

Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e. V.
Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e. V.
Pro Generika e. V.
Verband Forschender Arzneimittelhersteller e. V.

GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – Stärkung des Wettbewerbs durch Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf GKV

Gegenwärtig findet nach der Praxis der Sozialgerichte **das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht**, d.h. das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), **auf gesetzliche Krankenkassen keine Anwendung**. Dies wird auf die Vorschriften des § 69 SGB V, § 51 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und § 87 Abs. 1 GWB, die durch das Gesundheitsreformgesetz 2000 geändert wurden, gestützt. Hierdurch soll nicht nur die Anwendbarkeit von GWB und UWG auf gesetzliche Krankenkassen ausgeschlossen sein, sondern auch für alle die Krankenkassen betreffenden Rechtsstreitigkeiten die Sozialgerichtsbarkeit für ausschließlich zuständig erklärt werden.

Hier besteht im Rahmen des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG) **dringender Änderungsbedarf**, um den gesetzgeberischen Zielen nach mehr Wettbewerb und Vertragsfreiheit der Kassen auch ordnungspolitisch Rechnung zu tragen. Um mehr Vertragsfreiheit aller Beteiligten „mit gleich langen Spießen“ zu ermöglichen, müssen marktmissbräuchliche Kartellstrukturen auf Kassenseite beseitigt und GWB und UWG konsequent auf das Verhalten der Krankenkassen im Verhältnis zu Arzneimittelherstellern angewendet werden. Die Wettbewerbskontrolle, die letztlich dem Verbraucher dient, darf gerade im Gesundheits- und Arzneimittelsektor nicht ausgehebelt bleiben.

Materielles Kartell- und Wettbewerbsrecht (§ 69 SGB V)

Der **aktuelle Fall** der von den Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen) gebildeten **AOK-Einkaufsgemeinschaft** macht den **Regelungsbedarf besonders deutlich**. Alle 16 AOKen haben unter Federführung der AOK Baden-Württemberg eine zentrale Einkaufsgemeinschaft gebildet und eine Vielzahl von Pharmaunternehmen in einem Schreiben vom 31.10.2006 und durch Ausschreibung im Bundesanzeiger Nr. 206 vom 03.11.2006 aufgefordert, anhand einer konkreten Wirkstoffliste Rabattangebote zu unterbreiten. Das Vorgehen der AOKen bezieht sich dabei zunächst auf generikafähige Präparate und betrifft damit Generikahersteller wie auch Hersteller von Originalpräparaten, deren Patentlaufzeit abgelaufen ist. Insgesamt entfällt auf die ausgeschriebenen 89 Wirkstoffe ein GKV-Verordnungsvolumen von rd. 7,5 Mrd. Euro. In ihrem Schreiben weisen die AOKen bezeichnenderweise selbst auf die „Marktbedeutung der teilneh-

menden AOKen“ und „den zu erwartenden erheblichen Einfluss auf den pharmazeutischen Markt“ hin.

Das gemeinsame Vorgehen der AOKen ist kartellrechtlich überaus bedenklich und zeigt exemplarisch, wie sich die gesetzlichen Krankenkassen zusammenschließen und den Arzneimittelherstellern mit ihrer geballten Marktmacht – im Fall der AOK-Einkaufsgemeinschaft beträgt der Nachfragemarktanteil der teilnehmenden AOKen ca. 40% - entgegenzutreten wollen.

Auch das **Bundeskartellamt** hat zwischenzeitlich in Schreiben an die Verbände **massive Kritik an der AOK-Einkaufsgemeinschaft** geäußert. Es sieht das gemeinsame Vorgehen der AOKen als Einkaufskartell an, das aufgrund der schwerwiegenden Folgen für die Wettbewerbsstrukturen an sich nicht mit dem GWB vereinbar ist und normalerweise zu erheblichen Geldbußen führen würde. Das Kartellamt sieht insoweit aber seine Hände gebunden, da es an einer Anwendbarkeit des GWB fehle. Es hat jedoch den Gesetzgeber im laufenden Gesetzgebungsverfahren zum GKV-WSG ebenfalls noch einmal ausdrücklich auf die **schwerwiegenden Folgen für den Wettbewerb** hingewiesen, die mit der Nichtanwendbarkeit des GWB auf die Krankenkassen einhergehen, und eine Streichung des § 69 SGB V wegen dessen „außerordentlich schädlichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsstrukturen der Gesundheitsmärkte“ gefordert.

