
Gesundheitswesen aktuell 2013

Beiträge und Analysen

herausgegeben von Uwe Repschläger,
Claudia Schulte und Nicole Osterkamp

Jörg Schröder

„Die 8. GWB-Novelle und das Krankenversicherungsrecht:
Nachbetrachtung oder Vorausschau?“

AUSZUG aus:

BARMER GEK Gesundheitswesen aktuell 2013 (Seite 124-153)

Jörg Schröder

Die 8. GWB-Novelle und das Krankenversicherungsrecht

Nachbetrachtung oder Vorausschau?

Der Beitrag untersucht den Weg der 8. GWB-Novelle durch die Gesetzgebung. Galt das Gesetzesvorhaben zunächst als gescheitert, wurde es schließlich doch vor der Sommerpause des Jahres 2013 unerwartet verabschiedet. Was bedeutet das für die Krankenkassen? Ist schon bald mit Nachbesserungsbedarf zu rechnen oder handelt es sich um eine tragfähige Lösung?

Gesetz kurz vor Toresschluss

Am 22. September 2013 findet die Wahl zum 18. Deutschen Bundestag statt. Mit dem Ende der alten Wahlperiode gelten zugleich grundsätzlich alle noch nicht abgeschlossenen Gesetzesvorlagen des alten Bundestages als erledigt (Grundsatz der Diskontinuität des Parlamentsbetriebs nach § 125 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags, GOBTAG). Zunächst hatte es noch ganz danach ausgesehen, als werde das in sozialpolitischer und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht höchst umstrittene „Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)“, die sogenannte Kartellrechtsnovelle, das prominente Opfer des Diskontinuitätsprinzips. Zur Überraschung vieler Fachleute passierte die Novelle jedoch noch kurz vor der Sommerpause in einer vom Vermittlungsausschuss vorgeschlagenen Fassung das Parlament und konnte somit doch noch Gesetz werden. Am 30. Juni 2013 trat die Novelle in Kraft (Bundesgesetzblatt I 1738).

Nachfolgend sollen die ursprünglich vorgesehenen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen des Gesetzentwurfs und das durch den Ausschuss gefundene Vermittlungsergebnis vor dem Hintergrund der sozialpolitischen Diskussion dargestellt werden. Ferner soll der Frage nachgegangen werden, ob es sich beim Vermittlungsergebnis, wie in der Presse gemeldet,

lediglich um einen „typischen politischen Kompromiss“ (Handelsblatt 2013) oder ob es sich nicht doch um eine sozialpolitisch sachgerechte Lösung handelt.

Reglementierung der GKV

Ziel der Novelle war ursprünglich nicht ein Eingriff in das Sozialversicherungsrecht, sondern im Wesentlichen eine Nachjustierung des Kartellgesetzes (GWB). Insbesondere sollten Unterschiede zwischen der deutschen und der europäischen Fusionskontrolle verringert, Missbrauchsvorschriften einfacher und verständlicher gestaltet, Bußgeldvorschriften und das Verfahren bei Kartellverstößen modernisiert sowie die Position der Verbraucherverbände durch ihre Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung verbessert werden (Bundestagsdrucksache 17/9852).

Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung erlangte der Gesetzentwurf indes durch einen gänzlich anders gearteten, erst nachträglich hinzugefügten Regelungskomplex. Dieser sah vor, dass für das Verhältnis der Krankenkassen und ihrer Verbände untereinander und zu den Versicherten ein ganzes Bündel kartell- und wettbewerbsrechtlicher Mechanismen zur Anwendung kommen sollte: das Kartellverbot, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, das Diskriminierungs- und das Boykottverbot, Befugnisse und Sanktionsmöglichkeiten der Kartellbehörden sowie kartellrechtliche Verfahrens- und Bußgeldvorschriften, ebenso wie die Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle (Bundestagsdrucksache 17/9852: 15 zu Artikel 3 Nummer 1).

Im Zusammenhang mit der Zuständigkeit der Kartellbehörden für Krankenkassenfusionen sah die neue Regelung ferner vor, dass die Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung vor der Genehmigung einer Fusion das Placet zunächst des Bundeskartellamts abwarten müssen (Bundestagsdrucksache 17/9852: 15 zu Artikel 1 Nummer 30, Artikel 3 Nummer 2). Ferner war vorgesehen, dass Krankenkassen die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen von anderen Krankenkassen verlangen

können (Bundestagsdrucksache 17/9852: 15 zu Artikel 3 Nummer 1) und dass für alle diesbezüglichen Rechtsstreite die sachliche Zuständigkeit der Zivilgerichte eröffnet ist (Bundestagsdrucksache 17/9852: 15 zu Artikel 4 Absatz 8).

Ausnahmen

Von der Geltung des Kartellgesetzes ausgenommen werden sollten lediglich Verträge, sonstige Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien und sonstige Entscheidungen von Krankenkassen oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind sowie Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen dieser gesetzlich verpflichtet ist (Bundestagsdrucksache 17/9852: 15 zu Artikel 3 Nummer 1).

Übertragung wirtschaftsrechtlicher Wertungen auf öffentlich-rechtliche Daseinsvorsorge

Die geschilderten Regelungen hatten eine Änderung des Sozialgesetzbuchs (SGB V) zum Ziel und waren insoweit eher als sozialpolitische denn als wirtschaftspolitische Maßnahme anzusprechen. Andererseits manifestierte sich in der Neuregelung der im Koalitionsvertrag verankerte Wille (CDU, CSU und FDP 2009: 87), den wirtschaftspolitisch geprägten Ordnungsrahmen des Wettbewerbsrechts auf den Bereich der sozialen gesundheitlichen Daseinsvorsorge zu übertragen. Das Besondere der Novelle lag insoweit darin, dass nicht unternehmerische und nicht der Gewinnerzielung dienende, sondern dem gesetzlichen Versorgungsauftrag und dem Gemeinwohl dienende Betätigungen mittelbarer Staatsverwaltung klassischen wirtschaftsrechtlichen Mechanismen unterworfen werden sollten. Die Außerachtlassung des bereits vorhandenen sozialrechtlichen Ordnungsrahmens zugunsten der Installation eines wirtschaftsrechtlich geprägten Ordnungsrahmens markierte einen Bruch der bisherigen Gesundheitspolitik gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen.

Unter Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Status der Krankenkassen und des Umstands, dass sie keine Wirtschaftsunternehmen sind, sah die Novelle ihrem Wortlaut nach zwar eine nur „entsprechende“ Geltung kartell- und wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vor (Bundestagsdrucksache 17/9852 zu Artikel 3; zu Nummer 1: 36). Das änderte im Ergebnis allerdings nichts daran, dass die volle Schärfe des Kartellrechts einschließlich der in erster Linie auf privatrechtliche Unternehmen zugeschnittenen Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern über die gesetzlichen Krankenkassen kommen sollte. Krankenkassen sollten grundsätzlich auch dann sanktioniert werden können, wenn sie sich im Interesse einer sozial gerechten und gleichmäßigen Versorgung der Versicherten auf eine einheitlichere Versorgung der Versicherten verständigen.

Öffentliche Kontroverse

Die öffentliche Kontroverse ließ nicht auf sich warten. Bei der Berichtserstattung in der Presse konnte man teilweise den Eindruck gewinnen, dass die Betonung staatlicher Daseinsvorsorge gewissermaßen „out“ war und die Annahme vorherrschte, bei den gesetzlichen Krankenkassen handle es sich um eine Art Unternehmen, die Anwendung kartellrechtlicher Regelungen sei daher nur gerecht (Financial Times Deutschland 2012). Der Umstand, dass eine weitgehende Anwendung der kartellrechtlichen Reglementierungen geeignet ist, Aufgaben der mittelbaren Staatsverwaltung durch die Krankenkassen zu konterkarieren, wurde dagegen eher in Fachkreisen wahrgenommen.

