

DIE ANWENDUNG DES EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHTS AUF DIE GESETZLICHE KRANKENVERSICHERUNG

Dr. Beatrix Karl, ao. Univ-Prof.
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht
der Karl-Franzens-Universität
Graz, Österreich

UDK: 369.8:369.06
339.13.012.42
Ur.: 22. studenog 2005.
Pr.: 22. studenog 2006.
Prethodno priopćenje

Primjena europskog prava tržišnog natjecanja na zakonsko zdravstveno osiguranje

Europski sud je u nizu odluka donesenih proteklih godina jasno naglasio da se područje socijalne sigurnosti ne može generalno izuzeti iz područja primjene europskog prava tržišnog natjecanja. Kako se europsko pravo tržišnog natjecanja primjenjuje samo na poduzeća, od odlučujućeg je značenja smatra li se nositelj zdravstvenog osiguranja poduzećem u smislu europskog prava tržišnog natjecanja. Iz navedene judikature Europskog suda proizlazi da se nositeljima zdravstvenog osiguranja ne može unaprijed priznati obilježje poduzeća. Potrebno je, prije svega, ocijeniti njihove pojedinačne aktivnosti prema kriteriju radi li se o socijalnim ili gospodarskim djelatnostima. Predmet ispitivanja mora pritom biti sadržaj, kao i vrsta i način provođenja navedene djelatnosti. Suprotno gospodarskoj djelatnosti, vršenje socijalne djelatnosti isključuje obilježje poduzeća nositelja zdravstvenog osiguranja. To znači da je nositelj zdravstvenog osiguranja isključen iz prava tržišnog natjecanja ako obavlja neku socijalnu zadaću. Europski sud neće priznati socijalni karakter u slučaju kada nositelj socijalnog osiguranja vrši neku gospodarsku aktivnost u tržišnoj utakmici s privatnim osiguravajućim društvom. Europsko pravo tržišnog natjecanja uključuje zabranu kartela (čl. 81. Ugovora o EZ), kao i zabranu zlouporabe vladajućeg položaja na tržištu (čl. 82. Ugovora o EZ.). Oba činjenična stanja mogu postojati istodobno. Povreda zabrane kartela može postojati u slučaju kada bolesničke blagajne kao nositelji zdravstvenog osiguranja donesu odluku o dozvoli izvršavanja usluga, primjerice, liječničkih, ili postignu o tomu sporazum s liječničkom udrugom. Zlouporaba vladajućeg položaja na

tržištu može postojati u slučaju kada bolesničke blagajne nastupaju kao tražitelji zdravstvenih usluga i pritom su monopolisti. Kao monopolisti u traženju usluga obvezne su zaključiti ugovor s liječnicima. Ako ne ispune ovu obvezu, čine povredu zabrane zloupotrebe, osim ako je to stvarno opravdano. Kao posljedica toga, nije dopušten sustav ograničenog odobrenja ugovornim liječnicima, ako se pri izboru liječnika i ugovornih uvjeta postupa samovoljno ili uz zluporabu.

Štoviše, kada nositelj bolesničkog osiguranja, koji je kvalificiran kao poduzeće, povrijedi europsko pravo tržišnog natjecanja, postoji mogućnost izuzimanja od primjene prava tržišnog natjecanja. Čl. 86. st. 2. Ugovora o Europskoj zajednici predviđa da se na poduzeća, kojima je povjereno obavljanje usluga u općem gospodarskom interesu, primjenjuju pravila tržišnog natjecanja samo ako primjena tih propisa ne sprječava, pravno ili stvarno, ispunjavanje na njih prenesenih posebnih zadaća. Ukoliko je ispunjavanje zadaća moguće bez povrjede ugovora, nositelji zdravstvenog osiguranja vezani su Ugovorom o EZ-u. Isto tako, treba uzeti u obzir izmjenu zakona na nacionalnoj razini, ako se time može osigurati ispunjavanje zadaća bez kršenja ugovora. Nema mjesta primjeni čl. 86. st. 2 Ugovora o EZ-u ako nositelj zdravstvenog osiguranja uopće nije u stanju ili nije spreman na zadovoljavajući način sam ispuniti zadaće koje su mu povjerene.

Ključne riječi: *Europski sud, socijalna sigurnost, pravo tržišnog natjecanja, poduzeće, bolesničko osiguranje, zabrana kartela, vladajući položaj na tržištu, monopol tražitelja usluga, liječnici.*

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in den vergangenen Jahren in einer Reihe von Entscheidungen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass für den Bereich der sozialen Sicherheit keine generelle Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts gilt. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, inwieweit das europäische Wettbewerbsrecht auf die Tätigkeiten der Krankenkassen zur Anwendung gelangt. Dazu wird zuerst erörtert, ob und inwieweit es sich bei den Kassen um Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts handelt. Das europäische Wettbewerbsrecht gelangt nämlich nur auf Unternehmen zur Anwendung.

I. Die Unternehmenseigenschaft von Institutionen der Gesundheitssysteme

Der EG-Vertrag selbst enthält keine Definition des Unternehmensbegriffs. Die Praxis der Gemeinschaftsorgane¹ sowie die herrschende Auffassung in der Literatur² gehen von einem funktionalen Verständnis des Unternehmensbegriffs aus. Demnach ist ein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.³

Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nach Auffassung des EuGH für die Qualifikation als Unternehmen nicht erforderlich,⁴ so dass z.B. auch gemeinnützige Organisationen Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln sein können.⁵ Es kommt auch nicht auf die Person des Trägers sowie die Eigentumsverhältnisse und die Rechtsform des Unternehmens oder seine Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht an.⁶ Vom Unternehmensbegriff werden daher auch Unternehmen der öffentlichen Hand sowie unternehmerisch tätige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Verbände umfasst. Die Unternehmenseigenschaft beschränkt sich somit nicht nur auf die Leistungserbringer, wie Ärzte, (öffentliche) Krankenanstalten, Apotheker und Hersteller von Heil- und Hilfsmitteln. Auch die Krankenversicherungsträger und ihre Verbände können trotz öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung Unternehmen sein.

