

Rolf Schmucker

Wechselwirkungen. Die GKV zwischen nationaler Wettbewerbssteuerung und europäischem Wettbewerbsrecht

Zusammenfassung

Seit dem Gesundheitsstrukturgesetz von 1992 ist die Wettbewerbssteuerung in der Gesetzlichen Krankenversicherung sukzessive gestärkt worden. Mit dem Ausbau selektiver Vertragsoptionen für die einzelnen Kassen soll deren unternehmerisches Handeln gefördert werden. Damit wird die Frage nach dem Status der Krankenkassen und ihrer Regulierung aufgeworfen. Der Gesetzgeber unterwirft das einzelvertragliche Handeln der Kassen zunehmend den Vorschriften des Kartellrechts. Dadurch steigt auch die Wahrscheinlichkeit, dass die deutschen Krankenkassen europarechtlich als Unternehmen eingestuft und dem Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht der EU unterworfen werden. Die Krankenkassen werden schrittweise aus der (nationalstaatlichen) sozialrechtlichen Regulierung herausgelöst und in ein (europäisches) Wettbewerbsregime eingeordnet. Im Verlaufe dieser Entwicklung wandelt sich nicht nur das Selbstverständnis der Krankenkassen, sondern es reduziert sich auch der gesundheitspolitische Gestaltungsspielraum jenseits wettbewerblicher Steuerungsformen.

1. Einleitung

Seit dem Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) von 1992 ist die Wettbewerbssteuerung im Gesundheitswesen zu einem zentralen Element der bundesdeutschen Gesundheitspolitik geworden. Die wettbewerblichen Handlungsspielräume, die die Politik den verschiedenen Akteuren zur Verfügung gestellt hat, um sich auf den neu geschaffenen Märkten zu positionieren, wurden in den nachfolgenden Gesundheitsreformen schrittweise erweitert (vgl. Grunenberg 2010). Damit wurde eine ordnungspolitische Wende im GKV-System in Gang gesetzt, die die Regulierung der Krankenkassen sukzessive aus dem sozialrechtlichen Kontext herauslöst und privatrechtlichen Normen unterstellt. Die schwarzgelbe Bundesregierung hat diesen Weg fortgesetzt und die Kassen einer erweiterten kartellrechtlichen Kontrolle unterworfen. Jenseits meist

rechtswissenschaftlich geprägter Expertendiskurse wird dieser Aspekt des ordnungspolitischen Wandels nur wenig wahrgenommen. Dabei berührt er in ganz grundsätzlicher Weise den Status der GKV und hat für die künftige Steuerung von Gesundheitspolitik weit reichende Konsequenzen. Im Kern geht es um die Frage, ob die Kassen auch zukünftig als Körperschaften öffentlichen Rechts – und damit als „mittelbare Staatsverwaltung“ – fungieren, oder ob sie als Unternehmen auf einem Gesundheitsmarkt agieren, der – wie andere Märkte auch – einer wettbewerbsrechtlichen Logik folgt (vgl. Cassel et al. 2008: 195f.).

In den ordnungspolitischen Veränderungen liegt eine besondere Brisanz, da die Anwendung des Wettbewerbsrechts einer spezifischen Wechselwirkung zwischen der nationalen und der europäischen Ebene unterliegt. Innerhalb des europäischen Primär- und Sekundärrechts existiert eine klare Dominanz marktorientierter Zielsetzungen. Die Möglichkeiten einer sozialpolitischen Regulierung der Marktprozesse sind im europäischen Rechtssystem dagegen unterrepräsentiert und liegen im Wesentlichen im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten (Leibfried und Obinger 2008). Das Gleiche gilt für die Gestaltung der Gesundheitssysteme, für die die EU keine Kompetenzen besitzt. Dass es in der Vergangenheit dennoch zu vielfältigen Einflüssen des Integrationsprozesses auf die Gesundheitspolitik der Mitgliedstaaten gekommen ist (vgl. Mossialos et al. 2010; Schmucker 2010), liegt u.a. daran, dass die europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsnormen schrittweise auf ehemals „marktferne“ Bereiche ausgedehnt wurden. Diese Entwicklung ist eng verbunden mit zwei vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entwickelten Doktrinen, durch die das Recht der Europäischen Union (EU) einen Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht besitzt und nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für die EU-Bürger gilt (Direktwirkung) (vgl. Scharpf 1999: 55f.). Daraus erwächst die Anforderung an die nationalen sozial- und gesundheitspolitischen Regulierungen, dass sie mit der europäischen Markt- und Wettbewerbsordnung vereinbar sein müssen, oder aber begründete Ausnahmen von dieser Ordnung darstellen.

Vor diesem Hintergrund werden im vorliegenden Beitrag die jüngeren Entwicklungen im GKV-System analysiert, mit denen die Grenzen zwischen sozial- und wettbewerbsrechtlicher Regulierung der Krankenkassen verändert wurde. Ein sichtbarer Ausdruck dieses Wandels findet sich in § 69 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V), in dem die (Nicht-)Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf die gesetzlichen Kassen geregelt wird. Im Kontext des europäischen Wettbewerbsrechts und der Rechtsprechung des EuGH wird im vorliegenden Beitrag die

These vertreten, dass der Paradigmenwechsel in der deutschen Gesundheitspolitik nicht nur den Unternehmenscharakter der Kassen verstärkt hat, sondern gleichzeitig die Herauslösung aus einem nationalen sozialrechtlichen Regulierungskontext und die verstärkte Einbindung in das europäische Wettbewerbsrecht vorantreibt.

2. Krankenkassen in der Wettbewerbssteuerung

Die Gesetzliche Krankenversicherung nimmt staatlich definierte, sozialpolitische Aufgaben wahr. Als mittelbare Staatsverwaltung obliegt den Krankenkassen die Umsetzung der im Sozialrecht – insbesondere im Sozialgesetzbuch – formulierten Zielsetzungen. Wesentliche Organisations- und Finanzierungsprinzipien beruhen auf einer langen historischen Entwicklung, die durch Selbstverwaltungsstrukturen und solidarische Beitragsaufbringung geprägt ist. Die Krankenkassen dürfen keine Gewinne erzielen und unterliegen einer umfassenden staatlichen Aufsicht, in der zum Ausdruck kommt, „dass die gesetzliche Krankenversicherung letztlich nur ein Instrument ist, das der Sozialstaat einsetzt, um seinem Verfassungsauftrag zur Daseinsvorsorge für die Bürger nachzukommen“ (Simon 2010: 131). Der Status der GKV war auf dieser Basis lange Zeit unstrittig. Als Körperschaften des öffentlichen Rechts besitzen die Krankenkassen explizit keinen Unternehmenscharakter. Dementsprechend waren die Rechtsbeziehungen der Kassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden „abschließend“ durch das Sozialrecht geregelt. Die öffentlich-rechtliche Natur der Beziehungen zwischen Kassen und Leistungserbringern begründete, dass bei Rechtsstreitigkeiten ausschließlich die Sozialgerichte zuständig waren, während das nationale Wettbewerbsrecht – insbesondere das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – keine Anwendung fand.

