

Christian Hensel, *Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht. Sozialrecht, Europäisches Kartellrecht, Kartellvergaberecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2010 ISBN 978-3-8329-5991-3

Die von Christian Hensel verfasste Arbeit „Selektivverträge im vertragsärztlichen Leistungserbringungsrecht. Sozialrecht, europäisches Kartellrecht, Kartellvergaberecht“ wurde im Sommersemester 2010 an der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Vor dem Hintergrund der allen Maßnahmen zum Trotz über Jahre weiter gestiegenen Kosten im Gesundheitswesen widmet sich die Arbeit der seit 1996 u.a. als Gegenmittel hierzu angesehenen stärker wettbewerblichen Ausrichtung der gesetzlichen Krankenversicherung. Hier nimmt der Autor die Möglichkeit des Abschlusses von Selektivverträgen über integrierte Versorgung gem. § 140a ff. SGB V, hausarztzentrierte Versorgung gem. § 73b SGB V, besondere ambulante ärztliche Versorgung gem. § 73c SGB V sowie über Modellvorhaben gem. § 63ff. SGB V in den Blick. Die Arbeit befasst sich mit der Frage, wie dieses nun wettbewerblicher ausgerichtete System „gärtnerisch gepflegt“ werden soll, mit anderen Worten welcher rechtliche Rahmen hier angemessen ist, um Wettbewerbsverfälschungen und Günstlingswirtschaft entgegenzuwirken. Als eine solche Rahmenordnung prüft die Arbeit das europäische Kartellrecht sowie das Kartellvergaberecht. Außen vor bleiben das nationale Verfassungsrecht sowie das europäische Primärrecht. Es handelt sich hierbei um eine hochaktuelle und interessante Fragestellung, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass der Gesetzgeber nach langen Diskussionen zum Beginn des Jahres 2011 § 69 SGB V dahingehend geändert hat, dass das Kartellrecht im Wesentlichen auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern bzw. den jeweiligen Verbänden gelten soll. Hensel stellt völlig zu recht fest, dass die „Zusammenführung von sozialrechtlichen und kartell- bzw. vergaberechtlichen Normen zu einer Reihe

von Missverständnissen geführt“ hat, wobei man schon bezweifeln kann, ob die zusammenhanglose Anordnung der Anwendbarkeit beider Rechtsgebiete überhaupt als Zusammenführung bezeichnet werden kann. Die Arbeit möchte die perspektivische Verengung auf jeweils nur eines der Rechtsgebiete überwinden und stattdessen einen integrierenden Blick auf deren Schnittmenge werfen.

Nach einer prägnanten historischen Einführung zur Entwicklung von Kollektiv- und Selektivverträgen werden auf 110 Seiten die sozialrechtlichen Rechtsgrundlagen der genannten Vertragsarten geschildert, wobei der integrierten Versorgung, gefolgt von der hausarztzentrierten Versorgung, am meisten Raum gegeben wird. Zum Abschluss des sozialrechtlichen Kapitels werden die Selektivverträge in den Rahmen des Wettbewerbs eingeordnet. Deren Einführung würde das Vertragsmonopol der Kassenärztlichen Vereinigungen durchbrechen. Nach Ansicht des Autors sei das Selektivvertragssystem noch weit von einem wettbewerblich ausgestalteten Versorgungssystem entfernt, da die Rechtsgrundlagen vielfach eingeschränkt seien und kein wettbewerblich konsequentes Konzept zugrunde liege. In dem darauf folgenden Kapitel zum europäischen Kartellrecht zeichnet Hensel zunächst die Rechtsprechung des EuGH zur Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen nach und kommt zu dem Zwischenergebnis, dass die deutschen gesetzlichen Krankenkassen danach bei ihrem selektivvertraglichen Nachfrageverhalten nicht dem EU-Kartellrecht unterfallen und nimmt dann auf ca. 30 Seiten eine eigenständige Bestimmung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen vor, wobei er sich kritisch mit den Merkmalen des EuGH auseinandersetzt. Im Rahmen der Ausführungen zum Kartellvergaberecht, die in Einzelfragen etwas lang ausgefallen sind, vertritt der Verfasser die interessante Ansicht, dass Selektivverträge – anders als vom EuGH in der Rechtssache Oymanns angenommen – keine Rahmenvereinbarungen im vergaberechtlichen Sinne seien. Denn eine Rahmenvereinbarung müsse auf

die Herbeiführung öffentlicher Aufträge gerichtet sein; ein Versicherter könne aber keinen öffentlichen Auftrag erteilen, da er nicht Auftraggeber i.S.d. Vergaberechts ist. Hier kommt er zu dem Ergebnis, dass „Vergaberecht derzeit nur einen begrenzten Beitrag zur Strukturierung des Vertragswettbewerbs leisten“ kann. Die im weiten Sinne vergaberechtlichen Vorgaben, die aus Grundrechten und Grundfreiheiten folgen, wären an dieser Stelle relevant gewesen, weshalb deren Ausklammerung als Prüfungsmaßstab misslich ist. Der Autor befürwortet, dass Dienstleistungen im Gesundheitswesen umfassend der Vergabepflicht unterworfen werden, ungeachtet der Erwägungen, die den EU-Gesetzgeber dazu bewogen haben, diese zu privilegieren.

In der Schlussbetrachtung der insgesamt lesenswerten Arbeit bezeichnet Hensel die Geltung von Kartell- und von Vergaberecht bei Selektivverträgen als an sich nicht widersprüchlich, da bei den gesetzlichen Krankenkassen die Konstellation gegeben sei, dass sie im Ganzen so staatsnah seien, dass die Erteilung von Aufträgen nach nicht wettbewerblichen Kriterien zu befürchten sei, sie aber andererseits die Möglichkeit hätten, bei einzelnen, nicht prägenden Entscheidungen, Konkurrenzbeziehungen zu verzerren oder Wettbewerb unter Dritten zu verfälschen. Hier hätte man sich eine tiefer gehende Auseinandersetzung gewünscht.

Dr. Jutta Kaempfe, Berlin