

Krankenkassen im Kartellrecht

- Änderungen durch die 8. GWB-Novelle und offene Fragen -

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)

Gliederung

- I. Einleitung: Krankenkassen im Wettbewerbsrecht /
Ausgangspunkte der 8. GWB-Novelle
- II. Neuregelungen zur Anwendung des GWB auf
gesetzliche Krankenkassen im Rahmen der 8. GWB-
Novelle
- III. Fazit

I. Einleitung: Krankenkassen im Wettbewerbsrecht / Ausgangspunkte der 8. GWB-Novelle



- I. Einleitung: Krankenkassen (KK) im Wettbewerbsrecht/
Ausgangspunkte der 8. GWB-Novelle
- Regelungen zu KK als Blockadestein der 8. GWB-Novelle
 - Ursprünglicher Vorschlag: §§ 1 ff., 19 ff., 35 ff. GWB sollen „entsprechend“ auf KK anwendbar sein.
 - Nach 1. Lesung: Protest der CSU. Vorschlag: Entsprechende Anwendung nur der §§ 35 ff. GWB.
 - Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, 17.10.2012, Drs. 17/11053: Entsprechende Anwendung der §§ 1 ff., 19 ff. GWB, „wobei der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen zu berücksichtigen ist“. Entspr. Anwendung der Fusionskontrolle.

Hintergrund (1):

- Anwendung der Wettbewerbsregeln auf gesetzliche Krankenkassen (KK) – (P1): Sind KK Unternehmen (= Angebot / Nachfrage von Waren bzw. Leistungen am Markt) i.S.d. **EU-WBR**?
 - KK als Nachfrager ggü. Leistungserbringern (Ärzten, Krankenhäusern, Pharmaunternehmen u.a.); KK als Anbieter von Versicherung auf Versicherungsmarkt:
 - Aber:
 - ❖ EuGH, AOK-Urteil (2004): KK sind im Kernbereich ihrer Tätigkeit keine Unternehmen i.S.d. EU-Wettbewerbsrechts. Grund: solidarisches System sozialer Sicherheit.
 - ✓ Rein sozialer Zweck, keine Gewinnerzielungsabsicht
 - ✓ Beiträge nicht proportional zum versicherten Risiko
 - ✓ Gesetzlich festgelegter Leistungskatalog
 - ✓ Risikostrukturausgleich
 - ❖ EuG / EuGH – FENIN-Urteil (2003, 2006): Ausnahme für solidarische Systeme sozialer Sicherheit erstreckt sich auch auf Nachfragetätigkeit (d.h. insbes.: Kollektiv- + Selektivverträge mit Leistungserbringern).
- ⇒ Folge: Das Verhalten von KK unterfällt im Kernbereich der Tätigkeit nicht dem EU-WBR

Hintergrund (2):

- Anwendung der Wettbewerbsregeln auf gesetzliche Krankenkassen (KK) – (P2): Sind KK Unternehmen (= Angebot / Nachfrage von Waren bzw. Leistungen am Markt) i.S.d. **GWB**?
 - Frühere Rspr. des BGH: Nachfragetätigkeit der KK wird vom GWB erfasst.
 - Nach dem AOK-Urteil des EuGH: Unternehmensbegriff des GWB entspricht nach h.M. grds. dem des EU-Wettbewerbsrechts. GWB grds. nicht auf KK anwendbar.
- Maßnahmen des dt. Gesetzgebers mit Blick auf **Nachfragetätigkeit der KK**:
 - GKV-WSG (mit Wirkung 2007): **§§ 19-21 GWB** werden auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern für „entsprechend anwendbar“ erklärt (§ 69 Abs. 2 S. 1 SGB V)
 - AMNOG (mit Wirkung 1.1.2011): Auch die **§§ 1-3 GWB** sind entspr. anwendbar.
 - Aber nur, soweit den KK gesetzlich wettbewerbliche Handlungsspielräume eingeräumt sind.
- Lücke: Wettbewerb der KK im **Versicherungsmarkt (Angebotstätigkeit)**

Hintergrund (3):