Diese Zuordnung ist im nationalen Rahmen zunehmend umstritten, seit die Politik versucht, im GKV-System vermutete Wirtschaftlichkeitsreserven durch eine verstärkte Wettbewerbsausrichtung zu mobilisieren. Dahinter steckt die grundlegende Überzeugung, der Wettbewerb im Gesundheitswesen könne „eine immer bessere Güterversorgung und Bedürfnisbefriedigung im Krankheitsfall zu bezahlbaren Preisen gewährleisten“ (Cassel et al. 2008: 30), indem die Anreize für Krankenkassen und Leistungserbringer, sich effizient und innovativ zu verhalten, durch die Anforderung, sich am Markt zu behaupten, verstärkt würden. Instrumente dieses gesundheitspolitischen Paradigmenwechsels (Gerlinger 2002) sind neben der durch das GSG 1992 eingeführten Kassenwahlfreiheit, mit der ein umfassender Wettbewerb der Kassen um Versicherte

eröffnet wurde, die Veränderung der Anreizsysteme der Leistungserbringer mittels neuer Vergütungsformen sowie die Maßnahmen, mit denen der Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt eröffnet wurde. Mit dem GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) 2003 und dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) 2007 wurden sukzessive Wettbewerbselemente eingeführt, die es den Kassen ermöglichen, jenseits kollektivvertraglicher Vereinbarungen Einzelverträge mit ausgewählten Leistungsanbietern abzuschließen. Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V), zur besonderen ambulanten Versorgung (§73c SGB V) oder zu integrierten Versorgungsformen (§ 140b SGB V) sind Beispiele für den erweiterten Handlungsspielraum der Kassen, die Versorgungslandschaft durch auf Freiwilligkeit beruhende Selektivverträge zu gestalten. Eine weitere wichtige Ausweitung selektivvertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten stellen die seit 2003 ermöglichten Arzneimittel-Rabattverträge (§ 130a Abs. 8 SGB V) dar, mit denen der einzelnen Kasse die Option eröffnet wurde, individuelle (Preis-)Vereinbarungen mit Arzneimittelherstellern zu treffen.

Die Instrumente der Wettbewerbssteuerung haben z.T. andere Instrumente ersetzt, z.T. treten sie neben weiterhin vorhandene korporatistische und hierarchische Steuerungsformen und bilden mit diesen „eine um den Wettbewerb ergänzte ordnungspolitische Dreiecksbeziehung“ (Reiners 2009: 85). Der Steuerungsmix in der GKV spiegelt die widerstreitenden Interessenlagen der diversen Akteure des Gesundheitswesens ebenso wider wie die unterschiedlichen (partei-)politischen Vorstellungen über die Funktion und die Reichweite des Wettbewerbs im Gesundheitswesen. Trotz eines allgemeinen Konsenses zwischen Union, SPD, FDP und Grünen hinsichtlich der Notwendigkeit einer stärkeren Wettbewerbssteuerung weisen deren Konzepte im Detail wichtige Differenzen auf (vgl. Grunenberg 2010). Dessen ungeachtet lässt sich festhalten, dass die ordnungspolitische Wende in der Gesundheitspolitik die Krankenkassen heute verstärkt zu individuellen Vertragsparteien macht, die durch die Ausgestaltung der Direktverträge mit den Leistungsanbietern einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Kassen anstreben. Gegenwärtig existieren im GKV-System die „gemeinsam und einheitlich“ abzuschließenden Kollektivverträge, die alle gesetzlichen Kassen und ihre Vertragspartner auf der Seite der Leistungserbringer binden, parallel zu den neuartigen Selektivverträgen. Der grundlegende gesundheitspolitische Entwicklungstrend der vergangenen 20 Jahre erhöht jedoch die Wahrscheinlichkeit, dass selektive Verträge perspektivisch zum „dominanten Grundtyp der GKV-Versorgung“ werden (Ebsen 2009: 88).

3. Ordnungspolitischer Wandel in § 69 SGB V

Der wettbewerbsorientierte Wandel in den Beziehungen der Kassen zu den Leistungsanbietern hat zu der Forderung geführt, das SGB V gegenüber dem nationalen Kartellrecht zu öffnen, um eine adäquate Regulierung des neu geschaffenen Wettbewerbs zu ermöglichen. Im Kern lautet das Argument: Wenn die Krankenkassen als Marktakteure agieren (auf dem Versicherungs- und dem Leistungsmarkt), sollen sie auch entsprechend reguliert werden. Damit wird eine grundlegende Umkehrung des ordnungspolitischen Verständnisses der GKV vorangetrieben. Die Kassen waren dem Zugriff des Wettbewerbsrechts lange Zeit entzogen, um ihren Aufgaben in der staatlichen Daseinsvorsorge in einem sozialrechtlich vorgegebenen Rahmen jenseits marktlicher Regulierungen nachzukommen. Mit dem Paradigmenwechsel zur Wettbewerbssteuerung wird diese Vorstellung umgedreht. Nicht mehr der Schutz der Gesundheitsversorgung vor unerwünschten Einflüssen des Marktes, sondern der Schutz des „Gesundheitsmarktes“ selbst wird zum gesundheitspolitischen Leitbild: „Soll der Wettbewerbsprozess jedoch zu den gewünschten gemeinwohlfördernden Ergebnissen führen, ist er analog zu anderen Märkten vor Konzentrationstendenzen und Beschränkungen zu schützen. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die GKV deshalb umso weniger als wettbewerblicher Ausnahmebereich gesehen werden, je mehr sich der Ansatz einer solidarischen Wettbewerbsordnung für die GKV durchsetzt.“ (Monopolkommission 2010: 404). Zwar verknüpfen die meisten Befürworter einer Wettbewerbssteuerung die Marktausrichtung mit dem Begriff der Solidarität, dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Leitbild eines funktionierenden wettbewerblichen Marktes in das Zentrum der GKV-Regulierung rückt, während andere, gesundheits- und gesellschaftspolitisch zu formulierende Zielsetzungen zum mittelbaren Ergebnis funktionierender Märkte degradiert werden. Zudem rücken ökonomische Zwecksetzungen in den Vordergrund, die den ursprünglichen Zielen der Daseinsvorsorge und Krankenversorgung fremd sind. So befürwortet das Bundeskartellamt eine Stärkung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen mit Hinweis auf die „mittelbar erhebliche[n] Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft“ (Bundeskartellamt 2006: 1).

