



Der Präsident des Bundessozialgerichts

Bundessozialgericht - 34114 Kassel

Bundesministerium für Gesundheit
- Referat 222 -
Berlin

Per E-Mail an: 222@bmg.bund.de
Cc: Jan.Glindemann@bmg.bund.de

nachrichtlich
Bundesministerium für Arbeit
und Soziales
- Referat IVa1 -
Berlin

Per E-Mail an: IVa1@bmas.bund.de
Cc: renate.freund@bmas.bund.de

HAUSANSCHRIFT Graf-Bernadotte-Platz 5,
34119 Kassel

POSTANSCHRIFT Postfach, 34114 Kassel

TEL +(49) 561 3107-325

FAX +(49) 561 3107-398

ANSPRECHPERSON Herr Scholz

ABTEILUNG Zentralabteilung

E-MAIL bundessozialgericht@bsg.bund.de

AKTENZEICHEN 610

DATUM 24. April 2019

Entwurf eines Gesetzes für eine faire Kassenwahl in der gesetzlichen Krankenversicherung (Faire-Kassenwahl-Gesetz - GKV-FKG)

Mein Schreiben vom 16. April 2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

nach Anhörung der Richterinnen und Richter des Bundessozialgerichts zu o.a.
Gesetzesentwurf gebe ich für das Bundessozialgericht folgende Stellungnahme ab:

1. Der bisher vorgesehene Artikel 1 GKV-FKG - Änderung des Sozialgerichtsgesetzes - sollte ersatzlos entfallen.
- a) Nach Artikel 1 GKV-FKG werden in § 51 Absatz 3 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch ... geändert worden ist, nach dem Wort „betreffen“ die Wörter „sowie Streitigkeiten nach § 4a Absatz 7 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch“ eingefügt.
Nach der Begründung des Entwurfs sollen Auslegungsdivergenzen vermieden werden, die erst im Wege der Befassung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS-OGB) ausgeräumt werden könnten.
- b) Der Gesetzesentwurf droht, die Rechtsunsicherheit zu schaffen, die er nach seiner Begründung gerade vermeiden will. Der Referentenentwurf stellt die hierzu geltende Rechtslage unzutreffend dar.

ZUSTELL- UND LIEFERANSCHRIFT Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel
VERKEHRSANBINDUNG ICE-Bahnhof KS-Wilhelmshöhe

Hinsichtlich der Verarbeitung Ihrer personenbezogenen Daten verweisen wir auf die Datenschutzerklärung und Informationen nach Artikel 13 und 14 Datenschutz-Grundverordnung auf unserer Internetseite (www.bundessozialgericht.de).



Für Streitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen über die Zulässigkeit von Maßnahmen der Mitgliederwerbung ist nach einhelliger Rechtsprechung gemäß § 51 Abs. 1 SGG der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet (vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 9.11.2006 – I ZB 28/06 –, juris Rn. 11; BGH, Beschluss vom 15.1.1998 - I ZB 20/97, GRUR 1998, 744, 745; BSGE 82, 78 = SozR 3-2500 § 4 Nr. 1; GmS-OGB, Beschluss vom 10.7. 1989, BGHZ 108, 284 = SozR 1500 § 51 Nr. 53). Maßgeblich ist hierfür, dass das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis der gesetzlichen Krankenkassen untereinander durch Vorschriften des SGB gesondert geregelt ist. Nur wenn Verstöße nicht hierauf beruhen, sondern ausschließlich auf der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Normen, deren Beachtung auch jedem privaten Mitbewerber obliegt, beansprucht die Rechtsprechung des BGH für die Zivilgerichtsbarkeit eine Rechtswegzuständigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 9.11.2006 – I ZB 28/06 –, juris Rn. 13 f.).

Würde durch Artikel 1 GKV-FKG der Zivilgerichtsbarkeit eine Rechtswegzuständigkeit für Streitigkeiten nach § 4a Absatz 7 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch zuerkannt, begründete dies Doppelzuständigkeiten mit der Sozialgerichtsbarkeit. Die Sozialgerichtsbarkeit ist mit denselben Rechtsfragen im Leistungsrecht (Ansprüche aus §§ 13 bis 15 SGB I), Status- und Beitragsrecht (z.B. Wirksamkeit von Sonderkündigungsrechten wegen Einführung oder Erhöhung von Zusatzbeiträgen gemäß § 175 Absatz 4 Satz 5 und 6 iVm § 242 Absatz 1 SGB V), Leistungserbringungsrecht (z.B. Frage nach der zuständigen Krankenkasse als Kostenträger) und Aufsichtsrecht befasst. Artikel 1 GKV-FKG würde damit eine bisher nicht bestehende Rechtswegzersplitterung herbeiführen, die punktuelle Rechtsklarheit erst nach Anrufung und Entscheidung des GmS-OGB verspricht, bei äußerst schnellem Verlauf somit frühestens erst nach mehr als zehn Jahren.

