

Zur Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die gesetzliche Krankenversicherung

von Ulrich Knispel*

ABSTRACT

Für die GKV hat die Auseinandersetzung mit dem europäischen Wettbewerbsrecht an Bedeutung gewonnen. Nach dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) handelt ein Träger der sozialen Sicherheit dann nicht wirtschaftlich, wenn er ausschließlich soziale Zwecke verfolgt und sich von einer privaten Versicherung grundlegend unterscheidet. Hiernach können die Krankenkassen bei der Durchführung der Versicherung nicht als Unternehmen angesehen werden, da sie insoweit sozial tätig sind. Zur Leistungsorganisation und den Beziehungen der Krankenkassen zu Leistungserbringern gibt es noch keine Entscheidungen des EuGH. Selbst wenn die Krankenkassen Unternehmen sind, kommt nach Artikel 86 II EG eine Freistellung vom Wettbewerbsrecht in Betracht. Der EuGH hat jüngst den Anwendungsbereich dieser Vorschrift erweitert. Soweit eine bestimmte Gestaltung der Leistungsbeziehungen zur Stabilisierung der finanziellen Grundlagen der GKV erforderlich ist, bleibt das Wettbewerbsrecht unanwendbar. Klarheit kann in diesem Bereich nur der EuGH schaffen.

Schlüsselworte: Gesetzliche Krankenversicherung, Krankenkassen, europäisches Wettbewerbsrecht, Unternehmen, wirtschaftliche Tätigkeit, soziale Zwecke, Leistungsbeschaffung, hoheitliche Tätigkeit, Freistellung vom Wettbewerbsrecht, finanzielles Gleichgewicht

For the Statutory Health Insurance the dispute with the European Competition law gains increasing importance. After the European Court's (EC) decision a social insurance institution does not act economically, if it pursues only social purposes and differs fundamentally from a private insurance. According to this, concerning the insurance fulfilment health insurance funds (hif) cannot be regarded as companies, because hereby they act purely social. Up to now there are no EC-decisions concerning the health provision organisation and the relationship between the hif and the health care providers. Even if the hif are companies in that regard, an exemption according to Article 86 II EG can be taken into consideration. The European Court recently widened the coverage of this regulation. As far as a certain organization of the health care provision relations is necessary to stabilize the financial basis of the Statutory Health Insurance the competition law is inapplicable. Only the European Court can bring the necessary clearness.

Keywords: Statutory Health Insurance, health insurance funds, european competition law, company, economical activity, social purposes, health care provision, sovereign activity, release from competition law, financial balance

1. Einführung

In den letzten Jahren sind die Auseinandersetzungen um die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Krankenkassen um eine europäische Dimension erweitert worden. Stand früher allein die Unvereinbarkeit von Maßnahmen mit dem deutschen Wettbewerbs- und Kartellrecht in Frage¹, haben von der Festsetzung von Festbeträgen im Arzneimittel- und Hilfsmittelbereich (§§ 35, 36 Sozialgesetzbuch V (SGB V)) betroffene Anbieter das europäische Wettbewerbsrecht „entdeckt“, an dem sich die angegriffenen Akte messen lassen müssten. Der „Charme“ dieser Argumentation liegt darin, dass bei einer Kollision zwischen Krankenversicherungsrecht und nationalem Wettbewerbsrecht ersteres als *lex specialis* vorgeht und das Wettbewerbsrecht verdrängt.² Dagegen genießt

das europäische Recht Vorrang vor den nationalen Bestimmungen³, so dass es insoweit unerheblich ist, ob die Krankenkassen bzw. ihre Verbände im Rahmen ihnen gesetzlich eingeräumter Befugnisse handeln. Und da die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages unmittelbar anwendbar sind⁴, können die Betroffenen auch selbst die Wettbewerbswidrigkeit der in Frage stehenden Maßnahme geltend machen.⁵ Die von den Herstellern angerufenen Kartellgerichte sind deren Argumentation gefolgt, dass die Festbeträge EG-wettbewerbswidrig seien⁶ – mit der bemerkenswerten Foge, dass nunmehr eine gesetzliche Neuregelung der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel damit begründet wird, die Spitzenverbände seien aus kartellrechtlichen Gründen gehindert, von der ihnen durch das SGB V eingeräumten Kompetenz Gebrauch zu machen.⁷ Unabhängig von der Richtigkeit dieser Aus-

* Ulrich Knispel

Richter am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen

Postfach 10 24 43, 45024 Essen · Tel.: (0201) 7 99 22 60 · Fax: (0201) 7 99 25 51

sage macht die Begründung doch den Einfluss des EG-Wettbewerbsrechts deutlich. Besondere Bedeutung hat das europäische Recht vor allem seit der Neuregelung des § 69 SGB V durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000⁸ erlangt. Nach wohl überwiegender Auffassung wird durch die Neuregelung nicht nur eindeutig die alleinige Zuständigkeit der Sozialgerichte für alle Streitigkeiten aus dem Leistungserbringerbereich bestimmt, sondern auch auf der materiell-rechtlichen Ebene die Anwendung des nationalen Wettbewerbs- und Kartellrechts ausgeschlossen.⁹ Damit verlagert sich die Auseinandersetzung mit dem Wettbewerbsrecht auf die europäische Bühne, denn wegen des Vorrangs des EG-Rechts kann der deutsche Gesetzgeber zwar die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts ausschließen, nicht aber die der europäischen Bestimmungen.