Der ordnungspolitische Paradigmenwandel spiegelt sich im Sozialgesetzbuch in den Metamorphosen des § 69 SGB V wider. Dort war mit dem Gesundheitsreformgesetz (GRG) 2000, parallel zur Einführung selektiver Vertragsoptionen, die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Krankenkassen ausgeschlossen worden. Die Rechtsbeziehungen

zwischen Kassen und Leistungserbringern wurden „abschließend“ durch das vierte Kapitel des SGB V geregelt, da es sich – im Sinne des Gesetzgebers – nicht um privatrechtliche Beziehungen handle und die Kassen keine Unternehmen im Sinne des Kartellrechts seien. Dementsprechend waren bei Streitigkeiten ausschließlich die Sozialgerichte für die Rechtsprechung zuständig. Die Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts wurde zudem in § 51 Abs. 2 S. 1 des Sozialgerichtsgesetzes noch einmal bestärkt (Ebsen 2004: 96). Die Ausweitung selektivvertraglicher Handlungsmöglichkeiten durch das Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz (GMG) 2003 und das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) 2007 beförderten die Diskussion um die wettbewerbsrechtliche Einordnung der Kassen. Mit dem GKV-WSG 2007 wurde die „abschließende“ sozialrechtliche Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Kassen und Leistungserbringern partiell gegenüber dem Kartellrecht geöffnet. § 69 Satz 2 SGB V sah nun vor, dass die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hinsichtlich möglicher Marktbeschränkungen und wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, die auf dem Missbrauch bestehender Marktmacht beruhen (§§ 19-21 GWB), auf Verträge im GKV-System anzuwenden sind. Ausgenommen sind „Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt“. Damit wurde sichergestellt, dass die kollektivvertraglichen Regelungen von der Reichweite des Wettbewerbsrechts nicht erfasst werden, während die Selektivverträge – zumindest partiell – der kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen.

Schon in den Debatten um das GKV-WSG wurde deutlich, dass es keine naturwüchsige Grenze für das Vordringen des Wettbewerbsrechts in die GKV gibt. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 24. Oktober 2006 war zunächst keine Änderung des § 69 vorgesehen. In den Beratungen und Anhörungen wurde das Thema von verschiedenen Akteuren auf die Tagesordnung gesetzt. So forderte das Bundeskartellamt die völlige Streichung des § 69 SGB V, da es keine schlüssige Begründung für eine Ausnahme des Gesundheitswesens vom Wettbewerbsrecht gebe. Die „Marktergebnisse“ der Gesundheitsbranche seien nicht schlechter, wenn diese den allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen unterliege, „als in einem Regime kartellrechtlicher Sonderregelungen und Privilegien“ (Bundeskartellamt 2006: 5). Auch der Bundesrat setzte sich für eine recht weitgehende Geltung des GWB und des UWG für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und der Leistungserbringer ein. Ob das Wettbewerbsrecht gegenüber den sozialrechtlichen Besonderheiten des

Gesundheitswesens zurücktreten müsse, sei im Einzelfall gerichtlich zu entscheiden (Engelmann 2009: 157). Der letztlich angenommene Änderungsantrag der großen Koalition vom 15. Januar 2007 folgte diesen Forderungen nicht, führte jedoch zu den beschriebenen Öffnungen gegenüber einzelnen Normen des Wettbewerbsrechts.

Die Dynamik wettbewerbspolitischer Entwicklungen setzte sich auch nach dem GKV-WSG fort. Bereits im Jahr nach seiner Verabschiedung wurde mit dem GKV-Organisations-Weiterentwicklungsgesetz (GKV-OrgWG) 2008 erneut eine Veränderung des § 69 SGB V vorgenommen, die den Bedeutungszuwachs der Wettbewerbssteuerung unterstreicht. Neben der Missbrauchskontrolle des GWB sind seitdem auch die Regelungen des Vergaberechts nach §§ 97 bis 115 und 128 GWB auf Direktverträge der Kassen anzuwenden. Das Vergaberecht regelt die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber nach den Kriterien der Diskriminierungsfreiheit, der Transparenz und der Rechtsstaatlichkeit. Damit werden Grundsätze des Wettbewerbs (Verbot von Kartellbildung und der missbräuchlichen Nutzung einer marktbeherrschenden Stellung) in die Bereiche des Kassenhandelns eingeführt, die als öffentliche Auftragsvergabe charakterisiert werden. Dies betrifft z.B. die Rabattverträge, die Versorgung mit Hilfsmitteln und Verträge über den Rettungsdienst.

Der zunehmend unsichere Status der GKV zwischen den Stühlen des Sozial- sowie des Wettbewerbs- und Vergaberechts hat auch zu Unstimmigkeiten über die Rechtskontrolle geführt. Sozial- und Zivilgerichte stritten sich um die Zuständigkeit bei der Rechtsprechung. Hinsichtlich der anzuwendenden Missbrauchsvorschriften hatte sich der Gesetzgeber 2008 dafür ausgesprochen, dass, entgegen der üblichen Praxis des Wettbewerbs- und Vergaberechts, die Zuständigkeit bei der Sozialgerichtsbarkeit liegen soll. Dies wurde damit begründet, dass bei entsprechenden Verfahren nicht allein die Normen des GWB ausschlaggebend sein sollen, sondern weiterhin die besondere Stellung und die öffentliche Aufgabe der GKV berücksichtigt werden müssten (vgl. Baake et al. 2009: 3).

Auch diese Aufgabenverteilung hatte nicht lange Bestand. Der vorerst letzte Schritt im Rahmen der ordnungspolitischen Transformation der GKV wurde mit dem Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG) der schwarz-gelben Bundesregierung aus dem Jahr 2010 vollzogen. Die Ausweitung wettbewerbsrechtlicher Regulierung der Krankenkassen wurde vorangetrieben, indem weitere Geltungsbereiche des GWB in den § 69 Abs. 2 SGB V aufgenommen wurden (siehe Box 1).

Box 1:

§ 69 Abs. 2 SGB V (zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010; BGBl. I S. 2309)

(2) Die §§ 1, 2, 3 Absatz 1, §§ 19, 20, 21, 32 bis 34a, 48 bis 80, 81 Absatz 2 Nummer 1, 2a und 6, Absatz 3 Nummer 1 und 2, Absatz 4 bis 10 und §§ 82 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend. Satz 1 gilt nicht für Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind. Satz 1 gilt auch nicht für Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen der Krankenkassen oder deren Verbände, zu denen sie gesetzlich verpflichtet sind, sowie für Beschlüsse, Richtlinien und sonstige Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, zu denen er gesetzlich verpflichtet ist. Die Vorschriften des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind anzuwenden.

Damit reagierte der Gesetzgeber auf die Praxis der Krankenkassen v.a. auf dem Feld der Rabattverträge, selektive Verträge gemeinsam abzuschließen. Dieses Vorgehen fiel nicht unter die Regelungen des GWB zur Missbrauchskontrolle. Die Neufassung soll sicherstellen, „dass das Kartellrecht als Ordnungsrahmen umfassend auf die Einzelvertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern Anwendung findet und es auf der Nachfrager-, aber auch auf der Anbieterseite zu keinen unerwünschten, der wirtschaftlichen Versorgung abträglichen Wettbewerbsbeschränkungen kommt (Kartellabsprachen und Oligopolbildung)“ (AMNOG-Gesetzentwurf 2010: 26). Die Kollektivverträge bleiben weiterhin von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgeschlossen. Ebenfalls ausgenommen sind Beschlüsse, Empfehlungen, Richtlinien oder sonstige Entscheidungen der Kassen oder ihrer Verbände sowie des Gemeinsamen Bundesausschusses, für die eine gesetzliche Verpflichtung besteht.