¹ EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 21; 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg 1993, I-637; 19.1.1994, Rs C-364/92 (SAT Fluggesellschaft) Slg 1994, I-43 Rz 18; 16.11.1995, Rs C-244/94 (FFSA) Slg 1995, I-4019 Rz 14; 11.12.1997, Rs C-55/96 (Job Centre) Slg 1997, I-7119; 21.9.1999, Rs C-67/96 (Albany) Slg 1999, I-5751 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-115/97 (Brentjens) Slg 1999, I-6025 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-219/97 (Bokken) Slg 1999, I-6121 Rz 67; Kommission, Entsch v 13.7.1994 (Carton) Abl 1994, L 243/1 (45); 27.7.1994 (PVC) Abl 1994, L 239/14 (28).

² *Schröter* in Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, 2003, Vorbem zu Art 81 bis 85 Rz 17 ff insb 22; *Stockenhuber* in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Band I: EUV/EGV (Amsterdamer Fassung), Loseblatt.Slg, Art 81 EGV Rz 51; *Grill* in Lenz (Hrsg), EG-Vertrag, 2. Auflage, 1999, Vorbem Art 81-86 Rz 33; *Emmerich* in Dausen (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2, Loseblatt.Slg, H.I Rz 62.

Ebsen, Öffentlich-rechtliches Handeln von Krankenkassen als Gegenstand des Wettbewerbsrechts? Probleme materiellrechtlicher und kompetenzrechtlicher Koordinierung, in: Igl (Hrsg), Das Gesundheitswesen in der Wettbewerbsordnung, 2000, 22 (33).

³ EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 21; 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg 1993, I-637; 16.11.1995, Rs C-244/94 (FFSA) Slg 1995, I-4019 Rz 14; 11.12.1997, Rs C-55/96 (Job Centre) Slg 1997, I-7119; 21.9.1999, Rs C-67/96 (Albany) Slg 1999, I-5751 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-115/97 (Brentjens) Slg 1999, I-6025 Rz 77; 21.9.1999, Rs C-219/97 (Bokken) Slg 1999, I-6121 Rz 67.

⁴ EuGH 16.11.1995, Rs C-244/94 (FFSA) Slg 1995, I-4019 Rz 21; 21.9.1999, Rs C-67/96 (Albany) Slg 1999, I-5751 Rz 85; 21.9.1999, Rs C-115/97 (Brentjens) Slg 1999, I-6025; 21.9.1999, Rs C-219/97 (Bokken) Slg 1999, I-6121.

⁵ *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag⁶ Vorbem zu Art 81 bis 85 Rz 23.

⁶ *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag⁶ Vorbem zu Art 81 bis 85 Rz 37.

1.1. Ausnahmen von der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen

Wenn die Tätigkeit einer Krankenkasse nicht als wirtschaftlich, sondern als sozial, hoheitlich oder als bloße Bedarfsdeckung zu qualifizieren ist, gelangt insoweit das europäische Wettbewerbsrecht nicht zur Anwendung.

Grundlage für eine Ausnahme vom Wettbewerbsrecht ist meines Erachtens die Qualifikation als nichtwirtschaftliche Tätigkeit und nicht etwa der vom EuGH in ständiger Judikatur betonte Grundsatz, dass die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.⁷ Dieser Grundsatz besagt nur, dass es auf europäischer Ebene keine zwingenden Vorgaben für eine bestimmte Form der Ausgestaltung der Sozialsysteme gibt. Jeder Mitgliedstaat kann selbst bestimmen, wie er sein System ausgestaltet. Es bleibt ihm überlassen, ob und inwieweit er das System auf dem Grundsatz der Solidarität aufbaut, ob er eine Pflichtmitgliedschaft vorsieht, wie die Leistungserbringung erfolgen soll usw. Das bedeutet aber nicht, dass die Sozialsysteme dem Europarecht entzogen sind. Wie auch der EuGH in seinen jüngeren Entscheidungen deutlich zum Ausdruck bringt, haben die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Sozialsysteme sehr wohl das Gemeinschaftsrecht zu beachten.⁸ Es ist daher auch von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auszugehen. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als der Mitgliedstaat sein System so ausgestaltet, dass die Tätigkeiten der Versicherungsträger als nichtwirtschaftlich einzustufen sind.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, wie die Tätigkeit eines Krankenversicherungsträgers ausgestaltet sein muss, damit sie nicht als wirtschaftlich anzusehen ist.

1.1.1. Die hoheitliche Tätigkeit

Das Wettbewerbsrecht gelangt dann nicht zur Anwendung, wenn und soweit echte hoheitliche Aufgaben wahrgenommen werden.⁹

Die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und wirtschaftlichem Handeln reduziert sich auf die Frage, ob die an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhabende Tätigkeit grundsätzlich auch von einem privaten Unternehmen zum

⁷ AA Benicke, Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts, EWS 1997, 373 (377); Ebsen in Igl, Gesundheitswesen 35. Zu diesem Grundsatz s EuGH 7.2.1984, Rs 238/82 (Duphar) Slg 1984, 523 Rz 16; 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg 1993, I-637 Rz 6; 26.3.1996, Rs C-238/94 (García) Slg 1996, I-1673 Rz 15; 17.6.1997, Rs C-70/95 (Sodemare) Slg 1997, I-3395 Rz 27; 28.4.1998, Rs C-120/95 (Decker) Slg 1998, I-1831 Rz 21; 28.4.1998, Rs C-158/96 (Kohll) Slg 1998, I-1931 Rz 17.

⁸ EuGH 28.4.1998, Rs C-120/95 (Decker) Slg 1996, I-1831 Rz 23; 28.4.1998, Rs C-158/96 (Kohll) Slg 1996, I-1931 Rz 19; 26.1.1999, Rs C-18/95 (Terhoeve) Slg 1999, I-345 Rz 34; 23.11.2000, Rs C-135/99 (Elsen) ZASB 2001, 8 Rz 33.

⁹ Hochbaum/Klotz, in Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Auflage, 2003, Art 86 Rz 16 mwN.

