

Rechtliche Koordinaten zur Beurteilung von DMP-Verträgen – am Beispiel eines strukturierten Behandlungsprogramms zur Verbesserung der Versorgung von Brustkrebspatientinnen –

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Daniela Beer und Kristin Hentschel*

Im Rahmen des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung sind in jüngerer Vergangenheit verschiedene Verträge über strukturierte Behandlungsprogramme, sogenannte Disease-Management-Programme (DMP), geschlossen worden. Ziel dieser – über den Risikostrukturausgleich der Krankenkassen finanziell geförderten – Strukturprogramme ist eine Qualitätssteigerung bei gleichzeitiger Kostendämpfung im Gesundheitswesen. Nachfolgend sollen am Beispiel eines solchen Vertrags rechtliche Vorgaben untersucht werden, denen im Zusammenhang mit der Bewertung von DMP-Verträgen bisher noch wenig Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob und inwieweit das Vergaberecht der Ausgestaltung von DMP-Verträgen Grenzen setzt.

I. Einleitung

Das Bundesversicherungsamt hat im April 2003 einen Vertrag über ein strukturiertes Behandlungsprogramm zur Verbesserung der Versorgungssituation von Brustkrebspatientinnen (im Folgenden: DMP-Vertrag) genehmigt.¹ Dieser wurde im Rahmen eines Zusammenschlusses von zahlreichen Krankenkassen sowie der kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein (im Folgenden: KVNo) ausgestaltet.

Als Disease-Management wird eine medizinische Versorgungsform be-

zeichnet, mit der u. a. die Prävention, Behandlung und Nachsorge einer Krankheit verbessert und die durch diese Krankheit bedingten Beeinträchtigungen reduziert werden könnten. Die Programme sollen verbindliche und aufeinander abgestimmte Behandlungs- und Betreuungsprozesse über Krankheitsverläufe und institutionelle Grenzen hinweg gewährleisten.² Damit ist das Ziel verbunden, die zur Verfügung stehenden Ressourcen im Sinne einer hochwertigen und im angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehenden medizinischen Versorgung möglichst effektiv einzusetzen.

Die Durchführung der DMPs wird zwischen den Krankenkassen bzw. ihren Verbänden und den im Vierten Kapitel des SGB V genannten Leistungserbringern auf der Grundlage einer vom Bundesversicherungsamt erteilten Zulassung nach § 137 g SGB V vereinbart. Die Vereinbarung bezieht sich auf die nach dem jeweiligen Versorgungsauftrag zu erbringenden Leistungen sowie darauf, die sektorenübergreifende Koordinierung von verschiedenen Leistungserbringern sicher zu stellen. Für die vertraglichen Vereinbarungen stehen sämtliche im Vierten Kapitel geregelten Vertragstypen zur Verfügung, einschließlich der Vorschriften über die integrierte Versorgung (§§ 140 a ff. SGB V).

Durch den DMP-Vertrag soll in Ergänzung des bestehenden Versorgungsangebots eine interdisziplinäre, sektorenübergreifende Behandlung in einer integrierten Versorgungsform mit dem notwendigen logisti-

schon Hintergrund gewährleistet werden. Über dieses Behandlungsprogramm soll unter Beachtung der in § 9 des DMP-Vertrags³ aufgeführten Versorgungsinhalte eine indikationsgesteuerte und systematische Koordination der Behandlung von Versicherten mit Mammakarzinom erreicht werden. Insoweit wird eine interdisziplinäre Kooperation und Kommunikation aller Leistungserbringer und der teilnehmenden Krankenkassen angestrebt. Die Einbeziehung der Leistungserbringer gestaltet sich folgendermaßen:

Um im ambulanten Bereich Teilnehmer am DMP zu werden, müssen die Vertragsärzte⁴ gegenüber der KVNo gemäß § 5 Abs. 1 des DMP-Vertrags schriftlich eine Antragsklärung einreichen. Wenn die Vertragsärzte die in Anlage 1 genannten Strukturvoraussetzungen erfüllen oder sich bei Antragstellung verpflichten, diese Voraussetzungen innerhalb von zwei Jahren zu erfüllen, erteilt die KVNo nach Beratung der sog. Gemeinsamen Einrichtung⁵ die Genehmigung zur Teilnahme am Vertrag.

Stationäre Einrichtungen können – um Teilnehmer am DMP zu werden – gemäß § 5 Abs. 2 des DMP-Vertrags bei der Gemeinsamen Einrichtung schriftlich einen Antrag entsprechend den in § 4 sowie in Anlage 2 des DMP-Vertrags dargelegten Voraussetzungen und Teilnahmebedingungen stellen. Die Gemeinsame Einrichtung überprüft, ob die Teilnahmevoraussetzungen vorliegen.

* Christian Koenig ist Direktor, Daniela Beer und Kristin Hentschel sind wissenschaftliche Referentinnen am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Aufsatz beruht auf einem Rechtsgutachten.

▷ Sie empfiehlt gegebenenfalls den Vertragspartnern – also der KVNo und den Krankenkassen – den Beitritt zu dem Vertrag rechtsverbindlich anzunehmen. Die Krankenkassen erteilen gemeinsam die Genehmigung zur Teilnahme am Vertrag.

Für diejenigen Krankenkassen, die nicht als Vertragspartner an dem Programm beteiligt sind, besteht die Gefahr, gegenüber den teilnehmenden Vertragspartnern wirtschaftlich benachteiligt zu werden. Eine wirtschaftliche Benachteiligung dieser Kassen kann sich aus der finanzwirksamen Verknüpfung der DMPs mit dem Risikostrukturausgleich (RSA) ergeben:

Die inhaltlichen Anforderungen an DMPs, das Zulassungsverfahren und die Gebührenregelung werden in der Risikostrukturausgleichsverordnung (RSAV) geregelt. Mit der Einführung der DMPs werden den Krankenkassen für diejenigen chronisch Kranken, die in die Programme eingeschrieben sind, im RSA erhöhte standardisierte Ausgaben zugeschrieben. Die Versicherten, die in DMPs eingeschrieben sind, bilden eigene Versichertengruppen i.S.d. § 267 Abs. 2 SGB V (§ 2 Abs. 1 RSAV). Krankenkassen, die einschlägig chronisch Kranke in umfassender Anzahl versichern, erhalten folglich im RSA Abschläge nunmehr auch für Versicherte mit bestimmten Krankheitsbildern (morbiditätsorientierter RSA):

Damit wird erstmals dafür Sorge getragen, dass den Krankenkassen, die sich um eine gezielte Verbesserung der Versorgung ihrer chronisch kranken Versicherten bemühen, kein finanzieller Nachteil entsteht. Vielmehr wird diesbezüglich ein ökonomischer Anreiz konstituiert. So findet erstmals Wettbewerb um eine optimale gesundheitliche Versorgung dieser Patienten statt und die Kas-

sen, die entsprechende Versorgungsangebote anbieten, werden nicht länger diskriminiert.⁶

Diese Vorteile realisieren sich allerdings nur im Hinblick auf die am DMP-Vertrag im Einzelfall teilnehmenden Krankenkassen. Die nicht vertragsbeteiligten Kassen erleiden einen wirtschaftlichen Nachteil zum einen durch die Reduzierung der ihnen zufließenden Mittel aus dem RSA. Zum anderen steht zu befürchten, dass Versicherte nicht teilnehmender Kassen, die am neuen Versorgungsangebot teilnehmen wollen, zu teilnehmenden Kassen abwandern.

Vor diesem Hintergrund bedarf es einer sorgfältigen Analyse der rechtlichen Vorgaben, denen der DMP-Vertrag und seine Durchführung unterworfen sind. Die folgende Untersuchung beschäftigt sich dabei vorrangig mit der Frage, ob und inwieweit das geltende Vergaberecht für die Ausgestaltung des DMP eine Rolle spielt. Diese Frage stellt sich insbesondere im Hinblick auf die Beteiligung stationärer Einrichtungen am DMP. Ferner sollen eventuelle sonstige rechtliche Probleme, die der Abschluss und die Durchführung eines DMPs aufwirft, aufgezeigt werden.