Die Neufassung des § 69 SGB V vollzieht zum einen eine Ausweitung des materiellen Geltungsbereichs wettbewerbs- und vergaberechtlicher Vorschriften. Nachdem nun neben der Missbrauchskontrolle auch das Kartellverbot (§§ 1-3 Abs. 1 GWB) zur Anwendung kommt, wird von den zentralen Aufgaben des Wettbewerbsrechts lediglich die Zusammenschlusskontrolle nicht auf die Kassen angewendet. Zum anderen kommt es zu einer Verlagerung von institutionellen Zuständigkeiten. Im Streit um die Rechtskontrolle und -durchsetzung stärkt das AMNOG die

Position der wettbewerbsrechtlichen Institutionen. Die Befugnisse der Kartellbehörden bei der Kontrolle kartellrechtswidrigen Verhaltens der Krankenkassen wurden ausgedehnt und der Rechtsweg im Rahmen der Vergabe wurde von der Sozial- auf die Zivilgerichtsbarkeit übertragen (siehe Tabelle 1).

Tab. 1:

Anwendbarkeit kartellrechtlicher Normen auf die Krankenkassen

Anzuwendende §§ des GWB	Regelungsfelder in Stichworten
1-3 Abs. 1	Kartellverbot (Vereinbarung von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, freigestellte Vereinbarungen, Mittelstandskartelle)
19-21	Missbrauchsverbot (Marktbeherrschung, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, Diskriminierungsverbot, Boykottverbot)
32-34a	Befugnisse der Kartellbehörden (Abstellung von Zuwiderhandlungen, einstweilige Maßnahmen, Unterlassungsanspruch, Schadenersatzpflicht, Vorteilsabschöpfung)
48-80	Kartellbehörden (Allg. Vorschriften, Zuständigkeit Bund und Länder, Organisation Bundeskartellamt, Vollzug des europäischen Rechts, Verfahrensvorschriften)
81 Abs. 2 Nr. 1, 2a und 6, Ab. 3 Nr. 1 und 2, Abs. 4-10; 82-95	Verfahren (Bußgeldverfahren bei ordnungswidrigem Verhalten, gerichtliche Verfahren, Vollstreckung, Zuständigkeit der Landgerichte, Zusammenarbeit mit der europäischen Kommission)
97-129b (Vierter Teil)	Vergabe öffentlicher Aufträge (Verfahren, Nachprüfverfahren) (Eigene Darstellung)

Der Ausbau der Wettbewerbssteuerung im GKV-System hat somit neue Regulierungen nach sich gezogen, die das Handeln der Kassen – zumindest auf dem Gebiet der Selektivverträge – einer Reihe von Normen unterwerfen, die zuvor allein an Unternehmen adressiert waren. Dies wirft die Frage auf, welcher Status den Kassen künftig im europäischen Rechtskontext zukommen wird.

4. Die GKV im europäischen Wettbewerbsrecht

Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Krankenkassen auch nach der Änderung des § 69 SGB V durch das AMNOG keine Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts sind (AMNOG-Gesetzesentwurf 2010: 26). Diese Einschätzung ist jedoch im nationalen wie im europäischen Raum umstritten. Die Entscheidung über den Unternehmenscharakter der GKV – und damit über die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts – wird letztlich vom EuGH gefällt. Dieser hat in einer Reihe von Urteilen allgemeine Kriterien hinsichtlich des wettbewerbsrechtlichen Status von Sozialversicherungen entwickelt. Ähnlich wie das deutsche Wettbewerbsrecht verwendet auch der EuGH einen funktionalen Unternehmensbegriff, nach dem nicht die Rechtsform der Organisation für ihre Qualifikation als Unternehmen ausschlaggebend ist, sondern ihre konkrete wirtschaftliche Tätigkeit. In der Entscheidung *Poucet/Pistre* von 1993 (Rechtssachen C-159/91, C-160/91) urteilte der EuGH hinsichtlich französischer Sozialversicherungsträger, dass es sich nicht um Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts handle, weil sie im Rahmen der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirkten und damit „eine Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllen und eine Tätigkeit ohne Gewinnzweck ausüben, die auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruht“. Fehlende Gewinnerorientierung, solidarische Umverteilung und eine vom versicherungsmathematischen Äquivalenzprinzip abweichende Bedarfsorientierung sind in der Diktion des Gerichtshofs die wesentlichen Merkmale, die eine soziale Organisation von einem Unternehmen unterscheiden.

Im EuGH-Verfahren um die Arzneimittelfestbeträge aus dem Jahr 2004, das von verschiedenen Arzneimittelherstellern angestrengt worden war, ging es um den Unternehmenscharakter der deutschen Krankenkassen. Während der Generalanwalt am EuGH der Auffassung der Kläger folgte, dass die eingeführten Wettbewerbselemente die Kassen als Unternehmen qualifizierten (Jacobs 2003), entschied der Gerichtshof, dass die oben genannten Merkmale einer nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit auch weiterhin kennzeichnend für die deutschen Kassen seien. Auch deshalb, weil sie bei der Festbetragsregelung im Sinne klarer staatlicher Vorgaben tätig seien, handelten sie nicht wirtschaftlich und besäßen daher keine Unternehmenseigenschaft (Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01). Diese generelle Linie in der Rechtsprechung zur Sozialversicherung setzte der EuGH in einer Reihe nachfolgender Urteile fort. In der Entscheidung *FENIN* (Rechtssache

C-205/03) aus dem Jahr 2006 charakterisierte er die Beschaffungstätigkeit der Träger des spanischen Gesundheitswesens auf dem Leistungsmarkt als nicht wirtschaftlich. Und in der Entscheidung Kattner Stahlbau (Rechtssache C-350/07) aus dem Jahr 2009 wurde die Nichtanwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts auch für die deutsche Gesetzliche Unfallversicherung bekräftigt, die ebenfalls einen sozialen Zweck ohne Gewinnerzielungsabsicht verfolge, solidarische Elemente in der Beitragsgestaltung aufweise, über einen Lastenausgleich verfüge und Teil des sozialen Sicherungssystems in staatlicher Aufsicht sei. Der solidarische Charakter des Systems rechtfertigt nach Auffassung des EuGH die berufsgenossenschaftliche Pflichtmitgliedschaft, die damit weder gegen das europäische Wettbewerbs- noch das Binnenmarktrecht verstoße.¹

Während der EuGH die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen in seiner bisherigen Rechtsprechung verneint hat und die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts damit ausschließt, hat er sie der Geltung des europäischen Vergaberechts eindeutig unterworfen. Nach der Entscheidung Oymanns (Rechtssache C-300/07) vom 11. Juni 2009 sind die Kassen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts auch öffentliche Auftraggeber. Entscheidendes Kriterium ist hier die überwiegend staatliche Finanzierung, die auch dann vorliegt, „wenn die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen hauptsächlich durch Mitgliedsbeiträge finanziert werden, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln auferlegt, berechnet und erhoben werden“. Bei der Beschaffung von Leistungen sind die Kassen daher als öffentliche Auftraggeber den Vorgaben des europäischen Vergaberechts unterworfen. Im Unterschied zum europäischen Wettbewerbsrecht, das auf den Art. 101ff. AEUV beruht, sind die Regelungen zum Vergaberecht in einer Reihe von Richtlinien verankert. Dies bedeutet, dass sie nicht unmittelbar gelten, sondern durch den nationalen Gesetzgeber in eigene rechtliche Regulierungen umzusetzen sind. Die schwarz-gelbe Regierung hat sich im AMNOG für den Weg entschieden, die vergaberechtlichen Regelungen und Verfahren des GWB vollständig auf die gesetzlichen Kassen anzuwenden. Eine Alternative hätte in der Schaffung eines spezifischen Sozialvergaberechts bestanden, in dem die Ziele und Besonderheiten des Gesundheitswesens berücksichtigt und die Zuständigkeit der Sozialgerichte beibehalten worden wären.

