

# Die gesetzliche Krankenversicherung zwischen Sozialrecht, Vergaberecht und Kartellrecht

– der notwendige Weg zu einem Sozialvergaberecht.

*Die „Heimat“ der gesetzlichen Krankenversicherung war bisher das Sozialrecht. Mit der Einführung von Gestaltungsspielräumen für Krankenkassen fordern andere Rechtsgebiete ihren Zugriff auf das bisher geschlossene System. Insbesondere die Vertreter aus den Rechtsgebieten des Vergaberechts und des Kartellrechts drängen auf deren Anwendung auch innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung. Im Folgenden soll dargestellt werden, wie und ob sich die beiden Rechtsgebiete mit dem Sozialrecht vereinbaren lassen und welcher Regelungsbedarf sich daraus ergibt.*

■ Dr. Karl-Heinz Mühlhausen, Frank-Peter Kimmel

## I. Einleitung

Das Sozialrecht befindet sich im Zustand ständiger Erneuerung. Spätestens seit der vorletzten Reform, dem GKV-Modernisierungsgesetz aus dem Jahr 2003 zeichnet sich ab, dass neben dem eigentlich kollektivvertraglichen geprägten Sozialversicherungssystem den Krankenkassen in einzelnen Fällen die Möglichkeit gegeben werden soll, auch eigene Verträge über Versorgungsleistungen abzuschließen. Mit dem GKV-Wettbewerbstärkungsgesetz wurden tendenziell die Möglichkeiten zum selektiven Vertragsschluss für die Krankenkassen ausgeweitet. Allerdings beziehen sich diese Möglichkeiten immer noch auf einen relativ kleinen Teil der Versorgung und die Voraussetzungen und Gestaltungsmöglichkeiten werden vom Gesetzgeber vorgegeben. Dieses noch „zarte Pflänzchen“ von vertraglicher Gestaltungsfreiheit hat dazu geführt, dass die Vertreter des Vergabe- und Kartellrechts sich dazu berufen fühlen, einem aus ihrer Sicht „drohenden Wildwuchs“ vorzubeugen.

---

Dr. Karl-Heinz Mühlhausen  
Leiter des Stabsbereichs Recht und Rechtsanwalt  
AOK-Bundesverband  
Frank-Peter Kimmel, LL. M.  
Stellvertretender Leiter des Stabsbereichs Recht und Rechtsanwalt  
AOK-Bundesverband

Im Folgenden wird dargestellt, ob und wie sich die beiden Rechtsgebiete mit dem Sozialrecht vereinbaren lassen und welcher Regelungsbedarf sich daraus für den Gesetzgeber ergibt.

## II. Vergaberecht

Das Vergaberecht und das Sozialrecht stehen sich dabei keineswegs so unvereinbar gegenüber, wie dies zunächst den Anschein hat. Der grundgesetzliche gewährte Schutz der Leistungserbringer aus Artikel 3 Abs. 1 und Artikel 12 Abs. 1 GG sowie die gesetzliche Verpflichtung der Krankenkasse auf das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 SGB V, § 70 Abs. 1 SGB V) verpflichten die Krankenkassen genau zu den Zielen, deren Erreichung auch Ziel des Vergaberechts ist: Wirtschaftlichkeit, Fairness, Transparenz und Gleichbehandlung.

Dennoch ist unverkennbar, dass eine uneingeschränkte Anwendung des Vergaberechts nicht zu den genannten Zielen führt, sondern teilweise die sozialrechtlichen Regelungen (z. B. das Gebot der engen Zusammenarbeit, § 4 Abs. 3 SGB V) konterkariert. Es besteht also die Aufgabe, das geltende Vergaberecht mit dem Sozialrecht so zu verzahnen, dass die Chancen, die das Vergaberecht bietet, den übergeordneten Zweck des Sozialrechts fördert: Eine

bezahlbare Sozialversicherung und hochwertige Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung.

Im Folgenden werden die Widersprüche und Friktionen zwischen dem Sozialrecht einerseits und dem (Kartell-)Vergaberecht andererseits dargestellt und exemplarisch aufgezeigt, an welchen Stellen durch gesetzgeberische Maßnahmen eine sachgerechte Verzahnung erfolgen kann.

## 1. Grundsätzliche Probleme

Wie bereits einleitend ausgeführt, ist die Zielsetzung des Vergaberechts und des Sozialrechts vereinbar. Die Anwendung des Vergaberechts kann dabei das Ziel des Sozialrechts unterstützen.

