

# Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung

Die „Faszination Vertragswettbewerb<sup>1</sup>“ kennt keine Grenzen. Dies gilt in besonderer Weise für die Integrierte Versorgung. Die gleichsam grenz- und sektorenübergreifende<sup>2</sup> Gesundheitsversorgung erweist sich auch für ausländische Leistungserbringer als attraktives Tätigkeitsfeld. Andere zur Beteiligung (z.B. auch an Managementgesellschaften) bereite EU-ausländische Akteure bzw. Pharmaunternehmen werden ebenfalls angesprochen, letztere besonders mit Blick auf „verbundene IV-Rabattvertragsgeschäfte“, vgl. § 140a Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 130a Abs. 8 SGB V. Der wettbewerbsorientierte, zunächst sozialrechtlich determinierte Handlungsspielraum in Form der Wahl der Vertragspartner und der Gestaltungsfreiheit ist nachfolgend im Kontext der primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu würdigen.

## ■ Markus Sichert

### 1. Einführung

Dass das europäische Gemeinschaftsrecht für die grenzüberschreitende Erbringung und Inanspruchnahme der Gesundheitsversorgung eine wichtige Rolle spielt, ist evident. Der durch die Rechtsprechung des *EuGH* zu den Grundfreiheiten maßgeblich konturierten<sup>3</sup> Einflußnahme des Gemeinschaftsrechts trägt das Sozialrecht – wenn gleich weithin deklaratorisch – mittlerweile ausdrücklich Rechnung, sowohl im Leistungsrecht (vgl. § 13 Abs. 4 und 5 SGB V) als auch im Leistungserbringungsrecht (vgl. § 140e SGB V).

Bekanntermaßen ruft überdies das auf das Hoheitsgebiet eines Staates beschränkte Handeln europäisches Wettbewerbsrecht auf den Plan, wenn trotz geographischer Begrenzung die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns zu besorgen ist.

Nicht allein, aber vor allem in der Perspektive des Gemeinschaftsrechts ist selektivvertragliches Handeln im Wege der Integrierten Versorgung Teil eines Gesundheitsmarktes im Binnenmarkt. Demgemäß geht es dem europäischen Gemeinschaftsrecht vor allem um die Realisierung des Binnenmarktes, insbesondere mit Blick auf die Grundfreiheiten (vgl. Art. 3 lit. a und c EGV), sowie um den Schutz des Wettbewerbs innerhalb diese Marktes vor Verfälschungen (Art. 3 lit. g EGV).

Nachfolgend sollen zunächst Möglichkeiten IV-spezifischer Konzeptionen grenzüberschreitender Leistungserbringung (2.) und anschließend das Steuerungspotential sowie der Kontrollbedarf im Hinblick auf denkbare Wettbewerbsbeziehungen verdeutlicht werden (3.). Im Blickpunkt einer kurzen Betrachtung der sekundärrechtlichen

Vorgaben für Integrierte Versorgung (4.) stehen anschließend berufsbezogene Harmonisierungs- bzw. Koordinierungsrichtlinien und das Vergaberecht. Auch die primärrechtlichen Vorgaben (5.) lassen sich – vor allem für den Maßstab der Grundfreiheiten – nur skizzieren. Bezogen auf die Lenkungsfunction des Wettbewerbsrechts für marktformiges Handeln rückt überdies die Position der Krankenkassen als (möglicherweise) unternehmerisch agierender Selektivvertragspartner in den Vordergrund.

### 2. IV-spezifische Konzeptionen grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung

Bildet die Integrierte Versorgung im Rahmen grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung den Gegenstand der Betrachtung, geht es in erster Linie um die Einbeziehung EU-ausländischer Leistungserbringer in das vertraglich gefasste Versorgungskonzept. Vorstellbar ist z.B., im grenznahen Raum ein EU-ausländisches Krankenhaus einzubinden, das für ein Vertragskonzept, welches ein diagnosespezifisch ausgerichtetes Care-Management verfolgt, aus finanziellen und/oder aus Gründen der Qualität der Versorgung vorzugswürdig geeignet erscheint.

Einem solchen Ansinnen entsprechend dürfen Krankenkassen gem. § 140e SGB V zur Versorgung ihrer Versicherten Verträge mit Leistungserbringern in Staaten abschließen, in denen die VO (EWG) 1408/71 anzuwenden ist. Bei „Verträgen nach § 140e SGB V“ handelt es sich allerdings nicht um einen spezifischen Vertragstypus, sondern vielmehr um eine im Lichte der Grundfreiheiten z.T. deklaratorische, z.T. hinsichtlich der Anforderungen an die Leistungserbringer und der zu beachtenden leistungsrechtlichen Vorschriften ergänzende Rechtsgrundlage für unterschiedlichste Versorgungsverträge mit ausländischen Leistungserbringern. Die Vorschrift ist in erster Linie Reaktion auf die Rspr. des *EuGH* im Bereich leistungsrechtlicher Versorgungsstrukturen,<sup>4</sup> ermöglicht

Dr. Markus Sichert, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

vor allem die Einbindung EU-ausländischer Leistungserbringer in das Sachleistungsprinzip<sup>5</sup> sowie allgemein die im Lichte der Grundfreiheiten geforderte Einbindung in Vertragsstrukturen nach dem Recht der Leistungserbringung.

Speziell im Verhältnis Deutschlands zu Frankreich wird „die Zusammenarbeit zwischen im Grenzgebiet befindlichen Strukturen und Einrichtungen des Gesundheitswesens, die dort angesiedelt oder Teil eines in diesem Gebiet tätigen Netzwerks sind“,<sup>6</sup> durch Kooperationsvereinbarungen der zuständigen Stellen<sup>7</sup> befördert. Dies geschieht in Anwendung eines für diese Zusammenarbeit maßgeblichen Rahmenabkommens der beiden Regierungen. Die Zustimmung zu diesem Rahmenabkommen per Bundesgesetz erfolgte Ende des Jahres 2006.<sup>8</sup>

Als weitere Facette „europäischer Integration“ ist die Möglichkeit der – medizinischen – „integrierten Rehabilitation“<sup>9</sup> im EU-Ausland, d.h. der vertraglichen Fixierung einer grenzüberschreitenden Erbringung und Inanspruchnahme medizinischer Rehabilitationsleistungen<sup>10</sup> im Wege der integrierten Versorgung<sup>11</sup> hervorzuheben. Hier eröffnen sich oftmals Probleme der Qualitätssicherung (vgl. § 13 Abs. 4 S. 2 SGB V)<sup>12</sup> und Fragen der Ausübung des Ermessens im Rahmen des Genehmigungsvorbehaltes (vgl. § 40 SGB V).<sup>13</sup> Geht man in diesem Zusammenhang davon aus, dass „ambulante und stationäre Versorgung mit Leistungen der medizinischen Rehabilitation“ zusammen einen Leistungssektor bilden,<sup>14</sup> überzeugt dies allenfalls als nicht intendierte Privilegierung allein der Zusammenarbeit zwischen den Erbringern ambulanter und stationärer Leistungen der medizinischen Rehabilitation,<sup>15</sup> nicht aber als Verbot etwa der Integration nur des stationären „Reha-Sektors“ in ein Vertragsmodell, dass über den Bereich der Rehabilitation hinaus auch die (eigentliche) Krankenhausbehandlung einschließt. Überdies ist zu beachten, dass der Rehabilitationssektor nur in bezug auf die Trägerschaft der gesetzlichen Krankenkassen erfaßt ist,<sup>16</sup> unbeschadet der nunmehr möglichen Überwindung der Schnittstelle zur Pflegeversicherung und der seit dem GKV-WSG entsprechend zulässigen Vertragspartnerschaft der Pflegekassen und zugelassenen Pflegeeinrichtungen, § 140b Abs. 1 Nr. 5 SGB V, § 92b Abs. 1 SGB XI.<sup>17</sup>

Auch EU-ausländische (Versand-)Apotheken sind attraktive Partner im Rahmen der Integrierten Versorgung. Unbeschadet des Streits, ob die Einbindung der Apotheken und damit die „Integration des Arzneimittelbereichs“ allein zum Sektorenübertritt führt<sup>18</sup> bzw. ob Apotheken als „nach diesem Kapitel zur Versorgung der Versicherten berechnete Leistungserbringer“ i.S.d. § 140b Abs. 1 Nr. 1 SGB V gelten,<sup>19</sup> sind und bleiben die Apotheken nach § 129 Abs. 5b SGB V jedenfalls zur Teilnahme an Integrationsverträgen berechnete.<sup>20</sup> Im Gegensatz zu inländischen Apotheken, deren Integrationsbeitrag oft in optimierten Kundengesprächen oder einer spezifischen Beratungsleistung liegt,<sup>21</sup> sind EU-ausländische Versandapotheken wegen der durch sie gewährten – hinsichtlich der Zulässigkeit rechtlich umstrittenen<sup>22</sup> – Ra-

batte<sup>23</sup> als Leistungserbringer<sup>24</sup> attraktiv. Versorgungsspezifisch und auf der Grundlage eines zur Durchführung eines strukturierten Behandlungsprogramms z.B. für Diabetes mellitus Typ 2 geschlossenen IV-Vertrages (vgl. § 137g Abs. 1 S. 1 SGB V) käme etwa der Wirkbereich als Diabetes-Fachversand in Betracht.

Gleichfalls interessante Fragen schließlich ergäben sich – wiederum mit Blick auf die Grundfreiheiten – auch in Anbetracht möglicher Beteiligungen ausländischer Unternehmen an Managementgesellschaften, die ihrerseits – ohne Leistungserbringer zu sein – eine Integrierte Versorgung anbieten können (§ 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V).

