

Stellungnahme  
des AOK-Bundesverbandes

zu den die GKV betreffenden  
Regelungsvorschlägen im  
Gesetzesentwurf zur 8. GWB Novelle  
(8. GWB-ÄndG)

Bundestags-Drucksache 17/9852

vom 31.05.2012

Stand 14.06.2012

AOK-Bundesverband  
Rosenthaler Straße 31  
10178 Berlin

Tel. 030/ 3 46 46 - 2299  
Fax 030/ 3 46 46 - 2322





## ÜBERSICHT

	Seite
I. Zusammenfassende Bewertung	4
II. Rechtliche Gesetzesfolgenabschätzung im Einzelnen	5
1. Änderung des § 4 Abs. 3 SGB V: Konsequenzen einer Anwendung des Kartellverbotes auf die Beziehungen zwischen den Krankenkassen bzw. zu den Versicherten	6
2. Änderung des § 172 a SGB V: Anwendung der Fusionskontrolle auf freiwillige Kassenvereinigungen	11
3. Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat	13



## A Gesetzesentwurf

Am 23. März 2012 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf der 8. GWB-Novelle verabschiedet. Der Entwurf sieht Änderungen des SGB V vor, die eine „umfassende“ entsprechende Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften auf die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) zum Gegenstand haben und die Verwaltungszuständigkeit des Bundeskartellamts (BKartA) begründen.

So soll aufgrund eines umfassenden rechtstechnischen Verweises in das GWB insbesondere das allgemeine **Kartellverbot** (§ 1 GWB) auf das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander sowie zu den Versicherten „entsprechend“ zur Anwendung gebracht werden. Auch das **kartellrechtliche Verwaltungsverfahren** einschl. der Sanktions- und Interventionsmöglichkeiten des BKartA bzw. Dritter (z. B. **Bußgeldverfahren, Gewinnabschöpfung, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche**) sollen zukünftig „entsprechend“ angewendet werden.

Zudem soll das Bundeskartellamt zukünftig die **Zusammenschlusskontrolle** auf freiwillige Kassenvereinigungen „entsprechend“ anwenden (§ 172a SGB V-neu).

Bei weiteren durch die Rechtsänderung in Bezug genommenen Vorschriften lässt die Gesetzesbegründung völlig offen, aus welchem Grund sie auf die gesetzlichen Krankenkassen „entsprechende“ Anwendung finden sollen. So erschließt sich nicht, wieso Vorschriften wie

- § 50 GWB (**Vollzug des europäischen Rechts**),
- § 50a GWB (**Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden**),
- 90a GWB (**Zusammenarbeit mit der EU-Kommission**)

in einem Bereich „entsprechende“ Anwendung finden sollen, für den u.a. nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das europäische Wettbewerbsrecht und die Zuständigkeit der EU-Behörden gerade nicht gilt.

Rechtstechnisch verortet wird die kartellrechtliche Neuregelung – mit Ausnahme der Zusammenschlusskontrolle – in der Grundsatzvorschrift des § 4 Abs. 3 SGB V, der das sozialgesetzliche Gebot zur Zusammenarbeit der Krankenkassen und ihrer Verbände vorsieht. Angesichts des somit zwangsläufig auftretenden Regelungswiderspruchs sieht die geplante Gesetzesänderung eine kartellrechtliche Bereichsausnahme im § 4 Abs. 3 SGB V-neu vor. Diese Bereichsausnahme ist nahezu inhaltsgleich aus dem geltenden § 69 SGB V übernommen. Wie in § 69 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB V sieht der neue § 4 SGB V in Abs. 3 Satz 3 eine Einschränkung der kartellrechtlichen Kontrolle für Kooperationen und Verhaltensweisen vor, die den Krankenkassen, deren Verbänden sowie dem Gemeinsamen Bundesausschuss gesetzlich verpflichtend vorgegeben sind. Denn bereits am 1. Januar 2011 erklärte der § 69 Abs. 2 SGB V i.d.F. des *Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes* (AMNOG) die §§ 1 und 2 GWB auf die Nachfragebeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu medizinischen Leistungserbringern für entsprechend anwendbar, um nach Maßgabe des Koalitionsvertrages die Praxis der Arzneimittelrabattaus-schreibung wettbewerbsrechtlich zu regulieren<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Demnach soll „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.“ (Koalitionsvertrag zur 17. Legislaturperiode, Wachstum Bildung Zusammenhalt, Ziff. 3970-3973)



## B Stellungnahme

### I. Zusammenfassende Bewertung

a) Die vorgesehenen Änderungen im SGB V – insbesondere die Anordnung der Geltung des Kartellverbots für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu ihren Versicherten und untereinander – sind **in keiner Weise sachgerecht und daher grundsätzlich abzulehnen**. Das gewählte Regulierungskonzept über das Kartellrecht kann mit Blick auf das bestehend kooperativ ausgelegte GKV-System nicht einfach so funktionieren. Perspektivisch werden an sehr vielen Stellen Ausnahme- oder Sonderregelungen für bewährte Formen der gemeinsamen Zusammenarbeit von Krankenkassen erforderlich. Diese Bereichsausnahmen sind entweder von der Rechtsprechung in langjährigen Rechtsstreitigkeiten zu entwickeln und/oder der Gesetzgeber muss selbst gesetzlich nachjustieren. Bis dahin besteht für alle Beteiligten eine gewaltige Rechtsunsicherheit.

