

Festbeträge und Europäisches Kartellrecht

Das Festbetragssystem der §§35f. SGB V und seine Vereinbarkeit mit Art. 81 EG

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

vorgelegt von
Roland Reichert
aus Ratingen

II

- | | |
|-----------------------------|-------------------------------|
| 1. Berichterstatter | Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann |
| 2. Berichterstatter | Prof. Dr. Ulrich Noack |
| Dekan: | Prof. Dr. Helmut Frister |
| Tag der mündlichen Prüfung: | 29. März 2004 |

Vorwort

Die Aktivitäten des Gesetzgebers im sozialversicherungsrechtlichen Bereich verdeutlichen sowohl die Ineffektivität der bisherigen Reformen sämtlicher Regierungen als auch die Dringlichkeit der im Sozialversicherungsbereich entstandenen Strukturprobleme. Konsequenz für diese Arbeit ist, daß sie seit ihren Anfängen im Jahre 1999 eine Vielzahl von Gesetzesänderungen und die zugehörigen Aktualisierungen über sich ergehen lassen mußte.

Die neueren Reformen, die zum Beginn des Jahres 2004 in Kraft getreten sind, sind für die vorliegende Arbeit nur am Rande von Bedeutung, da sie kaum Auswirkungen auf das Festbetragssystem als solches haben. Deswegen bezieht sich diese Arbeit ganz überwiegend auf das sozialversicherungsrechtliche Regelungswerk vor dem Jahreswechsel 2003/2004, ohne daß hierdurch die Aussagekraft auch für die Gegenwart gemindert würde. Wo es notwendig ist, wird auf die neueste Rechtslage hingewiesen.

Mein Dank gilt Frau Prof. Dr. Pohlmann, die in ihrer Dozententätigkeit an der Universität Düsseldorf mein Interesse für das Kartellrecht weckte, mir bei der Themenwahl der Dissertation von großer Hilfe war und mich auch hernach stets aufmerksam betreute. Ihr verdanke ich de facto meine kartellrechtliche Vita.

Die Arbeit möchte ich meiner gesamten Familie, in Ratingen wie im Spessart, widmen, deren Rückhalt und Unterstützung für mich von unschätzbarem Wert sind, zuvörderst aber meinem Vater, der mich in Weltanschauung und Berufswunsch mehr als jeder andere Mensch geprägt hat.

Roland Reichert, Mai 2004

Inhaltsübersicht

A)Einleitung und Zielsetzung.....	1
B)Die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV).....	3
I)Versicherungssystem oder staatliches Gesundheitswesen.....	4
II)Grundprinzipien der GKV.....	9
III)Leistungsumfang und Leistungsbeziehungen	23
IV)Eigenbeteiligung - Wettbewerb in der GKV durch Einbeziehung der Versicherten...	42
V)Das Kassensystem der GKV.....	52
VI)Das Festbetragssystem.....	72
VII)Die GKV in Zahlen.....	93
C)Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art. 81 I EG.....	99
I)Unternehmen und Unternehmensvereinigungen.....	99
II)Die von Art. 81 I EG erfaßten Maßnahmen.....	177
III)Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	202
IV)Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels.....	239
V)Spürbarkeit.....	246
VI)Die Ausnahmenvorschrift des Art. 86 II	287
D)Ergebnisbetrachtung.....	327
I)Zusammenfassung der eigenen Ergebnisse.....	327
II)Bewertung gesetzgeberischer Reaktionen.....	327
III)Konsequenzen einer Kartellrechtswidrigkeit des Festbetragssystems.....	332
E)Anhang 1: Das Urteil des EuGH.....	335
F)Anhang 2:.....	341

Inhaltsverzeichnis

A)Einleitung und Zielsetzung.....	1
B)Die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV).....	3
I)Versicherungssystem oder staatliches Gesundheitswesen.....	4
1)Pflichtversicherungssystem als „echtes“ Versicherungssystem.....	4
2)Versicherungsprinzip: Grundprinzip mit Verfassungsrang ?.....	6
3)Gesundheitssysteme im europäischen Ausland.....	7
II)Grundprinzipien der GKV.....	9
1)Solidarität und Subsidiarität.....	9
a)Solidarität.....	9
(i)Begriff der Solidarität.....	9
(ii)Ausgleich im Versicherungsprinzip (zwischen Gesunden und Kranken).....	10
(iii)Ausgleichwirkungen im Solidarwesen der GKV.....	11
(1)Ausgleich zwischen Einkommensgruppen.....	12
(2)Ausgleich zwischen den Altersgruppen.....	13
(3)Solidarausgleich zwischen den Geschlechtern.....	14
(4)Familienlastenausgleich.....	14
(5)Ausgleich zwischen Versicherten und Arbeitgebern ?.....	15
(6)Probleme im Zusammenhang mit freiwillig Versicherten.....	16
(7)Fazit.....	17
b)Subsidiarität.....	18
2)Finanzierung, Selbstverwaltung und Arbeitgeberbeteiligung.....	20
III)Leistungsumfang und Leistungsbeziehungen	23
1)Sachleistungsprinzip und Geldleistungsprinzip (Kostenerstattungsprinzip).....	23
a)Differenzierung nach den Leistungsbeziehungen ?.....	23
b)Sinn und Zweck des Sachleistungsprinzips.....	25
c)Das Sachleistungsprinzip in der Kritik.....	27
2)Rechtsnatur der Leistungsbeziehungen	28
a)Rechtsbeziehung zwischen Versicherten und Krankenkassen.....	29
b)Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse.....	29
(i) ... bei ärztlichen Leistungserbringern.....	29
(1)Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkasse und Kassenärztlicher Vereinigung.....	30
(2)Das Rechtsverhältnis zwischen KVen und Ärzten.....	30
(3)Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkasse und Ärzten.....	30

VIII

(ii) ...bei Apotheken.....	31
(iii) ...bei Krankenhäusern.....	32
(iv) ...bei Erbringern von Heil- und Hilfsmittelleistungen.....	33
c)Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Versichertem.....	34
(i) ... bei ärztlichen Leistungserbringern.....	34
(ii) ...bei Krankenhäusern.....	36
(iii) ... bei Heil- und Hilfsmittellieferanten.....	36
(iv) ...bei Apotheken.....	38
(v)Fazit zur Stellung des Versicherten gegenüber den Leistungserbringern.....	39
IV)Eigenbeteiligung - Wettbewerb in der GKV durch Einbeziehung der Versicherten... 42	
1)Die Rolle des Arztes bei der Inanspruchnahme von Leistungen.....	42
2)Die Rolle des Patienten bei der Inanspruchnahme von Leistungen.....	43
3)Eigenbeteiligung als Steuerungsmittel in der GKV.....	44
a)Funktionsweisen einer Eigenbeteiligung.....	45
b)Modelle einer Eigenbeteiligung in der GKV.....	45
c)Vermischung von Eigenbeteiligungsformen und ihre Wirkungen.....	49
4)Nebenfolgen der Eigenbeteiligung.....	49
V)Das Kassensystem der GKV.....	52
1)Die unterschiedlichen Kassenarten.....	52
a)Ortskrankenkassen (oder Allgemeine Ortskrankenkassen).....	52
b)Betriebskrankenkassen.....	52
c)Innungskrankenkassen.....	54
d)Ersatzkassen.....	54
e) See-Krankenkasse.....	55
f)Landwirtschaftliche Kassen.....	56
g)Bundesknappschaft.....	56
2)Eigenschaften und Organisation der Krankenkassen	56
a) Krankenkassen als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung.....	56
b)Organisationsstrukturen der Krankenkassen.....	60
3)Wettbewerb zwischen den Kassen und Risikostrukturausgleich.....	61
a)Einzug des Wettbewerbs im System der GKV.....	61
b)Frühere Risikostrukturausgleiche.....	62
c)Der kassenartenübergreifende Risikostrukturausgleich (RSA).....	62
4)Verbände der Krankenkassen.....	64
a)Verbände der regional strukturierten Krankenkassen.....	64
b)Verbände der Ersatzkassen.....	65
c)Verbände der sonstigen Krankenversicherungsträger.....	67

d) Spitzenverbände der Krankenkassen.....	67
5) Konzentration und Neugründung der Kassen.....	67
6) Fazit für die Belange dieser Bearbeitung.....	70
VI) Das Festbetragsystem.....	72
1) Definition der verschiedenen Mittel und ihre Abgrenzung zueinander.....	72
2) Gründe für die Einführung des Festbetragsystems.....	74
3) Durchführung des Festbetragsystems.....	75
a) Bildung der Festbetragsgruppen	76
(i) Bildung der Festbetragsgruppen bei Arzneimitteln.....	76
(ii) Gruppenbildung bei Verbandmitteln nach dem GRG.....	78
(iii) Gruppenbildung bei Hilfsmitteln nach dem GRG.....	78
b) Festsetzung der Festbeträge.....	79
(i) Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel.....	79
(ii) Festsetzung von Festbeträgen für Verbandmittel.....	80
(iii) Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel.....	81
c) Klagen gegen Festbeträge.....	82
4) Flankierende Maßnahmen.....	83
a) Zuzahlungen	83
b) Zulassungswesen bei Leistungserbringern.....	84
c) Aufklärungspflicht durch den verordnenden Arzt.....	86
d) Die Positivliste.....	86
e) Aut-idem-Regelung.....	87
f) Änderungen durch das GKV-Modernisierungsgesetz.....	88
5) Verfassungsrechtliche Bedenken.....	89
6) Reaktion des Gesetzgebers	89
7) Zusammenfassung.....	90
8) Praktische Irrelevanz der Festbeträge bei Verbandmitteln.....	91
VII) Die GKV in Zahlen.....	93
1) Allgemeine Ausgaben- und Einnahmenentwicklung 1970-1999.....	93
2) Kostenentwicklung bei Arzneimitteln.....	94
3) Kostenentwicklung bei Heil- und Hilfsmitteln vor Inkrafttreten des GRG.....	96
4) Finanzgrundlage für die GKV in der Zukunft.....	98
C) Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art. 81 I EG.....	99
I) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen.....	99
1) Die Bedeutung des Unternehmensbegriffs im EG-Kartellrecht.....	99
a) Abgrenzungsfunktion : persönlicher Anwendungsbereich - sachlicher Anwendungsbereich.....	99

b)Autonomie des europarechtlichen Unternehmensbegriffs.....	100
2)Die Unternehmenseigenschaft der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen.....	100
a)Nachzeichnung der Entwicklung der Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff. 101	
(i)Der Unternehmensbegriffs in der Rechtsprechung zum EGKS-Vertrag.....	101
(ii)Emanzipation des EGV-Unternehmensbegriffs.....	104
(iii)Der Unternehmensbegriff seit dem Urteil Höfner/Elser.....	107
(iv)Würdigung der Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff.....	109
b)Der Unternehmensbegriff in der Diskussion.....	110
(i)Wirtschaftlichkeit der Betätigung.....	110
(ii)Die Bedeutung des Rechtssubjektes für die Unternehmenseigenschaft.....	112
(iii)Dauerhaftigkeit/potentielle Unternehmen.....	114
(iv)Relativität des tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriffs.....	118
(v)Gewinnerzielungsabsicht und Entgeltlichkeit.....	119
(vi)öffentliche Unternehmen und hoheitliche Tätigkeit.....	123
(vii)Art. 1 Prot. 22 zum Art. 56 EWR-Abkommen.....	126
(viii)Eigene Stellungnahme zum Begriff des Unternehmens iSd Art. 81 EG.....	128
(ix)Zwischenergebnis.....	129
c)Die wirtschaftlichen Betätigungen der Krankenkassen der GKV.....	130
(i)Die Urteile des EuGH betreffend Sozialversicherungsträger.....	130
(1)Das Urteil Duphar.....	130
(2)Das Urteil Poucet & Pistre	131
(3)Das Urteil Fédération Francaise des Sociétés d'Assurance.....	133
(4)Das Urteil Albany.....	136
(6)Bewertung der Urteile.....	140
(a)Die Solidarität als Hindernis der Unternehmenseigenschaft ?.....	141
(b)Der Mangel an eigenem Handlungsspielraum.....	143
(c)Zusammenfassung.....	144
(ii)Rechtsprechung betreffend Rechtssetzung durch Tarifgremien	144
(1)die BNIC-Urteile.....	144
(2)das Reiff-Urteil.....	145
(3)das Urteil Delta.....	146
(4)die Urteile zu den italienischen Speditionstarifen.....	147
(5)das Urteil Zollspediteurtarife.....	148
(6)Das Urteil über den Nationalen Rat der Rechtsanwälte (CNF).....	149
(7)Urteil über die Zusammenarbeitsverordnung für Rechtsanwälte.....	150
(8)Zusammenfassung der Rechtsprechung.....	151

(9)Die dogmatische Einordnung der durch den EuGH erörterten Gesichtspunkte.....	152
(iii)Berücksichtigung der Relativität des Unternehmensbegriffs.....	154
(1)Die Tätigkeit als Versicherer.....	155
(2)Stellung der Krankenkassen als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln....	157
(iv)Zwischenergebnis.....	161
3)Die Unternehmenseigenschaft der Verbände der Krankenkassen.....	162
a)Die Landesverbände der regional agierenden Krankenkassen.....	162
b)Die Bundesverbände der regional agierenden Krankenkassen.....	164
c)Die Verbände der Ersatzkassen.....	165
d)Die Verbände der übrigen Kassenarten.....	166
4)Unternehmenseigenschaft des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen...	166
5)Unternehmensvereinigungen.....	167
a)Status der Verbände der Krankenkassen als Unternehmensvereinigungen.....	169
b)Status des Bundesausschusses als Unternehmensvereinigung.....	170
(i)Die Vertreter der Ärzte.....	171
(ii)Die „Vertreter“ der Krankenkassen.....	173
(1)Mangel bei der Mitgliedschaft der Krankenkassen.....	173
(2)Weisungsungebundenheit.....	175
(iii)Zusammenfassung.....	176
6)Zusammenfassung.....	176
II)Die von Art. 81 I EG erfaßten Maßnahmen.....	177
1)Gleichwertigkeit der Begehungsweisen.....	177
2)Vereinbarung.....	177
3)Beschlüsse.....	180
a)rechtliche Verbindlichkeit.....	181
b)rechtsfehlerhafte Beschlüsse.....	182
4)abgestimmte Verhaltensweisen.....	183
5)Die rechtliche Beurteilung der Maßnahmen des Festbetragsystems.....	184
a)Die Bildung der Festbetragsgruppen	185
(i) ... für Arzneimittel.....	185
(ii) ... für Hilfsmittel.....	186
b)Die Festsetzung der Festbeträge.....	187
6)Rechtsprechung des EuGH.....	187
a)Beurteilung der Rechtsprechung.....	188
(i)Das Bild des EuGH von der Rolle von Unternehmen bei der Wirtschaftslenkung.....	189

(ii)Tauglichkeit der Kriterien des EuGH.....	190
(1)Weisungsungebundenheit.....	190
(2)Anteil von Unternehmen an Gremien.....	191
(3)Verpflichtung auf das allgemeine Wohl.....	192
(4)Behördliche Genehmigung und Ersetzung.....	193
(5)Ergebnis.....	194
(iii)Inhaltliche Ablehnung der neuen Rechtsprechung	194
b)Anwendung der EuGH-Rechtsprechung	197
(i)Ernennung durch hoheitliche Stellen	197
(ii)Berücksichtigung des allgemeinen Wohls	197
(iii)Weisungsungebundenheit der Mitglieder der Tarifkommission	198
(iv)Zusammensetzung der Gremien	199
(v)Ministerieller (oder behördlicher) Genehmigungsvorbehalt	199
(vi)Zusammenfassung.....	201
III)Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	202
1)Der Begriff des Wettbewerbs.....	202
a)Nicht schützenswerter Wettbewerb.....	203
b)potentieller Wettbewerb.....	204
2)Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung.....	205
a)Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit.....	205
(i)Beeinträchtigung beider Gruppen.....	206
(ii)Beeinträchtigung nur der Freiheit teilnehmender Unternehmen.....	207
(iii)Einschränkung nur der Handlungsfreiheit Dritter : Austauschverträge.....	208
b)Verfälschung als eigenständiger Modus der Beschränkung.....	210
3)Zweck oder Folge.....	211
a)Zweck.....	212
b)Wirkung.....	215
c)Fazit.....	217
4)Zweck und Wirkung der Maßnahmen des Festbetragssystems.....	218
a)Wettbewerbsbeschränkender Zweck der Maßnahmen des Festbetragssystems.....	218
(i)Wettbewerbsbeschränkender Zweck der Bildung von Festbetragsgruppen.....	218
(ii)Wettbewerbsbeschränkender Zweck der Festsetzung der Festbeträge.....	220
(1)Auswirkungen aufgrund des Zusammenspiels der Funktionsmechanismen.....	221
(2)Voluntatives Element des Bezweckens.....	223
(a)Wirtschaftliches Interesse als Auslegungshilfe.....	223
(b)Berücksichtigung mittelbarer Auswirkungen.....	224
(c)Berücksichtigung von Beschränkungen Dritter	225

XIII

(d)Zwischenergebnis.....	226
(3)Motivberücksichtigung im Sinne der Rechtsprechung.....	227
(4)Zwischenergebnis.....	228
b)Wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Bildung von Festbetragsgruppen.....	228
5)Zurechenbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	229
a)Vorgabe des konkreten Marktverhaltens.....	229
b)Zwangskartellierung ohne Vorgabe des konkreten Marktverhaltens.....	230
c)Beschränkung eines unerheblichen Restwettbewerbs.....	230
d)Ermöglichung oder Verstärkung eines Kartells.....	230
e)Prüfung der Zurechenbarkeit.....	230
f)Widerspruch innerhalb der Rechtsprechung.....	233
(i)Fehlende Verbindlichkeit nationaler hoheitlicher Einflußnahme.....	233
(ii)Möglichkeit zur Durchsetzung gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat.....	235
(iii)Folge des Widerspruchs in der Rechtsprechung.....	236
(iv)Ergebnis.....	237
6)Die Horizontalleitlinien der Kommission	238
7)Ergebnis.....	238
IV)Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels.....	239
1)Funktion des Tatbestandsmerkmals.....	239
2)Begriff.....	240
3)Beurteilung der Wirkungen der Festbeträge auf den zwischenstaatlichen Handel...	242
a)Waren im engeren Sinne.....	243
b)Dienstleistungen.....	244
c)Ergebnis.....	245
V)Spürbarkeit.....	246
1)Die Funktion des Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit und des relevanten Marktes.....	246
2)Doppelte Spürbarkeit ?.....	247
3)Spürbarkeit als Drittwirkung - Bündeltheorie.....	251
4)Die Bagatellbekanntmachung der Kommission.....	253
5)Bedeutung und Abgrenzung des relevanten Marktes.....	255
a)sachlich relevanter Markt.....	255
(i)Bedarfsmarktkonzept als Hauptanhaltspunkt.....	255
(ii)Gesichtspunkte der Austauschbarkeit.....	256
(iii)Substituierbarkeit des Angebots auf Angebotsmärkten.....	257
(iv)Vice Versa - sachliche Marktabgrenzung bei Nachfragerkartellen.....	259
(1)Marktgegenseite bei Nachfragerkartellen.....	259

XIV

(2)Nachfragesubstitution bei Nachfragerkartellen.....	260
(3)Zusammenfassung.....	261
b)räumlich relevanter Markt.....	261
(i)Gängige Ansicht in Praxis und Lehre.....	261
(ii)Eigene Zusammenfassung der wesentlichen Gesichtspunkte.....	263
(iii)Zusammenfassung.....	266
c)zeitlich relevanter Markt.....	266
d)Relevanter Markt und Umsatzanteilschwellenwerte.....	266
6)Spürbarkeit der Festbetragsregelungen	267
a)Anwendbarkeit der Bagatellbekanntmachung auf das Festbetragswesen der GKV.....	267
b)Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte.....	269
(i)Arzneimittel.....	269
(1)Anbieterschaft.....	269
(2) Ausweichmöglichkeiten der Anbieter.....	270
(3)Nachfragesubstitution.....	272
(4)Zwischenergebnis.....	275
(ii)Hilfsmittel	275
c)Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes.....	275
(i)Arzneimittelmarkt.....	276
(ii)Hilfsmittelmarkt.....	276
d)Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen bei Arzneimitteln	278
(i)Nachfrageumsatzanteile (quantitative Prüfung).....	278
(ii)Folgen für Dritte (qualitative Prüfung).....	280
(iii)Bewertung der Spürbarkeit.....	282
e)Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen bei Hilfsmitteln.....	284
(i)Nachfrageumsatzanteile (quantitative Prüfung).....	284
(ii)Folgen für Dritte (qualitative Prüfung).....	285
(iii)Bewertung der Spürbarkeit.....	285
7)Zusammenfassung	286
VI)Die Ausnahnevorschrift des Art. 86 II	287
1)Die Bedeutung von Art. 86 II EG im Normengefüge.....	287
2)Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	291
a)weite Auslegung des Dienstleistungsbegriffs.....	291
b)Bedeutung des wirtschaftlichen Interesses.....	292
c)allgemeines Interesse.....	295
d)Zusammenfassung.....	298

3)Betrante Unternehmen.....	298
4)Rechtsfolge : Befreiung von den Regeln des Vertrages.....	299
a)Verhinderung und Behinderung.....	300
b)Das Problem der Auswirkung auf angrenzenden Märkten.....	301
(i)Kein Übergriff auf benachbarte Märkte.....	302
(ii)Annäherung an eine theoretische Ausdehnung auf angrenzende Märkte.....	303
(iii)finanzielles Gleichgewicht als Ausdehnungsgrund.....	304
(iv)Interesse an einheitlicher, preiswerter Leistungserbringung („affordable prices“).....	305
(v)Standpunkte der Literatur.....	305
(vi)Einordnungsversuch zu Quersubventionierungen zwischen verschiedenen Märkten.....	306
(vii)Eigener Ansatz einer Lösung zur Interessenberücksichtigung.....	308
(1)Sicherstellung der Leistungserbringung (Grundversorgung).....	309
(2)Gleichartigkeit der Leistungserbringung (einheitliche Grundversorgung).....	310
(3)Leistungserbringung unter Marktpreis.....	311
(viii)Zusammenfassung.....	312
5)Vorrang der Freistellung.....	313
6)Grenzen der Befreiung von den Vorschriften für Unternehmen (Art. 86 II 2 EG)....	314
7)Festbetragswesen und Legalausnahme des Art. 86 II EG.....	318
a)Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	318
(i)Die Versorgung der Versicherten mit Gesundheitsleistungen.....	319
(ii)Die Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln.....	320
b)Betrachtung.....	321
c)Verhinderung/Befreiung von den Regeln des Vertrages.....	322
(i)Bei Begrenzung auf marktbezogene Befreiung.....	322
(ii)Bei Entbindung von den Regeln des Vertrages auch auf anderen Märkten.....	322
(iii)Zwischenergebnis.....	325
8)Ergebnis.....	325
D)Ergebnisbetrachtung.....	327
I)Zusammenfassung der eigenen Ergebnisse.....	327
II)Bewertung gesetzgeberischer Reaktionen.....	327
1)Der Neuregelungsentwurf.....	328
2)Beurteilung des Entwurfs.....	329
3)Kartellrechtliche Beurteilung des § 35a SGB V.....	331
III)Konsequenzen einer Kartellrechtswidrigkeit des Festbetragsystems.....	332

E)Anhang 1: Das Urteil des EuGH.....	335
I)Zusammenfassung der Begründung.....	335
II)Zur Kongruenz von Vorlagefragen und Stellungnahme des Gerichtshofs.....	336
III)Risikoausgleich und Risikostrukturausgleich.....	337
IV)Aufgabe des relativen Unternehmensbegriffs ?.....	338
V)Fehlen von Wettbewerb als maßgebliches Kriterium.....	339
VI)Unternehmensbegriff als falscher Ansatzpunkt	339
F)Anhang 2:.....	341

Abkürzungsverzeichnis

(soweit nicht aufgeführt in *Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache*, oder *Duden, Die deutsche Rechtschreibung*, vgl. Literaturverzeichnis)

AusBer	Bericht des Ausschusses
BerAusn.	Bereichsausnahmen
ders.	derselbe
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der konsolidierten Fassung des Vertrages von Amsterdam)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
frz.	französisch
GemS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GKV-SolG	Gesetz zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz) v. 19. Dezember 1998, BGBl. 1998, I S. 3853ff.
GKV-NOG	Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung v.23. Juni 1997, BGBl. 1997, I S. 1518f. bzw. 1520f.
GSG	Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) v. 21. Dezember 1992, BGBl. 1992, I S. 2266ff.
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
KV	Kassen(zahn)ärztliche Vereinigung
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht, Verlag C.H. Beck, München
RSA	Risikostrukturausgleich
Slg.	Sammlung, hier : Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
VfA	Verband forschender Arzneimittelhersteller

Literaturverzeichnis

- Andreas, Manfred Die Gewährung der Krankenhauspflege durch bestimmte Krankenhäuser,
Erwiderung auf Zuck, NJW 1979 S. 590-592
NJW 1979 S. 2344-2345
- Barnewitz, Joachim Die Gewährung der Krankenhauspflege durch bestimmte Krankenhäuser,
Erwiderung auf Zuck, NJW 1979 S. 590
NJW 1980 S. 1891-1892
- Benicke, Christoph Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts
EWS 1997 S. 373-379
- Bien, Annika S. Die Einflüsse des europäischen Kartellrechts auf das nationale Gesundheitswesen
zitiert : Bien
Erich Schmidt Verlag, Berlin
- Black, Henry Campbell Black's Law Dictionary
Nolan, Joseph R. 6. Auflage 1991
Nolan-Haley, Jaqueline M. zitiert : Black's Law Dictionary
West Publishing Co., St. Paul/Minnesota
- Blasius, Helga Arzneimittel und Recht in Deutschland
Müller-Römer, Dietrich 1998
Fischer, Jürgen zitiert : Blasius, Arzneimittel und Recht in Deutschland
Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Stuttgart
- Bleckmann, Albert Europarecht
6. Auflage 1997
zitiert : Bleckmann, Europarecht
Carl Heymanns, Köln

- Constantinesco, Vlad
Jaqué, Jean-Paul
Kovar, Robert
Simon, Denys
- Traité instituant la CEE – Commentaire article par article
1992
zitiert : Constantinesco/Jaqué
Economica, Paris
- Daig, Hans-Wolfram
- Zum Begriff der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ nach Art. 85 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung des „Zuckerurteils“ des EuGH vom 16.12.1975
EuR 1976 S. 213-236
- Deutsch, Erwin
- Medizinrecht
4. Auflage 1999
zitiert : Deutsch, Medizinrecht
Springer, Berlin
- Deutsch, Erwin
- Versicherungsvertragsrecht : Ein Grundriß
4. Auflage 2000
zitiert : Deutsch, Versicherungsvertragsrecht
Verlag Versicherungswirtschaft e.V., Karlsruhe
- Dietrich, Thomas
Hanau, Peter
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
1998
zitiert : Erfurter Kommentar
C.H.Beck, München
- Drosdowski, Günther
- Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache
20. Auflage 1991
Dudenverlag, Mannheim
- Ehricke, Ulrich
- Der Art. 90 EWGV – eine Neubetrachtung
EuZW 1993 S. 211-216
- Emmerich, Volker
- Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen
1969
zitiert : Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen
Gehlen, Bad Homburg

- Emmerich, Volker
Kartellrecht
9. Auflage 2001
zitiert : Emmerich, KartR (9. Aufl.)
8. Auflage 1999
zitiert : Emmerich, KartR (8. Aufl.)
7. Auflage 1994
zitiert : Emmerich, KartR (7. Aufl.)
C.H.Beck, München
- Emmerich, Volker
Nationale Postmonopole und Europäisches
Gemeinschaftsrecht
EuR 1983 S. 216-226
- Everling, Ulrich
Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der EG
Festschrift für Raiser S. 379-401
- Fack, Werner
Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen
1989
zitiert : Fack
Kohlhammer, Köln
- Fesenmair, Joseph
Öffentliche Dienstleistungsmonopole im
Europäischen Recht
1996
zitiert : Fesenmair
Spitz, Berlin
- Froemke, Peter
Die Stellung der Kreditinstitute im Wettbewerbsrecht der
Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nach Art. 90
Absatz 2 EWGV
1987
zitiert : Froemke
Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

- Gitter, Wolfgang
Schmitt, Jochem
Sozialrecht
5. Auflage 2001
zitiert : Gitter /Schmitt
C.H.Beck, München
- Glassen, Helmut
Hahn, Helmut von
Kersten, Hans-Christian
Rieger, Harald
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
Loseblattsammlung : September 2000 (46. Lfg.).
zitiert : FraKom
Otto Schmidt, Köln
- Gleiss, Alfred
Hirsch, Martin
Kommentar zum EG-Kartellrecht
4. Auflage 1993
zitiert : Gleiss/Hirsch
Verlagsgesellsch. Recht und Wirtschaft, Heidelberg
- Gleiss, Alfred
Hirsch, Martin
Kommentar zum EWG-Kartellrecht
3. Auflage 1978
zitiert : Gleiss/Hirsch, (3. Aufl.)
Verlagsgesellsch. Recht und Wirtschaft, Heidelberg
- Grabitz, Eberhard
Hilf, Meinhard
Das Recht der Europäischen Union : Vertrag über
die Europäische Union, Vertrag zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft
Loseblattsammlung
Band 1 (Altband 1) : Maastrichter Fassung
14. Lieferung Oktober 1999
zitiert : Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung)
Band 3 (Neuband 1) : Amsterdamer Fassung
16. Lieferung Juli 2000
zitiert : Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung)
C.H.Beck, München
- v.d.Groeben, Hans
Thiesing, Jochen
Ehlermann, Claus-Dieter
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag
5. Auflage 1999
zitiert : GTE
Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

- Gugerbauer, Norbert Das EWR-Kartellrecht
1993
zitiert : Gugerbauer
C.H.Beck, München
- Hailbronner, Kay
Klein, Eckart Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union
(EUV/EGV)
Loseblattsammlung, Stand 1998
zitiert : Handkommentar zum EUV/EGV
Carl Heymanns, Köln
- Hailbronner, Kay Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt -
Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht
NJW 1991 S. 593f.
- Harms, Wolfgang Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen im EG-
Wettbewerbsrecht
Festschrift für Hartmann S. 165-186
- Hauck, Karl
Nofzt, Wolfgang SGB V Gesetzliche Krankenversicherung
Loseblattsammlung, Stand März 2001
zitiert : Hauck/Nofzt
Ernst Schmidt, Berlin
- Haueisen Die Rechtsgrundlage der Beziehungen zwischen Kassenarzt
und Kassenpatient
NJW 1956 S. 1745-46
- Immenga, Ulrich
Mestmäcker, Ernst-Joachim EG-Wettbewerbsrecht
1997
zitiert : Immenga/Mestmäcker
C.H.Beck, München
- Ipsen, Hans Peter
Nicolaysen, Gert Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt - Bericht
über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts
NJW 1964 S. 2336-2341

- Isensee, Josef
Kirchhof, Paul
Handbuch des Staatsrechts der BRD
Band 1 : Grundlagen von Staat und Verfassung
1987
zitiert : Handbuch des Staatsrechts, Band 1
C.F.Müller, Heidelberg
- Jörg, Michael
Das neue Kassenarztrecht
1993
zitiert : Jörg
- Kirchner, Hildebert
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache
4. Auflage 1993
de Gruyter, Berlin
- Knispel, Ulrich
Die Rechtsnatur der Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Gesundheitswesen
NJW 1986 S. 1525-1529
- Knispel, Ulrich
Krankenkassen als Adressaten des Kartellrechts
NZS 1998 S. 563-566
- Krauskopf, Dieter
Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung
Loseblattsammlung, Stand Januar 2001
zitiert : Krauskopf, Soziale Krankenversicherung
C.H.Beck, München
- Krauskopf, Dieter
Soziale Krankenversicherung – Kommentar
1973
zitiert : Krauskopf, RVO-Kommentar
C.H.Beck, München
- Kruse, Jürgen
Hänlein, Andreas
Lehr- und Praxiskommentar (LPK – SGB V)
1999
zitiert : LPK
Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

- Langen, Eugen
Bunte, Hermann-Josef
Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht
9. Auflage 2001
zitiert : Langen/Bunte
Luchterhand, Neuwied
- Laufs, Adolf
Arztrecht
5. Auflage 1993
zitiert : Laufs
C.H.Beck, München
- Lenz, Gisela
Zur Rechtsnatur der Rechtsbeziehungen zwischen
Krankenhäusern und gesetzlichen Krankenkassen
NJW 1985 S. 649-654
- Linzbach, Moritz
Die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen
Krankenhaus und RVO-Krankenkasse
Das Krankenhaus 1984 S. 96-99
- Maaßen, Hans-Joachim
Schermer, Joachim
Wiegand, Dietrich
Zipperer, Manfred
Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch : SGB V
Gesetzliche Krankenversicherung
Loseblattsammlung, Stand Juni 2001
R.v.Decker, Heidelberg
- Maurer, Hartmut
Allgemeines Verwaltungsrecht
13. Auflage 2000
zitiert : Maurer
C.H.Beck, München
- Maydell, Bernd v.
Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch -
Gesetzliche Krankenversicherung : GK-SGB V
Loseblattsammlung, Stand Juni 2001
zitiert : GK-SGB V
Luchterhand Verlag, Neuwied
- Maydell, Bernd v.
Leistungsbeschaffung (insbesondere von Heil- und Hilfs-
mitteln) durch die gesetzlichen Krankenkassen zwischen
öffentlichem und privatem Recht
DB 1985 S. 276-282

- Maydell, Bernd v. Sozialrechtshandbuch
2. Auflage 1996
zitiert : SRH
Luchterhand Verlag, Neuwied
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Europäisches Wettbewerbsrecht
1974
zitiert : Mestmäcker
C.H.Beck, München
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschafts-
recht
RabelsZ 52 (1988) S. 526-586
- Meydam, Jan Öffentlich-rechtlicher (sozialrechtlicher) Leistungs-
beschaffungsvertrag bei Krankenhauspflege
Die Betriebskrankenkasse 1984 S. 340-344
- Müller-Henneberg, Hans Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und
Schwartz, Gustav Europäisches Kartellrecht: Gemeinschaftskommentar
3. Auflage 1978
zitiert : GK-GWB und Europäisches Kartellrecht
Carl Heymanns, Köln
- Mutschler, Ernst Arzneimittelwirkungen
8. Auflage 2001
zitiert : Mutschler
Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Stuttgart
- Neumann, Daniela Kartellrechtliche Sanktionierung von
Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen
2000
zitiert : Neumann
Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

XXVIII

- Schmähl, Winfried Versicherungsprinzip und soziale Sicherung
1985
zitiert : Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale
Sicherung
J.C.B.Mohr, Tübingen
- Schnapp, Friederich E. Intertemporales Recht bei gestreckten
Verwaltungsakten
DVBl 1989 S. 549-552
- Schneider, Günther Kassenartzrecht
1983
zitiert : Schneider, Kassenartzrecht
Carl Heymanns, Köln
- Schneider, Werner Der Risikostrukturausgleich in der Gesetzlichen
Krankenversicherung
1994
zitiert : Schneider, Der Risikostrukturausgleich in
der Gesetzlichen Krankenversicherung
Ernst Schmidt, Berlin
- Schulin, Bertram Der öffentlich-rechtliche Vertrag vor der
Bewährungsprobe
JZ 1986 S. 476-482
- Schulin, Bertram Handbuch des Sozialversicherungsrechts
Band 1 : Krankenversicherungsrecht
1994
zitiert : Schulin/Krankenversicherungsrecht
Band 2 : Unfallversicherungsrecht
2. Auflage 1996
zitiert : Schulin/Unfallversicherungsrecht
C.H.Beck, München

- Staudinger, J. v. Kommentar zum BGB mit EG und Nebengesetzen
§§ 611ff. : 13. Auflage 1999
zitiert : Staudingers Kommentar zum BGB
Sellier-deGruyter, Berlin
- Streinz, Rudolf Europarecht
4. Auflage 1999
zitiert : Streinz
C.F.Müller, Heidelberg
- Weis, Hubert Verstaatlichung aus gemeinschaftlicher Sicht
NJW 1982 S. 1910-1914
- Wiedemann, Gerhard Handbuch des Kartellrechts
1999
zitiert : Wiedemann
C.H.Beck, München
- Wilmowsky, Peter v. Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen
unter dem EWG-Vertrag
ZHR 155 (1991) S. 545-572
- Wohlfarth, Ernst Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft :
Kommentar zum Vertrag
1960
zitiert : Wohlfarth
Franz Vahlen, Berlin

Statistische Werke

- AOK-Bundesverband Statistische Informationen Reihe 3.10
Vertragsstatistik – Statistisches Handbuch
1998/1999
- Bundesministerium für Daten des Gesundheitswesens, Ausgabe 1999 Gesundheit
Band 122 der Schriftenreihe des Bundes-
ministeriums für Gesundheit
Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
- Eschenbach, Dieter Europäische Gesundheitssysteme und
Pharmamärkte
Aktualisierte Auflage 1999
Ärzte Zeitung Verlagsgesellschaft, Neu-Isenburg
- VdAK / AEV Ausgewählte Basisdaten des Gesundheitswesens
9. Auflage 2001
- VfA Statistics 2000 – Die Arzneimittelindustrie in
Deutschland

Zitierte Gesetzesmaterialien

Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen, BTDrucks. 11/2237

Beschlußempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuß) zu dem von den Fraktionen der CDU/CSU und FDP eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz - GRG), BTDrucks. 11/3320

Bericht des Ausschusses für Arbeits- und Sozialordnung (11. Ausschuß) zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP (BTDrucks. 2237) – Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz - GRG), BTDrucks. 11/3480

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP - Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheits-Strukturgesetz), BTDrucks. 12/3608

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (Sechstes SGB V-Änderungsgesetz – 6. SGB V-ÄndG), BTDrucks. 13/3217

Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz – GKV-SolG), BTDrucks. 14/24

Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Anpassungsgesetz – FBAG), BTDrucks. 14/6041

Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Arzneimittelausgaben der Gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetz – AABG), BTDrucks. 14/7144.

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Neuordnungsgesetz – FNG) im Stadium eines Referentenentwurfs (als Anhang 1 beigelegt)

A) Einleitung und Zielsetzung

Die Frage der Meßbarkeit der Tätigkeit der Sozialversicherungsträger an Normen des deutschen und europäischen Kartellrechts ist keineswegs neu. Das Problem bestand strenggenommen seit dem Inkrafttreten der deutschen und europäischen Wettbewerbsnormen. Jedoch hat sich ein Problembewußtsein hier lange Zeit kaum entwickelt, nicht zuletzt deswegen, weil staatliches Handeln weitgehend als kartellrechtlicher Kontrolle entzogen betrachtet wurde. Je mehr der EuGH jedoch seit Anfang des vorvorletzten Jahrzehnts über das Verhalten von unmittelbarer oder mittelbarer Staatsverwaltung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zu urteilen hatte, desto mehr geriet auch die gesetzliche Sozialversicherung der Mitgliedsstaaten in den Brennpunkt allgemeinen Interesses, bis sie schließlich Gegenstand von Verfahren vor dem EuGH wurde.

Die Systeme der sozialen Sicherung sind nach wie vor Bereiche, deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten vorbehalten ist¹ und die sich nicht zuletzt deswegen, aber auch wegen der unterschiedlichen geschichtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten, zum Teil massiv unterscheiden. Die Anwendung des europäischen Kartellrechts hierauf stellt daher nicht nur eine Rechtsfrage, sondern zugleich auch ein Politikum von außerordentlicher Durchschlagskraft dar. Dies erklärt teilweise, daß die Kommission, sonst um Maßnahmen zum Schutze des Wettbewerbs nicht verlegen, hier wegen der möglichen weitreichenden Auswirkungen eines Verfahrens zum Schutze des Wettbewerbs zurückhaltend ist.

Zunehmend findet jedoch in Bezug auf die Beurteilung staatlicher Regelung gewisser Lebensbereiche ein Umdenken statt, welches durch die Liberalisierung der Telekommunikation in den Mitgliedstaaten verdeutlicht wird. Stellte sich die Tätigkeit

1 So erstmals EuGH, Urt. v. 7.2.1984 „Duphar BV gegen Niederländischer Staat“, Slg. 1984, 523, 540 (Rn. 16); ferner Urt. v. 17.2.1993 „Christian Poucet u.a. gegen Assurances générales des France u.a.“, Slg. 1993, I-637, 667 (Rn. 6); Urt. v. 28.4.1998 „Nicolas Decker gegen Caisse de maladie des employés privés“, Slg. 1998, I-1831, 1880 (Rn. 21); Urt. v. 28.4.1998 „Raymond Kohll gegen Union des caisses de maladie“, Slg. 1998, I-1931, 1942 (Rn. 17); Urt. v. 26.1.1999 „F.C.Terhoeve gegen Inspecteur[...]“, Slg. 1999, I-345, 388 (Rn. 33); Urt. v. 21.9.1999 „Albany International BV gegen Stichting Bedrijfspensioensfonds Textielindustrie“, Slg. 1999, I-5751, 5897 (Rn. 122); Urt. v. 21.9.1999 „Brentjens' Handelsonderneming BV gegen Stichting Bedrijfspensioensfonds voor de Handel in Bouwmaterialen“, Slg. 1999, I-6025, 6063 (Rn. 122); Urt. v. 21.9.1999 „Maatschappij Drijvende Bokken BV gegen Stichting Pensioensfonds voor der Vervoer- en Havenbedrijven“, Slg. 1999, 6125, 6157 (Rn. 112).

der Post noch vor einem Jahrzehnt in Europa als klassisch-hoheitliches Handeln dar, welches man dem Tätigkeitsbereich des Staates zuschrieb, und konnte ein Zweifel an der Gültigkeit dieses Zustandes allenfalls durch das Beispiel des Telekommunikationswesens etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika aufkommen, so werden die früher staatlichen Telekommunikationsgesellschaften nun in der Öffentlichkeit kaum noch als Inhaber einer Sonderstellung angesehen. Diese Veränderung in der Beurteilung staatlicher Tätigkeit ist nur ein Beispiel, aus dem man seine Schlüsse auf mögliche Veränderungen auch der Wahrnehmung des (deutschen) Sozialversicherungswesens ziehen mag.

Um so mehr ist es angezeigt, die Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechtes auf das deutsche Sozialversicherungsrecht nicht aus politischen Gründen offen zu lassen, sondern unter juristischen Gesichtspunkten eine Antwort hierauf zu suchen. Daß hierbei politische Umstände nicht außen vor gelassen werden können, liegt in der Natur der Sache. Eine ausführliche Begutachtung des gesamten Sozialversicherungswesens unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten würde den Rahmen einer Bearbeitung, wie sie hier beabsichtigt ist, sprengen. Die vorliegende kartellrechtliche Untersuchung des Sozialversicherungswesens wird daher eingegrenzt auf die Tätigkeit der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln. Von Interesse ist dieser Bereich wegen der besonderen gesetzlichen Instrumentarien zur Kostenregulierung, nämlich dem Festbetragswesen. Dieser Ausschnitt aus dem Tätigkeitsfeld der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung bietet sich für eine solche Untersuchung ferner deswegen an, weil hier die verschiedenen wirtschaftlichen Interessen aller Beteiligten, deren Schutz das Kartellrecht bezweckt, in besonderem Maße zutagetreten. Die Untersuchung soll ferner auf die Kollision des Festbetragsystems mit Normen des europäischen Kartellrechts beschränkt bleiben. Grund hierfür ist die Gesetzesänderung durch das „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000“ vom 22.12.1999, welche die Normen des (bundesrepublikanischen) Kartellrechts in diesem Zusammenhang für nicht anwendbar erklärt².

2 Vgl. die Neufassung des § 69 SGB V, BGBl. 1999 I S. 2626, 2632. Dies ablehnend Neumann, § 6 II. 4, S. 119f.

B) Die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV)

Bevor die Rolle der an der Ausführung des Festbetragswesens Beteiligten unter europakartellrechtlichen Gesichtspunkten genauer untersucht wird, erscheint es angezeigt, einführend auf die Rahmenbedingungen der deutschen GKV einzugehen, die für die sich dann anschließende Untersuchung von Bedeutung sein können. Eine solch allgemein gehaltene Abhandlung der Materie hat den Vorteil, daß sie systematisch in sich geschlossen erfolgen kann, ohne daß die zusätzlichen kartellrechtlichen Probleme bereits einbezogen werden müssen, was nach Auffassung des Bearbeiters der Klarheit der Darstellung zuträglich sein wird.

Von Interesse sind hier zunächst einige grundsätzliche Funktionsprinzipien, die die gesamte Einrichtung der GKV prägen. Ferner werden erörtert die Art der Leistungsgewährung und die sich hieraus ergebenden rechtlichen Beziehungen, Eigenbeteiligungskonzeptionen unter besonderer Berücksichtigung ihres Anreizcharakters und die Organisationsstruktur der gesetzlichen Krankenkassen. Schwerpunkt dieses allgemeinen Teils ist sodann das Festbetragssystem als Hauptgegenstand der vorliegenden Untersuchung. Abschließend wird kurz die finanzielle Situation der GKV dargestellt, wobei den vom Festbetragswesen erfaßten Leistungsbereichen der Arznei- und Hilfsmittel verständlicherweise besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird.

Fürsorgeprinzip als auch Versorgungsprinzip haben dabei gemein, daß sie zumeist aus Steuermitteln finanziert werden, also unabhängig von einer direkten monetären Gegenleistung des Leistungsempfängers gewährt werden⁴. Das Versorgungsprinzip bildet insofern den Gegensatz zum Fürsorgeprinzip, als es eine maximale staatliche Versorgung zum Inhalt hat, wie sie insbesondere in den kommunistisch oder sozialistisch regierten Ländern zu finden war, während das Fürsorgeprinzip von einer minimalen Tätigkeit des Staates ausgeht und den Bürgern Art und Umfang ihrer Absicherung gegen Krankheit nach Möglichkeit selbst überläßt.

Das **Versicherungsprinzip** schließlich zeichnet sich dadurch aus, daß durch die Leistungsempfänger für die Leistung Gegenleistungen in Form von Beiträgen erbracht werden, die grundsätzlich so erhoben werden, daß insgesamt aus dem Aufkommen der Beiträge die Leistungen finanziert werden können (Grundsatz der „Globaläquivalenz“)⁵. Andererseits ist insbesondere über den Eintritt des Versicherungsfalles hinausgehende Bedürftigkeit kein Kriterium für die Gewährung von Leistungen⁶. Die Versicherten können daher mit ihrem Leistungsbegehren nicht unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Bedürftigkeit abgewiesen werden. Versicherungsprinzip und Versorgungsprinzip weisen insofern gemeinsame Berührungspunkte auf, als ein alle Einwohner eines Staates erfassendes Pflichtversicherungssystem im Ergebnis einem Versorgungssystem gleichkommt, da zwischen der Finanzierung durch allgemeine Steuern oder durch besondere Beiträge für den Bürger kein wesentlicher Unterschied mehr zu erkennen ist.

Die Gesetzliche Krankenversicherung der Bundesrepublik Deutschland ist ein System der sozialen Sicherung, welches im wesentlichen als Versicherungssystem ausgestaltet ist⁷. Dabei weist die GKV aber seit jeher, anders als etwa die Rentenversicherung früher, auch Eigenheiten auf, die dieses das Versicherungssystem prägende Verhältnis zwischen Leistung und Beiträgen durch Elemente des sozialen Ausgleichs modifizieren, wie insbesondere das Merkmal der Solidarität⁸. Wegen des Einfließens dieser (noch genauer zu erörternden) nicht leistungsbezogenen Elemente wird für Versicherte mit geringem Morbiditätsrisiko ein Ausscheiden aus der Versicherung wirtschaftlich attraktiv. Dies aber gefährdet

4 Wasem, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 3 Rn. 113ff.

5 Wasem, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 3 Rn. 117; Knieps, in: SRH, 14 Rn. 79; ders., in: GK-SGB V, 14 Rn. 82.

6 Wasem, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, aaO; Knieps, in: SRH, 14. Rn. 79 (S. 744).

7 Wasem, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, aaO Rn. 119ff., 122.

8 Dazu unten S. 9ff.

das finanzielle Fundament der GKV im allgemeinen sowie den Grundsatz der Solidarität im besonderen. Die GKV ist daher für ihr Funktionieren notwendig eine Pflichtversicherung. Der Eintritt in eine der Kassen der GKV ist den Versicherten (überwiegend) nicht freigestellt. Die GKV, die früher das Wohlergehen des einzelnen garantieren sollte, hat in ihrer Ausrichtung mit dem Aufbau eines weitreichenden Wohlfahrtsstaates nach 1945 eine Wendung in ihrer Zielrichtung erfahren⁹. Da heutzutage unabhängig von der Mitgliedschaft in einer der GKV-Kassen ein sozialhilferechtlicher Anspruch besteht, der nicht in das Ermessen einer Behörde gestellt ist, befindet sich der einzelne nicht mehr in der Lage, daß er eine Versicherung abschließen müßte, um im Notfall eine vergleichbare medizinische Versorgung zu erhalten¹⁰. Denn diese würde ihm vollumfänglich als Teil der Sozialhilfe bezahlt, wenn er sich in einer Notlage ohne entsprechenden Krankenversicherungsschutz befände. Dies führt zu der absurd anmutenden Lage, daß unversicherte Sozialhilfeempfänger von Ärzten praktisch wie Privatpatienten behandelt werden und damit mindestens eine gleichwertige, möglicherweise sogar eine bessere medizinische Behandlung erfahren als Versicherte der GKV. Denn die Bezahlung der an unversicherte Sozialhilfeempfänger geleisteten ärztlichen Behandlung ist nicht Teil der Gesamtvergütung, diese vergütet nur die vertragsärztliche Versorgung, § 85 I SGB V. Die Versicherungspflicht dient damit, anders als zu Bismarcks Zeiten, nicht mehr vorrangig dem Schutz des einzelnen, sondern dem Schutz der Gesellschaft vor einer mangelnden Vorsorge des einzelnen. Es soll dem einzelnen nicht ermöglicht werden, sich den Lasten der allgemeinen Wohlfahrt zu entziehen, aber im eigenen Notfall an deren Segnungen zu partizipieren¹¹.

2) Versicherungsprinzip: Grundprinzip mit Verfassungsrang ?

Man mag sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen, inwieweit das bestehende System der Sozialversicherungen Änderungen unterworfen werden kann. So wäre es theoretisch denkbar (wenn auch praktisch unvollstellbar), daß der Gesetzgeber die GKV zugunsten eines reinen Fürsorgesystems abändern wollte. Fraglich ist, ob sich aus dem Sozialstaatsprinzip Schranken für solche Änderungen ergeben könnten. Das BVerfG hat in Fällen zur verfassungsrechtlichen Absicherung des Systems der GKV

9 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 41f.

10 Siehe §§ 36 - 38 BSHG; Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 42; Schmitt, in: Gitter/Schmitt, § 49 Rn. 18.

11 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 43.

Stellung genommen, bei denen sich öffentlich-rechtliche Krankenkassen gegen Maßnahmen von Aufsichtsbehörden (Zusammenlegung verschiedener Ortskrankenkassen, Abänderung von Haushaltsplänen) wandten. Es hat hier entschieden, daß das System der GKV mit seiner Untergliederung in selbständige, voneinander unabhängige und nach dem Selbstverwaltungsprinzip organisierte Versicherungsträger, wie es derzeit besteht, keinen Bestandsschutz genießt, sondern im Rahmen des Sozialstaatsprinzips der Disposition des Gesetzgebers untersteht¹². Hieraus unmittelbar Indizien für die rechtliche Zulässigkeit einer Umformung des Systems zu ziehen, wird wohl nicht möglich sein. Insgesamt scheint in der Argumentation des Gerichts das Konzept der „sozialen Sicherheit“ im Vordergrund zu stehen. Das Versicherungssystem an sich ist daher dem Zugriff des Gesetzgebers wohl nicht entzogen¹³. Allerdings hat das BVerfG in einem Urteil hervorgehoben, daß die Sozialversicherung „insgesamt der sozialen Sicherung und dem sozialen Ausgleich, namentlich dem Schutz der sozialen Existenz gegen die Wechselfälle des Lebens“ dient; sie sei „in ihrer heutigen Ausgestaltung, die sich längst nicht mehr auf die Abwehr ausgesprochener Notlagen und die Vorsorge für die sozial schwächsten Bevölkerungskreise beschränkt, ein besonders prägnanter Ausdruck des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG)¹⁴“. Die Formulierung und insbesondere die Bezugnahme auf die Ausdehnung über die sozial schwächsten Bevölkerungskreise hinaus mögen ein Hinweis darauf sein, daß nach Ansicht des BVerfG zumindest eine Begrenzung auf ein reines Fürsorgesystem verfassungsrechtlich nicht unbedenklich wären.