- Wettbewerb der KK im Versicherungsmarkt (*Angebotstätigkeit*):
 - Wettbewerb besteht:
 - Historisch gewachsenes Nebeneinander vieler KK
 - Seit 1996: Kassenwahlrechte der Versicherten, d.h. Wettbewerb um Mitglieder (Preis, Service)
 - Ergänzt um „Selektivvertragswettbewerb“ => kann zu Qualitäts-/Preiswettbewerb auf dem Versicherungsmarkt führen.
 - Weitere Wettbewerbsfelder: freiwillige Satzungsleistungen, Wahltarife
 - Besonderheiten des Wettbewerbs zwischen KK:
 - ✓ Aufnahmeanspruch der Versicherten; kein Wettbewerb um gute Risiken
 - ✓ Risikostrukturausgleich zwischen KK
 - ✓ Gesetzlich festgelegter Leistungskatalog
 - ✓ Einheitlich festgelegter Beitragssatz (aber Zusatzbeiträge)
 - ✓ Pflicht der KK zum kollektiven Kontrahieren mit Leistungserbringern in vielen Bereichen
 - ✓ Handlungsbeschränkungen der KK bei Rücklagen / Investitionspolitik
 - ✓ Kein freier Markteintritt; Haftungsverbund bei Auflösung, Insolvenz oder Schließung
 - These von Sozialgerichten / BVerfG: Wettbewerb zwischen KK bedarf keines bes. Schutzes
 - ✓ Wettbewerbsmodell unterscheidet sich von dem der gewerblichen Wirtschaft / bloßes Anreiz- und Steuerungssystem im öff. Interesse.
 - ✓ Solidarprinzip als Basis des Wettbewerbs: Ausrichtung am gemeinsamen Interesse hochwertiger/wirtschaftlicher Gesundheitsversorgung. Kein Wettbewerb um den Ausbau der eigenen Marktposition zu Lasten von Konkurrenten.
 - ✓ Sozialrechtliches Kooperationsgebot (Art. 4 Abs. 3 SGB V) dominiert Wettbewerb.
 - Gegenposition (BKartA, Monopolkommission u.a.): Wenn Wettbewerb zwischen KK politisch gewollt ist, muss er vor Beschränkungen geschützt sein.

Hintergrund (4):

Testfall: Verfahren des BKartA gegen 8 KK, die gemeinsam die Absicht zur Erhebung von Zusatzbeiträgen ankündigten – Auskunftsbeschluss des BKartA.

- LSG Hessen v. 15.9.2011: Auskunftsbeschluss rw – Keine Rechtsgrundlage für Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der KK durch BKartA wg fehlender Unternehmenseigenschaft der KK.
 - Reaktion des BKartA: Einstellung auch der GWB-Fusionskontrolle bei KK-Zusammenschlüssen / Appell an den Gesetzgeber, tätig zu werden.
- ⇒ Gesetzgeber reagiert mit Entwurf zur 8. GWB-Novelle (Hauptpunkte):
- Entspr. Anwendung von §§ 1 ff. GWB auf Verhältnis zwischen KK (Wettbewerb auf dem Versicherungsmarkt).
 - Entspr. Anwendung von §§ 19 ff. GWB
 - Entspr. Anwendung der GWB-Fusionskontrolle auf KK-Zusammenschlüsse
 - Zuständigkeit von BKartA / Zivilgerichten
 - Anspruch der KK auf Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen durch andere KK; entspr. Anwendung von § 12 Abs. 1-3 UWG.
- ⇒ Aktueller Stand:
- 1. Lesung am 15.6.2012
 - 2./3.Lesung am 18.10.2012 auf der Grundlage einer neuen Beschlussempfehlung.

II. Neuregelungen zur Anwendung des GWB auf gesetzliche Krankenkassen im Rahmen der 8. GWB-Novelle

1. Entsprechende Anwendung des GWB auf das Verhalten der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten

Dem § 4 Absatz 3 SGB V werden die folgenden Sätze angefügt:

„Für das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten gelten die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a, 48 bis 80 und 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2 **[Nr. 1, 2 Buchstabe a und Nr. 6]**, Absatz 4 bis 10 sowie die §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend, **wobei der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen zu berücksichtigen ist** [Neu eingefügt durch Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie v. 17.10.2012, Drs. 17/11053]. Satz 2 gilt nicht für Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet **[Neueinfügung: oder ermächtigt]** ist. Krankenkassen können die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen; [...].“

1. Entsprechende Anwendung des GWB auf das Verhalten der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten

- Erstreckung der „entsprechenden Anwendung“ des GWB auf Angebotstätigkeit; durch Regelung im Anschluss an das sozialrechtliche Kooperationsgebot (§ 4 Abs. 3 SGB V) klargestellt: Kooperation nur in den Grenzen des GWB.
- „Entsprechende“ Anwendung wg. fehlender Unternehmenseigenschaft. Keine Ermächtigung zu abweichender (sozialrechtsspezifischer) Auslegung.

