

Kartellrechtsinjektionen im Schatten der Arzneimittelreform

Kartellrechtlich verboten, was sozialrechtlich geboten?

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP sieht die Entfaltung von mehr Wettbewerb als das Mittel zur Verbesserung der Qualität und der Effizienz der Versorgung an. Der Wettbewerb als ordnendes Prinzip soll sowohl auf der Versicherungs- als auch auf der Nachfrage- und Angebotsseite funktionsfähig gemacht werden¹. Im Grundsatz soll das allgemeine Wettbewerbsrecht, insbesondere das Kartellrecht (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB), als Ordnungsrahmen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) Anwendung finden. Eine nähere rechtliche Analyse des entsprechenden Gesetzentwurfes zeigt, dass der Gesetzgeber offenbar bislang keine hinreichende Folgenbewertung angestellt hat. Ein nochmaliges Überdenken des gewählten Regelungsansatzes ist dringend angezeigt.

■ Karl-Heinz Mühlhausen

I. Im Schatten des AMNOG: Richtungswechsel durch die Hintertür

Die Konkretisierung und Umsetzung dieses Programms in der Regierungsarbeit ist eigentlich ein anspruchsvolles Vorhaben, das öffentliche Aufmerksamkeit und Diskussion verdient. So wie es etwa bei der wettbewerblichen Regulierung anderer Bereiche öffentlicher Daseinsvorsorge der Fall war, etwa bei den komplexen Strukturveränderungen von Energieversorgern, Post und Telekom.

Die Bundesregierung geht jedoch einen anderen Weg. Im Schatten einer Arzneimittelreform, dem sog. AMNOG (Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes)², finden sich einige wenige und sehr formaljuristisch wirkende Regelungen, die allerdings von hoher Sprengkraft sind. Zusammenfassend lässt sich die angestrebte Neuregelung wie folgt formulieren: Im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung gilt zukünftig umfassend das nationale Kartellrecht. Öffentliche Diskussionsbeiträge und fundierte Analysen hierzu finden sich bislang wenig; ein nennenswerter parlamentarischer Diskurs ebensowenig. Vom Wettbewerb im Gesundheitswesen ist viel die Rede, aber von dessen wettbewerbsrechtlicher Ausgestaltung und deren Folgen

kaum. Und die sind gewaltig. Denn es deutet sich eine Richtungsentscheidung für die GKV an, die angesichts des Versuchs einer möglichst unauffälligen Regelung zu einem fragwürdigen und in den Auswirkungen unübersehbaren Bruch mit bisherigen Strukturprinzipien der GKV führt.

Hinsichtlich der Nachfrage der gesetzlichen Krankenkassen nach Gesundheitsleistungen wird eine sachliche Überprüfung der gegenwärtigen Rechtslage, wonach Krankenkassen keine Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne sind, zu deren Bestätigung führen müssen. Zwar wird von interessierter Seite der Leistungsanbieter immer wieder behauptet, man sei ohne das Kartellrecht der Nachfragemacht der gesetzlichen Krankenkassen schutzlos ausgeliefert. Doch bereits die Ausgabenentwicklung der letzten Jahrzehnte spricht gegen diese Behauptung. Sind doch die Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen – bei weitgehend identischem Leistungsumfang – stets weit stärker gestiegen als die Grundlohnrate, was zu kontinuierlich steigenden Beitragssätzen geführt hat. Ein Beleg für die rücksichtslose Ausübung von Nachfragemacht durch die gesetzlichen Krankenkassen ist dies sicher nicht.