Kartellamt fürchtet Verlust von Befugnissen

Eröffnet wurde die Diskussion seitens des Bundeskartellamts. Dieses vermisste in dem ersten am 4. November 2011 veröffentlichten Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie eine umfassende Übertragung kartellrechtlicher Befugnisse auf die Kartellbehörden. Ferner mahnte es die Regierungskoalition zur Einhaltung des Koalitionsvertrags, der beinhalte, das allgemeine Wettbewerbsrecht als Ordnungsrahmen der gesetzlichen Krankenversicherung vorzusehen (Bundeskartellamt 2011, Abschnitt C Absatz 2).

Anlass für die Forderung des Bundeskartellamts war eine Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts vom 15. September 2011 (Aktenzeichen L 1 KR 89/10 KL). In dieser eine bundesunmittelbare Krankenkasse betreffenden Entscheidung (zu den Hintergründen der Entscheidung Gaßner und Eggert 2011: 252) hatte das Landessozialgericht geurteilt, für eine Anwendung des Kartellrechts auf die Wettbewerbsbeziehungen der Krankenkassen untereinander fehle es sowohl an einer gesetzlichen Regelung als auch an der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen (a. a. O., Randnotiz 77). Zudem sei für bundesunmittelbare Krankenkassen nicht das Bundeskartellamt, sondern ausschließlich das Bundesversicherungsamt zuständig (a. a. O., Randnotiz 78).

Das Bundeskartellamt reagierte verschnupft und stellte der gesamten Sozialgerichtsbarkeit ein Armutszeugnis aus. Es kündigte trotz erheblicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidungsgründe an, von einer Fortführung des Rechtsstreits abzusehen und die bislang durchgeführte Fusionskontrolle bei der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen einstellen zu wollen. Denn es sei absehbar, dass bei den Sozialgerichten kein anderes Ergebnis erreicht werden könne. Alle gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland könnten daher fusionieren und damit ein den Wirtschaftlichkeitszielen diametral entgegenstehendes Monopol schaffen (Bundeskartellamt 2011, Abschnitt C Absatz 2 und 3).

Was das Bundeskartellamt in diesem Zusammenhang nicht thematisierte: In den Jahren 2007 und 2008 hatte es rund zehn Krankenkassenfusionen geprüft und sämtlich in der ersten Prüfungsphase freigegeben, wobei es Einzelfragen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sowie der Marktbeherrschung in allen Verfahren im Ergebnis dahinstehen ließ (Bundestagsdrucksache 16/13500: 150). In den Jahren 2009 und 2010 hatte es knapp 30 Krankenkassenfusionen geprüft und wiederum bei keiner der Vereinigungen Anlass für eine Untersagung gesehen (Bundestagsdrucksache 17/6640: 100 f.). Gemessen an der eigenen Praxis des Kartellamts war die Gefahr „diametral entgegenstehender Monopole“ somit gering.

Monopolkommission möchte Krankenkassen zu Unternehmen erklären

Schützenhilfe erhielt das Bundeskartellamt von der Monopolkommission (Bundestagsdrucksache 17/8541: 38). Diese sah einen kartellrechtlichen Schutzbedarf im Verhältnis der Krankenkassen zu ihren Mitgliedern auf dem Versicherungsmarkt, im Verhältnis zu den Leistungserbringern auf dem Leistungsmarkt sowie im Verhältnis der Krankenkassen untereinander. Insbesondere auch die letztgenannten Rechtsbeziehungen sollten kartellrechtlicher Reglementierung unterworfen werden, da eine zunehmende Konzentration der Krankenkassen den Wettbewerb stören könne (ebenda: 33, Randnotiz 131). Dabei erkannte die Monopolkommission auch, dass Krankenkassen im Rechtssinne regelmäßig nicht unternehmerisch handeln und daher typischerweise nicht Adressat des Kartellrechts sind. Zur Überwindung dieses Mankos schlug die Kommission vor, das Handeln der Krankenkassen einfach per Gesetz zum unternehmerischen Handeln zu erklären (ebenda: 34, Randnotiz 136).

Anpassungen

In Reaktion auf die Kritik ergänzte das Bundeswirtschaftsministerium den Entwurf im Februar des Jahres 2012 um die geschilderten Regelungen. Der neue Entwurf folgte zwar offiziell nicht dem Vorschlag der Monopolkommission, Krankenkassen zu Unternehmen zu erklären; jedoch wurden kartell- und wettbewerbsrechtliche Vorschriften in einem Ausmaß für entsprechend anwendbar erklärt, dass Krankenkassen faktisch eben doch wie Unternehmen behandelt werden konnten.

Die GKV wehrt sich

Die Kritik der Krankenkassen fiel differenziert aus. Sie reichte von Ablehnung der Novelle mit dem Argument, Krankenkassen könnten ausgehend vom deutschen Vorbild künftig auch auf europarechtlicher Ebene als Unternehmen angesehen werden (AOK-Bundesverband 2012) bis hin zur Forderung nach einer sozialrechtsspezifischen Wettbewerbsordnung (GKV-Spitzenverband 2012a). Im Ergebnis bestand Einigkeit darüber, dass die Novelle für die GKV nicht brauchbar sei (GKV-Spitzenverband 2012b).

Ablehnende Haltung des Bundesrats

In einem mit dem Stimmenverhältnis 15 zu 1 angenommenen Entschließungsantrag lehnten die Länder die Kartellrechtsausdehnung wie auch die diesbezüglichen Ausführungen im Sondergutachten der Monopolkommission ab (Bundesrat Niederschrift 2012). Am 26. und 27. April 2012 folgten Stellungnahmen des Wirtschaftsausschusses und des Gesundheitsausschusses, die gegensätzlicher nicht hätten ausfallen können. Während der Wirtschaftsausschuss die neue Regelung mit der bereits bekannten Argumentation begrüßte (Bundesrat Ausschussniederschrift 2012), wies der Gesundheitsausschuss, wiederum mit einer Stimmenmehrheit von 15 zu 1, die Idee einer Kartellrechtsausdehnung zurück und befürwortete lediglich, dass Krankenkassen von anderen Krankenkassen die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen verlangen können sollen (Bundesratsdrucksache 60/1/12 2012). Im Ergebnis setzte sich der Gesundheitsausschuss durch: Der Bundesrat lehnte die Bewertung und die Vorschläge der Monopolkommission in deren Sondergutachten (Bundesratsdrucksache 60/12 b) und die vorgesehene Kartellrechtsausdehnung auf die gesetzlichen Krankenkassen ab (Bundesratsdrucksache 176/1/12).

Nachbesserungen

Die Bundesregierung wies die Forderung des Bundesrates, von einer Anwendung des Kartellrechts auf die Krankenkassen und ihre Verbände untereinander abzusehen, zurück (Bundestagsdrucksache 17/9852: 53 Nummer 21). Dennoch sahen sich die Koalitionsfraktionen zu einer Nachbesserung veranlasst. Danach sollten Kartellbehörden verpflichtet sein, „den Versorgungsauftrag der Krankenkassen zu berücksichtigen“ (Bundestag Ausschussdrucksache 17 [9] 937 Nummer 14).

Das Vermittlungsergebnis

Auf Empfehlung des Gesundheitsausschusses rief der Bundesrat den Vermittlungsausschuss an. Eine von diesem gebildete inoffizielle Arbeitsgruppe einigte sich schließlich auf einen Kompromiss, der vom Vermittlungsausschuss am 5. Juni 2013 verabschiedet (Bundestagsdrucksache

17/13720) und sowohl vom Bundestag als auch vom Bundesrat angenommen wurde (Bundesratsdrucksache 475/13).