(P) Kann der dt. Gesetzgeber von EU-Wettbewerbsrecht abweichen, Art. 3 VO 1/2003?

Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003: Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts darf nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen führen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, aber den Wettbewerb i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht beschränken / nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt sind.

- (P1): Allgemeine Bindung des GWB an den Unternehmensbegriff des EU-Wettbewerbsrechts? => nicht abschließend geklärt.
 - (P2): Bindung der MS an die Rspr. des EuGH zur fehlenden Unternehmenseigenschaft von solidarischen Systemen sozialer Sicherheit?
 - Zweck der Ausnahme: Schutz der Regelungsbefugnis der MS (Verweis auf Art. 153 Abs. 4 AEUV und Art. 168 AEUV)
 - Entscheidung eines MS, Wettbewerbselemente in Sozialsysteme einzuführen/ sie wettbewerbsrechtlich zu schützen, steht nicht im Widerspruch zu den Zielen des EU-Wettbewerbsrechts.
- ⇒ EU muss Entscheidung des MS respektieren.

(P): Was bedeutet die Anwendung der §§ 1 ff. GWB für die gesetzlichen Krankenkassen?

- Kooperationen zwischen KK auf Angebotsseite von § 1 GWB erfasst – falls spürbare Wettbewerbsbeschränkung.
 - Ausnahmen vom Kartellverbot nach § 2 GWB nach allg. Grundsätzen möglich.
 - Gutachten Fritzsche (6. Juni 2012): Freiwillige Kooperationen zw. KK (Endoprothesenregister, Zentrales Knochenmarksregister, bundesweites Mammographie-Screening, gemeinsame Elektronischen Gesundheitskarte) in Zukunft nicht mehr möglich, weil kein substantieller Restwettbewerb.
 - Dagegen: Erfordernis von substantiellem Restwettbewerb bezieht sich auf den relevanten Markt, nicht auf die konkrete Kooperation. Allerdings muss Effizienzgewinn durch Kooperation / deren Notwendigkeit dargetan werden.
 - Gesetzesbegründung:
 - Gemeinsame Verhaltensweisen der KK, deren Schwerpunkt in einer im Patienteninteresse sinnvollen gemeinsamen Organisation der Versorgung liegt, sind i.d.R. kartellrechtlich unbedenklich.
 - Hinweis auf Arbeitsgemeinschaftsgedanken
 - Hinweis auf Bagatellbekanntmachung des BKartA.
- ⇒ Hinweis: DJT hat Einführung eines Notifizierungs- und Erlaubnisverfahrens für Kooperationen zwischen KK empfohlen, weil KK im Umgang mit GWB unerfahren sind. Von der 8. GWB-Novelle aber nicht vorgesehen.

(P): Welche Wirkung hat der neue Zusatz, dass „der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen zu berücksichtigen“ ist?

- Ähnlich bereits § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V a.F.; mit AMNOG gestrichen (Gesetzesbegründung: keine Änderung der Rechtslage).
- Begründung in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie v. 17.10.2012, Drs. 17/11053, S. 25 f. für Einfügung in den neuen § 4 Abs. 3 SGB V: Der Zusatz
 - stellt klar, „dass die Kartellbehörden bei der Anwendung der Vorschriften des GWB eine umfassende Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen haben, die insbesondere den ... Versorgungsauftrag berücksichtigt“.
 - „unterstreicht das Primat der sozialgesetzlichen Regulierung“.
 - Möglichkeit zur Zusammenarbeit der KK nach § 212 Abs. 5 S. 5 SGB V (Ersatzkassen können sich auf eine gemeinsame Vertretung auf Landesebene einigen) / § 219 SGB V (Möglichkeit der KK / ihrer Verbände zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften, insbes. Mit KVen und anderen Leistungserbringern, zur Förderung der Gesundheit, Prävention, Versorgung chronisch Kranker und Rehabilitation) bleibt unberührt.
 - Zusammenarbeit der KK zur Erfüllung des Versorgungsauftrags wird regelmäßig mit dem GWB in Einklang stehen.
- Abweichung von § 2 GWB? Nachweis von Effizienz und Erforderlichkeit der Zusammenarbeit? Abschwächung der Darlegungslast? Einfallstor für eine sozialrechtsspezifische Auslegung des GWB? => Aber Auslegung durch BKartA / Zivilgerichte ...

