

Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung¹

Dr. Andreas Hänlein, München, und Dr. Jürgen Kruse, Nürnberg

Spätestens seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Molenaar², Kohl³ und Decker⁴ ist es auch in das Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit gerückt, dass Entscheidungen des EuGH von – mehr oder weniger großer – Bedeutung für das deutsche Sozialversicherungssystem sein können. Die genannten Entscheidungen betrafen sämtlich Sachverhalte, die dem europäischen Sozialrecht, namentlich dessen „Grundgesetz“, nämlich der Verordnung (EWG) 1408/71, unterlagen.

Eine weitere Facette des insgesamt zunehmenden Einflusses des Europarechts auf das Sozialrecht der Bundesrepublik soll mit der vorliegenden Untersuchung beleuchtet werden. Es geht um die Frage, inwieweit Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts, die einen Teil des europäischen Wirtschaftsrechts bilden, für die Tätigkeit insbesondere der deutschen gesetzlichen Krankenkassen relevant sind. „Angestoßen“ wurde die Untersuchung durch nationale Gerichte, die das europäische Wettbewerbsrecht ins Blickfeld gerückt und zum Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen gemacht haben.

A. „Steine des Anstoßes“

I. Festbetragsfestsetzung

1. Die Sachverhalte⁵

In einer Reihe von Fällen⁶ haben sich in letzter Zeit Hersteller von Arznei- oder Hilfsmitteln gegen die Festsetzung von Festbeträgen für die von ihnen vertriebenen Produkte gewandt.

Die Antragsteller – es handelte sich um Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes – vertraten dabei häufig die Auffassung, dass die jeweils einschlägigen Bestimmungen gegen das Grundgesetz verstießen und in Widerspruch zum europäischen Wettbewerbsrecht stünden.

Dieses letztgenannte Argument haben auch die Zivilgerichte⁷ herangezogen, die sich mit Anträgen von Herstel-

lern von Hilfs- oder Arzneimitteln gegen die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen von wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zu befassen hatten. Das OLG Düsseldorf sprach dem Unternehmen Procter & Gamble GmbH, das u. a. Inkontinenzmittel herstellt, einen auf §§ 823 II, 1004 (analog) BGB i. V. m. Art. 85 I und II EGV (a. F.) gestützten Unterlassungsanspruch zu. Dieser richtet

1) Den Beitrag widmen wir Herrn Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell aus Anlass seines 65. Geburtstages am 19. 7. 1999. Zu seinen Ehren fand am 26. 7. 1999 in Berlin ein wissenschaftliches Colloquium statt, bei dem die Verfasser einen Vortrag hielten, auf dem dieser Beitrag aufbaut. Die Ergebnisse des Colloquiums sollen in einem Tagungsband zusammengefasst werden.

2) EuGH, Urteil vom 5. 3. 1998 – Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843 = NJW 1998, 1767.

3) EuGH, Urteil vom 28. 4. 1998 – Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1931 = NJW 1998, 1769.

4) EuGH, Urteil vom 28. 4. 1998 – Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1831 = NJW 1998, 1771.

5) Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die zivilgerichtlichen Entscheidungen des OLG Düsseldorf, Urt. vom 28. 8. 1998 – U (Kart.) 19/98 – NZS 1998, 567 und des LG Düsseldorf, Beschluss vom 6. 1. 1999 – 34 O (Kart.) 182/98 –.

6) Neben den Kartellgerichten, die mit den hier zu behandelnden zivilgerichtlichen Entscheidungen befasst waren, haben sich auch Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit bis hin zum BSG mit der Problematik befasst: BSG, Beschluss vom 14. 6. 1995 – 3 RK 20/94 – NZS 1995, 502 ff.; LSG Niedersachsen, Beschluss vom 11. 5. 1998 – L 4 KR 161/97 ER –; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 18. 2. 1998 – L 5 EA-K 2/98 –; LSG für das Saarland, Beschluss vom 18. 8. 1998 – L 2 K 4/97 S –; LSG NRW, Beschluss vom 26. 10. 1995 – L 16 SKr 31/95 –; LSG NRW, Beschluss vom 12. 10. 1995 – L 16 SKr 30/95 –; Bayerisches LSG, Beschluss vom 5. 8. 1998 – L 4 B 128/98 KR ER –; SG München, Beschluss vom 9. 11. 1998 – S 2 KR 53/98 ER –; SG München, Beschluss vom 25. 11. 1998 – S 18 KR 6/98 ER –; SG München, Beschluss vom 16. 4. 1998 – S 18 KR 608/97 ER – (sämtlich n. v.). Es handelte sich jeweils um Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Die Hersteller waren in diesen Verfahren teilweise erfolgreich (die aufschiebende Wirkung der Festsetzung von Festbeträgen wurde angeordnet: LSG Nds., Rh.-Pf., Bayern), teilweise erfolglos (Zurückweisung der entsprechenden Anträge: LSG des Saarlandes und NRW).

7) OLG Düsseldorf, Urt. vom 28. 8. 1998 – U (Kart.) 19/98 – NZS 1998, 567; LG Düsseldorf, Beschluss vom 6. 1. 1999 – 34 O (Kart.) 182/98 –, vgl. dazu den Bericht in der FAZ vom 8. 1. 1999, S. 13.

sich gegen die Aufrechterhaltung von Festbeträgen, die die Antragsgegner für die von dem Unternehmen hergestellten Hilfsmittel festgelegt hatten. In die gleiche Richtung zielt auch die zitierte Entscheidung des *LG Düsseldorf*, die es den Krankenkassen im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, die von ihnen festgelegten Festbeträge für Arzneimittel (hier: morphinhaltige Arzneimittel) aufrechtzuerhalten.

Soweit sich ein Hersteller vor den Sozialgerichten gegen die Festsetzung von Festbeträgen gewendet hat, wurde in den meisten der bislang entschiedenen Fälle entgegen § 35 VII SGB V vorläufiger Rechtsschutz gewährt. Das *LG Düsseldorf* hatte es in der soeben erwähnten Entscheidung, die zugunsten des antragstellenden Herstellers ausfiel, zwar prozessual insofern mit einer anderen Situation zu tun, als es über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde der betroffenen Spitzenverbände der GKV gegen die einstweilige Verfügung zu entscheiden hatte und diese verneinte. Das liegt in der Sache jedoch auf der Linie der überwiegenden Zahl von vergleichbaren sozial- oder zivilgerichtlichen Entscheidungen.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Festbetragsregelungen nach §§ 35 und 36 SGB V

Im Zusammenhang mit der Festsetzung von Festbeträgen haben in der Rechtsprechung sowohl verfassungs- als auch europarechtliche Fragen eine entscheidende Rolle gespielt. Diese Untersuchung konzentriert sich jedoch auf die Fragen des Europarechts. Zum verfassungsrechtlichen Problemkomplex soll ein kurzer Hinweis darauf genügen, dass die Dinge hier aufgrund eines Vorlagebeschlusses des 3. *Senats des Bundessozialgerichts*⁸ aus dem Jahre 1995 in der Schwebe sind. Bekanntlich hat der *Senat* in einem Fall, in dem sich ein Arzneimittelhersteller gegen die Festbetragsfestsetzung nach § 35 SGB V gewandt hatte, das Verfahren nach Art. 100 I GG ausgesetzt und die Entscheidung des *BVerfG* dazu eingeholt, „ob § 35 SGB V hinsichtlich der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel deswegen gegen die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie (Art. 20 GG), gegen Art. 80 GG oder gegen Art. 12 GG verstößt, weil die Festsetzung nicht als Rechtsnorm durch dazu legitimierte Rechtsetzungsorgane, sondern durch Verwaltungsbehörden erfolgt“. Eine Klärung dieser Frage durch das *Bundesverfassungsgericht* ist bislang noch nicht erfolgt.

3. Europarechtliche Bedenken gegen die Festbetragsregelungen nach §§ 35 und 36 SGB V

In den beiden bereits angesprochenen Entscheidungen des *OLG* bzw. des *LG Düsseldorf*⁹ werden die Krankenkassen als am Gesundheitsmarkt teilnehmende Unternehmen im Sinne des Art. 85 I EGV, ihre Verbände als Unternehmensvereinigungen im Sinne derselben Norm eingestuft¹⁰. Über die Festlegung von Festbeträgen hätten sie als die maßgeblichen Nachfrager die Möglichkeit, mittelbar die Ankaufspreise für Hilfsmittel bzw. Arzneimittel zu bestimmen. Genau dieses Recht komme aber nach europäischem Wettbewerbsrecht einem Marktteilnehmer nicht zu, sondern könne nur von einer nicht am Markt beteiligten Instanz, insbesondere natürlich dem Gesetzgeber, ausgeübt werden.

II. Erlaß und Anwendung von Arzneimittelrichtlinien

Das *LG Hamburg*¹¹ untersagte im Wege einer einstweiligen Verfügung vom 31. 3. 1999 die Veröffentlichung der 8. Novelle der Arzneimittelrichtlinien. Diese konnten damit nicht wie geplant zum 1. 4. 1999 in Kraft treten. Die Besonderheit der Neufassung bestand darin, dass bestimmte Präparate ganz von der Kostentragung durch die GKV aus-

genommen werden sollten. Bisher hatte es immer nur Empfehlungen gegeben, welche Arzneimittel unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit besser nicht verordnet werden sollten.

Wie in Hamburg waren zunächst in Düsseldorf und München¹² (jeweils LG) gleichartige Verfahren anhängig. Zwischenzeitlich hat das *LG München I* durch Endurteil, das am 30. 6. 1999 verkündet wurde, den Antrag eines Arzneimittelherstellers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Bekanntmachung der neuen Arzneimittelrichtlinien durch den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen sowie gegen deren Anwendung durch die gesetzlichen Krankenkassen als unbegründet abgelehnt. Die Entscheidung des *LG Düsseldorf* lag bei Fertigstellung des Manuskriptes noch nicht vor.

III. Markanter Unterschied zwischen den beiden Gegenständen der zivilgerichtlichen Entscheidungen

In den „Düsseldorfer Fällen“ richteten sich die Angriffe der Hersteller gegen die Festsetzung der Festbeträge für Arzneimittel nach § 35 III 1 bzw. für Hilfsmittel nach § 36 II 1 SGB V.

Diese Festsetzung erfolgt allein durch die Spitzenverbände der Krankenkassen (im Falle der Arzneimittel)¹³ bzw. durch die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen (im Falle der Hilfsmittel)¹⁴. Diese Festzstellung ist für das hier zu untersuchende Thema wichtig, weil die Krankenkassen im System der gesetzlichen Krankenversicherung gleichsam die Nachfrageseite gegenüber der Angebotsseite der Leistungserbringer bilden. Sie sind Marktteilnehmer insoweit, als ihre Entscheidung über die Leistungsgewährung bzw. Kostentragung jedenfalls in den allermeisten Fällen vorbestimmt, welches Präparat oder welches Hilfsmittel ein Versicherter wählt.