Ob neben der Geltung des europäischen Vergaberechts künftig auch eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle der GKV durch die europäische Ebene stattfinden wird, hängt davon ab, wie der Gerichtshof den Unternehmenscharakter der Krankenkassen bewerten wird. Angesichts der

sich verschärfenden Wettbewerbssituation auf dem Leistungsmarkt ist davon auszugehen, dass das Handeln der Kassen auch weiterhin dem EuGH zur Bewertung vorgelegt wird. Da die Einstufung des Unternehmenscharakters hinsichtlich einzelner Tätigkeitsfelder der Kassen vorgenommen wird und der nationale Gesetzgeber die wettbewerbsrelevanten Regulierungen in der jüngeren Vergangenheit häufig verändert hat, sind die Bewertungen aus der Festbetrags-Entscheidung kein Garant für eine dauerhafte Nicht-Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts. Bereits hinsichtlich der Änderungen durch das GKV-WSG 2007 sind Zweifel geäußert worden, inwiefern die Kassen angesichts einer zunehmenden Steuerfinanzierung, durch die der solidarische Ausgleich partiell von der Krankenversicherung auf die Gesamtgesellschaft übertragen wird, und der erweiterten Möglichkeiten tariflicher Differenzierungen (Wahl- und Selbstbehalttarife) nicht bereits die Grenze zum wirtschaftlichen Handeln nach der Definition des EuGH überschreiten (Kingreen 2007).

Die durch das AMNOG weiter voranschreitende wettbewerbsrechtliche Regulierung im nationalen Rahmen verschärft die Inkonsistenzen bei der rechtlichen Einordnung der GKV und erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Kassen künftig auch dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen werden. Es erscheint zumindest schwer vermittelbar, dass die Kassen nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers wie andere Unternehmen auch durch Normen und Institutionen des Wettbewerbsrechts reguliert werden, während sie auf der europäischen Ebene als Einrichtungen, die „einen ausschließlich sozialen Charakter erfüllen“, davon ausgenommen sind.² Fraglich ist, ob die jüngste Reform der vertraglichen Grundlagen des Integrationsprozesses die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der gesundheitspolitischen Regulierung der Mitgliedstaaten im Allgemeinen und des Status der Krankenkassen im Besonderen beeinflussen wird. Dies könnte der Fall sein, wenn durch eine Stärkung der sozialen Dimension in den Verträgen die gesundheitspolitischen Gestaltungsspielräume jenseits marktformiger Regulierungsprinzipien erweitert würden.

5. Von Nizza nach Lissabon – Stärkung der sozialen Dimension der EU?

Seit dem 1. Dezember 2009 beruht die Europäische Union auf neuen vertraglichen Grundlagen. Mit dem Lissabon-Vertrag wurde der Vertrag über die Europäische Union (EUV) komplett neu gestaltet und der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) in den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) über-

führt. Beide Verträge haben den gleichen rechtlichen Stellenwert und regeln Ziele, Aufgabenbereiche und die institutionelle Verfasstheit der EU. Für die Gestaltung der Gesundheitssysteme ist zunächst einmal von Bedeutung, dass auch der neue Artikel 168 AEUV (alt: Art. 152 EGV) im Wesentlichen die Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen europäischer und nationalstaatlicher Ebene bestätigt, die bereits im EGV festgeschrieben war. Die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer Gesundheitswesen und der Ausrichtung ihrer Gesundheitspolitik wird bestätigt. Mögliche Auswirkungen auf die Gesundheitspolitik könnten sich aber mittelbar aus vertraglichen Änderungen ergeben, die die Gewichtung von Binnenmarkt- und Wettbewerbszielen gegenüber sozialen Normen betreffen.

Bereits in den Debatten, die im Konvent um den – später gescheiterten – europäischen Verfassungsvertrag geführt wurden, wurde eine Stärkung der sozialen Dimension im europäischen Vertragswerk eingefordert (vgl. Schäfer 2005). Die Befürworter erwarteten sich davon eine Verringerung der vertraglichen Schiefele, durch die nicht nur die Gesundheitssysteme, sondern die Sozialsysteme generell unter einen marktorientierten Anpassungsdruck gesetzt wurden. Im Lissabon-Vertrag finden sich tatsächlich einige Neuerungen, die den sozialen Charakter des Integrationsprozesses stärker hervorheben sollen (ein Überblick findet sich bei Dienel und Overkämper 2010: 180ff.) So wird in Art. 3 Abs. 3 EUV im Zusammenhang mit der Errichtung des Binnenmarktes eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ als Grundlage der Union benannt. Die erstmalige Erwähnung der „sozialen Marktwirtschaft“ hat bei manchen Beobachtern die Erwartung geweckt, die einseitige Ausrichtung des Integrationsprojektes werde künftig stärker durch sozialpolitische Zielsetzungen ausgeglichen. Die konkrete Wirksamkeit dieses Passus ist jedoch mehr als fraglich. Rödl (2005) verweist darauf, dass die EU angesichts fehlender Kompetenzen in den Bereichen Besteuerung und Sozialpolitik kaum einen geeigneten institutionellen Rahmen für die Durchsetzung einer „sozialen Marktwirtschaft“ darstellen kann. Zudem ist davon auszugehen, dass der Begriff der „sozialen Marktwirtschaft“ – sollte er zu einem europäischen Rechtsbegriff werden – eher mit seiner ursprünglichen ordoliberalen Bedeutung in Verbindung gebracht werde, als mit den weiterreichenden Vorstellungen einer „mixed economy“ mit umfassenden staatlichen Lenkungsaufgaben zum Zwecke sozialer Gestaltung. Eine Richtungskorrektur der Rechtsprechung des EuGH aufgrund der Zielbestimmung „soziale Marktwirtschaft“ ist daher wenig wahrscheinlich (Rödl 2005: 155f.).

