
Rechtsgutachten

Folgen einer umfassenden „entsprechenden“ Anwendung
des Kartellverbots
auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen

Erstattet im Auftrag des
AOK Bundesverbandes

durch
Prof. Dr. Jörg Fritzsche

25. Juni 2012

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	4
I. Überblick	4
II. Die geplante Neuregelung im Detail	7
1. Schutz des Versichertenwettbewerbs – § 4 SGB V-E	7
a) Wortlaut des § 4 SGB V-E	7
b) Reichweite der Verweisung	8
2. Fusionskontrolle - § 170 SGB V-Entwurf	9
B. Gutachtenauftrag	12
C. Rechtliche Würdigung	13
I. Unmittelbare Auswirkungen der geplanten Änderung im SGB V auf das deutsche Gesundheitssystem	13
1. Allgemeines	13
a) Erforderlichkeit der Anordnung der entsprechenden Geltung des GWB	14
b) Folgen der umfassenden entsprechenden Geltung des Kooperationsverbots	16
aa) Ausnahme für gesetzlich vorgeschriebene Kooperationen unzureichend	16
bb) Grundsätzliches Verbot freiwilliger Kooperationen	18
cc) Zahlreiche Zweifel bei Ausnahmen vom Kartellverbot	20
dd) Probleme einer doppelten Aufsicht	22
2. Beispiele für künftig nach dem GWB zu beurteilende nicht vorgeschriebene Kooperationen	23
a) Sprechstundenbedarf	23
b) Leistungskonkretisierung im Hilfsmittelbereich	24
a) Fakultative Aufgaben des GBA	25
b) Arbeitsgemeinschaften auf Landesebene nach § 219 SGB V und sonstige kassenartübergreifende Kooperationen	26
c) Kooperation bei der Vergabe von Fördermitteln für Selbsthilfegruppen	27
3. Freistellungsfähigkeit solcher nicht vorgeschriebener Kooperationen	27
II. Folgewirkungen der geplanten Geltung nationalen Kartellrechts auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Gesundheitsrecht infolge der Einbeziehung des europäisch-harmonisierten Kartellrechts	28
III. Gefahr einer Änderung der Rechtsprechung zum Europäischen Kartellrecht mit weitreichenden Folgen für das Gesundheitssystem	30

1.	Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Nichtanwendbarkeit des EU-Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen	31
	a) Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts	31
	b) Keine Geltung des Kartellrechts für Träger sozialer Sicherungssysteme	31
	c) Keine Anwendung des Kartellrechts auf deutsche gesetzliche Krankenkassen	33
2.	Bindung des deutschen Rechtsanwenders an den europäischen Unternehmensbegriff	35
3.	Risiko einer Änderung der EuGH-Rechtsprechung durch nationale Kartellrechtskontrolle	37
4.	Konsequenzen aus einer Rechtsprechungsänderung des EuGH	43
	a) Unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts und des GWB	43
	b) Unzureichende Flexibilität in der Regulierung gesetzlicher Krankenkassen durch Art. 106 AEUV	45
	c) Anwendbarkeit des Beihilfenrechts	46
	d) Anwendbarkeit der UGP-Richtlinie sowie der Irreführungsrichtlinie	47
	e) Anwendbarkeit der Mehrwertsteuer-Richtlinie und von Steuergesetzen	48
5.	Gestaltung des deutschen Gesundheitssystems nur noch im Rahmen der Vorgaben des EU-Rechts	49
6.	Konkrete Folgen für einzelne Kooperationsformen der gesetzlichen Krankenversicherungen und ihrer Spitzenverbände	52
7.	Unumkehrbarkeit der Einordnung als Unternehmen	56
IV.	Rückgewinnung der Handlungshoheit nur durch verstärkte staatliche Regulierung der gesetzlichen Krankenversicherung zulasten der Selbstverwaltung	57
V.	Regelungsalternativen zu Art. 3 des Regierungsentwurfs	58
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse	60

A. Sachverhalt

I. Überblick

- (1) Am 23. März 2012 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf der 8. GWB Novelle verabschiedet¹ und mittlerweile dem Bundesrat vorgelegt (im folgenden: Regierungsentwurf)². Der Regierungsentwurf entspricht zwar in weiten Teilen einem vom BMWi am 4. November 2011 vorgelegten Referentenentwurf³, weist aber auch einige Neuerungen auf⁴.
- (2) Eine besonders bemerkenswerte Neuerung gegenüber dem Referentenentwurf sind die vorgesehenen Änderungen des SGB V mit dem Ziel der weiteren Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien im Gesundheitssektor.
- (3) Geändert werden sollen zwei Normen des SGB V. In § 4 SGB V wird zukünftig unter anderem die „entsprechende“ Anwendung der §§ 1 ff. GWB auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander bzw. zu den Versicherten angeordnet. Der neu einzufügende § 172 a SGB V soll die Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt unterwerfen. Für entsprechende Auseinandersetzungen mit kartellrechtlichem Bezug sollen zukünftig die Kartellsenate der Zivilgerichtsbarkeit zuständig sein. Alle diese gesundheitsrechtlichen Regelungen waren im ursprünglich veröffentlichten Referentenentwurf noch nicht enthalten und fanden erst kurzfristig ihren Weg in den Gesetzesentwurf, nachdem das BMG sich Anfang März 2012 offenbar einen Regelungsvorschlag des BMWi zu Eigen gemacht hatte⁵.

¹ BT-Drs. 17/9852 bzw. BR-Drs. 176/12; abrufbar auch unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-novelle.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

² BR-Drs. 176/12.

³ Abrufbar unter: www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-8-aenderung-referentenentwurf.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf.

⁴ Zu den kartellrechtlichen Änderungen im GWB siehe *Bechtold* BB 2011, 3075, 3075 ff.; *A. Fritzsche* DB 2012, 845-853.

⁵ Der ursprünglich vom BMG versandte Regelungsentwurf wies als Verfasser das BMG aus.

- (4) Aufschlussreich für das Verständnis dieses neuerlichen Gesetzgebungsvorhabens im Spannungsfeld von Gesundheits- und Wettbewerbsrechts ist die Vorgeschichte:
- (5) Im Koalitionsvertrag nach der Bundestagswahl 2009 hatten CDU/CSU und FDP vereinbart, dafür zu sorgen, dass „das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen grundsätzlich auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung Anwendung findet. Insbesondere bei Rabattverträgen, Fusionen von Krankenhäusern und Krankenkassen sehen wir Überprüfungsbedarf“⁶.
- (6) Bereits am 1. Januar 2011 erklärte der § 69 Abs. 2 SGB V i.d.F. des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes (AMNOG)⁷ die §§ 1 und 2 GWB auf die Nachfragebeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu medizinischen Leistungserbringern für entsprechend anwendbar⁸. Damit erfüllte der Gesetzgeber die zentrale Ankündigung im Koalitionsvertrag und beendete die vor dem Hintergrund der Arzneimittel-Rabattverträge lange und wechselvoll geführte Auseinandersetzung um die Frage, ob das Kartellverbot des § 1 GWB auf die gemeinsame Beschaffung medizinischer Produkte und Dienstleistungen durch die gesetzlichen Krankenkassen Anwendung findet⁹.
- (7) Nicht geregelt wurde damals die seit längerem umstrittene Frage, ob das Verhältnis der Krankenkassen untereinander im Hinblick auf die Versicherten und im Bereich der Fusionskontrolle ebenfalls dem Kartellrecht unterliegen soll. Das Bundeskartellamt (im Folgenden: BKartA) vertrat hierzu in der Vergangenheit den Standpunkt, dass § 1 GWB und Art. 101 AEUV bzw. §§ 35 ff GWB auf diese Rechtsbeziehungen anwendbar sein müssten¹⁰. Die überwiegende Meinung in der Literatur und auch die Rechtsprechung schlossen sich dieser Sicht nicht an und argumentier-

⁶ Koalitionsvertrag zur 17. Legislaturperiode, Wachstum Bildung Zusammenhalt, Ziff. 3970-3973.

⁷ BGBl. I 2010, S. 2262. Das Gesetz enthielt neben den kartellrechtlichen Neuregelungen umfassende Neuerungen bei der Bewertung- und Erstattungspraxis für patentgeschützte Arzneimittel.

⁸ Die §§ 19-21 GWB waren bereits durch das GKV-OrgWG aus dem Jahre 2007 entsprechend auf die Leistungsbeziehungen im Rahmen des § 69 SGB V anzuwenden.

⁹ Hierzu ausführlich: *Holz Müller*, Kartellrecht in der GKV nach dem AMNOG – Praktische Auswirkungen und erste Erfahrungen, NZS 2011, 485 ff.

¹⁰ Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 28.11.2006, verfügbar unter: www.bundeskartellamt.de; Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum GKV-OrgWG vom 08.10.2008, verfügbar unter: www.bundeskartellamt.de; ebenso der frühere Präsident des BKartA *Heitzer* Vortrag beim Studienkreis Regulierung Europäischer Gesundheitsmärkte am 29. Juni 2009, S. 9 ff, abrufbar unter: www.zei.de/download/zei_a/Regulierung_2009/Heitzer_Wettbewerbskontrolle.pdf.

ten, dass die Krankenkassen gegenüber den Versicherten nicht unternehmerisch tätig werden¹¹. Diese Auffassung stützte sich vor allem auf die Rechtsprechung des EuGH, der die nicht-unternehmerische Natur der Beschaffungstätigkeit aus der sozialen Natur der Rechtsbeziehungen auf dem Versichertenmarkt ableitete.¹²

- (8) Die Frage erhielt neue Brisanz, als das BKartA im Februar 2010 gegen neun Krankenkassen förmliche Auskunftsbeschlüsse wegen des Verdachts der kartellrechtswidrigen Absprachen bei der Erhebung von Zusatzbeiträgen nach § 242 Abs. 1 S. 1 SGB V erließ¹³. Diese Bescheide wurden von den betroffenen Krankenkassen angefochten. Nachdem das Bundessozialgericht im September 2010 in letzter Instanz den Rechtsweg zu den Sozialgerichten für eröffnet erklärt hatte¹⁴, entschied das LSG Hessen am 15. September 2011¹⁵, dass die Versichertenbeziehungen innerhalb der GKV als nicht unternehmerisch geprägt zu verstehen sind und dadurch dem Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Kartellrechts entzogen sind. Das unterlegene Bundeskartellamt focht diese Entscheidung nicht an, sondern sah sich stattdessen zu der öffentlichen Erklärung veranlasst, man sei zukünftig durch die Entscheidung des LSG Hessen an einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle des Verhaltens gesetzlicher Krankenkassen auf dem Versichertenmarkt gehindert¹⁶. Zudem werde man gezwungen, auch die bereits seit einigen Jahren vom BKartA praktizierte Zusammenschlusskontrolle in diesem Bereich einzustellen. Diese Ankündigung wurde mit dem deutlichen Appell an den Gesetzgeber kombiniert, die 8.

¹¹ Ebenso: *Jansen/Johannsen PharmR* 2010, 576; *Bernhard ZESAR*, 2008, 128, 130; a.A. *Kersting EWS* 2010, 496, der die direkte Anwendbarkeit bejaht, zugleich aber fordert, die entsprechende Anwendung der §§ 1 ff. GWB auch für die Angebotstätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen anzuordnen.

¹² S. z.B. EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493, Rn. 51 ff. – *AOK-Bundesverband*.

¹³ Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 22. Februar 2009, abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/presse/2010_02_22.php.

¹⁴ BSG Beschluss vom 29. September 2010 – B 1 SF 1/10 R (sowie Parallelentscheidungen 2/10 und 3/10), abrufbar unter *Juris* und *beck-online*.

¹⁵ *LSG Hessen* Urteil vom 15.09.2011 – L 1 KR 89/10 KL, NZS 2012, 177 ff.

¹⁶ Vgl. dazu auch Interview *Mundt* in *FAZ* vom 21.11.2011; verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/krankenkassen-kartellamt-stoppt-fusionskontrolle-11536255.html>.

GWB Novelle zur Korrektur der durch die Rechtsprechung geschaffene „Fehlentwicklung“ zu nutzen¹⁷.

II. Die geplante Neuregelung im Detail

1. Schutz des Versichertenwettbewerbs – § 4 SGB V-E

a) Wortlaut des § 4 SGB V-E

- (9) Die maßgebliche Neuerung zur Einführung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien im Gesundheitssektor enthält der Regierungsentwurf im Hinblick auf § 4 SGB V. Dort sollen dem Absatz 3, der das allgemeine sozialrechtliche Kooperationsgebot enthält¹⁸, folgende Sätze angefügt werden:

„Für das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten gelten die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a, 48 bis 80 und 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2, Absatz 4 bis 10 sowie die §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend. Satz 2 gilt nicht für Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist. Krankenkassen können die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen; § 12 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gilt entsprechend.“

- (10) § 4 SGB V-Entwurf ordnet die entsprechende Anwendung des Kartellverbots (§§ 1-3 GWB) und des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots (§§ 19-21 GWB) auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander sowie zu den Versicherten an und unterwirft diese Beziehungen einer kartellrechtlichen Kontrolle durch das Bundeskartellamt. Damit soll ausweislich der Entwurfsbegründung ein Gleichklang mit der Vorschrift des § 69 SGB V i.d.F des AMNOG erreicht werden, die bereits seit Anfang 2011 eine entsprechende Anwendung der wesentlichen Vor-

¹⁷ Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Referentenentwurf der 8. GWB Novelle, 30. November 2011, S. 9 ff.

¹⁸ Siehe hierzu *Mühlhausen* in Becker/Kingreen, SGB V, 2. Aufl. 2010, § 4 Rn. 7 ff.; *Becker/Kingreen* NZS 2010, 417, 419.

schriften des Kartellrechts auf die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern anordnet.

- (11) Erklärtes Ziel der Regelung ist die kartellrechtliche Kontrolle von einseitigen oder kooperativen Beschränkungen des Wettbewerbs der Krankenkassen um Versicherte. Als Beispiel für eine solche Beschränkung führt die Gesetzesbegründung ausdrücklich die abgestimmte Erhebung von Zusatzbeiträgen an¹⁹.
- (12) Auch die Ausnahmenvorschriften für obligatorische Kooperationen zwischen Krankenkassen und Verbänden sind fast wortgleich aus dem § 69 SGB V übernommen. Wie in § 69 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB V sieht der neue § 4 SGB V in Satz 3 zugleich eine Einschränkung der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle für Kooperationen und Verhaltensweisen vor, die den Krankenkassen, deren Verbänden sowie dem Gemeinsamen Bundesausschuss gesetzlich verpflichtend vorgegeben sind. Als maßgebendes Beispiel für eine solche gesetzliche Vorgabe wird die Festbetragsfestsetzung in § 35 Abs. 1 SGB V angeführt, die somit einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle entzogen sein soll.²⁰

b) Reichweite der Verweisung

- (13) Neben den materiell-kartellrechtlichen Vorschriften zum Kartellverbot und der Missbrauchskontrolle erfasst die Verweisung in § 4 SGB V-Entwurf auch die wesentlichen kartellrechtlichen Verfahrensvorschriften und Ermächtigungsnormen.
- (14) Die §§ 48-50 GWB begründen die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden für die kartellrechtliche Aufsicht über die Krankenkassen. Die §§ 54-79 GWB regeln das Verfahren vor den Kartellbehörden. Der ebenfalls entsprechend anzuwendende § 80 GWB betrifft die Gebührenforderungen des Bundeskartellamtes gegenüber den verfahrensbeteiligten Krankenkassen und Unternehmen; die §§ 81 ff. GWB regeln die Befugnis der Kartellbehörden zur Verhängung von Bußgeldern.
- (15) Von der Verweisung erfasst sind auch die §§ 87 ff. GWB, welche die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die kartellrechtliche Streitigkeiten begründen. Damit können kartellrechtliche Ansprüche gegen gesetzliche Krankenkassen zukünftig im ersten Rechtszug vor den Landgerichten geltend gemacht werden. Dies wird in der

¹⁹ Regierungsentwurf, S. 1.

²⁰ Ähnliche Vorgaben finden sich in § 35 Abs. 3 SGB V und § 130 b SGB V.

Praxis vor allem Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche sowie Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des § 33 GWB betreffen.

- (16) Bei einigen von der Verweisung betroffenen Normen erscheint es schwer verständlich, wie sie auf die gesetzlichen Krankenkassen entsprechende Anwendung finden sollen. So ist z.B. höchst rätselhaft wie Norm wie die §§ 50 (Vollzug des europäischen Rechts), 50a (Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden) und 90a GWB (Zusammenarbeit mit der EU-Kommission) in einem Bereich entsprechende Anwendung finden sollen, auf den das EU-Wettbewerbsrecht nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte gerade nicht anwendbar ist.
- (17) Umgekehrt ist bemerkenswert, dass der Regierungsentwurf einige kartellrechtliche Vorschriften von der Verweisung ausklammert. Dass der Entwurf zwar auf die Missbrauchsvorschriften der §§ 19-21 GWB verweist, aber keinen Verweis auf die Definition der Markbeherrschung und die Vermutungsregeln in § 18 GWB n.F. enthält, wird man dabei noch als Redaktionsversehen einzustufen haben. Ob dies auch für die ebenfalls von der Verweisung ausgenommene neu geschaffene Auskunftspflicht in § 81a GWB n.F. gilt, ist dabei schon weniger klar.

2. Fusionskontrolle - § 170 SGB V-Entwurf

- (18) Der Entwurf der 8. GWB Novelle sieht weiterhin eine Änderung im Bereich der Fusionskontrolle vor. Es soll ein neuer § 172 a folgenden Wortlauts in das SGB V eingefügt werden:

(1) Bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach dem Siebenten Abschnitt des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Maßgabe des Absatzes 2 sowie die §§ 48 bis 80, 81 Absatz 2, Absatz 3 Nummer 3, Absatz 4 bis 10 und die §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechende Anwendung.

(2) Finden die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle Anwendung, darf die Genehmigung nach § 144 Absatz 3 erst erfolgen, wenn das Bundeskartellamt die Vereinigung nach § 40 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen freigegeben hat oder sie als freigegeben gilt. Hat der Vorstand einer an der Vereinigung beteiligten Krankenkasse eine Anzeige nach § 171b Absatz 2 Satz 1 abgegeben, beträgt die Frist nach § 40 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sechs Wochen. Neben die obersten Landesbehörden nach § 40 Absatz 4 und § 42 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen treten die zuständigen Aufsichtsbehörden nach § 90 des Vierten Buches. § 41 Absatz 3 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt nicht."

- (19) § 172 a SGB V-Entwurf unterwirft die freiwillige Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen der Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt.
- (20) § 172 a Abs. 1 SGB V-Entwurf erklärt die formellen und materiellen Vorschriften der Zusammenschlusskontrolle in §§ 35 bis 43 GWB, die Zuständigkeit des Bundeskartellamts, die Verfahrensvorschriften und die zusammenschlusspezifischen Bußgeldbestimmungen für entsprechend anwendbar. Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden im Sinne des § 90 SGB IV für die Genehmigung freiwilliger Vereinigungen nach den sozialrechtlichen Vorschriften soll davon unberührt bleiben.
- (21) Zur Erforderlichkeit der Einführung der Zusammenschlusskontrolle schweigt die Entwurfsbegründung. Es wird lediglich angemerkt, dass die Fusionskontrolle nach gewohnten Kriterien erfolgt, d.h. für die Beurteilung der Marktbeherrschung nicht allein der erzielte Marktanteil, sondern die Marktstellung unter Würdigung aller relevanten Umstände heranzuziehen ist. Besondere Beachtung verdiene dabei die weitere Entwicklung im Hinblick auf die Möglichkeit des Abschlusses von Selektivverträgen.²¹
- (22) Für die Umsatzberechnung im Rahmen des § 35 GWB sollen ausweislich der Entwurfsbegründung die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds an die Vereinigungsparteien zuzüglich etwaiger Einnahmen aus Zusatzbeiträgen nach § 242 SGB V und gemindert um etwaige Ausgleichszahlungen nach § 242 b SGB V herangezogen werden²². Dies entspricht der Praxis, die das Bundeskartellamt bei den angemeldeten Vereinigungen bis zum Herbst 2011 angewandt hat²³. Offen lässt die Gesetzesbegründung, ob Prämienauszahlungen nach § 242 Abs. 2 SGB V ebenfalls in Abzug zu bringen sind.
- (23) § 172 a Abs. 2 SGB V-Entwurf soll das Fusionskontrollverfahren den Besonderheiten anpassen, die sich bei der Vereinigung von Krankenkassen aufgrund der notwendigen Abstimmung zwischen GWB und SGB V ergeben können. So ordnet § 172 a Abs. 2 Satz 1 SGB V an, dass eine Genehmigung durch die Aufsichtsbehörden nur stattfinden darf, wenn das Bundeskartellamt die Vereinigung freigegeben hat. Die Anordnung ist deshalb notwendig, weil ab dem Moment der Wirksamkeit der Vereinigung die bisherigen Krankenkassen als zusammengeschlossen gelten

²¹ Regierungsentwurf, S. 53.

²² Regierungsentwurf, S. 53.

²³ Regierungsentwurf, S. 53.

und die neu gebildete Krankenkasse nach § 144 Abs. 4 SGB V in die Rechtsstellung der bisherigen Krankenkassen eintritt. Als Folge würde eine anschließende Untersagung der Vereinigung durch das Bundeskartellamt keine Wirkung mehr entfalten können. Diesem unerwünschten Szenario ist mit Satz 1 Abhilfe geschaffen.

