



Verband Forschender  
Arzneimittelhersteller e.V.

## **Stellungnahme**

**zu den Änderungsanträgen zum  
Entwurf eines Gesetzes zur Weiter-  
entwicklung der Organisationsstrukturen  
in der gesetzlichen Krankenversicherung  
(GKV-OrgWG)**

Hausvogteiplatz 13  
10117 Berlin  
Telefon 030 20604-0  
Telefax 030 20604-222  
[www.vfa.de](http://www.vfa.de)

Hauptgeschäftsführerin  
Cornelia Yzer

Im Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG), BT-Drs. 16/9559, liegen verschiedene Änderungsanträge vor, zu denen nachfolgend Stellung genommen wird:

**Änderungsanträge zum Vergaberecht  
(zu § 69 SGB V, § 130 a SGB V, § 305 SGB V, § 29 SGG,  
§ 116 GWB)**

Seit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) von 2007 müssen sich gesetzliche Krankenkassen bei ihren freiwilligen Einzelverträgen am kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbot (§§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB) messen lassen. Diesem ersten Schritt in die richtige Richtung will der Gesetzgeber jetzt einen weiteren Schritt folgen lassen, indem er über verschiedene Änderungsanträge zum Entwurf des GKV-OrgWG das Thema des Kartellvergaberechts aufgreift. Angesichts des derzeit anhängigen Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland und der drohenden Klage der EU-Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof sieht nun auch der Gesetzgeber beim Vergaberecht Handlungsbedarf. Hierauf hatten die vier Pharmaverbände VFA, BAH, BPI und ProGenerika in ihren Gemeinsamen Positionspapieren bereits seit geraumer Zeit hingewiesen.

Seite 2/8

Aus Sicht des VFA ist die Gesetzesinitiative zum Vergaberecht als weiterer Zwischenschritt in Richtung eines angemessenen wettbewerbs- und ordnungspolitischen Rahmens für das selektive Kontrahieren der Krankenkassen grundsätzlich zu begrüßen. Im Detail besteht jedoch noch dringender Korrekturbedarf. So ist unverständlich, dass man sich auf der einen Seite konsequent zeigen und entsprechend der Vorgaben des EU-Rechts die unmittelbare Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) auf die freiwilligen Einzelverträge der Krankenkassen klarstellen will. Auf der anderen Seite sollen aber abweichend vom Rechtsschutzsystem des Kartellvergaberechts die Landessozialgerichte anstelle der Oberlandesgerichte abschließend über vergaberechtliche Nachprüfungsanträge betroffener Unternehmen entscheiden. Durch diese Inkonsequenz droht die geplante wettbewerbliche Öffnung wieder zurückgefahren zu werden.

Darüber hinaus sollte es der Gesetzgeber im Bereich des selektiven Kontrahierens der gesetzlichen Krankenkassen nicht beim Aufgreifen des Kartellvergaberechts belassen, sondern durch weitergehende Gesetzesänderungen auch die im Hinblick auf das übrige Kartell- und Wettbewerbsrecht bestehenden Regulierungsdefizite beheben.

### Grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts auf freiwillige Einzelverträge der gesetzlichen Krankenkassen

§ 69 SGB V soll dahingehend geändert werden, dass das Vergaberecht (§§ 97 bis 115 GWB) auf freiwillige Einzelverträge der gesetzlichen Krankenkassen anzuwenden ist.

Der VFA begrüßt die Klarstellung, dass entsprechend der EU-rechtlichen Vorgaben das Vergaberecht des GWB im Zusammenhang mit freiwilligen Einzelverträgen der Krankenkassen für unmittelbar anwendbar erklärt wird. Den dabei gewählten Weg einer Rechtsgrundverweisung, bei der im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob bzw. welche vergaberechtlichen Vorschriften im Detail greifen, unterstützen wir.

Seite 3/8

### Zuständigkeit der Vergabekammern

Für den Rechtsschutz in vergaberechtlichen Streitigkeiten mit den gesetzlichen Krankenkassen ist vorgesehen, dass die Vergabekammern für Nachprüfungsanträge betroffener Unternehmen zuständig sind. Dies soll durch einen Verweis in § 69 SGB V auf die vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 102 bis 115 GWB erfolgen.

Die Zuständigkeit der beim Bundeskartellamt angesiedelten Vergabekammern des Bundes bzw. der Vergabekammern der Länder in vergaberechtlichen Streitigkeiten wird vom VFA ausdrücklich begrüßt. Die Vergabekammern sind wegen ihrer Sachnähe und Fachkompetenz hierfür besonders geeignet.

### Rechtsweg gegen Vergabekammerentscheidungen zu den Landes- sozialgerichten

Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern soll anstelle der im Vergabenachprüfungsverfahren sonst üblichen Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit der Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit, in diesem Fall zu den Landessozialgerichten, eröffnet werden.

