Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0066(13)
NICHT gel. VB zur Anhörung am
29.9.2010_AMNOG
28.09.2010

Bundeskartellamt

Bonn, 27. September 2010

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz - AMNOG)

Bundestagsdrucksache 17/2413

Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Gesetzentwurf, insb. zur Neufassung des § 69 Abs. 2 SGB V sowie der damit verknüpften Folgeänderungen (betr. Artikel 1 Nr. 9, Artikel 2 Nr. 1, 2b, 3, 4 und 5, Artikel 3).

Das Bundeskartellamt begrüßt den Gesetzesentwurf. Mit der beabsichtigten Geltung des Kartellverbots werden wettbewerbliche Elemente im Gesundheitssektor weiter gestärkt. Es wird sichergestellt, dass die wettbewerblich organisierten Bereiche des Gesundheitssystems vor Verzerrungen geschützt werden und so das gesetzgeberische Wirtschaftlichkeitsziel besser erreicht werden kann. Aus wettbewerblicher Sicht reicht es nicht aus, dass – wie nach geltendem Recht – für die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und ihren Leistungserbringern nur die Missbrauchskontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 19-21 GWB) für entsprechend anwendbar erklärt wird. Auch das Kartellverbot des § 1 GWB muss anwendbar sein. Denn es ist widersprüchlich, den Krankenkassen ein kartellrechtswidriges Verhalten – den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – zu untersagen, wenn die Ursache, die ihnen ein solches Verhalten ermöglicht – nämlich die gesetzliche Ausnahme vom Kartellverbot – nicht beseitigt wird. Effiziente und flexible Strukturen können dauerhaft nur durch wettbewerbliche Strukturen geschaffen und erhalten werden.
Auch bei Anwendung der geplanten Neuregelung sind Kooperationen auf der Seite der gesetzlichen Kassen und der Seite der Leistungserbringer möglich. Mit der Neuregelung müssten vor allem Kooperationen mit einer sehr großen Abdeckung der Angebots- oder Nachfrageseite auf ihre Freistellbarkeit vom Kartellverbot hin geprüft werden. Nicht in Frage gestellt wird das derzeitige System der Rabattverträge. So steht auch die bisherige Praxis der Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen), zwar bei Rabattverträgen zu kooperieren, dann aber in Gebietslosen auszuschreiben, nicht grundsätzlich zur Debatte.

Geltung des Kartellverbotes

Nach der Neuregelung durch das AMNOG würde künftig das Kartellverbot des § 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie die Freistellungstatbestände der §§ 2 und 3 GWB auf Krankenkassen und Leistungserbringer wieder Anwendung finden. Das Kartellverbot richtet sich gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Bisher wurden die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern nach § 69 Abs. 1 SGB V vom Kartellverbot ausgenommen. Auch die Sanktionsmöglichkeiten wettbewerbsrechtswidrigen Verhaltens im Rahmen der Leistungsbeziehungen im Sinne des § 69 Abs. 2 SGB V würden nach gegenwärtigem Stand auf eine eindeutige rechtliche Basis gestellt. Der Gesetzentwurf ordnet eine „entsprechende“ Geltung an. Das Bundeskartellamt würde die Klarstellung einer unmittelbaren Anwendung des Kartellrechts bevorzugen, um keine Zweifel an der Reichweite des Kartellverbots aufkommen zu lassen.
Das Kartellrecht soll für solche Verträge ausgenommen bleiben, zu deren Abschluss die Krankenkassen verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamtsregelung gilt. Damit wird einer Besonderheit der Gesundheitsversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) Rechnung getragen: die Leistungsbereiche, in denen der Gesetzgeber ein kollektiv abgestimmtes Verhalten von Leis-

tungserbringern und von Krankenkassen für zwingend erforderlich bei der Erfüllung des Versorgungsauftrags hält, werden auch künftig nicht vom Kartellverbot erfasst.

Schutzzweck des Kartellrechts

Den anlässlich der geplanten Änderungen im § 69 SGB V vorgebrachten Befürchtungen, die Anwendung von § 1 GWB durch das Bundeskartellamt führe zu einem generellen Verbot von Kooperationen zwischen Krankenkassen, was wiederum die Versorgung mit Gesundheitsleistungen gefährde bzw. zu Kostensteigerungen im Gesundheitssystem führe, sind unbegründet. Diese Auffassung verkennt Ziele und Wirkung kartellrechtlicher Vorschriften. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Kartellrecht sich nicht nur gegen die Bildung von Nachfragemacht richtet. Ganz im Gegenteil kann es gerade auf Seiten der Leistungserbringer in manchen Versorgungsgebieten bereits heute zu nennenswerter Marktmacht oder zu wettbewerbsschädlichen Kooperationen kommen. Diese Marktmacht kann zu Lasten der Krankenkassen bzw. von deren Mitgliedern ausgenutzt werden.

Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen und Verhaltensweisen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die den Wettbewerb beschränken, verboten, um insbesondere dem Aufbau von Machtstellungen durch einzelne Marktteilnehmer oder durch Kooperationen zum Schaden der Wettbewerber und letztendlich auch der Versicherten vorzubeugen. Die Risiken ungezügelter Nachfrage- aber auch Angebotsmacht für die Wettbewerbsordnung auf den betroffenen Gesundheitsmärkten würden durch die vorgeschlagenen Regelungen zu § 69 SGB V angemessen begrenzt. Die Chancen für die gesetzlichen Krankenkassen, ihnen erwachsende Freiräume im Interesse einer sicheren und kostengerechten Versorgung der Versicherten optimal – und im Einzelfall gerade auch im Verbund mit anderen Kassen – nutzen zu können, blieben ohne klare wettbewerbliche Spielregeln ungenutzt. Beides kann nicht allein mit den (geltenden) vergaberechtlichen Vorschriften sichergestellt werden.

Zu berücksichtigen sind vor allem auch die mittelfristigen Auswirkungen von wettbewerbsschädlicher Nachfragemacht der gesetzlichen Krankenkassen. Viele kleinere Hersteller könnten zum Marktaustritt gezwungen werden, wenn sie mit für ihr Unternehmen wichtigen Produkten vom Markt ausgeschlossen werden. Dies würde die Tendenz zur Oligopolisierung beispielsweise bei den Generikaherstellern, verstärken und mittelfristig dazu führen, dass der Anbieterwettbewerb abnimmt und die Preise steigen. Die schrankenlose Bündelung von Nachfragemarktmacht der gesetzlichen Krankenkassen würde nicht nur mittelfristig einen Konzentrationsprozess auf den Arzneimittelmärkten zur Folge haben, sondern auch kleinere, mittelständische Unternehmen etwa im Hilfsmittelbereich hart treffen.
Wenn die Zahl der Anbieter im Markt abnimmt, hat dies nicht nur negative Auswirkungen auf den Preiswettbewerb, sondern auch auf sonstige Wettbewerbsparameter. Auch wenn z.B. dem Qualitätswettbewerb zwischen Arzneimitteln mit gleichem

Wirkstoff nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt, darf er nicht vernachlässigt werden.

Freistellung vom Kartellverbot

Das Kartellrecht kennt kein generelles Kooperationsverbot. Das Bundeskartellamt wendet die Vorschriften des GWB, insb. das Kartellverbot, stets unter Berücksichtigung der konkreten Marktverhältnisse an - auch im Gesundheitssektor. So setzt die kartellrechtliche Kontrolle erst dann ein, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Beteiligten so hoch ist, dass spürbare Auswirkungen auf die Marktstrukturen zu erwarten sind. Das GWB lässt außerdem mit den in den §§ 2 und 3 GWB genannten Freistellungsvoraussetzungen Spielraum für Kooperationen. Krankenkassen und Leistungserbringer können auch weiterhin gemeinsame Vereinbarungen in Bereichen treffen, die einer besseren Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems dienen, ohne Preis- und Qualitätswettbewerb auszuschließen. Im Sinne der Wirtschaftlichkeit sinnvolle Formen der Kooperation werden auch künftig zulässig sein. Grundsätzlich kann auch von Einkaufsgemeinschaften ein wettbewerbsfördernder Effekt ausgehen. Dies gilt vor allem, wenn Wettbewerber oder die Marktgegenseite der an der Einkaufsgemeinschaft beteiligten Krankenkassen vergleichsweise marktstark sind. Soweit allerdings bestimmte Marktanteile durch Einkaufsgemeinschaften überschritten werden, ist eine Bildung schädlicher Marktmacht nicht mehr ausgeschlossen. Anbietergruppen sind auch weiterhin weitgehend unproblematisch, solange die Anbieter auf räumlich unterschiedlichen Märkten tätig sind. Darüber hinausgehende Kooperationen wären im Hinblick auf wirtschaftliche Machtkonzentration im Einzelfall zu prüfen.

Das Instrument der Rabattverträge wird durch die Geltung des Kartellverbots nicht gefährdet. Einkaufsgemeinschaften – wie die Kooperationen verschiedener Kassen bei der Ausschreibung von Arzneimitteln – wären immer noch möglich. Insbesondere stünde auch die bisherige Praxis der Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen), in Gebietslosen auszuschreiben, nicht grundsätzlich zur Debatte. Wenn durch die Aufteilung in Gebietslose eine ausreichende Beschränkung der Nachfragemacht bewirkt wird und die Kooperation in weiten Teilen effizienfördernd ist, ist eine Freistellung vom Kartellverbot zu rechtfertigen.