Anders verhält es sich im Hinblick auf die Arzneimittelrichtlinien, über die von den LG'en in Hamburg und München (und demnächst auch in Düsseldorf) zu entscheiden war. Sie werden von den Bundesausschüssen der Ärzte/Zahnärzte und Krankenkassen auf der Grundlage von § 92 I 1 und 2 Nr. 6 SGB V erlassen. Bei der Beschlussfassung über die Arzneimittelrichtlinien könnte dem Aspekt, dass in Gestalt der Krankenkassen ein Nachfrager über die Regeln entscheidet, nach denen sich das Leistungsgeschehen richtet, deutlich weniger Gewicht zukommen. Diese Frage ist im Abschnitt C. zu untersuchen. Zu erwähnen ist noch, dass der Bundesausschuss nach § 35 I 1 SGB V dazu berufen ist, zu entscheiden, für welche Gruppen von Arzneimitteln überhaupt Festbeträge festgesetzt werden können. Die oben bereits angesprochene eigentliche Festsetzung der

8) BSG, Beschluss vom 14. 6. 1995 – 3 RK 20/94 – NZS 1995, 502.

9) S. bei Fn. 7.

10) In diesem Zusammenhang bedarf es einer Abgrenzung zwischen Art. 30 EGV, der für „staatliche Maßnahmen“ gilt und diese einem allgemeinen Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen sowie aller vergleichbar wirkenden Maßnahmen unterwirft; dazu *Maassen*, Verfassungs- und EG-rechtliche Grundanforderungen an Maßnahmen der Kostendämpfung im Arzneimittelbereich, *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 1996, S. 145 ff. [152]. Problematisch wird diese Abgrenzung immer dann, wenn „(öffentliche) Unternehmen“ im Sinne des EG-Rechts eine staatliche Befugnis zur Marktregulierung erhalten.

11) *LG Hamburg*, Beschluss vom 31. 3. 1999 – 315 O 143, 129, 115/99 – n. v.; bei Drucklegung lag noch keine Begründung vor, s. aber die Berichte in der *FAZ* vom 3. 4. 1999, S. 13 sowie in der *SZ* 7. 4. 1999, S. 4 und vom 9. 4. 1999, S. 4, in denen auf die Entscheidung Bezug genommen wird; s. auch *Rebscher*, Wie ich es sehe – Bundesausschuss im Streik, *ErsK* 6/99.

12) *LG München I*, Urteil vom 30. 6. 1999 – 21 O 5205/99 – n. v.; zu dieser Entscheidung ein erster Bericht in der *Ärzte Zeitung* vom 15. 7. 1999, S. 1 sowie die Analyse von *Laschet*, „Der Bundesausschuss hat eine soziale und hoheitliche Aufgabe“, *Ärzte Zeitung* vom 15. 7. 1999, S. 6.

13) Nach Maßgabe des § 35 VI iVm § 213 II und III SGB V.

14) Nach Maßgabe des § 36 IV iVm § 213 II SGB V.

Festbeträge durch die Spitzenverbände der Krankenkassen ist auf diese Weise zumindest gegenständlich eingeschränkt.

Die vorstehenden Ausführungen sind für die folgende wettbewerbsrechtliche Beurteilung von erheblicher Bedeutung. Denn soweit sich eine Möglichkeit zur Beeinflussung des Marktgeschehens für einen Marktteilnehmer nicht bietet, ist die entsprechende Fallkonstellation wettbewerbsrechtlich naturgemäß anders zu beurteilen, als wenn ein Marktteilnehmer über die Möglichkeit verfügt, die Preisfestsetzung zu beeinflussen. Unter diesem Gesichtspunkt muss die anstehende Entscheidung des *LG Düsseldorf* mit besonderer Spannung erwartet werden, da dann vom selben Gericht Entscheidungen sowohl bezüglich der Festbetragsfestsetzung als auch bezüglich der Arzneimittelrichtlinien vorliegen werden.

Im folgenden werden zunächst die auf europäischem Recht beruhenden wettbewerbsrechtlichen Grundlagen erläutert und in einen eher abstrakten Bezug zum nationalen Krankenversicherungsrecht gestellt (unter B.). Anschließend wird in einem dritten Abschnitt (C.) versucht, konkrete Folgerungen aus dieser rechtlichen Situation zu ziehen und die möglichen Auswirkungen auf das deutsche Krankenversicherungsrecht einzuschätzen.

B. Europäisches Kartellrecht und Leistungserbringung in der Sozialversicherung – wettbewerbsrechtliche Grundlagen

I. Die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts im System der sozialen Sicherheit

Die Beantwortung der Frage, was die gemeinsamen Regeln des EG-Vertrages über den Wettbewerb, insbesondere die Art. 81 (ex. Art. 85) und 82 (ex. Art. 86) EGV, für Sozialversicherungsträger und Leistungserbringer besagen, erfordert zunächst die Klärung der Vorfrage, ob das EG-Kartellrecht auf die Leistungserbringung im Rahmen der sozialen Sicherheit überhaupt angewendet werden kann.

1. Keine Bereichsausnahme für die soziale Sicherheit

Sozialversicherungsträger neigen zu der Auffassung, aus der ausdrücklichen Erwähnung der Sozialpolitik in den Bestimmungen über Aufgaben und Ziele der Gemeinschaft folge, dass der Sozialsektor nicht unter die Wettbewerbsregeln des Vertrages falle¹⁵. Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend, denn die Wettbewerbsregeln sind nur dort a priori unanwendbar, wo der Vertrag dies ausdrücklich anordnet¹⁶. Ausdrücklich ausgenommen sind insbesondere die Landwirtschaft (Art. 36 I EGV) und das militärische Beschaffungswesen (Art. 296 I b EGV). Für den Sozialsektor fehlt eine solche Regelung. Dementsprechend hat der *Europäische Gerichtshof* in einer Reihe von Entscheidungen im einzelnen geprüft, ob die Voraussetzungen der einschlägigen Regeln des Art. 81 und 82 des Vertrages erfüllt waren¹⁷. Damit hat er implizit die Existenz einer Bereichsausnahme verneint¹⁸.

2. Keine Ausnahme für kollektivvertraglich geregelte Beziehungen außerhalb des Arbeitsrechts

Legitime Zonen ohne Wettbewerb sind ferner dort denkbar, wo hergebrachterweise ein Regime von Kollektivverträgen herrscht. Generalanwalt *Jacobs* hat in der Rechtssache *Albany International* den Standpunkt vertreten, dass Kollektivverträge unter bestimmten Voraussetzungen eine „Antitrust-Immunität“ genießen. Es müsse sich um kollektive Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern („between management and labour“) handeln, die unter Beachtung von Treu und Glauben über zentrale Gegenstände der Kollektivverhandlungen wie Löhne oder Arbeitsbedingungen

geschlossen werden und nicht zugleich Drittmärkte und Drittakteure betreffen¹⁹. *Jacobs* hat diese Immunitätsthese auf die Vorschriften des EG-Vertrages und des Sozialprotokolls gestützt, die Kollektivverhandlungen zwischen den Sozialpartnern begünstigen²⁰.

Als Sozialpartner in diesem europarechtlichen Sinne kann man jedoch die kollektiven Akteure des Vertragsarztrechts oder gar des Krankenhausrechts kaum ansehen. Es bleibt also dabei: Europäisches Kartellrecht ist im Grundsatz im Leistungserbringungsrecht der Sozialversicherung anwendbar.

II. „Unternehmen“ als Adressaten der Art. 81, 82 EGV

Die Anwendung des Kartellverbots und des Verbots des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hängt davon ab, dass die Akteure als „Unternehmen“ zu qualifizieren sind. Der *Gerichtshof* hat in seiner Rechtsprechung mit Blick auf öffentlich-rechtliche Akteure einen „funktionalen Unternehmensbegriff“ entwickelt²¹. Entscheidend ist, ob der in Rede stehende Akteur einer Aktivität nachgeht, die wenigstens grundsätzlich auch von einem privaten Unternehmen zum Zweck der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte. Auch öffentlich-rechtliche Einrichtungen sind Unternehmen, wenn sie wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben²².

Für die Einordnung als Unternehmen spielt eine Reihe von Umständen keine Rolle: Unerheblich ist die Rechtsform, der rechtliche Status und die Art der Finanzierung des Akteurs²³, das Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht als solches oder die Übertragung der jeweiligen Aufgabe durch den Staat.

An der Unternehmenseigenschaft fehlt es bei der Ausübung hoheitlicher Gewalt, wenn es also um eine „im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe geht, die zu den essentiellen Staatsfunktionen“ zählt. Von der Anwendung des Kartellrechts sollen auch solche Aktivitäten ausgenommen sein, die „schon immer“ von öffentlichen Einrichtungen betrieben wurden oder die „notwendig“ von solchen Einrichtungen betrieben werden²⁴.

In der Rechtssache *Höfner und Elser* hat der *Gerichtshof* erstmals die Tätigkeit eines Sozialversicherungsträgers, und zwar diejenige der Bundesanstalt für Arbeit im Bereich der

15) So das Vorbringen des niederländischen „Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie“ in der Rs. *Albany International*, C-67/96 und verbundene Verfahren, unter Bezugnahme auf Art. 2 und 3 lit. i EGV; in dieser Sache ist der Schlussantrag des Generalanwalts *Jacob* vom 28. 1. 1999 über die Homepage des *EuGH* zu finden (<http://www.curia.eu.int>).

16) *EuGH* Slg. 1986, 1425, Rz. 40 – C-209/84 und 213/84 – *Ministere Public/Ajsjes*.

17) *EuGH* Slg. 1991, I-1979, Rs. C-41/90 – *Höfner und Elser*; Slg. 1997, I-7119, Rs. C-55/96 – *Job Centre*; Slg. 1993, I-637, Rs. C-159/91 und C-160/91 – *Poucet und Pistre*; Slg. 1995, I-4013, Rs. C-244/94 – *FFSA*; Slg. 1997, I-3395, Rs. C-70/95 – *Sodemare*.

18) Überzeugend *GA Jacobs*, Schlussantrag in der Rs. *Albany International*, Nr. 127.

19) Ebd. Nr. 194.

20) Vgl. im einzelnen ebd. Nrn. 166 ff.

21) Vgl. *Haverkate/Huster*, *Europäisches Sozialrecht*, 1999, Rdnrn. 465 f.; vgl. auch die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei *Jacobs*, aaO. Rdnrn. 311 ff.

22) *EuGH* Slg. 1974, 409, Rs. 155/73 – *Sacchi* betr. öffentlich-rechtliche Fernsehanstalten; so jetzt auch *OLG Düsseldorf*, Urte. vom 27. 7. 1999 – U (Kart.) 33/98 – unter I 1 a der Gründe.

23) *EuGH* Slg. 1991, I-1979 (2016, Rdnr. 21), Rs. C-41/90 – *Höfner und Elser*; Slg. 1993, I-637 (669, Rdnr. 17), Rs. C-159/91 und C-160/91 – *Poucet und Pistre*; Slg. 1995, I-4013 (4028, Rdnr. 14), Rs. C-244/94 – *FFSA*.

24) *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 1991, Slg. 1991, I-1979 (2016, Rdnr. 22), Rs. C-41/90 – *Höfner und Elser*; dazu eingehend *Haverkate/Huster*, *Europäisches Sozialrecht*, Rdnrn. 480 – 482.

Vermittlung von Führungskräften in der Wirtschaft, als „unternehmerische“ Tätigkeit eingestuft²⁵.