Diese geplante Änderung ist abzulehnen. In den vergangenen zwei Jahren ist von Vergabekammern, Oberlandesgerichten und zuletzt auch vom Bundesgerichtshof überzeugend dargelegt worden, dass nach derzeitiger Rechtslage die Vergabekammern und Zivilgerichte für vergaberechtlichen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Rabattausschreibungen von Krankenkassen sachlich zuständig sind. Da dies Seitens der Sozialgerichtsbarkeit wiederholt in Frage gestellt worden ist, ist es auch aus Sicht des VFA wichtig, den sogenannten „Rabattkrieg der Gerichte“ zu beenden und Rechtssicherheit zu schaffen.

Dies sollte durch eine gesetzliche Klarstellung zur vergaberechtlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte erreicht werden, durch die das

seit langem in der Praxis bewährte Rechtsschutzsystem des GWB bestätigt wird. Die mit den Änderungsanträgen zum GKV-OrgWG geplante Lösung stellt hingegen eine künstliche „Aufspaltung“ des Rechtswegs bei vergaberechtlichen Streitigkeiten mit Krankenkassen dar, für die kein durchgreifender sachlicher Grund ersichtlich ist. Vielmehr widerspricht die Zuweisung der vergaberechtlichen Nachprüfung an die Landessozialgerichte dem Prinzip des „sach-nächsten“ Gerichts. Die vom GWB für die Überprüfung der Entscheidungen der Vergabekammern vorgesehenen Oberlandesgerichte mit ihren Vergabesenaten sind mit der Anwendung des Kartellvergaberechts langjährig vertraut. Demgegenüber zeigen die Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit häufig, dass den Gerichten der zur Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte und Zusammenhänge erforderliche Sachverstand fehlt. Dies dürfte bei der komplizierten Materie des Kartellvergaberechts (von Fragen der Klarheit der Leistungsbeschreibung bis hin zur etwaigen Aufteilung der nachgefragten Leistung in Lose) nicht anders sein, so dass mit einer Zuständigkeit der Landessozialgerichte in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren erhebliche Befürchtungen einhergehen.

Seite 4/8

Ein sachlicher Grund für die Rechtswegänderung kann auch nicht mit den Besonderheiten des Sozialrechts konstruiert werden. Das im GWB geregelte Kartellvergaberecht, das europarechtliche Vorgaben umsetzt, beruht auf den Grundsätzen der europäischen Waren- und Dienstleistungsfreiheit und differenziert ganz bewusst nicht zwischen verschiedenen Sektoren oder Branchen. Dementsprechend bestehen auch keine – materiellen oder prozessualen – Sonderregelungen für andere Sozial- oder Politikfelder (Bildungswesen, Landesverteidigung, etc.). Das Kartellvergaberecht stellt sich insoweit als eine rechtliche Querschnittsmaterie dar, deren prozessuale Regelungen sich in allen relevanten Wirtschafts-, Sozial und Politikbereiche bewährt haben. Dieses bewährte und im GWB für das Vergaberecht bewusst übernommene Prinzip würde durchbrochen und aufgelöst werden, wenn der Rechtsmittelzug künftig davon abhängig gemacht werden würde, welchen Regulierungen der betroffene Sektor im Übrigen unterliegt. Wegen des branchenübergreifenden Ansatzes des Kartellvergaberechts bedarf es erfahrener Richter, die aufgrund in ihrer täglichen Entscheidungspraxis diesen Überblick besitzen. Dies ist bei den Landessozialgerichten nicht der Fall. Letztlich besteht auch kein Grund zu der Befürchtung, es käme „bei den Rabattverträgen nach § 130 a Abs. 8 SGB V“ zu „uneinheitlichen“ Entscheidungen, wenn Vergabekammern und Oberlandesgerichte für den vergaberechtlichen Rechtsschutz und Sozialgerichte für alle sonstigen Rechtsfragen zu Rabattverträgen zuständig sind. Denn die Überprüfung der Vergabeentscheidung der Krankenkassen durch Vergabekammern und Oberlandesgerichte beschränkt sich darauf, ob die Kasse als der Auftraggeber die Bestimmungen für das Vergabeverfahren eingehalten hat (§§ 97 Abs. 7 i.V.m. § 104 Abs. 2 GWB). Um diese Spe-

zialfragen geht es im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, die das Kartellvergaberecht im GWB bewusst und branchenübergreifend zusammengefasst hat.

Die Zuweisung an die Landessozialgerichte der verschiedenen Bundesländer würde zudem die Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis gefährden. Aufgrund der bundesstaatlichen Finanzierung führt der Rechtsweg im Vergabeverfahren bisher über die Vergabekammer des Bundes zwingend zum Oberlandesgericht Düsseldorf. Bei einer Zuweisung an die regional zuständigen Landessozialgerichte würde die Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis (in Ermangelung einer Zuständigkeitskonzentration) nicht mehr gewährleistet.