Dies wird unter anderem dadurch deutlich, dass zahlreiche gesetzliche Krankenkassen im fiskalischen Bereich die vergaberechtlichen Vorschriften auf freiwilliger Basis anwenden. Die AOK-Gemeinschaft hat beispielsweise im Jahre 2005 mit der Ausschreibung „Multiservicenetz“ eine der vom Vertragsvolumen her größten IT-Ausschreibungen europaweit durchgeführt. Auch die bundesweite Arzneimittel-Rabattausschreibung der AOK-Gemeinschaft war stark vergaberechtlich geprägt, wurde im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht und war somit das bislang transparenteste Verfahren nach § 130a Abs. 8 SGB V (vgl. BT-Drucks. 16/9284, S. 7 f). Der teilweise geäußerte Vorwurf an die Krankenkassen, sie verweigerten sich dem Vergaberecht, trifft somit nicht zu. Dort, wo das Vergaberecht zu wirtschaftlich sinnvollen Ergebnissen führt, wird es bereits heute angewandt; dies lassen nicht zuletzt die zahlreichen Bekanntmachungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ([www.ted.europa.eu](http://www.ted.europa.eu)) erkennen.

Allerdings hat sich gerade im selektiven Vertragswettbewerb – also dem Gebiet, in dem die Anwendung des Vergaberechts neben den fiskalischen Beschaffungen für die Krankenkassen in Frage kommt – gezeigt, dass die vom Gesetzgeber vorgegebenen Vertragskonstruktionen sich nicht mit allen – z. T. wesentlichen – vergaberechtlichen Vorgaben in Übereinstimmung bringen lassen (ausführlicher hierzu: *Bloch/Bruns*, SGB 2007, 645 ff; *Engelmann*, SGB 2008, 133 ff; *Knispel*, GesR 2008, 181 ff). Die einzelnen Vereinbarungstypen, also beispielsweise die Verträge zur integrierten Versorgung (§ 140a Abs. 1 Satz 1 SGB V), zur hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V), zur selektiven Versorgung (§ 73c SGB V), zu den Hilfsmitteln (§ 127 SGB V) und zu den Arzneimittelrabattverträgen (§ 130a Abs. 8 SGB V) sind in ihren Vereinbarungszielen, -durchführungen und -parteien so unterschiedlich, dass eine versorgungsindividuelle Betrachtungsweise unumgänglich ist.

Ein grundsätzliches Problem lässt sich jedoch für alle Leistungserbringerverträge feststellen: Die Gefahr des Missbrauchs des Vergaberechts zur Blockade von Vertragsabschlüssen. Gerade in den komplexen sozialrechtlichen Verfahren lässt es sich selbst bei größtmöglicher Sorgfalt nicht vermeiden, dass Vergaberechtsverstöße geschehen.

Dies gilt umso mehr, wenn die sozialrechtliche Anforderungen den vergaberechtlichen widersprechen. Unrichtigkeiten können in einem förmlichen Vergabeverfahren in der Regel zügig berichtigt werden, wenn daran allseitiges Interesse bestünde. In den meisten Vergabeverfahren ist dies in der Regel der Fall, weil das wirtschaftliche Interesse des beschwerenden Bieters daran ausgerichtet ist, den Zuschlag zu erhalten. Das ist aufgrund der spezifisch geprägten Interessen- und Rechtslage im selektiven Vertragswettbewerb jedoch gerade nicht durchgängig der Fall.

