



Stellungnahme

des Verbandes der Ersatzkassen e. V. (vdek)
zum Entwurf für ein Achstes Gesetz zur Änderung
des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
(8. GWB-ÄndG) – Bundesratsdrucksache 176/12

Stand: 14. Juni 2012

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkung	3
2. Bewertung	4
3. Sonderfall Ersatzkassen	10

Anlage: „Beispiele für gesetzlich gewollte Kooperationen von
Krankenkassen nach dem SGB“

1. Vorbemerkung

Mit der Entscheidung des Bundeskabinetts vom 28.03.2012 liegt ein Gesetzesentwurf für die Überarbeitung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-Novelle) vor. Dieser enthält in Artikel 3 und 4 auch Regelungen über die Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Dabei ist Folgendes vorgesehen:

- Das Absprachenverbot und die Missbrauchsaufsicht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) werden auch auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten für entsprechend anwendbar erklärt. Die Durchsetzung dieser Normen soll in der Zuständigkeit der Kartellbehörden liegen.
- Den Krankenkassen wird mit der entsprechenden Geltung des § 12 Absatz 1–3 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) die Möglichkeit eingeräumt, gegen unlautere Wettbewerbsmaßnahmen mittels Abmahnungen und gerichtlich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen.
- Es wird eine gesetzliche Regelung zur entsprechenden Anwendung der Zusammenschlusskontrolle des GWB auf die Vereinigung von gesetzlichen Krankenkassen geschaffen. Für diese Zusammenschlusskontrolle soll auch das Bundeskartellamt zuständig sein.
- Die Zuständigkeit der Zivilgerichte wird sowohl auf die erweiterte entsprechende Anwendbarkeit des Kartellrechts (§ 4 Absatz 3 SGB V –neu–) als auch auf die Zusammenschlusskontrolle (§ 172a SGB V –neu–) ausgedehnt. Für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Leistungserbringern nach § 69 SGB V besteht diese Zuständigkeit bereits seit dem 01.01.2011.

Die Ersatzkassen und ihr Verband wären in besonderer Weise von der 8. GWB-Novelle betroffen, sollte der Bundestag diese verabschieden. Hierzu wird unter Punkt 3 gesondert Stellung genommen. Unter Punkt 2 werden die grundsätzlichen ordnungs-, sozial- und wettbewerbspolitischen Bedenken formuliert, die der vdek gegenüber der Novellierung des Wettbewerbsgesetzes mit Bezug auf die GKV hat.

Im Weiteren verweisen wir auf die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes, die von uns vollinhaltlich mitgetragen wird. Vom vdek wird das Thema hier mit Schwerpunkt auf ergänzende Praxisverweise aufbereitet. In der beigefügten Anlage findet sich eine Sammlung an Beispielen, welche Formen der Zusammenarbeit der Krankenkassen durch die 8. GWB-Novelle gefährdet werden.

2. Bewertung

Die im vorliegenden Kabinettsentwurf vorgesehene Ausdehnung der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen ist nicht sachgerecht. Mit dem Arzneimittelmarkt-Neuordnungsgesetz (AMNOG) wurde bereits der § 69 Absatz 2 Satz 2 und 3 SGB V dahingehend geändert, dass das Kartellrecht entsprechende Anwendung auf die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern findet, mit Ausnahme von gesetzlich verpflichtend gemeinsamen und einheitlichen zu schließenden Verträgen sowie Beschlüssen, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstigen Entscheidungen der Krankenkassen oder deren Verbände. Diese Ausnahme gilt auch für Beschlüsse, Richtlinien und sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses. Diese Systematik des § 69 Absatz 2 SGB V soll jetzt auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten ausgedehnt werden. Gleichzeitig soll die bisher allein auf der Grundlage der Gesetzesbegründung zu § 171a SGB V in der Fassung des GKV-WSG durchgeführte Vereinigungskontrolle durch das Bundeskartellamt legitimiert werden.

Die vorgesehene Ausdehnung des Kartellrechts hat weitreichende negative Konsequenzen für die Versorgung der Versicherten und das selbstverwaltete Krankenversicherungssystem. Deshalb wird die entsprechende Anwendung der Vorschriften des GWB auf die gesetzliche Krankenversicherung einschließlich der Fusionskontrolle und die Zuweisung des Rechtsweges auf die Zivilgerichte nachdrücklich abgelehnt. Anstelle dessen wird die Regelung eines wettbewerblichen Ordnungsrahmes im Sozialgesetzbuch empfohlen, der deutlich macht, in welchen Zusammenhängen eine Abstimmung der Krankenkassen untereinander gewollt ist und in welchen nicht.

Änderungsvorschlag

Artikel 3 ist zu streichen.

Artikel 4 Absatz 8 wird wie folgt gefasst: „§ 51 Abs. 3 des Sozialgerichtsgesetzes wird gestrichen“.

Begründung:

a. Das Kooperationsgebot des SGB V steht im Widerspruch zum Kooperationsverbot des GWB.