### 3. Wettbewerbsbeziehungen im Rahmen der Integrierten Versorgung

Vor diesem Hintergrund bedürfen die Wettbewerbsbeziehungen im Rahmen der Integrierten Versorgung einer kurzen Würdigung, um die Felder für den Einsatz normativer Steuerungswirkung des Gemeinschaftsrechts – sei es den Markt eröffnend oder wettbewerbliches Verhalten kontrollierend – sichtbar zu machen.

So konkurrieren Leistungserbringer direkt um (exklusive) Vertragspartnerschaften mit den Krankenkassen und um entsprechende Konzepte, ebenso wie die Krankenkassen miteinander, hier mit Implikationen für den Mitgliederwettbewerb (vgl. zur Tarifgestaltung § 53 Abs. 3 SGB V). Die Leistungserbringer konkurrieren ferner um die Kooperation mit Managementgesellschaften im Hinblick auf „Einkaufsmodelle“ sowie im Wege der „Binnenkonkurrenz“ vor allem um Kooperationen mit anderen Leistungserbringern betreffend die Bildung von Gemein- und Gesellschaften („Vorab-Integration“). Demgemäß konkurrieren Gemeinschaften von Leistungserbringern auch mit potenten einzelnen Leistungserbringern sowie untereinander und schließlich ggf. im Verhältnis zu Managementgesellschaften, die – theoretisch – ihrerseits miteinander konkurrieren.

### 4. Sekundärrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung

#### 4.1. Allgemeines

Das geltende Sekundärrecht, welches unbeschadet seiner Vereinbarkeit mit Primärrecht oftmals *leges speciales* normiert,<sup>25</sup> ordnet die vorgenannten Beziehungen vor allem unter zwei Gesichtspunkten: Harmonisierungs- bzw. Koordinierungsrichtlinien dienen der Erleichterung der Freizügigkeit der Träger der Heilberufe, beinhalten zugleich aber wichtige Vorgaben zur Sicherung der Strukturqualität. Den „Einkaufsbezug“ im Rahmen der leistungsspezifischen Vertragsgestaltung zur Versorgung der Versicherten mit Leistungen im Rahmen der Integrierten Versorgung haben überdies die sekundärrechtlichen Vorgaben des europäischen Vergaberechts im Blick, auch wenn hier vieles strittig ist.

Bevor auf beide Aspekte etwas näher einzugehen ist, sei darauf hingewiesen, dass die Verdichtung des Integrationsniveaus im Wege „negativer Integration“ – befördert durch die Rechtsprechung des *EuGH* zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in Entscheidungen von *Decker*<sup>26</sup> und *Kohll*<sup>27</sup> über *Smits* und *Peerbooms*<sup>28</sup> sowie *Müller-Fauré und van Riet*<sup>29</sup> bis hin zu *Watts*<sup>30</sup> und *Stamatelaki*<sup>31</sup> – Anlaß zur Diskussion über eine „flankierende“ bzw. „konkretisierende“ sekundärrechtliche Rechtsetzung gibt: Ein sekundärrechtlicher, neuer europäischer Rechtsrahmen<sup>32</sup> für grenzüberschreitende Gesundheitsfürsorge ist seit einiger Zeit Gegenstand der politischen Diskussion sowie (angekündigter) kompilatorischer Bemühungen.<sup>33</sup> Auch und gerade im Zeichen der Rechtsprechung des *EuGH* zu den Grundfreiheiten geht es dabei nach Auffassung der Kommission um die Beseitigung noch bestehender Unsicherheiten, sowie darum, Konkretisierungs- und Informationsbedürfnissen (etwa zu Fragen des Schadensersatzes bei Fehlversorgung, der Sicherstellung angemessener Erstattungen, der Patienteninformationsrechte u.a.) abzuwehren und schließlich die Rechtsprechung transparent zusammenzufassen. Entsprechende Überlegungen, die auf ein durchaus unterschiedliches Echo gestoßen sind, dauern an.

#### 4.2. Harmonisierungs- bzw. Koordinierungsrichtlinien

Bereits § 13 Abs. 4 S. 2 SGB V bringt – aus nationaler Sicht – die Bedeutung und das Bedürfnis der Sicherung vor allem der Strukturqualität zum Ausdruck: „Es dürfen nur solche Leistungserbringer [in Staaten, in denen die VO 1408/71 anzuwenden ist] in Anspruch genommen“, und i.V.m. § 140e SGB V in entsprechende (Leistungs-) Verträge eingebunden „werden, bei denen die Bedingungen des Zugangs und der Ausübung des Berufes Gegenstand einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften sind...“.

Die in Bezug genommenen bisher geltenden Harmonisierungs- und Koordinierungsrichtlinien bezogen sich überwiegend auf einzelne Berufe bzw. Berufsgruppen und galten demnach sektorspezifisch.<sup>34</sup> Frühe Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Vertrags-<sup>35</sup> Arztes (75/262/EWG)<sup>36</sup> sowie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Arztes (RL 75/363/EWG)<sup>37</sup> gingen in der RL 93/16/EWG<sup>38</sup> zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf; auch diese RL 93/16/EWG allerdings stellte, insgesamt gesehen, die (gewichtige) sektorspezifische Ergänzung der RLen 89/48/EWG,<sup>39</sup> 92/51/EWG<sup>40</sup> und schließlich 1999/42/EG<sup>41</sup> dar, welche eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome bzw. beruflicher Fähigkeitsnachweise bzw. entsprechende verfahrensrechtliche Regelungen zum Gegenstand hatten.

All diese v.a. sektoriellen Richtlinien wurden nunmehr durch die RL 2005/36/EG über die Anerkennung von

Berufsqualifikationen<sup>42</sup> ersetzt.<sup>43</sup> Der Fundierung der RL 93/16/EWG entsprechend wird auch die RL 2005/36/EG auf Art. 40, 47 Abs. 2 Abs. S. 1 und 3 sowie Art. 55 EGV gestützt. Gem. ihres Art. 63 Abs. 1 war die RL 2006/36 EG bis spätestens zum 20. Oktober 2007 umzusetzen. Inhaltsbezogen<sup>44</sup> faßt sie Vorschriften mit Bedeutung für die Dienstleistungsfreiheit (Titel II) und vor allem die Niederlassungsfreiheit (Titel III) nebst Bestimmungen zu Modalitäten der Berufsausübung (Titel IV) und solchen betreffend die Verwaltungszusammenarbeit und Durchführungsbefugnisse (Titel V) unter gesonderte Titel. Der Schwerpunkt der Regelungen betrifft den im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit<sup>45</sup> für die IV weniger bedeutsamen Bereich der Niederlassungsfreiheit.<sup>46</sup>

Der allein hinsichtlich der eigentlichen Gesetzesänderungen 70 Seiten starke „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen der Heilberufe“<sup>47</sup> befindet sich nach erster Lesung und Überweisung an die Ausschüsse<sup>48</sup> noch immer<sup>49</sup> im Gang der Gesetzgebung. Er enthält umfangreiche Änderungsbestimmungen u.a. betreffend die Bundes-Apothekerordnung (Art. 1 des Entwurfs), die Approbationsordnung für Apotheker (Art. 2), das Gesetz über das Apothekenwesen (Art. 3), die Bundesärzteordnung (Art. 4), die Approbationsordnung für Ärzte (Art. 5), das Psychotherapeutengesetz (Art. 6), sowie zahlreiche andere Gesetze, gesetzliche Ordnungen und Verordnungen, Art. 7-40.

Bis zur Umsetzung sind mindestens die derzeit in diesen Gesetzen und (Ver-)Ordnungen rezipierten Vorgaben der genannten vorhergehenden Richtlinien (nicht jedoch mehr der bereits zuvor ersetzten 75/262/EWG und 75/363/EWG) maßgeblich, unbeschadet der möglichen Folgen sowie einer (ausnahmsweise und unter besonderen Voraussetzungen unmittelbaren) Wirkung der Richtlinien bei fehlender Umsetzung.

#### 4.3. Vergaberecht: Pflicht zur Ausschreibung von Kooperationsverträgen?

Die Diskussion über die Anwendung des Vergaberechts im Hinblick auf die Ausschreibung von Selektivverträgen durch die Krankenkassen kann an dieser Stelle nur rahmenartig abgebildet werden. Eindeutig jedoch ist, dass § 69 SGB V die Anwendung des Vergaberechts nicht auszuschließen vermag.<sup>50</sup> Dies folgt aus dessen europarechtlicher Prägung und der hiernach i.V.m. dem Anwendungsvorrang<sup>51</sup> des Gemeinschaftsrechts gebotenen gemeinschaftskonformen Auslegung.<sup>52</sup>

Nach allgemeinen Grundsätzen beschaffen Öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren, § 97 Abs. 1 GWB. §§ 97 ff. GWB sind Ausdruck der Umsetzung des v.a. sekundärrechtlich geprägten Vergaberechts der EG. Die aufgrund der Art. 47 Abs. 2, Art. 55 und Art. 95 EGV

ergangene neue Vergaberichtlinie 2004/18/EG wurde insbesondere durch die Änderung<sup>53</sup> der Vergabeverordnung (VgV, vgl. § 97 Abs. 6 GWB) und der hier maßgeblichen Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) 2006 und der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) 2006 umgesetzt.<sup>54</sup> Letztere sind gem. §§ 4 bzw. 5 der VgV anzuwenden, wobei § 9 VOF und § 17a im Abschnitt 2 der VOL/A die europaweite Ausschreibung verlangen. Voraussetzung ist jeweils, dass die Schwellenwerte der Auftragswerte von € 211.000 erreicht werden. Bei Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen allerdings ist eine *europaweite Bekanntmachung* an sich nicht erforderlich.<sup>55</sup> Unbeschadet dessen allerdings bleiben die übrigen Anforderungen und diejenigen nach GWB und VgV unberührt. Auch insoweit müssen u.a. ein transparentes Verfahren und der Grundsatz der Gleichbehandlung gewährleistet sein, vgl. § 97 GWB. Dabei gilt gem. § 101 Abs. 6 S. 1 GWB der Vorrang des offenen Verfahrens.

