

Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?

Wulf-Henning Roth, Bonn

§ 1. Kartellrecht als „Regulierungsrecht“?

§ 2. Ein Blick zurück

- I. Die Zeit bis 2000
- II. Reformen in der GKV
 1. Zunehmende Wettbewerbselemente
 2. Gesetzliche Regelungen für die Anwendung des Kartellrechts
 - a. Gesundheitsreformgesetz 2000
 - b. Korrekturen 2007, 2008, 2010 (AMNOG)

§ 3. Die heutigen wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen

I. Unionsrecht

1. Akzessorietät der Nachfragetätigkeit
2. Nichtwirtschaftliche Tätigkeit der GKV auf der Angebotsseite
 - (1) Die **Elemente der Solidarität** - Einkommensabhängigkeit der Beiträge, fehlende Äquivalenz von gezahlten Beiträgen und Leistungen, Risikoausgleich – prägen das System der GKV (noch) nachhaltig und werden durch eine hinreichende **staatliche Aufsicht** über die Tätigkeit der Kassen ergänzt, so dass immer noch von einer **nichtwirtschaftlichen Tätigkeit** der Kassen *downstream* auszugehen ist.
 - (2) Die Einführung wettbewerblicher Elemente *upstream* ist (entgegen vielfältigen Stellungnahmen im Schrifttum) insoweit irrelevant.
 - (3) Anders für die **freiwillig Versicherten**: Hier bestehen echte **Wahlmöglichkeiten** zwischen der GKV und der PKV – mit der Konsequenz, dass *insoweit* auch eine unternehmerische Tätigkeit der GKV *downstream* anzunehmen ist.

II. Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das deutsche Kartellrecht

(1) 7. GWB-Novelle: Entscheidung für **interpretatorischen Gleichlauf** §§ 1, 2 GWB mit Art. 101 AEUV. Begriff des **Unternehmens** in § 1 GWB im Lichte des Art. 101 AEUV auszulegen. Dasselbe für §§ 19, 20 GWB: Gesetzgeber des GKV-WSG von 2007 geht davon aus, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff die GKV *downstream* und *upstream* nicht mehr erfasst. Daher § 69 Satz 2 SGB V (2007): „entsprechende“ Anwendung der §§ 19-21 GWB auf die Rechtsbeziehungen der Kassen zu ihren Leistungserbringern an. **AMNOG**-Gesetzgeber hat dies bestätigt :§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V (2010).

(2) Die „**entsprechende**“ Anwendung der §§ 1 ff., 19 ff. GWB gilt nur für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern (*upstream*), nicht im **Verhältnis zu den Versicherten**. Da *direkte* Anwendbarkeit des § 1 GWB auf das Verhalten der Kassen *downstream* nicht in Frage kommt (Anwendung scheitert am europäisch ausgerichteten Unternehmensbegriff), liegen Absprachen der Kassen über Wahltarife, Zusatzleistungen oder die Erhebung eines Zusatzbeitrags (iSv § 242 Abs. 1 SGB V) nicht nur *außerhalb* des Anwendungsbereichs des europäischen Kartellrechts, sondern auch des § 1 GWB. Gesetzgeber könnte sich insoweit - wie in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V - vom europäischen Unternehmensbegriff lösen; er ist aber bisher den gegenteiligen Weg gegangen.

- III. **Keine Sperrwirkung** des europäischen Unternehmensbegriffs und des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 für § 69 SGB V und einer „entsprechenden“ Anwendung der §§ 1 ff. GWB