Nicht nur die gesetzliche Krankenversicherung ist durch das Kooperationsgebot geprägt (§ 4 Absatz 3 SGB V), vielmehr ist es ganz allgemein ein Grundprinzip der Sozialversicherung. So sieht § 17 Absatz 3 SGB I das Gebot der vertikalen Zusammenarbeit und § 86 SGB X das Gebot der horizontalen Zusammenarbeit vor. Das sozialrechtliche Kooperationsgebot als Grundprinzip steht im klaren Gegensatz zum generellen Kooperationsverbot des GWB. Die gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts unterliegen vielfältigen öffentlich rechtlichen Bindungen, angefangen von den Grundrechten der Versicherten und der Leistungserbringer bis hin zu den sozialrechtlichen Detailbestimmungen. Das Sozialgesetzbuch fordert die Krankenkassen im Interesse der Wirtschaftlichkeit und der Gleichmäßigkeit der Versorgung vielfach ausdrücklich zum gemeinsamen Handeln auf. Dieses erschöpft sich nicht in Maßnahmen, deren gemeinsame und einheitliche Umsetzung zwingend vorgeschrieben ist. Vielmehr werden in einer Vielzahl von Normen die Krankenkassen und ihre Verbände zur Kooperation ermächtigt und ermutigt, ohne das ausdrücklich alle gemeinsam handeln müssen. Trotz dieser gesetzlichen Aufforderung würde die vorgesehene Novelle abgestimmte Verhaltensweisen der Krankenkassen dem Generalverdacht unzulässiger Absprachen des § 1 GWB unterstellen. Künftig hätten danach das Bundeskartellamt beziehungsweise die Kartellgerichte die Definitionshoheit darüber, inwieweit freiwillige Kooperationen in der GKV zulässig sind. Deren Maßstab ist dabei ein zivilrechtliches Wettbewerbs- und Marktverständnis, das den Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen nicht kennt und dessen besondere Berücksichtigung dabei – anders als zumindest noch in der Gesetzesbegründung zur aktuellen Fassung des § 69 Absatz 2 SGB V durch das AMNOG – auch nicht gesetzlich angeordnet werden soll. Die vorgesehene nahezu uneingeschränkte Übertragung des europarechtlich geprägten Kartellrechts passt demnach nicht zum öffentlichen Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen. Insofern stehen die Strukturvorstellung des Wettbewerbsrechts und des Rechts der gesetzlichen Krankenkassen zueinander in einem diametralen Widerspruch.

Beispiele für die hier zitierte Zusammenarbeit der Krankenkassen sind:

- Gemeinsame Präventionsprojekte nach § 20a und § 20b SGB V, wie sie vielfach auf der regionalen Ebene in sogenannten Settings wie Kindergärten, Schulen oder Seniorenheimen durchgeführt werden,

- die kassenindividuelle Selbsthilfeförderung nach § 20c SGB V, die aufgrund der Kassenstrukturen auf der kommunalen und regionalen Ebene nur gemeinschaftlich aufrechterhalten und umgesetzt werden kann,
- Kooperationsprojekte auf der Bundesebene wie z. B. das Mammografie-Screening oder das Endoprothesenregister (freiwillige Kooperation zwischen AOK-Bundesverband und vdek) oder die Förderung von Versorgungsstudien wie zur Vakuumversiegelungstherapie oder Brachytherapie (Ersatzkassen) und sonstige Modellvorhaben nach § 63 SGB V,
- die gemeinsame Beschaffung von Sprechstundenbedarf ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage,
- die Kooperation im Rahmen der Zusammenarbeit zur Verhinderung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen u. a. m. (siehe auch Anlage „Beispiele für gesetzlich gewollte Kooperationen von Krankenkassen nach dem SGB“).

Den Widerspruch zwischen den Strukturprinzipien des Wettbewerbsrechts und jenen des Rechts der gesetzlichen Krankenkassen löst die Gesetzesbegründung auch nicht auf, wenn sie Kooperationen und Arbeitsgemeinschaften weiterhin als möglich und wünschenswert erachtet, sie aber dennoch unter dem Vorbehalt der Vorschriften des GWB ohne Ausnahmeregelung belässt. Selbst dann, wenn Kooperationen aufgrund von Rechtfertigungsgründen weiterhin möglich bleiben, wird allein der damit verbundene Verwaltungsaufwand – Einschätzung des kartellrechtlichen Eingriffspotentials, Begutachtung der Rechtfertigungsmöglichkeiten durch externe Kartellrechtsexperten – dazu führen, dass sich das im Gesetz angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis zulasten einer abgestimmten Versorgung im Sinne der Versicherten ins Gegenteil verkehren wird.

b. Der leistungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz darf nicht gefährdet werden.

Die vorgesehene undifferenzierte Anwendung des Kartellverbots auf die Beziehung der gesetzlichen Krankenversicherungen untereinander und zu den Versicherten konfligiert mit dem kooperativ ausgerichteten System der Leistungsbestimmungen in der GKV. Danach erhalten die Versicherten in der GKV ihren Leistungsanspruch auf Grundlage eines öffentlich rechtlichen Rechtsverhältnisses. Die Krankenkassen unterliegen einem Kontrahierungszwang. Es gilt gemäß Artikel 3 des Grundgesetzes der Gleichbehandlungsgrundsatz, aus dem sich für die Pflichtversicherten in Deutschland der Anspruch auf ein gleiches Versicherungsniveau ableitet, was durch den einheitlichen GKV-Leistungskatalog gewährleistet wird. Zur Sicherstellung dieses einheitlichen Versorgungsniveaus müssen die Krankenkassen entweder unmittelbar oder über ihre Verbände zusammenarbeiten. Die wesentlichen Strukturprinzipien Solidarität, Subsidiarität, Sachleistung und Selbstverwaltung sichern dabei den hohen Standard der Gesundheitsversorgung in Deutschland. Die Krankenkassen sind als Teil der mit-

telbaren Staatsverwaltung bei der Leistungsgewährung strikt an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden, der – im Gegensatz zur unternehmerischen Freiheit – willkürliches Handeln verbietet.

