

Kommentar

Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?

*Karl-Heinz Mühlhausen**

1. These: Widerspruch

These Prof. Roth: Die Wertung des Sozialgesetzbuches, dass die von der Kooperationspflicht verfolgten Interessen der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit durch kollektives Handeln am besten realisiert werden können, ist überkommen.

Dieser These ist – mit Blick auf die Rechtslage und die Versorgungsnotwendigkeiten – entschieden zu widersprechen und folgende Gegenthese entgegenzustellen:

Weite Teile der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung sind sachgerecht – auch in wirtschaftlicher Hinsicht – durch kollektive Verhaltensweisen geprägt. Anlass sind nicht zuletzt das Gebot der Leistungs- und Versorgungseinheit sowie Praktikabilitätsgründe.

Die Entscheidung des Gesetzgebers für kollektives bzw. wettbewerbliches Handeln der GKV ist jeweils vor dem Gebot der Leistungseinheit (Art. 3 GG), der Effizienz sowie der Praktikabilität zu sehen und ggf. zu überprüfen.

An erster Stelle ist festzuhalten, dass es sich beim sozialrechtlichen Kooperationsmodell nicht um eine „Wertung“ handelt, sondern um ein klares gesetzliches Gebot, das sich als Grund- und Programmsatz in den Eingangsvorschriften des Krankenversicherungsrechts – nämlich in § 4 Abs. 3 SGB V – findet. Es erfährt seine konkrete Ausformung an vielen Stellen des Sozialrechts (vgl. etwa § 219 SGB V und § 94 SGB X) und prägt in der Praxis die Arbeitsweise der Krankenkassen, ihrer Verbände sowie sonstiger Einrichtungen des Gesundheitswesens unter- und miteinander. Alle diese Regelungen stehen normenhierarchisch auf gleicher Höhe wie das Kartellverbot des § 1 GWB, das schon aufgrund seiner lediglich „entsprechenden“ Geltung im Bereich des Vierten Kapitels des SGB V sicherlich keinen Anwendungsvorrang beanspruchen kann. Der Gesetzgeber hat

* Der Kommentar greift drei These auf, die dem Thesenpapier von *Wulf-Henning Roth* anlässlich des Symposiums zu entnehmen waren.

mit dem Kooperationsgebot die Erwartung verbunden, dass mit kooperativen Strukturen Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsvorteile auf die geeignetste Weise erzielt werden können. Die zwischenzeitlich hinzugetretenen vergaberechtlichen Mechanismen flankieren diesen Ansatz, indem sie den Missbrauch von Kooperationsbedingt entstehender Marktmacht ausschließen und ihm hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüberstellen. Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber es in seinen letzten Reformschritten versäumt, das beschriebene Spannungsverhältnis zwischen sozialrechtlichem Kooperationsgebot und Kartellverbot sachgerecht zu lösen.

Ein weiterer rechtlicher – in diesem Fall gar verfassungsrechtlicher – Gesichtspunkt stärkt den Widerspruch gegenüber der von *Prof. Roth* vorgetragene These. So wird vielfach ausgeblendet, dass der sozialgesetzliche Versorgungsauftrag eine tiefe verfassungsrechtliche Verankerung hat. Diese findet sich nicht nur im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), sondern auch in dem aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitbaren grundsätzlichen Gebot zur beitrags- und leistungsrechtlichen Gleichbehandlung der Mitglieder und Versicherten. Die Realisierung des verfassungsrechtlichen Gebots der Versorgungs- und Leistungseinheit ist Reflex der staatlichen Anordnung von Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, die in umgekehrter Richtung Gleichbehandlung erfordert. Folgerichtig hat das BVerfG im Arzneimittelfestbetragsurteil¹ festgestellt:

„Ein Versicherungssystem muss für die Versicherten im Wesentlichen Gleichbehandlung garantieren [...]. Die Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch das Verfahren nach §§ 35, 36 SGB V macht das Verwaltungshandeln der Krankenkassen für die Teilnehmer am Gesundheitsmarkt effektiver und vorhersehbarer.“