II. Vergaberechtliche Beurteilung

Die folgende – vergaberechtliche – Überprüfung betrifft weniger den eigentlichen DMP-Vertrag zwischen den teilnehmenden Krankenkassen und der KVNo als vielmehr die auf dessen Grundlage zu schließenden Teilnahmevereinbarungen mit Vertragsärzten, stationären Einrichtungen und Kooperationszentren.

Bei der Beurteilung kann die Ebene des Zusammenschlusses der Krankenkassen mit der KVNo außer Acht gelassen werden: Das Zusammenfin-

den dieser Vertragspartner bietet keinen Raum für eine Anwendung des Vergaberechts. Denn hierbei handelt es sich nicht um eine Auswahl bestimmter Teilnehmer zum Zwecke der Leistungsbeschaffung, sondern um einen Zusammenschluss mehrerer Vertragspartner auf „Auftraggeberseite“.⁷ Die vergaberechtliche Beurteilung muss folglich nicht im Hinblick auf eine etwaige Teilnahme einer Kasse am DMP erfolgen. Vielmehr geht es um die Bewertung der Beziehungen zwischen den Krankenkassen und der KVNo einerseits und den Leistungserbringern, die dem DMP-Vertrag beitreten und an dem strukturierten Behandlungsprogramm teilnehmen wollen, andererseits.

Der vergaberechtlichen Beurteilung liegen die europäischen Vergaberichtlinien⁸ mit ihren Vorgaben zur Koordinierung der nationalen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge und zur Durchführung einer europaweiten Ausschreibung ab dem Erreichen bestimmter Schwellenwerte zugrunde. Diese wurden in Deutschland mit dem neuen Vierten Teil des GWB umgesetzt. Im GWB ist die Vergabe derjenigen öffentlichen Aufträge geregelt, deren Auftragswerte die fest-

▷

G-DRGs-Pocket-Guide

Generell an alle Krankenhausmitarbeiter wendet sich die kleine Broschüre „G-DRGs: Professionell zum Krankenhauserfolg!“. Sie ist in der Reihe „Pocket-Guide für das Krankenhaus“ von Bayer Vital erschienen und enthält unter anderem Checklisten, wie man die Sache beginnt. Die kostenlose Broschüre kann bei der Bayer Vital GmbH, Pharma-Vertrieb/Klinikmanagement, Geb. D 162, 61368 Leverkusen, bezogen werden.

▷ gelegten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.⁹

Eine Anwendung des – im deutschen GWB umgesetzten – EG-Vergaberechts nach Maßgabe der §§ 97 Abs. 6, 127 GWB, § 4 Abs. 1 Vergabeverordnung (VgV) i.V.m. der VOL/A wäre im Rahmen des in Rede stehenden Vorhabens nur unter drei Voraussetzungen zwingend, die kumulativ vorliegen müssen:

– Erstens müsste das *vergaberechtliche* Regelungssystem als solches auf die Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen und der KVNo sowie den Leistungserbringern überhaupt *Anwendung* finden.

– Zweitens müssten die Vertragspartner – die *Krankenkassen und die KVNo* – als *öffentliche Auftraggeber* i.S.d. §§ 97 Abs. 1, 98 GWB tätig werden.

– Drittens müsste ein *öffentlicher Auftrag* in Rede stehen, der die in § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. der VgV festgelegten *Schwellenwerte* erreicht.

1. Generelle Anwendbarkeit des Vergaberechts

Das Vergaberecht des Vierten Teils des GWB kann im Hinblick auf die in Rede stehenden vertraglichen Beziehungen nicht a priori außer Acht gelassen werden.

Der neugefasste § 69 SGB V schließt die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht aus. Zwar hat das Bundessozialgericht in Übereinstimmung mit der gesetzgeberischen Absicht neben dem UWG auch die Vorschriften des GWB als unmittelbar anwendbare Rechtsgrundlagen für die Beurteilung von Handlungen gesetzlicher Krankenkassen im Leistungserbringungsrecht ausgeschlossen.¹⁰ Jedoch lassen die Wortwahl der Begründung des Gesetzesentwurfs, die Entstehungsgeschichte

und die im Zuge der Neufassung des § 69 SGB V vorgenommenen Änderungen in § 51 Sozialgerichtsgesetz sowie §§ 87, 96 GWB gleichermaßen den Willen des Gesetzgebers erkennen, nur die Anwendung der *kartellrechtlichen* Vorschriften des GWB auszuschließen, nicht jedoch die EG-vergaberechtlichen.¹¹ Letzteres wäre angesichts des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts vor jedweden nationalen Recht auch gar nicht möglich.¹²

2. Persönlicher Anwendungsbereich – der öffentliche Auftraggeber

Der persönliche Anwendungsbereich des vergaberechtlichen Regelungsregimes ist eröffnet, wenn der Nachfrager einer Leistung als „*öffentlicher Auftraggeber*“ i.S.v. §§ 97 Abs. 1, 98 GWB einzuordnen ist. Das Tatbestandsmerkmal *öffentlich* lässt sich im Hinblick auf die zu beurteilenden Krankenkassen sowie die KVNo bejahen:

Nach § 98 Nr. 2 GWB gehören zu den öffentlichen Auftraggebern juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art¹³ zu erfüllen, sofern sie von den Gebietskörperschaften oder deren Verbänden finanziert oder hinreichend kontrolliert werden. Die gesetzlichen Krankenkassen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. § 4 Abs. 1 SGB V),¹⁴ deren Einrichtung durch Hoheitsakt erfolgt und die unter der staatlichen Rechtsaufsicht einer Gebietskörperschaft stehen (§ 90 Abs. 2 SGB IV).¹⁵ Durch die Erfüllung von Aufgaben der Gesundheitsfürsorge erbringen sie Aufgaben im Allgemeininteresse, die auch nicht gewerblicher Art¹⁶ sind. Indizielle Bedeutung kommt insoweit dem Anhang I der Richtlinie 93/37/EWG zu, auf den Art. 1 b)

UAbs. 3 Richtlinie 93/36/EWG¹⁷ verweist. Dieser Anhang listet die Rechtsträger auf, welche die genannten Merkmale erfüllen. In diesem Anhang finden sich als Klammerszusatz zur Sozialversicherung auch die Krankenkassen. Auch die KVNo wird sich unter das Tatbestandsmerkmal des *öffentlichen* Auftraggebers einordnen lassen. Denn bei dieser handelt es sich ebenfalls um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, auf welche die oben dargelegten Kriterien zutreffen.¹⁸

Sofern die Krankenkassen und die KVNo als „Auftraggeber“ einzuordnen sind, erfüllen sie also die Voraussetzungen, die § 98 Nr. 2 GWB an die Charakterisierung als *öffentlicher Auftraggeber* stellt.¹⁹

Fraglich ist allerdings, ob die im Vertrag aufgeführten Krankenkassen und die KVNo als *Auftraggeber* einzuordnen sind.

Als Auftraggeber können die Krankenkassen und die KVNo angesehen werden, wenn sie zur Deckung eines vorhandenen Bedarfs im Rahmen von Verträgen bestimmte Leistungserbringer auswählen, an die sie unter Ausschluss anderer Leistungserbringer einen Beschaffungsauftrag erteilen. Ob dies der Fall ist, muss im Zusammenhang mit dem Begriff des Auftrags geklärt werden: Nur wenn die Krankenkassen bzw. die KVNo im konkreten Fall tatsächlich (*öffentliche*) Aufträge vergeben, kommt eine Charakterisierung als (*öffentlicher*) Auftraggeber in Betracht.²⁰

3. Sachlicher Anwendungsbereich – der öffentliche Auftrag

Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts i.S.d. GWB ist eröffnet, wenn es sich bei dem zu beurteilenden Vorhaben um einen *öffentlichen Auftrag* i.S.d. § 99 GWB handelt, der die in der Vergabever-

▷

▷ ordnung festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet (§ 100 GWB).