Ein Missbrauch von Nachfragemacht ist auch schon nach gegenwärtigem Recht ausgeschlossen. So gelten bereits jetzt einzelne kartellrechtliche Vorschriften zur Verhaltenskontrolle von marktbeherrschenden und marktmächtigen Unternehmen entsprechend auch für die Krankenkassen³. Zusätzlich werden die gesetzlichen

Dr. Karl-Heinz Mühlhausen ist Rechtsanwalt und Leiter des Justitiariats beim AOK-Bundesverband in Berlin

Krankenkassen beim Abschluss von sog. Selektivverträgen vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) als öffentliche Auftraggeber qualifiziert und unterliegen deshalb den Regelungen des Kartellvergaberechts über die Ausschreibung öffentlicher Aufträge⁴. Das Vergaberecht enthält detaillierte Regelungen nicht nur zur Durchsetzung des Wettbewerbs, sondern auch zum Schutz mittelständischer Interessen. Die Qualifikation der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber ist dabei eng verknüpft mit der Ablehnung der Unternehmenseigenschaft. Der EuGH lehnt eine unternehmerische Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen aufgrund ihrer durch das Solidarprinzip geprägten Tätigkeit auf der Angebotsseite gegenüber den Versicherten ab⁵. Mangels Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen finden die Regelungen des europäischen Kartellrechts deshalb gerade keine Anwendung. Dem Bundesgesetzgeber steht es – wenn überhaupt – nur sehr begrenzt frei, den Anwendungsbereich des nationalen Kartellrechts über den europarechtlich vorgegebenen Rahmen hinaus auszudehnen (dazu noch unter IV.). Die Eigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber beim Abschluss von Selektivverträgen entfiel dadurch aber nicht. Denn insoweit ergibt sich die Anwendung des Kartellvergaberechts aus den zwingenden Vorgaben des Europarechts.

Die nunmehr vorgesehene weitergehende Kumulierung vergaberechtlicher und kartellrechtlicher Vorgaben – bei beabsichtigter Zuständigkeit der Zivilgerichte anstelle der erst Ende 2008 hierfür eingeführten Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit⁶ – stellt eine widersprüchliche Überregulierung dar, für die kein Bedarf besteht. Auch zum Schutz kleiner und mittlerer Leistungserbringer ist die Anordnung der Geltung des Kartellverbots nicht erforderlich, weil das Vergaberecht weitgehende und detaillierte Regelungen über den Mittelstandsschutz bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge enthält⁷. Gerade die jüngeren Erfahrungen mit der Ausschreibung der Rabattverträge belegen, dass das Vergaberecht hinsichtlich der Organisation der selektiven Nachfrage der gesetzlichen Krankenkassen ein effektives und auch ausreichendes Instrument zur Effektivierung des Wettbewerbs und zur Wahrung mittelständischer Interessen darstellt. Schwerpunkt der Konkretisierung der Koalitionsvereinbarung für die Krankenkassen sollte vor dem Hintergrund dieser erfolgversprechenden Resultate eine weitergehende Ermöglichung von Selektivverträgen bei gleichzeitiger effektiver Durchsetzung der Anwendung des Vergaberechts sein.

Hinter der dennoch angestrebten umfassenden Einführung des Kartellrechts durch das AMNOG kann somit nur der hintergründige Versuch vermutet werden, dem auf Leistungsgleichheit und Wirtschaftlichkeit angelegten Steuerungssystem des sozialen Ausgleichs durch eine kräftige Kartellrechtsinjektion eine die Steuerungsgrenzen niederreißende Behandlung zu Gunsten der Gewinnerwartungen gesundheitlicher Leistungserbringer entgegenzusetzen.

