

Stellungnahme

des Bundeskartellamtes

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der
Gesetzlichen Krankenversicherung
(GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)**

- BT-Drucksache 16/3100 vom 24. Oktober 2006-

Das Bundeskartellamt beschränkt seine Stellungnahme auf eine allgemeine **Beurteilung des Entwurfs aus wettbewerblicher Sicht (Teil 1)** sowie auf zwei Einzelaspekte, die unmittelbar im Zusammenhang mit seiner wettbewerbsrechtlichen Tätigkeit stehen. Im Hinblick auf den **§ 69 SGB V (Teil 2)**, wird empfohlen, diese Regelung zu streichen. Im Hinblick auf **Zusammenschlüsse zwischen Krankenkassen (Teil 3)** wird empfohlen, in den Gesetzestext eine klarstellende Regelung aufzunehmen, dass diese Zusammenschlüsse der Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterliegen.

Teil 1: Beurteilung des Entwurfs aus wettbewerblicher Sicht

1. Der Gesundheitssektor ist einer der wichtigsten Wirtschaftsbereiche in der Bundesrepublik Deutschland, der mehr als 4 Millionen Menschen beschäftigt und mehr als 10% des Bruttoinlandsproduktes erwirtschaftet. Darüber hinaus wirken sich die Gesundheitskosten über die Lohnnebenkosten unmittelbar bei jedem Unternehmen und jedem Arbeitnehmer aus. Insoweit hat das namensgebende Ziel der Gesundheitsreform 2006, den Wettbewerb im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zu stärken, nicht nur Auswirkungen im Gesundheitsbereich. Denn ein ineffizientes und teures Gesundheitssystem hat – wie z.B. ein gestörter Energiemarkt – auch mittelbar erhebliche Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft. Das Bundeskartellamt unterstützt daher nachdrücklich eine Stärkung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen.
2. Aus Sicht des Bundeskartellamtes erscheint es jedoch zweifelhaft, ob durch den vorliegenden Gesetzentwurf tatsächlich eine Stärkung des Wettbewerbs erreicht wird. Mit dem Gesetz wird der Versuch unternommen (mindestens) zwei Ziele miteinander zu verknüpfen; nämlich einerseits einen sozialen Ausgleich im Gesundheitswesen herbeizuführen und andererseits die Kosten im Gesundheitswesen zu senken, um Beitragsstabilität zu sichern und damit einen Beitrag zur Stabilisierung der Lohnzusatzkosten zu leisten.

Es ist aber aus Sicht des Bundeskartellamtes zu erwarten, dass diese Ziele nicht optimal erreicht werden können. Der Gesetzentwurf macht an vielen Stellen zu wenig Gebrauch von der Möglichkeit, mit Hilfe des Wettbewerbs effiziente Struk-

turen zu schaffen, die sich an die sich ständig verändernden Rahmenbedingungen selbst anpassen und die sozialen Auswirkungen durch ein angemessenes Sozialsystem abzufedern. Als Folge fehlenden Wettbewerbs ist zu befürchten, dass die beabsichtigte effiziente Leistungserbringung auch künftig ausbleibt und auf politischer Ebene ständige Nachsteuerungen erforderlich bleiben.

Effiziente und flexible Strukturen können dauerhaft nur durch wettbewerbliche Strukturen geschaffen und erhalten werden. Der notwendige soziale Ausgleich sollte durch Transferzahlungen sichergestellt werden. Das Bundeskartellamt sieht sich insoweit im Einklang mit der Mehrheit der Gesundheitsökonominnen und verweist hierzu stellvertretend auf das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie „Mehr Wettbewerb im System der gesetzlichen Krankenversicherung“ vom 13. Mai 2006. Die beiden strukturellen Kernprobleme des Gesundheitswesens – unzureichender Wettbewerb zwischen den Krankenkassen einerseits und gestörter Nachfragewettbewerb andererseits – werden in den beiden folgenden Anmerkungen näher erläutert.

3. Im Jahre 1996 hat der Gesetzgeber den Mitgliedern der GKV einen Entscheidungsspielraum über die Höhe ihres individuellen Beitragssatzes gegeben, indem er ihnen die Möglichkeit eröffnet hat, ihre Krankenkasse weitestgehend frei zu wählen. Hierdurch ist ein Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen um die Mitglieder entstanden. Genau dies hatte der Gesetzgeber auch beabsichtigt (vgl. BT-Drucks. 12/3608, S. 117). Der festzustellende Wettbewerb zwischen den Krankenkassen ist gemessen an der Wechselbereitschaft der Mitglieder noch eher gering. Gemessen an den Beitragsspannen von zum Teil über 2,5 %-Punkten – dies entspricht Preisunterschieden von fast 20% - ist der Wettbewerb jedoch bereits erheblich.