Mit den geplanten Änderungen werden zudem bisherige **Gestaltungskompetenzen des deutschen Gesetzgebers für das Gesundheitswesen auf die europäische Ebene verlagert**. Denn das EU-Recht sieht für den Bereich des Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht einen eigenen, von den Mitgliedstaaten jeweils nicht eigenständig zu beeinflussenden Regelungs- und Gestaltungsrahmen vor, wie z. B. das Kartell-, Beihilfen- und Steuerrecht. Dieser gilt (bislang) ausdrücklich nicht für das nationale Gesundheitswesen und das Handeln von Nicht-Unternehmen. Wenn der deutsche Gesetzgeber die gesetzlichen Krankenkassen aber zukünftig wie Unternehmen der privatwirtschaftlichen - in erster Linie eben gewinnorientierten – Versicherungswirtschaft behandelt, wird dies grundlegende Verschiebungen sowohl bei den Regulierungskompetenzen als auch Änderungen in der Rechtsprechung des EuGH bewirken (Näheres unter 2.).

b) Die geplante Ausdehnung des Kartellrechts auf Krankenkassen, insbesondere auch die Kontrollzuständigkeit des BKartA, erfordert angesichts der geänderten Verwaltungszuständigkeiten und -verfahren auf Länderebene sowie der Notwendigkeit bundesweit einheitlicher wettbewerblicher Regulierungsstandards die **Zustimmung des Bundesrats** – und zwar bezogen auf die gesamte 8. GWB-Novelle. Andernfalls haben die Ländern gem. Art. 84 Abs. 1 GG das Recht, die Ausdehnung des Kartellrechts auf die Krankenkassen und die Wettbewerbskontrolle abweichend zu regeln (Näheres unter 3.).

c) Klar ist aber auch, dass vorhandene und zunehmende Wettbewerbsspielräume innerhalb der GKV eine rechtliche Regulierung benötigen. Ein richtiger Weg dahin wäre, zunächst eine – bislang offenkundig unterbliebene – Gesetzesfolgenabschätzung vorzunehmen. Anhand derer könnte die Adaption wettbewerbsrechtlicher Regulierungskonzepte (z. B. das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden) unmittelbar im SGB V entwickelt werden. Auf dieser Grundlage kann ein vom europäischen Wirtschaftsrecht unabhängiger und eigenständiger Regelungsrahmen für den Wettbewerb im Gesundheitswesen geschaffen werden („**Gesundheitswettbewerbsrecht**“).

Im Übrigen stimmt der AOK-Bundesverband mit der Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes inhaltlich voll überein.



## II. Rechtliche Gesetzesfolgenabschätzung im Einzelnen

Die geplanten Änderungen – insbesondere die Ausweitung des Kartellverbots und der Missbrauchsaufsicht über den Leistungsbereich hinaus – sind abzulehnen:

- Das geplante Vorhaben gefährdet den politischen Handlungsspielraum Deutschlands für die Ausgestaltung des Krankenversicherungswesens in der Zukunft dauerhaft. Insbesondere durch die uneingeschränkte Übernahme der Vorgaben zum Kartellverbot und der Missbrauchsaufsicht werden die dem Sozialstaatsprinzip dienenden Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in die unmittelbare Nähe gewinnorientierter Wirtschaftsunternehmen gerückt. Dies wird den unwiderruflichen Verlust der nationalstaatlichen Regelungskompetenz für diesen Bereich des Gesundheitswesens an die europäische Kommission bedeuten. Damit ginge auch die Möglichkeit verloren, den Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen.

- Aus dem gleichen Grund würden angesichts einer stärkeren unternehmerischen Kategorisierung der gesetzlichen Krankenversicherung zahlreiche Aufgabenbereiche zukünftig einem deutlich erhöhten steuerrechtlichen Risiko (insbesondere im Hinblick auf Umsatzsteuer) unterliegen.

- Des Weiteren widerspricht das geplante Verbot der engen Zusammenarbeit der Krankenkassen untereinander (Kartellverbot) in § 4 Abs. 3 S. 2 SGB V den Zielvorgaben des SGB V in § 4 Abs. 3 S.1 SGB V, wonach Krankenkassen im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit eng zusammenarbeiten sollen. So würden Projekte, die insbesondere der Verbesserung der Versorgung und der Sicherheit der Patienten dienen sollen (z.B. im Bereich der Modellvorhaben, der Prävention oder bei der gemeinschaftlichen ärztlichen Praxisausstattung mit Sprechstundenbedarf), wenn nicht unmöglich, zumindest deutlich erschwert.

- Im Übrigen sind Kostensteuerungsmechanismen aufgrund von Kooperationen und verbandsmäßiger Koordination - wie etwa die Preisfindung im Arzneimittelbereich - potentiell im Bestand gefährdet, da sie sich z. B. auf Ebene des GKV-Spitzenverbandes in Form von kartellrechtsrelevanten Beschlüssen einer „Unternehmensvereinigung“ vollzieht und nach dem gegenwärtigen Entwurf keinem ausreichenden kartellrechtlichen Ausnahmebereich zugeordnet ist.