Das Vergaberecht ist in seinem Leitbild danach ausgerichtet, dass der Ausschreibende (der sonst nicht ausschreiben würde) und die Bieter (die sonst nicht bieten würden) des Verfahrens wirtschaftlich nach einem Vertragsabschluss streben. Deshalb kommt im Vergaberecht dem Primärrechtsschutz, also der Rechtsschutz vor Vertragsabschluss, gegenüber dem Sekundärrechtsschutz (also der Frage nach etwaigem Schadensersatz) überragende Bedeutung zu. Diese Grundannahme kann in den sozialrechtlich ausgeschriebenen Vereinbarungen aber gerade nicht vorausgesetzt werden. Bieter in einem solchen Verfahren – seien es nun Leistungserbringer oder Arzneimittelproduzenten – haben meist bereits ohne einen Vertragsabschluss einen Vergütungsanspruch gegenüber der Krankenkasse. So lange beispielsweise kein Arzneimittelrabattvertrag abgeschlossen ist, hat der Arzneimittelproduzent einen Anspruch auf unrabattierte Vergütung. Der in einem Ausschreibungsverfahren unterliegende Arzneimittelproduzent kann also seine Marktposition dadurch erhalten, dass er den Zuschlag verhindert. Jedenfalls verdienen unterlegene Bieter mit jedem Tag, um den der Vertragsabschluss verzögert wird. Eine solche Blockadestrategie kann einzelnen Bietern wirtschaftlich gesehen sogar einen höheren Gewinn als der Abschluss eines Rabattvertrages einbringen. Eine ähnliche Situation ergibt sich in allen Teilen des Leistungserbringerrechts. Der im Sozialrecht verankerte Vorrang der Versorgungssicherheit versetzt damit die Leistungserbringer in eine vergaberechtsunbekannte, außergewöhnlich günstige Position. Der wirtschaftliche Erfolg des Bieters ist nicht vom Zuschlag in der Ausschreibung, sondern u. U. von der Verhinderung eines Zuschlages abhängig. Dies bietet dem Bieter die Möglichkeit, das Vergaberecht und insbesondere den damit verbundenen Primärrechtsschutz als Blockadeinstrument zu nutzen. In der Praxis zeigt sich, dass die Ausschreibungen mit allen verfügbaren Mitteln angegriffen und dadurch zumindest verschleppt werden. Diese Ausnutzung des Vergaberechts stellt einen Missbrauch dar und führt dazu, dass die im Sozialrecht vom Gesetzgeber eingeräumten Mittel nicht genutzt werden können und so der Versichertengemeinschaft Beträge im mehrstelligen Millionenbereich verloren gehen. Diese von der „gewöhnlichen“ Situation abweichende Grundkonstellation im Leistungserbringerrecht ist mit Mitteln des heute geltenden Vergaberechts nicht beizukommen, weil sie nicht vorgesehen ist. Auch die Rechtsprechung konnte diesen grundsätzlichen Konflikt bisher nicht in den Griff bekommen. So hat beispielsweise der Vergaberechtssenat des OLG Düsseldorf, der immer wieder seinen Zuständigkeitsanspruch mit der besonderen

Zügigkeit seiner Entscheidungen begründet, das Zuschlagsverbot in einem Verfahren aus dem Jahr 2007 im Hinblick auf eine anstehende Entscheidung des EuGH auf Antrag verlängert. Die Entscheidung des EuGH wird für das Jahr 2009 erwartet (Oymanns ./ AOK Rheinland/Hamburg, Rs. C – 300/07).

## 2. Probleme mit Einzelnormen des Vergaberechts

Neben dieser grundsätzlichen Problematik hat sich – basierend insbesondere auf der Erfahrung der Arzneimittelrabatt ausschreibungen – in zahlreichen Einzelpunkten gezeigt, dass sich die vergaberechtlichen Vorschriften, insbesondere der VOL/A, nicht ohne weiteres auf sozialrechtliche Ausschreibungen übertragen lassen. Im Folgenden sollen hier einzelne Punkte aufgezeigt werden, die allerdings keineswegs abschließend sind:

### a) Abgrenzung von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen

Es fehlt an einer handhabbaren Definition für die Abgrenzung zwischen Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen. An diesen Unterschied knüpfen sich für das Vergabeverfahren weitreichende Konsequenzen. Bei Dienstleistungsaufträgen im Gesundheitswesen sind die europarechtlichen Anforderungen wesentlich geringer. Sie sind lediglich nach nationalem Recht auszuschreiben. Die europarechtlichen Vorschriften gelten nur sehr eingeschränkt (nur §§ 28a, 8a VOL/A). Das Problem ist, dass bei Leistungserbringerverträgen es sich vorher gar nicht prognostizieren lässt, welcher Dienstleistungsanteil in ihnen steckt. Die Gewichtigkeit der Liefer- und Dienstleistungskomponenten hängt vom konkreten Versorgungsverlauf und den Bedürfnissen des individuellen Versicherten ab. Da aber gemäß § 99 Abs. 6 GWB der Dienstleistungsanteil vor der Ausschreibung zu schätzen ist, wären die Krankenkassen vorsorglich dazu verpflichtet, europaweit auszuschreiben. Dies gilt auch dann, wenn absehbar ist, dass dies wahrscheinlich wegen des hohen Dienstleistungsanteils nicht erforderlich wäre. Eine Lösung dieses Problems wäre, wenn der Gesetzgeber bereits festlegt, ob der Dienstleistungs- oder Liefercharakter bei den jeweils auszuschreibenden Vereinbarungen überwiegt.