Öffentliche Aufträge sind nach der Definition des § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen. Sofern man die Vereinbarungen der Krankenkassen und der KVNo mit den jeweiligen Leistungserbringern als Beschaffungsverträge einordnet, würde es sich sowohl in Bezug auf ärztliche Leistungen als auch in Bezug auf die stationäre Versorgung um Dienstleistungsaufträge i.S.d. § 99 Abs. 4 GWB handeln. Für Dienstleistungsaufträge beträgt der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV jeweils € 200 000,-. Ein Erreichen dieses Schwellenwerts wäre im konkreten Fall zu beurteilen.²¹

Es spielt entgegen der Gesetzesbegründung zu § 99 Abs. 2 GWB keine Rolle, ob es sich bei den in Rede stehenden Aufträgen um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge handelt. In den zu Grunde liegenden EG-Richtlinien findet sich eine derartige Differenzierung, die letztlich auch keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat, nicht. Auch der EuGH hat in der Rechtssache C-399/98 betont, dass die Anwendung des Vergaberechts nicht davon abhängt, ob die Vertragsbeziehungen dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterliegen.²²

Für das Vorliegen eines Auftrags, d. h. eines Beschaffungsvorgangs, ist es entscheidend, dass eine bindende *Auswahl* zwischen verschiedenen, miteinander im Wettbewerb um die zu vergebende Leistung stehenden Bewerbern stattfindet.²³ Dies ist der Fall, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen bestimmten Anbieter verpflichtet, eine konkrete zu be-

schaffende Lieferung oder Dienstleistung gegen eine Gegenleistung²⁴ zu erbringen.

Zudem ist in der EG-Sektorenkoordinierungsrichtlinie²⁵ vorgesehen, dass auch *Rahmenverträge*, in denen die Bedingungen für spätere Einzelaufträge geregelt werden, als vergaberechtlich relevante Aufträge anzusehen sind, wenn nachfolgend die Einzelaufträge nur aufgrund der Rahmenvereinbarung und ohne Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden, wenn also bereits eine Bindung hinsichtlich der Anbieterauswahl erfolgt.²⁶ Zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen spricht viel dafür, solche Rahmenverträge auch außerhalb der betroffenen Sektoren als öffentliche Aufträge zu werten.²⁷

Konkret ist also zu untersuchen, ob es sich bei den Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen, der KVNo und den Leistungserbringern um vergaberechtlich relevante Beschaffungsvorgänge in dem dargelegten Sinne handelt.

Die insoweit entscheidende Vorgehensweise der Vertragspartner gestaltet sich wie folgt:

Ausweislich des Vertrags werden DMP-Vertragsärzte sowie stationäre Einrichtungen und so genannte Kooperationszentren als Leistungserbringer in das Behandlungsprogramm integriert. Über ihren Beitritt entscheiden die an dem DMP-Vertrag teilnehmenden Krankenkassen und die KVNo. Sie sind es, die gemäß § 6 des DMP-Vertrags die Teilnahmegenehmigung für die Leistungserbringer erteilen, sofern diese die vertraglich vorgesehenen Teilnahmevoraussetzungen und Qualifikationen erfüllen und eine Teilnahmeerklärung gemäß § 5 des DMP-Vertrags abgegeben oder einen entsprechenden Einzelvertrag mit den Krankenkassen abgeschlossen haben.

Qualitätsmanagement in Klinik und Praxis

Beirat

Schweiz:

Dr. med. H. H. Brunner, Bern (Präsident FMH-Verbindung der Schweizer Ärzte); **Dr. med. habil. R. Cranovsky**, MPH, Meggen (Qualitätsbeauftragter der FMH); **Prof. Dr. med. F. Gutzwiller**, Zürich (Direktor des Instituts für Sozial- und Präventivmedizin der Universität Zürich); **Dr. med. J. Schilling**, Zürich (Institut für Sozial- und Präventivmedizin der Universität Zürich)

Österreich:

Hofrat Dr. R. Fischer, Wien (Vizepräsident der Niederösterreichischen Ärztekammer); **Dr. A. Gomsj**, Graz (Krankenanstaltenges. mbH); **Dr. R. Griessner**, Ternitz; **Prof. Dr. E. Hauke**, Wien (LBI für Krankenhausorganisation); **Magister G. Holler**, Wien (Österreichische Ärztekammer); **Dr. R. Mechtler** (Institut für Pflege- und Gesundheitssystemforschung), Linz; **Dr. W. Michtner**, Wien (Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales, Sektion VIII, Gesundheitswesen); **Dr. G. Nahler**, Wien (Clinical Investigation Support); **Dr. G. Seiler**, Wien (Leiterin des Instituts für Qualitätssicherung im Gesundheitswesen der Niederösterreichischen Ärztekammer); **Dr. G. Weintögl**, Wien (Präsident der Niederösterreichischen Ärztekammer)

Deutschland:

Univ.-Prof. Dr. G. E. Braun, Neubiberg (Universität der Bundeswehr München); **RA M. G. Broglie**, Wiesbaden (Berufsverband Deutscher Internisten); **Prof. Dr. med. C. Diehm**, Karlsbad-Langensteinbach (Deutsche Gesellschaft für Angiologie); **R.-D. Duplois**, Frankfurt/Main, (DQS - Deutsche Gesellschaft für Qualitätssicherung); **Dr. med. Dr. jur. A. P. F. Ehlers**, München, (Rechtsanwalt); **Prof. Dr. med. A. Ekkernkamp**, Berlin (Unfallkrankenhaus); **Prof. Dr. W. Feiden**, Homburg (Deutsche Gesellschaft für Neuropathie und Neuroanatomie); **Dr. med. W. G. Gehring**, Bad Münden (Deutsche Klinik für Anti-Ageing); **Prof. Dr. E. Grünwald**, Fulda (Deutsche Gesellschaft für Nuklearmedizin); **Prof. Dr. med. H. C. Korting**, München (Deutsche Dermatologische Gesellschaft); **Prof. Dr. med. H. Melchior**, Kassel (Deutsche Gesellschaft für Urologie); **Dr. med. U. Oesingmann**, Dortmund (KV Westfalen-Lippe); **Prof. Dr. med. K. Voigt**, Tübingen (Deutsche Gesellschaft für Neuroradiologie); **RA H. Wartensleben**, Stolberg (Rechtsanwalt)

USA:

Dr. med. C. Steinbock, New York (St. Clare's Hospital and Health Center)

▷

▷

▷

Bei der Einbindung der Leistungserbringer in den DMP-Vertrag sind verschiedene Ebenen zu unterscheiden, auf welchen sich eine vergaberechtlich relevante Auswahl vollziehen könnte:

a) Auswahl im Anschluss an den Beitritt

Der Vertragstext sieht eine Auswahl unter denjenigen Leistungserbringern, die ihren Beitritt erklärt haben, nicht vor. Nach dem Beitritt haben die Vertragsärzte sowie die Einrichtungen einen vertraglichen Anspruch auf Teilnahme an dem Behandlungsprogramm zu den vertraglich festgelegten²⁸ Bedingungen. Eine Eingrenzung des teilnehmenden Kreises kommt dann nicht mehr in Betracht. Insoweit scheidet eine vergaberechtlich relevante Auswahl also aus.

b) Auswahl durch Festsetzung der Strukturvoraussetzungen und Qualitätskriterien

Auch wird sich die dem Vertragsschluss vorangegangene Festlegung

der Qualitätskriterien nicht als vergaberechtlich relevante (Vor-)Auswahl bewerten lassen.

Durch die Aufstellung von Qualitätsvoraussetzungen und Strukturvoraussetzungen wird lediglich der Kreis der potenziellen Teilnehmer eingegrenzt. Allein in der Festlegung von fach- und indikationsspezifischen Teilnahmevoraussetzungen liegt indes noch keine Auswahlentscheidung im Sinne des Vergaberechts. Solange innerhalb dieses Teilnehmerkreises keine weitere Auswahl getroffen werden soll, ist für ein Vergabeverfahren kein Raum.