§ 4. Kartellrecht und Sozialrecht

I. Zielkonflikte und Probleme bei Anwendung des Kartellrechts

1. **Zielkonflikt**: Kartellrecht als Ordnungsrahmen zur Gewährleistung autonomen marktbezogenen Handelns, Sozialrecht dgg. geprägt von kollektiven Strukturen. *Aber*: Sinn und Zweck der Gesundheitsreformen, durch Zurückdrängung kollektiver Verhandlungen Raum für dezentral abzuschließende Selektivverträge und damit Wettbewerb zwischen den Kassen zu schaffen. Insofern ist eine **differenzierende Herangehensweise** möglich und geboten. *Behauptung*: Anwendung des Kartellverbots stelle kollektive Bestimmung, Bewertung und Beschaffung medizinischer Dienst- und Sachleistungen – und damit das Ziel der Leistungs- und Versorgungseinheit - in Frage. *Dagegen*: In den Bereichen, in denen es nach Einschätzung des Gesetzgebers sinnvoll ist, die Nachfragetätigkeit der Kassen durch kollektive Leistungsbestimmung und Leistungsverschaffung zu steuern, bleibt das Kartellrecht außen vor. *Anders* in den Fällen, in denen sich der Gesetzgeber dafür entscheidet, den Kassen Freiraum für autonomes und damit wettbewerbliches Handeln zu eröffnen.

2. **Kostensenkungen**: Mit der Anwendung des Kartellverbots auf Nachfragekartelle können sich zumindest *kurzfristig* Wirkungen ergeben, die dem Ziel der Gesundheitsreformen, Kosten zu senken, entgegenlaufen. *Aber*: Nachfragemacht kann **nachteilige Wirkungen** für die Marktstruktur auf der Anbieterseite zeitigen. Im Übrigen: Bloße Ausübung von Nachfragemacht bringt keinen Effizienzgewinn.

3. **Rechtsunsicherheit** durch Anwendung des § 1 GWB
4. **Ungleichbehandlung** mit öffentlicher Hand im Übrigen

II. Berücksichtigung sozialrechtlicher Wertungen

1. Versorgungsauftrag, § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V a.F. auch weiter relevant
2. §§ 19-21 GWB deshalb unproblematisch
3. §§ 1-2 GWB und SGB V: Kollektivvertragliche oder selektivvertragliche Steuerung? vier Konstellationen:
 - a. Handlungspflichten: § 69 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 SGB V: **Subsidiarität** des Kartellrechts gegenüber dem Kassenregulierungsrecht
 - b. Exklusivität kollektiven Handelns (§ 125 Abs. 1 SGB V, § 129 Abs. 2 SGB V und § 131 SGB V): **Kompetenzzuweisung** an kollektiv verfasste Akteure auf der Nachfrageseite
 - c. Selektivverträge: Kollektives Handeln; Anwendung des § 1 GWB auch auf Verbandshandeln
 - d. Selektivverträge
4. „Entsprechende“ Anwendung der §§ 1, 2 GWB:

a. „Wettbewerbsbeschränkung“ iSv § 1 GWB

aa. **Horizontalleitlinien** der Kommission (2011) geben Spielraum: Entstehen von Marktmacht auf der Nachfrageseite bei einem Marktanteil von nicht mehr als 15% „unwahrscheinlich“; jenseits der 15%-Marktanteilschwelle umfassende Marktanalyse - Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht der Anbieter – für Feststellung möglicher wettbewerbsbeschränkender Wirkungen erforderlich. Bundeskartellamt: Bagatellbekanntmachung hält Einkaufsgemeinschaften, die einen Marktanteil von 10% nicht übersteigen, für unproblematisch, nimmt davon aber alle Einkaufskartelle aus, die eine Festsetzung von Preisen oder Preisbestandteilen bezwecken oder bewirken (Rz. 13-14). KMU-Bekanntmachung: Freistellung nach § 2 Abs. 1 GWB wahrscheinlich.