Findet aber das europäisch geprägte GWB vergaberechtsspezifisch Anwendung, unterliegt strittiger Beurteilung, ob die Krankenkassen (insofern)<sup>56</sup> als öffentliche Auftraggeber agieren<sup>57</sup> und Verträge über Leistungen zur Integrierten Versorgung als öffentliche Aufträge zu qualifizieren sind.<sup>58</sup>

Werden hinsichtlich der ersten Frage sämtliche argumentatorischen Facetten des Aufsichts- und Finanzierungsrechts bemüht, tritt das Europarecht ein wenig in den Hintergrund. Gem. Anhang III, III. 1.1. der Vergaberichtlinie sind – für die Bundesrepublik – unter den relevanten Körperschaften auch Sozialversicherungsträger und speziell Krankenkassen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien solcher Einrichtungen nach Art. 1 Abs. 9 UAbs. 2 der RL 2004/18/EG genannt. Sie sind verzeichnet als „Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die die in Unterabsatz 2 Buchstaben a, b und c genannten Kriterien erfüllen“ (UAbs. 2), und jedenfalls nach strikter Interpretation damit bereits Auftraggeber. Dass dieses Verzeichnis, wenn es nicht konstitutiv sein sollte,<sup>59</sup> auch keine erhebliche indizielle Bedeutung haben soll,<sup>60</sup> vermag schwer zu überzeugen; diese Reduktion liegt jedenfalls auch nicht klar auf der Linie der Rechtsprechung des *EuGH*.<sup>61</sup> UAbs. 2 geht selbst davon aus, dass die Verzeichnisse „nicht erschöpfend“ sind.

Nach dem Gesamtzusammenhang der Regelung kann danach nicht mit einer mangelnden „überwiegenden Finanzierung“ seitens des Staates die Aufnahme in das Verzeichnis als bedeutungslos qualifiziert werden, abgesehen davon, dass das *Steueraufkommen* zur Finanzierung des Gesundheitswesens *stetig erhöht* werden wird.<sup>62</sup> In einem Beschluß vom August 2006 weist die *Vergabekammer* bei der Bezirksregierung Düsseldorf überdies darauf hin, dass es der verpflichtenden Beitragszahlung gleichstünde, „wenn staatliche Stellen – in Form von Steuern o.ä. – die Geldmittel einzögen, um sie dann den Krankenkassen zu übergeben“.<sup>63</sup> Auch die 1. *Vergabekammer* des Bundes beim *Bundeskartellamt* stellt in einem Beschluß vom Mai

2007 das – gesetzlich gesicherte – Recht zur Beitrags-erhebung der unmittelbaren Finanzierung gleich.<sup>64</sup> Die Qualifikation der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber wird darüber hinaus auch vom *Bundesversicherungsamt* geteilt.<sup>65</sup> Unbeschadet dessen legte schließlich das *OLG Düsseldorf* – ebenfalls im Mai 2007 – dem *EuGH* anlässlich einer Fallgestaltung zur integrierten Versorgung (§§ 140a ff. SGB V) diejenigen entscheidenden Fragen zur Auslegung der RL 2004/18/EG vor, welche die intensiv geführte Diskussion um die Auftragsvergabe durch die gesetzlichen Krankenkassen bestimmen (Finanzierung, Aufsicht, Abgrenzung zum Lieferauftrag, Dienstleistungskonzession).<sup>66</sup>

Jedenfalls dann, wenn die Integrierte Versorgung unter Budgetverantwortung eine bevölkerungsbezogene Flächendeckung der Versorgung ermöglichen soll, deren Anschubfinanzierung bei den Leistungserbringern der (alten) Regelversorgung „abgezogen“ wird, sprechen im Lichte der vorgenannten Ausführungen gute Gründe für eine Ausschreibungspflicht.<sup>67</sup> Auch über das eigentliche Verfahren hinaus sind die Konsequenzen für den (Vertrags-)wettbewerb allerdings nicht unerheblich. Dies gilt vor allem mit Blick auf Angebote, welche die Leistungserbringer anderenfalls selbst initiieren könnten, dann mit der Aussicht, durch anschließende exklusive Vertragspartnerschaft entsprechend honoriert zu werden.

## 5. Primärrechtliche Vorgaben für Integrierte Versorgung

Maßstabsfunktion und Anwendung des Primärrechts haben erheblich zur Entwicklung eines Binnenmarktes für Gesundheitsleistungen im Rahmen der europäischen Integration beigetragen. Dies gilt in erster Linie für die Grundfreiheiten (5.1.), allerdings auch für das Wettbewerbsrecht im engeren Sinne, das zunehmend Bedeutung erlangen wird, soweit selektivvertragliches Handeln der Krankenkassen in den Mittelpunkt rückt (5.2.).

Ohne entscheidende Änderungen für die hier interessierende Thematik wird der primärrechtliche Rahmen derzeit neu geordnet: Am 5. Oktober 2007 wurde der Entwurf eines Vertrags zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgestellt<sup>68</sup> (Reformvertrag), der zur Annahme durch die Regierungskonferenz auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs<sup>69</sup> am 18. Oktober 2007 in Lissabon vorgesehen ist. Hinsichtlich der Maßstabsfunktion der hier v.a. interessierenden Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts ergeben sich, sollte der Vertrag in der Form des Entwurfs später in Kraft treten, keine wesentlichen Änderungen, unbeschadet des Protokolls (Nr. 9) über Dienste von allgemeinem Interesse<sup>70</sup> und der grundlegenden Revision des Art. 3 EGV. Die Vorgaben werden allerdings in einen neuen Kontext eingebettet: Gem. Art. 2 Ziff. 2 des Reformvertrages erhält der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft den Titel „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“. Dieser ist, nach dem Entwurf

des Art. 1 Abs. 3 EUV in der Fassung des Reformvertrages, zusammen mit dem Vertrag über die Europäische Union „Grundlage der Union“. „Beide Verträge haben den gleichen rechtlichen Stellenwert. Die Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.“

### 5.1. Grundfreiheiten

In derselben Weise wie der *EuGH* die Integration im Bereich des Binnenmarktes für Gesundheitsleistungen<sup>71</sup> anhand seiner Judikate zu deren grenzüberschreitender Inanspruchnahme am Maßstab der Grundfreiheiten konturiert hat, gelten diese Freiheiten auch für die aktiv tätigen Leistungserbringer. Lag der Schwerpunkt der Betrachtung bis dato oftmals im Bereich der leistungsrechtlichen Beziehungen, weisen zunehmend selektivvertragliche Strukturen in Bereiche wettbewerbsorientierten Handelns der Krankenkassen, das sich durch tendenziell differenziertes, komplexes und zunehmend marktförmiges Tätigwerden auszeichnet. Adressaten der Grundfreiheiten<sup>72</sup> sind damit – als mitgliedstaatliche Einrichtungen, die Hoheitsgewalt ausüben – insbesondere die Sozialversicherungsträger. Darüber hinaus rückt z.B. eine den freien Warenverkehr (Art. 28 EGV) nach bestrittener Auffassung behindernde Auslegung der Erstattungsregelung des § 130a Abs. 1 S. 2 SGB V durch die Sozialgerichte als staatliche Maßnahme in den Vordergrund, die EU-ausländischen Versandapotheken einen Rabatt-Erstattungsanspruch gegenüber pharmazeutischen Herstellern versagt.<sup>73</sup>

Im Zeichen einer Vielzahl denkbarer Fallkonstellation kann es nachfolgend allein darum gehen, einige zentrale Aussagen und Beobachtungen im Zusammenhang mit der Maßstabswirkung der Grundfreiheiten zu verdeutlichen. Naturgemäß steht die Integrierte Versorgung besonders im Blickpunkt, und hier wiederum die Dienstleistungs- bzw. die Warenverkehrsfreiheit.

Wichtig ist dabei zunächst der Hinweis, dass es im Zeichen der Grundfreiheiten nicht zu einer inhaltsorientierten Reduktion der selektivvertraglichen Gestaltungsautonomie kommt, soweit Diskriminierungen und (allgemeine) Beschränkungen,<sup>74</sup> welche die Inanspruchnahme der Freiheiten hindern, ausgeschlossen werden. Mit Blick auf die Rehabilitation im Ausland<sup>75</sup> kann dabei die Problematik, ob § 18 S. 1 SGB IX<sup>76</sup> für die Erbringung von Sachleistungen im Ausland europarechtskonform ausgelegt<sup>77</sup> oder unter Hinweis auf dessen Wortlaut allein ein Verstoß gegen die Warenverkehrs- bzw. Dienstleistungsfreiheit (Art. 28 EGV bzw. Art. 49 EGV) konstatiert werden kann,<sup>78</sup> dahinstehen. Denn im Rahmen der medizinischen Rehabilitation in der Trägerschaft der gesetzlichen Krankenkassen wird § 18 SGB IX gem. § 7 S. 2 SGB IX<sup>79</sup> bzw. § 7 S. 1 SGB IX i.V.m. dem *lex posterior*-Prinzip<sup>80</sup> durch § 13 Abs. 4 und 5 SGB V verdrängt.