Die Effizienz und Effektivität des sozialrechtlichen Kooperations- und Koordinationskonzepts – über die Schaffung einheitlicher Leistungsstandards hinaus – lässt sich am Beispiel der gemeinsamen Beschaffung von sog. Sprechstundenbedarf durch die Krankenkassen verdeutlichen. Beim gemeinschaftlichen Einkauf von Sprechstundenbedarf verständigen sich die Krankenkassen kassenartübergreifend, z. B. in Form einer Arbeitsgemeinschaft, auf eine gemeinschaftliche Beschaffung der für die Kassenarztpraxis notwendigen Ausstattung mit medizinischen Produkten (wie z. B. Impfstoff). Insoweit handelt es sich um klassische Einkaufskooperationen, die in aller Regel in Form einer gemeinsamen Aus-

1 BVerfG, Beschluss vom 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, juris Rn. 137.

schreibung auf den Markt treten. Dass das SGB V hierfür keine ausdrückliche Rechtsgrundlage vorsieht, ist unschädlich. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts können sich Krankenkassen zur Durchsetzung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots aller rechtlich zulässigen Mittel bedienen und demnach auf Grundlage der §§ 53 ff SGB X Verträge mit Leistungserbringern schließen, ohne dass es dazu einer speziellen Ermächtigungsnorm bedarf.² Dabei gilt selbstverständlich der Vorrang des Gesetzes, mit der Konsequenz, dass wettbewerblichen Erfordernissen dadurch Rechnung getragen wird, dass die Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber die vergaberechtlichen Anforderungen beachten. Eine weitergehende wettbewerbsrechtliche Regulierung auf horizontaler Ebene (Kartellverbot), also insbesondere gegenüber dem gemeinschaftlichen Einkauf, muss demgegenüber zurücktreten, da das sozialgesetzliche Gebot zur Zusammenarbeit und die damit nachweisbar erzielte wirtschaftliche und wettbewerbliche Effizienz kartellrechtliche Interventionstatbestände verdrängt.

Ein effizienteres Verfahren zur wirtschaftlichen Ausstattung von Arztpraxen ist kaum denkbar. Die Alternativen wären individuelle Beschaffungen der einzelnen Krankenkassen für die Vertragsärzte oder durch die Vertragsärzte selbst. Es bedarf sicherlich keiner vertiefenden Ausführungen, um zu zeigen, dass diese Optionen nicht näher diskutierbar sind. Die kassenindividuelle Vorhaltung von Sprechstundenbedarf durch den Arzt – etwa in grünen Schränken für AOK-Versicherte und in gelben Schränken für BKK-Versicherte – wird an der Praktikabilität scheitern; die ärztliche Beschaffung darüber hinaus noch an der Wirtschaftlichkeit.

2. These: Zweifel

These Prof. Roth: Im Hinblick auf die unterschiedlichen Zielsetzungen und Steuerungsmöglichkeiten ist eine differenzierende Herangehensweise über die Merkmale kollektiver und selektiver Leistungsbeschaffung und -bestimmung möglich.

Es ist zweifelhaft, dass diese These bei einer Detailbetrachtung der einzelnen Versorgungsbereiche einschließlich ihrer sozialrechtlichen Regelungskonzepte Bestand haben wird. Stattdessen gilt:

Dem Gesetzgeber ist eine verlässliche Differenzierung zwischen sozial- und kartellrechtlicher Regulierung nicht gelungen. Bei näherer Betrachtung ver-

2 So zumindest für den Arzneimittelbereich BSG, Urteil vom 10.3.2010 – B 3 KR 26/08 R, juris Rn. 24.

lieren die Merkmale der „kollektiven“ und der „selektiven“ Versorgung die für eine rechtssichere Differenzierung notwendige Unterscheidungskraft.

Eine „gesundheitswettbewerbsrechtliche“ Regulierung in kleinen Schritten wäre richtig.