In der Literatur wird ein Systemwechsel gleichfalls nicht aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, jedoch sei er nur bei Vorliegen eines gewichtigen Grundes gerechtfertigt, wenn nicht gegen das Willkürverbot verstoßen werden soll¹⁵.

3) Gesundheitssysteme im europäischen Ausland

Kein Staat innerhalb Westeuropas überläßt es seinen Einwohnern voll und ganz, sich um eine Absicherung der medizinischen Versorgung zu kümmern. Von den vorgefundenen Modellen gleicht jedoch keines ganz dem anderen. Vorzufinden sind etwa reine Versorgungssysteme wie in Großbritannien oder Dänemark, Einheitspflichtversicherungen wie in Österreich, Norwegen und Schweden,

12 BVerfG, Beschl. v. 9.4.1975, E 39, 302, 315; ferner Beschl. v. 15.12.1987, E 77, 340, 344.

13 Zacher, in: Handbuch des Staatsrechts, Band I § 25 Rn. 43; Knieps, in: GK-SGB V, Einleitung Rn. 72.

14 BVerfG, Beschluß v. 27.5.1970, E 28, 324 (348).

15 Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 51.

Pflichtversicherungen, wobei die Pflicht nur bestimmte Einkommensgruppen erfaßt, so in Deutschland oder den Niederlanden, und schließlich auch staatliche Grundpflichtversicherungen (dann häufig mit privaten Zusatzversicherungen) wie etwa in der Schweiz. Auffallend ist dabei, daß kein Staat dem Fürsorgeprinzip folgt und nur die medizinische Versorgung der sozial schwachen Bevölkerungskreise übernimmt. Auffallend ist ferner, daß ehemalige Ostblockstaaten wie Polen, die Tschechische Republik oder Ungarn von dem Versorgungssystem sozialistischer Prägung auf ein Versicherungssystem umgestiegen sind oder dies planen. Es gibt folglich keinen Staat in Westeuropa, insbesondere im Raum des Gemeinsamen Marktes, der nicht in irgendeiner Form die Märkte für Gesundheitsleistungen reguliert. Es scheint eine Art gemeinsamen politischen Konsenses zu geben, daß das freie Spiel der Kräfte des Marktes hier nicht erwünscht ist, und daß den Staaten hier kaum Grenzen bei ihrer Regulierungstätigkeit gezogen sind. Dies kann eine Erklärung dafür sein, warum bislang die Frage der Auswirkungen des europäischen Kartellrechts auf die Krankenversicherungsrechte der Mitgliedstaaten praktisch irrelevant war. Ein solcher Konsens ist jedoch kein Grund, die sich hieraus ergebenden Spannungen nicht eingehender zu untersuchen.

II) Grundprinzipien der GKV

1) Solidarität und Subsidiarität

a) Solidarität

In den §§ 1 und 3 SGB V spricht der Gesetzgeber von Solidarität, Solidargemeinschaft und Solidarischer Finanzierung. Diese Begriffe wurden erst 1989 durch das Gesundheitsreformgesetz (GRG) in den Gesetzestext eingeführt¹⁶, inhaltlich stellen sie jedoch keine Neuerung dar.

(i) Begriff der Solidarität

Solidarität im allgemeinen bezeichnet die aus dem wechselseitigen Voneinanderabhängigsein sich ergebenden Pflichten der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen als auch diejenigen des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft¹⁷. Tragender Gesichtspunkt des Solidarprinzips ist zum einen die allgemeine Abhängigkeit des Individuums vom Kollektiv, also der Gesellschaft an sich, zum anderen aber auch die Abhängigkeit der Gesellschaft von jeder Einzelperson. Der Gesetzesentwurf, der dem GRG zugrundeliegt, bestimmt die Auswirkungen dieses Solidaritätsprinzips für die GKV folgendermaßen :

„Die Beiträge, die der Versicherte für seine Krankenversicherung zu entrichten hat, richten sich nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit; Alter, Geschlecht und das gesundheitliche Risiko des Versicherten sind für die Beitragshöhe unerheblich. Der Anspruch auf die medizinischen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ist unabhängig von der Höhe der gezahlten Beiträge. Ausdruck des Solidaritätsprinzips ist auch die beitragsfreie Familienversicherung, insbesondere von Ehegatten und Kindern, sofern diese vom Versicherten unterhalten werden.“¹⁸

Das Solidaritätsprinzip führt also zu einem Ausgleich zwischen den einzelnen Mitgliedern der GKV¹⁹. Prägend ist die Beitragserhebung nach dem Grundsatz der **Leistungsfähigkeit**, die Gewährung der Leistungen jedoch nicht abhängig von den

16 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 28 Rn. 28.

17 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 32f.

18 Vgl. BT-Drucks. 11/2237 S. 146.

19 Knieps, in: SRH, 14 Rn. 80f.

gezahlten Beiträgen, sondern abhängig von der Leistungs**bedürftigkeit**²⁰.

(ii) Ausgleich im Versicherungsprinzip (zwischen Gesunden und Kranken)

Ein Ausgleich ist dem Versicherungsprinzip allerdings immer zu eigen. Versicherung bedeutet nichts anderes als Risikoausgleich zwischen den Mitgliedern der Versichertengemeinschaft. Dabei zahlen diejenigen Versicherten, deren Versicherungsfall innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nicht eingetreten ist, letztlich für die eingetretenen Versicherungsfälle der anderen Versicherten der eigenen Risikogruppe mit (sog. Versicherungsimmanente Umverteilung)²¹. Das Beziehungsgeflecht beschränkt sich jedoch zumeist auf das unmittelbare Verhältnis zwischen dem Versicherten und dem Versicherer, wobei ersterer Prämien zahlt und letzterer Schutz für den Fall des Eintritts des Versicherungsfalles gewährt. Für diesen Zeitraum trägt der Versicherer das Risiko überproportionaler Krankheit der Versicherten. Decken die Prämien in diesem Zeitraum die Kosten nicht, so muß der Versicherer dennoch für die Gesundheitsleistungen eintreten und kann nur durch baldmögliche Beitragserhöhung diese Lücke zu schließen versuchen. Die Versicherten müssen dann erst durch solche nachfolgenden Beitragserhöhungen füreinander eintreten. Lediglich im Falle des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (§ 15ff. VAG) ist der Ausgleichsgedanke aufgrund der Vereinsstruktur des VVaG von vornherein in seiner eigentlichen Form anzutreffen. Unabhängig von der Rechtsform der Versicherungsgesellschaft handelt es sich bei den Versicherten aber zumindest wirtschaftlich immer um eine Solidargemeinschaft, bei der die vom Versicherungsfall Verschonten mittelbar (= über den Umweg des Versicherers) für diejenigen eintreten, in deren Person der Versicherungsfall eingetreten ist. Charakteristisch für das (reine) Versicherungsprinzip ist jedoch immer, daß die Prämien im Verhältnis zu den Risiken, vor denen Schutz gewährt wird, in einem Verhältnis der Gleichwertigkeit zueinander stehen (Äquivalenzverhältnis). Würde also der Versicherte die Prämien, die er im Laufe derjenigen Periode bezahlt, die während eines durchschnittlichen Versicherungsfalles verstreicht, für sich selbst behalten und wie die Versicherungsunternehmen anlegen, so würde dies den durchschnittlichen Kosten eines durchschnittlichen Schadensfalles entsprechen. Strenggenommen würde die

20 Siehe Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Vor § 1 Rn. 2; Ost/Mohr/Estelmann C. II. 4. b) (S. 96).

21 Henke, „Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung“, 2.2 (S. 58), in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

Summe der Prämien diesen absoluten Durchschnittsfall wohl überschreiten, da die Versicherungsgesellschaften aus den Prämien auch ihre Verwaltungskosten bestreiten und ihren Gewinn²² erzielen. Der Abschluß eines Versicherungsvertrages lohnt sich von dieser Warte aus für den statistischen Durchschnittsfall nicht. Ihre auch wirtschaftliche Rechtfertigung für den einzelnen Versicherten findet die Versicherung gerade auch in dem Risiko, welches darin besteht, daß der Versicherungsfall bei dem einzelnen Versicherten überdurchschnittlich häufig oder mit überdurchschnittlich großen Kostenbelastungen auftritt. Gerade die fehlende Prognostizierbarkeit des einzelnen Versicherungsfalles bei gleichzeitiger Prognostizierbarkeit der Versicherungsfälle großer Massen wegen der statistischen Regelmäßigkeiten ist Grund für den Abschluß einer Versicherung²³.

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß sich Leistung und Gegenleistung bei einer „reinen“ Krankenversicherung in einem ungefähren Gleichgewicht befinden. Soweit dies nicht der Fall ist, findet ein zufallsbedingter Ausgleich zwischen den Versicherten statt. Dieser versicherungsbedingte Risikoausgleich findet über eine einzelne Periode betrachtet zwischen den Gesunden einerseits und den Kranken andererseits statt.

(iii) Ausgleichwirkungen im Solidarwesen der GKV

Der Ausgleich, wie er in der gesetzlichen Krankenversicherung stattfindet, geht darüber hinaus. Die Prämien sind in Form von Beiträgen zu zahlen, deren Höhe sich allein am „Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung“ sowie an Renten oder vergleichbaren Einkünften (vgl. § 226 SGB V) bemißt. Die Beitragsbemessung erfolgt durch Festsetzung eines Prozentsatzes, der rechnerisch zur Begleichung der erwarteten Ausgaben erforderlich ist. Dieser Prozentsatz ist (jeweils pro Krankenkasse) für alle Versicherten gleich. Insbesondere ein System der progressiven Beitragsbemessung in Abhängigkeit von der Höhe der Einkünfte im Sinne des § 226 SGB V gibt es in der GKV (noch) nicht. Nach § 223 III iVm § 6 I Nr. 1 SGB V iVm §§ 159, 160 SGB VI mit Anlage 2 existiert jedoch eine Grenze hinsichtlich des maximal für die Beiträge zu berücksichtigenden Einkommens in Höhe 3.375 € (=6.600,89 DM) für das Jahr 2002. Darüber hinausgehendes

22 Bei den VVaGs kann ein Überschuß dem Grundgedanken des Risikovereins folgend natürlich wieder ausgezahlt werden, § 38 VAG.

23 Smigielski, „Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzlichen Krankenversicherung“, 2. (S. 77) in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

Einkommen bleibt also für die Ermittlung des zu zahlenden Beitrags unberücksichtigt. Ferner sind diejenigen, deren Einkommen aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung diese Grenze überschreitet, von der Versicherungspflicht befreit. Ihnen ist damit die Möglichkeit eröffnet, einen Versicherungsvertrag bei einer privaten Versicherungsgesellschaft abzuschließen, sich als sogenannte freiwillig Versicherte in der GKV zu versichern oder auch auf jeglichen Versicherungsschutz zu verzichten. Der Grund für das Bestehen einer Versicherungspflichtgrenze liegt darin, daß historisch gesehen nur diejenigen gesetzlich krankenversichert sein sollten, die mit ihrem Lohn keine eigene ausreichende medizinische Versorgung sicherstellen konnten. Überschreitet das Einkommen eines Arbeitnehmers die Versicherungspflichtgrenze, so wird er von staatlicher Seite als zur eigenen medizinischen Absicherung befähigt angesehen.

Diese Festlegung der Beiträge führt zu einer Umverteilung zwischen den verschiedenen in der GKV vereinigten Gruppen²⁴. Dabei tragen diejenigen mit geringerem Risiko einen Teil der Kosten für die Versorgung derjenigen mit einem höheren Risiko. Dieses Füreinandereinstehen, welches ein, wenn nicht das wesentliche Merkmal der Solidarität ist, umfaßt die gesamte Solidargemeinschaft, also die gesamte Gemeinschaft der gesetzlich Krankenversicherten. Die wesentlichen Ausgleichswirkungen sind im folgenden kurz dargestellt.

(1) Ausgleich zwischen Einkommensgruppen

Da die Leistungen für alle Versicherten der GKV gleich sind (vgl. den Leistungskatalog der § 11ff. SGB V), die Beiträge je nach Einkommen aber in ihrem numerischen Betrag differieren, zahlen einkommensschwächere Mitglieder effektiv für den gleichen Versicherungsschutz weniger. Dieser Ausgleich kann dazu führen, daß die Beiträge des einen Mitgliedes der GKV diejenigen eines anderen um ein Mehrfaches übersteigen, gleichwohl aber für den Versicherungsfall beide nur gleiche Ansprüche gegen die Kasse haben. Verstärkt wird dieser Effekt noch durch die Härtefallregelungen bei zuzahlungspflichtigen Leistungen der Krankenkassen an Versicherte, § 61f. SGB V. Denn hier tritt gegebenenfalls neben die Ungleichbehandlung auf der Seite der Beiträge noch eine weitere Ungleichbehandlung auf der Seite des konkreten Leistungsaustauschs hinzu.

Letztlich führt dies zu einem Ausgleich zwischen den unterschiedlichen sozialen

24 Siehe Knieps, in: GK-SGB V, Einl. Rn. 83.

Schichten, wobei die sozial schwächeren Schichten von den Beitragszahlungen der sozial stärkeren Schichten profitieren²⁵.

(2) Ausgleich zwischen den Altersgruppen

Die GKV wirtschaftet in einem reinen Umlageverfahren. Dies bedeutet, daß die durch die Beiträge eingenommenen Gelder zur Begleichung der anfallenden Kosten ausgegeben werden und nicht verwendetes Geld als allgemeine Rücklage eingestellt wird. In der privaten Krankenversicherung hingegen werden Altersrückstellungen für altersabhängige Risikoerhöhungen gebildet. Dem liegt die durch Statistiken belegte Erwartung zugrunde, daß mit dem Alter eine erhöhte Anfälligkeit für Krankheiten einhergeht, die zu Mehrkosten bei der Gesundheitsversorgung führt. So liegen die durchschnittlichen Krankheitskosten eines Siebzigjährigen etwa vier- bis fünfmal so hoch wie die eines Zwanzigjährigen (vgl. Tabelle 1).

Tabelle 1 : Das Krankheitsrisiko von Versicherten der GKV in % vom durchschnittlichen Krankheitsrisiko

Jahre	Männer	Frauen
0 bis 15	57,65	46,71
15 bis 20	45,05	53,53
20 bis 25	70,55	78,17
25 bis 30	48,6	82,1
30 bis 35	57,87	83,71
35 bis 40	60,67	88,66
40 bis 45	81,08	96,07
45 bis 50	89,15	122,01
50 bis 55	125,36	126,59
55 bis 60	144,55	148,63
60 bis 65	172,49	173,48
65 bis 70	191,62	190,28
70 bis 75	198,25	218,32
Über 75	250,73	261,24
Alle	86,98	112,32

Quelle : Becker in W. Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung, S. 105

²⁵ Siehe Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 48f.

Die privaten Krankenversicherungen sichern sich hiergegen dadurch ab, daß sie einen Teil der von jungen Versicherten gezahlten Beiträge in gesonderte Rückstellungen einfließen lassen, die später für die Begleichung der dann anfallenden Mehrkosten verwendet werden. Soweit dies nicht geschehen ist, müssen die Versicherungsprämien entsprechend erhöht werden. Eine Umverteilung zwischen den verschiedenen Altersgruppen findet nur in begrenztem Rahmen statt, grundsätzlich trägt jeder Versicherte durch Einzahlung höherer Beiträge schon zu Beginn der Versicherungszeit die Kosten seines eigenen Alters²⁶. Den GKV-Kassen hingegen ist die Bildung solcher Rücklagen durch die Gesetzeslage verwehrt, § 220 I SGB V; ferner ist auch eine Differenzierung des Beitragssatzes nach dem Alter unzulässig. Die jungen Versicherten tragen dadurch nicht die Mehrkosten ihres eigenen Alters, sondern die des Alters der zum Zeitpunkt der Beitragserhebung alten Generation. Selbst sind sie dann auf die entsprechenden Leistungen der ihnen nachfolgenden Generationen angewiesen. Dadurch findet ein solidarischer Ausgleich zwischen den verschiedenen Altersgruppen der in der GKV versicherten Personen statt.

(3) Solidarausgleich zwischen den Geschlechtern

Die Zahlen eines Krankheitskostenvergleichs legen ferner offen, daß durchschnittlich die medizinische Versorgung von Frauen finanziell aufwendiger ist als die von Männern (vgl. Tabelle 1). So lagen im Jahr 1980 die Aufwendungen für die medizinische Versorgung von Männern bei durchschnittlich etwa 87 %, gemessen an dem durchschnittlich für die Versorgung eines Versicherten aufgewendeten Betrag, Frauen hingegen bei knapp 113 %. Dieser Unterschied hat seine Ursache wohl vor allem in Schwangerschaften und deren Folgen sowie den Wechseljahren²⁷. Daraus ergibt sich eine Umverteilung also auch zwischen Männern und Frauen in Richtung der Frauen.

(4) Familienlastenausgleich

Gemäß § 3 S.3 SGB V werden für mitversicherte Familienmitglieder keine

26 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 55; vgl. zu den sich in diesem Zusammenhang stellenden Problemen auch Schirmer, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 14 Rn. 157.

27 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 56; Becker, „Einkommensumverteilung in der gesetzlichen Krankenversicherung“, 4.1 (S. 104f.), in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

Beiträge erhoben, also weder von ihnen selbst noch mittelbar durch eine Erhöhung des Beitragssatzes des Erwerbstätigen. Die genauen Voraussetzungen der Mitversicherung Familienangehöriger sind in § 10 SGB V definiert. Hiernach gibt es Grenzen für die Mitversicherung in Bezug auf das Alter der Kinder bzw. auf eigenes Einkommen des Ehegatten. Der Leistungsanspruch besteht in der Person des Mitversicherten selbst²⁸. Zwar ist dieser (eigene) Anspruch natürlich in seinem Bestehen von der Mitgliedschaft des „Stammversicherten“ abhängig; in der Geltendmachung dieses eigenen Anspruchs ist der Mitversicherte jedoch vom Stammversicherten unabhängig. Eine Umverteilung findet daher auch in Form eines Ausgleichs zwischen Versicherten mit Familie und solchen ohne Familie statt. Diese Regelung ist deswegen auch Teil des Familienlastenausgleichs, wie er in der Gesetzlichen Rentenversicherung etwa in Form der Anrechnung von Kindererziehungszeiten vorhanden ist. Hiergegen läßt sich einwenden, daß der Familienlastenausgleich an sich nicht unbedingt eine Aufgabe der Solidargemeinschaft der gesetzlich Krankenversicherten ist, so daß, wie im Falle der Rentenversicherung, eine Ausgleichszahlung der öffentlichen Hand in die Krankenversicherung zu erwägen wäre²⁹.

Ferner sieht das Gesetz eine Mitversicherung auch desjenigen Ehegatten vor, der weder selbst erwerbstätig noch mit der Erziehung und Versorgung von Kindern betraut noch aus anderen Gründen an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist. Da eine Rechtfertigung hierfür nicht im allgemeinen Familienlastenausgleich zu finden ist, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz³⁰. Man wird bezweifeln können, daß der Gesichtspunkt der Solidarität als Begründung ausreichend ist, wenn der mitversicherte Ehegatte selbst zum Mittragen der Solidargemeinschaft durch eigenen zumutbaren Verdienst nicht bereit ist. Bislang haben sich diese Erwägungen jedoch nicht durchgesetzt.

(5) Ausgleich zwischen Versicherten und Arbeitgebern ?

Die Finanzierung erfolgt durch die Beiträge der Mitglieder und Beiträge gleicher Höhe der Arbeitgeber. Dies legt nahe, auch eine solidarische Umverteilung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern anzunehmen, in der ein entsprechender

28 Kruse, in: LPK, § 10 Rn.1f.; anders noch die Rechtslage unter § 205 RVO.

29 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 57 a.E.

30 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 59; Hänlein, in: LPK, § 3 Rn. 7; die Probleme waren auch schon der damaligen Bundesregierung bekannt, vgl. Begründung zum Reg.-Entwurf zu GRG § 3 SGB V BT-Drucks. 11/2237 S. 158.

Ausgleich stattfindet³¹. Andererseits kann man die Arbeitgeberbeiträge auch als Bestandteil des Lohnes ansehen³², da diese ausschließlich dem Arbeitnehmer zugute kommen und keine Situation denkbar wäre, in welcher die Arbeitgeber an den Vorzügen der Arbeitgeberbeiträge teil hätten. Charakteristikum einer Solidargemeinschaft ist jedoch, daß im Einzelfall die Unterstützung der Solidargemeinschaft jedem Mitglied zugute kommen kann. Wenn dies aber in Bezug auf bestimmte Personen wie etwa die Arbeitgeber nicht der Fall ist, erscheint es fraglich, ob diese dann Mitglieder der Solidargemeinschaft sind³³. Daß eine Umverteilung stattfindet und daß dieser Umverteilung ein Aspekt der Fürsorge des Arbeitgebers für seine Arbeitnehmer zugrunde liegt, steht außer Frage. Eine Solidargemeinschaft im Sinne **gegenseitigen** Füreinandereinstehens ist jedoch nicht ersichtlich.

(6) Probleme im Zusammenhang mit freiwillig Versicherten

Das Bestehen der Versicherungspflichtgrenze führt insofern zu Schwierigkeiten, als durch die Möglichkeit der Mitversicherung der Familienmitglieder ohne Zahlung zusätzlicher Beiträge jenseits der Versicherungspflichtgrenze hauptsächlich sogenannte „schlechte“ Risiken in die GKV eintreten werden. So werden insbesondere Familien mit nur einem arbeitenden Elternteil und einer großen Anzahl an Kindern in der Gesetzlichen Krankenversicherung verbleiben, selbst wenn die Einkommenshöhe des arbeitenden Elternteils zur Freistellung von der Versicherungspflicht führt. Denn in diesen Fällen würden bei einer privaten Krankenversicherung Beiträge für jedes einzelne Familienmitglied erhoben, so daß die Addition der einzelnen Beiträge zu einer höheren Beitragslast führen würde als eine Versicherung durch die GKV. Bei geringer Kinderzahl oder für Ledige hingegen wäre eine private Krankenversicherung wirtschaftlich attraktiver. Geht man davon aus, daß die PKV nach dem Äquivalenzprinzip arbeitend mit ihren Prämien das jeweilige Kostenrisiko ihrer Versicherten zutreffend kalkuliert, so ergibt sich daraus im Rückschluß, daß die Beiträge der freiwillig Versicherten die von ihnen eingeforderten Leistungen nicht decken, da sie andernfalls in die PKV

31 So zumindest dem Inhalt nach Smigielski, „Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzlichen Krankenversicherung“, 5.1 (S. 85), in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

32 So BVerfG, Urt. v. 16.7.1985, E 69, 272, 302; Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 61; Kirchhof, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 53 Rn. 27.

33 So nimmt Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn.28ff. hierzu keine Stellung, sonst aber zu jedem Aspekt des Ausgleichs in der Solidargemeinschaft. Es liegt daher die Vermutung nahe, daß auch er hier zumindest keine Solidargemeinschaft wie im vorgenannten Sinne annimmt.

zu günstigeren Konditionen wechseln würden. Die Lasten der von der Versicherungspflicht Befreiten werden so von den Pflichtversicherten mitgetragen. Dies stellt einen Systembruch in der solidarischen Umverteilung der GKV dar, da es ausgerechnet denjenigen, die die höchsten Beiträge zahlen würden, ermöglicht wird, sich eine oftmals bessere medizinische Versorgung für weniger Geld zu leisten³⁴.

(7) Fazit

Mißt man das Ausmaß der Umverteilung in der GKV, so stellt man fest, daß kaum noch ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Beitrag und erhaltener Gegenleistung besteht. Gemeinsam ist all den geschilderten Umverteilungswirkungen, daß sie die Gesetzliche Krankenversicherung Stück für Stück vom Äquivalenzprinzip entfernen, da jede dieser Umverteilungswirkungen zur Folge hat, daß ein Versicherter nicht mehr nur die Kosten seines Risikos sondern auch die Kosten des Risikos eines anderen oder der Familie eines anderen trägt oder selbst von Beiträgen anderer profitiert. Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liegt hier aber nach Ansicht des BVerfG nicht vor : diese mit den Ausgleichswirkungen verbundenen Ungleichbehandlungen fänden ihre Rechtfertigung gerade im Prinzip der Solidarität³⁵. Dennoch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Umverteilungswirkungen, wie sie sich aus den jetzigen Regelungen ergeben, im Einzelfall sehr zweifelhafte Ergebnisse mit sich bringen. So ist insbesondere das Bestehen der Versicherungspflichtgrenze und die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung (sowie gerade auch die Kombination aus beidem) für die privaten Krankenkassen geradezu ein Freibrief zur Risikoselektion. Daraus ist aber den Unternehmen der PKV kein Vorwurf zu machen, da es nicht ihre Aufgabe ist, durch ihre Tarife einen solidarischen Ausgleich zu fördern. Vom Standpunkt einer solidarischen Krankenversicherung aus ist jedoch das Bestehen der Versicherungspflichtgrenze bei gleichzeitiger Möglichkeit der freiwilligen Versicherung kaum zu begründen. Eine Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze sowie eine erhebliche Ausdehnung der Versicherungspflicht ist aber derzeit kaum denkbar. Dies wäre existenzbedrohend für die gesamte private Krankenversicherungswirtschaft, der dann ein erheblicher Teil ihrer Klientel genommen würde. Nur im Rahmen der Umstellung des gesamten Krankenversicherungssystems (etwa auf eine allgemeine Grundpflicht-

³⁴ Kritisch hierzu Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 187.

³⁵ BVerfG, Beschluß v. 6.12.1988, E 79, 223 (Ls. 2), 236 unten.

und eine freiwillige Zusatzversicherung) wäre eine solche Reform derzeit vorstellbar.

b) Subsidiarität

Der Grundsatz der Subsidiarität bezeichnet den Vorrang der Selbsthilfe des einzelnen oder der Hilfe anderer ihm nächstehender Personen (Familie) vor der Hilfe durch die größere Gemeinschaft. Zum Teil wird dem Grundsatz der Subsidiarität eine eigene Bedeutung zugesprochen, zum Teil wird er mehr oder weniger nur als Kehrseite des Grundsatzes der Solidarität verstanden, da letzterer so zu verstehen sei, daß er auch die Pflicht des einzelnen zur Rücksichtnahme und größtmöglichen Entlastung der Allgemeinheit beinhalte³⁶. Inhaltlich besteht insofern kein Unterschied. Dem entspricht es, wenn die damalige Bundesregierung in der Begründung zum Entwurf des GRG ausführt :

„Neben das Solidarprinzip tritt in der gesetzlichen Krankenversicherung gleichberechtigt das Prinzip der Subsidiarität. Beide Prinzipien sind kein Gegensatz. Deshalb kommt es im Gesundheitswesen darauf an, die Fähigkeiten des einzelnen zur eigenverantwortlichen Vorsorge für seine Gesundheit zu stärken. Kein Gesundheitswesen kann auf Dauer leistungsfähig bleiben, wenn sich nicht zunächst der einzelne um seine Gesundheit bemüht. Aufgabe der Strukturreform ist daher auch, die Bereitschaft zur Eigenverantwortung zu fördern und die Anreize zu gesundheitsbewußtem Verhalten zu verbessern.“³⁷

Das Subsidiaritätsprinzip ist danach so zu verstehen, daß ein solidarischer Ausgleich nur dort stattfindet (oder vielmehr stattfinden sollte), wo es dem einzelnen nicht möglich ist, das Risiko einer Erkrankung im Rahmen des Zumutbaren zu mindern. In § 1 S. 2 SGB V ist dieser Gedanke insofern enthalten, als hier die Eigenverantwortung des Versicherten für seine Gesundheit in Form verschiedener Verhaltenspflichten Niederschlag findet. Eine Konsequenz hat ein Verstoß hiergegen aber nur im Rahmen des § 52 SGB V, wonach vorsätzliches Zuziehen einer Krankheit und das Zuziehen bei einem Verbrechen oder vorsätzlichem Vergehen je nach Ermessen der Krankenkasse zu einer Beteiligung des Versicherten an den Kosten der Leistungen führen kann. § 52 SGB V ist jedoch eng begrenzt auf diese Fälle. Allgemein ungesunde oder gefährliche Lebensführung erfüllt den Tatbestand

³⁶ Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 60.

³⁷ Fack S. 223 = BTDrucks. 11/2237 S. 146.

nicht³⁸. Das dem Versicherungsprinzip in seiner Reinform immanente Prinzip der Äquivalenz von Versicherungsleistung und Beitrag kommt also auch dann nicht zur Anwendung, wenn die Größe des Risikos durch den Versicherten selbst beeinflusst werden kann.

Der Grundsatz der Subsidiarität findet damit keine allgemeingültige Ausprägung im Gesetz. Bedeutung erlangt dieser Grundsatz in der allgemeinen gesundheitspolitischen Diskussion lediglich dann, wenn wegen der Schwierigkeiten der Finanzierung der GKV Zuzahlungen von Seiten der Versicherten eingeführt werden sollen und diese begründet werden müssen. In diesem Zusammenhang wird der Grundsatz der Subsidiarität ins Feld geführt, wobei damit stets eine allgemeine Ausklammerung von Einzel- oder Teilleistungen aus dem Leistungskatalog des SGB V gemeint ist. Dies kommt aber im Ergebnis nur einer Beitragssatzerhöhung gleich, da die Versicherten für vorher vom Leistungsrahmen der GKV umfaßte Leistungen nun direkt und unmittelbar aus eigener Tasche aufkommen müssen. In diesen Fällen trifft es jedoch alle gleichermaßen und unabhängig davon, ob im Vorfeld die in § 1 S. 2 SGB V formulierten Pflichten von seiten des einzelnen Versicherten beachtet wurden oder nicht. Durch die Härtefallregelungen in den § 61f. SGB V wird vielmehr manchen Versicherten jeglicher finanzielle Anreiz zu eigenverantwortlichem Handeln genommen³⁹. Verlierer dieser Situation sind daher diejenigen, die einerseits die Voraussetzung der Härtefallklausel nicht erfüllen, andererseits aber nur geringfügig besser verdienen, da für sie die Bezahlung ausgeklammerter Leistungen durch eigenes Geld (gemessen an ihrer eigenen Kaufkraft) am teuersten ist. Die „Subsidiarität“, wie sie in den letzten Jahren durch den Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht implementiert wurde, berücksichtigt also nicht in erster Linie die dem einzelnen zumutbare Vermeidbarkeit der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen, wie es aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten an sich der Fall sein müßte. Sie steht dabei im Widerspruch zum Subsidiaritätsbegriff, wie er in dem oben aufgeführten Entwurf verwendet wird. Die Verteuerung der Gesundheitsleistung tritt nämlich stets unabhängig von der einzelnen Vermeidbarkeit oder Minimierbarkeit des Risikos ein, was aber das Hauptziel des Solidarprinzips, nämlich die Verteilung unvermeidbarer Krankheitslasten auf die Schultern der Allgemeinheit, ad absurdum führt. Aus diesen Gründen verwundert es nicht, daß „Subsidiarität“ insbesondere bei den Sozialpolitikern derjenigen Parteien, die sich als Anwälte des sprichwörtlichen

38 Kruse, in: LPK, § 52 Rn. 2.

39 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 61.

„kleinen Mannes“ berufen fühlen, einen schlechten Ruf hat. Tatsächlich kann man jedoch nur zu dem Ergebnis kommen, daß diejenigen Reformen, die unter dem Deckmantel der Subsidiarität durchgeführt wurden, diese Bezeichnung oftmals nicht wirklich verdient haben. Es handelte sich vielmehr um die (wirtschaftlich sicherlich notwendige) Ausklammerung von Leistungen aus dem Leistungskatalog der GKV, die als Bagatellbelastung für die Versicherten empfunden werden.

Insgesamt dominiert in der GKV daher deutlich das Recht des einzelnen gegenüber der Allgemeinheit im Verhältnis zu den Rechten der Allgemeinheit gegenüber dem einzelnen. Dies gilt teilweise auch, wenn aus Solidargesichtspunkten eine Umverteilung kaum mehr zu begründen ist. Das Subsidiaritätsprinzip hingegen ist kaum auch nur in Ansätzen verwirklicht.

2) Finanzierung, Selbstverwaltung und Arbeitgeberbeteiligung

Die GKV finanziert sich als Teil der Sozialversicherung durch Beiträge. Diese Beiträge werden zu gleichen Teilen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern aufgebracht werden, natürlich nur bei Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses, § 250 I SGB V. Beiträge können auch von Dritten erhoben werden, beispielsweise von den Rentenversicherungsträgern (§ 106 SGB VI) oder der Bundesanstalt für Arbeit (§§ 157 I AFG, 170 I Nr. 2 SGB VI). Hinzu kommen staatliche Zuschüsse, etwa beim Mutterschaftsgeld. Weitere Einnahmequelle können sog. sonstige Einnahmen sein, beispielsweise aus Vermögensanlagen. Die Beiträge der Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden vom Arbeitgeber als Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags bezahlt, §§ 28e I SGB IV iVm 253 SGB V, in dem neben den Beiträgen für die GKV auch die Beiträge für die anderen Sozialversicherungszweige enthalten sind. Den Beitragsteil, der wirtschaftlich gesehen vom Arbeitnehmer zu erbringen ist, kann der Arbeitnehmer durch Beitragsabzug einbehalten, §§ 28g SGB IV iVm 253 SGB V. Der Beitragsatz für die Krankenversicherung lag im Jahr 1999 durchschnittlich bei 13,6 % des beitragspflichtigen Arbeitsentgeltes, soweit es nicht die jeweilige Beitragsbemessungsgrenze überschreitet; der Gesamtsozialversicherungsbeitrag lag 1999 bei rund 42 %⁴⁰.

Die GKV ist vom Prinzip der Selbstverwaltung geprägt. Dies bedeutet, daß die gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts rechtlich

⁴⁰ BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 419.

verselbständigt sind und lediglich einer Rechtsaufsicht unterliegen. Im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften erfüllen sie ihre Tätigkeiten und Pflichten eigenständig. Entscheidungsträger der Krankenkassen sind damit die aus den Mitgliedern zusammengesetzten Selbstverwaltungsorgane. Das Grundmodell der deutschen Sozialversicherung sieht dabei den Anteilen bei der Beitragserbringung entsprechend eine hälftige Besetzung der Selbstverwaltungsorgane durch Vertreter der Arbeitnehmer und –geber vor, § 44 I Nr. 1 SGB IV. Lediglich bei einzelnen Kassenarten wird abweichend hiervon wegen der Besonderheiten der betreffenden Kassenarten eine andere Regelung getroffen. So stellen die Arbeitnehmer in der Bundesknappschaft zwei Drittel der Vertreter, bei den Ersatzkassen stellen ausschließlich die Arbeitnehmer die Vertreter, § 44 I Nr. 3, 4 SGB IV. Seinen Grund hat diese Beteiligung der Arbeitgeber an der Verwaltung der Krankenkassen in der GKV darin, daß die Arbeitgeber bei der Finanzierung zur Hälfte herangezogen werden und daher auch bei der Selbstverwaltung entsprechend mitzubestimmen hätten. Die oben erwähnte Ausnahme hiervon bei den Ersatzkassen, § 44 I Nr. 4 SGB IV, ist historisch begründet.

Soweit es die GKV betrifft, kommen die Beiträge jedoch allein dem Versicherten zugute, so daß der Bewertung der auf die GKV entfallenden Beiträge als hälftig von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erbracht Bedenken begegnen und stattdessen überwiegend hinsichtlich des Beitragteils des Arbeitgebers ein verdeckter Lohnbestandteil angenommen wird⁴¹. Dies gilt um so mehr, als ein eigenes Interesse des Arbeitgebers an den Zahlungen in die GKV nicht besteht. Lediglich die Pflicht zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und das allgemeine, mittelbare Interesse an einem geringen krankheitsbedingten Arbeitsausfall wären hier zu berücksichtigen. Anders mag dies etwa im Sozialversicherungszweig der Unfallversicherung aussehen, wo dem Arbeitgeber die Haftung für die Betriebsgefahr drohte⁴². Wenn aber die Finanzierung der GKV nur eine formell paritätische ist, kann sie ein materielles Recht der Arbeitgeber an der Mitbestimmung kaum begründen. Zu berücksichtigen ist vielmehr der Interessengegensatz, der in den Selbstverwaltungsorganen zu überwinden ist. Die Arbeitgeber haben ein Interesse an einem möglichst geringen Beitragssatz, da sie keinerlei unmittelbaren Nutzen von den Leistungen der jeweiligen Krankenkasse haben und somit nur diejenigen Gelder spüren, die sie für die bei ihnen angestellten Arbeitnehmer zu entrichten haben. Die Vertreter der Versicherten hingegen haben neben den Beiträgen, die auch sie ja aufgrund des

41 Siehe Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 90 m. w. N.

42 Siehe Gitter/Nunius in Schulin, Unfallversicherungsrecht § 5 Rn. 51f.

Beitragsabzuges nach § 28g SGB IV entrichten, ein Interesse an einer umfassenden und hochqualitativen medizinischen Versorgung. Bei den Ersatzkassen, bei welchen eine Beteiligung der Arbeitgeber fehlt, ist ferner kein Funktionsmangel erkennbar. Auch aus praktischen Erwägungen ist daher die Beteiligung der Arbeitgeber an der Selbstverwaltung nicht erforderlich. Bei den Betriebskassen ist wegen der Nähe zum Betrieb und damit auch zum Arbeitgeber eine Beteiligung desselben verständlich, wenn auch keineswegs zwingend. Wenn also aus der Sicht der Verwaltung der Krankenkassen eine Beteiligung der Arbeitgeber an der Selbstverwaltung nicht begründbar ist, so mag hier eine Erwägung aus einem anderen Blickwinkel aufschlußreich sein. Die Beiträge werden durch die Satzung der Krankenkasse festgesetzt und gelten gleichermaßen für den Anteil des Arbeitgebers wie den des Arbeitnehmers. Wenn also die Krankenkasse den Beitragssatz um einen Prozentpunkt erhöht, so zahlt nicht nur der Arbeitnehmer mehr von seinem Bruttogehalt ein, sondern auch die Arbeitsnebenkosten des Arbeitgebers für diesen Arbeitnehmer steigen zusätzlich an. Selbst wenn die Beiträge der Arbeitgeber zur GKV nur verdeckte Lohnbestandteile sind, wie es insbesondere die Kritiker der paritätischen Selbstverwaltung propagieren, so ist zu bedenken, daß die Arbeitnehmervertreter, sofern sie allein über die Selbstverwaltung und damit auch über die Beitragssätze zu befinden hätten, effektiv den Lohn der Versicherten erhöhen könnten. Denn eine Beitragssatzerhöhung hätte automatisch eine Erhöhung auch der verdeckten Lohnbestandteile zur Folge. Hierbei einen gewissen Einfluß zu bewahren, wird man als tauglichen Grund für das Verbleiben der Arbeitgebervertreter in den Selbstverwaltungsorganen der gesetzlichen Krankenkassen ansehen können.

III) Leistungsumfang und Leistungsbeziehungen

1) Sachleistungsprinzip und Geldleistungsprinzip (Kostenerstattungsprinzip)

Bei der Abwicklung der Rechtsverhältnisse sind zwei grundsätzliche Möglichkeiten der Ausgestaltung denkbar. Zum einen ist die Abwicklung zwischen Leistungserbringern und Versicherten einerseits und die Abwicklung zwischen Versicherterem und Versicherung andererseits in getrennten Vorgängen denkbar. Der Versicherte tritt dann wirtschaftlich gesehen in Vorleistung und wird anschließend dem Versicherungsvertrag entsprechend durch die Versicherung schadlos gestellt. Zum anderen ist eine Abwicklung in Form eines „echten“ Dreiecksverhältnisses denkbar. Der Versicherte bezieht die Leistung selber, der Leistungserbringer hält sich aber unmittelbar an die Versicherung. Die Leistung des Leistungserbringers ist dann zugleich eine Leistung sowohl an den Versicherten als auch an den Versicherer, für den Versicherten handelt es sich nicht nur um eine Leistung des Leistungserbringers, sondern um eine Leistung seines Versicherers an ihn selbst.

Die erste dieser zwei möglichen Vorgehensweisen liegt dem privaten Krankenversicherungswesen zugrunde. In der GKV hingegen dominiert die zweite Vorgehensweise, also die Erbringung der Versicherungsleistung von Seiten der Krankenkasse nicht in Geld, sondern in Form von Sachen und Dienstleistungen. Nur ausnahmsweise wird auch in der GKV vom Grundsatz des Sachleistungsprinzips abgewichen; dies jedoch nur, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorsieht, § 13 I SGB V. Die praktisch relevanteste Ausnahme ist die Wahlmöglichkeit allerdings (nun wieder) nur der freiwillig Versicherten nach § 13 II SGB V zwischen Sachleistung und Kostenersatz⁴³.

a) Differenzierung nach den Leistungsbeziehungen ?

Die Unterscheidung zwischen Sachleistungsprinzip und dem Prinzip der Kostenerstattung hat Folgen bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten. So treten die Versicherer bei dem Modell der Kostenerstattung mit den Leistungserbringern nicht notwendigerweise in Verbindung. Die

⁴³ Anders die Rechtslage nach dem 2.GKV-NOG mit Wirkung vom 1.7.1997 bis zum GKV-SolG mit Wirkung vom 1.1.1999, hier war eine generelle Wahlmöglichkeit aller Versicherten gegeben. Vgl. dazu Kruse, in: LPK, § 13 Rn. 3f., 14.

Leistungsbeziehungen beschränken sich auf eine rein finanzielle Ebene, auf welcher die jeweiligen Zahlungsströme fließen. Das Aushandeln aller Leistungs- und Gegenleistungsmerkmale geschieht zwischen Versicherten und Leistungserbringern.

Bei der Erbringung der Leistung in Form von Sachleistungen ist wiederum eine unterschiedliche Ausgestaltung möglich. Zum einen können die Krankenkassen selbst unmittelbar als Leistungserbringer tätig werden, etwa indem sie Ärzte, Apotheker etc. einstellen. Dies wäre eine vollständige Integration der Leistungserbringer in die Organisation der Krankenkassen, wie sie vor allem in den Anfängen der GKV häufig gegeben war⁴⁴, das Sachleistungsprinzip wäre in Reinform verwirklicht. Die andere Möglichkeit besteht darin, mit den selbständigen Leistungserbringern Vereinbarungen über die Vergütung der Leistungen sowie über deren Qualität und Standards zu erzielen. In diesem Fall ist wesentliches Merkmal, daß Absprachen über Leistung und Gegenleistung zu wesentlichen Teilen zwischen Versicherer und Leistungserbringer getroffen werden und der Versicherte nur einen beschränkten Einfluß auf Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen hat. Im Umkehrschluß könnte man daher zu dem Ergebnis gelangen, daß das Sachleistungsprinzip dort verwirklicht ist, wo die Versicherer (in Form der Krankenkassen der GKV) noch einen erheblichen Einfluß auf Art, Umfang und Qualität der zu erbringenden Leistung ausüben. Zu vernachlässigen wäre dann, ob der Zahlungsstrom vom Versicherer zum Leistungserbringer unmittelbar oder über den Versicherten erfolgt. Dieser Schluß liegt zumindest nahe, wenn man sich die Rechtsprechung des BSG vor diesem Hintergrund ansieht. So hat das BSG in einem Fall, in welchem es sich mit den Kostenzuschüssen der Krankenkassen im Rahmen der ansonsten vom Versicherten allein zu tragenden Kosten kieferorthopädischer Behandlung befaßte, festgestellt, daß die Kostenerstattung, wie sie im fraglichen Zusammenhang existierte, „vom Gesetzgeber aber nicht als ein die Zuschußfälle übergreifendes Gegenprinzip zur Sachleistung institutionalisiert“ wurde⁴⁵. Den logischen Gegensatz zwischen reinem Kostenerstattungsprinzip einerseits und Wirtschaftlichkeits- und Qualitätskontrolle andererseits bezeichnet das BSG in einem weiteren Urteil klar als solchen und schlußfolgert daraus, daß eine über den reinen Abrechnungsmodus hinausgehende uneingeschränkte Geltung des Kostenerstattungsprinzips bei Zahnersatz vom SGB V nicht gewollt sei⁴⁶. Auch in den Fällen der Zuzahlungspflicht der Versicherten handelt es sich also nach Ansicht

44 Siehe Schlenker, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 1 Rn. 30.

45 BSG, Urt. v. 10.4.1990, E 66, 284, 287; natürlich zu der damals gültigen Rechtslage.

46 So BSG Urt. v. 20.5.1992, SozR 3-5555 § 12 Nr. 3 S. 16f.

des BSG uneingeschränkt um eine Sachleistung, da auch hier weiterhin die Wirtschaftlichkeits- und Qualitätskontrollrechte der Krankenkassen bestünden.

Das BSG und darüber hinaus auch Teile der Literatur⁴⁷ scheinen also eine Abgrenzung über die Organisation und dort insbesondere über die Einwirkungsmöglichkeiten der Krankenkassen auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit zu favorisieren. Die Differenzierung hingegen rein nach den Leistungsbeziehungen, wie sie die Ausdrücke Sachleistungsprinzip und Geldleistungsprinzip an sich nahelegen, erschiene demnach nachrangig. Im oben geschilderten Fall der kieferorthopädischen Behandlung ist zu bedenken, daß zwar die Bezahlung direkt zwischen Patient und Zahnarzt erfolgt, daß aber die ärztliche Leistung durch die direkte und unmittelbare Einflußnahme der gesetzlichen Krankenkassen im Wege der Rahmenverträge geprägt ist. Für die Bezahlung mögen daher die Beziehungen zwischen Versichertem und Krankenkasse einerseits und Versichertem und Zahnarzt zu trennen sein, bei der Leistungserbringung durch den Zahnarzt sind sie es gerade nicht. Dies rechtfertigt es, auch in dieser Mischsituation im weitesten Sinne eine Sachleistung der Krankenkasse anzunehmen.

b) Sinn und Zweck des Sachleistungsprinzips

Der Entscheidung für das Sachleistungsprinzip liegen historisch mehrere Erwägungen zugrunde, die zum Teil auch heute noch von Bedeutung sind. Zum einen sollte den Versicherten eine Verpflichtung zur Vorleistung gegenüber den Leistungserbringern (Ärzte, Apotheker, etc.) erspart werden, zu welcher die Versicherten möglicherweise nicht in der Lage gewesen wären⁴⁸. Gerade in den Anfängen der GKV gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts, als es sich praktisch um eine reine Arbeiterversicherung handelte⁴⁹, war diese Sorge durchaus berechtigt. Heutzutage dürfte dieser Einwand für die überwiegende Zahl der Versicherten bei der überwiegenden Zahl der Krankheiten nicht mehr tragen, was schon alleine an der starken Ausdehnung der Versicherungspflicht auch in vergleichsweise finanziell besser gestellte Schichten hinein liegt. Sozial Schwachen und solchen Versicherten,

47 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 8ff., 115 a.E.; Kötter, in: LPK, § 29 Rn. 11ff. A.A. Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 29 SGB V Rn. 12; v.Maydell, in: GK-SGB V, § 29 Rn. 8; Zipperer, in: Maaßen/Schermer/Zipperer, § 29 Rn. 3.

48 Mengert, in: Peters-SozGB V, § 13 Rn. 11; Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 110.

49 Einführung durch das „Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ vom 15.6.1883 (RGBl. S. 73).

die an einer Krankheit erkrankt sind, welche eine teure Behandlung erfordert, dürfte aber auch heute die vorübergehende Bezahlung der Behandlung aus eigenen Mitteln nicht möglich sein. Ferner schien damals eine umfassende ärztliche Versorgung für die ganze Bevölkerung fraglich, sei es, weil die Ärzte das Risiko des Forderungsausfalls bei mittellosen Patienten nicht tragen wollten, oder weil damals insbesondere in ländlichen Gegenden die notwendige Anzahl an Ärzten nicht vorhanden war⁵⁰. Auch diese Gefahr ist im Laufe der Zeit gebannt worden.

Als Grund für das Sachleistungsprinzip verbleibt damit vor allem das Ziel umfassenden Einflusses der Krankenkassen auf Regelungen in sämtlichen Bereichen der GKV⁵¹. Durch die Ausgestaltung unmittelbarer Leistungsbeziehungen zwischen den Leistungserbringern und den Krankenkassen, wie sie in den §§ 63ff. SGB V geregelt sind, haben die Krankenkassen erhebliche Mitspracherechte vor allem bei den Fragen des durch die Leistungserbringer zu erbringenden Leistungsumfanges wie auch bei der Bezahlung dieser Leistungen. Das Sachleistungsprinzip ist demnach mehr als nur die bloße finanzielle Regulierung mit den Leistungserbringern, es schließt die „Verpflichtung zur Mitsorge für die Bereitstellung der benötigten medizinischen Leistungen, für die Aushandlung der Preise, für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit usw. ein“⁵².

Dies steht im engen Zusammenhang zu den oben ausgeführten Zielen einer ausreichenden medizinischen Versorgung nach dem anerkannten Stand der Medizin, die gleichwohl wirtschaftlich zu erfolgen hat. Die Verfolgung dieser Ziele geschieht in der GKV durch die umfassenden Befugnisse der Krankenkassen. Bei einer reinen Kostenerstattung in der GKV, welche durch getrennte Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Versicherten einerseits und Versicherten und Versicherern andererseits geprägt wäre, stünde den Krankenkassen zur Durchsetzung der Wirtschaftlichkeit der medizinischen Versorgung lediglich die Einflußnahme auf den Versicherten zur Verfügung. Der Versicherte selbst müßte sich dann mit den Leistungserbringern auseinandersetzen. Die Auswirkungen der regelmäßig unterlegenen Sachkenntnis der Versicherten gegenüber den Leistungserbringern sowie die allgemein schwächere Verhandlungsposition der Patienten im Verhältnis beispielsweise zu Ärzten und Zahnärzten führten dazu, daß zumindest eine

50 Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 112.

51 Mengert, in: Peters-SozGB V, § 13 Rn. 10f.; Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 114.

52 Smigielski, „Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzlichen Krankenversicherung“, 4.3 (S. 83), in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

wirtschaftliche, wenn nicht auch eine ausreichende Versorgung eine Sache des Zufalls würde. Die unterschiedliche Behandlung von Privatpatienten und Kassenpatienten, wie sie zum Teil stattfindet, findet ihre Ursache zuvörderst hierin. Als vielleicht nicht erfreuliche, aber dennoch zumindest auf den ersten Blick logische Konsequenz hieraus setzte nahezu jegliche gesetzgeberische Initiative der letzten Jahre zur Stärkung der Wirtschaftlichkeit in der GKV auf eine Stärkung der Befugnisse der Krankenkassen.

c) Das Sachleistungsprinzip in der Kritik

Das Sachleistungsprinzip steht bereits seit längerem in der Kritik. Der Versicherte wird durch die Ausgestaltung als Sachleistung aus der finanziellen Regelung der Leistungsbeziehungen herausgehalten, soweit er nicht zur teilweisen Tragung der Kosten herangezogen wird. Die Gegner des Sachleistungsprinzips, fast ausschließlich Befürworter eines verstärkten Wettbewerbs innerhalb der GKV, schlußfolgern daraus, daß die Versicherten sich über die Kosten der Behandlung keinerlei Gedanken machten und aus einer „Nulltarif-Mentalität“ heraus Leistungen in Anspruch nähmen, für deren Inanspruchnahme aus medizinischer Sicht keine Notwendigkeit bestehe⁵³. Daß auch der Gesetzgeber einen solchen Zusammenhang sieht, findet seinen Ausdruck darin, daß in solchen Bereichen, in denen eine übermäßige Inanspruchnahme von Leistungen vermutet wird, durch Einführung von Zuzahlungen oder Ausklammerung von Leistungen aus dem Leistungsumfang der GKV die „Wirtschaftlichkeitsreserven“ ausgenutzt werden sollen⁵⁴. Auch der Gesetzgeber geht also davon aus, daß die Vollversorgung zu einem Mangel an Kostenbewußtsein bei den Versicherten führt. Die Befürworter des Sachleistungsprinzips hingegen argumentieren genau entgegengesetzt. Würde man das Sachleistungsprinzip aussetzen und stattdessen die Kosten erstatten, so könne dies dazu führen, daß die Versicherten ihre Beitragssummen mit den dann offengelegten Zahlungsströmen verglichen und vermehrt Leistungen in Anspruch nähmen, um „die gezahlten Beiträge wieder herauszuholen“ („moral hazard“)⁵⁵.