§ 13 Abs. 4 und 5 SGB V allerdings sichern allein die Strukturqualität; Aussagen über die Eignung des EU-ausländischen Leistungserbringers zur Erfüllung qualitäts-

orientierter IV-Standards oder Behandlungsleitpfade enthalten diese Bestimmungen nicht. Im Sinne des Selektivvertragsprinzips bleibt deren Auswahl frei, einschließlich möglicher Vereinbarungen über die Qualitätssicherung (vgl. auch § 140b Abs. 3 SGB V). Sie darf im Lichte der Grundfreiheiten allerdings weder offen noch mittelbar diskriminierend erfolgen. In Hinblick auf eine versteckte Diskriminierung etwa hat die Kommission in vergleichbarem Zusammenhang im März 2007 ein Vertragsverletzungsverfahren angestrengt; die Bundesrepublik habe gegen die Verpflichtungen aus der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 und 30 EGV) verstoßen, indem § 14 Abs. 5 und 6 ApoG (auch in der novellierten Fassung) kumulative Anforderungen an einen Arzneimittelversorgungsvertrag stellten, welche die reguläre Versorgung eines Krankenhauses durch Apotheken aus einem andern Mitgliedstaat praktisch unmöglich machten.<sup>81</sup> Unbeschadet einer Rechtfertigung gem. Art. 30 EGV wird der Vorwurf erhoben, dass die Anforderungen der „Versorgung aus einer Hand“ (reguläre Versorgung, Akutversorgung, bedarfsgerechte und in Notfällen unverzügliche Beratung, kontinuierliche Beratung im Hinblick auf eine zweckmäßige und wirtschaftliche Arzneimitteltherapie, Überprüfung der Bevorratung durch den Leiter der Krankenhausapothek) „einem ungeschriebenen und versteckten Regionalprinzip gleichen und somit faktisch die Arzneimittelversorgung aus einem anderen Mitgliedstaat unmöglich macht(en).“<sup>82</sup>

Im übrigen könnte sich die Behinderung von Netzwerk-, Beteiligungs- und Marketingstrukturen mit Blick auf die Einbindung EU-ausländischer Leistungserbringer als problematisch erweisen, vor allem aber umgekehrt deren Berechtigung zur Teilnahme eine Inländerdiskriminierung zur Folge haben, soweit EU-ausländische Leistungserbringer anders als nationale Vertreter der Heilberufe an weniger strenges Berufsrecht gebunden sind<sup>83</sup> und demnach weithin wirtschaftlich tätig sein dürfen, z.B. in Form einer Beteiligung (vgl. Art. 56 Abs. 1 sowie Art. 43 [i.V.m. Art. 48] EGV) an Managementgesellschaften (s. §§ 73c Abs. 3 Nr. 3, 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V).

Hinsichtlich der Modalitäten der Teilnahme ausländischer Leistungserbringer ist ganz allgemein darauf zu achten, dass hier – etwa mit Blick auf die Arzneimittelversorgung und die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) – keine versteckten Diskriminierungen bzw. verbleibende Beschränkungen<sup>84</sup> vorliegen, wobei nach der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung<sup>85</sup> auch Hemmnisse aufgrund unterschiedlos anwendbarer Vorschriften verboten sind und die *Dassonville*-Formel<sup>86</sup> insofern auf unterschiedlos anwendbare Maßnahmen gleicher Wirkung erstreckt wird.<sup>87</sup> In diesem Sinne problematisch etwa sind zahlreiche von Sozialgerichten<sup>88</sup> abgewiesene Klagen,<sup>89</sup> mit denen EU-ausländische Apotheken, speziell Versandapotheken<sup>90</sup>, einen auf § 130a Abs. 1 S. 2 SGB V gestützten Rabatt-Erstattungsanspruch gegenüber pharmazeutischen Herstellern erfolglos geltend gemacht haben. Dabei wird teilweise eine fehlende Einbeziehung der Versandapotheken „in die nach §§ 129 ff. SGB V begründeten Rechts-

beziehungen“, insbesondere in den Rahmenvertrag zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Deutschen Apotheker-Verband attestiert und gleichzeitig darauf hingewiesen, dass es durch einen Selektivvertrag mit Leistungserbringern im Geltungsbereich des EGV nach § 140e SGB V zu einer Einbindung gar nicht kommen könnte<sup>91</sup> oder jedenfalls eine „gleichwertige Teilnahme“ am Sachleistungsprinzip nicht zu erzielen sei.<sup>92</sup> Das würde bedeuten, die Einbeziehung einer ausländischen Versandhandelsapothekes müsste auf dem Beitritt zum Rahmenvertrag basieren, mit zahlreichen über die Einbeziehung in die Versorgung hinausgehenden Konsequenzen. Die dahinter stehende Erwägung ist zu meist die Herstellung der Bindung an die deutsche Arzneimittelpreisverordnung (sofern man diese nicht ohnehin als gegeben und darin keinen Verstoß gegen Art. 28 EGV begründet sieht<sup>93</sup>). Auch unter diesem Gesichtspunkt schließen sich komplexe Fragen<sup>94</sup> an, v.a. ob es nach den Grundsätzen von *Keck* und *Mithouard* mit Blick auf eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ am tatbestandlich geforderten Einfuhrbezug fehlt, soweit der Absatz der inländischen und ausgeführten Arzneimittel rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt wird.<sup>95</sup>

Hier wie in anderen Zusammenhängen – etwa betreffend die Vereinbarkeit des Fremdbesitzverbotes mit Primärrecht<sup>96</sup> – werden Rechtfertigungserwägungen vermehrt im Vordergrund stehen. Bei der Beurteilung aber, ob eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit als ergänzender ungeschriebener Rechtfertigungsgrund im Sinne eines zwingenden Allgemeininteresses<sup>97</sup> oder aber der Gesundheitsschutz nach Art. 30 sowie Art. 46 Abs. 1 (i.V.m. Art. 55) EGV einen Eingriff rechtfertigen, geraten die Mitgliedstaaten als „Herren der Gesundheitspolitik“,<sup>98</sup> vgl. auch Art. 152 Abs. 5 EGV, zunehmend unter Druck, je weiter sich ihr System mit Blick auf selektivvertragliche Strukturen marktförmigem Agieren der Krankenkassen öffnet.

Schließlich folgen aus den Grundfreiheiten, auch hinsichtlich der Erteilung von Dienstleistungskonzessionen, Mindestkriterien der Transparenz und der Nichtdiskriminierung.<sup>99</sup>

## 5.2. Wettbewerbsrecht (Kartell- und Mißbrauchsverbot)

### 5.2.1. Tatbestandsalternativen und Grundfragen

Wichtiger primärrechtlicher Maßstab für das Verhalten der Akteure bzw. Marktteilnehmer ist das europäische Kartellrecht (Art. 81 f. EGV). Unbeschadet der Problematik des persönlichen Anwendungsbereichs im Hinblick auf die Krankenkassen, d.h. der Frage, ob diese als „Unternehmen“ im Sinne des Tatbestands agieren, ordnen Kartell- und Mißbrauchsverbot bereits die Beziehungen der Leistungserbringer untereinander, auch mit Blick auf die Binnenkooperation für die Integrierte Versorgung.<sup>100</sup>

Abreden zwischen Krankenhäusern z.B. über die Aufteilung von Abteilungen oder die Patientenzufuhr<sup>101</sup> bzw. Preise<sup>102</sup> sind ebenso wie solche über die (Nicht-)Beteiligung an der Integrierten Versorgung<sup>103</sup> am Kartellverbot gem. Art. 81 EGV bzw. § 1 GWB zu messen. Im Verhältnis der Krankenhäuser untereinander oder zu anderen Leistungserbringern, das nicht in, sondern ggf. entgegen der Erfüllung der versorgungsvertraglichen Beziehungen zu den Krankenkassen erfolgt, ist die Anwendung des § 1 GWB nicht durch § 69 SGB V ausgeschlossen. Des Weiteren kämen im Zeichen der Bildung von und der Konkurrenz um „horizontale(n) Vernetzungen“<sup>104</sup> vielfältige kartellwidrige Absprachen in Betracht. Dabei ist im Lichte des § 140b SGB V für IV-Modelle allerdings zu berücksichtigen, dass Gemeinschaften aus Vertragspartnern gerade intendiert sind; Kooperation ist hier Strukturmerkmal. Das darf allerdings nicht zu über die IV ausgreifenden kartell- oder wettbewerbswidrigen Absprachen führen.<sup>105</sup>

Das Verhalten der mit den Leistungserbringern selektiv kontrahierenden Krankenkassen unterliegt dem Anwendungsvorrang genießenden europäischen Wettbewerbsrecht allerdings nur, soweit *Krankenkassen als Unternehmen* zu qualifizieren sind. Ihre Unternehmenseigenschaft unterstellt, wären im Bereich des Kartellverbots vor allem Einkaufskartelle i.S.d. Art. 81 Abs. 1 lit. a EGV bzgl. integrierter Versorgungsmodelle denkbar. Dies könnte auch möglicherweise verbundene IV-Rabattgeschäfte<sup>106</sup> (§ 140a Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 130a Abs. 8 SGB V) betreffen.<sup>107</sup> Die für die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung<sup>108</sup> maßgebliche Schwelle nach den korrespondierenden *de minimis*-Regeln der Kommission liegt bei einem noch tolerablen Marktanteil von 10% bei horizontalen Vereinbarungen.<sup>109</sup> Die überdies erforderliche Eignung einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen, weit zu verstehenden Handels<sup>110</sup> kann auch dann anzunehmen sein, wenn ein unmittelbarer Bezug, etwa im Sinne import- oder exportgegenständlicher Waren, fehlt. Bei größeren Mitgliedstaaten genügt, dass sich die Absprache nur auf einen wesentlichen Teil des Hoheitsgebietes auswirkt;<sup>111</sup> im übrigen könnte der Bezug durch Kooperationsstrukturen im Grenzgebiet, etwa „grenzüberschreitende“ Versorgungsverträge zur medizinischen Rehabilitation i.V.m. § 140e SGB V gegeben sein. Art. 82 lit. c EGV verbietet ferner einen Ausbeutungsmißbrauch in Form des Konditionenmißbrauchs. Die Nichtigkeit wettbewerbswidriger Vereinbarungen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen folgt aus Art. 81 Abs. 2 EGV<sup>112</sup> bzw. die mißbräuchlichen Verhaltens aus Art. 82 EGV i.V.m. § 134 BGB.<sup>113</sup>

### 5.2.2. Unternehmenseigenschaft der IV-vertragsschließenden Krankenkassen?

Um die Antwort vorwegzunehmen: Die besseren Gründe sprechen dafür, dass die Krankenkassen *im Hinblick auf das IV-Selektivvertragshandeln* und in Abgrenzung zur Entscheidung des *EuGH* in Sachen *AOK-Bundesverband*<sup>114</sup> als unternehmerisch tätig anzusehen sind. Im Lichte

zahlreicher und kontrovers diskutierter Entscheidungen des Gerichtshofes sind dabei folgende zentrale Erwägungen maßgeblich:

Die Grundüberlegung lautet, inwiefern die Krankenkassen nach dem maßgeblichen funktionalen Unternehmensbegriff im Sinne einer wirtschaftlichen Tätigkeit „Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“<sup>115</sup> haben.<sup>116</sup> Ein „echter“ „Angebotsmarkt“ ist mit Blick auf die sozialrechtlichen Leistungsbeziehungen traditionell schwer vorstellbar, gerade in Bezug auf das „Angebot an Gesundheitsleistungen“.

