



Universität Regensburg

Universität Regensburg - D-93040 Regensburg

Frau Dr. Carola Reimann
Deutscher Bundestag
Ausschuss für Gesundheit
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0065(43)
gel. ESV zur Anhörung am 29.09.
2010 zum Thema AMNOG
27.09.2010

FAKULTÄT
RECHTSWISSENSCHAFT

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Sozialrecht und Gesundheitsrecht

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Telefon +49 941 943-2607

Telefax +49 941 943-3634

E-Mail: thorsten.kingreen@jura.uni-regensburg.de

Universitätsstraße 31

D-93053 Regensburg

27. September 2010

Schriftliche Stellungnahme

zum

Entwurf eines Gesetzes zur

Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG)

(BT-Drucks. 17/2413)

anlässlich der

öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages

am 29. September 2010

insbesondere zur

entsprechenden Anwendung des Kartellrechts auf die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf die in § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V vorgesehene Anwendung des Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Die Vorschrift soll wie folgt neu gefasst werden:

„Die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a und 48 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend; die Vorschriften des Vierten Teiles des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind anzuwenden.“

I. Zusammenfassung

1. Die Anwendung des deutschen Kartellrechts auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ist mit europäischem Unionsrecht unvereinbar. Die Krankenkassen sind unionsrechtlich keine Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne und dürfen daher nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 1/2003 auch im deutschen Kartellrecht nicht als solche behandelt werden.
2. Die Aufsicht des Bundeskartellamts über die landesunmittelbaren Krankenkassen verstößt gegen Art. 84 Abs. 3 GG und ist daher verfassungswidrig.
3. Die Anwendung des Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern hätte erhebliche Auswirkungen auf grundlegende Ordnungsprinzipien des deutschen Krankenversicherungsrechts. Die Krankenkassen wären kartellrechtlich zur Konkurrenz, sozialrechtlich aber zur Kooperation verpflichtet. Damit würde das System der Selbstverwaltung, das in einer Vielzahl von Abstimmungsmechanismen unter den Krankenkassen zum Ausdruck kommt, grundsätzlich in Frage gestellt. Betroffen wären auch alle sozialrechtlich zugelassenen Formen der Kooperation unter den Leistungserbringern.
4. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden für die Aufsicht und der Zivilgerichte für den Rechtsschutz führt zu dysfunktionalen Doppelstrukturen, die die effektive Anwendung und Durchsetzung des Rechts in Frage stellen.
5. Das Nachfrageverhalten der Krankenkassen unterliegt den Bindungen des Sozialrechts, des Vergaberechts und der Grundrechte. Dieses Regelungsregime garantiert einen effektiven Rechtsschutz der Leistungserbringer, insbesondere der Arzneimittelhersteller bei Rabattverträgen. Das Problem des Missbrauchs von Marktmacht in anderen Leistungsbereichen lässt sich durch die Ausweitung von Schiedsverfahren und im Einzelfall ggfs. durch ein spezielles Gesundheitsregulierungsrecht im SGB V lösen.

II. Begründung

1. Unvereinbarkeit mit europäischem Unionsrecht

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sind die gesetzlichen Krankenkassen weder im Verhältnis zu ihren Versicherten¹ noch bei der Beschaffung von Gesundheitsleistungen (also im Leistungserbringungsrecht) als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne anzusehen.²

Für die unionsrechtliche Beurteilung des Gesetzentwurfs zum AMNOG kommt es darauf an, ob das deutsche Kartellrecht verbieten darf, was das europäische Kartellrecht deshalb nicht verbietet, weil die Krankenkassen bei der Beschaffung europarechtlich derzeit nicht als Unternehmen angesehen werden. Für diesen Fall gilt Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 1/2003 (sog. Kartellverordnung).³ Danach darf die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen führen, die zwar geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, die aber nicht den Wettbewerb im Sinne i. S. v. Art. 101 Abs. 1 AEUV einschränken.

