

Zur Vereinbarkeit der Anwendung nationalen Kartellrechts mit EU-Recht im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung

Dr. Alexander Natz, LL.M., Brüssel

In der folgenden Abhandlung soll der Frage nachgegangen werden, ob die im Kabinettsentwurf zum Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG) vorgeschlagenen Regelungen zum Kartellrecht in § 69 SGB V im Konflikt mit EU-Kartellrecht und insbesondere im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Unternehmensbegriff¹ der Art. 101 und 102 AEUV² (ehemals Art. 81 und 82 EG) stehen.

Die gesetzlichen Krankenkassen sind seit der Einführung der Substitutionspflicht nach § 129 Abs. 1 SGB V zum 1. April 2007 nahezu ausnahmslos dazu übergegangen, die kostengünstige Versorgung ihrer Versicherten mit generischen Arzneimitteln über Rabattverträge mit pharmazeutischen Unternehmen sicherzustellen. Da ca. 90 Prozent der deutschen Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) versichert sind, verfügen die gesetzlichen Krankenkassen über ein erhebliches Einkaufsvolumen. Gerade große Krankenkassen, wie die Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKen), können angesichts eines Marktanteils am GKV-Markt von ca. 40 Prozent von Arzneimittelherstellern erhebliche Preisnachlässe erwarten, wenn sie sich im Gegenzug verpflichten, ihre Versicherten bevorzugt mit Arzneimitteln dieser Unternehmen zu versorgen.

Angesichts der Praxis der gesetzlichen Krankenkassen, sich beim Abschluss von Rabattverträgen zu Einkaufsgemeinschaften zusammenzuschließen, kommt dem Kartellrecht als Korrektiv im GKV-Leistungserbringungsrecht eine zunehmende Bedeutung zu. Das Vergaberecht, das im Rahmen der Rabattverträge inzwischen weitgehend zur Anwendung gelangt, verhindert diese Nachfragebündelung nicht, da es nur das Ziel des Vergaberechts ist, eine Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten. Demgegenüber bezweckt das in den §§ 1 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kodifizierte Kartellrecht die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen und die Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) auf die schwerwiegenden Folgen für die Wettbewerbsstrukturen im Arzneimittelmarkt hingewiesen, die sich daraus ergeben, dass durch § 69 SGB V allen Leistungserbringern im Gesundheitswesen der Schutz

des Kartellrechts entzogen wird.³ Es hat daher die vollständige Streichung des § 69 SGB V vorgeschlagen.

Die Regierungsparteien beabsichtigen mit dem Kabinettsentwurf zum Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG)⁴ vom 6. Juli 2010 die materiell- und verfahrensrechtlichen Vorschriften des nationalen Kartellrechts für entsprechend anwendbar zu erklären. Der Gesetzgeber würde damit im Ergebnis zu der Rechtslage zurückkehren, die bereits vor dem Inkrafttreten des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000⁵ bis zum Jahre 2000 bestand. Die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften auch in Bezug auf das Nachfrageverhalten gesetzlicher Krankenversicherungen ist damit kein Novum des AMNOG, sondern eine Rückkehr zu der bis zum Jahre 2000 geltenden Rechtslage.⁶ Angesichts des Vorrangs des EU-Rechts müssen die Neuregelungen des AMNOG gleichwohl mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar sein.⁷ Zwar ist das mitgliedstaatliche Kartellrecht grundsätzlich neben dem EU-Kartellrecht anzuwenden⁸, jedoch sind Konflikte zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht nach dem Grundsatz des Vorrangs des EU-Rechts zu lösen.⁹ Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob in Bezug auf die im Kabinettsentwurf vorgeschlagenen Regelungen zum Kartellrecht in § 69 SGB V ein solcher Konflikt mit dem EU-Kartellrecht und insbesondere mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Unternehmensbegriff¹⁰ der Art. 101 und 102 AEUV¹¹ (ehemals Art. 81 und 82 EG) existiert.

Bevor jedoch der Frage der Vereinbarkeit der nationalen Regelungen mit dem EU-Kartellrecht nachgegangen wird

³ Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 28.11.2006; auch der Wissenschaftliche Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums forderte die Streichung des § 69 SGB V (vgl. FAZ v. 31.01.2007).