Zur Sicherstellung eines einheitlichen Versorgungsniveaus unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes arbeiten die Krankenkassen und ihre Verbände zusammen und konkretisieren sowohl versicherungs-, beitrags- und leistungsrechtliche Fragen mit dem Ziel einer übereinstimmenden Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen und einer entsprechenden Beratung ihrer Mitgliedskassen. Dies konkretisiert sich in gemeinsamen Rundschreiben und Besprechungsergebnissen, die grundsätzlich zwar einen empfehlenden Charakter haben, als empfehlende Vorgabe sehr wohl aber steuernd wirken. In der Kartellrechtsprechung sind aber gerade Empfehlungen, Mitteilungen und Rundschreiben, die die Tendenz einer steuernden Wirkung auf die Verbandsmitglieder beinhalten, verbandstypische Aufhänger des Kartellrechts.

Beispiele für wesentliche Fragestellungen der letzten Zeit waren unter anderem

- Leistungsabgrenzungen bei Kassenschließung oder Kassenwechsel (sowohl innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung als auch zur privaten Krankenversicherung),
- leistungsrechtliche Fragen zum Krankengeld und zum Mutterschaftsgeld oder
- die Bestimmung des Gesamteinkommens zur Beurteilung der Familienversicherung.

Prinzipiell sind hier also Bereiche angesprochen, die grundsätzlich kein Wettbewerbsfeld sein sollen, die im Zweifel durch die GWB-Novellierung aber einem ungewollten Wettbewerb unterworfen würden, da hier eine Abstimmung der Krankenkassen untereinander nicht gesetzlich verpflichtend vorgegeben ist. Dies würde den einheitlichen Leistungskatalog gefährden.

c. Wettbewerbsrecht darf Versorgungsauftrag der Krankenkassen nicht behindern.

Wettbewerb kann in der GKV als ergänzendes Instrument dazu dienen, die Effizienz und die Qualität der Leistungserbringung und Leistungsbeschaffung im Interesse der Versicherten und Beitragszahler zu stärken und durch eine Intensivierung weiter zu verbessern. Die eingeführten Wettbewerbselemente können aber weder Selbstzweck noch Leitmotiv der gesetzlichen Krankenversicherung sein noch dies werden. Wettbewerb muss immer den Besonderheiten des sozialversicherungsrechtlichen Gesundheitsmarktes Rechnung tragen. Zu diesen Besonderheiten zählen – neben den bereits genannten Strukturprinzipien – der gesetzlich vorgegebene Leistungskatalog, der Kontrahierungszwang, das ge-

gesetzliche Zusammenarbeitsgebot, die verpflichtende Bildung von Haftungsgemeinschaften konkurrierender Krankenkassen sowie vor allem der gesetzliche Versorgungsauftrag. Die vorgesehene, nahezu uneingeschränkte Übertragung des Kartellrechts passt nicht zum öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen.

d. Sozialrechtsspezifische Wettbewerbsregeln sind notwendig.

Anstatt der vorgesehenen undifferenzierten Ausdehnung des Kartellrechts im Rahmen der 8. GWB Novelle sollte besser durch eine sozialrechtsspezifische Wettbewerbsregelung den Besonderheiten der gesetzlichen Krankenversicherung Rechnung getragen werden. Damit könnte sichergestellt werden, dass gerade auch im Interesse einer wirtschaftlichen, qualitativ hochwertigen und gerechten Gesundheitsversorgung der Versicherten in Deutschland die nationale Gestaltungskompetenz für das Gesundheitswesen, die Berücksichtigung des Versorgungsauftrages der Krankenkassen und das Prinzip der Selbstverwaltung weiterhin gewährleistet bleiben. Eine entsprechende Wettbewerbsordnung für das Handeln der Krankenkassen, durch welches das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und ihr Verhältnis zu den Versicherten geregelt wird, muss daher konsequenterweise unmittelbar im Sozialrecht verankert werden.

e. Parallele Aufsichtskompetenzen führen zu mehr Bürokratie.

Das Sozialrecht geht davon aus, dass sich Krankenkassen zugunsten leistungsfähiger Einheiten zusammenschließen. Die Vereinigung kommt jedoch nicht allein durch einen Willensakt der beteiligten Krankenkassen zustande, sondern muss beantragt werden und bedarf der Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörden. Die zuständigen Aufsichtsbehörden müssen vor Erteilung dieser Genehmigung dabei die Erhaltung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit im Blick haben. Eine zusätzliche kartellrechtliche Vereinigungskontrolle, wie sie die 8. GWB-Novelle vorsieht, würde zu parallelen Aufsichtskompetenzen nach dem Sozial- und Wettbewerbsrecht und damit zu Wertungswidersprüchen führen. Dabei tritt das Stellungnahmerecht der Aufsichtsbehörden zusätzlich neben dasjenige der obersten Landesbehörden, sodass auch der bürokratische Aufwand steigt.

Hinsichtlich der kartellrechtlichen und sozialrechtlichen Bewertungen von Zusammenschlüssen gibt es unterschiedliche Zielstellungen. Die sozialrechtliche oder gesundheitspolitische Perspektive geht davon aus, dass die Krankenkassen sich zugunsten leistungsfähiger Einheiten zusammenschließen. Die Aufsichtsbehörden haben die Verpflichtung, Krankenkassen zu überwachen und entweder aktiv einer Vereinigung – ggf. zwangsweise – zuzuführen (§ 172 Absatz 3 SGB

V) oder zu schließen, wenn deren Leistungsfähigkeit nicht mehr auf Dauer gesichert ist (§ 153 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V). Während also die sozialrechtliche Aufsicht bei einer Vereinigung die Erhaltung der Leistungsfähigkeit und deren Wirtschaftlichkeit im Blick haben muss, geht die kartellrechtliche Vereinigungskontrolle von der Bewahrung von Anbietervielfalt und der Verhinderung von Marktmacht aus. Dieser unterschiedliche Bewertungsmaßstab könnte auch zu Schwierigkeiten bei sogenannten „Rettungsvereinigungen“ führen. Sollten diese vom Kartellamt abgelehnt werden, bliebe nur noch die Möglichkeit des Ministererlasses. Hier wäre allerdings nicht der Bundesgesundheitsminister für die letztendliche Bewertung von Vereinigungen zuständig, sondern der Bundeswirtschaftsminister.

