

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

Direktor des Deutschen Instituts für
Gesundheitsrecht (DIGR)
Binger Straße 64
14197 Berlin
Telefon: (030) 83 22 50 55
Telefax: (030) 89 73 18 60
E-Mail: sodan@digr.de

Homepage: www.digr.de

Freie Universität Berlin
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin
Telefon: (030) 838-53972,-53973
Telefax: (030) 838-54444
E-Mail: sodan@zedat.fu-berlin.de

Homepage: www.helge-sodan.de

Berlin, am 23. September 2008

Schriftliche Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisations-
strukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)
[BT-Drucks. 16/9559]**

Wegen der Kürze der Vorbereitungszeit im Hinblick auf die öffentliche Anhörung zum Entwurf des GKV-OrgWG im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 24.9.2008 muss ich mich in der vorliegenden schriftlichen Stellungnahme aus juristischer Sicht auf folgende Ausführungen beschränken, welche den **Änderungsantrag 8** der Fraktionen der CDU/CSU und SPD betreffen:

Dieser Antrag sieht eine Änderung des § 69 SGB V vor. Die derzeit geltende Fassung des § 69 SGB V beruht auf Art. 1 Nr. 40a des sog. GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG) vom 26.3.2007 (BGBl. I S. 378, 388), das folgenden Satz 2 in § 69 SGB V eingefügt hat:

„Die §§ 19 bis 21 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 Schiedsamtregelung gilt.“

Nach dem genannten Änderungsantrag soll der derzeitige Wortlaut den neuen Abs. 1 in § 69 SGB V bilden und der bisherige Satz 2 aufgehoben werden. Angestrebt wird die Anfügung folgenden Abs. 2:

„Die §§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend; die §§ 97 bis 115 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind anzuwenden, soweit die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Satz 1 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 in Satz 1 genannten Vorschriften gelten mit der Maßgabe, dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist.“

Die zu diesem Änderungsantrag von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD gegebene Begründung, die in Satz 1 angeordnete entsprechende Geltung der §§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) entspreche der bisherigen Rechtslage, ist insofern unzutreffend, als der derzeit geltende § 69 Satz 2 SGB V nach seiner Regelungssystematik lediglich auf ambulante Leistungen anwendbar ist. Der Entwurf des neuen Abs. 2 in § 69 SGB V bezieht sich hingegen auf *alle* Bereiche des Leistungserbringungsrechts, sofern diese nicht kollektivvertragliche Regelungen betreffen.

Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 19 bis 21 GWB bleibt jedoch weiterhin erheblich hinter dem Vorschlag des **Bundesrates** zurück, den dieser im Gesetzgebungsverfahren vor Erlass des GKV-WSG unterbreitet hat. Der Bundesrat sah es als erforderlich an, für die Rechtsbeziehungen nach § 69 Satz 1 SGB V generell das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und das GWB für entsprechend anwendbar zu erklären (siehe Nr. 20 der vom Bundesrat am 15.12.2006 beschlossenen Stellungnahme, BT-Drucks. 16/3950, S. 15). Zur Begründung führte der Bundesrat aus:

„Die Möglichkeiten der Kassen, Rabattverträge sowie Einzelverträge abzuschließen, werden erheblich erweitert. Die liberalisierten Fusionsmöglichkeiten für die Kassen werden in kürzester Zeit flächendeckende Monopole und Oligopole entstehen lassen. Vom Gesetzgeber gewünschte Elemente wie Ausschreibungen, insbesondere im großteils handwerklich strukturierten Hilfsmittelbereich, werden den Selektionsprozess auf der Leistungserbringerseite drastisch erhöhen. Dies gilt insbesondere deshalb, da bei kleineren regionalen Teilmärkten der Zuschlag zu Gunsten eines Leistungserbringers existenzvernichtend für die übrigen wirken kann. Deshalb ist angesichts der Marktmacht der Kassen zum Schutz der Leistungserbringer erforderlich, die allgemein geltenden Vorschriften des Wettbewerbsrechts für anwendbar zu erklären, soweit nicht spezielle Erfordernisse des Krankenversicherungsrechts entgegenstehen. Es ist Aufgabe des gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozesses, in Abwägung des Einzelfalls zu entscheiden, ob und inwieweit das Wettbewerbsrecht verbunden mit den von ihm geschützten Interessen aufgrund der Besonderheiten des Gesundheitsmarktes zurücktreten muss. GWB und UWG haben einen grundsätzlich universellen Anspruch, bereits jetzt umfasst das Wettbewerbsrecht eine Vielzahl unterschiedlicher Teilmärkte (z. B. Strommarkt, Telekommunikationsmarkt, Bauges-

