stehenden Vereinbarung eines Erstattungsbetrags nach § 130b SGB V ausführlich und umfangreich kommentiert werden. Sehr informativ und hilfreich sind im Pflegeversicherungsrecht auch die Ausführungen von *Baumeister* gerade zum neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff und zur Ermittlung des Grades der Pflegebedürftigkeit.

Der Kommentar bietet nicht nur den Vorteil zweier Kommentare in einem, sondern er besticht insgesamt vor allem durch reichhaltige Information zum Stand von Wissenschaft und Praxis und fundierte Analyse sowie Bewertung. Er gibt vielfältig Anregungen und schafft es sehr gelungen, das Normdickicht und den Dschungel im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht zu lichten. Damit ist er ein äußerst hilfreicher und gewinnbringender Begleiter durch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung.

Peter Axer

<https://doi.org/10.1007/s00350-018-4908-x>

Kassenärztliche Vereinigungen als öffentliche Auftraggeber im Sinne des GWB-Vergaberechts?

Von Anton Friesacher. *Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht*, Bd. 31, Nomos-Verlag Baden-Baden 2017, 326 S., kart., €89,00

Der EuGH hat 2009 die *gesetzlichen Krankenkassen* in Deutschland als öffentliche Auftraggeber im europäisierten GWB-Vergaberecht anerkannt, 2013 die *Ärztekammern* aber nicht.

Friesacher untersucht nun, ob die *Kassenärztlichen Vereinigungen* (KÄVen) als Einrichtungen zwischen den beiden Körperschaften öffentliche Auftraggeber sind und verneint dies nach sorgfältiger und präziser Prüfung der Rechtslage.

Zunächst stellt er die Grundzüge des europäischen und nationalen Vergaberechts sowie das Verhältnis des europäischen Vergaberechts und Sozialrechts zueinander dar (Teil 1). Danach treffen das europäische Vergaberecht und das Sozialrecht wie zwei ziemlich fremde Welten aufeinander. Dies hat in der Praxis über Jahre zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt. Zur Beschreibung des (Nicht-)Verhältnisses von Vergaberecht und Sozialrecht seien sogar literarische Bilder bemüht worden: In Fachkreisen ist z.B. der Vergleich mit dem französischen Volksmärchen „Die Schöne und das Biest“ bekannt geworden. *Friesacher* zitiert auch *Kingreen*, der das Verhältnis etwas sachnäher, aber nicht weniger dramatisch formulierte und von einem „scheinbaren Generationenkonflikt“ sprach, ein inzwischen über 130 Jahre „gewachsenes ja altehrwürdiges Rechtsgebiet wird konfrontiert mit einem pubertierenden Mitglied der Rechtsordnung, das altersmäßig, gerade eine rechtspolitische und rechtswissenschaftliche Selbstfindung durchlebt und dabei mit einem gewissen Rigorismus vorhandene Strukturen in Frage stellt.“ Das so beschriebene Spannungsverhältnis macht neugierig auf seine Argumente zur Lösung der zentralen Frage der Arbeit.

In Teil 2 der Untersuchung betrachtet *Friesacher* die einzelnen Merkmale des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen gesetzlichen Krankenkassen, Ärztekammern und KÄVen werden anschließend herausgearbeitet und die Konsequenzen daraus für die Beurteilung der Auftraggeberbereitschaft von KÄVen aufgezeigt. (Teil 3).

Friesacher befasst sich ebenso kundig wie gründlich mit dem rechtlichen Umfeld der drei Selbstverwaltungskörperschaften im Bereich des Gesundheitswesens, um daraus Aussagen über deren Staatsgebundenheit abzuleiten. Das Merkmal der besonderen Staatsgebundenheit behandelt er entsprechend den verschiedenen Varianten:

- überwiegende staatliche Finanzierung,
- staatliche Aufsicht über die Leitung und
- mehrheitlich staatliche Organmitgliederbestimmung.

Vertieft arbeitet *Friesacher* den rechtlichen Rahmen der K(B)ÄVen als funktionale Selbstverwaltungskörperschaften auf und beschreibt

deren Organe, ihre Aufgabenstellung und Finanzierung. Danach berechtigt die Finanzhoheit der K(B)ÄVen diese dazu, ihre Ausgaben nicht allein in Form von „Mitgliedsbeiträgen“, sondern auch in anderer Form zu decken; der (weite) Begriff in § 81 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB V begrenze schon vom Wortsinn her die KÄVen nicht auf die Erhebung von Beiträgen. Anders als für die gesetzlichen Krankenkassen gebe es für die KÄVen daher keinen „*numerus clausus*“ der zulässigen Abgabeformen, vielmehr kenne das Recht als weitere Finanzierungsformen etwa „Gebühren“, „Unkosten“, „Umlagen“, „Sonderbeiträge“ und „Sonderabgaben“. Diese im Vergleich zu den gesetzlichen Krankenkassen wesentlich weitergehende Satzungsautonomie der KÄVen ist für *Friesacher* ein wichtiges Abgrenzungskriterium zu den Krankenkassen.