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß das Sachleistungsprinzip in seiner Reinform bei Vollversicherungen jeglichen Kostendruck von den Versicherten nimmt, denen

53 Siehe Schulin, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 6 Rn. 115; Noftz, in: Hauck/Noftz, § 2 Rn. 85 a.E.

54 Vgl. BTDrucks. 11/2237 S.132ff., 138, 139.

55 Hierzu Adam/Henke, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 4 Rn. 12.

dadurch der Eindruck vermittelt wird, daß Gesundheitsleistungen nahezu beliebig verfügbare Güter seien⁵⁶. Die regulierende Wirkung von Angebot und Nachfrage ist insoweit ausgesetzt; während die Versicherten funktionell (vom letztendlichen Bedarf her) gesehen Nachfrager nach den (medizinischen) Leistungen sind, sind nicht sie, sondern die Krankenkassen Anbieter der (finanziellen) Gegenleistung. Diese durch das Sachleistungsprinzip sich ergebenden großenteils planwirtschaftlichen Züge der GKV werfen verschiedenerlei Fragen vor allem in ökonomischer Hinsicht auf. Was die Systematik der GKV betrifft, so nähert sie sich durch den starken Einfluß der Krankenkassen auf Regelungsbereiche der Leistungserbringung einem am Versorgungsprinzip orientierten staatlichen Gesundheitswesen. Das Versicherungssystem als System der rein finanziellen Regulierung tritt gegenüber einem Mischsystem mit einer mit weitgehenden Kompetenzen ausgestatteten, rechtlich verselbständigten Verwaltungsbehörde, nämlich der Gesamtheit der Krankenkassen, in den Hintergrund.

Abseits dieser grundsätzlichen Auseinandersetzung Marktwirtschaft kontra Planwirtschaft tauchen jedoch auch gravierende juristische Probleme im Zusammenhang mit den Rechten der Leistungserbringer, die in immer stärkerem Maße von diesem Mischsystem in die Pflicht genommen und dadurch in ihren Rechten beschnitten werden, auf, oder auch Probleme der Beschränkung der Regeln des freien Wettbewerbs, deren zumindest teilweise Untersuchung Gegenstand dieser Arbeit ist.

2) Rechtsnatur der Leistungsbeziehungen

Aufgrund des Sachleistungsprinzips bezieht jede Leistungserbringung mindestens drei verschiedene Rechtssubjekte ein, nämlich den Versicherten, den Leistungserbringer und die Krankenkasse. Die Zahl der Beteiligten kann jedoch auch höher sein, wenn etwa der Leistungserbringer seinerseits einer Interessengruppe angehört, die ihrerseits auch bei der Abwicklung des Leistungsverhältnisses involviert ist. Regelmäßig ist dies bei den Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen der Fall, die für die von den Kassen zugelassenen Ärzte bzw. Zahnärzte die Einforderung und Verteilung der Honorare gegenüber den Krankenkassen betreibt⁵⁷. Ferner könnte man auch versucht sein, die

56 Noftz hingegen schreibt diese Wirkung dem Versicherungswesen insgesamt zu, siehe Noftz, in: Hauck/Noftz, § 2 Rn. 87.

57 Im folgenden wird nicht weiter ausdrücklich zwischen Ärzten und Zahnärzten sowie zwischen

jeweiligen Spitzenorganisationen der nichtärztlichen Leistungserbringer, soweit vorhanden, in die Leistungsbeziehungen einordnen. Diese sind jedoch ausschließlich mit der Gestaltung von Rahmenbedingungen und dem Abschluß von Rahmenverträgen befaßt. Bei der einzelnen Leistungserbringung sind sie folglich nicht involviert. Somit bleiben die folgenden Rechtsbeziehungen zur genaueren Betrachtung :

a) Rechtsbeziehung zwischen Versicherten und Krankenkassen

Die klarste und in ihrer Rechtsnatur unstreitigste Rechtsbeziehung herrscht zwischen den Versicherten und den Krankenkassen. Hier ist unstreitig, daß zwischen dem Versicherten und der Krankenkasse ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Versicherten gegenüber seiner Krankenkasse auf Erbringung von Leistungen nach § 11f. SGB besteht⁵⁸. Dies gilt unabhängig davon, welche konkrete Leistung der Versicherte von einem Leistungserbringer (ärztliche Heilbehandlung von einem Arzt, Medikamente aus einer Apotheke, etc.) in Anspruch nimmt, das Rechtsverhältnis zwischen Versichertem und Krankenkasse ist stets öffentlich-rechtlich.

b) Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse

Bei den Rechtsverhältnissen zwischen den Leistungserbringern und der Krankenkasse ist nach den einzelnen Leistungserbringern zu differenzieren.

(i) ... bei ärztlichen Leistungserbringern

Wie bereits erwähnt weist das Gefüge der Rechtsbeziehungen bei der Leistungserbringung durch Ärzte die Besonderheit auf, daß mit den Kassenärztlichen Vereinigungen ein weiterer Rechtsträger in den Beziehungsreigen eintritt. Dadurch erhöht sich die Zahl der hier zu berücksichtigenden Rechtsbeziehungen.

kassenärztlichen und kassenzahnärztlichen Vereinigungen unterschieden, sofern nicht diese Unterscheidung ausnahmsweise von Bedeutung ist. Stattdessen wird ausschließlich auf Ärzte und die kassenärztliche Vereinigung Bezug genommen.

58 Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 8, 22, 32, 41, 44; Lenz NJW 1985, 649, 650 (im Falle der Leistungserbringung durch Krankenhäuser); Sommer, in: Peters-SozGB V, § 5 Rn. 20.

(1) Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkasse und Kassenärztlicher Vereinigung

Zunächst ist bei den Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen unstreitig, daß hier eine öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehung zugrundeliegt. Gleiches gilt für die Beziehungen zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Spitzenverbänden der Krankenkassen. Demzufolge sind die auf diesen Ebenen geschlossenen Verträge als öffentlich-rechtlich anzusehen⁵⁹. Uneins ist man sich jedoch bei der Begründung dieses öffentlich-rechtlichen Charakters. Hier werden unterschiedliche Gründe angeführt (Status als öffentlich-rechtliche Körperschaften; Vollzug der gesetzlichen Regelungen, die ihrerseits öffentlich-rechtlich sind; Inhalt der geschlossenen Verträge, nämlich die ärztliche Versorgung, als Gegenstand des öffentlichen Rechts)⁶⁰, die in ihrer Gewichtung jeweils unterschiedlich bewertet werden. Praktische Auswirkungen ergeben sich jedoch hieraus nicht.

(2) Das Rechtsverhältnis zwischen KVen und Ärzten

Die Ärzte sind durch die Zulassung, die verwaltungstechnisch als Verwaltungsakt anzusehen ist, ordentliches Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaft, so daß auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Ärzten und den jeweiligen Vereinigungen als öffentlich-rechtlich anzusehen sind⁶¹.

(3) Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkasse und Ärzten

Ganz herrschender Anschauung entspricht es, daß „der einzelne Arzt aus der individuellen Beziehung zum einzelnen Kassenpatienten gelöst“⁶² wird. Dies hat zur Folge, daß auch im Verhältnis zur Krankenkasse der Arzt seine eigenständige Rechtsstellung weitgehend verliert. Zumindest wird die Rechtsnatur des Verhältnisses des Arztes zur Krankenkasse nicht diskutiert, soweit es die Leistungserbringung als solche betrifft; hier ist die Rechtsnatur wohl nicht relevant. Ein unmittelbares Verhältnis entsteht jedoch, soweit die gemeinsam von

59 So Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 9f.; Hencke, in: Peters-SozGB V, § 72 Rn. 16.

60 Siehe Hencke, in: Peters-SozGB V, § 72 Rn. 16; Hess, in: KassKomm, § 82 Rn. 7.

61 Hencke, in: Peters-SozGB V, § 95 Rn. 27; Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 11; Hess, in: KassKomm, § 95 Rn. 12; Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 95 Rn. 5.

62 Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 95 Rn. 5.

den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen durchgeführten Wirtschaftlichkeitsprüfungen nach § 106 SGB V Erstattungsansprüche der Krankenkasse gegen den verordnenden Arzt ergeben. In diesem Fall ist das gesamte Verfahren als Verwaltungsverfahren ausgestaltet, vgl. § 106 V, Va SGB V; auch hier ist folglich von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen Arzt und Krankenkasse auszugehen.

(ii) ...bei Apotheken

Vor Inkrafttreten des GRG wurden die Verhältnisse zwischen den Krankenkassen und den Apotheken auf Landesebene in Verträgen geregelt, lediglich die Verbände der (keine Landesverbandsebene aufweisenden) Ersatzkassen schlossen mit den Apothekerverbänden bundesweite Regelungen. Nunmehr sieht § 129 II SGB V zwingend den Abschluß eines bundeseinheitlichen Rahmenvertrages vor, der für die dem vertragsschließenden Verband angeschlossenen Apotheken sowie sonstigen an der Versorgung teilnehmenden Apotheken die ihnen nach § 129 I SGB V obliegenden Pflichten konkretisiert. Dadurch ist nunmehr eine Auseinandersetzung über die Rechtsnatur des Verhältnisses entstanden. Während nach einer Ansicht⁶³ dieser Rahmenvertrag in Anlehnung an die ständige und auch höchstrichterlich bestätigte Rechtsprechung vor Inkrafttreten des GRG⁶⁴ zivilrechtlicher Natur ist, geht die Gegenansicht aufgrund des hinter dem Rahmenvertrag stehenden öffentlichen Interesses von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis aus⁶⁵. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, daß die vorgenannte Auseinandersetzung sich lediglich mit der Rechtsnatur des Rahmenvertrages befaßt und die zitierten Stimmen hieraus keine unmittelbare Folgerung für die rechtliche Qualifizierung der Einzelleistungsverträge ziehen⁶⁶. So geht etwa das BSG für die einzelne Leistungserbringung von einem (zivilrechtlichen) Kaufvertrag zwischen Krankenkasse und Apotheke aus, der durch die Übergabe des vom Vertragsarzt ausgestellten Kassenrezeptes an den Apotheker durch den Versicherten

63 Hess, in: KassKomm, § 129 Rn. 9.

64 Urt. v. 10.4.1986 GemS-OGB BGHZ 97, 312.

65 Knittel, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 129 Rn.8; Schimmelpfeng NJW 1977, 1093 unter Hinweis auf BSG Urt. v. 15.11.1973 E 36, 238, 239.

66 Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 42; insbesondere auch Krauskopf/Knittel § 129 Rn. 3, der Stellung nur zur Konstruktion des Vertrages nimmt, eine Beurteilung als öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich jedoch nicht vornimmt.

zustandekommt⁶⁷.

(iii) ...bei Krankenhäusern

Die Krankenhäuser treten mit den Krankenkassen im Rahmen der Leistungserbringung in unmittelbaren Kontakt. Darüber hinaus schließen aber die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen gemeinsam Verträge mit den Krankenhausträgern (sog. Versorgungsverträge, § 109 SGB V) sowie mit den Landesvereinigungen der Krankenhausträger oder der Landeskrankenhausesellschaft (sog. zweiseitige Verträge, § 112 SGB V). Dabei gleichen die Versorgungsverträge der kassenärztlichen Zulassung, während die zweiseitigen Verträge nach § 112 SGB V in gewissem Umfang den Rahmenvereinbarungen gleichen, die die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen mit den Krankenkassen schließen⁶⁸. Einen bundesweiten Zusammenschluß der Krankenhausträger oder von deren Vertretungen, der im Normgefüge des SGB V Berücksichtigung gefunden hätte, gibt es jedoch noch nicht. Der mit der Einführung dieser Regelungen durch das KVKG⁶⁹ aufflammende Streit, ob hier (weiterhin⁷⁰) ein zivilrechtliches oder (nunmehr) ein öffentlich-rechtliches Verhältnis⁷¹ gegeben sei, ist schon bald nach seiner Entstehung durch ein Urteil des BSG beendet worden. Das Gericht zog hier eine Parallele zur kassenärztlichen Zulassung und der öffentlich-rechtlichen Einkleidung des gesamten Kassenarztrechts und kam zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber, auch wenn er keine Ausgestaltung des Verhältnisses durch das Rechtsinstrument des Verwaltungsaktes sondern durch Verträge getroffen habe, insgesamt ein öffentlich-rechtliches Zulassungssystem durch öffentlich-rechtliche Verträge vorgesehen habe⁷².

Differenzierende Darlegungen jeder einzelnen Rechtsbeziehung, die insbesondere durch die Beteiligung der Krankenhausträgervereinigungen bzw. der

67 BSG, Urt. v. 17.01.1996, SozR 3-2500 § 129 Nr. 1 S. 6f. Zu abweichenden Ansichten siehe unten S. 38.

68 Zu den Unterschieden in der Zuständigkeit siehe Hänlein, in: LPK, § 112 Rn. 2.

69 Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz (KVKG) vom 27.6.1977, BGBl. I S. 1069.

70 Nach vorher allgemeiner Ansicht handelte es sich bei den Verträgen um zivilrechtliche „echte“ Verträge zugunsten Dritter (nach § 328 BGB); vgl. Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 26; Nachweise bei BSGE 51, 108, 111.

71 So BSG, Urt. v. 14.1.1981 E 51, 108, 111.

72 BSG Urt. v. 27.1.1981 E 51, 126, 128, 130 unten, siehe auch Urt. in Fn. 71. Ferner BGH, Urt. v. 10.1.1984, Z 89, 250, 255f. Für eine öffentlich-rechtliche Beziehung ferner Andreas, NJW 1979, 2344. Nach der Zweistufentheorie differenzierend Barnewitz, NJW 1980, 1891. Für ein rein zivilrechtliches Verhältnis Linzbach, Das Krankenhaus 1984, 96, 98f.

Landeskrankenhausgesellschaften an den Vertragskonstruktionen der § 109ff. SGB V im Raume stehen, lohnen angesichts der Einheitlichkeit dieser Beurteilung in dem hier gegebenen Rahmen nicht.

(iv) ...bei Erbringern von Heil- und Hilfsmittelleistungen

Durch das GRG wurde nunmehr auch eine Zulassung von Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln eingeführt, §§ 124, 126 SGB V. Diese Vorschriften lösen damit die Heil- und Hilfsmittellieferantenverträge teilweise ab, die vor Erlaß des GRG den gesamten Rechtsverkehr zwischen den Heil- und Hilfsmittellieferanten einerseits und den Krankenkassen andererseits regelten. Es werden jedoch weiterhin neben dem Zulassungswesen Rahmenempfehlungen abgegeben und Verträge geschlossen (§§ 125, 127 SGB V), durch die eine einheitliche Versorgung und Preisgestaltung ermöglicht werden soll⁷³. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich daraus, daß die §§ 124, 126 SGB V nur eine reine Zulassung vorsehen, ohne den Krankenkassen oder einem (anderen) Träger hoheitlicher Gewalt eine Befugnis zur einseitigen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den betroffenen Leistungserbringern zu gewähren.

Bei der Beurteilung der Rechtsnatur der Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln muß nun differenziert werden. Das Zulassungswesen, wie es die §§ 124, 126 SGB V vorsehen, ist unzweifelhaft öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Im Gegensatz zu den bisher betrachteten Konstellationen wird hieraus jedoch keineswegs auch die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des gesamten Rechtsverhältnisses geschlußfolgert⁷⁴. Stattdessen wird von gesetzgeberischer Seite ausdrücklich in Anlehnung an die vor Erlaß des GRG ergangene Entscheidung des GemS OGB⁷⁵ die zivilrechtliche Einordnung der Verträge beibehalten⁷⁶. Der konkrete Leistungsaustausch schließlich wird, sofern ihm überhaupt Beachtung geschenkt wird, als einfaches zivilrechtliches Austauschgeschäft angesehen⁷⁷.

73 So Hess, in: KassKomm, § 125 Rn. 2.

74 Für ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln jedoch schon Knispel, NJW 1986, 1525, 1527 (vor Inkrafttreten des SGB V).

75 Siehe Urt. v. 10.4.1986, BGHZ 97, 312, 316 unter Verweis auf BVerfGE 70, 1, 18f. Für eine öffentlich-rechtliche Beurteilung der Verträge hingegen Schimmelpfeng, NJW 1976, 2293f., 2296.

76 AusBer zum GRG, dort Art. 29 Nr. 3, BTDrucks. 11/3480 S77.

77 So v.Maydell, DB 1985, 276, 280.

c) Rechtsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Versichertem

Schließlich verbleibt als dritte Seite des oben beschriebenen Dreiecks Versicherter-Krankenkasse-Leistungserbringer die Rechtsbeziehung der Leistungserbringer zu den Versicherten zu untersuchen. Das ist nicht zuletzt deswegen von Interesse, weil der Versicherte zuerst durch das Recht der freien Arztwahl und anschließend durch die Auswahl der Apotheke oder des Erbringers von Heil- und Hilfsmittelleistungen eine Rolle auch für den konkreten Leistungsaustausch zwischen den Krankenkassen und den genannten Leistungserbringern spielt. Wie zuvor ist jedoch auch hier eine nach dem Leistungserbringer differenzierende Darstellung des Meinungsspektrums erforderlich:

(i) ... bei ärztlichen Leistungserbringern

Für ärztliche Leistungserbringer findet sich in § 76 IV SGB V eine Regelung, die anordnet, daß von der Übernahme der Behandlung an der Arzt gegenüber dem Patienten „zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts“ verpflichtet ist. Dieser Satz gibt jedoch keine Auskunft über die Rechtsnatur des Arzt-Versicherten-Verhältnisses, da er seinem Wortlaut nach gleichermaßen als Rechtsgrund- wie als Rechtsfolgenverweisung verstanden werden könnte. Dementsprechend umstritten ist die Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur des Arzt-Patienten-Verhältnisses in der GKV. Dabei ist zumeist zu lesen, daß die sozialrechtliche Literatur überwiegend, jedoch nicht ausschließlich ein öffentlich-rechtliches Verhältnis annehme, während die zivilrechtliche Literatur zumeist für privatrechtliche Beziehungen eintrete⁷⁸.

Bei genauerer Betrachtung geht es jedoch zunächst gar nicht um die Frage der Rechtsnatur sondern vielmehr darum, ob ein **eigenes** Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Versichertem begründet wird, oder ob diesem Verhältnis nicht allein die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Kassenarztes gegenüber der Krankenkasse des Versicherten zugrundeliegt⁷⁹. Nur wenn man diese Frage im Sinne der ersten Alternative beantwortet, wie es vor allem Vertreter der zivilrechtlichen Literatur tun, wird man sich mit der Rechtsnatur dieses eigens begründeten Rechtsverhältnisses befassen können. Das BSG hat in einem vielbeachteten Urteil

78 Kötter, in: LPK, § 76 Rn. 20/21; relativierend Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 14.

79 Siehe Kötter, in: LPK, § 76 Rn. 20/21; Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 76 Rn. 18.

jedoch folgendermaßen entschieden :

„Der Anspruch [...] ist ein Sachleistungsanspruch. [...] Die Gewährung der kassenärztlichen Versorgung ist nicht von einem Antrag des Versicherten und einer Entscheidung der Krankenkasse abhängig. [...] Maßgebende Rechtsgrundlage der stattfindenden Behandlung ist dann nicht ein zwischen dem Patienten und dem Arzt geschlossener (privatrechtlicher) Vertrag, sondern die (öffentlich-rechtliche) gesetzliche Regelung über die kassenärztliche Versorgung.“⁸⁰

Das Gericht schließt hier also das Vorliegen eines zivilrechtlichen Vertrages zwischen Arzt und GKV-Patienten nicht von vornherein aus, hält ihn jedoch zumindest im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung für unbeachtlich⁸¹.

Im Gegensatz hierzu steht die Rechtsprechung des BGH, der von einem eigenen zivilrechtlichen Vertragsverhältnis auch zwischen Kassenarzt und Kassenpatient ausgeht⁸². Dem folgt vor allem, aber nicht nur, das bürgerlichrechtliche Schrifttum⁸³. Daß auch die (denkbare) Variante eines eigenen, durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und GKV-Versichertem mit öffentlich-rechtlicher Natur vertreten wird, ist nicht ersichtlich; in ihrer Herleitung stieße eine solche Konstruktion auch auf Schwierigkeiten, da ihr ein öffentlich-rechtlicher Vertragsschluß zwischen zwei Subjekten des Zivilrechts zugrundeliegen müßte. Die eingangs geschilderte Auseinandersetzung findet folglich nicht eigentlich darüber statt, ob ein öffentlich-rechtliches oder ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Versichertem entsteht, sondern vielmehr darüber, ob überhaupt ein eigenes Rechtsverhältnis besteht, oder ob nur über den Umweg der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen Rechte und Pflichten zwischen den genannten Gruppen bestehen.

Interessant ist insofern, daß die beiden Bundesgerichte hier zwar dem Wortlaut nach keine einander widersprechenden Urteile gefällt haben (der BGH nimmt ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis an, das BSG hält dies für unbeachtlich und läßt

80 BSG, Urt. v. 19.11.1985, E 59, 172, 177, mit Angabe abweichender Ansichten auf S. 174.

81 Im Ergebnis ebenso Hauelsen, NJW 1956, 1745, 1746; Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 95 Rn. 5.

82 BGH, Urt. v. 18.3.1980, Z 76, 259, 261; Urt. v. 25.3.1986, Z 97, 273, 276; Urt. v. 28.4.1987, Z 100, 363, 367f. Vgl. ferner BGH, Urt. v. 3.2.1967, Z 47, 75.

83 Richardi, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Vor §§ 611ff. Rn. 1252; Deutsch, Medizinrecht Rn. 48, 52; Laufs Rn. 87.

dies offen); die dahinterstehenden Wertungen der beiden Gerichte sind jedoch, soweit ersichtlich, kaum kompatibel. Die praktische Bedeutung dieser Auseinandersetzung ist allerdings gering, da auch die Gegner eines eigenen Rechtsverhältnisses im Ergebnis über den Umweg des § 76 IV SGB V inhaltlich identische Ansprüche zugestehen wie die Befürworter der vertraglichen Lösung⁸⁴. Der Unterschied zur anderen Ansicht besteht also nur darin, daß diese Ansprüche nicht originär aus dem Verhältnis zwischen Arzt und Versichertem entstehen, sondern daß dies nur über den Umweg der Vorschrift der Fall ist.

(ii) ...bei Krankenhäusern

Während man vor dem Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz (KVKG) von 1977 und dem Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz von 1981 allgemein von einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis auch des Versicherten zu dem ihn behandelnden Krankenhaus ausging, ist nach der geänderten Beurteilung der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern die Frage aufgeworfen worden, ob deswegen nicht auch eine Änderung im Rechtsverhältnis Versicherter-Krankenhaus anzunehmen sei⁸⁵. BSG und BGH sind jedoch übereinstimmend weiterhin von einem zivilrechtlichen Verhältnis ausgegangen⁸⁶. Sie lassen dabei die Art und Weise, auf welche ein solches Rechtsverhältnis begründet wird, offen.

(iii) ... bei Heil- und Hilfsmittellieferanten

Bei Heil- und Hilfsmitteln wird allgemein von einem Vertrag zwischen Krankenkasse und Lieferant ausgegangen, der durch Übergabe des Verordnungsblattes zustandekommt, wobei die Person des Vertreters uneinheitlich beurteilt wird (Versicherter selbst oder verschreibender Arzt mit Versichertem als auswahlbefugtem Boten)⁸⁷. Unklar bleibt sodann, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen die Krankenkasse nur einen Teil der Bezahlung übernimmt, darüber hinausgehend aber der Versicherte selbst zur Zahlung verpflichtet ist. Dies ist stets dann der Fall, wenn entweder eine pauschalierte Zuzahlung des Versicherten etwa

84 Siehe Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 76 Rn. 18.

85 Für einen eigenen öffentlich-rechtlichen Vertrag dort Meydam, Die Betriebskrankenkasse 1984, 340 (341).

86 BSG, Urt. v. 14.1.1981, E 51, 108, 111; Urt. v. 27.1.1981, E 51, 126, 131; Urt. v. 20.1.1982, E 53, 62, 65; BGH, Urt. v. 10.1.1984, Z 89, 250, 254.

87 In ersterem Sinne BSG, Urt. v. 10.7.1996, SozR 3-2500 § 125 Nr. 5 S. 11; in letzterem Sinne BSG, Urt. v. 17.4.1996, SozR 3-2500 § 19 Nr. 2 S. 5.

bei Heilmitteln nach § 32 II SGB V vorgesehen ist oder bei Hilfsmitteln die Kosten derselben den festgesetzten Höchstbetrag überschreiten.

Eine Möglichkeit wäre hier, daß man die vertragliche Verpflichtung aufspaltet und in diesen Fällen Krankenkasse und Versicherten als Einzelschuldner in Höhe der jeweiligen Verpflichtung ansieht. Die andere Möglichkeit ist, daß man nur einen, hier also die Krankenkasse als Vertragspartner des Heil- und Hilfsmittellieferanten ansieht, der diesem gegenüber im Zweifel auch zur Zahlung in voller Höhe verpflichtet ist. Dabei ist interessant, daß sich beide Ansichten zu ihrer Begründung auf dieselbe Norm berufen, wobei sie sie freilich unterschiedlich auslegen. § 43 b SGB V bestimmt, daß die Einziehung des Zuzahlungsbetrages grundsätzlich dem Lieferanten obliegt. Erweist sich eine gesonderte schriftliche Zahlungsaufforderung seitens des Lieferanten als wirkungslos, so geht die Pflicht zur Einziehung auf die Krankenkasse über, § 43 b Satz 2 SGB V.

Nach einer Ansicht regelt die Norm lediglich die Einziehung der Forderung, um den Leistungserbringern die Mühen eines „aufwendigen Inkassoverfahrens“ zu ersparen. Im Falle des Ausfalls der Forderung sei daher die Krankenkasse nur zur Zahlung ihrer „eigenen“ Verpflichtung gehalten. Die beschränke sich aber auf den Teil, den der Patient nicht mit seiner Zuzahlung selbst tragen müsse. § 43 b SGB V hindere also nicht die Spaltung der Zahlungsverpflichtung⁸⁸.

Eine andere Ansicht sieht in § 43 b Satz 2 SGB V nicht nur eine reine Inkassonorm, sondern eine inhaltliche Regelung über das Konkursrisiko. In der Norm komme zum Ausdruck, daß die Krankenkasse insgesamt und in vollem Umfang für die Forderung des Leistungserbringers einstehen müsse, daß also sie und nicht der Leistungserbringer das Insolvenzrisiko des Versicherten trage. So ausgelegt würde diese Regelung nur dann Sinn machen, wenn nur die Krankenkasse und nicht auch der Versicherte Vertragspartner des Leistungserbringers wäre. Gläubiger der Zuzahlungssumme gegenüber dem Versicherten sei die Krankenkasse, die wiederum in vollem Umfang Schuldnerin des Heil- oder Hilfsmittelerbringers sei⁸⁹. § 43 b SGB V spricht daher von diesem Standpunkt aus gegen die Annahme einer Spaltung der Zahlungsverpflichtung.

Insgesamt ist zu beachten, daß § 43 b SGB V nur „echte“ Zuzahlungsfälle erfaßt,

88 Heinze, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 40 Rn. 66ff., 69. Inhaltlich entgegengesetzt aber Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 208f.

89 Siehe Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 43b Rn. 16.

die in den §§ 27-43a SGB V geregelt sind. Nicht anzuwenden ist § 43 b SGB V insbesondere auf jegliche Fälle, bei denen die Überschreitung von Festbeträgen nur im Ergebnis zu Zuzahlungen des Versicherten führt⁹⁰. Dann hat § 43 b SGB V aber zunächst nur eine auf die Zuzahlungsfälle des § 32 II SGB V beschränkte Aussagekraft. Insbesondere ein Rückschluß aus § 43 b SGB V auf die Schuldnerschaft der die Festbeträge überschreitenden Summen ist dann nicht möglich. Nach dem Sinn und Zweck der Festbetragsregelungen, welche ein Eintretenmüssen und damit eine Schuldnerschaft der Krankenkassen für die Festbeträge überschreitende Leistungen vermeiden wollen, wird man dort von einer Schuldnerschaft des Versicherten selbst ausgehen müssen. Dies würde im Ergebnis doch zu einer Aufspaltung der Schuldnerschaft führen.

(iv) ...bei Apotheken

Bei der Abgabe von Arzneien an Versicherte durch Apotheken wird ganz überwiegend ein einfacher zivilrechtlicher Kaufvertrag angenommen. Dieser Kaufvertrag wird nach einer Ansicht zwischen Versichertem und Apotheker selbst geschlossen, wobei die Krankenkasse durch antizipierte Schuldübernahme die Verpflichtung des Versicherten übernimmt, sofern es sich um ein vertragsärztlich verordnetes Medikament handelt⁹¹. Die wohl herrschende Gegenansicht geht von einem echten Vertrag zwischen Krankenkasse und Apotheke zugunsten des Versicherten aus (§ 328 BGB), welchen der Versicherte entweder als Bevollmächtigter der Krankenkasse selbst abschließt oder indem er als Bote (des das Rezept ausstellenden Kassenarztes) mit Befugnis zur Auswahl des Geschäftspartners fungiert⁹². Der Kassenarzt wiederum ist seinerseits Vertreter der Krankenkasse⁹³. Schließlich wird auch noch die Konstruktion eines einfachen Vertrages zwischen Versichertem und Apotheker vertreten, bei welchem eine Leistung der Krankenkasse auf die Schuld des Versicherten gegenüber dem Apotheker als eine Leistung auf Schuld eines Dritten nach § 267 BGB erfolgt⁹⁴.

Unstreitig ist hier also die Rechtsnatur des Geschäftes, mit welchem das

90 Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 43 b Rn. 3.

91 Henninger, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 44 Rn. 24.

92 BSG Urt. v. 17.1.1996 SozR 3-2500 § 129 Nr.1 S. 6f.; Knittel, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 129 Rn. 3.

93 Siehe BSG aaO S. 7; Urt. v. 19.11.1996 SozR 3-2500 § 13 Nr. 13; Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 31 Rn. 3; Schneider, Kassenartzrecht, Rn. 246; Hess, in: KassKomm § 73 Rn. 12f.; Knieps, in: SRH 14 Rn. 102 („Delegationsprinzip“).

94 So Heinze, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 40 Rn. 66.

Medikament dem Versicherten zur Verfügung gestellt wird (zivilrechtlicher Kaufvertrag), streitig ist hingegen, zwischen wem genau dieser Kaufvertrag zustandekommt, nämlich zwischen Apotheker und Versichertem oder zwischen Apotheker und Krankenkasse. Dabei kommen die ersten beiden der drei oben geschilderten Ansichten, soweit es denjenigen Teil der Kaufpreisschuld angeht, hinsichtlich dessen die Krankenkasse im Verhältnis zu ihrem Versicherten leistungspflichtig ist, zu einer direkten Schuldnerschaft der Krankenkasse gegenüber dem Apotheker. Die zuletzt geschilderte Ansicht hingegen kommt stets zu einer Schuldnerschaft des Versicherten gegenüber dem Apotheker. Soweit der Preis der Arznei einen Festbetrag übersteigt, wird man auch hier aus dem oben genannten Grund von einer Schuldnerschaft des Versicherten gegenüber dem Apotheker ausgehen können.

Bei den Zuzahlungsbeträgen schließlich ist entsprechend dem Meinungsspektrum zur Auslegung des § 43b SGB V⁹⁵ entweder eine Schuldnerschaft der Krankenkasse oder eine des Versicherten anzunehmen. Soweit man mit *Heinze* von einer Leistung der Krankenkassen auf eine Verpflichtung des Versicherten nach § 267 BGB ausgeht, wird man ohne weiteres eine Schuld des Versicherten im Verhältnis zum Apotheker annehmen müssen.

(v) Fazit zur Stellung des Versicherten gegenüber den Leistungserbringern

Aussagen zur „eigenen“ Rechtsstellung des gesetzlich Krankenversicherten tauchen in der sozialrechtlichen Literatur und Judikatur nur sporadisch auf, es dominiert die aus der Umsetzung des Sachleistungsprinzips sich ergebende Rechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer. Dies gilt auch in den Bereichen, in welchen der Versicherte durch Auswahl des konkreten Leistungserbringers oder im Einzelfall sogar durch genaue Bestimmung der zu erbringenden Leistungen ein erhebliches Mitsprache- und Einwirkungsrecht auf die Abwicklung des Gesamtgeschäftes hat. Der Versicherte taucht zwar als Entscheidungs-, kaum aber als Rechtsträger auf. Vor allem die Rechtsprechung des BSG neigt dazu, eigene Rechtspositionen des Versicherten gegenüber dem Leistungserbringer, sofern sie sie überhaupt erörtert, für bestenfalls unbeachtlich zu erklären⁹⁶. Gerade in seiner neueren Rechtsprechung geht das BSG zumeist von einer Boten- oder Vertreterschaft des Versicherten aus, durch welche Verträge zwischen

⁹⁵ Siehe oben S. 37.

⁹⁶ Siehe oben, insbesondere die Fundstellen der Fn. 67, 71, 80.

Krankenkasse und nichtärztlichem Leistungserbringer zustandekommen. Im Verhältnis zu Ärzten wird die Rechtsstellung des Versicherten zumeist nur auf der Ebene von Schadensersatzforderungen bei Schlechtleistung des Arztes erörtert. Die rechtliche Konstruktion des Leistungserbringungsrechts insgesamt kann daher mit *Schmitt* als unzureichend diskutiert bezeichnet werden⁹⁷. Im Brennpunkt des rechtstheoretischen Interesses stehen fast ausschließlich die (gesundheitpolitisch bedeutenderen) Rahmenvereinbarungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Insbesondere soweit es das Rechtsverhältnis der Leistungserbringer zu den Versicherten selbst angeht, ist keine einheitliche Linie zu erkennen.

Begutachtet man insgesamt die Entwicklung in der Beurteilung der Rahmenrechtsbeziehungen, so ist seit den Gesetzesänderungen von 1977 und 1981⁹⁸ eine Verschiebung der gesamten Materie in das öffentliche Recht nachzuzeichnen⁹⁹. Das Kassenarztrecht, nunmehr Vertragsarztrecht genannt, dient dabei mehr und mehr als Vorbild für die anderen Leistungserbringungsbereiche. Soweit es die Krankenhäuser als Leistungserbringer betrifft, hat diese Entwicklung schon zu Zeiten der RVO stattgefunden, während der Einbeziehung der übrigen Leistungserbringer in öffentlich-rechtliches Vertragswerk vor allem durch die Rechtsprechung des BGH und des GemS OGB Einhalt geboten wurde¹⁰⁰. Durch das GRG wird dieser Entwicklung auch in Bezug auf die Apotheken und Heil- und Hilfsmittellieferanten insofern Vorschub geleistet, als das öffentlich-rechtliche Zulassungssystem bei Heil- und Hilfsmittellieferanten sowie der Rahmenvertragsschluß bei den Apotheken, sofern man letzteren als öffentlich-rechtlichen Vertrag ansieht, die genannten Gruppen in die Nähe eines umfassenden öffentlich-rechtlichen Gesundheitsversorgungssystems rückt. Nicht übersehen werden sollte, daß ein Teil dieser Auseinandersetzung gewissermaßen als positiver Kompetenzkonflikt zwischen BGH und BSG ausgetragen wurde. Während der BGH anscheinend zur Beibehaltung „seiner“ Jurisdiktionsdomänen eher zu bürgerlichrechtlichen Beziehungen kommt, verhält es sich bei den Urteilen des BSG vielleicht aus gleichem Grunde anders herum. Zudem verwendet auch der Gesetzgeber die Zuständigkeiten gezielt zur Einflußnahme auf die Anwendung

97 Schmitt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 29 Rn. 47f., 49.

98 Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz (KVKG) v. 27.6.1977, BGBl. I S. 1069, und Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz v. 22.12.1981, BGBl. I S. 1568.

99 Siehe Hess, in: KassKomm, § 69 Rn. 3.

100 Zu dieser Entwicklung vgl. Schulin, JZ 1986, 476, 477f.

materiellen Rechts, indem er den Sozialgerichten Zuständigkeiten zuweist¹⁰¹.

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß für die unterschiedliche Behandlung zumindest der Rechtsbeziehungen der nichtärztlichen Leistungserbringer zu den Krankenkassen und den Versicherten gute Gründe sich kaum finden lassen. Man kann daher grundsätzlich von einem Vertragsverhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ausgehen, welches durch Übergabe des ärztlichen Verordnungsblattes an den Leistungserbringer durch den Versicherten zustandekommt und soweit reicht, wie die Krankenkasse gegenüber ihrem Versicherten zur Leistung verpflichtet ist. Ob das Leistungsverhältnis zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen nun öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich beurteilt wird, hat auf den Vertragsabschluß keinen Einfluß. Bedeutung hat dies eher im Verteilungskampf zwischen den Akteuren der GKV. Der Gesetzgeber begreift die zunehmende Verschiebung der gesamten Materie ins öffentliche Recht vor allem als Gelegenheit zur Entrechtung der einzelnen Leistungserbringer bei gleichzeitiger Stärkung der jeweiligen Verbände¹⁰². Dies führt zur Kartellbildung im gesamten Gesundheitswesen und trägt damit der Erkenntnis nicht Rechnung, daß sich Wettbewerbsbeschränkungen früher oder später leistungsmindernd auswirken.

101 So etwa durch die neue Fassung des § 87 I 3 GWB, eingefügt durch Art. 9 des „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000)“ vom 22.12.1999, BGBl. 1999 I S. 2626, 2652. Vgl. dazu Bornkamm, in: Langen/Bunte, § 87 GWB Rn. 6b a.E.

102 Heinze, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 40 Rn. 22ff., 30.

IV) Eigenbeteiligung - Wettbewerb in der GKV durch Einbeziehung der Versicherten

Begutachtet man die Zahlungsströme innerhalb des Systems der GKV, so ist eines sofort offensichtlich: durch die Aussetzung des Prinzips der Äquivalenz zahlt nicht derjenige, der die Leistung bezieht, unmittelbar für die durch ihn verursachten Kosten. Denn er muß weder jetzt noch später eine unmittelbar ihn treffende Erhöhung seiner Beitragszahlungen befürchten. Dies allein wäre ökonomisch kein Problem, solange bei der Auswahl der zu beziehenden Leistungen sichergestellt wäre, daß die Inanspruchnahme in wirtschaftlicher Art und Weise erfolgt.

1) Die Rolle des Arztes bei der Inanspruchnahme von Leistungen

Maßgeblich für die Inanspruchnahme nichtärztlicher Leistungen in der GKV ist stets eine vertragsärztliche Verordnung (sog. Schlüsselfunktion der Vertragsärzte)¹⁰³. Diese bewirkt dann, daß die Krankenkasse im Verhältnis zum Versicherten zur Leistung verpflichtet ist, sofern nicht aufgrund der Art der Leistung eine Überprüfung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung erfolgen muß (§ 275 II SGB V) oder kann (§ 275 III SGB V)¹⁰⁴. Eine Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Ausgaben im allgemeinen findet ferner nach § 106 SGB V statt, und zwar in Form einer Stichprobe sowie als Durchschnittswertvergleich. Für letztere werden Vergleichsgruppen gebildet, an denen die Kosten (ärztlicher und ärztlich verordneter Leistungen) der in die jeweilige Vergleichsgruppe fallenden Ärzte auf Abweichungen vom statistischen Durchschnitt hin oder bei Überschreiten eigens festgesetzter Richtgrößenvolumen überprüft werden (sog. Auffälligkeitsprüfung, § 106 II 1 Nr. 1, 1. u. 2. Alt. SGB V). Mehraufwendungen durch Praxisbesonderheiten können berücksichtigt werden¹⁰⁵. Die Stichprobe wird, wie es die Bezeichnung nahelegt, nach dem Zufallsprinzip durchgeführt und erfaßt etwa 2 % der Ärzte pro Quartal (sog. Zufälligkeitsprüfung, § 106 II 1 Nr. 2 SGB V). Während die Auffälligkeitsprüfung nur die Abweichung des einzelnen Arztes von seiner Gruppe oder von den Richtwerten erfaßt und daher keine absoluten, sondern nur relative Aussagen über die Wirtschaftlichkeit des Arztes zu geben vermag, stellt die Zufälligkeitsprüfung

103 Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73 Rn. 14a; Funk, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 32 Rn. 48; Kötter, in: LPK, § 73 Rn. 19.

104 Kötter, in: LPK, § 73 Rn. 20.

105 Siehe dazu Clemens, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 35 Rn. 84ff.

eine absolute Bewertungsmöglichkeit für die Frage der Wirtschaftlichkeit dar¹⁰⁶. Stellen die Prüfungsausschüsse, die gemäß § 106 IV SGB V von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen gemeinsam zu bilden sind, Verstöße gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit fest, so treffen sie gemäß § 106 V SGB V weitere Maßnahmen. Diese können von einer „gezielten Beratung“ bis hin zu einer Honorarkürzung mit Regreß führen, wofür ein Verschulden des verordnenden Arztes gar nicht erforderlich ist¹⁰⁷.

Die vorgenannten Prüfungsmechanismen dienen allein der Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit, die rechnerische Richtigkeit der ärztlichen Abrechnung zu überprüfen ist allein Aufgabe der Kassenärztlichen Vereinigungen¹⁰⁸. Sinn und Zweck dieser Überprüfung der Vertragsärzte ist jedoch keineswegs nur die nachträgliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit, sondern auch präventiv die Einhaltung der Vorschriften, insbesondere des Wirtschaftlichkeitsgebotes, durch die Ärzte¹⁰⁹.

2) Die Rolle des Patienten bei der Inanspruchnahme von Leistungen

Neben den Arzt als „Verwalter“ der Gelder der Krankenkassen tritt jedoch bei realistischer Betrachtungsweise auch der Patient selbst. Gewöhnlich wird der Arzt dem Patienten in Bezug auf medizinische Fachkenntnisse trotz der landläufigen Kritik an der Ärzteschaft immer noch überlegen sein. Jedoch entsteht durch den Wettbewerb der Ärzte untereinander um Patienten eine Situation, in welcher der Arzt, um „den Patienten zu halten“, dessen Erwartungshaltung gerecht zu werden versuchen wird. Deutlichstes Beispiel ist hier das Negativbeispiel des „Krankfeierns“, bei welchem Ärzten unterstellt wird, daß sie die Ausstellung der entsprechenden Bescheinigung häufig ohne weiteres vornähmen, da andernfalls bei allzu positiver Begutachtung des Gesundheitszustandes die Patienten zu anderen Ärzten wechselten, von welchen das ersehnte Dokument „leichter“ zu beschaffen sei. Trifft die finanzielle Belastung solchen Verhaltens in den allermeisten Fällen aufgrund der §§ 49 I Nr. 1 SGB V, 44 I SGB V nicht die öffentlich-rechtlichen Krankenkassen durch unberechtigte Krankengeldzahlungen sondern nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz den Arbeitgeber, so kann dies dennoch den direkten oder indirekten Einfluß der Patientenwünsche auf das Verhalten des Arztes

106 Kötter, in: LPK, § 106 Rn. 58.

107 Siewert, in: GK-SGB V, § 106 Rn. 120; Kötter, in: LPK, § 106 Rn. 87, 88.

108 Kötter, in: LPK, § 106 Rn. 2, ferner § 75 Rn. 21.

109 Siewert, in: GK-SGB V, § 106 Rn. 36; Kötter, in: LPK, § 106 Rn. 1.

veranschaulichen.

Überträgt man nun dieses Bemühen der Ärzte, den Patienten und ihren Wünschen zu entsprechen, auf die Verordnungstätigkeit, so ist anzunehmen, daß etwa das Vertrauen von bestimmten Patienten in die Fortschritte der pharmazeutischen Industrie sich in der Erwartung der Verordnung eines Medikamentes äußert. Selbst wenn der Arzt eine genaue Diagnose auch bei Einhaltung strengster medizinisch-diagnostischer Maßstäbe vielleicht gar nicht geben kann, wird sich der Patient zumindest vorerst besser behandelt fühlen, wenn er ein Medikament, Heil- oder Hilfsmittel verordnet bekommt oder zu einem Arzt einer anderen Fachrichtung überwiesen wird, als wenn ihn der Arzt ohne „Ergebnis“ entläßt. Folge kann dann sein, daß der Patient bei nächster Erkrankung den Arzt wechselt, was ihm aufgrund der freien Arztwahl möglich und wegen seines (berechtigten oder unberechtigten) Gefühls, schlecht versorgt worden zu sein, verständlich ist. Das Arzt-Patienten-Verhältnis rückt hier in den Mittelpunkt der Betrachtung, wobei der Arzt auch die Wünsche des Patienten allgemein zu berücksichtigen versuchen wird. Weitere Auswirkung der freien Arztwahl ist aber auch der Wettbewerb der Ärzte untereinander um Patienten. Für diesen Wettbewerb der Ärzte untereinander ist gerade die Zufriedenheit des Patienten mit „seinem“ Arzt maßgeblich, da dem Patienten eine objektive Beurteilung der medizinischen Fähigkeiten des Arztes fast stets unmöglich sein wird. Insgesamt bleibt festzustellen, daß der Patient ein gewisses faktisches Mitspracherecht bei den Verordnungen des Arztes hat, dessen Umfang je nach den konkret handelnden Ärzten und Patienten unterschiedlich sein wird.

Neben diesen kostensteigernden Auswirkungen der Patientenpsyche ist ferner zu berücksichtigen, daß der Patient bei einer Einbeziehung seiner Entscheidung auch kostendämpfend wirken kann, sofern er ein eigenes Interesse an der Begrenzung seiner medizinischen Versorgung auf das medizinisch Notwendige bei gleichzeitiger Beachtung wirtschaftlicher Gesichtspunkte hat.

3) Eigenbeteiligung als Steuerungsmittel in der GKV

Steuerungsmittel zur Bewältigung der vorgenannten Probleme ist daher (unter anderem) die finanzielle Eigenbeteiligung der Versicherten in der GKV. Unter Eigenbeteiligung wird für die Zwecke dieser Arbeit jede finanzielle Aufwendung angesehen, die der Versicherte für die Gewährung einer Leistung zahlen muß,

unabhängig davon, gegenüber wem diese Zahlungspflicht besteht.

a) Funktionsweisen einer Eigenbeteiligung

Eine Eigenbeteiligung kann demnach auf zwei verschiedene Arten wirken. Entweder wird der Versicherte verpflichtet, gegenüber der Krankenkasse für Leistungen zusätzliche Gelder neben den Beiträgen (sofern er diese selbst erbringt und nicht bloß Mitversicherter ist) aufzuwenden. Die Krankenkasse ist dann materiell und formell Gläubigerin ihres Versicherten. Buchhalterisch stellt sich eine solche Konstruktion als Vergrößerung der Einnahmeseite der Krankenkasse dar. Oder aber die Zuzahlung ist nicht gegenüber der Krankenkasse zu entrichten, sondern gegenüber dem jeweiligen Leistungserbringer. Dies setzt voraus, daß die Leistungspflicht der Krankenkasse gegenüber ihrem Versicherten in irgendeiner Form begrenzt wurde, so daß der Versicherte hierfür nun selbst aufkommen muß. Der Leistungserbringer ist dann formell und materiell Gläubiger des Versicherten in Bezug auf die Zuzahlung. Buchhalterisch stellt sich dies als Verkleinerung der Ausgabenseite der Krankenkasse dar.

Im Ergebnis besteht kein wirtschaftlicher Unterschied, da das bilanzielle Ergebnis für die Krankenkasse dasselbe ist, die unterschiedlichen Modalitäten wirken so nur bilanzverlängernd oder –verkürzend. Allenfalls im Falle der Insolvenz eines der Beteiligten gewinnen diese Fragen wieder an Interesse¹¹⁰. Die Tatsache, daß der Versicherte von ihm in Anspruch genommene oder ihm verordnete Leistungen durch seine Eigenbeteiligung bezuschussen muß, führt in jedem Falle dazu, daß er selbst Interesse an einer möglichst wirtschaftlichen medizinischen Versorgung seiner Person haben wird. Das Ausmaß dieses Interesses ist von der Höhe und konkreter Ausformung seiner Eigenbeteiligung abhängig.

b) Modelle einer Eigenbeteiligung in der GKV

In der GKV sind drei verschiedene Modelle der Eigenbeteiligung anzutreffen, die sich in ihren jeweiligen Anreizwirkungen unterscheiden :

- Erste Möglichkeit einer Eigenbeteiligung ist die Bezahlung einer fixen

¹¹⁰ Vgl. hierzu den oben S. 37 dargestellte Streit um die Auslegung des § 43 b SGB V, der sich gleichfalls mit der Frage formeller und materieller Gläubigerschaft im Dreiecksleistungsverhältnis der gesetzlichen Krankenversicherung befaßt.

Summe pro Leistungsvorgang durch den Versicherten. Durch das Anfallen dieser Summe pro Vorgang hat der Versicherte ein Interesse an einer seltenen Durchführung dieses Vorganges. Die Kosten, die insgesamt mit diesem Vorgang verbunden sind, treffen ihn jedoch nicht, ihre Höhe spiegelt sich nicht in seiner Belastung wieder. Beispiele hierfür sind die Zuzahlungen der volljährigen Versicherten bei der Abgabe ärztlich verordneter Arzneimittel gemäß § 31 III SGB V oder bei vollstationärer Krankenhausbehandlung gemäß § 39 IV SGB V. Insbesondere die Zuzahlungen bei den ärztlich verordneten Arzneimitteln sind ein gutes Beispiel dafür, wie die differenzierte Steuerung durch Eigenbeteiligungen funktionieren kann. Wurde die Eigenbeteiligung früher als Fixbetrag pro Verordnungsblatt erhoben, so änderte man dies zunächst auf die Erhebung von Fixbeträgen pro verordnetem Medikament. Ferner richtete sich die Höhe der Fixbeträge nach der Höhe der Preise des jeweils verordneten Medikamentes. Aus sozialpolitischen Erwägungen wurde diese Staffelung schließlich nicht mehr vom Preis der Medikamente sondern von deren Packungsgröße abhängig gemacht.

Die Höhe der Fixbeträge sind seit jeher sozialpolitischer Zankapfel der politischen Parteien. Sie wurden bei den periodisch auftretenden Finanzierungsnöten der GKV der letzten Jahre zunächst fortwährend erhöht und nun durch die neue Regierungskoalition im GKV-SolG¹¹¹ wieder leicht abgesenkt. Begutachtet man die Steuerungsfunktion dieser Zuzahlungsbeträge, so kann man aus der jeweiligen Ausgestaltung Rückschlüsse auf das jeweils primäre Ziel ziehen. Soweit es etwa die Erhöhung der Zuzahlungsbeträge angeht, liegt es nahe, daß die Einnahmeseite in der GKV im Vordergrund stand. Der Systemwechsel von der verordnungsblattbezogenen Zuzahlung hin zu einer medikamentenpreisbezogenen und schließlich hin zu einer packungsgrößenbezogenen Zuzahlung legt jedoch nahe, daß bei diesen Gesetzesänderungen weniger die Einnahmeseite als vielmehr die Ausgabenseite Brennpunkt des gesetzgeberischen Interesses war. Rückschlüsse mag man auch aus der Staffelung ziehen, die bis zum GKV-SolG jeweils einen Unterschied von zwei D-Mark aufwies (etwa 9, 11 und 13 DM) und nunmehr auf eine D-Mark verkleinert wurde. Der Anreiz für

111 „Gesetz zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz - GKV-SolG)“ vom 19.12.1998, BGBl. I S. 3853.

den Versicherten, anstelle einer großen Packung nur eine kleine Packung zu nehmen, ist damit von 4 auf 2 D-Mark geschrumpft. Die ursprüngliche Begründung, daß man durch die Einführung der Zuzahlung dem Anfallen von Arzneimüll begegnen wolle, indem man Anreize zur Abgabe kleinerer Packungen setzt, ist damit weitestgehend entwertet.