Zweck der Gewinnerzielung ausgeübt werden kann bzw. könnte¹⁰. Entscheidend ist damit, ob der Hoheitsträger aus funktionaler Perspektive wie ein Privater am Geschäftsverkehr teilnimmt bzw. teilnehmen kann, oder ob dem das öffentliche Interesse entgegensteht. Es kommt auf die Wirkung des Handelns im Hinblick auf den Wettbewerb und nicht auf seine Rechtsform an.¹¹

In Deutschland ist z.B. das Verhältnis zwischen den Krankenversicherungsträgern und den Leistungserbringern stark öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Deutsche Krankenkassen haben einen gesetzlichen Auftrag zur Sachleistungsvorsorge. Sachleistungsvorsorge heißt, dass die Gesundheitsleistungen den Versicherten entweder durch kasseneigene Einrichtungen oder durch außenstehende Leistungserbringer auf Kosten der Krankenkasse erbracht werden. Die Sicherstellung der Leistungserbringung auf Kosten der Kasse kann – wie etwa in Österreich – im Vertragswege erfolgen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich demgegenüber für die Erteilung einer Zulassung als Angelegenheit der sogenannten Selbstverwaltung von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen entschieden. Die Auswahlentscheidung wird somit in einem Verwaltungsverfahren getroffen. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich funktional betrachtet um eine Nachfragetätigkeit der Kassen bzw. der Kassenärztlichen Vereinigungen handelt. Der Arzt wird durch einen empfangsbedürftigen Verwaltungsakt dazu verpflichtet, den Versicherten Leistungen in einem bestimmten Umfang zu einem bestimmten Preis zu erbringen. Die Krankenkassen bzw. Kassenärztlichen Vereinigungen führen zwar ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren ab, fragen damit aber ärztliche Leistungen am Markt nach. Damit handeln sie wie private Unternehmen und sind daher wie diese zu behandeln, so dass sie auch dem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen sind. Daran vermag das Handeln in öffentlich-rechtlicher Rechtsform nichts zu ändern.¹²

1.1.2. Die soziale Tätigkeit

Von zentraler Bedeutung für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ist aber die Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit.

Der EuGH hat in der Rechtssache Poucet und Pistre¹³ die Versicherungstätigkeit von solidarisch ausgestalteten Pflichtversicherungsträgern als Erfüllung einer

¹⁰ Generalanwalt *Tesauro*, Slg 1993, I-661 Nr 8 und Generalanwalt *Jacobs*, Slg 1999, I-5751 Nr 311; sa *Langer*, Probleme der Koordinierung beim Public/Private-Mix von Gesundheitsleistungen, in: Igl (Hrsg), Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung, 1999, 60 (67).

¹¹ *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, Rz 600.

¹² Zur Beschaffungstätigkeit deutscher Krankenkassen im Hilfsmittelbereich s *Boecken*, Rechtliche Schranken für die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen im Hilfsmittelbereich nach der Publizierung des Vertragsrechts – insbesondere zum Schutz der Leistungserbringer vor Ungleichbehandlungen, NZS 2000, 269 (272).

¹³ EuGH 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*) Slg 1993, I-637.

Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter qualifiziert. Als Kriterien, die für das Vorliegen einer sozialen Tätigkeit sprechen, nennt er den sozialen Zweck, den Grundsatz der Solidarität, die unabhängig von der Vermögenslage des Versicherten und seinem Gesundheitszustand im Zeitpunkt des Beitritts erfolgende Gewährung von Versicherungsschutz, die Versicherungspflicht, die staatliche Kontrolle, die gesetzliche Regelung der Leistungen, die Unabhängigkeit der Leistungen von der Höhe der Beiträge und die Wahrnehmung der Aufgaben unter Anwendung der Gesetze, so dass auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel oder die Bestimmung des Leistungsumfangs kein Einfluss genommen werden kann. Der Grundsatz der Solidarität äußert sich nach Auffassung des EuGH bei Krankenversicherungsträgern darin, dass die Beiträge nach Maßgabe der beruflichen Einkünfte finanziert werden, während die Leistungen für alle Empfänger gleich sind. Dadurch komme es zu einer Einkommensumverteilung zwischen den Wohlhabenderen und den Personen, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde.

Der soziale Charakter wird vom EuGH dann verneint, wenn der Sozialversicherungsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausübt. Als wirtschaftlich hat er die Versicherungstätigkeit sowohl von freiwilligen¹⁴ als auch von verpflichtenden¹⁵ Zusatzrentenversicherungsfonds qualifiziert. Dabei stellt er vor allem auf das Funktionieren der Systeme nach dem Kapitalisierungsprinzip ab. Zudem weist er darauf hin, dass an der Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit auch die Verfolgung eines sozialen Zwecks, einzelne Solidaritätsgesichtspunkte und die Beschränkungen oder Kontrollen in Bezug auf Investitionen des Sozialversicherungsträgers nichts ändern. Im Fall der Freiwilligkeit der Versicherung nimmt er eine nur äußerst begrenzte Geltung des Grundsatzes der Solidarität an.

Dass es für das Kriterium der Wirtschaftlichkeit auf das Vorliegen einer realen oder potentiellen Wettbewerbssituation ankommt, hat der EuGH auch in den Entscheidungen Höfner und Elser¹⁶ sowie Job Centre¹⁷ zum Ausdruck gebracht. Dabei ist es um die Arbeitsvermittlung gegangen.

Den Krankenversicherungsträgern ist somit nicht von vornherein die Unternehmenseigenschaft abzusprechen. Es sind vielmehr ihre einzelnen Aktivitäten primär dahingehend zu beurteilen, ob es sich dabei um soziale oder um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt. Prüfungsgegenstand müssen dabei der Inhalt sowie die Art und Weise der Durchführung der fraglichen Tätigkeit sein.

¹⁴ EuGH 16.11.1995, Rs C-244/94 (*Fédération française des sociétés d'assurance - FFSA*) Slg 1995, I-4019 Rz 17.

¹⁵ EuGH 21.9.1999, Rs C-67/96 (*Albany*) Slg 1999, I-5751 Rz 81 ff; 21.9.1999, Rs C-115/97 (*Brentjens*) Slg 1999, I-6025 Rz 81 ff; 21.9.1999, Rs C-219/97 (*Bokken*) Slg 1999, I-6121 Rz 71 ff; 12.9.2000, Rs C-180/98 bis C-184/98 (*Pavlov*) Rz 114 ff.