- Schließlich würde mit der Ausweitung der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes neben den bereits bestehenden Aufsichtsbehörden eine zusätzliche Behörde mit der Aufsicht beauftragt. Folglich würde erneut Bürokratie aufgebaut, ohne dass den Krankenkassen angemessene wettbewerbliche Handlungsspielräume eröffnet werden.

Nachfolgend wird zu den unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des Gesetzentwurfs im Sinne einer Gesetzesfolgenabschätzung im Einzelnen Stellung genommen.



## 1. Änderung des § 4 Abs. 3 SGB V: Konsequenzen einer Anwendung des Kartellverbotes auf die Beziehungen zwischen den Krankenkassen bzw. zu den Versicherten

Mit der vorgeschlagenen Neuregelung setzt sich die – nicht der europarechtlichen Qualifikation der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechende – Etablierung kartellrechtlich geprägter Regulierungsansätze innerhalb der GKV fort. Die schon vor dem AMNOG begonnene Anhäufung der rechtlichen Anforderungen, die für Privatunternehmen gelten, gegenüber öffentlich-rechtlichen Körperschaften, erreicht mit dem vorgelegten Entwurf ein Ausmaß, das eigentlich nur im Sinne der Vorbereitung der Privatisierung der gesetzlichen Krankenversicherung erklärbar sein kann. Dies ist insoweit widersprüchlich, als die Regelungen über das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, die einen öffentlich-rechtlichen, vom Solidarprinzip geprägten Versorgungsauftrag ohne Gewinnerzielungsabsicht und im engen Zusammenwirken zu erfüllen haben, unverändert bleiben.

### a) Widerspruch zur Stellungnahme der Bundesregierung vom 14.10.2011 gegenüber der EU-Kommission

Mit dieser undifferenzierten Angleichung der Regelungen für gesetzliche Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts an diejenigen für Unternehmen ist auch die Gefahr einer Verringerung des Handlungsspielraums des nationalen Gesetzgebers verbunden: Nach der EuGH-Rechtsprechung fallen die Krankenkassen nicht unter den europäischen Unternehmensbegriff und unterliegen daher auch nicht dem EU-Wettbewerbsrecht, weil sie nach Maßgabe des SGB V nicht wettbewerblich und gewinnorientiert, sondern in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben handeln. Diese Sichtweise, die auch jüngst noch von der deutschen Rechtsprechung für die Anwendung des GWB übernommen wurde (BSG, Urteil vom 22.06.2010, B 1 A 1/09 R; LSG Hessen, Urteil vom 15. September 2011, L 1 KR 89/10 KL) hält die Begründung des Referentenentwurfes ausdrücklich fest. Andererseits wird diese Rechtsprechung aber durch die entsprechende Anwendung der mit dem EU-Wettbewerbsrecht vollständig harmonisierten §§ 1 ff. GWB auf die Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen untereinander in Frage gestellt. Bei einer Neubewertung durch das EU-Recht besteht in diesem Zusammenhang das Risiko, dass die Regelungskompetenz für wesentliche Bereiche des deutschen Gesundheitswesens sukzessive auf den europäischen Gesetzgeber übergehen. Dies betrifft neben dem Kartellrecht und dem Wettbewerbsrecht insbesondere auch das Beihilfenrecht – ein Gebiet, auf dem die Bundesregierung noch im November 2011 in einer Stellungnahme gegenüber der EU-Kommission die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen kategorisch wie folgt abgelehnt hatte:

*„Die von den gesetzlichen Krankenkassen angebotene Krankheitskostenvollversicherung ist **keine wirtschaftliche Tätigkeit**. (Anm.: Hervorhebung im Original)*

(...)

*Ein „Wettbewerb“ der gesetzlichen Krankenkassen [...] besteht jedoch – insbesondere [...] mit Rücksicht auf die nicht gewinnorientierte Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen – nicht im Hinblick auf einzelne Angebote für Versicherungsleistungen, sondern allenfalls im Sinne des o.g. „Systemwettbewerbs“ zwischen der gesetzlichen Krankenversicherung und der privaten Krankenversicherung um den zahlenmäßig begrenzten Kreis der*



*freiwillig Versicherten, die sich sowohl bei gesetzlichen Krankenkassen als auch bei privaten Krankenversicherungsunternehmen versichern können. Dieser Systemwettbewerb besteht im deutschen Krankenversicherungsrecht seit jeher und auch schon zum Zeitpunkt der EuGH-Entscheidung zu den Arzneimittelfestbeträgen, was der EuGH auch ausdrücklich erkannt und für die fehlende Unternehmenseigenschaft als nicht relevant qualifiziert hat<sup>2</sup>“*

#### b) Steuerrechtliche Folgewirkungen

Neben dem Beihilfenrecht sind bei einer Aufgabe dieser Sichtweise auch Folgewirkungen steuerrechtlicher Art zu erwarten, da in der Folge das Handeln der Krankenkassen ebenfalls als „unternehmerisch“ im Sinne des § 2 UStG qualifiziert wird. 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 dem Konzept festhält, Krankenkassen als Unternehmen zu kategorisieren.