Zuzugeben ist allerdings, daß die Differenz zwischen dem höchsten und dem geringsten Zuzahlungsbetrag jeweils auch in Relation zu dem absoluten Betrag der Zuzahlung zu setzen ist. Hier mag ein Anreiz zum Kauf kleiner Packungen bestanden haben, als die Zuzahlungsbeträge etwa mit Wirkung vom 1.1.1994 auf drei, fünf und sieben D-Mark für die unterschiedlichen Packungsgrößen festgesetzt waren. Denn hier war der Betrag für große Packungen immerhin mehr als doppelt so hoch als der für kleine Packungen. Die Verordnung von zwei kleinen Packungen war immer noch billiger als die Verordnung einer großen und nur um eine Mark teurer als die einer mittleren Packung. Aus Sicht des Patienten lohnte sich hier daher das „Risiko“, sich zunächst mit einer kleinen Packung zu begnügen in der Hoffnung, daß die ihm zunächst verordneten Medikamente ausreichten. Sollte eine Nachverordnung notwendig werden, so wäre die durch diese Verordnung in zwei Schritten für ihn eingetretene Verteuerung nur minimal gewesen. Die vor Inkrafttreten des GKV-SolG geltenden Beträge von neun, elf und dreizehn D-Mark hingegen hatten bei nüchterner Betrachtung bereits einen Großteil ihres Anreizes und damit auch ihrer Steuerungswirkung eingebüßt. Das oben angeführte Beispiel der doppelten Verordnung kleiner Packungen zur Vermeidung von Arzneimüll (und damit letztlich auch unnötiger Ausgaben in der GKV) rechnet sich für den Patienten regelmäßig nicht, wenn er nicht sicher sein kann, daß bereits eine kleine Packung für seine Belange mengenmäßig ausreichend ist. Denn im Falle einer nachfolgenden Verordnung betrug seine finanzielle Belastung im Mindestfall achtzehn D-Mark und lag damit um fünf D-Mark über dem Betrag, den er bei Verschreibung einer großen Packung zu leisten gehabt hätte. Ein Anreiz zur Inanspruchnahme von Leistungen kleineren Umfangs bei Fällen, in denen die Notwendigkeit des Leistungsumfanges nicht von vornherein ersichtlich ist, kann hierin kaum gesehen werden. Durch die Absenkung der Zuzahlungsbeträge auf nunmehr acht, neun und zehn D-Mark wird den Versicherten geradezu ein wirtschaftlicher Freibrief erteilt, im Zweifelsfall auf die Verordnung größerer Packungen hinzuwirken. Die

Zuzahlungsbeträge des § 31 III SGB V dienen daher, soweit es den Versicherten betrifft, nach dem Vorgesagten derzeit faktisch nur der Finanzierung der GKV auf der Einnahmeseite, eine Steuerungswirkung (wie an sich beabsichtigt¹¹²) bei der Verordnung und damit eine Begrenzung auf der Ausgabenseite ist praktisch abgeschafft.

Diese Normentwicklung ist einerseits ein gutes Beispiel zur Veranschaulichung der Einnahmen- und Ausgabensteuerung in der GKV, welches andererseits auch exemplarisch die gesetzgeberischen Fehlleistungen in der GKV zumindest in den letzten fünf Jahren verdeutlicht.

- Die zweite Möglichkeit ist die einer prozentualen Beteiligung des Versicherten an den Kosten der von ihm in Anspruch genommenen Leistung. Je nach Höhe des Prozentsatzes steigt damit auch das relative Interesse des Versicherten an einer wirtschaftlichen Erbringung der Leistung. So mag bei einem niedrigen Prozentsatz das Interesse des Versicherten an einer wirtschaftlichen Leistungserbringung nicht teurer Leistungen gering bleiben. Bei einem Prozentsatz von 10 % Eigenbeteiligung mag etwa die Überlegung des Versicherten bestehen, daß man für jede gezahlte Mark noch neun Mark seiner Krankenkasse dazu erhalte, so daß man dies doch möglichst ausnutzen müsse. Bei höheren Prozentsätzen und teureren Leistungen wird aber die absolute Höhe der finanziellen Belastung gegenüber der relativen Betrachtungsweise in den Vordergrund treten.

Beispiel hierfür ist die nur teilweise Kostenerstattung, die § 29 II, III SGB V vorsieht, wenn kieferorthopädische Behandlung nicht in dem durch den Behandlungsplan bestimmten medizinisch erforderlichen Umfang zum Abschluß gebracht wird. Wird der Behandlungsplan hingegen auf Seiten des Versicherten eingehalten, so trägt die Krankenkasse die gesamten Kosten, wobei der Versicherte zunächst gegenüber dem Zahnarzt in Vorleistung treten muß. Die Versicherten haben hier also sogar die Möglichkeit, durch Einhaltung des Behandlungsplanes ihre

112 Siehe Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 31 Rn. 59; Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 205.

Eigenbeteiligung auf null zu reduzieren.

- Die dritte Möglichkeit schließlich besteht in der Bezahlung einer fixen Summe pro Leistungsvorgang durch die Krankenkasse, der Rest ist durch den Patienten zu bezahlen. Hier ist die Anzahl der Leistungsvorgänge aus der Sicht des Versicherten belanglos. Die absolute Summe seiner Zahlungen hängt von den durch die Leistungsvorgänge anfallenden Kosten abzüglich der von den Krankenkassen geleisteten Fixbeträge ab. Diese Fallkonstellation liegt regelmäßig vor, wenn ein Festbetrag die Leistungspflicht der Krankenkassen im Verhältnis zu ihren Versicherten auf eine bestimmte Geldsumme begrenzt, also insbesondere bei den in Rahmen dieser Bearbeitung in den Vordergrund gestellten §§ 31 II, 35, 36 SGB V. Inhaltlich vergleichbar ist dem auch die Situation, wie sie entsteht, wenn ein freiwillig GKV-Versicherter gemäß § 13 II SGB V die Kostenerstattung wählt, da auch hier die die entsprechenden Summen überschreitenden Kosten durch den Versicherten selbst getragen werden müssen.

c) Vermischung von Eigenbeteiligungsformen und ihre Wirkungen

Die vorgenannten Formen der Eigenbeteiligung sind auch in kombinierter Form denkbar. Eine solche kombinierte Form existiert etwa, wenn bei Arzneimitteln neben der Zuzahlung nach § 31 III SGB V auch ein Festbetrag nach § 31 II SGB V festgesetzt ist, was dazu führt, daß Versicherte für teurere Medikamente sowohl die Zuzahlung als auch die den Festbetragswert überschreitenden Kosten des Medikamentes zahlen müssen¹¹³.

4) Nebenfolgen der Eigenbeteiligung

Bei der Nutzung von Eigenbeteiligungen zur Steuerung der Finanzen der GKV sind jedoch die Auswirkungen derselben auf das Gesamtgefüge und die Konzeption des öffentlich-rechtlichen Gesundheitswesens zu berücksichtigen. Selbstbeteiligungen führen nämlich immer auch zu Reduktionen des Solidarausgleichs innerhalb der GKV, da so Teile der Ausgaben für Gesundheitsleistungen nicht mehr aus der Gesamtheit der solidarisch finanzierten Krankenkassengelder stammen. Bezieher

113 Dazu unten S. 84.

geringer Einkommen belastet dies relativ (auf die jeweilige Kaufkraft bezogen) stärker. Zugute kommt dies aber der gesamten Gemeinschaft der Versicherten¹¹⁴. Es findet also eine Annäherung an das Äquivalenzprinzip statt, welches als tragendes Prinzip der (privaten) Versicherungswirtschaft und in seiner Reinform als mit dem Solidarprinzip seinem Wesen nach unvereinbar angesehen wird¹¹⁵. Sofern man die Subsidiarität einfach (und unzutreffend) als Kürzung der solidarischen Versorgung ansieht, läßt sich freilich die so verstandene Subsidiarität als Begründung für Zuzahlungen zu Felde führen. Wiederum sei jedoch betont, daß Subsidiarität letztlich nicht bloße Leistungskürzung, sondern Mitwirkung des Versicherten zur Effektivitätssteigerung der Versorgung im Rahmen seiner Möglichkeiten bedeutet. Die Einführung und Erhöhung von Zuzahlungen sind daher nur ein verdeckter Abschied vom Anspruch der GKV als Vollversicherung.

Ferner verringert die Eigenbeteiligung der Versicherten den relativen Anteil der Arbeitgeber an den Kosten der GKV. Soweit man den Beitragsteil der Arbeitgeber wiederum nur als verdeckten Lohnanteil ansieht¹¹⁶, ergeben sich hieraus keine prinzipiellen Bedenken. Soweit man jedoch die paritätische Beitragstragung durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber als konstitutives Merkmal der GKV ansieht, wird man den zunehmenden Hang zu Eigenbeteiligungen der Versicherten, an denen die Arbeitgeber dann naturgemäß nicht beteiligt sind, als Systemverstoß zu bewerten haben¹¹⁷.

Schließlich bleibt festzuhalten, daß durch die vermehrte Einführung von (einkommensunabhängigen) Eigenbeteiligungen den sozial Schwachen die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu groß werden und sie daher in Gefahr geraten, keine ausreichende medizinische Versorgung mehr erhalten zu können¹¹⁸. Zur Lösung dieses Problems sind zwei Möglichkeiten denkbar. Die eine besteht in dem Tätigwerden des Staates, der seine Verpflichtungen insbesondere aus dem Sozialstaatsprinzip dadurch erfüllt, daß er die erforderlichen Geldsummen als Teil der Sozialhilfe bezahlt, vgl. § 37 BSHG, sie also aus Steuern finanziert. Die zweite Lösung ist die vom Gesetzgeber in den §§ 61f. SGB V gewählte, wonach in den

114 Smigielski, „Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzlichen Krankenversicherung“, 5.1 (S. 84) in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

115 Vgl. Wasem, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 3 Rn. 126.

116 Siehe oben S. 16.

117 So Smigielski, „Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzlichen Krankenversicherung“, 5.1 (S. 85), in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

118 Wasem, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 3 Rn.126 a.E.

Härtefällen eine vollständige oder teilweise Befreiung von Zuzahlungen durch die Krankenkasse möglich ist bzw. zu erfolgen hat. Dadurch trägt nicht die Gesamtheit der Bevölkerung die Kosten der Härtefälle, sondern lediglich die Gemeinschaft der jeweiligen Kassenmitglieder.

Entspricht dies auch dem Gedanken eines sozialen Gesundheitswesens, so darf eines nicht übersehen werden. Durch die Berücksichtigung von Härtefällen hält eine einzelfallsbezogene Bedürftigkeitsprüfung Einzug in einem Gesundheitssystem, welches sich selbst als Versicherungssystem bezeichnet. An dieser Etikettierung müssen dann aber Zweifel angemeldet werden¹¹⁹. Denn die Bedürftigkeitsprüfung ist charakteristisches Merkmal des Fürsorgesystems, wie es eingangs in Abgrenzung zum Versicherungssystem dargestellt wurde. Unter dem Gesichtspunkt des Fürsorgesystems ist andererseits nicht einzusehen, daß nur die Gemeinschaft der gesetzlich Versicherten für die Härtefälle unter den gesetzlich Versicherten eintreten sollten. Denn Ausgangspunkt des Fürsorgesystems ist gerade, daß die Allgemeinheit in Form des Staates aus Steuermitteln die Schwachen der Gesellschaft stützt. Die Steuern werden aber nicht nur von der Gemeinschaft der Krankenversicherten erhoben, sondern von der gesamten Bevölkerung, also insbesondere auch denjenigen, die nicht gesetzlich versichert sind.

119 Vgl. zur allgemeinen Einordnung des GKV-Systems Schmähl, „Versicherungsgedanke und Sozialversicherung – Konzept und politische Bedeutung“ (S. 2), in: Schmähl, Versicherungsprinzip und soziale Sicherung.

V) Das Kassensystem der GKV

1) Die unterschiedlichen Kassenarten

In der gesetzlichen Krankenversicherung unterscheidet man aus historischen Gründen zwischen verschiedenen Arten von Krankenkassen :

a) Ortskrankenkassen (oder Allgemeine Ortskrankenkassen)

Diese Krankenkassen bildeten früher das Auffangbecken der Versicherten. Diejenigen, die sich nicht bei einer anderen Krankenkasse versichern konnten, weil sie die jeweiligen Voraussetzungen nicht erfüllten, konnten sich hier versichern (§ 173 SGB V in der Fassung vom 1.1.1989). Ortskrankenkassen sind immer regional gegliedert (§ 143 I SGB V) und können sich (auch über Landesgrenzen hinweg) vereinigen. Derzeit erstrecken sich die Ortskrankenkassen jeweils auf den Bereich eines Landes, lediglich in Nordrhein-Westfalen existieren zwei Ortskrankenkassen. Eine Vereinigung von Ortskrankenkassen über Landesgrenzen hinweg ist bislang nicht erfolgt. Während Ortskrankenkassen wegen ihres Auffangcharakters früher nicht geschlossen werden konnten und stattdessen im Falle der fehlenden Leistungsfähigkeit der Bund haftete¹²⁰, ist heute aufgrund der freien Kassenwahl seit dem 1.1.1996 der Auffangcharakter der Ortskrankenkassen nicht mehr gegeben, eine Schließung wegen mangelnder Leistungsfähigkeit denkbar und im Gesetz geregelt (§§ 146a SGB V).

b) Betriebskrankenkassen

Betriebskrankenkassen können von einem Arbeitgeber für einen oder mehrere seiner Betriebe gegründet werden. Voraussetzung dafür ist, daß mindestens tausend Versicherungspflichtige in diesen Betrieben beschäftigt werden und daß die Leistungsfähigkeit auf Dauer gesichert ist, § 147 I SGB V. Die Betriebskrankenkassen weisen also die Besonderheit auf, daß ihre Gründung von Privaten ausgeht¹²¹. Die Gründung erfolgt dann durch Erteilung der Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde, zuvor ist eine Abstimmung unter den im Betrieb

120 BSG, Urt. v. 24.5.1972, E 34, 177, 180f. Ebenso, wenngleich leicht einschränkend BSG, Urt. v. 16.11.1978, E 47, 148, 153; Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 94.

121 Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 99; Rode, Die Betriebskrankenkasse 1975, 163; Schnapp, DVBl. 1989, 549.

Beschäftigten durchzuführen, § 148 II SGB V. Ferner muß nach § 148 I 2 SGB V die Zahl der zu erwartenden Mitglieder (Stammversicherten) auch tatsächlich bei über tausend liegen. Die Genehmigung führt zur Entstehung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, § 4 I SGB V. Heutzutage dienen die Beschränkungen bei der Gründung einer Betriebskrankenkasse allein der Sicherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kasse. Vor der Einführung der Wahlfreiheit der Versicherten nach § 173 SGB V stand die Gründung einer Betriebskrankenkasse auch unter dem Vorbehalt, daß durch diese Gründung nicht der Bestand einer Ortskrankenkasse gefährdet wurde, § 147 I Nr. 3 SGB V in der Fassung vom 1.1.1989. Aufgrund der nunmehrigen Größe der noch bestehenden 17 Ortskrankenkassen erscheint es nahezu ausgeschlossen, daß durch die Gründung einer einzelnen Betriebskrankenkasse noch eine Gefährdung einer Ortskrankenkasse entstehen kann. Ferner ist auch fraglich, ob eine solche Regelung angesichts der weggefallenen Bestandsgarantie der Ortskrankenkassen überhaupt noch angebracht ist.

Die Mitgliedschaft in den Betriebskrankenkassen war früher stets jeweils auf die in den Betrieben Beschäftigten begrenzt. Seit dem 1.1.1996 haben die Betriebskrankenkassen nun die Möglichkeit, in ihrer Satzung eine Öffnung für alle Versicherungspflichtige vorzusehen, wobei sie regional auf die Standorte der Betriebe beschränkt bleiben¹²². Sofern sie die Mitgliedschaft öffnen, dürfen die Betriebskrankenkassen jedoch das Wahlrecht der Versicherten in keiner sonstigen Weise beschränken, also insbesondere auch die Aufnahme von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig machen, da dies sonst als Mittel der Risikoselektion verwendet werden könnte, vgl. § 173 II 2 SGB V. Durch die Öffnung wird die Betriebskrankenkasse den sonstigen Krankenkassen weitestgehend gleichgestellt, ihre Sonderbehandlung, die sich zumeist aus ihrer unmittelbaren Anbindung an das Schicksal des Betriebes ergab, ist hinfällig. Sie besteht daher auch bei Schließung des Betriebes fort (§ 153 Nr. 1 SGB V), kann mit anderen Kassen zwangsvereinigt werden (§ 150 II SGB V) und sich nicht selbst auflösen (§ 152 SGB V). Sieht die Satzung der Betriebskrankenkasse jedoch keine Öffnungsklausel vor, so besteht die Anbindung der Krankenkasse an das Schicksal des Betriebes weiterhin fort; die oben genannten Auswirkungen gelten nicht. Dafür trifft den Arbeitgeber dann aber eine Einstandspflicht für die Verbindlichkeiten der Betriebskrankenkasse im Falle der Abwicklung der Geschäfte, § 155 IV SGB V.

Insgesamt ist durch die Möglichkeit der Öffnung der Betriebskrankenkassen eine

122 § 173 II 2 SGB V; die Regionen werden durch Landesverordnung festgesetzt, § 143 II SGB V.

Zweiklassengesellschaft entstanden. Es gibt nun zwei Arten von Betriebskrankenkassen, wobei nur die nicht geöffneten ihre historischen Besonderheiten behalten haben. Für die Verbindlichkeiten einer aufgelösten oder geschlossenen Betriebskrankenkasse haftet der Landesverband der Betriebskrankenkassen, im Falle der Nichtöffnung für Dritte jedoch nur subsidiär nach dem oder den Arbeitgeber(n), § 155 IV SGB V.

c) Innungskrankenkassen

Die Innungskrankenkassen sind Krankenkassen, die von einer oder mehreren Handwerksinnungen für die Handwerksbetriebe der in der Handwerksrolle verzeichneten Innungsmitglieder errichtet werden. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gründung gilt das oben zu den Betriebskrankenkassen Gesagte. Für die Gründung einer Innungskrankenkasse ist die Zustimmung sowohl der Innungsversammlung als auch der Mehrheit der in den Innungsbetrieben Beschäftigten erforderlich, § 158 II SGB V. Auch die Öffnung für andere Versicherte ist den Innungskrankenkassen mit den entsprechenden Konsequenzen nun möglich. Im Falle der Abwicklung der Innungskrankenkasse haftet für die Verbindlichkeiten die Handwerksinnung und subsidiär der Landesverband der Innungskrankenkassen, sofern keine Öffnungsklausel nach § 173 II 1 Nr. 4 SGB V greift. Auch hier besteht also eine Zweiteilung der Kassen je nachdem, ob die Innungskrankenkassen den Kreis der Versicherten durch ihre Satzung erweitert haben. Insgesamt wird insoweit auf die Ausführungen zu den Betriebskrankenkassen verwiesen.

d) Ersatzkassen

Ersatzkassen sind diejenigen Krankenkassen, bei denen die Versicherten bereits vor der Einführung der Wahlfreiheit in § 173 SGB V die Mitgliedschaft durch Ausübung eines Wahlrechts erlangen konnten, so die gesetzliche Definition in § 168 SGB V. Es handelt sich um grundsätzlich nicht regional und auch nicht durch die Betriebe der Versicherten begrenzte Kassen. Früher wurde ferner unterschieden zwischen den Ersatzkassen der Arbeiter und denen der Angestellten. Im Rahmen der allgemeinen Gleichstellung von Angestellten und Arbeitern ist diese Unterscheidung nunmehr hinfällig geworden, den Ersatzkassen steht allgemein die Aufnahme auch nicht zu ihrer ursprünglichen Klientel Gehörender als Mitglieder frei. Durch die allgemeine Wahlfreiheit nach § 173 SGB V ist vielmehr die Möglichkeit der Beschränkung der

Mitgliedschaft auf Angehörige bestimmter Berufe aufgehoben worden, die Ersatzkassen müssen nun jeden Beitrittswilligen aufnehmen, der seinen Wohnort oder Arbeitsplatz im satzungsmäßigen Zuständigkeitsbereich der Ersatzkasse hat. Damit ist auch eine gezielte Risikoselektion durch die Ersatzkassen ausgeschlossen.

Die Neugründung von Ersatzkassen ist im Gesetz nicht vorgesehen, sie wird daher allgemein nur als durch neuen Hoheitsakt (Gesetz) möglich angesehen. Die Ersatzkassen können sich freiwillig vereinigen oder auf Antrag einer Ersatzkasse oder eines Spitzenverbandes der Ersatzkassen durch Verordnung des Bundesministers für Gesundheit vereinigt werden, § 168a SGB V. Für Verbindlichkeiten einer abzuwickelnden Ersatzkasse haftet der Verband, dem die Ersatzkasse angehörte.

e) See-Krankenkasse

Die See-Krankenkasse ist keine Krankenkasse mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern nur eine besondere Abteilung der Seekasse als Rentenversicherungsträger, § 165 I SGB V, 127 Nr. 3 SGB IV. Berechtigt, die Mitgliedschaft in der See-Krankenkasse zu wählen, sind die bei der See-Berufsgenossenschaft beschäftigten Arbeitnehmer, § 174 IV SGB V. Die See-Krankenkasse stellt insofern eine Besonderheit dar, als nach § 165 IV SGB V die Versicherten der See-Krankenkasse die ihnen gebührenden Leistungen von den Ortskrankenkassen oder anderen in der Satzung festgeschriebenen Krankenkassen erhalten. Diese Gewährung von Leistungen geschieht im Auftrag und für Rechnung der See-Krankenkasse, die darüber hinaus zur Zahlung eines Verwaltungsaufschlages von fünf Prozent der zu erstattenden Beträge verpflichtet ist. Ferner trifft das Gesetz keine Regelung für den Fall der Schließung der See-Krankenkasse und läßt damit insbesondere die Frage der Haftung im Falle der Überschuldung offen. Eine weitere Besonderheit ist die Einschränkung der Wahlfreiheit. Gemäß § 176 I SGB V sind die dort genannten Personen, zumeist Seeleute oder ehemalige Seeleute, in ihrer Wahlfreiheit beschränkt und damit zwingenderweise Mitglieder der See-Krankenkasse. § 173 SGB V und damit die Wahlfreiheit gilt jedoch für die in § 176 II SGB V Genannten, die Pflicht zur Versicherung bei der See-Krankenkasse gilt damit praktisch nur für die berufstätigen Seeleute.

f) Landwirtschaftliche Kassen

Die Landwirtschaftlichen Kassen sind bei jeder Landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft errichtet und unterliegen einer eigenständigen Regelung durch das KVLG 1989.

g) Bundesknappschaft

Die Bundesknappschaft ist Trägerin der knappschaftlichen Krankenversicherung. Historisch gesehen kommt die knappschaftliche Krankenversicherung aus dem Bereich des Bergbaus, Mitglieder sind daher zumeist Bergleute. Die Bundesknappschaft weist wie auch die See-Krankenkasse die Besonderheit auf, daß ein Teil ihrer Versicherten nicht die Möglichkeit der freien Wahl der Krankenkasse nach § 173 SGB V hat. Gemäß § 177 SGB V sind die in den §§ 137, 273 SGB VI genannten Personen, also im wesentlichen Bergleute, zwingend bei der Bundesknappschaft versichert. Auch hier gelten jedoch Ausnahmen in beschränktem Umfang bei den Rentnern, § 177 II SGB V, sowie in unbeschränktem Umfang bei den in Absatz § 177 III SGB V genannten Personen. Auch hinsichtlich der Bundesknappschaft gibt es keine gesetzliche Regelung über die Auflösung oder die Haftung für Verbindlichkeiten der Bundesknappschaft.

2) Eigenschaften und Organisation der Krankenkassen

a) Krankenkassen als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung

Die Krankenkassen sind als Träger der Sozialversicherung Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, § 29 I SGB IV iVm § 4 I SGB V.

„Körperschaft des öffentlichen Rechts ist eine mitgliedschaftlich verfaßt und unabhängig vom Wechsel der Mitglieder bestehende Organisation, die ihre Individualität als Rechtssubjekt nicht der Privatautonomie, sondern einem Hoheitsakt, nämlich in der Regel einem Gesetz oder einem Staatsakt auf Grund eines Gesetzes verdankt, also rechtlich notwendig ist. Sie sind formell Glieder (mittelbarer) Staatsverwaltung¹²³.“

Selbstverwaltung ist die „selbständige, fachweisungsfreie Wahrnehmung enumerativ

123 So die Definition bei Wolff/Bachof, § 84 (Bd.2) Rn. 12.

oder global überlassener oder zugewiesener eigener öffentlicher Angelegenheiten durch unterstaatliche Träger oder Subjekte öffentlicher Verwaltung im eigenen Namen¹²⁴.“

Diese herkömmlichen und auch in der sozialversicherungsrechtlichen Literatur gebräuchlichen¹²⁵ Definitionen scheinen zu belegen, daß es sich bei den Krankenkassen im Gegensatz zu Unternehmen der privaten Krankenversicherung gewissermaßen um ausgegliederte Teile des Staates handelt, deren Handeln der Staat grundsätzlich nur auf seine Rechtmäßigkeit hin untersucht. Charakteristisches Element der Selbstverwaltung ist gerade die „eigenverantwortliche Erledigung“ der übertragenen Aufgaben¹²⁶. Die Ausgliederung aus dem Staatswesen selbst manifestiert sich vor allem in der Personal-, Organisations-, Rechtsetzungs- und Finanzhoheit der Selbstverwaltungskörperschaft¹²⁷.

Bei genauerer Betrachtung der gegebenen Verwaltungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung bleibt jedoch sowohl die Verwirklichung einer eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung nach außen hin als auch die Verwirklichung der angegebenen Hoheitsrechte fraglich. Was die Erledigung der übertragenen Aufgaben angeht, so ist diese den Krankenkassen in erheblichem Umfang genauestens vorgeschrieben. Die gesamte Ausgestaltung des Verhältnisses zu den Versicherten und auch zu den Leistungserbringern unterliegt einer nahezu vollständigen Regelung durch das Gesetz, eigene Gestaltungsmöglichkeiten haben die Krankenkassen nur sporadisch. Die oben genannten Hoheiten sind in erheblichem Umfang eingeschränkt. Die Finanzhoheit ist durch die §§ 67ff. SGB IV eingeschränkt, die insbesondere das Aufstellen eines Haushaltsplanes sowie Regelungen für den Fall der Überschreitung desselben vorsehen. Dies entspricht damit im wesentlichen dem Haushaltsrecht der öffentlichen Hand, wie es im Haushaltsgrundsätzegesetz geregelt ist¹²⁸. Die praktische Verwendbarkeit dieser Grundsätze für die Belange der Sozialversicherungsträger wird aber von Teilen der Literatur in Einzelpunkten angezweifelt¹²⁹. In Bezug auf die Personal- und Organisationshoheit macht das Zweite Gesetz zur Vereinheitlichung und

124 Vgl. Wolff/Bachof, § 84 (Bd.2) Rn. 34.

125 Siehe Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 61; Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 4 Rn. 3, 4.

126 Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 65.

127 Hierzu Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 67; sog. „innere Selbstverwaltung“.

128 Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz-HGrG) v. 19.8.1969, BGBl. I S. 1273.

129 Vgl. etwa Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Vor § 67 SGB IV Rn. 3.

Neuregelung des Besoldungsrechts in Bund und Ländern¹³⁰ den Krankenkassen genaue Vorgaben. Schließlich ist die innere Verfassung der Sozialversicherungsträger durch die §§ 31ff. SGB IV, insbesondere durch den § 35a SGB IV, genau vorgegeben.

Schnapp kommt daher aus den vorgenannten Gründen zu dem Schluß, daß die Selbstverwaltung als Teil des Wesens der gesetzlichen Krankenversicherung nur noch rudimentär besteht¹³¹. Insgesamt ist festzuhalten, daß sowohl die strukturelle Loslösung vom Staat als auch die Eigenständigkeit bei der Erfüllung der Aufgaben nicht stark ausgebildet ist. Das Netz der gesetzlichen Vorgaben, das das Handeln der Krankenkassen nahezu durchgängig dominiert, läßt Zweifel am Bestehen eines Kerns an Selbstverwaltungsaufgaben als nicht unberechtigt erscheinen. Die reine Rechtsaufsicht über die Krankenkassen, die üblicherweise wesentliches Merkmal einer Selbstverwaltung ist, kann im Einzelfall den gleichen Effekt haben wie eine weniger detailbewußte Regelung mit Fachaufsicht. Selbstverwaltung als Grundprinzip macht daher nur dort Sinn, wo nicht eine bis in das kleinste Detail erfolgte gesetzliche Regelung eigenständiges Verhalten der Selbstverwaltungskörperschaft auf reinen Normvollzug reduziert.

Wenn *Schnapp* bei seiner Bewertung der Lage dennoch zu dem recht versöhnlichen Schluß kommt, daß die Selbstverwaltung sich durch die Veränderungsprozesse in der Gesellschaft selbst ändere und der maßgebliche positive Gesichtspunkt heutzutage in der „Partizipation an der staatlichen Willensbildung“ liege¹³², so ist dem nur bedingt zuzustimmen. Denn die Möglichkeit der Einflußnahme auf die staatliche Willensbildung besteht unabhängig vom Status der Selbstverwaltungskörperschaft für die den maßgeblichen Anteil der Körperschaftsmitglieder stellenden Bürger in Form der allgemeinen Wahlen. Die von *Schnapp* für die Bildung eines Selbstverständnisses der Selbstverwaltungsorgane als nicht zu unterschätzen bezeichnete sogenannte Rückmeldung ist, verglichen mit den Einfluß- und Gestaltungsmöglichkeiten, wie sie das Grundprinzip der Selbstverwaltung vorsieht, allenfalls ein trauriger Trost. Daß in einem demokratischen Rechtsstaat die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Erledigung gewisser Aufgaben durch Selbstverwaltungskörperschaften

130 Vgl. Art. 8 des Zweiten Gesetzes zur Vereinheitlichung und Neuregelung des Besoldungsrechts in Bund und Ländern v. 28.5.1975, BGBl. I S.1173, 1242.

131 Siehe *Schnapp*, in: *Schulin/Krankenversicherungsrecht*, § 49 Rn. 70.

132 Siehe *Schnapp*, in: *Schulin/Krankenversicherungsrecht*, aaO Rn. 74.

angesichts der allgemeinen Einfluß- und Gestaltungsmöglichkeiten des Volkes weniger im Vordergrund steht, als das in anderen Staats- und Regierungsformen der Fall sein mag, bedarf keiner tiefgehenden Erörterung. Allein durch die Reduktion des Widerspruchs zwischen den alten Antipoden Staat und Bürger verliert eine Ausgliederung der staatlichen Hoheitsbefugnisse mit direkten Einwirkungsmöglichkeiten des Bürgers automatisch für diesen an Reiz. In der Staatsform des demokratischen Rechtsstaates, in welchem dem Bürger bereits mannigfach Einwirkungsmöglichkeiten auf die allgemeine Ausübung staatlicher Gewalt offenstehen, ist die weitere (nur mittelbare) Mitgestaltungsmöglichkeit über die „selbstverwalteten“ Körperschaften daher nur eine Möglichkeit unter vielen. Erst wenn diesen Körperschaften ein unmittelbarer Gestaltungsfreiraum zugestanden wird, dessen Nutzung und Ausgestaltung allein den Mitgliedern der Körperschaft offen steht und gerade nicht durch Gesetze bis ins kleinste vorgegeben ist, verdient dies die Bezeichnung als „Selbstverwaltung“.

Es hat deswegen wenig Sinn, die allmähliche Aushöhlung des Prinzips der Selbstverwaltung unter Verweis auf „vielfältige Veränderungen in der Gesellschaft“ als reine Anpassung des Selbstverwaltungsprinzips zu bezeichnen. Eine solche Umdefinierung des ursprünglichen Begriffs kann allenfalls zu Unklarheiten führen. Stattdessen ist vielmehr die allmähliche Loslösung von diesem Prinzip in der GKV zu akzeptieren, die zudem aus verfassungsrechtlicher Sicht keineswegs bedenklich ist¹³³. Seinen Grund findet der Übergang hin zu einer nur noch in bescheidenen Ansätzen existierenden Selbstverwaltung nicht zuletzt in der geänderten Zwecksetzung der gesetzlichen Krankenversicherung. Der Umbau von der Arbeitnehmersicherung zur Volksversicherung vergrößerte einerseits die Bedeutung der GKV für den gesamten Staat und machte daher auch gewissermaßen als Kehrseite (entsprechend der gestiegenen volkswirtschaftlichen Bedeutung) eine Stärkung des Einflusses des Staates auf die Versicherung notwendig.

Was schließlich das Verhältnis der Krankenkassen zum Staat betrifft, so handelt es sich bei Körperschaften des öffentlichen Rechts formell um Glieder (mittelbarer) Staatsverwaltung¹³⁴. Die Nähe zum Staat wird für den Fall der Träger der GKV durch die obigen Ausführungen nur noch unterstrichen.

133 BVerfG, Beschl. v. 9.4.1975 E 39, 302, 314/315; Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 29 SGB IV Rn. 8.

134 Siehe Wolff/Bachof § 84 Rn. 12; Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, aaO.

b) Organisationsstrukturen der Krankenkassen

Die Verwaltungsgrundstruktur der Sozialversicherungsträger ist in den § 29ff. SGB IV festgeschrieben. Danach werden gemäß § 31 I SGB IV grundsätzlich eine (ehrenamtliche) Vertreterversammlung und ein (ehrenamtlicher) Vorstand gebildet, ferner führt ein hauptamtlicher Geschäftsführer die laufenden Verwaltungsgeschäfte. Während die Vertreterversammlung gleich einer Mischung aus Aktionärsversammlung und Aufsichtsrat die wesentlichen Fragen in Bezug auf das Innenleben des Sozialversicherungsträgers regelt und insbesondere die Satzung beschließt und verändert (innenrechtliche Tätigkeit), hat der Vorstand seine Aufgabenbereiche in der Vertretung nach außen sowie in der Vorgabe von Richtlinien für die Tätigkeit des Geschäftsführers. Während Vorstand und Geschäftsführer also zusammen in etwa die Aufgaben des Vorstandes einer Aktiengesellschaft ausüben, kann man bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Vorstand und Geschäftsführer mit der Figur der laufenden Geschäfte, deren Erledigung dem Geschäftsführer zugewiesen ist, eine gewisse Parallele zu der Abgrenzung der Zuständigkeiten von hauptamtlichem Bürgermeister und Stadtrat im Kommunalrecht ziehen.

Für das Krankenversicherungsrecht ergibt sich jedoch die Besonderheit, daß in §§ 35a, 31 IIIa SGB IV für die AOKn, die BKKn, die IKKn und die Ersatzkassen eine abweichende Regelung getroffen wurde. Praktisch betrifft dies wegen der Anzahl der in diesen Kassen Versicherten¹³⁵ den Hauptteil der Versicherten; für die Krankenversicherungsträger wird damit die Ausnahme zur Regel. Inhaltlich führt § 35a SGB IV den hauptamtlichen Vorstand ein und verzichtet stattdessen auf den hauptamtlichen Geschäftsführer. Ferner wird anstelle der Vertreterversammlung ein Verwaltungsrat gebildet, § 31 IIIa SGB IV. Die Zuständigkeiten bleiben mit kleinen Ausnahmen (§ 33 III 3 SGB IV) bestehen, wobei der hauptamtliche Vorstand die Aufgaben des hauptamtlichen Geschäftsführers mitübernimmt. Diese Änderungen, die am 1.1.1996 in Kraft traten, dienen der Steigerung von Entscheidungsfähigkeit, Kompetenz und Professionalität der Organe¹³⁶, die mit den durch Wahlfreiheit und Akzentuierung des Wettbewerbs in der GKV eingetretenen Änderungen erforderlich wurden. Die Organisations- und Kompetenzstruktur weist in der Tat eine gewisse Ähnlichkeit mit der der Aktiengesellschaft auf. Es liegt also der Schluß nahe, daß diese Rechtsform der freien Wirtschaft für die Reform des Rechts der Träger der

135 Siehe Tabelle 2, unten S. 71.

136 Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 35a SGB IV Rn. 2.

gesetzlichen Krankenversicherung Pate gestanden hat.

3) Wettbewerb zwischen den Kassen und Risikostrukturausgleich

Durch die Zuteilung der Versicherten zu den einzelnen Kassenarten, die vor der Einführung des allgemeinen Kassenwahlrechts nach § 173 SGB V bestand, verkrusteten die Mitgliederstrukturen; die Krankenkassen konnten sich der Mitgliedschaft der bei ihnen Versicherten in erheblichem Umfang sicher sein. Es bestand also kein Wettbewerb zwischen den Kassen um die Versicherten. Dies äußerte sich auch in den Beitragssätzen. So hatten am 1.1.1993 manche Kassen Beiträge in nahezu doppelter Höhe, verglichen mit denjenigen anderer Kassen; die Bandbreite der Beitragssätze bewegte sich von 8,5 % des beitragspflichtigen Einkommens bis zu 16,8 %¹³⁷.

a) Einzug des Wettbewerbs im System der GKV

Mit den finanziellen Problemen, die die gesetzliche Krankenversicherung zunehmend beschäftigten, kam schließlich die Einsicht, daß Wettbewerb sich hier kostendämpfend auswirken könne. Ein wesentlicher Aspekt des Einzugs des Wettbewerbes in das Krankenversicherungsrecht war und ist das Recht der Versicherten auf freie Wahl der Krankenkasse. Dies setzte die Krankenkassen unter Druck und zwang sie, ihre Beiträge zu senken, wenn sie nicht erhebliche Verluste bei ihren Mitgliederzahlen in Kauf nehmen wollten. Dies wiederum zwang die Kassen zur Ausnutzung von Wirtschaftlichkeitsreserven und damit zur Senkung der Kosten der GKV insgesamt. Dieser Wettbewerb auf der Nachfrageseite (Nachfrage nach Versicherten) besteht jedoch nur bedingt, da jede Krankenkasse das Wahlrecht der Versicherten, sofern es nicht durch Gesetz eingeschränkt ist, respektieren muß und nach wie vor Versicherte nicht wegen deren Risiken ablehnen kann. Zusätzlich bestand mit den §§ 53 - 56 SGB V, eingeführt durch das 2. GKV-NOG¹³⁸, in gewissem Umfang auch ein Wettbewerb auf der Angebotsseite (Angebot gegenüber den Versicherten). Diese Vorschriften ermöglichten die Vereinbarung eines Selbstbehaltes (§ 53 SGB V), einer teilweisen Beitragsrückerstattung (§ 54 SGB V), zusätzlicher Zuzahlungen (§ 55 SGB V) oder ganz allgemein erweiterter Leistungen

137 So Engelhard, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 56 Rn. 2. Vgl. auch BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 421.

138 Zweites Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2.GKV-Neuordnungsgesetz - 2.GKV-NOG) vom 23.6.1997, BGBl. I S.1520.

(§ 56 SGB V). Die neue, sozialökologische Regierungskoalition hat diese zuletzt genannten Regelungen jedoch bereits wieder gestrichen¹³⁹ und damit wettbewerbliche Möglichkeiten der Krankenkassen auf Veränderungen des Beitragssatzes begrenzt. Der nun bestehende Wettbewerb zwischen den Krankenkassen wirft jedoch verstärkt Probleme im Bereich des Ausgleichs von Risikostrukturungleichheiten auf. Krankenkassen mit kostenintensiver Versichertenstruktur haben nun nicht mehr die Möglichkeit, ihre Bilanz durch höhere Beitragssätze im Gleichgewicht zu halten. Würden sie dies versuchen, wäre ein Exodus der Versicherten die Folge. Um wirklich gleiche Chancen für den Wettbewerb der Krankenkassen herbeizuführen, ist es daher notwendig, die sich aus der Risikostruktur der Versicherten ergebenden Kostenunterschiede zwischen den Kassen auszugleichen.

b) Frühere Risikostrukturausgleiche

Das Konzept eines Risikostrukturausgleichs ist keineswegs neu. Bereits früher hat § 265 SGB V den Krankenkassen gleichen Typs auf Landesebene bzw. den Ersatzkassen auf Bundesebene eine fakultative Regelung zum Ausgleich besonders aufwendiger Leistungsfälle untereinander ermöglicht. Den Verbänden sind dabei Umfang, Durchführung und Ausgestaltung des Ausgleichs freigestellt. Während dieser § 265 SGB V immer noch gültiges Recht ist, wurde ein anderer Risikostrukturausgleich mittlerweile (zumindest in seiner Eigenschaft als eigenständige Regelung) abgeschafft. Die Kostenintensität der Leistungsaufwendungen für ältere Versicherte hatte dazu geführt, daß Krankenkassen mit einem hohen Anteil an Rentnern vermehrt durch höhere Ausgaben belastet wurden als Krankenkassen mit niedrigerem Rentneranteil. Der KvdR-Finanzausgleich von 1977¹⁴⁰ diente dazu, diese versichertenstrukturellen Ungleichheiten auszugleichen. Diese Regelung ist nun im allgemeinen Risikostrukturausgleich der GKV aufgegangen.

c) Der kassenartenübergreifende Risikostrukturausgleich (RSA)

Kernstück der Regelungen zur Ermöglichung eines fairen Wettbewerbs trotz

139 GKV-SolG (vgl. Fn. 111) Art. I Nr. 7.

140 Siehe §§ 268 bis 273 SGB V a.F. und die „Verordnung über das Verfahren zum Ausgleich der Leistungsaufwendungen in der Krankenversicherung der Rentner (KvdR-Ausgleichsverordnung - KvdR-AusgIV)“ v. 6.11.1989, BGBl.I S. 1949.

Unterschieden in den Versichertenstrukturen der Krankenkassen ist der kassenartenübergreifende Risikostrukturausgleich (RSA), der in § 266 SGB V geregelt ist. Er wurde auf Drängen der SPD-Fraktion, die im Wettbewerb der Kassen den Grundsatz der Solidarität gefährdet sah, durch das GSG eingeführt¹⁴¹. Dieser RSA ist nicht auf einzelne Regionen beschränkt, sondern wird grundsätzlich für das gesamte Bundesgebiet einheitlich durchgeführt¹⁴². Inhaltlich wird der Risikostrukturausgleich – vereinfacht ausgedrückt – durch einen Vergleich der statistisch aufgrund der Versichertenstruktur zu erwartenden Kosten (Beitragsbedarf) mit den Einnahmen der jeweiligen Krankenkasse (Finanzkraft) durchgeführt. Dabei ist Anknüpfungspunkt der Kostenkalkulation gerade nicht die tatsächliche Ausgabensumme, sondern die Summe der standardisierten Leistungsausgaben. Diese werden aufgrund des § 267 SGB V in einem eigenen Datenerhebungsverfahren des Risikostrukturausgleichs ermittelt, wobei Unterschiede einzelner Risikogruppen (abschließend aufgezählt: Alter, Geschlecht, Mitversichertenzahl) nach §§ 267 II, 241ff. SGB V berücksichtigt werden. Bei der Finanzkraft wiederum werden zwingenderweise die Auswirkungen der unterschiedlichen Beitragssätze herausberechnet, andernfalls würden bei einer Kasse mit hohem Beitragssatz die dadurch erzielten Mehreinnahmen möglicherweise vollständig in den Risikostrukturausgleich einfließen.

Übersteigen die der Krankenkasse zur Verfügung stehenden Finanzmittel aus den allgemeinen Einnahmen den so errechneten Beitragsbedarf, so zahlt die Krankenkasse diesen überschüssigen Teil in den Risikostrukturausgleich ein, die anderen Kassen erhalten dann diese Gelder, so daß insgesamt bei jeder Krankenkasse nach Durchführung des Risikostrukturausgleichs Beitragsbedarf und Kostenkalkulation identisch sind. Auf diese Art und Weise ist den Kassen eine einheitliche Ausgangslage für den freien Wettbewerb vorgegeben. Die Krankenkassen werden so gestellt, als würden die bei ihnen Versicherten alle ein durchschnittliches Krankheitsrisiko aufweisen¹⁴³. Dieser Ausrichtung des RSA, die auf einen gerechten Wettbewerb zwischen den einzelnen Kassen abzielt, wird auch dadurch Rechnung getragen, daß bei der Berechnung des Beitragsbedarfs

141 Siehe Schlenker, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht § 1 Rn. 183.

142 Siehe jedoch § 313 Xa SGB V (mittlerweile aufgehoben durch Art. 1 Nr. 1 des „Gesetz zur Rechtsangleichung in der GKV“ v. 22.12.1999, BGBl. 1999 I 2657), wonach bis zur vollständigen Angleichung der Lebensverhältnisse in den neuen Bundesländern der RSA dort auf die neuen Länder beschränkt durchgeführt wird.

Vgl. ferner § 313 a SGB V, wonach ein einziger Risikostrukturausgleich durchgeführt wird, für dessen Berechnung jedoch die dort genannten Besonderheiten gelten.

143 Hänlein, in: LPK, § 266 Rn. 1.

insbesondere die durch die Satzung veranlaßten Mehr- und Erprobungsleistungen nicht berücksichtigt werden, § 266 IV Nr. 2 SGB V. Der Ausgleich findet also nur in Bezug auf Ausgaben für Leistungen statt, auf deren Gewährung die Krankenkasse keinerlei Einfluß hat¹⁴⁴. Daß aber auch einige Sozialversicherungsträger, die am freien Wettbewerb der Kassen um Versicherte aufgrund spezieller Zuweisungsvorschriften nicht teilnehmen, nämlich die See-Krankenkasse und die Bundesknappschaft (nicht die landwirtschaftlichen Krankenkassen, § 266 IX SGB V), vom Risikostrukturausgleich erfaßt werden, wird zum Teil als systematisch falsch erachtet¹⁴⁵.

4) Verbände der Krankenkassen

Die Krankenkassen bilden zur Erledigung besonderer Aufgaben, die ein einheitliches Vorgehen der Krankenkassen erforderlich erscheinen lassen, Verbände. Zu unterscheiden ist zwischen den regional fungierenden und den bundesweit fungierenden Kassen. Während die Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen als einzelne Kassen jeweils regional begrenzt tätig sind, agieren die Ersatzkassen auch als einzelne Kassen bundesweit. Die regional tätigen Kassen weisen daher eine andere Verbandsstruktur auf als die Ersatzkassen.

a) Verbände der regional strukturierten Krankenkassen

Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen bilden zunächst für den Bereich eines Landes jeweils Landesverbände, die gemäß § 207 I 2 SGB V selbst Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Auch die Landesverbände verwalten sich selbst, es gilt der oben für die Krankenkassen geschilderte Verwaltungsaufbau mit Verwaltungsrat und hauptamtlichem Vorstand, § 208, 209 SGB V. Die Landesverbände haben eine eigene Satzung und werden neben den ihnen gesondert zugewiesenen Aufgaben unterstützend und beratend tätig. Soweit in einem Land von einer der genannten Kassenarten nur eine Kasse besteht, nimmt sie die Aufgaben des Landesverbandes wahr, § 207 IV SGB V. Die Landesverbände der regional auftretenden Krankenkassen bilden wiederum jeweils Bundesverbände, § 212 SGB V. Diese sind ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, Satzung,

144 Hänlein, in: LPK, § 266 Rn. 10.

145 Hänlein, in: LPK, § 266 Rn. 4. Vgl. hierzu auch Schneider, Der Risikostrukturausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Teil B 3. Kapitel 2.1 (S. 120), der die Einbeziehung dieser Kassen jedoch als gerechtfertigt ansieht.

Verwaltungsrat und hauptamtlichem Vorstand, § 212ff. SGB V. Auch die Bundesverbände der Krankenkassen wirken neben ihren sonstigen Aufgaben unterstützend und beratend. Kernpunkt der Tätigkeit der Bundesverbände ist jedoch die Verwaltungstätigkeit im Zusammenhang mit der kassenärztlichen Versorgung, insbesondere gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung. Sofern die Aufgaben eines Landesverbandes von einer einzigen Krankenkasse ausgeführt werden, fungiert diese Kasse selbst in dieser Eigenschaft als Mitglied des Bundesverbandes. Ansonsten sind nur die Landesverbände Mitglieder der Bundesverbände.

Insgesamt geht die Entwicklung in der GKV hin zu größerem Einfluß der Verbände bei gleichzeitig schwindendem Einfluß der einzelnen Krankenkasse¹⁴⁶. Die Stärkung der Entscheidungsbefugnisse der Bundesverbände auch gegenüber ihren Mitgliedskassen kommt sehr deutlich in § 217 III SGB V zum Vorschein, der den Bundesverbänden in den dort genannten Bereichen verbindliche Grundsatzvorgaben ermöglicht. Diese Regelung stellt im dezentralistischen Aufbaukonzept der GKV ein Novum dar¹⁴⁷.

b) Verbände der Ersatzkassen

Die Ersatzkassen als bundesweit operierende Krankenkassen verfügen über keine Landesverbände, dies ergäbe offensichtlich keinerlei Sinn. Stattdessen können sich die Ersatzkassen gemäß § 212 V SGB V zu Verbänden zusammenschließen. Während die Verbände der anderen Krankenkassen also Zwangskörperschaften sind, steht den Ersatzkassen die Bildung eines Verbandes dem Gesetz nach frei. Faktisch fungieren die Verbände der Ersatzkassen wie Landes- und Bundesverbände von regional strukturierten Krankenkassen in einem. Auch wenn also die Existenz der Ersatzkassenverbände auf den ersten Blick von den Ersatzkassen selbst abhängt, so ist die Existenz solcher Verbände verwaltungspraktisch geradezu zwingend notwendig. Es ist daher kaum denkbar, daß sich die derzeit bestehenden Verbände der Krankenkassen auflösen. Durchaus möglich wäre es aber, daß sich die bestehenden Verbände zu einem einzigen Verband vereinigen oder ein neuer zusätzlicher Verband gegründet wird. Die Einbindung dieser (privatrechtlichen)¹⁴⁸

146 Kritisch hierzu unter dem Stichwort der „Hochzonung“ Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 181; siehe ferner Hänlein, in: LPK, Vor § 207 Rn. 16.

147 Siehe Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 217 Rn. 17.

148 Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 193; Rehkopf, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 50 Rn. 24; Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 212 Rn. 11; Peters, in: Peters-SozGB V, § 212 Rn. 12.

Verbände in den gesamten Verwaltungsaufbau der Krankenversicherung wird unterstrichen durch die Tatsache, daß die Satzungen der Verbände sowie deren Eintragung im Vereinsregister der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedürfen. Dies scheint auf den ersten Blick deswegen befremdlich, weil so jede Vereinigung der Ersatzkassen unter dem Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde steht, auch wenn diese einzelne zur Rede stehende Vereinigung vielleicht gar nicht zur Wahrnehmung der Aufgaben nach dem SGB V gebildet wurde, sondern vollkommen anderen Zwecken dient. Zu bedenken ist, daß die Ersatzkassen ursprünglich private Gesundheitskassen waren¹⁴⁹, deren Zweck nicht notwendigerweise nur auf die Krankenversicherungsträgerschaft gerichtet hätte sein müssen und deren Freiheit zur Bildung von Vereinigungen nach heutigem Recht nicht ohne weiteres beschränkt werden könnte. Andererseits sind historische Unterschiede zwischen Ersatzkassen und anderen gesetzlichen Krankenkassen kaum noch existent. Zudem sind zu dieser Problematik in der sozialversicherungsrechtlichen Literatur kaum Stellungnahmen zu finden¹⁵⁰. Dies spricht dafür, daß in der Praxis die Vorschrift des § 212 V SGB V keine Probleme bereitet.

Bei den Verbänden der Ersatzkassen handelt es sich, im Gegensatz zu den Verbänden der anderen Krankenkassen, um privatrechtliche eingetragene Vereine. Dies führt dazu, daß die mit zum Teil hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Ersatzkassenverbände verwaltungsrechtlich als Beliehene anzusehen sind¹⁵¹. Die Verbände unterstehen der Aufsicht des Bundesministers für Gesundheit, §§ 214 II, 208 II 1 SGB V. Bei dieser Aufsicht handelt es sich ebenfalls um eine reine Rechtsaufsicht. Aus der historischen Teilung der Ersatzkassen in Arbeiterkassen und Kassen für Angestellte haben sich zwei Verbände gebildet, nämlich der Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V. (VdAK) und der AEV - Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V. (AEV). Diese beiden Verbände bestehen weiterhin auch nach der Öffnung der Ersatzkassen als getrennte Verbände fort, sie kooperieren jedoch im Rahmen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen „Hauptausschuß der Ersatzkassenverbände“. Beide Verbände wie auch der Hauptausschuß der

149 Siehe Baier, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 168 Rn. 3ff.

150 Siehe Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 212 Rn. 16f.; Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 193f.; Rehkopf, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 50 Rn. 32f.; Hänlein, in: LPK, § 212 Rn. 5; Hauck, in: Hauck/Noftz, § 212 Rn. 5; Jung, in: GK-SGB V, § 212 Rn. 9.