Zu beachten ist allerdings, dass die Voraussetzungen, die die Beitretenden zu erfüllen haben, nicht diskriminierend sein dürfen.²⁹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Teilnahme- und Strukturvoraussetzungen über die Zulassungsvoraussetzungen für Ärzte und Krankenhäuser in der gesetzlichen Regelversorgung hinausgehen.³⁰ Es können deshalb von den zugelassenen Ärzten und Krankenhäusern nur diejenigen an dem DMP teilnehmen, die die weitergehenden Voraussetzungen erfüllen. Diese Situation soll unter Diskriminierungsgesichtspunkten unter III. untersucht werden. Für die konkrete vergaberechtliche Begutachtung bleibt zunächst nur festzuhalten, dass mangels Auswahlentscheidung auf dieser Ebene kein Vergaberecht anzuwenden ist.

c) Auswahl auf der BeitrittsEbene

Schließlich kann das Vorliegen eines ausschreibungspflichtigen Sachverhaltes auf der BeitrittsEbene erwogen werden. Hier kommt eine Anwendung des Vergaberechts in Betracht, wenn eine bindende Vorauswahl durch die Krankenkassen und die KVNo getroffen wird und diese Vorauswahl die spätere Inan-

spruchnahme der ausgewählten Leistungserbringer durch Versicherte bereits so weit determiniert, dass von einem Beschaffungsvorgang der Krankenkassen ausgegangen werden kann.

aa) Vertragsärzte

Eine solche Situation liegt im Hinblick auf die Vertragsärzte nicht vor. Hier fehlt es schon an einer relevanten Vorauswahl durch die Krankenkassen bzw. durch die KVNo. Denn für die Vertragsärzte wird eine Teilnahme genehmigung von der KVNo nach Beratung mit der so genannten Gemeinsamen Einrichtung schon dann ausgesprochen, wenn entweder die Teilnahme- und Strukturvoraussetzungen vorliegen oder aber der Arzt sich verpflichtet, diese binnen zwei Jahren zu erfüllen.³¹ Nach der gegenwärtigen Vertragsgestaltung soll also eine Teilnehmerbegrenzung nicht stattfinden. Für Auswahlentscheidungen bleibt kein Raum.

Darüber hinaus wird die Auftragslage der Vertragsärzte nicht bereits durch den Beitritt, sondern erst durch die Auswahl der Anbieter im jeweiligen Bedarfsfall bestimmt. Der Vertrag sieht ausdrücklich die Auswahl des Arztes durch die Versicherten vor. Auch ein Wechsel des Arztes sowie die Möglichkeit der Überweisung an einen Arzt, der an dem DMP-Vertrag nicht teilnimmt, sind im Vertrag vorgesehen.³²

bb) Stationäre Einrichtungen/ Kooperationszentren

Auch im Hinblick auf stationäre Einrichtungen und Kooperationszentren ist zweifelhaft, ob ein ausschreibungspflichtiger Sachverhalt gegeben ist. Es spricht vieles dafür, die zwingende Anwendung des Vergaberechts schon aufgrund des Fehlens einer teilnehmerbegrenzenden Auswahlentscheidung abzulehnen:

▷

Richtfest für das Mutter-Kind-Zentrum des Klinikums der Philipps-Universität Marburg

Mitte Juli 2003 konnte das Klinikum der Philipps-Universität Marburg das Richtfest des Mutter-Kind-Zentrums auf den Lahnbergen feiern. Als Ergänzung zum 1. Bauabschnitt entstehen für knapp 100 Mio. EUR modernste Räumlichkeiten für Lehre, Forschung und Krankenversorgung in der Frauen- und Kinderheilkunde, in die etliche zentrale Einrichtungen, wie Apotheke, Blut- und Plasmaspendebereich und Sterilisationsabteilung, für das gesamte Universitätsklinikum Marburg integriert sind. Der Bezug soll im Sommer 2005 sein.

▷

Anders als im Zulassungssystem der GKV-Regelversorgung ist nach dem DMP-Vertrag die Teilnahme der stationären Einrichtungen am DMP-Programm nicht am Bedarf ausgerichtet. Vielmehr sind – ähnlich wie bei den Vertragsärzten – die vertraglichen Beitrittsmöglichkeiten und Teilnahmevoraussetzungen so ausgestaltet, dass grundsätzlich jede Einrichtung, die die Strukturvoraussetzungen erfüllt, dem DMP-Vertrag beitreten kann.

Hier ließe sich allenfalls daran anknüpfen, dass die um Teilnahme ersuchenden Einrichtungen, auch wenn die erforderlichen Strukturvoraussetzungen gegeben sind, lediglich von der Gemeinsamen Einrichtung *empfohlen* werden. Erst nach dieser Empfehlung erteilen die Krankenkassen gemeinsam die Teilnahme genehmigung.

Insoweit, so könnte man argumentieren, bleibt Raum für ablehnende Entscheidungen und damit für eine Auswahl. Nach seiner gegenwärtigen Ausgestaltung dürfte der DMP-Vertrag allerdings eher so zu verstehen sein, dass eine Empfehlung immer dann, wenn die Qualitätsvoraussetzungen vorliegen, auch ausgesprochen wird. Nach Wortlaut und Systematik des § 6 Abs. 2 des Vertrags³³ soll es sich bei dem vorgeschalteten Verfahren um eine besondere Ausgestaltung der Qualitätsprüfung handeln. Als Option, auch solche Einrichtungen abzulehnen, die die Voraussetzungen erfüllen, wird man die Vorschrift jedenfalls gegenwärtig kaum verstehen können. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage wird man momentan jedoch noch nicht vornehmen können, da es an jedweden Erfahrungswerten bei der Umsetzung der DMPs mangelt. Problematisch kann sich diese Frage einmal dann erweisen, wenn die Zahl der teilnehmenden stationären Ein-

richtungen mengenmäßig begrenzt werden muss.

Nach der gegenwärtigen Vertragsgestaltung findet also lediglich eine Teilnahmevoraussetzungs- und Qualitätsprüfung statt, ohne dass eine weitere Auswahl unter denjenigen teilnahmewilligen Einrichtungen erfolgt, die diese Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere fehlt es – ebenso wie bei den Vertragsärzten – auch bei den stationären Einrichtungen an einer quantitativen Begrenzung der Gestalt, dass eine Einrichtung abgelehnt wird, weil man eine andere zulässt.

In dieser konkreten Situation ist der Zweck des Vergaberechts nicht einschlägig, nach welchem unter Wahrung des Diskriminierungsgrundsatzes eine wirtschaftlich optimierte Auswahl aus verschiedenen geeigneten Anbietern getroffen und damit ein Wettbewerb geschaffen werden soll.

Zusammenfassend spricht nach der aktuellen Vertragsausgestaltung also Vieles gegen eine Pflicht der Krankenkassen und der KVNo zur Beachtung der auf der Grundlage der EG-Vergaberichtlinien erlassenen Vorschriften im GWB, in der Vergabeverordnung und in der Verdingungsordnung für Leistungen.³⁴

d) Anwendung zusätzlicher Auswahlkriterien

Etwas anderes käme allenfalls in Betracht, wenn – abweichend von der derzeitigen Vertragsgestaltung – eine weitergehende, insbesondere quantitativ begrenzende, Auswahl der Einrichtungen erfolgte. Konkret wäre dies der Fall, wenn eine stationäre Einrichtung, welche die vertraglichen Strukturvoraussetzungen erfüllt und sich zu seiner Einhaltung verpflichtet, trotz Vorliegen dieser Voraussetzungen – wegen begrenzter Platzzahl – nicht empfohlen oder

aber trotz Empfehlung abgelehnt würde.

Würde ein Krankenhaus oder ein Kooperationszentrum ungeachtet der Erfüllung aller Kriterien abgelehnt, so ließe sich eine vergaberechtlich relevante Vorauswahl bejahen. Für die Anwendbarkeit des Vergaberechts wäre dann in Bezug auf die konkrete Auftragserteilung an die stationären Einrichtungen danach zu differenzieren, ob die Anbieter durch die Versicherten oder durch die Krankenkassen ausgewählt werden.

Die Krankenkassen steuern die Auswahlentscheidung der Versicherten zugunsten des DMP-Programms und damit zugunsten der teilnehmenden Einrichtungen, indem sie durch umfangreiches Informationsmaterial besondere indikationsspezifische Behandlungsabläufe und qualitative Besonderheiten innerhalb des DMP-Programms herausstellen. Deshalb könnte man argumentieren, dass aufgrund des Abschlusses von Teilnahmevereinbarungen mit bestimmten Einrichtungen eine Vorauswahl seitens der Krankenkasse erfolgt und die Entscheidung der Versicherten zur Teilnahme an dem DMP-Programm und damit zur Wahl dieser stationären Einrichtungen maßgeblich durch von der Krankenkasse gesetzte Anreize beeinflusst wird. Für die teilnehmenden Einrichtungen besteht deshalb die Aussicht auf vermehrte Inanspruchnahme ihrer Leistungen durch teilnehmende Versicherte: Gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 8 des Vertrags erfolgt die stationäre Versorgung der am DMP-Behandlungsprogramm teilnehmenden Patienten durch die teilnehmenden stationären Einrichtungen.