Danach wird die Kartellrechtsausdehnung im Wesentlichen darauf beschränkt, die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für Krankenkassenfusionen im Sozialgesetzbuch festzuschreiben (§ 172a SGB V). Zwar bleibt es bei der vorgesehenen Eindämmung aufsichtsbehördlicher Kompetenzen: Aufsichtsbehörden sollen Krankenkassenfusionen künftig nur dann genehmigen können, wenn der Zusammenschluss zuvor vom Bundeskartellamt freigegeben worden ist oder gemäß § 40 GWB als freigegeben gilt. Allerdings wird ergänzend vorgesehen, dass das Bundeskartellamt vor Ablehnung eines Zusammenschlusses verpflichtet ist, mit den durch den Zusammenschluss betroffenen Aufsichtsbehörden der Krankenkassen das Benehmen herzustellen. Das Kartellamt wird insoweit folglich auf die Aufsichtsbehörden aktiv zugehen, ihnen hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme geben und sich mit ihrer Stellungnahme sachlich auseinandersetzen müssen.

Die Kartellrechtsausdehnung auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu ihren Versicherten wurde ebenso verworfen wie die Ausweitung der Zuständigkeit der Zivilgerichte. Auch Streitigkeiten über Entscheidungen des Bundeskartellamts, die die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen betreffen, sind nicht, wie ursprünglich vorgesehen, der Zivilgerichtsbarkeit zugewiesen, sondern der Sozialgerichtsbarkeit (8. GWB-ÄndG Artikel 5 Absatz 8).

Übernommen wurde die wettbewerbsrechtliche Regelung, wonach Krankenkassen von anderen Krankenkassen die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen verlangen können und § 12 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWB) entsprechend gilt (8. GWB-ÄndG Artikel 3 Nummer 1).

Viel Lärm um ... – was?

Bei Betrachtung aller Kontroversen kann redlicherweise eines konstatiert werden: Auch bei Kritikern der Novelle gab es Stimmen, die eine gewisse Weiterentwicklung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen nach dem Sozialgesetzbuch befürworteten. Insofern lohnt es sich, die ursprünglichen Ansätze der Novelle zu bewerten und dem erreichten Kompromiss gegenüberzustellen.

Zuständigkeit des Bundeskartellamts bei Krankenkassenfusionen

Am 7. Juni 2013 berichtete das Handelsblatt, mit Inkrafttreten der Novelle würden Krankenkassen nunmehr „erstmalig der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt unterworfen“. Der Befund der Presse ist indes nicht unumstritten, wie die eingangs geschilderte Praxis des Bundeskartellamts und seine Reaktion auf das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 15. September 2011 zeigt. Vielmehr spricht einiges dafür, dass das Bundeskartellamt berechtigt gewesen ist, den Zusammenschluss von Krankenkassen fusionskontrollrechtlich zu überprüfen, und dass die diesbezügliche Prüfpraxis des Amtes daher nicht rechtswidrig gewesen ist. Die nunmehr erfolgte Klarstellung ist daher grundsätzlich zu begrüßen.

Rechtliche Doppelnatur von Handlungen der Krankenkassen

Bereits im Jahr 1960 hatte der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs die Auffassung vertreten, dass die erfolgte Zuweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit für Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, aus Kartellverträgen oder aus Kartellbeschlüssen ergeben, nicht gilt. Im Jahr 1961 und in den folgenden Jahrzehnten ergingen weitere Entscheidungen, auch des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, wonach Rechtsbeziehungen der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung oder ihrer Verbände mit Leistungserbringern an kartellrechtlichen Maßstäben zu messen seien.

Öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen der Krankenkassen, etwa zu Mitgliedern, änderten nichts an der Doppelnatur von Handlungen der

Krankenkassen, die in Bezug auf Leistungserbringer bürgerlich-rechtlicher Natur und daher kartellrechtlich zu überprüfen seien (Bundesgerichtshof 15. Dezember 1969, KZR 2/60; 10. April 1986 Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes 1/85; 29. Oktober 1987 Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes 1/86; Bundesgerichtshof 12. März 1991, KZR 26/89). Im Jahr 2008 konstatierte der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in Bezug auf die geplante Übernahme zweier Kreiskrankenhäuser durch eine hundertprozentige Tochter der Rhön AG, es bestehe nicht etwa ein Zielkonflikt, sondern vielmehr Zielkongruenz zwischen Gesundheitspolitik und Fusionskontrolle. Die Vorschriften über die Fusionskontrolle, einschließlich der diesbezüglichen Zuständigkeit der Kartellbehörden, der Landeskartellämter ebenso wie des Bundeskartellamts, seien daher zu beachten (16. Januar 2008, Aktenzeichen: KVR 76/07).

Die geschilderte Rechtsprechung enthält keine direkte Aussage über die Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften auf Krankenkassen. Sie weist aber die Tendenz auf, in Fällen, bei denen sich eine kartellrechtstypische Problematik zeigt, eher von der Anwendbarkeit des Kartellrechts und der Zuständigkeit der Kartellbehörden auszugehen, als diese zu verneinen. Überträgt man diese Haltung auf die Fusionskontrolle, kann angenommen werden, dass die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle ursprünglich auch für die Vereinigung von Krankenkassen als anwendbar angesehen wurden. Eine Fusion hat typischerweise nämlich nicht nur Auswirkungen auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Krankenkassen, sondern auch auf die bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse zu Leistungserbringern und sonstigen Dritten, beispielsweise konkurrierende private Krankenversicherungsunternehmen. In Übertragung der Lehre von der Doppelqualifizierung der Handlungen von Krankenkassen wäre somit der Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Fusionskontrollvorschriften eröffnet gewesen.

Keine Regelung durch § 69 SGB V

An dieser Rechtslage hatte sich durch die Einführung des § 69 SGB V im Jahr 2000 nichts geändert. Dieser ordnet abschließend nur die

Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen einerseits und Leistungserbringern beziehungsweise sonstigen Dritten andererseits, nicht aber die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen untereinander (andere Auffassung Bundesrat in Bundestagsdrucksache 16/3950: 27). In Anbetracht seiner systematischen Stellung und der divergierenden Regelungsziele konnte aus § 69 SGB V daher nicht auf eine Unanwendbarkeit der fusionskontrollrechtlichen Regelungen geschlossen werden (Al-Talal 2011: 264).

Auch aus den im GKV-WSG eingeführten Regelungen konnte nicht zwingend geschlossen werden, der Gesetzgeber habe die Nichtanwendbarkeit des Fusionskontrollrechts festschreiben wollen. Im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens ergingen Forderungen an den Gesetzgeber, die Nichtanwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften ausdrücklich zu regeln (Bundesrat in Bundestagsdrucksache 16/3950: 27). Dieser Forderung ist der Gesetzgeber nicht gefolgt, woraus teilweise geschlossen wurde, er habe es mit Blick auf § 69 SGB V wissentlich unterlassen, die Geltung der Fusionskontrollvorschriften anzuordnen (Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 15. September 2011, Aktenzeichen L 1 KR 89/10 KL).

Indessen spricht nach der Gesetzesbegründung zu § 171a SGB V einiges dafür, dass der Gesetzgeber gar keine Veranlassung sehen musste, sich wie in § 69 SGB V mit einer entsprechenden Anwendung des Kartellrechts auseinanderzusetzen. Die Gesetzesbegründung macht nämlich deutlich, dass gerade nicht von einer entsprechenden Anwendung, sondern vielmehr von der unmittelbaren Anwendung der Fusionskontrollvorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Kontrolle der Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen ausgegangen worden ist (Bundestagsdrucksache 16/3100: 156). Die Frage einer entsprechenden Geltung stellte sich daher, anders als in § 69 Absatz 2 SGB V, aus Sicht des Gesetzgebers somit nicht. Entgegen dem Hessischen Landessozialgericht hätte man daher mit dem Bundeskartellamt zu dem Ergebnis gelangen können, dass die Vorschriften der Fusionskontrolle auf die Vereinigung von Krankenkassen anwendbar waren.