Die im Gesetzentwurf angelegten Maßnahmen schätzt das Bundeskartellamt so ein, dass die Gesundheitsreform 2006 den entstandenen Wettbewerb nicht weiter stärkt, sondern im Gegenteil zusätzlich beschränkt wird, obwohl gerade der Wettbewerb zwischen den Krankenkassen die grundlegende Basis für einen funktionierenden Wettbewerb im gesamten Gesundheitssystem ist. Denn ohne funk-

tionierenden Wettbewerb zwischen den Kassen fehlt es an einem strukturell abgesicherten Anreizsystem, das die Kassen – als notwendige Sachwalter der Interessen ihrer Mitglieder – dazu zwingt, sowohl für Kosteneffizienz in ihrer eigenen Organisation als auch für ein effizientes Angebot der Leistungserbringer zu sorgen.

Bei der Umsetzung des Gesundheitsfonds in der derzeit beabsichtigten Form wird der Wettbewerb im ersten Jahr durch ein einheitliches Zuteilungssystem von Beiträgen und Steuermitteln auf die Kassen nahezu völlig ausgeschaltet. In den folgenden Jahren wird der Wettbewerb im Hinblick auf die Zuzahlungen auf maximal 1% des beitragspflichtigen Einkommens beschränkt. Die von den prosperierenden Kassen an ihre Versicherten auszuschüttenden Prämien werden nach Einschätzung des Bundeskartellamtes ebenfalls nur zu geringen Preisdifferenzierungsmöglichkeiten führen, die keinen funktionierenden Preiswettbewerb, sondern eher die bekannten Auswüchse im Nebenleistungswettbewerb nach sich ziehen werden. Das Erlahmen des Wettbewerbs zwischen den Kassen wird die Effizienz der Leistungserbringung mit der Folge höherer Kosten weiter absinken lassen.

4. Der derzeitige gesundheitspolitische Ansatz zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen beschränkt sich – von Einzelmaßnahmen abgesehen – im Grundsatz darauf, den Krankenkassen einen stärkeren individuellen Handlungsspielraum gegenüber ihren Leistungserbringern zu gewähren. Dieser Ansatz wird vom Bundeskartellamt begrüßt. Denn hierdurch könnten sich einzelne Krankenkassen Wettbewerbsvorsprünge gegenüber anderen Kassen verschaffen, die keine individuellen Anstrengungen zur Verbesserung ihrer Leistung erbringen, sondern sich mit den Rahmenvereinbarungen ihrer Spitzenverbände zufrieden geben.

Dieser gesetzliche Ansatz wird jedoch nicht konsequent genug umgesetzt. Insgesamt führt das Maßnahmenpaket gerade nicht – wie angestrebt – zu einer Stärkung des Wettbewerbs, sondern zu einer Beschränkung des Wettbewerbs mit negativen Folgen für die Marktstrukturen im Gesundheitswesen. Hauptgrund hierfür ist, dass die Gesundheitsreform 2006 – wie unter Punkt 3. dargestellt – den bereits entstandenen Wettbewerb zwischen den Krankenkassen auf einen *mini-*

malen Restwettbewerb zurückführt. Hierdurch wird auch dem Anreiz der einzelnen Kasse, sich individuelle Wettbewerbsvorsprünge zu erarbeiten, substanzial entgegengewirkt. Denn individuelles Handeln macht nur Sinn, wenn der Handelnde hieraus auch individuelle Wettbewerbsvorsprünge gegenüber seinen Wettbewerbern erzielen kann. Es fehlt damit an einem relevanten Anreiz für die Krankenkassen, durch individuelle Verhandlungen mit ihren Leistungserbringern individuelle Wettbewerbsvorteile zu erzielen.

Zu erwarten ist aus Sicht des Bundeskartellamtes, dass im Zuge der Gesundheitsreform 2006 die Krankenkassen entgegen der Zielsetzung der Reform nicht verstärkt individuell, sondern gemeinsam handeln werden und damit der Wettbewerb geschwächt wird. Dies schließt nicht aus, dass hierdurch kurzfristig ein Beitrag zur Kostendämpfung erreicht werden kann. Allerdings werden die zu erzielenden Einsparungen in diesem Fall gerade nicht mit Hilfe eines funktionierenden Wettbewerbs erbracht, sondern durch eine Bündelung der Nachfrage, die unter den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen unter das Kartell- und ggf. auch unter das Missbrauchsverbot fallen und mit hohen Bußgeldern geahndet würden.

Das Bundeskartellamt plädiert daher für eine Erweiterung der individuellen Handlungsspielräume der Gesetzlichen Krankenkassen, und zwar sowohl im Hinblick auf den Angebotswettbewerb um Mitglieder als auch im Hinblick auf den Nachfragerwettbewerb gegenüber ihren Leistungserbringern. Demgegenüber sollten die Möglichkeiten der Krankenkassen, gemeinsam zu handeln, auf das Maß beschränkt werden, das unbedingt notwendig ist, um die gesundheitspolitischen Ziele zu gewährleisten. Insbesondere § 69 SGB V wird vor diesem Hintergrund als überschießend angesehen, weil das allgemeine Kartellrecht nicht nur ausreichend Raum für wirtschaftlich, sondern auch für gesundheitspolitisch motivierte Kooperationen zwischen Wettbewerbern lässt und gleichzeitig die Ausübung missbräuchlicher Marktmacht im Interesse der Marktgegenseite verhindert.