Somit werden Kontrollinstanzen mit entgegengesetzten Perspektiven gegen einander laufen gelassen, anstatt den sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden zusätzliche inhaltliche Beurteilungskriterien an die Hand zu geben, um ein Zusammenschlussvorhaben künftig auch unter dem Gesichtspunkt entstehender Marktstrukturen zu bewerten. Richtigerweise sollen dem Gesetzesvorhaben zur Folge in dem Zusammenschlusskontrollverfahren zwar auch die sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden Gehör finden, ohne aber ihre Sichtweise letztlich durchsetzen zu können. Vielmehr erhält das Bundeskartellamt die vorrangige Entscheidungshoheit über Zusammenschlüsse von Krankenkassen, obwohl der Wettbewerb nur einen kleinen Teil ihres Aufgabenspektrums ausmacht. Damit würde die an sich weitergehende Kontrollaufgabe der sozialrechtlichen Aufsichtsbehörden faktisch ausgehebelt.

f. Zuständigkeiten der Sozialgerichte erhalten.

Die Novellierung des GWB sieht in Artikel 4 Absatz 8 vor, dass für kartellrechtliche Streitigkeiten künftig die Zivilgerichte zuständig sein sollen. Von dieser Vorschrift werden die Rechtsstreitigkeiten der Krankenkassen untereinander als auch die Streitigkeiten zwischen den Krankenkassen und den Kartellbehörden.

Die Sozialgerichte haben in der Vergangenheit bereits unter Beweis gestellt, dass sie zeitnah Entscheidungen treffen können, bei denen sie sowohl das Sozialrecht als auch das Wirtschaftsrecht mit einem angemessenen und ausgewogenen Entscheidungsmaß in Einklang bringen. Es besteht daher kein Grund, von dem Grundsatz abzuweichen, nach dem die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung entscheiden. Der vdek fordert daher den Gesetzgeber auf die Zuständigkeit der Sozialgerichte für alle Angelegenheiten der GKV festzuschreiben.

3. Sonderfall Ersatzkassen

§ 212 Absatz 5 Satz 4 SGB V formuliert eine Kooperationsverpflichtung für die Ersatzkassen für nicht gemeinsam und einheitlich zu treffende Entscheidungen. Sie haben insoweit einen gemeinsamen Bevollmächtigten mit Abschlussbefugnis zu benennen. Dies kann laut Gesetz auch der vdek mit seinen Landesvertretungen sein. Dies ist ausdrücklich politisch gewünscht und wird nachgefragt bei Entscheidungen zur Unterstützung von Initiativen der Bundesländer (zum Beispiel in NRW mit dem Präventionskonzept NRW und seinen verschiedenen Einzelinitiativen zur Tabakprävention, zur Sturzprophylaxe bei Senioren, im Kindergartenalter u. v. m.). Dies betrifft auch die Einbeziehung der Ersatzkassen in den politischen Dialog in den Ländern (Landesgesundheitskonferenzen, Landespflegekonferenzen). Bei den Ersatzkassen wird der grundsätzliche Widerspruch zwischen Sozialrecht und Wettbewerbsrecht besonders deutlich: Während das Sozialrecht im § 212 Absatz 5 SGB V ausdrücklich zur Zusammenarbeit verpflichtet, wäre diese Zusammenarbeit nach der Novellierung des Wettbewerbsrecht wettbewerbswidrig, da die Ersatzkassen in jedem Bundesland den kartellrechtskritischen Grenzwert von 15 Prozent Marktanteil deutlich überschreiten. Mit anderen Worten: die Zusammenarbeit der Ersatzkassen wird in allen Ländern unter den Generalverdacht der Wettbewerbswidrigkeit gestellt. Dies ist umso absurder, da das Zusammenarbeitsmodell der Ersatzkassen Pate für die gemeinsamen Bevollmächtigten der anderen Kassenarten (§ 212 Absatz 6 SGB V) gestanden hat, die erst durch das Versorgungsstrukturgesetz mit Wirkung vom 01.01.2012 eingeführt worden sind. Hintergrund war, dass die Bundesländer angesichts der Vereinigungsprozesse sowohl bei den Krankenkassen als auch bei deren Landesverbänden verbindliche Ansprechpartner auf Landesebene zur Abstimmung und Ausgestaltung der regionalen Daseinsvorsorge gefordert hatten. Durch die entsprechende Anwendung des § 1 GWB würden diese Ansprechpartner nur noch insoweit sprachfähig sein, als es um gesetzlich verpflichtende Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen ginge.

Verband der Ersatzkassen e. V. (vdek)
 Askanischer Platz 1
 10963 Berlin
 Tel.: 030/2 69 31 – 0
 Fax: 030/2 69 31 – 2900
 info@vdek.com

Gesetzlich gewollte Kooperationen von Krankenkassen nach dem SGB

Mit der 8. GWB-Novelle wird das Wettbewerbsrecht auch auf die Beziehungen der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu ihren Versicherten übertragen. Dabei steht das generelle Kooperationsverbot des GWB im direkten Widerspruch zum Zusammenarbeitsgebot des Sozialgesetzbuches. Dieses schlägt sich in einer Vielzahl von Kooperationen nieder. Hier sind einige Beispiele aufgeführt. Im Anschluss werden mögliche praktische Konsequenzen aufgezeigt.