Daher haben sich Krankenkassen und Gesetzgeber damit auseinander zu setzen, ob und ggf. in welcher Weise die Wettbewerbsvorschriften der Artikel 81, 82, 86 EG¹⁰ der Gestaltung der GKV Grenzen setzen. Dabei sind zwei Komplexe zu unterscheiden: Zum einen stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit des Versicherungsmonopols, das heißt des ausschließlichen Rechts der gesetzlichen Krankenkassen die Versicherung versicherungspflichtiger Personen durchführen zu dürfen, mit dem Wettbewerbsrecht.¹¹ Zum anderen steht die Art und Weise der Erbringung und Beschaffung der Leistungen durch die Krankenkassen auf dem Prüfstand. Nicht behandelt werden soll die Problematik der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen, also die Frage, inwieweit § 18 SGB V mit den Grundfreiheiten des freien Warenverkehrs (Art. 28 EG) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) vereinbar ist.¹²

■ I DAS EUROPÄISCHE WETTBEWERBSRECHT

■ 1. Überblick über die Wettbewerbsregeln

Art. 81 EG schützt den Wettbewerb durch das Verbot einvernehmlicher Handlungen (Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen) einzelner Marktteilnehmer. Als Beispiel einer wettbewerbsbeschränkenden bzw. -verfälschenden Maßnahme nennt Art. 81 I lit.a EG die unmittelbare oder mittelbare Festlegung von Ankaufspreisen. Art. 82 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer übermächtigen Marktposition, wobei nach Satz (S.) 2 lit. a ein Missbrauch insbesondere in der Erzwingung unangemessener Einkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen liegen kann. Nach Art. 86 I EG ist den Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit staatlichem Monopol untersagt, „diesem Vertrag und insbesondere dessen Art. 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen (zu) treffen oder beizubehalten“. Art. 86 II EG nimmt diese Unternehmen allerdings von der Geltung der Wettbewerbsregeln aus, „soweit die Anwen-

dung dieser Vorschriften (...) die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“.

Um den Wettbewerbsvorschriften möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, hat der EuGH aus Art. 86 I EG hergeleitet, dass Maßnahmen eines Mitgliedstaates, die dazu führen, dass ein öffentliches oder ein Monopolunternehmen bei der Wahrnehmung seiner Rechte zwangsläufig gegen Wettbewerbsrecht verstoßen würde, unvereinbar mit dem Vertrag wären.¹³ Ein missbräuchliches Verhalten sieht der EuGH dann gegeben, wenn das Monopolunternehmen seine besonderen Befugnisse zum Nachteil von Konkurrenten einsetzt, ohne den Bedarf effektiv befriedigen zu können. Ferner dürfen nach ständiger Rechtsprechung die Mitgliedstaaten aufgrund der Art. 81, 82 EG i.V.m. Art. 10, Art. 3 lit. g EG auch nicht in Gesetzen oder Verordnungen Maßnahmen erlassen, die die praktische Wirksamkeit der für Unternehmen geltenden Vorschriften aufheben könnten.¹⁴ Das ist der Fall, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Maßnahmen privaten Wirtschaftsunternehmen überträgt.¹⁵ Ferner sind Regelungen wettbewerbswidrig, die einem oder mehreren Unternehmen eine wirtschaftliche Position verschaffen, die es ihnen erlaubt, einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu verhindern.¹⁶ Damit werden die Mitgliedstaaten unmittelbar Adressaten des Wettbewerbsrechts. Auf der anderen Seite gelten Art. 81, 82 EG nur für Verhaltensweisen, die die Unternehmen aus eigener Initiative entfalten. Soweit ihnen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben ist und ihnen kein eigener Handlungsspielraum verbleibt, sind die Art. 81, 82 EG nicht anwendbar.¹⁷

■ 2. Sozialleistungsträger als Unternehmen

Die genannten Vorschriften gelten nur für Unternehmen. Dieser im EG-Vertrag nicht definierte Begriff wird vom EuGH dahingehend umschrieben, dass Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit ist, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung und ohne Rücksicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht.¹⁸ Ausschlaggebend für die Unternehmenseigenschaft ist also die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Mit dieser Frage befassen sich mehrere Entscheidungen des EuGH, die Sozialleistungsträger betreffen.

In der Rechtssache „Höfner/Elser“¹⁹ hat der EuGH die Vermittlung von Führungskräften durch die Bundesanstalt für Arbeit (BA) ohne nähere Begründung als Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit angesehen. Inhaltlich gefüllt hat der EuGH den Begriff in der Entscheidung „Poucet/Pistre“.²⁰ Danach ist eine wirtschaftliche Tätigkeit zu verneinen, wenn der in Frage stehende Träger eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllt. Systeme der sozialen Sicherheit, die durch fehlendes Gewinnstreben, die Verfol-

gung eines sozialen Ziels und die Anwendung des Solidaritätsgedankens geprägt seien, unterschieden sich durch diese Merkmale von privaten Versicherungsträgern; sie seien dazu bestimmt, auf der Grundlage der Solidarität besondere Aufgaben wahrzunehmen, die nur von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen wahrgenommen werden könnten. Dabei hat der EuGH auf Strukturmerkmale des in Frage stehenden Systems wie Versicherungspflicht, gesetzliche Festlegung von einheitlichen Leistungen, einkommensabhängige Beiträge, Finanzierung nach dem Umlageprinzip und Finanzausgleich unter den Trägern abgestellt und erkannt, eine solche Einrichtung erfülle eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter. Von diesem Ansatz ist der EuGH auch in den Entscheidungen „Fédération française“²¹ und „Albany“²² ausgegangen. Für die dort geprüften Einrichtungen hat er die Unternehmenseigenschaft bejaht, weil er die soziale Zwecksetzung nicht als dominierend ansah. Im Fall „Fédération française“, der eine Zusatzversicherung zur Rentenversicherung betraf, stellte er darauf ab, dass die Mitgliedschaft freiwillig war, die Leistungen ausschließlich von der Höhe der Beiträge abhingen und die Finanzierung nach dem Kapitaldeckungsprinzip erfolgte.²³ Im Falle der unter anderem (u.a.) der Entscheidung „Albany“ zugrunde liegenden (niederländischen) Betriebsrentenfonds war für ihn maßgebend, dass die Fonds nach dem Kapitaldeckungsprinzip arbeiteten, selbst Leistungen und Beiträge festlegen durften, wobei die gewährten Leistungen von den Erträgen der Anlagen abhingen und Unternehmen, die ihren Arbeitnehmern eine gleichwertige Versicherung einräumten, unter bestimmten Umständen eine Freistellung von der Pflichtversicherung erlangen konnten.²⁴ Aufgrund dieser Umstände hielt der EuGH in beiden Entscheidungen das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht und gewisse Solidaritätsgesichtspunkte nicht für ausreichend, um vom Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungen sprechen zu können.

Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und sozialer Zweckverfolgung richtet sich also nach dem Umfang der über die soziale Absicherung der erfassten Personengruppe und den versicherungstechnischen Risikoausgleich hinausgehenden Verfolgung sozialpolitischer Ziele durch das in Frage stehende System. Sozialversicherungsträger unterliegen – und zwar schon mangels wirtschaftlicher Tätigkeit und nicht erst über die Freistellung nach Art. 86 II EG – dann nicht dem Wettbewerbsrecht, wenn der soziale Ausgleich in dem System dominiert und aufgrund der strukturellen Unterschiede zur privaten Versicherung ein (potentieller) Wettbewerb nicht stattfinden kann.

II. VERSICHERUNGSMONOPOL

Die Vereinbarkeit des Versicherungsmonopols der gesetzlichen Krankenkassen mit dem Wettbewerbsrecht kann auf der Grundlage der zitierten Rechtsprechung nicht bezweifelt werden. Die

Krankenkassen sind keine Unternehmen im Sinne des (i.S.d.) Wettbewerbsvorschriften, sie erfüllen vielmehr die in der Entscheidung „Poucet/ Pistre“ genannten Kriterien. Die GKV ist als Pflichtversicherung konzipiert (§ 5 SGB V), ihre Finanzierung erfolgt nach dem Umlageprinzip (§ 220 I SGB V). Die im Vordergrund stehenden Gesundheitsleistungen der Krankenbehandlung (§ 27 SGB V) werden unabhängig von der Höhe der Beiträge gewährt und sind – von marginalen Satzungsmehrleistungen abgesehen (etwa §§ 37 II S. 2, 3, 38 II SGB V) – gesetzlich festgelegt. Die Beiträge richten sich ausschließlich nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitglieder (§§ 3 S. 2, 241 SGB V). Somit findet ein Ausgleich der bei den verschiedenen Versicherten bestehenden ungleichen Risiken nach sozialen Gesichtspunkten statt, individuelle leistungsrechtliche Risiken bleiben bei der Beitragsgestaltung unberücksichtigt.²⁵ Außerdem ist mit der beitragsfreien Familienversicherung (§§ 3 S. 3, 10 SGB V) ein Familienlastenausgleich verbunden, der durch das Verbot der Beitragsabstufung nach Familienstand oder Zahl der Familienversicherten abgesichert wird. Berücksichtigt man noch den kassenarteninternen (§§ 265, 265a SGB V) wie den kassenartenübergreifenden Finanzausgleich (§§ 266, 267 ff SGB V) wird vollends deutlich, dass das Solidaritätsprinzip²⁶ ein prägendes Strukturprinzip der GKV ist und die Krankenkassen somit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH Aufgaben sozialer Art und keine wirtschaftliche Tätigkeit verrichten.

An diesem Befund ändert auch nichts der durch die Einräumung weitgehender Kassenwahlrechte der Mitglieder (§§ 173, 174 SGB V) eröffnete Wettbewerb unter den Krankenkassen. Dieser hat, wie das BSG zutreffend entschieden hat²⁷, eine andere Funktion und Bedeutung als der Wettbewerb in der gewerblichen Wirtschaft²⁸. Der Wettbewerb in der GKV dient einer zweckmäßigen, wirtschaftlichen und qualitativ hochwertigen Versorgung der Versicherten. Nicht die Marktposition der einzelnen Kasse steht im Vordergrund, sondern die Leistungsfähigkeit des Systems als Ganzes. Der Gesetzgeber sieht ausweislich § 1 S. 1 SGB V unverändert „die“ Krankenversicherung, also die Gesamtheit der Krankenkassen als Solidargemeinschaft an. Solange ein kassenartenübergreifender Risikostrukturausgleich einer Risikoenmischung und damit einer (partiellen) Entsolidarisierung innerhalb des Systems entgegenwirkt, steht der soziale Ausgleich so eindeutig im Vordergrund, dass die Krankenkassen nicht als Unternehmen i.S.d. Wettbewerbsrechts zu qualifizieren sind.²⁹

Dies gilt auch für die Durchführung freiwilliger Versicherungen (§ 9 I SGB V), bei denen die Krankenkassen in Konkurrenz zur Privaten Krankenversicherung (PKV) stehen. Auch für die freiwilligen Mitglieder gelten die oben genannten Strukturprinzipien, d.h. auch insoweit ist die Beitragsgestaltung unabhängig vom individuellen Risiko (§ 240 I SGB V) und auch die freiwilligen Mitglieder sind voll in den sozialen Ausgleich einschließlich des Familienlastenausgleichs einbezogen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die freiwillige Versicherung im Kern dazu dient, eine zuvor bestehende