Die jüngere Rechtsprechung führt diese Schwierigkeiten besonders vor Augen, geht die europäische Rechtsprechung in Sachen *FENIN*<sup>117</sup> doch davon aus, „dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.“<sup>118</sup> Hintergrund dessen ist die stets in relativer Betrachtungsweise zu beurteilende wirtschaftliche Zweckerfüllung und Ausrichtung einer konkret zuzuordnenden unternehmerischen Tätigkeit in Abgrenzung zur Wahrnehmung einer „Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter“<sup>119</sup> entsprechend dem „Grundsatz der nationalen Solidarität“, gemäß der Ausübung „ohne Gewinnzweck“ sowie der Leistungserbringung unabhängig von der Höhe der Beiträge.<sup>120</sup>

Nochmals subtiler wird die Problematik, wenn man die Möglichkeit des Vorliegens unterschiedlicher „Solidaritätsgrade“<sup>121</sup> konstatiert, und weiter – gerade wegen des funktionalen Unternehmensbegriffs – anmahnt, im Wege der Akzessorietätsbetrachtung nicht den Blick dafür zu verlieren, ob das Einkaufsgut auf dem „bestimmten“ oder – allein als „Einsatzgut“ auf einem „anderen Markt“ angeboten werde.<sup>122</sup>

Nach alledem würde eine streng akzessorische Betrachtung nach dem Muster des „Einkaufs von Integrationsleistungen“ und des „Angebots ebendieser“ nicht zur Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen führen. Es käme bestenfalls zur unternehmerischen Tätigkeit im Wege des Betreibens von Eigeneinrichtungen und der Beteiligung an Gesellschaften von Leistungserbringern oder Managementgesellschaften.<sup>123</sup> Das Akzessorietätsgerüst ist hinsichtlich der Frage, wann die Krankenkassen im sozialrechtlichen Leistungsgefüge funktional und zweckgerichtet wirtschaftlich agieren, eine mit Blick auf den Tatbestand überschießende und „Solidaritätsgraden“ nicht gerecht werdende Einschränkung.

Grundsätzlich aber stellen die Krankenkassen Leistungen „zur Verfügung“.<sup>124</sup> Gerade im Beziehungsgeflecht moderner Vertrags- und Versorgungsformen erscheinen die Leistungen daher als solche „der jeweiligen Kassen“, die – wie die beteiligten Vertragspartner auch – zum einen gezielt Rationalisierungsgewinne erwirtschaften, zum anderen gesteigerte Attraktivität für Mitglieder erhalten. Gegenstand der Leistungsdiversifikation etwa

sind Präventionsleistungen, Sonderberatungen, die Behandlung nach Behandlungslaufpfaden u.a.

Mit der Leistungsdiversifikation korreliert die Prämien-diversifikation, vgl. § 53 Abs. 3 SGB V. Auch Solidarität herrscht hier nur einschränkt, denn unbeschadet der Relevanz für die relevanten Versichertengruppen (§ 276 Abs. 2 SGB V; § 2 RSAV) bleibt den Kassen der erwirtschaftete Vorteil erhalten; auch die allgemeine Relevanz für die Beitragsbedarfsumme und damit den Ausgleichsbedarf konterkariert Einspareffekte nicht.<sup>125</sup> Im Gegenteil wird sogar eine Risikoselektion durch Wettbewerb um „gute Risiken“ befürchtet.<sup>126</sup>

Diese Betrachtungsweise führt in der Konsequenz über die bisher restriktive Anschauung hinaus, Marktmechanismen könnten sich im GKV-System lediglich dort etablieren, wo wettbewerbliche Strukturen über die Freiwilligkeit der Versicherung vermittelt werden.<sup>127</sup> Die (traditionelle) Auffassung erblickt Wahlmöglichkeiten auf der (Versicherungs-) Angebotsseite tendenziell allein darin, dass dem „Konsumenten“ der *gesamte* Markt bis zur höchsten „Regulierungsfreiheit“ offen steht. Damit aber wird die Bewertung (und Kontrolle) wettbewerbsorientierter Handlungsspielräume an Bedingungen geknüpft, die den funktionalen Unternehmensbegriff auf eine bereichsspezifische Wirtschaftstätigkeit der höchsten in diesem Bereich vorzufindenden Marktstufe reduzieren und so den „bestimmten Markt“ im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* in massiver Einschränkung definieren.

Unbeschadet dessen bleibt der Gedanke an eine Bereichsausnahme gem. Art. 86 Abs. 2 EGV für mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen, denn die Krankenkassen stellen den Versicherten die im SGB V genannten Leistungen zur Verfügung,<sup>128</sup> und dies dient der Versorgung zur Aufgabenerfüllung der Krankenversicherung als Solidargemeinschaft.<sup>129</sup> Überdies mag man davon ausgehen, dass selektivvertragliches Handeln nach den jüngsten Reformen zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist.<sup>130</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass bei der Wahrnehmung und Ausübung der eingeräumten Handlungsspielräume gerade jene Handlungsweisen im Vordergrund stehen müssten, die den Wettbewerb verfälschen (nur dann greift Kartellrecht ein). Dass insofern eine große Bandbreite zulässiger Handlungsspielräume verbleibt, bestimmt die (Un-)Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs in Form einer Rechtsfertigung der Reichweite des (Vertrags)Handelns im Hinblick auf das allgemeine Interesse.<sup>131</sup>

Im Ergebnis wenig daran ändern dürfte auch das Protokoll (Nr. 9)<sup>132</sup> über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI), das nach dem Entwurf des Änderungsvertrages vom 5. Oktober 2007 dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beizufügen ist. Gem. dessen Artikel 1, 1. Spiegelstr. gehört zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf DAWI im Sinne des (neuen) Artikels 14 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU i.V.m. Art. 4 EUV in der Reformfassung

„die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interessen auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zu erbringen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind.“ Bereits gem. Art. 311 EGV sind Protokolle (integraler)<sup>133</sup> Bestandteil der Verträge im Range des Primärrechts mit Folgen für das maßgebliche Änderungsregime.<sup>134</sup> Danach ist eine konkordanzorientierte Betrachtungsweise angezeigt, die jedenfalls nicht grundsätzlich von der Prüfung der Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung und der Verhältnismäßigkeit im Sinne der Rechtfertigung durch das allgemeine Interesse<sup>135</sup> entbindet. Öffnet sich das nationale Krankenversicherungsrecht aber für marktförmiges und wettbewerbsorientiertes Handeln, so ist nicht davon auszugehen, dass der „Ermessensspielraum hinsichtlich der Organisation“ die Option diskriminierenden Wettbewerbs ohne Wettbewerbsrecht grundsätzlich einschließt. In diesem Falle wären die durch das Primärrecht selbst gezogenen Grenzen überschritten.

## 6. Schluß

Sieht man vom berufsbezogenen Richtlinienrecht zur Sicherung der Freizügigkeit der Heilberufe sowie der Strukturqualität einmal ab, so wird deutlich, dass die Frage der Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf Abschluß und Gestaltung von IV-Verträgen in besonderer Weise davon abhängt, inwieweit die Integrierte Versorgung als hervorstechender Fall eines Selektivvertragstyps begriffen wird, der auch innerhalb des GKV-Systems Ausdruck marktförmigen Handelns ist. Dieses Marktgeschehen wird beherrscht von Mechanismen, die sich von den Fesseln engmaschiger Regulierung lösen bzw. emanzipieren, auch und gerade im Zeichen der Korrelation von Tarif- und Leistungsdiversifikation. Auch wenn diese Marktförmigkeit nicht als eine solche der höchsten Stufe beschrieben werden kann, so ist auch jenseits eines „gemeinsamen Marktes der privat und der freiwillig gesetzlich Krankenversicherten“ ein Segment entstanden, welches dem europäischen Wirtschaftsrecht in weitem Umfang unterfällt und von diesem mitbestimmt wird. Es bedeutet keine Missachtung der (z.T. restrukturierten) solidarischen Elemente, wenn das Vertragsgeschehen, dass der Versichertengemeinschaft qua Effizienz insgesamt zu gute kommt, am europäischen Wettbewerbsrecht, welches der *funktional* zu betrachtenden Marktförmigkeit des selektivvertraglichen Handelns gerade entspricht, zu messen ist. Wettbewerbskonformes Selektivvertragshandeln ist ebenso möglich wie geboten und – national wie europäisch – Gegenstand einer insofern „integralen“ solidarischen Wettbewerbsordnung.

## Fußnoten

1 Vertragswettbewerb wird hier als Wettbewerb im Zusammenhang mit Verträgen und Vertragsgestaltungen zur Integrierten Versorgung verstanden. Ein Wettbewerb der „Vertragstypen“, d.h. der Wahl der auf unterschiedlichen gesetzlichen Vertragsrundlagen inhalts- und beteiligtenspezifisch konturierten besonderen Vertragsarten, soll hier nicht weiter verfolgt werden.