Beispiele

- Die gesetzlichen Krankenkassen und ihre Verbände werden durch das Sozialgesetz im Interesse der Wirtschaftlichkeit und der Gleichmäßigkeit der Versorgung vielfach zum gemeinsamen Handeln aufgefordert, ohne dass diese gesetzlich verpflichtend vorgegeben ist. Zudem haben sie als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung den Verfassungsauftrag einer effektiven gesundheitlichen Daseinsvorsorge zu erfüllen und dabei grundsätzlich eine flächendeckende und gleichförmige Versorgung aller Versicherten zu gewährleisten. Um dies sicherzustellen, arbeiten die Krankenkassen bzw. ihre Verbände zusammen und konkretisieren sowohl versicherungs-, beitrags- und leistungsrechtliche Fragen mit dem Ziel einer übereinstimmenden Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen und entsprechender Beratung ihrer Mitgliedskassen. Dies konkretisiert sich in **gemeinsamen Rundschreiben und Besprechungsergebnissen**, die grundsätzlich einen empfehlenden Charakter haben. Wesentliche Fragestellungen der letzten Zeit waren zum Beispiel die Bestimmung des Gesamteinkommens zur Beurteilung der Familienversicherung, Leistungsabgrenzungen bei Kassenschließung oder Kassenwechsel (sowohl innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung als auch zur privaten Krankenversicherung) oder leistungsrechtliche Fragen zum Krankengeld und zum Mutterschaftsgeld. Damit sind Bereiche angesprochen, die grundsätzlich kein Wettbewerbsfeld sein sollen, die im Zweifel durch das GWB aber einem ungewollten Wettbewerb unterworfen würden. Dies würde den einheitlichen Leistungskatalog gefährden.
- Die Krankenkassen vereinbaren derzeit ein gemeinsames Verfahren zur Prüfung und **Anerkennung von Anbietern von individuellen Präventionsmaßnahmen** nach § 20 Abs. 1 SGB V. Dieses sind u. a. Physiotherapeuten, Ernährungsberater, Dipl.-Sportlehrer, Psychologen u. a. m. Ziel ist, die Entscheidungen, ob ein Anbieter Präventionsmaßnahmen durchführen darf, die von den Kassen bezuschusst werden, zu vereinheitlichen. Daneben soll das Beantragungsverfahren kassenartenübergreifend zentralisiert werden. Im Ergebnis wird damit auch bewirkt, dass alle gesetzlich Versicherten bei anerkannten Anbietern die Maßnahme bezuschusst bekommen. Für Versicherte wird mehr Sicherheit hinsichtlich der Bezuschussungsfähigkeit von Präventi-

onsmaßnahmen geschaffen. Für die Leistungsanbieter werden die bürokratischen Aufwände reduziert. Dies entspricht auch dem Grundgedanken der einheitlichen nationalen Präventionsstrategie, wie sie derzeit von der Bundesregierung geplant wird. Diese sinnvolle Zusammenarbeit ist gefährdet, wenn beispielsweise ein Anbieter von Präventionsmaßnahmen, die nicht dem Qualitätsanspruch der GKV genügen, gegen diese sinnvolle Zusammenarbeit der Kassen angehen würde. Denkbar wären auch Klagen von Versicherten, die Angebote außerhalb des von der GKV gesteckten Präventionsrahmens bezuschusst haben möchten und sich durch die Ablehnung ihrer Kasse zurückgesetzt fühlen. Im Ergebnis müsste jede Kasse ihre Präventionsangebote nach eigenen Kriterien prüfen und bestellen; Kooperationen wären nur unterhalb der Spürbarkeitsschwellen des § 1 GWB zulässig, also bis zu einem gemeinsamen Marktanteil nicht mehr als zehn Prozent. Für die Versicherten entsteht Intransparenz und der Eindruck willkürlicher Kassenentscheidungen, für die Anbieter bürokratische Mehraufwände und erhebliche Unsicherheit über die „Marktfähigkeit“ ihrer Angebote.

- Nach geltendem Recht sind mindestens 50 Prozent der für **Selbsthilfe** gedachten Fördermittel im Rahmen der kassenartenübergreifenden Gemeinschaftsförderung der Kassen zu vergeben. Schon bei dieser kassenartenübergreifenden Gemeinschaftsförderung, über deren Vergabe gemäß § 20c Abs. 3 S. 4 SGB V „die Kassen oder ihre Verbände auf den jeweiligen Förderebenen gemeinsam“ zu beschließen haben, ist unsicher, ob diese Verpflichtung konkret genug gefasst ist, um unter die geplante Ausnahme vom Kartellverbot in § 4 Abs. 3 S. 3 SGB V zu fallen. Denn durch die Alternativformulierung „oder“ ist nicht eindeutig geregelt, wer zum gemeinsamen Handeln verpflichtet ist. Der übrige Anteil der Fördermittel muss kassenindividuell verplant werden. Dabei sollen alle Förderstränge – Bundesorganisationen, Landesverbände, Kontaktstellen und Selbsthilfegruppen – bedacht werden. Insbesondere die Förderung der Selbsthilfegruppen und –verbände auf kommunaler oder Landesebene kann vielfach nicht kassenindividuell erfolgen, da kaum eine Krankenkasse über ein entsprechendes Präsenznetz verfügt. Bislang erfolgt deshalb diese Förderung in Kooperation der Kassen untereinander. Dies stellt nicht nur eine flächendeckende Selbsthilfe-Förderung sicher, es erleichtert auch den antragstellenden Selbsthilfegruppen und –organisationen die Arbeit, da sie nur einen Antrag an eine benannte Stelle richten müssen. Diese sinnvolle Zusammenarbeit fällt dem Wortlaut nach unzweifelhaft unter das Kooperationsverbot des GWB. Dies hätte zur Folge, dass die Selbsthilfeförderung in der Fläche wegen der dort vielfach fehlenden Kassenpräsenz nicht aufrecht erhalten werden könnte. Die Kassen würden, um ihren Ausgabeverpflichtungen gemäß § 20c SGB V zu genügen, auf zentrale und Leuchtturm-Projekte ausweichen müssen und die unmittelbar betroffenen Menschen in den Selbsthilfegruppen und –organisationen kaum mehr direkt erreichen. Dadurch würde der Grundgedanke der Selbsthilfeförderung infrage gestellt.
- § 212 Absatz 5 S. 4 SGB V formuliert eine Kooperationsverpflichtung für die Ersatzkassen für nicht gemeinsam und einheitlich zutreffende Verträge auf Landesebene. Sie haben insoweit einen **gemeinsamen Bevollmächtigten mit Abschlussbefugnis** zu benennen. Dies kann laut Gesetz auch der vdek mit seinen Landesvertretungen sein.