Sehr eingehend befasst sich *Friesacher* mit den Aufsichtsbefugnissen über die KÄVen und ihrer Reichweite: von den präventiven Aufsichtsbefugnissen über die KÄVen, die Beschränkung der staatlichen Aufsicht auf die Rechtmäßigkeitskontrolle und schließlich die Bedeutung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit für die aufsichtsrechtliche Kontrolle. Dabei führe die Verrechtlichung der Begriffe „Wirtschaftlichkeit“ und „Sparsamkeit“ dazu, dass diese Maßstab und Teil des Programms rechtsaufsichtlicher Prüfung sind bzw. sein können. Sein (Zwischen-)Ergebnis daher: die den KÄVen zustehende weitgehende Autonomie und der damit verbundene Frei- raum auch bei der Beurteilung und Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe der „Wirtschaftlichkeit“ und „Sparsamkeit“ hindere die Aufsichtsbehörden daran, die nach § 78 Abs. 3 S. 1 SGB V vorgesehene Rechtmäßigkeitskontrolle über die Haushaltskontrolle zu einer Zweckmäßigkeitskontrolle auszuweiten.

Friesacher geht auch auf die staatlichen Mitwirkungsbefugnisse als besondere Form der staatlichen Aufsicht ein und behandelt in diesem Kontext das Erfordernis der Satzungs genehmigung, das Zustimmungserfordernis für Vorstands dienstverträge gem. § 35a Abs. 6a SGB IV (entsprechend) und die Vermögensaufsicht gem. § 85 SGB IV (entsprechend). Auch der Sonderfall des „Staatskommissars“ gem. § 79a SGB V wird behandelt.

Im Ergebnis verneint *Friesacher* die besondere Staatsgebundenheit der KÄVen und damit ihre Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Selbstverwaltungsautonomie, die erheblich über die der Krankenkassen hinausgeht. Ein argumentativ gut aufbereitetes und sachlich fundiertes Ergebnis, das für die Ausschreibungspraxis der KÄVen und ggf. auch die Auseinandersetzung mit Vertretern der gegenteiligen Auffassung hilfreich ist. Letztlich wird auch diese Rechtsfrage der EuGH zu entscheiden haben – hoffentlich nach einer adäquaten Auseinandersetzung mit *Friesachers* gewichtigen Argumenten.

Eine prominente Stütze finden diese Argumente übrigens in der jüngeren Rechtsprechung des BSG, das das „hohe Maß an Autonomie“ der Kollektivvertragspartner hervorhebt (Urt. v. 30. 11. 2016 – B 6 KA 38/15 R –, Rdnr. 60). Dass das BSG damit auch die Krankenkassen(verbände) einbezieht, steht nicht im Widerspruch zur Ansicht *Friesachers*, der den KÄVen mehr Selbstverwaltungsautonomie als den Krankenkassen attestiert. Denn das BSG bezieht seine Aussage (nur) auf das vertragsärztliche Kollektivvertragssystem, wohingegen *Friesacher* die jeweilige Aufgabengesamtheit der Körperschaften betrachtet, wozu bei den Krankenkassen auch und vor allem die „Leistungsseite“ gehört, die anerkanntermaßen nur bescheidenen Raum für Selbstverwaltungsautonomie lässt.

Friesacher macht abschließend deutlich, dass die KÄVen unabhängig von den Vorgaben des GWB-Vergaberechts den haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflichten unterliegen – insbesondere den in § 22 SVHV normierten Grundsätzen – und dass sich Mindestanforderungen an Beschaffungs- bzw. Auswahlentscheidungen auch aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie dem europäischen Primärrecht ergeben.

Wegen der ausführlichen Darstellung des rechtlichen Rahmens für die KÄVen und der Vielzahl der gut dokumentierten Hinweise (ca. 50 S. zur Auftraggeberbereitschaft der KÄVen) ist die Dissertation für alle, die sich mit Rechtsproblemen dieser Körperschaften befassen, nicht nur lesenswert, sondern eine wahre Fundgrube, also für Mitarbeiter der Körperschaften selbst, der Anwaltschaft, Gerichte und auch Ministerien.

Herbert Schiller