Die entsprechende Anordnung des Kartellverbots in § 69 SGB V lässt – wie bereits ausgeführt – zwei sehr gegensätzliche Regelungskonzepte gegeneinander laufen. Einerseits enthält das Kartellrecht in § 1 GWB ein generelles Kooperationsverbot für konkurrierende Unternehmen, andererseits verpflichtet das SGB V zur Zusammenarbeit und Kooperation zwischen den gesetzlichen Krankenkassen mit der Zwecksetzung eines einheitlichen Leistungsniveaus sowie der Hebung von Wirtschaftlichkeitsreserven.³ Zwar enthält das Gesetz in § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V einen Ansatz, um das Verhältnis von Sozialrecht und Kartellrecht zu klären. Im Sinne einer differenzierbaren Handhabung gelungen ist ihm dies aber nicht. Bereits die politisch stets betonte Differenzierung zwischen kartell- und sozialrechtlicher Regulierung anhand „kollektiver“ (verpflichtender) bzw. „selektiver“ (fakultativer) Vertragsbereiche ist zu ungenau, da es auch verpflichtende Abschlüsse im sog. Selektivbereich gibt (vgl. § 73 b SGB V) und umgekehrt fakultative Verhaltensweisen im sog. Kollektivbereich.

Unklar ist hierbei insbesondere, ob sich die gesetzliche Ausnahme von der kartellrechtlichen Regulierung auf alle obligatorischen Verträge bezieht – der Gesetzeswortlaut scheint dies nahe zu legen – oder nur für solche gilt, die nach näherer sozialrechtlicher Maßgabe zusammen von mehreren Krankenkassen vereinbart werden müssen. Eine Auslegung anhand der Begründung⁴ zu § 69 Abs. S. 2 SGB V bietet keinen Erkenntnisgewinn:

„Satz 2 nimmt alle Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder ihre Verbände gesetzlich verpflichtet sind, vom Anwendungsbereich des Kartellrechts aus. Dies betrifft alle Versorgungsverträge, die entweder die Krankenkassen oder die jeweiligen Verbände mit den Leistungserbringern oder deren Verbänden zur Sicherstellung der Versorgung der Versicherten abzuschließen haben. Solche zwingenden

3 Vgl. § 4 Abs. 3 SGB V, der den Krankenkassen gebietet, „im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenzuarbeiten“; hierzu auch *Mühlhausen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, 2. Auflage 2010, § 4 Rn. 7.

4 BT-Drucks. 17/3698, 74.

Vertragsverpflichtungen finden sich z.B. in der Heilmittelversorgung im § 125 Abs. 2 SGB V und in der Hilfsmittelversorgung im § 127 Abs. 2 SGB V.’’

Ohne nähere gesetzgeberische Klarstellung oder gerichtliche Rechtsfortbildung lassen sich auf Basis des seit dem 1.1.2011 geltenden Rechts keine für die Praxis belastbaren Feststellungen treffen, welche Handlungsweisen bzw. Rechtsbeziehungen dem Kartellverbot unterliegen und welche nicht. Angesichts der nicht unerheblichen Sanktionsandrohungen des GWB bei etwaigen Kartellrechtsverstößen ist dies eine äußerst unkomfortable Situation.