Einzig und nur ansatzweise sich mit diesem Problem beschäftigend Schrinner, in: Maaßen/Schermer/Zipperer, § 212 Rn. 9.

151 Jung, in: GK-SGB V, § 212 Rn. 8; Rehkopf, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 50 Rn. 33.

Ersatzkassenverbände haben ihren Sitz in Siegburg. Die Kooperation der Verbände geht nicht so weit, daß die vom Gesetz den Ersatzkassenverbänden zugewiesenen Aufgaben durch den Hauptausschuß bewältigt würden; diese Tätigkeiten werden von den Ersatzkassenverbänden vielmehr nach wie vor eigenständig erledigt¹⁵².

c) Verbände der sonstigen Krankenversicherungsträger

Die Bundesknappschaft gehört keinem Verband an, sie erfüllt stattdessen alle von den Verbänden ausgeübten Funktionen selbst, vgl. § 213 SGB V. Die landwirtschaftlichen Krankenkassen bilden einen Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, dessen Mitglieder die landwirtschaftlichen Krankenkassen selbst sind (also kein zweistufiger Verbandsaufbau). Der Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen ist selbst eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 214 SGB V, die sich selbst verwaltet. Die See-Krankenkasse weist keinerlei Verbandsstruktur auf, sie ist im Regelungswerk der § 207ff. SGB V nicht berücksichtigt.

d) Spitzenverbände der Krankenkassen

Die Spitzenverbände der Krankenkassen sind in § 213 I SGB V legaldefiniert. Sie setzen sich zusammen aus den jeweiligen bundesweiten Gremien, also den Bundesverbänden der Orts-, Betriebs-, Innungs- und der landwirtschaftlichen Krankenkassen, der Bundesknappschaft und den Verbänden der Ersatzkassen. Ferner ist auch die See-Krankenkasse Spitzenverband der Krankenkasse. Die Spitzenverbände sind keine eigentlich neue Verbandsebene; § 213 SGB V stellt nur Regelungen zur Abstimmung und Koordination der dort genannten Verbände auf, soweit diese durch das Gesetz zu einheitlichem Vorgehen bestimmt werden¹⁵³. Insbesondere eigene Organe weist die Einrichtung „Spitzenverbände der Krankenkassen“ nicht auf.

5) Konzentration und Neugründung der Kassen

Die Einführung des Risikostrukturausgleich im Jahre 1994, ab 1995 unter

152 Jung, in: GK-SGB V, § 212 Rn. 5 a.E.

153 Schnapp, in: Schulim/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 197 : „Organisationsrechtliche Vorgaben für die zu Spitzenverbänden erklärten Institutionen sind der Vorschrift nicht zu entnehmen“.

Einbeziehung der Krankenversicherung der Rentner, hatte tiefgreifende Folgen für die Anzahl und Organisation der Krankenkassen. Die freie Wahl der Krankenkassen ab dem 1.1.1996 sowie die Begrenzung des Risikostrukturausgleichs auf einen reinen Strukturausgleich ohne absolute Berücksichtigung der jeweiligen Finanzkraft führte dazu, daß die Krankenkassen allgemein ihre Position durch eine möglichst breit gefächerte Risikostruktur ihrer Versicherten zu verbessern suchten. Geringe Größe einer Kasse birgt in sich das Risiko einer starken Abweichung von den durchschnittlichen Bedarfssätzen. Eine besondere Rolle spielen die regionalen Unterschiede, die sich aus der örtlichen Versorgungsstruktur und dem örtlichen Kostenniveau ergaben und noch ergeben¹⁵⁴. Dies führt dazu, daß in Ballungsgebieten durchweg höhere Kosten für Leistungen anfallen; die regionalen Krankenkassen können diesen höheren Finanzbedarf nur entweder durch höhere Beitragssätze oder durch Zusammenschlüsse mit anderen Regionalkassen ausgleichen. Dementsprechend sehen die Änderungen bei der Struktur der gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland aus. Die Zahl der regional tätigen Krankenkassen (Orts-, Innungs- und Betriebs-) ist durchweg gesunken, während die Zahl der Ersatzkassen nahezu beständig war und dort nur kleinere Ersatzkassen weggefallen sind.

Gab es in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1970 noch insgesamt 1815 Krankenkassen, so ist deren Zahl im Bereich des früheren Bundesgebietes bis zum 1.1.1999 auf 420 gesunken. Die Zahl der Ortskrankenkassen sank im angegebenen Zeitraum von 399 auf 12 Krankenkassen, wobei der stärkste Rückgang in absoluten Zahlen von 1994 zu 1995 hin zu verzeichnen ist; allein in diesem Jahr sank die Zahl der Ortskrankenkassen von 223 auf 84, also um rund 63 %. Prozentual gesehen noch stärker war der Rückgang im folgenden Jahr, hier sank die Zahl auf 12, was einem Rückgang im Verhältnis zum Vorjahr um über 85% entspricht¹⁵⁵. Ein ähnlicher Umstrukturierungsprozeß wurde in den neuen Bundesländern durchgeführt. Von den 12 Ortskrankenkassen aus dem Jahre 1991 bestanden am 1.1.1999 nur noch 5. Damit gibt es jetzt insgesamt nur noch eine Ortskrankenkasse pro Bundesland, allein Nordrhein-Westfalen hat als bevölkerungsreichstes Bundesland noch zwei Ortskrankenkassen. Dieser außerordentlich starke Konzentrationsprozeß führt dazu, daß nach § 207 IV SGB V die Aufgaben der Landesverbände der Ortskrankenkassen nunmehr fast ausschließlich durch Ortskrankenkassen selbst durchgeführt werden. Daß dieser Rückgang genau auf diesen Zeitraum fällt, ist zweifelsohne damit zu

154 Engelhard, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 56 Rn. 91.

155 Siehe BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 350.

begründen, daß der Risikostrukturausgleich erstmals mit Wirkung vom 1.1.1994 durchgeführt wurde; die zeitliche Beendigung der Umstrukturierung zum 1.1.1996 wiederum hat ihren Grund darin, daß ab diesem Zeitraum die Versicherten ihre Krankenkasse frei wählen konnten. Aus Sicht der Krankenkassen mußten die Restrukturierungsprozesse daher bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen sein, um im zu erwartenden Wettbewerb von Anfang an Wirkung zeigen zu können. Ähnlich stark sieht die Entwicklung bei den Betriebs- und Innungskrankenkassen aus. Gab es 1970 noch 178 Innungs- und 1119 Betriebskrankenkassen, so ist deren Zahl bis zum 1.1.1999 auf 28 bzw. 347 zurückgegangen. Auch hier ist mit einem Rückgang von 122 (IKKn) und 633 (BKKn) am 1.1.1995 auf 39 (- 68 %) und 485 (- 23,4 %) am 1.1.1996 ein besonders starker Rückgang zu verzeichnen. Die Entwicklung in den neuen Bundesländern ist weniger aufschlußreich, was wohl vor allem damit zu erklären ist, daß aufgrund der historischen Entwicklung und der relativen Kürze des Zeitraums zwischen Wiedervereinigung und Einsetzen des Kassenwettbewerbes eine mit dem früheren Bundesgebiet zu vergleichende Kassenlandschaft sich nicht entwickeln konnte. Soweit man den Statistiken eine Entwicklung zu entnehmen vermag, fand jedoch auch hier ein beschleunigter Konzentrationsprozeß von Betriebs- und Innungskrankenkassen während des oben genannten Zeitraumes statt (BKKn : von 66 auf 47, IKKn : von 21 auf 14; Angaben jeweils zum 1.1.1994 und 1.1.1996).

Untersucht man ferner die Anzahl der in den einzelnen Kassenarten Versicherten, so fällt auf, daß der Anteil der Ortskrankenkassenversicherten kontinuierlich gesunken ist. Waren 1985 noch 43,3 % aller Versicherten über eine Ortskrankenkasse versichert, so liegt diese Quote 1999 in der Bundesrepublik insgesamt bei 39,2 %, im früheren Bundesgebiet sogar nur noch bei 38,1 %. Profitiert von dieser Verschiebung der Versichertenzahlen haben vor allem die Ersatzkassen (von 32,6 % auf 37,8 % (gesamte Bundesrepublik) bzw. 38,1 % (früheres Bundesgebiet)), die Innungskrankenkassen (von 5,7% auf 6,5% bzw. 6,2%) und in weit schwächerem Umfang die Betriebskrankenkassen (von 12,7% auf 12,7% bzw. 13,8 %). Bei letzteren ist jedoch anzumerken, daß die Betriebskrankenkassen gerade in dem Zeitraum von 1996 bis 1999 starke Zuwächse in ihren Versichertenzahlen erfahren haben, während vorher ein etwa gleich starker Rückgang zu verzeichnen gewesen war. Wirkte sich die Vorbereitung auf den Kassenwettbewerb für die Betriebskrankenkassen insgesamt nachteilig aus, so scheinen sie sich im Wettbewerb selbst erfolgreich zu behaupten.

Bei einer abschließenden Bewertung der Kassenstruktur kommt man zu dem

Ergebnis, daß die stark diversifizierte Kassenlandschaft alter Tage zunehmend einer auf Wirtschaftlichkeit und Pragmatismus ausgerichteten Kassenlandschaft weicht. Die alten Unterschiede fallen zunehmend weg. Der Risikostrukturausgleich stellt ein weiteres Instrument zur Nivellierung alter Unterschiede dar, auch wenn er noch nicht zu einer Finanzierung der Krankenkassen aus einem einzigen Topf führt. Aufgrund der zunehmenden Gleichförmigkeit aller Kassen wird man aber fragen müssen, ob nicht aus Gründen der Verwaltungsmehrkosten, die die Existenz einer Vielzahl von Krankenkassen mit sich bringt, eine Einheitskasse vorzugswürdig ist, wenn die Unterschiede der Kassenarten für die Praxis kaum Auswirkungen zeigt. Angesichts der Kurzlebigkeit politischer Konzepte sowohl der Vorgänger- als auch der aktuellen Regierung sollte man sich diesbezüglich auf die derzeitige Ablehnung¹⁵⁶ einer solchen Einheitsversicherung nicht zu sehr verlassen.

6) Fazit für die Belange dieser Bearbeitung

Die Einführung der freien Kassenwahl führte einerseits zu einer Angleichung der für die Krankenkassen geltenden Regeln und so andererseits aus der Sicht der Versicherten zu einer beliebigen Austauschbarkeit der einzelnen Kasse. Dies gilt zumindest, soweit das Kassenwahlrecht der Versicherten nicht in irgendeiner Form beschränkt ist. Lediglich die Ersatzkassen unterscheiden sich in ihrer Verbandsstruktur von den anderen genannten Kassen. Die Durchmischung der Versicherten in den genannten Krankenkassen führten dazu, daß ein besonderer Zusammenhalt der Versicherten auch in den BKKn und IKKn nun nicht mehr gegeben ist. So entstammen die Versicherten einer (geöffneten) BKK nicht mehr nur den Beschäftigten der Betriebe eines oder einiger Unternehmen, woraus früher ein gewisses Zusammengehörigkeitsgefühl hätte abgeleitet werden können. Es wird daher im Folgenden davon ausgegangen, daß zwischen AOKn, BKKn, IKKn und Ersatzkassen keine relevanten Unterschiede in Bezug auf ihre Ziele und Tätigkeiten vorliegen.

Die anderen Träger der GKV, nämlich die Landwirtschaftlichen Krankenkassen, die See-Krankenkasse und die Bundesknappschaft behalten hingegen weiterhin ihre exklusiven Versichertengruppen. Eine Austauschbarkeit mit den anderen Kassenarten ist hier gerade nicht ohne weiteres gegeben. Dies gilt insbesondere für die See-Krankenkasse, die bei der Leistungsgewährung von den anderen

¹⁵⁶ Siehe „Bonner Bericht“ SozV 1996, 160 : Auch die SPD ist laut Darstellung ihres (damaligen) Sozial-Experten Rudolf Dreßler nicht mehr für eine Einheitsversicherung.

Krankenkassen stark abweicht (siehe S. 55). Es ist allerdings anzumerken, daß Landwirtschaftliche Krankenkassen, See-Krankenkasse und Bundesknappschaft in ihren Versichertenzahlen rückläufig sind und so praktisch nur eine sehr geringe Rolle verglichen mit den anderen Krankenkassen spielen. 1999 betrug der kumulierte Anteil dieser Versicherungen an der Gesamtversichertenzahl lediglich 3,66%, während er 1991 noch bei 4,62% gelegen hatte. Nicht zuletzt aufgrund der schwindenden Bedeutung der jeweils prägenden Wirtschaftszweige kann davon ausgegangen werden, daß diese Entwicklung sich auch fortsetzen wird. Für die Belange der vorliegenden Untersuchung wird daher allgemein vom Bild der einander angeglichenen AOKn, BKKn, IKKn und Ersatzkassen ausgegangen. Besonderheiten anderer Kassen werden nicht stets berücksichtigt.

Tabelle 2 : Versichertenzahlen in den einzelnen Kassenarten und Anteile an der Gesamtversichertenzahl

Jahr	Gesamt	AOK	BKK	IKK	Landw.	SeeKK	BundesK	Arb.KK	Ang.KK
1991	71281404	31569962	8183665	3495812	1351220	89426	1854005	1216343	23520971
1992	71975460	31345380	8257543	3710633	1327544	85461	1776211	1293904	24178784
1993	72164628	30978870	8126626	3948724	1286873	83439	1709362	1352098	24678636
1994	71710163	30561701	7924496	4099868	1245371	78982	1641125	1377960	24780660
1995	71886406	30417928	7835580	4282370	1188326	75577	1598708	1428690	25059227
1996	72131943	29951323	7868464	4381889	1152066	73313	1543649	1504262	25656977
1997	71600648	28846691	8150957	4504611	1128042	72623	1504371	1609460	25783893
1998	71373243	28234222	8530147	4630557	1091738	71621	1468664	1700969	25645325
1999	71282626	27972669	9028365	4662422	1083474	71459	1455532	1741753	25266952
Anteil in %									
1991		44,29	11,48	4,9	1,9	0,13	2,6	1,71	33,00
1992		43,55	11,47	5,2	1,8	0,12	2,47	1,8	33,59
1993		42,93	11,26	5,5	1,8	0,12	2,37	1,87	34,20
1994		42,62	11,05	5,7	1,7	0,11	2,29	1,92	34,56
1995		42,31	10,9	6,0	1,7	0,11	2,22	1,99	34,86
1996		41,52	10,91	6,1	1,6	0,1	2,14	2,09	35,57
1997		40,29	11,38	6,3	1,6	0,1	2,1	2,25	36,01
1998		39,56	11,95	6,5	1,5	0,1	2,06	2,38	35,93
1999		39,24	12,67	6,5	1,5	0,1	2,04	2,44	35,45

Quelle : aus BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 372.

VI) Das Festbetragssystem

Das Festbetragssystem des SGB V bewirkt eine Festsetzung von Obergrenzen für die Kostentragungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen für Arznei-, Verband- und Hilfsmittel. Die Festsetzung soll so geschehen, daß medizinisch ausreichende Leistungen angeboten werden, die diese Grenze nicht überschreiten. Bestehen die Versicherten auf einer teureren Leistung, so müssen sie die den Festbetrag übersteigenden Kosten selbst tragen.

1) Definition der verschiedenen Mittel und ihre Abgrenzung zueinander

Das SGB V weist keinerlei Definitionen zu den verschiedenen vom Festbetragssystem erfaßten Mitteln auf. Deren Abgrenzung zueinander ist jedoch für die Durchführung des Festbetragssystems erforderlich.

Eine Legaldefinition zu dem Begriff des Arzneimittels ist in § 2 I AMG zu finden. Danach sind Arzneimittel alle Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen, die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände erkennen zu lassen, vom menschlichen oder tierischen Körper erzeugte Wirkstoffe oder Körperflüssigkeiten zu ersetzen, Krankheitserreger, Parasiten oder körperfremde Stoffe abzuwehren, zu beseitigen oder unschädlich zu machen oder die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen. Insbesondere nicht zu den Arzneimitteln gehören danach allgemeine Lebens- und Bedarfsgegenstände, deren objektiver Zweck nicht gerade die Verbesserung des Gesundheitszustandes im besonderen ist. Diese Definition findet keine unmittelbare, aber durch ihren Einfluß auf die Herstellung und den Verkauf von Arzneimitteln eine mittelbare Anwendung. Sie gilt daher als allgemein anerkannt¹⁵⁷. Dennoch hat sie in Bezug auf den Arzneimittelbegriff der GKV keinen abschließenden Charakter. So hat das BSG in einem Einzelfall auch ein Mittel, welches nicht unter den Arzneimittelbegriff des

¹⁵⁷ So BSG, Urt. v. 16.7.1968, E 28, 158, 161 (unten); Schneider, in: Schuln/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 152 a.E.; begrenzend auf den Anwendungsbereich der Humanmedizin Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 27 Rn. 342.

AMG fiel, als krankenversicherungsrechtliches Arzneimittel angesehen¹⁵⁸.

Verbandmittel sind dazu bestimmt, an der Oberfläche geschädigte Körperteile zu bedecken, Körperflüssigkeiten aufzusaugen und der Anwendung von Arzneimitteln zu dienen¹⁵⁹. Diese sich fast ausschließlich auf Wundverbände beschränkende Definition des AMG ist zu erweitern um Mittel zur Anlegung von Stützverbänden¹⁶⁰.

Die Abgrenzung von Heilmitteln und Hilfsmitteln zueinander ist im Laufe der Zeit einer Änderung unterzogen worden. Nach Ansicht des BSG umfaßte der Begriff des Heilmittels sämtliche Sachen oder Dienstleistungen, die - im Gegensatz zu den Arzneimitteln - überwiegend äußerlich zur Bekämpfung oder Linderung einer Krankheit auf den Körper einwirkten, ohne Arzneimittel zu sein¹⁶¹. Hilfsmittel hingegen sind gemäß § 33 I SGB V Gegenstände, die den Erfolg der Heilbehandlung unterstützen oder zum Ausgleich eines vor allem körperlichen Funktionsdefizits angewendet werden. Während es danach bei den Heilmitteln immer noch um die Herbeiführung einer Verbesserung des Gesundheitszustandes ginge, würden die Hilfsmittel auf einen eigenständigen Heilerfolg verzichten und sich stattdessen auf einen bloßen Ausgleich der beeinträchtigten körperlichen Funktionen richten¹⁶². Die Hilfsmittel kämen demzufolge regelmäßig erst nach dem (nicht zu vollständigem Heilerfolg führenden) Einsatz anderer Mittel zum Einsatz. Diese Abgrenzung wurde als unbefriedigend empfunden, weil sie durch ihr Abstellen auf den Zweck der Verordnung nicht stets eine eindeutige Zuordnung zu den Gruppen der Heil- oder der Hilfsmittel ermöglichte. Durch die Begriffsbestimmung der Heil- und Hilfsmittelrichtlinie¹⁶³ sind Heilmittel nunmehr persönliche medizinische Leistungen, die von entsprechend ausgebildeten und nach § 124 SGB V zugelassenen Personen erbracht werden. Hilfsmittel sind hingegen sächliche Mittel oder technische Produkte, die, entweder nur serienmäßig hergestellt oder auch handwerklich verändert, durch nach § 126 SGB V zugelassene Personen abgegeben werden. Hilfsmittel umfassen danach insbesondere auch Vorrichtungen, die Arzneimittel oder

158 BSG, Urt. v. 21.11.1991, SozR 3-2200 § 182 Nr. 11, dort S. 47 unten.

159 So Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 224, unter Bezug auf den früheren § 4 IX AMG; ebenso Kötter, in: LPK, § 31 Rn. 17; Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 27 Rn. 344.

160 Siehe Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 27 Rn. 345.

161 Siehe BSG, Urt. v. 16.7.1968, E 28, 158, 159 (unten); Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 32 Rn. 4; Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 27 Rn. 349f; Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 53, 241.

162 Siehe Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 270.

163 IdF v. 17.6.1992, BAnz Nr. 183 b S. 13, geändert am 17.12.1992, BAnz Nr. 49/93 v. 12.3.1992 S. 2178; der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen folgt damit dem Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen vom 9.12.1988.

andere Therapeutika ins Körperinnere bringen sollen (Spritzen, Kanülen, Inhalationsgeräte). Die Sächlichkeit der Hilfsmittel selbst ist keine Neuerung, da bereits vor dieser Neudefinition Hilfsmittel nur sächlich sein konnten¹⁶⁴. Neu ist lediglich, daß es keine sächlichen Heilmittel mehr gibt, sondern daß diese als Hilfsmittel anzusehen sind.

2) Gründe für die Einführung des Festbetragsystems

Der rasante Anstieg der Ausgaben der GKV in den Jahren vor der Einführung des GRG veranlaßte den Gesetzgeber, das gesamte Leistungserbringungsrecht auf Wirtschaftlichkeitsreserven hin zu überprüfen und insbesondere bei den Ausgaben für Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmittel nach Einsparmöglichkeiten zu suchen.

Die damalige Bundesregierung sah mehrere Gründe für die Steigerung der GKV-Kosten. Neben anderen Ursachen wurde bemängelt, daß es insgesamt weder für den Leistungserbringer noch für den Versicherten Wirtschaftlichkeitsanreize gegeben habe¹⁶⁵. Insbesondere für den Versicherten habe es keinerlei Anreize zur sparsamen Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen gegeben, stattdessen sei es dem Versicherten möglich gewesen, eine über das aus medizinischer Sicht Erforderliche hinausgehende Behandlung auf Kosten der Solidargemeinschaft zu erhalten. Besonders deutlich sei dies bei der Inanspruchnahme von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln sowie beim (hier nicht weiter interessierenden) Zahnersatz. Soweit es die Ärzte und Leistungserbringer betreffe, seien gleichfalls fehlende Anreize für eine wirtschaftliche Verordnungsweise durch die Ärzte zu bemängeln gewesen, bei den Leistungserbringern habe mangelnder Wettbewerb zu überhöhten Preisen geführt¹⁶⁶. Als Grund für diese Zustände verwies die Bundesregierung in der Begründung zu ihrem Gesetzesentwurf auf mehrere Gesichtspunkte. Neben mangelndem Kostenbewußtsein aller Beteiligten und Überkapazitäten in der Versorgung mit daraus sich möglicherweise ergebender Überversorgung führte der Gesetzgeber auch den fehlenden oder zu Mehrausgaben führenden Wettbewerb der Krankenkassen untereinander an¹⁶⁷. Zentraler Gesichtspunkt für die Kosten sowohl der Arzneimittel

164 BSG Urt. v. 26.6.1990 SozR 3-2200 § 182b Nr. 2 S.1, 2 = BSGE 67, 97 („bewegliche Sache“); siehe auch Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 27 Rn. 360; Schmidt, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 271; Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 33 Rn. 4.

165 Begr. zum Reg.-Entwurf BTDrucks. 11/2237 S. 138f.

166 Siehe Begr. zum Reg.-Entwurf bei Fack, S. 229 = BTDrucks. 11/2237 S. 142.

167 Begr. zum Reg.-Entwurf aaO S. 229, 230 = BTDrucks. 11/2237 S. 142, 143; ferner Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 179.

als auch der Heil- und Hilfsmittel in der GKV jedoch war aus Sicht der damaligen Bundesregierung der fehlende Preiswettbewerb zwischen den jeweiligen Leistungserbringern, sowie die mangelnde (Markt-)transparenz, die dem Arzt eine sinnvolle Verschreibung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln erschwert oder sogar unmöglich gemacht habe¹⁶⁸.

Ziel des Festbetragssystems der §§ 35, 36 SGB V ist die Beseitigung dieser Mängel, also die Schaffung von Markttransparenz und Kostenbewußtsein von Ärzten und Patienten, sowie vor allem die Herbeiführung von Wettbewerb unter den Leistungserbringern zum Vorteil der Versicherten und der GKV insgesamt. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß sich die Entscheidung des Versicherten für ein teures oder ein preiswertes Mittel aus der Sicht der GKV kostenneutral auswirkt. Da die Sozialversicherungsträger ohnehin keine den Festbetrag überschreitende Kostenbelastung fürchten müssen, kann ihnen das Kostenbewußtsein der Versicherten auch nicht über das mit den Festbeträgen festgesetzte Maß hinaus zugute kommen.

3) Durchführung des Festbetragssystems

Die Festbeträge werden nicht für jede Arznei, jedes Verband- und jedes Heilmittel individuell festgesetzt, sondern es werden Gruppen aus in ihrer Verwendung miteinander austauschbarer Mittel gebildet, für die ein gemeinsamer Festbetrag festgesetzt wird. Die Durchführung der Festbetragsfestsetzung kann daher grundsätzlich nur in zwei Stufen erfolgen; zunächst müssen die Gruppen vergleichbarer Mittel gebildet werden, anschließend werden die Festbeträge für diese Gruppen festgesetzt. Von Festbeträgen erfaßt werden nur Arznei-, Verband- und Hilfsmittel. Die ursprünglich ebenfalls beabsichtigte Einbeziehung auch der Heilmittel in die Festbetragsregelung¹⁶⁹ erfolgte wegen Einwänden des Bundestagsausschuß für Arbeit und Sozialordnung¹⁷⁰ nicht.

Der Modus der Durchführung des Festbetragssystems ist bei Arznei-, Verband- und Hilfsmitteln im wesentlichen gleich. Nachfolgend soll das Festbetragssystem der

168 Begr. zum Reg.-Entwurf aaO S. 225, 226 = BTDrucks. 11/2237 Rn. 138, 139; Schneider, in: Schuln/Krankenversicherungsrecht, aaO.

169 Siehe BTDrucks. 11/2237 S. 18.

170 BTDrucks. 11/3320 S. 21; zur gesamten Entwicklung der Einbeziehung der Hilfsmittel in das Festbetragssystem vgl. Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 32 Rn. 1ff.

Arzneimittel und anschließend die zu den Verband- und Hilfsmitteln bestehenden Unterschiede dargestellt werden.

a) Bildung der Festbetragsgruppen

(i) Bildung der Festbetragsgruppen bei Arzneimitteln

Die erste Stufe, die Bildung von Festbetragsgruppen, ist für Arzneimittel in § 35 I, II SGB V geregelt. Zuständig für die Bildung von Festbetragsgruppen ist danach der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen im Rahmen seiner Richtlinienkompetenz nach § 92 I 2 Nr. 6 SGB V (Richtlinien über die Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil-, und Hilfsmitteln, Krankenhausbehandlung und häuslicher Krankenpflege). Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen ist ein Selbstverwaltungsorgan, welches mit dem Beschluß von Richtlinien an der Verwaltung der gesamten GKV maßgeblichen Anteil hat, dessen Rechtsnatur in der Literatur jedoch umstritten ist¹⁷¹. Er setzt sich zusammen aus 9 Vertretern der Ärzte, 9 Vertretern der Sozialversicherungsträger und drei Unparteiischen, von denen einer der Vorsitzende ist, § 91 II SGB V. Die Bildung von Festbetragsgruppen soll nach drei Kriterien erfolgen, nämlich für Arzneimittel

1. mit denselben Wirkstoffen,
2. mit pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffen, insbesondere chemisch verwandten Stoffen und
3. mit therapeutisch vergleichbarer Wirkung, insbesondere Arzneimittelkombinationen,

vgl. § 35 I SGB V. Da Medikamente denknotwendigerweise jeweils nur einen Festbetrag zugeordnet bekommen können, ist es nicht möglich, daß ein Medikament zugleich nach mehreren Kriterien eingeordnet wird. Die allgemeinere Gruppe löst deswegen die engere ab; wenn also für ein Medikament ein Festbetrag als Teil einer Gruppe von Medikamenten mit therapeutisch vergleichbarer Wirkung festgesetzt wird (Nr. 3), löst dies eine Festsetzung von Medikamenten mit denselben Wirkstoffen, die dasselbe Medikament gleichfalls erfaßt, ab. Die Gruppenbildung unterliegt gewissen Kriterien, die in § 35 I SGB V aufgezählt

171 Vgl. Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 228, 230.

sind. Demnach sollen unterschiedliche Bioverfügbarkeiten wirkstoffgleicher Arzneimittel berücksichtigt werden, auch dürfen bei Gruppenbildungen nach den Nummern 2 und 3 Therapiemöglichkeiten nicht eingeschränkt werden und medizinisch notwendige Verordnungsalternativen müssen gewährleistet sein. Eine Ausnahme von der Einbeziehung in Festbetragsgruppen nach den Nummern 2 und 3 wurde schließlich für patentgeschützte Medikamente gemacht, sofern diese eine neuartige Wirkungsweise aufweisen und eine therapeutische Verbesserung (auch in Form geringerer Nebenwirkungen) bedeuten. Neuartigkeit liegt vor, solange der Wirkstoff, der als erster dieser Gruppe in Verkehr gebracht worden ist, unter Patentschutz steht, § 35 I 4 SGB V.

Sinn dieser Regelungen ist es, trotz des Ziels der Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven eine medizinische Versorgung vor allem von medizinischen Gesichtspunkten abhängig zu machen. Deswegen dürfen etwa medizinisch notwendige Verordnungsalternativen nicht eingeschränkt werden, um so dem Arzt eine Verordnung unter medizinischen und nicht nur unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu ermöglichen. Die Ausnahme patentgeschützter Arzneimittel aus der Bildung von Festbetragsgruppen nach den Nummern 2 und 3 des § 35 I SGB V dient dem Zweck, die Pharmaindustrie weiterhin zur Erforschung neuer Wirkstoffe anzuregen. Diese Ausnahme gilt jedoch nur insoweit, als die Neuerungen auch tatsächlich den Endverbrauchern, also den Versicherten, nützlich sind. Daher ist die Neuartigkeit allein nicht ausreichend, hinzukommen muß auch eine Verbesserung der therapeutischen Wirkung¹⁷². Die nach dem 31. Dezember 1995 zugelassenen Arzneimittel mit patentgeschützten Wirkstoffen werden allerdings generell von Festbetragsgruppen nach den Nummern 2 und 3 nicht mehr erfaßt, § 35 Ia SGB V. Auf die Neuartigkeit oder die therapeutische Verbesserung kommt es daher bei diesen Arzneien nicht mehr an. Wird ein patentgeschützter Wirkstoff nur durch ein einziges Arzneimittel vertrieben, so kann für ihn also gar kein Festbetrag festgesetzt werden. Um schließlich Medikamente unterschiedlicher Darreichungsform überhaupt miteinander vergleichbar zu machen, wird dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen auch in § 35 I S. 5 SGB V die Ermittlung von rechnerischen mittleren Tages- oder Einzeldosen o.ä. (Vergleichsgrößen) aufgegeben.

Das Gruppenbildungsverfahren sieht ein umfangreiches Anhörungsverfahren vor,

172 Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 41.

in welchem Sachverständigen der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft und Praxis sowie solchen der pharmazeutischen Industrie und der Berufsvertretungen der Apotheker Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird, § 35 II SGB V. Die Entscheidung des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen soll diese Stellungnahmen einbeziehen. Es besteht jedoch kein individueller Anspruch auf Anhörung; ein betroffener Pharmahersteller kann seine Anhörung nicht erzwingen¹⁷³. Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen ist insoweit Herr des Verfahrens.

(ii) Gruppenbildung bei Verbandmitteln nach dem GRG

Bei Verbandmitteln ist eine Bildung von Festbetragsgruppen bis heute nicht vorgesehen. Seinen Grund hatte und hat dies wohl darin, daß bei Verbandmitteln Wirkungsweise und Unterschiede weit einfacher zu begreifen sind, als dies etwa bei Arzneimitteln der Fall ist. Eine gesonderte als eigenständiges Verfahren ausgestaltete Kategorisierung von Verbandmitteln hat der Gesetzgeber hier nicht für notwendig gehalten. Das Festbetragssystem weist daher bei Verbandmitteln nur ein einstufiges Verfahren (durch unmittelbare Festsetzung der Festbeträge) auf¹⁷⁴.

(iii) Gruppenbildung bei Hilfsmitteln nach dem GRG

Das Gruppenbildungsverfahren bei Hilfsmitteln weicht von demjenigen bei Arzneimitteln vor allem in drei Punkten ab. Anstelle des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen ist hier den Spitzenverbänden der Krankenkassen die Bildung von Festbetragsgruppen übertragen worden. Außerdem ist eine Bildung von Gruppen nach unterschiedlichen Kriterien nicht vorgesehen. Stattdessen sollen ganz allgemein Gruppen von ihrer Funktion nach gleichwertigen und gleichartigen Hilfsmitteln zusammengefaßt werden. Wesentlicher Gesichtspunkt ist allein die Funktion, so daß auch zwei sich in ihrer Herstellung und in ihrem Aussehen stark unterscheidende Hilfsmittel in derselben Gruppe zusammengefaßt werden können. Schließlich beschränkt sich das Anhörungsverfahren auf die Verbände der betroffenen Leistungserbringer und der Behinderten, § 36 I 3 SGB V¹⁷⁵. Die Beschränkung hierauf wird ihren Grund darin haben, daß eine wissenschaftliche

173 Aus praktischen Erwägungen aber relativierend, Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 188.

174 Siehe Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 52.

175 In der neuen Fassung ist die Anhörung von Behindertenverbänden nun nicht mehr vorgesehen, siehe dazu S. 88.

Forschung im Bereich der Herstellung von Hilfsmitteln außer in den Herstellerunternehmen selbst nicht besteht. Diese Beschränkung ist also nicht inhaltlicher Art, sondern sie ergibt sich aus der Natur der Sache. Wie bei der Gruppenbildung der Arzneimittel sind auch hier die Stellungnahmen der Verbände in die Entscheidung einzubeziehen. Nach § 36 IV SGB V findet auf das Verfahren § 213 II des Gesetzes Anwendung. Hiernach erfolgt, sofern sich die Beteiligten Spitzenverbände nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigen können, eine Abstimmung, bei welcher die Bedeutungen der einzelnen Verbände für die Krankenversicherung in gewissem Umfang berücksichtigt werden.

b) Festsetzung der Festbeträge

(i) Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel

Für die gebildeten Festbetragsgruppen werden in einem zweiten Schritt Festbeträge festgesetzt, die die Leistungspflicht der Krankenkassen gegenüber sowohl dem Versicherten als auch dem Lieferanten konkretisieren und begrenzen. Zuständig für die Festsetzung der Festbeträge bei Arzneimitteln sind die Spitzenverbände der Krankenkasse, die dies auf Grundlage der vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen ermittelten Vergleichsgrößen durchführen. Der Verweis in § 35 III 3 SGB V auf Absatz 2 des Paragraphen führt zur Durchführung eines zweiten Anhörungsverfahrens. Inhaltlich unterscheidet sich dieses zweite Anhörungsverfahren dem Gesetz nach nicht von dem ersten, lediglich der Anhörungsgegenstand und die mit der Durchführung der Anhörung Betrauten haben sich geändert. Da die Spitzenverbände nun die Herrinnen des Verfahrens sind, müssen keineswegs dieselben Sachverständigen angehört werden wie im ersten Anhörungsverfahren. Die Stellungnahmen der Sachverständigen sind gleichfalls in die Entscheidung einzubeziehen.

Hinsichtlich der Höhe der Festbeträge sind den Spitzenverbänden von Seiten des Gesetzgebers in § 35 V SGB V Vorgaben gemacht worden. Demnach soll „im allgemeinen eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche sowie in der Qualität gesicherte Versorgung“ gewährleistet werden. Insbesondere sollen Wirtschaftlichkeitsreserven ausgeschöpft und ein Preiswettbewerb ausgelöst werden.

Ferner wurden verschiedentlich Richtgrößen für die Höhe der Festbeträge angegeben, die wiederholt verändert wurden. Nach der ursprünglichen Fassung des

GRG sollte grundsätzliche Richtgröße der preisgünstigste Apothekenabgabepreis in der jeweiligen Vergleichsgruppe sein, wobei eine für die Therapie hinreichende Arzneimittelauswahl möglich bleiben mußte¹⁷⁶. Durch das Gesundheitsstrukturgesetz wurde auf das zwingende Erfordernis einer für die Therapie hinreichenden Arzneimittelauswahl verzichtet, eine solche sollte nur noch nach Möglichkeit beibehalten werden¹⁷⁷. Das GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz wählte schließlich einen einschneidenderen Weg und bestimmte, daß die Festbeträge für Arzneimittel den höchsten Abgabepreis des unteren Drittels des Abstandes zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Preis der Arzneimittel der jeweiligen Vergleichsgruppe nicht übersteigen sollen¹⁷⁸. Durch das Festbetragsanpassungsgesetz wurde dieser Satz nun aus dem SGB V gestrichen¹⁷⁹, so daß neben den oben genannten allgemeinen Zielvorgaben konkretere Anweisungen für die Höhe der Festbeträge nicht mehr bestehen.

Die Festbeträge sollen einmal im Jahr geprüft und gegebenenfalls an die veränderte Marktlage angepaßt werden. Nach § 35 VI SGB V gilt für das Verfahren § 213 II, III SGB V. Im Konfliktfall findet damit ein Abstimmungsverfahren unter den Spitzenverbänden statt, im Falle des Scheiterns desselben entscheidet der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit. Zu beachten ist, daß hier also, im Gegensatz zu § 36 IV SGB V, auch § 213 III SGB V von der Verweisungsnorm erfaßt ist.

(ii) Festsetzung von Festbeträgen für Verbandmittel

Zuständig für die Festsetzung von Festbeträgen für Verbandmittel sind gleichfalls die Spitzenverbände der Krankenkassen. Sie führen das eingliedrige Festsetzungsverfahren bei Verbandmitteln durch wie die zweite Stufe der Festsetzung bei Arzneimitteln. Dabei bilden sie selbst die relevanten Vergleichsgruppen und Vergleichsgrößen anhand allgemeiner Kriterien¹⁸⁰. Faktisch kann auf die erste Stufe, nämlich die Bildung von Vergleichsgruppen und –größen, nicht verzichtet werden, weil das Konzept der Festbeträge stets

176 BGBl. 1988 I 2477, 2492.

177 Art. 1 Nr. 22 d) des GSG, BGBl. 1992 I 2266, 2270; Hauck in Peters-SozGB V § 35 Rn. 17.

178 Art. 1 Nr. 6 des GKV-Solidaritätsstärkungsgesetzes, BGBl. 1998 I 3853, 3854; Hauck in Peters-SozGB V § 35 Rn. 23f.

179 Siehe Festbetrags-Anpassungsgesetz Art. 1 Nr. a), BGBl. 2001 I S. 1948.

180 Siehe Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 53.

denknotwendigerweise eine Vergleichbarkeit voraussetzt. Das Verfahren unterscheidet sich daher nur insoweit, als die erste und die zweite Stufe (Festsetzung der Beträge) hier zusammenfallen und von einundderselben Stelle durchgeführt werden. Allerdings besteht ein wesentlicher Unterschied zu den Festbetragsregelungen für Arznei- und Hilfsmitteln darin, daß die Bildung von Festbeträgen für Verbandmittel in das Ermessen der Spitzenverbände gestellt ist. Die Verbände können Festbeträge festsetzen, müssen es jedoch nicht (vgl. Gesetzeswortlaut)¹⁸¹. Die Festsetzung von Festbeträgen für Verbandmittel beinhaltet gleichfalls die Durchführung einer Anhörung von Sachverständigen, § 35 III 3 SGB V, deren Stellungnahmen in die Entscheidung einzubeziehen sind.

(iii) Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel

Auch das Verfahren zur Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel entspricht weitestgehend demjenigen zur Festsetzung bei Arzneimitteln. Ein Unterschied besteht jedoch abermals bei der dafür zuständigen Stelle, sowie bei räumlichen Bereichen, für die Festbeträge festgesetzt werden. Dies geschieht jeweils für den Bereich eines Landes durch die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen, § 36 II SGB V¹⁸². Es wird auch hier ein Anhörungsverfahren durchgeführt, in welchem wiederum nur die Verbände der Leistungserbringer und die der Behinderten angehört werden, deren Stellungnahmen in die Entscheidung einzubeziehen sind, § 36 II 3 SGB V¹⁸³. Was die Höhe der Festbeträge angeht, so übernimmt § 36 III SGB V zum Teil die Vorgaben des § 35 V SGB V. Insbesondere der Satz 3, wonach der Referenzbetrag regelmäßig der niedrigste Abgabepreis in der Vergleichsgruppe sein sollte, wurde für die Festbeträge bei den Hilfsmitteln nicht übernommen. Auch muß die Überprüfung der Festbeträge nicht zwingend einmal im Jahr erfolgen. Es gilt auch hier, Wirtschaftlichkeitsreserven auszuschöpfen und Preiswettbewerb auszulösen.

Daß die Vorschriften für die Festsetzung nicht unmittelbar übernommen werden konnten, hat seinen Grund darin, daß bei den Hilfsmitteln die Abgabe nicht zu so einheitlichen Preisen erfolgt, wie dies bei den Arzneimitteln der Fall war. So hieß es etwa in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 35

181 Siehe Peters, in: Hauck/Noftz, aaO.

182 Die neue Fassung des § 36 SGB V sieht nunmehr die bundesweit einheitliche Festsetzung durch die Spitzenverbände der Krankenkassen vor, siehe S. 88.

183 Die Behindertenverbände sind mit der durch § 36 SGBV in der neuen Fassung zum 01.01.2005 nicht mehr beteiligt, siehe S. 88.

SGB V (der dies ursprünglich regeln sollte) : „...sind die Festbeträge für [...] Hilfsmittel auf Landesebene festzusetzen, um regionalen Besonderheiten besser Rechnung zu tragen.¹⁸⁴ Die oftmals handwerkliche Leistung und der Dienstleistungscharakter, der mit der Erbringung von Hilfsmittelleistungen zum Teil verbunden ist, führt dazu, daß für die Preisbildung regionale Umstände maßgeblich sein können. Interessant ist jedoch, daß für das Zustandekommen der erforderlichen Beschlüsse auch bei der Festsetzung von Festbeträgen auf Landesebene auf § 213 II SGB V verwiesen wird. Das Procedere dieser Norm ist an sich für Beschlüsse der Spitzenverbände konstruiert. Ihre Übertragung auf ein entsprechendes Vorgehen der genannten Sozialversicherungsträger auf Landesebene dürfte jedoch regelmäßig keine Schwierigkeiten bereiten. Die Rechtsverweisung beschränkt sich auf § 213 II SGB V; Absatz III, der für den Fall des Nichtzustandekommens der Beschlüsse eine Entscheidungskompetenz des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vorsieht, ist von der Rechtsverweisung folglich im Gegensatz zu § 35 VI SGB V (Festbetragsfestsetzung bei Arzneimitteln) nicht erfaßt.

c) Klagen gegen Festbeträge

§ 35 VII SGB V trifft (für die Hilfsmittel iVm § 36 III SGB V) einige allgemeine Regelungen. Danach sind zum einen Festbetragsfestsetzungen im Bundesanzeiger bekanntzumachen. Relevanter ist aber die Beschneidung von Möglichkeiten der Anfechtungsklage gegen die Festsetzungen. Es ist zum einen nur eine Klage gegen die Festsetzung eines Festbetrages insgesamt möglich, eine Klage gegen einzelne Teile des Festsetzungsverfahrens (Vergleichsgröße, Gruppeneinteilung, etc.) unzulässig. Zum anderen hat eine Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung. Diese Regelungen sprechen für das Verständnis des Gesetzgebers dieser Regelungen als „gestaltender Verwaltungsakt in der Form der Allgemeinverfügung“¹⁸⁵. Ihre Funktion als kostendämpfendes Instrument zur Entwicklung von mehr Wirtschaftlichkeit hätten die Festbetragsregelung in der Situation zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens verfehlt, wenn es den Betroffenen, vor allem den Leistungserbringern, durch Klagen möglich gewesen wäre, die Geltung bis auf weiteres zu verhindern. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (Art. 19 IV GG) wird diese Norm so ausgelegt, daß in Fällen der Gefahr schwerer und unmittelbarer, anders nicht abwendbarer Nachteile, in denen insbesondere die nachträgliche

184 Siehe BTDrucks. 11/2237 S. 176.

185 BTDrucks. 11/3480 S. 54; Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 58.

Beseitigung durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr möglich wäre, einstweiliger Rechtsschutz sehr wohl möglich ist¹⁸⁶.

4) Flankierende Maßnahmen

Die Regelung des Festbetragsystems kann nicht isoliert betrachtet werden, sondern muß der Vollständigkeit halber im Zusammenhang mit einigen anderen Regelungen gesehen werden. Diese sind darauf ausgerichtet, parallel oder zusammen mit den Festbetragsregelungen Aspekte der Wirtschaftlichkeit in die GKV zu integrieren.

a) Zuzahlungen

Ein wesentlicher Aspekt der Festbetragsregelung bei ihrer Einführung (in der Fassung des GRG) war, daß die Versicherten bei Bezug festbetragsersfaßter Arzneimittel keinerlei sonstige Zuzahlung mehr leisten mußten. Während bei der Abgabe von Heilmitteln eine zehnpromzentige Zuzahlung fällig wurde, hatte der Versicherte also bei Arzneimitteln die Möglichkeit, durch gezielte Inanspruchnahme von Leistungen keinerlei Eigenbeteiligungen, die damals bei 3 DM pro verordneter Arznei lag, leisten zu müssen. Das Konzept des Gesetzgebers, die Versicherten gezielt in die Leistungsauswahl einzubinden und dabei ihr Kostenbewußtsein auszubilden, wurde gerade in diesem scharfen Gegensatz zwischen vollständiger Kostenübernahme des den Festbetrag überschreitenden Kostenteils einerseits und der vollständigen Kostenfreiheit andererseits realisiert.

Seit dem GSG ist dies jedoch anders. Durch dieses wurde auch die Zuzahlung für Arzneien, für welche ein Festbetrag festgesetzt wurde, eingeführt, § 31 II, III SGB V. Der Versicherte sollte zusätzlich zu der Zuzahlung nach § 31 III SGB V noch die den Festbetrag überschreitende Summe zahlen. Der Grund dafür lag laut Gesetzgeber darin, daß die unterschiedliche Behandlung von Festbetragsarzneimitteln und festbetragsfreien Arzneimitteln dazu führte, daß gerade die zumeist bei chronischen Krankheiten verschriebenen festbetragsfreien Arzneimittel bei den Versicherten zu hohen Zuzahlungsbelastungen geführt haben. Es sei von den Versicherten als ungerecht empfunden worden, daß die zumeist nur bei kurzen Krankheiten verordneten festbetragsgebundenen Arzneimittel keine Zuzahlung mit sich

186 Siehe Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 58.

brächten¹⁸⁷. Damit trat eindeutig der Steuerungsaspekt der Zuzahlungsregelungen gegenüber dem pekuniären Aspekt in den Hintergrund¹⁸⁸, denn der Gesetzgeber hätte etwa auch eine zusätzliche Grenze für jährlich maximal zu leistende Zuzahlungen o.ä. einführen können. In dieser Situation ging es dem Gesetzgeber anscheinend nicht mehr darum, auf eine wirtschaftlichen Inanspruchnahme von Medikamenten hinzuwirken, sondern allein um den Ausgleich der zu diesem Zeitpunkt wieder einmal arg in Schieflage geratenen Bilanz der GKV¹⁸⁹. Aus der Sicht des Gesetzgebers kam es darauf auch nicht an, ging doch die Differenz bei Inanspruchnahme teurerer Medikamente nun ohnehin zu Lasten des Versicherten. Neben diesen Änderungen enthielt das GSG auch erhebliche strukturelle Änderungen, die letztlich jedoch alle auch in irgendeiner Form auf die Begrenzung der Kostenentwicklung in der GKV hinwirkten (Budgethaftung der Kassenärztlichen Vereinigungen, § 84; Beschränkung der Preiserhöhungen bei Heilmittel-, Hilfsmittel und Apothekenpreisen¹⁹⁰). Auch dies spricht dafür, daß es dem Gesetzgeber bei den Zuzahlungen weniger um die Gerechtigkeit, als mehr um die finanzielle Lage der GKV ging.

b) Zulassungswesen bei Leistungserbringern

In den §§ 124, 126 SGB V wurde durch das GRG ein eigenes Zulassungswesen der GKV für Erbringer von Heil- und Hilfsmittelleistungen eingeführt. Danach werden an die Leistungserbringer gewisse Anforderungen gestellt, bevor sie zugelassen werden können. Diese Anforderungen sind etwa die Befähigung zur ordnungsgemäßen Durchführung der Leistungserbringung bei Hilfsmitteln oder eine entsprechende Erlaubnis, praktische Erfahrung und eine entsprechende Praxisausstattung bei Leistungserbringern von Heilmitteln. Dies betrifft also die Sicherstellung von Qualitätsstandards bei der Leistungserbringung. Da es sich bei den meisten Berufen der Heil- und Hilfsmittellieferanten jedoch um Handwerks- oder Gewerbeberufe handelt, bei welchen es bereits eine gewerbe- oder handwerksrechtliche Zulassung gibt, die gleichfalls auf die Sicherstellung von Qualitätsstandards abzielt, stellt sich die Frage, was mit dieser gesonderten Zulassung für die GKV vom Gesetzgeber beabsichtigt wurde. Aufschluß gibt die

187 Vgl. Ges.-Entw. v. 6.11.1992, BTDrucks. 12/3608 S. 74; Schneider, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn. 180;

188 Siehe Knieps, in: SRH, 14 Rn. 121.

189 Das Defizit der GKV-Versicherungsträger betrug im Jahr der Gesetzgebung des GSG (1992) für das gesamte Bundesgebiet 9,354 Mrd DM, vgl. BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 399.

190 Vgl. Art. 29, 30 GSG, BGBl. 1992-I S. 2266, 2329f.

jeweils letzte Zulassungsvoraussetzung in den § 124 II, 126 I SGB V, nämlich das Anerkenntnis der „für die Versorgung von Versicherten geltenden Vereinbarungen“.

Der Gesetzgeber will also mit diesem Zulassungserfordernis dafür sorgen, daß die zwischen den Verbänden der Krankenkassen und denen der Leistungserbringer geschlossenen Verträge (samt Vergütungsvereinbarungen) auch von denjenigen Leistungserbringern beachtet und eingehalten werden, die nicht Mitglied eines am Vertragsschluß beteiligten Verbandes sind und auch nicht von sich aus dem Vertrag beigetreten sind. Denn durch die Möglichkeit des Verlustes der Zulassung zur Leistungserbringung an gesetzlich Krankenversicherte (§§ 124 VI, 126 IV SGB V) werden die Leistungserbringer zumindest mittelbar zur Einhaltung der Vereinbarungen gezwungen. Diese Konzeption wurde in der Literatur zum Teil scharf kritisiert¹⁹¹. Bei dieser Regelung handele es sich seiner Konstruktion nach um einen Vertrag zu Lasten Dritter. Denn hier schlossen zwei Parteien, nämlich die Verbände der Krankenkassen und die Verbände der Leistungserbringer, einen Vertrag, der dann durch das Zulassungswesen mit seinen Voraussetzungen auch verbandslosen Leistungserbringern zwangsweise Konditionen diktiert. Da ein solcher Vertrag zu Lasten Dritter einerseits im Zivilrecht unzulässig sei und andererseits ein öffentlich-rechtliches Vertrags- und Mitgliedschaftsverhältnis hier (etwa im Gegensatz zur Situation bei den Vertragsärzten) nicht vorliege, bediene sich der Gesetzgeber dieser Einführung einer faktischen Drittwirkung durch die Hintertür. Das ändere aber nichts an den verfassungsrechtlichen Bedenken, die hiergegen vorzubringen seien.

Mögen diese Kritikpunkte auch einiges für sich haben, so haben sich diese Einwände in der Praxis doch nicht durchgesetzt. Auch muß man zugeben, daß die Leistungserbringer keine Rechtspflicht trifft, die Zulassung zur Versorgung von Kassenpatienten zu beantragen. Rechtlich gesehen treffen sie die Abmachungen erst durch ihr erklärtes Einverständnis, die eigene Rechtshandlung erstreckt erst die Wirkungen der Verträge auch auf „unabhängige“ Leistungserbringer. Dies ist also keine Frage eines Vertrages zu Lasten Dritter, sondern ein Problem der Ausnutzung von Marktmacht zur einseitigen Bestimmung von Vertragsbestimmungen. Allerdings stellt diese Konstruktion einen ersten Schritt einer Entwicklung dar in Richtung eines dem Vertragsarztssystem gleichenden öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern von Heil- und

191 Siehe Heinze, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 40 Rn. 30; v.Maydell, in: GK-SGB V, § 124 Rn. 39ff.

