

GRUR-Jahrestagung

Veranstaltung FA Kartellrecht und FA Arznei- und Lebensmittelrecht

am 18.05.2007 in Köln

„Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht“

Einführungsreferat RA Doepner

Sehr geehrte Damen und Herren,

auch ich möchte Sie seitens des GRUR-Fachausschusses Arznei- und Lebensmittelrecht herzlich zu dieser von den beiden Fachausschüssen Kartellrecht und Arznei- und Lebensmittelrecht gemeinsam getragenen Veranstaltung begrüßen. Anlaß für diese Kooperation von Kartellrechtlern und – ich drücke es etwas vereinfacht aus – Pharmarechtlern ist das seit dem 01.04.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs der gesetzlichen Krankenversicherungen, kürzer auch als GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz bezeichnet. Damit taucht in der Sprache des Gesetzgebers in bezug auf das deutsche Gesundheitssystem erstmals das Ordnungsprinzip „Wettbewerb“ auf. In der Tat war die Große Koalition laut Koalitionsvertrag vom 11.11.2005 angetreten, eine ordnungspolitische Neuorientierung vorzunehmen, nämlich die Effizienz der Gesundheitsversorgung – ich zitiere – „durch eine wettbewerbsrechtliche Ausrichtung zu verbessern“ und durch die Schaffung flexibler Rahmenbedingungen – ich zitiere erneut – „den Wettbewerb um Qualität und Wirtschaftlichkeit“ zu intensivieren. In ihrem

Eckpunkte-Papier vom 03.07.2006 wurde die Bundesregierung präziser: Mit dieser Gesundheitsreform sollten insbesondere die Qualität der Versorgung verbessert, die Wirtschaftlichkeit durch Erhöhung der Transparenz und Intensivierung des Wettbewerbs sowohl auf Seiten der Krankenkassen als auch auf Seiten der Leistungserbringer verbessert, die Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten der Versicherten erweitert und der bürokratische Aufwand bei allen Beteiligten vermindert werden. Diese Zielsetzung ließ aufhorchen und ließ erwarten, daß das bisherige System staatlich bzw. korporatistisch bestimmter Regelungsinstrumentarien aufgebrochen bzw. zumindest teilweise ersetzt werden sollte. Dieses Gesetzesvorhaben ließ einen ordnungspolitischen Wandel erwarten, etwas Großes, geplant und verabschiedet von einer Großen Koalition, die bekanntlich eine Ausnahmekonstellation in einer funktionierenden Demokratie darstellen und ihre politische Legitimation u.a. davon ableiten sollte, daß sie sich in der Lage sieht, auch grundsätzliche strukturelle Weichenstellungen gesetzgeberisch zu vollziehen. Ob und inwieweit es zu einer solchen wettbewerbsorientierten legislatorischen Weichenstellung tatsächlich gekommen ist und welche Konsequenzen dies für die Anwendbarkeit des nationalen und des europäischen Kartellrechts haben wird, wird das Thema der heutigen Sitzung sein.

Gestatten Sie mir einige einleitende Anmerkungen. Diese sind – in der Menüsprache eines Restaurants gesprochen – nicht als zweiter Hauptgang zu verstehen, ja nicht einmal als eine Vorspeise. Ich werde mich, nachdem ich einen Blick in das Kochbuch des heutigen Chefkochs geworfen habe, auf ein „amu-

se gueule" beschränken, auf wenige etwas bunt durcheinander gewürfelte Appetithappen.

