

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

<b>Einleitung</b>	17
A. Problemstellung .....	17
B. Gang der Untersuchung .....	21
 <i>Kapitel 1</i>	
<b>Grundlagen</b>	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*

<b>Rechtliche Maßstäbe für die Zulässigkeit von Exklusivvereinbarungen</b>	<b>42</b>
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*

<b>Exklusivvereinbarungen über Sach- und Dienstleistungen des SGB V</b> .....	<b>140</b>
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 häusliche 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 Exklusivvereinbarungen .....	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
<b>Ergebnis und Ausblick .....</b>	<b>248</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>256</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>263</b>

## 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
BGBL.	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.
DVBl.	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
Gesundheitsstrukturgesetz	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) – Sozialverfahren 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Eine kurzfristige Steigerung der Einnahmen durch (weitere) Beitragssatzerhöhungen kam aus Sicht des Gesetzgebers nicht in Betracht, da entsprechend gesteigerte Lohnnebenkosten die Beschäftigungssituation gefährden könnten,<sup>3</sup> 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 „parteiübergreifend strikt abgelehnt“<sup>4</sup>. Vielmehr sollte mit den vorhandenen Mitteln die Versorgungsqualität erhalten bzw. sogar gesteigert werden, indem die Mittel effizienter eingesetzt werden.<sup>5</sup>

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 Krankenkassen<sup>6</sup> um Mitglieder wurde durch das Kassen-

---

<sup>1</sup> Penner; Leistungserbringerwettbewerb, S. 23 m.w.N.

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

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

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

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

<sup>6</sup> 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.

wahrscheinlich, das durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992<sup>7</sup> in den §§ 173 ff. SGB V verankert wurde, eröffnet.<sup>8</sup> Grundsätzlich kommen als Differenzierungsmöglichkeiten der Krankenkassen im Wettbewerb um Mitglieder insbesondere ein (unter Berücksichtigung von § 30 Abs. 1 SGB IV<sup>9</sup> zulässig) erweitertes Leistungsspektrum,<sup>10</sup> eine besonders gute Leistungsqualität und/oder ein günstiger (Zusatz-)Beitragssatz in Frage.<sup>11</sup> Voraussetzung für einen Wettbewerb zwischen den Krankenkassen ist dabei jedenfalls, dass sie individuelle Verträge zur Gestaltung der Versorgung mit Leistungserbringern abschließen können.<sup>12</sup> 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“)<sup>13</sup>, die Befugnisse der Krankenkassen zum Abschluss von Einzelverträgen mit Leistungserbringern, um eine „Qualitäts- und Effizienzsteigerung durch Intensivierung des Wettbewerbs auf Kassenseite“<sup>14</sup> 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

---

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

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

<sup>9</sup> Zur Bedeutung des § 30 SGB IV unten Kap. 2 A. I.

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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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. Beispielhaft seien folgende Formulierungen aus den Begründungen der Gesetzentwürfe zum GKV-Modernisierungsgesetz (i. F. „GMG“)<sup>16</sup>, GKV-WSG und GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (i. F. „GKV-VSG“)<sup>17</sup> genannt:

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

„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.“<sup>19</sup>

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

„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.“<sup>21</sup>

---

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

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.).

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

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

<sup>20</sup> Gesetzentwurf zum GKV-WSG, BT-Drs. 16/3100, S. 88.

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