Teil 2: Streichung des § 69 SGB V

Das Bundeskartellamt regt eine Streichung des jetzigen § 69 SGB V anlässlich der anstehenden Reform des Gesundheitswesens durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen an. Die genannte Vorschrift ordnet für das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Sinne des Vierten Kapitels des SGB V die ausschließliche Geltung des SGB V an und schafft damit faktisch einen Ausnahmereich, in dem die Regeln des Wettbewerbsrechts nicht gelten.

Jede Einschränkung des Wettbewerbsprinzips in einzelnen Wirtschaftsbereichen bedarf aus Sicht des Bundeskartellamtes einer schlüssigen Begründung. Dabei ist insbesondere darzulegen, warum die Marktergebnisse in der betreffenden Branche im Wettbewerb, der den allgemeinen kartellrechtlichen Regeln unterliegt, schlechter sein sollten als in einem Regime kartellrechtlicher Sonderregelungen und Privilegien. Überzeugende Argumente für eine Sonderstellung der gesetzlichen Krankenkassen im Verhältnis zu ihren Leistungserbringern gibt es nicht. Insbesondere gibt es keinen Konflikt zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und der Gesundheitspolitik, z.B. im Hinblick auf eine Kostendämpfung im Gesundheitswesen. Auch hier lassen sich vom Gesetzgeber formulierte Ziele am effizientesten im Wettbewerb realisieren.

Die Gesundheitsreform 2006 will jedenfalls im Hinblick auf die Möglichkeit, Individualverträge abzuschließen, die einzelnen Krankenkassen stärken, damit über die Mechanismen der gemeinsamen Vertragsverhandlungen hinaus zusätzliche Kosteneffizienzen erschlossen werden können. Die Geltung des § 69 SGB V führt jedoch – konsequent genutzt – zu einer Reihe von wettbewerbspolitisch unerwünschten Folgen, weil die Krankenkassen ihre gewonnene Freiheit, zunehmend Individualverträge abschließen zu können, nicht individuell nutzen, sondern – ohne wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen beachten zu müssen – nunmehr dazu übergehen, die Individualverträge kollektiv abzuschließen. Im Einzelnen:

Die Anordnung der ausschließlichen Geltung der Regelungen des Vierten Kapitels des SGB V auf die Leistungsbeziehungen führt zunächst dazu, dass ansonsten kartellrechtswidrige Absprachen zwischen Wettbewerbern auf der Nachfrageseite erlaubt werden. Aktuelles und plastisches Beispiel für die Leistungsverträge der Zukunft ist der von den Allgemeinen Ortskrankenkassen beabsichtigte gemeinsame

Abschluss von Rabattverträgen mit Unternehmen der pharmazeutischen Industrie. Die AOKen beabsichtigen, Arzneimittel mit 89 wichtigen Wirkstoffen, auf die ein gemeinsames Nachfragevolumen von ca. 7 Mrd. € entfällt, gemeinsam auszuschreiben und für jeden Wirkstoff maximal drei Anbieter auszuwählen. Die Hersteller werden aufgefordert, für diese Wirkstoffe Rabattangebote abzugeben. Flankierend sollen mit den Ärzten bzw. den Kassenärztlichen Vereinigungen Vereinbarungen abgeschlossen werden, in denen den Ärzten finanzielle Anreize geboten werden sollen, um die ausgewählten Produkte zu verschreiben (Beteiligung an den durch die Rabatte erzielten Einsparungen).

Bei Geltung des deutschen Kartellrechts wäre von der Unzulässigkeit der zugrundeliegenden Absprache zwischen den AOKen auszugehen. Denn die gemeinsame Beschaffung wäre Folge einer Absprache zwischen Unternehmen, die eine spürbare und – wegen des wettbewerblichen Gewichts der Nachfragekonzentration – nicht freigestellte Beschränkung des Nachfragewettbewerbs zwischen den AOKen bezweckt. Nach den auch für die Anwendung des deutschen Rechts relevanten Leitlinien der Kommission zur horizontalen Zusammenarbeit ist ein gemeinsamer Einkauf nur bis zu einem Marktanteil von 15% erlaubt, der von den AOKen mit einem Einkaufsanteil am Gesamtmarkt von ca. 40 % deutlich überschritten wird.

Die gemeinsame Beschaffung von Arzneimitteln wird auch nach Ansicht der AOKen erheblichen Einfluss auf den pharmazeutischen Markt haben. Kurzfristig kann dies sicherlich zu der erwünschten Kostendämpfung für die an der Absprache teilnehmenden Kassen führen. Es gilt jedoch zu bedenken, dass Preise sich in einer Marktwirtschaft grundsätzlich nach marktwirtschaftlichen, d.h. wettbewerblichen Mechanismen bilden sollen. Wird festgestellt, dass die Arzneimittel überhöht sind, da ein Marktversagen vorliegt (z.B. weil Ärzte und Patienten als Nachfrager darüber entscheiden, welche Leistungen in Anspruch genommen werden, diese aber nicht selbst bezahlen), sind andere Mechanismen – wie z.B. auch die Möglichkeit individuelle Verträge zu schließen – zu suchen, um diesem Marktversagen entgegenzuwirken. Gleiches gilt, wenn festgestellt wird, dass z.B. Arzneimittelpreise wegen Kartellabsprachen überhöht sind. Hier sind Maßnahmen zu fordern, um solche Verhaltensweisen zu bekämpfen bzw. ihnen die Grundlage zu entziehen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist es nicht zielführend, über § 69 SGB V den ohnehin schon marktstar-

ken Kassen zu erlauben, ihre Marktmacht gegenüber allen Marktteilnehmern unbegrenzt zu bündeln, um die Preise unter das Wettbewerbsniveau zu drücken.