### b) Preisanpassungsklausel

Klauseln, die den Bieter verpflichten, den Preis während der Vertragslaufzeit an die Marktpreisentwicklung anzupassen, werden in der Rechtsprechung zum Vergaberecht häufig als unzulässig angesehen. Diese werden als ungewöhnliches Wagnis eingestuft, weil dem Bieter durch eine solche Klausel die Kalkulationssicherheit genommen wird, da der Preis dann von ihm nicht beeinflussbaren Faktoren unterliegt. Eine solche Absicht lässt sich mit dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck der sozialrechtlichen Vereinbarung, einer wirtschaftlichen Versorgung, nicht in

Übereinstimmung bringen. Der Sinn beispielsweise einer Rabattvereinbarung für Arzneimittel besteht gerade darin, eine wirtschaftlich günstigere Arzneimittelversorgung zu erzielen. Wäre die Krankenkasse gezwungen, im Falle einer Marktpreissenkung an dem zwar rabattierten, aber höherpreisigen Arzneimittel festzuhalten, wäre der Sinn der Rabattvereinbarung auf den Kopf gestellt, zumal der Arzneimittelhersteller den Marktpreis hätte nachvollziehen müssen, um sein Produkt am Markt zu halten. Eine solche Rechtsprechung ist aber ohne eine gesetzliche Regelung, die ausdrücklich eine Preisanpassungsregelung zulässt, kaum zu verhindern.

### c) Mengenangaben

Eine weitere Unvereinbarkeit besteht bei dem Erfordernis der Mengenangaben. Das Vergaberecht verlangt vom Ausschreibenden entsprechend dem Gebot der erschöpfenden und eindeutigen Mengenleistungsbeschreibung genaue Mengenangaben. Die Mengen werden durch das geltende Sachleistungsprinzip jedoch nicht durch die ausschreibende Krankenkasse bestimmt, sondern dies geschieht durch das ärztliche Ordnungsverhalten, was wiederum regelmäßig von der Morbidität der Versicherten abhängt. Es gibt darüber hinaus auch noch weitere Faktoren, die die Menge beeinflussen. Auf all diese Faktoren haben die Krankenkassen keinen Einfluss. Die gesetzlichen Anforderungen sollten deshalb eine Schätzung der Mengenangaben anhand von Erfahrungswerten ausdrücklich zulassen.

### d) Rahmenvereinbarung

Die meisten Leistungserbringerverträge sind von Gesetzes wegen so ausgestaltet, dass der eigentliche Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag erst mit Abruf des Versicherten entsteht. Auf eine Entscheidung, wie und in welchem Umfang solche Abrufe getätigt werden, hat die Krankenkasse keinen Einfluss. Nach vergaberechtlichen Maßstäben sind solche Leistungserbringerverträge als Rahmenvereinbarungen im Sinne von § 3a Nr. 4 VOL/A zu qualifizieren. Die europäische Richtlinie, auf der diese Vorschrift fußt (Artikel 32 Abs. 2 Unterabsatz 2 RL 2004/18/EG) schreibt hierzu ausdrücklich vor, dass auf der Basis dieser Rahmenverträge nur solche Vertragspartner Verträge abschließen dürfen, die von Beginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind. Die Vorschrift verlangt also, übertragen auf die Leistungserbringerverträge, dass sämtliche Ärzte, Apotheker oder sonstige Leistungserbringer, welche für die Versorgung der Versicherten autonome Entscheidungen treffen, an solchen Rahmenvereinbarungen zu beteiligen sind. Fraglich ist, ob eine solche Beteiligung überhaupt durchgeführt werden kann; der Aufwand stünde jedenfalls in keinem Verhältnis zum erwarteten Nutzen. Erforderlich ist eine gesetzliche Klarstellung, die die entsprechende Beteiligung gesetzlich in einem vertretbaren Maß regelt.



#### e) Gewinner-Exklusivität

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass das Vergaberecht in der Regel nur den Zuschlag für *einen* Bieter kennt, nämlich denjenigen, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Doch der Zuschlag an nur einen Bieter hat aus dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit wesentliche Nachteile: Die Versorgung des Patienten ist abhängig von der Leistungsfähigkeit eines einzigen Bieters. Fällt dieser aus oder hat der Patient – aus welchen Gründen auch immer – kein Vertrauen in die fachliche Kompetenz dieses Anbieters, kann er nicht auf einen anderen zurückgreifen. Gerade bei der Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen können im Einzelfall Bieter Schwierigkeiten haben, die vertraglichen Arzneimittel zeitnah bereitzustellen, was zu erheblichen Verzögerungen bei den Versicherten und den Apotheken führt.