- 2 Oder interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung, § 140a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SGB V.
- 3 S. unten 4. 1.
- 4 Vgl. BT-Drucks. 15/1525, S. 132 (zu § 140e SGB V) und S. 80 ff. (zu § 13 SGB V).
- 5 BT-Drucks. 15/1525, S. 132; siehe ferner *Kingreen*, Ein neuer rechtlicher Rahmen für einen Binnenmarkt für Gesundheitsleistungen, NZS 2005, S. 505 (507).
- 6 Art. 3 Abs. 2 des Rahmenabkommens zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Gesundheitsbereich, BGBl. II 2006, S. 1332. Siehe zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit ferner *Ramakers/Bindels*, Grenzüberschreitende medizinische Notfallhilfe in der Euregio Maas-Rhein, 2006 ([www.ggdz.nl/pool/1/documents/SMH\\_EMRDuits.pdf](http://www.ggdz.nl/pool/1/documents/SMH_EMRDuits.pdf)).
- 7 Dies sind für die Bundesrepublik in erster Linie die Selbstverwaltungskörperschaften und in Frankreich die Regional- oder Departementsdirektionen, -agenturen und -verbände, s. Art. 1 Nr. 2 bzw. 2 der Verwaltungsvereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit der Bundesrepublik und dem Minister für Gesundheit und Solidarität der Französischen Republik über die Durchführungsmodalitäten des Rahmenabkommens, BGBl. II 2006, S. 1336.
- 8 Gesetz zum Rahmenabkommen zwischen der Bundesrepublik und Frankreich über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Gesundheitsbereich vom 17. Dezember 2006 (BGBl. II, S. 1330).
- 9 Siehe *Vollmöller*, Integrierte Versorgung und Rehabilitation, ZMGR 2005, S. 97 (99 f.).
- 10 *Fuhrmann/Heine*, Medizinische Rehabilitation im europäischen Ausland und Qualitätssicherung, NZS 2006, S. 341 ff.; *Kingreen*, Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Erbringung von medizinischen Rehabilitationsleistungen, ZESAR 2006, S. 210 ff.; *Christophers/Görke*, Rehabilitationsleistungen in der EU nach § 140e SGB V, ZESAR 2006, S. 349 ff.
- 11 Vgl. *Fuhrmann/Heine*, a.a.O., S. 344.
- 12 Vgl. die Hinweise in Fn. 10.
- 13 *Kingreen*, Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Erbringung von medizinischen Rehabilitationsleistungen, ZESAR 2006, S. 210 (212 f.); *Christophers/Görke*, Rehabilitationsleistungen in der EU nach § 140e SGB V, ZESAR 2006, S. 349 (352 f.).
- 14 *Beule*, Rechtsfragen der Integrierten Versorgung (2003), S. 143 f. m.w.N.
- 15 *Beule*, a.a.O., S. 144.
- 16 *Vollmöller*, Integrierte Versorgung und Rehabilitation, ZMGR 2005, S. 97.
- 17 Die Pflegekassen sind für die Erbringung von Rehabilitationsleistungen nicht zuständig, vgl. §§ 5, 31 SGB XI, § 6 SGB IX. Sie können ambulante medizinische Leistungen zur Rehabilitation lediglich vorläufig erbringen, § 31 Abs. 1 SGB XI und müssen „zuvor den zuständigen Träger“ unterrichten, § 32 SGB XI. Werden Pflegekassen als vorläufig leistende Leistungsträger i.S.d. § 102 SGB X tätig, ist der zur Leistung verpflichtete Träger erstattungspflichtig.
- 18 Die dies bzgl. eines Vertrages zwischen einer Ersatzkasse und einer hausärztlichen Vertragsgemeinschaft bzw. einer Marketinggesellschaft im Apothekerbereich verneinenden Urteile des *SG Gotha* (Urt. v. 8.3.2006, MedR 2006, S. 497 ff.) und des *LSG Thüringen* (Urt. v. 24.1.2007, GesR 2007, S. 373 ff.) beinhalten keine Absagen an die Beteiligung an einem (integrierten) Verbund; anhängig beim BSG, Az. B 6 KA 27/07 R.
- 19 Die Beteiligung der Apotheken folgt nicht aus Vorschriften „nach diesem Kapitel“, dem 4. Kapitel des SGB V, sondern aus AMG und ApoG, *Bohle*, in: ders. (Hrsg.) Vertragsgestaltung in der Integrierten Versorgung (2005), S. 11 (14).
- 20 Gem. § 129 Abs. 5b S. 1 Hs. 2 SGB V sind die Angebote öffentlich auszuschreiben.
- 21 Vgl. § 6 Abs. 4 des (Master)V über die Durchführung Integrierter Versorgung über die ärztliche Versorgung mit Klassischer Homöopathie zwischen dem *Deutschen Zentralverein Homöopathischer Ärzte e.V.*, dem *Deutschen Apothekerverband e.V.* sowie den beigetretenen *Krankenkassen* ([www.dzvhae.com/portal/pics/abschnitte/220206100431\\_mastervertrag\\_hom\\_366opathie\\_dzvh\\_304\\_dav\\_191005.pdf](http://www.dzvhae.com/portal/pics/abschnitte/220206100431_mastervertrag_hom_366opathie_dzvh_304_dav_191005.pdf)).