Eine gemeinsame Beschaffung der Arzneimittel durch die marktmächtigen AOKen hätte ferner zur Folge, dass die Wettbewerbsposition der kleineren, weniger nachfragestarken Krankenkassen sich verschlechtern würde. Hierdurch würden die anderen Krankenkassen gezwungen, sich ebenfalls zu Nachfragekartellen zusammenzuschließen. Die Folge wird sein, dass sich die Anbieter von Gesundheitsleistungen in Zukunft einem extrem engen Oligopol von zwei bis drei marktmächtigen Nachfragergruppen gegenüberstehen werden, wenn man sich nicht insgesamt auf eine – rechtlich mögliche – gemeinsame Ausschreibung aller Kassen verständigt. Mittelfristig würde danach nicht nur das Festbetragssystem für Arzneimittel sondern letztendlich das austarierte System der gemeinsamen Verhandlungen zwischen den Spitzenverbänden durch ein einseitiges Diktat der Krankenkassen ersetzt.

Zu berücksichtigen sind aber vor allem auch die mittelfristigen Auswirkungen einer solchen konzentrierten Beschaffung durch die Krankenkassen. Werden für die wichtigen Wirkstoffe jeweils nur maximal drei Anbieter ausgewählt, würde dies mittelfristig zu einer deutlichen Einschränkung der Angebotsbreite auf dem Markt führen. Viele kleinere Hersteller – auch insbesondere solche Anbieter, die den Wettbewerb in der Vergangenheit durch niedrigere Preise anstelle von hohen Naturalrabatten belebt haben – könnten zum Marktaustritt gezwungen werden, wenn sie mit für ihr Unternehmen wichtigen Produkten vom AOK-Markt ausgeschlossen werden. Dies würde die Tendenz zur Oligopolisierung insbesondere bei den Generikaherstellern verstärken und mittelfristig zu einer Reduzierung des Anbieterwettbewerbs und damit wieder zu einer Erhöhung der Preise führen. Eine Verengung des Anbietermarktes hätte aber nicht nur negative Auswirkungen auf den Preiswettbewerb, sondern auch auf sonstige Wettbewerbsparameter. Auch wenn dem Qualitätswettbewerb zwischen Arzneimitteln mit gleichem Wirkstoff nur eine eingeschränkte Bedeutung zukommt, darf er nicht vernachlässigt werden; denkbar ist z.B., dass spürbare Unterschiede im Hinblick auf die sonstigen Inhaltsstoffe des Medikaments gegeben sind, die Einfluss auf die Wirkstofffreisetzung oder die Allergieverträglichkeit des Medikaments haben.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Möglichkeit der Schaffung von Marktmacht durch gemeinsame Beschaffung durch die Krankenkassen nicht nur Unternehmen wie Pharmahersteller treffen würde, von denen die größeren, jedenfalls soweit sie patentgeschützte Arzneimittel anbieten, selbst über eine gewisse Marktmacht verfügen, sondern insbesondere auch kleinere, mittelständische Unternehmen (etwa Lieferanten von Heil- oder Hilfsmitteln) oder Selbständige wie Ärzte, Hebammen oder Physiotherapeuten. Hier wird sich - auch durch das Bestreben einer preisgünstigen Leistungsbeschaffung durch die Kassen – ein nicht zu rechtfertigende Marktmachtgefälle weiter verstärken.

Der Wortlaut des § 69 SGB V birgt zudem die Gefahr, dass auch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Anbietern von Gesundheitsleistungen unter diese Ausnahmenvorschrift fallen. Dies wird relevant, soweit nur das nationale und nicht auch das europäische Wettbewerbsrecht eingreift, z.B. bei nicht grenzüberschreitend erbrachten Dienstleistungen. Es wäre aus Sicht des Bundeskartellamtes wohl nicht möglich, § 69 SGB V unterschiedlich auszulegen, und zwar danach, ob sich die Krankenkasse bei ihrer Nachfrage oder die Leistungserbringer bei ihrem Angebot absprechen. Denn insoweit umfasst § 69 SGB V insgesamt das vertikale Verhältnis zwischen den Leistungserbringern und den Krankenkassen. Sind somit nach § 69 SGB V Absprachen zwischen Krankenkassen möglich, gilt dies auch für Absprachen zwischen den Leistungserbringern, es sei denn, europäisches Wettbewerbsrecht wäre anwendbar. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung, aber auch aus ordnungspolitischen Gründen erscheint es allerdings nicht hinnehmbar, dass schwerwiegende wettbewerbsbeschränkende Absprachen (wie Preis- und Quotenkartelle), die in anderen Branchen wegen der auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannten hohen Sozialschädlichkeit von Kartellen mit hohen Geldbußen geahndet werden, überhaupt erlaubt sein sollen, und zwar unabhängig davon, ob sie von Krankenkassen oder von Leistungserbringern getroffen werden.