#### c) Widersprüchliche Argumentation zur Anwendung des UWG

Die widersprüchliche Haltung des Gesetzgebers zur Frage der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen zeigt sich auch an den Äußerungen in der Entwurfsbegründung zur Anwendbarkeit des UWG. Hier wird die Anwendung des UWG ausgeschlossen, weil die Krankenkassen den Versicherten in Ausübung hoheitlicher Aufgaben entgegentreten. Zugleich werden die Krankenkassen aber über die entsprechende Anwendung des GWB auf die Versichertenbeziehung faktisch den privatwirtschaftlichen Unternehmen gleichgestellt. Diese birgt erhebliche Risiken. Ob der EuGH, der seit Januar 2012 in einem konkreten Vorlageverfahren mit der Anwendbarkeit der auf EU-Recht beruhenden Normen des UWG auf die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland befasst ist, dieser kaum nachvollziehbare Argumentationslogik folgen wird, ist fraglich. Vielmehr könnte der EuGH die Initiative des Gesetzgebers unter Umständen zum Anlass nehmen, die Unternehmenseigenschaft insgesamt, d.h. auch mit Wirkung für Kartellrecht, UWG und Beihilferecht zu bejahen.

#### d) Zweifel an unionsrechtlicher Zulässigkeit

Schließlich bestehen gravierende Zweifel an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der vorgeschlagenen „entsprechenden“ Anwendung der Kartellvorschriften auf die GKV. Vor dem Hintergrund der der EuGH-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff erscheint zweifelhaft, ob die Anordnung der entsprechenden Kartellrechtsanwendung mit der Konvergenzklausel des Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 vereinbar wäre<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland im Beihilfebeschwerdeverfahren CP 145/09, S. 3.

<sup>3</sup> Vgl. zu Einzelheiten Rechtsgutachten im Auftrag des AOK Bundesverbandes zum AM-NOG, abrufbar unter: [http://www.aok-bv.de/politik/reformaktuell/index\\_03999.html](http://www.aok-bv.de/politik/reformaktuell/index_03999.html).



#### e) Widerspruch zum sozialrechtlichen Kooperationsgebot

Neben diesen allgemeinen Erwägungen führen die vorgeschlagenen Neuregelungen zur Geltung des Kartellverbotes in § 4 Abs. 3 SGB V in ihrer konkreten Ausgestaltung zu einem nicht – zumindest nicht ohne langwierige gerichtliche Streitigkeiten – auflösbaren Widerspruch mit dem Kooperationsgebot. § 4 Absatz 3 Satz 1 SGB V verpflichtet die Krankenkassen zur Zusammenarbeit, die Sätze 2 bis 5 verbieten abgestimmte Verhaltensweisen. Rechtsunsicherheit und Konflikte sind bei derart konträren Regelungszielen vorprogrammiert. Im Interesse der Rechtssicherheit und Funktionsfähigkeit der GKV wäre zumindest eine rechtsklare Konkretisierung der aus dem Kartellrecht erwachsenden Verbote im Verhältnis zum kooperativ ausgeprägten Gesundheitssystem zu erwarten.

#### f) Überhöhte wettbewerbliche Regulierung ohne Existenz wettbewerblicher Spielräume

Bereits das vom Referentenentwurf angeführte Regelungsziel des Wettbewerbsschutzes ist zweifelhaft. Die Annahme, zwischen den Krankenkassen bestünde ein marktwirtschaftlicher „Versichertenwettbewerb“, der kartellrechtlicher Kontrolle bedürfe, ist falsch. Krankenkassen handeln im Verhältnis zueinander und zu den Versicherten nicht unternehmerisch, sondern ausschließlich öffentlich-rechtlich. Als Hoheitsträger sind sie der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems verpflichtet und an die entsprechenden sozialrechtlichen Vorschriften gebunden. In deren Rahmen ist ohnehin wenig Raum für Wettbewerb. Die zentralen Leistungsparameter sind festgelegt. Wie die Begründung zum Gesetzentwurf zutreffend darlegt, sind die Handlungsspielräume durch die gesetzlichen Vorschriften stark begrenzt bzw. haben im Vergleich zu den kollektiven Versorgungsstrukturen eine wirtschaftlich untergeordnete Bedeutung. So führt die Bundesregierung in ihrer eingangs genannten Stellungnahme von November 2011 an die EU-Kommission zum Wettbewerbsbereich der Wahltarife wie folgt aus:

*„In 2010 lag die Leistungsanspruchnahme der Kunden aus den Tarifen nach § 53 Abs. 4 SGB V GKV-weit bei nur ca. 13,3 Mio. EUR. Dies entspricht ca. 0,01% der Gesamtleistungsausgaben der GKV, die in 2010 ca. 164.963 Mio. EUR betragen haben.“<sup>4</sup>*

Diese Darstellung belegt, dass bislang keine dem Umfang der angestrebten Wettbewerbsregulierung entsprechenden Handlungsspielräume geschaffen wurden. Würden solche Spielräume entstehen, wäre eine gesundheitsmarktspezifische Regulierung angemessen<sup>5</sup>. Eine Doppelregulierung aus sozial- und kartellrechtlichen Regeln, wie sie der gegenwärtige Entwurf vorsieht, ist inhaltlich und systematisch nicht nachvollziehbar. Schon im Leistungserbringerrecht ist die Regulierungsdichte im Verhältnis zu den Leistungserbringern aufgrund der mehrfach entsprechenden Anwendung wettbewerbs- und kartellrechtlichen Vorschriften einzigartig. Für die Fortsetzung dieses Sonderwegs im Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten besteht kein Anlass. Wettbewerbliche Elemente im hoheitlichen Handeln unterliegen auch in anderen Rechts-

---

<sup>4</sup> Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland im Beihilfebeschwerdeverfahren CP 145/09, S. 20.