Das deutsche Gesundheitssystem ist ordnungspolitisch, gesellschaftspolitisch und rechtsstaatlich ein eigenartiges Faszinosum höchst komplexer Natur, dessen Leitgedanken und Wirkungsmechanismen auch für Experten kaum noch durchschaubar sind. Lassen Sie mich einige dieser Eigenarten und Merkwürdigkeiten spotlightmäßig aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchten:

1. **Das GKV-System im historischen Wandel:** Nach Einrichtung der Krankenversicherung für Arbeiter im Jahre 1883 gehörten etwa 10 % der damaligen Bevölkerung als sozial Schutzbedürftige dieser an, nämlich Arbeiter mit niedrigen Löhnen. Ein Jahrzehnt nach Schaffung der gesetzlichen Krankenversicherung waren 14,4 % der Bevölkerung des Deutschen Reiches direkt versichert mit nachfolgend ständig steigender Tendenz. Während allerdings noch in den frühen Jahren der Bundesrepublik nicht einmal die Hälfte der Bevölkerung durch das GKV-System versichert war, sind es heute **90 %** mit einem **Beitragsvolumen** von über **140 Mrd. Euro**.

Die Rechtsprechung des BVerfG hat bislang noch jede Ausweitung des von der GKV erfaßten Personenkreises gutgeheißen; das ursprüngliche gesetzgeberische Leitmotiv der sozialen Schutzbedürftigkeit wurde stillschweigend aufgegeben. Den Kreis der aktuell beitragszahlenden Mitglieder möglichst weit zu fassen, ist für die Funktionsfähigkeit des

GKV-Systems deshalb von besonderer Bedeutung, weil das deutsche Sozialversicherungssystem auf dem sog. **Umlageverfahren** beruht, auch als „Generationenvertrag“ bezeichnet. Während eine private Krankenversicherung mit dem **Kapitaldeckungsverfahren** operiert, kommt die GKV ohne Kapitalakkumulation aus.

Vor dem 1. Weltkrieg erleichterte eine demographische Explosion nachhaltig den Aufbau der umlagefinanzierten Sozialversicherungssysteme. Neuerdings bringen allerdings der demographische Wandel und der medizinische Fortschritt - verstärkt in Zeiten wirtschaftlicher Flaute – das GKV-Versicherungssystem in einen finanziellen Dauerstreß, dem der Gesetzgeber durch einen legislatorischen Aktionismus zu begegnen sucht, dessen primärer Sinn darin liegt, die Ausgabenentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung zu zügeln.

2. **Preissteuerung und Regelungswut:** Die Preisgestaltungsfreiheit zählt bekanntlich zu den elementaren unternehmerischen Freiheiten in der marktwirtschaftlich orientierten Wettbewerbsordnung. Privatautonomie und Wettbewerb gehören auf das Engste zusammen. „Der Wettbewerbspreis ermöglicht ... wirtschaftliche Freiheit, die er auch zur Voraussetzung hat“ - so Hoppmann in der Festschrift für von Hayek.

Die Realität im GKV-bestimmten Arzneimittelmarkt sieht demgegenüber einen bunten Strauß von staatlichen und korporatistischen Steuerungsinstrumenten vor:

- **Festbeträge** i.S.v. § 35 SGB V, die sich in ca. 95 % der Fälle als faktische Preisobergrenze erwiesen haben;
- ein **Zwangsrabattsystem**, in das Pharmahersteller, Pharmagroßhandel und Apotheken gemäß den §§ 130, 130 a SGB V eingebunden sind;
- **Groß- und Einzelhandelspreisspannen**, die nach der Arzneimittelpreisverordnung fixiert sind und zusammen mit der Bestimmung des § 78 AMG für einen einheitlichen Apothekenabgabepreis für verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel sorgen; die freie Preisbildung ist auf nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel beschränkt;
- staatlich angeordnete **Preismoratorien** und **Preissenkungen**;
- **Arzneimittelvereinbarungen** über das Ausgabenvolumen nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 SGB V und Zielvereinbarungen;
- gezielte Förderung von **Importarzneimitteln**.

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung - kurz AVWG - hat der Gesetzgeber zusätzlich noch - und zwar systemwidrig, weil fiskalisch motiviert - in **§ 7 HWG** ein Verbot der **Naturalrabatte** implantiert, um gemäß der systemimmanenten Terminologie „Wirtschaftlichkeitsreserven“ im Verhältnis Generikaanbieter – Apotheken auszuschöpfen.