Über diese ausdrücklich politisch gewünschte Kooperation sind die Ersatzkassen auch in den politischen Dialog in den Ländern einbezogen (Landesgesundheitskonferenz, Landespflegekonferenz) und sie wird auch nachgefragt bei Entscheidungen zur Unterstützung von Initiativen der Bundesländer (z. B. das Präventionskonzept NRW mit verschiedenen Einzelinitiativen wie zur Tabakprävention, zur Sturzprophylaxe bei Senioren, im Kindergartenalter u. v. m.) Bei den Ersatzkassen wird der grundsätzliche Widerspruch zwischen Sozialrecht und Wettbewerbsrecht besonders deutlich: Während das Sozialrecht im § 212 Absatz 5 SGB V ausdrücklich zur Zusammenarbeit verpflichtet, wäre diese Zusammenarbeit nach der Novellierung des Wettbewerbsrecht wettbewerbswidrig, da die Ersatzkassen in jedem Bundesland den kartellrechtskritischen Grenzwert von zehn Prozent Marktanteil deutlich überschreiten. Mit anderen Worten: die Zusammenarbeit der Ersatzkassen wird in allen Ländern unter den Generalverdacht der Wettbewerbswidrigkeit gestellt. Dies ist umso absurder, da das Zusammenarbeitsmodell der Ersatzkassen Pate für die gemeinsamen Bevollmächtigten der anderen Kassenarten (§ 212 Abs. 6 SGB V) gestanden hat, die erst durch das Versorgungsstrukturgesetz mit Wirkung vom 1.1.2012 eingeführt worden sind. Hintergrund war, dass die Bundesländer angesichts der Vereinigungsprozesse sowohl bei den Krankenkassen als auch bei deren Landesverbänden verbindliche Ansprechpartner auf Landesebene zur Abstimmung und Ausgestaltung der regionalen Daseinsvorsorge gefordert hatten. Durch die entsprechende Anwendung des § 1 GWB würden diese Ansprechpartner nur noch insoweit sprachfähig sein, als es um gesetzlich verpflichtende Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen ginge.

- Auf der regionalen Ebene existieren darüber hinaus unterschiedliche Arbeitsgemeinschaften der Krankenkassen. Diese verfolgen u. a. das Ziel, politisch gewollte Projekte umzusetzen. Ein Beispiel ist die das bereits erwähnte **Präventionskonzept des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW)**. Unter diesem Dach haben sich alle Kassen mit Sitz in NRW dafür zusammengetan, um in Kooperation mit dem Landessportbund, der BZgA und unter Unterstützung vom Gesundheits- und Umweltministerium ein flächendeckend angelegtes Präventionsprojekt für Kindergärten in sozialen Brennpunkten aufzulegen. Dieses Projekt existiert mittlerweile seit sechs Jahren („Anerkannter Bewegungskindergarten mit dem Pluspunkt Ernährung“) mit wechselnder Federführung der Kassen untereinander. Diese Zusammenarbeit ist nicht gesetzlich verpflichtend vorgeschrieben und geriete somit in den Blickwinkel des § 1 GWB, sofern sie in irgendeiner Form eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt. Dies käme in Betracht, sobald eine Auswahl der zu fördernden Einrichtungen stattfindet, also einzelne Kindergärten womöglich außen vor blieben und sich dadurch im Wettbewerb um Kinder benachteiligt sähen. Dies ist hier der Fall, denn es erfolgt eine Selektion von Einrichtungen in Stadtteilen bzw. Kreisgebieten, die als sozial benachteiligt angesehen werden können. Selbst wenn diese Zusammenarbeit im Ergebnis weiterhin möglich bliebe, resultieren aus der Übertragung des Kartellrechts Unsicherheiten, die sich hemmend auf die – oft auch landespolitisch ausdrücklich gewünschte – Zusammenarbeit von Kassen und Kooperationspartnern auswirken. Zudem entsteht zusätzlicher Verwaltungsaufwand bei der Abklärung der kartellrechtlichen Relevanz solcher Ko-

operationen, der angesichts der verschärften finanziellen Rahmenbedingungen für gesetzliche Krankenkassen und der fortwährenden politischen Diskussion um die Höhe von deren Verwaltungskosten zwangsläufig die Bereitschaft der Kassen schmälern muss, sich in solchen Kooperationen der Daseinsvorsorge zu engagieren.