Offensichtlich unerkant blieb im Gesetzgebungsverfahren, dass das mit § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V neu eingefügte Abgrenzungskonzept die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände (§§ 19–21 GWB) im Vergleich zur vorhergehenden Rechtssituation deutlich einschränkt. So war bis zum 31.12.2010 die entsprechende Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände einschließlich der entsprechenden prozessualen Selbsthilfemöglichkeiten lediglich für schiedsamtstfähige Pflichtverträge ausgeschlossen. Aufgrund der Neufassung des § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V gilt für §§ 19–21 GWB nunmehr die generelle Ausschlussklausel, d.h. deren Nichtanwendbarkeit auf alle obligatorischen Vertragsbeziehungen.⁵ Relevant wird dies bei den sog. Hausarztverträgen – politisch eingeordnet als Selektivverträge – nach § 73b Abs. 4 SGB V, deren Abschluss bis zum 30.06.2009 beim Erreichen eines 50%-igen Quorums auf Seiten der Hausärzte obligatorisch ist. Hier wird es zukünftig keine (kartellrechtlichen) Rechtsschutzmöglichkeiten der Krankenkassen gegen missbräuchliches Verhalten von Hausärzten mehr geben. Ein entsprechendes Bedürfnis hierfür war jedoch schon praktisch erlebbar. So wertete das BKartA den Aufruf des Bayerischen Hausärzterverbandes (BHV) im Jahr 2010 zur Rückgabe der vertragsärztlichen Zulassung („Systemumstieg“) als Boykottaufruf gem. § 21 GWB und äußerte in einem Schreiben an den BHV⁶ folgende Rechtsauffassung:

„Sollte der BHV erneut zu einem derartigen Systemumstieg aufrufen, würde die Beschlussabteilung diesen neuerlichen Versuch gegen § 21 Abs. 1 GWB mit einem förmlichen Verfahren aufgreifen.“

Die Betroffenen einschließlich das BKartA würden einem ähnlichen Vorgehen des BHV seit dem 1.1.2011 wohl rat- und hilflos gegenüberstehen, denn die

5 Näher zu der misslungenen Regelungstechnik *Holzmilller*, NZS 2011, 485 (491).

6 Schreiben des BKartA vom 3.5.2011, Az.: B 3-1/11-32.

Rechtsgrundlage für die Einleitung eines entsprechenden förmlichen Verfahrens ist mit der „verunglückten“ Neuregelung des § 69 Abs. 2 SGB V ganz eindeutig entfallen.

Dieser Vorgang leitet über zu einem anderen behördlichen Aspekt: Das nicht hinreichend abgrenzbare Nebeneinander von Regulierungsregimen wirkt sich bis in die aufsichtsrechtlichen Kompetenzbereiche aus, genauer: zu bislang ungeklärten Aufsichtskompetenzen der sozialrechtlichen Rechtsaufsicht (BVA oder Landesregierungen) und der kartellbehördlichen Aufsicht nach dem GWB (BKartA). Eine Akzeptanz dieser Situation läuft dem staatsorganisationsrechtlichen Anliegen (Art. 83 ff. GG) zuwider, durch eine eindeutige und vollständige Kompetenzzuordnung die Verantwortlichkeit der handelnden Staatsorgane zu gewährleisten.⁷

3. These: Zustimmung

These Prof. Roth: Absprachen und Verhaltensweisen der Krankenkassen außerhalb des Vierten Kapitels des SGB V, insbesondere über Wahltarife, Zusatzleistungen oder die Erhebung eines Zusatzbeitrags (i.S.v. § 242 Abs. 1 SGB V) liegen nicht nur außerhalb des Anwendungsbereichs des europäischen Kartellrechts, sondern auch des § 1 GWB.

Dieser These ist uneingeschränkt zuzustimmen, denn:

Der Gesetzgeber hat in § 69 SGB V eine klare Anwendungsanordnung hinsichtlich der Reichweite des GWB innerhalb des SGB V getroffen und zugleich die fehlende Unternehmenseigenschaft der Krankenkasse bestätigt. Eine weitergehende Interpretation mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung setzt sich über die Rechtsprechung des EuGH aus 2004 und BSG aus 2010 hinweg. Eine Ausweitung der kartellrechtlichen Regulierung (z. B. im Verhältnis zu den Versicherten) bedürfte daher einer weiteren ausdrücklichen Anordnung im SGB V.