Cassel und Wille charakterisieren die Zielkonflikte und Funktionsdefizite in einer gutachterlichen Bestandsaufnahme wie folgt:

„Das äußerst umfangreiche und ständig erweiterte Regulierungsspektrum konfligiert offenkundig mit den Leitbildern Transparenz und Schlüssigkeit, Planbarkeit sowie Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit.“

Die inhaltlich kaum koordinierte, wenig transparente und hinsichtlich der Spätfolgen kaum bedachte Regelungswut macht – Fluch der bösen Tat – das GKV-System zu einem legislatorischen Dauerreparaturbetrieb.

Die weitreichenden Eingriffe des Gesetzgebers in die Preisgestaltungsfreiheit der Leistungserbringer wirken häufig kumuliert. Die nachteiligen wirtschaftlichen Konsequenzen für die Betroffenen hat das Bundesverfassungsgericht freilich stets abgesegnet und zwar mit dem Argument, der **„Sicherung der finanziellen Stabilität** und damit der Funktionsfähigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung“ komme als **wichtiges Gemeinschaftsgut** ein hoher verfassungsrechtlicher Rang zu, ohne daß allerdings erkennbar wäre, woraus sich dieser verfassungsrechtliche Rang ableitet. Denn letztlich geht es ausschließlich um banale fiskalische Begehrlichkeiten, betriebswirtschaftlich gesehen um den Ausgleich von Haushaltsdefiziten. Deren verfassungsrechtlich begrenzte Relevanz wäre m. E. nicht nur gegen die Schwere der Eingriffe in die Berufs- und Gewerbefreiheit der Leistungserbringer abzuwägen; in ei-

nen solchen Abwägungsprozeß wären m. E. auch Alternativoptionen mit einzubeziehen wie z.B. eine mögliche Senkung des Mehrwertsteuersatzes auf Arzneimittel entsprechend dem für Lebensmittel geltenden Niveau.

Ähnlich argumentiert das Bundesverfassungsgericht zur Erosion der Versicherungsfreiheit und der Einschränkung der Berufsfreiheiten der kassenärztlichen Vertragsärzte. Isensee kommentiert denn auch sarkastisch, daß in diesem Sektor bei dem Bundesverfassungsgericht das grundrechtliche Denken praktisch aussetze. Oder anders ausgedrückt: System- und Funktionsschutz gehen vor Grundrechtsschutz.

3. **Der Verbraucher im System der GKV:** Während das europäische Verbraucherleitbild eines mündigen Marktteilnehmers eine nicht nur das Wettbewerbsrecht beherrschende Auslegungsleitlinie darstellt, das politische Geschehen vom mündigen Bürger bestimmt wird und emanzipatorische Bestrebungen der verschiedensten Art das aktuelle Gesellschaftsbild prägen und schließlich selbst die Bundeswehr einen „Staatsbürger in Uniform“ kennt, ist der Verbraucher als Versicherungsnehmer und Leistungsempfänger weitgehend ein **ferngesteuerter und –verwalteter Untertan**.

Betrachten wir den **Verbraucher als Marktteilnehmer**: Für privat Versicherte und Beamte gilt ein **Kostenerstattungsprinzip**. Demgegenüber ist Dreh- und Angelpunkt für das Funktionieren und die Wirkweise des Marktes für krankenversicherungsrechtliche Leistungen das **Sach-**

