

**Eckpunktepapier zum Rechtsgutachten:**

**Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf  
die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen**

---

Erstellt im Auftrag des AOK Bundesverbandes durch Rechtsanwälte:  
Prof. Dr. Rainer Bechtold, Dr. Ingo Brinker, Dr. Tobias Holzmüller

[11. Juni 2010]

**A. Gegenstand des Gutachtens**

- [1] Der Referentenentwurf für das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG-E) sieht eine Neufassung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V folgenden Inhalts vor: *„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“.*
- [2] Ziel der Norm ist die umfassende Anwendung des Kartellrechts als Ordnungsrahmen für die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern.
- [3] Das Gutachten prüft die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Neuregelung mit den Vorgaben des europäischen Rechts und des Grundgesetzes.

## B. Zentrale Ergebnisse der Begutachtung

### I. Unvereinbarkeit mit europäischem Recht

**➔ Die gesetzliche Anordnung einer Anwendung der §§ 1-3 GWB auf die Leistungsbeziehungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, ist nicht vereinbar mit Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 und dem allgemeinen Vorrang des Europarechts. Daran ändert auch die im Referentenentwurf vorgesehene „entsprechende“ Anwendung nichts. Lediglich für „Kleinfälle“ ohne zwischenstaatlichen Bezug kann der Gesetzgeber die Geltung des Kartellverbotes anordnen.**

- [4] Die europäische Kartellverfahrensordnung VO 1/2003 regelt das Verhältnis zwischen europäischem Kartellrecht und nationalem Kartellrecht dergestalt, dass auf Sachverhalte, die abstrakt geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nationales und europäisches Recht im Grundsatz parallel angewandt werden dürfen. Allerdings setzt sich bei unterschiedlichen Ergebnissen aufgrund des Anwendungsvorrangs stets das europäische Kartellrecht durch. Das europäische Recht markiert die Ober- und die Untergrenze der Kartellrechtswidrigkeit. Wie Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 klarstellt, darf das nationale Kartellrecht nicht strenger sein, als das in Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG) verankerte europäische Kartellverbot. Lediglich „unterhalb“ der Zwischenstaatlichkeit hat der nationale Gesetzgeber freie Hand.
- [5] Nach gefestigter europäischer Rechtsprechung sind gesetzliche Krankenkassen, die im solidarisch geprägten System der GKV operieren, keine Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV und daher nicht Gegenstand des europäischen Kartellrechts. Dies gilt auch im Bereich der Nachfrage nach Produkten und Dienstleistungen, die der Versorgung der Versicherten dienen.
- [6] Diese Rechtsprechung bindet *de lege ferenda* auch den deutschen Gesetzgeber. Im Geltungsbereich der Zwischenstaatsklausel ist für einen vom europäischen Leitbild abweichenden, strengeren Unternehmensbegriff des GWB kein Raum. Die Konvergenzklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 der VO 1/2003 untersagt den Mitgliedstaaten, im Bereich der Zwischenstaatsklausel ein strengeres nationales Kartellrechtsregime zu unterhalten. Der Vorrang umfasst nach herrschender Auffassung sämtliche Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots – auch die Unternehmenseigenschaft. Der deutsche Gesetzgeber ist an der Anwendung des § 1 GWB auf „Nicht-Unternehmen“ ebenso gehindert, wie er an der Anwendung der Kartellverbots auf Handlungswei-

sen gehindert ist, die nicht unter den Tatbestand der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.

