

Stellungnahme
des Bundeskartellamtes

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der
Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
(GKV-OrgWG)

– BT-Drucksache 16/9559 vom 16. Juni 2008–

Das Bundeskartellamt nimmt zu folgenden Elementen des GKV-OrgWG Stellung:

- a) Änderungsantrag 8: Änderung des § 69 SGB V
- b) Änderungsantrag 14a, 32: Änderung des § 130a SGB V, Änderung des SGG.

ad a)

Zur „entsprechenden“ Anwendbarkeit der §§ 19 – 21 GWB

Das Bundeskartellamt hat sich bereits in seiner Stellungnahme zum GKV-WSG (s. http://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoerungen/2006/029-034/still_eingel/Bundeskartellamt.pdf) dafür ausgesprochen, den § 69 SGB V vollständig zu streichen. Die Gesundheitsreform 2007 soll im Hinblick auf die Möglichkeit, Individualverträge abzuschließen, die einzelnen Krankenkassen stärken, damit über die Mechanismen der gemeinsamen Vertragsverhandlungen hinaus zusätzliche Kosteneffizienzen erschlossen werden können. Die Geltung des § 69 SGB V führt jedoch zu einer Reihe von wettbewerbspolitisch unerwünschten Folgen, weil die Krankenkassen ihre gewonnene Freiheit, zunehmend Individualverträge abschließen zu können, nicht individuell nutzen, sondern – ohne wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen beachten zu müssen – dazu übergehen, die Individualverträge kollektiv abzuschließen.

Aus wettbewerbslicher Sicht reicht es in der geltenden Regelung nicht aus, dass für die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und ihren Leistungserbringern zumindest die Missbrauchskontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 19-21 GWB) für entsprechend anwendbar erklärt werden. 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.

Zudem droht die Anordnung der „entsprechenden“ Anwendbarkeit der §§ 19-21 GWB zu antizipieren, dass die deutschen Gerichte die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen möglicherweise verneinen und sich damit der Rechtsprechung der europäischen Gerichte anschließen¹. Hierfür besteht kein Grund, da der Unternehmensbegriff des GWB traditionell weiter ist als im europäischen Kartellrecht (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 GWB).

Es ist zu befürchten, dass die jetzige Regelung des § 69 SGB V aufgrund der Nicht-Geltung des Kartellverbots mittel- bis langfristig wettbewerbspolitisch unerwünschte Folgen für die Marktstrukturen im Pharmazie-Sektor haben wird.

Berücksichtigung des „Versorgungsauftrags der gesetzlichen Krankenkassen“

Einen deutlichen Systembruch stellt der Hinweis im Entwurf des § 69 Abs. 2 S.3 SGB V dar, nach dem die Anwendung der kartellrechtlichen Normen mit der Maßgabe verbunden ist, den Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes und die Vergabekammern des Bundes nun bei der kartell- bzw. vergaberechtlichen Prüfung von Sachverhalten im Gesundheitssektor neben rein wettbewerbsrechtlichen Kriterien ein dem Wettbewerbsrecht im allgemeinen – und den einschlägigen vergaberechtlichen EU-Richtlinien im besonderen – systemfremdes Prüfkriterium anwenden müssen.

Zudem ist unklar, welches Gewicht dem Kriterium „Versorgungsauftrag“ im Verhältnis zu den rein vergabe- bzw. wettbewerbsrechtlichen Kriterien beizumessen ist.

¹ Im Hinblick auf die Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenversicherungen in Deutschland urteilte der EuGH in seiner AOK-Bundesverband-Entscheidung (Urteil vom 16. März 2004 - C-264/01), dass die gesetzlichen Krankenkassen nicht als Unternehmen und die Spitzenverbände der Krankenkassen nicht als Unternehmensvereinigungen im Sinne des EG-Vertrages (Art. 81 Abs. 1 EGV) gelten, wenn sie Festbeträge für Arzneimittel festsetzen. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes schließt jedoch die Verneinung der Unternehmenseigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen bei der Festsetzung von Festbeträgen die Unternehmenseigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen z.B. im Hinblick auf deren Angebot an Leistungen nicht aus. Dies dürfte sogar im Verhältnis zu BMG und BVA unstrittig sein, wenn es um Leistungen außerhalb des GKV-Angebotes geht (z.B. Wahltarife mit Wahlleistungen, deren Angebot vor dem Inkrafttreten des GKV-WSG allein der PKV vorbehalten war).