leistungsprinzip gemäß § 2 SGB V. Die Krankenkassen versorgen den Versicherten mit bestimmten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots mit § 12 SGB V. Diese Leistungsmaxime besagt, daß die als Leistungen zugesicherten sachlichen Mittel und persönlichen Dienstleistungen von den Krankenkassen durchweg in Natur zur Verfügung gestellt werden; im Regelfall muß sie der Versicherte also nicht auf eigene Kosten beschaffen und damit vorfinanzieren. Dabei erfährt der Anspruch der GKV-Versicherten auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln nach § 31 SGB V durch die in dem Gemeinsamen Bundesausschuß festgelegten Arzneimittelrichtlinien nach § 92 SGB V sowie durch § 34 SGB V Grenzen: So sollen grundsätzlich nur noch verschreibungspflichtige Arzneimittel erstattungsfähig sein – ein wenig sachgerechtes Kriterium, da die arzneimittelrechtliche Fixierung der Verschreibungspflicht Risikopotentiale per Festlegung eines Vertriebswegs (Arzt/Apotheker) steuern soll, mit der therapeutischen Leistungsfähigkeit eines Präparates hingegen nicht zwingend etwas zu tun hat. In bezug auf die Vermarktung, Kaufentscheidung und Finanzierung eines solchen verschreibungspflichtigen Arzneimittels ist der Verbraucher auf einen Beobachterstatus reduziert; er ist bildlich zugespitzt – jedenfalls bezogen auf Tabletten und Dragees – ein armer Schlucker: Werblich darf er aufgrund des Publikumsverbot des § 10 Abs. 1 HWG nicht angesprochen werden; die Entscheidung über das auszuwählende, therapeutisch sinnvolle und wirtschaftlich gesehen angemessene Präparat trifft der Arzt, und die Bezahlung erfolgt durch die gesetzliche Krankenkasse. Seine Rolle beim Arzneimittelwerb in

der Apotheke ist auf diejenige eines Boten der GKV reduziert. Dieses Auseinanderfallen der normalerweise in dem Verbraucher als mündigem Marktteilnehmer zusammengefaßten Rollen des Disponenten, Zahlenden und Verbrauchers im engeren Sinne ist für die Ausgestaltung des Sachleistungsprinzips im GKV-System typisch.

4. **Babylon im GKV-System:** Der richtige Gebrauch der Sprache, insbesondere die „terminologische Lufthoheit“ in entscheidungsrelevanten Sphären ist für die politische Meinungs- und Entscheidungsbildung ebenso bedeutsam wie nicht selten auch für gerichtliche Entscheidungen. Zwei Beispiele aus dem GKV-Bereich sollen die gelegentlich dort zu beobachtende babylonische Sprachverwirrung illustrieren:

- a) Dem **Gemeinsamen Bundesausschuß** i.S.v. § 91 SGB V, zusammengesetzt aus Vertretern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Gesetzlichen Krankenkassen, kommt eine zentrale Rolle hinsichtlich der Versorgung mit Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln zu. Unter anderem bestimmt er über Richtlinien gemäß den §§ 34, 92 SGB V den Katalog der von der Erstattung ausgeschlossenen Arznei-, Heil- und Hilfsmittel und die Festbetragsgruppen von Arzneimitteln. Angesichts des gesetzesähnlichen Charakters der Richtlinien und der Machtfülle dieses Organs wird der Gemeinsame Bundesausschuß zutreffend auch als „**kleiner Gesetzgeber**“ des Krankenversicherungsrechts bezeichnet. Der Bundesausschuß versteht sich als Organ der **Selbstverwaltung**. Dem folgt auch die Politik, die in Gestalt der

Bundesregierung gleich welcher politischen Couleur sich davor scheut, eine konkret entscheidungs- und consequenzenbezogene politische Verantwortung im Gesundheitssektor zu übernehmen.

Selbstverwaltung entbindet den Staat der Fachkontrolle und reduziert die staatliche Aufsicht auf eine – in der Praxis zumeist nur sehr zurückhaltende und mutlos ausgeübte – Rechtskontrolle.

Selbstverwaltung ist in diesem Kontext allerdings eine euphemistische Metapher, die politische und rechtsstaatliche Fragwürdigkeiten kaschieren soll.