- (24) Ebenso findet sich in § 172 a Abs.2 Satz 2 SGB V eine Sonderregelung für so genannte Rettungsvereinigungen, die zur Vermeidung der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse durchgeführt werden sollen. Da die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über die Schließung oder Insolvenz schon vorher getroffen werden muss, ist die Frist von vier Monaten nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GBW zu lang. Satz 2 ermöglicht daher eine Verkürzung der Frist auf sechs Wochen. Ziel des Gesetzgebers ist es dabei, solange wie möglich die Option zu bewahren, kurzfristig vor Erlass des Schließungsbescheids noch ein Verfahren einzuleiten, dass die Schließung durch Vereinigung vermeiden soll, und dieses auch noch rechtzeitig vor dem Wirksamwerden der Schließung zum Abschluss bringen zu können.²⁴
- (25) Auch die Neuerung im Bereich der Zuständigkeiten verdient eine nähere Betrachtung. Zwar erklärt der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 172 a Abs. 1 SGB V zugleich das Bundeskartellamt für die Fusionskontrolle bei Zusammenschlüssen von gesetzlichen Krankenkassen für zuständig. So solle dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Anwendung der §§ 1 ff. GWB nur dann effektiv gestalten lasse, wenn zur gleichen Zeit etwaige Konzentrationsprozesse unter Beobachtung gestellt würden.²⁵ Die grundsätzliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden im Sinne des § 90 SGB V bleibt nach § 172 a Abs. 2 Satz 3 SGB V hiervon jedoch unberührt.²⁶
- (26) Zuletzt schließt § 172 a Abs. 2 Satz 4 SGB V die Entflechtungsbefugnis nach § 41 Abs. 3 und 4 GWB aus. Dies harmoniert mit der Anordnung in Satz 1, wonach eine Vereinigung nicht vor Freigabe durch das Bundeskartellamt vollzogen werden kann, so dass insofern die Entflechtungsbefugnis entbehrlich ist.²⁷

²⁴ Regierungsentwurf, S. 54.

²⁵ Regierungsentwurf, S. 29.

²⁶ Regierungsentwurf, S. 53.

²⁷ Regierungsentwurf, S. 55.

B. Gutachtauftrag

- (27) Der AOK-Bundesverband bittet um ein Rechtsgutachten zu der Frage, welche rechtlichen Folgen die oben wiedergegebene Neuregelung des deutschen Kartell- und Krankenversicherungsrechts auf die Beurteilung gesetzlicher Krankenkassen, ihrer Kooperationen und sonstigen Tätigkeiten nach dem Kartellrecht der Europäischen Union (Art. 101 und 102 AEUV) haben könnte.
- (28) Im Mittelpunkt der Begutachtung soll die Frage stehen, ob die undifferenzierte Anordnung einer entsprechenden Geltung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen dazu führen kann, dass der EuGH in Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung die gesetzlichen Krankenkassen des deutschen Gesundheitssystems als Unternehmen i.S.d. Art. 101, 102 AEUV qualifiziert. Denn seine bisherige Feststellung, warum gesetzliche Krankenkassen keine Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind, knüpft an verschiedene Kriterien an, die nicht mehr vorliegen können, wenn das für die Ausgestaltung des nationalen Gesundheitsrechts zuständige SGB V selbst die Rolle der gesetzlichen Krankenkassen und ihre Tätigkeit in zu starkem Maße mit Wettbewerbselementen versieht, wie sie typischerweise bei Privatunternehmen eine Rolle spielen. Dazu kann auch die Einführung einer Kontrolle durch das nationale Kartellrecht und seine Behörden beitragen.
- (29) Zu erörtern ist in diesem Kontext ebenfalls, welche Auswirkungen eine undifferenzierte Anwendung des Kartellrechts und namentlich des Kartellverbots auf die Tätigkeit, insbesondere Zusammenarbeit der gesetzlichen Krankenkassen und damit letztlich für das öffentliche Gesundheitswesen hätte. Dies umfasst auch weitere Folgen, die eine Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenkassen haben könnte, wie etwa eine Anwendbarkeit der europäischen Vorschriften über die Umsatzsteuer usw.
- (30) Zu untersuchen ist ferner, welcher Regelungsspielraum dem deutschen Gesetzgeber für die Zusammenarbeit gesetzlicher Krankenkassen und das gesamte gesetzliche Gesundheitssystem des SGB V noch verbleibt, wenn die angestrebte Änderung der für sie geltenden Rahmenbedingungen ihre Unternehmenseigenschaft nach dem Recht der Europäischen Union erst einmal begründet hat.
- (31) Zudem sollte die Stellungnahme Möglichkeiten für alternative Regelungsansätze untersuchen, die das legitime gesetzgeberische Ziel eines Schutzes pluralistischer Marktstrukturen im Gesundheitswesen mit weniger einschränkenden und weitreichenden Folgen erreichen können (dazu unten D).

C. Rechtliche Würdigung

I. Unmittelbare Auswirkungen der geplanten Änderung im SGB V auf das deutsche Gesundheitssystem

- (32) Die geplanten Änderungen der §§ 4 und 172 SGB V hätten, wie bereits beim Sachverhalt geschildert, zunächst zur Folge, dass auf das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und zu ihren Versicherten das Kartellrecht des GWB kraft Verweisung in weitem Umfang entsprechend anwendbar wäre.

1. Allgemeines

- (33) Bei der Bewertung der geplanten Neuregelung stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, ob das Kartellrecht mit seinem kategorischen Ansatz tatsächlich die richtige Regelungsmaterie für den Mitgliederwettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und ihr sonstiges Verhältnis untereinander ist.
- (34) Das Kartellrecht schützt den Anbieterpluralismus und den Wettbewerb als Institution und stellt diese Werte dabei über die reine Kosteneffizienz²⁸, die nur von nachrangiger Bedeutung ist. Ob diese Zielrichtung wirklich dem gewünschten effizienzmaximierenden Binnenwettbewerb zwischen den verschiedenen Hoheitsträgern innerhalb der GKV gerecht wird, kann man zumindest kritisch hinterfragen²⁹. Auf vergleichbaren Feldern wie z.B. dem Wettbewerb zwischen Universitäten um Studenten, Fördermittel und akademisches Personal, dem Standortwettbewerb zwischen den Bundesländern um Investitionen etc., oder dem Gewerbesteuerwettbewerb zwischen Gemeinden erscheint die Idee einer entsprechenden Anwendung des Kartellrechts eher fernliegend, obwohl auch in diesen öffentlichen Sektoren Wettbewerbselemente entweder von der Politik propagiert werden (wie bei den Hochschulen bei der Anwerbung von Drittmitteln oder herausragenden Studierenden) oder faktisch existieren (wie bei den Gemeinden und der Gewerbesteuer).

²⁸ Einzelheiten bei *Bechtold*, GWB, 6. Aufl. 2010, Einf. Rn. 49 ff.; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 2.

²⁹ Für eine unbedingte Anwendung des Kartellrechts: *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 1193 ff., 1236 sowie Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Tz. 134 ff.

- (35) Soll das Kartellrecht auf die Krankenkassen und ihre Verbände entsprechende Anwendung finden, so ist auf der praktischen Ebene fragen, wie das Zusammenspiel des *sozialrechtlichen Kooperationsgebots* mit dem *kartellrechtlichen Kooperationsverbot* harmonisieren soll.
- (36) Denn die vom Gesetzgeber beabsichtigte entsprechende Anwendbarkeit des Kartellrechts auf den im SGB V geregelten Gesundheitssektor hat unmittelbar Auswirkungen auf bewährte Kooperationsformen, die in der Regierungsbegründung nicht hinreichend berücksichtigt worden sind.
- **These 1:** Die generelle Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts (GWB) auf gesetzliche Krankenkassen und ihre Verbände im Verhältnis zueinander sowie zu den Versicherten stellt bewährte Kooperationsformen in der gesetzlichen Krankenversicherung unmittelbar in Frage (z. B. Endoprothesenregister, Zentrales Knochenmarksregister, Elektronische Gesundheitskarte, Mammographie-Screening). Diese Kooperationen zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung sind nur noch in eng umgrenzten Bereichen unter den restriktiven Voraussetzungen der §§ 2 und 3 GWB bzw. im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen möglich und unterliegen einem hohen rechtlichen (Prognose-) Risiko.

a) **Erforderlichkeit der Anordnung der entsprechenden Geltung des GWB**

- (37) Soweit es um die entsprechende Geltung des Verbot der Verhaltensabstimmung nach § 1 GWB geht, verweist die Begründung zum Regierungsentwurf im Wesentlichen auf Fehlvorstellungen in einem früheren Gesetzgebungsverfahren, in dem offenbar die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur fehlenden Unternehmenseigenschaft oder deren Relevanz für die mit dem EU-Kartellrecht harmonisierten Teile des GWB übersehen worden war. Im Übrigen wird dazu in der allgemeinen Begründung ausgeführt:³⁰

„Außerdem werden das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt. Der Schutz wettbewerblicher Elemente dient der Sicherung der Qualität und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung.“

³⁰ RegE S. 29 = BR-Drs. 176/12, S. 26.

- (38) In der Begründung zu Art. 3 des Regierungsentwurfs, welcher die Änderungen des SGB V enthält, finden sich einige ergänzende Aussagen. So wird insbesondere „das abgestimmte Verhalten von Krankenkassen bei der Erhebung von Zusatzbeiträgen“ erwähnt,³¹ um die Notwendigkeit der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts insgesamt zu rechtfertigen. Dieses singuläre Beispiel scheint indes wenig geeignet, die generelle entsprechende Anwendbarkeit fast des gesamten GWB zu rechtfertigen, sondern könnte auch mit einer Spezialvorschrift im Kontext des oder zumindest bezogen auf den § 242 SGB V geregelt werden, der die Erhebung kassenindividueller Zusatzbeiträge ermöglicht.
- (39) Denn weitere Beispiele, die eine entsprechende Geltung des GWB im Verhältnis gesetzlicher Krankenkassen zueinander und zu den Versicherten erforderlich machen könnten, benennt der Entwurf nicht.
- (40) Die Ausführungen zur entsprechenden Anwendbarkeit des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nach § 4 Abs. 3 Satz 3 SGB V-Entwurf stellen ebenfalls auf den Mitgliederwettbewerb zwischen den Kassen ab; allerdings geht es hier um einen anderen Aspekt, der ohnehin Gegenstand eines Vorlagebeschlusses³² des BGH zum EuGH ist. Insofern könnte sich die beabsichtigte Regelung als überflüssig erweisen, falls der EuGH in dem Vorlageverfahren die Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenkassen im Mitgliederwettbewerb jedenfalls für die Anwendung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken bejahen sollte, die der BGH im Hinblick auf die Schutzzwecke dieser Richtlinie für erforderlich erachtet.
- (41) Immerhin ist dem Regierungsentwurf zuzugestehen, dass er nicht dem Vorschlag der Monopolkommission aus ihrem 63. Sondergutachten zum Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle gefolgt ist. Nach den Vorstellungen der Monopolkommission sollte § 4 SGB V um einen neuen Absatz ergänzt werden, der in seinem Satz 1 lauten sollte:

„Das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des GWB. Ausnahmen sind solche Bereiche, in denen die Kassen zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Dies gilt insbesondere für Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt.“

³¹ RegE S. 52 = BR-Drs. 176/12, S. 49.

³² BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 (Leitsatz) – Betriebskrankenkasse.

(42) Nach Satz 1 dieser Vorschrift, der wohl eine gesetzliche Fiktion enthalten soll, auch wenn er nicht so formuliert ist, wäre das GWB unmittelbar anwendbar. Dies stünde im Gegensatz zur geltenden Rechtsprechung, was im Hinblick auf das nationale Recht zwar theoretisch möglich wäre, aber in Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stünde (näher unten Rn. (95) ff.), die aufgrund der Konvergenz der im EU-Kartellrecht und im GWB verwendeten Tatbestände und Rechtsbegriffen aber auch auf nationaler Ebene zu beachten ist (dazu unten Rn. (107) ff.).³³

b) Folgen der umfassenden entsprechenden Geltung des Kooperationsverbots

(43) Nach § 4 Abs. 3 Satz 2 SGB V-Entwurf finden also weite Teile des GWB künftig auf die Krankenkassen und ihre Verbände im Verhältnis zueinander und zu den Versicherten entsprechende Anwendung. Damit wird insbesondere die Zusammenarbeit der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander dem kartellrechtlichen Kooperationsverbot des § 1 GWB unterworfen.

aa) Ausnahme für gesetzlich vorgeschriebene Kooperationen unzureichend

(44) Daran ändert auch die Einschränkung in § 4 Abs. 3 Satz 3 SGB V-Entwurf nichts. Diese schließt die entsprechende Anwendung des GWB auf „Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist“, aus. Damit soll offensichtlich der drohende Konflikt zwischen dem sozialrechtlichen Kooperationsgebot und dem kartellrechtlichen Verbot vermieden werden, wozu die Ausnahme sicherlich im Grundsatz auch geeignet ist. Ob sie wirklich erforderlich ist oder sich nicht aus dem sonst entstehenden Widerspruch ergibt, dass sozialrechtliche Kooperationspflichten nicht am Kartellrecht messen lassen müssen,³⁴ sei dahingestellt.

³³ Ähnlich inzident *Säcker*, Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen i. S. des Wettbewerbsrechts. Zum Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 15. 9. 2011 (L1 KR 89/10 KL), SGB 2012, 61, 65.

³⁴ So wohl zu Recht *Holz Müller*, Kartellrecht in der GKV nach dem AMNOG – Praktische Auswirkungen und erste Erfahrungen, NZS 2011, 485, 487 f.

- (45) Zwar ist den Verfassern des Gesetzesentwurfs zuzugeben, dass das Kartellrecht nicht unterschiedslos jede Form der Kooperation verdammt, sondern im Einzelfall sehr wohl zwischen wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen unterscheidet. Der in der Praxis mit dem Kartellrecht befasste Rechtsanwender wird aber auch bestätigen, dass jeder Form der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern eine Art kartellrechtliche Grundskepsis entgegenschlägt, die dazu führt, dass solche Unternehmen nur ausnahmsweise und nur nach eingehender rechtlicher Prüfung zusammenarbeiten. Auch lässt sich nicht bestreiten, dass es in der Praxis zu einer Art *Overenforcement* kommt, weil effiziente aber im Grenzbereich des kartellrechtlich zulässigen angesiedelte Kooperationen aus Vorsichtsgründen unterbleiben. Vor diesem Hintergrund scheint es nicht ohne weiteres gesichert, dass im komplexen Gesundheitsbereich die Abgrenzung zwischen „guter“ und „schlechter“ Kooperation auf Anhieb ohne Reibungsverluste gelingt.
- (46) So trägt die Entwurfsbegründung etwa dem Umstand nicht Rechnung, dass es im Umfeld des Kooperationsgebots Grenzbereiche zwischen der gesetzlich vorgeschriebenen und der freiwillig darüber hinausgehenden Zusammenarbeit von Krankenkassen und ihren Verbänden geben kann. Wie diese dann zu handhaben sind, lässt sich nicht sicher vorhersagen. So löst auch die heute bereits geltende entsprechende Anwendbarkeit des Kartellrechts im Verhältnis der Kassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und deren Verbänden nach § 69 Abs. 2 SGB V im Detail zahlreiche Unsicherheiten und Zweifelsfragen auf, die die Praxis vor Schwierigkeiten stellt; namentlich ergeben sich Probleme bei Selektivverträgen, die nicht zwingend vorgeschrieben sind und bei denen die Kassen ein Ermessen haben, ob sie sie abschließen wollen, aber auch in anderen Bereichen der Kooperation der Kassen untereinander in diesem Bereich.³⁵
- (47) Würde nun eine umfassende entsprechende Anwendung des Kartellrechts auf die Kassen untereinander und ihr Verhältnis zu den Versicherten angeordnet, dürfte dies die Schwierigkeiten verschärfen. Zwar mag es naheliegen, hier den Gedanken der „notwendigen Wettbewerbsbeschränkungen“ (ancillary restraints) heranzuziehen, der es auch bei sonstigen vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen ermöglicht, bereits das Vorliegen verbotener Beschränkung zu vermeiden wie z.B. bei

³⁵ *Holzmüller*, Kartellrecht in der GKV nach dem AMNOG – Praktische Auswirkungen und erste Erfahrungen, NZS 2011, 485, 488 ff. m.w.Nachw.

Wettbewerbsbeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen³⁶. Jedoch entsteht hier zwangsläufig Rechtsunsicherheit, da im Einzelfall zu klären wäre, wie weit eine Beschränkung zwingend erforderlich ist, um zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen beizutragen, und ab welchem Punkt sie darüber hinausgeht.

- (48) Als Beispiel für eine solche Unsicherheit sei die kassenartenübergreifende Gemeinschaftsförderung erwähnt, über die derzeit mindestens 50 Prozent der für Selbsthilfe gedachten Fördermittel zu vergeben sind. Über die Vergabe dieser Mittel haben gemäß § 20c Abs. 3 S. 4 SGB V „die Kassen oder ihre Verbände auf den jeweiligen Förderebenen gemeinsam“ zu beschließen. Angesichts der Alternativformulierung „oder“ ist nicht eindeutig geregelt, wer zum gemeinsamen Handeln verpflichtet ist, sodass man hinreichend konkreten Verpflichtung i.S.v. § 4 Abs. 3 S. 3 SGB V zweifeln kann. Die Vergabe der restlichen Fördermittel für Selbsthilfegruppen jedenfalls praktisch gesehen ebenfalls einer Kooperation, die keinesfalls gesetzlich vorgeschrieben ist (dazu unten 2. e).

bb) Grundsätzliches Verbot freiwilliger Kooperationen

- (49) Insbesondere aber stellt der Entwurf bewährten Formen der Zusammenarbeit von Kassen und ihren Verbänden in Frage, die bislang eine Weiterentwicklung des Gesundheitssystems sowohl unter ökonomischen Gesichtspunkten als auch im Interesse einer Verbesserung von Leistungsspektrum und Leistungsqualität ermöglicht haben. Denn viele Innovationen, die in den letzten Jahren in den Leistungskatalog aufgenommen worden sind, wurden zuvor im Wege der *nicht gesetzlich vorgeschriebenen* Kooperation erprobt. Dazu zählen etwa das Endoprothesenregister und das Zentrale Knochenmarksregister, die elektronische Gesundheitskarte, das Mammographie-Screening und viele andere Maßnahmen.
- (50) Solche Erprobungsmöglichkeiten sind künftig an § 1 GWB zu messen, der sie zunächst verbietet, da die Weiterentwicklung von Leistungen im Grundsatz eine Maßnahme des vom Gesetzgeber erwünschten Wettbewerbs um Mitglieder darstellt. Somit müsste jede Kasse grundsätzlich Leistungsinnovationen allein durchführen. Kooperationsvereinbarungen in diesem Bereich stellen eine den Innovationswettbewerb beschränkende Verhaltensweise dar, die im Sinne von § 1 GWB bezweckt ist. Hier zeigt sich also deutlich, dass die bislang zulässige Zusammenarbeit

³⁶ Dazu näher m.w.Nachw. etwa *Bechtold/Bosch/Bringer/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 81 EG Rn. 119 ff.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 134, 138 ff.

der Krankenkassen künftig – außerhalb gesetzlicher Verpflichtungen – in Frage gestellt, das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt wird.

- (51) Zwar stellt der Gesetzgeber in Aussicht, dass nur solche gemeinsamen Verhaltensweisen der Krankenkassen, die ihren Schwerpunkt in einer Beschränkung des gewünschten Kassenwettbewerbs finden, einer kartellrechtlichen Kontrolle zugänglich sein sollen, während Kooperationen, die im Interesse der Versicherten zu einer effizienten Organisation der Gesundheitsvorsorge führen, aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive grundsätzlich nicht zu beanstanden:

„Gemeinsame Verhaltensweisen der Krankenkassen, deren Schwerpunkt nicht in einer Beschränkung des Wettbewerbs, sondern in einer im Patienteninteresse sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung liegt, dürften kartellrechtlich unbedenklich sein“³⁷.

- (52) Ob dieser Satz allerdings die erwünschte Klarheit bei der Rechtsanwendung und Rechtssicherheit für den breiten Bereich der Kooperationen im GKV-Bereich bringt, ist zu bezweifeln.
- (53) Sinnvoll und sachgerecht erscheint die Anwendung der Wettbewerbsregeln in der Tat dort, wo das SGB V ausdrücklich Wettbewerbselemente enthält, wie z.B. im Bereich der sog. Satzungsleistungen oder der Wahltarife nach § 53 SGB V. Allerdings muss man sich hier fragen, ob eine Anwendung der UWG Vorschriften nicht sachgerechter wäre als eine Anwendung der strukturbezogenen Normen des GWB. Nicht so recht erkennbar ist, weshalb im UWG Bereich die spezialgesetzlichen Regelungen und die Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden ausreichen sollen, im tiefer greifenden Kartellrecht aber nicht.
- (54) Außerhalb dieses eng umrissenen Bereichs existieren aber eine Vielzahl von gesetzlich unregulierten Kooperationen und Verhaltensspielräumen, die nicht dem Willen des Sozialgesetzgebers nach mehr Wettbewerb entspringen, sondern der Sicherstellung von Effizienz und Effektivität in der GKV dienen sollen. Über die bereits in Rn. (49) genannten Fälle hinaus hat die Abstimmung zwischen Krankenkassen z.B. auch im Bereich der Definition und Konkretisierung des Leistungsumfangs eine große Bedeutung³⁸. Dabei ist aus sozialrechtlicher Sicht von der Prämisse auszugehen, dass außerhalb des Bereiches der Wahl- und Satzungsleistungen der Grundsatz der Leistungseinheit gilt, d.h. dass jeder gesetzlich versicherte Anspruch auf diesel-

³⁷ Regierungsentwurf, S. 52.