werbe). Es muss und kann deshalb auch im Bereich des Gesundheitsmarktes zur Geltung gebracht werden.

Umgekehrt müssen auch die Kassen durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts geschützt werden. Das liberalisierte Vertragsrecht birgt bei monopol- bzw. oligopolartigen Strukturen der Leistungserbringer die dringende Gefahr der Erpressung der Kassen zur Durchsetzung höherer Vergütungen oder Entgelte [...]“ (BT-Drucks. 16/3950, S. 15).

Die Bundestagsfraktionen der CDU/CSU und SPD gehen offenbar weiterhin davon aus, dass es sich bei den gesetzlichen Krankenkassen weder nach deutschem noch nach europäischem Recht um Unternehmen handelt (vgl. bereits den Bericht des Ausschusses für Gesundheit u. a. zum Entwurf des GKV-WSG vom 1.2.2007, BT-Drucks. 16/4247, S. 35). Im Hinblick auf die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts tragen sie jedoch wesentlichen Regelungen aus dem GKV-WSG nicht hinreichend Rechnung.

1. Zum Begriff des Unternehmens

Der Begriff des Unternehmens ist ein allgemeiner Begriff des europäischen Wettbewerbsrechts. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wird der Unternehmensbegriff weit und umfassend verstanden. Diese Judikatur wählt einen **funktionalen** Ansatz: Dieser stellt auf die Art der ausgeübten Tätigkeit und *nicht* auf die institutionellen Eigenschaften derjenigen, welche sie ausüben, die damit verbundenen sozialen Zwecke oder die rechtlichen oder finanziellen Regelungen ab, denen sie in einem bestimmten Mitgliedstaat unterliegen (vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90 [Höfner und Elser], Slg. 1991, I-1979, Rn. 21; Urt. v. 17.2.1993 – Rs. C-159/91 und C-160/91 [Poucet und Pistre], Slg. 1993, I-637, Rn. 17; Urt. v. 22.1.2002 – Rs. C-218/00 [Cisal], Slg. 2002, I-691, Rn. 22). Ist eine Tätigkeit **wirtschaftlicher** Natur, so unterliegen danach diejenigen, die ihr nachgehen, dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft. Unter wirtschaftlicher Tätigkeit versteht der Europäische Gerichtshof jede Tätigkeit, die zum Gegenstand hat, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (EuGH, Urt. v. 24.10.2002 – Rs. C-82/01 P [Aéroports de Paris], Slg. 2002, I-9297, Rn. 79 m. w. N.).

2. Folgerungen des Generalanwalts Jacobs für die deutschen gesetzlichen Krankenkassen

Der Generalanwalt Francis G. Jacobs folgerte daraus in seinen Schlussanträgen vom 22.5.2003 in einem Verfahren, das sich auf die europarechtliche Überprüfung der Regelungen der Festbeträge für Arzneimittel nach § 35 SGB V bezog: Für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft sei der Status nach nationalem Recht irrelevant. Folglich könne dem Umstand, dass Krankenkassen nach deutschem Recht

Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, kein Gewicht beigemessen werden. Entscheidend sei vielmehr, ob die jeweilige Tätigkeit zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte (Verbundene Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 [AOK Bundesverband u. a.], Rn. 26 f.). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gibt es nämlich kein Bedürfnis nach Anwendung der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft, wenn die Möglichkeit, dass ein privates Unternehmen eine bestimmte Tätigkeit ausübt, insoweit auszuschließen ist (siehe EuGH, Urt. v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94 [Fédération Française des Sociétés d'Assurance], Slg. 1995, I-4013, Rn. 21). Jacobs vertrat mit einer sehr ausführlichen Begründung die Auffassung, dass die deutschen Kassenverbände bei der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel als Unternehmensvereinigung im Sinne des Art. 81 des EG-Vertrages (EGV) anzusehen seien (Jacobs a. a. O., Rn. 37 ff.).