Zentraler Ausgangspunkt der gemeinsamen These ist die Feststellung, dass das Kartellrecht außerhalb des ausdrücklich verordneten Regimes einer „entsprechenden“ Anwendung im Vierten Kapitel des SGB V im Übrigen nicht anwendbar ist, weil den Krankenkassen insoweit keine Unternehmenseigenschaft zukommt. Denn die Ausübung unternehmerisch-wirtschaftlicher Tätigkeit – als

⁷ Becker/Kingreen, NZS 2010, 417 (423).

elementare Anwendungsvoraussetzung des nationalen und europäischen Kartellrechts – ist zu verneinen, wenn die jeweilige Einrichtung eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllt, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird.⁸

Solidarität wird in einigen Vorschriften des SGB V (vgl. § 1 SGB V) ausdrücklich als leitendes Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung angesprochen. Darunter versteht der EuGH in der Krankenversicherung beide Formen des Sozialausgleichs, namentlich den sozialen Risikoausgleich und auch die Einkommensumverteilung.

Daran gemessen ist die Tätigkeit der Krankenkassen – und zwar auch die im Mitgliederwettbewerb der Krankenkassen untereinander – vor dem Hintergrund der Gesetzesreformen seit der EuGH-Entscheidung (insbesondere auch GKV-WSG) unverändert keine unternehmerische Tätigkeit. Denn die Krankenkassen bieten ihren Mitgliedern bzw. Versicherten nach wie vor die gleichen Pflichtleistungen an, und zwar sowohl unabhängig vom Gesundheitszustand zu Beginn des Versicherungsverhältnisses als auch von der individuellen Beitragshöhe. Die Krankenkassen können nur sehr geringfügig auf diese Leistungen Einfluss nehmen, wie etwa bei sog. Satzungsleistungen (z. B. § 38 Abs. 2 SGB V – Haushaltshilfe) oder in Form der – zuletzt höchst umstrittenen – Wahltarife (§ 53 SGB V). Die Möglichkeit der Krankenkassen, Wahltarife festzulegen und somit in Teilbereichen Wettbewerb um Mitglieder zu betreiben, führt zu keinem anderen Ergebnis.⁹

Die jetzigen Wahltarife erlauben es den gesetzlichen Krankenkassen insbesondere nicht, in der Leistungserbringung über das gesetzliche Leistungsspektrum, d. h. den Pflichtenkatalog, hinauszugehen. Wahltarife haben immer eine „Wurzel“ im SGB V, d. h. sie bauen auf einer Kernleistung des SGB V auf. Sie ermöglichen es, den Leistungsumfang, den der Gesetzgeber – meist aus Kostengründen – reduziert hat, „aus einer Hand“ bei ihrer Krankenkasse aufzustocken. Dementsprechend werden über § 53 Abs. 4 SGB V Leistungen abgesichert, die zu den in § 27 SGB V normierten Leistungsbereichen der Krankenbehandlung zählen.

8 EuGH, Urteil vom 16.3.2004, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493 – „AOK-Bundesverband“.

9 BSG, Urteil vom 22. Juni 2010 – B 1 A 1/09 R, juris Rn. 23 ff; Hessisches LSG, Urteil vom 15. September 2011 – L 1 KR 89/10 KL, juris Rn. 90.

Die zur Finanzierung der Wahltarife erhobenen Prämien stehen nicht in Abhängigkeit zu den von den Versicherten individuell zu erwartenden Aufwendungen und Einnahmen. Der Gesundheitszustand des einzelnen Versicherten spielt also für die individuell zusätzlich aufzuwendende Prämie keine Rolle. Schließlich dürfen die gesetzlichen Krankenkassen mit dem Angebot von Wahlтарifen keine Gewinne erzielen. Dies ist durch die Stellung der gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Regelungen über ihre Finanzierung sowie die speziellen Regelungen über die Finanzierung der Wahlтарife ausgeschlossen. Eine Quersubventionierung der Wahlтарife ist untersagt (§ 53 Abs. 9 SGB V).