Versicherung in der GKV fortzusetzen (vgl. § 9 I Nr. 1, 2, 5 SGB V). Insofern ist die Beitrittsberechtigung eine notwendige Ergänzung zur Versicherungspflicht, da vielfach Versicherte bei Ende ihrer Versicherung in der GKV wegen Alters oder eingetretener Krankheiten sich nicht oder nur zu unzumutbaren Bedingungen in der PKV versichern könnten.³⁰ Ferner bedeutet für Familien mit Kindern wegen der beitragsfreien Mitversicherung der Angehörigen (§ 3 S. 3 SGB V) die Versicherungsmöglichkeit in der GKV eine erhebliche Entlastung. In der GKV werden daher im Regelfall nur die Versicherten bleiben, die (unverändert) sozial schutzbedürftig sind. Von daher steht auch im Bereich der freiwilligen Versicherung die soziale Funktion des gesetzlichen Krankenversicherungssystems im Vordergrund.³¹

Die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ist somit von der Ausgestaltung des Krankenversicherungssystems abhängig. Je mehr sich die Strukturen der GKV an die der PKV annähern würden, je mehr also der soziale Ausgleich in den Hintergrund treten würde, desto weniger könnte das Versicherungsmonopol schon mangels Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit gerechtfertigt werden.³² Daher waren die durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz (GKV-NOG) eingeführten Gestaltungsleistungen³³, insbesondere die mit einer Beitragsermäßigung verbundene Möglichkeit eines Selbstbehalts und die Beitragsrückzahlung bei Leistungsfreiheit bedenklich, weil dadurch Elemente des individuellen Risikos gegenüber einem uneingeschränkten sozialen Ausgleich Bedeutung erlangten und Versicherten unter Durchbrechung des Solidaritätsprinzips die für sie günstigste Gestaltung wählen konnten.³⁴ Der Gesetzgeber tut also gut daran, bei weiteren Reformen der GKV diesen Aspekt in seine Überlegungen mit einzubeziehen.

III. LEISTUNGSBESCHAFFUNG

1. Wirtschaftliche Tätigkeit

Wenn auch der EuGH in der Entscheidung „Poucet/Pistre“ uneingeschränkt „die“ Mitwirkung des in Frage stehenden Trägers am System der sozialen Sicherheit als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft hat, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, Sozialleistungsträger, die die dort genannten Kriterien erfüllten, seien damit per se vom Wettbewerbsrecht freigestellt. Der Unternehmensbegriff wird nämlich funktional verstanden, so dass im Einzelfall der unternehmerische Charakter des in Frage stehende Handelns zu prüfen ist.³⁵

Die zitierten Urteile des EuGH betreffen alle die Durchführung der Versicherung, also die „Angebotsseite“ der sozialen Sicherungssysteme. Zur Leistungserbringung, den „Nachfragebereich“ gibt es nur eine – und auch nur bedingt einschlägige – Entscheidung. Im Fall „Sodemare“³⁶ ging es um die Zulässigkeit einer italienischen Gesetzesregelung, wonach nur solche Unternehmen

zur Teilnahme an einem System der Krankensozialhilfe zugelassen waren, die keinen Erwerbszweck verfolgten. Die selektive Zulassung beruhte also nicht auf einem Handeln eines Sozialleistungsträgers, sondern einer gesetzlichen Regelung, so dass sich die Frage des Vorliegens eines unternehmerischen Handelns nicht stellte.³⁷ Der EuGH hatte – im Rahmen der oben skizzierten Rechtsprechung zum Verbot kartellrechtswidriger nationaler Regelungen³⁸ – lediglich noch zu prüfen, ob die fragliche Regelung insofern kartellrechtswidrig war, als sie den begünstigten Unternehmen die Bildung eines Kartells erlaubte (wofür der EuGH aber keine Anhaltspunkte gesehen hat). Aus der Entscheidung lässt sich somit weder ableiten, dass der EuGH die Organisation der Leistungsbeschaffung weitgehend von der Geltung der Wettbewerbsregeln ausgenommen³⁹, noch, dass der EuGH die Leistungsnachfrage als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen habe.⁴⁰

Dass es sich bei den Handlungen der Krankenkassen zur Leistungsbeschaffung um eine „soziale“ Tätigkeit im o.g. Sinn handelt, wird man kaum sagen können. Eine solidarische Umverteilung ist mit den Beschaffungsverträgen naturgemäß nicht verbunden; der soziale Charakter ließe sich allenfalls mittelbar damit begründen, dass die Leistungsbeziehungen notwendige Voraussetzung des Sachleistungsprinzips sind und daher diese Handlungen der Krankenkassen sozialen Charakter haben, weil damit den Versicherten ermöglicht wird, alle Leistungen unabhängig von ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit in Anspruch zu nehmen.⁴¹ Die Beurteilung, ob die im Zusammenhang mit der Organisation der Leistungserbringung stehenden Handlungen der Krankenkassen wirtschaftliche Tätigkeiten sind, ist deshalb problematisch, weil die Beschaffungsvorgänge eine „Zwitterstellung“ haben. Würden die Gesundheitsleistungen innerhalb eines von den Krankenkassen unterhaltenen Gesundheitssystems (also ausschließlich durch Eigeneinrichtungen, § 140 SGB V) abgegeben, lägen wohl nur Verträge vor, mit denen sich die Krankenkassen die zur Bedarfsdeckung erforderlichen Mittel beschaffen, womit das Wettbewerbsrecht nicht anwendbar wäre.⁴² Im Rahmen des in der GKV geltenden Sachleistungsprinzips (§ 2 II SGB V) nehmen die Krankenkassen jedoch insoweit am Markt teil, als sie Güter und Dienstleistungen von außen stehenden Leistungserbringern „einkaufen“ und über die mit den Leistungserbringern getroffenen Vereinbarungen den Versicherten die Möglichkeit verschaffen, die Leistungen kostenfrei in Anspruch zu nehmen. Das eigentliche Leistungsgeschehen spielt sich somit außerhalb der Verwaltung statt. Allerdings unterliegen diese Beschaffungsvorgänge wiederum mehr oder weniger engen gesetzlichen Vorgaben (beispielsweise dem Erfordernis einer Zulassung der Leistungserbringer⁴³), die dem Marktmodell eines freien Aushandelns der Konditionen nicht entsprechen. Zudem ist der Zusammenhang mit den Leistungsansprüchen der Versicherten zu sehen. Die Gesetzesbegründung zur Neuregelung des § 69 SGB V weist darauf hin, die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern seien notwendiger Bestandteil des Gesamt-