⁴ BT-Drs. 17/2413, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG) vom 6.07.2010.

⁵ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 vom 22.12.1999, BGBl. I, S. 2626; hierzu: Neumann, WuW 1999, S. 961 (963 ff.).

⁶ Vgl. zur Gesetzeshistorie und zur Auslegung des § 69 SGB V: Möschel, JZ 2007, S. 601 (602 f.).

⁷ Hierzu: EuGH, U. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1270); EuGH, U. v. 9.03.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 (643 f.).

⁸ EuGH, U. v. 13.02.1969, Rs. 14/68 (Walt Wilhelm), Slg. 1969, 1 (14).

⁹ Bechtold, GWB-Kommentar, Einführung, Rn. 60.

¹⁰ EuGH, U. v. 16.03.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, EuZW 2004, S. 241 ff.; EuGH, U. v. 11.07.2006, C-205/03 P, FENIN, EuZW 2006, S. 600 f.

¹¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. EU, C 83/199 v. 30.03.2010.

¹ EuGH, U. v. 16.03.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, EuZW 2004, S. 241 ff.; EuGH, U. v. 11.07.2006, C-205/03 P, FENIN, EuZW 2006, S. 600 f.

² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Abl. EU, C 83/199 v. 30.03.2010.

(IV.), soll zunächst die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 (I.), die aktuelle Rechtslage nach dem GWB (II.) und die Neuregelung des Kabinettsentwurfs dargestellt werden (III.).

I. Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des GKV-WSG

Kartellrechtliche Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen sowie deren Verbänden sind durch die Änderungen des § 69 SGB V, des § 51 Abs. 2 SGG und der §§ 87, 96 GWB durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 den ordentlichen Gerichten entzogen und ausschließlich den Sozialgerichten zugewiesen worden. Wegen der Verneinung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen und ihrer Verbände in der amtlichen Begründung zu § 69 SGB V¹² wird man der Regelung auch einen materiell-rechtlichen Charakter zusprechen müssen. Auch kann die Bedeutung des § 69 SGB V nicht auf eine Rechtswegzuweisung reduziert werden, da der Gesetzgeber in § 51 Abs. 2 SGG sowie in den §§ 87, 96 GWB gesonderte verfahrensrechtliche Regelungen getroffen hat, die anderenfalls überflüssig wären. Daher waren die kartellrechtlichen Vorschriften des GWB im Leistungserbringungsverhältnis des SGB V bis zum Inkrafttreten des GKV-WSG am 1. April 2007 nach herrschender Meinung nicht anwendbar.¹³

II. Die Änderungen des GKV-WSG

Nicht zuletzt um den Bedenken des Bundeskartellamts in Bezug auf die sich abzeichnende Nachfragebündelung der Allgemeinen Ortskrankenkassen bei Arzneimittelrabattverträgen Rechnung zu tragen, hatte der Bundesrat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum GKV-WSG einen Änderungsantrag zu § 69 SGB V eingebracht.¹⁴ Hierdurch sollte der Anwendungsausschluss des nationalen Kartellrechts rückgängig gemacht werden. Nach den Änderungsanträgen der Regierungsfractionen¹⁵, der Beschlussempfehlung des Bundestagesgesundheitsausschusses und der letztendlich verabschiedeten Regelung sollen jedoch nur die Vorschriften zur Marktbeherrschung (§§ 19 bis 21 GWB) und nicht das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) anwendbar sein. Nach der Gesetzesbegründung soll hierdurch gewährleistet werden, dass die Kassen eine eventuell entstehende marktbeherrschende Stellung nicht missbrauchen, es zu keiner Diskriminierung der Vertragspartner der Krankenkassen und zu keinen

Boykotten kommt. Die lediglich entsprechende Anwendbarkeit der §§ 19 bis 21 GWB stelle klar, dass diese Vorschriften, die an sich an Unternehmen gerichtet seien, in der Rechtsfolge auch Krankenkassen betreffen. Die Rechtswegzuweisung an die Sozialgerichte gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG blieb von der Änderung jedoch unberührt.