Selbstverwaltung setzt eine **Betroffenenpartizipation als Integrations- und Legitimationsfaktor** voraus. Das Bundesverfassungsgericht charakterisiert deshalb die Selbstverwaltung als „Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten“. Hieran gemessen scheint der Gemeinsame Bundesausschuß als Fehlkonstruktion:

- „**Friedenswahlen**“, wie sie bei Sozialwahlen verbreitet sind, sind nicht Ausdruck einer besonderen Gruppenharmonie, sondern sie spiegeln vielmehr fehlende Partizipationschancen des Bürgers wider und sind damit Ausdruck fehlender Selbstverwaltungssubstanz.

- Die **Organisation** der betroffenen Beteiligten ist **unausgewogen-selektiv**: Von Seiten der Leistungserbringer sind lediglich die Ärzte als Erbringer ärztlicher Dienstleistungen vertreten, hingegen nicht die Produzenten von Arzneimitteln und Medizinprodukten und der sie vertreibende Groß- und Einzelhandel.
- Der Gemeinsame Bundesausschuß beschränkt sich auch keineswegs darauf, „**eigene Angelegenheiten**“ im Sinne der zitierten Terminologie des Bundesverfassungsgerichts zu verwalten, sondern er regelt nachhaltig die wirtschaftlichen Belange Dritter, die in den Partizipationsprozeß der Selbstverwaltung nicht einbezogen sind. Endverbraucherbezogen verwaltet er auch elementare Gesundheitsinteressen der nicht an diesem Entscheidungsprozeß partizipierenden Verbraucher.

b) **Wettbewerb**: Anlaß für die heutige Veranstaltung ist das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz. Nun ist aber keineswegs sicher, daß der Gesetzgeber, insbesondere das Bundesgesundheitsministerium mit diesem gesetzlichen Terminus das gleiche Verständnis verbindet wie Nationalökonomien, Gesundheitsökonomien und Kartellrechtler. Für diese ist die Freiheit aller Marktteilnehmer, der Wettbewerber im Parallelprozeß und der Marktpartner im Austauschprozeß, eine unerläßliche Voraussetzung dafür, daß auf einem bestimmten Markt

Wettbewerb herrscht. Ohne Handlungsfreiheit kann Wettbewerb weder entstehen noch sich entfalten.

Demgegenüber schreibt der Staat im Gesundheitssektor vor, welchen Endzielen der Wettbewerb zu dienen hat, nämlich primär einer möglichst billigen Versorgung. Während es zur Grundidee einer marktwirtschaftlichen Steuerung gehört, daß die Preise als Knappheitssignale die produktiven Ressourcen in die Bereiche lenken, für die die Nachfrager höchste Priorität signalisieren, ist es nach dem Wettbewerbsverständnis des Gesetzgebers ausgeschlossen, daß Preise der Leistungserbringer bedarfsinduziert steigen. Dies ist ein für einen dynamischen, innovativen Wettbewerb fatales Signal.

Für das **Bundessozialgericht** ist Wettbewerb im Gesundheitsmarkt ein **sozialrechtlich indizierter Wettbewerb, kein Marktwettbewerb**. In einem Urteil aus dem Jahre 2001 heißt es hierzu: „Ein wesentliches Instrument zur Erreichung größtmöglicher Wirtschaftlichkeit in der Versorgung der Versicherten ist gerade der Wettbewerb unter den verschiedenen Leistungserbringern.“ Dies bedeutet aber nicht etwa die Verbesserung der Position der individuellen Krankenkasse am Markt für Krankenversicherungsleistungen; dem BSG geht es vielmehr um eine „Stärkung des öffentlich-rechtlichen Krankenversicherungssystems“ als Ziel des Kassenwettbewerbs.