- Arbeitsgemeinschaften gibt es auch zur Umsetzung konkreter, im SGB benannter, Versorgungsaufgaben. So werden über § 94 Absatz 1 SGB X eine Reihe von **Arbeitsgemeinschaften autorisiert**, die Versorgung bestimmter Leistungsbereiche zu organisieren und dafür in manchen Fällen sogar Verwaltungsakte zu erlassen. Beispiele hierfür sind die Arbeitsgemeinschaft für Krebsbekämpfung der Träger der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung im Lande NRW, deren Aufgabe die passgenaue Vermittlung von Angeboten zur Anschlussheilbehandlung nach Krebserkrankung ist. Oder auch die Arbeitsgemeinschaften zur Rehabilitation Suchtkranker (NRW, Hessen) und die Arbeitsgemeinschaft für Heimdialyse in Hessen mit vergleichbarer Aufgabenstellung. Obwohl diese Arbeitsgemeinschaften, denen u. a. z. T. alle Kassen angehören (vgl. § 8 der Satzung der Arbeitsgemeinschaft für Krebsbekämpfung der Träger der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung im Lande NRW) gesetzlich vorgesehen sind, sind die Krankenkassen weder gesetzlich zur Mitwirkung verpflichtet, noch sind Arbeitsgemeinschaften aus dem entsprechenden Anwendungsbereich des GWB ausgenommen (vgl. § 4 Abs. 3 S. 3 SGB V). Die Mitwirkung der Krankenkassen im Rahmen dieser Arbeitsgemeinschaften z. B. an der Entscheidung über die Vergabe von Fördermitteln (z. B. § 4 der Satzung der Arbeitsgemeinschaft für Krebsbekämpfung NRW) unterläge somit dem Absprachenverbot des § 1 GWB und den bereits geschilderten Interventionsmöglichkeiten bei der Fördermittelvergabe unberücksichtigt gebliebenen Leistungserbringern.
- Der Sprechstundenbedarf wird in einzelnen KV-Bereichen freiwillig kassenartenübergreifend geregelt und abgerechnet, um Bürokratiekosten zu vermeiden. Auch auf der Seite der Ärzte. Wenn diese Möglichkeit in Frage gestellt würde, könnte ein gemeinsamer Einkauf dieser Verbrauchsmaterialien nicht mehr erfolgen. Jede Krankenkasse müsste den Sprechstundenbedarf ihrer Versicherten kalkulieren und beschaffen; zu mutmaßlich dann deutlich höheren Preisen. In der Arztpraxis entstünde die absurde Situation, dass der Arzt den Sprechstundenbedarf für die Versicherten der jeweiligen Krankenkassen getrennt bevorraten müsste. Alternativ müsste er bei zentraler Beschaffung des Sprechstundenbedarfes diesen zumindest getrennt abrechnen, was zu widersinnigen und praxisfernen Aufwänden führen würde. Schließlich handelt es sich beim Sprechstundenbedarf um Materialien und Produkte, die in großen Mengen vorgehalten und zum Teil nicht versichertenbezogen ausweisbar sind wie Pflaster, Verbandsmaterialien, Salben, Tropfen, Desinfektionsmittel, Notfallmedikamente etc.
- 2002 hat der Bundestag beschlossen, ein **Mammografie-Screening** in Deutschland einzuführen. Diese flächendeckende Reihenuntersuchung richtet sich an Frauen im Alter zwischen 50 und 69 und wird gemeinsam von allen gesetzlichen Krankenkassen getragen. Dieses Screening erfolgt flächendeckend in der gesamten Bundesrepublik mit großem Erfolg. Unter den GWB-Bedingungen ist ggf. zu fragen, ob diese Zusam-

menarbeit nach Ansicht des Bundeskartellamtes eine zulässige Kooperation im Sinne des GWB ist. Insbesondere Ärzte, die ebenfalls die Mammografie anbieten, könnten aufgrund der Konkurrenzsituation ein Interesse an einer Störung dieses erfolgreichen Angebots haben, um ihre Umsätze zu erhöhen. Die Investitionen und (Personal) Ausgaben lassen sich nur dann rechtfertigen, wenn das Angebot mittelfristig gesichert ist. Die Geltung des GWB stellt diese notwendige Sicherheit in Frage.

- Der vdek beteiligt sich gemeinsam mit dem AOK-Bundesverband an einem **Endoprothesenregister** (EPRD) auf freiwilliger Basis. Dieses Register soll dazu beitragen, Erkenntnisse über die Qualität der Produkte und der Behandlung zu generieren mit dem Ziel, die Versorgung mit diesen Medizinprodukten besser zu machen und die Patientensicherheit zu erhöhen. Perspektivisch sollen sich alle Krankenkassen an dem Register beteiligen, um dessen Qualität und Aussagekraft zu erhöhen. Das Endoprothesenregister ist ein typisches Beispiel einer freiwilligen Zusammenarbeit von Kassen (-verbänden) mit dem Ziel der Versorgungsverbesserung bei breiter Anwendung. Andere Beispiele aus dem Ersatzkassenbereich sind die Modellversuche zur Balneo Photo Therapie oder zum Hautkrebs-Screening. Beide sind zunächst von wenigen Kassen (Ersatzkassen) erprobt und später über den G-BA in die Regelversorgung aufgenommen worden. Solchermaßen freiwilliges Engagement ist ein wichtiger Motor für Innovationen im Gesundheitswesen. Es wäre für die Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung in Deutschland hochproblematisch, wenn eine solche Zusammenarbeit als kartellrechtlich bedenklich eingestuft werden müsste.
- Die Krankenkassen haben nach § 197a Abs. 3 SGB V **Fehlverhalten im Gesundheitswesen** ausdrücklich zu bekämpfen. Dazu gibt es Arbeitsgemeinschaften auf der Landesebene, die sowohl kassenartenspezifisch als auch kassenartenübergreifend ausgerichtet sind. Ziel ist der Informationsaustausch über Abrechnungsauffälligkeiten und Manipulationen zum Zwecke der Minimierung des Schadens für die Versicherungsgemeinschaft. Über diese Zusammenarbeit wird auch sichergestellt, dass alle geschädigten Kassen ihre berechtigten Ansprüche an die betreffenden Leistungserbringer richten und über Vertragsstrafen bis hin zum Entzug der Abrechnungsberechtigung eine Bereinigung im Vertragsgeschäft erfolgt. Darüber hinaus gehen von dieser systematischen Zusammenarbeit wichtige „Polizeieffekte“ aus, die eine abschreckende Wirkung entfalten sollen.