In Bezug auf die Verfahrensvorschriften der §§ 32 ff. GWB wurde keine Verweisung in § 69 SGB V vorgenommen, so dass unklar blieb, ob der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Kartellbehörden und die Anwendbarkeit der Sanktionsvorschriften des GWB begründen wollte. Diese gegenwärtig fortbestehende Unklarheit in Bezug auf die behördliche Überwachung des Kartellrechts hat dazu geführt, dass sich – trotz Geltung der §§ 19 bis 21 GWB – auch ab dem Jahr 2007 keine nennenswerte behördliche Überwachungspraxis in Bezug auf die inzwischen breit angewandte Kostensenkungsmaßnahme der Rabattverträge entwickelt hat, obwohl das Bundeskartellamt hinsichtlich der Nachfragebündelung von ca. 40 Prozent der GKV-Versicherten wiederholt seine Bedenken geäußert hatte. Auch bestehen angesichts der Unklarheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit der Sanktionsmaßnahmen der §§ 32 ff. GWB erhebliche Zweifel an der Effektivität der behördlichen Überwachung.¹⁶ Da es sich bei der Überwachung des Kartellrechts um eine staatliche Aufgabe handelt, war der Gesetzgeber dringend aufgefordert die bestehenden Unklarheiten zu beseitigen.

III. Der Kabinettsentwurf zum AMNOG

Der Beseitigung dieser Unklarheiten trägt der Kabinettsentwurf der Regierungsfractionen zum AMNOG Rechnung, indem er den Anwendungsausschluss des Kartellrechts in Bezug auf die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen in § 69 SGB V rückgängig macht. Dabei sind im Einzelnen folgende Regelungen vorgesehen:

1. § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V wird wie folgt gefasst:

„Die §§ 1 bis 3, 19 bis 21, 32 bis 34a und 48 bis 95 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten für die in Absatz 1 genannten Rechtsbeziehungen entsprechend; die Vorschriften des Vierten Teiles des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind anzuwenden.“¹⁷

Der Gesetzgeber kehrt damit zu der Rechtslage zurück, wie sie im SGB V schon vor der Verabschiedung des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 bestand und unterstellt die gesetzlichen Krankenkassen damit grundsätzlich dem Kartellrecht.

2. Mit dem Verweis auf die §§ 32 bis 34a und §§ 48 bis 95 GWB wird die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes und der ordentlichen Gerichte für die Anwendung des Kartellrechts festgeschrieben. Zugleich wird die Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten für die Überprüfung von Entscheidungen der Vergabekammern im Gesundheitswesen in § 29 Abs. 5 und § 51 Abs. 2 SGG aufgehoben und ein neuer Absatz 3 in § 51 SGG eingefügt, der lautet:

¹² BT-Drs. 14/1245, S. 68: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Beziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“.

¹³ So auch: BSG, U. v. 25.09.2001, B 3 KR 3/01, NJW-RR 2002, S. 1691 (1693 f.); OLG Düsseldorf, U. v. 30.4.2003 U (Kart) 39/01; BGH, U. v. 23.02.2006, in: WRP 2006, S. 747 (749); Kingreen, MedR 2004, S. 188 (192); Pietzcker, FS für von Maydell, S. 531 (542, 544); a. A.: Neumann, WuW 1999, S. 961 (965); Oppermann, Soziale Sicherheit 2001, S. 93 (97); Eichenhofer, NZS 2001, S. 1 (4 f.); Sodan/Adam, NZS 2006, S. 113 (120); etwas anderes wird man jedoch für das Kartellvergaberecht (§ 97 ff. GWB) annehmen müssen, da dieses auf der Umsetzung von EG-Richtlinien beruht.

¹⁴ BR-Drs. 755/06, Nr. 20.

¹⁵ Vgl. Änderungsantrag 18 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz); BT-Drs. 16/3100 v. 15.01.2007.

¹⁶ Vgl. insoweit auch: Möschel, JZ 2007, S. 601 (605 f.).