systems der GKV, denn die Krankenkassen erfüllen über diese Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag, den Versicherten die im 3. Kapitel geregelten Leistungen in Natur zur Verfügung zu stellen und betont die Einbindung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag.⁴⁴ Ebenso geht die neuere Rechtsprechung des BSG von der notwendigen Kongruenz von Leistungs- und Leistungserbringerecht aus.⁴⁵

Freilich lässt sich die Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts nicht einfach damit begründen, dass die Krankenkassen bei den Beschaffungsvereinbarungen nach nationalem Recht in öffentlich-rechtlichen Formen handelten. Der EuGH hat für das Eingreifen des Wettbewerbsrechts den rechtlichen Rahmen, in dem das in Frage stehende Handeln stattfindet und dessen rechtliche Einordnung durch das nationale Recht als unerheblich bezeichnet.⁴⁶ Eher steht zur Diskussion, den nicht-wirtschaftlichen Charakter der Leistungsbeschaffung mit der Begründung zu verneinen, dass es sich um eine hoheitliche Tätigkeit in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe handelt.⁴⁷

Grundsätzlich sind die Wettbewerbsregeln nicht anwendbar auf Handlungen der öffentlichen Hand oder Einrichtungen des Staates, die in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt tätig werden.⁴⁸ Allerdings hat der EuGH bisher eine hoheitliche Tätigkeit nur in einem sehr engen Sinn, nämlich beschränkt auf die essentiellen Funktionen des Staates, bejaht.⁴⁹ Den Bereich der Organisation des Gesundheitswesens wird man nicht ohne weiteres dazu zählen können. In diesem Zusammenhang dürfte auch eine differenzierte Betrachtung der verschiedenen Leistungsbereiche, bei der unterschieden wird, ob nach dem deutschen Recht die Beziehungen der Leistungserbringer zu den Sozialleistungsträgern eher kollektivvertraglich und hoheitlich (wie etwa der Bereich des Vertragsarztrechts) oder individualrechtlich (beispielsweise die Verhältnisse zu den Erbringern von häuslicher Krankenpflege oder von Krankentransporten) ausgestaltet sind,⁵⁰ kaum weiterhelfen, weil der EuGH ja die Qualifizierung der Rechtsbeziehungen nach dem nationalen Recht für unerheblich hält.⁵¹ Der EuGH müsste schon grundsätzlich über seine bisherige Rechtsprechung hinausgehen. Anhaltspunkte hierfür gibt es insofern, als er in ständiger Rechtsprechung die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit betont.⁵² Im Fall „Sodemare“⁵³ hat der EuGH deshalb die Argumentation der italienischen Regierung gebilligt, die alleinige Zulassung von nicht-gewerblichen Unternehmen entspreche den sozialen Zielen des Sozialhilfesystems am besten. Wenn es also den Mitgliedstaaten überlassen ist, zu bestimmen, in welcher Form sie soziale Zwecke innerhalb ihrer Systeme der sozialen Sicherheit verfolgen, läge es durchaus auf dieser Linie, die Konzeption der GKV mit Sachleistungsprinzip und hoheitlicher Regulierung des Leistungsgeschehens durch die Beschaffungsakte der Krankenkassen gemeinschaftsrechtlich zu akzeptieren. Zu dieser

deutschen Option zählt eben auch, dass die Organisation der Leistungen nicht durch staatliche Behörden, sondern „ausgelagerte“ öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften erfolgt. Folgt der EuGH diesem Ansatz nicht, wird eine wirtschaftliche Tätigkeit der Krankenkassen bei der Leistungsnachfrage kaum verneint werden können.

■ 2. Freistellung vom Wettbewerbsrecht

Sieht man die Krankenkassen und ihre Verbände als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen i.S. der Wettbewerbsvorschriften an, sind die Beschaffungsakte zu prüfen, ob sie wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen i.S.d. Art. 81 I EG darstellen bzw. ob die Krankenkassen eine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben (Art. 82 EG). Einzelheiten können hier nicht erörtert werden.⁵⁴

Selbst bei Bejahung eines Wettbewerbsverstoßes kommt jedoch über Art. 86 II EG eine Freistellung vom Wettbewerbsrecht in Betracht. Danach ist ein „eigentlich“ wettbewerbswidriges Verhalten erlaubt, soweit die Anwendung des Wettbewerbsrechts die Erfüllung der besonderen Aufgaben verhindern würde.