¹⁶ EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (*Höfner und Elser*) Slg 1991, I-1979 Rz 22.

¹⁷ EuGH 11.12.1997, Rs C-55/96 (*Job Centre*) Slg 1997, I-7119 Rz 22.

II. Die verbotenen Verhaltensweisen

Wir wissen nun, wann ein Krankenversicherungsträger als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts zu qualifizieren ist. Aber wann verstößt er gegen die Wettbewerbsregeln? Das europäische Wettbewerbsrecht enthält ein Kartellverbot (Art 81 EGV) sowie ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EGV). Beide Tatbestände können auch nebeneinander zur Anwendung gelangen.

Beide Verbote richten sich an Unternehmen. Der EuGH geht aber in ständiger Judikatur davon aus, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die geeignet sind, die praktische Wirksamkeit (effet utile) der Wettbewerbsregeln auszuschalten.¹⁸

II.1. Bilden die Verbände in Gesundheitssystemen verbotene Kartelle?

Stellen wir uns nun die Frage, ob und inwieweit Krankenkassen-Verbände als verbotene Kartelle anzusehen sind. Derartigen Verbänden können verschiedenste Aufgaben zugeordnet sein. Sie beschließen z.B. über die Zulassung von Leistungserbringern oder treffen darüber Vereinbarungen mit deren Verbänden. Zudem geben sie z.B. in Form von Mustern für allgemeine Geschäftsbedingungen auch Empfehlungen an die ihnen angehörenden Institutionen ab. Gelangt hier das Kartellverbot zur Anwendung?

Meines Erachtens kommt es entscheidend darauf an, ob die Verbände bzw. die ihnen angehörenden Krankenversicherungsträger über einen durch selbst bestimmtes wirtschaftliches Handeln beschränkbareren Handlungsspielraum verfügen. Das Fehlen eines solchen Handlungsspielraums wird vor allem die Folge gesetzgeberischer Maßnahmen sein. Gehen die gesetzlichen Vorgaben so weit, dass sie keinen Raum für autonomes unternehmerisches Handeln lassen, kommt das Kartellverbot mangels eines eigenen wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens des Verbands nicht zur Anwendung. Das ist z.B. dann der Fall, wenn eine nationale Bestimmung vorsieht, dass ein Verband mittels Beschluss über die Zulassung von Leistungserbringern zu entscheiden hat und die Zulassungskriterien verbindlich und abschließend festlegt, so dass der Verband nur die gesetzlichen Vorgaben vollzieht, ohne dass ihm Raum für eine eigene Auswahlentscheidung bleibt.

Diese Überlegungen hätten meines Erachtens auch im EuGH Urteil AOK Bundesverband,¹⁹ in dem es um die Festbetragsregelung gegangen ist, zur Anwendung gelangen müssen. Der EuGH führt aus, dass die Kassenverbände

¹⁸ Der EuGH leitet dies aus den Art 10 Abs 2 und 86 Abs 1 iVm Art 3 Buchstabe g und Art 81 und 82 EGV ab. S EuGH 11.4.1989, Rs C-66/86 (Ahmed Saeed) Slg 1989, 804 Rz 48; 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 26; 11.12.1997, Rs C-55/96 (Job Centre) Slg 1997, I-7119 Rz 28; 19.5.1993, Rs C-320/91 (Corbeau) Slg 1993, I-2533 Rz 11.

¹⁹ EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband).

mit der Festsetzung der Festbeträge nur einer Pflicht nachkommen, die ihnen § 35 SGB V auferlegt, um den Fortbestand des deutschen Systems der sozialen Sicherheit sicherzustellen. Diese Vorschrift regle ausführlich die Einzelheiten der Festsetzung dieser Beträge und bestimme, dass die Kassenverbände gewisse Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsgebote beachten müssen. Das SGB V sieht zudem vor, dass der zuständige Minister die Festbeträge festsetzt, wenn es den Kassenverbänden nicht gelingt, sie festzusetzen.²⁰ Die konkrete Höhe der Festbeträge wird zwar nicht durch das Gesetz vorgegeben, sondern von den Kassenverbänden entschieden, jedoch unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber festgelegten Kriterien.²¹ Dies führt den EuGH zum Ergebnis, dass die Kassenverbände mit der Festsetzung der Festbeträge nur eine Pflicht im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit erfüllen, die ihnen das Gesetz auferlegt, und dass sie nicht als Unternehmen handeln, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.²²

Meines Erachtens kann dieser Fall nicht dadurch gelöst werden, dass man die als Nachfragetätigkeit am Gesundheitsmarkt anzusehende Festsetzung von Festbeträgen als soziale und nicht als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert und daher die Unternehmenseigenschaft verneint. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr der Umstand, dass den Kassenverbänden durch § 35 SGB V kein Raum für autonomes unternehmerisches Handeln gelassen wird. Mangels eines eigenen wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens der Kassenverbände kommt daher das Kartellverbot nicht zur Anwendung. Das Urteil AOK Bundesverband lässt für mich daher nicht den Schluss zu, dass im Falle der Bewertung der Versicherungstätigkeit als soziale Tätigkeit zugleich auch die Leistungsbeschaffungsaktivitäten des Sozialversicherungsträgers vom Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts ausgenommen sind.²³ Eine solche Auffassung würde dem funktionalen Unternehmensbegriff widersprechen, demzufolge es darauf ankommt, ob die Merkmale, die für die Qualifikation als soziale Tätigkeit sprechen, gerade hinsichtlich des Verhaltens erfüllt sind, um welches es konkret geht.²⁴ Die Prüfung der Unternehmenseigenschaft hat sich eben nicht auf die Kasse als Ganzes entsprechend ihrer Struktur oder

²⁰ EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband) Rz 61.

²¹ EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband) Rz 62.

²² EuGH 16.3.2004, Rs C-264/01, C-354/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband) Rz 64.