Die Verbände sehen sich durch das Bundeskartellamt darin bestätigt, dass es angesichts der im SGB V vorgesehenen Ansätze zu Vertragswettbewerb und Konditionenverhandlungen zwischen Krankenkassen und Arzneimittelherstellern **unbedingt erforderlich** ist, das **Kartell- und Wettbewerbsrecht konsequent auf das Verhalten der Krankenkassen anzuwenden**. Denn mit Vertragskompetenz ausgestattete Krankenkassen, die Versorgungsleistungen im Markt beschaffen bzw. über deren Qualität und Preis verhandeln, betätigen sich im originären Sinn unternehmerisch. Um einen fairen Vertragswettbewerb zu gewährleisten, sollte auch für die Krankenkassen der Ordnungsrahmen maßgebend sein, der den Spielraum für das Handeln der Marktteilnehmer in den anderen deutschen Märkten absteckt.

Einen entsprechenden Änderungsantrag zu § 69 SGB V haben auch die Bundesländer Bayern, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen in den Bundesrat eingebracht, den die vier Verbände unterstützen. Hiernach sollen in § 69 Satz 3 SGB V nach den Wörtern „Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches“ die Wörter „sowie des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ eingefügt werden.

Gerichtliche Zuständigkeit für Kartell- und Wettbewerbsfragen

Der Änderungsantrag der Länder ist zu begrüßen, da er das Problem der **materiellen Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts** auf das Verhalten der Krankenkassen angeht. Nicht berührt wird durch diese Initiative jedoch die ebenfalls **bedeutsame Frage der gerichtlichen Zu-**

ständigkeit für die die Krankenkassen betreffenden Rechtsstreitigkeiten, soweit es um kartell- und wettbewerbsrechtliche Fragen geht. Bei dieser **speziellen Rechtsmaterie** geht es insbesondere um Fragen der relevanten Marktabgrenzung, der Wettbewerbsstrukturen und –beeinträchtigungen und des missbräuchlichen Verhaltens, mit denen sich die Sozialgerichte in ihrer Praxis nicht regelmäßig befassen. Deswegen war **bis** zur Änderung durch das **Gesundheitsreformgesetz 2000** in § 69 SGB V, § 51 SGG und § 87 Abs. 1 GWB vorgesehen, dass die **bei den Zivilgerichten angesiedelten Kammern für Kartellrecht** für die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten ausschließlich zuständig sind. Dies entsprach der Konzentrationsmaxime des GWB. Zugleich wurde die systemwidrige Aufspaltung der Zuständigkeiten vermieden, da der Rechtsweg gegen Verfügungen des Bundeskartellamtes zur Durchsetzung des Kartellrechts nach wie vor zu den Zivilgerichten führt. Auch wurde auf diese Weise dem Umstand Rechnung getragen, dass die Kartellgerichte nach der Sachnähe und Fachkompetenz eher befähigt sind, kartellrechtliche Fragen zu entscheiden, als andere Fachgerichte. In der Sache wäre es insoweit wünschenswert, wenn die mit dem Gesundheitsreformgesetz 2000 einhergehenden Änderungen zur Zuständigkeit der Gerichte wieder rückgängig gemacht würden.

Sofern der Gesetzgeber allerdings an der umfassenden Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für die Krankenkassen auch in Bezug auf kartell- und wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten festhalten will, sollte zumindest folgende flankierende Maßnahme getroffen werden: Durch eine gesetzliche Regelung im SGG ist sicherzustellen, dass an den Sozialgerichten – ähnlich wie in der Zivilgerichtsbarkeit – in allen Instanzen besondere Spruchkörper für das Kartell- und Wettbewerbsrecht gebildet werden. Diese „Kartellkammern“ der Sozialgerichtsbarkeit sollten für derartige Streitigkeiten ausschließlich zuständig sein und müssen über die entsprechende fachliche Expertise verfügen.

01.12.2006