<sup>5</sup> Vgl. insoweit die EU-Vergaberechtsreform, die diese spezifische Ausprägung des Gesundheitsmarktes ausdrücklich anerkennt und in diesem Bereich nationale Gestaltungskompetenzen für die Beauftragungen von gesundheitsbezogenen Leistungen als sachgerecht ansieht, vgl. Regelungsvorschlag der EU Kommission KOM(2011) 896/2.





bereichen nicht der kartellrechtlichen Kontrolle. So konkurrieren z.B. Gemeinden nach dem gesetzlichen Leitbild um die Ansiedlung von Unternehmen und Universitäten um Studenten, ohne dass es einer entsprechenden Anwendung des Kartellrechts bedürfte.

#### g) Widerspruch zum versorgungs- und leistungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Die vorgeschlagene Anwendung des Kartellrechts ist nicht nur ein entbehrlicher Sonderweg, sie ist darüber hinaus auch schädlich für das öffentliche Gesundheitssystem. Eine undifferenzierte „entsprechende“ Anwendung des Kartellverbotes auf die Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten bedroht das kooperativ ausgerichtete System der Leistungsbestimmung in der GKV. Anders als bei der PKV erhalten Versicherte in der GKV ihren Leistungsanspruch nicht auf Grund eines Vertrages, sondern auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. Dabei gilt gemäß Art. 3 GG der Gleichbehandlungsgrundsatz. Pflichtversicherte haben in Deutschland daher Anspruch auf ein gleiches Versicherungsniveau. Dieser Grundsatz der Leistungseinheit bedingt zwangsläufig Abstimmungen zwischen den Krankenkassen. Zur Sicherstellung eines einheitlichen Versorgungsniveaus müssen die Krankenkassen entweder unmittelbar oder über ihre Verbände zusammenarbeiten.

#### h) Infragestellung von Arbeitsgemeinschaften und organisierten Haftungsverbänden

Besonders die Kooperation auf Verbandsebene bzw. in Arbeitsgemeinschaften (vgl. § 219 SGB V, § 94 SGB X) wird durch die geplante Gesetzesänderung ohne Grund erheblich erschwert. Gesetzliche Krankenkassen sind von Gesetzes wegen in Verbänden organisiert bzw. haben die Option, ihre Aufgabenwahrnehmung in Arbeitsgemeinschaften durchzuführen. Diese nehmen auch im Bereich der Leistungsbestimmung wichtige koordinierende Funktionen wahr, die ihnen teilweise ausdrücklich zugewiesen sind, häufig aber auch aufgrund der allgemeinen sozialrechtlichen Grundsätze und Aufgabenzuweisungen entstanden sind. Diese weitreichende Abstimmung von Verhaltensparametern auf Verbandsebene ist aus sozialrechtlicher Sicht legitim und ausdrücklich erwünscht. Die Berechtigung und Notwendigkeit einer solchen Abstimmung folgt nicht zuletzt aus dem abgestuften Haftungsverbund aller gesetzlichen Krankenkassen nach den §§ 265 ff. SGB V. Das Kartellverbot griffe bei einer entwurfsgemäßen Änderung des SGB V auch ein, soweit es auf Verbandsebene zur Koordinierung von Leistungsentscheidungen oder zu diesbezüglichem Informationsaustausch zwischen selbständigen Krankenkassen kommt. Die weitreichende Festlegung und Koordinierung vieler Handlungsparameter auf Verbandsebene wäre mit dem Kartellverbot kaum zu vereinbaren und müsste in diesem Fall überdacht werden. Eine solche Entwicklung wäre nicht zuletzt deshalb unverständlich, weil der Gesetzgeber erst durch das GWK-WSG im Jahr 2007 die Verbandsstrukturen in der GKV gestärkt hat und durch § 217a SGB V beispielsweise den Spitzenverband Bund der Krankenkassen geschaffen hat, der umfangreiche Empfehlungs- und Entscheidungskompetenzen über das Marktverhalten der Krankenkassen hat<sup>6</sup>. Fraglich erscheint auch, in welchem Umfang die Geltungsanordnung des Kartellverbotes für die Nachfragebeziehungen auch auf die Organisation der gesetzlichen Krankenkassen in Verbänden und anderen Kooperationsformen, wie zum Beispiel Arbeitsgemeinschaften im Sinne von § 219 SGB V, durchschlägt.

---

<sup>6</sup> Vgl. z.B. § 217 f SGB V.



