

RiBSG Dr. Ernst Hauck

Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5,
34119 Kassel , 22.9.2008

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Gesundheit
Die Vorsitzende
Frau Dr. Martina Bunge, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Schriftliche Stellungnahme des Einzelsachverständigen RiBSG Dr. Ernst Hauck zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) - BT.-Drs. 16/9559

Sehr geehrte Frau Dr. Bunge,
sehr geehrte Damen und Herren,

für Ihre Einladung zur Anhörung am 24. September 2008 bedanke ich mich und nehme - wie aus der beigefügten Anlage ersichtlich - zu dem Gesetzentwurf Stellung, beschränkt auf die Änderungsanträge der Regierungsfractionen zum Vergaberecht in der Gesetzlichen Krankenversicherung und dem vorgesehenen Rechtsschutz.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hauck

Anlage: Schriftliche Stellungnahme

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) - BT.-Drs. 16/9559

RiBSG Dr. Ernst Hauck, Sachverständiger

Die Regierungsfractionen haben das GKV-OrgWG zum Anlass genommen, Änderungsanträge für den Bereich des Vergaberechts im SGB V, im GWB und im SGG in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen. Als Sachverständiger nehme ich ausschließlich zu diesen für das Vergaberecht und den Rechtsschutz geplanten Vorschriften Stellung (Änderungsanträge Nrn. 8; 16; 28; 32; 33). Hierbei beschränke ich mich auf die Beantwortung folgender Fragen:

1. Bedarf es jetzt der vorgeschlagenen Vergaberechtsregelung ?
2. Ist eine einfachere Regelung möglich ?
3. Empfehlen sich Änderungen hinsichtlich der einzelnen vorgeschlagenen Regelungen?

Zu 1.

Die vorgeschlagenen Regelungen zum Vergaberecht sind insgesamt jetzt erforderlich.

Die geplanten Regelungen betreffen drei Komplexe:

1. Die Geltung des materiellen Vergaberechts einschließlich Zuständigkeit und Verfahren vor den Vergabekammern im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) - also Änderungen des SGB V.
2. Die Einführung einer sofortigen Beschwerde gegen Entscheidungen der Vergabekammern in das SGG mit besonderen Zuständigkeiten der Landessozialgerichte- Änderungen des SGG.
3. Die entsprechende Anpassung des GWB.

Das Regelungsvorhaben bewerte ich insgesamt positiv. Es schafft sachgerechte verlässliche Grundlagen für den Rechtsanwender. Regelungsbedarf erwächst aktuell daraus, dass Streit entstanden ist über

- die Anwendbarkeit des Vergaberechts in der GKV und
- die hierfür zuständige Gerichtsbarkeit.

Der Streit wurzelt im Normenkonflikt des § 69 SGB V mit europäischem Kartellvergaberecht und in der Auslegung gerichtlicher Zuständigkeitsnormen. Im Kern geht es um eine europarechtskonforme Handhabung der Instrumente, die die GKV vor finanzieller Ausnutzung schützen sollen. Das Regelungsvorhaben sichert für die Zukunft angemessene Grundlagen. Es kommt zeitgerecht. Denn der Konflikt ist jüngst dadurch deutlich geworden, dass der BGH in einem Beschluss angedeutet hat, vom BSG abweichen zu wollen. Der BGH hält den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für gegeben bei Rechtsschutzersuchen gegen Entscheidungen der Vergabekammern zu Rabattverträgen (BGH, Beschluss vom 15.7.2008 - X ZB 17/08 gegen BSG, Beschluss vom 22.4.2008 - B 1 SF 1/08). Es droht eine lange Phase der Rechtsunsicherheit. Auch über die Anwendbarkeit des Vergaberechts in der GKV herrscht in der Sache Streit wegen der Regelung in § 69 SGB V.