Dass die Krankenkassen i.S.d. Art. 86 II EG mit Dienstleistungen von besonderem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ist unzweifelhaft. Früher wurde Art. 86 II EG sehr restriktiv ausgelegt und eine Freistellung nur in engen Grenzen angenommen.⁵⁵ Nunmehr hat der EuGH in neueren Entscheidungen andere Akzente gesetzt und den Anwendungsbereich der Vorschrift erweitert. Danach greifen die Wettbewerbsvorschriften schon dann nicht ein, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die dem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde. Ferner ist auch nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist, es reicht aus, dass die Beibehaltung der besonderen Rechte notwendig ist, um die Erfüllung der besonderen Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.⁵⁶ Somit wäre jeweils im Einzelfall zu fragen, ob das in Frage stehende Handeln der Krankenkassen erforderlich ist, um einen Krankenversicherungsschutz zu „wirtschaftlich tragbaren“ Bedingungen zur Verfügung stellen zu können. Die Behauptung, die Nachfrage nach Leistungen berühre den sozialen Kernbereich der GKV unter keinem denkbaren Gesichtspunkt und das Interesse der Krankenkassen, die von ihnen nachgefragten Gesundheitsleistungen möglichst preiswert zu erhalten, könne den Ausschluss der Wettbewerbsregeln nicht legitimieren⁵⁷, trifft nicht zu. Selbstverständlich sind Kostendämpfung und -regulierung legitime Ziele der Krankenkassen. § 70 I S. 2 SGB V fordert ausdrücklich eine wirtschaftliche Versorgung der Versicherten, verlangt also von den Krankenkassen einen möglichst preiswerten „Einkauf“ der Leistungen. Der EuGH gesteht auch dem nationalen Gesetzgeber die Befugnis zu, Regelungen zur Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts des nationalen Krankenversicherungssystems zu treffen,

auch soweit dadurch Leistungsanbieter betroffen werden.⁵⁸ In den Entscheidungen „Decker“ und „Kohl“⁵⁹ räumt er ein, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit ein zwingender Grund des Allgemeininteresses sei, der eine Einschränkung der Dienst- und Warenfreiheit rechtfertigen könne. Im Bereich der Sozialversicherungssysteme müssen also die Marktfreiheiten gegebenenfalls zurücktreten, soweit dies zur Stabilisierung der finanziellen Grundlagen des Systems erforderlich ist. Von daher können auch preisregulierende Handlungen der Krankenkassen, denen der Gesetzgeber die Organisation des Leistungsgeschehens übertragen hat, nach Art. 86 II EG vom Wettbewerbsrecht freigestellt sein.

Ausblick

Klarheit darüber, inwieweit die Nachfrage der Krankenkassen nach Gesundheitsleistungen dem Wettbewerbsrecht unterliegt, kann nur eine Entscheidung des EuGH schaffen. Das LSG NRW hatte mit Beschluss vom 28.9.2000⁶⁰ den EuGH in einem Arzneimittelfestbetragsstreit um eine Vorabentscheidung ersucht. Da erstaunlicherweise der klagende Arzneimittelhersteller kurz danach die Klage zurücknahm, musste dieser Vorlagebeschluss aufgehoben werden. Nunmehr hat aber das OLG Düsseldorf, das zunächst im Urteil vom 27.7.1999⁶¹ davon ausgegangen war, die Rechtslage sei so eindeutig, dass eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 234 II EG nicht erforderlich sei, eingeräumt, dass, wie der Vorlagebeschluss des LSG NRW zeige, eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Auslegung der Art. 81, 86 II EG bestehe und hat daher mit Beschluss vom 18.5.2001⁶² dem EuGH Fragen zur Auslegung der Wettbewerbsvorschriften vorgelegt. Und neuerdings hat auch der BGH im Revisionsverfahren gegen das o.g. Urteil des OLG Düsseldorf am 3.7.2001 einen Vorlagebeschluss erlassen.⁶³ Erfreulicherweise ist damit eine Klärung der Rechtslage zu erwarten. Diese Entscheidung ist nicht nur für die Krankenkassen, sondern auch den Gesetzgeber von größtem Interesse und wird zeigen, ob die europäischen Marktregeln tatsächlich, wie zum Teil behauptet wird⁶⁴, eine Änderung der Strukturen der GKV erfordern. ♦

DER AUTOR



Ulrich Knispel,

Jahrgang 1952, studierte Rechtswissenschaft in Tübingen und Bonn. Anschließend folgte das Referendariat in Bremen. Von 1983 bis 1987 Beschäftigung im Justizariat des AOK-Bundesverbandes. Seit Oktober 1987 Richter in der Sozialgerichtsbarkeit des Landes Nordrhein-Westfalen. 1991 erfolgte eine Abordnung zum Ministerpräsidenten des Landes NRW. Seit August 1995 ist Knispel Richter am Landessozialgericht NRW.

Landes Nordrhein-Westfalen. 1991 erfolgte eine Abordnung zum Ministerpräsidenten des Landes NRW. Seit August 1995 ist Knispel Richter am Landessozialgericht NRW.