Auch die Beitragsgestaltung – m.a.W.: der „Preis“ – im System der gesetzlichen Krankenversicherung bleibt in dem vom EuGH gesetzten Rahmen. Gegenüber der dem EuGH-Urteil zugrunde liegenden Rechtslage hat sich der Gestaltungsspielraum der Krankenkassen in Bezug auf die Beitragshöhe sogar reduziert. Bis zum 31. Dezember 2008 besaßen die Krankenkassen die Möglichkeit, ihren Beitragssatz selbst festzulegen und dadurch in einen gewissen „Wettbewerb“ um Mitglieder mit anderen Krankenkassen zu treten. Dieses „Wettbewerbselement“ wurde vom EuGH aufgrund der dahinter stehenden Zielsetzung als unerheblich für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft angesehen. Der Gesetzgeber habe dieses Wettbewerbselement nämlich eingeführt, um die Krankenkassen zu effizientem und kostengünstigem Wirtschaften anzuhalten.¹⁰ Diese Aussage muss erst recht für die Neuregelung in § 241 SGB V Geltung beanspruchen, wonach die Beiträge nunmehr nach einem bundeseinheitlichen allgemeinen Beitragssatz zu bemessen sind, der durch die Bundesregierung nach Auswertung der Ergebnisse eines beim Bundesversicherungsamt zu bildenden Schätzerkreises durch Rechtsverordnung festgelegt wird. Die Festlegung des allgemeinen Beitragssatzes liegt nun ausschließlich in der Hand des Staates, ohne dass die Krankenkassen darauf Einfluss nehmen können.

Die Krankenkassen sind auch im „Preiswettbewerb“ über den Zusatzbeitrag gem. § 242 SGB V gesetzlich eingeschränkt. Bei Unterdeckung des Finanzbedarfes, d.h. wenn der ausgabenbedingte Finanzbedarf – trotz Risikoausgleich durch den morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich – durch Fondszuweisungen des BVA nicht gedeckt ist, werden etwaige wettbewerbliche Erwägungen

10 EuGH, Urteil vom 16.3.2004, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493, Rn. 56 – „AOK-Bundesverband“; Hessisches LSG, Urteil vom 15. September 2011 – L 1 KR 89/10 KL, juris Rn. 91.

gen durch gesetzliche Vorgaben überlagert. Denn in diesem Fall „hat“ eine Krankenkasse einen Zusatzbeitrag zu erheben (§ 242 Abs. 1 S. 1 SGB V).

Schließlich bleibt festzuhalten, dass der Mitgliederwettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung nicht primär auf die Stärkung deren privatwirtschaftlicher Ausprägung ausgerichtet ist, sondern – so die Begründung des Entwurfs des GKV-WSG – auf die Qualitäts- und Effizienzsteigerung bei der Aufgabenerfüllung.¹¹ Die Aktivierung von Wettbewerb mit dem Ziel einer Qualitäts- und Effizienzsteigerung wahrt wiederum im Einklang mit dem o.g. Maßstab die soziale und solidarische Zwecksetzung. Mit diesem Argument hat der Gesundheitsausschuss des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zum AMNOG die Einführung der erweiterten kartellrechtlichen Regulierung – bekanntermaßen leider ohne Erfolg – abgelehnt und unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Risikostrukturausgleich¹² die rein „dienende Funktion“ des Wettbewerbs für die Erfüllung sozialstaatlicher Aufgaben betont.¹³

Fazit:

Die wettbewerbliche und wettbewerbsrechtliche Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung sollte mit Augenmaß und sorgfältig beobachtend betrieben werden. In keinem Fall darf die Weiterentwicklung aus einer unbesenen Übernahme des privaten Wirtschaftsrechts (z. B. des Kartellrechts) bestehen, allein damit sich das Krankenversicherungsrecht wie Privatrecht anfühlt und schließlich auch in solches transformiert wird.¹⁴

11 BT-Drucks. 16/3100, 85.

12 BVerfG, Beschluss v. 09.06.2004 – 2 BvR 1248/03, juris.

13 BR-Drucks. 484/1/10, 16 f.

14 *Welti*, SGB 2011, 485 (490) fasst die ordnungspolitische Motivlage zutreffend auf diese Weise zusammen.