Ein sehr eigenes, um nicht zu sagen eigenwilliges Verständnis von Wettbewerb zeigt auch das **Bundesverfassungsgericht** in seinem **Festbetragsurteil** vom 17.12.2002. Dort stellte das Bundesverfassungsgericht zunächst nicht nur zur Überraschung der klagenden Hersteller, sondern auch zahlreicher Stimmen in der verfassungsrechtlichen Fachliteratur fest, daß von den Festbetragsregelungen trotz der preisregulierenden Wirkung derselben die Berufs- bzw. Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG nicht berührt sei. Die zur Prüfung gestellten Regelungen in den §§ 35, 36 SGB V würden sich auf die unternehmerischen Freiheiten lediglich reflexhaft auswirken. In seiner Begründung bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf die gesetzgeberische Intention, mittels Festbeträgen, so wörtlich „Wirtschaftlichkeitsreserven“ auszuschöpfen und einen „wirksamen Preiswettbewerb“ auszulösen. Dies qualifiziert das Bundesverfassungsgericht dahingehend:

„Die Orientierung an Bedingungen des Preiswettbewerbs ist der vom Gesetzgeber vorgesehene Weg, um Gesetzesadressaten die Beachtung des ihnen rechtlich vorgegebenen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit zu ermöglichen.“

Die damalige Berichterstatterin, Frau Jaeger, bemerkte in einer Eigenrezension dieser Entscheidung, es könnten mit der Einführung des Festbetragssystems „Marktelemente im Gesundheits-

wesen gestärkt werden.“ Die Charakterisierung eines solchen staatlich-korporatistischen Steuerungssystems, das die Preisgestaltungsfreiheit der betroffenen Unternehmen faktisch ausschaltet, als Wettbewerbs- und Marktförderungsinstrument spiegelt einmal mehr die in diesem Sektor nicht selten zu beobachtende babylonische Sprachverwirrung wider. Hierzu fällt mir ein Wort von Konfuzius in der Übersetzung von Hayek ein:

„Wenn Wörter ihre Bedeutung verlieren, werden die Menschen ihre Freiheit verlieren.“

5. **Aufsicht/Rechtsschutz:** Komplexe und intransparente Regulierungssysteme vermitteln den Betroffenen häufig – unjuristisch gesprochen – den Eindruck von Willkür, Inkonsistenz und mangelnder Fairneß. Schützenhilfe seitens des Staates wird in diesem Kontext erhofft, ist aber selten zu erwarten: Er beschränkt sich weitgehend auf eine nur selten ausgeübte und damit für die Betroffenen wenig verlässliche **Rechtsaufsicht**.

Der Versuch von Leistungsanbietern, Rechtsschutz bei den Sozialgerichten zu erhalten, war in der Vergangenheit selten von Erfolg gekrönt. Es ist hier nicht der Ort, dortige Rechtsprechungsdefizite näher zu analysieren. Angesichts dessen hat es dann aber Ende der 90er Jahre nicht an Versuchen gefehlt, über Marktsteuerungsmaßnahmen seitens der Gesetzlichen Krankenkassen und des damaligen Bundesausschusses zivilrechtlich-kartellrechtlich urteilen zu lassen.

Dabei gingen die Zivilgerichte bis zum Inkrafttreten des GKV-Gesundheitsreformgesetzes aus dem Jahre 2000 mit Billigung des Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte von der Zuständigkeit der Zivilgerichte bei schlüssig dargelegten Kartellangelegenheiten aus. Die von ihnen – im Gegensatz zum Bundessozialgericht – angewandte **Theorie der Doppelqualifikation** besagt, daß ein und dieselbe Tätigkeit, wie etwa die gemeinsame Festsetzung von Ankaufpreisen im vertikalen Innenverhältnis gegenüber den Versicherungsnehmern hoheitlich, im horizontalen Außenverhältnis jedoch marktbezogen und damit unternehmerisch zu qualifizieren sei. Letzteres sei zivilgerichtlich zu beurteilen. Verschiedene Kartellsenate von Oberlandesgerichten hatten deshalb vor dem Festbetragsurteil des EuGH auch keine Bedenken, auf den GKV-Sektor bezogene kartellrechtlich begründete Verbote auszusprechen. Einige Beispiele mögen die damalige Praxis illustrieren:

- Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf verbot eine von den gesetzlichen Krankenkassen in Verbindung mit einer Ärztekammer erstellte „**Berliner Liste**“, eine Quasi-Positivliste für Arzneimittel.
- Derselbe Kartellsenat hat mehrfach **Festbetragsfestsetzungen** und –anpassungen als Verstoß gegen das europäische Kartellrecht erachtet und unterbunden.
- Die Oberlandesgerichte München und Hamburg sahen in den vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen im Jahr 1999 ver-

abschiedeten **Arzneimittelrichtlinien**, mit denen für bestimmte Arzneimittelgruppen Verordnungsausschlüsse bewirkt werden sollten, ebenfalls einen EG-Kartellrechtsverstoß.

- Noch weitergehend bejahte der Kartellsenat des OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 15.11.2000 auch eine kartellrechtliche Mitverantwortung der Bundesrepublik Deutschland für das „**Gemeinsame Aktionsprogramm** zur Einhaltung der Arznei- und Heilmittelbudgets 1999“ unter täterschaftlichen Gesichtspunkten, eine Aktion, an der neben den Spitzenverbänden der gesetzlichen Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung auch die Bundesregierung mitwirkte.

Demgegenüber hat die sozialgerichtliche Rechtsprechung schon vor dem Inkrafttreten des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 nahezu einhellig den Standpunkt vertreten, aus § 51 SGG folge in bezug auf die wettbewerbsrechtliche und kartellrechtliche Beurteilung von Marktsteuerungsmaßnahmen der gesetzlichen Krankenkassen und des Bundesausschusses eine exklusive Zuständigkeit der Sozialgerichte.

In einem lobbyistisch geschickt eingefädelten Überraschungs-Coup gelang es den Gesetzlichen Krankenkassen und dem Bundesausschuß mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 an der Fachöffentlichkeit vorbei eine Neufassung von § 51 SGG und eine Änderung der Zuständigkeitsregelungen in den damaligen §§ 87, 96 GWB zu bewirken und damit den Zugang zu den Zivilgerichten hinsichtlich potentiell kartell-

rechtsrelevanter Abstimmungs- und Steuerungspraktiken der gesetzlichen Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung zu versperren. Zugleich wurde in § 69 SGB V eine Bereichsaufnahme für die Geltung des deutschen Wettbewerbs- und Kartellrechts im Verhältnis zu den Gesetzlichen Krankenkassen und ihren Verbänden einerseits und den Leistungserbringern und den Verbänden andererseits geschaffen. Wie der Staatssekretär a.D. Jung als Vorsitzender des damaligen Bundesausschusses in einem persönlichen weihnachtlichen Brief an mich schrieb: Mit dem kartellrechtlichen Spuk sollte es ein Ende haben.

Damit war die warnend in einem Aufsatz von unserem früheren verdienten, allzu früh verstorbenen Ausschußmitglied, Herrn Kollegen Bosten, gestellte Frage „**Wettbewerb ohne Wettbewerbsgerichte?**“ eindeutig, und zwar negativ, beantwortet.

Von der von der herrschenden Meinung als Bereichsausnahme verstandenen Vorschrift des **§ 69 SGB V** nicht tangiert ist allerdings das europäische Kartellrecht. Insoweit brachte der EuGH im Jahre 2004 in der AOK Bundesverband- oder auch Festbetragsurteil genannten Entscheidung den klagenden Pharmaherstellern allerdings eine herbe Niederlage bei, indem er die Unternehmenseigenschaft der Gesetzlichen Krankenkassen und damit auch die Anwendbarkeit europäischen Kartellrechts verneinte. Diese Kassen würden nicht nur in ihrem Aktivgeschäft mit den Versicherungsnehmern nicht als Unternehmen handeln, sondern dies gelte auch für ihre Beschaffungstätigkeit. Der nicht wirt-

schaftliche Charakter der Verwendung bestimme zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit.