3. Festbetrags-Urteil des Europäischen Gerichtshofes

In seinem Urteil vom 16.3.2004 folgte der Europäische Gerichtshof jedoch seinem Generalanwalt nicht und wies darauf hin, dass die deutschen gesetzlichen Krankenkassen an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mitwirkten; sie nähmen insoweit eine rein soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werde. Besonders hervorzuheben sei die gesetzliche Verpflichtung der Krankenkassen, ihren Mitgliedern im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe seien; die Krankenkassen hätten somit keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf diese Leistungen. Sie konkurrierten daher weder miteinander noch mit den privaten Einrichtungen hinsichtlich der Erbringung der im Bereich der Behandlung oder der Arzneimittel gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen, die ihre Hauptaufgabe darstellten. Speziell in Bezug auf die Festbeträge für Arzneimittel meinte der Europäische Gerichtshof, mit der Festsetzung der Festbeträge erfüllten die Kassenverbände nur eine ihnen gesetzlich auferlegte Pflicht im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit; sie handelten nicht als Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten (EuGH, DVBl. 2004, 555, 556; dazu näher Sodan, Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Krankenversicherungsrecht, GesR 2005, 145 ff.). Der Europäische Gerichtshof antwortete somit auf die Vorlagefragen des Bundesgerichtshofes und des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, die deutschen Kassenverbände seien keine Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 EGV, wenn sie Festbeträge festsetzen, bis zu deren Erreichen die Krankenkassen die Kosten für Arzneimittel übernehmen (EuGH, DVBl. 2004, 555).

4. Zu den Auswirkungen des GKV-WSG

Zu beachten ist jedoch, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 16.3.2004 auch von einem „Spielraum“ sprach, „über den die Krankenkassen verfügen, um ihre Beitragssätze festzulegen und einander einen gewissen Wettbewerb um Mitglieder zu liefern“ (EuGH, DVBl. 2004, 555, 556). Nimmt dieser Spielraum durch Änderungen des Rechts der GKV zu, könnte der Europäische Gerichtshof künftig zu anderen Ergebnissen gelangen als in seinem Urteil zu den Festbeträgen für Arzneimittel. So ist etwa darauf hinzuweisen, dass den gesetzlichen Krankenkassen in jüngerer Zeit schon vor dem GKV-WSG verstärkte Freiräume zur individuellen Gestaltung ihrer Leistungen eröffnet wurden, wie sich am Beispiel des **Angebots integrierter Versorgungssysteme** (§§ 140a ff. SGB V) kombiniert mit **Bonusmodellen** i. S. v. § 65a SGB V zeigen lässt.

Diese und die Tendenz zur **Relativierung des sog. Solidarprinzips** in der GKV hat das GKV-WSG vom 26.3.2007 in mehrfacher Hinsicht deutlich verstärkt. In der Rechtswissenschaft wird bereits von „einer schleichenden Verdünnung des Solidarprinzips“ gesprochen, „die nicht erst mit dem GKV-WSG begonnen“ habe, sondern „durch dieses nur weitergeführt und vertieft“ werde (so mit den nachfolgenden Argumenten Kingreen, Die Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenkassen, Vortrag im Rahmen der 6. Berliner Gespräche zum Gesundheitsrecht am 25.4.2007, demnächst veröffentlicht in: Sodan [Hrsg.], Die Gesundheitsreform 2006/2007 aus juristischer und politischer Perspektive). Dies lässt sich an folgenden Punkten verdeutlichen:

a) Zunächst ist auf die Einführung sog. **Wahltarife** hinzuweisen. Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 SGB V kann die einzelne Krankenkasse nunmehr in ihrer Satzung regeln, dass Mitglieder für jeweils ein Kalenderjahr einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Kosten übernehmen können (Selbstbehalt). Für diese Mitglieder hat die Krankenkasse Prämienzahlungen vorzusehen (§ 53 Abs. 1 Satz 2 SGB V), die der Höhe nach durch § 53 Abs. 8 Satz 4 SGB V beschränkt sind. Selbstbehalte modifizieren die Verteilung der Risiken zwischen dem einzelnen Versicherten und der Solidargemeinschaft in der Krankenkasse. Indem ein bestimmter Schadensanteil nicht mehr von der Krankenkasse übernommen wird, kommt es zu einer Übertragung des finanziellen Risikos von der Versichertengemeinschaft auf den erkrankten Versicherten. Damit wird eine für die Sozialversicherung gerade nicht typische Individualäquivalenz eingeführt: Aufgrund der Prämienzahlungen profitieren vom Selbstbehalt diejenigen, die keine oder nur wenige Leistungen in Anspruch nehmen; nachteilig wirken sich Selbstbehalte hingegen zu Lasten derjenigen aus, die viele Leistungen in Anspruch nehmen (müssen). Es liegt auf der Hand, dass Selbstbehalte infolgedessen tendenziell attraktiver für gesunde als für kranke Versicherte sind. Regelmäßig dürften sich dafür auch eher junge als alte Versicherte entscheiden, deren

Krankheitsrisiko innerhalb der gesetzlich festgelegten Mindestbindungsfrist von drei Jahren statistisch wesentlich höher ist. Mit großer Wahrscheinlichkeit werden junge und/oder gesunde Versicherte daher eher geneigt sein, Selbstbehalte zu wählen. Ihnen ermöglicht es der Gesetzgeber, sich später – also mit zunehmendem Alter – wieder für den umfassenden Versicherungsschutz zu entscheiden. Auf diese Weise wird die Solidargemeinschaft belastet, zu der diese Versicherten in jungem Alter aufgrund ihrer Prämienansprüche weniger beigetragen haben. Selbstbehalte führen also zu einer Risikoselektion. Es kommt zu einer Schwächung des **horizontalen Solidarprinzips** zugunsten horizontaler Äquivalenz. Die finanzielle Belastung des einzelnen Versicherten hängt nicht mehr nur von der Leistungsfähigkeit, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit ab, innerhalb des vereinbarten Zeitraums zu erkranken. Die gesetzlich vorgesehenen **Beitragsrückerstattungen** haben prinzipiell eine Funktion und Wirkung, die sich mit Selbsthalten vergleichen lässt. Sie sollen den Versicherten motivieren, nach Möglichkeit von einer Inanspruchnahme von Leistungen zu Lasten seiner Krankenkasse abzusehen. Wer aufgrund einer Erkrankung diese Inanspruchnahme nicht vermeiden kann, muss auch auf die Beitragsrückerstattung verzichten.