Im kartellrechtlichen Schrifttum ist zwar umstritten, ob sich diese Bestimmung auf alle Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots bezieht (so die ganz herrschende Meinung)⁴ oder nur auf das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung.⁵ Gegen die zuletzt genannte Ansicht spricht aber, dass sie das allgemeine Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) künstlich aufspaltet und damit das mit der Kartellverordnung verfolgte Ziel, einen Gleichlauf des europäischen und des deutschen Kartellrechts sicherzustellen, konterkariert. Art. 101 Abs. 1 AEUV legt daher nicht nur einen kartellrechtlichen Minimal-, sondern auch einen Maximalstandard fest.⁶

Aus diesem Grunde verfolgt der deutsche Gesetzgeber auch grundsätzlich das Ziel, die „unerwünschte Zweiteilung des deutschen Wettbewerbsrechts in europäische Regelungen

¹ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-159 u. 160/91, Slg. 1993, 637, Rn. 9ff. (Poucet und Pistre).

² EuGH, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493, Rn. 63 (AOK-Bundesverband); Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295, Rn. 26 (Fenin).

³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags festgelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, Nr. L 1/1.

⁴ Vgl. etwa *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 9a; *Möschel*, JZ 2007, S. 601 (604); *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht. GWB, 4. Aufl. 2008, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 24; *Roth*, FS Löwenstein, 2009, S. 545 (551ff.).

⁵ *Klees*, EWS 2010, S. 1 (4ff.); *Scheffler*, EuZW 2006, S. 601 (602).

⁶ Vgl. etwa *Lettl*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2007, § 1 Rn. 16; *Neef*, Kartellrecht, 2008, Rn. 103.

für Fälle mit Zwischenstaatlichkeitsbezug und abweichende nationale Regelungen für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug“⁷ zu vermeiden und hat sich daher im Rahmen der 7. GWB-Novelle 2005 grundsätzlich für eine umfassende Harmonisierung auch der Unternehmensbegriffe entschieden. Er hat mit § 22 Abs. 2 S. 1 GWB eine Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 1/2003 entsprechende Regelung geschaffen und deutlich gemacht, dass damit auch die Unternehmensbegriffe des europäischen und des deutschen Rechts einander angeglichen werden sollen.⁸ Es ist ausgesprochen merkwürdig, dass der neue § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V auf diesen § 22 GWB nicht verweisen soll, wo er doch im Übrigen praktisch das gesamte GWB inkorporiert. Dadurch entsteht der Eindruck, als wolle der Gesetzgeber ausgerechnet im Hinblick auf die Krankenkassen von seiner allgemeinen Linie abweichen, das deutsche dem europäischen Kartellrecht anzugleichen. Das ist nicht nur rechtspolitisch verfehlt, sondern nach der skizzierten Auslegung von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 auch unionsrechtlich nicht zulässig.

2. Verfassungswidrige Aufsicht des Bundeskartellamts über die landesunmittelbaren Krankenkassen

Der neue § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V soll auch auf § 48 GWB verweisen, womit die Zuständigkeit der Kartellbehörden für das wettbewerbsrelevante Handeln der Krankenkassen begründet werden würde. Kartellbehörden sind nach § 48 Abs. 1 GWB das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden (regelmäßig also die Landeswirtschaftsministerien). Nach § 48 Abs. 2 GWB ist grundsätzlich das Bundeskartellamt zuständig, es sei denn, dass sich die Wirkung der Wettbewerbsbeeinträchtigung auf ein Land beschränkt. Das dürfte beim Handeln der Krankenkassen nur selten der Fall sein. So sind etwa bei Rabattverträgen regelmäßig bundesweit agierende Arzneimittelunternehmen betroffen. Im Gegensatz zur Versicherungsaufsicht wäre also die Kartellaufsicht nicht zwischen Bundes- und Landesbehörden geteilt, sondern würde weitgehend dem Bundeskartellamt obliegen.

Die Aufsicht des Bundeskartellamts über die landesunmittelbaren Krankenkassen (insbesondere also über die Allgemeinen Ortskrankenkassen) ist verfassungswidrig. Während die die bundesunmittelbaren Krankenkassen das SGB V nach Art. 86, 87 Abs. 2 GG in bun-

⁷ BT-Drucks. 15/3640, S. 22.