Damit schien das Kapitel „Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts im GKV-Gesundheitssektor“ abgeschlossen.

Im Zusammenhang mit Gesetzesberatungen zu dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz hat es dann allerdings nicht an Stimmen von ordnungspolitisch gewissenhaften Politikern, Gesundheitsökonomern und Kartellrechtlern gefehlt, entsprechend dem Anspruch der Großen Koalition, den Wettbewerb zu verstärken, auch eine Wettbewerbskontrolle wieder einzuführen. Das Bundeskartellamt, das Bundeswirtschaftsministerium und schließlich auch der Bundesrat machten sich für eine wettbewerbsrechtliche Wende, d.h. eine Änderung des § 69 SGB V stark: Die Anwendbarkeit des gesamten GWB und des UWG sollte für die Beziehungen der Gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern für die Zukunft vorgesehen werden. Herausgekommen ist im Gesundheitsausschuß ein Kompromiß, wonach die Vorschriften der §§ 19 bis 21 GWB lediglich „entsprechend“ anwendbar sein sollen. Was diese neue Gesetzeslage auf nationaler und europäischer Ebene bedeutet, werden wir nun von dem Hauptredner, Herrn Prof. Roth erfahren, den ich hiermit sehr herzlich willkommen heiße:

6. Herr **Prof. Roth** ist anders als ich bereits ein Produkt der Nachkriegszeit: Während ich die letzten Zuckungen des Dritten Reichs in den Endkämpfen um Berlin aus dem Kinderwagen beobachten durfte – andere Einzelheiten über meine Kriegsteilnahme sind anders als bei einem berühmten Nobelpreisträger nicht bekannt geworden – wurde Herr Prof. Roth zielgenau drei Tage nach Ende des 2. Weltkrieges geboren. Er studierte Rechtswissenschaften und politische Wissenschaften an den Universitäten München und Tübingen und legte sodann sein Erstes juristisches Examen 1970 in München ab. Danach zog es ihn in die USA: An der renommierten Harvard Law School absolvierte er erfolgreich einen Master-Studiengang, um sodann neben seiner Referendartätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei den Professoren Maunz, Zacher, Fikentscher und Steindorff zu wirken. Es folgte 1975 das Zweite juristische Staatsexamen in München mit anschließender Promotion, Assistenz Tätigkeit an der Universität München und schließlich dort auch 1983 seine Habilitation. Von 1984 bis 1985 hatte Prof. Roth eine Professur für Bürgerliches Recht an der Universität Bonn inne. Sodann war er von 1985 bis 1989 ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Gewerblichen Rechtsschutz an der Universität Erlangen-Nürnberg. Anschließend zog es ihn erneut nach Bonn zurück, wo er seither Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie deutsches, europäisches und internationales Wirtschaftsrecht ist. Da-

mit sind auch seine Hauptforschungsgebiete umrissen. Gastprofessuren an der Chicago Law School und dem University College London unterstreichen ebenso seine internationale Ausrichtung wie seine Mitgliedschaft in dem Editorial Board der Common Market Law Review.

Für unseren Kontext ist bedeutsam, daß sich Herr Prof. Roth seit Jahren auch intensiv mit Fragen des nationalen und des europäischen Kartellrechts wissenschaftlich befaßt; dies findet u.a. seinen Niederschlag in Beiträgen im Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht und verschiedenen Aufsätzen zum deutschen und europäischen Kartellrecht, darunter jüngst in einer Analyse des FENIN-Urteils des EuGH, das zusammen mit dem sog. Festbetragsurteil des EuGH als Leitentscheidung zu gelten hat, wobei manche Vertreter der Pharmaindustrie den Wortbestandteil „Leit“ mit „d“ versehen möchten.

Herr Prof. Roth, die Arena ist frei: Wir freuen uns auf einen interessanten Vortrag und eine kontroverse, gedankenreiche Diskussionsrunde.