Die Klarstellung

In Anbetracht der geschilderten Kontroversen ist die nunmehr in § 172a SGB V erfolgte Klarstellung zu begrüßen. Danach ist ausdrücklich und eindeutig geregelt, dass die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB zur Anwendung gelangen und dass das Bundeskartellamt für die Zusammenschlusskontrolle bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen zuständig ist.

Positiv hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber letztlich davon abgesehen hat, auf einer unmittelbaren Geltung der Fusionskontrollvorschriften zu beharren. Vielmehr hat er der besonderen Stellung gesetzlicher Krankenkassen durch die Anordnung einer „nur“ entsprechenden Geltung Rechnung getragen. Diese Haltung kommt auch darin zum Ausdruck, dass ebenso wie bereits neben § 69 SGB V nunmehr auch mit § 172a SGB V (neue Fassung) eine sozialrechtliche Norm geschaffen worden ist, die kartellrechtsähnliche Fragestellungen einer Vereinigung von Krankenkassen in einer auf Krankenkassen zugeschnittenen Weise eigenständig regelt.

Stärkere Betrachtung regionaler Marktmacht?

Vor dem Hintergrund der bisherigen Diskussion um eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts und in Anbetracht der neuen Spezialregelung des § 172a SGB V in Verbindung mit § 40 Absatz 4 GWB (jeweils neue Fassung), die die Zuständigkeit für Krankenkassen nunmehr eigens fest schreibt, kann erwartet werden, dass sich das Bundeskartellamt seiner Aufgabe künftig verstärkt widmen wird. Insoweit wäre es zu begrüßen, wenn es nunmehr gelänge, einen über örtliche Aufsichtsbehörden hinausgehenden einheitlichen Fusionskontrollmaßstab zur Anwendung zu bringen. Gemessen an den hohen Marktanteilen einzelner Krankenkassen in den Bezirken der Kassenärztlichen Vereinigungen von teilweise mehr als gut 40 Prozent spricht einiges dafür, dass unter Zugrundelegung einer regionalen Marktabgrenzung Untersagungen von Zusammenschlüssen in Betracht kommen können (Lübbig und Klasse 2007: 120, 222). Die bisherige Praxis des Bundeskartellamts verfährt bislang nicht

so (dazu auch weiter oben). Die zukünftige Handhabung wird zeigen, ob das Kartellamt wirklich einmal Fusionsbestrebungen von Krankenkassen abwehren muss, die – wie vom Kartellamt prognostiziert (siehe vorherige Seite) – die Schaffung eines den Wirtschaftlichkeitszielen „diametral entgegenstehenden“ Monopols bezwecken.

Herstellung des Benehmens

Ursprünglichen Befürchtungen, es könne bei Vereinigungsverfahren infolge der Einbindung des Bundeskartellamts zu unnötigen bürokratischen Zusatzaufwänden, undurchschaubaren Doppelzuständigkeiten und unverhältnismäßigen Verzögerungen kommen, konnte durch § 172a Absatz 2 SGB V in Verbindung mit § 42 Absatz 4 GWB begegnet werden. Danach ist vor einer Untersagung mit den für die Vereinigung zuständigen Aufsichtsbehörden der Krankenkassen das Benehmen herzustellen. In der Rechtspraxis kann davon ausgegangen werden, dass das Bundeskartellamt und die Aufsichtsbehörden diese Regelung zum Anlass nehmen werden, sich nicht nur möglichst frühzeitig, sondern auch möglichst umfänglich über eine beantragte freiwillige Vereinigung auszutauschen.

Ein frühzeitiger Austausch ist bereits mit Blick auf die anstelle von vier Monaten (§ 40 Absatz 2 GWB) auf sechs Wochen verkürzte Frist angezeigt, nach deren Ablauf die Vereinigung seitens des Bundeskartellamts als freigegeben gilt, wenn es nicht zuvor mittels Verfügung eine Entscheidung getroffen hat (§ 172a Absatz 2 SGB V). Ein umfänglicher Austausch ist vor allem dann erforderlich, wenn es sich bei einem der beiden Fusionspartner um eine notleidende Krankenkasse handelt, also eine Rettungsfusion erfolgen soll. Denn für den Fall des Nichtzustandekommens einer Fusion müssen die Aufsichtsbehörden zeitnah darüber befinden, ob die betroffene Krankenkasse geschlossen oder ob ausnahmsweise (dazu § 171b Absatz 3 Satz 2 SGB V) ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden soll. Stellt die Aufsichtsbehörde den Antrag nicht innerhalb der Dreimonatsfrist des § 171b Absatz 3 SGB V, ist die spätere Stellung eines Insolvenzantrages so lange ausgeschlossen, wie der Insolvenzgrund, der zu der Anzeige geführt hat, fortbesteht.

Anders als in der europäischen oder deutschen Fusionskontrolle, die spezielle Vorschriften für den Erwerb von Unternehmen in der Krise nicht vorsehen (Bürger und Lehmann 2011), enthält das SGB V zudem in den §§ 172, 265a und 265b SGB V detaillierte Regelungen, die sich mit der Vermeidung der Schließung oder Insolvenz von Krankenkassen und der Erleichterung von Vereinigungen befassen. Ein rechtzeitiger, umfassender und fachlicher Austausch mit der zuständigen Aufsichtsbehörde, etwa über die zur Unterstützung einer Vereinigung vorhandenen finanziellen Hilfen nach § 265a SGB V, würde einerseits deren Aufgaben wie vorstehend geschildert befördern und könnte andererseits das Bundeskartellamt eher in die Lage versetzen, Wettbewerbsparameter wie etwa die Finanzkraft der neuen Krankenkasse besser einzuschätzen.

Ineingreifen von Fusionskontrolle und Vereinigungsprüfung

Das Bundeskartellamt bleibt bei Herstellung des Benehmens in seiner Einschätzung frei. Die Vorschriften des SGB V enthalten insbesondere keine zwingende Vorgabe, wonach Rettungsfusionen bevorzugt freizustellen sind. In Anbetracht dieses Umstandes ist die in der Öffentlichkeit geäußerte Annahme, dem Kartellamt werde es nicht gelingen, ein Verbot von Krankenkassenfusionen gegen die Aufsichten durchzusetzen (Handelsblatt 2013), nicht überzeugend. Im Gegenteil kann sogar davon ausgegangen werden, dass sich das Bundeskartellamt gegen eine aufsichtsbehördlich favorisierte „Fusion um jeden Preis“ stemmen könnte, bei der es darum geht, einer Krankenkasse deshalb möglichst viele Vereinigungen zu genehmigen, weil sie über eine herausragende Finanzkraft verfügt. Andernfalls bedürfte es eines Wettbewerbs um Marktanteile nämlich nicht mehr, sie könnten vielmehr einfach hinzufusioniert werden.

Aber auch in dem Fall, dass nicht eine gesunde und eine notleidende, sondern zwei notleidende Krankenkassen vereinigt werden wollen, stellt sich die Frage, ob fusionskontrollrechtliche Überlegungen dem geplanten Zusammenschluss entgegenstehen. Denn auch ein solcher Zusammenschluss kann im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

Darüber hinaus wird das Bundeskartellamt zu prüfen haben, ob nicht auch die Fusion zweier in der Krise befindlicher Krankenkassen zu einer strukturellen Verschlechterung der Wettbewerbssituation führen kann. Eine Verschlechterung kann beispielsweise in Betracht kommen, wenn die Fusion die marktbeherrschende Stellung einer dritten Krankenkasse verstärkt. Eine solche Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung ist unter Berücksichtigung der Mechanismen des Haftungssystems des SGB V möglich.