³⁸ Vgl. dazu unten.

ben Leistungen unter identischen Voraussetzungen hat. Wendet man auf diesen Bereich aber die Wettbewerbsprinzipien an mit der Prämisse, dass dort, wo die kooperative Festlegung von Leistungsparametern nicht ausdrücklich vorgegeben ist, ein Leistungswettbewerb zwischen den Krankenkassen stattfinden soll, wird das gegenwärtige System einem tiefgreifenden Wandel unterzogen oder zumindest mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit zu kämpfen haben, bis nach Jahren der Einzelfall geklärt und nach Jahrzehnten aufgrund einer gesicherten Rechtspraxis wieder Sicherheit entstanden ist. Bereits in der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass vor allem die Leistungsbeschaffung, aber auch die Festsetzung von Leistungsumfang und -parametern wie die Erstattungsfähigkeit und die Zuzahlung oder die Leistungen bei Schutzimpfungen als Anknüpfungspunkt für kartellrechtlich motivierte Beschwerden genutzt werden.

cc) Zahlreiche Zweifel bei Ausnahmen vom Kartellverbot

- (55) In der Begründung zum Regierungsentwurf wird darauf hingewiesen, dass das Kartellverbot nicht jedweder Kooperation entgegensteht, sondern wirtschaftlich sinnvolle Formen der Zusammenarbeit häufig entweder vom Verbot gar nicht erfasst oder jedenfalls nach den §§ 2 und 3 GWB freigestellt seien.
- (56) Dem ist zuzugeben, dass eine Wettbewerbsbeschränkung dann ausscheidet, wenn eine Kooperation den beteiligten Unternehmen erst die Möglichkeit gibt, auf einem Markt tätig zu werden (sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke), was die Regierungsbeurteilung explizit betont. Dieser Gedanke rechtfertigt im Ergebnis Kooperationen kleiner und mittlerer Kassen, etwa beim Abschluss von Selektivverträgen mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss eine kleine Kasse allein nicht in der Lage wäre³⁹. Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke erlaubt die Kooperation, wenn erst die Zusammenarbeit mehrerer kleiner Unternehmen bzw. Kassen den Zutritt zu einem Markt schafft, der sonst nur größeren Teilnehmern vorbehalten ist⁴⁰.
- (57) Aus diesem Grunde kann der Arbeitsgemeinschaftsgedanke aber im Wesentlichen nur Kooperationen kleinerer Kassen rechtfertigen, soweit sie allein nicht in der Lage wären, Entwicklungsmaßnahmen durchzuführen. Die Versorgung der gesetzlich

³⁹ S. auch Antwort der BReg., BT-Drs. 17/9358, S. 4 zu Frage 12.

⁴⁰ S. bejahend *BGH WuW/E BGH 2050, 2051 = GRUR 1984, 379 – Bauvorhaben Schramberg*, zum Bausektor; *BGH WuW/E DE-R 876, 878 = GRUR 2002, 644 = – Jugend- und Frauennachtfahrten*, mwN., verneinend *BGHZ 137, 297, 310 = WuW/E DE-R 17, 22 – Europapokalheimspiele* (für die Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten);

Versicherten in ganz Deutschland erfordert aber regelmäßig eine flächendeckende Kooperation der Kassen und ihrer Verbände, auf die der Arbeitsgemeinschaftsgedanke in Ermangelung von „größeren Konkurrenten“ keine Anwendung finden kann. Diese flächendeckende Kooperation kann also keinesfalls mit dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken gerechtfertigt werden, insbesondere wenn größere Kassenverbände daran beteiligt sind, die sich nicht darauf berufen können, erst die Kooperation ermögliche ihnen die Tätigkeit auf einem bestimmten Markt (bzw. in einem bestimmten Bereich)⁴¹. Auch die Bundesregierung räumt insofern ein, dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme.⁴²

- (58) Aber auch dort für die Zusammenarbeit kleinerer Krankenkassen passt der Arbeitsgemeinschaftsgedanke an sich nicht. Denn er soll gerade die Zusammenarbeit bei strukturellen Größennachteilen ausgleichen, die dazu führen, dass der „kleine Anbieter“ nicht in Wettbewerb zum größeren Konkurrenten steht, weil seine personellen und sachlichen Ressourcen es ihm gar nicht ermöglichen, die von Dritten nachgefragte Leistung allein anzubieten. Von einem Wettbewerb um Angebote in diesem Sinne kann aber bei den Kassenkooperationen typischerweise gar nicht die Rede sein, denn es geht nicht um ein Angebot an Versicherte als Kunden, sondern typischerweise eher um Hilfsmaßnahmen in der Aufgabenerfüllung. So kooperieren Kassen etwa bei der Förderung von Selbsthilfegruppen in der Fläche, zu der sie einzeln nicht in der Lage sind. Angenommen, eine andere Kasse ist dazu auch allein in der Lage, so besteht gleichwohl hinsichtlich der Förderung kein Wettbewerbsverhältnis, weil die Versicherten zu ihrer jeweiligen Kasse zugeordnet sind, sodass eine Versorgung bzw. Förderung durch eine andere Kasse an sich nicht in Betracht kommt. Somit passt der Arbeitsgemeinschaftsgedanke hier und in vielen anderen Fällen schon dem Grunde nach nicht. Andererseits ist die Versorgung von Versicherten in der Fläche oder die Förderung von Selbsthilfegruppen dort ein Gesichtspunkt, der Versicherte auch zum Wechsel der Krankenkasse veranlassen könnte, wenn eine andere Kasse regional stärker vertreten ist. Dann betrifft die Kooperation bereits wieder den Wettbewerb der Kassen untereinander, ohne dass der Arbeitsgemeinschaftsgedanken insofern passen würde, weil es nur um eine Erweiterung bzw. Verbesserung des Leistungsspektrums geht. Damit wären die Koopera-

⁴¹ Vgl. *BGHZ* 151, 260, 271 = *WuW/E DE-R* 919 – *Stellenmarkt für Deutschland*, zur Kooperation überregionaler Tageszeitungen; *BGH* Beschluss vom 11.07.2006 - *KVZ* 44/05, *NZBau* 2006, 809 – *Rethmann*, zu einem Fall aus der Entsorgungsbranche.

⁴² Antwort der BReg., *BT-Drs.* 17/9358, S. 3 f. zu Fragen 6 und 11, S. 8 zu Frage 27.

tion aber von § 1 GWB erfasst und ihre Zulässigkeit nach den Freistellungstatbeständen der §§ 2, 3 GWB zu untersuchen.

dd) Probleme einer doppelten Aufsicht

- (59) Nur ganz kurz und am Rande sei darauf hingewiesen, dass die Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit weiter Teile des GWB und der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes zu einer doppelten Aufsicht führt. Dies hat auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum 63. Sondergutachten der Monopolkommission zu Recht bereits ausgeführt⁴³; auf die dortigen Ausführungen sei verwiesen, um den Gedankengang hier nicht länger zu unterbrechen.
- (60) In der Vergangenheit ist es bereits zu widersprüchlichen Verhaltensvorgaben durch die sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden einerseits und das Bundeskartellamt andererseits gekommen, namentlich im Zuge des Ermittlungsverfahrens des Bundeskartellamtes gegen einige gesetzlichen Krankenkassen wegen einer gemeinsamen Pressekonferenz über die Notwendigkeit der Erhebung von Zusatzbeiträgen⁴⁴. Die sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden hatten das vom Bundeskartellamt angegriffene Verhalten gebilligt und die Kassen teilweise sogar angewiesen, die Kompetenz des Bundeskartellamtes nicht anzuerkennen⁴⁵.
- (61) Dies zeigt, in Verbindung mit einigen nachfolgend zu schildernden Problemfällen, dass ein kaum abzuschätzendes Risiko zusätzlicher Bürokratie durch eine zusätzliche umfassende Kontrollkompetenz des Bundeskartellamtes besteht, und zwar selbst dann, wenn die Behörden künftig divergierende Entscheidungen vermeiden wollten. Denn dazu müssen sie sich untereinander abstimmen,⁴⁶ was Entscheidungsprozesse in die Länge ziehen dürfte.

⁴³ BR-Drs. 60/12, insb. Ziffer 8; ebenso ausführlicher die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE der 8. GWB-Novelle, BR-Drs. S. 20 f.

⁴⁴ Az B 3 – 12/10, vgl. auch Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 22. Februar 2009.

⁴⁵ Vgl. etwa die Pressemitteilung des Bundesversicherungsamtes vom 8. März 2010.

⁴⁶ Vgl. *Becker/Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417, 422 f.; *Gaßner/Eggert*, Wettbewerb in der GKV – Kartellrecht versus Sozialrecht, NZS 2011, 249, 255.

- (62) Die doppelte Aufsicht kann zudem verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen, wie in der Literatur bereits zum AMNOG und § 69 Abs. 2 SGB V dargelegt worden ist; auf die entsprechenden Äußerungen sei ebenfalls verwiesen.⁴⁷

2. Beispiele für künftig nach dem GWB zu beurteilende nicht vorgeschriebene Kooperationen

- (63) Im Folgenden seien einige Beispiele für gesetzlich nicht vorgegebene aber dennoch systemrelevante Kooperationsformen aufgeführt, die bei Anwendbarkeit des Kartellrechts in Frage gezogen werden könnten. Weil diese Kooperationen natürlich auch stets zu einer Angleichung des Leistungsumfangs führen ist hier im Einzelfall die Abgrenzung zwischen einer kartellrechtlich relevanten Einschränkung des Leistungswettbewerbs und einer „*sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung*“ im Sinne der Entwurfsbegründung schwierig.

a) Sprechstundenbedarf

- (64) Ein nicht gesetzlich geregelter Bereich der gemeinsamen Versorgungsdefinition und -organisation ist der sog. Sprechstundenbedarf. Darunter versteht man Produkte, die von niedergelassenen Ärzten direkt beschafft und für die Versorgung von mehr als einem Patienten oder auch in der Notfallversorgung verwendet werden, wie z.B. Verbandmittel, Desinfektionsmittel etc. in der Wundversorgung.
- (65) Es entspricht der gängigen Praxis im GKV-System, dass kassenübergreifend, idR auf Ebene der Bundesländer der erstattungsfähige Sprechstundenbedarf gemeinsam festgelegt und abgerechnet wird. In manchen Versorgungsbereichen kommt es darüber hinaus auch zur gemeinsamen Beschaffung über kassenartübergreifend gemeinsam ausgeschriebene Rabattverträge (z.B. Impfstoffe). Gesetzliche Regelungen über den Sprechstundenbedarf existieren nicht⁴⁸. Allerdings wurde aus dem Grundsatz der Leistungseinheit in der Vergangenheit stets der Schluss gezogen, dass die gesetzlichen Krankenkassen eine gemeinsame Linie bei der zuzahlungsfreien Erstattung des Sprechstundenbedarfs verfolgen sollten, um zu verhindern,

⁴⁷ *Becker/Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417, 422 f.

⁴⁸ § 132 e SGB V regelt die gemeinsame Beschaffung von Impfstoffen ohne auf die Thematik des Sprechstundebedarfs einzugehen. In der Praxis wird er für die gemeinsame Impfstoffbeschaffung im Rahmen des Sprechstundebedarfs als Ermächtigung herangezogen.

dass die Versicherten einer Krankenkasse eine schlechtere Versorgung erhielten als die einer anderen Krankenkasse. Daher kam und kommt es zu regelmäßigen Abstimmungen zwischen den Krankenkassen darüber, welche Versorgung die Versicherten in der Arztpraxis erhalten und welche Produkte der Arzt im Rahmen des Sprechstundenbedarfs zu welchen Konditionen abrechnen kann.

- (66) Ziel der gemeinsamen Festlegung ist die Wahrung der Leistungseinheit und die Reduzierung von Abrechnungsaufwand bei den niedergelassenen Ärzten. Hinzu kommt, dass den niedergelassenen Ärzten nicht die parallele Beschaffung und Bevorratung unterschiedlicher Materialien je nach Kassenangehörigkeit der Patienten zugemutet werden kann. An der Effizienz der Abstimmung zum Sprechstundenbedarf ist daher nicht zu zweifeln. Gleichwohl findet damit in einem gesetzlich nicht geregelten Bereich – unabhängig von der Frage der Nachfragekooperation – auch eine Koordinierung von Leistungsparametern und als Folge eine Einschränkung des Leistungswettbewerbs statt. Zieht man die Bewertungsgrundsätze aus anderen dem Kartellrecht unterworfenen Märkten heran, wäre bei einer solchen Abstimmung Vorsicht angezeigt. Z.B. dürften sich private Versicherer nicht ohne weiteres über die Erstattung solcher Leistungen abstimmen.

b) Leistungskonkretisierung im Hilfsmittelbereich

- (67) Nicht explizit im SGB V geregelt, aber in der Praxis üblich und auch unbedingt systemnotwendig, ist die kollektive Leistungskonkretisierung in verschiedenen Versorgungsbereichen, z.B. dem Hilfsmittelbereich.
- (68) Auf höchster Stufe ist die Hilfsmittelbeschaffung noch gesetzlich geregelt. Die Erstellung eines Verzeichnisses erstattungsfähiger Hilfsmittel (Hilfsmittelverzeichnis), die zum Leistungsumfang der Gesetzlichen Krankenversicherung zählen, ist nach § 139 SGB V eine Pflichtaufgabe des GKV-Spitzenverbandes.
- (69) Allerdings wird durch das Hilfsmittelverzeichnis nicht abschließend vorgegeben, welche Produkte von der Leistungspflicht umfasst sind. Diese Lücke wird in der Praxis durch GKV-interne Leistungskonkretisierungen geschlossen. So beschränkt sich die Leistungspflicht einer Krankenkasse bei Produkten, die sowohl allgemeine Gebrauchsgegenstände sind und daher von jedermann verwendet werden, aber durch eine besondere Ausrüstung von Behinderten genutzt werden, nur auf behinderungsspezifischen Teil. Für orthopädische Schuhe oder Blitzwecker für Gehörlose werden daher kassenartenübergreifend Eigenanteile festgelegt, die der Patient ansonsten für den entsprechenden Gebrauchsgegenstand ausgegeben hätte.

(70) Die Abstimmung über derlei Fragen, die für die Bewahrung der Leistungseinheit im Hilfsmittelbereich erforderlich ist, erfolgt ohne spezifische gesetzliche Grundlage zwischen den einzelnen Krankenkassen bzw. ihren Verbänden. Diese Kooperation stünde bei Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften zumindest unter dem Grundverdacht der Wettbewerbsbeschränkung, weil dadurch „der Leistungs- und Qualitätswettbewerb zwischen den Krankenkassen“ ausgeschlossen wird.

(71) Auch dem verordnenden Ärzten und den die Versorgung ausführenden Leistungserbringern wäre es geradezu unmöglich ihrem Versorgungsauftrag nachzukommen, wenn dieser je nach Krankenkasse unterschiedlich auszulegen wäre. Die Leistungserbringung im Hilfsmittelbereich erfolgt durch kleine Unternehmen, die bereits heute die unterschiedlichen Anforderungen der verschiedenen Krankenkassen beklagen und sich für vereinheitlichende Rahmenempfehlungen einsetzen. Damit dient die einheitliche Rechtsauslegung auch dem Bürokratieabbau im Gesundheitswesen.

a) Fakultative Aufgaben des GBA

(72) Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) ist das höchste Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung im deutschen Gesundheitswesen. Er ist durch den Gesetzgeber beauftragt, in vielen Bereichen über den Leistungsanspruch der gesetzlich krankenversicherten Menschen rechtsverbindlich zu entscheiden. Die Rechtsgrundlage für den Gemeinsamen Bundesausschuss bildet der § 91 des fünften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB V), eingeführt durch das zum 1. Januar 2004 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG).

(73) Der Gemeinsame Bundesausschuss soll nach dem gesetzlichen Leitbild neben seinen Pflichtaufgaben, die nach dem Gesetzesentwurf ausdrücklich von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen sein sollen⁴⁹, auch eine Reihe von Aufgaben wahrnehmen, zu denen er nicht im Sinne des Entwurfes „gesetzlich verpflichtet“ ist. Dies tut er in der Praxis auch regelmäßig.

(74) Das Aufrufen bereits im Markt befindlicher Wirkstoffe nach § 35a Abs. 6 SGB V zur Durchführung einer frühen Nutzenbewertung, der Erlass von Therapiehinweisen nach § 92 Abs. 2 SGB V und der Ausschluss von Arzneimitteln nach erfolgloser Aufforderung des pharmazeutischen Unternehmens zur Durchführung einer Studie nach § 92 Abs. 2a sind wesentliche Instrumente zur Regelung der Arznei-

⁴⁹ Vgl. § 4 SGB V idF der 8. GWB Novelle

mittelverordnung, deren Wahrnehmung ausdrücklich in das Ermessen des G-BA gestellt sind. Aus dem Bereich der Methodenbewertung sind die Prüfung etablierter Methoden nach § 135 Abs. 1 S. 2 SGB V und der Erlass von Erprobungs-Richtlinien nach § 137e Abs. 1 SGB V zu nennen.

b) Arbeitsgemeinschaften auf Landesebene nach § 219 SGB V und sonstige kassenartübergreifende Kooperationen

- (75) Darüber hinaus gibt es im öffentlichen Gesundheitswesen vielfältige Kooperationen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen, die nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sind, aber in Umsetzung des allgemeinen Kooperationsgebotes geschaffen wurden und in der Folge wesensprägend für das GKV-System wurden.
- (76) So sind Kooperationen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, z.B. im **IT-Bereich** zur Sicherstellung einheitlicher Abrechnungssysteme üblich und höchst sinnvoll für die Gewährleistung effizienter und sicherer Abrechnungen. Auch **Modellvorhaben nach § 63 SGB V** für neue Behandlung- oder Organisationsformen sind häufig nur kassenartübergreifend sinnvoll. Viele der innovativen Versorgungs- und Leistungskonzepte sind aus solchen Kooperationen und Modellvorhaben hervorgegangen.
- (77) Ob in diesem Zusammenhang die vom Gesetzesentwurf avisierte Differenzierung zwischen Wettbewerbsbeschränkungen und einer „*sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung*“ geeignet ist, alle kartellrechtlichen Bedenken zu zerstreuen scheint fraglich.
- (78) Die Gefahr einer kartellrechtlichen Intervention gegen derartige Kooperationen im Leistungsbereich steigt vor allem dadurch, dass das Bundeskartellamt den Arbeitsgemeinschaftsgedanken nach traditionell kartellrechtlichen Gesichtspunkten auslegt, d.h. eine Kooperation zwischen Wettbewerbern im Zuge von Arbeitsgemeinschaften nur dann als kartellrechtsfrei ansieht, wenn die beteiligten Unternehmen bzw. Gesundheitsakteure alleine keine ausreichenden Ressourcen für das entsprechende Projekt gehabt hätten⁵⁰. Dies kann aber nach sozialrechtlichen Gesichtspunkten nicht der entscheidende Maßstab sein.

⁵⁰ Vgl. Hierzu auch die Entscheidung des BKartA zur gemeinsamen Ausschreibungsbeteiligung von Augenärzten vom 2. Mai 2012, B3-130/11. Siehe auch die Entwurfsbegründung S. 52.

c) **Kooperation bei der Vergabe von Fördermitteln für Selbsthilfegruppen**

- (79) Der Anteil der Fördermittel für die Selbsthilfe außerhalb der kassenartübergreifenden Gemeinschaftsförderung (vgl. oben Rn. (48)) muss kassenindividuell unter Berücksichtigung aller Förderstränge - Bundesorganisationen, Landesverbände, Kontaktstellen und Selbsthilfegruppen - verplant werden. Insbesondere die Förderung von Selbsthilfegruppen und -verbände auf kommunaler oder Landesebene kann vielfach nicht kassenindividuell erfolgen, da kaum eine Krankenkasse über ein entsprechendes Präsenznetz verfügt. Deshalb arbeiten die Kassen bei dieser Förderung zusammen, um eine flächendeckende Selbsthilfeförderung sicherzustellen und den antragstellenden Selbsthilfegruppen und -organisationen die Arbeit durch eine zentral zuständige Stelle zu erleichtern.
- (80) Auch diese für alle Beteiligten sinnvolle Zusammenarbeit unterfällt künftig unzweifelhaft dem Kooperationsverbot des § 1 GWB. Unsicher ist, in welchem Umfang sie nach den §§ 2, 3 GWB zulässig wäre. Zwar spricht für eine Freistellungsmöglichkeit, dass die Selbsthilfeförderung in der Fläche auf diese Weise trotz vielfach fehlender Kassenpräsenz ermöglicht wird, was man als angemessene Beteiligung von Verbrauchern an den Vorteilen der Kooperation i.S.v. § 2 Abs. 1 GWB auslegen könnte. Doch setzt die Freistellung immer die Aufrechterhaltung eines Restwettbewerbs voraus, an der man zweifeln müsste. Da die Kassen ihre Ausgabeverpflichtungen gemäß § 20c SGB V dann nur noch durch zentrale und Leuchtturm-Projekte erfüllen könnten, ohne die unmittelbar betroffenen Menschen in den Selbsthilfegruppen und -organisationen direkt zu erreichen, wäre der Grundgedanke der Selbsthilfeförderung infrage gestellt.

3. **Freistellungsfähigkeit solcher nicht vorgeschriebener Kooperationen**

- (81) Die Begründung zum Regierungsentwurf weist darauf hin, dass wirtschaftlich sinnvolle Kooperationen nach den §§ 2 und 3 GWB vom Kartellverbot meist freigestellt sein würden.
- (82) Diese Beurteilung ist im Ausgangspunkt natürlich richtig, da das Kartellverbot nicht ausnahmslos gilt, sondern eine Freistellung nach den §§ 2 und 3 GWB grundsätzlich möglich ist, ggf. in Verbindung mit den europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen. Doch erfordern alle Freistellungstatbestände im Ergebnis, dass neben der Kooperation noch ein substantieller Restwettbewerb verbleibt. Davon kann im Bereich der Kooperation der Krankenkassen bzw. ihrer Verbände typischerweise kaum die Rede sein.

- (83) Hinzu kommt, dass die §§ 2, 3 GWB aus Art. 101 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 1 der Europäischen Kartellverordnung 1/2003 (künftig: VO 1/2003) das Prinzip der Legal Ausnahme übernommen haben. Deshalb obliegt die Beurteilung der Zulässigkeit einer Kooperation den Normadressaten selbst. Bei jeder einzelnen geplanten Kooperation wäre somit von den Kassen eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Freistellungsvoraussetzungen der §§ 2 Abs. 1, 3 GWB bzw. der in § 2 Abs. 2 GWB in Bezug genommen Gruppenfreistellungsverordnungen zu Art. 101 Abs. 3 AEUV voraussichtlich erfüllt sein werden.
- (84) Eine letzte Rechtssicherheit gibt es damit nur bei Kooperationsmodellen, zu denen bereits höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt. Im Gesundheitsbereich fehlt es an solchen Präzedenzfällen, da er bislang vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommen war. Zudem ermöglicht die Verweisung auch auf § 33 GWB zivilrechtliche Klagen von Mitbewerbern und anderen von einem Kartellrechtsverstoß betroffenen Marktteilnehmern, also auch von Versicherten, was ein weiteres Risikopotential in sich birgt und Entwicklungsvorhaben verzögern oder gar verhindern kann.
- (85) Dies gilt umso mehr, als die Vorstände der Krankenkassen und ihrer Verbände Gefahr laufen, im unsicheren Terrain durch eine Kooperation eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des entsprechend anwendbaren § 81 GWB zu begehen, die eine empfindliche Geldbuße für sie selbst oder ihre Organisation nach sich ziehen kann.