b) Zu einer Relativierung des Solidarprinzips führt auch die durch das GKV-WSG erheblich ausgeweitete **Steuerfinanzierung der GKV**. In dem neu gefassten § 221 Abs. 1 Satz 1 SGB V heißt es, dass der Bund „zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen für das Jahr 2007 und das Jahr 2008 jeweils 2,5 Milliarden Euro in halbjährlich zum 1. Mai und zum 1. November zu überweisenden Teilbeträgen über das Bundesversicherungsamt an die Krankenkassen“ leistet. Nach § 221 Abs. 1 Satz 2 SGB V erhöhen sich die Leistungen in den Folgejahren um jährlich 1,5 Milliarden Euro bis zu einer jährlichen Gesamtsumme von 14 Milliarden Euro. Damit wird der solidarische Charakter der GKV deutlich verändert. Wenn nämlich ein sozialer Ausgleich im Sozialversicherungssystem nur noch bedingt angestrebt wird, entfällt dessen Gefährdung durch die Konkurrenz mit privaten Versicherungsunternehmen ebenso wie der Grund, den Wettbewerb durch das Sozialversicherungsmonopol zu unterbinden. Insoweit nicht mehr bestimmte Versichertengruppen, sondern die Gesamtheit der Steuerzahler den solidarischen Ausgleich finanzieren, büßt die GKV ihren besonderen Charakter als binnensolidarische Einrichtung ein. Aus kartellrechtlicher Sicht bedeutet dies: Eine solidarische Versicherung, in der die Umverteilung nicht mehr nur durch Beiträge insbesondere der Besserverdienenden bzw. der Träger der sog. besseren Risiken, sondern wesentlich auch aus dem allgemeinen Steueraufkommen finanziert wird, kann ein privatwirtschaftlich handelndes Versicherungsunternehmen ebenso anbieten wie eine gesetzliche Krankenkasse. Daher wäre es konsequent, eine solche Versicherung als wirtschaftliche Betätigung im Sinne von Art. 81 EGV zu qualifizieren. Ein steuerfinanzierter Solidarausgleich könnte schließlich auch privaten Versiche-

rungsunternehmen zugute kommen, die sich gewissermaßen als Gegenleistung zur beitragsfreien Mitversicherung der Kinder verpflichten.

c) Von den vielfältigen Regelungen des GKV-WSG sind im vorliegenden Zusammenhang auch die Vorschriften zum **Basistarif** bedeutsam. Das GKV-WSG sieht für die PKV mit Wirkung zum 1.1.2009 die Einführung eines Basistarifs im Leistungsumfang der GKV mit Kontrahierungszwang ohne vorangegangene Risikoprüfung vor. Leistungsausschlüsse und Risikozuschläge sind dementsprechend nicht zulässig. Zugangsberechtigt sollen unter Berücksichtigung gesetzlich bestimmter Fristen grundsätzlich die Nicht-(mehr)-Versicherten, die freiwillig in der GKV Versicherten, die Beihilfeberechtigten sowie alle PKV-Versicherten sein (siehe dazu näher Sodan, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007. Verfassungs- und europarechtliche Probleme des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes, 2. Aufl. 2007, S. 75 ff.).

Zwar wird der Solidarausgleich in der GKV durch den Basistarif nicht berührt. Der Basistarif enthält jedoch Teilelemente des Solidarprinzips und nähert auf diese Weise die PKV der GKV an (vgl. dazu Axer, NZS 2008, 482 ff.). Der Sonderstatus der GKV wird damit gewissermaßen von der anderen Seite in Frage gestellt. Bieten GKV und PKV ein vergleichbares Produkt an, so müssen sie insoweit kartellrechtlich gleich behandelt werden. Daraus folgt: Entweder sind sowohl gesetzliche Krankenkassen als auch private Krankenversicherer Unternehmen, oder aber es sind beide nicht.

Die drei genannten Regelungskomplexe sprechen jedenfalls – unter Zugrundelegung der Maßstäbe aus dem sog. Festbetrags-Urteil des Europäischen Gerichtshofes von 2004 – dafür, dass die gesetzlichen Krankenkassen nach dem GKV-WSG doch als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen sind.

5. Folgerungen für die Anwendbarkeit deutschen Kartellrechts

Geht man seit dem GKV-WSG von der Anwendbarkeit der Art. 81 und 82 EGV auf die deutschen gesetzlichen Krankenkassen aus, so wäre es konsequent, aus dem deutschen Kartellrecht jedenfalls auch die **§§ 1 und 33 GWB** für entsprechend anwendbar zu erklären. Denn § 1 GWB entspricht mit seinem Kartellverbot dem Art. 81 EGV. § 33 GWB, der Unterlassungsanspruch und Schadensersatzpflicht regelt, müsste schon deshalb auf die in § 69 Abs. 1 SGB V in der Fassung des Änderungsantrages 8 genannten Rechtsbeziehungen anwendbar sein, um bei Verstößen gegen Art. 81 oder 82 EGV Betroffenen sachangemessene Ansprüche einzuräumen.