### i) Unzureichende Bereichsausnahme für Handlungen und Kostendämpfungsmechanismen des GKV-Spitzenverbandes und des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA)

Selbst im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern, das in den §§ 69 ff SGB V geregelt ist, würde der neue § 4 Abs. 3 SGB V Fragen aufwerfen. Denn die in § 4 Abs. 3 SGB V des Entwurfs vorgesehenen Ausnahmeregelungen betreffen das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern, das an sich in § 4 Abs. 3 rechtstechnisch gar nicht geregelt ist. Unklar wird dadurch beispielsweise, ob etwa die Festbetragsfestsetzung durch den GKV-Spitzenverband oder die Arzneimittel-Preisfindung nach dem AMNOG (z. B. die Nutzenbewertung des GBA nach § 35a Abs. 6 SGB V) zukünftig der Kontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegen soll.

### j) Beispiele für rechtliche Friktionen

Schwerwiegende Friktionen zwischen dem gegenwärtigen System und dem entsprechend anwendbaren Kartellverbot drohen unabhängig davon z.B. in folgenden Bereichen:

- Sämtliche Formen der Leistungsbestimmung durch den GKV-Spitzenverband (§ 217 a ff. SGB V) sowie kassenartübergreifende Leistungskonkretisierungen im Interesse der Leistungseinheit für alle Versicherten.
- Systemrelevante Kooperationen zwischen Krankenkassen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, z.B. im IT Bereich zur Sicherstellung einheitlicher Abrechnungssysteme.
- Präventionsmaßnahmen und einheitliche Präventionsgestaltung (§ 20 ff. SGB V), z. B. Zusammenarbeit im Bereich Mammographie-Screening.
- Freiwillige Hilfen zur Herstellung der Leistungsfähigkeit und kasseninternes Haftungssystem (§§ 155 Abs. 4 und 265b SGB V): Krankenkassen haften gegenseitig für Forderungen. Es muss ihnen daher möglich bleiben, durch Informationsaustausch und gegenseitige Abstimmung ein Frühwarnsystem für Haftungsfälle zu erhalten, und ggf. Hilfsmaßnahmen einzuleiten.

Modellvorhaben (§ 63 SGBV): Modellvorhaben sind regelmäßig nur kassenübergreifend sinnvoll.



## 2. Änderung des § 172 a SGB V: Anwendung der Fusionskontrolle auf freiwillige Kassenvereinigungen

### a) Doppelte Behördenzuständigkeit für Vereinigungen von Krankenkassen

Die Vereinigung von Krankenkassen und deren Folgen ist schon nach geltender Rechtslage kein nicht-regulierter Bereich. Die Kontrolle von Vereinigungen wird durch die durch Sozialrecht bestimmten Aufsichtsbehörden (Bundesversicherungsamt bzw. Landesministerien) ausgeübt. Sofern im Hinblick auf befürchtete wettbewerbliche Fehlentwicklungen aufgrund von Vereinigungen zukünftig eine stärkere Kontrolle politisch gewünscht ist, kann dies – gegebenenfalls in Orientierung an die kartellrechtliche Zusammenschlusskontrolle – durch die bereits jetzt zuständigen Aufsichtsbehörden geschehen, ohne dass Krankenkassen dem unveränderten Kartellrechtsregime unterworfen werden müssen.

Die durch die Änderung des § 172a SGB V vorgesehene Einführung der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle auf die Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen begegnet sowohl verfahrenstechnischen als auch materiell-rechtlichen Bedenken. Die vorgesehene Doppelkontrolle des Vereinigungsprozesses durch sozialrechtliche Aufsichtsbehörden wie das Bundesversicherungsamt bzw. die Landesaufsichtsbehörden einerseits und das Bundeskartellamt andererseits wirft Fragen im Hinblick auf die Verfahrenseffizienz und den anzulegenden Prüfungsmaßstab auf.

Mit dem Bundeskartellamt wird eine zusätzliche Behörde mit der Aufsicht über die Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen beauftragt. Dies erhöht den Verwaltungsaufwand erheblich. Die Vereinigungskontrolle, die bisher bei landesunmittelbaren Krankenkassen allein der Landesaufsicht und bei bundesweit operierenden Kassen dem Bundesversicherungsamt oblag, soll nun daneben noch das Bundeskartellamt beschäftigen. Daneben werden die Landeskartellbehörden und ggf. auch der Bundeswirtschaftsminister am Verfahren beteiligt. Die Vereinigung – insbesondere auch landesunmittelbarer Körperschaften des öffentlichen Rechts – wird damit mit einem zusätzlichen Verfahren belastet. Zudem wird das Genehmigungsverfahren nach dem SGB V für die Vereinigung von der vorrangigen Entscheidung der Kartellbehörden abhängig gemacht. Die sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkte der Vereinigung – und damit auch die von den Ländern gegenüber ihren landesunmittelbaren Krankenkassen zu beeinflussenden Organisations- und Strukturvorgaben (vgl. § 144 Abs. 2 SGB V) – sind damit zukünftig nachrangig. Die Aufsichtskompetenzen der bislang umfassend zuständigen Aufsichtsbehörden auf Bundes- bzw. Landesebene (vgl. § 90 SGB IV) werden insoweit zu Gunsten des Bundeskartellamts beschnitten, ohne dass allerdings – insbesondere auch außerhalb der Zusammenschlusskontrolle – ein schlüssiges Abgrenzungskonzept geschaffen wird. Diese Regelungen erhöhen nicht nur den Verwaltungsaufwand für Krankenkassenvereinigungen – gerade auch im Zuständigkeitsbereich der Bundesländer – erheblich, sondern erscheinen im Hinblick auf die ausschlaggebende Bedeutung des nur entsprechend für anwendbar erklärten Kartellrechts auch nicht sachgerecht.