II. Folgewirkungen der geplanten Geltung nationalen Kartellrechts auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Gesundheitsrecht infolge der Einbeziehung des europäisch-harmonisierten Kartellrechts

- (86) Die geplanten Änderungen der §§ 4 und 172 SGB V hätten, wie bereits beim Sachverhalt geschildert, zunächst zur Folge, dass auf das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und zu ihren Versicherten das Kartellrecht des GWB kraft Verweisung in weitem Umfang entsprechend anwendbar wäre. Diese vom Gesetzgeber beabsichtigte Folge zieht allerdings unmittelbar weitere Folgewirkungen nach sich, die in der Regierungsbegründung nicht hinreichend berücksichtigt worden sind:
- **These 2:** Bei entsprechender Anwendbarkeit des GWB werden wesentliche Spielregeln zwischen den Akteuren des deutschen Gesundheitswesens in erheblichem Maße durch die europäische Wettbewerbspolitik bestimmt. Da die 8. GWB-Novelle die Angleichung des deutschen Kartellgesetzes an das EU-Recht

besiegelt, wirken sich Änderungen im europäischen Kartellrecht unmittelbar im GWB aus. Wird das GWB auf gesetzliche Krankenkassen und ihre Verbände undifferenziert für entsprechend anwendbar erklärt, wie in § 69 SGB V geschehen und in §§ 4, 173 SGB V-Entwurf weitergehend vorgesehen, schlagen Änderungen im EU-Kartellrecht unmittelbar auf das deutsche Gesundheitssystem durch.

- (87) Bereits mit der 7. GWB-Novelle aus dem Jahr 2005 hat der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Ersten Teil des GWB (§§ 1 bis 3 GWB) an die Regelung im heutigen Art. 101 AEUV angepasst. Diesen gesetzgeberischen Willen spiegelt auch die Begründung zu § 23 GWB-E im Rahmen der 7. GWB-Novelle wider:

„Die Tatbestandsmerkmale des § 1, wie etwa die Definition von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen oder das Merkmal einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, sind [...] im Lichte der zu Art. 81 Abs. 1 EG ergangenen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulegen und anzuwenden“⁵¹

- (88) Deshalb beeinflussen schon heute die Vorgaben des europäischen Kartellrechts, auf die das GWB ausdrücklich oder implizit Bezug nimmt, die Auslegung und Anwendung des Gesetzes unmittelbar. Dies gilt namentlich für die Gruppenfreistellungsverordnungen, auf deren jeweils geltende Fassung § 2 Abs. 2 GWB (dynamisch) auch für rein innerstaatliche Vorgänge verweist. Ändert der europäische Gesetzgeber die Gruppenfreistellungsverordnungen, wirkt sich dies unmittelbar auf die Rechtslage nach dem GWB aus.
- (89) Nicht anders verhält es sich bei der oben erwähnten Auslegung der Tatbestandsmerkmale der §§ 1 und 2 GWB, die mit den Voraussetzungen des Art. 101 AEUV deckungsgleich sind: Ändert der Europäische Gerichtshof (EuGH) seine Rechtsprechung, scheidet eine abweichende Beurteilung in Deutschland faktisch aus, da die deckungsgleichen Normen im Lichte der europäischen Rechtsprechung auszulegen sind. Das Gleiche gilt, wenn der EuGH die kartellrechtliche Unzulässigkeit eines Verhaltens erstmals feststellt. Soweit das GWB auf Krankenkassen nach § 69 Abs. 2 SGB V entsprechend anwendbar ist, also im Verhältnis zu den Leistungserbringern, wirken sich Änderungen der europäischen Wettbewerbspolitik und Rechtsprechung bereits heute aus.

⁵¹ BT-Drs. 15/3640, S. 44.

- (90) Mit der anstehenden 8. GWB-Novelle soll die Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht auf die Fusionskontrolle und die Befugnisse der Kartellbehörden erstreckt werden. Abgesehen von zulässigen nationalen Sondervorschriften (wie den §§ 3, 20 oder 21 GWB) findet letztlich eine vollständige Harmonisierung statt.
- (91) Wird die entsprechende Anwendbarkeit des GWB mit der 8. GWB-Novelle auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten erstreckt, wirken sich Änderungen der europäischen Wettbewerbspolitik auf diesen sensiblen gesundheitspolitischen Bereich unmittelbar aus. Denn die Folge des geplanten § 4 Abs. 3 Satz 2 SGV-Entwurf liegt in der entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten.

III. Gefahr einer Änderung der Rechtsprechung zum Europäischen Kartellrecht mit weitreichenden Folgen für das Gesundheitssystem

- (92) Tritt die geplante Neuregelung in Kraft, führt dies gemäß §§ 4 Abs. 3 S. 2 und 3, 172 SGB V-Entwurf zunächst zu einer weitgehenden entsprechenden Anwendbarkeit des GWB auf das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen (und ihrer Verbände) untereinander und zu den Versicherten.
- (93) Darüber hinausgehend kann diese Unterwerfung der gesetzlichen Krankenkassen unter das nationale Kartellrecht zur Folge haben, dass der Europäische Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung ändert und die Unternehmenseigenschaft der deutschen Krankenkassen bejaht. Dies hätte mannigfaltige Folgen, die über eine bloße unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts hinausgehen würden.
- **These 3:** Über die geschilderten Folgen hinaus stellt die undifferenzierte Anwendung einer entsprechenden Anwendung von Vorschriften für Unternehmen auf gesetzlichen Krankenkassen die Rechtsprechung des EuGH zu deren (fehlender) Unternehmenseigenschaft in Frage. Sie erhöht in erheblichem Maße die Wahrscheinlichkeit, dass der EuGH in seiner zukünftigen Rechtsprechung die Unternehmenseigenschaft von deutschen gesetzlichen Krankenkassen bejahen wird.

1. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Nichtanwendbarkeit des EU-Kartellrechts auf gesetzliche Krankenkassen

(94) Nach geltendem Recht findet das Kartellrecht auf das Verhältnis gesetzlicher Krankenkassen untereinander allgemein keine Anwendung. Im Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen ist es nur deshalb entsprechend anwendbar, weil § 69 SGB V diese Geltung ausdrücklich anordnet. Denn Anwendung findet das nationale wie das europäische Kartellrecht generell nur auf Unternehmen, und nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung sind gesetzliche Krankenkasse keine Unternehmen im Sinne des GWB bzw. der Art. 101, 102 AEUV.

a) Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts

(95) Der Begriff des Unternehmens im Sinne des Wettbewerbsrechts umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁵² Wirtschaftlich ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁵³ Einen Anhaltspunkt für eine unternehmerische Tätigkeit bildet der Umstand, dass die betreffenden Güter oder Dienstleistungen auch von einem Privaten in der Absicht der Gewinnerzielung angeboten bzw. erbracht werden könnten.⁵⁴

b) Keine Geltung des Kartellrechts für Träger sozialer Sicherungssysteme

(96) Nach gefestigter Entscheidungspraxis des EuGH sind gesetzliche Krankenkassen, die in einem solidarisch geprägten System der gesetzlichen Krankenversicherung operieren, keine Unternehmen im Sinne des Art. 101, 102 AEUV und unterliegen daher nicht der Kontrolle durch das europäische Kartellrecht. Dies gilt insbesondere auch für die Nachfrage nach Produkten und Dienstleistungen, die der Versorgung der Versicherten dienen. Die Begründung des Diskussionsentwurfs zum AMNOG hat dieser Rechtsprechung ausdrücklich Rechnung getragen.⁵⁵

⁵² EuGH, Urteil vom 23. April 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 - *Höfner und Elser*.

⁵³ EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36 - *Kommission / Italien*.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2002, Rs. C-82/01 P, Slg. 2002, I-9297, Rn. 82 – *Aéroports de Paris / Kommission*; EuG, Urteil vom 12. Dezember 2006, Rs. T-155/04, Slg. 2006, II-4797, Rn. 88 - *SELEX / Kommission*.

⁵⁵ Referentenwurf zum AMNOG, S. 33.

- (97) Der Gerichtshof hat wiederholt entschieden, dass Einrichtungen, die mit der Verwaltung gesetzlicher Kranken-, Renten- oder Unfallversicherungssysteme betraut sind, einen rein sozialen Zweck verfolgen und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Dies gilt insbesondere für gesetzliche Krankenkassen, die aufgrund gesetzlicher Vorgaben die Höhe der Beiträge nicht autonom festlegen können und keine Möglichkeit haben, auf die Bestimmung des Leistungsumfangs und die Verwendung der Mittel Einfluss zu nehmen. Ihre Tätigkeit beruht auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität und wird ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt.
- (98) Dass die Krankenkassen ihre Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbringen, hat der EuGH bereits in der frühen Entscheidung „Poucet und Pistre“ betont und dass aus diesem Umstand folgende Prinzip der Solidarität als Gegenbegriff zur „wirtschaftlichen Tätigkeit“ entwickelt⁵⁶. Denn die Gewährung gleicher Leistungen an alle Versicherten trotz ihrer einkommenabhängigen und damit unterschiedlichen Beiträge führe zu einer Einkommensumverteilung zwischen Wohlhabenden und Personen, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde⁵⁷. Bei einer wirtschaftlichen Tätigkeit, etwa eines privaten Kranken- oder Unfallversicherungsunternehmens, würde seine Leistungen nach der Höhe der entrichteten Beiträge bemessen⁵⁸.
- (99) Auch in seiner weiteren Rechtsprechung hat der Gerichtshof immer wieder betont, dass sich der Grundsatz der Solidarität darin zeigt, dass ein Sozialversicherungssystem durch Beiträge finanziert wird, deren Höhe nicht streng proportional zum versicherten Risiko ist⁵⁹. In der Rechtssache „FENIN“ hat der Gerichtshof aus der Verwirklichung des Solidaritätsprinzips gegenüber den Versicherten sogar gefolgert, auch die Beschaffungstätigkeit der Träger des (spanischen) Gesundheitssystems sei nicht wirtschaftlicher Natur. Nach der Rechtsprechung des EuG und des Gerichtshofs ist die Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit nicht von der späteren Verwendung der Erzeugnisse zu trennen: der wirtschaftliche oder nicht-

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993, Rs. C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-637, Rn. 15, 18 – *Poucet und Pistre*.

⁵⁷ EuGH, a.a.O., Rn. 10.

⁵⁸ Schlussanträge Generalanwalt Jacobs in der Rs. C-218/00, Slg. 2002, I-691, Rn. 62 – *Cisal / INAIL*.

⁵⁹ So zuletzt EuGH, Urteil vom 5. März 2009, Rs. C-350/07, Slg. 2009 I-0000 Rn. 44 ff., 55 ff. – *Kattner Stahlbau*, m.w.Nachw.; ferner EuG, Urteil vom 4. März 2003, Rs. T-319/99, Slg. 2003, II-357, Rn. 39 – *FENIN / Kommission*; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, Rs. C-205/03.

wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses bestimmt daher zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.

- (100) Zu den Auswirkungen dieser Qualifikation auf den Nachfragemarkt führte das Gericht aus:

„Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis - auch in großen Mengen - nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, z.B. einer rein sozialen, Tätigkeit zu verwenden, so wird sie demnach nicht schon allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert. Zwar trifft es zu, dass eine solche Einrichtung eine erhebliche Wirtschaftsmacht ausüben vermag, die gegebenenfalls zu einem Nachfragemonopol führen kann. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie, soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nichtwirtschaftlicher Natur ist, nicht als Unternehmen i.S. der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft handelt und daher nicht unter die in Art. EG Artikel 81 EG Artikel 81 Absatz I und EG Artikel 82 EG vorgesehenen Verbote fällt.“⁶⁰

c) Keine Anwendung des Kartellrechts auf deutsche gesetzliche Krankenkassen

- (101) In seinem Urteil in der Sache *AOK Bundesverband* hat der Gerichtshof die geschilderten Grundsätze ausdrücklich auf die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland angewendet und ist in Fortführung seiner Rechtsprechung zu dem Ergebnis gelangt:

„Da die Tätigkeit von Einrichtungen wie den Krankenkassen nicht wirtschaftlicher Art ist, sind sie keine Unternehmen i.S.d. Art. 81 und 82 EG.“⁶¹

- (102) Maßgeblich für diese (heute auf der Grundlage der Art. 101 und 102 AEUV vorzunehmende) Bewertung sind die folgenden Feststellungen:

- Die gesetzlichen Krankenkassen nehmen als Träger des Systems der sozialen Sicherheit in Deutschland eine rein soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird⁶².

⁶⁰ EuG, a.a.O. Rn. 37.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Rn. 57 – *AOK-Bundesverband*.

⁶² EuGH, a.a.O., Rn. 51.

- Die Krankenkassen sind gesetzlich verpflichtet, im Wesentlichen gleiche, gesetzlich vorgeschriebene Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe sind und auf die sie keinen Einfluss nehmen können.
- Die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland sind zudem zu einer Art Solidargemeinschaft zusammengeschlossen, der untereinander einen Kosten- und Risikoausgleich ermöglicht⁶³.

- (103) Dementsprechend ist der EuGH in *AOK Bundesverband* zu dem Ergebnis gelangt, dass zwischen den gesetzlichen Krankenkassen im deutschen Gesundheitswesen, aber auch im Verhältnis zu den privaten Versicherungen kein kartellrechtlich relevanter Wettbewerb herrscht.⁶⁴
- (104) Gleichzeitig hat der Gerichtshof aber auch (und wiederholt) betont, dass Krankenkassen dann als Unternehmen anzusehen sein könnten, wenn konkrete Handlungen nicht mehr ausschließlich einem sozialen, sondern einem wirtschaftlichen Zweck dienen.⁶⁵ In einer neueren Entscheidung zu einer Zusatzkrankenversicherung im Rahmen eines französischen Tarifvertrags hat der Gerichtshof trotz der Verfolgung eines sozialen Zwecks und einer erheblichen Verwirklichung des Solidaritätsprinzips den wirtschaftlichen Charakter der Betätigung bejaht.⁶⁶
- (105) Ob sich an der Bewertung der deutschen Krankenkassen als Nicht-Unternehmen durch die gesetzgeberischen Maßnahmen der letzten Jahre etwas geändert hat, lässt sich nicht mit völliger Sicherheit sagen. Insgesamt spricht vieles dafür, dass die Beurteilung zumindest hinsichtlich der Kerntätigkeit der Krankenkassen nichts geändert hat⁶⁷, da insbesondere die Einführung einzelner Wettbewerbselemente nach der Entscheidung *AOK Bundesverband* unschädlich ist.
- (106) Allerdings wird schon heute im Schrifttum die Auffassung vertreten, die Krankenkassen träten im Bereich der Wahltarife mit Leistungsausweitung in Wettbewerb zu

⁶³ EuGH, a.a.O., Rn. 47, 52.

⁶⁴ EuGH, a.a.O., Rn. 54.

⁶⁵ *EuGH* Urteil vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Rn. 58 – *AOK-Bundesverband*.

⁶⁶ *EuGH* Urteil vom 3. März 2011, Rs. C-437/09, Rn. 40 ff., 59 ff., *AG2R Prévoyance*, noch nicht in der Sammlung, WuW 2011, 529.

⁶⁷ *BSG*, Urteil vom 22. 6. 2010 - B 1 A 1/09 R, NZS 2011, 426 Rn. 22 ff.; *Preisner*, Wahltarife im recht der gesetzlichen Krankenversicherung : Eine sozialrechtliche Untersuchung des § 53 SGB V unter Berücksichtigung von unions- und verfassungsrechtlichen Fragestellungen, 2012, S. 348 ff. m.w.Nachw..

den privaten Krankenversicherern, was für diesen Bereich eine Neubewertung durch den EuGH im Rahmen der Art. 101, 102 AEUV notwendig erscheinen lasse.⁶⁸ Das deckt sich mit der ständigen und erst kürzlich bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auch Hoheitsträger dem Kartellrecht unterworfen sind, wenn sie in Konkurrenz zu privaten Anbietern treten.⁶⁹ Und auch im Übrigen wird in den Bereichen des Gesundheitsrechts, in denen es Wettbewerbselemente bereits gibt, die Anwendbarkeit des Kartellrechts für erforderlich gehalten.⁷⁰

2. Bindung des deutschen Rechtsanwenders an den europäischen Unternehmensbegriff

- (107) Die Auslegungsgrundsätze des EuGH zum Unternehmensbegriff sind heute auch für die Auslegung und Anwendung von § 1 GWB und anderer Normen des nationalen Kartellrechts verbindlich. Dies gilt nach der gegenwärtigen Gesetzessystematik auch bei Sachverhalten ohne Bedeutung für den zwischenstaatlichen Handel.
- (108) Denn der deutsche Gesetzgeber hat das Kartellverbot des § 1 GWB im Rahmen der 7. GWB-Novelle bewusst vollständig und ohne Rücksicht auf den Zwischenstaatsbezug mit dem europäischen Recht harmonisiert. Der weitgehend an den Wortlaut des Art. 101 AEUV (damals: Art. 81 EG) angeglichenen Wortlaut des § 1 GWB ist Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, die Regelung aus dem europäischen Recht zu übernehmen⁷¹. Damit hat der deutsche Gesetzgeber über die aus Art. 3 VO 1/2003 erwachsenden Verpflichtungen hinaus auch für Sachverhalte außerhalb der Anwendbarkeit des europäischen Rechts die Grundsätze und Auslegungskriterien

⁶⁸ *Preisner*, Wahltarife im recht der gesetzlichen Krankenversicherung : Eine sozialrechtliche Untersuchung des § 53 SGB V unter Berücksichtigung von unions- und verfassungsrechtlichen Fragestellungen, 2012, S. 352 ff. m.w.Nachw.

⁶⁹ *BGH*, Beschluss vom 18.10.2011 - KVR 9/11 - *Niederbarnimer Wasserverband*, Rn. 10 ff. m.w.Nachw., WuW/E DE-R 3497 = NJW 2012, 1150.

⁷⁰ *Säcker*, Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen i. S. des Wettbewerbsrechts. Zum Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 15. 9. 2011 (L1 KR 89/10 KL), SGB 2012, 61, 64.

⁷¹ *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl. 2006, Einl. Rn. 60; *Roth*, Zum Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht, FS Loewenheim, 2009, S. 545, 559 f.; *Klees*, EWS 2010, 1, 6:

des damaligen Art. 81 EG und heutigen Art. 101 AEUV übernommen⁷² und damit den früheren autonomen Anwendungsbereich des § 1 GWB aufgegeben⁷³.

- (109) Dieser gesetzgeberische Willen kommt auch in der Begründung zu § 23 GWB-E im Rahmen der 7. GWB-Novelle deutlich zum Ausdruck:

„Die Tatbestandsmerkmale des § 1, wie etwa die Definition von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen oder das Merkmal einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, sind [...] im Lichte der zu Art. 81 Abs. 1 EG ergangenen Rechtsprechung und Rechtsanwendungspraxis auszulegen und anzuwenden“⁷⁴

- (110) Die im damaligen Regierungsentwurf vorgesehene Regelung des § 23 GWB-E sollte die Maßgeblichkeit der europäischen Rechtsgrundsätze noch einmal betonen, wurde aber wegen befürchteter Schwierigkeiten bei der praktischen Handhabung (insbesondere in der Begründung kartellbehördlicher Entscheidungen) auf Initiative des Bundesrates wieder gestrichen, und zwar mit folgendem Hinweis:

„Die §§ 1, 2 und 4 GWB-E werden an das EU-Wettbewerbsrecht angepasst. Damit fließt die Praxis der Kommission und die Rechtsauslegung durch die Rechtsprechung ohnehin in die Auslegung der §§ 1, 2 und 4 GWB-E ein. Einer zusätzlichen ausdrücklichen Bindung der Rechtsanwender bedarf es deshalb nicht.“⁷⁵

- (111) Hinzu kommt die dynamische Verweisung in § 2 Abs. 2 S. 1 GWB auf die Gruppenfreistellungsverordnungen der EU, über welche der diesen Verordnungen zu Grunde liegende europäische Unternehmensbegriff in das nationale Wettbewerbsrecht inkorporiert wird. Dies gilt nach § 2 Abs. 2 S. 2 GWB auch für Fälle, in denen der zwischenstaatliche Handel nicht beeinträchtigt wird. Da die Gruppenfreistellungsverordnungen als Konkretisierung der Legalausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV den europäischen Unternehmensbegriff des Art. 101 Abs. 1 AEUV voraussetzen, hat der Gesetzgeber angesichts der untrennbaren Einheit zwischen §§ 1 und 2 GWB indirekt auch die Auslegung des Unternehmensbegriffs durch die europäi-

⁷² Ausführlich hierzu *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, Einf. Rn. 19, 20.

⁷³ Ganz h.M., siehe: *Säcker*, in Münchener Kommentar zum Deutschen und Europäischen Wettbewerbsrecht, Band 2, 2008, § 1 GWB Rn. 2 ff.; *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 4. Aufl. 2008, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, Einf. Rn. 62, 76 jeweils m.w.N. – Teils anders jetzt *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24.

⁷⁴ BT-Drs. 15/3640, S. 44.

⁷⁵ BR-Drs. 441/04, S. 5 ff.

schen Gerichte in das nationale Kartellverbot des § 1 GWB integriert⁷⁶. Deshalb greift der naheliegende Einwand, § 2 Abs. 2 GWB ordne nur die „entsprechende Anwendung“ an, hinsichtlich des Unternehmensbegriffs keinesfalls durch.