⁸ Vgl. BT-Drucks. 15/3640, S. 32.

deseigener Verwaltung ausführen, führen es die landesunmittelbaren Krankenkassen gemäß Art. 84 Abs. 1 GG als eigene Angelegenheit aus.⁹ Aufgrund dieser Zweiteilung der Verwaltungskompetenzen ist auch die Versicherungsaufsicht entsprechend geteilt (§ 90 SGB IV). Mit dem Bundeskartellamt würde nun aber eine Bundesbehörde die Kartellaufsicht auch über die landesunmittelbaren Krankenkassen jedenfalls dann übernehmen, wenn (was, wie soeben gezeigt, meist der Fall sein dürfte) die Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 GWB vorliegen. Zwar ist nach Art. 84 Abs. 3 GG eine Aufsicht des Bundes auch über die landesunmittelbaren Krankenkassen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Sie obliegt aber nach Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG allein der Bundesregierung als Kollegialorgan. Wenn das Grundgesetz den Begriff „Bundesregierung“ verwendet, ist stets das Kollegialorgan i. S. v. Art. 62 GG gemeint.¹⁰ Schon eine Delegation auf einen Bundesminister (etwa das in § 48 Abs. 1 GWB aufgeführte Ministerium für Wirtschaft und Technologie) wird daher überwiegend für unzulässig gehalten.¹¹ Das muss dann erst recht für das Bundeskartellamt als selbstständige Bundesoberbehörde (Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG) im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie gelten.

3. Spannungsverhältnis zwischen Sozialrecht und Kartellrecht

Der Gesetzgeber hat zwar in den vergangenen Jahren den Wettbewerb unter den Krankenkassen aktiviert. Doch ist dieser Wettbewerb instrumenteller Natur, d. h. auf die sozialpolitischen Ziele des Krankenversicherungssystems bezogen und daher mit dem Wettbewerb in der gewerblichen Wirtschaft nicht vergleichbar. Das Krankenversicherungsrecht ist geprägt durch ein System gegenseitiger Abstimmung unter den Krankenkassen, das die wesentliche Funktion hat, allen Versicherten unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit ein einheitliches Versorgungsniveau zu garantieren. Die Zusammenarbeit der Krankenkassen in Verbänden und in Arbeitsgemeinschaften gehört daher seit über 100 Jahren zu den wesentlichen Strukturprinzipien des deutschen Gesundheitssystems. Dementsprechend verpflichtet § 4 Abs. 3 SGB V die Krankenkassen in allgemeiner Form, „im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung“ zusam-

⁹ Gleiches gilt unter den Voraussetzungen der Rückausnahme des Art. 87 Abs. 2 S. 2 GG.

¹⁰ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 62 Rn. 2; zurückhaltender *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 62 Rn. 10f.: nur Vermutung für die Zuständigkeit der Bundesregierung als Kollegialorgan.

¹¹ Bezogen jeweils auf Art. 84 Abs. 2 GG, etwa *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 84 Rn. 82; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 84 Rn. 15.

menzuarbeiten. Diese Kooperationsverpflichtung würde durch die Anwendung des Kartellrechts unter Rechtfertigungszwang gestellt:

a) Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern

Die geplante Änderung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V betreffe zunächst das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern. Sie soll jedenfalls für alle Selektivvertragskompetenzen gelten. Allerdings ist es auch in weiten Bereichen des Selektivvertragsrechts zulässig, dass nicht die einzelnen Krankenkassen, sondern deren Verbände oder Arbeitsgemeinschaften Verträge mit Leistungserbringern abschließen, nicht nur bei den hier im Fokus stehenden Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V, sondern etwa auch im Heilmittelrecht (§ 125 Abs. 2 SGB V) oder im Hilfsmittelrecht (§ 127 Abs. 1, 2 SGB V). Durch die Zusammenarbeit bündeln die Krankenkassen Kompetenzen und stärken ihre Nachfragemacht, die aber nicht der Gewinnerzielung, sondern den sozialpolitischen Zielen der gesetzlichen Krankenversicherung dienen. Wenn diese sozialrechtlich erlaubte Kooperation nunmehr kartellrechtlich erschwert oder gar verboten werden sollte (und dafür sprechen entsprechende Verlautbarungen des Bundeskartellamts aus der Vergangenheit), werden die Kosten der Leistungsbeschaffung steigen, letztlich zu Lasten der Versicherten. Betroffen sind aber nicht nur die Krankenkassen, sondern auch die Leistungserbringer. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V richtet sich nämlich nicht an einzelne Adressaten, sondern bestimmt das anwendbare Recht.