Eine mögliche Stärkung der sozialen Dimension im europäischen Integrationsprozess durch die Vertragsänderungen von Lissabon wird weiterhin von der Aufwertung der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ erwartet. Die Charta war nach langwierigen Verhandlungen im Jahr 2000 verabschiedet worden. Seitdem stellte sie eine politische Willenserklärung ohne rechtsverbindlichen Charakter dar. Eine Besonderheit der Charta liegt in der vergleichsweise ausgeprägten Betonung sozialer Grundrechte. Dies beginnt damit, dass bereits in der Präambel der Wert der Solidarität neben der Menschenwürde, der Freiheit und der Gleichheit als Bestandteil des „geistig-religiösen und sittlichen Erbes“ der Union benannt wird. Das vierte Kapitel der Charta steht unter der Überschrift „Solidarität“ und enthält eine Reihe klassischer sozialer Grundrechte. Von gesundheitspolitischer Bedeutung ist Art. 35, in dem es heißt: „Jede Person hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“ Mit dem Lissabon-Vertrag wurde die Charta primärrechtlich aufgewertet. Nach Art. 6 EUV ist sie nun den Verträgen gleichrangig.³ Die Bedeutung dieses Schrittes liegt darin, dass erstmals soziale Grundrechte systematisch in das Rechtssystem der EU integriert wurden. Die entsprechenden Normen besitzen damit nicht länger lediglich den Status eines allgemeinen Bekenntnisses.

Ebenfalls Bestandteil des Lissabonner Vertrags ist das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse. In Ergänzung zu Art. 14 AEUV, in dem der hohe Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse für die EU hervorgehoben wird, verständigten sich die Vertragsparteien auf gemeinsame Werte hinsichtlich der Organisation, der Regulierung und der grundlegenden Prinzipien dieser Dienste. Das Protokoll stellt ein (Zwischen-)Ergebnis der Debatte um die „Services of General Interest“ (Leistungen der Daseinsvorsorge) dar, die in der EU seit mehr als zehn Jahren geführt wird (vgl. Kommission 2001; Schmucker 2004) und sich um die Frage dreht, ob bzw. wie weit gemeinwohlorientierte Dienstleistungen dem Liberalisierungs- und Privatisierungskurs der EU entzogen werden sollen. Insofern bedeutet es einen ordnungs- und sozialpolitischen Fortschritt, wenn nun als Teil des Vertrages für die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“ (Art. 1 des Protokolls) eingefordert wird. Dieser Anspruch ist auch für Gesundheitsdienstleister relevant, sofern ihre Tätigkeit als wirtschaftlich eingestuft wird (vgl. Kommission 2007, S. 4ff.).

Wie weit die Änderungen im Lissabon-Vertrag allerdings eine materiell-rechtliche Wirksamkeit entfalten werden, ist weithin unklar. Auch hier sind allzu große Hoffnungen auf einen Richtungswechsel in der EuGH-Rechtsprechung zum Verhältnis von Binnenmarkt und Sozialsystemen nicht angebracht. Der EuGH hatte in seinen Entscheidungen bereits vor dem Lissabon-Vertrag auf Grundrechte zurückgegriffen, denen er als Bestandteil mitgliedstaatlicher Verfassungstradition eine Geltungskraft auf der europäischen Ebene zugestand. Auch wenn solche Bezüge durch die Aufwertung der Grundrechtecharta und das Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse gestärkt werden, bleibt es innerhalb der rechtlichen Architektur der EU im Fall der Kollision nationalen Sozialrechts mit europäischen Normen bei der problematischen Abwägung von sozialen Grundrechten und Binnenmarktregeln (Höpner 2009: 413). Unabhängig vom Ausgang einzelner Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen Einschränkungen der Grundfreiheiten im Interesse funktionsfähiger Sozialsysteme gerechtfertigt wurden (vgl. Obermaier 2009), stellt dieser Mechanismus das eigentliche Risiko für die Existenz und die weitere Entwicklung solidarischer, marktbeschränkender Regulierungen in den Mitgliedstaaten dar. Das stärkere Bekenntnis zu einem sozialen Europa durch das Vertragsziel „soziale Marktwirtschaft“, die Inkorporierung der Grundrechtecharta und das Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse bedeuten daher keinen Paradigmenwechsel (Dienel und Overkämping 2010: 191), mit dem eine „neue Form der Interaktion von Wirtschafts- und Sozialverfassung in Europa“ begründet wird (Rödl 2005: 160). Das grundsätzliche Missverhältnis zwischen der vertraglichen Dominanz des Binnenmarkt- und Wettbewerbsrechts und dem Fehlen sozialpolitischer (Re-)Regulierungsziele und -kompetenzen auf der europäischen Ebene bleibt auch in den Lissabonner Verträgen bestehen.

6. Fazit

Die ordnungspolitische Wende in der Gesundheitspolitik führt in der Tendenz zu einer doppelten Herauslösung der gesetzlichen Krankenkassen aus ihrem sozialrechtlichen Regulierungszusammenhang. Zum einen kommt es zu einer weitgehenden Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts auf die selektivvertraglichen Handlungsoptionen. Materiell werden neue und zusätzliche rechtliche Maßstäbe an das Kassenhandeln angelegt. Institutionell wird ein wachsender Regulierungsbereich den Akteuren der Wettbewerbspolitik übertragen (Kartellbehörden, Zivilgerichte). Zum anderen entzieht die Einbettung in den europäischen Kontext

und die mögliche Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts die Regulierung der Kassen partiell der nationalen Gestaltungskompetenz.

Die Auswirkungen einer Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auf die GKV wären noch weitgehender als die Änderungen durch das AMNOG. Im Verhältnis von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht gelten die europäischen Normen unmittelbar, sofern es um Aktivitäten von Unternehmen geht, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Eine Bedeutung für den zwischenstaatlichen Handel ist bei den Selektivverträgen in der Regel gegeben, da auch ausländische Anbieter als Vertragspartner in Frage kommen. Der Anwendungsvorrang der europäischen Vertragsnormen würde wesentliche Teile der sozialrechtlichen Regulierung durch das SGB V auf den Prüfstand der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs stellen. Jeder mögliche Verstoß gegen die europäischen Wettbewerbsnormen bedürfte dann – im Sinne einer Ausnahme von der Regel – einer spezifischen, durch den EuGH überprüfbaren Rechtfertigung. Eine Folge wäre die Verengung des gesundheitspolitischen Gestaltungsspielraums der nationalen Ebene auf binnenmarktkonforme Regulierungen.

Befürworter des Wettbewerbs begrüßen diese Entwicklung, da sie keinen Zielkonflikt zwischen den gesundheits- und sozialpolitischen Aufgaben der Krankenkassen und dem Schutz des Wettbewerbs sehen. Aus dieser Perspektive wird die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts als eine Chance gesehen, mit der überkommene sozialrechtliche Regulierungen auf nationaler Ebene gekippt werden können (vgl. Henke 2005). Geht man jedoch nicht davon aus, dass Wettbewerb automatisch solidarische, umfassende und qualitativ hochwertige Versorgungsstrukturen hervorbringt, sondern hierfür eine wirkungsvolle politische Steuerung notwendig ist, birgt diese Entwicklung viele Risiken. Der im Sozialgesetzbuch konkretisierte Verfassungsauftrag einer qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung der Bevölkerung steht in einem unklaren Verhältnis zu den marktorientierten und auf Unternehmen gerichteten Normen des Kartellrechts. Das Kartellrecht ist „sozialrechtsblind“ (Gassner 2008: 412). Indem Kategorien wie das Nachfragekartell oder das Absprachenverbot aus § 1 GWB im Gesundheitswesen Raum gewinnen, wird das gemeinsame Handeln der Kassen Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Erörterungen. Die Kooperationspflicht, denen die Kassen und ihre Verbände nach § 4 Abs. 3 SGB V „im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung“ unterworfen sind, ist mit den ordnungspolitischen Überzeugungen, die die Grundlage der Wettbewerbssteuerung bilden, kaum vereinbar. Diese Widerspruchslinie ist mit den Verände-

rungen in § 69 Abs. 2 SGB V nun auch in das SGB V aufgenommen worden. Fraglich ist zudem, inwiefern Zusammenschlüsse auf der Seite der Leistungserbringer (wie die Kassenärztlichen Vereinigungen) mit dem Absprachenverbot vereinbar sind und damit letztlich auch, ob das Kollektivvertragssystem in der ärztlichen Versorgung rechtens ist.