In einem nächsten Fall ging es um einen Sozialversicherungsträger als Anbieter einer Versicherungsleistung. In dieser Sache hat der *Gerichtshof* eine französische Zwangseinrichtung der sozialen Sicherheit in ihrer Rolle als Anbieter einer Krankheits-, Mutterschafts- und Altersversicherung, die mit risikounabhängigen Beiträgen ihrer Pflichtmitglieder finanziert wird, nicht als Unternehmen angesehen²⁶.

Ein französisches Zusatzrentensystem mit freiwilliger Mitgliedschaft, das nach dem Kapitaldeckungsprinzip arbeitet, übt hingegen nach der jüngsten Entscheidung des *Gerichtshofs* eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit Lebensversicherungsunternehmen aus und ist deshalb ein „Unternehmen“ im wettbewerbsrechtlichen Sinne²⁷.

In einem weiteren Urteil hat sich der *Gerichtshof* auch mit Leistungserbringern befafßt. Er hat Betreiber von Seniorenwohnheimen, die ihre Leistungen im Rahmen von Verträgen über die gesundheitsbezogene Sozialhilfe erbringen, ohne Umschweife als „Unternehmen“ behandelt²⁸. Über Sozialversicherungsträger in der Rolle als Nachfrager im Rahmen der Erbringung von Naturalleistungen fehlt bislang eine Entscheidung. Im allgemeinen ist es jedoch unzweifelhaft, dass Marktteilnehmer auch insofern Unternehmen sein können, als sie an einem Markt als Nachfrager aktiv sind. Dies zeigt insbesondere das Verdikt des Art. 81 I lit a EGV gegenüber der koordinierten Festsetzung auch von Ankaufspreisen²⁹. Entsprechend bekämpft Art. 82 lit a EGV die mißbräuchliche Erzwingung auch unangemessener Einkaufspreise. Ein Versicherer kann im übrigen ein als Nachfrager auftretendes Unternehmen auch im Hinblick auf solche Güter sein, die „an sich“ ein Dritter im Zusammenhang mit dem versicherten Risiko in Anspruch nimmt³⁰.

Danach kann wohl kein Zweifel daran bestehen, dass Sozialversicherungsträger, die im Rahmen der Leistungserbringung als Nachfrager am Markt für Gesundheitsleistungen auftreten, Unternehmen im Sinne der Art. 81 I und 82 EGV sind³¹. Dies gilt zumal für die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland, zwischen denen der Gesetzgeber selbst mit der Einführung des allgemeinen Kassenwahlrechts den Wettbewerb entfacht hat³². Angesichts dessen spricht viel dafür, „dass bereits der deutsche Gesetzgeber die Unternehmenseigenschaft der Krankenversicherungsträger bejaht, wenn sie nach seinem Willen wie Private gegeneinander antreten und um Marktanteile kämpfen sollen“³³.

III. Verbotene Verhaltensweisen

Für die Sozialversicherungsträger ist das Kartellverbot des Art. 81 EGV offenbar besonders gefährlich. Dies hängt mit seiner Struktur eines weitgefaßten Verbots zusammen, das unter einem Erlaubnisvorbehalt steht. Bedeutung kann aber durchaus auch das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Art. 82 EGV erlangen.

1. Art. 81 EGV: Kartellverbot

Art. 81 I verbietet koordiniertes Verhalten, das den Wettbewerb im gemeinsamen Markt spürbar beeinträchtigt.

a) Verbotenes Zusammenwirken

Das Verhalten, das Art. 81 I EGV mißbilligt, sind Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Mit Vereinbarung ist jegliche Verständigung von Unternehmen über eine wettbewerbsbeschränkende Praxis gemeint. Weil sie denselben Effekt erzielen wie Vereinbarungen zwischen Unternehmen, sind auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen verboten³⁴. Als Auffang-

tatbestand fungiert das Verbot (sonstwie) abgestimmten Verhaltens³⁵. Dieser Auffangtatbestand kann etwa dann Bedeutung erlangen, wenn Verbände gegenüber ihren Mitgliedern „Empfehlungen“ abgeben, die diese befolgen³⁶.

b) Wettbewerbsbeschränkung oder Wettbewerbsverfälschung

Die genannten Verhaltensweisen müssen zum zweiten „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“. Erläuternd sind eine Reihe von Regelbeispielen genannt. So ist beispielsweise „die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen“ verboten (Art. 81 I lit a EGV). Beispiele für verbotene Preisabsprachen sind nicht nur die Vereinbarung von Festpreisen, sondern auch von Mindest- oder Höchstpreisen³⁷.

Dies bedeutet, dass ein ohne das fragliche Zusammenwirken zwischen den beteiligten Unternehmen bestehender oder möglicher Wettbewerb durch eine Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit eines oder mehrerer dieser Beteiligten beeinträchtigt werden muss³⁸, indem die Marktverhältnisse verändert werden oder verändert werden können³⁹. Soweit es um Absprachen geht, die den Nachfragerwettbewerb einschränken, wird in erster Linie geprüft, ob der wirtschaftliche Handlungsspielraum der Lieferanten eingeschränkt wird⁴⁰.

Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs muss von dem koordinierten Verhalten verursacht sein. An dem damit er-

25) *EuGH* Slg. 1991, I-1979, Rs. C-41/90 – Höfner und Elser.

26) *EuGH*, Urteil v. 17. 2. 1993, Slg. 1993, I-637 (670, Rdnr. 18), Rs. C-159/91 und C-160/91 – Poucet und Pistre; eingehend *Haverkate/Huster*, *Europäisches Sozialrecht*, Rdnrn. 484 ff.

27) *EuGH*, Urteil v. 16. 11. 1995, Slg. 1995, I-4013 (4030, Rdnr. 22), Rs. C-244/94 – FFSA; dazu *Haverkate/Huster*, *Europäisches Sozialrecht*, Rdnrn. 589 – 600.

28) *EuGH*, Urteil v. 17. 6. 1997, Slg. 1997, I-3395 (3437, Rdnr. 43), Rs. C-70/95 – Sodemare.; für Ärzte ebenso *Nickless*, *The Consequences of European Competition Law for Social Health Care Providers*, 1998, S. 24.

29) Vgl. zu Absprachen über Einkaufspreise auch *Emmerich*, *Kartellrecht*, 8. Aufl., 1999, S. 423; allgemein zur Kooperation beim Einkauf *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Federlin/Haag*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 – Kooperationsabsprachen, Rdnrn. 47 – 49; zum Missbrauch eines gesetzlichen Monopols beim Ankauf von Ausstrahlungsrechten *EuGH*, Slg. 1985, 1105 (1117 ff.) – Rs. C-298/83 – CICCE.

30) Vgl. zum Nachfragekartell der KFZ-Haftpflichtversicherer, mit dem diese die Preise für Mietwagen senken wollten, *KG VersR* 1996, 1556 (dort S. 1560 zu Art. 85 EGV a. F.) und *BGH NJW* 1998, 2825.

31) Ebenso *Maassen*, *Verfassungs- und EG-rechtliche Grundanforderungen an Maßnahmen der Kostendämpfung im Arzneimittelbereich*, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch* 1996, S. 145 (157 f.); ferner *OLG Düsseldorf*, *NZS* 1998, 567; zweifelnd aber *BSG NZS* 1995, 502 (507).

32) Vgl. hierzu z. B. *Hänlein* in *LPK-SGB V*, 1999, vor §§ 173 – 177.

33) Diese Formulierung findet sich, freilich noch im Gewand einer Frage, bei *Haverkate/Huster*, *Europäisches Sozialrecht*, Rdnr. 591.

34) Nach Sinn und Zweck des Kartellverbots sind darüber hinaus auch komplexere Formen des Zusammenwirkens von Unternehmen erfasst, z. B. Absprachen im Rahmen von Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen, vgl. *Langen/Bunte*, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 8. Aufl. 1997, Art. 85 EGV, Rdnr. 13.

35) *Emmerich*, *Kartellrecht*, 8. Aufl., 1999, S. 37; *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 I, Rdnr. 41.

36) *Lenz/Grill*, *EG-Vertrag Kommentar*, 2. Aufl. 1999, Art. 81, Rdnr. 4 *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85, Absatz 1, Rdnr. 57 (vgl. aber auch den Hinweis ebd. auf die neuere Praxis, bereits den Begriff des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung weit zu verstehen).

37) *Emmerich*, *Kartellrecht*, 8. Aufl., 1999, S. 423.

38) *Lenz/Grill*, *EG-Vertrag Kommentar*, 2. Aufl. 1999, Art. 81, Rdnr. 10; *Emmerich*, *Kartellrecht*, 8. Aufl., 1999, S. 415 f.

39) *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 EGV Absatz 1, Rdnr. 77.

40) *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 Absatz 1, Rdnr. 108.

forderlichen Kausalzusammenhang fehlt es nicht schon dann, wenn das Verhalten auch auf eine erleichternde oder fördernde Einflußnahme des Staates zurückgeht⁴¹.

c) Handelsbeschränkung

Ferner muss die Wettbewerbsbeeinträchtigung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Diese sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel wird in der Praxis weit ausgelegt und hat deshalb nur geringe Bedeutung. Nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ist erforderlich, dass „sich anhand einer Gesamtheit objektiver Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann“⁴².

d) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

Nach ständiger Rechtsprechung des *Gerichtshofs* enthält Art. 81 I als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal das Erfordernis der Spürbarkeit sowohl der Wettbewerbsbeschränkung wie auch der zwischenstaatlichen Handelsbeschränkung⁴³. Damit sollen Bagatellkartelle ausgenommen werden. Insoweit lassen sich, freilich unverbindliche, Anhaltspunkte aus der „Bagatellbekanntmachung“ der Kommission entnehmen⁴⁴. Nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* kann Spürbarkeit bereits bei einem Marktanteil der Beteiligten von etwa 5% vorliegen⁴⁵. Landesweite Absprachen begründen allerdings eine Vermutung der Anwendbarkeit des Art. 81 I⁴⁶, so dass von einem Bagatellkartell in einem solchen Fall kaum die Rede sein kann.

2. Art. 82: Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung des Art. 82 EGV ist, ggf. auch neben Art. 81, anzuwenden, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen

Das betreffende Unternehmen muss allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben besitzen. Damit ist eine wirtschaftliche Machtstellung gemeint, die das oder die Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern und der Marktgegenseite gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten⁴⁷. Auch ein oder mehrere Nachfrager können eine marktbeherrschende Stellung innehaben⁴⁸.

Nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ist eine beherrschende Stellung eines Unternehmens eine wirtschaftliche Machtstellung, „die das Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit zu einer unabhängigen Marktstrategie im Verhältnis zu seinen Marktpartnern verschafft“⁴⁹.

Eine marktbeherrschende Stellung können nach ausdrücklicher Regelung des Art. 82 auch mehrere Unternehmen gemeinsam innehaben. Eine „kollektive beherrschende Stellung“ setzt voraus, dass die Unternehmen der betreffenden Gruppe so eng miteinander verbunden sind, dass sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können⁵⁰.

b) Missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung

Art. 82 bezweckt, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen zu schützen (vgl. Art. 3 g

EGV). Die Vorschrift verbietet deshalb den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch das oder die marktbeherrschenden Unternehmen. Die erläuternden Regelbeispiele zeigen, dass es in erster Linie darum geht, marktbedingte Schädigungen der Marktgegenseite, den sog. „Ausbeutungsmißbrauch“ zu verhindern⁵¹. Soweit es um den Missbrauch der Stellung marktbeherrschender Nachfrager geht, ist in erster Linie an die Erzwingung unangemessener Einkaufspreise zu denken⁵².