- (112) Erwähnt sei, dass nach herrschender Meinung zudem die unionsrechtliche Vorgabe des Art. 3 Abs. 2 VI 1/2003 (sog. Konvergenzklausel) sämtliche Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots und damit auch die Unternehmenseigenschaft erfasst⁷⁷. Davon geht heute auch die deutsche Rechtsprechung aus.⁷⁸

3. Risiko einer Änderung der EuGH-Rechtsprechung durch nationale Kartellrechtskontrolle

- (113) Die geplante Unterwerfung der deutschen Krankenkassen unter eine entsprechende Anwendung des nationalen Kartellrechts kann dem Europäischen Gerichtshof Anlass geben, seine geschilderte bisherige Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft der deutschen gesetzlichen Krankenkassen zu ändern.

- (114) Maßgeblich für die Einordnung der Tätigkeit der Krankenkassen als nicht wirtschaftlich sind die oben in Rn. (96) ff. wiedergegebenen Aspekte. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH ausdrücklich betont, dass der nationale Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seiner Sozialsystems zwar grundsätzlich vom Gemeinschaftsrecht unabhängig ist⁷⁹, die Einordnung eines Sozialversicherungsträgers als Unternehmen oder Nicht-Unternehmen jedoch von der konkreten Ausgestaltung des Sys-

⁷⁶ Roth, Zum Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht, FS Loewenheim, 2009, S. 545, 555 ff., 560 f.

⁷⁷ Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 9a; Reh binder, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 4. Aufl. 2008, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl. 2007, § 2 GWB Rn. 164; Säcker, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, GWB, 1. Aufl. 2008, § 130 Rn. 3; Bornkamm, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts, FS Hirsch, 2008, S. 231, 238; Roth, Zum Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht, FS Loewenheim, 2009, S. 545, 551 ff.; Möschel, JZ 2007, 601, 604; Hossenfelder/Lutz, WUW 2003, 118, 120. – Anderer Ansicht unter Verkenennung von Normgebungsgeschichte und Normzweck Böge/Bardong, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, EG-Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. 2007, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 54 f., 78; Schneider, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl. 2006, § 22 Rn. 19; Reh binder, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; Scheffler, EuzW 2006, 601, 602; Klees, EWS 2010, 1, 5.

⁷⁸ BSG, Urteil vom 22. 6. 2010 - B 1 A 1/09 R, NZS 2011, 426 Rn. 22 ff.; LSG Hessen Urteil vom 15.09.2011 - L 1 KR 89/10 KL, NZS 2012, 177 ff.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 5. März 2009, Rs. C-350/07, Slg. 2009 I-0000 Rn. 37 - Kattner Stahlbau, m.w.Nachw.

tems abhängt. Denn der soziale Zweck eines Systems allein schließt die Einordnung einer Tätigkeit als wirtschaftlich und damit unternehmerisch nicht aus⁸⁰.

- (115) Dabei wird neben der solidarischen Prägung des Systems entscheidend auf die wettbewerblichen Elemente eingegangen, die der nationale Gesetzgeber im System verankert hat. Ordnet der nationale Gesetzgeber das Gesundheitssystem dem Wettbewerbsprinzip unter, lässt kaum mehr begründen, dass die im nationalen Recht wie Unternehmen zu behandelnden Krankenkassen im europäischen Kontext weiterhin keine Unternehmen sein sollen. Insofern könnte die Rechtsprechung des EuGH nach der geplanten Gesetzesänderung durchaus „kippen“.
- (116) Denn insgesamt stellen die Beurteilungskriterien des EuGH für die wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Kartellrechts kein starres, sondern ein bewegliches System dar, in dem ein mehr an der einen Stelle ein Minus an einer anderen ausgleichen kann. Wird im gesetzlichen Gesundheitssystem nacheinander an verschiedenen Stellschrauben gedreht, kann es durchaus zu einem Umschlagen der Beurteilung kommen, da es stets einer wertenden Gesamtschau bedarf⁸¹.
- (117) Wie bereits erwähnt, könnte etwa die Einführung von Wahltarifen durch § 53 SGB V zumindest teilweise zu einer Einordnung des entsprechenden Angebots der Krankenkassen als wirtschaftliche Betätigung in Konkurrenz zu privaten Anbietern führen (vgl. oben Rn. (106)(105)), auch wenn dies keineswegs zwingend erscheint. Eine minimale Autonomie bei der Beitragserhebung haben die Kassen zudem durch die Möglichkeit erlangt, Zusatzbeiträge zu erheben, die aber einkommensunabhängig sind und insofern dem Solidarprinzip ein wenig zuwiderlaufen. Für sich gesehen sind aber auch die Zusatztarife nicht geeignet, die grundsätzliche Einordnung der Krankenkassen als soziale Einrichtungen ohne wirtschaftliche Betätigung zu gefährden.
- (118) Betrachtet man die erwähnten und weitere Maßnahmen des Gesetzgebers aus den letzten Jahren allerdings im Kontext der geplanten Neuregelung, die Krankenkassen - soweit nicht ausdrücklich vom Gesetz ausgeschlossen - wie Unternehmen behandeln will, könnte sich die Beurteilung doch ändern.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 5. März 2009, Rs. C-350/07, Slg. 2009 I-0000 Rn. 42 - *Kattner Stahlbau*, m.w.Nachw.

⁸¹ *Preisner*, Wahltarife im recht der gesetzlichen Krankenversicherung : Eine sozialrechtliche Untersuchung des § 53 SGB V unter Berücksichtigung von unions- und verfassungsrechtlichen Fragestellungen, 2012, S. 342 m.w.Nachw.

(119) Dass die Gefahr einer Rechtsprechungsänderung nicht etwa aus der Luft gegriffen ist, zeigt ein aktueller Vorlagebeschluss des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs⁸², welcher das Recht des unlauteren Wettbewerbs und hier die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken; im Folgenden: UGP-Richtlinie) betrifft. Diese Richtlinie harmonisiert das Recht des unlauteren Wettbewerbs der Mitgliedstaaten, soweit es um unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern geht; sie ist im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) seit Ende 2008 umgesetzt.

(120) Der Vorlagebeschluss des BGH vom 18.1.2012 richtet an den EuGH folgende Frage zur Klärung im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV:

Ist Art. Artikel 3 Absatz 1 i.V. mit Art. 2 lit. d der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dahin auszulegen, dass eine sich als Geschäftspraxis eines Unternehmens gegenüber Verbrauchern darstellende Handlung eines Gewerbetreibenden auch darin liegen kann, dass eine gesetzliche Krankenkasse gegenüber ihren Mitgliedern (irreführende) Angaben darüber macht, welche Nachteile den Mitgliedern im Falle eines Wechsels zu einer anderen gesetzlichen Krankenkasse entstehen?

(121) Hintergrund ist eine Klage der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, die gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen wegen Verstößen gegen die Vorschriften des UWG berechtigt ist, wegen ihrer Meinung nach irreführender Angaben einer Betriebskrankenkasse über die Folgen eines Krankenkassenwechsels. Die beklagte Betriebskrankenkasse hat dagegen eingewandt, sie sei kein Unternehmen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG, welcher der Umsetzung von Art. 2 lit. b) und d) der UGP-Richtlinie diene. Der Begriff des Gewerbetreibenden ist dort wie folgt definiert:

„Gewerbetreibender“ jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt;

(122) In seinem Vorlagebeschluss verweist der BGH auf die von der Rechtsprechung des EuGH begründete und allgemein anerkannte Notwendigkeit, die Rechtsbegriffe der Richtlinie bzw. des Rechts der Europäischen Union im allgemeinen autonom aus-

⁸² BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 (Leitsatz) – Betriebskrankenkasse.

zulegen, also aus sich heraus ohne Rückgriff auf ein einzelnes nationales Recht.⁸³ Da Art. 2 lit. d) und Art. 3 Abs. 1 UGP-Richtlinie den Begriff des Unternehmens verwenden, hält der BGH grundsätzlich die oben erläuterte Definition des Unternehmens für relevant, welche der EuGH in ständiger Rechtsprechung zum Kartellrecht verwendet⁸⁴. Der BGH geht deshalb zwar davon aus, dass gesetzlichen Krankenkassen nach eben dieser Rechtsprechung an sich keine Unternehmen sind, und fast die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zusammen, aus der sich aber auch ergibt, dass eine Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen möglich ist, sofern sie außerhalb ihrer rein sozialen Aufgaben in Bereichen tätig werden, die einen wirtschaftlichen Zweck haben.⁸⁵

- (123) Zwar äußert der BGH vor dem geschilderten Hintergrund Zweifel, ob die von ihm herangezogenen Grundsätze für die Auslegung der Art. 101 und 102 AEUV in gleicher Weise für die Auslegung der UGP-Richtlinie Geltung beanspruchen können. Jedoch legt das Gericht dann dar, warum seiner Ansicht nach Aussagen gesetzlicher Krankenkassen im Umfeld des sog. Mitgliederwettbewerbs durchaus unternehmerisch handeln:⁸⁶

(15) „Jedenfalls dann, wenn irreführende Handlungen im Verhältnis zu Verbrauchern in einem Bereich ergriffen werden, der von einem Teilwettbewerb zwischen den anbietenden Einrichtungen geprägt ist, die Maßnahme gerade zum Zwecke der Ausnutzung der vom Gesetzgeber eröffneten wettbewerblichen Handlungsspielräume erfolgt und eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu befürchten ist, liegt es nahe, diese Handlung als irreführende Geschäftspraktik i.S. von Art. EWG_RL_2005_29 Artikel 6, EWG_RL_2005_29 Artikel 3 EWG_RL_2005_29 Artikel 3 Absatz 1 und EWG_RL_2005_29 Artikel 2 lit. b und d der Richtlinie 2005/29/EG einzustufen. Für die Beantwortung der Vorlagefrage könnte auch von Bedeutung sein, dass der deutsche Gesetzgeber durch verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen (vgl. Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung in der gesetzlichen Krankenkasse [Gesundheitsstrukturgesetz] v. 21. 12. 1992, BGBl I, 2266; Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 26. 3. 2007 [GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz], BGBl I, 378) zu Gunsten der gesetzlichen Krankenkassen gezielt Handlungsspielräume eröffnet hat, um da-

⁸³ BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 Rn. 10 – Betriebskrankenkasse.

⁸⁴ BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 Rn. 11 – Betriebskrankenkasse.

⁸⁵ BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 Rn. 11 – 13 – Betriebskrankenkasse, m. Nachw. zur Rechtsprechung des EuGH, insbesondere zu den Entscheidungen FENIN, AOK-Bundesverband, .

⁸⁶ BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 Rn. 14 ff. – Betriebskrankenkasse.

mit einen – wenn auch eingeschränkten – Preis- und Qualitätswettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen zu ermöglichen (vgl. dazu Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009 BT-Dr 17/2600, S. 387ff.). Gem. §§ SGB_V § 173, SGB_V § 175 SGB V haben Versicherungspflichtige und Versicherungsberechtigte das Recht, unter verschiedenen Anbietern den von ihnen bevorzugten Träger einer Krankenkasse zu wählen. Zwar können die Träger der gesetzlichen Krankenkassen die Beitragssätze nicht frei bestimmen; diese werden seit dem Inkrafttreten des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes nach § SGB_V § 241 SGB V für alle Kassen einheitlich festgesetzt. Sie haben jedoch die Möglichkeit, Zusatzbeiträge zu erheben (§ SGB_V § 242 SGB V), Beitragsrückerstattungen zu gewähren (§ SGB_V § 13 SGB_V § 13 Absatz II SGB V) und besondere Wahltarife anzubieten (§ SGB_V § 53 SGB V). Gemeinsames gesetzgeberisches Ziel dieser Maßnahmen ist es, die Wirtschaftlichkeit des Systems der gesetzlichen Krankenkassen zu verbessern (vgl. die Reg.-Begr. z. Entwurf des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes, BT-Dr 16/3100, S. 85).“

(16) „Machen die Krankenkassen von diesen Handlungsmöglichkeiten Gebrauch und treten sie mit anderen Krankenkassen in einen Wettbewerb um Mitglieder, handeln sie nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit jedenfalls unternehmerisch. Denn Ziel dieser Wettbewerbshandlungen ist es, die Beiträge der Mitglieder zu vereinnahmen, um auf diese Weise ihre eigene Einnahmesituation zu verbessern. Aus der Sicht eines Verbrauchers handelt es sich bei der Wahl der von ihm bevorzugten Krankenkasse aus dem Kreis mehrerer, konkurrierender Anbieter ebenfalls um eine geschäftliche Entscheidung, deren irreführende Beeinflussung durch die gesetzliche Krankenkasse eine Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Interessen zur Folge haben kann. Insofern stellt es für ihn keinen Unterschied dar, ob sich der Marktbezug der beanstandeten Handlung aus einem Wettbewerb zwischen öffentlich-rechtlich organisierten Trägern sozialer Sicherungssysteme oder zwischen privaten Anbietern ergibt.“

- (124) Gerade die letzten Ausführungen des BGH belegen die konkrete Gefahr, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen durchaus ändern könnte. Zwar bringt das Gericht dabei deutlich zum Ausdruck, dass die Auslegung der UGP-Richtlinie nicht zwangsläufig mit der Auslegung der Art. 101, 102 AEUV parallel laufen muss, weil die Zielrichtung der beiden Regelungskomplexe eine unterschiedliche ist. Die UGP-Richtlinie dient dem Schutz von Verbrauchern – also ggf. auch von Mitgliedern gesetzlicher Krankenkassen – vor unlauteren Geschäftspraktiken, insbesondere vor irreführenden Angaben (Art. 6 UGP-Richtlinie) oder aggressiven Methoden wie etwa hartnäckig belästigender Werbung (Art. 8 UGP-Richtlinie), während die Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV oder auch der Fusionskontroll-VO den Wettbewerb an sich erhalten sollen. Gleichwohl betreffen sowohl das Recht des unlauteren Wettbewerbs als auch das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht) das Handeln von Unternehmen im Wettbewerb.

- (125) Denkbar erscheint, dass der EuGH in seiner Vorabentscheidung zu dem Ergebnis kommt, dass zumindest für die Zwecke des Verbraucherschutzes vor unlauteren Geschäftspraktiken auch gesetzliche Krankenkassen, soweit sie in einem Wettbewerbsverhältnis um Mitglieder stehen, als Unternehmen bzw. Gewerbetreibende anzusehen sind, und im Hinblick auf die erwähnten unterschiedlichen Schutzzwecke von allgemeinen Aussagen zur Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen im Kartellrecht absieht. Dann hätte dies zunächst auf die Auslegung der Art. 101, 102 AEUV keinen unmittelbaren Einfluss, und kartellrechtlich blieben die Krankenkassen weiterhin Nicht-Unternehmen. Allerdings erscheint es schwer vorstellbar, dass Krankenkassen bei unlauteren Handlungen im Mitgliederwettbewerb, um die es im Vorlagebeschluss des BGH geht, als Unternehmen anzusehen sein könnten, während sie es bei Beschränkungen des Mitgliederwettbewerbs nicht wären. Vor diesem Hintergrund erscheint es bereits jetzt tendenziell gefährlich, das nationale Kartellrecht in einem noch über § 69 SGB V hinausgehenden Maße auf das vom nationalen Gesetzgeber gewünschte Wettbewerbsverhältnis der Kassen um die Versicherten entsprechend anwendbar zu erklären.
- (126) Damit dürfte belegt sein, dass es im System der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung schon heute ein partiell unternehmerisches Handeln im Sinne der abstrakten Ausführungen des EuGH in den Entscheidungen *AOK-Bundesverband* und *Kattner Stahlbau*⁸⁷ gibt. Damit beginnt aber die Begründung dafür, dass die deutschen gesetzlichen Krankenkassen keine Unternehmen sind, zu wanken: Es gibt – neben den anderen vom BGH für relevant gehaltenen Aspekten – zumindest einen Mitgliederwettbewerb, der als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen sein könnte.
- (127) Vor diesem Hintergrund kann es eine fatale Signalwirkung auf den EuGH haben, wenn der deutsche Gesetzgeber zum Schutz gerade der auch seiner Meinung nach vorhandenen Wettbewerbselemente in der GKV die Krankenkassen einer Kontrolle durch das (entsprechend anzuwendende) nationale Kartellrecht unterwirft, wie es der Begründung des Regierungsentwurfs zufolge geschehen soll. Dies gilt umso mehr, als die Notwendigkeit der entsprechenden Anwendbarkeit gerade mit der Rechtsprechung des EuGH begründet wird, die Krankenkassen nicht als Unternehmen ansieht. Soweit man mit dem Regierungsentwurf das Verhalten der Kassen im Mitgliederwettbewerb einer kartellrechtlichen Kontrolle unterwerfen will, damit dieser nicht ausgeschaltet wird, könnte es sich anbieten, die geplante Regelung in

⁸⁷ EuGH, Slg. 2004, I-2493 Rn. 58 = NJW 2004, 2723 – *AOK Bundesverband u.a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes Hermani & Co u.a.*; Slg. 2009, I-1538 Rn. 42 = NJW 2009, 1325 = WuW/E DE-R 1543 – *Kattner Stahlbau-GmbH/Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*.

§ 4 Abs. 3 SGB V-Entwurf klarer (ggf. an anderer Stelle) auf diese Konstellation zu beschränken und auf eine umfassende entsprechende Anwendbarkeit des GWB zu verzichten. Denn die pauschal-umfassende entsprechende Anwendbarkeit des GWB legt die Vermutung nahe, dass der nationale Gesetzgeber die Kassen – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des EuGH – an sich doch als wirtschaftlich tätige Einheiten ansieht.

4. Konsequenzen aus einer Rechtsprechungsänderung des EuGH

(128) Sollte der EuGH vor dem Hintergrund der zunehmenden Einführung von Wettbewerbselementen in der gesetzlichen Krankenversicherung und der Unterwerfung der deutschen Krankenkassen unter die nationale Kartellrechtskontrolle seine Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft dieser Krankenkassen im Bereich der Kooperation untereinander sowie im Bereich der Mitgliederbeziehungen ändern, hätte dies wegen der Reichweite des europäischen Unternehmensbegriffs weitreichende Folgen nicht nur im Kartellrecht, sondern auch darüber hinaus.

➤ **These 4:** Bejaht der EuGH die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen, hat dies erhebliche Folgewirkungen in verschiedenen Bereichen, namentlich:

- die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101 ff. AEUV und des GWB,
- die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 107 ff. AEUV (EU-Beihilferecht)
- die unmittelbare Anwendung der Richtlinien über unlautere Geschäftspraktiken und irreführende Werbung sowie der Vorschriften des UWG,
- sowie mögliche weitere Auswirkungen überall dort, wo der Unternehmensbegriff eine Rolle spielt, insbesondere im Steuerrecht bei der Anwendbarkeit der EU Mehrwertsteuerrichtlinie.

a) Unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts und des GWB

(129) Signifikanteste Folge einer Rechtsprechungsänderung des EuGH zur Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen – innerhalb der Reichweite ihrer wirtschaftlichen Betätigung, etwa beim Mitgliederwettbewerb – wäre die unmittelbare Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln (Art. 101, 102 AEUV) und aller anderen kartellrechtlichen Vorschriften des EU-Rechts. Insbesondere die Beschaffungstätigkeit der deutschen Kassen würde, da die FENIN-Rechtsprechung dann nicht mehr gelten würde, unmittelbar auch der Kontrolle durch die Kommission als europäische Kartellbehörde unterstellt.

- (130) Zwar setzen die Art. 101 und 102 AEUV jeweils die sog. Zwischenstaatlichkeit voraus, also die Eignung, den Handel (einschließlich Dienstleistungen) zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. So hat etwa die Nachfragetätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen regelmäßig Auswirkungen, die unter die Zwischenstaatsklausel fallen, so insbesondere die Beschaffung von medizinischen Produkten und Arzneimitteln, bei denen grenzüberschreitende Lieferbeziehungen und Parallelimporte die Regel sind. Auf diesen Märkten wird der zwischenstaatliche Bezug von nachfragekoordinierenden Maßnahmen in ständiger Rechtsprechung der deutschen und europäischen Gerichte ohne weitere Problematisierung bejaht⁸⁸.
- (131) Aber für die bundesweite Zusammenarbeit von Kassen bzw. Kassenverbänden sind in Anwendung der genannten Grundsätze Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel zu vermuten, da sie sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates oder auf einen wesentlichen Teil desselben bezieht.
- (132) Hinzukommt, dass es im Rahmen des über- und zwischenstaatlichen Krankenversicherungsrechts nach der VO (EG) Nr. 883/2004 und der VO Nr. 987/2009 sowie aufgrund bilateraler Sozialversicherungsabkommen auch zu einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Krankenkassen kommt. Im Rahmen der genannten Rechtsgrundlagen leisten die Krankenversicherungsträger untereinander sog. Verwaltungs(aus)hilfe, z.B. bzgl. Beitragseinzug oder Auskünfte zur Höhe der Vertragssätze, wenn Versicherte bei einem Aufenthalt in einem anderen Staat eine nötige Behandlung selbst bezahlt haben.
- (133) Des Weiteren hat die AOK Rheinland/Hamburg mit Genehmigung des zuständigen NRW-Ministeriums vor vielen Jahren eine Kooperation mit den niederländischen und belgischen Krankenkassen auf Basis des Art. 22 der VO (EWG) Nr. 1408/71 geschlossen, die für bestimmte, gezielt in der ausländischen Grenzregion in Anspruch genommene Behandlungen (wie z.B. Krebstherapien) eine Pauschalgenehmigung vorsieht, um die sonst erforderliche Genehmigung im Einzelfall überflüssig zu machen. Ferner hat die AOK Rheinland/Hamburg wohl mit den niederländischen Kassen vereinbart, sich deren Verträgen mit bestimmten Krankenhäusern in der Küstenregion anzuschließen. Dies hat den Vorteil, dass die niederländische

⁸⁸ Siehe zum Arzneimittelmarkt: OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juli 1999, U (Kart) 36/98 – *Festbetragsanpassungen*; BGH, Beschluss vom 3. Juli 2001, KZR 32/99 – *Festbetragsregelung*; EuGH, Urteil vom 16. März 2004, Rs.C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004 I-2496 – *AOK Bundesverband*.