Ob insoweit bereits die Auswahl bestimmter Einrichtungen einen öffentlichen Auftrag darstellt, wird unter Zugrundelegung der konkreten

▷

▷ Umstände im jeweiligen Einzelfall zu überprüfen sein. So könnte eine vergaberechtlich relevante Auswahl vorliegen, wenn die Krankenkassen beispielsweise bestimmte Vergünstigungen oder Vorteile an die Inanspruchnahme bestimmter Einrichtungen knüpfen und dann so wenige Einrichtungen auswählen, dass die Versicherten faktisch dazu angehalten sind, diese in Anspruch zu nehmen, wenn sie von den in Aussicht gestellten Vorteilen profitieren wollen. Eine ähnliche Problematik bestünde, wenn – gegebenenfalls in bestimmten Regionen – faktisch nur sehr wenige oder sogar nur einzelne Einrichtungen an dem Programm teilnehmen, oder wenn in bestimmten Regionen nur einzelne Einrichtungen vorhanden sind.

III. Sonstige rechtliche Vorgaben

1. Kartellrecht

Unabhängig von der vergaberechtlichen Beurteilung können DMP-Verträge möglicherweise kartellrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein. Dies setzt zunächst voraus, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht auf den zu untersuchenden Sachverhalt anwendbar ist. Geht man – entgegen der bisherigen sozialgerichtlichen Rechtsprechung³⁵ – von einer Anwendbarkeit des GWB aus³⁶, so kommt eine Heranziehung von § 1 GWB in Betracht. Da die Landesverbände der Krankenkassen (Nordrhein-Westfalen) den DMP-Vertrag gemeinsam geschlossen haben, könnte darin ein verbotener Kartellvertrag liegen. Verwaltungsrechtliche Rechtsfolge wäre eine Untersagungsverfügung der Kartellbehörde nach § 32 GWB, zivilrechtliche Rechtsfolge die Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen.

Zudem könnte sich ein Zugangsanspruch einer bei Vertragsschluss un-

berücksichtigt gebliebenen Kasse zum DMP-Vertrag aus §§ 19, 20 Abs. 1 GWB ergeben, wenn es zutrifft, dass die vertragsschließenden Kassen des DMP-Vertrags ihre marktbeherrschende Stellung im Vertragsgebiet missbräuchlich ausnutzen oder die außerhalb des Vertrags stehende Kasse im Geschäftsverkehr behindern. An eine solche Behinderung ließe sich aufgrund der wirtschaftlichen Benachteiligung denken, die für die nicht vertragsbeteiligten Krankenkassen durch die Reduzierung der ihnen aus dem RSA zufließenden Mittel entsteht. Die Beurteilung der kartellrechtlichen Fragen bedarf indes einer umfassenden Untersuchung, die aufgrund ihres Umfangs nicht zum Gegenstand dieser schwerpunktmäßig vergaberechtlichen Abhandlung gemacht werden kann.

2. Diskriminierungsfreie Einbeziehung der Leistungserbringer

Rechtliche Vorgaben für den DMP-Vertrag ergeben sich weiterhin hinsichtlich der Einbeziehung der an dem DMP zu beteiligenden Leistungserbringer. Es stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls nach welchen Kriterien die Krankenkassen den Kreis der einzubeziehenden Leistungserbringer begrenzen dürfen.

a) Grundsätzliche Möglichkeit der Auswahl von Leistungserbringern

Fraglich ist zunächst, ob die Krankenkassen überhaupt ein Recht zur Eingrenzung des Teilnehmerkreises haben, oder ob nicht vielmehr *jeder* Leistungserbringer, der die Zulassung zur Versorgung im Rahmen der GKV kraft der Erfüllung bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen erworben hat, per definitionem auch die Möglichkeit erhalten muss, Leistungserbringer im Rahmen eines DMP-Vertrags zu sein. Diese Frage stellt sich vor dem Hintergrund des

Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes. Die vereinbarten *vertraglichen* Bestimmungen konstituieren inhaltliche Voraussetzungen zur Teilnahme der Vertragsärzte am DMP-Vertrag – dies betrifft die ambulante Versorgung und die Versorgung in stationären Einrichtungen gleichermaßen. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um statusrechtliche Bestimmungen, die den Zugang zum öffentlich-rechtlichen System der integrierten Versorgung innerhalb eines DMPs betreffen und mithin die Berufsfreiheit des Art. 12 GG tangieren. Das Bundessozialgericht hat mehrfach entschieden, dass derartige statusrechtliche Bestimmungen nach der Wesentlichkeitstheorie dem Gesetzesvorbehalt unterliegen und daher durch den Gesetzes- und Verordnungsgeber selbst geregelt werden müssen.³⁷

Denn die *Zulassung* des Vertragsarztes gemäß §§ 95, 95 a SGB V berechtigt diesen grundsätzlich zur Erbringung sämtlicher ärztlicher Leistungen. Einschränkungen ergeben sich hier ausschließlich über das geltende Berufsrecht so z. B. der Weiterbildungsordnung und über die Qualitätsanforderungen des SGB V.³⁸ Im Hinblick auf die stationären Einrichtungen führt die *Zulassung* gemäß § 108 SGB V zur Berechtigung und Verpflichtung zur Krankenhausbehandlung.

Der DMP-Vertrag stellt nun als Voraussetzung für die Teilnahme am DMP besondere, weitere Voraussetzungen auf. Hierfür findet sich aber insofern eine gesetzliche Grundlage, als die Vertragspartner in der Integrationsvereinbarung gemäß § 140 b Abs. 4 SGB V das gesamte Leistungserbringungsrecht des § 69 ff. SGB V (Viertes Kapitel) suspendieren können, soweit das „dem Sinn und der Eigenart der integrierten Versorgung

▷

▷ entspricht, die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der integrierten Versorgung verbessert oder aus sonstigen Gründen zu ihrer Durchführung erforderlich ist“.

Das Ziel der Qualitätsverbesserung in der vertragsärztlichen Versorgung im Rahmen einer integrierten Versorgung setzt solche Abweichungen von den allgemeinen Zulassungsanforderungen des Leistungserbringungsrechts voraus. Es kann nur erreicht werden, wenn die teilnehmenden Ärzte auf die Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards vertraglich verpflichtet werden. Dies gilt insbesondere auch, wenn die integrierte Versorgung wie hier im Rahmen eines DMP zur Verbesserung der Behandlung einer bestimmten chronischen Krankheit durchgeführt werden soll. Es muss gewährleistet werden, dass die Leistungserbringer sich auf dem betroffenen Gebiet fachlich auf dem Laufenden halten, an entsprechenden Schulungen teilnehmen, die für eine Kooperation notwendige Infrastruktur bereithalten etc. Ohne entsprechende Anforderungen an den Leistungserbringer können die Ziele der qualitätsgesicherten, innovativen Ausgestaltung der Versorgung bei übergreifender Koordinierung zwischen den Leistungserbringern nicht erreicht werden. Dem Gesetzesvorbehalt wird darüber hinaus insofern Rechnung getragen als die RSAV hinreichend konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung der Anforderungen in den Verträgen macht.³⁹ Eine Begrenzung des Kreises der teilnehmenden Leistungserbringer nach Maßgabe der genannten Qualitätskriterien ist daher grundsätzlich zulässig.

b) Vorgaben des Diskriminierungsverbots

Im Rahmen der Aufstellung der Teilnahmevoraussetzungen und deren

Umsetzung sind die gesetzlichen Krankenkassen verpflichtet, nur nach Maßgabe objektiver und diskriminierungsfreier Kriterien im Rahmen eines transparenten Verfahrens vorzugehen.

Das Verbot einer sachwidrigen Differenzierung zwischen den Leistungserbringern folgt bereits aus dem die Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften bindenden Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie der Berufsausübungsfreiheit der Leistungserbringer aus Art. 12 Abs. 1 GG.⁴⁰ Die Leistungserbringer können sich gegenüber den Krankenkassen auf diese Grundrechte berufen. Hieraus ergibt sich die Pflicht der Krankenkassen, allen (zugelassenen)⁴¹ Leistungserbringern gleiche Chancen⁴² zum Abschluss von Sondervereinbarungen – wie auch die Verträge zum Abschluss von DMPs sie darstellen – einzuräumen.