Art. 82 verbietet darüberhinaus den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Schädigung der Konkurrenten, den sog. „Behinderungsmißbrauch“⁵³. Diese Ausprägung missbräuchlichen Verhaltens könnte etwa dann vorliegen, wenn (inländische) Anbieter oder deren Verbände Qualitätsstandards festlegen oder an deren Festlegung mitwirken, die andere (insbesondere ausländische) Anbieter ohne überzeugenden Grund benachteiligen, eine Problematik, die sich vermeiden läßt, wenn Qualitätsstandards von neutralen Stellen festgelegt werden, die von den Marktbelegten unabhängig sind⁵⁴.

c) Handelsbeeinträchtigung

Der Missbrauch der beherrschenden Stellung muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel, die auch Art. 82 enthält, ist ebenso zu verstehen wie in Art. 81.

IV. Auswege aus den Verbotstatbeständen der Art. 81 I und 82 EGV

Insbesondere die Voraussetzungen des Kartellverbotes sind auf den ersten Blick schnell erfüllt. Eine genauere Betrachtung der einschlägigen Regelungen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* zeigt jedoch, dass es eine Reihe von Gesichtspunkten ganz unterschiedlicher dogmatischer Qualität gibt, die ein zunächst scheinbar eingreifendes Verbot wieder aushebeln können. So kann sich herausstellen, dass das inkriminierte Verhalten den „Unternehmen“ bei Licht betrachtet überhaupt nicht zugerechnet werden kann. Ferner können Absprachen oder Abstimmungen, die den Tatbestand des

41) *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 Abs. 1, Rdnrn. 118 und 122.

42) Nachweise bei *Groeben/Thiesing/Schröter*, Art. 85 Absatz 1, Rdnr. 165 und *Lenz/Grill*, EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl. 1999, Vor. Art. 81 – 86, Rdnrn. 13 – 19; vgl. auch *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, Rdnr. 608.

43) *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 417 f.; *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., 1995, S. 201, § 7, Rdnr. 85; *Lenz/Grill*, EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 81, Rdnrn. 17 – 19.

44) ABl. EG 1986, C 231, 2.

45) Nachweise bei *Lenz/Grill*, EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 81, Rdnr. 19.

46) *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 Absatz 1, Rdnr. 172.

47) *Lenz/Grill*, EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 82, Rdnr. 10 m. w. N.

48) *EuGH*, Slg. 1985, 1105, Rdnrn. 22 ff., Rs. 298/83 – CICE.

49) So die Zusammenfassung von *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 451; vgl. auch *EuGH* Slg. 1995, I-2883 (2909 ff.; Rdnr. 31), Rs. C-96/94 – Centro Servizi Spediporto; Slg. 1995, I-3257 (Rdnr. 14), Rs. C-140/94 u. a. – DIP; Slg. 1997, I-3395 (3437, Rdnr. 44), Rs. C-70/95 – Sodemare.

50) *EuGH* Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 40, Rs. C-393/92 – Almelo; Slg. 1997, I-3395 (3437, Rdnr. 46), Rs. C-70/95 – Sodemare; vgl. auch *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 454 f.

51) Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 456.

52) Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 464.

53) Vgl. nochmals *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 456.

54) Vgl. *Schulz-Weidner*, Die Konsequenzen der europäischen Grundfreiheiten für die deutsche Sozialversicherung, in: *Schulte/Barwig*, Freizügigkeit und soziale Sicherheit, 1999, S. 269 ff. (354 und 292); vgl. aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* *EuGH* Slg. 1991, I-1223 (1271, Rdnr. 51), Rs. C-202/88 – Frankreich/Kommission; Slg. 1991, I-5941 (5981, Rdnr. 25), Rs. C-18/88 – GB-INNO-BM.

Art. 81 I EGV erfüllen, gerechtfertigt sein, weil ihre Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben „per saldo“ nicht als negativ zu beurteilen sind. Schließlich können Verhaltensweisen, die als wettbewerbswidrig zu beurteilen sind, aus übergeordneten Gründen gleichwohl hinzunehmen sein.

1. Fehlender Zurechnungszusammenhang

Ein auf den ersten Blick unter den Tatbestand der Art. 81 I oder 82 fallendes Verhalten, kann nur dann als Verletzung des jeweiligen Verbots bewertet werden, wenn es sich um eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise handelt, die den Unternehmen als eigenes Verhalten zugerechnet werden kann. Die Zurechnung des Verhaltens zu den Unternehmen versagt jedoch, wenn das fragliche Verhalten in Wahrheit einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.

So kann es etwa sein, dass das Verhalten der Unternehmen gewissermaßen von vornherein fremdbestimmt war, weil ihnen das wettbewerbswidrige Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben war. In einem solchen Fall sind die Art. 81 I und 82 EGV nicht anwendbar, weil diese Vorschriften nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen gelten, „die die Unternehmen aus eigener Initiative an den Tag legen“⁵⁵.

Zum anderen kann es sich so verhalten, dass die beteiligten Unternehmen zwar zunächst durchaus über einen Gestaltungsspielraum verfügen, dass sie aber nicht als interessierte Wirtschaftsakteure auftreten und dass insbesondere der Staat sich anschließend die Vereinbarung zu eigen macht und dadurch gewissermaßen den Zurechnungszusammenhang unterbricht.

Insoweit ist auf einschlägige Urteile des *EuGH* zur Festlegung der Tarife im Transportwesen aufmerksam zu machen. Hier geht es um Fälle, in denen Transporttarife von besonderen Tarifkommissionen festgelegt und später von einem Minister genehmigt wurden. Derartige Preisregulierungen hat der *EuGH* unter folgenden Voraussetzungen akzeptiert: Die Mitglieder solcher Kommissionen, die von den beteiligten Wirtschaftskreisen entsandt werden, dürfen keine Interessenvertreter, sondern müssen weisungsungebunden sein. Maßstab für die Tariffestsetzungen dürfen nicht allein die wirtschaftlichen Interessen der beteiligten Wirtschaftskreise sein; es müssen vielmehr auch Gemeinwohlinteressen erheblich sein. Schließlich muss der Staat, z. B. in Gestalt eines Ministers, den beschlossenen Tarif auf seine Gemeinwohlverträglichkeit prüfen und ggf. abweichende Tarife festsetzen können⁵⁶.

2. Die Rechtfertigung koordinierten Verhaltens wegen positiver Auswirkungen auf den Wettbewerb

Der Tatbestand des Art. 81 I EGV ist ausnehmend weit gefaßt, denn er enthält kein Kriterium, das eine wertende Unterscheidung wettbewerbsbeeinträchtigender Abstimmungen unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen zuließe. Die „eigentliche Konkretisierung zu abgrenzbaren Tatbeständen“⁵⁷ erfolgt deshalb erst durch Freistellungsentscheidungen der EG-Kommission oder deren Versagung im Rahmen des Art. 81 III EGV.

a) Freistellungsentscheidungen der EG-Kommission

Nach Art. 81 III EGV können tatbestandsmäßige Handlungen vom Verbot des Absatzes 1 und von der Nichtigkeitsfolge des Absatzes 2 freigestellt werden, wenn sie zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, sofern die Beschränkung des Wettbewerbs zu diesem Zweck erforderlich ist und die Ausschaltung des Wettbewerbs nicht zu weit reicht. Freistellungen nach Absatz 3 können in genereller Form als sog. „Grup-

penfreistellung“ oder im Einzelfall erfolgen. Zuständig ist allein die EG-Kommission (Art. 9 I VO (EWG) 17/62).

Generelle oder individuelle Freistellungsentscheidungen der EG-Kommission, die für den Sektor der Leistungserbringung von Bedeutung sind, sind, soweit ersichtlich, nicht ergangen.

Auf den ersten Blick sind auch die Voraussetzungen, die Art. 81 III für Freistellungsentscheidungen vorsieht, nicht gerade auf Nachfragerabsprachen im Gesundheitswesen zugeschnitten⁵⁸. Es wäre gleichwohl nicht unbedingt abwegig, wenn man für sozialversicherungsrechtliche Kartellabsprachen in Brüssel eine Freistellung etwa mit dem Argument beantragte, die Absprache führe zu Preissenkungen und damit zu einem besser auf die Bedürfnisse der Verbraucher zugeschnittenen Angebot⁵⁹.

b) Freistellung vom Kartellverbot durch restriktive Auslegung des Art. 81 I EGV („rule of reason“?)

In der Praxis des *Gerichtshofs* und der *Kommission* gibt es eine stärker werdende Tendenz, bereits bei der Prüfung des Tatbestandes des Art. 81 I EGV die in Rede stehende Wettbewerbsbeschränkung wirtschaftspolitisch zu bewerten und dann ggf. bereits die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens zu verneinen⁶⁰. Generalwalt *Jacobs* hat dies in der Rechtsache *Albany* folgendermaßen ausgedrückt: „However, in cases involving specific sectors or specific categories of agreement the Court has gone beyond that mechanistic approach and has adopted a more searching analysis. In view of the subject-matter and nature of the agreements concerned . . . their economic context and the sometimes complex underlying economic rationale have therefore to be taken into account“⁶¹.

Wurde dieser Ansatz zunächst auf vertikale Wettbewerbsbeeinträchtigungen bezogen⁶², finden sich in der jüngeren Rechtsprechung auch Fälle, in denen er auf horizontale Beeinträchtigungen angewandt wird⁶³. Hier finden sich Argumentationsfiguren, die möglicherweise im Recht der Leistungserbringung weiterführen. So wurde etwa eine Bestimmung der Satzung einer Bezugsgenossenschaft, die ihren Mitgliedern die Beteiligung an anderen Formen der organisierten Zusammenarbeit in Konkurrenz zur Genos-

55) *EuGH*, Slg. 1997, I-6265 (6312, Rdnr. 33), Rs.C-359/95 P und C-379/95 P – *Ladbroke Racing*; *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schröter*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/I, 5. Aufl. 1999, Art. 85 EGV Absatz 1, Rdnr. 122; *OLG Düsseldorf NZS* 1998, 567 (569).

56) *EuGH* Slg. 1993, I-5801 (5847 ff., Rdnrn. 14 – 23), Rs. C-185/91 – *Reiff*; Slg. 1994, I-2517 (2530 ff.; Rdnrn. 14 – 22), Rs. C-153/93 – *Delta*; Slg. 1995, I-2883 (2909 ff.; Rdnrn. 20 – 27), Rs. C-96/94 – *Centro Servizi Spediporto*; Urteil vom 1. 10. 1998, Rs. C-38/97 – *Autotrasporti Librandi*, Rdnrn. 25 ff.

57) *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., 1995, S. 200 (§ 7 Rdnr. 84).

58) So auch *Nickless*, *The Consequences of European Competition Law for Social Health Care Providers*, 1998, S. 72 f.

59) Vgl. die bei *Lenz/Grill*, *EG-Vertrag Kommentar*, 2. Aufl. 1999, Art. 81, Rdnr. 44 nachgewiesene Entscheidungspraxis der EG-Kommission.