### b) Konflikt zwischen kartellrechtlicher Fusionskontrolle und sozialrechtlicher Zielstellung

Darüber hinaus droht bei Umsetzung des vorgelegten Entwurfs ein Zielkonflikt zwischen Fusionskontrolle und sozialrechtlichen Zielsetzungen. Die Einführung der Fusionskontrolle steht im Widerspruch zu dem gesundheitspolitischen Ziel, die historisch bedingte Vielzahl von Krankenkassen zu Gunsten leistungsfähiger Einheiten zu überwinden. Während die sozialrechtliche Vereinigungskontrolle die Stärkung der Leistungsfähigkeit und die Kosteneffizienz des GKV-Systems im Blick hat, ist die kartellrechtliche Fusionskontrolle der



Bewahrung von Anbieterdiversität und der Verhinderung von Marktmacht verpflichtet. Die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit und die Erzielung von Kostenvorteilungen im GKV-System findet im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Analyse nicht ausreichend Berücksichtigung. Im Zentrum der kartellrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses steht der Schutz der Marktgegenseite und unterlegener Wettbewerber vor Wettbewerbsverfälschungen durch eine marktbeherrschende Stellung. Dabei operiert das Fusionskontrollrecht mit strukturellen Vermutungen, die ab einer bestimmten Marktanteilsschwelle die Bedrohung des Wettbewerbs implizieren. Zum Schutz des Wettbewerbs werden auch regelmäßig Zusammenschlüsse untersagt, die mit Kosteneinsparungen und anderen Vorteilen verbunden sind. Im Bereich der GKV geht dieser strukturelle Ansatz jedoch fehl, da das enge Regulierungsumfeld die Entstehung und Ausübung von Marktmacht zum Nachteil der Versicherten gar nicht erlauben würde. Diese Ziele werden sich regelmäßig widersprechen. Der Referentenentwurf und die entsprechenden Äußerungen des Bundeskartellamtes machen deutlich, dass die Fusionskontrolle primär dem Schutz der Leistungserbringer vor einer zu großen Nachfragemacht der Krankenkassen dienen soll<sup>7</sup>. Diese Zielsetzung widerspricht den sozial- und gesundheitspolitischen Zielen von einheitlichen Strukturen, Kosteneffizienz und der Bündelung von Einkaufsvorteilen. Nicht nur in Deutschland, sondern auch in den meisten übrigen Mitgliedstaaten besteht Einigkeit darüber, dass Synergien und die Realisierung Größenvorteilen bei der Beschaffung einen erheblichen Beitrag zur Kostenreduzierung im öffentlichen Gesundheitswesen leisten können.

Die von Bundeskartellamt und der Entwurfbegründung angekündigte genaue Untersuchung selektivvertraglicher Strukturen wirft ferner die Frage nach dem geeigneten Prüfungsmaßstab auf. Die Begründung des Referentenentwurfs stellt zutreffend fest, dass Selektivverträge gegenwärtig nur einen verschwindend geringen Teil des Leistungsvolumens ausmachen. Dennoch will der Referentenentwurf die Entstehung marktbeherrschender Nachfragepositionen im Hinblick auf die möglicherweise wachsende Bedeutung der Selektivverträge durch die Anwendung der Fusionskontrolle untersagen lassen. Bei Zugrundelegung üblicher kartellrechtlicher Grundsätze wären Vereinigungen, die auf regionalen oder nationalen Märkten zu einer beherrschenden Nachfragestellung führen, im Hinblick auf die zu erwartende Bedeutungszunahme selektivvertraglicher Strukturen zu untersagen. Es besteht daher die Gefahr, dass zum Schutz einzelner Leistungserbringer auf Märkten von nachrangiger wirtschaftlicher Bedeutung Kassenvereinigungen untersagt werden, welche die Leistungsfähigkeit und die Kostenstruktur des Gesamtsystems positiv wirken.

### c) Berücksichtigungsbedürftigkeit von Besonderheiten des Gesundheitswesens

Vor diesem Hintergrund muss eine Vereinigungskontrolle – ganz gleich, ob sie durch Versicherungsaufsicht oder Kartellbehörden erfolgt – den spezifischen Besonderheiten des Gesundheitswesens Rechnung tragen. Dies gilt es in einem eventuellen Gesetzesentwurf zu berücksichtigen, anstatt pauschal die Wertungen der kartellrechtlichen Schlusskontrolle auf die GKV zu übertragen.