Die Begründung zu Artikel 1 GKV-FKG vernachlässigt, dass die Sozialgerichtsbarkeit - anders als die ordentliche Gerichtsbarkeit - jahrzehntelange Erfahrung mit Streitigkeiten über die Zulässigkeit von Maßnahmen der Mitgliederwerbung unter der auch künftig unerlässlichen Einbeziehung der Wertungen des SGB hat (vgl. z.B. bereits zum früheren Recht BSGE 36, 238 = SozR Nr. 64 zu § 51 SGG; BSGE 56, 140 = SozR 1500 § 51 Nr. 84; BSG SozR 1500 § 55 Nr. 31; BSGE 63, 144 = SozR 2200 § 517 Nr. 11; zur neueren Rechtslage z.B. BSGE 82, 78 = SozR 3-2500 § 4 Nr. 1).

Die gesetzlichen Krankenkassen befinden sich nicht in einer als "privat" zu qualifizierenden Stellung als Wettbewerber (vgl. BSG, Urteil vom 24.9.2008 – B 12 KR 10/07 R –, SozR 4-2500 § 265 Nr. 1 Rn.39; BSG, Urteil vom 24.1.2003 - B 12 KR 19/01 R = BSGE 90, 231, 265 = SozR 4-2500 § 266 Nr. 1; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 9.6.2004, 2 BvR 1248/03 ua, SozR 4-2500 § 266 Nr. 7 Rn. 19 ff.; BVerfG, Senatsbeschluss vom 18.7.2005 - 2 BvF 2/01 = BVerfGE 113, 167, 199, 232 ff. = SozR 4-2500 § 266 Nr. 8, Rn. 48, 124 ff.). An der Maßgeblichkeit des Sozialrechts ändert es nichts, wenn zur Konkretisierung seiner Anforderungen die Vorschriften des UWG herangezogen worden sind, um die Voraussetzungen eines lautereren Wettbewerbs der Krankenkassen zu konkretisieren (BSG, Urteil vom 2.2.1984 – 8 RK 41/82 – BSGE 56,

140 = SozR 1500 § 51 Nr. 34, SozR 2200 § 516 Nr. 1 = juris Rn. 27). Das UWG gibt insoweit einen Mindeststandard für das lautere Handeln im Wettbewerb vor, der aber durch die besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen der Krankenkassen überlagert werden kann.

Schon nach bisher geltendem Recht folgt aus der Verpflichtung zur Zusammenarbeit, der gemeinsamen Verantwortung für die Durchführung der Krankenversicherung und auch aus der Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaften ein die Krankenkassen treffendes Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme. Es ist in Bezug auf die Mitgliederwerbung dahingehend zu konkretisieren, dass um neue Mitglieder nur sachbezogen geworben werden darf (BSG, Urteil vom 2.2.1984 – 8 RK 41/82 – BSGE 56, 140 = SozR 1500 § 51 Nr. 34, SozR 2200 § 516 Nr. 1 = juris Rn. 27; BSG, Urteil vom 31.3.1998 – B 1 KR 9/95 R - BSGE 82, 78 = SozR 3-2500 § 4 Nr. 1 = juris Rn. 12). Die Krankenkassen sind daher gegenseitig verpflichtet, sich bei der Mitgliederwerbung auf solche Leistungen oder Umstände zu beschränken, die sich innerhalb des ihnen gesetzlich überantworteten Aufgabenspektrums bewegen. Eine Werbung ist ohne Bezug zu den gesetzlichen Aufgaben der Krankenkassen und damit unsachlich, wenn und soweit sie nicht die Leistungen zum Gegenstand hat, für die die gesetzliche Krankenversicherung eingerichtet worden ist. In solchen Fällen haben die anderen Krankenkassen bereits heute das Recht, Unterlassung von der Krankenkasse zu verlangen, welche die Grenzen des Erlaubten überschritten hat.

Auch privatrechtlich organisierte Dritte wie etwa private Krankenversicherungsunternehmen können gesetzliche Krankenkassen nach geltendem Recht vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit auf Unterlassung von wettbewerbsbeeinträchtigendem Verhalten in Anspruch nehmen, das auf der Missachtung gesetzlicher Tätigkeitsgrenzen beruht (vgl. BSG, Urteil vom 12.3.2013 – B 1 A 2/12 R – BSGE 113, 114 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 33, Rn. 23 m. w. N.; vgl. auch BSG, Urteil vom 13.11.2011 - B 1 KR 9/11 R - SozR 4-2500 § 133 Nr. 6 Rn. 39 m. w. N.).