²³ Zur getrennten Betrachtung von Versicherungstätigkeit und Leistungserbringung s etwa *Marhold*, *Europäischer Wettbewerb im Gesundheitswesen*, in: Tomuschat/Kötz/v Maydell (Hrsg), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen* (1995) 451 (454 ff); *ders*, *Das europäische Wirtschaftsrecht und die Gesundheitsleistungen - Auswirkungen*, in: Palm (Hrsg), *Gesundheitsleistungen ohne Grenzen in der Europäischen Union?* (1999) 48; *ders*, *Auswirkungen des Europäischen Wirtschaftsrechts auf die Sozialversicherung*, in: Theurl (Hrsg), *Der Sozialstaat an der Jahrtausendwende* (2001) 234 (237 ff); *Mossialos/McKee/Palm/Karl/Marhold*, *EU Law and the Social Character of Health Care* (2002) 169 f; *Karl*, *Competition Law and Health Care Systems*, in: McKee/Mossialos/Baeten (eds) *The Impact of EU Law on Health Care Systems* (2002) 161 (169 f).

²⁴ *Zum funktionalen Unternehmensbegriff* s *Ebsen* in Igl, *Gesundheitswesen* 33.

Organisationsform, sondern jeweils nur auf jede einzelne von ihr ausgeübte Aktivität zu beziehen.

Das Kartellverbot gelangt meines Erachtens auf Beschlüsse von Verbänden auch dann nicht zur Anwendung, wenn das Gesetz noch einen Handlungsspielraum lässt, der allerdings aufgrund gesetzlicher Anordnung nur vom Verband und nicht von den Krankenkassen selbst ausgenützt werden kann oder wenn das Gesundheitssystem so ausgestaltet ist, dass der Verband und die Kassen eine wirtschaftliche Einheit bilden, die den Kassen die Möglichkeit zu einem autonomen Marktverhalten nimmt. Hier fehlt es den beteiligten Kassen an der für eine verbotene Kartellabsprache erforderlichen wirtschaftlichen Autonomie. Ihr Zusammenwirken ist kein Beschluss einer Unternehmensvereinigung. Dem Verband kann damit zwar kein Verstoß gegen das Kartellverbot, wohl aber ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen werden, wenn die Voraussetzungen des Art 82 EGV erfüllt sind. An der erforderlichen Autonomie zu selbst bestimmtem Handeln fehlt es den Krankenkassen z.B. dann, wenn das Gesundheitssystem so ausgestaltet ist, dass die Kassen am Gesundheitsmarkt nicht als mehrere, sondern als ein Nachfrager auftreten. Sind Zulassungsvoraussetzungen, Leistungskatalog, Qualität und Preis nicht auf der Ebene der einzelnen Kassen, sondern gemeinsam und einheitlich zu gestalten, stellt ein Beschluss eines Verbands über die Zulassung von Leistungserbringern oder über den Preis medizinischer Güter und Dienstleistungen keinen Beschluss einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Art 81 Abs. 1 EGV dar.²⁵

Haben jedoch auch die einzelnen Krankenkassen und nicht nur der Verband die Möglichkeit, eine autonome Entscheidung zu treffen, handelt es sich um ein Kartell, sofern der Beschluss bzw. die Empfehlung für die Kassen rechtlich oder faktisch verbindlich ist bzw. von diesen befolgt wird.

Der Beschluss eines Verbands des Gesundheitssystems ist schließlich auch dann nicht als verbotene Kartellabsprache zu qualifizieren, wenn die zur Beschlussfassung berufenen Mitglieder der dem Verband angehörenden Krankenkassen nicht als Vertreter dieser Kassen anzusehen sind. Dies ist dann der Fall, wenn bei der Beschlussfassung nicht nur die Interessen der Kassen, sondern auch Interessen der Allgemeinheit und der Leistungsberechtigten, wie z.B. das Interesse der Landbevölkerung an einer flächendeckenden (fach)ärztlichen Versorgung, zu berücksichtigen sind.²⁶ Gleiches gilt, wenn die an der Beschlussfassung beteiligten Vertreter der Kassen von diesen unabhängig

²⁵ Sa *Schulz-Weidner/Felix*, Die Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die österreichische Sozialversicherung, SoSi 2001, 435 (447).

²⁶ Vgl. EuGH 9.6.1994, Rs C-153/93 (*Delta*) Slg 1994, I-2517 Rz 17 f; 17.11.1993, Rs C-185/91 (*Reiff*) Slg 1993, I-5801 Rz 18 f; 5.10.1995, Rs C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*) Slg 1995, I-2883 Rz 24 f; 1.10.1998, Rs C-38/97 (*Librandi*) Slg 1998, I-5955 Rz 30 und 34; 18.6.1998, Rs C-35/96 (*Kommission/Italien*) Slg 1998, I-3851 Rz 41-44.

sind oder wenn dem Beschluss fassenden Gremium eine Mehrheit von Vertretern öffentlicher Stellen angehört.²⁷

Damit stellt sich noch die Frage nach der Verantwortlichkeit des Staates. Jene nationalen Regelungen, die dem Verband eine verbotene Absprache vorschreiben, erleichtern oder in ihrer Auswirkung verstärken, sind mit dem Wettbewerbsrecht (Art 10 Abs. 2 und 86 Abs. 1 iVm Art 3 Buchstabe g und Art 81 EGV) nicht vereinbar. Ist dem Verband allerdings keine gegen das Kartellverbot verstoßende Absprache vorzuwerfen, verletzt auch der Staat nur dann seine Verpflichtungen, wenn er einer eigenen Regelung den staatlichen Charakter nimmt, indem er dem Verband die Verantwortung für Eingriffe in die Wirtschaft überträgt. Es ist dem Staat somit auch untersagt, hoheitliche Befugnisse zur Wirtschaftslenkung auf den Verband zu delegieren.²⁸

II.2. Beschränkte Zulassung von Vertragsärzten – Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?

Treten die Krankenkassen als Nachfrager nach Gesundheitsleistungen auf und sind sie dabei Nachfragemonopolisten, so erfüllen sie regelmäßig die Voraussetzung des Vorliegens einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art 82 EGV. Damit stellt sich die Frage, ob es einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung bedeutet, wenn nicht alle Ärzte zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden.