Hilfsmitteln. Es bleibt abzuwarten, ob hier weitere Schritte in diese Richtung folgen.

c) Aufklärungspflicht durch den verordnenden Arzt

Die Festbeträge sollen Wettbewerb begründen und Transparenz bei der Leistungserbringung verschaffen. Diese Zielsetzung macht es erforderlich, daß sowohl der Arzt als auch der Patient in die Auswahl des Medikamentes einbezogen werden. Der Arzt ist daher bei der Verordnung eines Medikamentes, für welches ein Festbetrag festgesetzt wurde und dessen Abgabepreis diesen überschreitet, gemäß § 73 V 3 SGB V verpflichtet, dem Versicherten dies mitzuteilen und ihn auf die Pflicht zur Übernahme der Mehrkosten hinzuweisen. Auf diese Art und Weise wird zum einen der Arzt bei der Verordnung zu einer sorgfältigen Abwägung der anfallenden Kosten gezwungen, zum anderen wird dem Versicherten die Möglichkeit eröffnet, gegenüber dem Arzt auf der Verordnung eines preisgünstigeren Medikamentes zu bestehen, wenn er den Mehrbetrag nicht zu zahlen bereit ist. Würde es diese Aufklärungspflicht des Arztes nicht geben, so wäre eine solche doppelte Abwägung nicht gesichert, da dem Versicherten möglicherweise erst in der Apotheke die unerwartete Höhe der Eigenbeteiligung offenbar würde und er dann wohl zumeist den Aufwand eines neuerlichen Arztbesuchs zur Verordnung eines anderen Medikamentes scheute. Die Aufklärungspflicht stellt daher sicher, daß dieser Abwägungsprozeß bereits zum Zeitpunkt der Verordnung durchgeführt wird. Eine solche Aufklärungspflicht besteht dem Wortlaut des Gesetzes nach nicht für Hilfsmittel.

d) Die Positivliste

Durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) ist in § 33a SGB V eine Regelung eingeführt worden, wonach nur solche Medikamente zu Lasten der GKV verordnet werden können, welche in einer durch ein eigens dafür errichtetes Institut für die Arzneimittelverordnung in der gesetzlichen Krankenversicherung zu erstellenden Liste enthalten sind. In diese Liste werden nur Arzneien aufgenommen, die für eine zweckmäßige, ausreichende und notwendige Behandlung, Prävention oder Diagnostik von Krankheiten oder erheblichen Gesundheitsstörungen geeignet sind. Insbesondere ist Voraussetzung für eine Aufnahme in die Liste, daß die Arznei mehr als nur einen geringen therapeutischen Nutzen hat. Diese Regelung stellt zwar eine

Einflußnahme auf den Arzneimittelmarkt dar, weil die Nichtaufnahme in die Liste den Wegfall der gesetzlichen Krankenkassen bzw. der wirtschaftlich hinter diesen stehenden Versicherten als potentielle Nachfrager bedeutet. Da diese Regelung jedoch weder ausschließlich noch federführend von den gesetzlichen Krankenkassen durchgeführt wird, ist sie nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

e) Aut-idem-Regelung

Schließlich ist im Februar 2002 eine Regelung eingeführt worden, wonach die Apotheker die Abgabe eines verordneten, nicht preisgünstigen Arzneimittels durch die Abgabe eines wirkstoffgleichen preisgünstigeren Arzneimittels ersetzen sollen, sofern Wirkstärke, Packungsgröße und Zulassung für den Indikationsbereich identisch sind und die Darreichungsform zumindest austauschbar ist, § 129 I SGB V. Preisgünstigkeit ist gegeben, wenn der Preis unter Berücksichtigung identischer Wirkstärke und Packungsgröße sowie austauschbarer Darreichungsformen das untere Drittel des Abstandes zwischen dem Durchschnitt der drei niedrigsten Preise und dem Durchschnitt der drei höchsten Preise wirkstoffgleicher Arzneimittel nicht überschreitet. Der Austausch kann ausgeschlossen werden, wenn dies der Arzt ausdrücklich auf dem Rezeptblatt vermerkt. Bereits vorher war ein entsprechender Austausch durch die Apotheker möglich, wenn dies der Arzt auf dem Rezeptblatt vermerkt hatte. Die neue Regelung stellt daher nur eine Umkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Prinzips dar¹⁹².

Die praktischen Auswirkung dieser Änderung sind für das Festbetragssystem durchaus von Bedeutung. Die Festbetragsfestsetzungen für Gruppen nach § 35 I Nr. 1 SGB V (identische Wirkstoffe) kann zu erheblichen Teilen obsolet werden, da die aut-idem-Regelung einen starken Zwang auf die pharmazeutische Industrie dahingehend ausübt, ihre Preise unterhalb der oben genannten Drittelgrenze anzusetzen, da ansonsten im Regelfall eine Abgabe der Medikamente an gesetzlich Krankenversicherte kaum noch erfolgen dürfte. Sofern diese Drittelgrenze unter dem festgesetzten Festbetrag liegt, wird der Festbetrag für die Preisbildung nicht maßgeblich sein, weil die Drittelgrenze das maßgebliche Hindernis für den Absatzerfolg ist.

¹⁹² Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Arzneimittelausgaben der Gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelausgaben-Begrenzungsgesetz – AABG), BTDrucks. 14/7144, S. 5.

Die Regelung steht aber bereits unter erheblicher Kritik von Seiten der Ärzteschaft und der pharmazeutischen Industrie. Zahlreiche Ausnahmen etwa für Reimporte, Opiate und für Allergiker werden zum gegenwärtigen Zeitpunkt gefordert. Die Ärzteschaft fühlt sich in ihrer Verordnungsfreiheit beschränkt und will in weiten Teilen dazu übergehen, den Austausch durch entsprechende Stempelaufdrucke auf den Verordnungsblättern auszuschließen; was letztlich das Regel-Ausnahme-Prinzip wieder in den früheren Zustand verkehren würde. Faktisch steht auch das aut-idem-Prinzip der Auswahl durch den Arzt (und ergänzend den Patienten) nicht entgegen. Denn nur wenn der Arzt die Austauschbarkeit nicht ausschließt, kann diese erfolgen. Es wird lediglich ein zusätzlicher Eintrag auf dem Verordnungsblatt erforderlich. Wenn der Arzt also die Auswahl nicht nur des Wirkstoffes, sondern auch des Arzneimittels, selber treffen will, kann er jederzeit und ohne dies begründen zu müssen den Austausch ausschließen. Der Arzt (und mit ihm der Patient) wird also nur dort aus der Rolle des Auswählenden verdrängt, wo er ohnehin keinen Wert hierauf legt.

Aus diesen Gründen ist über die tatsächlichen Auswirkungen der aut-idem-Regelung auf den Arzneimittelmarkt zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch keine zutreffende Prognose möglich. Vieles spricht dafür, daß die aut-idem-Regelung in ihrer derzeitigen Form, die für den verordnenden Arzt keine Konsequenzen vorsieht, nur geringen Einfluß auf die Auswahl der abgegebenen Medikamente haben wird. In die vorliegende Untersuchung wird daher die aut-idem-Regelung nicht weiter einbezogen.

f) Änderungen durch das GKV-Modernisierungsgesetz

Durch das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003 (BGBl. 2190) sind nunmehr zwei Gesetzesänderungen vorgenommen worden, auf welche der Vollständigkeit halber hinzuweisen ist, welche die vorliegende Untersuchung jedoch nicht nachhaltig beeinflussen.

Zum einen wurden Negativlisten eingeführt, welche bestimmte Arzneimittel und Hilfsmittel aus der medizinischen Versorgung der GKV ausschließen (§ 34 SGB V). Da es sich hierbei nur um die nicht verschreibungspflichtigen Medikamente sowie um Medikamente und Hilfsmittel mit nicht nachweisbarem oder unwirtschaftlichen medizinischen Nutzen handelt, bleibt das Festbetragssystem für den ganz überwiegenden Teil der Arzneimittel und Hilfsmittel bestehen.

Die zweite Änderung liegt darin, daß vom 31. Dezember 2004 an auch für Hilfsmittel bundesweit einheitliche Festbeträge durch die Spitzenverbände der Krankenkassen festgesetzt werden (siehe § 36 n.F.).

5) Verfassungsrechtliche Bedenken

Das Bundessozialgericht hat ein Verfahren gegen die Festsetzung von Festbeträgen dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 I GG zur Entscheidung vorgelegt. Es hält diese Regelung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des Rechtsstaats und der Demokratie, gegen Art. 80 GG und gegen Art. 12 GG (Rechte der Leistungserbringer) für verfassungswidrig, da die Festsetzung ihrer Art nach Rechtsetzung sei und zumindest des Erlasses durch Rechtsverordnung bedurft hätte¹⁹³. Eine Entscheidung in dieser Sache steht noch aus.

6) Reaktion des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber reagierte auf die kartellrechtliche und die verfassungsrechtliche Kritik am Festbetragswesen und schuf eine Regelung, welche bis zu den jeweiligen höchstrichterlichen Entscheidungen die Weitergeltung des Festbetragsystems zumindest im Bereich der Arzneimittel sicherstellen sollte¹⁹⁴. Nach dem durch das Festbetrags-Anpassungsgesetz neu eingefügten § 35 a SGB V paßte das Bundesministerium für Gesundheit bis zum 31. Dezember 2003 im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Festbeträge für Arzneimittel an und konnte in Ausnahmefällen auch neue Gruppen bilden und Festbeträge festsetzen. Dies geschah durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates. Ferner galten die bis dahin festgesetzten Festbeträge und gebildeten Gruppen gem. § 35a VI SGB V fort. Das Ministerium hatte ein umfassendes Recht, von den Spitzenverbänden der Krankenkasse, dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen, den pharmazeutischen Unternehmern und den Apothekerverbänden Informationen und Auskünfte zu erlangen. Die Spitzenverbände der Krankenkassen erhoben Informationen über das Festbetragswesen und übermittelten diese dem Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information (DIMDI). Die

193 BSG, Beschluß v. 14.6.1995, NZS 1995, 502ff.

194 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Anpassungsgesetz – FBAG), BTDrucks. 14/6041, S. 1.

Rechtsverordnungen, die im Rahmen des § 35a SGB V erlassen wurden, konnten nur vor dem Landessozialgesetz Berlin angegriffen werden. Die Rechtsverordnungen gelten solange fort, bis nach dem 31. Dezember 2003 eine Neubestimmung, Anpassung oder Festsetzung in einem dann geltenden Verfahren erfolgt.

Diese Regelungen zielen schon allein wegen ihrer zeitlichen Beschränkung nur darauf ab, die weitere Anwendung des Festbetragsystems bis zu einer Klärung der Rechtsfragen durch die jeweiligen Gerichte sicherzustellen. Die Überantwortung der Durchführung ist aber auch deswegen nur zeitlich begrenzt, weil „eine staatliche Regelung in einem zentralen Versorgungsbereich auf Dauer nicht mit Strukturen des Gesundheitswesens harmoniert, das sich durch eine lange Tradition erfolgreicher Selbstverwaltung auszeichnet“¹⁹⁵. Die gesetzliche Regelung des § 35a SGB V ist also nicht das, was der Gesetzgeber langfristig bezweckt. Daher kann für die vorliegende Untersuchung, die sich mit der Kartellrechtswidrigkeit des Verhaltens der gesetzlichen Krankenkassen befaßt, die Regelung des § 35a SGB V nur am Rande Bedeutung haben. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Festbetragswesens erfolgt daher zunächst bezogen auf die §§ 35, 36 SGB V, nicht hingegen unter Berücksichtigung des § 35a SGB V. Erst anschließend wird untersucht, inwieweit sich gefundene Erkenntnisse auch auf die neue Regelung übertragen lassen.

7) Zusammenfassung

Beim Festbetragsystem handelt es sich um ein durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen sowie die Spitzen- und Landesverbände der Krankenkassen durchgeführtes System zur mittelbaren Einflußnahme auf die Ausgaben für Arznei-, Verband und Hilfsmittel, indem man die Versicherten verstärkt bei der Auswahl des konkreten Mittels einbindet und ihnen finanzielle Gründe zur Inanspruchnahme von preisgünstigeren Leistungen gibt. Der Spielraum bei der Verordnung von Arznei-, Verband- und Hilfsmitteln habe sich dadurch, wie gelegentlich betont wird, nicht verkleinert, sondern rechtlich eher erweitert¹⁹⁶. Denn während vor Inkrafttreten der Festbetragsregelungen das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot eigentlich stets nur die Verordnung des günstigsten medizinisch erforderlichen Mittels zugelassen habe, also auch nur insoweit ein Anspruch des Versicherten gegenüber der Krankenkasse bestanden habe, sei dies nun erweitert auf alle Mittel, deren Kosten nicht über dem Festbetrag liegen. Der Vertragsarzt könne damit eine größere Anzahl an

195 Siehe Begründung zum Entwurf des Festbetrags-Anpassungsgesetz, BTDrucks. 14/6041, S. 5.

196 Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 26.

Medikamenten bei der Verordnung in Erwägung ziehen, ohne gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu verstoßen. Dies ist freilich eine rein rechtliche Argumentation, die nicht berücksichtigt, daß in tatsächlicher Hinsicht das (so ausgelegte) Wirtschaftlichkeitsgebot früher nicht beachtet wurde, so daß für die Versicherten eine Verschlechterung oder zumindest Eingrenzung der Versorgung sehr wohl eintritt.

Ferner ist zu beachten, daß aus der Sicht der gesetzlichen Krankenversicherung der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern zweitrangig wird, da die Mehrkosten, um die der Preis die Festbetragssumme übersteigt, voll von den Versicherten zu tragen sind; Preissenkungen, die sich jenseits des Festbetrages bewegen, haben daher auf die Bilanzen der Krankenversicherungsträger keinen Einfluß. Es findet also faktisch kein Zusammenspiel zwischen Kostenbewußtsein der Versicherten einerseits und Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern andererseits statt, sondern lediglich eine verstärkte Anreizbildung für die Inanspruchnahme preiswerterer Leistungen durch die Versicherten, deren allenfalls mittelbare Folge auch ein Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern sein kann. Interessant für die Krankenkassen wäre der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern erst, wenn er dazu führte, daß die Preise auch unter das Niveau der jeweiligen Festbeträge sinken. Hierfür stellt die Festbetragsregelung aus Sicht der Leistungserbringer jedoch keinen Grund dar. Im Gegenteil stellt der Festbetrag für die Leistungserbringer eher eine Art Mindestmaß dessen dar, was sie für ihre Leistungen verlangen können.

Denkbar wäre es allenfalls, die Festbeträge unterhalb des preisgünstigsten Mittels anzusetzen, um so eine Preissenkung des gesamten Marktes zu erzielen¹⁹⁷. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß nach dem Konzept des Festbetragsystems eine vollständige und ausreichende medizinische Versorgung mit die Festbeträge nicht überschreitenden Mitteln grundsätzlich gewährleistet werden soll. Wenn aber die Märkte dem „Preissenkungsverlangen“ der festsetzenden Verbände nicht in dem gewünschten Maße nachgeben, kommt es zu der Situation, daß ein Mittel ohne Bezahlung der überschreitenden Summe nicht verfügbar ist.

8) Praktische Irrelevanz der Festbeträge bei Verbandmitteln

In der Praxis als ausgesprochen irrelevant hat sich die Festsetzung der Festbeträge für

197 Hierzu Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 50.

Verbandmittel erwiesen. Die kartellrechtlichen Probleme stellen sich zwar theoretisch in gleichem Maße wie bei Arznei- und Hilfsmitteln. Die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit von Festbeträgen ist aber auf Arznei- und Hilfsmittel beschränkt geblieben. Es wird daher im folgenden auf Stellungnahmen zu Verbandmitteln verzichtet. Zu Arznei- und Hilfsmitteln gefundene Ergebnisse lassen sich vielmehr im Rahmen der Vergleichbarkeit der Festsetzungssysteme auch auf die Festsetzung von Festbeträgen für Verbandmittel übertragen.

VII) Die GKV in Zahlen

Als abschließender Teil der bisherigen Ausführungen soll ein Blick auf die Zahlen der GKV die Entwicklung der finanziellen Lage des gesetzlichen Gesundheitswesens verdeutlichen.

1) Allgemeine Ausgaben- und Einnahmenentwicklung 1970-1999

Sowohl die Ausgaben als auch die Einnahmen der gesetzlichen Krankenversicherung haben sich in den letzten 30 Jahren für den Bereich des früheren Bundesgebietes in etwa verachtfacht. Dies entspricht einer durchschnittlichen jährlichen Steigerung um mehr als 7 % und liegt damit deutlich über der durchschnittlichen Steigerung des Bruttoinlandproduktes von etwa 5,5 % auf das insgesamt knapp Fünffache. Zum Vergleich ist etwa die gesetzliche Rente bei 45 anrechnungsfähigen Versicherungsjahren für den Durchschnittsverdiener nur von 550,20 DM im Jahre 1970 auf 2.173,05 DM im Jahre 1999 gestiegen¹⁹⁸; dies entspricht einer Steigerung nur auf das knapp Vierfache.

Dabei ist der Anteil der GKV an den Gesundheitsausgaben insgesamt kontinuierlich gestiegen. Während 1970 der Anteil der gesetzlichen Krankenversicherung an den Gesundheitsausgaben noch bei 35,5 % lag, zog er bis 1996 auf 49,4 % an, während der Finanzierungsanteil der Arbeitgeber im selben Zeitraum von 23,7 auf 14,8 Prozent gesunken ist¹⁹⁹. Ebenfalls deutlich gestiegen ist in den letzten 30 Jahren der durchschnittliche Beitragssatz für die gesetzliche Krankenversicherung. So lag 1970 der durchschnittliche Beitragssatz der gesamten GKV bei 8,20% des beitragspflichtigen Arbeitsentgeltes, bei den Betriebskrankenkassen sogar durchschnittlich bei nur 7,51%²⁰⁰. Am 1.1.1999 betragen die durchschnittlichen Beitragssätze aller GKV-Kassen unter Einbeziehung der neuen Länder 13,60%, also über 5 Prozentpunkte mehr. Die Unterschiede bei der Beitragshöhe sind seit der Einführung des Risikostrukturausgleichs stark zurückgegangen²⁰¹, weswegen diese durchschnittliche Belastung die Lage des Großteils der Bevölkerung in den allermeisten Fällen recht genau wiedergibt.

198 Für das frühere Bundesgebiet, vgl. BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 426.

199 Vgl. BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 390.

200 Siehe BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 420.

201 Siehe BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 421.

Der Anteil der Gesundheitsausgaben insgesamt am Bruttoinlandsprodukt befindet sich damit auf einem Stand von 10,4% im Jahre 1997, nachdem er im Vorjahr sogar 10,5% betragen hatte. Ähnlich hohe Quoten weisen unter den Industrienationen für diesen Zeitpunkt noch die Schweiz (10,2 %), Frankreich (9,9 %) und der Spitzenreiter im internationalen Vergleich, die Vereinigten Staaten von Amerika, (14,0 %) auf²⁰².

2) Kostenentwicklung bei Arzneimitteln

Die Ausgabenentwicklung bei den Arzneimitteln entsprach vor der Einführung des Festbetragsystems des § 35 SGB V durch das GRG in etwa den durchschnittlichen Ausgabenzuwächsen innerhalb der GKV oder lag leicht über diesen (siehe Tabellen 3 und 4).

Tabelle 3 : Gesamtausgaben in der GKV und pro Versichertem der GKV mit jährlichen Veränderungsdaten, nur Bundesländer West

Jahr	In Mio. DM	Jährliche Veränderung in %	Pro Versichertem in DM	Jährliche Veränderung in %
1975	58170		1736,78	
1980	85956	8,12	2428,48	6,93
1985	108704	4,81	3002,13	4,33
1990	134238	4,31	3538,26	3,34
1975-90		5,73		4,86
1980-90		4,56		3,84

Quelle: AOK - BV, Reihe 3.10 Vertragsstatistik - Statistisches Handbuch Ausgabe 1998/1999, S. 154, 156

So stiegen etwa die allgemeinen Leistungsausgaben pro Versichertem zwischen 1975 und 1990 von 1736,78 DM auf 3538,26 DM. Dies entspricht einer durchschnittlichen Steigerung von jährlich 4,86%. Die Ausgaben pro Versichertem für Arzneimittel stiegen demgegenüber in diesem Zeitraum von 265,67 DM auf 575,67 DM, was einer durchschnittlichen jährlichen Steigerung von 5,29% entspricht. Die Zuwachsraten unterscheiden sich hier also nur marginal.

²⁰² Siehe BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 430.

Tabelle 4 : Ausgaben für Arzneimittel in der GKV insgesamt und pro Versichertem mit durchschnittlichen jährlichen Veränderungsraten, nur Bundesländer West

Jahr	In Mio. DM	Jährliche Veränderung in %	Pro Versichertem in DM	Jährliche Veränderung in %
1975	8901		265,76	
1980	12573	7,15	355,22	5,97
1985	16603	5,72	458,53	5,24
1990	21841	5,64	575,67	4,66
1975-90		6,17		5,29
1980-90		5,68		4,95

Quelle: AOK-BV, Reihe 3.10 Vertragsstatistik - Statistisches Handbuch Ausgabe 1998/1999, S. 80, 82

Vergleicht man jedoch die jährlichen Zuwachsraten mit der Entwicklung externer, nicht auf das gesetzliche Krankenversicherungswesen bezogener Werte, so wird die Dimension des Zuwachses deutlich. Der jährliche Anstieg der Pro-Kopf-Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen zwischen 1980 und 1990 von 4,95 % lag um deutlich mehr als ein Prozent über der Brutto Lohnentwicklung in diesem Zeitraum und war damit fast doppelt so stark wie die Entwicklung des Preisindex für die Lebenshaltung (Siehe Tabelle 5).

Tabelle 5 : Bruttosozialprodukt, Volkseinkommen (beide in DM je Einwohner), Brutto Lohnsumme (in DM je beschäftigtem Arbeitnehmer) und Preisindex (1991 = 100) mit den jeweiligen jährlichen Veränderungsraten in %.

Jahr	BSP	Änd. in %	Volkseinkommen	Änd. in %	Brutto-lohn	Änd. in %	Preis-index	Änd. in %
1975	16622		12948					
1980	23997	7,62	18510	7,41	29691		74,6	
1985	29797	4,42	23053	4,49	35391	3,57	90,2	3,87
1990	39453	5,77	29915	5,35	42013	3,49	96,5	1,36
'75-90		5,93		5,74				
'80-90		5,1		4,92		3,53		2,61

Quelle : AOK-BV, Reihe 3.10 Vertragsstatistik -Statistisches Handbuch 1998/1999, S.170, 171

Berücksichtigt man ferner den Anteil der Ausgaben für Arzneimittel an den

Gesamtausgaben der GKV pro Versichertem von in etwa 15%²⁰³, so wird offenbar, daß der Gesetzgeber Korrekturen in diesem Ausgabenbereich nicht vermeiden konnte, wenn er die pekuniäre Schieflage der Krankenkassen beseitigen wollte.

3) Kostenentwicklung bei Heil- und Hilfsmitteln vor Inkrafttreten des GRG

Bei Hilfsmitteln sind statistische Informationen praktisch nur gemeinsam für Heil- und Hilfsmittel vorhanden. Dies ist nicht zuletzt deswegen nicht von Nachteil, weil andernfalls durch die mittlerweile veränderte Abgrenzung der Heilmittel zu den Hilfsmitteln²⁰⁴ ohnehin ein Bruch in der Aussagekraft der statistischen Daten gewesen wäre. Die Angabe der Zahlen bezieht sich daher jeweils auf Heil- und Hilfsmittel gemeinsam, wobei hier davon ausgegangen wird, daß sich die Entwicklungen auf beide Bereiche gleichermaßen zurückführen lassen.

Zunächst fällt hier der starke Kostenanstieg seit 1970 an. Die damaligen Koalitionsfraktionen und die damalige Regierung führten bereits in ihrem gemeinsamen Gesetzesentwurf zum GRG hierzu aus²⁰⁵:

„Die Ausgaben der GKV für Heil- und Hilfsmittel sind zwischen 1970 und 1986 von 670 Mio. DM auf 7,2 Mrd. DM gestiegen (vgl. Tabelle 3). Dies entspricht einem Ausgabenzuwachs auf das 10,7fache. Wurden 1970 für Heil- und Hilfsmittel 2,8 % aller Leistungsausgaben aufgewendet, waren es 1986 bereits 6,3 %. Kein anderer Ausgabenbereich weist eine derartige Wachstumsdynamik auf.“

Auffällig ist in der Tat, daß das Wachstum bei den Ausgaben pro Versichertem für Heil- und Hilfsmitteln periodenbezogen jeweils deutlich über den allgemeinen Ausgabenzuwächsen in der GKV liegt (siehe Tabelle 6). So ist, vor allem bedingt durch die starken Zuwächse der sechziger und siebziger Jahre, eine durchschnittliche Steigerung um jährlich 8,81% (8,75%) pro Jahr bei den Ausgaben pro Versichertem von 1960 bis 1987 (1970-1987) zu verzeichnen. Bei den Ausgaben für Heil- und Hilfsmittel pro Versichertem steht dem in diesem Zeitraum ein durchschnittlicher jährlicher Zuwachs von 12,89% (14,22%) gegenüber. Aber auch wenn man die

203 Vgl. unten S. 97, Tabelle 6.

204 Siehe oben S. 73.

205 Siehe BTDrucks. 11/2237 S. 139.

allgemein besonders starken Ausgabenwachstumsphasen der sechziger und frühen siebziger Jahre nicht einbezieht, ergibt sich immer noch ein überproportional großer Zuwachs der Ausgaben für Heil- und Hilfsmittel pro Versichertem von 8,76% pro Jahr zwischen 1975 und 1987 und 6,36% zwischen 1980 und 1987. Dem stehen bei den allgemeinen Ausgaben pro Versichertem nur Steigerungen von 5,32% bzw. 4,17% gegenüber. Die Zuwächse der Ausgaben pro Versichertem für Hilfsmittel liegen damit regelmäßig um über 2 Prozentpunkte über den allgemeinen Ausgabenzuwächsen.

Tabelle 6 : Ausgaben pro Versichertem in der GKV laut Ges.-Entw. GRG

Jahr	Insgesamt in Mio. DM	Jährliche Veränderung in %	Arzneimittel	Jährliche Veränderung in %	Heil- und Hilfsmittel	Jährliche Veränderung in %
1960	331		40		8	
1970	778	8,92	138	13,18	22	10,65
1975	1737	17,43	266	14,03	77	28,47
1980	2432	6,96	355	5,94	137	12,21
1981	2582	6,17	382	7,61	148	8,03
1982	2587	0,19	385	0,79	141	-4,73
1983	2678	3,52	404	4,94	146	3,55
1984	2876	7,39	432	6,93	168	15,07
1985	3002	4,38	459	6,25	180	7,14
1986	3129	4,23	484	5,45	198	10
1987	3237	3,45	514	6,2	211	6,57

1960-87		8,81		9,92		12,89
1970-87		8,75		8,04		14,22
1975-87		5,32		5,64		8,76
1980-87		4,17		5,43		6,36

Quelle : Arbeits- und Sozialstatistik, BMA-Vordruck KJ-1, aus BTDrucks. 11/2237 S. 283; eigene Berechnungen (Ausgabenzuwachsraten).

Nun ist die Bedeutung der Heil- und Hilfsmittel für die Gesamtausgaben der GKV pro Versichertem immer noch weit geringer gewesen als die der Arzneimittel. Allerdings hat sich dieser Anteil über die Jahre hinweg deutlich erhöht. Die Bedeutung der Heil- und Hilfsmittel lag zum Zeitpunkt des Erlasses des GRG damit weniger in der absoluten Ausgabenhöhe hierfür selbst, sondern mehr in der Dynamik der Ausgabenentwicklung und den deswegen für die Zukunft zu erwartenden Problemen.

4) Finanzgrundlage für die GKV in der Zukunft

Sowohl die steigenden Kosten der GKV als auch ihre wachsende Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft werden vermehrt die Frage aufwerfen, ob die Konzentration nahezu des gesamten Gesundheitswesens unter staatlicher Kontrolle heutzutage noch zeitgemäß ist, oder ob nach Post und Telekommunikation vielleicht auch hier eine Liberalisierung effektivitätssteigernd sein könnte. Die Gegenentwürfe zum bestehenden System sehen fast immer eine Aufteilung in eine gesetzliche Grundversicherung mit eingeschränktem Leistungskatalog und eine private, freiwillige Zusatzversicherung vor. Fest steht, daß bei Gleichbleiben der Bedingungen insbesondere die Überalterung der Bevölkerung zu einem weiteren Ansteigen der Beitragssätze führen wird, auch wenn eine solche Erhöhung der Lohnnebenkosten politisch nicht gewollt ist. Denn die Finanzierungslücke, die sich aus den Aufwendungen für die Rentner unter Abzug von deren Beiträgen ergibt, übersteigt allein in den alten Bundesländern mittlerweile jährlich 50 Milliarden DM²⁰⁶. Die demographische Entwicklung läßt hier nur eine Verschlimmerung erwarten. Die Deckelung der Ausgaben durch Verordnungsbudgets hat nur kurzzeitig zu Einsparungen geführt und läßt die Verteilungskämpfe um die Gelder der GKV in jüngster Vergangenheit mit erneuter Wucht hervorbrechen. Prognosen von stark steigenden Beitragssätzen für den Fall, daß sich nichts ändert, werfen die Frage danach auf, wieviel die Gesellschaft der Bundesrepublik sich ihre medizinische Vollversorgung kosten zu lassen bereit ist.

206 Siehe VdAK/AEV „Ausgewählte Basisdaten des Gesundheitswesens“, S. 19.

C) Die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art. 81 I EG

Kern der Untersuchung ist die Prüfung eines Verstoßes gegen Art 81 I EG. Ein solcher Verstoß setzt dem Wortlaut nach voraus, daß Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckten oder bewirkten und dies den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet wäre. Ferner muß dies nach st. Rspr. spürbar und es darf nicht ausnahmsweise eine Befreiung von den Vorschriften für Unternehmen gegeben sein, Art. 86 II EG. Jedes einzelne dieser Tatbestandsmerkmale ist nun im Folgenden bezogen auf den hier gegebenen Sachverhalt des Festbetragswesens zu untersuchen.

I) Unternehmen und Unternehmensvereinigungen

1) Die Bedeutung des Unternehmensbegriffs im EG-Kartellrecht

Der Begriff des Unternehmens erfüllt im EG-Kartellrecht wie auch im Recht des GWB eine wichtige Funktion. Seine Auslegung bestimmt das Ausmaß der Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts, also seine „Reichweite“. Angesichts dieser Bedeutung mag es verwundern, daß in den Vorschriften des EG-Vertrages keinerlei Definition des Begriffs des Unternehmens enthalten ist.

a) Abgrenzungsfunktion : persönlicher Anwendungsbereich - sachlicher Anwendungsbereich

Die Art. 81ff. EG bilden zusammen den Abschnitt der „Vorschriften für Unternehmen“. Der Begriff des Unternehmens hat die Aufgabe, klarzustellen, wer sich an die Regelungen der Art. 81ff. EG zu halten hat, man spricht daher häufig vom Unternehmensbegriff als der Umschreibung des persönlichen Anwendungsbereichs¹. Die Funktion des Unternehmensbegriffs geht jedoch über die Klärung des persönlichen Anwendungsbereichs insofern hinaus, als hierbei auch die sachliche Anwendbarkeit etwa in Bezug auf hoheitliches Handeln oder

1 Schröter, in: GTE, Vorb Art. 85-89 Rn. 16; Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 8.

nichtwirtschaftliches Handeln berührt wird².

b) Autonomie des europarechtlichen Unternehmensbegriffs

Einigkeit besteht darüber, daß die Art. 81ff. EG und damit auch deren Unternehmensbegriff im Lichte des Zwecks des EG-Vertrages ausgelegt werden müssen³. Daher kann insbesondere eine Anlehnung an die Unternehmensbegriffe der (Kartell)-Rechte der Mitgliedstaaten nicht praktikabel erscheinen. Die Mitgliedstaaten könnten andernfalls den Zweck der Art. 81ff. EG sogar gezielt unterlaufen, indem sie in ihren Kartellrechten den Begriff des Unternehmens sehr eng fassen und so den Anwendungsbereich auch des europäischen Kartellrechts begrenzt halten. Es kann aber nicht in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt sein, wann und wie weit das europäische Kartellrecht gegenüber inländischen Unternehmen Anwendung findet⁴. Ferner ist auch aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung der Art. 81ff. EG im allgemeinen eine autonome, allein aus den Zwecken und Motiven des EG sich ergebende Auslegung zwingend erforderlich (**Autonomie** des Unternehmensbegriffs des europäischen Kartellrechts)⁵.

2) Die Unternehmenseigenschaft der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen

Es gilt nun zu untersuchen, inwieweit die bei dem Festbetragssystem und seiner Durchführung Beteiligten Unternehmen im vorgenannten Sinne sind. Dabei erscheint es angezeigt, vor der Unternehmenseigenschaft der in den §§ 35, 36 SGB V genannten Verbände und Gremien zunächst die Unternehmenseigenschaft der einzelnen Krankenkassen zu untersuchen. Diese Erwägung ist darauf begründet, daß die dort genannten Verbände und Gremien in ihrer Struktur jeweils gerade auf den einzelnen Krankenkassen aufbauen. Daher rückt die Untersuchung dieser kleinsten Organisationseinheit, nämlich der einzelnen Krankenkasse, als gemeinsamer Baustein aller Verbandsarten in den Vordergrund. Es müssen gegebenenfalls bei der sich dann anschließenden Untersuchung der Unternehmens- oder Unternehmensverbandseigenschaft der Krankenkassenverbände die Besonderheiten

2 Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 8.

3 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 5.

4 Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 10.

5 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 8.

der einzelnen Arten der Krankenkassen berücksichtigt werden.

a) Nachzeichnung der Entwicklung der Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff

Von zentraler Bedeutung für die Auslegung des Unternehmensbegriffs ist das Verhältnis des Unternehmens zur Rechtspersönlichkeit. Die veränderte Sichtweise hierauf ist in der Rechtsprechung belegbar.

(i) Der Unternehmensbegriffs in der Rechtsprechung zum EGKS-Vertrag

Die ersten Urteile des EuGH, die sich mit der Definition des Begriffs des Unternehmens befaßten, ergingen nicht zum EWG-Vertrag (Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft), sondern zum Vertrag über die EGKS (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl). Der EuGH definierte da ein Unternehmen im Sinne des EGKS-Vertrages „[...]als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren [...], mit welcher auf die Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird[...]“⁶. Dieser Begriff wird überwiegend⁷ als **materieller Unternehmensbegriff** bezeichnet. Anderorts wird diese Definition gleichwohl als **funktionaler Unternehmensbegriff** bezeichnet⁸.

Untersucht man die Definition, so wird man sie im wesentlichen in drei Elemente zerlegen können: erstens ein selbständiges Rechtssubjekt, zweitens die Zusammenfassung verschiedenster Faktoren (personeller, materieller und immaterieller Art) und drittens die dauerhafte Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks. Der materielle Charakter des EGKS-Unternehmensbegriffs wird dabei durch die ersten beiden Elemente begründet, während das dritte Element, die dauerhafte Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks, zweck- oder tätigkeitsbezogen geprägt ist. Strenggenommen handelt es sich auch beim sog. materiellen Unternehmensbegriff um einen gemischt materiell-funktionalen Begriff. Von besonderer Wichtigkeit scheint dem Gerichtshof die Rechtssubjektivität des

6 EuGH, Urt. v. 13.7.1962, Klöckner-Werke AG u.a. gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1962, 655, 687.

7 Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 5; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), spricht von einem „institutionell-juristischen“ Unternehmensbegriff, vgl. Art. 85 Rn. 14.

8 Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 30.

Unternehmens zu sein. Der Gerichtshof unterstreicht seine Entscheidung nämlich durch folgende Worte :

„[...]Gemäß dieser Begriffsbestimmung führt die Bildung eines neuen Rechtssubjekts im Bereich des Wirtschaftslebens stets zur Entstehung eines eigenständigen Unternehmens; in der Tat folgt aus dieser Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Betätigung noch keine Einheit im Rechtssinne, wenn die rechtlichen Wirkungen dieser Betätigung jeweils verschiedenen Rechtssubjekten zugerechnet werden müssen[...]“⁹.

Damit wird durch den EuGH der Begriff des Rechtssubjekts praktisch mit dem des Unternehmens gleichgesetzt, jeglicher funktionale Ansatz vernachlässigt. Ausdrücklich nimmt der Gerichtshof eine solche Gleichsetzung in einem später ergangenen Urteil an, in welchem er anscheinend weitere Ausführungen hierzu als nicht erforderlich ansieht¹⁰ :

„[...]Der Unternehmensbegriff im Sinne der Ausgleichseinrichtung deckt sich mit dem Rechtsbegriff der natürlichen oder juristischen Person.[...]“

Eine Begründung für diese Rechtsprechung scheint ein älteres Urteil des EuGH zu geben :

„[...]Der Unternehmensbegriff im Sinne des Vertrages deckt sich mit dem Rechtsbegriff der natürlichen oder juristischen Person, denn der Vertrag verwendet jenen Begriff in der Hauptsache zu dem Zweck, die Träger gemeinschaftsrechtlicher Rechte und Pflichten zu bezeichnen. Daß mehrere voneinander verschiedene Gesellschaften ein einziges Unternehmen im Sinne von Artikel 80 des [EGKS-] Vertrages darstellen könnten, ließe sich nur dann annehmen, wenn der Vertrag eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung enthielte. Da dies jedoch nicht der Fall ist, bleibt kein Raum für die Annahme, daß zwei getrennte, voneinander verschiedene Gesellschaften ein einziges Unternehmen im Sinne des Vertrages sein können; dies um so weniger, als sie nach ihrer nationalen Rechtsordnung verschiedene juristische Personen sind. Die gegenteilige Auffassung würde überdies

9 EuGH, Urt. v. 13.7.1962, Klöckner-Werke AG u.a. gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1962, 655, 687.

10 EuGH, Urt. V 16.6.1966, „Acciaierie e Ferriere di Solbiate gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1966, 510, 521; vgl. auch Leitsatz 2 (S. 510) der Entscheidung, der ausdrücklich auf das o.g. Klöckner-Urteil verweist.

die Identifizierung der in Artikel 80 [EGKS-Vertrag] bezeichneten Unternehmen häufig unmöglich machen. [...]“¹¹

Als Konsequenz daraus lautet der Leitsatz Nr. 8 dieses Urteils :

„[...]Demnach können mehrere Gesellschaften mit verschiedener Rechtspersönlichkeit selbst bei einem bis ins letzte durchgeführten wirtschaftlichen Zusammenschluß nicht ein einziges Unternehmen im Sinne des Vertrages bilden“¹².

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß in dieser (frühen) Rechtsprechung des EuGH zum EGKS-Unternehmensbegriff die Rechtssubjektivität der zentrale Punkt des Unternehmensverständnisses des Gerichtshofs ist.

Was nun die Bedeutung des EGKS-Unternehmensbegriffs für das Recht des EG-Vertrages angeht, so ist nach ganz überwiegender Ansicht in der Literatur der Unternehmensbegriff der Art. 85ff. EGV eigenständig auszulegen, es besteht also keine Identität der Unternehmensbegriffe der Verträge per se¹³. Dennoch wird zuweilen zumindest inhaltlich der EGKS-Unternehmensbegriff mit dem EG-Unternehmensbegriff gleichgesetzt¹⁴, und dies nicht nur in der Literatur. Auch das Gericht erster Instanz (EuGEI) greift gelegentlich in Fällen der Art. 85, 86 EGV auf den materiellen Unternehmensbegriff zurück¹⁵. Dessen ungeachtet sind die näheren Umstände der zitierten Entscheidungen zu berücksichtigen. Alle bislang in diesem Zusammenhang genannten Entscheidungen ergingen in Fällen, in welchen gegen die klagenden Gesellschaften Entscheidungen der Hohen Behörde der EGKS ergangen waren, wonach diese Beträge in die Ausgleichskasse für Schrott einzuzahlen hatten. Diese Ausgleichskasse für Schrott war mit dem Ziel ins Leben gerufen worden, innerhalb der Gemeinschaft für Kohle und Stahl den Preis für

11 EuGH, Urt. v. 22.3.1961, „SNUPAT gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1961, 111, 164f.

12 EuGH, Urt. v. 22.3.1961, „SNUPAT gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1961, 111, 115 (Leitsatz 8).

13 Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 5; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 13; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 19.

14 So beispielsweise wenig differenzierend Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 30, der den EGKS-Unternehmensbegriff durch die Entscheidungspraxis auch für den Bereich des EG-Vertrages übernommen sieht.

15 Siehe EuGEI, Urt. v. 10.3.1992, „Shell International Chemical Company gegen Kommission“, Slg. 1992, II-757, 759 (Leitsatz Nr. 6), 884 (Rn. 311); Urt. v. 12.1.1995, „Viho Europe BV gegen Kommission“, Slg. 1995, II-17, 35 (Rn. 50), bestätigt durch EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Slg. 1996, I-5457, 5489 (Rn. 50), wobei das an selber Stelle ebenfalls zitierte Urteil Hydrotherm gegen Compact dem EGKS-Unternehmensbegriff streng betrachtet inhaltlich diametral entgegensteht.

Industrieschrott auf einem gewissen Mindestniveau zu halten. Deswegen wurde auf jede Tonne Industrieschrott, die ein Unternehmen kaufte, eine Umlage aufgeschlagen, welche der Preisregulierung diene. In den streitigen Fällen ist der Konzernschrott zwischen mehreren Tochterfirmen einunddesselben Konzerns bewegt worden, wobei als Bezahlung (wenn überhaupt) nur die Kosten ausgeglichen wurden. Für die Umlagepflichtigkeit war folglich entscheidend, ob es sich um mehrere Unternehmen und ob es sich um einen Kauf im Sinne der Norm handelte.

Der Gerichtshof hat hier in allen Fällen eine Umlagepflicht angenommen, also beide strittigen Punkte bejaht. Die Kürze der Ausführungen in den jeweils entscheidenden Passagen und insbesondere die formalistische Argumentation (starke Akzentuierung der Eigenschaft als juristische Person, keinerlei Beachtung der wirtschaftlichen Strukturen als Konzern) legt jedoch den Verdacht nahe, daß das Ergebnis hier die Begründung zur Folge hatte und nicht die Begründung das Ergebnis. So fehlt insbesondere jede Auseinandersetzung mit der ratio legis der die Schrottausgleichskasse regelnden Normen, welche von den Klägerinnen in ihren Klagebegründungen ins Feld geführt wurden.

Ferner ist der Zeitpunkt zu berücksichtigen, in welchem die Entscheidungen zur Schrottausgleichskasse ergangen sind, nämlich in der ersten Hälfte der sechziger Jahre. Zu diesem Zeitpunkt war das Problembewußtsein für die rechtliche Behandlung verbundener Unternehmen mit all ihren Besonderheiten noch nicht besonders ausgebildet.

(ii) Emanzipation des EGV-Unternehmensbegriffs

Der Unternehmensbegriff des EG-Vertrages stand zunächst in der Tradition desjenigen des EGKS-Vertrages. Wie bereits erwähnt sind sogar neuere Entscheidungen vor allem des EuGEI ergangen, welche den Unternehmensbegriff des EGKS-Vertrages zumindest teilweise weiterhin verwenden¹⁶. Bei genauerer Betrachtung schließt diese Rechtsprechung aber nicht nahtlos an den Unternehmensbegriff des EGKS-Vertrages an. Beim Vergleich der einzelnen Unternehmensmerkmale, die jeweils für erforderlich gehalten werden, fällt auf, daß der Begriff des Rechtssubjekts nicht mehr auftaucht :

¹⁶ Siehe vorige Fußnote.

„[...]Ferner hat das Gericht entschieden, daß Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages an wirtschaftliche Einheiten gerichtet ist, die jeweils in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt und an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein kann. [...]“¹⁷

Der Begriff des Rechtssubjekts ist also durch den der wirtschaftlichen Einheit ersetzt, ein Ausdruck, der inhaltlich nicht an den formal-rechtlichen, sondern an den wirtschaftlichen Gegebenheiten anzuknüpft. Wenn nun zwei juristische Personen zusammen eine wirtschaftliche Einheit bilden könnten, würde es sich bei ihnen um ein einziges Unternehmen handeln. Die Gleichsetzung von Unternehmen und juristischer Person, wie sie den EGKS-Urteilen zu entnehmen war, wäre damit aufgehoben. Bereits in der Entscheidung in der Sache Imperial Chemical Industries LTD. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, einer Entscheidung aus dem Jahre 1972, kommt zum Ausdruck, daß die wirtschaftliche Einheit in der Tat nicht mit einem Rechtssubjekt gleichgesetzt werden kann :

„Unter diesen Umständen kann die sich aus der Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeit ergebende formelle Trennung zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft nicht hindern, daß ihr Verhalten auf dem Markt für die Anwendung der Wettbewerbsregeln als Einheit angesehen wird. Daher ist sehr wohl die Klägerin das Unternehmen, das die abgestimmte Verhaltensweise innerhalb des Gemeinsamen Marktes verwirklicht hat.“¹⁸

Der Sache nach ging es darum, daß eine Bußgeldentscheidung gegen eine juristische Person von dieser mit der Begründung angefochten wurde, daß nicht sie selbst, sondern eine Tochtergesellschaft, welche sich auf Betreiben der

17 EuGEI, Urt. v. 12.1.1995, „Viho Europe BV gegen Kommission“, Slg. 1995, II-17, 35 (Rn. 50), bestätigt durch EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Slg. 1996, I-5457, 5489 (Rn. 50), verweisend auf EuGEI, Urt. v. 10.03.1992, „Shell International Chemical Company gegen Kommission“, Slg. 1992, II-757, 759 (Leitsatz Nr. 6) : „[...] Der Begriff des Unternehmens im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag bezeichnet eine wirtschaftliche Einheit, die in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel besteht, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt und an einer Zuwiderhandlung im Sinne dieser Vorschrift beteiligt sein kann. [...]“
Gerade dieses letztere Erfordernis (Befähigung zur Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung) führt jedoch zu einem gewissen Zirkelschluß; der Unternehmensbegriff soll doch gerade klären, wer an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt sein kann. Es kann also gerade nicht zur Definition des Unternehmensbegriffs herangezogen werden, es dient zumindest nicht einer Begrenzung des Kreises der Adressaten.

18 EuGH, Urt. v. 14.07.1972, „Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) gegen Kommission“, Slg. 1972, 619, 665 (Rn. 136-141).

Muttergesellschaft hin an einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beteiligt hatte, richtige Adressatin der Bußgeldentscheidung gewesen wäre. Mutter- und Tochtergesellschaft seien zwei einzeln zu behandelnde Unternehmen. Sie selbst, die Klägerin, sei folglich nicht das den Wettbewerb beschränkende Unternehmen. Ebenso verwendet auch das folgende Urteil den Begriff der wirtschaftlichen Einheit im Zusammenhang mit dem Begriff des Unternehmens :

„[...] Im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird. Die Verordnung Nr. 67/67 der Kommission über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen ist auch dann anzuwenden, wenn auf einer Seite der Vereinbarungen mehrere rechtlich selbständige Unternehmen beteiligt sind, vorausgesetzt, diese Unternehmen bilden im Hinblick auf die Vereinbarung eine wirtschaftliche Einheit. Denn in diesem Fall ist ein Wettbewerb zwischen den Personen, die zusammen als eine einzige Partei an der fraglichen Vereinbarung beteiligt sind, unmöglich. [...]“¹⁹

In diesem Fall ging es um die Frage, ob die Verordnung Nr. 67/67, die Art.85 I EGV für nicht anwendbar erklärt hätte, hier Geltung erlangte. Das wäre dem Wortlaut der Verordnung nach dann der Fall, wenn nur zwei Unternehmen an der Vereinbarung beteiligt gewesen wären. Es waren aber auf der einen Seite die deutsche Firma Hydrotherm und auf der anderen Seite die italienischen Firmen Compact und Officine Sant' Andrea sowie deren beider Eigentümer, Herr Mario Andreoli, beteiligt. Es stellte sich folglich die Frage, ob Herr Andreoli, der unstreitig die vollständige Kontrolle über die beiden italienischen Firmen hatte, mit diesen beiden zusammen als ein Unternehmen anzusehen war. Das in diesem Sinne entscheidende Urteil stellt dabei auf die mangelnde Existenz beschränkbarer Wettbewerbs zwischen den „als eine einzige Partei an der fraglichen Vereinbarung“ beteiligten Personen ab. Zwar wird hier jede einzelne Partei sprachlich als „Unternehmen“ bezeichnet wird („[...]diese Unternehmen bilden[...]“), inhaltlich geht es jedoch darum, daß zumindest wertungsmäßig mehrere juristische Personen ein einzelnes Unternehmen bilden können. Offen bleibt damit, ob das Unternehmen, wenn auch nicht mit dem Rechtssubjekt gleichzusetzen, so doch zwingend an das Vorliegen eines solchen geknüpft ist, oder ob auch ein

19 EuGH, Urt. v. 12.7.1984, „Hydrotherm gegen Compact“, Slg. 1984, 2999, 3016 (Rn. 11).

Unternehmen ohne jede Rechtspersönlichkeit denkbar wäre.

(iii) Der Unternehmensbegriff seit dem Urteil Höfner/Elser

Der größte Schritt weg vom Unternehmensbegriff der frühen EGKS-Vertrags-Rechtsprechung hin zu einem neuen, eigenständigen Unternehmensbegriff des EG-Vertrags ist schließlich in dem Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron zu finden²⁰. Die Kläger verlangten hier von der beklagten Macrotron die Bezahlung des im Rahmen eines Personalvermittlungsvertrages vereinbarten Honorars. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung unter Berufung auf das Arbeitsvermittlungsmonopol des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) der Bundesrepublik Deutschland, in deren Staatsgebiet alle Beteiligten ansässig waren und deren Staatsangehörigkeit sie auch hatten. Nach dieser Norm war die Vermittlung von Arbeitskräften jeglicher Art ausschließlich der Bundesanstalt für Arbeit vorbehalten, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die diese Dienstleistungen unentgeltlich für die jeweils Arbeit bzw. Arbeitskräfte Suchenden anbot. Die Bundesanstalt für Arbeit finanzierte diese Tätigkeit statt dessen über allgemeine, von der einzelnen Arbeitsvermittlung unabhängige Beiträge, die sie nach § 167 AFG von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erhebt. Jegliche gegen das Monopol der Bundesanstalt für Arbeit verstoßende Verträge waren nach § 134 BGB nichtig. Ferner sah § 228 AFG die Möglichkeit der Verhängung eines Bußgeldes in den Fällen des Verstoßes gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol des AFG vor. Der hier maßgebliche Personalvermittlungsvertrag betraf eine Führungskraft, nämlich eine Stelle als Leiter der Verkaufsabteilung. Für solche Stellen galt nach den Feststellungen des Gerichtshofs die Besonderheit, daß sich die Bundesanstalt für Arbeit von Anfang an als zur Bewerkstellung der ihr insoweit übertragenen Aufgabe unfähig erwies und sich infolgedessen trotz des gesetzlichen Verbots für die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft ein grauer Markt bildete, auf welchem Personalberatungsunternehmen und Personalvermittler tätig wurden. Die Bundesanstalt für Arbeit duldet eine solche Tätigkeit in diesen eng begrenzten Feldern bereits seit 1954 und ging insbesondere nicht mit der Verhängung von Bußgeldern gegen die Personalvermittlungsunternehmen nach § 228 AFG vor.

Für die Entscheidung des EuGH war entscheidungserheblich, ob es sich bei der Bundesanstalt für Arbeit um ein Unternehmen i.S.d. Art. 85ff. EGV (nunmehr 81ff.