Kein Leistungserbringer⁴³ darf – ohne sachlichen Grund – von der Möglichkeit zum Vertragsschluss mit der Krankenkasse ausgeschlossen werden.⁴⁴ Denn jeder Leistungserbringer, der nicht zu den DMP-Vertragspartnern gehört, wird im Vergleich zu den ausgewählten Partnern insofern benachteiligt, als die Versicherten zur Inanspruchnahme seiner Wettbewerber bestimmt werden, sofern sie von der Versorgung im Rahmen des DMP profitieren wollen. Er wird zwar dadurch nicht von der Versorgung innerhalb der GKV an sich ausgeschlossen. Jedoch wird er in seiner Wettbewerbsposition beeinträchtigt, da er nicht gleichermaßen in die Lage versetzt wird, die nachgefragte qualitativ besonders hochwertige Leistung anzubieten. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist nur mit Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 GG vereinbar, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist.⁴⁵ Die Auswahl bestimmter Vertragspartner darf außerdem nicht

zu einer Monopolisierung auf Seiten der Leistungserbringer führen.⁴⁶ Um dies zu vermeiden, muss *allen* Leistungserbringern⁴⁷ die Chance gegeben werden, zu den Partnern eines DMP-Vertrags zu gehören.

Fraglich ist, ob der DMP-Vertrag diesen Anforderungen ausreichend Rechnung trägt. Vertragspartner wird nur der Leistungserbringer, der die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Die damit verbundenen Konsequenzen werden im Hinblick auf die Vertragsärzte besonders deutlich. So können die nicht teilnehmenden Gynäkologen bestimmte Leistungen, die im Programm erbracht werden, z. B. schnellere Diagnostik durch verbesserte Infrastruktur im Rahmen der integrierten Versorgung, nicht bieten. Es wird hier ein Mehr an Konkurrenz geschaffen, obwohl grundsätzlich alle Ärzte, die die einschlägigen gesetzlichen Anforderungen erfüllen, zur Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung berechtigt und verpflichtet sind.

Diese Konsequenz entspricht im Ergebnis jedoch dem mit der integrierten Versorgung und den DMP-Verträgen verfolgten Zweck. Sofern die Teilnahmevoraussetzungen Kriterien darstellen, deren Erfüllung für das Erreichen des Zwecks einer strukturierten, qualitätsgesicherten Behandlung von Brustkrebs erforderlich ist, führt eine Auswahl anhand dieser Kriterien nicht zu einer Monopolisierung oder sachwidriger Diskriminierung der Leistungserbringer. Vielmehr wird der Leistungswettbewerb gerade stimuliert. Erfüllen die Leistungserbringer die Voraussetzungen zur Teilnahme am DMP, so sind sie wegen Art. 12 Abs. 1, Art. 3 GG auf eigenen Wunsch am Vertrag zu beteiligen. Wird ein Leistungserbringer den Teilnahmevoraussetzungen nicht

▷ gerecht, muss er die Folgen des Marktverhaltens seiner Patienten, die sich gegebenenfalls für einen anderen Anbieter entscheiden, tragen.

Soweit die im hier untersuchten DMP-Vertrag aufgestellten Teilnahmeanforderungen aus juristischer Sicht beurteilt werden können, stellen sie im Hinblick auf das Ziel einer qualitativ hochwertigen, strukturierter Behandlung von Brustkrebs sachlich gerechtfertigte Kriterien dar. Dies gilt insbesondere für die vorgesehenen Weiterbildungsverpflichtungen. Da die Leistungserbringer durch ihre Berufsordnungen ohnehin verpflichtet sind, regelmäßig an Weiterbildungen teilzunehmen und sich auf dem neuesten Stand der medizinischen Kenntnisse zu halten, stellen die Anforderungen, die im Rahmen des DMP-Vertrags an den Vertragspartner gestellt werden, auch keinen unverhältnismäßigen Eingriff dar.

3. Sonstige Aspekte

Bei der Durchführung des Vertrags ist darauf zu achten, dass die Freiwilligkeit der Teilnahme der Patienten, wie im Vertrag vorgesehen⁴⁸, tatsächlich gewährleistet wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu überlegen, ob die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datenweitergabe tatsächlich sichergestellt wird.

§ 137 f Abs. 1 SGB V stellt klar, dass kein Zwang auf den chronisch kranken Versicherten ausgeübt werden darf, an einem DMP teilzunehmen. Die für die Durchführung des jeweiligen Programms erforderlichen Daten sollen nur dann von der Krankenkasse erhoben, verarbeitet und genutzt werden können, wenn der Versicherte auf der Grundlage einer *umfassenden Information* durch die Krankenkasse hierin einwilligt. Ob die Freiwilligkeit der Einwilligung im Einzelfall tatsächlich gewährleistet wird, ist allerdings

zweifelhaft, da die am DMP teilnehmenden Ärzte ein wirtschaftliches Interesse an der Einschreibung ihrer Patienten haben. Bei der Durchführung der DMPs gilt es deshalb, die Abläufe entsprechend zu beobachten. Falls Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Voraussetzungen des Datenschutzrechts nicht beachtet werden und der Patient zur Programmteilnahme gedrängt wird, könnten im Einzelfall rechtliche Handlungsoptionen in Betracht kommen.

Insgesamt darf man auf den Fortgang der Entwicklung hinsichtlich des Abschlusses, der Ausgestaltung und der praktischen Umsetzung von DMP-Verträgen nicht nur aus juristischer Sicht gespannt sein. So stellt sich z. B. auch die interessante Frage, ob durch die DMPs tatsächlich die erhofften Kosteneinsparungen im Gesundheitswesen erzielt werden können. Es sei nur darauf hingewiesen, dass selbst die Bundesregierung bei vermehrter Einführung von DMPs bei den Krankenkassen Mehrkosten aufgrund der Entwicklung, Durchführung und Auswertung der Programme nicht ausschließen konnte. Diesen Mehrkosten könnten in Zukunft nach der Einführungsphase entsprechende Minderkosten durch bessere Versorgung der eingeschriebenen chronisch Kranken gegenüberstehen.⁴⁹ So sollen durch präventive und therapeutische Maßnahmen die immer teureren Behandlungen eines fortgeschrittenen Krankheitsverlaufs eingespart werden.

Literatur

¹ Dieser DMP-Vertrag stellt den bislang einzigen – im April 2003 rückwirkend zum 27.02.2003 – vom Bundesversicherungsamt genehmigten DMP-Vertrag dar. Vgl. dazu Clade, DMP Brustkrebs in Nordrhein, Deutsches Ärzteblatt, 2003, A 1033.

² hib Nr. 088, 29.04. 2003.

³ Der Vertragstext mit Anlagen kann im Internet abgerufen werden unter: <http://www.kvno.de/texte/aktuell/meldungn/diabakkr.htm>

⁴ Im Sinne von § 3 Abs. 2 und Abs. 3 des DMP-Vertrags.

⁵ Die Gemeinsame Einrichtung wird gemäß § 31 des DMP-Vertrags nach Maßgabe des § 28 f Abs. 2 Nr. 4 RSAV aus Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft (§ 29 f des Vertrags, § 29 Abs. 2 SGB V) gebildet. Ihre Aufgaben sind in § 32 des Vertrags festgeschrieben. Dazu gehört im Sinne einer Qualitätssicherung unter anderem die Überprüfung der Strukturvoraussetzungen nach Anlage 2.

⁶ Bisher wurden nur die in § 266 SGB V genannten Kriterien (Einnahmen der Mitglieder, Anzahl der nach § 10 SGB V versicherten Personen, Alter und Geschlecht) berücksichtigt, mit der Folge einer Risikoselektion zugunsten gesunder Versicherter.

⁷ Wäre einer vertragsabschlusswilligen Krankenkasse an einer aktiven Teilnahme am DMP-Vertrag gelegen und würden die übrigen Vertragspartner dies verweigern, so ließe sich unter dem Gesichtspunkt des Vergaberechts nicht dagegen vorgehen. In diesem Fall wäre vielmehr im Einzelnen zu prüfen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine einzelne Krankenkasse konkret einen Anspruch auf Teilnahme am Vertrag hat.