Schließt § 69 SGB V die Geltung des Kartellrechts aus, gilt dies im Übrigen auch für § 3 GWB, der Mittelstandskartelle unter bestimmten Umständen ausdrücklich vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB freistellt. Da das deutsche Wettbewerbsrecht insbesondere auch dann zur Anwendung kommt, wenn das europäische Recht wegen fehlender Berührung des zwischenstaatlichen Han-

dels nicht anwendbar ist, also typischerweise, wenn Anbieter von Leistungen kleine und mittlere Unternehmen sind, ist dies von besonderer Bedeutung. Der vom Gesetzgeber mit der Schaffung des § 3 GWB beweckte Mittelstandsschutz (Ausgleich von strukturellen Nachteilen kleiner und mittlerer Anbieter durch effizienzsteigernde zwischenbetriebliche Zusammenarbeit) kann nicht gewährleistet werden.

Der Ausschluss des Kartellrechts bedeutet schließlich auch, dass den Krankenkassen, soweit sie für bestimmte Arten von Waren oder Dienstleistungen als Nachfrager marktbeherrschend sind, Maßnahmen erlaubt sein sollen, die anderen marktbeherrschenden Nachfragern als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten sind. Dies betrifft nicht nur Fälle des sog. Ausbeutungsmisbrauchs, also das Fordern oder Durchsetzen von Entgelten oder anderen Geschäftsbedingungen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden, sondern auch unbillige Diskriminierungen oder die Behinderung von (v.a. kleinen und mittleren) Unternehmen, die von der Belieferung von Unternehmen der Gesetzlichen Krankenversicherung abhängig sind. Auch hier erscheint es aus Sicht des Bundeskartellamtes nicht vertretbar, gerade den Krankenkassen missbräuchliche Verhaltensweisen zu erlauben.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass eine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht deshalb nicht notwendig sei, weil die Krankenkassen der staatlichen Aufsicht unterliegen. Denn die staatliche Aufsicht ist lediglich eine Rechtsaufsicht und hat gerade nicht zum Ziel, Leistungserbringer vor missbräuchlichen Verhaltensweisen der Kassen zu schützen.

Es ist kein Grund erkennbar, den Krankenkassen unter Hinweis auf deren angespannte Finanzlage einen eventuellen Missbrauch ihrer Einkaufsmacht zu erlauben, aber nicht z.B. finanzschwachen Kommunen oder sonstigen Institutionen. Auch insoweit ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine missbräuchliche Ausübung von Einkaufsmacht zwar kurzfristig finanzielle Entlastung bieten könnte, mittelfristig aber zum Ausscheiden von Anbietern und damit zu einer Erhöhung von Marktmacht auf der Anbieterseite führen kann. Auch der Hinweis auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Krankenkassen kann nicht zu einer Ausnahme von der Anwendung des Wettbewerbsrechts führen. Abgesehen davon, dass die Krankenkassen durch das

System der Selbstverwaltung gerade staatsfern ausgestaltet sind, ordnet § 130 Abs. 1 GWB aus gutem Grund die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch auf Unternehmen an, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder von ihr betrieben werden.

Schließlich führt die Anordnung der ausschließlichen Geltung des Sozialrechts im Verhältnis der Kassen zu den Leistungserbringern auch dazu, dass die Regeln des UWG (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) nicht gelten. Praktisch bedeutet dies, dass in diesem Rechtsverhältnis auch Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs erlaubt sind. Folgerichtig hat die Rechtsprechung, auch die des Bundesgerichtshofes, auf das UWG gestützte Klagen der Krankenkassen selbst, etwa wegen irreführender Werbung oder sonstiger Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht, gar nicht erst materiell geprüft.

Das Bundeskartellamt ist daher der Auffassung, dass § 69 SGB V aufgrund seiner außerordentlich schädlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen der Gesundheitsmärkte gestrichen werden sollte. Das Amt ist darüber hinaus der Auffassung, dass es – insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen AOK-Ausschreibung – aus wettbewerblicher Sicht auch nicht ausreichen würde, die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des § 69 SGB V dadurch abzumildern, dass für die Vertragsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und ihren Leistungserbringern zumindest die Missbrauchskontrolle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 19, 20 GWB) wieder anwendbar würde. Zum einen erscheint es widersprüchlich, den Krankenkassen ein Handeln (Missbrauch) zu untersagen, das ihnen überhaupt nur dadurch ermöglicht wird, weil das Gesetz sie vom Kartellverbot ausnimmt. Blicke das Kartellverbot erhalten, hätte die einzelne Krankenkasse – zumindest im Regelfall und bei bundesweiter Betrachtung – schon keine marktbeherrschende Stellung, die einen Missbrauch ermöglichen würde. Zum anderen stünde im Gesundheitswesen die Preismissbrauchsaufsicht im Vordergrund. Die Praxis der Wettbewerbsbehörden hat in der Vergangenheit gezeigt, dass – anders als das Diskriminierungsverbot – ein Preismissbrauch nur in extrem selten Einzelfällen und meist nur unter besonderen Marktbedingungen fest- und abgestellt werden kann. Verfahren wegen Preismissbrauchs der Krankenkassen würden jedoch zu einem

grundsätzlichen Markt- und Massenphänomen werden. Hierzu ist die Missbrauchskontrolle jedoch nicht geeignet.

