Drs. 17/6906, S. 53.

¹¹ So grundsätzlich auch *Becker/Schweitzer*, Wettbewerb im Gesundheitswesen, B 71 f., die davon ausgehen, dass der Wettbewerb um Mitglieder tatsächlich „ganz vorrangig als reiner Preiswettbewerb“ geführt werde.

¹² Im Ergebnis ebenso *Becker/Schweitzer*, Wettbewerb im Gesundheitswesen, B 18; *Penner*, Leistungserbringerwettbewerb, S. 27 f. Schon das Achtzehnte Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009, BT-Drs. 17/2600, S. 376 f. Rn. 1120 ff., S. 401 Rn. 1221, forderte deshalb eine Ausweitung der Befugnisse der Krankenkassen zum Abschluss von Einzelverträgen mit Leistungserbringern; ebenso das Sondergutachten 75 der Monopolkommission („Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem“), S. 40 ff.

¹³ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26.03.2007, BGBl. 2007 I, S. 378. Das GKV-WSG entwickelte u.a. die hausarztzentrierte Versorgung gemäß § 73b SGB V weiter, stärkte die Arzneimittelrabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V durch die Einführung der Substitutionspflicht der Apotheken gem. § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V und ermöglichte die Ausschreibung von Exklusivvereinbarungen über Hilfsmittel gem. §§ 126, 127 SGB V.

¹⁴ Gesetzentwurf zum GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 1 f.

einräumen, entsteht zwischen den Leistungserbringern ein Wettbewerb um Vertragsbeziehungen mit den Krankenkassen. Dieser Wettbewerb führt im Idealfall dazu, dass die Qualität der Leistungserbringung steigt, während gleichzeitig deren Kosten sinken.¹⁵ Der Gesetzgeber hat dementsprechend die Einführung oder Stärkung von Vertragsschlusskompetenzen der Krankenkassen in der Vergangenheit insbesondere mit (erhofften) Qualitäts- und Effizienzsteigerungen durch eine Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Leistungserbringern begründet. Beispielfhaft seien folgende Formulierungen aus den Begründungen der Gesetzentwürfe zum GKV-Modernisierungsgesetz (i. F. „GMG“)¹⁶, GKV-WSG und GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (i. F. „GKV-VSG“)¹⁷ genannt:

„Ein Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Versorgungsformen beschleunigt zudem Innovationen und ermöglicht es, Effizienzreserven zu erschließen.“¹⁸

„Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Intensivierung des Wettbewerbs auf Seiten der Leistungserbringer z.B. durch mehr Vertragsfreiheit in der ambulanten Versorgung, durch verstärkten Wettbewerb in der Arzneimittelversorgung sowie durch mehr Vertrags- und Preiswettbewerb in der Heil- und Hilfsmittelversorgung.“¹⁹

„Deshalb wird die Arzneimittelversorgung mit diesem Gesetz insgesamt deutlich wettbewerblischer ausgerichtet; damit werden die Effizienz und Qualität der Arzneimittelversorgung weiter erhöht.“²⁰

„Die Neuregelungen zur Hilfsmittelversorgung sollen einen verstärkten Vertrags- und Preiswettbewerb bei gleichzeitiger Erhaltung der Versorgungsqualität fördern. Den Krankenkassen werden erweiterte vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt. Insbesondere durch Ausschreibungen können Einsparungen bei den Leistungsausgaben in relevanter Größenordnung erreicht werden. Die bisherige Zulassung der Leistungserbringer entfällt; künftig soll die Versorgung der Versicherten nur noch durch Vertragspartner der Krankenkassen erfolgen.“²¹

¹⁵ I.E. ebenso das Sondergutachten 75 der Monopolkommission („Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem“), S. 40 ff.

¹⁶ Gesetz zur Modernisierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14.11.2003, BGBl. 2003 I, S. 2190: Mit dem GMG wurden insbesondere die Vertragsschlusskompetenzen der Krankenkassen zur Gestaltung der vertragsärztlichen Versorgung (§§ 73b, 73c SGB V a. F.) eingeführt. Außerdem wurden für die Versorgungsform „Integrierte Versorgung“ gemäß § 140a SGB V Einzelverträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern mit weitergehender Gestaltungsfreiheit ermöglicht.

¹⁷ Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.07.2015, BGBl. 2015 I, S. 1211: Mit dem GKV-VSG wurde insbesondere § 140a SGB V als allgemeine Rechtsgrundlage für den Abschluss von Exklusivvereinbarungen in der vertragsärztlichen sowie sektorenübergreifenden Versorgung ausgestaltet, wobei zugleich die Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner gestärkt werden sollte (BT-Drs. 18/4095, S. 56, 126 f.).

¹⁸ Gesetzentwurf zum GMG, BT-Drs. 15/1525, S. 74.

¹⁹ Gesetzentwurf zum GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 1 f.

²⁰ Gesetzentwurf zum GKV-VSG, BT-Drs. 16/3100, S. 88.

²¹ Gesetzentwurf zum GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 89.