*Marhold*²⁹ ortet in der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten sowohl eine nach Art 82 Satz 2 lit b EGV verbotene Angebotsverknappung zum Schaden der Versicherten als auch einen Ausschluss der nicht zugelassenen Ärzte vom Gesundheitsmarkt, ohne dass dies die Folge eines wirtschaftlichen Wettbewerbs wäre, der darauf angelegt ist, den Mitbewerber durch die Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung zu überflügeln und ihm Kunden abzunehmen. Der Ausschluss vom Gesundheitsmarkt sei vielmehr die Folge der Ausschaltung des privaten Anbieters vom Leistungsvergleich.

Diese Auffassung ist zutreffend. Sofern ärztliche Hilfe als Sachleistung erbracht wird, befinden sich die Ärzte in einer weitgehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Krankenkassen, die sich aus unzureichenden anderweitigen Absatzmöglichkeiten und somit aus dem Fehlen wirksamen Nachfragerwettbewerbs erklärt.³⁰ Als Nachfragemonopolisten sind die Kassen zum Vertragsabschluss mit

²⁷ Vgl. EuGH 9.6. 1994, Rs C-153/93 (*Delta*) Slg 1994, I-2517 Rz 16 und 18; 17.11.1993, Rs C-185/91 (*Reiff*) Slg 1993, I-5801 Rz 17; 5.10.1995, Rs C-96/94 (*Centro Servizi Spediporto*) Slg 1995, I-2883 Rz 23 und 25.

²⁸ *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag⁶ Art 81 Rz 136.

²⁹ *In Palm, Gesundheitsleistungen 50 f; ders* in Tomuschat/Kötz/v Maydell, Integration 457 f; grundsätzlich zustimmend *Köck*, Die Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrechts auf die österreichische Sozialversicherung, in: Tomandl (Hrsg.), Der Einfluss europäischen Rechts auf das Sozialrecht, 2000, 27 (50).

³⁰ *Schröter* in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag⁶ Art 82 Rz 74.

den Ärzten verpflichtet. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, verstoßen sie gegen das Missbrauchsverbot (nach Art 82 Satz 1 EGV), sofern keine sachliche Rechtfertigung vorliegt.³¹ Demzufolge ist ein System der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten dann unzulässig, wenn bei der Auswahl der Ärzte und der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen willkürlich oder missbräuchlich vorgegangen wird. Als Rechtfertigungsgründe für die Vertragsverweigerung kommen sowohl subjektive Merkmale des Arztes, wie z.B. Befähigung oder Zuverlässigkeit, als auch die Marktverhältnisse in Betracht.

III. Die Ausnahme vom Wettbewerbsrecht für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art 86 Abs. 2 EGV

Selbst wenn ein Krankenversicherungsträger als Unternehmen zu qualifizieren ist und gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt, besteht noch immer die Möglichkeit einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. Art 86 Abs. 2 EGV sieht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, vor, dass die Wettbewerbsregeln für sie nur insoweit gelten, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Die den Krankenversicherungsträgern übertragene besondere Aufgabe liegt in der Regel in der Zurverfügungstellung einer flächendeckenden, qualitativ hochwertigen und zugleich kostengünstigen, gleichen medizinischen Versorgung für alle Leistungsberechtigten. Die Prüfung, ob ein Krankenversicherungsträger diese ihm übertragene besondere Aufgabe nur dann erfüllen kann, wenn er die europäischen Wettbewerbsregeln verletzt, kann nicht generell für alle Tätigkeiten des Trägers durchgeführt werden, sondern hat für jede einzelne Tätigkeit gesondert zu erfolgen. Bei dieser Prüfung gilt es die besondere Situation des Trägers sowie die Besonderheiten des Gesundheitsmarktes zu berücksichtigen.

Der Gesundheitsmarkt entspricht aufgrund der besonderen Situation im Gesundheitssektor nicht dem Idealbild des unverfälschten Wettbewerbs. Auf Gütermärkten unter Wettbewerbsbedingungen trägt für gewöhnlich der Nachfrager auch die finanziellen Folgen seiner Bedarfsentscheidung. Anderes gilt für den Gesundheitsmarkt: Je nachdem wie die nationalen Gesundheitssysteme ausgestaltet sind, hat der Versicherte als Nachfrager nach Gesundheitsleistungen keine oder nur einen gewissen Teil der Kosten für seine Leistungsanspruchnahme zu tragen. Dabei kommt noch eines hinzu: Der versicherte Patient ist auch kein klassischer Nachfrager. Er entscheidet in der Regel nur über den Erstkontakt mit dem Arzt und konsumiert in der Folge eine Leistung, die maßgeblich vom Arzt bestimmt und letztlich von der Krankenkasse finanziert wird.

³¹ S. Jung in Grabitz/Hilf, EGV Art 82 Rz 156; Schröter in Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag⁶ Art 82 Rz 251 ff; Grill in Lenz, EG-Vertrag² Art 82 Rz 36.

Angesichts der Kostentragung durch die Krankenkassen fragt der Patient viele Arztleistungen nach und der Arzt nützt seinen Informationsvorteil Gewinn maximierend und schafft in seiner Beratungsfunktion zusätzliche Nachfrage, die der Gesundheit mitunter sogar abträglich sein kann.³² Diesem sogenannten "Patienten- und Ärzte-Moral-Hazard" werden von den Gesundheitssystemen vor allem Zulassungsbeschränkungen, Preisfestsetzungen und Leistungsbeschränkungen entgegengesetzt.³³ Dadurch soll einer Ausdehnung der Leistungsmenge und damit steigenden Ausgaben, die die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems bedrohen, entgegengewirkt werden.

Als Grund, der die Erfüllung der besonderen Aufgabe verhindern könnte, kommt aber nicht nur die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Gesundheitssystems, sondern vor allem auch der Schutz der Gesundheit in Betracht.