Teil 3: Anwendbarkeit der Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Zusammenschlüsse zwischen Krankenkassen

Das Bundeskartellamt begrüßt die Feststellung in der Gesetzesbegründung zu Artikel 1 Nr. 130 GKV-WSG (§ 171a SGB V), dass Fusionen zwischen Gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegen. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt das Bundeskartellamt einen entsprechenden klarstellenden Hinweis im Gesetzestext selbst. Zu diesem Zweck schlägt das Bundeskartellamt vor, in § 171a SGB V folgenden Satz 3 einzufügen:

"Die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die zuständige Kartellbehörde bleibt hiervon unberührt."

1. Notwendigkeit der Fusionskontrolle bei gesetzlichen Krankenkassen

Die Fusionskontrolle verhindert die Entstehung bzw. Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen. Sollte die Begründung zu Artikel 1 Nr. 130 (§ 171a Abs. 1 SGB V) des Gesetzentwurfs gestrichen werden (so der Vorschlag des Bundesversicherungsamtes) oder wird die Fusionskontrolle für gesetzliche Krankenkassen generell abgelehnt (so die Begründung des Bundesversicherungsamtes), würde damit inhaltlich gesagt, dass der Gesetzgeber die Entstehung marktbeherrschender Stellungen positiv sieht oder zumindest toleriert.

Die Fusionskontrolle ist aber erforderlich, wenn und soweit Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen beabsichtigt ist oder zumindest möglich bleiben soll. Ohne den Schutz der Fusionskontrolle könnten die Wettbewerbsteilnehmer den

Wettbewerb gegen den Willen des Gesetzgebers ausschließen, indem sie sich im Extremfall alle miteinander zusammenschließen. Niemand könnte dies verhindern, weil die sozialrechtliche Aufsicht des Gesundheitsministeriums bzw. des Bundesversicherungsamtes nur die finanzielle Leistungsfähigkeit der Krankenkassen prüft und daher Kriterien aus anderen Rechtsgebieten, wie die Frage der Marktbeherrschung oder Monopolisierung, nicht bei seinen Entscheidungen berücksichtigen kann.

Die politische Diskussion über kassenartenübergreifende Fusionen ist von den Krankenkassen und ihren Verbänden u.a. deswegen positiv begleitet worden, weil es eine Fusionskontrolle auch für die gesetzlichen Krankenkassen gibt. Gerade die gesetzlichen Krankenkassen selbst hatten ganz überwiegend befürchtet, dass sich bei kassenartenübergreifenden Fusionen nunmehr z.B. die AOKen und/oder Ersatzkassen schrankenlos mit anderen Krankenkassen vereinigen dürften, und in der Folge ihre Marktmacht gegenüber den sonstigen verbliebenen Kassen immer weiter vergrößern könnten. Nur der Hinweis des Gesetzentwurfs auf die bestehende Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes konnte diese Befürchtung ausräumen. Bei einer nachträglichen Streichung dieses Hinweises auf den Gesetzentwurf müsste die grundsätzliche Diskussion über kasseartenübergreifende Fusionen wieder aufleben.

Letztlich geht es um die politische Entscheidung, ob es Wettbewerb zwischen den Krankenkassen geben soll oder nicht. Die Gesundheitsreform 2006 schränkt aus Sicht des Bundeskartellamtes den bereits entstanden Wettbewerb zwischen den Kassen wieder deutlich ein (siehe hierzu unter Teil 1). Wenn es sich erweisen sollte, dass dies der falsche Weg zur Kostendämpfung war, könnte man den wettbewerblichen Verhaltensspielraum der Kassen zwar wieder erweitern. Hat aber in der Zwischenzeit keine Fusionskontrolle stattgefunden, werden sich die Marktstrukturen irreparabel verändern. Der Gesetzgeber wird mittelfristig einen Markt vorfinden, in dem auf Dauer kein funktionsfähiger Wettbewerb mehr möglich ist, weil sich der Markt zu einem sehr engen Oligopol mit sehr wenigen großen Krankenkassen gewandelt haben wird.

2. Rechtliche Begründung der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf gesetzliche Krankenkassen

2.1 Gesetzliche Krankenkassen sind Unternehmen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

- (1) Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt ein weiter, funktionaler Unternehmensbegriff. Für die Annahme eines Unternehmens genügt im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person in der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder gewerblichen Leistungen. Die Rechtsform, in der diese Tätigkeit entfaltet wird, ist ebenso unerheblich wie die Frage der Gewinnerzielungsabsicht.

Aus diesem weiten Unternehmensbegriff folgt, dass die öffentliche Hand (Bund, Länder, Gemeinden etc.) grundsätzlich überall dort als Unternehmen anzusehen ist, wo sie sich durch das Angebot von wirtschaftlichen Leistungen oder durch die Nachfrage nach solchen Leistungen betätigt.