II. Politisch ungelöster Wertungswiderspruch: Kartellrechtlich verboten, was sozialgesetzlich geboten

Am Beispiel des kartellrechtlichen Verbots von horizontalen Absprachen und abgestimmten Verhaltensweisen lässt sich der Bruch wohl am deutlichsten illustrieren: So sind die Krankenkassen und ihre Verbände durch das Sozialrecht in vielfacher Hinsicht zur engen Zusammenarbeit und einem gemeinsamen Handeln verpflichtet⁸. Dies ist auch nur konsequent, da die allgemeine Versicherungs- und Beitragspflicht den weit überwiegenden Teil der Bevölkerung auf ein gesetzliches Versorgungssystem verpflichtet. Dieser Grundrechtseingriff verpflichtet in umgekehrte Richtung den Staat aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot heraus, für ein hohes Maß an Anspruchsgleichheit der Versicherten gegenüber dem Leistungsprogramm der jeweiligen Krankenkasse zu sorgen. Zudem muss jeder Versicherte das Recht haben, ungeachtet seines individuellen Gesundheitsrisikos Versicherungsschutz bei einer Krankenkasse seiner Wahl zu finden und nicht Objekt einer renditeabwägenden Risikoselektion durch die Versicherer zu werden. Denn die Zugehörigkeit eines Versicherten zu einer bestimmten Kasse sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht dazu führen, dass er allein wegen der Mitgliedschaft in dieser Kasse einem wesentlich anderen Beitrags- bzw. Leistungsprogramm gegenübersteht als das Mitglied einer anderen Krankenkasse. Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt aber dann vor, wenn die Versicherten je nach Kassenzugehörigkeit mit wesentlich unterschiedlich hohen Beitragssätzen belastet oder einem stark divergierenden Leistungsumfang ausgesetzt wären⁹. Insofern blieb die staatliche Regulierungsdichte in Form von mitgliedschafts-, beitrags- und leistungsrechtlichen Vorschriften seit der Implementierung von Wettbewerb unverändert bzw. hat sich eher noch erhöht; wobei der Gesetzgeber die einheitliche Konkretisierung von Leistungen und deren Wirtschaftlichkeit unverändert den beteiligten Akteuren des Gesundheitswesens – insbesondere dem Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) – überantwortet.

Den gesetzlichen Vorgaben einer einheitlichen gesetzlichen Krankenversicherung sind durch entsprechende Koordinations- und Kooperationsformen auf Verwaltungsebene Rechnung zu tragen. Die Entscheidung für ein wettbewerbliches System steht somit gleichrangig neben der Entscheidung, die bestehenden Rechtsträger zu Kooperations- und Koordinationsmaßnahmen zu verpflichten. Somit stoßen wettbewerbliche Mechanismen aus sozialstaatlichen Gründen an Grenzen. Zutreffend hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seiner Entscheidung zum Risikostrukturausgleich den Wettbewerb in der GKV als ein legitimes, aber dem sozialen Ausgleich dienendes Prinzip bezeichnet¹⁰. Folgerichtig müssen die gesetzlichen Krankenkassen und die Leistungserbringer im Rahmen ihrer Selbstverwaltung ein weitgehend gleichförmiges Versorgungsprogramm koordinieren. Dies reicht von gemeinsamen und einheitlichen Vertragsabschlüssen über die Definition von Leistungsansprüchen, etwa im GBA, bis hin

zu Kooperationen und Koordinationen von Verwaltungsabläufen. Dessen Umsetzung muss von einem stimmigen und in seinen Zuständigkeiten klar umrissenen Aufsichtssystem auf Landes- und Bundesebene begleitet werden, wie dies gegenwärtig auch der Fall ist.