Das Vergaberecht kennt einen Zuschlag an mehrere Bieter nur im Zusammenhang mit Rahmenvereinbarungen (siehe oben). Das Gesetz lässt sogenannte Mehrfachrahmenverträge, also Vereinbarungen mit mehreren Rahmenvertragspartnern, zu. Dies verlangt aber entweder eine Festlegung im Vorhinein, wie sich das Einzelabrufvolumen auf mehrere Vertragspartner verteilt (§ 3a Nr. 4 Abs. 6a VOL/A) oder der Einzelabruf muss ein wettbewerbliches Verfahren für den Einzelabruf initiieren (§ 3a Nr. 4 Abs. 6b VOL/A). Da die ausschreibende Krankenkasse am Einzelabruf nicht beteiligt ist und daher auch die Aufteilung der Absatzmenge nicht bestimmen kann, wäre demnach beispielsweise beim Arzneimittelrabattvertrag der Apotheker zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens bei Abgabe des Medikaments verpflichtet. Dass ein solches Verfahren nicht praktikabel ist, liegt auf der Hand.

Mehrfachvergaben an mehrere Bieter müssen daher im Interesse der Versorgungssicherheit möglich sein.

#### f) Präklusion

Die Präklusionsvorschriften des § 107 Abs. 3 GWB und die darauf basierende Vergaberechtsprechung ist insbesondere unter Berücksichtigung des Missbrauchspotentials (siehe unter II.) unzureichend. Eine Präklusionsvorschrift bei sozialrechtlichen Ausschreibungen muss – ähnlich wie in anderen Verwaltungsvorschriften auch – durch eine frühzeitige Rügeobliegenheit der Bieter gekennzeichnet sein, so dass das Aufsparen von Beschwerdegründen bis zum Ende des Vergabeverfahrens nicht möglich ist.

#### g) Eignungsnachweise

Das Vergaberecht setzt eine strenge Prüfung der Eignung der Bieter voraus (§ 7a Nr. 3 VOL/A). Aus der Praxis heraus stellt der formale Nachweis der Zuverlässigkeit eine Hürde ausgerechnet für kleine und mittlere Leistungserbringer dar. Anders, als die häufig verlautbarten Pressemitteilungen vermuten lassen, bietet insbesondere hier das Vergaberecht einen einseitigen Vorteil für größere

Unternehmen, die entsprechende Fachkräfte beschäftigen. Ein fehlender Eignungsnachweis führt – selbst wenn die Zuverlässigkeit des Unternehmens seit Jahrzehnten bekannt ist – zwingend gemäß § 25 VOL/A zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Hier ist es erforderlich, weitere Regelungen für kleinere, bekannt zuverlässige Leistungserbringer vorzusehen.

#### h) Regionallosbildung

Während die Begrenzung auf Bieter einer bestimmten Region unzulässig ist, verlangt das Vergaberecht gemäß § 5 VOL/A nach Möglichkeit die Aufteilung nach Losen. Gegen diese unter dem Gesichtspunkt der Mittelstandsförderung eingeführte Regelung ist so lange nichts einzuwenden, soweit sie mit dem Versorgungsscharakter vereinbar ist. Die Vorschrift lässt jedoch unklar, wie die Aufteilung der Lose vorzunehmen ist. Die Rechtsprechung zu den Arzneimittelrabattverträgen hat gezeigt, dass hier eine Konkretisierung erforderlich ist. Obwohl in § 130a Abs. 8 SGB V ausdrücklich die kollektive Ausschreibung als Möglichkeit gesetzlich vorgesehen ist, wird diese gesetzgeberische Möglichkeit, Synergieeffekte auszuschöpfen, durch die Pflicht zur Regionallosbildung aufgehoben. Es kann nicht richtig sein, dass die Auslegung vergaberechtlicher Vorgaben dazu führt, dass vom Gesetzgeber vorgegebene Möglichkeiten abgeschnitten werden. Eine Konkretisierung ist daher für eine rechtssichere Ausschreibung erforderlich.