Die Entwicklung ist auch dadurch gekennzeichnet, dass die handelnden Akteure selbst nicht genau einschätzen können, welche Wirkungen und Dynamiken die ausgelösten Entwicklungen nach sich ziehen werden. Es herrscht eine große Rechtsunsicherheit, die den Gerichten – und künftig vermehrt den wettbewerbsorientierten Gerichten – eine weiter wachsende Bedeutung verleihen wird. Die Verlagerung der Rechtskontrolle ist mehr als eine institutionelle Fußnote des gesundheitspolitischen Paradigmenwechsels, sie spiegelt die Verschiebungen in den Zielsetzungen wider. Die Vertreterin des Bundesversicherungsamtes (BVA) verdeutlichte diese Auffassung in der Anhörung des Gesundheitsausschusses zum GKV-WSG am Beispiel der Kontrolle von Kassenfusionen: „Wenn wir [das BVA, R.S.] die Fusionen prüfen, dann ist unser Fokus die Stärkung der Leistungskontrolle. Der Fokus des Kartellamts ist die Verhinderung von marktbeherrschenden Stellungen“ (Bohnen-Schöning 2006: 36). Der ordnungspolitische Wandel geht mit einem Übergang von Definitions- und Entscheidungskompetenzen auf Institutionen einher, die in erster Linie der Durchsetzung von Marktordnungen verpflichtet und deren Normadressaten Unternehmen sind.

Der Bedeutungsgewinn des „Referenzsystems Wirtschaft“ und die veränderten Anforderungen aus unterschiedlichen gesellschaftlichen Teilsystemen haben in den vergangenen 15 Jahren den Charakter der Kassen verändert. Als „hybride Organisationen“ agieren die Kassen im Rahmen eines widersprüchlichen Handlungskontextes, dessen Ausrichtung durch die vorangetriebene Wettbewerbsorientierung in Richtung des „Marktökonomischen“ verschoben wird (Bode 2003). Die Entwicklung bleibt nicht ohne Auswirkungen auf das Selbstverständnis, die Handlungsstrategien und die politischen Positionierungen der einzelnen Kassen. So ist ein Bedeutungsverlust des Solidargedankens im Selbstverständnis einzelner Kassen ebenso zu beobachten wie die verstärkte Orientierung auf wettbewerbs- und marketingstrategische Überlegungen. Gleichzeitig wird das gesundheitspolitische Handeln der Kassen verstärkt an der eigenen Finanz- und Wettbewerbsposition ausgerichtet, wie die Debatten um den Morbi-RSA und das Umlageverfahren gezeigt haben (vgl. Schmöller 2009). Dies lässt sich auch an der politischen Auseinandersetzung um die Anwendung des Kartellrechts im GKV-System ablesen. Während große, „marktmächtige“ Kassen eine erweiterte Anwendbarkeit ablehnten, plä-

dierten einige kleinere Kassen für eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellrechts, und zwar nicht nur für den Bereich der Selektivverträge, sondern auch für die kollektive Vertragsgestaltung. Die Dynamik der Wettbewerbssteuerung schwächt die Position der Kassenverbände und bringt neuartige, marktbasierende Koalitionen hervor.

Die Einbettung in den europäischen Kontext führt zu einer weiteren Besonderheit. Einmal getroffene Entscheidungen in Richtung einer wettbewerbsorientierten Gesundheitspolitik sind schwer revidierbar. Während der Integrationsprozess Liberalisierungspolitiken fordert und fördert, stellt er hohe Hürden für politische Regulierungen auf, mit denen Marktmechanismen eingeschränkt werden sollen. Ein einmal eingeschlagener Entwicklungspfad, der auf Privatisierung und Marktorientierung setzt, wird durch das europäische Recht zementiert: „Most of Europe’s health systems could probably not be created nowadays because they would violate too much EU law” (Greer 2009: 14).

Korrespondenzadresse:

Dr. Rolf Schmucker
Arbeitsgruppe Gesundheitssysteme, Gesundheitspolitik und
Gesundheitssoziologie
Fakultät für Gesundheitswissenschaften
Universität Bielefeld
Postfach 100131
33501 Bielefeld
rolf.schmucker@uni-bielefeld.de

Anmerkungen

- 1 Die bislang gezeigte Bereitschaft des EuGH, den gesetzlichen Krankenkassen einen besonderen Status einzuräumen, der sie von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausschließt, ist allerdings kein Ausdruck einer generellen Linie der richterlichen Entscheidungen. Hinsichtlich einer Reihe weiterer sozialpolitischer Regulierungen und sozialer Grundrechte hat der Gerichtshof wesentlich restriktiver im Sinne des Binnenmarkt und Wettbewerbsrechts geurteilt (vgl. z.B. Blanke (2008) zu den Entscheidungen Viking, Laval und Rueffert).
- 2 Einige juristische Gutachter vertreten die Auffassung, dass die Regelungen des AMNOG zum § 69 SGB V nicht europarechtskonform seien, da sie die durch den EuGH festgestellte Nicht-Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts übergehen. Es handele sich um einen Verstoß gegen die Vorgaben des höherrangigen europäischen Rechts (Bechtold et al. 2010, Kingreen 2010). Diese Einschätzung ist jedoch nur dann plausibel, wenn der EuGH an seiner Bewertung festhält, dass die Kassen keine Unternehmen sind.

- 3 Großbritannien und Polen haben sich diesem Vorgehen nicht angeschlossen und sich für ein Opt-out entschieden.