⁸ Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (DKR), ABl. EG 1992 Nr. L 209, S. 1, geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 328, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG der Kommission v. 13.9.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 285, S. 1 und deren Berichtigung, ABl. EG 2002 Nr. L 214, S. 1; Richtlinie 93/36/EWG des Rates v. 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (LKR), ABl. EG 1993 Nr. L 199, S. 1, geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 328, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG der Kommission v. 13.9.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 285, S. 1 und deren Berichtigung, ABl. EG 2002 Nr. L 214, S. 1; Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (BKR), ABl. EG 1993 Nr. L 199, S. 54, geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABl. EG 1997 Nr. L 328, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG der Kommission v. 13.9.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 285, S. 1 und deren Berichtigung, ABl. EG 2002 Nr. L 214, S. 1; Richtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenkoordinierungsrichtlinie, SKR), ABl. EG 1993 Nr. L 199, S. 84, geändert durch Richtlinie 98/4/EG, ABl. EG 1998 Nr. L 101, S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/78/EG der Kommission v. 13.9.2001 ABl. EG 2001 Nr. L 285, S. 1 und deren Berichtigung, ABl. EG 2002 Nr. L 214, S. 1.

⁹ Für Aufträge mit Auftragswerten unterhalb der in den EG-Richtlinien bestimmten Schwellen gilt das Haushaltsrecht.

¹⁰ Vgl. BSG, 25.9.2001, B 3 KR 3/01 R; BSG, 2.2.1984, 8 RK 41/82, BSGE 56, 140, 144.



¹¹ Ausführlich Koenig/Busch, Vergabe- und haushaltsrechtliche Koordinaten bei der Hilfsmittelbeschaffung durch Krankenkassen, NZS 2003 (im Erscheinen) unter II.

¹² Darüber hinaus stellt sich im Hinblick auf Vorhaben und Versorgungssysteme außerhalb der gesetzlichen Regelversorgung, bei deren Gestaltung der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet hat, in den Verträgen vom Leistungserbringungsrecht des Vierten Kapitels des SGB V sowie vom Krankenhausfinanzierungsrecht abzuweichen, auch die Frage, ob ein solcher Dispens die zwingende Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Folge haben muss. Vgl. zu Versorgungssystemen § 140b Abs. 4 Satz 1 SGB V. Zur Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner Orłowski, Die BKK 2000, 191, 193; Wigge, NZS 2001, 17, 22. Eingeschränkt wird diese allerdings, soweit – was regelmäßig der Fall sein wird – die vertragsärztliche Versorgung in die Integrationsverträge einbezogen wird. Hier sind die obligatorischen Bundesrahmenvereinbarungen zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und der KBV i.S.d. § 140 d SGB V zu beachten.

¹³ Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt in der Regel keine Aufgabe nicht gewerblicher Art vor, wenn auf dem betroffenen Markt ein entwickelter Wettbewerb stattfindet (Rs. C-360/96, BFI Holding, Slg. 1998, I-6821, Rn. 49). Zwischen den Krankenkassen findet zwar ein Wettbewerb um Mitglieder statt, jedoch spricht viel dafür, diesen angesichts der umfassenden Regulierung im deutschen Sozialrecht als nicht „entwickelt“ zu betrachten (vgl. z. B. den Risikostrukturausgleich sowie den gesetzlich festgelegten Leistungskatalog).

¹⁴ § 4 Abs. 1 SGB V: „Die Krankenkassen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung“.

¹⁵ Das Bayerische OBLG hält die bloße Rechtsaufsicht über eine öffentlich-rechtliche Körperschaft für deren Einordnung als öffentliche Auftraggeberin nicht für ausreichend, BayObLG, Besch., 10.9.2002, Verg 23/02, ZfBR 2003, 77 f.

¹⁶ Zu der Auslegung dieses Merkmals vgl. Thieme, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage 2001, § 98 GWB Rn. 28; Dreher, DB 1998, 2579, 2582 f.; Heise, LKV 1999, 210, 211 f.

¹⁷ Richtlinie 93/36/EWG (LKR) (Fn. 8); Richtlinie 93/37/EWG (BKR) (Fn. 8).

¹⁸ Das Merkmal der „nichtgewerblichen Art“ wird sich mangels entwickeltem Wettbewerb behaupten lassen, da die kassenärztlichen Vereinigungen ein Gebietsmonopol innehaben (Pflichtmitgliedschaft aller im Gebiet der KV niedergelassenen Vertragsärzte).

¹⁹ Heße, SozVers 1997, 88, 90; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, § 98 Rn. 75.

²⁰ Koenig/Engelmann/Hentschel, Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die

Leistungserbringung im Gesundheitswesen, MedR 2003 (im Erscheinen).

²¹ Gemäß § 3 Abs. 4 VgV ist bei regelmäßigen Aufträgen oder Daueraufträgen bei der Schätzung des Auftragswertes auf den Gesamtwert der Aufträge für ähnliche Arten von Lieferungen oder Dienstleistungen eines Jahres abzustellen. Vorliegend soll mit den Leistungserbringern jeweils eine für eine längere Laufzeit geltende Vereinbarung getroffen werden, die alle von diesem Vertragspartner erbachten Leistungen erfasst. Deshalb liegt es nahe, diese Verträge als Daueraufträge zu betrachten. Daraus folgt, dass alle pro Jahr erbrachten ähnlichen Arten von Leistungen der jeweiligen Vertragspartner zusammenzurechnen sind. Darüber hinaus wird es sich im Rahmen des konkreten Programms bei den zu erbringenden Leistungen in der Regel um solche handeln, die hohe Kosten verursachen. Vor diesem Hintergrund ist ein Erreichen der Schwellenwerte wahrscheinlich.

²² EuGH, Rs. C-399/98, Ordine degli Architetti di Milano et Lodi, Slg. 2001, I-5409. Wie hier auch Burgi, NZBau 2002, 57, 60; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 19), § 99 Rn. 7; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 99 GWB Rn. 20. Trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 99 GWB kann es vor dem Hintergrund einer funktionalen Betrachtung in bestimmten Fällen in Betracht kommen, neben Verträgen auch Verwaltungsakte als Aufträge einzuordnen, vgl. ausführlich Koenig/Steiner, Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Leistungsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen, ZESAR 2003, Heft 3, 98 ff., Heft 4, 150 ff.

²³ Vgl. dazu Koenig/Engelmann/Hentschel (Fn. 20) unter dem Hinweis auf den Zweck des Vergaberechts, einen wirksamen Wettbewerb bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu schaffen. Vgl. auch Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 19), Vor §§ 97 ff. Rn. 2.

²⁴ Vgl. dazu Koenig/Engelmann/Hentschel (Fn. 20).

²⁵ Diese gilt für Auftragsvergaben im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, siehe Fn. 8.

²⁶ Siehe Art. 5 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 lit. i SKR (Fn. 8).

²⁷ So auch Thieme, in: Langen/Bunte (Fn. 16), § 99 Rn. 8; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 19), § 99 Rn. 11; Koenig/Engelmann/Hentschel (Fn. 20).

²⁸ Vgl. z.B. §§ 3, 4 sowie Anlage 1 und 4 des DMP-Vertrags.

²⁹ Siehe dazu unter II.

³⁰ Diese sind im Einzelnen in § 9 des DMP-Vertrags und in den Anlagen zum Vertrag festgelegt.

³¹ §§ 3, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 sowie Anlagen 1 und 4 des DMP-Vertrags.

³² §§ 13, 17 des DMP-Vertrags.

³³ § 6 Abs. 2 des DMP-Vertrags lautet: „Die Gemeinsame Einrichtung prüft den Antrag nach § 5 Abs. 2 und stellt fest, ob die Teilnahmevoraussetzungen vorliegen. Sie kann sich

im Hinblick auf die Prüfung der Teilnahmevoraussetzungen externen wissenschaftlichen Sachverständigen bedienen. Sie empfiehlt den Vertragspartnern den Beitritt zu diesem Vertrag rechtsverbindlich anzunehmen, wenn die in Anlage 2 genannten Strukturvoraussetzungen erfüllt sind. Die Krankenkassen erteilen gemeinsam eine Genehmigung zur Teilnahme am Vertrag.

³⁴ Gemäß § 1 VOL/A ist die VOL/A die einschlägige Verdingungsordnung für alle Lieferungen und Leistungen, die keine Bauleistungen und keine freiberuflichen Tätigkeiten sind.