### 3. Rechtsweg

Von der Frage der Anwendbarkeit des materiellen Vergaberechts ist die Frage des Rechtsweges zu trennen. Hier geht es konkret um die Frage, wer über die Vergabe und etwaige Verletzungen von Ausschreibungen entscheiden soll. Im Unterschied zu den oben aufgeführten Unwägbarkeiten hat hier der Gesetzgeber die Zuständigkeit zu Gunsten der Sozialgerichte explizit geregelt (§ 69 SGB V i.V.m. § 51 SGG). Trotz dieser Gesetzeslage ist ausgerechnet bei den Arzneimittelrabattverträgen die Rechtswegzuständigkeit in Streit geraten. Dies ist insbesondere deshalb erstaunlich, weil der Gesetzgeber die Rechtswegzuweisung für Arzneimittelrabattvereinbarungen ausdrücklich in § 130a Abs. 9 SGB V ins Gesetz aufgenommen hat. Das BSG hat mit seiner Entscheidung vom 22.04.2008, B 1 SF1/08, ausdrücklich bestätigt, dass die Zuständigkeit der Sozialgerichte gegeben ist. Im Beschluss vom 15.07.2008 hat der 10. Zivilsenat des BGH, X ZB 17/08, allerdings in einem obiter dictum die Sozialgerichte bei sofortigen Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammern als unzuständig angesehen. Die Ausführungen waren im Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich, aber dem BGH liegen noch weitere Divergenzvorlagen zur Entscheidung vor. Vom Gesetzgeber kann eigentlich nicht mehr verlangt werden, als den Rechtsweg im Gesetz festzuschreiben, dennoch besteht nach dem Beschluss des BGH gesetzgeberischer Klarstellungsbedarf.

Eine Spezialzuständigkeit der Vergabesenate des OLG, also des zivilrechtlichen Rechtswegs, ist dabei auch nicht sachgerecht. Sie würde zu einer Rechtswegzersplitterung führen. Rechtstreitigkeiten können sich nicht lediglich aus der Beziehung zwischen Bieter und Ausschreibenden in Bezug auf die ausgeschriebene Vereinbarung ergeben. Anders als in anderen Rechtsbereichen kommen hierbei noch eine Vielzahl von weiteren Beschwerdeführern in Betracht, die gegen eine solche Vereinbarung den Rechtsweg suchen könnten. Dies könnten insbesondere Versicherte, die sich durch die Vertragsvereinbarungen in ihren Rechten verletzt sehen sowie andere Leistungserbringer sein. Die Folge einer Spezialzuständigkeit für die Vergaberechtstreitigkeiten würde bedeuten, dass die Vertragsvergabe vor mehreren Gerichten in mehreren Rechtswegen anhängig gemacht werden könnte. Auch europarechtliche Vorgaben sprechen nicht gegen die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit, denn die europarechtlichen Vorgaben, insbesondere die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG in der Fassung vom 11.07.2007 – RL 2007/66/EG steht einer Zuständigkeit nicht entgegen. Es ist eben nicht so, dass jedwede Anwendung des europäischen Vergaberechts außerhalb des GWB europarechtswidrig wäre (so zutreffend: OLG Rostock, Beschluss vom 13.07.2008 – 17 Verg 4/07). Die Befassung der Sozialgerichte mit der gerichtlichen Kontrolle genügt europarechtlichen Vorgaben. Diese fordern nicht zwingend die Institution und das Verfahren nach §§ 102 ff. GWB (so auch LSG Ba-Wü, Beschluss vom 27.02.2007, L 5 KR 6123/07). Die Richtlinien sehen auch keine Nachverfahren vor bestimmten Nachprüfungsstellen vor. So ist insbesondere nicht ausgeschlossen, dass für verschiedene Sachverhalte unterschiedliche Nachprüfungsstellen zuständig sind. Damit sind die europarechtlichen Vorgaben im sozialrechtlichen Rechtsschutz umsetzbar. Es können gemäß § 86b SGG insbesondere die Anforderungen des Artikel 2 der Richtlinie RL 89/665/EWG umgesetzt werden, dass so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden müssen. Unzutreffend ist insoweit auch die ständig wiederholte Auffassung, dass im sozialgerichtlichen Eilverfahren eine sehr zeitnahe Entscheidung des Sozialgerichts auf Grund der erforderlichen Interessenabwägung in Frage gestellt sei. Die Vorschriften des SGG im einstweiligen Rechtsschutz berücksichtigen insoweit gerade die weit höheren Anforderungen in sozialrechtlichen Verfahren. Dies ist erforderlich, da der alleinige Maßstab der Gleichbehandlung im Liefer- und Warenverkehr in Anbetracht der existentiellen Bedeutung der medizinischen Versorgungssicherheit nicht ausreichend ist.