Seite 5/8

Auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung macht es keinen Sinn, die Entscheidung über Rechtsmittel gegen Beschlüsse der Vergabekammern den Oberlandesgerichten wegzunehmen und den Landessozialgerichten zuzuschicken. So hat auch der Bundesgerichtshof erst vor kurzem ausdrücklich und zutreffend festgehalten, dass das GWB mit seinem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren unter Einschaltung der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte ein beschleunigtes Verfahren zur Verfügung stellt, das dem Interesse der Öffentlichkeit an einem raschen Abschluss von Vergabeverfahren nachkommt (Beschluss vom 15.07.2008, Az.: X ZB 17/08). Gerade das vergaberechtliche Rechtssystem des GWB vermeidet investitionshemmende und für die Allgemeinheit nachteilhafte langwierige Gerichtsverfahren. Insoweit macht der Austausch von Oberlandesgerichten als Rechtsmittelinstanz gegen Landessozialgerichte keinen Sinn.

Vor diesem Hintergrund ist der Änderungsantrag zur Zuständigkeit der Landessozialgerichte zu streichen und ist es bei der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte zu belassen. Angesichts des Zuständigkeitsstreits zwischen Sozialgerichten und Zivilgerichten sollte in § 51 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes eine entsprechende Klarstellung aufgenommen werden, dass vergaberechtliche Streitigkeiten mit Krankenkassen in die vom GWB vorgesehene ausschließliche Zuständigkeit von Vergabekammern und Zivilgerichten fallen.

#### Umfassende Anwendbarkeit des Kartellrechts erforderlich

Anzumerken ist, dass die geplante Gesetzesinitiative zwar einen weiteren Schritt in die richtige Richtung darstellt, es aus Sicht des VFA aber insgesamt zu kurz greift, sich bei den Änderungsanträgen ausschließlich auf das Kartellvergaberecht zu fokussieren. Dieses stellt nur einen Teilbereich des im GWB geregelten Kartellrechts dar. Der Gesetzgeber sollte vielmehr den mit dem GKV-WSG und dem GKV-OrgWG eingeschlagenen Weg konsequent fortsetzen. Hierzu haben die vier Verbände VFA, BAH, BPI und ProGenerika gemeinsame Regelungsvorschläge vorgelegt. So muss insbesondere das Kartellverbot des § 1 GWB für Krankenkassen entsprechend

gelten. Denn dass mit dem GKV-WSG die §§ 19 bis 21 GWB für entsprechend anwendbar erklärt wurden, reicht als Korrektiv nicht aus, um den Arzneimittelherstellern das notwendige Verhandeln mit „gleich langen Spießen“ zu ermöglichen. Dies hat nicht nur das Bundeskartellamt in seiner damaligen Stellungnahme zum GKV-WSG eingehend dargelegt. Auch die Monopolkommission hat vor kurzem in ihrem Siebzehnten Hauptgutachten mit dem Titel „Weniger Staat, mehr Wettbewerb - Gesundheitsmärkte und staatliche Beihilfen in der Wettbewerbsordnung“ hierauf Bezug genommen und sich für eine kritische Überprüfung des § 69 SGB V im Hinblick auf eine stärkere wettbewerbliche Ausrichtung ausgesprochen.

§1 GWB ist „die Grundnorm“ des deutschen Kartellrechts und verbietet wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, abgestimmte Verhaltensweisen und Beschlüsse. Es ist aus rechtlicher und ordnungspolitischer Sicht systemwidrig, wenn den gesetzlichen Krankenkassen auf der einen Seite mit den Rabattverträgen ein Instrument an die Hand gegeben wird, mit dem wettbewerbliche Handlungsspielräume ausgeschöpft werden sollen, auf der anderen Seite aber bestimmte Verhaltensweisen, die den hierdurch eröffneten Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen können, von vornherein dem Kartellrecht entzogen werden.

Seite 6/8

Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Kartellbehörden und insbesondere das Bundeskartellamt für etwaige Verstöße der Krankenkassen gegen das Kartellrecht zuständig sind. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden zur Durchsetzung des Kartellrechts und zur Sanktionierung von Verstößen der Krankenkassen stellt eine notwendige Konsequenz aus der Anwendbarkeit der Regelungen des GWB dar. Nur die Kartellbehörden verfügen über die erforderliche spezialisierte Sachkenntnis und die erforderlichen hoheitlichen Ermittlungsbefugnisse, was von großer praktischer Bedeutung ist. Da sich die Krankenkassen im Bereich des selektiven Kontrahierens schon nach jetziger Rechtslage am kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Boykottverbot (§§ 19 bis 21 GWB) messen lassen müssen, ist ebenfalls zu regeln, dass die Zivilgerichte für derartige kartellrechtliche Streitigkeiten wegen ihrer Sachnähe und Fachkompetenz sachlich zuständig sind.