Ein systemsfremdes Kriterium widerspricht auch der ordnungspolitischen Grundkonzeption des deutschen Kartellrechts. Das deutsche Kartellrecht ist europa- und weltweit hoch angesehen dafür, dass die gesetzlichen Regelungen des GWB eine Prüfung allein nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien ermöglichen. Auf diese Weise werden Interessenkonflikte und politische Druckausübung vermieden.

Angesichts der Sonderregelung für gesetzliche Krankenkassen im Entwurf des § 69 Abs. 2 SGB V besteht die Gefahr, dass zukünftig auch andere Branchen eine gesetzliche Bestimmung dahingehend fordern, dass das Bundeskartellamt branchenspezifische Besonderheiten berücksichtigen müsse.

Zudem ist zu beachten, dass das EU-Vergaberecht als Grundprinzipien des Vergaberechts lediglich Transparenz, Nichtdiskriminierung und das Gleichbehandlungsgebot bestimmt.² Ein sektorspezifisches Vergaberechtsprinzip wie die besondere Berücksichtigung des Versorgungsauftrags gesetzlicher Krankenkassen jedoch läuft dieser marktöffnenden Tendenz des Vergaberechts zuwider. Ein Verstoß gegen die EU-Richtlinien zur Koordinierung des Vergaberechts (RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG) erscheint demnach nicht ausgeschlossen.

ad b)

Das Vergaberecht soll zwar durch die Änderung des § 69 SGB V auf Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber für anwendbar erklärt werden. Gleichzeitig ist damit jedoch die gesetzgeberische Absicht verbunden, den Rechtsweg zu den Landessozialgerichten festzuschreiben.

Diese vorgeschlagene Regelung stellt einen deutlichen Systembruch dar. Die Zuständigkeitsverteilung der Anwendung identischer Vergaberechtsrechtsnormen durch divergierende Instanzenzüge führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung. Eine derartige Regelung besteht daher aus gutem Grund für keine andere Branche.

² Erwägungsgrund Nr. 2 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 sowie Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 2004/17/EG vom 31.03.2004.

Das Kartellvergaberecht ist eine stark durch Rechtsanwendungspraxis und Rechtsprechung geprägte Materie. Bei den Oberlandesgerichten werden entsprechend §§ 91,94 GWB spezialisierte Senate gebildet. Folgerichtig ist auch das Oberlandesgericht Düsseldorf für die Vergabekammern des Bundes ausschließlich zuständig. Eine entsprechende fachliche Konzentrierung mit einem Fundus an einschlägiger Erfahrung besteht im sozialgerichtlichen Instanzenzug demgegenüber nicht.

Hinzu kommt, dass die vorgesehene Zersplitterung des Rechtswegs die Gefahr der uneinheitlichen Rechtsanwendung in sich birgt. Und dies nicht nur im Verhältnis der Sozialgerichtsbarkeit zu den bisher für Vergaberecht ausschließlich zuständigen Oberlandesgerichten, sondern auch zwischen den jeweils neu zuständigen Landessozialgerichten.

Im Übrigen sind die Landessozialgerichte verfahrensmäßig nicht auf das Führen von zivilrechtlichen Parteiprozessen ausgerichtet. Diese Vermischung von besonderem Verwaltungsrecht und Zivilrecht macht die Systemwidrigkeit des Vorschlags augenfällig.

In jedem Fall ist aber davon auszugehen, dass vergaberechtliche Streitigkeiten – entgegen dem Beschleunigungsgebot, das der Gesetzgeber für vergaberechtliche Verfahren vorgesehen hat – unverhältnismäßig lange dauern werden. Denn im Gegensatz zu den spezialisierten Vergabesenaten der Oberlandesgerichte ist die Sozialgerichtsbarkeit vorrangig mit einer Fülle sozialrechtlicher Fragen befasst. Das sich aus der EU-Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007 ergebende Gebot des effektiven und möglichst raschen primären Vergaberechtschutzes wäre so möglicherweise gefährdet.

Aus der Sicht des Bundeskartellamtes ist dieser Entwurf für einen speziellen Beschwerde-Rechtsweg für Entscheidungen der Vergabekammern im Gesundheitssektor ein Einfallstor für andere Branchen, die ebenfalls aufgrund vermeintlich branchenspezifischer Sonderheiten einen „eigenen“ Rechtsweg verlangen.

Daher muss die Einheitlichkeit des bestehenden Rechtswegs in allen vergaberechtlichen Angelegenheiten dringend gewährleistet bleiben.