³⁵ BSG, Urteil vom 25.09.2001, B 3 KR 3/01.

³⁶ Bedenken gegen die Anwendbarkeit ergeben sich aus der Neufassung des § 69 SGB V im Rahmen des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 (Gesetz vom 22.12.1999, BGBl. I, S. 2626) und der Gesetzesbegründung, in welcher es heißt: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlichrechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“, BT-Drucks. 14/1245, S. 68 (zu Nr. 29). Vgl. ausführlich zu dieser Problematik: Koenig/Engelmann, WRP 2002, S. 1244 ff.: Danach kann allein durch die abschließende Regelung der Leistungsbeziehungen der Krankenkassen im SGB V die Anwendung von Rechtsnormen, die, wie die Regeln des Kartell- oder auch des Strafrechts, unabhängig von der formalen Einordnung eines Rechtsverhältnisses allgemeine Verhaltensregeln aufstellen, nicht generell ausgeschlossen werden. Ferner ergibt sich aus einem Umkehrschluss daraus, dass in §§ 87 und 96 SGB V explizit eine Ausnahme von der ausschließlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten für die von § 69 SGB V erfassten Rechtsstreitigkeiten geregelt ist, zwingend, dass grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des § 69 SGB V kartellrechtlich (und damit auch wettbewerbsrechtlich) zu beurteilende Streitigkeiten in Betracht kommen, die von den Sozialgerichten zu entscheiden sind. Schwerdtfeger, PharmInd 2000, 105, 109 beanstandet den Wegfall kartell- und wettbewerbsrechtlicher Anspruchsgrundlagen als rechtsstaatlichen Rückschritt und beklagt einen damit einhergehenden Verlust von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sowie einen Rechtsschutzverlust für die von rechtswidrigem Verhalten durch Krankenkassen Betroffenen. Gegen den Ausschluss der Anwendbarkeit auch Engelmann, NZS 2000, 213, 220 f.; Neumann, WuW 1999, 961, 965 f.; auch OLG Dresden, Urteil vom 23.08.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33.

³⁷ Wigge, Integrierte Versorgung und Vertragsarztrecht, NZS 2001, 22; BSG, SozR 3-2500 § 92 SGB V Nr. 1.

³⁸ z. B. § 135 SGB V – im vorliegenden Fall sind diese allerdings nicht einschlägig, da es sich bei den DMPs nicht um die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden handelt.



▷
³⁹ Vgl. für die Schulung der Leistungserbringer im Rahmen des zu untersuchenden DMP-Vertrags § 28 e RSAV i.V.m. den Anlagen 3 i.V.m. Anlage 1 Punkt 4.1.

⁴⁰ Zur Bedeutung des Gleichheitssatzes in Verbindung mit der Berufsausübungsfreiheit für die Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern siehe etwa Boecken, NZS 2000, 269, 275 f.; Huster, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Stand 2002, Art. 3 Rn. 146; Knispel, NZS 1995, 13, 16; ders., NZS 2001, 466, 470 f.

⁴¹ Soweit im SGB V eine dem Abschluss von Einzelverträgen vorgeschaltete Zulassungsregelung vorgesehen ist, bezieht sich diese Gleichbehandlungspflicht nur auf zugelassene Leistungserbringer. Dies ist z. B. bei Hilfsmitteln, Heilmitteln und Krankenhäusern der Fall. Diese Beschränkung auf zugelassene Leistungserbringer gilt auch im Rahmen von Modellvorhaben und integrierten Versorgungssystemen.

⁴² Zu dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Chancengleichheit siehe etwa Gubelt, in: v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage 1992, Art. 3 Rn. 62.

⁴³ Davon konkret betroffen sind die ambulant tätig werdenden Vertragsärzte und die stationären Einrichtungen gleichermaßen.

⁴⁴ Vgl. Boecken, NZS 2000, 269, 276; Knispel, NZS 2001, 466, 470.

⁴⁵ Darüber hinaus ist bedenklich, ob die Teilnahme der Leistungserbringer tatsächlich so freigestellt ist, wie es der Vertrag vorsieht (§ 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 des Vertrags). Zur Teilnahme an einem Strukturvertrag kann ein Vertragsarzt nicht gezwungen werden (Schnapp/Wigge § 11 Rn. 21). Der Verzicht auf eine Teilnahme bedeutet durch die faktische Kartellbildung der Leistungserbringer letztlich den Ausschluss aus der Leistungserbringung im Bereich der Behandlung von Mamakarzinomen. In Zeiten knapper Mittel in der GKV kann auch dadurch ein faktischer Zwang zum Vertragsschluss geschaffen werden, dass es sich für die Leistungserbringer wirtschaftlich besonders lohnt, Vertragspartner zu werden. Die RSA-Mittel werden auf die Leistungserbringer als anreizökonomisches Mittel teilweise umgelegt. Einer eingehenderen Untersuchung bedarf es, inwieweit sich eine Nicht-Teilnahme auf die Vergütung der Leistungserbringer langfristig auswirkt. Zum Teil sind damit z.B. faktische Budgetkürzungen verbunden.

⁴⁶ Vgl. etwa BSG, 29.11.1995, 3 RK 32/94, BSGE 77, 119, 126.

⁴⁷ Und zwar ohne territoriale Begrenzung (§ 2 Abs. 1 des Vertrags).

⁴⁸ Vgl. § 13 Abs. 1 des DMP-Vertrags. Dieser bestimmt, dass Versicherte der am Vertrag teilnehmenden Krankenkassen auf freiwilliger Basis an der Versorgung gemäß des DMP-Vertrags teilnehmen können, wenn bestimmte Einschreibekriterien erfüllt sind. Diese sind die histologisch gesicherte Diagnose eines Mamakarzinoms (Erstmanifestation bei Probeextension oder Rezidiv). Die Teilnahme endet nach 5 Jahren Rezidivfreiheit nach Primärtherapie. Einschreibungs Voraussetzung ist zudem die umfassende, auch schriftliche Information der Versicherten über die Programminhalte gemäß Anlage 3, Ziffer 4 der RSAV.

⁴⁹ hib Nr. 088 vom 29.04.2003.

Anschriften der Verfasser:

*Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.,
 Daniela Beer
 Kristin Hentschel
 Universität Bonn
 Zentrum für Europäische Integrations-
 forschung, Abt. A
 Walter-Flex-Straße 3
 53113 Bonn*

Gesundheitskarte und elektronische Vernetzung: Das Konzept der Bundesregierung*

Dr. Stefan Bales

Deutschland hat seit Jahren eine sich verschärfende ökonomische Situation im Gesundheitswesen. Immer deutlicher wird das Spannungsfeld zwischen Beitragsstabilität einerseits und dem für eine verbesserte Versorgung notwendigen und auch von allen als selbstverständlich erwarteten medizinischen Fortschritt andererseits. In diesem Spannungsfeld mahnen Sachverständige, dass unser Gesundheitssystem kost-

spielig, aber nicht sehr effizient sei. Deutschland hätte zwar sehr gut ausgebildete Mediziner, aber eine unzureichende Kooperation, Koordination und Kommunikation sowohl innerhalb als auch zwischen den Einrichtungen des Gesundheitswesens.

Experten gehen davon aus, dass im Gesundheitswesen ein Rationalisierungspotential von etwa 20 % vorhanden ist, ohne dass damit eine Verschlechterung der gesundheitlichen Versorgung verbunden ist.

Dem entspricht es auch, dass zwischen 20 und 40 % der Leistungen im Gesundheitswesen Datenerfassungs-,

Wissensverarbeitungs- und Kommunikationsleistungen sind, die mit IT-Technik erheblich rationeller und zudem qualitätssteigernd gestaltet werden können.

Exemplarisch lässt sich hierfür der Krankenhausbereich anführen, in dem sich Ärzte häufig mehr als die Hälfte ihrer Arbeitszeit mit Informationsverarbeitung beschäftigen müssen, wie z. B. Anfordern und Suchen von Befundergebnissen, Schreiben von Briefen am Ende einer Behandlung oder Ausfüllen von Formularen für administrative Zwecke. Einen großen Vorteil versprechen Informa-

* Abstract des Vortrages von Dr. Stefan Bales, Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, Bonn, anl. der Veranstaltung Elektronische Kommunikation im Gesundheitswesen: E-Health und E-Commerce in der Praxis.