Im Falle der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse haften im Ergebnis vornehmlich die Krankenkassen der Krankenkassenart, der die Krankenkasse im Schließungs- beziehungsweise Insolvenzfall angehört (so etwa § 155 SGB V für die Schließung von Betriebskrankenkassen; krankenkassenartenübergreifend für die Haftung im Insolvenzfall § 171d SGB V).

Grundsätzlich liegt es im Risikobereich der betroffenen Krankenkassen, ob sie zur Übernahme der Haftungskosten der geschlossenen oder gemäß § 171b Absatz 5 SGB V als geschlossen geltenden Krankenkasse ihrer Krankenkassenart in der Lage sind, ohne selbst in eine wirtschaftliche Schiefelage zu geraten. Tritt der Haftungsfall aber gerade infolge einer Krisenfusion auf, bei der sich die finanziell angeschlagenen beiden Partner übernommen haben, kann aus der Fusion im Ergebnis ein Vorteil für diejenige Krankenkasse entstehen, die den Haftungsfall wirtschaftlich verkraften wird. Diese Krankenkasse geht aus der gescheiterten Fusion insoweit mit einem nicht gerechtfertigten Marktvorsprung hervor. Das gilt erst recht, wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 260 SGB V und 261 SGB V finanzielle Überschüsse nicht abgebaut hat.

Der Rechtsgedanke einer Vermeidung von Marktnachteilen bei Krankenkassenfusionen kann mit Blick auf krankenkassenartenübergreifende Fusionen auch unmittelbar aus dem SGB V abgeleitet werden. Nach § 171a SGB V kann bei krankenkassenartenübergreifenden Vereinigungen nämlich derjenige Krankenkassenverband, dem die an der Vereinigung beteiligte

Krankenkasse mit der kleinsten Mitgliederzahl angehört, die Vereinigung gegenüber den zuständigen Aufsichtsbehörden ablehnen, wenn die aus der Fusion neu hervorgehende Krankenkasse sein Mitglied werden soll und wenn aufgrund einer Prüfung der für den Verband zuständigen Aufsichtsbehörde festgestellt wird, dass seine finanziellen Grundlagen durch die Vereinigung gefährdet werden würden. Diese Regelung macht deutlich, dass die finanziellen Belange eines Verbandes und vor allem auch der ihn finanzierenden Mitglieder am Markt als schützenswert angesehen werden. Dementsprechend betont die Gesetzesbegründung zu § 171a SGB V nicht nur den Gedanken einer finanziellen Überforderung des Verbandes, sondern vor allem auch den Gedanken einer finanziellen Überforderung seiner Mitglieder („... und die von den Mitgliedern dieses Verbandes nicht getragen werden können ...“, Bundestagsdrucksache 16/3100: 156).

Zwar klingt in derselben Gesetzesbegründung auch an, dass die Bedeutung des § 171a SGB V nur so lange wie die Verbandshaftung besteht, also bis zum 31. Dezember 2007. Diese Annahme des Gesetzgebers ist aber, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, unrichtig. Denn der Gedanke der Schutzwürdigkeit der Krankenkassen eines Verbandes lässt sich ohne Weiteres auf die Schutzwürdigkeit der Krankenkassen einer Krankenkassenart übertragen, zumal die Zugehörigkeiten der Krankenkassen zu einem Verband und zu einer Krankenkassenart bei Inkrafttreten von § 171a SGB V und auch heute noch im Wesentlichen deckungsgleich sind. Insofern ist die ursprüngliche indirekte Haftung der Krankenkassenart über den Verband nur ersetzt worden durch eine direkte Haftung der Krankenkassenart.

Der aus § 171a SGB V abzuleitende Rechtsgedanke geht aber noch weiter. Warum sollte seinerzeit nämlich nur der Verband, dem die kleinere der beiden Vereinigungskassen angehört, ein Ablehnungsrecht haben? Es ist doch nicht ausgeschlossen, dass auch der andere Verband in seinen finanziellen Grundlagen gefährdet sein konnte, etwa dann, wenn er kleiner war als der Verband, der die neue Krankenkasse aufnehmen soll. Diese

Frage kann wie folgt beantwortet werden: Wenn auch der andere Verband durch die Mitgliedschaft in seinen finanziellen Grundlagen gefährdet war, ergab eine Vereinigung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht keinen Sinn mehr. Dementsprechend gilt in Bezug auf die durch eine Fusion betroffenen Krankenkassenarten: Wenn die Zugehörigkeit der neuen Krankenkasse sowohl bei der einen als auch bei der anderen Krankenkassenart zu einer Überforderung der finanziellen Mittel der anderen Krankenkassen führen kann, muss die Vereinigung unterbleiben.

Sollten dagegen Aufsichtsbehörden den Rechtsgedanken aus § 171a SGB V nicht berücksichtigen und Vereinigungen in der Krise befindlicher Krankenkassen quasi automatisch durchwinken, könnten notleidende Krankenkassen beziehungsweise ihre Rechtsnachfolger versucht sein (mit oder ohne Billigung einer durch die Fusion begünstigten Krankenkasse), andere Krankenkassen mittels immer weiterer Krisenfusionen in eine Situation zu bringen, in der sie aus Sorge vor dem Haftungsfall eher gezwungen als geneigt sind, finanzielle Hilfen zu gewähren. Ein krankenkassenarten-internes Frühwarnsystem, wie es viele Krankenkassenarten installiert haben (König et al. 2010), würde insoweit weitgehend ins Leere laufen.

Sinn und Zweck eines solchen Systems besteht unter anderem darin, der Krankenkassenart möglichst frühzeitig die Prüfung zu ermöglichen, ob und gegebenenfalls welche Hilfen zielführend sind. Im Falle von Krisenfusionen könnten Krankenkassen stattdessen gezwungen sein, finanzielle Hilfen nur aus dem Grunde zu leisten, weil sie andernfalls aus der Haftung für die notleidende Krankenkasse selbst wirtschaftlich angeschlagen hervorgehen. Vor diesem Hintergrund werden Aufsichtsbehörden dem Bundeskartellamt bei einem Zusammenschluss von mehr oder weniger in Krise befindlichen Krankenkassen künftig wohl genau erklären müssen, warum eine Vereinigung dennoch befürwortet wird.

In Anbetracht der geschilderten krankenkassenspezifischen Besonderheiten bleibt zu hoffen, dass Kartellamt und Aufsichtsbehörden künftig einen intensiven Dialog pflegen werden und die vom Bundesgerichtshof

postulierte Zielkongruenz zwischen Gesundheitspolitik und Fusionskontrolle (siehe vorherige Seite) mit Leben füllen.

Keine Übertragung des allgemeinen Kartellverbots

Als Ergebnis des Vermittlungsvorschlags ist ferner zu begrüßen, dass der Gesetzgeber das für alle Sozialversicherungsträger geltende Gebot zur Zusammenarbeit nicht durch eine pauschale und undifferenzierte Übertragung des allgemeinen Kartellverbots (§ 1 GWB) auf die Krankenkassen aufgeweicht hat.

Sozialversicherungsrechtliches Gebot zur engen Zusammenarbeit

Nach § 86 SGB X sind alle Leistungsträger, also auch Krankenkassen und ihre Verbände, verpflichtet, zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem Sozialgesetzbuch eng zusammenzuarbeiten. Der § 4 Absatz 3 Satz 1 SGB V ordnet sogar speziell für Krankenkassen und ihre Verbände an, dass sie im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung sowohl innerhalb einer Krankenkassenart als auch krankenkassenartenübergreifend miteinander eng zusammenarbeiten. Diese Zusammenarbeit findet ihren Grund darin, dass die Krankenkassen – gänzlich anders als private Krankenversicherungsunternehmen – Teil der Verwaltung sind, als Behörden mit der Befugnis zur Erteilung von Verwaltungsakten agieren, einander und anderen Sozialleistungsträgern Amtshilfe zu leisten haben und gemeinsam sozialstaatliche Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnehmen.