Die Argumentation, dass die Krankenversicherungsträger die ihnen übertragene besondere Aufgabe nur dann erfüllen können, wenn sie etwa auf wettbewerbswidrige Preisbeeinflussungen und/oder Zulassungsbeschränkungen zurückgreifen, setzt jedoch voraus, dass es sich dabei um ein angemessenes und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügendes Mittel handelt. Die Einschränkung der Geltung der Vertragsvorschriften darf nicht weitergehen, als es für die Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich ist.³⁴

Solange und soweit eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsverletzung möglich ist, sind die Krankenversicherungsträger somit an den EG-Vertrag gebunden. Selbst eine Gesetzesänderung auf nationaler Ebene ist in Betracht zu ziehen, wenn dadurch eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsdurchbrechung sichergestellt werden kann.³⁵ Für die Anwendung des Art 86 Abs. 2 EGV ist auch dann kein Raum, wenn der Krankenversicherungsträger gar nicht in der Lage oder bereit ist, die ihm übertragene Aufgabe in befriedigender Weise selbst zu erfüllen³⁶. Ein Mitgliedstaat wird sich daher zur Rechtfertigung seines Systems der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten nicht erfolgreich auf Art 86 Abs. 2 EGV berufen können, wenn die Krankenkassen offenkundig nicht in der Lage sind, die Nachfrage der Leistungsberechtigten nach ärztlichen Leistungen zu erfüllen; sei es weil die ärztliche Versorgung durch Vertragsärzte nicht flächendeckend erfolgt oder die Qualität zu wünschen übrig lässt. Damit wird zugleich auch deutlich, dass bei der im Rahmen des Art 86 Abs. 2 EGV erfolgenden Beurteilung von staatlichen Maßnahmen am Gesundheitsmarkt nicht bloß Kosteneffekte, sondern

³² *Kletter*, Kostenerstattung und Sachleistungsvorsorge, SoSi 1994, 27 (28).

³³ *Kletter*, SoSi 1994, 28; *Kletter*, Das VfGH-Erkenntnis zur Kostenerstattung, SoSi 2000, 704 (707 f).

³⁴ *Kommission*, Entsch v 26.7.1976 (BNIA) ABl 1976, L 231/24.

³⁵ *Emmerich* in Dausies, H. II. Rz 160 unter Hinweis auf EuGH 30.4.1974, Rs 155/73 (Sacchi) Slg 1974, 409 (431); 8.6.1982, Rs C-258/78 (Nungesser) Slg 1982, 2015 (2056 f); 3.10.1985, Rs C-311/84 (Télémarketing) Slg 1985, 3261 (3275).

³⁶ Vgl EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser) Slg 1991, I-1979 Rz 25 ff.

auch qualitative Aspekte der Gesundheitsversorgung, des Zugangs zu Gesundheitsleitungen u.ä. zu berücksichtigen sind.

Summary

APPLICATION OF EUROPEAN COMPETITION LAW ON STATUTORY HEALTH INSURANCE

The European Court of Justice has over the past years clearly emphasized in its decisions that application of the European competition law cannot be generally excluded in the field of social security. Since the European competition law is applicable to commercial companies exclusively, the quintessential question is whether a health insurance provider has a status of company under the European competition law. The relevant ECJ's case-law demonstrates that health insurance providers are not uniformly considered to be companies. It is necessary to evaluate their individual activities to establish whether they are in fact social or commercial in nature. The focus should be placed on content, as well as on the kind and manner of performing a certain activity. Unlike commercial activities, social activities exclude labeling a health insurance provider as commercial company. In this case, a health insurance provider that performs a certain social task is excluded from the competition law. The ECJ will not recognize a social character of a company in case a health insurance provider performs a commercial activity on market in competition with private insurance company.

The European competition law includes prohibition of cartels (EC Treaty, art. 81), as well as prohibition of abuse of dominant position on market (EC Treaty, art. 82). Both situations may exist at the same time. Violation of prohibition of cartels may occur in case when health insurance providers reach a decision allowing providing of certain services, e.g., medical services, or reach an agreement with association of physicians. Abuse of dominant position on market may occur in case when patients' funds act as medical services seekers and, at the same time, act as monopolists. As monopolists they are obliged to conclude a contract with physicians. If they do not comply, they are violating prohibition of abuse, unless there are particularly justified reasons for such a behavior. As a consequence, the system of limited agreement with contracted physicians is not allowed if in choosing physicians and contractual terms, the health insurance provider acts with arbitrariness or abuse.

Moreover, even in case a health insurance provider, considered a commercial company, breaches European competition law, there is a possibility for non-application of competition law. The EC Treaty, in art. 86 para. 2, provides that competition law rules are applicable on commercial companies that provide entrusted services in general economic interest only if application of such rules does not hamper, legally or factually, fulfillment of special tasks that have

been transferred to them. In case a fulfillment of their tasks is possible without breaching the contract, health insurance providers are bound by provisions of the EC Treaty. Furthermore, a possibility to ensure the fulfillment of tasks without breaching a contract might be created by revision of laws on national level. Art. 86 para. 2 is not applicable if a health insurance provider is not capable of fulfilling, or not prepared to fulfill alone in satisfactory manner the entrusted tasks.

Key words: *European Court of Justice, social security, competition law, company, health insurance, prohibition of cartel, dominant position on the market, monopoly of service seekers, physicians.*

Zusammenfassung

DIE ANWENDUNG DES EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHTS AUF DIE GESETZLICHE KRANKENVERSICHERUNG

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in den vergangenen Jahren in einer Reihe von Entscheidungen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass für den Bereich der sozialen Sicherheit keine generelle Ausnahme vom Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts besteht. Da das europäische Wettbewerbsrecht nur auf Unternehmen zur Anwendung gelangt, ist von entscheidender Bedeutung, ob Krankenversicherungsträger als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen sind. Aus der einschlägigen EuGH-Judikatur ergibt sich, dass den Krankenversicherungsträgern nicht von vornherein die Unternehmenseigenschaft abzusprechen ist. Es sind vielmehr ihre einzelnen Aktivitäten primär dahingehend zu beurteilen, ob es sich dabei um soziale oder um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt. Prüfungsgegenstand müssen dabei der Inhalt sowie die Art und Weise der Durchführung der fraglichen Tätigkeit sein. Im Gegensatz zur wirtschaftlichen Tätigkeit schließt die Ausübung einer sozialen Tätigkeit die Unternehmenseigenschaft des Krankenversicherungsträgers aus. Das heißt, insoweit der Krankenversicherungsträger eine soziale Aufgabe wahrnimmt, ist er vom Wettbewerbsrecht ausgenommen. Der soziale Charakter wird vom EuGH dann verneint, wenn der Sozialversicherungsträger eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen ausübt.