Der mit den Änderungsanträgen verfolgte Gesetzentwurf gelangt als ein einheitlich zu verstehendes Gesamtpaket zu angemessenen Lösungen: Vergaberecht soll im Bereich der GKV dort gelten, wo Europäisches Recht dies fordert. Der Konflikt um die Geltung des materiellen EU-Vergaberechts wird damit entschärft. Mit der Anordnung, das GWB-Verfahren vor den Vergabekammern für das Leistungserbringungsrecht der GKV zu übernehmen, wird ein weiterer Konflikt mit Europäischem Recht beseitigt. Auch die Regelung

des Gerichtsverfahrens entspricht Europäischem Recht. Die Rechtsmittelrichtlinie (RiL 2007/66/EG vom 11.12.2007, ABI. L 335 vom 20.12.2007, S. 31) schreibt keine Gerichtszuständigkeit vor. Das wäre wegen der Vielfalt der Gerichtsverfassungen der Mitgliedstaaten auch nicht möglich. Die Anforderungen an schnellen, effektiven Rechtsschutz kann die Sozialgerichtsbarkeit schon bisher sehr gut erfüllen. Das belegt z.B. die zügige Entscheidungspraxis in Vergaberechtsfällen. Die für Krankenversicherung zuständigen Spruchkörper sind alltäglich mit Fragen des deutschen und europäischen Wirtschaftsrechts befasst. Zusätzlich sind sie mit den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen der relevanten Märkte bestens vertraut. Ihnen ist obendrein der rechtliche und tatsächliche Stellenwert einer funktionierenden GKV augenfällig. Der Gesetzgeber war deshalb weise, schon bisher die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit vorzusehen. Der Streit über den Rechtsweg gibt Anlass, diese sachgerechte Entscheidung nochmals klarzustellen. Zusätzlich sorgen die nun vorgeschlagenen Änderungen für zügigsten hochwertigen Rechtsschutz durch die sachkundige Gerichtsbarkeit: Einführung einer sofortigen Beschwerde im SGG mit vielfachen Beschleunigungskomponenten und Konzentration der Verfahren auf die Landessozialgerichte am Sitz der Vergabekammern. Das sorgt zugleich für eine weitere Spezialisierung der ohnehin mit der Materie vertrauten Senate für Krankenversicherungsrecht. Damit entfällt auch prozessual jeglicher noch so geringer Ansatzpunkt, der für eine Zuständigkeit der Oberlandesgerichte sprechen könnte. Die klare Übergangsregelung vermeidet ebenfalls Friktionen. Sie zieht eine eindeutige Trennungslinie. Sie sichert dadurch effektiven Rechtsschutz auch für die Übergangsfälle.

Zusammengefasst: Die Gesamtregelung ist rechtsschutzintensiv und europarechtskonform. Sie steht sowohl mit europäischem Primär- als auch Sekundärrecht in Einklang.

Zu 2.

Eine einfachere Lösung als diejenige, welche die Regierungsfractionen nun mit ihren Änderungsanträgen vorgeschlagen haben, ist nicht ersichtlich.

Der Gesetzgeber hat aus negativen Erfahrungen heraus die jetzige Regelung des § 69 SGB V und die umfassende Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für die betroffenen Konflikte vorgesehen. Letztlich drohte die Zerschlagung wesentlicher rechtlicher Steuerungselemente der GKV, die die Kostenbelastung für die Beitragszahler in tragbaren Grenzen halten sollten. Ich erinnere nur an den lang andauernden Streit um die Wirksamkeit der Festbetragsregelung. An diesen Grundlagen darf nicht gerüttelt werden, wenn man die finanzielle Stabilität der GKV mit ihren Vorteilen für die Versicherten erhalten will.

Mit der Entwicklung des Vergaberechts auf europäischer Ebene ist ein Regelungskomplex entstanden, der in Gestalt von Richtlinien zwingend ins nationale Recht zu übernehmen ist. Das Deutsche Recht bedient sich hierzu einer komplizierten "Verweisungskaskade", die vom GWB über die Vergabeverordnung bis hin zu den hiervon in Bezug genommenen Teilen der Vergabe- und Vertragsordnungen reicht. Soweit es das europäische Recht vorschreibt, kann der deutsche Gesetzgeber die Kompliziertheit des Vergaberechts nicht ändern. Mit einer europarechtskonformen Vereinfachung des Vergaberechts ist der deutsche Gesetzgeber aufgrund des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts gerade befasst (BT-Drucks. 16/10117). Die in den Änderungsanträgen der Regierungsfractionen für das GKV-OrgWG vorgesehene dynamische Verweisung auf das jeweils geltende Vergaberecht stellt sicher, dass auch die GKV von der beabsichtigten Vereinfachung des Vergaberechts profitieren wird.