Mögliche Konsequenzen

Aus der 8. GWB-Novelle könnten für Kooperationen der Krankenkassen eine Reihe von negativen und politisch nicht gewollten Konsequenzen erwachsen. Schließlich resultieren aus der Übertragung des Wettbewerbsrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen nicht nur Verwaltungsaufwände und Zeitverzug, sondern auch erhebliche rechtliche Unsicherheiten.

- Bis zum Jahr 2005 konnten sich kooperationswillige Partner an das Bundeskartellamt wenden mit der Bitte um Prüfung der Kartellrechtsrelevanz ihres Vorhabens, verbunden mit einem Antrag auf ggf. Freistellung gemäß §§ 2 und 3 GWB. Die Praxis der Beantragung der Freistellung einer Kooperation beim Bundeskartellamt wurde aber durch die 7. GWB-Novelle zum 1.7.2005 abgeschafft. Seitdem gilt die Freistellung von Gesetzes wegen, wenn und solange die Voraussetzungen der §§ 2, 3 GWB erfüllt sind, d. h. es gilt das Prinzip der Selbsteinschätzung oder Selbstveranlagung, ob die Voraussetzungen einer Freistellung zu Beginn einer Kooperation und während ihrer Dauer erfüllt sind. Das Risiko, ob eine Absprache gemäß Kartellrecht zulässig ist oder nicht, trägt der Akteur selbst. Dieser hat sich also zuvor ein Bild zu machen und im Zweifel noch die Expertise eines Kartellrechtlers hinzuzuziehen, was mit zusätzlichen Aufwänden verbunden ist. Im Prinzip muss bei kritischen Verhaltensweisen diese aus Vorsichtsgründen entweder unterbleiben oder aber man bildet Rückstellungen für eventuelle Bußgelder.
- Es drohen Auskunftsbeschlüsse des Bundeskartellamtes, weil dieses von einer Kooperation erfahren hat. Auslöser könnte zum Beispiel Beschwerden von Versicherten sein, denen Leistungen unter Berufung auf gemeinsame Absprachen (zum Beispiel Krankengeld oder Pflegegeld) verweigert worden sind oder von Leistungserbringern oder Selbsthilfe-Organisationen, die sich von Kassenkooperationen zum Beispiel im Bereich von Zuwendungsentscheidungen benachteiligt fühlen. Kommt das Kartellamt am Ende des Verfahrens zu der Überzeugung, dass eine gegen § 1 GWB verstoßende Absprache mit wettbewerbsverfälschender Wirkung vorliegt, kann es entweder ein Bußgeld verhängen (§ 81 Abs. 4 und 5 GWB und selber vollstrecken gemäß § 86a GWB) oder den wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen, sofern aus dem Kartellverstoß ein solcher resultiert. Letzteres ist in der GKV aber unwahrscheinlich, gezielt wird hier auf die Absprache überhöhter Preise.
- Schließlich können aber auch "Betroffene" – laut Gesetz, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer durch den Verstoß betroffen ist (z. B. Versicherter, Leistungserbringer oder Selbsthilfe-Organisationen, aber auch rechtsfähige Interessenverbände) – unmittelbar direkt intervenieren und sowohl Beseitigung und Unterlassung im Wiederholungsfalle als auch Schadensersatz verlangen (§ 33 GWB), desweiteren Vorteilsabschöpfung (§ 34a GWB). Dies wird "self-enforcement" genannt. Bei den Verbänden sind laut § 33 Abs. 2 GWB eigentlich nur Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen genannt und somit keine

Verbraucherverbände legitimiert. Hier stellt sich aber die Frage, ob dies angesichts der Tatsache, dass das GWB ausdrücklich auch im Verhältnis der Kassen zu den Versicherten angewendet werden soll, so haltbar ist. Zumal das GWB ja auch nur entsprechend anwendbar ist. Möglicherweise kommen die Kartellgerichte daher auch zu einer erweiternden Auslegung. Die Ansprüche der Betroffenen werden direkt vor den Zivilgerichten geltend gemacht, wobei in erster Instanz die Landgerichte zuständig sind. Für den Gang zum Gericht wird sich im Zweifel schnell ein interessierter Rechtsbeistand finden. Die gesetzlich vorgegebenen Unklarheiten würden in der Folge somit in vielen Fällen vor den Gerichten abschließend zu klären sein. Das kann niemand wollen.

- Die Bereitschaft der Kassen zur Durchführung von wie gezeigt politisch durchaus erwünschten Kooperationen wird angesichts des steigenden Verwaltungsaufwandes und der damit verbundenen Risiken in der Folge sinken. Zudem verzögert sich der Prozess, da unter Umständen erst ein Gerichtsverfahren – möglicherweise über zwei Instanzen – geführt werden muss. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, wie notwendig hier eine Klarstellung ist, dass die Kooperationen von Krankenkassen nicht vom Geltungsbereich des GWB erfasst werden.