Im Ergebnis sprechen daher die gewichtigeren Gründe für den Sozialrechtsweg. Dies hat der Gesetzgeber in seinen gesetzlichen Regelungen bereits vorgesehen. Dass dennoch zahlreiche Vergaberechtler sozialrechtliche Strukturentscheidungen des Gesetzgebers ausblenden wollen, dürfte weniger an der an sich klaren Rechtslage liegen, sondern eher daran – wie in der Literatur formuliert (vgl. Kingreen, SGB 2008, S. 437 ff.) – dass „ein pubertierendes Mitglied der Rechtsordnung, das altersmäßig gerade eine rechtspolitische

und rechtswissenschaftliche Selbstfindung durchlebt, mit einem gewissen Rigorismus vorhandene Strukturen in Frage stellt“.

Und dennoch ist auch hier die Frage zu stellen, ob sich nicht durch die zu erwartende Vielzahl sozialrechtlicher Ausschreibungen auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht Anpassungsbedarf ergibt.

Unter Berücksichtigung der oben aufgeführten Gesichtspunkte ist zu erwägen, ob bei den Sozialgerichten nicht für die sozialgerichtliche Ausschreibung Spezialsenate bei den LSG gebildet werden sollten. Zusätzlich wäre auch der in der Richtlinie 2007/66/EG nunmehr geforderte Suspensiv-effekt gesetzlich abzubilden.

Schließlich könnte erwogen werden – was das BSG in seinem Beschluss vom 22.04.2008 (B 1 SF 1/08) für möglich hält – ob nicht eine Kombination aus vorgeschalteten Vergabekammern und einem Rechtsweg zu den Sozialgerichten, einen sinnvollen Kompromiss darstellt.

### III. Kartellrecht

Im Zuge der Einführung des Vergaberechts wird auch immer wieder die Einführung des Kartellrechts gefordert. Diese Diskussion ist deshalb erstaunlich, weil die beiden Rechtsgebiete mit Ausnahme der ähnlichen Begrifflichkeit und der von Anfang an umstrittenen Tatsache, dass das Vergaberecht an das GWB angefügt worden ist, wenig miteinander zu tun haben. Ihre Regelungsansätze sind konträr.

Beim Vergaberecht geht es im Kern geht darum, dass öffentlichen Auftraggebern, die einer staatlichen Finanzierung unterliegen, gerade unter Ausschluss der Vertragsabschlussfreiheit ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren vorgeschrieben wird. Die Begründung dafür ist, dass die staatlich finanzierten Auftraggeber die Konsequenzen eines nicht wettbewerbsgerechten Verhaltens nicht selbst tragen müssen, sondern letztendlich die Steuerzahler ausgleichen müssen. Vergaberecht simuliert insofern einen sonst nicht vorhandenen Wettbewerb.

Das Kartellrecht geht im Unterschied zum Vergaberecht zunächst von bestehendem Wettbewerb und wettbewerbsfähig agierenden Unternehmen aus, die frei in der Wahl ihrer Vertragspartner sind. Ob ein Unternehmen sich als Vertragspartner denjenigen herausucht, der das wirtschaftlichste Angebot abgibt, oder aber den Vertrag lieber mit dem Schwager oder nach Mitgliedschaft in einem Golfclub abschließt, steht den Unternehmen grundsätzlich frei. Nach der Wettbewerbstheorie werden die Unternehmen, die sich zu wenig wirtschaftlich verhalten, von wirtschaftlicheren Wettbewerbern verdrängt. Eine Handlungs- bzw. Regelungsnotwendigkeit des Staates ist hierfür nicht erforderlich. Der Regelungsbereich des Kartellrechts ist deshalb erst dann eröffnet, wenn das grundsätzlich freie Unternehmen so mächtig wird, dass es den Wettbewerb an sich stark beschränken oder ausschalten kann. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn das Unternehmen den Markt beherrscht oder sich mit anderen Unternehmen

zusammenschließt, um den Wettbewerb einzuschränken. Für diesen Zweck wurde das Kartellrecht geschaffen.