Literatur

- AMNOG Gesetzentwurf (2010): Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG). Deutscher Bundestag, Drucksache 17/2413 vom 06.07.2010.
- Baake, P.; Kuchinke, B. A.; Wey, C. (2009): Die Anwendung der Wettbewerbs- und Kartellvorschriften im Gesundheitswesen: Status Quo und wettbewerbsökonomische Implikationen. Berlin: DIW Research Notes 33.
- Bechtold, R.; Brinker, I.; Holzmüller, T. (2010): Gutachten Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen. Erstattet im Auftrag des AOK Bundesverbandes. http://www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/politik/reformaktuell/gutachten_kartellrecht_amnog.pdf (Zugriff: 15.11.2010).
- Blanke, T. (2008): Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert – Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen. Oldenburger Studien zur Europäisierung und zu transnationalen Regulierung Nr. 18/2008.
- Bode, I. (2003): Multireferenzialität und Marktorientierung? Krankenkassen als hybride Organisationen im Wandel. Zeitschrift für Soziologie 32 (5): 435-453.
- Bohnen-Schöning, Silvia (2006): Mündliche Stellungnahme im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestags. Protokoll Nr. 16/30, Sitzung vom 06.11.2006, S. 35ff.
- Bundeskartellamt (2006): Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG). Ausschuss für Gesundheit. Ausschussdrucksache 0129(131). Eingang am 28.11.2006.
- Cassel, D.; Ebsen, I.; Greß, S.; Jacobs, K.; Schulze, S.; Wasem, J. (2008): Vertragswettbewerb in der GKV. Möglichkeiten und Grenzen vor und nach der Gesundheitsreform der Großen Koalition. Bonn: WIdO.
- Dienel, C.; Overkämping, S. (2010): Der Vertrag von Lissabon und die europäische Sozialpolitik. In: O. Leiße (Hg.): Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon. Wiesbaden: VS Verlag: 176-194.
- Ebsen, I. (2004): Kartell- und vergaberechtliche Aspekte des vertraglichen Handelns der Krankenkassen. Die Krankenversicherung 55 (4): 95-100.
- Ebsen, I. (2009): Die gesetzliche Krankenversicherung auf dem Pfad der Marktorientierung. In: W. Gellner; M. Schmöller (Hg.): Solidarität und Wettbewerb. Gesetzliche Krankenversicherungen auf dem Weg zu profitorientierten Versicherungsunternehmen – Zukunftsoptionen und Probleme. Baden-Baden: Nomos: 75-98.
- Engelmann, K. (2009): § 69 SGB V und das Kartellvergaberecht. In: I. Ebsen (Hg.): Vergaberecht und Vertragswettbewerb in der Gesetzlichen Krankenversicherung. Frankfurt/M. u.a.: Peter Lang: 137-168.
- Gassner, U. M. (2008): Kartellrecht und GKV. Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 97 (4): 411-424.

- Gerlinger, T. (2002): Zwischen Korporatismus und Wettbewerb: Gesundheitspolitische Steuerung im Wandel. Paper P02-204 der Arbeitsgruppe Public Health am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Berlin.
- Greer, S. (2009): *The Politics of European Union Health Policies*. Maidenhead: McGraw Hill Open University Press.
- Grunenberg, M. (2010): Wettbewerb im deutschen Gesundheitswesen. Ideen und Interessen bei der Reform der gesetzlichen Krankenversicherung. In: *Gesundheits- und Sozialpolitik* 64 (5): 47-55.
- Henke, K.-D. (2005): Wie lassen sich Gemeinwohl und Wettbewerb in der Krankenversicherung miteinander verbinden? – Eine nationale und europaweite Herausforderung. In: P. Kirchhof (Hg.): *Gemeinwohl und Wettbewerb*. Heidelberg: C.F. Müller: 129-146.
- Höpner, M. (2009): Integration durch Usurpation – Thesen zur Radikalisierung der Binnenmarktintegration. *WSI-Mitteilungen* 62 (8): 407-415.
- Jacobs, F. G. (2003): Schlussanträge des Generalanwalts Francis G. Jacobs in den verbundenen Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354-/01 und C-355/01 vom 22.05.2003. <http://curia.europa.eu/> (Zugriff: 20.12.2010).
- Kingreen, T. (2007): Europarechtliche Implikationen des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung. Rechtsgutachten für den Deutschen Gewerkschaftsbund und die Hans-Böckler-Stiftung. http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2006-922-4-1.pdf (Zugriff: 20.12.2010).
- Kingreen, T. (2010): Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG). Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucksache 17(14)0065(43) vom 27.09.2010.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2001): Bericht für den Europäischen Rat in Laeken: Leistungen der Daseinsvorsorge. KOM(2001) 598 endgültig. Brüssel, den 17.10.2001.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2007): Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement. KOM(2007) 725 endgültig. Brüssel, den 20.11.2007.
- Lamping, W. (2005): *European integration and health policy. A peculiar relationship*, in: M. Steffen (Ed.): *Health Governance in Europe. Issues, challenges and theories*. London/New York: Routledge: 18-48.
- Leibfried, S.; Obinger, H. (2008): Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union: Zukünfte eines „sozialen Europas“. In: M. Höpner; A. Schäfer (Hg.): *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*. Frankfurt/Main: Campus: 335-365.
- Monopolkommission (2010): 18. Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/09. Bundestags-Drucksache 17/2600.
- Mossialos, E.; Permanand, G.; Baeten, R.; Herve, T. K. (Eds.) (2010): *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Obermaier, A. J. (2009): Wer betreibt marktschaffende Politik? Der EuGH oder die Mitgliedstaaten? *Zeitschrift für Sozialreform* 55 (2): 125-148.
- Reiners, H. (2009): Wettbewerb, Regierung, Selbstverwaltung: Wer stellt die medizinische Versorgung sicher? In: N. C. Bandelow; F. Eckert; R. Rüsenberg (Hg.): *Gesundheit 2030. Qualitätsorientierung im Fokus von Politik, Wirtschaft, Selbstverwaltung und Wissenschaft*. Wiesbaden: VS Verlag: 84-96.

- Rödl, F. (2005): Europäisches Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft“ – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell. *Integration* 28 (2): 150-161.
- Scharpf, F. W. (1999): *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?* Frankfurt/New York: Campus.
- Schäfer, A. (2005): Verfassung und Wohlfahrtsstaat: Sozialpolitische Dilemmas europäischer Integration. *Internationale Politik und Gesellschaft* (4): 120-141.
- Schmöller, M. (2009): Positionen und Strategien gesetzlicher und privater Krankenversicherungen nach dem GKV-WSG. Ergebnisse einer repräsentativen Erhebung. In: W. Gellner; M. Schmöller (Hg.): *Solidarität und Wettbewerb. Gesetzliche Krankenversicherungen auf dem Weg zu profitorientierten Versicherungsunternehmen – Zukunftsoptionen und Probleme*. Baden-Baden: Nomos: 15-61.
- Schmucker, R. (2004): Gesundheit als „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“. Perspektiven europäischer Gesundheitspolitik. In: Elsner, Gine / Gerlinger, Thomas / Stegmüller, Klaus (Hrsg.). *Markt versus Solidarität. Gesundheitspolitik im deregulierten Kapitalismus*. Hamburg: VSA: 183-194.
- Schmucker, R. (2010): Perspektiven einer europäisierten Gesundheitspolitik. In: T. Gerlinger; K. Mosebach; R. Schmucker (Hg.): *Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt*. Frankfurt a.M.: Peter Lang: 13-38.
- Schulte, B. (2008): Die Ausübung der Patientenrechte bei der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung. *Gesundheits- und Sozialpolitik* 62(6): 40-53.
- Simon, M. (2010): *Das Gesundheitssystem in Deutschland. Eine Einführung in Struktur und Funktionsweise*. Bern: Huber.