Dem soll nun das allgemeine Kartellverbot – einschließlich des zugehörigen Sanktions- und Aufsichtssystems¹¹ – entgegen gesetzt werden, das wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen von Wettbewerbern untersagt¹². Es droht so die rechtlich kaum auflösbare Situation, dass kartellrechtlich verboten wird, was sozialrechtlich geboten ist. Eine Prozessflut ist vorgezeichnet und die Reihen der Kläger wie auch deren Stoßrichtung lassen sich erahnen. Denn schon nach Einführung erster wettbewerblicher Strukturen im Gesundheitswesen, nämlich durch Einführung des Versichererwahlrechts mit dem Jahr 1996, stand man vor einer ähnlichen Diskussion um die Reichweite des Kartellrechts. Damals wurde mit kartellrechtlichen Argumenten die gemeinschaftliche Festsetzung der Festbeträge durch die GKV-Spitzenverbände angegriffen und so für einige Jahre außer Kraft gesetzt. Erst der EuGH hat 2004 nach zähem Ringen die Rechtsauffassung des Kartellsenats beim OLG Düsseldorf kassiert, Krankenkassen seien Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne¹³. Mit vergleichbaren kartellrechtlichen Argumenten wie das OLG Düsseldorf¹⁴ hatte das OLG Hamburg 1999 dem damaligen Bundesausschuss die Veröffentlichung von Arzneimittelrichtlinien untersagt¹⁵; ebenso das OLG München¹⁶. Eine Koordinierung der Arzneimittelverordnung durch eine Ärztekammer wurde 1997 ebenfalls als Kartelltatbestand durch das OLG Düsseldorf gestoppt¹⁷. Erst eine gesetzliche Klarstellung im Jahr 2000¹⁸, derzufolge die Rechtsbeziehungen von Krankenkassen und Leistungserbringern dem Kartellrecht entzogen sind, hat die sich seinerzeit aufbauende Prozesswelle vor den Kartellgerichten zum Stoppen gebracht.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass mit der umfassenden Einführung des Kartellrechts zukünftig wohl zahlreiche koordinierende und kostensteuernde Maßnahmen unterbunden – mindestens aber für eine lange Dauer hinterfragt – werden. Es regiert dann der freie Markt – mit einem wesentlichen Unterschied: Der Abnehmer von Gesundheitsleistungen (Patient) kann und will nicht über die Angemessenheit des Preises entscheiden. Er will und hat Anspruch auf die erforderliche medizinische Versorgung, egal wie teuer sie ist. Seine Gesundheit ist für ihn – wirtschaftlich gesprochen – kein disponibles Gut. Er kann nicht auf das medizinisch notwendige Medikament verzichten, nur weil er vorher die falsche Krankenversicherung gewählt hat. Auch die eigentlichen Vertragspartner und Zahlungsverpflichteten für Gesundheitsleistungen (Krankenkassen) können – jedenfalls im Bereich der gesetzlichen Pflichtversicherung – die Zahlung für ein solches Arzneimittel nicht verweigern. Sie müssen sich aber über das medizinisch Erforderliche und über dessen Konditionen verständigen. Medizinische Versorgungsstandards müssen dabei einheitlich vereinbart werden, um einzelne Versicherte nicht schlechter zu stellen und einen gleichheitsgerechten Gesetzesvollzug zu gewährleisten. Hierzu

müssen sie aber miteinander arbeiten und sich abstimmen können, um das einheitliche Leistungsprogramm und dessen Wirtschaftlichkeit zu bewerten. Dies geschieht nicht zuletzt durch den GBA, dem der Gesetzgeber nach dem Prinzip der gemeinsamen Selbstverwaltung diese Aufgabe übertragen hat. Wird diese Form der Zusammenarbeit und Abstimmung nunmehr als verbotenes Kartell qualifiziert, regiert das Recht der freien Produkt- und Preisbildung bei weitgehend uneingeschränkter Zahlungspflicht der Krankenkassen. Wem dies am Ende des Tages nutzt, lässt sich leicht erahnen.