Fußnoten

- 1 S. etwa BGHZ 36, 91 = NJW 1962, 196; 66, 229; 82, 375 = NJW 192, 2117; 114, 218 = NJW 1991, 2963; BGH, NJW 1992, 1561.
- 2 Vgl. BSG, NZS 1995, 502, 506, das offensichtlich davon ausgeht, dass § 35 SGB V das Kartellrecht verdrängt; s.a. Steinmeyer, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000, S. 65.
- 3 EuGH, Slg. 1964, 1251, 1269f; BVerfGE 73, 339, 375; Everling, DVBl 1985, 1201; Hirsch, MedR 2000, 586.
- 4 EuGH, „Delimitis“, Slg. 1991, I-935 Rdnr. 45; ; s.a. Schröter, in: von der Goeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. zum EU-/EG-Vertrag, Vorbem zu den Art. 85 - 89, Rdnr. 110.
- 5 Über den „Transmissionsriemen“ der §§ 823 II, 1004 BGB.
- 6 S. LG Düsseldorf, Ur. v. 6.1.1999 - 34 (Kart) 182/98 Q; OLG Düsseldorf, NZS 1998, 567; Ur. vom 27.7.1999 - U (Kart) 36/98, Pharma Recht 1999, 283.
- 7 So die Einführung (A.) des Entwurfs eines Festbetrags-Anpassungsgesetzes, BT-Drucks. 14/6041, S. 1. Das Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Festsetzung von Arzneimitteln in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Anpassungsgesetz – FBAG) vom 27.7.2001, BGBl. I, S. 1948 sieht u.a. die Einfügung eines § 35 a in das SGB V vor, mit dem das BMG befristet bis zum 31.12.2003 ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung einmalig die Festbeträge anzupassen bzw. bei gebotener Änderung der Gruppen die Festbeträge neu festzusetzen. Nach § 35 a Abs. 6 sollen die bisher festgesetzten Festbeträge bis zu ihrer Änderung durch die Rechtsverordnung fortgelten, d.h. rechtlich ändert sich ab Inkrafttreten des Gesetzes die Rechtsnatur der Festbeträge dahingehend, dass es sich nicht mehr um Akte der Spitzenverbände, sondern gesetzlich bestimmte Regelungen handelt.
- 8 Vom 22.12.1999, BGBl. I, 2626.
- 9 S. BSG, Ur. vom 31.8.2000 - B 3 KR 11/98 R; Boecken, NZS 2000, 269, 271; Ebsen, in: Igl (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, S. 307; Krauskopf, Soz. Krankenversicherung - Pflegeversicherung, § 69 SGB V Rdnr. 4; Gassner, VSSR 2000, 121, 129 f; Schwerdtfeger, Pharm. Ind. 2000, 105, 107; Peikert/Kroel, MedR 2001, 14, 19; a.A.: BSG, Breith. 2001, 101; LSG NRW, Ur. v. 20.7.2000 - L 16 KR 65/98; Engelmann, NZS 2000, 213, 220 f; Mühlhausen, SGB 2000, 528; Stelzer, ZfS 2000, 289, 294; der BGH, NJW 2000, 3426, 3427 = NZS 2000, 399, 401 hat offen gelassen, ob nach der Neuregelung des § 69 SGB V das UWG und das GWB noch Anwendung finden können.
- 10 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der seit 1.5.1999 geltenden Fassung des Vertrages von Amsterdam. Die Zitierweise folgt der des EuGH, s. NJW 2000, 52.
- 11 Wie das Beispiel der Kfz-Haftpflichtversicherung zeigt, müssen Versicherungspflicht und Versicherungsmonopol nicht zwangsläufig miteinander verbunden sein.
- 12 S. dazu EuGH, „Decker“, Slg 1998, I - 1831 = NJW 1998, 1769; „Kohl“, Slg 1998, I - 1931 = NJW 1998, 1771; Hirsch, MedR 2000, 586, 589; Langer, NZS 1999, 537; Becker, NZS 1998, 359; Kötter, VSSR 1998, 233.
- 13 Vgl. EuGH, „Höfner/Elser“, Slg 1991, I - 1979, Rdnr. 27; „Job Centre“, Slg. 1997, I - 7140, Rdnr. 28.
- 14 Vgl. EuGH, „Centro Servizi Spediporto“, Slg. 1995, I - 2883, Rdnr. 20; „Sodemare“, Slg. 1997, I - 3395, Rdnr. 41.
- 15 Vgl. EuGH, „Van Eycke“, Slg. 1988, 4769, Rdnr. 16; „Reiff“, Slg. 1993, I - 5801, Rdnr. 14; „Delta“, Slg 1994, I - 2517, Rdnr. 16.
- 16 Vgl. EuGH, „DIP“, Slg. 1995, I - 3257 Rdnr. 24; „Sodemare“,