Kasse die Rechnung überprüft, bevor die Rheinland/Hamburg dann direkt an das Krankenhaus zahlt.

- (134) Diese und andere grenzüberschreitende Kooperationen müssten auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 3 AEUV untersucht werden.
- (135) Wegen der Konvergenz der Rechtsbegriffe findet damit aber auch das nationale Kartellrecht unmittelbare Anwendung. Daran könnte eine Aufhebung der §§ 4 Abs. 3, 69 Abs. 2 und 172a SGB V nichts mehr ändern. Das GWB würde dann in vollem Umfang und insbesondere auch ohne die jetzigen Beschränkungen aus den Verweisungsnormen des SGB V gelten.
- (136) Da § 33 GWB privatrechtliche Klagen auch wegen Verstößen gegen die Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV ermöglicht, wäre mit einem entsprechenden Vorgehen von Mitbewerbern oder anderen von Verstößen betroffenen Mitbewerbern zu rechnen. Klagen könnten dann nicht mehr nur andere deutsche Kassen, sondern auch Leistungserbringer aus Deutschland und aus anderen EU-Staaten, vielleicht sogar Krankenkassen und private Versicherer aus anderen Staaten.

b) Unzureichende Flexibilität in der Regulierung gesetzlicher Krankenkassen durch Art. 106 AEUV

- (137) Sind die gesetzlichen Krankenkassen als Unternehmen anzusehen, könnte ein gewisser Ausweg aus der Anwendung des Kartellrechts darin liegen, dass es sich bei ihnen aufgrund der sozialrechtlichen Regelung um öffentliche Unternehmen i.S. von Art. 106 Abs. 1 AEUV handeln könnte, denen der Gesetzgeber über das SGB V besondere Rechte gewährt. Im Hinblick auf die Versorgung etwa von Arbeitnehmern unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze könnte man auch an die Gewährung ausschließlicher Rechte denken, da dieser Personenkreis derzeit den privaten Krankenversicherungen als Kunden vorenthalten wird. Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten bei der Regulierung solcher öffentlicher Unternehmen keine (u.a.) den Art. 101 bis 109 AEUV widersprechenden Maßnahmen treffen.
- (138) Zwar erscheint es gut vorstellbar, dass gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV anzusehen sind, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, nämlich der Krankenversorgung. In diesem Fall gelten nach Art. 106 Abs. 2 AEUV *„die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vor-*

schriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“

- (139) Damit erscheint im Grundsatz ein gewisser Ausnahmereich möglich. Doch ist die Vorschrift nur schwer zu handhaben, und insbesondere dürfte es sich als misslich erweisen, wenn der nationale Gesetzgeber zuvor die weitgehende entsprechende Geltung seines nationalen Kartellrechts angeordnet hat. Zumindest in dem Bereich, den der Gesetzgeber die Krankenkassen nach den §§ 69 Abs. 2 SGB V, 4 Abs. 3 und 172a SGB V-Entwurf dem nationalen Kartellrecht ohnehin unterworfen hat, dürfte kaum darstellbar sein, warum eine Anwendung des europäischen Kartellrechts die Tätigkeit der Kassen rechtlich oder tatsächlich verhindert.
- (140) Gleichzeitig besteht aber auch die Gefahr, dass in den in § 69 Abs. 2 Satz 2 und 3 SGB V bzw. § 4 Abs. 3 Satz 2 und 3 GWB genannten Bereichen der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben, auf die das GWB keine entsprechende Anwendung finden soll, die Notwendigkeit einer Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen entsteht. Zwar wird man in den meisten Fällen wohl zu einer Rechtfertigung gelangen können, wie eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu einer französischen Zusatzversicherung von Tarifpartnern zeigt⁸⁹, jedoch ist es keineswegs zwingend, dass der EuGH sich bei der Rechtfertigung an der nationalen Gesetzgebung orientiert. Es entsteht zunächst wieder eine vermeidbare Rechtsunsicherheit und ein Rechtfertigungsdruck gegenüber der Europäischen Union.

c) Anwendbarkeit des Beihilfenrechts

- (141) An den Unternehmensbegriff knüpft über das Unionskartellrecht der Art. 101 ff. AEUV auch das in Art. 107 AEUV zu findende Verbot staatlicher Beihilfen an. Es ergänzt den Schutz des Wettbewerbs, indem es staatliche Eingriffe in das Wettbewerbsgeschehen durch sog. Beihilfen verbietet (Subventionen). Sind die Krankenkassen und ihre Verbände als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen anzusehen, könnte das zur Folge haben, dass die staatliche Mitfinanzierung im Rahmen des Gesundheitsfonds im Grundsatz dem Beihilfenverbot unterliegt.
- (142) Dass die Gefahr einer Anwendung des Beihilfenverbots nicht nur abstrakt ist und erst in mittlerer Zukunft droht, belegt eine bereits bei der Kommission anhängige Beihilfenbeschwerde gegen die Wahltarife im gesetzlichen Krankenversicherungs-

⁸⁹ *EuGH* Urteil vom 3. März 2011, Rs. C-437/09, Rn. 66 ff., *AG2R Prévoyance*, noch nicht in der Sammlung, WuW 2011, 529.

recht (§ 53 SGB V). In diesem Verfahren wird vorgetragen, dass man die staatlichen Zuschüsse zum Gesundheitsfonds oder zumindest die Leistungen des Fonds an die Kassen bereits heute als möglicherweise unzulässige Beihilfen ansehen müsste. Dass dies jedenfalls dann der Fall sein dürfte, wenn die gesetzlichen Kassen in der Zukunft vom EuGH als Unternehmen angesehen werden sollten, liegt jedenfalls nahe. Die Finanzierungshoheit würde damit zumindest einer Kontrolle durch die EU unterworfen.

- (143) Zwar gilt auch das Beihilfenverbot nicht uneingeschränkt, doch wäre der deutsche Gesetzgeber nicht mehr in der Lage, die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung autonom unter Einschluss staatlicher Zuschüsse zu regeln. Vielmehr müsste die Zulässigkeit der staatlichen Mitfinanzierung in Absprache und unter einem Letztentscheidungsrecht der Europäischen Kommission geregelt werden.
- (144) Die Autonomie in der Finanzierungsfrage könnte der deutsche Gesetzgeber dann nur dadurch zurückerlangen, dass auf die staatliche Mitfinanzierung verzichtet wird. Die Folge wären steigende Krankenkassenbeiträge, also eine Belastung für die Versicherten und die arbeitgebende Wirtschaft und somit mittelbar auch eine Schwächung des Wirtschaftsstandorts Deutschland.

d) Anwendbarkeit der UGP-Richtlinie sowie der Irreführungsrichtlinie

- (145) Wie bereits im Zusammenhang mit der diesbezüglichen Vorlage des BGH (oben Rn. (119) ff.) ausgeführt, würde die Einstufung gesetzlicher Krankenkassen als Unternehmen zur Anwendbarkeit der UGP-Richtlinie führen. Dazu kann es aber – wie dargelegt – im Hinblick auf die Schutzzwecke der UGP-Richtlinie auch unabhängig von einer Änderung der Rechtsprechung zum EU-Kartellrecht kommen.
- (146) Weitere Konsequenz der Einstufung als Unternehmen wäre dann auch die Anwendbarkeit der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung: Die Krankenkassen müssten bei der Mitgliederwerbung die in § 6 UWG umgesetzten Vorgaben des EU-Rechts zur vergleichenden Werbung beachten. Sie müssten aber auch bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Unternehmern (Arbeitgebern, eventuell Leistungserbringer) das in den §§ 5, 5a UWG umgesetzte Irreführungsverbot beachten (und nicht nur bei der Werbung gegenüber Versicherten als Verbrauchern).
- (147) Auch alle weiteren Normen des UWG wären anwendbar; Werbemaßnahmen und sonstige geschäftliche Handlungen unterlägen somit der uneingeschränkten Kontrolle durch Mitbewerber (andere Kassen, u.U. private Krankenversicherer) sowie

Gewerbe-, Wettbewerbs- und Verbraucherverbände. Dies ginge noch einmal deutlich über die entsprechende Anwendbarkeit des UWG im Verhältnis der Kassen untereinander hinaus, die in § 4 Abs. 3 S. 4 SGB V-Entwurf angeordnet ist. Auch Dritte könnten somit auf der Grundlage des § 4 Nr. 11 UWG klagen, wenn sie der Auffassung wäre, die Kassen verstießen mit einem Verhalten gegen Vorschriften des SGB V, die das Marktverhalten regeln.

e) Anwendbarkeit der Mehrwertsteuer-Richtlinie und von Steuergesetzen

- (148) Auch im Bereich des Steuerrechts könnte eine Bejahung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen im unionsrechtlichen Sinne gravierende Auswirkungen entfalten.
- (149) Nach geltendem Recht unterliegen Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit sie hoheitlich tätig werden, weder der Körperschaftssteuer, der Gewerbesteuer noch der Umsatzsteuer. Eine hoheitliche Tätigkeit liegt vor, wenn die Tätigkeit überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dient (§ 4 Abs. 5 Satz 1 KStG). Kennzeichnend für die Ausübung öffentlicher Gewalt ist die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.
- (150) Dagegen sind Betriebe gewerblicher Art unbeschränkt steuerpflichtig. Ein Betrieb gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind nach § 4 Abs. 1 KStG alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind hingegen nicht erforderlich.
- (151) Bei der Abgrenzung des Hoheitsbetriebs nach § 4 Abs. 5 Satz 1 KStG vom Betrieb gewerblicher Art nach § 4 Abs. 1 KStG kommt es maßgeblich darauf an, ob die Tätigkeiten zu (größeren) Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Vergleich zu Privaten führen. Hierauf stellt insbesondere die Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil vom 16.9.2008- C-288/07) sowie die Mehrwertsteuersystemrichtlinie (Art. 13 Abs. 1 MwStSysRI) ab.
- (152) Ein starkes Indiz für Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu Privaten stellt die explizit angeordnete Geltung kartellrechtlicher Regelungen dar, denn sie zeigen, dass der Gesetzgeber die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen im Gesundheits-

markt durch das Verhalten gesetzlicher Krankenkassen jedenfalls in wettbewerblich geprägten Bereichen als gegeben ansieht.

- (153) Im Übrigen gelten für gesetzliche Krankenkassen steuerliche Ausnahmeregelungen (vgl. die Steuerprivilegierungen in § 4 Nr. 14 ff. UStG bzw. bspw. Art. 132 Abs. 1 b) und g) MwSt-SysRI).
- (154) In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass in steuerrechtlichen Auseinandersetzungen vor deutschen Gerichten die Wertungsentscheidungen des EuGH zur Unternehmenseigenschaft eine beträchtliche Bedeutung haben. Eine Änderung der Rechtsprechung des EuGH würde daher auch bei der steuerlichen Bewertung der gesetzlichen Krankenkassen Berücksichtigung finden.
- (155) Die perspektivische Bejahung der Unternehmenseigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen führt zu einer Umkehrung des bisher bestehenden steuerrechtlichen Regel-Ausnahme-Prinzips. Bisher waren gesetzliche Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich kein Steuersubjekt. Ausnahmsweise, insbesondere im Falle eines Betriebes gewerblicher Art bzw. der vermögensverwaltenden Tätigkeit, sind sie steuerbar. Mit der Bejahung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen kehrt sich dieses Verhältnis um. Jede Tätigkeit der Krankenkasse, welche dem Kartellrecht unterliegt, ist dem Grunde nach steuerbar, sofern keine ausdrückliche Ausnahmeregelung existiert.
- (156) Dies hat zur Folge, dass zahlreiche Finanztransfers innerhalb dem System der gesetzlichen Krankenversicherung steuerrechtlich, insbesondere umsatzsteuerrechtlich, relevant werden. Der gesetzgeberische Handlungsspielraum wird aufgrund der europarechtlichen Vorgaben in diesen Bereichen zukünftig stark eingeschränkt, wenn er an einem Konzept festhält, dass die perspektivische Kategorisierung der Krankenkassen als Unternehmen wahrscheinlich macht.

5. Gestaltung des deutschen Gesundheitssystems nur noch im Rahmen der Vorgaben des EU-Rechts

- (157) Mit der Einordnung der gesetzlichen Krankenkassen verliert der deutsche Gesetzgeber seine vom EuGH anerkannte Gestaltungsautonomie. Denn er müsste die Gesetzgebung stets an den Vorgaben des für Unternehmen geltenden Unionsrechts

ausrichten. Dies folgt aus dem Vorrang des Unionsrechts⁹⁰ und der Pflicht zur Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV, ex. Art. 10 EG).

(158) Denn diese Grundsätze umfassen auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, für eine effektive und einheitliche Anwendung des Europäischen Rechts zu sorgen⁹¹. Daher ist es den Mitgliedstaaten untersagt, die Verwirklichung der Vorgaben des Unionsrechts zu verhindern oder zu erschweren⁹², sodass die Mitgliedstaaten keine einzelstaatlichen Rechtsakte erlassen dürfen, die den Bestimmungen des europäischen Rechts zuwiderlaufen. Vorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts, welche die Verwirklichung des europäischen Rechts beeinträchtigen und nicht europarechtskonform ausgelegt werden können, sind unanwendbar⁹³.

➤ **These 5:** Sind die Krankenkassen einmal als Unternehmen im Sinne des europäischen Rechts anzusehen, kann der deutsche Gesetzgeber nur noch im Rahmen der dann geltenden europarechtlichen Vorgaben (insbesondere Art. 106 AEUV) das deutsche Gesundheitssystem gestalten.

(159) Bei der weiteren Ausgestaltung des gesetzlichen Gesundheitssystems müsste der Gesetzgeber stets die Vorgaben des Unionsrechts beachten. Dies würde sich selbst dann nicht mehr ändern, wenn der Gesetzgeber sich entschließen würde, die §§ 4 Abs. 3, 69 Abs. 2 und 172a SGB V zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzuheben, sofern er jedenfalls die tatsächlich vorhandenen Wettbewerbselemente nicht gleichzeitig mit beseitigt. Denn solange nach Einschätzung des EuGH gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen eingestuft sind, würden mutmaßlich auch die deutschen Kartellbehörden unter Hinweis auf § 3 VO 1/2003 und § 22 GWB die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen weiterhin bejahen. Klarheit geschaffen werden könnte letztlich nur durch eine neue Entscheidung des EuGH, die Gewissheit darüber verschafft, ob die die Rücknahme der nationalen Kartellrechtskontrolle und eventuell weiterer Wettbewerbselemente im SGB V wieder dazu führt, dass die Krankenkassen als Träger sozialer Leistungen einzustufen sind.

⁹⁰ Ausführlich zum generellen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 10 EG, Rn. 21 ff.

⁹¹ Hierzu ausführlich *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 10 EGV Rn. 9 ff.

⁹² Ständige Rspr. siehe z.B. EuGH, Urteil vom 21. September 1983, verb. Rs. 205-215/82, Slg. 1983, 2633 – *Milchkontor*.

⁹³ EuGH, Urteil vom 22. Februar 1988, Rs. 309/85, Slg. 1988/355 Rn. 20 – *Barra*. Für das Kartellrecht: EuGH, Urteil vom 12. Februar 1969, Rs. 48/69, Slg. 1969, 1 ff. – *Walt Wilhelm (Teerfarben I)*.

- (160) Zudem finden nach der europäischen Kartellverfahrensordnung VO 1/2003 auf Sachverhalte, die abstrakt geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nationales und europäisches Recht im Grundsatz parallele Anwendung. Kommt es zu unterschiedlichen Ergebnissen, setzt sich aufgrund des Anwendungsvorrangs stets das europäische Kartellrecht durch. Wie Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 klarstellt, darf das nationale Kartellrecht nicht strenger sein, als das in Art. 101 AEUV verankerte europäische Kartellverbot. Gleichzeitig kann das nationale Recht im Ergebnis Verhaltensweisen, die nach den Art. 101, 102 AEUV verboten sind, nicht erlauben, da die nationalen Behörden immer „auch“ Art. 101 und 102 AEUV anwenden müssen (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003). Lediglich „unterhalb“ der Zwischenstaatlichkeit hat der nationale Gesetzgeber jeweils freie Hand.
- (161) Das EU-Kartellrecht gilt nach Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht nur für private, sondern auch für öffentliche Unternehmen. Die Vorschrift verbietet den Mitgliedstaaten eine Privilegierung öffentlicher Unternehmen, zu denen man die gesetzlichen Kassen ggf. zählen müsste, durch Maßnahmen, die gegen den AEUV insgesamt, insbesondere aber auch gegen seine Wettbewerbsregeln verstoßen.
- (162) Eine gewisse Lockerung bringt zwar grundsätzlich Art. 106 Abs. 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, wozu Leistungen der Daseinsvorsorge zählen. Die Voraussetzungen wären bei gesetzlichen Krankenkassen aufgrund ihrer gesetzlichen Aufträge nach dem SGB V erfüllt, sodass die Wettbewerbsregeln nur insoweit anwendbar sind, als sie nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern. Aufgrund der generellen Herausnahme der gesetzlichen Sozialversicherungen aus dem Unternehmensbegriff ist dies aber nicht sicher zu beurteilen; die vorliegende Rechtsprechung betrifft Monopole und ähnliche Inhaber von Ausschließlichkeitspositionen⁹⁴, denen man die deutschen gesetzlichen Krankenkassen angesichts der Ausgestaltung des Gesamtsystems durch das SGB V nicht ohne weiteres gleichstellen kann. Doch ist Art. 106 Abs. 2 AEUV auch auf eine französische Zusatzkrankenversicherung von Tarifpartnern mit Pflichtmitgliedschaft für grundsätzlich anwendbar erklärt worden⁹⁵.

⁹⁴ Vgl. die Auflistung bei *Mestmäcker/Schweitzer*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 49 m.w.Nachw. sowie Art. 106 Abs. 2 Rn. 52 ff. sowie Rn. 85.

⁹⁵ *EuGH* Urteil vom 3. März 2011, Rs. C-437/09, Rn.73 ff., *AG2R Prévoyance*, noch nicht in der Sammlung, WuW 2011, 529.

- (163) Damit eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ausnahmsweise zulässig ist, muss sie für die Aufgabenerfüllung erforderlich sein⁹⁶, diese also nach der Rechtsprechung des EuGH ohne die Beschränkung nicht mehr zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllbar sein. Dass dies der Fall ist, müsste grundsätzlich die Bundesrepublik Deutschland darlegen und beweisen, wenn sie sich auf die Ausnahmvorschrift beruft⁹⁷. Auch insofern droht also eine Rechtsunsicherheit; zudem dürfte es die Argumentation erheblich erschweren, wenn ein Staat, der zunächst selbst ohne Not eine staatliche Kartellaufsicht angeordnet hat, die von den Rechtsgrundlagen her den Art. 101, 102 AEUV entspricht, sich später auf den Standpunkt stellt, eine solche Aufsicht durch die Europäische Kommission mache die Aufgabenerfüllung unmöglich.
- (164) Zudem wäre im Rahmen der Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ggf. zu prüfen, ob finanzielle Förderungsleistungen des Staates an die gesetzlichen Krankenkassen (allgemein oder ggf. im Rahmen bestimmter Aufgaben) ebenfalls erforderlich sind, um die wirtschaftlich nicht zu leistenden Aufgaben zu erfüllen⁹⁸. Diese Finanzierungskontrolle setzt voraus, dass es sich bei der Leistung um Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV handelt⁹⁹. Dies liegt nach der Bejahung der generellen Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenkasse zumindest nahe.

6. Konkrete Folgen für einzelne Kooperationsformen der gesetzlichen Krankenversicherungen und ihrer Spitzenverbände

- (165) Die Anwendbarkeit der Art. 101 ff. AEUV auf einzelne Kooperationsformen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Spitzenverbände führt zu den gleichen Problemen, die als Folge der entsprechenden Anwendbarkeit des GWB aufgrund der Verweise in § 69 Abs. 2 SGB V bzw. §§ 4 Abs. 3, 172 SGB V-Entwurf bereits oben in Rn. beispielhaft erläutert wurden.

⁹⁶ Vgl. *EuGH* Urteil vom 3. März 2011, Rs. C-437/09, Rn. 76 ff., *AG2R Prévoyance*, noch nicht in der Sammlung, WuW 2011, 529; *Mestmäcker/Schweitzer*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 93 ff. m.w.Nachw.

⁹⁷ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 99 ff. m.w.Nachw.

⁹⁸ Näher *Mestmäcker/Schweitzer*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 117 ff. m.w.Nachw.

⁹⁹ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003, C 280/00, Slg. 2003 I 7747 Rn. 84 ff. – *Altmark Trans*; *Mestmäcker/Schweitzer*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 117 ff. m.w.Nachw.