¹⁷ Art. 1 Nr. 9 AMNOG.

b) Die EuGH-Rechtsprechung in den Rechtssachen AOK-Bundesverband und FENIN

Der EuGH hat die Unternehmenseigenschaft der Spitzenverbände der Krankenkassen im Rahmen der Festbetragsfestsetzung nach § 35 SGB V zuletzt verneint.³⁰ Zudem hat der EuGH ein Urteil des Europäischen Gerichts Erster Instanz (EuG) bestätigt, in dem dieses die Unternehmenseigenschaft des spanischen Gesundheitssystems bei Einkaufstätigkeit abgelehnt hat.³¹ Damit existieren zwei Urteile des EuGH, in denen die Unternehmenseigenschaften einer deutschen gesetzlichen Krankenversicherung bei der Festbetragsfestsetzung nach § 35 SGB V und des spanischen Gesundheitssystems zuletzt höchststrichterlich abgelehnt wurde.

Dies sagt jedoch noch nichts über die im konkreten Einzelfall zu bestimmende Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen etwa beim Abschluss von Rabattverträgen aus, da in diesem Fall von einem völlig anderen Sachverhalt als bei der kollektiv und gesetzlich weitgehend vorbestimmten Festsetzung von Festbeträgen auszugehen ist. Eine selektive Beeinflussung des Marktes und damit eine Marktteilnahme der gesetzlichen Krankenkassen kann in diesem Fall nicht per se ausgeschlossen werden. Vor allem aus folgenden Gründen könnten der EuGH und die deutschen Gerichte zu dem Ergebnis gelangen, dass die gesetzlichen Krankenkassen beim Abschluss von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V als Unternehmen i. S. d. Art. 101 f. AEUV handeln:

aa) Der EuGH hat die Unternehmenseigenschaft der Spitzenverbände der Krankenkassen ausdrücklich nur für die Festsetzung von Festbeträgen verneint. Der Gerichtshof hat explizit darauf hingewiesen, dass die Verbände der Krankenkassen in einem anderen Kontext durchaus als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen angesehen sein können.³² Daher werden die Gerichte in Hauptsacheverfahren die Unternehmenseigenschaft etwa der AOKen beim Abschluss von Rabattverträgen nicht ohne nähere Prüfung mit dem Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Festbeträgen verneinen können.

bb) Zudem wurde die Unternehmenseigenschaft der Kassenverbände vor allem deshalb verneint, weil § 35 SGB V klare gesetzliche Vorgaben für die Festbetragsfestsetzung enthält, sodass kein Ermessensspielraum bestand. Rabattverträge unterscheiden sich vor allem darin erheblich von dem Verfahren zur Festbetragsfestsetzung, dass den Krankenkassen hier ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt. Bereits der Abschluss der Rabattverträge steht im Ermessen der Krankenkassen. Dies ist bei der Festsetzung der Festbeträge durch die Spitzenverbände der Krankenkassen anders, da dort eine Ersatzvornahme des Ministeriums möglich ist bzw. war. Der Abschluss von Rabattverträgen ist in § 130a Abs. 8 SGB V zudem nur rudimentär geregelt. Es existieren keine detaillierten gesetzlichen Vorgaben über den Verfahrensgang, die Höhe der Rabatte, die

Vertragslaufzeit, die Auswahl oder die staatliche Überwachung. Die Krankenkassen können im Rahmen des § 130a Abs. 8 SGB V vielmehr autonom über den Abschluss von Rabattverträgen „verhandeln“. Dies bestätigt auch die amtliche Begründung zur Einführung der Rabattverträge im Beitragssatzsicherungsgesetz.³³ Die Krankenkassen sind insofern nach herrschender Auffassung nur an die Verfahrensvorgaben des Vergaberechts gebunden.

cc) Ein weiterer Gegensatz zum Verfahren der Festbetragsfestsetzung liegt darin, dass durch die Rabattverträge gerade der politisch gewollte Wettbewerb der Krankenkassen untereinander in Bezug auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit angeregt werden soll. Dies soll jedoch durch kassenindividuelle Preisverhandlungen und nicht durch die gesetzlich nicht vorgesehene Bündelung von Nachfragern erreicht werden. Demgegenüber gelten die Festbeträge für alle Krankenkassen gleichermaßen.