Krankenkassen kommen der Pflicht zur engen Zusammenarbeit insbesondere auch im Rahmen ihrer Arbeit in den Verbänden nach. Die insoweit zur Verfügung stehenden Verbände sind im SGB V eigens festgelegt. Neben dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§§ 217a ff. SGB V) unterscheidet das Sozialgesetzbuch zwischen Landesverbänden (§ 207 Absatz 1 SGB V) und Bundesverbänden (§ 212 Absatz 1 SGB V) der Krankenkassen.

Darüber hinaus sind die Krankenkassen gehalten, zur Förderung von Zwecken der öffentlichen Gesundheit (§ 219 SGB V) ebenso wie zur

Unterrichtung, Abstimmung, Koordinierung und Förderung der „engen“ Zusammenarbeit (§ 94 Absatz 1a SGB X) miteinander, mit ihren Verbänden, mit anderen Sozialleistungsträgern und mit Leistungserbringern Arbeitsgemeinschaften einzugehen.

Außerdem hält das SGB V Krankenkassen dazu an, auch auf Feldern, die einem Wettbewerb untereinander dienen könnten, Eigeninteressen dem Interesse einer einheitlichen und optimalen Versorgung der Versicherten unterzuordnen und miteinander zusammenzuarbeiten. Dementsprechend sind Krankenkassen beispielsweise berechtigt, zur flächendeckenden Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b Absatz 4 SGB V) oder zur Umsetzung des Angebots einer besonderen ambulanten Versorgung (§ 73c Absatz 2 SGB V) „allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen“ Verträge mit Leistungserbringern zu schließen. Ferner können und sollen sie innerhalb, außerhalb oder gemeinsam mit den Verbänden Modellvorhaben durchführen oder vereinbaren (§§ 63, 64 SGB V; eine Auswahl weiterer Beispiele für eine Zusammenarbeit findet sich unter vdek 2012).

Konsequenterweise kulminiert das System der Zusammenarbeit von Krankenkassen außerdem in einem besonderen krankenkassenspezifischen Solidarsystem. In diesem System haften, wie bereits geschildert, alle Krankenkassen für die Mitglieder ihrer Krankenkassenart und unter bestimmten Voraussetzungen (Erreichen der Belastungsgrenze des § 171d Absatz 5 SGB V) auch für Mitglieder der anderen Krankenkassenarten.

Wertungswiderspruch

Gemessen an den vorstehend geschilderten Besonderheiten enthielt die ursprünglich geplante Anwendung des § 1 GWB auf Krankenkassen einen Wertungswiderspruch. Während nämlich nach § 1 GWB alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten sind, sind nach den geschilderten Regelungen des SGB V

die dort angesprochenen Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen dagegen erlaubt, und zwar auch dann, wenn sie unter normalen Marktbedingungen zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs führen könnten.

Die Bedeutung des (im Vergleich zu den Gesamtaufgaben ohnehin nur punktuellen) Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen tritt nach der Zielsetzung des Gesetzgebers im Interesse einer einheitlichen und effizienten gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung zurück. Diese Zielsetzung kommt nicht nur im SGB V zum Ausdruck, sondern sogar auch im Gesetzgebungsverfahren zur GWB-Novelle. Denn eine Anpassung oder gar Abschaffung der sozialversicherungsrechtlichen Normen zur Zusammenarbeit der Krankenkassen stand zu keiner Zeit in Rede. Obwohl die Novelle eine Ergänzung des § 4 Absatz 3 SGB V vorsah, blieb das in § 4 Absatz 3 Satz 1 SGB V geregelte Gebot der Zusammenarbeit unangetastet.

Rechtsunsicherheiten

Der geschilderte Wertungswiderspruch konnte durch die nachträgliche Einfügung der Vorgabe, „wobei der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen zu berücksichtigen ist“, ebenso wenig überwunden werden wie durch die Begründung des diesbezüglichen Änderungsantrags, die Gesetzesbegründung zu Artikel 3 Nummer 1 oder die Antwort der Bundesregierung vom 4. Mai 2013 auf die kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE. Zwar bemühen sich alle diese Verlautbarungen zu versichern, dass die den Krankenkassen sozialgesetzlich eingeräumte Möglichkeit zur Zusammenarbeit mit der Erfüllung des Versorgungsauftrags „regelmäßig“ in Einklang steht (Bundestag Ausschussdrucksache 17 [9] 937), dass Kooperationen und Arbeitsgemeinschaften „weiterhin möglich und wünschenswert“ sind (Bundestagsdrucksache 17/9852: 36) und Konflikte mit dem Kooperationsgebot der Krankenkassen gemäß § 4 Absatz 3 SGB V nicht bestehen (Bundestagsdrucksache 17/9357). Diese Beteuerungen änderten jedoch nichts daran, dass nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nur verpflichtende Handlungen der Krankenkassen und ihrer Verbände vom Kartellverbot ausgenommen werden sollten. Insoweit

blieb ungeklärt, welches Verhalten noch als verpflichtend angesehen werden sollte und welches nicht.

Weiterhin blieb offen, welcher Bußgeldrahmen zur Anwendung kommen sollte. Bußgelder für die Tätigkeit von Krankenkassen waren seitens der Kartellbehörden, soweit ersichtlich, bislang nicht verhängt worden. Bußgelder seitens der Krankenkassenaufsichten wurden in der Vergangenheit, soweit ersichtlich, nur in ganz geringer Zahl und Höhe verhängt. Dass nunmehr ein auf privatrechtliche Großunternehmen wie Mineralölkonzerne oder Betonlieferanten zugeschnittenes Bußgeldsystem auf die Situation der gesetzlichen Krankenkassen übertragen werden sollte, musste zusätzliche Verunsicherung wecken, zumal wie eingangs geschildert unklar blieb, ob nicht auch sozialversicherungsrechtlich gewünschtes Verhalten aus kartellrechtlicher Sicht als abstrafwürdig galt.

Mit einer wie auch immer gearteten Schonfrist hätten Krankenkassen weder nach dem Gesetzeswortlaut und den diesbezüglichen Begründungen noch nach der bisherigen Haltung des Bundeskartellamts rechnen können. Dieses hatte bereits im Jahr 2006 bezogen auf die Nachfragebündelung der Allgemeinen Ortskrankenkassen bei Rabattvereinbarungen deutlich gemacht, dass es „erhebliche Geldbußen“ verhängt hätte, wenn es hieran nicht durch die von § 69 SGB V ausgehende Sperrwirkung für § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gehindert worden wäre (Bundeskartellamt 2006: 5 f.).

Gemessen an den üblichen kartellrechtlichen Maßstäben hätten Krankenkassen im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellverbot somit quasi aus dem Stand mit Bußgeldern von bis zu einer Million Euro beziehungsweise zehn Prozent ihres im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes (§ 80 Absatz 4 Satz 1 und 2 GWB) rechnen müssen; ein Umstand, der manche Krankenkassen sicherlich in eine wirtschaftliche Schieflage hätte bringen können und der gerade auch den in der Öffentlichkeit bejubelten Einsparungen durch Rabattverträge nach § 130a Absatz 8 SGB V einen jähen Absturz beschert hätte.