### **Änderungsantrag zu Hausarztverträgen (zu § 73b SGB V)**

Der Änderungsantrag sieht vor, dass nur noch solche Gruppen von Leistungserbringern für den Abschluss eines Hausarztvertrages in Frage kommen, die mehr als 50 % der Hausärzte einer Region vertreten. Zudem sieht der Antrag vor, dass eine Schiedsperson die Vertragsinhalte festlegen soll, wenn sich Krankenkassen und Leistungserbringer nicht einigen können.

Die Kritik des VFA an einer solchen Regelung richtet sich nicht gegen einen konkreten (ärztlichen) Verband und erst recht nicht gegen die von ihm vertretenen Ärzte, sondern aus ordnungspolitischer Sicht gegen die Regelungssystematik.

Die Inhalte der Regelung laufen nämlich dem Ziel des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz zu wider, mehr Wettbewerb in das Gesundheitssystem einzuführen: Eine Umsetzung des Änderungsantrages hätte zur Folge, dass einem großen freien Verband eine Monopolstellung bei der Verhandlung von Verträgen eingeräumt würde – andere Verbände, auch wenn sie vielleicht bessere Konzepte anbieten würden, wären von vorne herein ausgeschlossen.

Seite 7/8

Konkret läuft der Änderungsantrag darauf hinaus, dass im Bereich der Hausärzte nur das Monopol der Kassenärztlichen Vereinigungen gegen ein anderes Monopol ausgetauscht würde – wobei die Kassenärztlichen Vereinigungen zumindest die gesamte Ärzteschaft vertreten. Ein Monopol ist aber per se negativ zu werten, und das eine durch das andere zu ersetzen, stellt keine Problemlösung dar.

Auch der Vorschlag, im Zweifel eine Schiedsperson über die Vertragsinhalte entscheiden zu lassen, kann nicht überzeugen: Wesentliches Element jedes Vertrages ist es, dass er zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt wird – sollte eine Einigung nicht möglich sein, muss ein anderer Partner gesucht werden.

Im Ergebnis bedeutet der Änderungsantrag, dass an die Stelle bilateraler Verhandlungen von Hausarztverträgen ein von außen vorgegebener Kompromiss mit statischen Vertragspartnern gesetzt würde. Ein solches Konstrukt hat mit mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen nicht mehr viel gemein. Es ist verfehlt.

### **Änderungsantrag zum Gesundheitsfond (zu § 272 SGB V)**

Mit diesem Änderungsantrag werden die Übergangsvorschriften zur Einführung des Gesundheitsfonds – insbesondere die sog. Konvergenzklausel – präzisiert.

Die vorgeschlagenen Änderungen belegen einmal mehr, dass die Einführung des Gesundheitsfonds große Risiken birgt, die auch von der Politik nicht voll zu überblicken sind. Auf der anderen Seite behebt der Gesundheitsfonds keines der Probleme des deutschen Gesundheitssystems!

Ziel der Gesundheitspolitik sollte daher sein, die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung auf eine solide Basis zu stellen – ohne eine nachhaltige Veränderung werden die Kosten der demo-

grafischen Entwicklung und des medizinisch-technischen Fortschritts zwangsläufig zum Kollaps des Systems führen.

Gerade in dieser Hinsicht vermag der Gesundheitsfonds es nicht, Akzente zu setzen: Weiterhin basiert die Finanzierung des Systems auf (lohn-)einkommensabhängigen Beiträgen. Der als Einstieg in die Finanzierung über sog. Kopfpauschalen propagierte „Zusatzbeitrag“ ist aufgrund seiner Deckelung unzureichend.

Letztlich wird die Einführung des Gesundheitsfonds daher nur zwei Folgen haben: Durch die Erhebung eines Einheitsbeitrages werden die Beiträge für viele Versicherte steigen – zudem werden die Krankenkassen versuchen, ihre Leistungsausgaben zu verringern, um die Erhebung eines Zusatzbeitrages zu vermeiden. Im Ergebnis wird also durch den Gesundheitsfonds die Versorgung für viele Patienten teurer und (potentiell) schlechter.

Seite 8/8

Anstatt also um die beste Versorgung der Patienten zu konkurrieren, setzt der Fonds lediglich Anreize für eine billige Versorgung – sogar dies aber nur bis zum Erreichen des Einheitsbeitrages, wenn kein Zusatzbeitrag mehr erhoben werden muss.

Der VFA fordert daher, die Einführung des Gesundheitsfonds zu überdenken und anstatt dessen eine nachhaltige Finanzierungsreform anzugehen, die die Lohnzentrierung der gesetzlichen Krankenversicherung aufbricht.

(Stand: 15.09.2008)