III. Wettbewerb als dienendes Prinzip der Gesundheitsversorgung oder Gesundheitsversorgung als dienendes Wirtschaftsgut?

Diese Feststellung soll jedoch nicht zu dem Fehlschluss führen, im Bereich der GKV seien Wettbewerbsregelungen nicht geboten oder gar unerwünscht. Richtig ist vielmehr, dass Regeln, die einen fairen Wettbewerb sichern auch im Gesundheitswesen unerlässlich sind. Denn in der Realität findet zwischen den Krankenkassen ein – z. T. sehr hart geführter – Wettbewerb um Versicherte statt, der auch Anreize zu Leistungsvorsprüngen beim Einkauf von Leistungen setzt. Dieser gesetzlich zur Verbesserung der Effizienz und Qualität gewollte Wettbewerb zwischen den Krankenkassen – und im Übrigen auch mit den privaten Krankenversicherern – ist jedoch kein Wettbewerb nach dem Vorbild desjenigen in der gewerblichen Wirtschaft. Denn dem Wettbewerb sind durch das im Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes verankerte Solidarprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung und durch die Eigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln, enge Grenzen gesetzt. Der „Kassenwettbewerb“ ist deshalb ein Wettbewerb eigener Art, für den besondere Regelungen erforderlich waren und sind. Dies hat auch das BVerfG im Jahre 2005 ausdrücklich klargestellt¹⁹. Gedacht war an eine Wettbewerbsordnung auf der Basis des Solidarprinzips. Der Wettbewerb sollte erst dort beginnen, wo das Solidarprinzip endet. Solidaritätswidriger Risikoselektionswettbewerb, also Wettbewerb um die guten Risiken, war nicht erwünscht²⁰. So verhindert beispielsweise der sog. Risikostrukturausgleich einen Preiswettbewerb durch Risikoselektion, der dem Grundsatz der Solidarität fundamental widersprechen würde. Der Wettbewerb im Gesundheitswesen dient somit der Wirtschaftlichkeit eines auf Solidarität und sozialem Ausgleich beruhenden Systems. Der Wettbewerb kann allerdings nicht so verstanden werden, dass er die Gesundheitsversorgung zu einem eigenen Wirtschaftsgut macht, in dem unternehmerische Renditeerwartungen im Vordergrund stehen. Dies hat der Gesetzgeber bei der rechtlichen Ausgestaltung einer Wettbewerbsordnung zu beachten.

Die existierenden Vorgaben und Beschränkungen bedeuten aber nicht, dass dem Gesetzgeber in seinem Bestreben nach einer Begrenzung von Kooperation im Gesundheits-

wesen, insbesondere bei Nachfragekooperationen von Krankenkassen, und bei der Verhinderung oligopolistischer Marktstrukturen im Gesundheitsmarkt vollkommen die Hände gebunden sind. Es gibt durchaus alternative Regelungsansätze für eine Einführung solcher Elemente im Gesundheitsrecht. Eine rechtlich widerspruchsfreie Umsetzung dieser Bestrebungen dürfte – nicht wie der gegenwärtige Gesetzesentwurf zum AMNOG – die Anwendung des Kartellrechts anordnen, sondern müsste das bezeichnete gesetzgeberische Ziel über Vorschriften mit sozialrechtlichem Regelungsgehalt in das SGB V einführen. Wo der Gesetzgeber eine Abkehr vom Grundsatz der kollektiven Leistungsbeschaffung wünscht, muss er dies konkret anordnen. Dabei steht ihm das gesamte sozialrechtliche Regelungsinstrumentarium zur Verfügung. Er kann – wie bereits in einigen Bereichen geschehen – individualvertragliche Strukturen stärken oder vorschreiben.

IV. Gesetzgeberische Fehlleistung und nationaler Sonderweg

Schließlich sei der Vollständigkeit halber auch darauf hingewiesen, dass der gegenwärtige Gesetzesentwurf schon aus rechtshandwerklichen Gründen als misslungen bezeichnet werden darf. Die kartellrechtliche Regulierung des gesetzlichen Krankenversicherungssystems verstößt nämlich gegen Europarecht und darf somit als nationaler Sonderweg bezeichnet werden. Die Vorgaben des europäischen Rechts binden nämlich nicht nur den deutschen Rechtsanwender, sondern auch den deutschen Gesetzgeber. Das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere das von der EU Kommission überwachte Kartellrecht, schafft nicht nur ein verbindliches supranationales Wettbewerbsregime. Es macht den nationalen Gesetzgebern der EU-Mitgliedstaaten auch Vorgaben für die Anwendung und Ausgestaltung ihrer nationalen Wettbewerbsregeln (Vorranggrundsatz²¹). Diesen Grundsatz hat sich der deutsche Gesetzgeber im Rahmen seiner Kartellrechtsreform zu Eigen gemacht; Ziel der Reform war es, einen vollständigen Gleichlauf zwischen dem deutschen und dem europäischen Kartellverbot zu erreichen²².

