

Stellungnahme des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)

(BT-Drs. 16/9559)

Durch Paragraph 171b SGB V hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) eine Einführungsregelung zur Insolvenzfähigkeit von Krankenkassen getroffen und sich gleichzeitig zur Vorlage eines weiteren Bundesgesetzes zur Regelung des Zeitpunktes, von dem an die Insolvenzordnung für alle Krankenkassen gelten soll sowie aller notwendigen Details spätestens zum Inkrafttreten der Regelungen über den Gesundheitsfonds verpflichtet. Dieser Verpflichtung kommt die Bundesregierung nun mit der Vorlage des "Entwurfs eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)" nach.

Der BPI begrüßt, daß mit der Ausdehnung der Insolvenzfähigkeit auf alle landesunmittelbaren Krankenkassen sowie mit den vorgeschlagenen Regelungen zur Herstellung größerer Transparenz des Finanzstatus der Krankenkassen durch die Einführung handelsrechtlicher Bewertungsgrundsätze für die Bilanzierung nun eine leichte Annäherung an die Rahmenbedingungen, die für private Unternehmen obligatorisch sind, stattfindet.

Dies darf allerdings nicht den Blick dafür verstellen, daß mit dem GKV-WSG eine Reihe von Regelungen in Kraft getreten sind, die schon nach kurzer Zeit zu Auslegungsdissensen und Rechtsstreiten geführt haben. Hierzu gehören insbesondere die Fragen zum Status der Krankenkassen, soweit sie unternehmerisch im Gesundheitsmarkt tätig werden sowie zum rechtlichen Rahmen dieser unternehmerischen Tätigkeit, insbesondere zur Anwendbarkeit und zum Vollzug des Kartell- und Wettbewerbsrechts.

Der BPI hält es für geboten, das "Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung" zu nutzen, die durch Unklarheiten und Regelungslücken im GKV-WSG aufgeworfenen Probleme mit dem Ziel zu lösen, für die im Gesundheitsmarkt unternehmerisch tätigen Akteure klare, wettbewerbskonforme Rahmenbedingungen zu schaffen. Hierfür scheint es zielführend, die Regelungen des Paragraphen 69 SGB V, die bisher die lediglich "entsprechende" Anwendbarkeit des Mißbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbotes nach den Paragraphen 19-21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zulassen sowie damit korrespondierende Vorgaben, zu erweitern.

Die Verbände der pharmazeutischen Industrie haben in ihrem gemeinsamen Papier "Rabattverträge der Krankenkassen am Kartell-, Vergabe- und Wettbewerbsrecht messen" vom März 2008 hierzu Regelungsvorschläge unterbreitet. Der BPI bittet die Fraktionen im

Deutschen Bundestag, diese nachfolgend dokumentierten Vorschläge in Form von Änderungsanträgen in das GKV-OrgWG mit aufzunehmen.

1. § 69 SGB V wird wie folgt geändert:

§ 69 Anwendungsbereich

Dieses Kapitel sowie die §§ 63 und 64 regeln abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apothekern sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, einschließlich der Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94. Die §§ 1 -3, 19 - 21, 32, 33, 48 und 81 bis 86 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten entsprechend; dies gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluß die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt. Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel, in den §§ 63, 64 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Krankenhausentgeltgesetz sowie den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Für die Rechtsbeziehungen nach den Sätzen 1 und 2 gelten im Übrigen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entsprechend, soweit sie mit den Vorgaben des § 70 und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar sind. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind. Die §§ 97 -129 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.

Begründung: Mit dem GKV-WSG sind den Krankenkassen und ihren Verbänden verschiedene wettbewerbliche Handlungsspielräume eingeräumt worden (Aushandeln von Rabattverträgen, Möglichkeit des Selbstbehalts und der Rückvergütung, Angebot von Wahlтарifen und Erweiterung der Leistungsangebote. Aufgrund der auch für die Auslegung des Unternehmensbegriffs im GWB maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH (EuGH, NJW 2004, 2723 - AOK) handeln die gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen eines durch den Grundsatz der Solidarität geprägten Leistungssystems im Kernbereich ihrer Tätigkeit jedoch bislang nicht unternehmerisch. Dies soll - entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH (vgl. zuletzt etwa BGH, GRUR 2003, 833 - Feuerwehrausrüstungen; nunmehr offen gelassen in BGH, WuW 2008, DE-R 2161 ff. - Tariftreueerklärung III) auch für die der Leistungserbringung vorgelagerte Nachfragetätigkeit gelten (EuGH, NJW 2006, 3266 - FENIN). In Verbindung mit der durch § 69 Satz 1 SGB V angeordneten abschließenden Regelung des 4. Kapitels des SGB V für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern und Dritten entsteht hierdurch für die vom Gesetzgeber inzwischen bewußt geschaffenen Wettbewerbsspielräume eine Regelungslücke, da kein rechtliches Korrektiv besteht, um einer Verfälschung oder gar völligen Ausschaltung des Wettbewerbs, die auch nicht durch entsprechende Effizienzgewinne aufge-