60) Vgl. *Emmerich*, *Kartellrecht*, 8. Aufl., 1999, S. 420 f.; *Rittner*, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 5. Aufl., 1995, S. 198 f. (§ 7, Rdnr. 77); *Lenz/Grill*, *EG-Vertrag Kommentar*, 2. Aufl. 1999, Art. 81, Rdnrn. 20 f.; ein eingehend begründetes Plädoyer für die Anwendung der „rule of reason“ im EG-Kartellrecht findet sich bei *Ackermann*, Art. 85 I EGV und die rule of reason, 1997 (zusammenfassende Thesen: S. 263 – 167).

61) Schlussvortrag *Jacobs* in der Rs. C-67/96, Rdnr. 252; vgl. auch die dort in Fn. 116 und 117 gegebenen Nachweise.

62) *EuGH* Slg. 1983, 3515 (3194, Rdnr. 33 f.), Rs. 107/82 – *AEG/Telefunken*.

63) *EuGH* Slg. 1994, I-5641 (5687, Rdnr. 31 f.), Rs. 250/92, *DLG*; Slg. 1995, I-4515, Rdnr. 10, Rs. C-399/93 – *Coberco*; *EuG*, 15. 9. 1998, Rdnrn. 136, 137, Rs. T-7C374/95 u. a. – *European Night services*; für vorsichtige Ausdehnung auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen bereits *Ulmer*, *Rule of Reason* im Rahmen von Artikel 85 EWGV, *RIW* 1985, 517 (524).

senschaft untersagte, vom Europäischen Gerichtshof gebilligt, weil sie den Umsatz der Genossenschaft förderte. Der Umsatz der Genossenschaft aber könne je nach Zahl der Mitglieder „ein bedeutsames Gegengewicht zu der Vertragsgestaltungsmacht der Großerzeuger bilden und einem wirksameren Wettbewerb förderlich sein“⁶⁴.

Eine (mögliche) Konsequenz dieses Ansatzes besteht in einer gewissen Kompetenzverlagerung von der EG-Kommission zu den nationalen Gerichten und Behörden, die bei der Prüfung des Tatbestandes die Möglichkeit erhalten könnten, vom Kartellverbot durch eine Verneinung seiner tatbestandlichen Voraussetzungen „freizustellen“⁶⁵. Diese kompetenzielle Konsequenz paßt gut zum „Zeitgeist“, denn die mit der Bearbeitung von Freistellungsanträgen überlastete EG-Kommission möchte eine Dezentralisierung der Anwendung der Wettbewerbsregeln erreichen⁶⁶.

3. Die Rechtfertigung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen aus übergeordneten Gründen

a) Der Gehalt des Art. 86 II EGV

Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Sinne der Art. 81 und 82 EGV können nach Art. 86 II (ex Art. 90) EGV ausnahmsweise mit Blick auf nationale Interessen als gerechtfertigt angesehen werden, wenn das Verhalten von Unternehmen zu beurteilen ist, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“. Für solche Unternehmen gelten die Wettbewerbsregeln des Vertrages nur eingeschränkt, und zwar, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ (Art. 86 II 1 EGV). Allerdings darf die „Entwicklung des Handelsverkehrs ... nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft“ (Art. 86 II 2 EGV). Selbst wenn festgestellt ist, dass die Erfüllung der besonderen Aufgabe durch die Wettbewerbsregeln verhindert wird, ist nach Art. 80 II 2 noch eine Abwägung zwischen dem nationalen Interesse an der Freistellung von diesen Regeln mit den übergeordneten Interessen der Gemeinschaft vorzunehmen. Der Struktur nach handelt es sich hier um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung⁶⁷.

Der Anwendungsbereich der eng auszulegenden Ausnahmenvorschrift des Art. 86 II 2 EGV war bis vor kurzem sehr schmal. Bei *Rittner* findet sich die Einschätzung, die Regelung habe „dank der Rechtsprechung des *EuGH* [ihre] Bedeutung inzwischen nahezu eingebüßt“⁶⁸. Diese Einschätzung dürfte die bisherige Rechtsprechung des *Gerichtshofs* im Auge haben, nach der eine bloße Erschwernis bei der Erfüllung der übertragenen Sonderaufgabe für die Freistellung eines Unternehmens von den Wettbewerbsregeln nicht ausreicht⁶⁹, sondern der Nachweis erforderlich ist, dass die Anwendung dieser Regeln mit der Erfüllung der Sonderaufgabe des Unternehmens unvereinbar war⁷⁰. Die Beweislast lag insoweit beim betroffenen Unternehmen bzw. Mitgliedstaat⁷¹.

Inzwischen hat der *Gerichtshof* bei der Auslegung des Art. 86 II EGV jedoch andere Akzente gesetzt. Dies ergibt sich aus drei Entscheidungen vom 23. 10. 1997 über die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der Einräumung ausschließlicher Ein- und Ausfuhrrechte für Elektrizität und Erdgas in den Niederlanden, Italien und Frankreich⁷². Hiernach sind die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, „wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, sachlich oder rechtlich gefährden würde“. Es sei „nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens

bedroht ist“⁷³. Konkretisierend heißt es, dass der Tatbestand des Art. 86 II 1 EGV namentlich dann erfüllt sei, „wenn die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen“⁷⁴. Der Nachweis, dass der Ausnahmetatbestand erfüllt ist, liegt zwar nach wie vor bei demjenigen, der sich auf die Ausnahme beruft. Klargestellt wird jedoch, dass nicht auch positiv belegt werden muss, dass keine andere Maßnahme die Aufgabenerfüllung sicherstellen kann. Dies muss vielmehr die Kommission nachweisen⁷⁵.

Bedeutsam sind schließlich die Aussagen des *Gerichtshofs* zu Art. 86 II 2 EGV, also zur Gegen Ausnahme für den Fall der Beeinträchtigung der Entwicklung des innergemeinschaftlichen Handels. Insoweit hat der *Gerichtshof* festgestellt, es obliege der *Kommission*, im Rahmen des Nachweises der behaupteten Vertragsverletzung das Interesse zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist. Art. 86 III EGV beauftrage die *Kommission* ausdrücklich, auf die Anwendung des Artikels 86 zu achten und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten⁷⁶.

Hieraus ist abgeleitet worden, dass die Gegen Ausnahme des Gemeinschaftsinteresses nicht zu beachten sei, solange die *Kommission* nicht eine Richtlinie oder Entscheidung nach Art. 86 III EGV erlassen hat⁷⁷.

b) Die Bedeutung des Art. 86 II EGV für die Systeme der sozialen Sicherheit

In seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit hat der *Gerichtshof* ausgeführt, dass rein wirtschaftliche Gründe eine Beschränkung dieser elementaren Grundsätze nicht rechtfertigen könnten. „Jedoch“, so heißt es weiter, „kann eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininter-

64) *EuGH* Slg. 1994, I-5641 (5687, Rdnr. 32), Rs. 250/92, DLG.

65) Vgl. auch *Ackermann*, aaO., S. 264, These 3.

66) Vgl. das Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. EG v. 12. 5. 1999, C 132/1.

67) Vgl. *Bach*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 48.

68) *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., 1995, S. 141; vgl. auch *Bach* ebda.

69) *EuGH* Slg. 1985, 873 (888), Rs. 41/83 – British Telecom.

70) *EuGH* Slg. 1974, 409, Rs. 155/73 – Sacchi, Rdnr. 15; *EuGH* Slg. 1985, 873, Rdnr. 33; Höfner und Elser, Rdnr. 24; vgl. ferner *Lenz/Grill*, EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 86, Rdnr. 27; *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Hochbaum*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, 5. Aufl. 1999, Art. 90, Rdnr. 63.

71) *Bach*, aaO., S. 48, *Mestmäcker*, RablsZ 52 (1988), 526 (569).

72) *EuGH* Slg. 1997, I-5699, Rs. C-157/94 – Kommission/Niederlande; Slg. 1997, I – 5789, Rs. C-158/94 – Kommission/Italien; Slg. 1997, I-5815, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich; aus dem zuletzt genannten Urteil wird im folgenden zitiert; zu dieser neuen Rechtsprechung *Ehrlicke*, Zur Konzeption von Art. 37 I und Art. 90 II EGV, *EuZW* 1998, 741 ff.

73) *EuGH*, Slg. 1997, I-5815 (5835, Rdnr. 59), Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich; wie *Ehrlicke*, *EuZW* 1998, 741 (745) nachgewiesen hat, muss die Gefährdung erheblich sein.

74) *EuGH*, Slg. 1997, I-5815 (5844, Rdnr. 96), Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich unter Bezugnahme auf *EuGH*, Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 14 bis 16, Rs. C-320/91 – Corbeau.

75) *EuGH*, Slg. 1997, I-5815 (5845, Rdnrn. 101 ff.), Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich; vgl. *Ehrlicke*, *EuW* 1998, 741 (745); im Zivilprozess muss dann wohl derjenige, der etwa eine Unterlassungsverfügung beantragt, dargetun, dass es wettbewerbsverträgliche Alternativen gibt; fragwürdig deshalb die Substantiierungsanforderungen des *OLG Düsseldorf* NZS 1998, 567 ff. (570) sub II 1 d.

76) *EuGH*, Slg. 1997, I-5815 (5848, Rdnr. 113), Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich; zur Problematik dieser ungewöhnlichen Kompetenz der EG-Kommission *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, Rdnrn. 542 – 544.

77) *Ehrlicke*, *EuZW* 1998, 741 (746 f.).

resses darstellen, der eine solche Beschränkung rechtfertigen kann⁷⁸.

Der dogmatisch saubere Weg, diesen Gesichtspunkt auch im europäischen Kartellrecht geltend zu machen, wäre Art. 86 II EGV⁷⁹.

Diese Regelung paßt grundsätzlich auf Sozialversicherungsträger, denn diese sind „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“. Dies hat der *EuGH* mit Blick auf die Bundesanstalt für Arbeit entschieden, wobei er pauschal auf die in § 3 AFG (a. F.) angesprochenen Aufgaben der Bundesanstalt Bezug genommen hat⁸⁰. Dort ist als Aufgabe der Bundesanstalt auch die Gewährung von Leistungen zur beruflichen Rehabilitation genannt. Daraus ergibt sich, dass der *EuGH* Sozialleistungsträger auch insoweit als Unternehmen im Sinne des Art. 86 II EGV ansieht, als sie Naturleistungen erbringen.

Fraglich ist jedoch, ob das Wettbewerbsrecht die Sozialversicherungsträger im erforderlichen Ausmaß bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hindert. *Giesen* meint, der *EuGH* werde dies im Sinne der Sozialversicherung wohlwollend beurteilen, denn der *Gerichtshof* betone auch in seinen wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen zur Sozialversicherung immer wieder, dass das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten nicht berühre, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten⁸¹.

Seit der neuen Aktzensetzung bei der Auslegung des Art. 86 II EGV sind die Chancen der Sozialversicherungsträger größer geworden, kartellrechtsfreie Reservate zu verteidigen, denn sie müssen nur noch die „Gefährdung“ der Erfüllung ihrer Aufgaben nachweisen. Überdies fehlen einschlägige Richtlinien der Kommission.

Allerdings müssen sich die Sozialversicherungsträger schon um den Nachweis der Gefährdung der Erfüllung ihrer Aufgaben bemühen. Geben sie sich hier keine Mühe, kann ihnen auch die neue Auslegung der Ausnahmevorschrift nicht helfen.