Europarechtskonformität

Die Anwendung des GWB auf den Gesundheitssektor ist europarechtskonform. Die Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln knüpft an den europäischen Unternehmensbegriff an. Wenn nach europäischem Verständnis kein unternehmerisches Handeln vorliegt, fällt mit der Anwendbarkeit auch der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts automatisch weg (Art. 3 Abs 2 Satz 1 EG-VO 1/2003). Der nationale Gesetzgeber kann insoweit klarstellen, dass er die entsprechenden Leistungsbeziehungen wegen ihrer wettbewerblichen Relevanz einer kartellbehördlichen Kontrolle unterzogen sehen will.

Kartellrecht und sozialrechtliche Grundsätze

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) vom 26. März 2007 die Weichen für mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen gestellt und dem Sozialrecht Wettbewerbselemente hinzugefügt. So haben gesetzliche Krankenkassen etwa seit Inkrafttreten des GKV-WSG die Möglichkeit, Individualverträge mit Leistungserbringern abzuschließen.
Der Gesetzgeber sieht im Rahmen der neuen Vertragsfreiheiten Spielräume für eine differenzierte Preisbildung und einen Wettbewerb um hohe Versorgungsqualität vor. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass in den jeweiligen Regionen wettbewerbliche Strukturen herrschen. Insoweit ist es nur konsequent, wenn die entsprechenden Vertragsbereiche auch der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung unterliegen.
Dadurch muss es nicht – wie zum Beispiel für die Hilfsmittelversorgung nach § 127 Abs. 2 SGB V zuweilen vorgebracht – zu einer weitgehenden „Zersplitterung" der Vertragslandschaft kommen. Dem wird bereits heute in verschiedenen Versorgungsgebieten durch – zumeist kartellrechtskonforme – Leistungserbringerverbünde oder Einkaufsgemeinschaften begegnet. Das Kartellrecht ermöglicht entsprechende Kooperationen. Derartige Verbünde können auch wettbewerbsfördernd wirken, wenn Wettbewerber oder die Marktgegenseite der an der Kooperation Beteiligten vergleichsweise marktstark sind.

Dem Kartellrecht stehen die Anwendung des allgemeinen Kooperationsgebots nach § 4 Abs. 3 SGB V und der Kooperationsmöglichkeiten in den im vierten Kapitel des SGB V aufgeführten einzelvertraglichen Beziehungen zu den Leistungserbringern nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat im SGB V gezielt die Ordnungselemente Kooperation einerseits und Wettbewerb andererseits nebeneinander angeordnet, um den Krankenkassen im Rahmen der Selbstverwaltung für verschiedene Aufgabenbereiche jeweils adäquate Instrumente an die Hand zu geben.

Zuständigkeit des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt schützt mit den Instrumenten Fusionskontrolle, Missbrauchsaufsicht und Kartellverbot den Wettbewerb und besitzt die notwendige Sachkunde und Erfahrung für deren Anwendung. Die Aufgabengebiete der Kartellbehörden überschneiden sich nicht mit denen der sozialversicherungsrechtlichen Aufsicht. Beispielsweise prüft das Bundesversicherungsamt als zuständige Aufsichtsbehörde zwar die organisationsrechtlichen Voraussetzungen der Vereinigung von Krankenkassen nach dem SGB V. Die wettbewerblichen Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen beurteilt jedoch allein das Bundeskartellamt. Zu Doppelzuständigkeiten und Wertungskonflikten kommt es durch die klare Zuständigkeitsverteilung nicht.

Auch die Zielsetzung des Kartellverbots lässt sich klar von aufsichtsrechtlichen Vorgaben abgrenzen und am Beispiel des Verfahrens um die Zusatzbeiträge gesetzlicher Krankenkassen illustrieren, das nicht den Bereich des § 69 SGB V betrifft. Das Bundeskartellamt prüft hier nicht die Angemessenheit der angekündigten Zusatzbeiträge

sondern das Verfahren einer möglichen konzertierten Festlegung der Beiträge und der Bekanntmachung in der Presse. Die Prüfung der angemessenen Höhe der Zusatzbeiträge oder etwaiger Anreize zur Abgabe von Einzugsermächtigungen ist dagegen Aufgabe der für die sozialversicherungsrechtliche Aufsicht zuständigen Behörde. Unabhängig von der Angemessenheit der Zusatzbeiträge im Einzelfall steht jedoch der kartellrechtlich relevante Anfangsverdacht im Raum, die betroffenen Krankenkassen hätten durch die mögliche gemeinsame Festlegung und Bekanntmachung der Zusatzbeitragserhebung ihre geschäftliche Handlungsfreiheit beschränkt und somit die für ihr mit Blick auf den Beitragswettbewerb relevantes Handeln wesentliche Selbstständigkeit preisgegeben.

Die Zuweisung des Rechtswegs zu den Zivilgerichten wie beim Vergaberecht trägt der Einheitlichkeit der Kartell- und Vergaberechtsanwendung zutreffend Rechnung.