Damit erwies sich der Gesamteindruck der Presse zutreffend, die mit Blick auf geschilderte Nachbesserung kommentiert hatte: „Der Spielraum für ... freihändige Kooperationen und Arbeitsgemeinschaften dürfte damit tendenziell eher gering sein oder mit hohen GWB-Risiken einhergehen“ (OPG 2012: 4). In der Tat wäre vor dem geschilderten Hintergrund vor allem auch die Arbeit der Verbände einschließlich des Spitzenverbandes Bund maßgeblich erschwert worden.

Die Klarstellung

Vor diesem Hintergrund war es nur folgerichtig, dass der Gesetzgeber schließlich die Rechtsverhältnisse der Krankenkassen, soweit das Sozialgesetzbuch die Bildung von Verbänden oder die sonstige Kooperation von Krankenkassen gestattet, von der Geltung des allgemeinen Kartellverbots ausgenommen hat (Jaeger 1999: 27).

Entsprechende Anwendung von Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

Nach der einschlägigen sozialgerichtlichen Rechtsprechung ist die Anwendung wesentlicher wettbewerbsrechtlicher Rechtsgedanken auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander, abgeleitet aus der gesetzlichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Krankenversicherungsträger, bereits jetzt Rechtswirklichkeit (Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, 10. Juli 1989, Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes 1/88). Dementsprechend waren Krankenkassen auch schon in der Vergangenheit berechtigt, von anderen Krankenkassen die Unterlassung unzulässiger Werbemaßnahmen zu verlangen, wie nunmehr in § 4 Absatz 3 Satz 2 SGB V (neue Fassung) ausdrücklich angesprochen. Außerdem entsprach es bereits gängiger Praxis, die andere Krankenkasse vorprozessual abzumahnern und zur Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewährten Unterlassungserklärung aufzufordern, wie es nunmehr durch den in § 4 SGB V enthaltenen Verweis auf § 12 Absatz 1 UWG geregelt wird.

Veröffentlichungsbefugnis

Neu ist hingegen die durch den Verweis auf § 12 Absatz 3 UWG geschaffene Möglichkeit, der obsiegenden Krankenkasse unter bestimmten Voraussetzungen die Befugnis zuzusprechen, das den Unterlassungsanspruch bestätigende Urteil auf Kosten der unterliegenden Krankenkasse öffentlich bekannt zu machen. Der Gesetzgeber trägt insofern offenbar einem Urteil des Bundessozialgerichts vom 31. März 1998 (Aktenzeichen B 1 KR 9/95 R) Rechnung. Darin hatte der 1. Senat des Bundessozialgerichts dem Begehren einer Krankenkasse auf Veröffentlichung der durch eine andere Krankenkasse bereits abgegebenen Unterlassungserklärung mit der Begründung eine Absage erteilt, dass für derartige wettbewerbsrechtliche „Ausgleichsansprüche“ eine Rechtsgrundlage im Verhältnis zwischen den Krankenkassen nicht bestehe und auch nicht in Analogie zu entsprechenden Instituten des privaten Wettbewerbsrechts herangezogen werden könne. Die neue Gesetzesregelung wird man insofern als – teilweise – Abkehr des Gesetzgebers von der bislang bestehenden Rechtslage werten können.

Verzicht auf Darlegung und Glaubhaftmachung

Neu ist auch die Heranziehung der Verfahrensnorm des § 12 Absatz 2 UWG. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Sozialgerichten gemäß § 86b Absatz 2 SGG (Sozialgerichtsgesetz) ist grundsätzlich die Darlegung und Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrunds, das heißt der Eilbedürftigkeit, erforderlich (Meyer-Ladewig 2012; § 86b Randnotizen 26, 27a, 36). Der § 12 Absatz 2 UWG konnte nach der geschilderten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bislang nicht, auch nicht entsprechend, herangezogen werden (Bundessozialgericht a. a. O.; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 2. November 2009, L 11 KR 3727/09 ER-B mit weiteren Nachweisen).

Nach dem nunmehr in § 4 SGB V ausdrücklich enthaltenen Verweis auf § 12 Absatz 2 UWG sollen die Sozialgerichte künftig im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sowohl bei der Sicherungs- als auch bei der Regelungsanordnung ohne eine entsprechende Darlegung und Glaubhaftmachung

auskommen können. Indes bedeutet dies nicht, dass die betreffende Entscheidung ohne Anordnungsgrund erlassen werden darf. Die Eilbedürftigkeit wird vielmehr – widerleglich – vermutet. Die Widerlegung der Vermutung ist Sache derjenigen Krankenkasse, die Anspruchsgegner ist. Ob und inwieweit eine Widerlegung der Vermutung in Betracht kommt, bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalles. Losgelöst davon wird die Vermutung regelmäßig dann nicht zum Tragen kommen, wenn bis zum nächstmöglichen Verstoß eine Entscheidung in der Hauptsache herbeigeführt werden kann, bei der die Angelegenheit nicht nur summarisch, sondern umfänglich geprüft wird.

Klarstellung und offene Fragen

Positiv hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber wohl auch mit Blick auf die geschilderte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts den sozialgesetzlichen Aufgaben der Krankenkassen gegenüber den Mitgliedern sowie ihrem sozialen Auftrag im Wettbewerb untereinander ausdrücklich Rechnung getragen hat (Bundestagsdrucksache 17/9852: 36) und dass er ferner mit der nur punktuellen Verweisung auf das für private Wettbewerbsverhältnisse konzipierte Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die Notwendigkeit eines eigenen auf die Rechtsverhältnisse der Krankenkassen untereinander zugeschnittenen Rahmens nunmehr anerkennt.

Zu begrüßen ist auch, dass durch die nur zurückhaltende Verweisung auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb die Fortbildung eines vorrangig der öffentlichen Aufgabenerfüllung verpflichteten krankenkassenspezifischen Wettbewerbsrechts behutsamer in Angriff genommen worden ist, als es ursprünglich bei dem Versuch einer undifferenzierten und umfassenden Kartellrechtsausdehnung der Fall war. Insoweit kann und sollte die weitere Entwicklung des krankenkassenspezifischen Wettbewerbsrechts durch die Rechtsprechung beobachtet und ausgewertet werden. Dabei wird insbesondere zu beachten sein, wie die Rechtsprechung künftig die Rolle der Aufsichtsbehörden bei der Werbung von Krankenkassen bewertet.

Zwar ist es richtig, dass die Befugnisse der Aufsicht durch das Wettbewerbsverhältnis der Krankenkassen untereinander grundsätzlich unangetastet bleiben. Zu klären bleibt indes, wie weit die Aufsichtsbehörden bei der in der Gesetzesbegründung angesprochenen Konkretisierung des Mitglieder- und Servicewettbewerbs nach Auffassung der Rechtsprechung gehen können (Bundestagsdrucksache 17/9852: 36). Sollen sie in den „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätzen der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“ beispielsweise zur Wahrung des Vertrauens in das Ansehen öffentlicher Krankenkassen den Rahmen für zulässige Werbemaßnahmen enger fassen können, als es bei privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnissen der Fall ist?

Wie verbindlich sollen die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung“ sein, soll ihre Nichteinhaltung mit einem Bußgeld belegt werden können oder bedürfte es hierzu einer eindeutigen Gesetzesregelung?

Sollen sich Krankenkassen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich nicht mehr auf die aufsichtsrechtliche Prüfung und Genehmigung ihrer Satzungsregelungen berufen können (in diese Richtung weist das Bundessozialgericht, Urteil vom 13. März 2013, Az.: B 1 A2/12 R), beispielsweise in Bezug auf das Angebot eines Wahltarifs für Auslandsleistungen, die bei Anwendung des für alle Krankenkassen geltenden Territorialitätsprinzips (§ 30 SGB I) mangels völkerrechtlicher Vereinbarungen mit der Bundesrepublik Deutschland nicht gestattet ist (zur Unzulässigkeit einer Drittbetroffenheitsklage gegen den Genehmigungsbescheid der Krankenkassenaufsicht siehe Bundessozialgericht a. a. O.)?