V. Zur Anwendung des EG Kartellrechts in den Mitgliedstaaten⁸²

1. Zur Anwendung der Art. 81 I und 82 EGV

Die Verbotstatbestände der Art. 81 I und 82 entfalten nach der ständigen Rechtsprechung des *Gerichtshofs* unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten und begründen zugleich subjektive Rechte, die die nationalen Gerichte zu wahren haben⁸³. Aus deutscher Sicht sind sie deshalb als Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB einzuordnen⁸⁴, so dass Verbotverletzungen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche begründen.

Bei der Anwendung der Verbotstatbestände ergeben sich Konkurrenzen zwischen den nationalen Gerichten und der EG-Kommission. Die Befugnis zur Anwendung dieser Tatbestände teilt die EG-Kommission mit den nationalen Gerichten⁸⁵.

Für Freistellungen vom Kartellverbot gemäß Art. 81 III EGV ist demgegenüber die Kommission ausschließlich zuständig (Art. 9 I VO (EWG) Nr. 17/62). Die von der EG-Kommission erlassenen Gruppenfreistellungen sind wiederum für die nationalen Gerichte verbindlich⁸⁶. Gleiches gilt für individuelle Freistellungsentscheidungen⁸⁷.

Bei der Anwendung der Verbotstatbestände müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte darauf achten, dass ihre Urteile getroffene oder beabsichtigte Entscheidungen der EG-Kommission nicht unterlaufen. Ist allerdings eine Kartellvereinbarung entgegen Art. 4 I VO (EWG) Nr. 17/62 nicht bei der EG-Kommission angemeldet worden, kann eine Freistellung auch nicht verfügt werden, so dass das nationale Gericht eine Verbotsentscheidung erlassen

kann⁸⁸. Hält es nach erfolgter Anmeldung eine Freistellung für möglich, setzt das nationale Gericht das Verfahren aus und erläßt allenfalls vorläufige Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes⁸⁹.

2. Zur Anwendung des Art. 86 II EGV

Nach der neueren Rechtsprechung des *Gerichtshof* dürfte auch der Ausnahmetatbestand des Art. 86 II EGV, allerdings wohl nur teilweise, in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sein⁹⁰. Das nationale Gericht darf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale verneinen, die eine Ausnahme rechtfertigen. Will es eine Ausnahme anerkennen, stellt sich die Frage nach der Gemeinschaftsverträglichkeit. Hier ist aus den Urteilen vom 23. 10. 1997 möglicherweise abzuleiten, dass diese Gegen Ausnahme vom nationalen Gericht nur dann zu beachten ist, wenn das Gemeinschaftsinteresse von der Kommission definiert ist⁹¹.

C. Auswirkungen im Krankenversicherungsrecht

I. Verhältnis der verschiedenen Normkomplexe zueinander

Seit dem Erlass des GSG⁹², das mit Einführung weitgehender Kassenwahlrechte den Weg zu einem (begrenzten) Wettbewerb zwischen den Kassenarten ebnete, kommt auf nationaler Ebene die bislang unbestrittene Auffassung ins Wanken, dass das SGB V als die speziellere Regelung gegenüber dem nationalen Wettbewerbsrecht Vorrang genieße⁹³.

78) *EuGH* Slg. 1998, I-1831 (1884, Rdnr. 39), Rs. C-120/95, Decker zur Warenverkehrsfreiheit; Slg. 1998, I- 1931 (1948, Rdnr. 41), Rs. C-158/96, Kohll, zur Freiheit des Dienstleistungsverkehrs.

79) So der Vorschlag von *Giesen*, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, 1999, S. 125 ff.; vgl. auch *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, Rdnr. 498.

80) *EuGH*, Slg. 1991, I-1979 (2017, Rdnr. 24).

81) *Giesen*, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, 1999, S. 122 unter Hinweis u. a. auf *EuGH*, Slg. 1992, I-637 (667, Rdnr. 6), Rs. C-160/91, Poucet und Pistre; weitere Nachweise bei *Giesen*, aaO. Fn. 412.

82) Vgl. hierzu insbesondere die umfassende Darstellung in der Bekanntmachung der EG-Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages, ABL.EG Nr. C 39/6 v. 13. 2. 1993.

83) *EuGH* Slg. 1974, 51 (Rdnr. 16), Rs. 127/73 – BRT; Slg. 1991, I-935 (992, Rdnr. 45), Rs. C-234/89 – Delimitis.

84) *BGH*, WuW/E BGH 1643 = NJW 1980, 1224 (1225); *BGH* WuW/E BHG 2451 = NJW 1988, 2175 (2177).

85) *EuGH*, Slg. 1991, I- 935 (992, Rdnr. 45), Rs. C-234/89 – Delimitis.

86) *EuGH*, Slg. 1991, I- 935 (992, Rdnr. 46), Rs. C-234/89 – Delimitis.

87) Vgl. die Bekanntmachung der EG-Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages, ABL.EG Nr. C 39/6 v. 13. 2. 1993, Nr. 8.

88) *Ebda*, Nr. 28.

89) *Ebda*, Nr. 30.

90) *EuGH* Slg. 1989, 804 (853), Rs. 66/86 – Wettbewerb – Flugtarife; *EuGI* Slg. 1992, II-2417 (2448, Rdnr. 99) – T-16/91 – Rendo.

91) So offenbar *Ehrlicke*, *EuZW* 1998, 741 (746 f.); dies wird von anderen Autoren anders gesehen; vgl. *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Hochbaum*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/II, 5. Aufl. 1999, Art. 90, Rdnr. 73: Vorabklärung durch *EuGH* erforderlich; uneingeschränkt für unmittelbare Geltung *Lenz/Grill*, EG-Vertrag Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 86, Rdnr. 29.

92) Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz – GSG) vom 21. 12. 1992, BGBl. I, S. 2266.

93) So scheint diese Position etwa für den Bereich der Mitgliederwerbung durch Krankenkassen, auf die das UWG Anwendung finden könnte, aufzubrechen; dazu *Mühlhausen*, Der Meinungsstand zur Anwendbarkeit des UWG auf wettbewerbsrelevantes Verhalten von Krankenkassen, insbesondere bei der Mitgliederwerbung, NZS 1999, 120 ff.

Unbestritten ist aber, dass das nationale Krankenversicherungsrecht das europäische Wettbewerbsrecht nicht zu verdrängen vermag.

II. Prozessuale Auswirkungen

Wenn man sich mit den Einflüssen des Wettbewerbsrechts auf das Krankenversicherungsrecht beschäftigt, kann man angesichts der inzwischen vorliegenden zivilgerichtlichen Entscheidungen zunächst eine Auswirkung feststellen, die unabhängig davon ist, ob es um Festbetragsfestsetzung oder Arzneimittelrichtlinien geht. Die Zivilgerichte scheinen „wild entschlossen“ zu sein, die Entscheidungen über die „Wettbewerbsverträglichkeit“ nicht den Sozialgerichten zu überlassen. Hier bedarf es jedoch noch intensiver Diskussionen. Die möglichen Gefahren, die durch die prozessuale Behandlung drohen, scheinen unter Sozialrechtlern bislang nur begrenzt wahrgenommen worden zu sein. Die Landgerichte haben sich in dieser Frage der Rechtsprechung des *BGH*⁹⁴ angeschlossen und setzen sich über den klaren Wortlaut von § 51 II 1 Nr. 2 SGG hinweg, der von der Zuständigkeit der Sozialgerichte auch insoweit ausgeht, als durch eine Streitigkeit auf Grund von Entscheidungen der gemeinsamen Gremien von Leistungserbringern und Krankenkassen Dritte wie z. B. die Hersteller von Arznei- oder Hilfsmitteln betroffen werden⁹⁵. Dabei werden zwei Argumentationsschritte angewendet, um die Entscheidungsbefugnis der LG'e zu begründen.

Zunächst wird zwar formelmäßig darauf verwiesen, dass sich die Antwort auf die Frage, ob für eine Streitigkeit der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist, grundsätzlich nach der Natur des Rechtsverhältnisses richtet, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, es sei denn, dass eine ausdrückliche anderweitige Rechtswegzuweisung durch den Gesetzgeber vorliegt⁹⁶. Anschließend wird jedoch die ausdrückliche Rechtswegzuweisung in § 51 II SGG faktisch ignoriert.

In einem zweiten Schritt wird sodann die Bestimmung in § 87 GWB zu einer Rechtswegzuweisung „aufgewertet“, obwohl sie nach ihrem Wortlaut eine Regelung der sachlichen Zuständigkeit ist, die erst zur Anwendung gelangen kann, nachdem feststeht, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten überhaupt gegeben ist⁹⁷.

Eine grundsätzlich entgegengesetzte Position nimmt ein, wer § 87 GWB deshalb als Rechtswegzuweisung betrachtet, weil Kartellrecht der Sache nach zum Teil dem öffentlichen Recht zugehöre, so dass insoweit an sich Verwaltungsgerichte in Kartellsachen zu entscheiden hätten. Wenn dies zutrifft, wäre in der Tat die einheitliche Zuweisung kartellrechtlicher Streitigkeiten an die Zivilgerichte eine Rechtswegzuweisung. In diesem Falle enthielte § 87 GWB zugleich eine Rechtswegzuweisung und eine Regelung der sachlichen Zuständigkeit innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit.

Zudem haben die betroffenen Hersteller vorgetragen, die Anrufung der Zivilgerichte habe angesichts der Verfahrensdauer bei der Sozialgerichtsbarkeit und dem nur unvollkommen ausgestatteten vorläufigen Rechtsschutz nach dem SGG sozusagen „Notwehrcharakter“, da ein jahrelanges Zuwarten im Hinblick auf die Höhe der jeweiligen Streitwerte nicht zumutbar sei.

III. Materiellrechtliche Auswirkungen

Materiellrechtlich ergeben sich aus den unter B. dargestellten Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts dann Auswirkungen, wenn Akteure des Gesundheitswesens als Unternehmen im Sinne des EGV und der Rechtsprechung des *EuGH* wirtschaftliche Tätigkeiten verrichten, die in Widerspruch zum Wettbewerbsrecht des EGV stehen.

1. Auswirkungen bezüglich der Festbetragsregelungen im Bereich von Arzneimitteln

a) Beschlüsse der Spitzenverbände über Festbeträge als Vereinbarungen von Unternehmensvereinigungen

Im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* kann die Befugnis zur Festsetzung von Festbeträgen als ein Beispiel dafür angesehen werden, dass der Staat die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen an Wirtschaftsunternehmen⁹⁸ delegiert und so der möglichen eigenen Regelung den staatlichen Charakter nimmt⁹⁹. Die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel durch Einigung der Spitzenverbände (§ 35 III 1 SGB V) stellt ihrem äußeren Erscheinungsbild nach eine „zumindest mittelbare Festsetzung der Ankaufpreise“ für Arznei- bzw. Hilfsmittel dar. Dieser Befund würde nach Auffassung des *OLG Düsseldorf* nur dann nicht zur Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des Art. 81 I EGV führen, wenn die Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern gesetzlich legitimiert wären, durch einseitigen hoheitlichen Akt rechtsverbindlich vorzuschreiben, zu welchen Höchststapgabepreisen sie ihre Produkte auf dem Teilmarkt der gesetzlich Krankenversicherten anbieten und abgeben dürfen¹⁰⁰. Zwar ließe sich einwenden, dass die letzte Entscheidung über den Kauf eines Arznei- oder Hilfsmittels beim Verbraucher, hier

94) Der Kartellsenat des *BGH* hatte im Jahre 1991 entschieden, dass „die Neufassung des § 51 II SGG [im Rahmen des GRG, die Verf.] Zuweisung bestimmter zivilrechtlicher Streitigkeiten an die Sozialgerichte – an der speziellen Rechtswegzuweisung zu den Kartellgerichten nach den §§ 87 ff. GWB nichts geändert hat“; *BGH (Kartellsenat)*, Ur. vom 12. 3. 1991 – KZR 26/89 – BGHZ 114, 218 ff. [LS 1].