- [7] Die „entsprechende“ Anwendung ändert nichts an diesem Ergebnis. Art. 3 Abs. 2 der VO 1/2003 verbietet den Mitgliedstaaten, EU-kartellrechtskonforme Vereinbarungen durch die „*Anwendung einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts*“ zu untersagen. Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn und Zweck der Norm ist ersichtlich, dass dabei zwischen direkter und entsprechender Anwendung Rechts zu differenzieren sein sollte. Entscheidend für die Vorrangwirkung ist allein, ob die untersagende Norm als wettbewerbsrechtlich zu qualifizieren ist. Dies ist der Fall. Die „entsprechende“ Anwendung entpuppt sich bei genauer Betrachtung als direkte Anwendung sämtlicher Kartellrechtsnormen des GWB, bei der lediglich die fehlende Anwendungsvoraussetzung der Unternehmenseigenschaft umgangen werden soll.
- [8] Überdies verstößt die Regelung gegen den in Art. 4 Abs. 3 VEU (ex. Art. 10 EG) verankerten Grundsatz der Unionstreue, der die Mitgliedstaaten auch verpflichtet, für eine effektive und einheitliche Anwendung des Europäischen Rechts zu sorgen. Die Mitgliedstaaten dürfen keine Rechtsakte erlassen, die den Bestimmungen des europäischen Rechts zuwiderlaufen. Ziel der Neufassung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V ist die kartellrechtliche Kontrolle und potentielle Untersagung von Vereinbarungen, die nach Festlegung des EuGH dem Unionskartellrecht entzogen sind. Der deutsche Gesetzgeber wäre gehalten, den Anwendungsvorrang des Unionskartellrechts zu respektieren und die Nachfragetätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen im Bereich der Zwischenstaatsklausel von der Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts freizuhalten. Indem er ausdrücklich die Anwendung des Kartellrechts anordnet, setzt er sich über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts hinweg und verletzt seine Pflichten aus Art. 4 Abs. 3 VEU.
- [9] Viele, wahrscheinlich die meisten, der von der Bundesregierung vorgesehenen Anwendungsfälle der §§ 1 - 3 GWB fallen in den Geltungsbereich der – weit auszulegenden – Zwischenstaatsklausel. Für den Arzneimittelmarkt folgt dies bereits aus den regelmäßig grenzüberschreitenden Lieferungen (bestätigt von BGH und EuGH in der Sache *AOK Bundesverband*). Sollte der Anwendungsbefehl in der Form des Referentenentwurfes verabschiedet werden, wäre er rechtlich insoweit nicht durchsetzbar. Die §§ 1 - 3 GWB blieben auf die Nachfragetätigkeit gesetzlicher Krankenkassen unanwendbar. Wenden Behörden oder Gerichte §§ 1 ff. GWB dennoch (entsprechend) an, wäre dies als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 justitiabel.

- [10] Unterhalb der Zwischenstaatlichkeit, das heißt, für Fälle bei denen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel ausgeschlossen sind, könnten die Vorschriften des GWB wie vorgesehen Anwendung finden; dies hätte aber den widersinnigen Effekt, dass diese „Kleinfälle“ strenger beurteilt würden, als die „großen“ Fälle.

## II. Verfassungsrechtliche Bedenken

**➔ Die entsprechende Anwendung der §§ 1 ff. insb. des § 81 GWB im Rahmen des § 69 Abs. 2 SGB V verstößt gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot in Art. 103 Abs. 2 GG.**

- [11] Die Anordnung der „entsprechenden“ Geltung ist als so genannte Analogieverweisung zu qualifizieren, die für Vorschriften des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts mit Art. 103 Abs. 2 GG kollidiert. Hinzu kommt, dass nach § 69 Abs. 2 S. 1 i.V.m. S. 3 SGB V in Zukunft auch § 81 GWB – „mit der Maßgabe, dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist“ gelten sollen. Die vorgeschlagene Regelung lässt den Rechtsanwender im Unklaren über den Maßstab mit dem über ein potentiell Bußgeldbewehrtes Verhalten entschieden werden soll.

## III. Auswirkungen auf das Gesundheitswesen

**➔ Die Geltung der §§ 1 ff. GWB im Gesundheitswesen hätte – selbst wenn sie wirksam festgeschrieben werden könnte – schwerwiegende Folgen für das öffentliche Gesundheitswesen, die weit über die Regelungsziele des AMNOG hinausgehen; es käme zu unüberwindlichen Wertungskonflikten mit wesentlichen Strukturprinzipien des Sozialrechts. Während das Sozialrecht z.B. die enge Kooperation der Krankenkassen ausdrücklich wünscht, untersagt § 1 GWB solche Praktiken.**

- [12] Viele der strukturprägenden Prinzipien des Gesundheitswesens sind mit der flächendeckenden Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht zu vereinbaren. Vor allem die Grundsätze der Kooperation, der kollektiven Leistungsbestimmung und der Leistungseinheit durch das weitreichende Kooperationsverbot des § 1 GWB konterkariert. Das Sozialrecht gebietet die engstmögliche Zusammenarbeit der Krankenkassen und ihrer Verbände (vgl. auch § 4 Abs. 3 SGB V). Dies ist nicht zu vereinbaren mit dem Regelungsansatz des § 1 GWB, der solches Verhalten als Abstimmung zwischen Wettbewerbern grundsätzlich untersagt.