Soweit es bei Anwendung des § 4a Abs. 7 SGB V (idF des GKV-FKG) um Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche einzelner Krankenkassen gegen andere im Zusammenhang mit dem Risiko-Struktur-Ausgleich (RSA) geht, kann sich die drohende Rechtswegzersplitterung geradezu als Sprengsatz für die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) erweisen: Entsteht Rechtsklarheit in Fragen des RSA erst nach Jahrzehnten wegen langwieriger Hauptsacheverfahren unter Anrufung des GmS-OGB, sodass die betroffenen Krankenkassen über viele Jahre mit erheblichen Rückstellungen haushalten müssen, bedroht die durch das GKV-FKG hiermit erzeugte langwierige Rechtsunsicherheit einen fairen Wettbewerb und ist mit den Grundsätzen der Beitragsfinanzierung nicht kompatibel.

2. Sollte es bei den im Referentenentwurf des GKV-FKG vorgesehenen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen einzelner Krankenkassen gegen andere im Zusammenhang mit dem RSA verbleiben (vgl. aber unten, 3., zu Artikel 4 Nr. 2 GKV-FKG, § 4a Absatz 7

SGBG V neu), sollte in einer neuen Regelung des SGG hierfür die ausschließliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vorgesehen werden:

Artikel 1 GKV-FKG (neu) - Änderung des Sozialgerichtsgesetzes - sollte lauten:
Nach Artikel 1 GKV-FKG (neu) werden in § 29 Absatz 3 Nr. 1 des Sozialgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), das zuletzt durch ... geändert worden ist, nach dem Wort „zwischen“ die Wörter „gesetzlichen Krankenkassen untereinander betreffend den Risikostrukturausgleich sowie“ eingefügt.

Begründung für Artikel 1 GKV-FKG (neu):

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen entscheidet bereits nach geltender Rechtslage im ersten Rechtszug über Streitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen oder ihren Verbänden und dem Bundesversicherungsamt betreffend den Risikostrukturausgleich. Diese Spezialkompetenz soll wegen der Vertrautheit des Gerichts mit der komplexen Materie und dem Gebot, schnellen effektiven Rechtsschutz zu gewähren, auch auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche einzelner Krankenkassen gegen andere im Zusammenhang mit dem Risikostrukturausgleich erstreckt werden.

3. Artikel 4 Nr. 2 GKV-FKG - Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sollte geändert werden.
 - a) Nach § 4a Absatz 7 Satz 1 SGB V (neu) können Krankenkassen von anderen Krankenkassen die Beseitigung und Unterlassung unzulässiger Maßnahmen verlangen, die geeignet sind, ihre Interessen im Wettbewerb zu beeinträchtigen. Nach der Entwurfsbegründung sollen ua Maßnahmen einbezogen sein wie etwa die verbotene Beeinflussung ärztlicher Diagnosen, um höhere Zuweisungen im Rahmen des RSA zu erzielen. Solche Korrekturen sind im Entwurf des GKV-FKG nicht hinreichend mit dem RSA verzahnt. Sie sollten im Interesse schneller, effektiver Rechtsbereinigung unmittelbar in die Vorschriften über die Sicherung der Datengrundlagen für den Risikostrukturausgleich (Artikel 4 Nr. 25 GKV-FKG, § 273 SGB V neu) integriert werden. Hierzu kann eine Verpflichtung des BVA vorgesehen werden, auf begründeten Antrag einer Krankenkasse die Daten der betroffenen Krankenkasse zu überprüfen.
 - b) Nach § 4a Absatz 7 Satz 2 SGB V (neu) gelten für die Geltendmachung des Anspruchs aus § 4a Absatz 7 Satz 1 SGB V (neu) § 12 Absatz 1 bis 3 und die §§ 13 bis 15 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entsprechend. Die Verweisung auf § 15 UWG sollte ersatzlos entfallen. Die Einigungsstellen nach § 15 UWG sind von den Landesregierungen bei Industrie- und Handelskammern zur Beilegung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten errichtet, in denen ein Anspruch auf Grund des UWG geltend gemacht wird. Ihre Zusammensetzung ist nicht auf die Besonderheiten zugeschnitten, die den Kassenwettbewerb auch nach dem Entwurf des GKV-FKG prägen (vgl. etwa § 4a Absatz 1 SGB V neu).

4. Artikel 4 Nr. 13 und 14 GKV-FKG sollte ersatzlos entfallen. Die Regelungen betreffen Organisationsänderungen im GKV-Spitzenverband. Geplant ist die Zusammensetzung des Verwaltungsrates des GKV-Spitzenverbandes durch hauptamtliche Vorstände der Krankenkassen. Nach bisher geltendem Recht muss ein Mitglied des Verwaltungsrates dem Verwaltungsrat, dem ehrenamtlichen Vorstand oder der Vertreterversammlung einer Mitgliedskasse angehören. Diese Zuordnung sorgt für durch demokratische Wahlen legitimierte Vertreter als Ausdruck der sozialen Selbstverwaltung. Sie sichert sozialen Frieden durch Vertrauen in das Miteinander zwischen den Partnern der sozialen Selbstverwaltung. Auf diese Werte sollte nicht ohne Not verzichtet werden.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung

Prof. Dr. Voelzke

Dieses Schreiben wurde elektronisch erstellt und ist auch ohne Unterschrift gültig.