Zu 3. - Zu den einzelnen Regelungen

a) Zu Änderungsantrag Nr. 8 (§ 69 SGB V)

Die Änderung regelt in § 69 SGB V in einem eigenständigen Absatz 2 an Stelle des zuvor geltenden Satzes 2 die Anwendung der Verbote von Missbrauch, Diskriminierung, unbilliger Behinderung sowie Boykott (§§ 19 bis 21 GWB) auf das Leistungserbringungsrecht und - zusätzlich, neu - die Anwendung des Kartellvergaberechts (§§ 97 bis 115 GWB). Die Folge ist, dass sich der Regelungsgehalt des neuen Absatzes 2 auf alle Teile des Leistungserbringungsrechts erstreckt, nämlich auf alle Rechtsbeziehungen gemäß § 69 Absatz 1 SGB V. Das führt zu einer sachgerechten Ausweitung des Anwendungsbereichs. Denn der bisherige § 69 Satz 2 SGB V gilt nach der Rechtssystematik nur für ambulante Leistungen.

Der vorgeschlagene § 69 Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V stellt die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen/-verbänden und Leistungserbringern klar, wenn die Voraussetzungen des GWB erfüllt sind. Bisherige Auslegungszweifel an der Anwendung der §§ 97 ff GWB einschließlich des Verwaltungsverfahrens vor den Vergabekammern sind damit beseitigt.

Eine Einbeziehung weiterer Normen des GWB bedarf es nicht, insbesondere nicht einer Verweisung auf § 127 GWB. Die dort vorgesehene Verordnungsermächtigung führt zu Rechtsverordnungen, auf die das materielle Vergaberecht des GWB verweist. So sieht z.B. die aufgrund des § 127 Nr. 1 GWB getroffene Regelung in § 2 Vergabeverordnung (VgV) Schwellenwerte vor, an deren Erreichen oder Überschreiten § 100 Absatz 1 GWB für die Geltung des Kartellvergaberechts anknüpft. Weil § 2 VgV für die Anwendung des § 100 Absatz 1 GWB bestimmt ist, gilt die Regelung auch bei der Anwendung von § 69 Absatz 2 SGB V. Die §§ 4 bis 6 VgV verweisen ihrerseits statisch auf feste Teile der Vergabe- und Vertragsordnungen. Sie konkretisieren damit z.B. die Beschaffungsgrundsätze und das Vergabeverfahren (§ 97 Absätze 1 bis 5, 7 GWB). Diese bestehende "Verweiskaskade" des Vergaberechts wird mit dem Anwendungsbefehl für das materielle Vergaberecht in § 69 Absatz 2 SGB V übernommen, soweit das Vergaberecht gilt. Mit anderen Worten: Die Verweisung auf die §§ 97 ff GWB bezieht auch das zur Rechtskonkretisierung erlassene unterrangige Recht mit ein.

Weil die Vergabekammern im Rahmen des § 69 Absatz 2 SGB V nach den §§ 102, 104 ff. GWB tätig werden, gilt für sie auch die Regelung über die Kosten nach § 128 GWB. Um Zweifel bei der Anwendung des Gesetzes auszuschließen, ist eine ausdrückliche Einbeziehung des § 128 GWB in die Normen möglich, auf die § 69 Absatz 2 SGB V verweist. In § 69 Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V in der Fassung des Änderungsantrags Nr. 8 - Artikel 1 Nummer 1g. Buchstabe b) - wäre hierzu nach "§§ 97 bis 115" einzufügen:
"; 128".