[13] Schwerwiegende Auswirkungen drohen insbesondere in folgenden Bereichen:

- **Kollektive Leistungsbeschaffung:** Nach der Begründung zum AMNOG-E soll das Kartellrecht nicht zu Anwendung kommen, wo die Krankenkassen zum Abschluss von kollektiven Verträgen verpflichtet sind und wo eine Schiedsamsregelung gilt. Keine Angaben enthält die Gesetzesbegründung jedoch darüber, was in den Bereichen geschieht, in denen kollektive Strukturen laut SGB optional sind (z.B. §§ 73b/c Abs. 4, 137g Abs. 1, 125, 127 Abs. 1, Abs. 2 SGB V), oder wo keine Schiedsamsregelung gilt. Hier würde das Kartellverbot eine gemeinsame Festlegung von Leistungsinhalten und Entgelten untersagen.
- **Arzneimittelrabattverträge:** Auch hier kommt es zu Wertungskonflikten. Während der § 130a Abs. 8 SGB V eine gemeinsame Ausschreibung mehrerer Kassen zumindest auf Verbandsebene ausdrücklich gestattet („Die Krankenkassen oder ihre Verbände dürfen...“) und § 130a Abs. 1 SGB V in der Fassung des AMNOG-E diesen Grundsatz auf den Markt für innovative Arzneimittel ausdehnt, würde die Anwendung von § 1 GWB einer Nachfragebündelung entgegenstehen. Im Übrigen hätte ein Verbot oder eine Beschränkung der Nachfragebündelung erhebliche Kostensteigerung für generische Arzneimittel und eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Generikamarkt zur Folge.
- **Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses:** Konsequenz der vorgeschlagenen Neufassung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V wäre auch, dass die in § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V ausdrücklich genannten Beschlüsse des gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94 SGB V als kartellrechtswidrig qualifiziert werden könnten.
- **Organisationsstrukturen:** Die weitreichende Festlegung und Koordinierung vieler Handlungsparameter auf Verbandsebene wäre mit dem Kartellverbot kaum zu vereinbaren und müsste in diesem Fall überdacht werden. Dies gilt auch für die in § 219 SGB V vorgesehene Bildung von Arbeitsgemeinschaften. Das Kartellverbot griffe über den Anwendungsbefehl des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V insbesondere ein, soweit es zur Koordinierung von Nachfrageentscheidungen oder zum diesbezüglichem Informationsaustausch kommt.
- **Zuständigkeiten:** Konflikte sind auch im Bereich der Rechtswegzuweisung und der Behördenzuständigkeit vorprogrammiert. Dies gilt insbesondere dort, wo die sozialversicherungsrechtliche Aufsicht eigene Kompetenzen wahrnimmt, die sich mit denen des Kartellamtes überschneiden.

## IV. Regelungsalternativen

**→ Eine europarechts- und verfassungskonformen Lösung müsste statt der entsprechenden Anwendung des Kartellrechts gesundheitsspezifische Wettbewerbselementen im SGB V einführen.**

- [14] Dem deutschen Gesetzgeber sind in seinem Bestreben nach Wettbewerb im Gesundheitsrecht nicht vollends die Hände gebunden. Ihm ist es unbenommen, Regeln einzuführen, die den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen fördern, dabei aber einen sozialrechtsspezifischen Regelungszweck verfolgen. Der EuGH hat in der Sache *AOK Bundesverband* klargestellt, dass auch Bestimmungen „*um die Krankenkassen zu veranlassen, im Interesse des ordnungsgemäßen Funktionierens des deutschen Systems der sozialen Sicherheit ihre Tätigkeit nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit auszuüben*“ einen sozialrechtlichen Regelungscharakter besitzen können.
- [15] Solche gesundheitsspezifischen Wettbewerbsregeln wären nicht nur mit der Vorrangklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 vereinbar. Sie hätten zudem den Vorteil, dass sie für dosierten Wettbewerb in spezifischen Teilbereichen der Gesetzlichen Krankenversicherung sorgen können, ohne die weitgehend kollektiv ausgestalteten Strukturen des SGB V im Grundsatz zu gefährden.