---

<sup>7</sup>

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



### 3. Zustimmungspflicht durch den Bundesrat

Der vorliegende Gesetzesentwurf geht bisher nicht von einer Zustimmungspflicht durch den Bundesrat aus. Die Kompetenz des Bundes für die 8. GWB-Novelle wird im Entwurf aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz begründet:

*„...3. Gesetzgebungskompetenz*

*Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Novellierung des GWB beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 Grundgesetz (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 Grundgesetz (Gerichtliches Verfahren).“*

In Folge der kurzfristigen Erweiterung der 8. GWB-Novelle durch Regelungen über die Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Krankenkassen ist es erforderlich, diese Begründung zu ergänzen. Aufgrund der Ausdehnung auf Krankenkassen ist von einem zustimmungsbedürftigen Gesetzesvorhaben oder aber von der Abänderungskompetenz durch die Länder auszugehen.

a) Änderung des Verwaltungsverfahrens der Länder

Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Ausdehnung ergibt sich aus Art. 74 Nr. 12 (Sozialversicherung) und Nr. 1 (Gerichtsverfassung). Nach dem Grundsatz des Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus. Die Länder regeln das Verwaltungsverfahren (Art. 84 Absatz 1 Satz 1 GG) und können dabei von den Bundesgesetzen abweichen. Nur in Ausnahmefällen und nur mit Zustimmung des Bundesrats darf der Bund dies verbindlich regeln (Art. 84 Absatz 1 Sätze 5 und 6 GG).

Nach dem Entwurf § 4 Abs. 3 SGB V n.F. soll die entsprechende Anwendung weiter Teile des GWB, unter anderem auch die Zuständigkeit des Bundeskartellamts in § 48 GWB sowie die weiteren Zuständigkeitsregelungen des GWB (§§ 48-80 GWB), für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen angeordnet werden. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu ihren Versicherten sowie im Verhältnis untereinander sind umfassend öffentlich-rechtlich geprägt. Die gesetzliche Anordnung der – wenn auch nur „entsprechenden“ – Geltung des Kartellrechts ist daher eine bundesrechtliche Regelung von Verwaltungsverfahren. Zudem wird bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen unmittelbar in das Aufsichtsverfahren gem. § 144 SGB V eingegriffen. Gemäß § 172a Abs. 2 SGB V (neu) „*darf die Genehmigung nach § 144 Abs. 3 SGB V erst erfolgen, wenn das Bundeskartellamt die Vereinigung (...) freigegeben hat oder sie als freigegeben gilt.*“ Die bisher für die Rechtsaufsicht (§§ 87 Abs. 1, 90 Abs. 2 SGB IV) und das Verfahren bei Vereinigungen von landesunmittelbaren Krankenkassen (§ 144 Absatz 1 SGB V) ausschließlich zuständigen Länderaufsichten sollen in ihrer Aufsichtsführung also durch eine Bundesoberbehörde (Bundeskartellamt) beschränkt werden.

Zum einen ist festzustellen, dass sich die Einführung einer derartigen kartellbehördlichen Wettbewerbsaufsicht über die mittelbare Landes- bzw. Bundesverwaltung nicht in das System der föderalen Verwaltungsordnung des Grundgesetzes (Art. 83 ff GG) einfügt.

Zum anderen ist eine solche Verfahrensregelung ein Fall des Art. 84 GG, denn die Länder führen das GWB als eigene Angelegenheit aus. Damit obliegt auch primär ihnen die Einrichtung der Behörden als auch die Zuweisung ihrer Aufgaben. Eine – im vorliegenden Fall sicherlich sachgerechte – bundeseinheitliche Verwaltungsregelung durch den Bund ist nur mit der Zustimmung des Bundesrates und nur in Ausnahmefällen möglich (Art. 84



Absatz 1 GG). Ohne Zustimmung des Bundesrates verbleibt es bei der Abänderungskompetenz durch die Länder.

b) Zustimmungsbedürftigkeit des Bundesrates bei 6. und 7. GWB-Novelle

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch die vorhergehende Novellierung des GWB (7. GWB-Novelle) unter diesen Gesichtspunkten zustimmungspflichtig war. Die damalige Bundesregierung begründet dies wie folgt:

*„...3. Gesetzgebungskompetenz*

*Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Novellierung des GWB beruht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Gerichtliches Verfahren). Eine bundesgesetzliche Regelung ist auch im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG sowohl bezogen auf das Gesamtvorhaben als auch auf die wichtigsten Einzelregelungen zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich. Die grundsätzliche Neuordnung, insbesondere des Rechts der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen, ist im Binnenmarkt weitgehend durch europäisches Recht vorgegeben und kann für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland in sachgerechter Weise auch nur einheitlich durch den Bundesgesetzgeber erfolgen. Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene in diesem Bereich würde in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen und für die Unternehmen untragbaren Standards führen, was weder im Interesse des Bundes noch der Länder hingenommen werden kann. Ausnahmen für einzelne Sachgebiete sind nicht möglich. Auch soweit das GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist eine einheitliche Regelung des Verfahrens für die Landeskartellbehörden aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.“*

Der Bundesrat hat der 6. GWB-Novelle dementsprechend unter Hinweis auf Art. 84 GG zugestimmt:

*„Der Bundesrat hat in seiner 812. Sitzung am 17. Juni 2005 beschlossen, dem vom Deutschen Bundestag am 16. Juni 2005 verabschiedeten Gesetz gemäß Artikel 84 Abs. 1 des Grundgesetzes zuzustimmen.“*

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfasst die Zustimmungspflicht das gesamte Gesetzesvorhaben, selbst wenn nur einzelne Teile die Zustimmungspflicht begründen.