Slg. 1997, I - 3395, Rdnr. 44.
17 Vgl. EuGH, „Ladbroke Racing“, Slg 1997, I - 6265, Rdnr. 33.
18 Vgl. EuGH, „Hydrotherm“, Slg 1984, 2999, Rdnr. 11; „Höfner/Elser“, Slg 1991, I - 1979, Rdnr. 21; „Poucet/Pistre“, Slg 1993, I - 637, Rdnr. 17.
19 Slg 1991, I - 1979, Rdnr. 21.
20 Slg 1993, I - 637, Rdnr. 18.
21 Slg 1995, I - 4013.
22 Slg. 1999, I - 5751; inhaltlich gleich „Brentjens“, Slg. 1999, I - 6025; „Bokken“, Slg. 1999, I - 6121.
23 AaO, Rdnr. 17.
24 AaO, Rdnr. 81 ff.
25 Vgl. BSG, SozR 3-2500 § 243 Nr. 2, 3.
26 Zu diesem Prinzip s. Schulin, in: Schulin, HS-KV, § 6 Rdnr. 28 ff.
27 BSGE 82, 78, 81 f.
28 Das räumt auch Pitschas, VSSR 1999, 221, 224 ein, der ansonsten für ein „Wettbewerbsmodell“ plädiert.
29 Ebenso Bieback, EWS 1999, 361, 362; Rolfs, SGB 1998, 202, 205; Heinze, BG 1995, 89, 92.
30 Darauf weist zutreffend KassKomm-Peters, § 9 SGB V, Rdnr. 2 hin.
31 So auch Bieback, aaO, 364; im Ergebnis auch Giessen, VSSR 1996, 311, 335 (über Art. 90 II EGV aF = Art. 86 II EG); zweifelnd Sahmer, NZS 1997, 260, 265.
32 Eichenhofer, VSSR 1997, 71, 78.
33 Durch das 2. GKV-NOG (vom 23.6.1997, BGBl. I, 1520) waren mit Wirkung vom (m.W.v.) 1.7.1997 in den §§ 53 - 56 die sog. Gestaltungsleistungen (Selbstbehalt, Beitragsrückzahlung, Zuzahlungen, erweiterte Leistungen) eingeführt worden. Der gesamte 6. Abschnitt ist dann durch Art 1 Nr. 7 GKV-SolG vom 19.12.1998 (BGBl I, 3853) m.W.v. 1.1.1999 aufgehoben worden.
34 Bedenken äußern auch Rolfs, aaO, S. 205 f und Sahmer, aaO, S. 265 f.
35 Vgl. Lenz/Grill, Vorbem. Art. 81 - 86 Rdnr. 33; Weiß in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 81 Rdnr. 31; s. auch die Entscheidung „Eurocontrol“ (EuGH, Slg 1994, I - 43), wo trotz des hoheitlichen Charakters der Flugsicherung diskutiert (aber verneint) worden ist, ob die Erhebung von Streckengebühren eine hiervon zu trennende wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Art. 81 EG sei.
36 EuGH, Slg. 1997, I - 3395.
37 AaO, Rdnr. 41.
38 S oben FN. 15, 16.
39 So aber tendenziell Bieback, aaO, S. 365.
40 Das behauptet Gassner, aaO, S. 132.
41 Zu diesem Zweck des Sachleistungsprinzips s. BSG SozR 2200 § 184 Nr. 4; KassKomm-Höfner, § 13 SGB V, Rdnr. 2.
42 S. Benicke, ZFSH/SGB 1998, 22, 31; Bieback, aaO, S. 366 f.
43 S. im ärztlichen Bereich §§ 76 I 1, 95 I SGB V, im Krankenhausbereich §§ 39 I, 108 SGB V, im Heil- und Hilfsmittelbereich §§ 124 I, 126 I SGB V.
44 BT-Drucks. 14/1245, S. 67 f.
45 Vgl. BSG, SozR 3-2500 § 92 Nr. 6, 7.
46 EuGH, „Clair“, Slg. 1985, 391, Rdnr. 17; „Pavlov“, Urt. vom 12.9.2000, Rs. C-180/98 - C-184/98, Rdnr. 85.
47 S. Ebsen, aaO, S. 310.
48 Vgl. EuGH, „Kommission/Italien“, Slg. 1987, 2599, Rdnr. 7 f; „Cali & Figli“, Slg. 1997, I - 1547, Rdnr. 16 f.
49 Steinmeyer, aaO, S. 103; s.a. das Plädoyer des Generalanwalts in der Sache „Albany“, aaO, Rdnr. 314 m. Nachw. der Rechtsprechung des EuGH.
50 So Bieback, aaO, S. 367 f.
51 S. oben FN 46; zweifelnd auch Ebsen, aaO, S. 311.

52 S. EuGH, „Duphar“, Slg. 1984, 524, Rdnr. 16; „Poucet/Pistre“, Slg 1993, I - 637, Rdnr. 7; „Sodemare“, Slg. 1997, I - 3395, Rdnr. 27.
53 AaO.
54 S. dazu etwa Steinmeyer, aaO, S. 49 ff; speziell zur Frage der Vereinbarkeit der Festbeträge mit dem Wettbewerbsrecht s. einerseits OLG Düsseldorf, NZS 1998, 567; Urt. vom 27.7.1999 - U (Kart) 36/98, Pharma Recht 1999, 283; andererseits Ebsen, aaO, S. 312; Steinmeyer, aaO, S. 103 ff; Eichenhofer, NZS 2001,1, 6 f.
55 Vgl. Lenz/Grill, EG-Vertrag Komm., 2. Aufl., Art. 86 Rdnr. 27; Hochbaum in: v. d. Goeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. EU-/EG-Vertrag, Art. 90 Rdnr. 63.
56 Vgl. EuGH, „Kommission/Frankreich“, Slg. 1997, I - 5815, Rdnr. 59, 96; „Albany“, aaO, Rdnr. 107; „Deutsche Post“, Urt. v.10.2.2000, Rs. C-147/98, C-148/98; Rdnr. 49. Gassner, aaO, S. 141 bezweifelt aber, dass der EuGH damit weniger strenge Anforderungen an die „Verhinderung“ stellen will, während Steinmeyer, aaO, S. 61 ebenfalls eine deutliche Zurücknahme der Anforderungen an die Anwendung der Ausnahme-regelung sieht.
57 Gassner, aaO, S. 143.
58 EuGH „Duphar“, Slg 1984, 525, Rdnr. 16 = NJW 1985, 542.
59 EuGH „Decker“, Slg 1998, I - 1831, Rdnr. 17 = NJW 1998, 1769; „Kohl“, Slg 1998, I - 1931, Rdnr. 17 = NJW 1998, 1771.
60 Az.: L 5 KR 11/95.
61 FN 6.
62 Az.: U (Kart) 28/00.
63 S. Frankfurter Rundschaue vom 4.7.2001, S. 4. Die Gründe lagen z.Zt. der Erstellung des Manuskripts (15.7.2001) noch nicht vor.
64 S. etwa Pitschas, aaO, S. 236.

Literatur

Bieback, Rechtliche und politische Dimensionen der EG-Gesundheitspolitik und des Zugangs der Bürger zu Gesundheitsleistungen, Zeitschrift für Sozialreform 1999, 663.
Hänlein/Kruse, Einflüsse des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2000, 165.
Pitschas, Deutsches und europäisches Gesundheitsrecht zwischen öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsordnung und Verbraucherschutz. Soziale Krankenversicherung als Ausnahmehereich des Art. 86 II EGV, in: Igl (Hrsg), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, S. 475.
Reich, Wirkungen des Wettbewerbs auf den „Kunden“ im europäischen Kontext, in: Igl (Hrsg), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, S. 449.

Websites

- Rechtsprechung des EuGH seit 1997:
<http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
- Giesen: Wettbewerb zwischen Sozialversicherungsträgern und Privatversicherung nach europäischem Kartellrecht
www.recht.uni-jena.de/z11/Giesen.pdf