20 EuGH, Urt. v. 23. 4. 1991, „Klaus Höfner und Fritz Elser gegen Macrotron GmbH“, Slg. 1991, I-1979.

EG) handelte. Die Kläger sahen in der Bundesanstalt für Arbeit ein öffentliches Unternehmen im Sinne des Artikels 90 I EGV (nunmehr Art. 86 EG) und zugleich ein mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrautes Unternehmen im Sinne des Artikels 90 II EGV (nunmehr Art. 86 II EG). Die Beklagte hingegen und die Bundesregierung waren der Ansicht, daß die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung nicht in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts fielen, sofern sie durch eine öffentlich-rechtliche Institution ausgeführt würde. Ferner ließe sich die Bundesanstalt für Arbeit nicht als Unternehmen qualifizieren, weil sie ihre Tätigkeit unentgeltlich ausübe; daran werde auch durch die Beiträge nichts geändert, die seitens der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf abstrakter Basis erhoben würden und nicht in Zusammenhang mit konkret erbrachter Leistung stünden. Der EuGH bezieht hierzu sehr kurz und knapp Stellung und urteilt wie folgt :

„Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfaßt der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Die Arbeitsvermittlung stellt eine wirtschaftliche Tätigkeit dar. Daß die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlich-rechtlichen Anstalten übertragen ist, spricht nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit. Die Arbeitsvermittlung ist nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden und muß nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden. Diese Feststellung gilt insbesondere für die Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft. Somit läßt sich eine Einheit wie eine öffentlich-rechtliche Anstalt für Arbeit, die Arbeitsvermittlung betreibt, als Unternehmen im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln qualifizieren. [...]“²¹

Diese Definition wird allgemein als funktionaler Unternehmensbegriff bezeichnet²². Sie zeichnet sich durch die Tatsache aus, daß sie allein an der Tätigkeit als solcher anknüpft und jegliche Begleitumstände wie etwa die personelle oder materielle Ausrüstung des Unternehmens, die früher noch maßgeblicher Bestandteil der Unternehmensbegriffsdefinition waren, außer Betracht läßt. Die rechtliche Einkleidung des Unternehmens wird ausdrücklich für unbeachtlich erklärt²³. Dies

21 EuGH, Urt. v. 23.4.1991, „Höfner/Elser gegen Macrotron“, Slg. 1991, I-1979, 2016f. (Rn. 21f).

22 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 51

23 Schröter, in: GTE, Vorb Art. 85–89 Rn. 26, kommt unter Berufung auf dieses Urteil über den reinen Wortlaut der Entscheidung hinaus auch zur Entbehrlichkeit jeglicher Rechtsfähigkeit für die Unternehmenseigenschaft.

ist zwar bereits in den oben zitierten früheren Urteilen geschehen, jedoch ging es dort zum einen nur jeweils um die Abgrenzung eines Unternehmens zu einem anderen und nicht um die Unternehmensqualität schlechthin, und zum anderen geht die Entscheidung Höfner/Elser gegen Macrotron in ihrer Eindeutigkeit über die in den oben genannten Urteilen gewählten Formulierungen hinaus. In diese Entwicklung paßt ferner, daß in einem neuen Urteil des EuGH die personellen, materiellen und immateriellen Elemente ausdrücklich für belanglos erklärt worden sind²⁴. Spätestens mit dieser Entscheidung ist offensichtlich, daß die Unternehmensdefinition, wie sie in den EGKS-Urteilen verwendet wurde, in der weiteren Rechtsprechung von EuGH und EuGEI zum Unternehmensbegriff des EG-Vertrages keinen Platz haben wird.

(iv) Würdigung der Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff

Vergleicht man die zeitlichen Daten der zitierten Entscheidungen, so wird man feststellen, daß die Entwicklung hin zu einem rein funktionalen Unternehmensbegriff keineswegs so eindeutig und homogen stattgefunden hat oder stattfindet, wie es aufgrund der hier dargestellten Nachzeichnung den Anschein haben mag. Vielmehr zitiert die neuere Rechtsprechung in ihren Urteilen hin und wieder auch ältere Urteile mit älteren Unternehmensdefinitionen. Dies ist wohl vorwiegend damit zu erklären, daß auch höchstrichterliche Urteile stets Einzelfallentscheidungen sind und die Entscheidung des einzelnen Falles daher in den Erwägungen der Richter eine zentrale Rolle einnimmt. Ferner darf man nicht vergessen, daß die Urteile in sehr unterschiedlichen Zusammenhängen ergingen und sehr unterschiedliche Sachverhalte mit unterschiedlichen Problemstellungen zum Gegenstand hatten. So tauchen sowohl klassische Kartellkonstellationen als auch Zurechnungsfälle und Situationen der Beschränkung konzerninternen Wettbewerbs auf.

Bei einer Bestandsaufnahme der neueren Urteile, die mittelbar oder unmittelbar den Unternehmensbegriff der Art. 81 ff. EG (vormals 85ff. EGV) zum Gegenstand haben, ist die Definition, wie sie im Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron verwendet wurde, die zunehmend gebräuchlichste²⁵. Die Bezugnahme auf

24 EuGH, Urt. v. 18.6.1998, „Kommission gegen Italien“ Slg. 1998, I-3851, 3896 (Rn. 38).

25 Siehe beispielsweise EuGH, Urt. v. 17.2.1993, „Christian Poucet u.a. gegen Assurances générales de France u.a.“, Slg. 1993, I-637, 669 (Rn. 17); Urt. v. 19.1.1994 „SAT Fluggesellschaft mbH gegen Eurocontrol“ Slg. 1994, I-43, 61 (Rn.18); Urt. v. 8.6.1994, „Kommission gegen Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland“, Slg. 1994, I-2435, 2472f. (Rn. 44); Urt. v. 16.11.1995

Unternehmensbegriffe anderer, inhaltlich abweichender Urteile bildet hier mittlerweile die Ausnahme²⁶.

b) Der Unternehmensbegriff in der Diskussion

Die nicht immer widerspruchsfreie Rechtsprechung hat in vielen Punkten dogmatische Auseinandersetzungen heraufbeschworen. Das Schrifttum hat die Rechtsprechung des EuGH und des EuGEI stets kritisch verfolgt und analysiert. Die Streitpunkte werden nun folgend dargestellt.

(i) Wirtschaftlichkeit der Betätigung

Die Eingrenzung des Unternehmensbegriffs über die wirtschaftliche Tätigkeit und damit über das (potentielle) Bestehen eines Marktes bildet den Dreh- und Angelpunkt jeglichen Ansatzes einer Bestimmung des EG-kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Dies gilt unabhängig davon, ob man dem institutionell-juristischen Unternehmensbegriff folgt oder dem funktional-tätigkeitsbezogenen. Denn in beiden Fällen ist eine wirtschaftliche Betätigung Voraussetzung für die Eigenschaft als Unternehmen (auch der materielle Unternehmensbegriff des EGKS-Vertrages ist letztlich ein gemischt materiell-funktionaler Begriff²⁷).

Wirtschaftlicher Art sind alle Betätigungen, die das Anbieten von oder Nachfragen nach wirtschaftlichen Gütern egal welchen Wirtschaftszweiges zum Gegenstand haben²⁸. Wirtschaftliche Güter sind alles, wofür es einen Markt gibt oder auch nur

„Fédération Française des sociétés d'assurance u.a. gegen Ministère de l'Agriculture et de la Pêche“, Slg. 1995, I-4013, 4028 (Rn. 14); Urt. v. 11.12.1997, „Job Centre coop. Arl“, Slg. 1997, I- 7119, 7120 (Leitsatz 1), 7146f. (Rn.20f); Urt. v. 18.6.1998, „Kommission gegen Italienische Republik“, Slg. 1998, I-3851, 3896f. (Rn. 36). Ferner EuGEI, Urt. v. 2.7.1992, „Dansk Pelsdyravlerforening gegen Kommission“, Slg. 1992, II-1931,1932f. (Leitsatz Nr. 3), 1952 (Rn. 50), (betreffend die Unternehmenseigenschaft einer Genossenschaft); Urt. v. 22.10.1997, „Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf gegen Kommission“, Slg. 1997, II-1739, 1784 (Rn. 120). Sogar noch größer ist der Widerhall des Urteils in den Schlussanträgen der Generalanwälte.

26 So etwa EuGH, Urt. v. 24.10.1996 „Viho Europe BV gegen Kommission“, Slg. 1996, I-5457, 5489 (Rn. 50) : Verweis auf EuGH, Urt. v. 12.7.1984, „Hydrotherm gegen Compact“, Slg. 1984, 2999, 3016 (Rn. 11), und EuGEI, Urt. v. 10.3.1992, „Shell International Chemical Company gegen Kommission“, Slg. II-1992, 757, 884 (Rn. 311). Ferner EuGEI, Urt. v. 14.5.1998, „Mo Och Domsjoe AB gegen Kommission“, Slg. 1998, II-1989, 2020 (Rn. 87), ebenfalls unter Verweis auf das Urteil Shell.

27 Siehe oben Seite 101.

28 So auch jüngst wieder EuGH Urt. v. 18.6.1998 „Kommission gegen Italienische Republik“ Slg. 1998, I-3851, 3895f. (Rn. 36 a.E.); ferner Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 Rn. 22;

geben könnte, also neben Waren aller Art auch Dienstleistungen²⁹. Abzugrenzen hiervon sind zum einen nach einhelliger Ansicht die Nachfrage nach Gütern zur Deckung des persönlichen Bedarfs von Einzelpersonen oder Familien³⁰, auch wenn diese Nachfrage volkswirtschaftlich in ihrer Gesamtheit sicherlich außerordentlich gewichtig ist³¹. Gewissermaßen als Pendant zur Nachfrage der Verbraucher soll das Anbieten der Arbeitskraft als unselbständiger Arbeitnehmer gleichfalls keine wirtschaftliche Betätigung sein³².

Dieses Kriterium der Selbständigkeit wird gerade dann interessant, wenn man, abseits des Bildes des klassischen Arbeitnehmers, Situationen betrachtet, in denen die Selbständigkeit nicht ohne weiteres unterstellt werden kann. Klassisches Beispiel solcher Zwitterfälle ist der Handelsvertreter. Zu dessen Beurteilung hat der EuGH in seinem Urteil zum Zuckerkartell³³ ausgeführt :

„Verkauft jedoch ein Absatzmittler im Namen und für Rechnung eines Herstellers oder einer Vereinigung von Herstellern, so kann er grundsätzlich als ein in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedertes Hilfsorgan angesehen werden, das den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen hat und sonach mit dessen Unternehmen ebenso wie ein Handlungsgehilfe eine wirtschaftliche Einheit bildet. Bei dieser Sachlage ergibt sich die Unvereinbarkeit mit Artikel 85 oder 86 nicht aus der bloßen Tatsache, daß der Geschäftsherr einem solchen Hilfsorgan das Verbot auferlegt, ohne seine Zustimmung mit Waren zu handeln, die geeignet sind, seinen eigenen Waren Konkurrenz zu machen. [...] Auch wenn die mit dem Geschäftsherrn getroffene Abmachung ihn als „Handelsvertreter“ bezeichnet, ist ein Absatzmittler nicht als ein in das Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedertes Hilfsorgan anzusehen,

1. wenn ihm aufgrund dieser Abmachung Aufgaben erwachsen oder verbleiben, die

Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I A Rn. 13; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 22; Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 15. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 56.

29 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I A Rn. 14.

30 So Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 33; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 21; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 7; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I A Rn.18; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 – 89 Rn. 24. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 60.

31 So Schröter, in: GTE, aaO.

32 Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, aaO, Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, aaO; Bunte, in: Langen/Bunte, aaO; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I A Rn. 19f.; Schröter, in: GTE, aaO Rn. 23. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 60.

33 EuGH, Urt. v. 16.12.1975, „Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie“ UA u.a. gegen Kommission“, Slg. 1975, 1663, 1665f. (Leitsatz Nr. 6).

aus wirtschaftlicher Sicht insofern denen eines Eigenhändlers ähneln, als der Absatzmittler die finanziellen Risiken des Absatzes bzw. der Abwicklung der mit Dritten geschlossenen Verträge zu tragen hat, oder

2. wenn der Absatzmittler ein bedeutendes Handelshaus ist, das neben seiner Vertriebstätigkeit für Rechnung des Geschäftsherrn in beträchtlichem Umfang eine eigene Geschäftstätigkeit als freier Händler auf dem Markt für das betreffende Erzeugnis entfaltet.

Deshalb kann ein zwischen einem solchen Absatzmittler und seinem Geschäftsherrn verabredetes Wettbewerbsverbot eine gemäß Artikel 85 untersagte Vereinbarung zwischen Unternehmen darstellen.[...]³⁴

Die Stellung des Absatzmittlers hängt also stark von den Ausgestaltungen des Einzelfalles ab, wobei der Verteilung der wirtschaftlichen Risiken eine besonderes Augenmerk zukommt³⁴. Künstler, Erfinder oder Sportler üben eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, wenn sie ihre Tätigkeit vermarkten. Ausreichend ist stets eine auch wirtschaftliche Betätigung, sie muß nicht Hauptziel oder –motiv des Ausübenden sein. Ferner ist eine absolute oder relative Mindestgröße der wirtschaftlichen Betätigung nicht erforderlich, die Unternehmensgröße ist für die Unternehmenseigenschaft belanglos³⁵. Die Unternehmenseigenschaft hängt insbesondere nicht von Mindestumsatzzahlen oder ähnlichem ab.

(ii) Die Bedeutung des Rechtssubjektes für die Unternehmenseigenschaft

Kernpunkt fast aller Streitigkeiten zum Unternehmensbegriff der Art. 81ff. EG ist die Bedeutung des Rechtssubjekts für die Eigenschaft als Unternehmen. Die entgegengesetzten Positionen sind der institutionell-juristische (materielle) Unternehmensbegriff auf der einen Seite, wie er vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH zum EGKS-Vertrag geprägt wurde, aber in leicht modifizierter Form auch heute durchaus noch vertreten wird³⁶, auf der anderen Seite

34 Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 9; Goyder S. 89. Ebenso Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 170, unter Verweis auf die aktuelle Form der „Bekanntmachung vom 24.12.1962 über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern“, ABl. 1962, 2921. Zwar nicht im Ergebnis, aber doch bezogen auf die rechtstheoretische Behandlung a.A. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 Rn. 24.

35 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 20; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 28; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I A Rn. 26; Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 17 a.E.; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 59.

36 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 51f. Pohlmann, 1. Teil B. I 4. a) (S. 49f.); Kovar, in: Constantinesco/Jacqué, Art. 85 Rn. 7.

der tätigkeitsbezogene Unternehmensbegriff, wie ihn der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung zu bevorzugen scheint³⁷.

Während die erste Ansicht zunächst auf das Bestehen eines Rechtssubjekts achtet und nur ergänzend auch auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit³⁸, ist für den tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriff das Vorliegen eines Rechtssubjekts bis zur Belanglosigkeit zweitrangig³⁹. Die Verbote der Art. 81ff. EG sollen als solche den so begriffenen Unternehmen gegenüber unmittelbar gelten. Allein für die Arbeit der Kommission (und der Gerichte) sei das Vorliegen eines Rechtsträgers erforderlich, weil es eben eines Adressaten für Entscheidungen und Bußgelder bedürfe⁴⁰. Darüber hinaus ist für den tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriff das Vorliegen eines Rechtssubjektes entbehrlich, zumindest soweit es die reinen Verbotsnormen der Art. 81, 82 betrifft. So könne etwa auch ein nichtrechtsfähiger Verein Unternehmen im Sinne des Art. 85 (nun 81) EWG-Vertrag sein⁴¹, eine Entscheidung sei dann ggf. an die Mitglieder des Vereins zu richten, auch wenn diese selbst gerade nicht unmittelbar Träger der Unternehmung seien⁴². Dem verfahrensrechtlichen Einwand hiergegen, daß zumindest eine juristische Person als Adressat für ihre Entscheidungen gegeben sein müsse, schließt sich auch die Kommission an⁴³. Es handelt sich um eine praktische Erwägung. Da in der Praxis Probleme in Bezug auf den Adressaten sich aber eigentlich nur dahingehend stellen, den richtigen aus einer ganzen Gruppe von in Betracht kommenden Rechtsträgern herauszufinden, etwa bei einer größeren Anzahl einheitlich gelenkter Gesellschaften (im Konzern), ist dieser Einwand wohl nur von begrenzter Überzeugungskraft. Daß das jeweilige Verhalten keiner rechtsfähigen

37 Sie oben die Ausführungen zum Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron S.108.

38 Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 31; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 85 Rn. 6; bereits vor sämtlichen Entscheidungen zum Unternehmensbegriff so auch Everling, in: Wohlfarth, Art. 85 Nr. 1.

39 So vor allem Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 16, 17ff; ferner Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 26, der jedoch die Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren zu einer einheitlichen Organisation noch immer für erforderlich hält.

Für eine Differenzierung zwischen dem Unternehmen als solchem und dem Unternehmensträger wohl auch Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 5, 11f.

40 Siehe Emmerich aaO Rn. 17.

41 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, aaO Rn. 17 a.E.; Schröter, in: GTE, aaO Rn. 26. Durch Urteil des 2. Zivilsenat des BGH vom 29.1.2001 (II ZR 331/00) wurde nunmehr aber auch der BGB-Gesellschaft Rechtsfähigkeit im eigentlichen Sinne zugbilligt. Dies dürfte auch auf den nicht eingetragenen Verein zu übertragen sein, der daher (wohl) auch als rechtsfähig anzusehen sein dürfte, so daß diese Auseinandersetzung in ihrer Natur noch praxisferner geworden ist.

42 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, aaO.

43 Kommission, Entsch. v. 13.7.1994, ABl. EG 1994 Nr. L 243/1, 45 (Tz. 141) „Karton“; Entsch. v. 27.7.1994, ABl. EG Nr. L 239/29 (Tz. 44) „PVC“.

Person zugerechnet werden konnte, ist bislang in den veröffentlichten Entscheidungen und Urteilen von Kommission und Gerichten nicht dokumentiert. Die Praxis der Zurechnung von Verhaltensweisen, wie sie die Kommission⁴⁴ mit Zustimmung der Gerichte⁴⁵ durchführt, läßt auch nicht erwarten, daß sich hieran etwas ändern könnte. In all diesen Situationen hätte der rein funktionale Unternehmensbegriff aber gleichermaßen eine juristische Person als Adressaten für das Kartellverbot gefunden. Die praktische Anwendbarkeit läßt sich daher weder als Argument für den einen noch für den anderen Unternehmensbegriff anführen, da beide gleichermaßen zum Erfolg führen bzw. führen würden.

(iii) Dauerhaftigkeit/potentielle Unternehmen

Im engen Zusammenhang zum Begriff der Wirtschaftlichkeit der Betätigung steht die Frage nach der Dauerhaftigkeit der Betätigung. Auf die Urteile des EuGH zur Schrottausgleichskasse der EGKS gestützt, fordert eine Ansicht im Schrifttum, daß die wirtschaftliche Betätigung von dauerhafter Natur sein müsse, damit es sich tatsächlich um ein Unternehmen handle⁴⁶. Hiergegen wenden sich andere Stimmen der Kommentarliteratur, die wegen des gewandelten Unternehmensbegriffs und der nunmehr rein funktionalen Ausrichtung desselben die Dauerhaftigkeit für nicht erforderlich halten⁴⁷. Diese Auseinandersetzung ist begründet in widersprüchlichen Urteilen der Gerichte. Die alte Rechtsprechung des EuGH zum

44 Vgl. etwa Kommission, Entsch. v. 9.12.1971, ABl. 1972 Nr. L 7/35 (Rn. 2); Entsch. v. 18.8.1986, ABl. EG 1986 Nr. L 230/1, 31 (Rn. 96 – 102) „Enichem Anic“; Entsch. v. 5.12.1988, ABl. 1989 Nr. L 10/50 (Rn. 2), 63 (Rn. 105f.) „BPB“; Entsch. v. 13.7.1994, ABl. 1994 Nr. L 243/1, 45 (Rn. 140f.) „SCA Holding“.

45 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, „Continental Can u.a. gegen Kommission“, Slg. 1973, 215, 216 (Ls. 4), 242 (Rn. 15); Urt. v. 25.10.1983, „AEG/Telefunken gegen Kommission“, Slg. 1983, 3151, 3154 (Ls. 8), 3198f. (Rn. 48f, insbesondere Rn. 50); EuGEI, Urt. v. 17.12.1991, „Enichem Anic Spa gegen Kommission“, Slg. 1991, II-1623, 1626 (Ls. 8), 1692 (Rn. 228f); Urt. v. 1.4.1993, „BPB Industries u.a. gegen Kommission“, Slg. 1993, II-389, 440 (Rn. 149); Urt. v. 14.5.1998, „SCA Holding gegen Kommission“, Slg. 1998, II-1373, 1397 (Rn. 63f., auch Zurechnung von Verhalten vor Übernahme); Urt. v. 14.5.1998 „Cascades SA gegen Kommission“, Slg. 1998, II-925, 969 (Rn. 139ff.).

46 Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 33; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 21; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 5 a.E., 6. Die Urteile, auf die sich diese Ansicht beruft sind die folgenden: EuGH, Urt. v. 13.7.1962, „Klöckner-Werke AG u.a. gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1962, 655, 658 (Ls. 3); ferner Urt. v. 13.7.1962, „Mannesmann AG gegen Hohe Behörde der EGKS“, Slg. 1962, 719 (identische Leitsätze). Vgl. aber auch das wesentlich später gefällte Urteil des EuGEI v. 10.3.1992 „Shell International Chemical gegen Kommission“, Slg. 1992, II-757 sowie die übrigen oben genannten Urteile des EuGEI.

47 So vor allem Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 28. Etwas unklar, aber wohl auch so zu verstehen, Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I A Rn. 17.

Unternehmensbegriff des EGKS-Vertrages und damit auch das Erfordernis der Dauerhaftigkeit wurde vom EuGEI aufgegriffen und in Urteilen zu Art. 85 EWG-Vertrag (a.F., Art. 81 n.F.) verwendet⁴⁸. Dabei wurde nicht beachtet, daß das bereits vorher ergangene Urteil des EuGH in der Sache „Höfner/Elser gegen Macrotron“ eine gewichtige Änderung in der Rechtsprechung des EuGH darstellte. Mit dieser Rechtsprechung war das Festhalten an dem Erfordernis der Dauerhaftigkeit an sich nicht vereinbar, auch wenn der „alte“ Unternehmensbegriff im Urteil „Höfner/Elser gegen Macrotron“ nicht ausdrücklich aufgegeben wurde⁴⁹. Bei dem Erfordernis der Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Betätigung handelt es sich also um rechtliche Altlasten einer aus Sicht des „neuen“ Unternehmensbegriffs des Urteils Höfner/Elser gegen Macrotron an sich überwundenen Rechtsprechung.

Eng verbunden hiermit ist die Problematik des potentiellen Unternehmens. Damit wird allgemein jemand bezeichnet, der sich (noch) nicht wirtschaftlich betätigt, der aber die Möglichkeit hätte, dies zu tun, oder eine unternehmerische Tätigkeit für einen späteren Zeitraum plant. Sofern die jeweilige Tätigkeit nicht erheblichen Marktzugangsschranken unterliegt, stellt beispielsweise der Verkäufer eines Unternehmens aufgrund seines Fachwissens und des von ihm durch den Verkauf erlösten Kapitals regelmäßig ein potentielles Unternehmen dar. Gerade in solchen Fällen unterfällt der potentielle Unternehmer nach ganz einhelliger Ansicht den Wettbewerbsregeln, er ist also Unternehmen iSd Art. 81ff. (vormals 85 ff.) EG⁵⁰. Es ist ihm damit nicht gestattet, sich im Vorfeld einer möglichen tatsächlichen wirtschaftlichen Betätigung an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu beteiligen. An eine dauerhafte Betätigung des potentiellen Unternehmens kann wegen der vollständigen Untätigkeit jedoch gar nicht erst gedacht werden. Denn jemand, der derzeit keine Tätigkeit am Markt entwickelt und bei dem zudem ungewiß ist, ob er jemals (wieder) am Markt aktiv werden wird, ist nie dauerhaft tätig.

Offensichtlich besteht also ein logischer Widerspruch zwischen der Einbeziehung des potentiellen Unternehmens in die Wettbewerbsregeln und der Nichteinbeziehung des nicht dauerhaft tätigwerdenden Unternehmens. Dieser

48 Vgl. Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Fn. 155 (S. 2/69).

49 Siehe EuGH Urt. v. 23. 4. 1991, „Höfner/Elser gegen Macrotron“, Slg. 1991, I-1979 .

50 Müller-Gräff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 33; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 20; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 7a.E.; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn.29; Mestmäcker, „Europäisches Wettbewerbsrecht“ S.205. Vgl. ferner Kommission, Entsch. v. 26.7.1976, ABl. EG 1976 Nr. L 254/40, 45, 46 „Reuter/BASF“.

Widerspruch ist nur durch Aufgabe einer der beiden Regeln zu lösen. Nach der ratio legis des Wettbewerbsrechts soll der unverfälschte Wettbewerb geschützt werden. Für diesen kann es aber keinen Unterschied machen, ob er durch einen aktiven Marktteilnehmer in Frage gestellt wird oder durch jemanden, dessen aktive Marktteilnahme erst noch aussteht. Entscheidend kann im Sinne des Zwecks des europäischen Kartellrechts vielmehr nur sein, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt werden kann. Wer über die Möglichkeiten zur Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung verfügt, kann nicht ohne weiteres aus dem Kreis der Unternehmen ausgeschlossen werden. Zu bedenken ist, daß gerade auch der Nichteintritt in den Wettbewerb eine Beeinträchtigung desselben ist oder zumindest sein kann. Folglich muß nicht nur aktives Tun, sondern auch rein passives Verhalten dem Blick des Wettbewerbsrechts unterworfen werden. Sonst unterfiele etwa eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien, von welchen nur eine eine dauerhafte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, nie dem Wettbewerbsrecht, auch wenn der nicht tätigen Partei für das Unterlassen des Markteintritts Geld versprochen wird. Auch der Markteintritt selbst ist bereits unternehmerische Entscheidung und muß daher dem Wettbewerbsrecht unterstellt werden. Genau aus diesen Gründen wird auch das potentielle Unternehmen vom Unternehmensbegriff des Art. 81 EG erfaßt. Eine Begrenzung des Unternehmensbegriffs auf nur dauerhafte wirtschaftliche Betätigungen stellt daher eine unsachgemäße Verkürzung des Wettbewerbsschutzes dar. Darüber hinaus fällt bei der Lektüre derjenigen Urteile, in denen EuGH und EuGEI eine dauerhafte wirtschaftliche Betätigung fordern⁵¹, auf, daß die Dauerhaftigkeit in keinem Falle entscheidungserheblich war, sondern daß vielmehr den Begründungen nach auch dann identische Urteile gefällt worden wären, wenn die Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Betätigung nicht vorgelegen hätte oder schlechthin unberücksichtigt geblieben wäre⁵². Man sucht vergeblich nach Gründen, die das Erfordernis der Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Betätigung aus rechtsdogmatischer Sicht für den Unternehmensbegriff auch nur nahelegen, geschweige denn zwingend machen.

Folglich ist die Lösung dieses augenscheinlichen Widerspruchs (vor allem der Rechtsprechung) in folgendem Erst-Recht-Schluß zu suchen : wenn schon das potentielle Unternehmen den Wettbewerbsregeln der Art. 81ff. EG (vormals 85 ff. EGV) unterfällt, dann muß dies erst recht für den gelegentlich, aber nicht

51 Siehe S. 114, Fn. 46.

52 Ebenso Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 58.

dauerhaft tätigen Marktteilnehmer gelten⁵³. Die dem widersprechende Rechtsprechung ist insofern rechtsdogmatisch unzureichend begründet und daher außer acht zu lassen. Offen ist aber die genaue Eingrenzung des Begriffs des potentiellen Unternehmens. In derjenigen Kommissionsentscheidung, welche von Seiten der Literatur zur Begründung der Einbeziehung des potentiellen Unternehmens in den Unternehmensbegriff i.S.d. Art. 81ff. EG zitiert wird, handelte es sich bei dem potentiellen Unternehmen um eine natürliche Person, die insbesondere durch ihr Fachwissen in dem Produktionsbereich, der durch den Verkauf einer Gesellschaft an ein anderes Unternehmen übertragen worden war, ohne weiteres in Konkurrenz zum Erwerber hätte treten können⁵⁴. In diesem Fall erscheint die Einbeziehung dieser Person in den Kreis der Unternehmen sinnvoll. Anders hingegen könnte dies bei solchen „potentiellen“ Wettbewerbern zu beurteilen sein, die über diese Möglichkeit gerade nicht verfügen. Es würde beispielsweise verwunderlich anmuten, eine durchschnittlich begüterte und begabte natürliche Person als potentielles Unternehmen im Bereich von z.B. interkontinentalen Linienfluggesellschaften oder im Großschiffsbau anzusehen, da hier wegen der finanziellen Dimension von vornherein klar ist, daß bereits die Aufnahme der Betätigung nicht realisierbar ist.

Folglich kann der Begriff des potentiellen Unternehmens nicht uferlos weit gefaßt werden, sondern bedarf eines eingrenzenden Korrektivs. Die Kommission geht dann von einem potentiellen Unternehmen aus, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, daß es die notwendigen zusätzlichen Investitionen und andere Umstellungskosten auf sich nehmen könnte und wahrscheinlich auch würde, um als Reaktion auf eine geringfügige, aber dauerhafte Heraufsetzung der relativen Preise in den Markt einzutreten⁵⁵.

Enger sollte der Begriff des potentiellen Unternehmens nicht definiert werden. Denn es ist Sinn und Zweck der Einbeziehung des „potentiellen Unternehmens“, den Kreis der Adressaten weit zu halten und so Wettbewerbsbeschränkungen vorzubeugen. Dem entspricht es, wenn man wie die Kommission eine Prognose nur hinsichtlich des **Markteintritts** vornimmt⁵⁶. Nur wenn eine gewisse

53 So auch Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 59.

54 Kommission, Entsch. v. 26.7.1976 „Reuter/BASF“, ABl. 1976 Nr. L 254/40, 45, 46.

55 Siehe Kommission, Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 3 vom 6.1.2001, Rn. 9.

56 Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 16 spricht von der Notwendigkeit einer „reellen Chance hinsichtlich des Markteintritts“.

Wahrscheinlichkeit für einen Markteintritt gegeben ist, besteht zwischen dem potentiellen Unternehmen und den bereits auf dem Markt vorzufindenden Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis. An die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts des potentiellen Unternehmens sollten hingegen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Es ist nicht nur die positive Erwartung, sondern auch die Unsicherheit der am Markt bereits tätigen Unternehmen über den Markteintritt möglicher Wettbewerber im Falle einer Preiserhöhung, die das Marktverhalten der bereits vorzufindenden Unternehmen reguliert. Genau dies macht aber die Bedeutung des potentiellen Unternehmens für den jeweiligen Markt aus.

(iv) Relativität des tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriffs

Eine Bezugnahme auf die jeweilige wirtschaftliche Betätigung bei der Frage nach der Unternehmenseigenschaft legt nahe, daß bei unterschiedlichen Betätigungen ein und derselben Person/Einheit die Antworten hierauf unterschiedlich ausfallen können. Die eine Tätigkeit mag wirtschaftlich sein, so daß man vom Vorliegen eines Unternehmens ausgehen kann. Andere Tätigkeiten hingegen können aus dem Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung herausfallen; es stellt sich dann die Frage, inwieweit dennoch das europäische Wettbewerbsrecht zu beachten ist. Der Unternehmensbegriff ist durch die Berücksichtigung der jeweiligen Tätigkeit logisch zwingend relativ. Dies bedeutet, daß es nicht eine einheitliche, allgemeingültige Antwort auf die Frage nach der Unternehmenseigenschaft eines wirtschaftlich sich Betätigenden gibt, sondern daß in der Tat dies jeweils in Bezug auf die einzelne Tätigkeit zu beurteilen ist⁵⁷. Praktisch relevant wird dies zumeist bei natürlichen Personen, die als Arbeitnehmer abhängig beschäftigt und daher nach ganz h.M.⁵⁸ (insoweit) kein Unternehmen sind, sich aber anderweitig (nebenberuflich) wirtschaftlich betätigen⁵⁹. Diese Differenzierung nach der jeweils ausgeübten Tätigkeit muß auch auf diejenigen Anwendung finden, denen man die Unternehmenseigenschaft vielleicht vorschnell zuzuschreiben geneigt ist, nämlich Unternehmen der Großindustrie, juristischen Personen und Handelsgesellschaften

57 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 61.

58 Siehe Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 10; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), aaO; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 33; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 21; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 7; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 19f.; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 23.

59 So etwa im Fall des EuGH, Urt. v. 11.10.1983, „Oswald Schmidt gegen Kommission“, Slg. 1983, 3045 („Demo-Studio Schmidt“): ein in einer Maschinenfabrik als Konstrukteur tätiger Arbeitnehmer betrieb nebenberuflich ein Ladengeschäft für Unterhaltungselektronik.

im allgemeinen. Mag deren Unternehmenseigenschaft in fast allen Fällen klar auf der Hand liegen, so gibt es auch hier durchaus Fallkonstellationen, in denen die Unternehmenseigenschaft einer genaueren Erörterung bedürfte. Als Beispiel sei auf das vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika sich steigender Beliebtheit erfreuende „social sponsoring“ hingewiesen : Wirtschaftsunternehmen engagieren sich in sozialen Bereichen, zumeist jedoch nicht, ohne dieses Engagement mittels passender Werbekampagnen zur Verbesserung des „Firmenimages“ der Öffentlichkeit derselben zu präsentieren. Auch in der Bundesrepublik haben bereits verschiedene Unternehmen zusammen eine Initiative („Die Tafeln“) gegründet, in der übergebliebene Lebensmittel einer Supermarktkette mittels von einem Automobilkonzern zur Verfügung gestellter Kraftfahrzeuge zu Hilfseinrichtungen für Obdachlose geschafft wurden, was von einem privaten Fernsehsender, dem dritten an dieser Initiative beteiligten Unternehmen, werbewirksam der interessierten Öffentlichkeit mitgeteilt wurde. Dabei bleibt offen, ob durch diese Werbung (vor allem) die Öffentlichkeitsarbeit der drei Unternehmen betrieben wird, oder ob auch (so die Aufforderung der Werbefilme) weitere Unternehmen zur Teilnahme an dieser gemeinnützigen Initiative gebracht werden sollen. In diesem Fall könnte nicht ohne weiteres aus der Unternehmenseigenschaft der drei vorrangig beteiligten Unternehmen auf ihre Eigenschaft als Unternehmen auch in diesem Fall geschlossen werden. Es wäre vielmehr zu untersuchen, ob auch hier eine wirtschaftliche Betätigung (etwa in der kostenlosen Vergabe von Lebensmitteln oder dem unentgeltlichen Zurverfügungstellen eines Fuhrparks) der Unternehmen gegeben ist.

Es ist also festzuhalten, daß nach dem relativen Unternehmensbegriff weder die wirtschaftliche Betätigung in einem Bereich die Unternehmenseigenschaft (und damit die Anwendung der Wettbewerbsnormen des EWG-Vertrages) in einem anderen Bereich vorwegnimmt, noch daß das Fehlen der Unternehmenseigenschaft in einem Bereich jegliche (wirtschaftliche) Betätigung in einem anderen Bereich von den Regeln des Wettbewerbsrechts freistellt.

(v) Gewinnerzielungsabsicht und Entgeltlichkeit

Ein weiterer Konfliktpunkt bei der Auslegung des Unternehmensbegriffs ist der der Notwendigkeit einer Gewinnerzielungsabsicht. Es ist heute nahezu unumstritten,

daß eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist⁶⁰. Jedoch gibt es auch hier einige Stimmen, die eine Gewinnerzielungsabsicht unter dem Begriff der „Erwerbswirtschaftlichkeit“ für erforderlich halten⁶¹. Diese Auslegung des Unternehmensbegriffs kann sich auf ein Urteil des EuGH berufen, in dem die Floskel des „Tätigwerdens zu Erwerbzzwecken“ zu lesen ist⁶². In zwei Urteilen des EuGEI ist die Rede von der „Absicht kaufmännischer Gewinnerzielung“, die zwar nicht zur Bedingung, aber doch immerhin zum maßgeblichen Gesichtspunkt für die Eigenschaft als Unternehmen gemacht wird⁶³. Bei genauerer Lektüre weist das Urteil des EuGH einige Unklarheiten auf. Inhaltlich ging es um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, die auf alle Papiererzeugnisse (mit Ausnahme von Zeitungspapier) unabhängig von ihrer Herkunft eine parafiskalische Abgabe erhob, die zu verschiedenen Zwecken, vor allem aber zur Subventionierung von Zeitungspapier verwendet wurde. Die dritte Vorlagefrage warf die Frage auf, ob durch dieses Umverteilungssystem die Wettbewerbsregeln der Art. 85, 86 EGV (Art. 81, 82 EG) verletzt würden. In seiner Entscheidung legte der EuGH dar, daß die Tätigkeit einer - sei es auch autonomen - öffentlich-rechtlichen Körperschaft unter andere Vorschriften falle und nicht unter die Art. 85, 86 EGV, jedenfalls soweit die Körperschaft im öffentlichen Interesse und nicht zu Erwerbzzwecken tätig wird. Die Entscheidung betraf also den Sonderfall, daß öffentliche Interessen und eine (autonome) öffentlich-rechtliche Körperschaft involviert war. Ferner spricht der EuGH hier allgemein vom Unterfallen unter die Art. 85, 86 EGV (nunmehr 81, 82 EG). Er stellt nicht die Unternehmenseigenschaft als solche in Frage, sondern scheint die Problematik der „Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch staatlichen Eingriff“⁶⁴ durch die Verdrängung der allgemeinen Wettbewerbsnormen durch spezielle Normen zu lösen. Das ließe dann aber keine Rückschlüsse aus diesem Urteil auf die Eigenschaften des Unternehmensbegriffs schlechthin und das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht im besonderen zu.

60 Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 34; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 22; Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 22; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 7; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 57; Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 Rn. 19.

61 So etwa Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 5.

62 EuGH, Urt. v. 18.6.1975, „Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) gegen Ente Nazionale per la Cellulosa e per la Carta (ENCC)“, Slg. 1975, 699, 713 (Rn. 35). Inhaltlich dieser Entscheidung folgend Mailänder, in: GK-GWB und Europäisches Kartellrecht, EWGV-BerAusn. Rn. 6.

63 Vgl. EuGEI, Urt. v. 10.7.1991, „Independent Television Publications Ltd. gegen Kommission“, Slg. 1991, II-575, 582 (Rn. 5); Urt. v. 10.7.1991, „British Broadcasting Corporation und BBC Enterprises Ltd. gegen Kommission“, Slg. 1991, II-535, 542 (Rn. 5).

64 So ausdrücklich EuGH, Urt. v. 18.6.1975, „Industria Gomma Articoli Vari (IGAV) gegen Ente Nazionale per la Cellulosa e per la Carta (ENCC)“, Slg. 1975, 699, 713 (Rn. 33).

In dem Urteil „Höfner/Elser gegen Macrotron“ hat der EuGH sodann entschieden, daß für die Unternehmenseigenschaft die Art der Finanzierung der wirtschaftlichen Betätigung außer Betracht bleibt⁶⁵. Dies wird allgemein so verstanden, daß nicht nur die Art der Finanzierung unmaßgeblich ist, sondern auch die Absicht der Gewinnerzielung⁶⁶. Ferner hat der EuGH in neueren Urteilen ausdrücklich festgestellt, daß er die Absicht einer Gewinnerzielung für die Eigenschaft als Unternehmen nicht als konstitutiv erachtet⁶⁷. Zu den zuletzt zitierten Urteilen ist jedoch zu sagen, daß der Entscheidungshintergrund kein wettbewerbsrechtlicher war, sondern es um die Umsetzung von Arbeitnehmerschutzrichtlinien in den Mitgliedstaaten ging. Der hier verwendete Unternehmensbegriff muß also nicht mit dem des EG-Kartellrechts übereinstimmen. Allerdings befindet sich in Rn. 44 des Urteils eine ausdrückliche Bezugnahme auf den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff, wie er im Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron verwendet wurde. Der Gerichtshof scheint daher zumindest insoweit, als es die Gewinnerzielungsabsicht betrifft, von einer Deckungsgleichheit der Unternehmensbegriffe auszugehen.

Unabhängig davon, welche Aussagekraft man diesem Urteil für den Unternehmensbegriff der Art. 81ff EG zugestehen will, macht der Verweis auf das Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron in Rn. 44 eines deutlich. Der EuGH geht anscheinend ohne weiteres davon aus, daß die Formulierung „unabhängig von [...] der Art ihrer Finanzierung“ aus dem Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron tatsächlich in dem oben dargestellten Sinne zu verstehen ist, nämlich als Verzicht auf das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht für den Unternehmensbegriff der Art. 81ff. EG. Schließlich lassen auch die anderen zitierten Urteile daran keinen Zweifel.

Eng mit der Frage der Gewinnerzielungsabsicht verbunden, aber nicht deckungsgleich, ist die Frage der Entgeltlichkeit der wirtschaftlichen Betätigung. Gelegentlich wird allgemein behauptet, daß die wirtschaftliche Betätigung, die die

65 EuGH, Urt. v. 23.4.1991, „Höfner u. Elser gegen Macrotron“, Slg. 1991, I-1979,1980 (Ls. 1), 2016 (Rn. 21).

66 Siehe Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 19.

67 EuGH, Urt. v. 16.11.1995, „Fédération Française des Sociétés d'Assurance u.a. gegen Ministre de l'Agriculture et de la Pêche“, Slg. 1995, I-4013, 4014 (Leitsatz), 4030 (Rn. 21); Urt. v. 11.12.1997 „Job Centre coop. arl. Gegen Corte d'appello Mailand“, Slg. 1997, I-7119, 7147 (Rn. 21). Siehe ferner EuGH, Urt. v. 8.6.1994, „Kommission gegen Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland“, Slg. 1994, I-2435, 2436 (Ls. 2).

Unternehmenseigenschaft begründe, gegen Entgelt erbracht werden muß⁶⁸. In dieser Allgemeingültigkeit kann sich diese Aussage aber kaum aufrecht erhalten lassen⁶⁹. Dies wird klar, wenn man sich beispielsweise die Tätigkeit des Staates bei der Vergabe von Subventionen in Form zinsloser Darlehen vor Augen führt. Diese Tätigkeit würde bei Gültigkeit jener Aussage die Unternehmenseigenschaft nicht begründen, obwohl sie in ihren Auswirkungen wirtschaftlicher kaum sein könnte, da auch Banken und Kreditinstitute den (freilich entgeltlichen) Verleih von Geld betreiben. Es ist vielmehr danach zu fragen, ob auf abstrakter Basis für die angebotenen Leistungen im Bereich des Gemeinsamen Marktes ein Entgelt verlangt werden könnte⁷⁰. Letztlich geht es darum, ob ein Markt für die angebotenen Leistungen besteht oder bestehen könnte. Dies ist aber nur die Kernfrage nach der Wirtschaftlichkeit der Betätigung, wie sie bereits oben⁷¹ zur Gretchenfrage des Unternehmensbegriffs gekürt wurde. Daraus ergibt sich, daß die Frage der abstrakten Entgeltlichkeit kein neues, eigenes Kriterium darstellt, sondern vielmehr im Rahmen der Wirtschaftlichkeit der Betätigung Grundvoraussetzung für den Unternehmensbegriff ist.

Das Erfordernis einer konkreten Entgeltlichkeit hingegen, wie es von den oben genannten Vertretern der Literatur befürwortet wird, wird man verneinen müssen. Zum einen stünde das Erfordernis der konkreten Entgeltlichkeit der angebotenen Leistungen in krassem Widerspruch zur Zielsetzung des EG-Wettbewerbsrechts, denn den Mitgliedstaaten würden (vorbehaltlich einer beihilferechtlichen Zulässigkeit) Freiheiten zum Eingriff in die Wettbewerbsordnung eröffnet. Auch ist die Entgeltlichkeit als solche nicht stets einfach zu beurteilen. Es können sich vielmehr auch hier unterschiedliche Beurteilungen je nach Bezugspunkt ergeben. Verteilt jemand Werbematerial auf eigene Kosten, so handelt er strenggenommen nicht entgeltlich. Wird er aber von einem anderen hierfür bezahlt, so ist eine Entgeltlichkeit im Verhältnis zu diesem anderen gegeben, nicht aber im Verhältnis zu den Empfängern des Materials. Das Erfordernis einer Entgeltlichkeit wird stets dort auf Probleme stoßen, wo der genaue Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung nicht auf den ersten Blick erkennbar ist.

So hat auch der EuGH in dem bereits mehrfach zitierten Urteil Höfner/Elser gegen

68 Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 5 a.E.; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 15.

69 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 57.

70 Vgl. Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 17.

71 Siehe oben bb) S. 112.

Macrotron⁷² die einzelfallsbezogene Entgeltlichkeit für nicht erforderlich angesehen, auch wenn die Tätigkeit der BFA durch allgemeine Beiträge der Arbeitnehmer und Arbeitgeber finanziert wurde. In einem früheren Urteil zur Unternehmenseigenschaft der Mitgliedstaaten hält es der Gerichtshof für erheblich, ob der jeweilige Staat „wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller und kommerzieller Art ausübt, die darin bestehen, Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten“⁷³. Eine Bestätigung dieser Rechtsprechung erfolgte jüngst in einem Urteil, in welchem der EuGH wiederum die Marktbezogenheit der Tätigkeit in den Vordergrund stellte⁷⁴. Schließlich hat auch das Gericht Erster Instanz sich diesem Standpunkt angeschlossen⁷⁵, dem auch die Kommission folgt⁷⁶. Insgesamt betrachtet ist die Entgeltlichkeit also nur insofern von Belang, als es um das potentielle Bestehen eines Marktes für die angebotenen Güter oder Dienstleistungen geht. Die konkrete Leistungsgewährung hingegen muß nicht notwendigerweise gegen Geld erfolgen, auch wenn dies das beste Indiz für das Bestehen eines solchen Marktes ist.

(vi) öffentliche Unternehmen und hoheitliche Tätigkeit

Für den Unternehmensbegriff ist es seiner Definition nach belanglos, ob die wirtschaftliche Betätigung durch private Personen oder Gesellschaften vorgenommen wird, oder ob es sich bei dem Tätigen um einen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger, etwa den Staat selbst, Kommunen oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts, oder um eine im Eigentum der öffentlichen Hand befindliche juristische Person des Privatrechts handelt⁷⁷. In allen diesen Fällen kann es sich um Unternehmen handeln, wenn eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt. Bei Handeln in zivilrechtlicher Form tritt der Staat (bzw. treten die anderen benannten hoheitlichen Rechtsträger) wie ein Privater auf und muß (bzw. müssen) sich daher auch an die für Private geltenden Regeln halten; die Art.

72 Siehe oben S. 121 Fn. 65.

73 EuGH, Urt. v. 16.6.1987, „Kommission gegen Italienische Republik“ (Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen), Slg. 1987, 2599, 2621 (Rn.7).

74 EuGH Urt. v. 18.6.1998 „Kommission gegen Italienische Republik“ Slg. 1998, I-3851, 3895 (Rn. 36 a.E.).

75 EuGEL, Urt. v. 22.10.1997, „Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf u.a. gegen Kommission“, Slg. 1997, II-1739, 1784 (Rn. 118f.).

76 Siehe EuGEL, vorige Fußnote (dort Rn. 117).

77 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 27; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn.34; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 8; Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 Rn. 40; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 67f.

81ff. EG gelten ohne Einschränkung⁷⁸. Insbesondere die privatrechtliche Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand begründet danach ohne weiteres (insoweit) deren Unternehmenseigenschaft⁷⁹.

Fraglich ist jedoch, wie sich die Verwendung öffentlich-rechtlicher Handlungsformen auf die Unternehmenseigenschaft auswirkt. Dies kann insbesondere auch bei Privatpersonen und -gesellschaften der Fall sein, die vom Staat mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt betraut worden sind (Beliehene). Nach einer Ansicht soll in Fällen hoheitlichen Handelns insbesondere durch Gesetz oder Verordnung die Unternehmenseigenschaft entfallen⁸⁰. Treten hierdurch Wettbewerbsbeeinträchtigungen ein, so komme ein Verstoß des Hoheitsträgers gegen Art. 28 EG bei Waren oder Art. 49 EG bei Dienstleistungen, sowie gegen Art. 87 I EG bei Beihilfen in Betracht. Schließlich sei noch ganz allgemein an einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 10 II i.V.m. Art. 3 lit. G EG) zu denken. *Emmerich* hingegen hält die Handlungsform der wirtschaftlichen Betätigung für zunächst einmal unmaßgeblich, solange nur eine wirtschaftliche Betätigung vorliege⁸¹. Hoheitliche Tätigkeit hingegen des Staates und seiner Gliederungen seien dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln entzogen⁸². Den sich aus diesen Aussagen ergebenden Widerspruch führt *Emmerich* zurück auf ein Spannungsverhältnis zwischen den zum Teil sehr unterschiedlichen Rechtstraditionen der einzelnen Mitgliedstaaten auf der einen Seite und den Tätigkeiten, die, obwohl sie in hoheitliche Betätigungsformen gegossen sind, ihrer Art nach dennoch als eindeutig wirtschaftlich anzusehen sind, auf der anderen Seite. Dieser Widerspruch, so *Emmerich*, könne nur bezogen auf den einzelnen Fall aufgelöst werden, wobei er sich auf einzelne Entscheidungen des EuGH beruft, in denen dies Gegenstand war. Die Ausführungen *Emmerichs* können nur so verstanden werden, daß er, insofern anders als *Müller-Graff*, zwischen Handeln in hoheitlicher Form, z.B. durch Gesetz oder Verordnung, und hoheitlichem Handeln in einem materiellem Sinne differenziert. In letzterem Fall handele kein Unternehmen, in ersterem hingegen möglicherweise schon⁸³. Dem entspricht

78 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 36.

79 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 38.

80 Siehe Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 35 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 17.11.1993 „Bundesanstalt für den Güterfernverkehr gegen Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG“ Slg. 1993, I-5801; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 85 Rn. 8.

81 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 27 a.E.

82 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 30; ebenso wohl Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 67, 68.

83 Nach dem Zweck der Tätigkeit differenzierend und nicht auf die Form der Handlung abstellend auch

inhaltlich in etwa auch das Urteil des EuGH in der Sache Höfner/Elser gegen Macrotron. Wenn es dort bei Rn. 22 etwa heißt

„Daß die Vermittlungstätigkeit normalerweise öffentlich-rechtlichen Anstalten übertragen ist, spricht nicht gegen die wirtschaftliche Natur dieser Tätigkeit. Die Arbeitsvermittlung ist nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden und muss nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden. Diese Feststellung gilt insbesondere für die Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft.“,

so geht es auch hier um die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit vordergründig hoheitlichen Handelns. Bei jedem hoheitlichem Handeln ist daher das dahinterstehende Interesse zu untersuchen und die Antwort danach finden, ob hier nicht doch eher ein wirtschaftliches Motiv Grund für das hoheitliche Tätigwerden war. Wirtschaftliche Betätigung und Handeln in hoheitlichen Formen bilden danach nicht notwendigerweise einen Widerspruch. Das oben bereits mehrfach angeführte Beispiel wiederaufgreifend :

Gewährt ein Staat zinslose oder stark verbilligte Darlehen an Unternehmen und zwar in hoheitlicher Form (etwa durch auf einem formellen Gesetz basierende Verwaltungsakte), so handelt es sich um eine wirtschaftliche Betätigung (die beihilferechtlichen Probleme sollen hier außer Betracht bleiben). Denn dies ist auch die Tätigkeit, die Banken und Kreditinstitute betreiben, also eine Tätigkeit, für welche ein Markt nicht nur denkbar ist, sondern bereits existiert. Der Staat ist daher insoweit Unternehmen, sein Verhalten ist damit zunächst einmal an den Wettbewerbsregeln der Art. 81ff. EG-Vertrag zu messen.

Die Formulierungen des EuGH im oben genannten Urteil lassen es als maßgeblich erscheinen, ob die zur Rede stehende Betätigung notwendigerweise vom Staat als solchem vorgenommen werden muß. Sofern dies nicht der Fall ist, läge im Rückschluß keine hoheitliche Tätigkeit vor. Dies wäre eine ganz enge Begrenzung

Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 8. So wohl auch Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 21, die zunächst jegliche Ausübung staatlicher Gewalt von der Unternehmenseigenschaft ausnehmen wollen, bereits im nächsten Satz aber die innerstaatliche Regelungsform für die Abgrenzung hoheitlichen Handelns zu wirtschaftlichem Handeln wegen der Autonomie des EGV-Unternehmensbegriffs als unmaßgeblich bezeichnet. Siehe ferner Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, aaO Rn. 40. Gleichfalls so zu verstehen wohl Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 8, Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn.34 a.E.

der Befreiung von den Wettbewerbsregeln nur auf die staatlichen Kernaufgaben, jede andere Betätigung würde dann am europäischen Wettbewerbsrecht zu messen sein. Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine solch enge Begrenzung sich wirklich durchzusetzen vermag. Es ist insbesondere der von *Emmerich* angeführte Gesichtspunkt der verschiedenen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten⁸⁴ zu berücksichtigen. Angesichts der angestammten starken Rolle des Staates als Unternehmen in vielen Ländern der Gemeinschaft ist kaum anzunehmen, daß diese Länder einem Abbau des politischen Einflusses auf diese Unternehmen ohne weiteres zustimmen werden. Es ist anzunehmen, daß den Mitgliedstaaten auch in solchen Fällen ein Spielraum bleiben wird, in denen staatliches Engagement nicht zwingend notwendig wäre⁸⁵. Ob der Gerichtshof aber, wie *Emmerich* es zu unterstellen scheint, wegen der unterschiedlichen Traditionen der Mitgliedstaaten bei gleichen Betätigungen zu unterschiedlichen Beurteilungen kommen darf, muß bezweifelt werden. Vielmehr wird durch die Rechtsprechung fortlaufend eine Grenzziehung vorgenommen werden, die zunehmend genauere, einheitliche Vorgaben für alle Mitgliedstaaten mit sich bringt⁸⁶.