Dass auch Gesetzliche Krankenkassen unternehmerisch handeln können, hat der Bundesgerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1961 festgestellt (BGH, WuW/E 442 ff.- Gummistrümpfe). Ferner hat der Große Senat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 22. März 1976 (BGHZ 66, 229 ff.) entschieden, dass zwischen den Ersatzkassen und den privaten Krankenversicherungen Wettbewerbsbeziehungen bestehen, soweit sie um Mitglieder konkurrieren, die sich zwischen den beiden Versicherungszweigen frei entscheiden können. Wettbewerbsbeziehungen bestehen aber auch zwischen den Ersatzkassen und den Pflichtkassen, da die Pflichtversicherten zwischen diesen Versicherungszweigen wählen können (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. (2001), § 130 Rn. 20 m.w.N.). Ein Anreiz für den Versicherten, die Krankenkasse zu wechseln, kann sich insbesondere dann ergeben, wenn eine andere Krankenkasse bessere Leistungen zu einem günstigeren Beitrag anbietet. Daraus folgt, dass die Krankenkassen im Wettbewerb um Mitglieder stehen.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des § 69 SGB V, der die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern allein dem Sozialversicherungsrecht zugeordnet. § 69 SGB V ist eine Ausnahmegesetzvorschrift. Sie ist eng auszulegen. Ihrem klaren Wortlaut nach beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen auf der einen und den Leistungserbringern auf der anderen Seite. Zu der rechtlichen Qualifizierung von Zusammenschlüssen zwischen Krankenkassen ist der Norm und auch den Gesetzesmaterialien nichts zu entnehmen.

- (2) Der Annahme, dass im nationalen Recht gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen anzusehen sind, steht auch nicht entgegen, dass der Europäische Gerichtshof im Verfahren "Arzneimittelfestbeträge" die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassenverbände verneint hat. Dieses Urteil, auf das sich das Bundesversicherungsamt in seiner Stellungnahme bezieht, ist vom Bundeskartellamt zu beachten, soweit es die Art. 81,82 EGV (europäisches Kartell- und Missbrauchsverbot) anwendet. Für das deutsche Fusionskontrollrecht ist dieses Urteil jedoch ohne Relevanz. Die nationale Fusionskontrolle ist gegenüber der europäischen Fusionskontrolle, aber auch gegenüber Art. 81, 82 EGV autonom.
- (3) Die Tatsache, dass das Rechtsverhältnis zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und ihrem Versicherten öffentlich-rechtlich geprägt ist, war weder für den Gesetzgeber ein Hinderungsgrund, Wettbewerb zwischen den gesetzlichen Krankenkassen zu schaffen, noch spielt sie nach der Rechtsprechung eine entscheidungserhebliche Rolle.

Die Rechtsprechung des Großen Senates des BGH geht davon aus, dass durchaus Wettbewerb zwischen den Krankenkassen um Versicherte besteht. Die Schaffung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den gesetzlichen Krankenkassen ist sogar ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks12/3608, S. 69, 74, 117). Schon das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 18. Juli 2005 zum Risikostrukturausgleich unter Verweis auf den Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass Krankenkassen durch eigene Sparanstrengungen den Beitragssatz senken können und (Zitat) „...sich hierdurch im Kassenwettbewerb für potentielle

Wechsler attraktiver machen.“¹ Soweit das Bundesversicherungsamt eine ältere Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 24. Januar 2003 zitiert, ist dies irreführend. Denn auch in dieser Entscheidung wird der Wille des Gesetzgebers zur Schaffung von Wettbewerb unter den Kassen anerkannt: „Der Gesetzgeber erwartet davon positive Auswirkungen im Sinne von mehr Effektivität und Flexibilität des Verwaltungshandelns, besserer Kundenorientierung, eines permanenten Ansporns zur Innovation und eines Drucks auf Preise und Beiträge.“ (BSG vom 24. Januar 2003, B 12 KR 19/01 R, zit. aus juris Nr. KSREO73831517, dort Rn. 109.) Das BSG weigerte sich in dieser Entscheidung trotz des vorgebrachten Wettbewerbsarguments lediglich, die gesetzlichen Krankenkassen den privaten Versicherungsunternehmen gleichzustellen und ersteren deshalb auch eine Grundrechtsfähigkeit zuzugestehen. Stattdessen verwies es auf die Möglichkeit jedes einzelnen Mitgliedes der gesetzlichen Krankenkassen, die Verfassungsmäßigkeit des Risikostrukturausgleichs selbst überprüfen zu lassen. (BSG aaO. Rn. 108.)

Wie auch die inzwischen langjährige Praxis des Krankenkassenwettbewerbs zeigt, ist das öffentlichrechtliche Leistungsverhältnis der gesetzlichen Krankenkassen zu ihren Versicherten ohne weiteres mit einem Wettbewerbsverhältnis zu den anderen gesetzlichen Krankenkassen vereinbar. Insbesondere wirkt sich der Wettbewerb zwischen den Kassen tatsächlich positiv auf ihr Verhalten zu den Versicherten aus, weil die Kassen sich – um Abwanderungen zu vermeiden – allesamt bemühen, ihre Beitragssätze niedrig zu halten und ihren Service zu erhöhen.