- (166) Zu betonen ist dabei, dass die unmittelbare Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts grundsätzlich auch in Bereichen erneute Unsicherheit auslösen würde, die bis zu einer Änderung der Rechtsprechung des EuGH von der deutschen Kartellrechtspraxis vielleicht schon geklärt worden sind. Denn in Fällen, zu denen es keine verwertbare europäische Rechtsprechung gibt oder in denen die Vergleichbarkeit der Sachverhalte mit bereits entschiedenen Konstellationen unsicher ist, besteht durchaus die Möglichkeit, dass die Kommission und die europäischen Gerichte zu abweichenden Beurteilungen erlangen. Mit anderen Worten würde die Wiederherstellung von Rechtssicherheit dann noch ein zweites Mal Jahre, wenn nicht Jahrzehnte dauern.
- **These 6:** Die Geltung der europäischen Wettbewerbsrechts stellt die bisherige Regelung und Praxis verschiedener systemrelevanter Bereiche in Frage, etwa:
- das Festbetragsverfahren, das in der bestehenden Form nicht so rechtssicher wie bisher weitergeführt werden könnte;
 - die Arzneimittelnutzenbewertung, die in der bestehenden Form ggf. gänzlich einzustellen wäre;
 - den GKV-Spitzenverband als selbstverwaltete Körperschaft, der dann nur noch die Aufgaben einer normalen Wirtschaftskammer wahrnehmen könnte, während insbesondere seine Aufgaben mit Drittwirkung durch eine staatliche Behörde wahrgenommen und finanziert werden müssten.
 - Kooperationen zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung (z. B. Endoprothesenregister, Zentrales Knochenmarksregister, Elektronische Gesundheitskarte, Mammographie-Screening): Kooperationen sind nur noch in eng umgrenzten Bereichen unter restriktiven Voraussetzungen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen möglich. Sie unterliegen einem hohen rechtlichen Risiko.
- (167) Sind die Krankenkasse und ihre Verbände als Unternehmen anzusehen, finden die Art. 101, 102 AEUV auf sie Anwendung. Wegen des dargelegten Anwendungsvorrangs vor dem nationalen Recht stellt das EU-Kartellrecht nicht nur Kooperationen in Frage gestellt, welche die Krankenkassen außerhalb ihrer gesetzlichen verpflichtenden Aufgaben eingehen, sondern auch solche, die ihnen gesetzlich vorgeschrieben sind. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet der Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) den Mitgliedstaaten die Vornahme Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen und Verordnungen, welche die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV aufheben könnten. Sind die Krankenkassen aber Unternehmen und lässt sich für bestimmte ihnen auferlegte Aufgaben und Kooperationen keine wettbewerbsrechtliche Rechtfertigung finden, könnten auch einzelnen Vorschriften des SGB V gegen das europäische Kartellverbot verstoßen. Zumindest entstünde auch hier eine Rechtsunsicherheit, welche die

Tätigkeit der Krankenkassen und ihrer Verbände auf Jahre hinaus beeinträchtigen würde.

- (168) Betrachtet man konkret die in der Begründung zum Regierungsentwurf genannten Gründe, welche für die Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Beziehungen von Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu ihren Versicherten angeführt werden, so findet man allein die Gefahr einer Verhaltensabstimmung bei der Erhebung von Zusatzbeiträgen. In allen anderen angesprochenen Szenarien soll eine Abstimmung hingegen entweder aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsgedankens oder nach § 2 GWB zulässig sein. Freilich vermag gerade der Verweis auf den **Arbeitsgemeinschaftsgedanken** nicht zu überzeugen, weil er der Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung dann entgegensteht, wenn die Zusammenarbeit mehrerer kleinerer Marktteilnehmer diese erst in die Lage versetzt, zu größeren Konkurrenten in Wettbewerb bei solchen Leistungen zu treten, die sie allein jeweils nicht erbringen könnten. Konkret könnten also mehrere kleine Krankenkassen zusammenarbeiten, um ihren Versicherten Leistungen zu erbringen, zu denen sie sonst nicht in der Lage wären. Da die Krankenkassen die Leistungen aber in der Regel nicht selbst erbringen, sondern Leistungserbringer einschalten, erschließt sich die Relevanz des Arbeitsgemeinschaftsgedankens nur schwer. Das gilt selbst dann, wenn man an Fälle wie das in der Regierungsbegründung angesprochene Mamographiescreening denkt, weil es bei gesundheitsfördernden oder früherkennenden Maßnahmen nicht unbedingt ein Interesse gibt, dieses nur den Versicherten besonders großer oder kooperierender Kassen zur Verfügung zu stellen, sondern möglichst allen Versicherten. Neuartige Maßnahmen, die sich bewähren, werden typischerweise mittelfristig in den Katalog der Pflichtleistungen aufgenommen. Warum deren Erprobung aber im Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen erfolgen sollte (Arbeitsgemeinschaftsgedanke), erschließt sich nicht; hier dürfte von vornherein eine möglichst breite Kooperation in der Erprobungsphase geboten sein, der allerdings § 2 Abs. 1 GWB (entspricht Art. 101 Abs. 3 AEUV) dadurch Grenzen setzt, dass der Wettbewerb der betreffenden Verfahren bzw. Alternativen nicht insgesamt ausgeschaltet werden darf. Bei einem flächendeckenden Feldversuch wäre dies aber der Fall, sodass konkurrierende Versuche möglich sein müssen, die allerdings die Erprobungskosten insgesamt im Zweifel erhöhen, was angesichts des grundsätzlichen Kostenproblems in der gesetzlichen Gesundheitsversorgung eher kontraproduktiv sein dürfte.
- (169) Konkret entstünde eine rechtliche Unsicherheit für verschiedene, teils systemrelevante Aspekte der heutigen gesetzlichen Gesundheitsrechtsordnung. Dies gilt in erster Linie für das kostensenkende Festbetragsverfahren, das in der bestehenden Form – entgegen der bisherigen Einschätzung durch den EuGH in der Sache „AOK

Bundesverband“ – nicht so rechtssicher wie bisher weitergeführt werden könnte. Neben der Unsicherheit drohen hier auch Kostensteigerungen, zudem Effizienzverluste, wenn ein bewährtes System durch ein anderes ersetzt werden muss. Denn offensichtlich handelt es sich dann dabei um ein Preiskartell, das unter keinen Umständen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (bzw. § 2 Abs. 1 GWB) freistellungsfähig wäre.

- (170) Auch die Arzneimittelnutzenbewertung wäre in der bestehenden Form nicht aufrechtzuerhalten bzw. ggf. gänzlich einzustellen. Hier bestünde die Gefahr, dass Hersteller wissenschaftliche Ergebnisse anzweifeln und aus diesen Zweifeln eine unzulässige Diskriminierung (Art. 102 AEUV, §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB-Entwurf bzw. §§ 19, 20 Abs. 1 und 2 GWB) ableiten, die ihnen Anlass für Klagen nach § 33 GWB oder für Hinweise an die Kartellbehörden geben könnten.
- (171) Selbst Kooperationen zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung (z. B. Endoprothesenregister, Zentrales Knochenmarksregister, Elektronische Gesundheitskarte, Mammographie-Screening) wären nur noch in eng umgrenzten Bereichen unter restriktiven Voraussetzungen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen möglich. Sie unterlägen somit einem hohen rechtlichen Risiko. Wegen ihrer flächendeckenden Wirkungsweise unterfielen sie ohne weiteres der Zwischenstaatlichkeitsklausel und somit dem Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV, sodass der deutsche Gesetzgeber eine kartellrechtliche Ausnahme nicht selbst herbeiführen könnte.
- (172) Schließlich wäre der GKV-Spitzenverband als selbstverwaltete Körperschaft nicht mehr haltbar, da er als Unternehmensvereinigung i.S. von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB anzusehen wäre. Er könnte dann nur noch die Aufgaben einer normalen Wirtschaftskammer wahrnehmen, während seine Aufgaben mit Drittwirkung auf eine staatliche Behörde übertragen und somit staatlich finanziert werden müssten. Es sei darauf hingewiesen, dass Gefahren für die Verbandstätigkeit zum Teil bereits für die heutige Rechtslage aus § 69 Abs. 2 SGB V abgeleitet werden¹⁰⁰; die geplante Neuregelung würde diese Gefahren mit Sicherheit nicht verringern.

¹⁰⁰ *Holzmüller*, Kartellrecht in der GKV nach dem AMNOG – Praktische Auswirkungen und erste Erfahrungen, NZS 2011, 485, 490

7. Unumkehrbarkeit der Einordnung als Unternehmen

- (173) Sind die gesetzlichen Krankenkassen des deutschen Systems erst einmal als Unternehmen im Sinne des EU-Rechts eingestuft, ist diese Rechtsentwicklung autonom, also für den deutschen Gesetzgeber, nicht mehr rückgängig zu machen.
- **These 7:** Die Entwicklung ist – sobald entsprechende EuGH-Entscheidungen vorliegen – nicht mehr umkehrbar. Der nationale Gesetzgeber kann seine Gestaltungshoheit nur zurückgewinnen, wenn er einen vollständigen Systemwechsel durchführt und versucht, die EuGH Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff wieder umzukehren. Eine bloße Entkoppelung des GWB von den Wettbewerbsregeln des AEUV erscheint unwahrscheinlich und kaum ausreichend, da zumindest bei Kooperationen größeren Ausmaßes die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist und die Art. 101, 102 AEUV somit anwendbar sind.
- (174) Die Rechtsprechung des EuGH zum Unternehmensbegriff bindet auch den deutschen Gesetzgeber. Zwar verbietet die Konvergenzklausel Art. 3 VO 1/2003 den Mitgliedstaaten an sich nicht, außerhalb der Zwischenstaatsklausel ein großzügigeres nationales Kartellrecht zu erlassen, insbesondere weitere Freistellungsmöglichkeiten vorzusehen. Doch entbindet dies nach Art. 3 Abs. 1 der VO 1/2003 nicht davon, im Anwendungsbereich der Zwischenstaatlichkeitsklausel auch die Art. 101, 102 AEUV anzuwenden. Viele der von der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zum AMNOG vorgesehene Anwendungsfälle der §§ 1 – 3 GWB dürften ebenso der – weit auszulegenden – Zwischenstaatlichkeitsklausel unterfallen wie auch flächendeckende Kooperationen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 SGB V-Entwurf. Für den Arzneimittelmarkt folgt dies bereits aus den regelmäßig grenzüberschreitenden Lieferungen (ebenso der EuGH in der Sache AOK Bundesverband), bei GKV-weiten Kooperationen jedenfalls aus der Gefahr einer Abschottung des nationalen Marktes für Gesundheitsdienstleistungen gegenüber gesetzlich Versicherten, überdies ggf. auch aus existierenden grenzüberschreitenden Kooperationen mit gesetzlichen Versicherungen in anderen Staaten.
- (175) Außerhalb des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts wäre eine Legalausnahme zugunsten der Kassen zwar möglich, sie stünde aber in diametralem Widerspruch zur Einheitlichkeit der Regelungszwecke von GWB und Art. 101, 102 AEUV und zur mit der 6. bis 8. GWB-Novelle angestrebten Angleichung der Kartellrechte. Sie könnte im Rahmen des Netzwerkes der europäischen Kartellbehörden und von Vereinbarungen über die internationale Zusammenarbeit Probleme bereiten.

(176) Der Gesetzgeber müsste also, falls er mit der 8. GWB-Novelle die Vereinheitlichung des GWB mit dem Unionskartellrecht quasi zum Abschluss bringt, durch eine neue gesetzgeberische Maßnahme eine systematische Kehrtwende vollziehen. Haltbar wäre sie überdies nur mit dem Vorbehalt, dass die Art. 101, 102 AEUV mangels Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten keine Anwendung finden. Damit wäre die Ausnahme aber gerade davon abhängig, ob die Zwischenstaatlichkeit gerade zu bejahen ist oder nicht, was in vielen Fällen nicht sicher zu beurteilen ist. Insgesamt erscheint ein solcher Weg daher nicht gangbar.

IV. Rückgewinnung der Handlungshoheit nur durch verstärkte staatliche Regulierung der gesetzlichen Krankenversicherung zulasten der Selbstverwaltung

➤ **These 8:** Eine uneingeschränkte Anwendung des Wettbewerbsprinzips innerhalb des GKV Systems macht eine verstärkte staatliche Regulierung zentraler Bereiche zulasten des Selbstverwaltungsprinzips erforderlich, weil nur gesetzliche Handlungsanweisungen einen Schutz vor kartellrechtlicher Intervention bieten können.

(177) Findet das Wettbewerbsprinzip und damit das europäische Kartellrecht im Gesundheitsrecht mehr oder weniger vollständige Anwendung, ist eine Zusammenarbeit der Krankenkassen und ihrer Verbände an den Vorgaben der Art. 101 und 102 AEUV und den dazu vorliegenden Verordnungen zu messen.

(178) Wie bereits mehrfach ausgeführt, bedroht bereits die im Regierungsentwurf vorgesehene entsprechende Anwendbarkeit (fast) des gesamten GWB bewährte Kooperationsformen der gesetzlichen Krankenkassen. Die unmittelbare Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts würde diesen Effekt noch verstärken, da auch im SGB V vom Gesetzgeber angeordneten Kooperations- und Organisationformen des gesetzlichen Gesundheitssystems unter dem Vorbehalt der kartellrechtlichen Zulässigkeit stünden und im Einzelnen auf die Möglichkeit ihrer Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV geprüft werden müssten. Dies dürfte Jahre in Anspruch nehmen.

(179) Wollte der deutsche Gesetzgeber die gesetzliche Krankenversicherung später aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts wieder herausführen, wäre dies nur noch durch eine verstärkte staatliche Regulierung möglich, die das Selbstverwaltungsprinzip erheblich schwächen würde. Denn nur gesetzliche Handlungsanweisungen können, wenn die Krankenkassen und ihre Verbände als Unternehmen und Vereinigungen davon anzusehen sind, aus dem Anwendungsbereich des Kartell-

rechts wieder hinausführen. Aufgaben, die bislang dem GKV-Spitzenverband zugewiesen sind, könnten wegen Art. 106 AEUV in wirklich rechtssicherer Weise wohl nur noch von einer Behörde an seiner Stelle wahrgenommen werden.

- (180) Denkbar wäre auch, das System der gesetzlichen Krankenkassen vollständig zu vereinheitlichen. Ein solcher völliger Systemwechsel würde das Gesundheitssystem indes vor kaum überschaubare Schwierigkeiten stellen, und die Erfahrungen mit entsprechenden Gesundheitssystemen anderer Mitgliedstaaten lassen erhebliche Nachteile für alle Beteiligten, insbesondere die Versicherten befürchten.
- (181) Mehr kann an dieser Stelle dazu nicht gesagt werden, da der Gesetzgeber den völligen Systemwechsel sorgsam ausgestalten müsste. Auch die Beziehung der Kassen zu den Leistungserbringern müsste man dann ggf. auf eine neue Grundlage stellen.

V. Regelungsalternativen zu Art. 3 des Regierungsentwurfs

- (182) Die in Art. 3 des Regierungsentwurfs geplante Neuregelung zeitigt nach den oben getroffenen Feststellungen unmittelbare nachteilige Folgen für die gesetzlich gewünschten Kooperationen der Krankenkassen. Sie birgt zudem unkalkulierbare Risiken, die Gestaltungshoheit in der Gesundheitspolitik an die Europäische Kommission zu verlieren, wenn diese infolge einer Änderung der EuGH-Rechtsprechung zu den deutschen gesetzlichen Krankenkassen als Wettbewerbsbehörde zuständig würde. Eine Ausnahmeregelung auf europäischer Ebene zu erlangen, wäre mühsam. Es zeigt sich erneut, dass das kartellrechtliche Kooperationsverbot und das sozialrechtliche Kooperationsgebot nur schwer miteinander in Einklang zu bringen sind.
- (183) Deshalb sollte der Gesetzgeber erwägen, anstelle einer umfassenden Kontrolle durch die Kartellbehörden lediglich Regeln einzuführen, die den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen fördern und den sozialrechtsspezifischen Regelungszweck stärker im Auge behalten. 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.
- (184) Solche gesundheitspezifischen Wettbewerbsregeln wären nicht nur mit der Vorrangklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 vereinbar, sondern könnten den gewünschten Wettbewerb in spezifischen Teilbereichen der Gesetzlichen Kranken-

versicherung ermöglichen, ohne die weitgehend kollektiv ausgestalteten Strukturen des SGB V im Grundsatz zu gefährden. Wo im Einzelfall eine echte Gefahr für den Mitgliederwettbewerb zwischen den Kassen gesehen wird (Stichwort: Zusatzbeiträge), wäre es möglich, durch eine entsprechende Spezialregelung im SGB V ein Kooperationsverbot auszusprechen bzw. eine entsprechende Verordnungsermächtigung vorzusehen, um im Ernstfall die notwendigen Verbote schneller und flexibler anordnen zu können. Dabei sollte auch erwogen werden, eine Kontrolle durch mehrere unterschiedliche Aufsichtsbehörden im weiteren Sinne (dazu bereits oben Rn. (59) ff.) zu vermeiden.

- (185) Die rechtspolitische Entscheidung, in welchen Bereichen solche gesundheitspezifischen Regelungselemente eingeführt werden sollten, kann an dieser Stelle nicht umfassend vorweggenommen werden. Es liegt aber, wie dargelegt, nahe, dies insbesondere im Bereich der Zusatzbeiträge zu tun, die den Anlass für die aktuellen Regelungspläne in Art. 3 des Regierungsentwurfs bilden. Auch bei anderen Wettbewerbselementen könnte man die Notwendigkeit einer kartellbehördlichen Kontrollmöglichkeit erwägen.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Unmittelbare Auswirkungen der geplanten Änderung im SGB V auf das deutsche Gesundheitssystem

- **These 1:** Die generelle Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts (GWB) auf gesetzliche Krankenkassen und ihre Verbände im Verhältnis zueinander sowie zu den Versicherten stellt bewährte Kooperationsformen in der gesetzlichen Krankenversicherung unmittelbar in Frage (z. B. Endoprothesenregister, Zentrales Knochenmarksregister, Elektronische Gesundheitskarte, Mammographie-Screening). Diese Kooperationen zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung sind nur noch in eng umgrenzten Bereichen unter den restriktiven Voraussetzungen der §§ 2 und 3 GWB bzw. im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen möglich und unterliegen einem hohen rechtlichen (Prognose-) Risiko.

- [1] Nach § 4 Abs. 3 Satz 2 SGB V-Entwurf finden weite Teile des GWB künftig auf die Krankenkassen und ihre Verbände im Verhältnis zueinander und zu den Versicherten entsprechende Anwendung. Damit wird insbesondere die Zusammenarbeit der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander dem kartellrechtlichen Kooperationsverbot des § 1 GWB unterworfen. Die Anwendung des Kartellverbots konterkariert das sozialversicherungsrechtliche Kooperationsgebot; zumindest kehrt es das Regel-Ausnahme-Verhältnis um.
- [2] Daran ändert auch die Einschränkung in § 4 Abs. 3 Satz 3 SGB V-Entwurf nichts. Diese schließt die entsprechende Anwendung des GWB auf „Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist“, aus.
- [3] Gleichwohl stellt der Entwurf bewährten Formen der Zusammenarbeit von Kassen und ihren Verbänden in Frage, die bislang eine Weiterentwicklung des Gesundheitssystems sowohl unter ökonomischen Gesichtspunkten als auch im Interesse einer Verbesserung von Leistungsspektrum und Leistungsqualität ermöglicht haben. Denn viele Innovationen, die in den letzten Jahren in den Leistungskatalog aufge-

nommen worden sind, wurden zuvor im Wege der *nicht gesetzlich vorgeschriebenen* Kooperation erprobt. Dazu zählen etwa das Endoprothesenregister und das Zentrale Knochenmarksregister, die elektronische Gesundheitskarte, das Mammographie-Screening und viele andere Maßnahmen.

- [4] Solche Erprobungsmöglichkeiten sind künftig an § 1 GWB zu messen, der sie zunächst verbietet, da die Weiterentwicklung von Leistungen im Grundsatz eine Maßnahme des vom Gesetzgeber erwünschten Wettbewerbs um Mitglieder darstellt. Somit müsste jede Kasse grundsätzlich Leistungsinnovationen allein durchführen. Kooperationsvereinbarungen in diesem Bereich stellen eine den Innovationswettbewerb beschränkende Verhaltensweise dar, die im Sinne von § 1 GWB bezweckt ist. Ähnlich verhält es sich etwa beim Informationsaustausch zwischen Kassen.
- [5] Zwar scheidet eine Wettbewerbsbeschränkung dann aus, wenn eine Kooperation den beteiligten Unternehmen erst die Möglichkeit gibt, auf einem Markt tätig zu werden (sog. Arbeitsgemeinschaftsgedanke), was die Regierungsbegründung betont. Doch kann dieser Gedanken nur Kooperationen kleinerer Kassen rechtfertigen, soweit sie allein nicht in der Lage wären, Entwicklungsmaßnahmen durchzuführen. Die Versorgung der gesetzlich Versicherten in ganz Deutschland erfordert aber regelmäßig eine flächendeckende Kooperation der Kassen und ihrer Verbände, auf die der Arbeitsgemeinschaftsgedanke in Ermangelung von „größeren Konkurrenten“ keine Anwendung finden kann.
- [6] Somit können gängige Kooperationsformen nur noch nach den §§ 2, 3 GWB kartellrechtlich zulässig sein, ggf. in Verbindung mit den europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen. Alle Freistellungstatbestände erfordern aber im Ergebnis, dass neben der Kooperation noch ein substantieller Restwettbewerb verbleibt. Davon kann im Bereich der Kooperation der Krankenkassen bzw. ihrer Verbände typischerweise kaum die Rede sein.
- [7] Hinzu kommt, dass die §§ 2, 3 GWB aus Art. 101 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 1 der Europäischen Kartellverordnung 1/2003 (künftig: VO 1/2003) das Prinzip der Legalausnahme übernommen haben. Deshalb obliegt die Beurteilung der Zulässigkeit einer Kooperation den Normadressaten selbst. Bei jeder einzelnen geplanten Kooperation wäre somit von den Kassen eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Freistellungs Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 1, 3 GWB bzw. der in § 2 Abs. 2 GWB in Bezug genommen Gruppenfreistellungsverordnungen zu Art. 101 Abs. 3 AEUV voraussichtlich erfüllt sein werden.