dd) Zudem ist das EuGH-Urteil in der Sache „AOK Bundesverband“ auf der Grundlage des SGB V vor dem Inkrafttreten des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes (GMG) im Jahre 2004 ergangen, sodass grundlegende Änderungen des SGB V zugunsten eines wettbewerbsrechtlicher organisierten Systems etwa durch die integrierte Versorgung noch keine Berücksichtigung finden konnten. So kann gerade dann, wenn die GKV – wie zuletzt vermehrt – mit Alternativ- oder Zusatzangeboten an die Versicherten herantreten, von einem Wettbewerb auch innerhalb des GKV-Systems ausgegangen werden.

ee) Weiterhin hat der EuGH die konkrete Kostensenkungsmaßnahme bisher immer im Kontext des im Einzelfall betroffenen Gesundheitssystems untersucht. Die Rechtsprechung zum spanischen Gesundheitssystem lässt sich daher nicht ohne Weiteres übertragen.

c) Ergebnis

Aus diesen Gründen erscheint es als nicht zwingend, dass der EuGH die Unternehmenseigenschaft der deutschen gesetzlichen Krankenkassen in Bezug auf alle Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenversicherungen verneinen würde.³⁴ Der Gerichtshof hat die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen insbesondere wegen des fehlenden Ermessensspielraums der Spitzenverbände bei der Festbetragsfestsetzung verneint und explizit betont, dass die Unternehmenseigenschaft in einem anderen Kontext anders zu beurteilen sein könnte.³⁵ Dies entspricht einer weit verbreiteten Ansicht in der Literatur.³⁶

3. Das Verhältnis zwischen nationalem Kartellrecht und EU-Kartellrecht

Im folgenden Abschnitt soll daher der Frage nachgegangen werden, ob die Änderungen des AMNOG in Bezug

³³ BSSichG; BT-Drs. 15/28, S. 17.

³⁴ So auch: *Brinker*, in: Schwarze, Art. 81, Rn. 28.

³⁵ EuGH, U. v. 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Rn. 58, Slg. 2004, I-2493, EuZW 2004, S. 241 ff.).

³⁶ *Kingreen*, GesR 2006, 193, 197; *Koenig/Engelmann*, EuZW 2004, S. 682, 685; so bereits für die Festbeträge der Generalanwalt des EuGH Jacobs: Schlussanträge v. 22.5.2003, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Rn. 61, 86 ff.

³⁰ EuGH, U. v. 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Slg. 2004, I-2493, EuZW 2004, S. 241 ff.

³¹ EuGH, U. v. 11.7.2006, C-205/03 P, FENIN, EuZW 2006, S. 600 f.

³² EuGH, U. v. 16.3.2004, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, AOK Bundesverband, Rn. 58, Slg. 2004, I-2493, EuZW 2004, S. 241 ff.).

auf § 69 SGB V zwingend einen Konflikt zwischen dem deutschen und dem EU-Kartellrecht implementieren.

Das deutsche Kartellrecht findet grundsätzlich neben dem EU-Kartellrecht Anwendung. Die Kartellbehörden der Mitgliedstaaten wenden nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 im Falle einer potenziellen zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung neben dem nationalen Kartellrecht auch das EU-Kartellrecht an. Dabei ist von einem generellen Anwendungsvorrang des EU-Rechts auszugehen³⁷, der in Bezug auf die kartellrechtlichen Regelungen in Art. 3 Abs. 1 und 2 VO (EG) 1/2003 eine nähere gesetzliche Regelung erfährt. Auch wenn das deutsche Kartellrecht durch die 7. GWB-Novelle³⁸ weitgehend an das EU-Kartellrecht angepasst worden ist, können sich in eng definierten Bereichen Abweichungen ergeben. So kann das nationale Recht etwa im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 1/2003 strengere Vorschriften vorsehen. Eine entsprechende Regelung zu dem Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht findet sich in § 22 GWB.

Ob sich der Anwendungs- und Geltungsvorrang des EU-Kartellrechts im Bereich des Art. 101 AEUV zwingend auch auf die Interpretation des Unternehmensbegriffs durch den EuGH bezieht, ist in der Literatur umstritten.³⁹ Hiergegen könnte sprechen, dass in § 22 Abs. 2 Satz 1 GWB und in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 1/2003 nur auf Freistellungen vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV und auf nicht vorliegende Wettbewerbsbeschränkungen nach EU-Kartellrecht, nicht aber auf den Unternehmensbegriff Bezug genommen wird.

Auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Unternehmensbegriff nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einzelfallbezogen zu prüfen ist, kann ein Verstoß der Regelungen des AMNOG zu § 69 SGB V gegen das EU-Kartellrecht nicht angenommen werden. Hierdurch würde im Ergebnis auf nationaler Ebene eine Bereichsausnahme implementiert, die das EU-Recht gerade nicht vorsieht. Den nationalen Gerichten steht es in der Anwendung des § 69 SGB V vielmehr frei, den EuGH zur Auslegung der Vorschrift in Bezug auf deren Vereinbarkeit mit höherem EU-Recht anzurufen.

V. Fazit

1. Das EU-Kartellrecht der Art. 101 ff. AEUV sieht keine Bereichsausnahme für die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenversicherung vor. Auch der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seiner Rechtsprechung und in der Befassung mit dem Unternehmensbegriff der Art. 101 f. AEUV keine generelle Bereichsausnahme für die gesetzliche Krankenversicherung geschaffen.

2. Die bisherige Regelung des § 69 SGB V kann als eine nationale Bereichsausnahme für die Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern angesehen werden, deren Umfang und Reichweite unklar ist.⁴⁰ Das europäische Recht fordert den Fortbestand des § 69 SGB V – nicht zuletzt angesichts dieser Unklarheiten – indes nicht, um eine Rechtskonformität und einheitliche Auslegung des nationalen Rechts mit dem EU-Kartellrecht sicherzustellen.

3. Die Änderungen des AMNOG in Bezug auf § 69 SGB V verstoßen nicht gegen höherrangiges EU-Kartellrecht. Der Unternehmensbegriff ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einzelfallbezogen zu prüfen. Von einer gefestigten Rechtsprechung in Bezug auf die Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenkassen kann auch angesichts entgegenstehender Aussagen des EuGH in der Rechtssache „AOK Bundesverband“ nicht ausgegangen werden.

4. Dabei führt die generelle Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auch keineswegs automatisch zu einem Verstoß gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot. Die Gründe für eine Nachfragebündelung finden vielmehr im Rahmen der Untersuchung der Wirkungen der Maßnahme (Wettbewerbsbeschränkung) und bei einer möglichen Freistellung nach § 2 GWB Berücksichtigung. Die Berücksichtigung wettbewerbsfördernder und sozialer Gesichtspunkte sollte daher, wie in anderen Branchen auch, in dem dafür vorgesehenen gesetzlichen Rahmen erfolgen.

5. Der durch die Krankenkassen eingeführte Verdrängungswettbewerb im Generikamarkt ist auch aus gesundheitspolitischen Gesichtspunkten kontraproduktiv und erfordert eine effektive wettbewerbsrechtliche Kontrolle. Generika tragen erheblich zur Senkung der GKV-Arzneimittelausgaben bei. Kurzfristig durch die Rabattverträge generierte Einsparungen im Generikamarkt führen langfristig zu einer Konzentration des Anbietermarktes mit den damit häufig einhergehenden und aus anderen Wirtschaftszweigen bekannten negativen Konsequenzen einer solchen Anbieterstruktur.

Anschrift des Verfassers:

Dr. Alexander Natz, LL.M.

Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V.
(BPI)

Rue du Commerce 31
B-1000 Brüssel/Belgien
Tel.: 0032-2-500 89 61
E-Mail: anatz@bpi.de

³⁷ Hierzu: EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1270); EuGH, U. v. 9.3.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 (643 f.).

³⁸ BGBl. I, S. 1954; Bekanntmachung der Neufassung des GWB v. 15.7.2005, BGBl. I, 2144.

³⁹ Vgl. zum Meinungsstand in der Literatur etwa: *Bechtold*, GWB Kommentar, § 1, Rn. 4, 6.

⁴⁰ So auch: *Bechtold*, GWB Kommentar, Vor § 28, Rn 31a.