Das europäische Wettbewerbsrecht enthält ein Kartellverbot (Art 81 EGV) sowie ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EGV). Beide Tatbestände können auch nebeneinander zur Anwendung gelangen. Gegen das Kartellverbot kann etwa dadurch verstoßen werden, dass Krankenkassen-Verbände über die Zulassung von Leistungserbringern, wie zB von Ärzten, beschließen oder darüber Vereinbarungen mit deren Verbänden

treffen. Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung kann etwa dann vorliegen, wenn Krankenkassen als Nachfrager nach Gesundheitsleistungen auftreten und dabei Nachfragemonopolisten sind. Als Nachfragemonopolisten sind sie zum Vertragsabschluss mit den Ärzten verpflichtet. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, verstoßen sie gegen das Missbrauchsverbot, sofern keine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Demzufolge ist ein System der beschränkten Zulassung von Vertragsärzten dann unzulässig, wenn bei der Auswahl der Ärzte und der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen willkürlich oder missbräuchlich vorgegangen wird.

Selbst wenn ein Krankenversicherungsträger als Unternehmen zu qualifizieren ist und gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt, besteht aber noch immer die Möglichkeit einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. Art 86 Abs 2 EGV sieht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, vor, dass die Wettbewerbsregeln für sie nur insoweit gelten, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Solange und soweit eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsverletzung möglich ist, sind die Krankenversicherungsträger an den EG-Vertrag gebunden. Selbst eine Gesetzesänderung auf nationaler Ebene ist in Betracht zu ziehen, wenn dadurch eine Aufgabenerfüllung ohne Vertragsdurchbrechung sichergestellt werden kann. Für die Anwendung des Art 86 Abs 2 EGV ist auch dann kein Raum, wenn der Krankenversicherungsträger gar nicht in der Lage oder bereit ist, die ihm übertragene Aufgabe in befriedigender Weise selbst zu erfüllen.

Schlüsselwörter: *Europäischer Gerichtshof, soziale Sicherheit, Wettbewerbsrecht, Unternehmen, Krankenversicherung, Kartellverbot, marktbeherrschende Stellung, Nachfragemonopol, Ärzte.*

Sommario

APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA ALL'ASSICURAZIONE MALATTIE OBBLIGATORIA

La Corte di giustizia europea ha chiaramente evidenziato nelle sue decisioni degli ultimi anni che l'applicazione del diritto europeo della concorrenza non può essere generalmente escluso nel campo della sicurezza sociale. Siccome il diritto europeo della concorrenza è applicabile esclusivamente alle imprese, la questione fondamentale è se il fornitore di assicurazione malattie assuma la figura di impresa commerciale nel diritto europeo alla concorrenza. La prassi giurisprudenziale rilevante della Corte di giustizia europea dimostra

che i fornitori di assicurazione malattie non sono uniformemente considerati come imprese. È necessario valutare le loro specifiche attività per stabilire se sono in concreto di natura sociale o commerciale. Il punto dovrebbe essere individuato nel contenuto, così come nel tipo e nel modo di svolgimento di una determinata attività. Diversamente dalle attività commerciali, le attività sociali non consentono di definire un fornitore di assicurazione malattie come impresa commerciale. In questo caso, un fornitore di assicurazione malattie che adempie un determinato compito sociale è escluso dal diritto della concorrenza. La Corte di giustizia europea non riconosce il carattere sociale di un'impresa nel caso un fornitore di assicurazione malattie svolga un'attività commerciale sul mercato in concorrenza con imprese assicuratrici private.

Il diritto europeo della concorrenza include il divieto di cartello (art. 81, Trattato della Comunità Europea), così come il divieto di abuso di posizione dominante sul mercato (art. 82, Trattato CE). È possibile la coesistenza delle due situazioni. La violazione del divieto di cartello può occorrere nel caso i fornitori di assicurazione malattie adottino una decisione per permettere la fornitura di determinati servizi, ad esempio i servizi medici, o raggiungano un accordo con associazioni di medici. L'abuso di posizione dominante sul mercato può accadere nel caso i fondi di pazienti agiscano come richiedenti di servizi e, al tempo stesso, operino come monopolisti. Come monopolisti sono obbligati a concludere un contratto con i medici. Se non ottemperano, violano il divieto di abuso, a meno che esistano ragioni particolarmente giustificate per tale comportamento. Di conseguenza, il sistema di accordo limitato con i medici contraenti non è consentito se nella scelta dei medici e dei termini contrattuali il fornitore di assicurazione malattie agisce in modo arbitrario o abusivo.

Inoltre, anche in caso un fornitore di assicurazione malattie, considerato un'impresa commerciale, violi il diritto europeo della concorrenza, è possibile la disapplicazione del diritto della concorrenza. L'art. 86 par. 2 Trattato CE stabilisce che le regole del diritto della concorrenza sono applicabili alle imprese commerciali che eseguono i servizi affidati nell'interesse economico generale solo se l'applicazione di tali regole non impedisce legalmente o fattivamente l'adempimento di speciali compiti che sono stati affidati loro. Nel caso l'adempimento dei loro compiti sia possibile senza la violazione del contratto, i fornitori di assicurazione malattie sono vincolati alle disposizioni del Trattato CE. Ancora, la possibilità di assicurare l'adempimento dei compiti senza la violazione del contratto può essere ottenuta dalla revisione della legislazione a livello nazionale. L'art. 86 par. 2 Trattato CE non è applicabile se il fornitore di assicurazione malattie non è in grado di adempiere i compiti affidati, o non è preparato a farlo in modo soddisfacente.

Parole chiave: *Corte di giustizia europea, sicurezza sociale, diritto della concorrenza, impresa, assicurazione malattie, divieto di cartello, posizione dominante sul mercato, monopolio dei richiedenti servizi, medici.*