Eine Anwendung des Kartellrechts ist also immer dann begründet, wenn es sich um Unternehmen handelt, für die Vertragsfreiheit besteht. Der EuGH hat bereits entschieden, dass es sich bei gesetzlichen Krankenkassen nicht um Unternehmen handelt (vgl. EuGH, Rs. C-264/01 „AOK-Bundesverband“ und wohl auch Rs. C-205/03 „Fenin“). Die Krankenkassen sind nicht frei in ihrer Vertragsgestaltung. Sie sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts an ihre gesetzlichen Aufgaben gebunden und stehen unter Rechtsaufsicht. Die Leistungserbringer genießen gegenüber Handlungen der Krankenkassen Grundrechtsschutz. Insbesondere durch den Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) sind die Rechte der Leistungserbringer und auch möglicher anderer Betroffener geschützt, ohne dass es auf die Frage der Marktbeherrschung ankäme. Jede Handlungsweise, die einen Leistungserbringer in seinen subjektiven Rechten verletzt ist, ist gerichtlich angreifbar. Es besteht also im System der gesetzlichen Krankenkassen kein mit dem Regelungszweck des Kartellrechts vergleichbarer Sachverhalt. Dieser Befund wird gerade durch die geplante Einführung des Vergaberechts im selektiven Vertragswettbewerb bestärkt, denn mit der Einführung von Regeln des Vergaberechts wird auch hier klargestellt, dass eine Vertragsabschlussfreiheit für die Krankenkassen nicht besteht – falls sie denn jemals bestanden hätte.

Eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellrechts, also auch der §§ 1 ff. GWB, steht zudem im systemimmanenten Widerspruch zum öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen. Sämtliche Aufgaben, die früher gemeinsam und einheitlich (z. B. nach § 213 SGB V) und heute durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§§ 217a ff SGB V) wahrgenommen werden, stünden unter Kartellrechtsverdacht. Beispielsweise wären Festbetragsfestsetzungen und die Erstellung eines Hilfsmittelverzeichnisses als kartellrechtswidrige Absprache untersagt. Solche Wettbewerbs-

beschränkungen und das Gebot der Zusammenarbeit der Krankenkassen sind aber wesentliches Element eines solidarischen Versicherungssystems der gesetzlichen Krankenversicherungen. Wer die Forderung erhebt, das Kartellrecht für die Krankenkassen einzuführen, zielt bewusst oder unbewusst auf ein anderes gesetzliches Krankenversicherungssystem ab.

## VI. Ergebnis

In der Gesamtbetrachtung lässt sich also feststellen, dass ein grundsätzlicher Widerspruch zwischen dem sozialgesetzlichen Krankenversicherungssystem und dem Vergaberecht nicht besteht. Die Konfliktlinie besteht erkennbar darin, dass bisher das Verhältnis zwischen Vergaberecht und Sozialversicherungsrecht nicht geregelt ist. Insbesondere besteht Regelungsbedarf, welches Rechtsregime bei widersprüchlichen Anforderungen Vorrang hat. Hier ist der Gesetzgeber gefordert. Keinesfalls ausreichend sind Normen, die lediglich die „entsprechende“ Anwendung von Rechtsnormen aus anderen Rechtsgebieten anordnen. Der Gesetzgeber sollte anhand – insbesondere der oben aufgezeichneten Punkte – materiellrechtliche Lösungen entwickeln, die zu den gesetzlich vorgesehenen Vertragsarten im SGB passen. Dabei sollte der Aufgabe einer wirtschaftlichen Gesundheitsversorgung der Bevölkerung entsprechender Vorrang eingeräumt werden gegenüber den Anforderungen eines – in vielen Punkten sicherlich sinnvollen, aber im Kern – formalistischen Prinzips.

Wer hingegen neben der Einführung des Vergaberechts auch noch die Anwendung des Kartellrechts fordert, der begibt sich in einen Wertungswiderspruch. Zwar sind beide Regelungskonzepte im GWB vereint, allerdings für unterschiedliche Anwendungsbereiche konzipiert. Befürworter einer Anwendung kartellrechtlicher Reglementierung sprechen sich in letzter Konsequenz für ein völlig anderes System der gesetzlichen Krankenversicherung aus.



# Der Bürgerkommentar

## Grundgesetz

### Bürgerkommentar

Von PD Dr. Christof Gramm  
und Prof. Dr. Stefan Ulrich Pieper

2008, 352 S., brosch., 19,90 €,

ISBN 978-3-8329-2978-7



Nomos

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 | [www.nomos.de](http://www.nomos.de) | [sabine.horn@nomos.de](mailto:sabine.horn@nomos.de)