Auch die „Zusammenschlüsse der Leistungserbringer“ (§ 127 Abs. 1, 2 SGB V, also etwa die für die Hilfsmittelerbringer handelnden Verbände) werden in den Anwendungsbereich des Kartellrechts einbezogen, ohne dass der darin liegende Mehrwert erkennbar wäre. Die Leistungserbringung ist insbesondere im Heil- und Hilfsmittelbereich durch kleine Unternehmen geprägt, für die ein eigenes Vertragsmanagement ein kaum zumutbarer Aufwand wäre.

b) Verhältnis der Krankenkassen untereinander

Die Neuregelung betreffe zwar formal nur das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Wenn die Krankenkassen aber im Verhältnis zu den Leistungserbringern als oder wie Unternehmen behandelt werden, wird es zunehmend schwerer zu begründen, warum sie dann im Verhältnis untereinander keine Unternehmen sein sollten.

Der neue § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V würde sich daher auch auf das *Verhältnis der Krankenkassen untereinander* auswirken. Das Spannungsverhältnis zwischen Sozialrecht und Kartellrecht zeigt sich hier etwa bei der Fusion von Krankenkassen. Sozialrechtlich (§ 171a SGB V) unterliegen Vereinigungen von Krankenkassen keinen besonderen materiellrechtlichen Voraussetzungen oder Hinderungsgründen, denn sie sind politisch gewollt und ökonomisch mitunter überlebensnotwendig. Kartellrechtlich unterlägen sie hingegen, wenn durch sie eine marktbeherrschende Stellung begründet wird, einer Fusionskontrolle, bei der zu prüfen wäre, ob durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (§ 36 Abs. 1 GWB).

Insgesamt gehört also die Kooperation der Krankenkassen und der Leistungserbringer untereinander und miteinander zu den grundlegenden Ordnungsprinzipien des deutschen Krankenversicherungsrechts. Sie ist eingebettet in das System der Selbstverwaltung und der gegenseitigen Abstimmung in Verbänden und Arbeitsgemeinschaften. Das Kartellrecht bildet in diesem System einen Fremdkörper. Das schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber diese Kooperationsstrukturen im Einzelfall auflöst; es ist nur nicht zielführend, in einem Gesetz Kooperation anzuordnen, sie im anderen aber zu verbieten.

4. Dysfunktionale Doppelstrukturen bei der Aufsicht und beim Rechtsschutz

Die Anwendung des Kartellrechts neben dem Sozialrecht würde ferner zu dysfunktionalen Doppelstrukturen bei der Aufsicht und beim Rechtsschutz führen.

Die Selektivverträge der Krankenkassen unterlägen nicht nur der Aufsicht der Versicherungsbehörden (Bundesversicherungsamt oder Landessozialministerien), sondern zugleich der Kartellbehörden (Bundeskartellamt und Landeswirtschaftsministerien). Die Situation würde noch dadurch verkompliziert, dass für die vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren die beim Bundeskartellamt angesiedelte Vergabekammer des Bundes zuständig ist. Ähnliche Probleme gäbe es bei der Fusion von Krankenkassen. Um wichtige Entscheidungen nicht unnötig zu verzögern, müssten letztlich, ähnlich wie bei der Aufsicht im Telekommunikations- oder Energierecht,¹² mit erheblichem bürokratischem Aufwand Koope-

¹² Vgl. etwa für das Energierecht *Britz*, Energie, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 9 Rn. 98ff. und für das Telekommunikationsrecht *Schneider*, Telekommunikation, ebda., § 8 Rn. 84.

rations- bzw. Verbundstrukturen in Gestalt von gemeinsamen Ausschüssen, wechselseitigen Stellungnahmerechten und Einvernehmensefordernissen geschaffen werden.