(P): Folgewirkungen der Anwendung des GWB: Sind die gesetzlichen Krankenkassen nunmehr „Unternehmen“ i.S.d. europäischen Wettbewerbsvorschriften?

- Sorge der KK (Gutachten Fritzsche); auch Bundesrat in seiner Stellungnahme v. 11.5.2012.
- Schon bislang Diskussion: Ist die AOK-Rspr. durch zahlreiche Gesundheitsreformen / Einführung neuer Wettbewerbselemente überholt? Sind KK heute Unternehmen i.S.d. EU-WBR?
 - BKartA im Verfahren über abgestimmte Zusatzbeiträgen / Teile der Lit.: (+)
 - LSG Hessen, Urteil v. 15.9.2011 / andere Teile der Lit.: maßgebliche Eigenschaften der GKV sind im Kern unverändert. AOK-Rspr. gilt fort.
 - U.U. neue Erkenntnisse infolge des BGH-Vorlagebeschlusses zum UWG (aber unklar: einheitlicher Unternehmensbegriff in Grundfreiheiten und WBR?).
- Jedenfalls keine weitergehende Änderung durch 8. GWB-Novelle.
 - AOK-Urteil: Wettbewerbselemente (konkret: Wettbewerb um Beitragssätze) mit begrenzter instrumenteller Zwecksetzung (konkret: Kosteneffizienz) führen nicht zu Unternehmenseigenschaft.
 - Entscheidung, Wettbewerbselemente unter rechtlichen Schutz zu stellen, ändert nichts an Begrenzung / begrenztem Zweck der Wettbewerbselemente. Entspr. Anwendung des GWB bleibt über § 4 Abs. 3 S. 3 / § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V auf die gezielt eingeführten Wettbewerbselemente beschränkt.

2. Entsprechende Anwendung der GWB-Fusionskontrolle auf freiwillige Zusammenschlüsse gesetzlicher Krankenkassen

- GWB-Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) tritt neben Genehmigungserfordernis nach § 144 Abs. 3 SGB V (Leistungsfähigkeits-/Wirtschaftlichkeitskontrolle).
- Genehmigung nach § 144 Abs. 3 SGB V nur, wenn Freigabe durch BKartA
- Keine materiell-rechtlichen Sonderregeln
- Besondere Fristenregelung für Rettungsfusionen
- Zuständige Aufsichtsbehörden (BVA od. zuständige Landesbehörden - § 90 SGB IV) haben Recht zur Stellungnahme vor einer Untersagung (§ 40 Abs. 4 GWB) und im Ministererlaubnisverfahren (§ 42 Abs. 4 S. 2 GWB) – § 172a Abs. 2 S. 3 SGB V.
- Würdigung: Gefährliche Regelungslücke geschlossen - fortschreitender Konzentrationsprozess zwischen KK (von 1223 in 1992 auf 153 in 2011). Zwar noch keine Gefahr übermäßiger Konzentration auf Versicherungsmarkt; aber Kontrolle der Nachfragemacht auf regionalen Märkten erforderlich.

3. Ansprüche und Rechtsbehelfe gesetzlicher Krankenkassen bei unlauteren Werbemaßnahmen konkurrierender Kassen

- Neuregelung in § 4 Abs. 3 SGB V, letzter Satz: KK können „[...] die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen; § 12 Abs. 1 bis 3 UWG gilt entsprechend“.
 - ⇒ Anspruch soll wg. fehlender Unternehmenseigenschaft nicht schon aus UWG folgen (Vorlagebeschluss des BGH v. 18.1.2012 wird nicht erwähnt!)
 - ⇒ Auch keine „entsprechende Anwendung“ des UWG
 - ⇒ Stattdessen Anspruch abgeleitet aus sozialrechtlicher Pflicht zu sachbezogener Information und Rücksichtnahme auf die Belange anderer Krankenversicherungsträger (§§ 13-15 SGB I; § 86 SGB X) (an Wertungsmaßstäbe des UWG angelehnt – s. auch die „Gemeinsame Wettbewerbs-grundsätzen der Aufsichtsbehörden“).
- Durchsetzung des Anspruchs: § 12 Abs. 1-3 UWG soll entsprechend anwendbar sein, d.h.:
 - Möglichkeit der Abmahnung bei unlauteren Werbemaßnahmen
 - Einstweiliger Rechtsschutz nach SGG offenstehen, bei gesetzlicher Dringlichkeitsvermutung.