Fazit und Ausblick

Von einem „typischen politischen Kompromiss“, wie es in der Presse gemeldet wurde (Handelsblatt 2013), kann bei näherer Betrachtung der Wirkungen der 8. GWB-Novelle nicht die Rede sein. Vielmehr berücksichtigt das vom Parlament übernommene Vermittlungsergebnis in verantwortungsvoller Weise den besonderen Versorgungsauftrag der Krankenkassen

und die ihnen obliegende gesetzliche Pflicht zur engen Zusammenarbeit. Die neuen Regeln setzen den Trend hin zu einem auf die besondere Situation der Krankenkassen zugeschnittenen eigenen „Wettbewerbs- und Kartellrecht“ fort und ergänzen insoweit die Regelungen des § 69 SGB V.

Durch die Abkehr von einer undifferenzierten Übertragung des Kartellverbots auf Krankenkassen und ihre Verbände vermeidet die Novelle unnötige, der Sache nicht dienliche Polarisierungen und tritt außerdem dem Eindruck einer durch die Hintertür erfolgenden Privatisierung der Krankenkassen entgegen; ein Eindruck, der in Anbetracht der derzeit prekären Situation der privaten Krankenversicherung sicherlich auch als falsches Signal verstanden werden könnte.

Durch die eigens in das Sozialgesetzbuch aufgenommene Regelung fusionskontrollrechtlicher Befugnisse des Bundeskartellamts versichert sich die Novelle einerseits der Expertise des Kartellamts auf dem Gebiet der Zusammenschlusskontrolle. Sie stellt andererseits sicher, dass die an einer Vereinigung von Krankenkassen beteiligten Behörden nicht aneinander vorbei entscheiden. Im Ergebnis sind sowohl die Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung als auch das Bundeskartellamt gehalten, frühzeitig, umfassend und konstruktiv aufeinander zuzugehen, um die jeweiligen fusionskontrollrechtlichen und vereinigungsrechtlichen Erwägungen und Ziele nicht wechselseitig zu konterkarieren. Aufgrund der ausgewiesenen fachlichen Expertise des Bundeskartellamts kann zudem erwartet werden, dass es Vereinigungswünsche von Krankenkassen intensiver als dies bislang bei Krankenkassenaufsichten der Fall gewesen sein mag, im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Marktstrukturen der Krankenkassen untersuchen wird.

Insgesamt hat es die vom Parlament parteiübergreifend verabschiedete Novelle verdient, dass man sich mit ihr in der Praxis ernsthaft und nachhaltig auseinandersetzt. Dazu wird es erforderlich sein, der Sozialgerichtsbarkeit die Möglichkeit einzuräumen, eine auf die neuen Regelungen zugeschnittene Rechtsprechung zu entwickeln. Aufgrund ihrer ganz

besonderen Sachnähe zur gesetzlichen Krankenversicherung kann die Sozialgerichtsbarkeit am ehesten einen Beitrag zur umfassenden und ausgewogenen Berücksichtigung der gesetzlichen Aufgaben der Krankenkassen leisten.

Literatur

- Al-Talal, D. (2012): § 69 SGB V und der Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung. Frankfurt am Main.
- AOK Bundesverband (2012): Stellungnahme des AOK-Bundesverbandes zu den die GKV betreffenden Regelungsvorschlägen im Gesetzesentwurf zur 8. GWB-Novelle (8. GWB-ÄndG). www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/politik/wettbewerb/gwb_novelle_stellungnahme_aok_bv_anhoerung_150612.pdf
- Bürger, C., und S. Lehmann: Fusionskontrolle beim Erwerb eines Unternehmens in der Krise. BB 2011. S. 2243.
- Bundesgesetzblatt I 1738 (2013): Aches Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Teil I Nr. 32. 29. Juni 2013. Bonn.
- Bundeskartellamt (2006): Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG). Bonn.
- Bundeskartellamt (2011): Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle. Bonn.
- Bundesrat Ausschussniederschrift (2012): TOP 16 der 813. Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 26. April.
- Bundesrat Niederschrift 574. G/Top 4 (2012): Antrag der Länder Hessen, Brandenburg und Thüringen zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) Bundesratsdrucksache 176/12.
- Bundesratsdrucksache 60/12b (2012): Beschluss des Bundesrates, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht.

- Bundesratsdrucksache 60/1/12 (2012): Empfehlungen der Ausschüsse zu: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht.
- Bundesratsdrucksache 176/1/12 (2012): Empfehlungen der Ausschüsse zum Punkt Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG).
- Bundesratsdrucksache 475/13 (2013): Beschluss des Deutschen Bundestages. Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG).
- Bundestag Ausschussdrucksache 17 (9) 937 (2012): Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 17/9852 – Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Bundestagsdrucksache 16/3100: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG).
- Bundestagsdrucksache 16/3950 (2006): Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG).
- Bundestagsdrucksache 16/13500 (2009): Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung. 16. Wahlperiode.
- Bundestagsdrucksache 17/6640 (2011): Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung. 17. Wahlperiode.
- Bundestagsdrucksache 17/8541 (2012): Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 17. Wahlperiode.

- Bundestagsdrucksache 17/9357 (2012): Kleine Anfrage der Abgeordneten Harald Weinberg, Diana Golze, Dr. Martina Bunge, Klaus Ernst, Katja Kipping, Yvonne Ploetz, Kathrin Senger-Schäfer, Kathrin Vogler und der Fraktion DIE LINKE. Schwierigkeiten bei der Anwendung von Kartellrecht bei den Krankenkassen.
- Bundestagsdrucksache 17/9852 (2012): Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG). 17. Wahlperiode 2013.
- Bundestagsdrucksache 17/13720 (2013): Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG).
- CDU, CSU und FDP (2009): Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP. 17. Legislaturperiode.
- Financial Times Deutschland (2012): Gemeinsam sind wir nicht mehr stark. Ausgabe vom 17. April 2012.
- Gaßner, M., und A. Eggert (2011): Wettbewerb in der GKV: Kartellrecht versus Sozialrecht. In: Neue Zeitschrift für Sozialrecht. 20 (7). S. 249–255.
- GKV-Spitzenverband (2012a): Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes vom 20. Juni 2012 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) Bundestagsdrucksache 17/9852.
- GKV-Spitzenverband (2012b): Privatrechtliches Kartellrecht und soziale Krankenversicherung passen nicht zusammen – Verwaltungsrat lehnt Anwendung ab! Pressemitteilung des GKV-Spitzenverbandes vom 22. März 2012.
- Handelsblatt (2013): Kartellrecht gilt erstmals für Kassen, Ausgabe vom 7. Juni 2013.
- Jaeger, W. (1999): Krankenkassen als Adressaten des Kartellrechts. In: M. Löwisch (Hrsg.): Wettbewerb, Kollektivverträge und Konfliktlösung in der Reform des Gesundheitswesens. S. 23 ff.
- König, F., P. Florath, U. Repschläger und F. Romeike (2010): Frühwarnsystem in der Gesetzlichen Krankenversicherung. In: U. Repschläger, C. Schulte und N. Osterkamp (Hrsg.): BARMER GEK Gesundheitswesen aktuell. S. 90 ff.

- Lübbig, T., und M. Klasse (2007): Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor. Baden-Baden.
- Meyer-Ladewig, J. (2012): Sozialgerichtsgesetz. Kommentar. 10. neu bearbeitete Auflage. München.
- OPG – Operation Gesundheitswesen (2012): 29 2012 (26. Oktober 2012). Presseagentur Gesundheit.
- vdek (2012): Stellungnahme des Verbandes der Ersatzkassen e. V. (vdek) zum Entwurf für ein Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) – Bundesratsdrucksache 176/12.