- 22 In diesem Sinne *Mand*, Nationales Vertriebsrecht für Arzneimittel im grenzüberschreitenden Handel, in: *Schwarze/Becker* (Hrsg.), *Arzneimittel im Europäischen Binnenmarkt*, EuR, Beiheft 2/2007, S. 59 ff., siehe auch unten, 5.2.
- 23 Ausführlich *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, a.a.O. (Fn. 22), S. 101 ff. (103 ff.).
- 24 Soweit ausländische (Versand-)Apotheken Rabatte gewähren, werden entsprechende Verträge zumeist allein auf der Grundlage des § 140e SGB V geschlossen – zumal Apotheken gem. § 130a Abs. 8 SGB V i.d.F. des GKV-WSG kein Initiativrecht zum Vertragsschluß zukommt.
- 25 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01 (DocMorris), Slg. 2003, I-14887 Rn. 64.
- 26 EuGH, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831.
- 27 EuGH, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931.
- 28 EuGH, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473.
- 29 EuGH, Urt. v. 13.5.2003, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509.
- 30 EuGH, Urt. v. 16.5.2006, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325.
- 31 EuGH, Urt. v. 19. April 2007, Rs. C-444/05, GesR 2007, S. 423 ff.
- 32 Vgl. zur Forderung eines „Regulierungsrahmen[s] für die grenzüberschreitende Gesundheitsfürsorge“ die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. Mai 2007 zu den Auswirkungen und Folgen des Ausschlusses von Gesundheitsdienstleistungen aus der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt (2006/2275(INI)), Ziff. 69.
- 33 Näher *Sichert*, Die Rolle des europäischen Rechts für die Zukunft des deutschen Gesundheitswesens, Die BKK 2007, S. 396 f. m.w.N.
- 34 Siehe die Auflistung in Erwägungsgrund 9 der RL 2005/36/EG v. 7.9.2005, ABl. Nr. L 255, S. 22. Vgl. zur Änderung der nachfolgend aufgeführten Richtlinien (ausgenommen der aus dem Jahre 1975), bezüglich derer auf den Nachweis der Änderung verzichtet wird, ebenfalls dort.
- 35 Zu den für das Vertragsarztrecht maßgeblichen Bestimmungen *Becker*, in: *Schnapp/Wigge*, *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 2. Aufl. 2006, § 25 Rn. 16 ff.
- 36 V. 30.6.1975, ABl. Nr. L 167, S. 1.
- 37 V. 30.6.1975, ABl. Nr. L 167, S. 14.
- 38 V. 7.7.1993, ABl. Nr. L 165, S. 1.
- 39 V. 21.12.1988, ABl. Nr. L 19, S. 16.
- 40 V. 24.7.1992, ABl. Nr. L 209, S. 25.
- 41 V. 31.7.1999, ABl. Nr. L 201, S. 77.
- 42 V. 7.9.2005, ABl. Nr. L 255, S. 22.
- 43 Art. 62 der RL.
- 44 Näher auch *Becker*, in: *Schnapp/Wigge*, *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 2. Aufl. 2006, § 25 Rn. 19 ff.
- 45 Titel II. Dieser enthält Bestimmungen über den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit (Art. 5 der RL), Befreiungen (Art. 6), die vorherige Meldung bei Ortswechsel des Dienstleiters (Art. 7), die Verwaltungszusammenarbeit (Art. 8) und die Unterrichtung der Dienstleistungsempfänger (Art. 9).
- 46 Vgl. Titel III, und hier Kap. I (Allgemeine Regelung für die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen), Kap. II (Anerkennung der Berufserfahrung), Kap. III (Anerkennung auf der Grundlage der Koordinierung der Mindestanforderungen an die Ausbildung) mit zahlreichen Abschnitten zu den einzelnen Berufen, Kap. IV (Gemeinsame Bestimmungen für die Niederlassung).
- 47 BT-Drucks. 16/5385.
- 48 PIPr 16/100 sowie 16/102.
- 49 Der für die Bearbeitung maßgebliche Stand ist der 12.10.2007.
- 50 Ausführlich oben I. 4.4.1.
- 51 Siehe bereits EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251 (1269 f.).
- 52 Siehe *Hesselmann/Motz*, Integrierte Versorgung und Vergaberecht, MedR 2005, S. 498 (499 m.w.N.); *Kaltenborn*, Vergaberechtliche Strukturen im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2006, S. 357 (361f. m.w.N.); *Kingreen*, Wettbewerbliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 (192). Überdies wird darauf hingewiesen, es sei nicht Intention des § 69 SGB V, diskriminierende und behindernde Verhaltensweisen dem Anwendungsbereich des GWB zu entziehen (*Hesselmann/Motz*, a.a.O., S. 499), und schließlich mit Blick auf die Begründung zum Gesetzesentwurf betont, es gehe um die Negation der Eigenschaft der Krankenkassen als Unternehmen i.S.d. Privatrechts, während der Status als „öffentlicher Auftraggeber“ insoweit von § 69 SGB V nicht erfaßt sei (*Kingreen*, a.a.O.).
- 53 Vom 23. Oktober 2006, BGBl. I, S. 2334.
- 54 Wenngleich noch nicht vollständig, vgl. auch die kleine Anfrage vom 30.3.2007, BT-Drucks. 16/4928.
- 55 Bei Anwendung der VOL/A (BANz, ausgegeben am 30.5.2006) ergibt sich dies aus § 1a Ziff. 2 Abs. 2 des Abschnitts 2 i.V.m. Anhang I, Teil B Kategorie 25; anwendbar bleiben die Basisparagrafen sowie §§ 8a und 28a des (zweiten) Abschnitts. Bei Anwendung der VOF folgt die Ausnahme von der europaweiten Ausschreibung aus § 2 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Anhang I, Teil B, Kategorie 25; anwendbar bleiben § 8 Abs. 2 und 7 und § 17. Siehe zum Richtlinienrecht Art. 21 i.V.m. Anhang II Teil B Kategorie 25 i.V.m. Art. 23 und Ark. 35 Abs. 4.
- 56 Schwierigkeiten liegen darin begründet, inwiefern die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber eine zugleich funktionale und relationale Betrachtungsweise erlaubt – ähnlich der Einstufung der Krankenkassen als Unternehmen; in diese Richtung *Kingreen*, Wettbewerbliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188 (194); die Rspr. des EuGH diesbezüglich ist eher restriktiv, vgl. Urt. v. 15.1.1998, Rs. C-44/96 (Österreichische Staatsdruckerei), Slg. 1998, I-73 (Rn. 25); Urt. v. 10.11.1998, Rs. C-360/96 (Gemeente Arnhem), Slg. 1998, I-6821 (Rn. 56); siehe auch *Hesselmann/Motz*, Integrierte Versorgung und Vergaberecht, MedR 2005, S. 498 (501); *Byok/Jansen*, Die Stellung gesetzlicher Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber, NVwZ 2005, S. 53 (54).
- 57 Befürwortend *Quaas*, Vertragsgestaltungen zur integrierten Versorgung aus der Sicht der Krankenhäuser, VSSR 2004, S. 175 (191); *Byok/Jansen*, a.a.O., S. 56; *Kaltenborn*, Vergaberechtliche Strukturen im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2005, S. 357 (362 ff.); kritisch *Kingreen*, a.a.O., S. 195; ablehnend *BayObLG*, Beschl. v. 24.5.2004, MedR 2004, S. 687 ff.
- 58 Überwiegend wird – in Anlehnung an die (verbleibende oder stark gesteuerte) Wahlfreiheit der Versicherten – differenziert: *Quaas*, a.a.O.; *Rixen*, Vergaberecht oder Sozialrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung? – Ausschreibungspflichten von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, GesR 2006, S. 49 (56). *Kamann/Gey* (Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen, PharmR 2006, S. 255; S. 291 [293]) zufolge stellen „Verträge über IGV-Leistungen ... in der Regel einen »öffentlichen Auftrag«... dar“; für den Regelfall a.A. *Kaltenborn*, a.a.O., S. 366.
- 59 Vgl. BayObLG, Beschl. v. 24.5.2004, MedR 2004, S. 687 (690).
- 60 Dafür *Bundeskartellamt*, 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 9.4.2007, VK 1 26/07, S. 13; abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Vergabe/Vergabe07/VK1-26-07.pdf>.
- 61 EuGH, Urt. v. 27.2.2003, Rs. C-373/00 (Truley), Slg. 2003, S. I-1931 Rn. 44.
- 62 § 221 Abs. 1 SGB V. Besondere Zuschüsse bleiben unberührt, Begründung (BT-Drucks. 16/3100, S. 163).
- 63 Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschl. v. 31.8.2006, VK – 38/2006 – L; abrufbar unter [www.bezreg-duesseldorf.nrw.de](http://www.bezreg-duesseldorf.nrw.de) (Navigation: Wirtschaft, Vergabekammer), hier unter II., II.1.
- 64 *Bundeskartellamt*, 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 9.4.2007, VK 1 26/07, S. 15; abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Vergabe/Vergabe07/VK1-26-07.pdf>. § 98 Abs. 2 GWB verlange i.Ü. nicht, daß es sich in Anbetracht der Staatsnähe um eine Aufsicht handeln müsse, die auch die Zweckmäßigkeit des Handels erfaßt.
- 65 Vgl. das jüngste Rundschreiben vom 22. August 2007 betreffend Rabattverträge, abrufbar unter [http://www.bundesversicherungsamt.de/Fachinformationen/Vergaberecht/Rundschreiben/20070828\\_Rundschreiben\\_Rabattvertraege%20.pdf](http://www.bundesversicherungsamt.de/Fachinformationen/Vergaberecht/Rundschreiben/20070828_Rundschreiben_Rabattvertraege%20.pdf).
- 66 Az. VII-Verg 50/06.
- 67 Zu bedenken wären im übrigen der grundgesetzliche Gleichheitsmaßstab i.V.m. der wachsenden Notwendigkeit der Beteiligung für die Berufsausübung, Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG.
- 68 Vermerk des Vorsitzes der RK vom 5. Oktober 2007, CIG 1/1/07 REV 1 bis CIG 4/1/07 REV 1.
- 69 Zum Änderungsverfahren *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union (2005), S. 179 ff. (206 ff.).
- 70 Siehe dazu unten 5.2.2.