Schließen sich Krankenkassen durch eine Fusion zusammen, handelt es sich somit um einen Ausdruck "unternehmerischen" Handelns: Wie jedes andere fusionswillige Unternehmen hoffen sie, durch die Fusion vor allem die Kosten zu senken und Synergiepotentiale zu heben, um im Wettbewerb mit den anderen Krankenkassen bestehen zu können.

¹ BVerfG, 2 BvF 2/01 vom 18.7.2005, www.bverfg.de/entscheidungen/ (zum Risikostrukturausgleich der GKV), Rn. 200 unter Verweis auf BTDrucks. 12/3608, S. 117.

2.2. Wettbewerbsrechtliche Fusionskontrolle und sozialrechtliches Genehmigungsverfahren stehen nicht im Konflikt

Die Fusion von Krankenkassen bedarf, wie sich z.B. aus § 144 Abs. 1 Satz 1 SGB V ergibt, der vorherigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde prüft im Wesentlichen, ob die Krankenkasse dauerhaft leistungsfähig sein wird; bei fehlender dauerhafter Leistungsfähigkeit werden die Krankenkassen geschlossen oder zwangsweise fusioniert (z.B. §§ 146a ,153 SGB V).

Der Aspekt der "Leistungsfähigkeit" spielt im Rahmen der Fusionskontrolle keine entscheidende Rolle. Die Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dient vielmehr dazu, die Entstehung von Marktbeherrschung durch externes Wachstum zu verhindern. Marktbeherrschung wird von Gesetzes wegen bei einem Marktanteil von einem Drittel vermutet. Ob eine Untersagung eines Zusammenschlusses in Betracht kommt, hängt aber nicht nur vom Marktanteil alleine ab; vielmehr prüft das Bundeskartellamt auch andere marktstrukturbezogene Kriterien, wie z.B. Marktzutrittsschranken, Finanzkraft oder Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Die Fusionskontrolle dient dazu, die Märkte für einen unverfälschten Wettbewerb offen zu halten.

Dass ein- und derselbe Sachverhalt (hier: die Fusion von Krankenkassen) von mehreren Behörden geprüft wird, ist in unserer Rechtsordnung nicht untypisch. Wer etwa einen Bauantrag stellt, muss typischerweise die Zustimmung mehrerer Behörden einholen. Fusionen im Rundfunkbereich können ggf. von der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und dem Bundeskartellamt geprüft werden. So geschehen z.B. im Fall Axel Springer/Pro7Sat1. Das Bundeskartellamt arbeitet auch sehr eng mit der Bundesnetzagentur zusammen. Da jede Behörde den Sachverhalt nach dem für sie maßgeblichen Recht prüft, kann es nicht zu konfligierenden Entscheidungen kommen. Die Entscheidungen ergänzen sich vielmehr unter unterschiedlichen rechtlichen Aspekten.

Insoweit schafft die Fusionskontrolle zwar eine zusätzliche, aber keine in unserem Recht systemfremde Hürde. Sie stellt auch keinen Eingriff in das Recht der Kran-

krankenkassen dar, sich nach § 144, 150, 160 und 168a SGB V zu vereinigen. Das Recht, mit anderen Unternehmen zu fusionieren, steht in unserer Rechtsordnung grundsätzlich jedem Unternehmen zu. Wie jedes andere Recht (dies gilt selbst für Grundrechte) wird dieses Recht aber nicht schrankenlos gewährleistet. Eine Schranke ergibt sich aus § 36 Abs. 1 GWB. Diese Schranke gilt für alle Fusionen, die in den Anwendungsbereich des § 35 GWB fallen. Weder aus den o.g. sozialgesetzlichen Normen noch aus anderen Bestimmungen des SGB V lässt sich folgern, dass das Recht der Krankenkassen, zu fusionieren, schrankenlos gewährleistet wird. Somit müssen die Krankenkassen – wie jedes andere Unternehmen auch – die Schranke des § 36 Abs. 1 GWB respektieren.

Schließlich profitieren von der Fusionskontrolle durch die zuständige Kartellbehörde die Versicherten unmittelbar: Denn die Verhinderung von Monopolbildungen verhindert die damit regelmäßig einhergehende Bildung von "Monopolpreisen". Die Fusionskontrolle vermag somit einen wirksamen Beitrag zur Stabilisierung der Beitragssätze zu leisten.

2.3. Die wettbewerbsrechtliche Fusionskontrolle entspricht dem Willen des Gesetzgebers

Die Geltung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen führt auch nicht zu einer Beschränkung des gesetzgeberischen Willens, Fusionen zuzulassen.

Falls tatsächlich durch oder aufgrund eines (Bundes-)Gesetzes die Fusion von Krankenkassen angeordnet werden würde, wäre eine Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt nicht möglich. Bislang hat der (Bundes-)Gesetzgeber aber noch keine entsprechenden Schritte eingeleitet, vielmehr sind die bisherigen Fusionen Ausfluss autonomer Entscheidungen der Krankenkassen gewesen. Im Übrigen dürfte kein Anlass für eine gesetzliche Regelung bestehen, weil die Krankenkassen autonom beurteilen können, welche Unternehmensgröße für sie optimal ist.