Die dynamische Verweisung auf das GWB-Vergaberecht sichert die Konformität mit Europäischem Recht. Denn die §§ 97 bis 115 GWB sollen europäisches Recht umsetzen. Die Verweisung erleichtert zugleich die zukünftige Umsetzung des Europäischen Rechts in deutsches Recht. Insgesamt schlagen nur solche Umsetzungsdefizite europäischen Rechts auf das Leistungserbringungsrecht der GKV durch, die bereits im GWB, in der Vergabeverordnung und auf der Ebene der Verdingungsordnungen bestehen. Die Defizite sind dann aber in diesen Rechtsbereichen zu beseitigen, wie es etwa zur Zeit mit dem Gesetzgebungsverfahren aufgrund des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts geschieht (BT-Drucks. 16/10117).

b) Zu Änderungsantrag Nr. 16 (§ 130a Absatz 9 SGB V)

Die Aufhebung des § 130a Absatz 9 SGB V erscheint als vertretbar, weil der Begriff des Leistungserbringers in § 69 SGB V weit gefasst ist und damit auch die pharmazeutischen Unternehmer umfasst. Es wäre allerdings unschädlich, § 130a Absatz 9 SGB V unverändert beizubehalten, um auszuschließen, dass entgegen dem Willen des Gesetzgebers durch eine

enge Auslegung des § 69 SGB V Streitigkeiten über Vergaberecht bei Arzneimittelrabattverträgen vor die ordentlichen Gerichte gelangen.

Am besten erscheint eine ganz klare Regelung. Zwei Änderungen schaffen die größte Klarheit: Zusätzlich sollte

1. in § 69 Absatz 1 Satz 1 SGB V nach den Worten "sowie sonstigen Leistungserbringern" eingefügt werden: "einschließlich der pharmazeutischen Unternehmer". Zudem schlage ich vor,
2. § 51 Absatz 1 Nr. 2 SGG zu ergänzen, um ausdrücklich alle Vergaberechtsstreitigkeiten einzubeziehen: So ließe sich dort nach den Worten

" § 51 (1) Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit entscheiden über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ...

2. in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung"

einfügen: "einschließlich des Vergaberechts (§ 69 Absatz 2 SGB V)".

c) Zu Änderungsantrag Nr. 32 (Änderung des Sozialgerichtsgesetzes)

Wie ich unter b) (zu § 130a SGB V) dargelegt habe, rege ich eine Klarstellung in § 51 (1) Nr. 2 SGG an, um ausdrücklich alle Vergaberechtsstreitigkeiten einzubeziehen. Im Übrigen sehe ich hier im Hinblick auf die Gesamtregelung grundsätzlich keinen Ergänzungsbedarf.

Die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für Vergaberechtsstreitigkeiten, die das Leistungserbringungsrecht der GKV betreffen, ist konform mit Europäischem Recht, insbesondere mit der Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der RiL 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335 vom 20.12.2007, S. 31–46).

Das zur Zeit laufende Gesetzesvorhaben, das Vergaberecht zu modernisieren, gibt Anlass zu folgendem Hinweis: Der Gesetzentwurf der BReg zur Modernisierung des Vergaberechts schlägt vor, § 124 Absatz 2 GWB nach Satz 2 um folgenden Satz zu ergänzen (BT-Drucks. 16/10117 S. 12, Art. 1 Nr. 21):

"Der Bundesgerichtshof kann sich auf die Entscheidung der Divergenzfrage beschränken und dem Beschwerdegericht die Entscheidung in der Hauptsache übertragen, wenn dies nach dem Sach- und Streitstand des Beschwerdeverfahrens angezeigt scheint."

Diese Änderung, gegen die der Bundesrat keine Einwendungen erhoben hat, soll es dem BGH ermöglichen, sich auf die Entscheidung über die vorgelegte Divergenzfrage zu beschränken (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/10117 S. 29, zu Nr. 21).

Es erscheint zweckmäßig, bereits jetzt in § 142a SGG in Absatz 4 folgenden Satz 3 vorzusehen und den bisher vorgeschlagenen Satz 3 zu Satz 4 zu machen:

"Das Bundessozialgericht kann sich auf die Entscheidung der Divergenzfrage beschränken und dem Landessozialgericht die Entscheidung in der Hauptsache übertragen, wenn dies nach dem Sach- und Streitstand des Beschwerdeverfahrens angezeigt scheint."

Mit den übrigen Änderungsanträgen besteht uneingeschränkt Einverständnis.