95) Mit § 69 SGB V in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreform 2000), *BT-Drucks. 14/1245*, S. 8, unternimmt der Gesetzgeber einen neuen Versuch, um deutlich zu machen, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen mit den Leistungserbringern „allein sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur“ sind (so die Begründung zu § 96 S. 1 SGB V in der Fassung des Entwurfs, *BT-Drucks. 14/1245*, S. 68) und dass auch die sich aus diesen Rechtsbeziehungen ergebenden „Rechte Dritter sozialversicherungsrechtlicher bzw. verwaltungsrechtlicher Natur“ sind. Folglich entschieden auch bei Klage Dritter gegen Regelungen dieser Vertragsbeziehungen die Sozialgerichte nach § 51 II SGG bzw. die Verwaltungsgerichte (Begründung zu § 69 S. 4 des Entwurfs, *BT-Drucks. 14/1245*, S. 68). S. auch schon den Bericht in der *SZ* vom 10. 2. 1999, S. 21 über erste Pläne in diese Richtung.

96) So z. B. *LG München I* unter 1 a der Gründe seines Urteils vom 30. 6. 1999 mit Bezugnahme auf die Entscheidungen des gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes *BGHZ 97, 312 (313)* sowie *BGHZ 108, 284 (286)*.

97) Die Entscheidungen werfen dadurch, dass sie ganz überwiegend in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergehen, weitere prozessuale Probleme auf, die hier nicht behandelt werden können. S. dazu *Kruse*, *Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im sozialgerichtlichen Verfahren und vor den ordentlichen Gerichten allein wegen verfassungsrechtlicher Bedenken gegen eine entscheidungserhebliche Norm*, *NZS 1999, 595*.

98) Dies können auch öffentliche Unternehmen im Sinne von Art. 90 EGV sein; *EuGH*, Ur. vom 4. 5. 1988 – Rs. 30/87 („Preisfestsetzung/Bestattungswesen“) – *Slg.* 1988, 2479 [2519], sofern ihnen ausschließliche Rechte nach der Art eines Monopols übertragen wurden. Im Falle der Bundesanstalt für Arbeit hat der *EuGH* diese Voraussetzung als erfüllt betrachtet, s. Ur. vom 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90 („Höfner und Elser/Macrotron/Bundesanstalt für Arbeit“) – *NJW* 1991, 2891. Es erscheint jedoch fraglich, ob die in dieser Entscheidung angestellten Überlegungen ohne weiteres auf die gesetzlichen Krankenkassen übertragen werden können, die einem nicht unerheblichen und zunehmenden Wettbewerb durch die private Krankenversicherung und seit 1. 1. 1996 auch untereinander ausgesetzt sind und schon aus diesem Grunde keine Monopolstellung innehaben. Hieraus dürfte aber wiederum nur zu folgern sein, dass die Krankenversicherungsträger nicht öffentliche, sondern unmittelbar Wirtschaftsunternehmen sind, für die Art. 85 und 86 EGV ohnehin gelten; s. auch *Maassen*, aaO. [Fn. 31], S. 155 ff.

99) Zu diesem Ansatz, zur Anwendung von Art. 85 und 86 EGV zu gelangen, vgl. *EuGH*, Ur. vom 17. 11. 1993 – Rs. C-2/91 („Meng“) – *EuZW* 1993, 767.

100) Das *OLG Düsseldorf*, *NZS 1998, 567 ff.* (568 unter 1 a, bb der Gründe) hatte dies für den Bereich der Hilfsmittel entschieden; die Überlegung gilt jedoch ebenso für den Arzneimittelbereich.

also dem krankenversicherten Patienten liege. Ein Interesse des Patienten, eigene Entscheidungen bei der Auswahl eines Produktes zu treffen, besteht jedoch immer nur dann, wenn er aus medizinischen Gründen auf ein ganz bestimmtes Produkt angewiesen ist. Aber gerade in diesem Fall erhält er das Produkt ohne Rücksicht auf den Preis, weil es „notwendig“ im Sinne eines der Elemente des Wirtschaftlichkeitsprinzips der GKV ist. Andererseits wird in allen Fällen, in denen diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, die Vorgabe, dass die Krankenkassen für Kosten nur bis zu einer bestimmten Höhe aufkommen, in aller Regel die Kaufentscheidung ganz entscheidend beeinflussen. Mittelbar bestimmen demnach die Krankenkassen durch die Festsetzung der Festbeträge ganz maßgeblich darüber, welche Produkte verwendet werden. Daher handelt es sich bei der Festbetragsfestsetzung durch die Krankenkassenverbände um eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts, genauer gesagt um ein Verhalten von Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 I EGV. Da das Verhalten der Spitzenverbände als Unternehmensvereinigungen darin besteht, die (mittelbaren) Höchstpreise für Medikamente einheitlich festzulegen, handelt es sich auch um ein vom Tatbestand des Kartellverbots des Art. 81 I EGV erfasstes Verhalten¹⁰¹.

Nachdem feststeht, dass die Festsetzung von Arzneimittel-Festbeträgen grundsätzlich einen wettbewerbsrechtlich relevanten Tatbestand erfüllt, ist nun zu prüfen, ob sich aus den unter B. genannten Gründen eine Ausnahme ergeben könnte.

b) Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs bei Arzneimittel- und Verbandmitteln durch Vorgaben zur Berechnung von Festbeträgen

Betrachtet man § 35 V 3 SGB V mit seinen Vorgaben für die Berechnung der Höhe der Festbeträge für Arznei- und Verbandmittel, so lässt sich eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs im Sinne der Ausführungen unter B IV 1 vertreten. Für Arzneimittelfestbeträge stellt sich die relativ exakte gesetzliche Vorgabe zur Ermittlung der Festbetragshöhe als eine vorweggenommene Übernahme der Verantwortung des Mitgliedstaates für die scheinbare Unternehmensabsprache zwischen den Krankenkassen dar, weil diesen bereits durch das Gesetz gewissermaßen die Formel zur Berechnung des Festbetrages an die Hand gegeben wurde. Folgt man diesem Ansatz, so würde es schon an einem eigenen, wettbewerbsrechtlich relevanten Verhalten der Unternehmen fehlen.

c) Ambivalenz des Verfahrens zur Festsetzung der Arzneimittelfestbeträge im Hinblick auf den Zurechnungszusammenhang

Kommt es zu keiner Einigung der Spitzenverbände über die Festbeträge für Arzneimittel, so entscheidet nach § 35 VI i. V. m. § 213 III 1 SGB V die Bundesgesundheitsministerin im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsminister. Diese Regelung ließe sich dahingehend interpretieren, dass sowohl eine zustandgekommene Vereinbarung, erst recht aber deren Ersetzung durch den Minister in Wahrheit dem Mitgliedstaat Bundesrepublik und nicht den Unternehmen zuzurechnen ist. Gegen diese Interpretation spricht im Falle des Zustandekommens einer Vereinbarung allerdings, dass diese dann nicht mehr auf ihre Gemeinwohlverträglichkeit hin überprüft wird. Dieser Teil des Verfahrens der Festbetragsfestsetzung reicht daher allein nicht aus, um eine Zurechnung des Abspracheverhaltens an die Unternehmen zu verneinen.

d) Freistellung vom Kartellverbot nach der „rule of reason“

Eine weitere Rechtfertigung des koordinierten Verhaltens der Krankenkassen könnte sich nach der sog. „rule of

reason“ (s. o. B IV 2 b) daraus ergeben, dass erst die Anwendung von Festbeträgen einen Wettbewerb zwischen den Herstellern ermöglicht, da im System der gesetzlichen Krankenversicherung unter Geltung des Sachleistungsprinzips erst durch die Einführung von Festbeträgen der Preis für den einzelnen Versicherten Bedeutung erlangt. Würde er ohne eine solche Beschränkung mit Arzneimitteln versorgt, wäre es für ihn irrelevant, welchen Aufwand die Versichertengemeinschaft für diese Leistung treiben müsste.

Dieses Argument verdient als solches zwar Zustimmung. Allerdings vermag es nicht zu rechtfertigen, warum Festbeträge gerade im Wege eines koordinierten Verhaltens festgesetzt werden müssen. Denkbar wäre nämlich auch, dass Festbeträge beispielsweise für jede Kassenart gesondert festgesetzt werden.

Da aber gerade das koordinierte Verhalten wettbewerbsfördernd wirken müsste, um eine Freistellung vom Kartellverbot nach der „rule of reason“ zu begründen, erscheint dieser Ansatz nicht tauglich.

e) Rechtfertigung nach Art. 86 II EGV unter dem Aspekt einer Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des GKV-Systems

Schließlich könnten die Krankenkassen darlegen, dass ohne das geltende Festbetragssystem das finanzielle Gleichgewicht innerhalb der GKV und damit die Erfüllung ihrer Aufgaben gefährdet ist¹⁰². Es wäre dann an der Kommission zu begründen, dass eine solche Gefährdung auch ohne koordiniertes Verhalten abzuwenden ist (s. auch B IV 3).

Eine andere Frage ist, ob die Beschlussfassung zu den Arzneimittelrichtlinien in koordinierter Form erfolgen muss.

2. Auswirkungen bezüglich der Festbetragsregelungen im Bereich von Hilfsmitteln

Auch die Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel durch die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassenverbände (§ 36 II 1 SGB V) stellt ihrem äußeren Erscheinungsbild nach eine „zumindest mittelbare Festsetzung der Ankaufpreise“ für Hilfsmittel dar. Für die Hilfsmittelfestbeträge gelten gegenüber dem Arzneimittelbereich jedoch zwei entscheidende Abweichungen. Zum einen unterliegen sie nach der Regelung in § 36 III SGB V gerade nicht der engen Vorgabe von § 35 III 4 SGB V. Zum anderen besteht bei den Hilfsmitteln nicht die Möglichkeit, dass der Gesundheitsminister im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsminister entscheidet, wenn sich die Landesverbände und Verbände der Ersatzkassen nicht einigen können¹⁰³. Beides spricht gegen eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs. Angesichts der fehlenden Vorgabe eines Berechnungsmodus ist es die Einigung der Krankenkassen, der die Preisbestimmung zuzurechnen ist. Darin, dass der für die GKV zuständige Minister nicht einmal dann tätig wird, wenn es zu keiner Einigung über die Hilfsmittelfestbeträge kommt, drückt sich die Distanz des Mitgliedstaates aus, was hier beinahe wie das Gegenteil von Verantwortungsübernahme wirkt. Vielmehr kommen hier die Interessen der organisierten Nachfrage zur Geltung. Es liegt ein unter das Kartellverbot fallendes unternehmerisches Verhalten der Kassenverbände vor.