(P): Ist das UWG auf KK u.U. unmittelbar anwendbar? Praktische Bedeutung: UWG gewährt nicht nur Unterlassungs- sondern auch Schadensersatzansprüche.

- § 69 SGB V: Schließt Anwendung des UWG auf Handlungen der KK *im Verhältnis zu Leistungserbringern* aus, die unter den Versorgungsauftrag fallen. Keine Aussage zur Anwendbarkeit des UWG außerhalb des Regelungsbereichs von § 69 SGB V.
 - BSG, 31,3,1998, BSGE 82, 78 (st. Rspr.): UWG ist nicht auf KK anwendbar, auch nicht analog.
 - ⇒ In Gesetzesbegründung zur 8. GWB-Novelle übernommen.
 - ⇒ Anwendbar sind ggfs. die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“ v. 19.3.1998 i.d.F. v. 9.11.2006 –Bezugnahme auf „allgemeine Wertungsmaßstäbe“ des UWG.
 - BGH, Vorlagebeschluss v. 18.1.2012: Frage an den EuGH, ob Mitgliederwerbemaßnahmen von KK „Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ bzw. Werbemaßnahmen eines „Gewerbetreibenden“ i.S.d. der RL 2005/29/EG v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) sind.
 - KK als „Gewerbetreibende“ / „Unternehmen“ i.S.d. UGP-RL?
 - Greift Ausnahme zugunsten solidarischer Systeme sozialer Sicherheit auch bei Grundfreiheiten? Im Lauterkeitsrecht? Mit Blick auf Werbemaßnahmen der KK auf dem Versicherungsmarkt? Zweck der Ausnahme, die primär auf den Schutz der Möglichkeit zur Quersubventionierung zwischen Risiko-/Einkommensgruppen bezogen ist, spricht dagegen.
- ⇒ Neuregelung in der 8. GWB-Novelle erledigt sich u.U. mit Urteil des EuGH im Vorlageverfahren des BGH

III. Fazit



- Änderungen der 8. GWB-Novelle sehr zu begrüßen (Ausnahme: Regelung zu unlauteren Werbemaßnahmen)
 - GWB-Kontrolle auf KK-Angebotsmärkten grundlegend für Schutz des politisch gewollten Wettbewerbs: Erst der wirksame Wettbewerb zwischen KK um Versicherte gewährleistet eine Steuerung des Selektivvertragswettbewerbs i.S.d. Präferenzen der Versicherten.
- Für entspr. Anwendung des GWB unerheblich, ob man im Gesundheitswesen von instrumentellen / freiheitlichen Wettbewerbskonzept ausgeht: Wettbewerb wirkt nur, wenn er geschützt wird. Vorschriften des GWB sind hierfür geeignet.
- Versorgungsauftrag durch Anwendung des GWB nicht gefährdet – unabhängig von dem neu vorgeschlagenen Vorbehalt, dass „der Versorgungsauftrag ... zu berücksichtigen ist“: Wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten der KK bleiben insgesamt klein.
- Wichtig auch: Zuständigkeit des BKartA / der Zivilgerichte. Gewährleistet, dass keine „sozialrechtsspezifische“
- Aber: Kein qualitativer Durchbruch zu „mehr Wettbewerb“ im Gesundheitswesen. Bestehender Wettbewerb zwischen KK wird geschützt, aber Wettbewerbsspielräume nicht ausgeweitet – bleiben sehr begrenzt. GKV wird auch in Zukunft ganz überwiegend hoheitlich (z.B. Krankenhausplanung) und korporatistisch (Kollektivverträge zwischen KK-Verbänden und Verbänden der Leistungserbringer) gesteuert.
- Ausweitung der Handlungsspielräume in bestimmten Bereichen kann sinnvoll sein (z.B. Selektivverträge mit Krankenhäusern; Schnittstelle ambulant / stationär): Diskussion über Wettbewerb im Gesundheitswesen geht weiter.