wogen werden, zu begegnen. Insbesondere für den durch § 130 a Abs. 8 SGB V eröffneten Bereich des selektiven Kontrahierens der Krankenkassen besteht keine sachliche Rechtfertigung dafür, ein kartellierendes Verhalten, mit dem häufig eine konzentrierende und mittelstandsfeindliche Wirkung einhergeht, nicht am Maßstab der §§ 1 - 3 GWB zu messen. Diese Regelungslücke wird auch durch die bislang in Satz 2 angeordnete entsprechende Geltung der §§ 19 - 21 GWB nicht hinreichend geschlossen. Durch die Ergänzungen in Satz 2 wird sichergestellt, daß das Verhalten der Krankenkassen und ihrer Verbände im Verhältnis zu den Leistungserbringern und sonstigen Dritten am Maßstab des Kartellverbots des § 1 GWB und den entsprechenden Freistellungsregelungen der §§ 2 und 3 GWB erfaßt wird, dies unabhängig davon, ob das in Frage stehende Handeln als unternehmerisch im Sinne der europäischen Kartellrechtsjudikatur anzusehen ist.

Der Verweis auf die §§ 32 und 48 GWB legt den Gesetzesvollzug in die Hände des für kartellrechtliche Fragestellungen mit besonderem Sachverstand ausgestatteten Bundeskartellamts. Das Bundeskartellamt hat ohnehin schon eine eigene Beschlußabteilung für den gesamten Gesundheitsbereich gebildet.

Durch die entsprechende Anwendung des § 33 GWB wird gewährleistet, daß bei etwaigen Verstößen dem Betroffenen adäquate Abwehr- und Schadensersatzansprüche zustehen. Die bislang bestehende Diskussion, ob ein entsprechender Schutz über § 69 Satz 4 SGB V i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB herbeizuführen ist (vgl. hierzu Roth, GRUR 2007, 645, 655 Fn. 138), ist damit hinfällig. Zudem finden die Vorschriften der §§ 81 bis 86 GWB zum Bußgeldverfahren Anwendung.

In gleicher Weise ist die durch § 69 Satz 1 SGB V geschaffene Regelungslücke durch die Anordnung der entsprechenden Anwendung der Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu schließen. Hierdurch wird die Diskussion, ob die bei einem bloßen Rückgriff auf mögliche Abwehransprüche aus Art. 12 und 3 GG verbleibenden Schutzlücken durch eine analoge Anwendung des Lauterkeitsrechts zu schließen ist (vgl. hierzu näher Roth, GRUR 2007, 645, 655), beendet.

Schließlich wird klargestellt, daß in § 69 das Verhalten der Krankenkassen und ihrer Verbände den in den §§ 97 - 129 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen umgesetzten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Vergaberecht nicht grundsätzlich entzogen ist. Damit unterliegt der Abschluß von Rabattverträgen über generikafähige Arzneimittel mit Blick auf die in § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V angelegte Verpflichtung zur bevorzugten Ersetzung durch rabattierte Arzneimittel den verfahrensrechtlichen Anforderungen der §§ 97 - 101 GWB. Für das von den Vergabekammern durchzuführende Nachprüfungsverfahren gelten die Regelungen der §§ 102 - 129 GWB.

2. § 171 a SGB V wird durch folgenden Abs. 3 ergänzt:

(3) Die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Zusammenschlußkontrolle gemäß den §§ 35 - 43 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleibt unberührt.

Begründung: Der Verweis auf die unberührt bleibende Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Zusammenschlußkontrolle nach §§ 35 - 43 GWB stellt sicher, daß sich die gesetzlichen Krankenkassen bei Zusammenschlüssen ungeachtet der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Unternehmensbegriffs (EuGH, NJW 2004, 2723 - AOK; EuGH, NJW 2006, 3266 - FENIN) nicht in einem kartellrechtsfreien Raum bewegen.

3. § 51 Abs. 2 SGG wird wie folgt geändert:

§ 51 Zulässigkeit des Rechtswegs

(2) Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit entscheiden mit Ausnahme der Fälle des § 69 Satz 2, Satz 4 und Satz 6 SGB V auch über privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. Die §§ 87 und 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden mit Ausnahme der Fälle des § 69 Satz 2, Satz 4 und Satz 6 SGB V keine Anwendung. Satz 1 gilt für die soziale Pflegeversicherung und die private Pflegeversicherung (Elftes Buch Sozialgesetzbuch) entsprechend.

Begründung: Soweit das Verhalten der Krankenkassen nach § 69 SGB V der unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung der Regelungen des GWB, BGB und UWG unterworfen ist, sollten Streitigkeiten hierüber der Zuständigkeit der hierfür spezialisierten Kammern und Senate bei den Zivilgerichten zugewiesen werden, um die dort vorhandene besondere Sachnähe und Fachkompetenz fruchtbar zu machen. Soweit § 69 das Verhalten der Krankenkassen und ihrer Verbände im Übrigen allein an den Regelungen des 4. Kapitels des SGB V unterwirft, bleibt es demgegenüber bei der umfassenden Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit, dies unter Einbeziehung privatrechtlicher Streitigkeiten, durch die Dritte betroffen werden.