- [8] Eine letzte Rechtssicherheit gibt es damit nur bei Kooperationsmodellen, zu denen bereits höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt. Im Gesundheitsbereich fehlt es an solchen Präzedenzfällen, da er bislang vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommen war. Zudem ermöglicht die Verweisung auch auf § 33 GWB zivilrechtliche Klagen von Mitbewerbern und anderen von einem Kartellrechtsverstoß betroffenen Marktteilnehmern, also auch von Versicherten, was ein weiteres Risikopotential in sich birgt und Entwicklungsvorhaben verzögern oder gar verhindern kann.
- [9] Dies gilt umso mehr, als die Vorstände der Krankenkassen und ihrer Verbände Gefahr laufen, im unsicheren Terrain durch eine Kooperation eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des entsprechend anwendbaren § 81 GWB zu begehen, die eine empfindliche Geldbuße für sie selbst oder ihre Organisation nach sich ziehen kann.
- **These 2:** Bei entsprechender Anwendbarkeit des GWB werden wesentliche Spielregeln zwischen den Akteuren des deutschen Gesundheitswesens in erheblichem Maße durch die europäische Wettbewerbspolitik bestimmt. Da die 8. GWB-Novelle die Angleichung des deutschen Kartellgesetzes an das EU-Recht besiegelt, wirken sich Änderungen im europäischen Kartellrecht unmittelbar im GWB aus. Wird das GWB auf gesetzliche Krankenkassen und ihre Verbände undifferenziert für entsprechend anwendbar erklärt, wie in § 69 SGB V geschehen und in §§ 4, 173 SGB V-Entwurf weitergehend vorgesehen, schlagen Änderungen im EU-Kartellrecht unmittelbar auf das deutsche Gesundheitssystem durch.
- [10] Bereits mit der 7. GWB-Novelle aus dem Jahr 2005 hat der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Ersten Teil des GWB (§§ 1 bis 3 GWB) an die Regelung im heutigen Art. 101 AEUV angepasst.
- [11] Deshalb beeinflussen schon heute die Vorgaben des europäischen Kartellrechts, auf die das GWB ausdrücklich oder implizit Bezug nimmt, die Auslegung und Anwendung des Gesetzes unmittelbar. Dies gilt namentlich für die Gruppenfreistellungsverordnungen, auf deren jeweils geltende Fassung § 2 Abs. 2 GWB (dynamisch) auch für rein innerstaatliche Vorgänge verweist. Ändert der europäische Gesetzgeber die Gruppenfreistellungsverordnungen, wirkt sich dies unmittelbar auf die Rechtslage nach dem GWB aus. Nicht anders verhält es sich bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale der §§ 1 und 2 GWB, die mit den Voraussetzungen des Art. 101 AEUV deckungsgleich sind: Ändert der Europäische Gerichtshof (EuGH) seine Rechtsprechung oder stellt er die kartellrechtliche Unzulässigkeit eines Verhal-

tens erstmals fest, scheidet eine abweichende Beurteilung in Deutschland faktisch aus.

- [12] Mit der anstehenden 8. GWB-Novelle soll die Harmonisierung des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht auf die Fusionskontrolle und die Befugnisse der Kartellbehörden erstreckt werden. Abgesehen von zulässigen nationalen Sondervorschriften (wie den §§ 3, 20 oder 21 GWB) findet letztlich eine vollständige Harmonisierung statt. Soweit das GWB auf Krankenkassen nach § 69 Abs. 2 SGB V entsprechend anwendbar ist, also im Verhältnis zu den Leistungserbringern, wirken sich Änderungen der europäischen Wettbewerbspolitik und Rechtsprechung bereits heute aus. Wird die entsprechende Anwendbarkeit des GWB mit der 8. GWB-Novelle auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten erstreckt, wirken sich Änderungen der europäischen Wettbewerbspolitik auf diesen sensiblen gesundheitspolitischen Bereich unmittelbar aus.

II. Gefahr einer Änderung der Rechtsprechung zum Europäischen Kartellrecht mit weitreichenden Folgen für das Gesundheitssystem

- **These 3:** Darüber hinaus stellt die undifferenzierte Anordnung einer entsprechenden Anwendung von Vorschriften für Unternehmen auf gesetzlichen Krankenkassen die Rechtsprechung des EuGH zu deren (fehlender) Unternehmenseigenschaft in Frage. Sie erhöht in erheblichem Maße die Wahrscheinlichkeit, dass der EuGH in seiner zukünftigen Rechtsprechung die Unternehmenseigenschaft von deutschen gesetzlichen Krankenkassen bejahen wird.

- [13] Bislang sieht der Europäische Gerichtshof in gefestigter Rechtsprechung die gesetzlichen Krankenkassen nicht als Unternehmen und damit als von den Art. 101, 102 AEUV nicht erfasst an. Dies beruht auf der Annahme, die Kassen übten keine wirtschaftliche Tätigkeit aus, wenn und soweit sie im solidarisch geprägten System der GKV operieren. Dies gilt sowohl für die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und zu ihren Verbänden als auch für das Verhältnis zu den Leistungserbringern, also die Nachfrage nach Produkten und Dienstleistungen zur Versorgung der Versicherten. Diesen Standpunkt hat die deutsche Rechtsprechung übernommen und ihre frühere Ansicht zur Beschaffung insofern revidiert. Erwähnt

sei die Entscheidung des LSG Hessen vom 15. September 2011¹⁰¹, die letztlich den Ausschlag für den Gesetzgebungsvorschlag im Bereich des SGB V gegeben hat.

- [14] Für die sozialversicherungsfreundliche Annahme des Gerichtshofs, dass die Krankenkassen aufgrund des Solidarprinzips keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, sind folgende Aspekte maßgeblich: Die Krankenkassen verfolgen einen sozialen Zweck ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die Erbringung von Leistungen ist gesetzlich reglementiert; die Leistungen sind kein Äquivalent für die Beiträge, weil letztere vom Einkommen abhängig sind. Das Prinzip der Solidargemeinschaft existiert auch auf Seiten der Kassen als Kosten- und Risikoausgleich. Außerdem gibt es an sich keine Konkurrenz in der Leistungserbringung unter den gesetzlichen Krankenkassen und auch nicht im Verhältnis zu privaten Krankenversicherungen.
- [15] Veränderungen des Sozialversicherungssystems bei den genannten Aspekten können die Beurteilung ändern. Ordnet ein nationaler Gesetzgeber die entsprechende Geltung des nationalen Kartellrechts an, kann dies dem Europäischen Gerichtshof Anlass geben, seine bisherige Beurteilung des nationalen Gesundheitssystems als „nicht wirtschaftlich“ zu ändern. So sah die deutsche Kartellrechtsprechung die Beschaffungstätigkeit früher als unternehmerisch an, weil die Kassen bei den Waren und Dienstleistungen der Leistungserbringer in Konkurrenz zu anderen Nachfragern treten. Der EuGH leugnet dies aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Kassentätigkeit, bei der die nicht wirtschaftliche Versorgung der Versicherten als Haupt- und die Leistungsbeschaffung als davon untrennbare Hilfstätigkeit angesehen wird.
- [16] Bereits die Regelung in § 69 Abs. 2 SGB V stellt sich gegen die Entscheidung des EuGH, die Krankenkassen als nicht wirtschaftlich tätig einzustufen. Sie wurde nach den Entscheidungen des EuGH zum AOK Bundesverband und FENIN geschaffen. Erweitert man die entsprechende Anwendbarkeit des GWB sogar auf das Verhältnis der Kassen untereinander sowie zu ihren Versicherten und den Zusammenschluss von Kassen, gibt es wenig Anlass für den EuGH, die deutschen Kassen in den Bereichen, die der nationale Gesetzgeber als wettbewerbsorientiert einstuft, noch vor der Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts zu schützen. Respektiert der EuGH erneut den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers im Gesundheitsbereich, wird er dem Wettbewerbscharakter des deutschen Gesundheitssystems im EU-Kartellrecht Rechnung tragen.

¹⁰¹ *LSG Hessen* Urteil vom 15.09.2011 – L 1 KR 89/10 KL, NZS 2012, 177 ff.

- [17] Wie nahe die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit (zumindest) im Verhältnis der Kassen untereinander und zu ihren Versicherten an sich liegt, zeigt der Vorlagebeschluss des BGH vom 18.1.2012¹⁰². Unter Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH zu den Art. 101, 102 AEUV kommt der BGH zu dem Ergebnis, der Mitgliederwettbewerb könne als wirtschaftliche Betätigung anzusehen sein. Der Vorlagebeschluss hält es für möglich, diese Annahme wegen der abweichenden Schutzzwecke der UGP-Richtlinie auf deren Anwendung im Verhältnis zu Verbrauchern bzw. Versicherten zu beschränken. Dennoch könnte der EuGH die 8. GWB-Novelle bereits in dem Vorabentscheidungsverfahren zum Anlass nehmen, seine Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft ganz allgemein und somit auch für die Anwendung Art. 101, 102 AEUV zu ändern.
- **These 4:** Bejaht der EuGH die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen, hat dies erhebliche Folgewirkungen in verschiedenen Bereichen, namentlich:
- die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101 ff. AEUV und des GWB,
 - die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 107 ff. AEUV (EU-Beihilferecht)
 - die unmittelbare Anwendung der Richtlinien über unlautere Geschäftspraktiken und irreführende Werbung sowie der Vorschriften des UWG,
 - sowie mögliche weitere Auswirkungen überall dort, wo der Unternehmensbegriff eine Rolle spielt, insbesondere im Steuerrecht bei der Anwendbarkeit der EU Mehrwertsteuerrichtlinie.
- [18] Sieht der EuGH die Krankenkassen künftig als Unternehmen an, so folgt daraus zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV. Wegen der Konvergenz der Rechtsbegriffe findet dann auch das nationale Kartellrecht unmittelbare Anwendung. Daran könnte eine Aufhebung der §§ 4 Abs. 3, 69 Abs. 2 und 172a SGB V dann nichts mehr ändern. Das GWB würde dann in vollem Umfang und ohne die jetzigen Beschränkungen aus den Verweisungsnormen des SGB V gelten.
- [19] Da § 33 GWB privatrechtliche Klagen auch wegen Verstößen gegen die Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV ermöglicht, wäre mit einem entsprechenden Vorgehen von Mitbewerbern oder anderen von Verstößen betroffenen Mitbewerbern zu rechnen. Klagen könnten dann nicht mehr nur andere deutsche Kassen, sondern auch Leistungserbringer aus Deutschland und aus anderen EU-Staaten, vielleicht sogar Krankenkassen und private Versicherer aus anderen Staaten.

¹⁰² BGH Beschluss vom 18.01.2012 - I ZR 170/10, GRUR 2012, 288 – *Betriebskrankenkasse*.

- [20] Der Unternehmensbegriff, den der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Art. 101 und 102 AEUV verwendet, gilt aber nicht nur im Kartellrecht. Insbesondere das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV knüpft ebenfalls an ihn an. Damit könnte die staatliche Mitfinanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung ebenfalls in das Blickfeld des EU-Rechts geraten. Die gegenwärtig schon bei der EU-Kommission vorgelegene Annahme, dass man die staatlichen Zuschüsse zum Gesundheitsfonds oder zumindest die Leistungen des Fonds an die Kassen dann als möglicherweise unzulässige Beihilfen ansehen könnte, liegt jedenfalls nahe. Die Finanzierungshoheit würde damit zumindest einer Kontrolle durch die EU unterworfen.
- [21] Das Recht der Europäischen Union knüpft noch an zahlreichen anderen Stellen an den Unternehmensbegriff an, der oftmals auch in anderem Kontext so ausgelegt wird wie im EU-Kartellrecht. Daher wäre zu erwarten, dass auch eine Vielzahl anderer europäischer Rechtsvorschriften künftig auf die gesetzlichen Krankenkassen Anwendung fände. Auf die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und das sie umsetzende UWG wurde bereits hingewiesen (Rn. [17]). Gravierender noch würde sich die Anwendung der Mehrwertsteuerrichtlinie auswirken. Auch bei der Körperschaft- oder der Gewerbesteuer wären Folgewirkungen nicht völlig auszuschließen.
- **These 5:** Sind die Krankenkassen einmal als Unternehmen im Sinne des europäischen Rechts anzusehen, kann der deutsche Gesetzgeber nur noch im Rahmen der dann geltenden europarechtlichen Vorgaben (insbesondere Art. 106 AEUV) das deutsche Gesundheitssystem gestalten.
- [22] Nach der europäischen Kartellverfahrensordnung VO 1/2003 finden auf Sachverhalte, die abstrakt geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nationales und europäisches Recht im Grundsatz parallele Anwendung. Kommt es zu unterschiedlichen Ergebnissen, setzt sich aufgrund des Anwendungsvorrangs stets das europäische Kartellrecht durch. Wie Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 klarstellt, darf das nationale Kartellrecht nicht strenger sein, als das in Art. 101 AEUV verankerte europäische Kartellverbot. Gleichzeitig kann das nationale Recht im Ergebnis Verhaltensweisen, die nach den Art. 101, 102 AEUV verboten sind, nicht erlauben, da die nationalen Behörden immer „auch“ Art. 101 und 102 AEUV anwenden müssen (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003). Lediglich „unterhalb“ der Zwischenstaatlichkeit hat der nationale Gesetzgeber jeweils freie Hand.
- [23] Das EU-Kartellrecht gilt nach Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht nur für private, sondern auch für öffentliche Unternehmen. Die Vorschrift verbietet den Mitgliedstaaten eine Privilegierung öffentlicher Unternehmen, zu denen man die gesetzlichen Kassen

ggf. zählen müsste, durch Maßnahmen, die gegen den AEUV insgesamt, insbesondere aber auch gegen seine Wettbewerbsregeln verstoßen.

[24] Eine gewisse Lockerung bringt zwar grundsätzlich Art. 106 Abs. 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, wozu Leistungen der Daseinsvorsorge zählen. Die Voraussetzungen wären bei gesetzlichen Krankenkassen aufgrund ihrer gesetzlichen Aufträge nach dem SGB V erfüllt, sodass die Wettbewerbsregeln nur insoweit anwendbar sind, als sie nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern. Damit eine Wettbewerbsbeschränkung nach dieser Ausnahme zulässig ist, muss sie für die Aufgabenerfüllung erforderlich sein, diese also nach der Rechtsprechung des EuGH ohne die Beschränkung nicht mehr zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllbar sein. Dass dies der Fall ist, müsste grundsätzlich die Bundesrepublik Deutschland darlegen und beweisen. Auch insofern droht also eine Rechtsunsicherheit; zudem dürfte es die Argumentation erheblich erschweren, wenn ein Staat, der zunächst selbst ohne Not eine staatliche Kartellaufsicht angeordnet hat, die von den Rechtsgrundlagen her den Art. 101, 102 AEUV entspricht, sich später auf den Standpunkt stellt, eine solche Aufsicht durch die Europäische Kommission mache die Aufgabenerfüllung unmöglich.

➤ **These 6:** Die Geltung der europäischen Wettbewerbsrechts stellt die bisherige Regelung und Praxis verschiedener systemrelevanter Bereiche in Frage, etwa:

- das Festbetragsverfahren, das in der bestehenden Form nicht so rechtssicher wie bisher weitergeführt werden könnte;
- die Arzneimittelnutzenbewertung, die in der bestehenden Form ggf. gänzlich einzustellen wäre;
- den GKV-Spitzenverband als selbstverwaltete Körperschaft, der dann nur noch die Aufgaben einer normalen Wirtschaftskammer wahrnehmen könnte, während insbesondere seine Aufgaben mit Drittwirkung durch eine staatliche Behörde wahrgenommen und finanziert werden müssten.
- Kooperationen zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung (z. B. Endoprothesenregister, Zentrales Knochenmarksregister, Elektronische Gesundheitskarte, Mammographie-Screening): Kooperationen sind nur noch in eng umgrenzten Bereichen unter restriktiven Voraussetzungen im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnungen möglich. Sie unterliegen einem hohen rechtlichen Risiko.

[25] Sind die Krankenkasse und ihre Verbände als Unternehmen anzusehen, finden die Art. 101, 102 AEUV auf sie Anwendung. Wegen des dargelegten Anwendungsvorrangs vor dem nationalen Recht stellt das EU-Kartellrecht nicht nur Kooperationen

in Frage gestellt, welche die Krankenkassen außerhalb ihrer gesetzlichen verpflichtenden Aufgaben eingehen, sondern auch solche, die ihnen gesetzlich vorgeschrieben sind. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet der Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) den Mitgliedstaaten die Vornahme Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen und Verordnungen, welche die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV aufheben könnten. Sind die Krankenkassen aber Unternehmen und lässt sich für bestimmte ihnen auferlegte Aufgaben und Kooperationen keine wettbewerbsrechtliche Rechtfertigung finden, könnten auch einzelnen Vorschriften des SGB V gegen das europäische Kartellverbot verstoßen. Zumindest entstünde auch hier eine Rechtsunsicherheit.

- **These 7:** Die Entwicklung ist – sobald entsprechende EuGH-Entscheidungen vorliegen – nicht mehr umkehrbar. Der nationale Gesetzgeber kann seine Gestaltungshoheit nur zurückgewinnen, wenn er einen vollständigen Systemwechsel durchführt und versucht, die EuGH Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff wieder umzukehren. Eine bloße Entkoppelung des GWB von den Wettbewerbsregeln des AEUV erscheint unwahrscheinlich und kaum ausreichend, da zumindest bei Kooperationen größeren Ausmaßes die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist und die Art. 101, 102 AEUV somit anwendbar sind.

[26] Die Rechtsprechung des EuGH zum Unternehmensbegriff bindet auch den deutschen Gesetzgeber. Zwar verbietet die Konvergenzklausel Art. 3 VO 1/2003 den Mitgliedstaaten an sich nicht, außerhalb der Zwischenstaatsklausel ein großzügigeres nationales Kartellrecht zu erlassen, insbesondere weitere Freistellungsmöglichkeiten vorzusehen. Doch entbindet dies nach Art. 3 Abs. 1 der VO 1/2003 nicht davon, im Anwendungsbereich der Zwischenstaatlichkeitsklausel auch die Art. 101, 102 AEUV anzuwenden. Viele der von der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zum AMNOG vorgesehene Anwendungsfälle der §§ 1 – 3 GWB dürften ebenso der – weit auszulegenden – Zwischenstaatsklausel unterfallen wie auch flächendeckende Kooperationen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 SGB V-Entwurf. Für den Arzneimittelmarkt folgt dies bereits aus den regelmäßig grenzüberschreitenden Lieferungen (ebenso der EuGH in der Sache AOK Bundesverband), bei GKV-weiten Kooperationen jedenfalls aus der Gefahr einer Abschottung des nationalen Marktes für Gesundheitsdienstleistungen gegenüber gesetzlich Versicherten, überdies ggf. auch aus existierenden grenzüberschreitenden Kooperationen mit gesetzlichen Versicherungen in anderen Staaten.

[27] Außerhalb des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts wäre eine Legalausnahme zugunsten der Kassen zwar möglich, sie stünde aber in diametralem Widerspruch zur Einheitlichkeit der Regelungszwecke von GWB und Art. 101, 102 AEUV und zur

mit der 7. und 8. GWB-Novelle angestrebten Angleichung der Kartellrechte. Sie könnte im Rahmen des Netzwerkes der europäischen Kartellbehörden und von Vereinbarungen über die internationale Zusammenarbeit Probleme bereiten.

III. Notwendigkeit einer verstärkten staatlichen Regulierung zulasten der Selbstverwaltung

➤ **These 8:** Eine uneingeschränkte Anwendung des Wettbewerbsprinzips innerhalb des GKV Systems macht eine verstärkte staatliche Regulierung zentraler Bereiche zulasten des Selbstverwaltungsprinzips erforderlich, weil nur gesetzliche Handlungsanweisungen einen Schutz vor kartellrechtlicher Intervention bieten können.

[28] Findet das Wettbewerbsprinzip und damit das europäische Kartellrecht im Gesundheitsrecht mehr oder weniger vollständige Anwendung, ist eine Zusammenarbeit der Krankenkassen und ihrer Verbände an den Vorgaben der Art. 101 und 102 AEUV und den dazu vorliegenden Verordnungen zu messen.

[29] Wollte der deutsche Gesetzgeber die gesetzliche Krankenversicherung später aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts wieder herausführen, ist dies nur noch durch eine verstärkte staatliche Regulierung möglich, die das Selbstverwaltungsprinzip erheblich schwächen würde. Denn nur gesetzliche Handlungsanweisungen können, wenn die Krankenkassen und ihre Verbände als Unternehmen und Vereinigungen davon anzusehen sind, aus dem Anwendungsbereich des Kartellrechts wieder hinausführen. Aufgaben, die bislang dem GKV-Spitzenverband zugewiesen sind, könnten wegen Art. 106 AEUV in wirklich rechtssicherer Weise wohl nur noch von einer Behörde an seiner Stelle wahrgenommen werden.

[30] Denkbar wäre auch, das System der gesetzlichen Krankenkassen vollständig zu vereinheitlichen. Ein solcher völliger Systemwechsel würde das Gesundheitssystem indes vor kaum überschaubare Schwierigkeiten stellen und

IV. Regelungsalternativen zu Art. 3 des Regierungsentwurfs

[31] Die in Art. 3 des Regierungsentwurfs geplante Neuregelung zeitigt nach den oben getroffenen Feststellungen unmittelbare nachteilige Folgen für die gesetzlich gewünschten Kooperationen der Krankenkassen. Sie birgt zudem unkalkulierbare Risiken, die Gestaltungshoheit in der Gesundheitspolitik an die Europäische Kommis-

sion zu verlieren, wenn diese infolge einer Änderung der EuGH-Rechtsprechung zu den deutschen gesetzlichen Krankenkassen als Wettbewerbsbehörde zuständig würde. Eine Ausnahmeregelung auf europäischer Ebene zu erlangen, wäre mühsam.

- [32] Deshalb sollte der Gesetzgeber erwägen, anstelle einer umfassenden Kontrolle durch die Kartellbehörden lediglich Regeln einzuführen, die den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen fördern und den sozialrechtsspezifischen Regelungszweck stärker im Auge behalten. 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.
- [33] Solche gesundheitsspezifischen Wettbewerbsregeln wären nicht nur mit der Vorrangklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 vereinbar, sondern könnten den gewünschten Wettbewerb in spezifischen Teilbereichen der Gesetzlichen Krankenversicherung ermöglichen, ohne die weitgehend kollektiv ausgestalteten Strukturen des SGB V im Grundsatz zu gefährden. Wo im Einzelfall eine echte Gefahr für den Mitgliederwettbewerb zwischen den Kassen gesehen wird (Stichwort: Zusatzbeiträge), wäre es möglich, durch eine entsprechende Spezialregelung im SGB V ein Kooperationsverbot auszusprechen bzw. eine entsprechende Verordnungsermächtigung vorzusehen, um im Ernstfall die notwendigen Verbote schneller und flexibler anordnen zu können. Dabei könnte auch erwogen werden, eine Kontrolle durch mehrere unterschiedliche Aufsichtsbehörden i.w.S. zu vermeiden.

Regensburg, 25. Juni 2012



Prof. Dr. Jörg Fritzsche