- 71 Vgl. *Kingreen*, Ein neuer rechtlicher Rahmen für einen Binnenmarkt für Gesundheitsleistungen, NZS 2005, S. 505 ff.
- 72 Siehe im vorliegenden Zusammenhang *Becker*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage 2006, § 25 Rn. 30.
- 73 Ausführlich *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007 (Fn. 22), S. 101 ff. (107 ff.).
- 74 Vgl. nur *Becker*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage 2006, § 25 Rn. 32 ff.
- 75 Siehe oben 2.
- 76 Die Vorschrift lautet: „Sachleistungen können auch im Ausland erbracht werden, wenn sie dort bei zumindest gleicher Qualität und Wirksamkeit wirtschaftlicher ausgeführt werden können.“
- 77 *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX, 2. Aufl. 2006, § 18 Rn. 12.
- 78 Siehe *Becker/Matthäus*, Rehabilitation in der Europäischen Union, DRV 2004, S. 659 (676 f.); *Kingreen*, Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Erbringung von medizinischen Rehabilitationsleistungen, ZESAR 2006, S. 210 (215); *Christophers/Görrike*, Rehabilitationsleistungen in der EU nach § 140e SGB V, ZESAR 2006, S. 349 (350).
- 79 *Christophers/Görrike*, a.a.O., S. 351,
- 80 *Kingreen*, Die grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Erbringung von medizinischen Rehabilitationsleistungen, ZESAR 2006, S. 210 (211, 215).
- 81 Rs. C-141/07, vgl. EUREPORT social, 4-5/2007, S. 18.
- 82 A.a.O.
- 83 Vgl. insbesondere §§ 30-34 der (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung der Beschlüsse des 107. Deutschen Ärztetages 2004 in Bremen; problematisch bzw. strittig sind etwa die wirtschaftliche Beteiligung von Ärzten an Rabattverträgen sowie Einweisungspauschalen (vgl. § 31 MBO); zu letzteren *Walter*, Pauschalentgelte von Krankenhäusern an niedergelassenen Ärzten – zulässige Zuweisung oder berufsrechtswidrige Provision?, KHUR 2006, S. 71 ff.
- 84 Zur Differenzierung *Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 8 Rn. 29 ff.
- 85 EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649, Rn. 8 f.
- 86 EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5; EuGH, Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01 (Doc Morris), Slg. 2003, I-14887 Rn. 66.
- 87 Siehe *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 28 EGV Rn. 43 f.
- 88 Die Zuständigkeit folgt aus § 130a Abs. 9 SGB V.
- 89 *SG Freiburg*, Urt. v. 21.07.2005, Arzneimittel & Recht (A & R) 2005, S. 185 f.; *SG Köln*, Urt. v. 21.9.2005, S 5 KR 292/03, n.V.; *SG Berlin*, Urt. v. 16.11.2005 (DocMorris vs. Schering), GesR 2006, S. 236-238.
- 90 Zum Versand bzw. Versandhandel § 43 Abs. 1 S. 1 und § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a AMG sowie §§ 11a und 11b ApoG; s. ferner bereits EuGH, Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01 (DocMorris), Slg. 2003, I-14887. Zur Zulässigkeit der Versandhandelsform im Wege eines Bestell- und Abholservices für Arzneimittel in Drogeriemärkten jüngst OVG NRW, Urt. v. 7.11.2006, Az. 13 A 1314/06 – juris.
- 91 *SG Freiburg*, Urt. v. 21.07.2005, Arzneimittel & Recht (A & R) 2005, S. 185 f.
- 92 *SG Köln*, Urt. v. 21.9.2005, S 5 KR 292/03, n.V.
- 93 *Mand*, Nationales Vertriebsrecht für Arzneimittel im grenzüberschreitenden Handel, EuR, Beiheft 2/2007 (Fn. 22), S. 59 ff.,
- 94 Näher *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007 (Fn. 22), S. 101 ff. (110 ff.).
- 95 Urteile vom 24.11.1993, Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 f.
- 96 Mittels eines Vorabentscheidungsersuchens (vom 30. März 2007) fragt das VG des Saarlandes (u.a.), ob die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften (Art. 43 und 48 EGV) so auszulegen seien, daß sie dem Fremdbesitzverbot von Apotheken (§§ 2 Abs. 1 Ziff. 1-4 und 7, § 7 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 ApoG) entgegenstehen (verb. Rsen. C-171 und 172/07).
- 97 EuGH, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-158/96 (Kohl), Slg. 1998, I-1931 Rn. 41; EuGH, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, I-5473 Rn. 72; EuGH, Urt. v. 13.5.2003, Rs. C-385/99 (Müller Fauré und van Riet), Slg. 2003, I-4509 Rn. 72 f.; Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01 (Doc Morris), Slg. 2003, I-14887 Rn. 122.
- 98 *Berg*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 152 EGV Rn. 8.
- 99 EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98 (Telaustria und Telefonadress), Slg. 2000, I-10745 Rn. 60; v. 21.7.2005, Rs. C-231/03 (Coname), Slg. 2005, I-7287 Rn. 16; v. 3.10.2005, Rs. C-458/03 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8612, Rn. 46; Urt. v. 6.4.2004, Rs. C-419/04 (ANAV), Slg. 2006, I-3303 Rn. 18.
- 100 Siehe dazu 3.
- 101 *Klaue*, in: Brucknerberger/Klaue/Schwintowski, Krankenhausmärkte zwischen Wettbewerb und Regulierung, 2006, S. 172.
- 102 Soweit diese, etwa im Hinblick auf Integrationsleistungen, verhandelbar sind.
- 103 Zum Mittelstandskartell mit Blick auf § 3 GWB *Bohle*, Die Bedeutung des Kartell- und Wettbewerbsrechts bei Krankenhausfusionen, MedR 2006, S. 259 (264).
- 104 *Schwintowski*, in: Brucknerberger/Klaue/Schwintowski, Krankenhausmärkte zwischen Wettbewerb und Regulierung (2006), S. 128.
- 105 *Kamann/Gey*, Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen, PharmR 2006, S. 255; 291 (294).
- 106 Im April reichte der *Deutsche Generikaverband* Beschwerde bei der Kommission wegen vergaberechtswidriger Ausschreibung (mangelnde Transparenz, Fehlen objektiver Kriterien) von Rabattverträgen (§ 130a Abs. 8 SGB V) ein; vgl. unter [www.aerzteblatt.de](http://www.aerzteblatt.de) (Nachrichten, Politik, 11. April 2007).
- 107 Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang auch 82 EGV für Ausbeutungsmissbrauch in Form von Koppelungsverträgen, vgl. die Möglichkeit zum Vertragsschluß bzw. zur Beauftragung einer Managementgesellschaft gem. §140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V bzw. § 130a Abs. 8 S. 5 SGB V.
- 108 Das Spürbarkeitserfordernis gilt auch für die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, vgl. Kom, E. v. 8.9.1997, ABl. Nr. L 271/28 (Niederlandse Vereniging van Banken u.a.); EuGH, Urt. v. 17.6.1997, Rs. C-291/95 P (Ferriere Nord/Kommission), Slg. 1997, I-4411 Rn. 19.
- 109 Bekanntmachung der KOM über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABl. 2001, Nr. C 368, S. 13, Ziff. 7; zur Nichtanwendbarkeit bei „Kernbeschränkungen“ Ziff. 11.
- 110 Vgl. bereits EuGH, Urt. v. 31.5.1979, Rs. 22/78 (Hugin/Kommission), Slg. 1979, 1869 Rn. 17.
- 111 Siehe die „Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages“, ABl. EU Nr. C 101, S. 81 (Ziff. 77 ff. [89 ff.]), vgl. ferner EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-475/99 (*Ambulanz Glöckner*), Slg. 2001, I-8089 Rn. 47 ff.
- 112 Bei Ausschreibungen trifft dies in der Regel zunächst nur diese selbst. Das Schicksal der Folgeverträge bleibt *in der Regel* (gemeinschaftsrechtlich) unberührt, vgl. *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 81 EG Rn. 104.
- 113 Zu letzterem *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 37; *Jung*, in: Callies/Ruffert, EUV/EG, 3. Aufl. 2007, Art. 82 EG Rn. 73.
- 114 EuGH, Urt. v. 16.3.2004, verb. Rs. en C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, I-2493 Rn. 58.
- 115 EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/90 (CISAL), Slg. 2002, I-691, Rn. 23; EuG, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 (FENIN), Slg. 2003, II-357 Rn. 35; EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295 Rn. 25.
- 116 Im übrigen wird die solchermaßen „wirtschaftlich tätig werdende Einheit [.] unabhängig von ihrer Rechtsform und Finanzierungsart“ erfaßt; EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser), Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; s. ferner EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/90 (CISAL), Slg. 2002, I-691, Rn. 22.

- 117 EuGH, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 (FENIN), Slg. 2003, II-357, durch den Gerichtshof bestätigt, s. EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295,
- 118 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 (FENIN), Slg. 2003, II-357 Rn. 36. Die gesundheitsverwaltenden Einrichtungen handelten „auch dann nicht als Unternehmen, wenn sie medizinischen Bedarf bei anderen Unternehmen einkaufen, um den diesem nationalen Gesundheitssystem Angeschlossenen kostenlose medizinische Leistungen zu erbringen“; EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (FENIN), Slg. 2006, I-6295 Ls. 2, Rn. 38 ff.
- 119 EuGH, Urt. v. 17.2.1993, Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre), Slg. 1993, I-637, Rn. 18.
- 120 A.a.O. Demgegenüber agieren Sozialversicherungsträger als Unternehmen, wenn sie, wie der unternehmerisch tätige Träger einer Zusatzrentenversicherung, eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllen, EuGH, Urt. v. 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurance), Slg. 1995, I-4013, Rn. 18 ff. Dies ist vor allem der Fall bei freiwilliger Mitgliedschaft, der Erhebung der Beiträge entsprechend dem Kapitalisierungsprinzip und der daran anknüpfenden Gewährung von Leistungen, a.a.O. Rn. 17.
- 121 A.a.O., Rn. 32.
- 122 Die Bezugnahme auf das Akzessorietätsfordernis in Sachen AOK-Bundesverband (allein) durch Generalanwalt *Jacobs* (Schlußanträge in den verb. Rs. en C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 [AOK Bundesverband u.a.], Slg. 2004, I-2493 Rn. 45 f.) bedeutet keine Absage an den relativen Unternehmensbegriff. Der Fall unterscheidet sich von dem in der Sache FENIN insofern, als „die Krankenkassen auf einem anderen Markt tätig sind und einen Beitrag zum Erwerb von Arzneimitteln als Teil ihrer Tätigkeit auf diesem Markt leisten“; a.a.O. Rn. 46 und Fn. 18. Dennoch wird die *Angebotstätigkeit* der Krankenkassen, nicht zuletzt weil sie von der Kerntätigkeit nicht näher zu trennen sei, nicht näher beschrieben; die Krankenkassen seien nämlich auch auf dem so bezeichneten „anderen“ Markt tätig, für den die eingekauften Waren oder Dienstleistungen ein *Einsatzgut* darstellten.
- 123 *Kamann/Gey*, Wettbewerbsrecht im deutschen Gesundheitswesen, PharmR 2006, S. 255; 291 (293).
- 124 § 2 Abs. 1 SGB V.
- 125 *Ballesteros/Schmitt*, Risikostrukturausgleich und integrierte Versorgung, in: Göppfarth u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Risikostrukturausgleich 2006 (2006), S. 305 (310 f.).
- 126 *Korenke*, Innovativer Wettbewerb infolge integrierter Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung?. SF 2001, S. 268 (274 ff.). Dieses allgemein gefürchtete Phänomen zu vermeiden allerdings hilft in gewissem Maße die Berücksichtigung der Risikostruktur bei der Vergütungsregelung in IV-Verträgen (§ 140c Abs. 2 S. 2 SGB V), vorwiegend aber mit der „Funktion, den Wert der vertraglich vereinbarten Leistungen zu umschreiben“; *Becker*, Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Risikostrukturausgleich – unter Berücksichtigung der integrierten Versorgung, VSSR 2001, S. 277 (282 f., 292 f.).
- 127 Vgl. z.B. *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, S. 645 (658 f.).
- 128 § 2 Abs. 1 SGB V; s.a. GA *Jacobs*, Schlußanträge in den verb. Rsen. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.), Slg. 2004, I-2493 Rn. 87.
- 129 Nach dem Urteil in der Sache *Albany* etwa gehört zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auch die Erfüllung einer wesentlichen sozialen Funktion, wie dem entscheidungsgegenständlichen Zusatzrentensystem. Urt. v. 21.9.1999, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751 Rn. 103 ff., 105.
- 130 S. zu diesem Kriterium EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-157/94 (Kommission/Niederlande), Slg. 1997, I-5699 Rn. 53; Urt. v. 21.9.1999, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751 Rn. 107.
- 131 Siehe *Grill*, in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 81 EGV Rn. 29. Dies mag als eine Konkretisierung der Erforderlichkeitsprüfung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesehen werden, vgl. *Becker*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage 2006, § 25 Rn. 60.
- 132 CIG 2/1/07 REV 1, S. 25.
- 133 *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 311 EGV Rdnr. 3.
- 134 *Sichert*, Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union (2005), S. 56 f.
- 135 Vgl. *Sichert*, Neue Versorgungsformen und Rabattregelungen für ausländische Leistungserbringer, EuR, Beiheft 2/2007 (Fn. 22), S. 101 ff. (141 f.).



## Alterssicherung in Deutschland

Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von Prof. Dr. Ulrich Becker u. a.

2007, 766 S., geb., 179,- €, ISBN 978-3-8329-2665-6

Die Festschrift, zu deren Autoren die bekanntesten der einschlägig ausgewiesenen Rechts- und Sozialwissenschaftler gehören, zeichnet ein umfassendes Bild der Alterssicherung in Deutschland. Sie tut dies zu Ehren von Franz Ruland, der wie kein zweiter über Jahrzehnte in verschiedenen Funktionen die deutsche Rentenversicherung geprägt hat.



**Nomos**