Wettbewerbsrechtliche Bewertung: Kooperation „kleiner“ Kassen führt zu höherem Einkaufsvolumen und damit verbesserter Verhandlungsposition gegenüber den Leistungserbringern. Niedrigere Einkaufspreise verbessern Wettbewerbsposition gegenüber ihren größeren Konkurrenten. Insoweit Verbesserung der Marktstruktur auf der Nachfragerseite. Mit Kooperation auf der Nachfrageseite gehen für Leistungsanbieter auch Auswahlmöglichkeiten verloren: Solange Marktanteil der Einkaufskooperationen unter 10-15%, bleiben für Anbieter genügende Auswahlmöglichkeiten.

bb. **Vertikale Bindungen** (Bezugs- oder Exklusivbindungen zu Lasten Dritter) wettbewerbspolitisch solange unbedenklich, wie der Marktzugang für Akteure auf der Leistungserbringenseite gewährleistet ist und wie Kassen von der Nachfrage nach bestimmten Leistungen nicht nachhaltig ausgeschlossen werden. Marktschließungseffekte mögen sich allerdings ergeben, wenn auf einer der beiden Marktseiten ein marktbeherrschender Akteur tätig ist oder die Akteure in ein Netz gleichartiger Verträge eingebunden sind („Bündeleffekt“). Werden solche vertikalen Bindungen im Gefolge von Abreden zwischen Wettbewerbern begründet, sind erst recht Marktschließungseffekte zu befürchten.

b. Rechtfertigung

(1) § 2 Abs. 1 GWB: Produktions- und Vertriebseffizienzen (nicht allein niedrigere Preise aufgrund Nachfragemacht); Entwicklung neuer bzw. qualitätsvollerer Produkte bzw. Leistungen.

(2) VO Nr. 330/2010 (iVm § 2 Abs. 2 GWB) für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen; Freistellung bei bis zu 30% Marktanteil

(3) Besondere Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher Wertungen?

(i) § 4 Abs. 3 SGB V: **Kooperationspflicht:** dem SGB V ist die (überkommene) Wertung zu entnehmen, dass die von der Kooperationspflicht verfolgten Interessen der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit (§ 4 Abs. 3 SGB V) durch *kollektives* Handeln am Besten realisiert werden. *Anderes* gilt für den Bereich der Selektivverträge: hier hat sich der Gesetzgeber für eine Zielerreichung durch Wettbewerb entschieden, und diese Zielerreichung durch die Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 1 GWB abgesichert.

(ii) Auftrag wirksamer und qualitätsvoller Versorgung der Versicherten unter Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz (§ 2 Abs. 1, Abs. 4 SGB V) bedarf keiner Absicherung durch modifizierte Anwendung des § 1 oder § 2 Abs. 1 GWB: Wenn und soweit der Gesetzgeber mit Öffnung des SGB V für Selektivverträge auf das Wettbewerbsprinzip setzt, liegt darin Entscheidung dafür, dass hier Wettbewerb die angestrebten Ziele besser erreicht als kollektives Handeln. I.Ü.: Wirtschaftlichkeit und Effizienz sind Zielsetzungen, die über § 2 Abs. 1 GWB eine weitreichende Kooperation der Kassen erlauben.

(iii) Vielfalt der Leistungserbringer, § 2 Abs. 3 SGB V, als Ziel steht nicht im Gegensatz zu kartellrechtlich verfolgten Zielen

§ 5. **Schlussbemerkung:** Forderung nach eigenständigem „**Gesundheitsregulierungsrecht**“ basiert auf **These**, dass undifferenzierte Anwendung des Kartellrechts den Besonderheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nicht gerecht wird. Aber: Ordnungsrahmen ist von einem **Nebeneinander** zweier Regelungsinstrumente – einem kollektivvertraglich basierendem Regulierungsrecht einerseits und einem auf dezentralen Marktentscheidungen basierendem Wettbewerbsrecht andererseits – geprägt. Letzteres eröffnet viel Spielraum. Dieses Nebeneinander kann, sofern sich unerwünschte Ergebnisse zeigen, jederzeit vom Gesetzgeber korrigiert werden, in dem die Grenzen in die eine (Pflicht zu Kollektivhandeln) oder in die andere Richtung (Markt) verschoben werden.