Der AOK-Bundesverband hat rechtsgutachterlich überprüfen lassen, ob das Regelungskonzept des AMNOG mit den Vorgaben der Union vereinbar ist. Das Rechtsgutachten kommt – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Rechtsprechung des EuGH – zu dem Ergebnis (zusammengefasst),

- [1] *dass die gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung der §§ 1 ff. GWB auf die Nachfragetätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen, wie sie der Referentenentwurf in § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V verankern möchte, mit den Vorgaben des höherrangigen europäischen Rechts nicht zu vereinbaren ist.*
- [2] *Der in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 konkretisierte Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts untersagt dem deutschen Gesetzgeber, die Anwendung des Kartellverbotes in § 1 GWB auf Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmtes Verhalten im Rahmen der Nachfragetätigkeit*

gesetzlicher Krankenkassen anzuwenden, soweit diese zwischenstaatlichen Bezug haben. Darüber hinaus gibt es gute Gründe anzunehmen, dass die geplante Neufassung auch gegen die allgemeinen europarechtlichen Grundsätze des Effizienzgebots und des Anwendungsvorrangs verstößt.

- [3] *Die Konsequenz dieser Unvereinbarkeit ist, dass die im Referentenentwurf in § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V vorgesehene entsprechende Anwendung der §§ 1 ff. GWB keine rechtlichen Wirkungen entfalten kann. Sollte der Anwendungsbefehl trotz der hier geäußerten Bedenken verabschiedet werden, wäre er nicht durchsetzbar.*²³

Gelegentlich der rechtsgutachterlichen Prüfung werden weitere rechtshandwerkliche Fehler der Bundesregierung festgestellt. Angesichts der gewählten Regelungstechnik einer nur „entsprechenden“ Geltung des Kartellrechts sowie angesichts des unklaren Regelungsverhältnisses zum Sozialrecht erkennt Bechtold im Hinblick auf die „entsprechende“ Geltung der kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitsstrafbestände einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot für Ordnungswidrigkeiten gem. Art. 103 Abs. 2 GG. Er führt hierzu aus:

*Die Anordnung der „entsprechenden“ Geltung des § 81 GWB und seiner zahlreichen Ordnungswidrigkeiten- und Bußgeldtatbestände trägt den verfassungsrechtlichen Geboten nicht mehr hinreichend Rechnung. Aus der vorgeschlagenen Regelung wird nicht klar, ob, und wenn ja, welche der allgemeinen kartellrechtlichen Anwendungsgrundsätze mit der „entsprechenden Anwendung“ unter besonderer Berücksichtigung des Versorgungsauftrages übernommen werden sollen. Sie lässt den Rechtsanwender im Unklaren darüber, welche sozialrechtlichen Vorgaben zu einer Modifikation der allgemeinen Grundsätze bei der Anwendung des Kartellverbots führen können. Dies gilt umsomehr, als das SGB V an vielen Stellen ausdrücklich kollektive Strukturen fördert, deren Fortbestehen nach gängigen kartellrechtlichen Maßstäben ohne weiteres als bußgeldbehafteter Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB angesehen würde*²⁴.

Schon aus diesem Grund darf damit gerechnet werden, dass die Bundesregierung ihr Vorhaben überdenkt und vor einem gesetzgeberischen Schnellschuss im AMNOG das wettbewerbsrechtliche Regulierungsregime im Gesundheitswesen einer fundierten Bewertung unterzieht.

V. Fazit

Die Besonderheiten des Wettbewerbs unter den Krankenkassen schließen die punktuelle Übernahme der Regelungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht aus.

So können etwa die Grundsätze der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle für Vereinigungen von Krankenkassen gelten, die ein probates Mittel sein dürften, um zugunsten der Versicherten Angebotsvielfalt zu erhalten.

Ebenso erscheint es erwägenswert, für den Mitgliederwettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen die

Regelungen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb für anwendbar zu erklären, da sich die dort geregelten Sachverhalte wie z. B. Grenzen der Telefonwerbung und Verbote irreführender Werbung auch auf den Wettbewerb innerhalb der GKV übertragen lassen.

