

Kartellrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung

Krankenkassen sind keine Unternehmen

Das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG), das Ende 2010 verabschiedet worden ist, hat den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes in der gesetzlichen Krankenversicherung ausgedehnt. Wirkung wird diese Neuregelung künftig vor allem im Bereich der gebündelten Ausschreibung von Arzneimittel-Rabattverträgen entfalten; diese Zielrichtung lässt sich bereits aus der Gesetzesbegründung ableiten.

Das Sozialgesetzbuch (Paragraf 69, Absatz 2 SGB V) sah bisher lediglich vor, dass die Regelungen der Paragraphen 19–21 des Kartellgesetzes (GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Diskriminierungs- und Boykottverbot – für die Rechtsbeziehungen der Krankenkasse zu den Leistungserbringern „entsprechend“ gelten sollten, und das auch nur mit Einschränkungen: Sie sollten nicht anwendbar sein auf Pflichtverträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, und der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen sollte besonders berücksichtigt werden. In der Praxis wurden diese Regelungen primär als Bestätigung dafür gewertet, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern nicht in die Zuständigkeit der Kartellbehörden und -gerichte fielen. Durch das AMNOG wurde die „entsprechende“ Anwendung von GWB-Vorschriften nun nicht nur auf das Kartellverbot ausgedehnt, sondern auch auf das Verwaltungsverfahrenrecht, die Bußgeldvorschriften und – das ist von besonderer Bedeutung – die Zuständigkeit der Kartellbehörden, insbesondere des Bundeskartellamts, sowie die Rechtswege zu den Kartellgerichten. Die bisherige Zuständigkeit der Sozialgerichte ist damit aufgehoben.

Ich bin der Auffassung, dass diese Neuregelung gegen europäisches Recht verstößt. Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte ist in diesem Punkt eindeutig: Die gesetzlichen Krankenkassen sind keine „Unternehmen“, da sie keine Gewinnabsichten verfolgen. Darum ist das europäische Kartellverbot (Artikel 101 AEUV) auf sie nicht anwendbar. Aus diesem Grund darf nach der europäischen Kartellverordnung 1/2003 (Artikel 3 Absatz 2) auch nationales Kartellrecht nicht auf sie angewendet werden. Der deutsche Gesetzgeber kann die zwingende Norm der europäischen Kartellverordnung nicht dadurch unterlaufen, dass er das deutsche Kartellverbot mit allen Sanktions- und Verfahrensregeln zwar nicht unmittelbar, aber „entsprechend“ auf die Rechtsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern anwendet. Diese europarechtlichen Bedenken sowie einige verfassungsrechtliche Einwände werden voraussichtlich nichts daran ändern, dass die Kartellbehörden die neue Vorschrift anwenden werden. Also stellt sich die Frage, wie die Neuregelung auszulegen ist. Hier ergeben sich einige praktische Probleme:

Die größte Auswirkung wird die Anwendung des Kartellverbots im Bereich der gemeinsamen Leistungsbeschaffung entfalten. Wie ein-

gangs erwähnt, soll das Kartellverbot gemäß Paragraf 69 SGB V zwar „nicht für Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden gelten, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind“. Die Gesetzesbegründung erwähnt hier die Verträge zur Heil- und der Hilfsmittelversorgung (Paragraf 125 Absatz 2 beziehungsweise Paragraf 127 Absatz 2 SGB V). Auch wenn es sich bei diesen Verträgen um Pflichtverträge handelt, steht es den Krankenkassen aber frei, diese Verträge allein, über ihre Landesverbände oder in Arbeitsgemeinschaften abzuschließen. Das legt den Schluss nahe, dass nach Paragraf 69 Absatz 2 Satz 2 das Kartellverbot hier von vornherein keine Anwendung findet, wenn die Krankenkassen insoweit über ihre Verbände oder in Arbeitsgemeinschaften handeln.

Im Unterschied dazu soll das Kartellverbot aber auf diejenigen Verträge mit Leistungserbringern grundsätzlich anwendbar sein, zu deren Abschluss die Krankenkassen nicht verpflichtet sind (Nicht-Pflichtverträge). Doch nicht jede Kooperation der Krankenkassen untereinander in diesem Bereich verstößt gegen Paragraf 1 GWB. In der Praxis des EU-Rechts, die auch für das deutsche Recht maßgeblich ist, werden in die diesbezügliche Beurteilung von Einkaufsvereinigungen Kriterien der Marktmacht einbezogen. Unabhängig davon ist Paragraf 1 GWB nicht verletzt, wenn die Krankenkassen in Bezug auf die konkrete Beschaffung untereinander generell oder nach dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken nicht Wettbewerber sind, oder wenn die Freistellungsnorm des Paragraphen 2 Absatz 1 GWB eingreift.

Der neu gefasste Paragraf 69 SGB V und die dadurch angeordnete „entsprechende“ Anwendung der Paragraphen 1 und 2 GWB beziehen sich ausschließlich auf die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern. Von der Gesetzesänderung nicht betroffen sind die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Versicherten. Umstritten ist und bleibt daher, ob Absprachen und Kooperationen zwischen Krankenkassen, die sich auf die Beziehungen zu den Versicherten beziehen, vom deutschen und/oder europäischen Kartellverbot erfasst sind. Das Bundeskartellamt bejaht, das Bundessozialgericht verneint dies. Dass das Kartellverbot nicht anwendbar ist, ergibt sich daraus, dass die Krankenkassen auch in ihrem Verhältnis zu den Versicherten keine Unternehmen sind; diese Beziehungen sind vielmehr öffentlich-rechtlicher Natur und unterliegen als solche nicht dem Kartellrecht.

**Rechtsanwalt
Prof. Dr. Rainer Bechtold, Stuttgart**
Honorarprofessor für deutsches und
europäisches Wirtschaftsrecht an der
Universität Würzburg