Auch die mit der Anwendung des Kartellrechts verbundene Zuständigkeit der Zivilgerichte in Verfahren nach dem GWB (§ 51 Abs. 3 SGG-neu) ist problematisch, denn sie träte neben die Kontrolle durch die Sozialgerichte, die nach wie vor zur sozialrechtlichen Überprüfung befugt wären. Auch hier sind schwierige Kompetenzkonflikte vorprogrammiert.

Der Gesetzentwurf schafft nicht nur unnötige Doppelstrukturen, sondern beseitigt auch die bereits vorhandenen Mehrfachzuständigkeiten nicht, etwa bei den vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren bei Ausschreibungen von landesunmittelbaren Krankenkassen. Nach § 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB ist einerseits die Vergabekammer des Bundes zuständig, weil die Allgemeinen Ortskrankenkassen nach der Rechtsprechung des EuGH ihre Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber (§ 98 Nr. 2 GWB) aus dem Umstand ableiten, dass sie mittelbar überwiegend durch den Bund finanziert werden.¹³ Andererseits ergibt sich aus § 106a Abs. 2 S. 2 GWB eine Zuständigkeit der Landesvergabekammern, weil die landesunmittelbaren Krankenkassen einem Land zuzuordnen sind. In der Praxis hat das dazu geführt, dass Nachprüfungsverfahren für ein- und dieselbe Ausschreibung von Allgemeinen Ortskrankenkassen sowohl vor der Vergabekammer des Bundes als auch vor der zuständigen Landesvergabekammer durchgeführt werden mussten. Das bedeutet für die landesunmittelbaren Krankenkassen einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den bundesunmittelbaren Krankenkassen, weil sie anders als diese stets zwei Nachprüfungsverfahren erfolgreich bestreiten müssen; die Leistungserbringer, die die Nachprüfung beantragen, müssen nur eines von beiden Verfahren gewinnen.

5. Rechtsschutz der Leistungserbringer

Die Anwendung des Kartellrechts ist im Hinblick auf den Schutz der Leistungserbringer auch gar nicht erforderlich. Denn schon jetzt gelten beim Abschluss von Selektivverträgen das allgemeine Vergaberecht und die Grundrechte. Ferner sind zum Teil Schiedsverfahren (§ 125 Abs. 2 S. 4-6 SGB V) vorgesehen, die dem Missbrauch von Marktmacht (insbesondere in Gestalt von diktierten Vertragsbedingungen) wirkungsvoll vorbeugen können, weil die Krankenkassen ihr vorvertragliches Verhalten gegenüber einer unabhängigen Schieds-

¹³ EuGH, Rs. C-300/07, NJW 2009, 2247, Rn. 48ff. (Oymans).

person rechtfertigen müssen. Sie erzeugen daher eine insoweit mit dem Vergabeverfahren vergleichbare Steuerung des Nachfrageverhaltens der Krankenkassen.

Es empfiehlt sich daher, Schiedsverfahren insbesondere auch dort zu etablieren, wo das Vergaberecht (etwa wegen Nichterreichung der Schwellenwerte) nicht anwendbar ist. Letztlich muss sich die sozialrechtliche Regulierung an die Strukturen des jeweiligen Leistungsbereichs anpassen und daher speziell für jeden Sektor entwickelt werden; die adäquaten Regelungen sähen im stark korporatistisch geprägten Vertragsarztrecht vermutlich anders aus als etwa im weniger durch Verbände geprägten Heilmittelrecht oder im Arzneimittelrecht, wo die Krankenkassen gar keinen Einfluss auf den Marktzugang der Leistungserbringer haben.¹⁴ Auch das spricht gegen die Inkorporierung des allgemeinen Kartellrechts, das (wie bereits Erfahrungen aus dem Energie- und Telekommunikationsrecht zeigen) den Besonderheiten der jeweiligen Sektoren nicht gerecht wird.

Die Steuerung des Nachfrageverhaltens der Krankenkassen lässt sich also über die klassischen öffentlich-rechtlichen Bindungen bewerkstelligen, die die Leistungserbringer ausreichend schützen, ohne die sozialen Zwecke des Krankenversicherungsrechts in Frage zu stellen.

¹⁴ T. Kingreen/U. Becker, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Aufl. 2010, § 69 Rn. 6ff.