Selektivvertraglicher Wettbewerb sollte unmittelbar im SGB V selbst, i.S. eines sozialrechtseigenen Wettbewerbsrechts reguliert werden. Hierzu gehören sowohl die Regelungen der wettbewerblich geöffneten Bereiche als auch der Verbote wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zwischen Krankenkassen bzw. Leistungserbringern.

Folgerichtig sollten über einschlägige Rechtsstreitigkeiten unverändert die Sozialgerichte entscheiden, deren erst Ende 2008 vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelte Zuständigkeit für vergaberechtliche Sachverhalte sich bewährt hat, und nicht – wie vom Gesetzgeber im AMNOG bislang vorgesehen – die Zivilgerichte und deren Kartellsenate.

Fußnoten:

- 1 „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, Rn. 3970 ff
- 2 Regierungsentwurf vom 06.07.2010, BT-Drs. 17/2413
- 3 vgl. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i.V.m. §§ 19-21 GWB
- 4 vgl. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V; grundlegend EuGH, Rs. C-300/07, NJW 2009, 2427 (Oymans)
- 5 grundlegend EuGH, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493 (AOK-Bundesverband); ausführlich zur EuGH-Rechtsprechung *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 311 ff

- 6 GKV-OrgWG, vgl. BT-Drs. 16/10609, S. 64 ff; zur grundsätzlichen Kritik hierzu vgl. die Äußerungen von RiBSG Dr. Hauck im *Handelsblatt* vom 02.08.2010, S. 14
- 7 vgl. § 97 Abs. 3 GWB
- 8 vgl. die Grundsatzvorschrift des § 4 Abs. 3 SGB V
- 9 vgl. BVerfGE 89, 365, 375 f
- 10 BVerfGE 113, 167-273
- 11 zur grundsätzlichen Kritik hierzu vgl. die Äußerungen vom Präsidenten des BVA Dr. Gassner im *Handelsblatt* vom 02.08.2010, S. 14
- 12 vgl. § 1 GWB
- 13 EuGH, Rs. C-264/01, Slg. 2004, I-2493 (AOK-Bundesverband)
- 14 OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.07.2000, U (Kart) 36/98
- 15 OLG Hamburg, Urteil vom 19.10.2000, 3 U 199/99
- 16 OLG München, Urteil vom 20.01.2001, U (K) 4428/99 auf Grundlage des UWG
- 17 OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.09.1997, U (Kart) 11/97
- 18 GKV-RefG 2000, vgl. insbesondere BT-Drs. 14/1245, 68; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.4.2003, VI-U (Kart) 39/01
- 19 vgl. Fn. 9
- 20 vgl. BT-Drs. 12/3608, S. 68 f
- 21 *Bornkamm*, FS: Hirsch, S. 231, 238; *Rehbinder*, in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Teil II, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 24
- 22 vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle BT-Drucks. 15/3640, S. 22 f
- 23 *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, „Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen“ (Rechtsgutachten) vom 16.06.2010; S. 30 f – im Internet unter http://www.aok-bv.de/politik/reformaktuell/index_03999.html
- 24 *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, „Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen“ (Rechtsgutachten) vom 16.06.2010; S. 30 f



Das liberale Europäische Sozialmodell

Rentenreformen in der EU und die Offene Methode der Koordinierung

Von Dr. Björn Hacker

2010, 428 S., brosch., 79,- €, ISBN 978-3-8329-5904-3

(Schriften zur europäischen Arbeits- und Sozialpolitik, Bd. 6)

Die Wohlfahrtsstaaten der EU stehen unter dem Anpassungsdruck der weit fortgeschrittenen Wirtschaftsintegration, während die soziale Dimension Europas gering ausgebaut bleibt. Diese Studie evaluiert erstmals die Relevanz europäischer Politikkoordinierung für nationale Reformvorhaben im Rentensektor und verortet ihre Rolle in einem Europäischen Sozialmodell.

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder versandkostenfrei unter ► www.nomos-shop.de



Nomos