101) Zutreffend OLG Düsseldorf, NZS 1998, 567 f.; zweifelnd demgegenüber der Vorlagebeschluss des 3. Senats des BSG, NZS 1995, 502 (507 f.).

102) Immerhin wurden infolge der Festbetragsregelung etwa 3 Mrd. DM eingespart; s. den Bericht in der FAZ vom 9. 7. 1999, S. 15.

103) Sie stehen unter keinem Einigungszwang, da § 36 IV SGB V nur auf § 213 II SGB V verweist.

3. Auswirkungen bezüglich der Arzneimittelrichtlinien

Im Falle der Arzneimittelrichtlinien gelten Besonderheiten, die eine schematische Gleichbehandlung mit den beiden Arten der Festbetragsfestsetzungen verbieten.

a) Beschlüsse des Bundesausschusses als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

Die Zusammensetzung des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen aus Vertretern von Gruppen mit sehr unterschiedlichen Interessen sowie aus insgesamt drei unparteiischen Mitgliedern, die im Falle einer Nicht-Einigung zwischen den beteiligten Verbänden letztlich vom demokratisch legitimierten Minister bestimmt werden, könnte Zweifel aufkommen lassen, ob die Beschlüsse des Bundesausschusses als Vereinbarung von Unternehmen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen angesehen werden können. Diese Zweifel wären zu untermauern, wenn man von einer Vereinbarung oder einem Beschluss im Sinne des Art. 81 I EGV nur dann sprechen könnte, wenn an der Vereinbarung ausschließlich Unternehmen bzw. an einem Beschluss ausschließlich Unternehmensvereinigungen beteiligt wären.

Das *Landgericht München I* hat diesen Standpunkt eingenommen. Der Bundesausschuss könne nicht mit den gesetzlichen Krankenkassen gleichgesetzt werden, weil er neben den Vertretern der Krankenkassen auch aus Repräsentanten der Ärzte sowie insbesondere aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei unparteiischen Beisitzern bestehe¹⁰⁴. Zwingend ist die Auffassung des *LG München I* jedoch keineswegs. Insoweit lässt sich insbesondere auf die Darlegungen des Generalanwalts *Jacobs* in der Rechtssache „Albany International“ hinweisen. In dieser Sache geht es um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines niederländischen Tarifvertrages über die Errichtung eines Betriebsrentensystems. Im Rahmen der Prüfung des Art. 81 I EGV (Art. 85 I EGV a. F.) legt der Generalanwalt dar, dass ein Kollektivvertrag, der zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geschlossen wird, auch eine Verhaltensabstimmung zwischen den auf der Arbeitgeberseite beteiligten Unternehmen beinhalte. Dies reiche aus, um eine Verhaltensabstimmung im Sinne des Art. 81 I EGV anzunehmen¹⁰⁵.

Wenn die These des *Bundessozialgerichts* zutrifft, dass Richtlinienbeschlüsse der Bundesausschüsse sich im Kern nicht von den normsetzenden Verträgen des Vertragsarztrechts unterscheiden, sondern ein funktional gleichwertiges Regelwerk nur in einem anderen Gehäuse hervorbringen¹⁰⁶, liegt es nahe, die den Kollektivvertrag aufspaltende These von *Jacobs* auch auf die Richtlinien der Bundesausschüsse zu übertragen.

b) Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs im Zusammenhang mit den Beschlüssen des Bundesausschusses

Man könnte erwägen, ob die ministeriellen Handlungsmöglichkeiten (Beanstandungsrecht) den Zurechnungszusammenhang nachträglich unterbrechen. Schon die Beteiligung von neutralen Mitgliedern an den Beschlüssen des Bundesausschusses deutet auf einen höheren Gemeinwohlbezug hin, als dies bei der Festbetragsfestsetzung der Fall ist. Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass die vom Bundesausschuss beschlossenen Richtlinien nach § 94 I 2 und 4 SGB V zunächst einem Beanstandungs- und dann einem Ersatzvornahmerecht der Bundesgesundheitsministerin unterliegen. Sowohl für den Fall, dass die Ministerin nicht beanstandet, als auch und gerade für den Fall, dass sie selbst entscheidet, ist das Zustandekommen der Arzneimittelrichtlinien im Sinne der obigen Ausführungen unter B IV 1 „in Wahrheit dem Mitgliedstaat zuzurechnen“. Daher

stellt sich das Bild bei den Arzneimittelrichtlinien schon aus diesem Grund anders dar als im Bereich der Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel.

c) Rechtfertigung im Blick auf das finanzielle Gleichgewicht des GKV-Systems

Selbst wenn man sich anhand der unter B dargestellten Kriterien dafür entscheidet, dass auch bei dem Erlass und bei der Anwendung der Arzneimittelrichtlinien eine Absprache zwischen Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts stattfindet, dürfte hier eine Rechtfertigung durch den Gemeinwohlbezug im Sinne von Art. 86 II EGV n. F. anzunehmen sein. Dieser ist darin zu sehen, dass die Arzneimittelrichtlinien den Zweck verfolgen, für eine möglichst wirtschaftliche Versorgung mit Arzneimitteln zu sorgen. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass mit den Versichertenbeiträgen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern möglichst sparsam umgegangen und der Grundsatz der Beitragssatzstabilität beachtet wird. Es erfolgt zudem keine direkte oder mittelbare Preisbestimmung. Getroffen wird eine Entscheidung darüber, welche Produkte in die Arzneimittelversorgung einbezogen werden sollen.

E. Thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages gelten auch im Geschehen der Leistungserbringung im Sozialversicherungsrecht. Eine Bereichsausnahme für die soziale Sicherheit ist nicht vorgesehen. Die Regulierung durch Kollektivverträge ändert hieran nichts.

2. Adressaten der Art. 81 I und 82 EGV sind Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Sozialversicherungsträger, die im Rahmen des Naturalleistungsprinzips Leistungen auf dem Gesundheitsmarkt „einkaufen“, sind Unternehmen im Sinne des EG-rechtlichen funktionalen Unternehmensbegriffs. Verbände resp. Dachverbände von Sozialversicherungsträgern sind Unternehmensvereinigungen in eben diesem Sinne.

3. Auch „Absprachen“ zwischen Sozialversicherungsträgern können das Kartellverbot oder das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verletzen.

4. Das Argument, Sozialversicherungsträger seien keine Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, ist wenig phantasievoll, wenig überzeugend und hat schlechte Erfolgsaussichten.

5. Wo der Staat die Gemeinwohlverträglichkeit von (scheinbaren) Unternehmensabsprachen prüft und verantwortet, kann die Wettbewerbsbeschränkung den Unternehmen nicht zugerechnet werden (Rechtsprechung zur Festlegung von Transporttarifen).

6. Eine wettbewerbspolitische Bewertung einer Verhaltensabstimmung ist auch im Rahmen des Tatbestandes des Kartellverbots vorzunehmen. Eine Absprache, die einem wirksamen Wettbewerb förderlich ist, ist nicht verboten.

7. Wettbewerbsverstöße von Sozialversicherungsträgern können nach Art. 86 II EGV gerechtfertigt sein. Dies setzt „nur“ voraus, dass bei Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages die Erfüllung der den Sozialversicherungsträ-

104) *LG München I*, Urteil vom 30. 6. 1999 – 21 O 5205/99 – S. 31 des Urteilsabdrucks.

105) Schlussantrag des Generalanwalts *Jacobs* in der Rechtssache *Albany International*, C 67/96, Rdnrn. 237 – 243.

106) *BSGE* 82, 41ff. (47): „Die gleichen Ergebnisse und normativen Wirkungen hätte der Gesetzgeber erreichen können, indem er die Körperschaften ermächtigt, durch Verträge miteinander bindende Normen für ihre jeweiligen Mitglieder und diejenigen der weiteren nachgeordneten Körperschaften zu schaffen.“

gern gesetzlich anvertrauten Aufgaben „gefährdet“ wäre (aktuelle Rechtsprechung zur Energieversorgung). Eine Gefährdung, etwa unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems, muss jedoch von den Trägern substantiiert dargetan und bewiesen werden.

Die Gegen Ausnahme des Gemeinschaftsinteresses ist erst nach Konkretisierung durch die Kommission zu beachten.

8. Es ist zu bezweifeln, ob die beabsichtigte Gesetzesänderung zu § 69 SGB V den Streit um die Frage ausräumen wird, ob Rechtsstreitigkeiten zwischen den Herstellern von Arznei-, Verband- oder Hilfsmitteln nach § 51 II 1 Nr. 2 SGG vor den Sozialgerichten oder vor den Kartellsprachkörpern der Zivilgerichtsbarkeit auszutragen sind. § 87 GWB enthält keine Rechtswegzuweisung.

9. Die Beschlüsse der Spitzenverbände der Krankenkassen über die Festsetzung von Festbeträgen stellen Vereinbarungen von Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 I EGV dar. Es findet dabei eine zumindest mittelbare Festsetzung der Ankaufpreise statt.

10. Wegen der engen Vorgaben zur Berechnung der Höhe von Festbeträgen im Gesetz ist die Annahme vertretbar, schon ein eigenes, wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten der Kassen zu verneinen, also eine Unterbrechung des wettbewerbsrechtlichen Zurechnungszusammenhangs anzunehmen.

11. Kommt eine Vereinbarung über die Festsetzung von Festbeträgen zustande, so findet nach geltendem Krankenversicherungsrecht keine Überprüfung des Ergebnisses durch das Bundesgesundheitsministerium mehr statt. Dies

spricht gegen eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs.

12. Trotz der grundsätzlichen Eignung von Festbeträgen, den Wettbewerb im Bereich der von ihnen erfassten Produkte überhaupt erst anzuregen, kann das koordinierte Verhalten der Kassen bei der Festbetragsfestsetzung nicht nach der sog. „rule of reason“ vom Kartellverbot freigestellt werden, wenn sich die Notwendigkeit gerade einer koordinierten Festsetzung von Festbeträgen nicht nachweisen lässt.

13. Ein entsprechendes Problem stellt sich auch, soweit man vor dem Hintergrund von Art. 86 II EGV Festbeträge als zur Sicherung der finanziellen Grundlagen des GKV-Systems notwendig ansieht, da dies nicht zwingend für eine koordinierte Festsetzung spricht.

14. Die Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel fällt unter das Kartellverbot, ohne dass sich Ausnahmen oder Rechtfertigungen begründen lassen.

15. Trotz der Beteiligung von Ärzten und neutralen Mitgliedern im Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen stellen dessen Beschlüsse solche von Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 I EGV dar.

16. Insbesondere durch das ministerielle Beanstandungsrecht wird jedoch der Zurechnungszusammenhang im Hinblick auf die Beschlüsse des Bundesausschusses über Arzneimittelrichtlinien unterbrochen.

17. Bei den Arzneimittelrichtlinien tritt der Gemeinwohlbezug unter dem Aspekt der Sicherstellung einer wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten so deutlich hervor, dass sich deren Verabschiedung durch den Bundesausschuss gemäß Art. 86 II EGV rechtfertigen lassen dürfte.