(vii) Art. 1 Prot. 22 zum Art. 56 EWR-Abkommen

Gelegentlich wird von Seiten der Literatur zur Definition des Unternehmensbegriffs Art. 1 des Protokolls 22 zu Art. 56 des Abkommens vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) herangezogen⁸⁷. Danach gilt als Unternehmen „jedes Rechtssubjekt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“⁸⁸. Diese Definition könne deswegen auch auf den Unternehmensbegriff des EG-Vertrages Anwendung finden, weil sie sich auf Art. 56 EWR-Abkommen beziehe, der die Zuständigkeiten der beiden Kontrollbehörden (Kommission und EFTA-Überwachungsbehörde) zueinander abgrenze. Die Definition weise daher auch einen unmittelbaren Bezug zu den jeweiligen Kartellverboten (Art. 81 EG, vormals 85 EGV, und Art. 53 EWR-Abkommen) auf, was die Heranziehung zur Auslegung rechtfertige⁸⁹.

84 Zu deren Berücksichtigung *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 I Rn. 30 a.E.

85 *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf* (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 70., spricht von einem Ausgleich zwischen den Bedürfnissen des Gemeinschaftsrechts und der Mitgliedstaaten.

86 Siehe *Schröter*, in: *GTE*, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 34.

87 So *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 I Rn. 13, 14; etwas zurückhaltender *Roth/Ackermann*, in: *FraKom*, Art. 81 I Rn. 9.

88 Siehe *BGBI*. II 1993, 266 (407).

89 So vor allem *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, aaO.

Auffällig ist sicherlich die Ähnlichkeit der Definition mit dem vom EuGH im Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron verwendeten Unternehmensbegriff⁹⁰. Beim Vergleich der zeitlichen Daten ist jedoch zu bemerken, daß das Urteil Höfner/Elser gegen Macrotron bereits am 23. April 1991 erging. Das EWR-Abkommen hingegen datiert vom 2. Mai 1992 und wurde erst am 31. März 1993 in der Bundesrepublik ausgefertigt und verkündet⁹¹. Das Inkrafttreten des Abkommens, geregelt in Art. 129 EWR-Abkommen⁹², ist damit zeitlich deutlich nach dem genannten Urteil erfolgt⁹³. Selbst wenn man auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Abkommens abstellt und nicht auf den des Inkrafttretens, so liegt wegen der sprachlichen Übereinstimmung der Verdacht nahe, daß der durch die Rechtsprechung des EuGH geprägte Unternehmensbegriff denjenigen iSd EWR-Abkommen beeinflusst haben mag⁹⁴. Für die Auslegung einer deutlich älteren Norm kann kaum auf eine jüngere Norm zurückgegriffen werden, die zur Schaffung eines vollkommen neuen Rechtsgebildes in einem anderen Zusammenhang entstanden ist. Denn dies zuzulassen hieße, dem EWR-Abkommen inhaltliche Auswirkungen und damit Dominanz über den ursprünglichen Sinn und Zweck des EG-Vertrages zuzugestehen. Das EWR-Abkommen hat seinen eigenen Regelungsbereich, welcher mit dem Kartellrecht des EG-Vertrages in Teilen gleiche Interessen aufweist. Eine inhaltliche Vermengung der beiden Verträge, wie sie das Abstellen auf die Unternehmensdefinition des Art. 1 Prot. 22 zu Art. 56 EWR-Abkommen darstellt, ist dem Vertragstext nicht zu entnehmen. Anders stünde es, wenn durch das EWR-Abkommen auch Teile des EG-Vertrages ausdrücklich abgeändert oder überarbeitet worden wären. Hierfür fehlt jedoch jeglicher Hinweis. Unerheblich ist daher die Tatsache, daß alle am EG-Vertrag beteiligten Parteien auch Parteien des EWR-Abkommens sind. Dies wäre erst dann von Bedeutung, wenn eine inhaltliche Abänderung des (älteren) EG-Vertrages gewollt wäre. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die Übersetzung der Definition vom Englischen in das Deutsche gewisse Fragen offenläßt⁹⁵. So wird der englische Begriff „entity“ hier ohne

90 So Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 9.

91 Siehe BGBl. II 1993, 266ff.

92 Siehe BGBl. II 1993, 266 (283).

93 Zur Entstehungsgeschichte und der durch die ablehnende Volksabstimmung in der Schweiz entstandenen Verzögerung vgl. Gugerbauer S. 3f.

94 So Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 20.

95 Wortlaut (engl.) Protocol 22
Concerning the definition of „Undertaking“ and „turnover“
Article 1

For the purposes of the attribution of individual cases pursuant to Article 56 of the Agreement, an „undertaking“ shall be any entity carrying out activities of a commercial

weiteres mit „Rechtssubjekt“ übersetzt. „Entity“ wird man aber eher mit „Einheit“ übersetzen müssen⁹⁶. Die Auseinandersetzung mit den Problemen des zweideutigen Wortlauts völkerrechtlicher Verträge in den unterschiedlichen Sprachen kann hier nicht durchgeführt werden und wäre auch fehl am Platze. Allein die angedeuteten Probleme sprechen jedoch schon gegen ein Heranziehen des Art. 1 Prot. 22 zu Art. 56 EWR-Abkommen, da eine präzise Aussage dieser Quelle nicht ohne weiteres entnommen werden kann.

Insgesamt stellt Art. 1 Prot. 22 zu Art. 56 EWR-Abkommen folglich keine Auslegungshilfe für den Unternehmensbegriff des Art. 81 EG dar. Zu diesem Ergebnis paßt auch, daß die Befürworter der Anlehnung an die Definition des Art. 1 Prot. 22 zu Art. 56 EWR-Abkommen, *Emmerich* und *Roth/Ackermann*, den Unternehmensbegriff kommentieren, ohne hieraus besondere, von den übrigen Kommentatoren abweichende Ergebnisse abzuleiten. Die Definition des EWR-Rechts scheint somit für die Praxis zu Art. 81 I EG ohnehin keine Konsequenzen zu haben.

(viii) Eigene Stellungnahme zum Begriff des Unternehmens iSd Art. 81 EG

Ausgangspunkt vieler Probleme des Unternehmensbegriffs ist das Verhältnis von Rechtssubjekt (Unternehmensträger) zu Tätigkeit (Unternehmung). Die materielle Unternehmensdefinition, wie sie insbesondere in der Rechtsprechung zum EGKS-Unternehmensbegriff dominierte, knüpft an dem an, was man bei objektiver Betrachtung als Unternehmensträger in rechtlichem Sinne bezeichnen würde. Die funktionale, tätigkeitsbezogene Definition der neueren Rechtsprechung des EuGH hingegen knüpft (eher) bei dem an, was man als Unternehmung, also dem wirtschaftlichem Betätigungsfeld im weitesten Sinne, bezeichnen kann. Solange lediglich eine wirtschaftliche Tätigkeit durch ein Rechtssubjekt ausgeübt wird, steht außer Zweifel, daß es sich um **ein** Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne handelt. Schwieriger wird es in den Fällen, in denen eine solche eindeutige Zuordnung der Tätigkeit zu einem Unternehmensträger nicht möglich ist. Auch in diesen Fällen besteht jedoch zumindest im Ergebnis Einigkeit über die erzielten

or economic nature.

⁹⁶ Black's Law Dictionary „entity - a real being, existence...“ im Gegensatz zu „legal entity - legal existence. An entity, other than a natural person, who has sufficient existence in legal contemplation that it can function legally, be sued or sue and make decisions through agents as in the case of corporations“. Zu der ungenauen Übersetzung (jedoch in anderem Zusammenhang) vgl. auch Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 50.

oder zu erzielenden Ergebnisse⁹⁷, so daß auch hier sich die unterschiedlichen Ansatzpunkte der Unternehmensbegriffe nicht auswirken. Wirklich unterschiedliche Ergebnisse wären nur in dem (bisher nicht relevant gewordenen) Fall denkbar, daß eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt, ohne daß auch nur irgend ein rechtsfähiger Unternehmensträger für diese Unternehmung gegeben wäre, so daß jegliche Zurechnung ausschiede. Da nun aber auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als rechtsfähig angesehen wird⁹⁸, ist (zumindest nach deutschem Recht) keine Situation mehr denkbar, in der die Unternehmensbegriffe zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Schließlich wäre in einer solchen Situation auch an die Gesellschafter der GbR als Zurechnungsadressaten zu denken⁹⁹.

Für die hier beabsichtigte Untersuchung kann es daher letztlich dahingestellt bleiben, ob dem funktionalen Unternehmensbegriff der neueren Rechtsprechung zu folgen oder, wie der Verfasser meint, dem institutionell-juristischen Unternehmensbegriff wegen dessen einfacherer Verwendbarkeit der Vorzug zu geben ist. Denn die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung sind sämtlich juristische Personen des öffentlichen Rechts. Eine tiefergehende Auseinandersetzung bzw. eine Entscheidung zwischen den Unternehmensbegriffen ist hier nicht erforderlich.

(ix) Zwischenergebnis

Unternehmen ist jedes Rechtssubjekt, welches eine wirtschaftliche Betätigung ausübt oder realistischerweise ausüben könnte, unabhängig vom Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht, der Dauer der Ausübung der wirtschaftlichen Betätigung oder der wirtschaftlichen Eigenständigkeit des Rechtssubjektes. Wirtschaftliche Betätigung ist jedes Anbieten oder Nachfragen nach Dienstleistungen oder Waren, für welche es einen Markt auch nur geben könnte, mit Ausnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit als Verbraucher oder Arbeitnehmer. Die Wirtschaftlichkeit der Betätigung ist wiederum abzugrenzen zu Tätigkeiten, die nicht nur ihrer rechtlichen Hülle nach, sondern auch ihrem tieferen Wesen nach hoheitlich sind.

97 Kritische Stimmen in der Literatur wenden sich weniger gegen die von der Kommission erzielten Ergebnisse, als vielmehr nur gegen deren Herleitung; vgl. Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 50f., 58.

98 Vgl. oben S. 113 Fn. 41.

99 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 17.

c) Die wirtschaftlichen Betätigungen der Krankenkassen der GKV

Die Eigenschaft als Unternehmen setzt, wie oben geschildert, eine wirtschaftliche Betätigung voraus.

(i) Die Urteile des EuGH betreffend Sozialversicherungsträger

Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Betätigungen von Krankenkassen gestaltet sich dann als problematisch, wenn sie, wie hier, Elemente des Solidarausgleichs enthalten. Der EuGH hatte in verschiedenen Fällen über die Unternehmenseigenschaft von staatlichen Sozialversicherungsträgern zu befinden, in welchen er die soeben aufgestellte Definition der wirtschaftlichen Betätigung zumindest für den Bereich der solidarischen Sozialversicherung wesentlich enger faßte.

(1) Das Urteil Duphar

Eines der ersten Urteile, die in diesem Zusammenhang von Interesse sind, ist das Urteil Duphar¹⁰⁰. Hier befand der EuGH im ersten Leitsatz wie folgt :

„Das Gemeinschaftsrecht berührt nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten und insbesondere zur Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts ihrer Krankenversicherungssysteme Maßnahmen zur Regulierung des Arzneimittelverbrauchs zu treffen.“

Auch wenn sich der EuGH hier nicht zum Unternehmensbegriff sondern zur Vereinbarkeit einer Negativliste für Arzneimittel mit den Art. 28ff EG äußerte, scheint man aus der Pauschalität der Formulierung schließen zu können, daß die Sozialsysteme der Mitgliedstaaten den Regeln des EWR-Rechts immer und in jedem Fall entzogen sein sollen. Tatsächlich weist die Urteilsbegründung aber darauf hin, daß eine solche Negativliste nach streng-medizinischen Erwägungen aufzustellen sei, wobei insbesondere jegliche Diskriminierung importierter Medikamente zu unterbleiben habe¹⁰¹. Eine vollständige Freistellung der Systeme sozialer Sicherung von den Regelungen des EWR-Vertrages ist folglich gerade

100 EuGH, Urt. v. 7.2.1984, „Duphar BV u.a. gegen Niederländischer Staat“, Slg. 1984, 523 (Leitsatz Nr. 1).

101 Siehe Angabe der vorigen Fußnote, S. 541 (Rn. 18ff, 21).

nicht gewollt.

(2) Das Urteil Poucet & Pistre

Ein deutlicheres Zeichen für die Freistellung der Träger von Sozialversicherungen vom europäischen Kartellrecht war jedoch das Urteil des EuGH in den verbundenen Sachen Poucet und Pistre¹⁰². In Stellungnahmen, die gegen die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf das Festbetragswesen abgegeben werden, wird stets auf dieses Urteil verwiesen¹⁰³. Die Kläger der Ausgangsverfahren, Christian Poucet und Daniel Pistre, wehrten sich gegen ihnen zugestellte Zahlungsbefehle zweier Sozialversicherungsträger mit der Begründung, sie müßten sich an jede im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassene private Versicherungsgesellschaft wenden können. Die Pflicht zur Versicherung bei den beklagten Versicherungsträgern, die ihre Versicherungsbedingungen einseitig festlegten, verschaffe diesen unter Verstoß gegen die Regeln des EWG-Vertrags über den freien Wettbewerb eine beherrschende Stellung. Die grundsätzliche Versicherungspflicht stellten sie hingegen ausdrücklich nicht in Frage. In diesem Fall ging es also vorrangig um das Verhältnis zwischen Sozialversicherungsträgern und den Versicherungsmitgliedern und nur nachrangig um das Verhältnis zwischen den Sozialversicherungsträgern und Unternehmen.

Der EuGH folgte der Argumentation der Kläger nicht. Unter Verweis auf das Urteil Duphar bekräftigte er zunächst, daß die Befugnis zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherung den Mitgliedsstaaten unbenommen bleibe. Sodann befaßte er sich mit der Unternehmensqualität der betroffenen Sozialversicherungsträger und kam zu dem Schluß, daß es sich bei ihnen nicht um Unternehmen handle. Die Systeme der sozialen Sicherung dienten ausschließlich einem sozialen Zweck, da sie auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhten und ohne Gewinnzweck ausgeübt würden. Zur Begründung dieser Ausführungen verweist der Gerichtshof auf das Solidarsystem, wie es in der französischen Sozialversicherung bestanden hat. Die beklagten Sozialversicherungsträger waren eine Alters- und Invalidenversicherung und eine Krankheits- und Mutterschaftsversicherung. Versicherungsschutz wurde in den jeweiligen Versicherungsfällen unabhängig von Vermögenslage und

102 Siehe EuGH, Urt. v. 17.2.1993, „Christian Poucet u.a. gegen Assurances générales de France u.a.“, Slg. 1993, I-637.

103 Vgl. etwa Knispel, NZS 1998, 563, 565.

Gesundheitszustand gewährt. Die Beiträge richteten sich nach dem Einkommen, ohne daß sich dies auf den Umfang der Leistungen ausgewirkt hätte. Es gab für die Krankenversicherung Beitragsausnahmen für Bezieher einer Invalidenrente und mittellose Rentner. Die Altersversicherung war als reines Umlageverfahren ausgestaltet, bei welchem die Erwerbstätigen die Rentner unterstützen, um gleichfalls später durch die dann Erwerbstätigen unterstützt zu werden. Ferner gewährte sie Renten in gewissen Fällen auch dann, wenn keine oder weniger Beiträge gezahlt worden waren. Schließlich fand zwischen den einzelnen Sozialversicherungssystemen ein Finanzausgleich statt, so daß Gewinne einer Sozialversicherung zur Verlustdeckung für andere Sozialversicherungen verwendet wurden¹⁰⁴. Neben diesen eher auf die Zielsetzung des französischen Sozialversicherungssystems ausgerichteten Gründen verweist der EuGH auf den organisatorischen Aufbau der Sozialversicherungsträger. Diese unterstünden einer staatlichen Aufsicht und hätten keinerlei eigenes Ermessen bei der Gewährung von Leistungen oder der Festsetzung von Beiträgen oder Leistungsumfang. Der EuGH zieht aus all dem den Schluß, daß die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger keine wirtschaftliche sei und kommt damit zur Unanwendbarkeit des europäischen Kartellrechts mangels Vorliegens eines Unternehmens.

Begutachtet man die politischen Auswirkungen einer anderslautenden Entscheidung, so wird klar, daß der EuGH hier nicht zu einer uneingeschränkten Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger gelangen konnte, zumindest soweit es das Verhältnis zu den Versicherten betrifft. Hätte man den Klägern des Ausgangsverfahrens recht geben wollen, so hätte das die Zuweisung der Versicherten zu einzelnen Sozialversicherungsträgern aufgehoben, was wiederum das Ende der Solidarität sowohl innerhalb als auch zwischen den Sozialversicherungsträgern bedeuten würde¹⁰⁵. Es fragt sich aber, ob die Begründung, derer sich der EuGH bedient, über alle Zweifel erhaben ist. So fällt zunächst auf, daß der EuGH neben der nationalen Solidarität auch den fehlenden Gewinnzweck als Grund für die Nichtwirtschaftlichkeit der Betätigung anführt. Die Absicht einer Gewinnerzielung war jedoch nicht zuletzt durch das knapp zwei Jahre vorher ergangene Urteil Höfner&Elser gegen Macrotron als gänzlich unbeachtlich beurteilt worden. In dem Urteil Poucet&Pistre scheint der EuGH sich in die entgegengesetzte Richtung zu

104 Vgl. hierzu die Urteilsbegründungen, vorige Fußnote Rn. 9 - 13.

105 Vgl. zur Bedeutung der Versicherungspflicht für das Funktionieren des Systems aaO (Fn. 131), Rn. 13.

bewegen, wenn er die Gewinnerzielungsabsicht zwar nicht allein als entscheidend ansieht, sie aber ergänzend für seine Beurteilung der Unternehmensqualität der Sozialversicherungsträger heranzieht. Störend ist ferner, daß die soziale Zielsetzung des Sozialversicherungswesens den wirtschaftlichen Charakter ausschließen können soll. Bislang wurden Zielsetzungen, die die jeweiligen Akteure mit ihrer Betätigung verfolgten, regelmäßig als unbeachtlich angesehen, sofern nur auch eine wirtschaftliche Betätigung vorgelegen hat¹⁰⁶. Ausreichend waren also auch-wirtschaftliche Betätigungen für die Annahme des Vorliegens eines Unternehmens. Hierzu paßt es kaum, daß eine solche Zielsetzung allein nun plötzlich eine Sperrwirkung für die Anwendung der Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts entwickeln können soll.

Es fragt sich daher, ob eine Ausnahme von den Beschränkungen der Art. 85, 86 EGV (nunmehr 81, 82 EG) hier nicht an anderer Stelle hätte erfolgen können. Art. 90 II EGV (nunmehr Art. 86 EG) verfolgt genau diesen Zweck, nämlich die begrenzte Freistellung bestimmter Unternehmen von den Regeln des Wettbewerbsrechts. Es liegt die Annahme nahe, daß der EuGH sich zur Lösung des Problems besser den Voraussetzungen des Art. 90 II EGV (nunmehr Art. 86 II EG) gewidmet hätte, als nach seinen allgemeinen Ausführungen im Urteil Höfner&Elser gegen Macrotron nun durch die Definition neuer Ausnahmefälle den Unternehmensbegriff zu vernebeln.

(3) Das Urteil Fédération Française des Sociétés d'Assurance

Vor dem Hintergrund dieser Kritik ist das nächste¹⁰⁷ der hier interessierenden Urteile des EuGH zu betrachten. Inhaltlich ging es wiederum um eine Versicherung des französischen Sozialversicherungssystems. Durch ein Dekret wurde eine freiwillige Zusatzaltersversicherung für die Selbständigen der landwirtschaftlichen Berufe eingeführt, deren Verwaltung der auch die pflichtige Grundaltersversicherung verwaltenden Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole (CNAVMA) übertragen wurde. Diese freiwillige Zusatzversicherung unterschied sich von den übrigen, von privater Seite angebotenen zusätzlichen Altersversicherungen vor allem dadurch, daß die

106 EuGH, Urt. v. 12.12.1974, „B.N.O.Walrave u.a. gegen Association Union Cycliste Internationale u.a.“, Slg. 1974, 1405, 1418 (Rn. 4f.). Siehe ferner Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 25.

107 Es handelt sich um das Urteil des EUGH, Urt. v. 16.11.1995 „Fédération Française des sociétés d'assurance u.a. gegen Ministère de l'Agriculture et de la Pêche“, Slg. 1995, I-4013ff.

Beiträge für die neue Zusatzversicherung in gewissem Umfang von der Einkommenssteuer befreit worden waren. Die Versicherten konnten ferner wählen, ob sie 4,5 oder 7 % ihres Einkommens als Beiträge einzahlten, wobei die Höhe der später ausgezahlten Beträge von den eingezahlten Beiträgen abhingen. Es handelte sich darüber hinaus (im Gegensatz zur Grundversicherung) um eine nach dem Kapitalisierungsprinzip funktionierende Zusatzversicherung; die Höhe der später ausgezahlten Rente hing also auch vom Erfolg oder Mißerfolg der von der CNAVMA gewählten Anlagen ab. Die Art dieser Anlagegeschäfte war beschränkt und wurde hoheitlich beaufsichtigt, letztlich hatten jedoch die Versicherten das Insolvenzrisiko der CNAVMA zu tragen, es gab also keine garantierte Auszahlung in Höhe der Einzahlungen. Die neue Zusatzversicherung war aber zugleich auch von gewissen solidarischen Elementen geprägt. So waren im Falle langandauernder Krankheit oder schlechter Ertragslage des landwirtschaftlichen Betriebes in gewissem Umfang keine Beiträge mehr zu zahlen, ohne daß der Versicherungsschutz dadurch verkürzt würde. Die Aufnahme und die Beitragshöhe waren unabhängig vom jeweiligen Versicherungsrisiko (Gesundheitszustand und daraus resultierender verbleibender Lebenserwartung), und im Falle des Versterbens fand keinerlei Auszahlung an die Erben statt, so daß das Geld in der Versicherung verblieb und damit für die Leistungen an die anderen Versicherten zur Verfügung stand¹⁰⁸.

Die Klägerinnen, bei denen es sich um gewerbliche Versicherungsunternehmen oder um deren Verbände handelte, wandten sich gegen die neue Konkurrenz. Sie fürchteten, daß die CNAVMA in der Lage sein würde, Versicherungsunternehmen von dem Markt für Lebensversicherungen, Kapitalanlagen und Sparverträge zur Altersversorgung zu verdrängen. Die Vorlagefrage, ob der Träger einer solchen freiwilligen Zusatzaltersversicherung Unternehmen im Sinne der Art. 85, 86 EGV (nunmehr Art. 81, 82 EG) ist, bejahte der EuGH. Dabei war seiner Meinung nach maßgeblich, daß eine Versicherungspflicht nicht bestand, die neue staatliche Zusatzversicherung nach dem Kapitalisierungsprinzip funktioniere und die Leistungshöhe sich ausschließlich nach der Höhe der gezahlten Beiträge richte. Die CCMSA, mittlerweile Rechtsnachfolgerin der CNAVMA, stehe damit im Wettbewerb mit Lebensversicherungsunternehmen, sie übe eine wirtschaftliche Tätigkeit aus. Die vorgefundenen Solidaritätsmerkmale seien nicht fähig, hieran etwas zu ändern. Die Beitragszahlungs erleichterungen gebe es auch in der privaten

108 Siehe Zusammenfassung laut Schlußantrag von GA Tesouro v. 13.7.1995, Slg. 1995, I-4015, 4017 (Rn. 8f.).

Versicherungswirtschaft (Gruppen-Lebensversicherungsverträge) oder es könnte sie ohne weiteres geben, wegen der Freiwilligkeit der Versicherung gelte der Grundsatz der Solidarität jedenfalls nur sehr begrenzt. Auch das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht ändere hieran nichts. Daß die bestehenden Elemente der Solidarität, wie sie hier zu finden sind, die Konkurrenzfähigkeit der CCMSA möglicherweise beeinträchtigen, ändere nichts an der Wirtschaftlichkeit der Betätigung. Der EuGH deutet jedoch an, daß er möglicherweise die steuerliche Abzugsfähigkeit der Beiträge aufgrund der mit der Solidarität verfolgten Ziele gerechtfertigt sehen könne¹⁰⁹.

Dieses Urteil trennt scharf zwischen der Unternehmenseigenschaft der CNAVMA (bzw. später der CCMSA) als Trägerin der freiwilligen Zusatzversicherung und der sich anschließenden, hier jedoch ausdrücklich offengelassenen Frage, ob nämlich die Einräumung der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Beiträge zu einem Verstoß gegen das europäische Kartellrecht führe, etwa unter dem Gesichtspunkt einer staatlichen Maßnahme gleicher Wirkung. Die Vorlagefrage beschränkt sich auf den ersten Teil, gleiches gilt für die Antwort des EuGH. Dabei ist zu beachten, daß über das Verhältnis des Sozialversicherungsträgers zu Versicherungsunternehmen entschieden wurde, während beim Urteil Poucet & Pistre das Verhältnis der Mitglieder zu ihrem Sozialversicherungsträger im Mittelpunkt des Interesses stand.

Bei seiner Begründung macht der EuGH vor allem wirtschaftliche Aspekte geltend. So stellt er auf das Konkurrenzverhältnis zu den privaten Anbietern einer Zusatzaltersversicherung ab. Dies rückt das Urteil in die Nähe des Grundsatzes, daß wirtschaftliche Betätigung schon dann vorliegt, wenn für die angebotenen Leistungen das Bestehen eines Marktes auch nur denkbar ist. Die soziale Zielsetzung, die er im Urteil Poucet&Pistre noch so stark betont hatte, tritt demgegenüber zurück. Zum einen mag dies seinen Grund darin haben, daß der EuGH ein gewisses Mindestmaß an Solidarwirkung für erforderlich hält, um die wirtschaftliche Betätigung vernachlässigen zu können, welches er im Fall CNAVMA/CCSMA als nicht gegeben ansah. Hierzu paßt es, wenn der EuGH etwa in Rn. 21 des Urteils von einem „Wegfallen“ des wirtschaftlichen Charakters der Tätigkeit spricht. Denn das würde voraussetzen, daß ein wirtschaftlicher Charakter zunächst vorhanden ist und dann bei Eintritt eines besonderen Umstandes im

109 Siehe EuGH, Urt. v. 16.11.1995, „Fédération française des sociétés d'assurance u.a. gegen Ministère de l'Agriculture et de la Pêche“, Slg. 1995, I-4013, 4029f. (Rn. 20).

Nachhinein nichtexistent wird. Dieser besondere Umstand wäre das Überschreiten eines gewissen Mindestmaßes an Solidarität durch ein Sozialversicherungssystem, wie es zwar nach Ansicht des EuGH im Fall Poucet&Pistre der Fall war, nicht aber hier. Unabhängig von einer solchen „Schwellentheorie“ ist jedoch zu beachten, daß die Erörterung des wirtschaftlichen Charakters der Betätigung durch den EuGH nahezu getrennt erfolgt von den Solidarmerkmalen und den sich aus ihnen ergebenden Problemen finanzieller Art. Erst in Form einer Abwägung werden diese beiden Punkte miteinander in Verbindung gebracht. Diese Trennung entspricht damit der oben im Zusammenhang mit dem Urteil Poucet&Pistre geltend gemachten Kritik wegen mangelnder Trennung zwischen Unternehmenseigenschaft einerseits und Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf öffentliche Unternehmen andererseits. Es bleibt daher zu überlegen, ob nur eine Entscheidung über die Platzierung der Schwelle getroffen wurde, ab der ein Unternehmen nicht mehr vorliegt, oder ob hier nicht vielmehr von der vorherigen Rechtsprechung inhaltlich Abstand genommen wurde.

(4) Das Urteil Albany

Als nächstes ist auf das Urteil in der Sache Albany International BV gegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie zu verweisen¹¹⁰, welches die durch das Urteil CNAVMA eingeschlagene Linie fortzuführen scheint. Im Ausgangsverfahren wendete sich ein textilverarbeitendes Unternehmen gegen die Einführung einer Pflichtmitgliedschaft in einem staatlichen Rentenversicherungsfonds in den Niederlanden, die durch ministerielle Verordnung auf gemeinsamen Antrag der Tarifparteien hin eingeführt wurde. Das niederländische System der Alterssicherung beruht auf mehreren Versorgungspfählern, die grundsätzlich unabhängig voneinander sind. Neben einer staatlichen Mindestrente gibt es Zusatzrenten, deren Einrichtung jeweils für einzelne Berufsgruppen erfolgte und deren Mitgliedschaft für die Angestellten obligatorisch ist. Als drittes bleibt den Erwerbstätigen der Abschluß einer weiteren, ergänzenden Rente auf rein privater Basis, falls das durch die anderen beiden Renten erzielte Niveau dem einzelnen Erwerbstätigen unzureichend erscheint. Die Beiträge zu den Renten sind steuerlich abzugsfähig, soweit ein

110 Siehe EuGH, Urt. v. 21.7.1999, „Albany International BV gegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie“, Slg. 1999, I-5751. Siehe ferner, sich mit identischen Sachverhalten befassend, Urt. v. 21.9.1999 „Brentjens' Handelsonderneming BV gegen Stichting Bedrijfspensioenfond voor de Handel in Bouwmaterialen“, Slg. 1999, I-6025ff.; Urt. v. 21.9.1999 „Maatschappij Drijvende Bokken BV gegen Stichting Pensioenfond voor der Vervoer- en Havenbedrijven“, Slg. 1999, 6125ff.

Niveau von 70 % der Bezüge am Ende der Laufbahn nicht übertroffen wird. Beiträge, die für darüber hinausgehende Rentenzahlungen aufgewendet werden, sind hingegen in vollem Umfang einkommenssteuerlich zu veranlagern. Der im Ausgangsverfahren beklagte Rentenfonds der Textilindustrie hatte bis 1989 Festbeträge als Rentenleistungen angeboten. Die Auszahlung war also für alle Versicherten gleich und hatte insbesondere keine Anknüpfung an der Höhe des zuletzt erhaltenen Gehaltes. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Firma Albany International BV, hatte bereits 1981 eine private Versicherung abgeschlossen, um die Rente ihrer Angestellten auf 70 % des letzten Gehaltes aufzustocken. 1989 änderte nun der zuständige Rentenfonds sein Rentenkonzept und ging dazu über, selbst eine einkommensbezogene Rente zur Aufstockung auf 70 % des letzten Gehaltes zu gewähren. Bildlich gesprochen wurde hier also der zweite Pfeiler der Alterssicherung so zu Lasten des dritten verbreitert, daß letzterer nun nicht mehr von der steuerlichen Befreiung profitieren konnte. Im konkreten Fall war die private Absicherung für das Unternehmen bzw. seine Arbeitnehmer günstiger, als es der zuständige Rentenfonds gewesen wäre, so daß das Unternehmen Albany nicht in die erhöhte Absicherung des Rentenfonds einbezogen werden wollte. Das Gesetz sah in solchen Fällen gewisse Freistellungsmöglichkeiten von der Pflichtmitgliedschaft vor; der Betriebsrentenfonds war jedoch zu einer solchen Freistellung nicht bereit.

Die Vorlagefragen beschäftigten sich nun unter anderem damit, ob der Rentenfonds der Textilindustrie Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechtes ist oder nicht. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, daß sich der Rentenfonds im Wettbewerb mit Versicherungsunternehmen wirtschaftlich betätigt und es sich bei ihm daher um ein Unternehmen handle. Nach Darstellung der beiden unmittelbar zuvor geschilderten Urteile stellt der EuGH fest, daß der Fonds die Höhe der Beiträge und Leistungen selbst festschreibe und daß er nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeite, daß ferner die Leistungshöhe auch von den Erträgen abhängt, die der Fonds erwirtschaftet. Der Umfang der Solidarität, die sich insbesondere darin äußere, daß etwa eine Aufnahme unabhängig vom Risiko des einzelnen vorgesehen sei, daß ferner im Falle des Konkurses des Arbeitgebers nicht gezahlte Beiträge vom Fonds übernommen würden und daß schließlich bei Arbeitsunfähigkeit eine Befreiung von der Beitragszahlung vorgesehen sei, ändere nichts an der Wirtschaftlichkeit der Betätigung. Gleiches gelte für die Tatsache, daß der Fonds der Aufsicht der Versicherungskammer unterliege und nur bestimmte Anlagen vornehmen dürfe und daß der Fonds (im Verhältnis zu den Versicherten) keine

Absicht der Erzielung eigenen Gewinns habe. Was das Ausmaß der Solidarität anbelangt, so verweist der EuGH darauf, daß es Möglichkeiten der Freistellung gebe, die hier die Geltung des Solidaritätsgrundsatzes innerhalb der Gemeinschaft der Versicherten beschränke. Abschließend weist der EuGH jedoch wieder darauf hin, daß die durch diese beschränkte Solidarität zu erwartenden Probleme finanzieller Art „das ausschließliche Recht einer solchen Einrichtung zur Verwaltung eines Zusatzrentensystems rechtfertigen“ könnte¹¹¹.

Die Urteilsbegründung fügt sich zunächst in das bisherige Bild der Kriterien, anhand derer der EuGH die Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger beurteilt, ein. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist danach wiederum das Ausmaß der Solidarität. Beim Vergleich der Urteile Albany und Fédération Francaise sind weitere Gemeinsamkeiten, daß beide Versicherungen nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten, daß bei beiden die Auszahlungshöhe letztlich vom wirtschaftlichen Erfolg dieser Anlage und von der Höhe der Einzahlungen abhängt. Vom Urteil Poucet&Pistre unterscheiden sich beide vor allem dadurch, daß dort die Rentenzahlung in Form eines Generationenvertrages sichergestellt wird, also gerade keine Kapitalisierung vorgenommen wird, und daß Renten in relativ größerem Umfang auch ohne vorherige Einzahlung gewährt werden. Was die Möglichkeit zu eigenständigem Handeln angeht, finden sich weitere Unterschiede. Während die Sozialversicherungsträger in den Fällen Fédération Francaise und Albany selbst über Anlagen entscheiden und auch bei der Frage der Leistungsgewährungen eigene beschränkte Entscheidungsbefugnisse haben, besteht bei Poucet&Pistre ein reines Leistungszuteilungssystem. Insbesondere Beiträge und Leistungsumfang sind gesetzlich vorgeschrieben.

(5) Das Urteil INAIL

Ein verglichen mit dem Tenor des vorigen Urteils gegenläufiges Signal hat der EuGH jedoch in einem weiteren Urteil gesetzt, welches ebenfalls die Unternehmenseigenschaft eines Sozialversicherungsträgers betraf¹¹². Das italienische Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) führt nach gesetzlicher Vorschrift für Rechnung des Staates und unter dessen Aufsicht die Pflichtversicherung der Arbeitnehmer gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten durch. Versichert werden sollen alle Handwerker, die

111 Siehe EuGH, aaO (vorige Fußnote), S. 5888 (Rn. 86).

112 Siehe EuGH, Urt. v. 22.1.2002, „Cisal di Batistello Venanzio & C. Sas gegen Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)“, Slg. 2002, I-691.

üblicherweise eine manuelle Tätigkeit in ihrem Unternehmen ausüben. Die Versicherungspflicht trifft die jeweiligen Arbeitgeber; gleiches gilt für Gesellschaften, deren Gesellschafter für die Gesellschaft manuelle Tätigkeiten ausüben. Schließlich unterliegen auch selbständige Handwerker unter gewissen Voraussetzungen der Versicherungspflicht.

Die INAIL wirtschaftet in einem reinen Umlageverfahren, wobei die Beiträge so festgesetzt werden sollen, daß die Beitragseinnahmen eines Jahres den in diesem Zeitraum anfallenden Leistungen entsprechen. Die Beiträge für die abhängig beschäftigten Handwerker werden vom INAIL entsprechend dem Durchschnittsrisiko jeder versicherten beruflichen Tätigkeit festgesetzt und ministeriell genehmigt. Die Beiträge der selbständigen Handwerker werden entsprechend dem jeweiligen Risikograd durch 320 Gruppen bestimmt. Der Beitragssatz kann einen gewissen Höchstbetrag nicht übersteigen, auch wenn das tatsächliche Risiko höher liegt. Die INAIL gewährt im Schadensfalle finanzielle Leistungen, insbesondere Berufsunfähigkeitsrenten, und Sachleistungen, deren Höhe und Umfang durch gesetzliche Vorschrift bestimmt sind. Die Rentenzahlungen werden nicht streng proportional zur Höhe der gezahlten Beiträge gewährt, die Rentenhöhe kann vielmehr um maximal 30 Prozent von der durchschnittlichen Berufsunfähigkeitsrente abweichen. Leistungen werden an versicherungspflichtige Arbeitnehmer auch dann gewährt, wenn eine Versicherung tatsächlich nicht erfolgt ist oder die Beiträge durch den Arbeitgeber nicht bezahlt wurden. Eine vergleichbare Regelung für selbständige Handwerker, die früher bestand, ist abgeschafft worden, die selbständigen Handwerker haben jedoch die Möglichkeit, durch Nachzahlung ihrer Beiträge den Versicherungsschutz rückwirkend zu erhalten.

Im Hauptsacheverfahren wehrte sich ein selbständiger Handwerker, der sich anderweitig gegen Berufsunfähigkeit versichert hatte, gegen die Einbeziehung in das Pflichtversicherungssystem der INAIL. Die erste Vorlagefrage war die nach der Unternehmenseigenschaft des INAIL. Die zweite Vorlagefrage war nur für den Fall der Annahme der Unternehmenseigenschaft des INAIL gestellt und zielte ab auf die Vereinbarkeit der Durchführung der Pflichtversicherung mit den Art 82, 86 EG.

Der EuGH wiederholt zunächst formelhaft seine ständige Rechtsprechung, daß das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer

Systeme der sozialen Sicherung unberührt lasse. Der Zweck eines Unfallversicherungssystems sei per se ein sozialer. Der soziale Zweck allein sei jedoch nicht ausreichend, um eine Einstufung einer Tätigkeit als wirtschaftlich auszuschließen. Im Ergebnis geht der EuGH jedoch nicht von einer Unternehmenseigenschaft des INAIL aus und verweist hierzu auf zwei Umstände. Zum einen fehle ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen, was zu einer Solidarität zwischen hoch bezahlten Arbeitnehmern und Arbeitnehmern mit niedrigeren Einkünften führe. Zum anderen sei die INAIL sowohl bei der Leistungsgewährung als auch bei der Beitragserhebung staatlicher Aufsicht unterworfen. Die Leistungshöhe werde gesetzlich festgelegt, die Beitragshöhe ministeriell genehmigt. Aus diesen beiden Umständen folge, daß die Pflichtmitgliedschaft unerlässlich sei zur Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität, der verlange, daß die dem Versicherten gewährten Leistungen nicht proportional zu den entrichteten Beiträgen sind.

Mit diesem Urteil stellt der EuGH deutlich den Gegensatz zwischen marktwirtschaftlichen Zwängen und sozialpolitischen Umverteilungszielen heraus. Von den beiden zuvor genannten Urteilen unterscheidet er sich insbesondere dadurch, daß es sich bei jenen beiden zwar ebenfalls um Pflichtversicherungssysteme gehandelt hatte, in jenen Fällen jedoch das Ziel einer solidarischen Umverteilung von Leistungen nicht im gleichen Maße von der Mitgliedschaft jedes einzelnen angewiesen war, um zu funktionieren. Im Fall INAIL sowie im Fall Poucet & Pistre hingegen hätte die Preisgabe der Pflichtmitgliedschaft das gesamte Prinzip der jeweiligen Sozialversicherung, wie sie beabsichtigt war, gefährdet. In der Sache Albany ging es zwar ebenfalls um ein Pflichtversicherungssystem. Für dessen Durchführung war jedoch die lückenlose Einbeziehung aller potentieller Versicherungsnehmer nicht erforderlich, da es sich um ein nach dem Kapitaldeckungsprinzip Versicherungssystem ging, bei welchem die Leistungsgewährung zuvörderst aus eigenen eingezahlten Mitteln erfolgt.

(6) Bewertung der Urteile

Der EuGH bringt in seinen Urteilen zwei unterschiedliche Gesichtspunkte zum Tragen, zwischen denen zu unterscheiden ist. Der eine Gesichtspunkt ist die Solidarität und der mit ihr verbundene Zweck, der unlösbar mit dem Problem der Finanzierung dieser Ziele verbunden ist. Das Ausmaß der Solidarität gibt Rückschlüsse auf die zu erwartenden Finanzierungsprobleme. Allgemein wird man

sagen können, daß mit steigender solidarischer Umverteilung die allgemeinen Regeln von Angebot und Nachfrage, also die Regeln des Marktes, nicht mehr uneingeschränkt funktionieren können, ohne daß sie den gewünschten Solidareffekten entgegenarbeiten¹¹³. Vielmehr wird bereits eine geringe Umverteilungswirkung denjenigen, die aus der Solidarkasse weniger erhalten als sie einzahlen, als ein Anreiz zum Ausstieg aus dem Solidarsystem insgesamt erscheinen. Dies gilt zumindest dann, wenn mit gewisser Sicherheit auch in Zukunft eine negative Bilanz sich ergeben würde. Allenfalls die Ungewißheit über ein zukünftiges Partizipieren an den Segnungen der Solidarkassen würde ein Verbleiben in ihnen wirtschaftlich interessant erscheinen lassen. Um Solidarsysteme finanzierbar zu halten, müssen daher die Regeln von Angebot und Nachfrage zwingend modifiziert werden. Der zweite Gesichtspunkt ist die Frage, ob es eine Befugnis zum Treffen eigener Entscheidungen gibt oder nicht. Denn im Fall Poucet&Pistre sieht der EuGH als entscheidend an, daß dem Sozialversicherungsträger keinerlei Entscheidungsfreiheiten bei der Gewährung oder Entgegennahme von Leistungen zur Verfügung stünden¹¹⁴. Auch bei dem Urteil INAIL stellt der EuGH darauf ab, daß Leistungsgewährung und Beitragserhebung kaum in eigener Regie erfolgt¹¹⁵.

(a) Die Solidarität als Hindernis der Unternehmenseigenschaft ?

Soweit es nun die Berücksichtigung des Ausmaßes der Solidarität angeht, gibt der EuGH selbst in den Urteilen *Fédération Francaise* und *Albany* die Antwort darauf, wie den daraus entstehenden Problemen zu begegnen ist, nämlich durch Einräumung eines ausschließlichen Rechtes¹¹⁶. Diese Einräumung eines ausschließlichen Rechtes ändert jedoch nichts an der Wirtschaftlichkeit der Betätigung als solcher. Denn es geht allein darum, ob die Erheblichkeit der wirtschaftlichen Betätigung für die Annahme der Unternehmenseigenschaft aufgrund anderer Erwägungen (nämlich des Zusammenbrechens des

113 Siehe EuGH, Urt. v. 22.1.2002, „Cisal di Batistello Venanzio & C. Sas gegen Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)“, Slg. 2002, I-691, 732 (Rn. 44).

114 Siehe EuGH, Urt. v. 17.2.1993, „Christian Poucet u.a. gegen Assurances générales de France u.a.“, Slg. 1993, I-637, 669 (Rn. 15).

115 Siehe EuGH, Urt. v. 22.1.2002, „Cisal di Batistello Venanzio & C. Sas gegen Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)“, Slg. 2002, I-691, 732 (Rn. 43).

116 Siehe die bereits genannten Urteile des EuGH, Urt. v. 16.11.1995, „Fédération française des sociétés d'assurance u.a. gegen Ministère de l'Agriculture et de la Pêche“, Slg. 1995, I-4013,4029 (Rn. 20); Urt. v. 21.7.1999, „Albany International BV gegen Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie“, Slg. 1999, I-5751, 5888 (Rn. 86).

Solidarsystems) in den Hintergrund treten muß. Die Einräumung eines solchen ausschließlichen Rechts, etwa einer Versicherungspflicht zugunsten des Solidarversicherungsträgers, in welchem der EuGH hier die Lösung der finanziellen Probleme von Solidarkassen sieht, ist jedoch, soviel läßt sich dem Vertragstext entnehmen, eine Frage des Art. 86 EG. Aus diesem Zusammenhang ergibt sich aber eindeutig, daß auch diejenigen, die Inhaber besonderer Rechte iSd Art. 86 EG sind, bei wirtschaftlicher Betätigung als Unternehmen anzusehen sind. Dann stellt sich jedoch die Frage, ob es auf das Ausmaß der Solidarität überhaupt ankommen darf, wenn den sich hieraus ergebenden Problemen regelmäßig durch Einräumung eines besonderen Rechtes begegnet werden kann. Eine Begründung hierfür ist nicht zu finden. Unter Zugrundelegung der ursprünglichen Feststellung, daß nämlich Motive und Beweggründe für die Betätigung unbeachtlich sind, solange diese nur auch wirtschaftlichen Charakter hat¹¹⁷, kann daher aus einem Solidarzweck egal welchen Ausmaßes kein Rückschluß des Inhalts gezogen werden, daß kein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts vorliege.

Daß die Rechtsprechung dies zumindest in ihrem Urteil Poucet&Pistre offensichtlich anders sieht, verwundert dabei nicht weiter, da sie dazu neigt, Lösungen zu kartellrechtlichen Problemen durch Auslegung des Unternehmensbegriffs zu suchen¹¹⁸. Die Begründung des Urteils Poucet&Pistre ist dogmatisch fragwürdig, was der EuGH zunächst durch die nachfolgenden Urteile auszuglätten zu versuchen scheint. Mit dem Urteil INAIL fällt der EuGH jedoch auf die alte, in der Sache Poucet&Pistre vertretene Linie zurück. Insbesondere letzteres ist bedauerlich, da die zweite Vorlagefrage in der Rechtssache INAIL erkennbar darauf abzielte, auch bei Annahme der Unternehmenseigenschaft zu einer die Pflichtmitgliedschaft erhaltenden Lösung über Art. 86 EG zu gelangen.

Es bleibt festzuhalten, daß die Solidaritätsproblematik sowohl im Fall Poucet&Pistre als auch im Fall INAIL unter Bejahung der Unternehmenseigenschaft bei gleichzeitigem Zugestehen eines ausschließlichen Rechts im Sinne des Art. 86 II EG zufriedenstellend hätte gelöst werden können¹¹⁹. So hätte eine einheitliche Lösung für alle genannten Fälle zur

117 Siehe oben S. 112.

118 Dazu Pohlmann, I. Teil B. I. 3. b) (S. 37f., 48). Siehe ferner oben S. 133.

119 So auch Benicke, EWS 1997, 373, 377. Beachte allerdings das nunmehr ergangene Urteil des EuGH zu den Festbeträgen, Urt. v. 16. März 2004, „AOK Bundesverband u.a. gegen Ichthyol-Gesellschaft

Verfügung gestanden, einer Aufspaltung der Träger solidarischer Sozialversicherungen in solche mit Unternehmenseigenschaft und solche ohne hätte es dann nicht bedurft. Diese Lösung wäre derjenigen des EuGH bei gleichem Ergebnis dogmatisch überlegen gewesen.

(b) Der Mangel an eigenem Handlungsspielraum

Fraglich ist schließlich, wie sich ein Fehlen jeglicher Entscheidungsbefugnis bei der wirtschaftlichen Tätigkeit selbst auf die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft auswirkt. Diese Problematik steht in Nähe zu konzernrechtlichen Fragen, ob nämlich eine Konzerngesellschaft ein Unternehmen ist, wenn sie ihre wirtschaftliche Tätigkeit nicht autonom bestimmen kann, sondern ihr diese durch die Konzernleitung vorgegeben wird. Der EuGH hat die Freiheit bei der wirtschaftlichen Betätigung für die Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger im Falle Poucet & Pistre zumindest für miterheblich gehalten. Er hat in dem Urteil einzeln die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfanges genannt¹²⁰. Auch in dem Urteil INAIL stellt der EuGH auf diese Kriterien (fehlende bzw. eingeschränkte Kompetenz zur Beitragsbestimmung und Mittelverwendung) ab¹²¹. In der Tat erscheint es fraglich, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit dann noch gegeben ist, wenn sie **ausschließlich** in der Ausführung von Gesetzen besteht und **keinerlei** Raum für eigene unternehmerische Entscheidungen vorhanden ist.

Für die Frage der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen hat dies jedoch, um dies vorwegzunehmen, keine Bedeutung. Die Krankenkassen der GKV setzen ihre Beiträge selbst fest und haben dadurch einen umfassenden Einfluß auf ihre Einnahmen. Ferner nehmen sie durch ihre Verbände über die Richtlinien der Bundesausschüsse (§ 92 SGB V) und die Rahmenverträge mit den Leistungserbringern (§§ 115, 125, 127, 129, 131 SGB V) Einfluß auf den Leistungsumfang und die Erbringung der Leistungen. Die vom EuGH im Urteil Poucet & Pistre festgestellten Umstände liegen bei den gesetzlichen Krankenkassen also ersichtlich nicht vor. Von einem Fehlen jeglicher

Cordes, Hermani & Co. u.a.“, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, welches unten auf S. 335f. analysiert wird.

120 Siehe EuGH, Urt. v. 17.2.1993, „Christian Poucet u.a. gegen Assurances générales de France u.a.“, Slg. 1993, I-637, 669 (Rn. 15).

121 Siehe EuGH, Urt. v. 22.1.2002, „Cisal di Batistello Venanzio & C. Sasgegen Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)“, Slg. 2002, I-691, 731f. (Rn. 41f.).

unternehmerischer Entscheidungsfreiheit kann bei den gesetzlichen Krankenkassen keine Rede sein. Einer Vertiefung der angesprochenen konzernrechtlichen Problematik bedarf es daher für die Untersuchung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen nicht.

Die hiervon zu trennende Frage, ob die Festbetragsfestsetzung selbst den Krankenkassen zurechenbar ist, stellt keine Frage des Unternehmensbegriffs dar und soll daher an späterer Stelle erörtert werden.

(c) Zusammenfassung

Die Solidarzielsetzung ist kein Hindernis für die Eigenschaft als Unternehmen. Das Fehlen jeglicher unternehmerischer Entscheidungsfreiheit bei der wirtschaftlichen Tätigkeit durch Vorgaben in Gesetzesregelungen mag grundsätzlich Auswirkungen auf die Unternehmenseigenschaft haben, ist jedoch für die vorliegende Untersuchung nicht von Bedeutung.

(ii) Rechtsprechung betreffend Rechtssetzung durch Tarifgremien

Der EuGH hat im Laufe der Zeit auch in einem anderen Zusammenhang eine Reihe von Urteilen gefällt, die hier von Interesse sind. Es ging jeweils um die Festsetzung von Preisen oder Tarifen durch Gremien, deren Mitglieder teilweise oder ausschließlich Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen waren, die auf den jeweils betroffenen Märkten tätig waren.

(1) die BNIC-Urteile

Der EuGH hatte sich in den Jahren 1985 und 1987 mit zwei Fällen zu befassen, die beide dasselbe Problem und zum Teil sogar dieselben Beteiligten hatten¹²². Im Rahmen eines französischen Gremiums (BNIC), zusammengesetzt aus Vertretern von Berufsvereinigungen vor allem der Winzer und der Weinhändler des Anbaugbietes für Cognac, trafen diese u.a. Vereinbarungen über Mindestpreise, die anschließend vom Landwirtschaftsminister für allgemeinverbindlich erklärt wurden. Es stellte sich in diesem Verfahren die Frage, ob es sich bei diesen

¹²² Es handelt sich um die Urteile v. 30.1.1985, „Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) gegen Guy Clair“, Slg. 1985, 391, und v. 3.12.1987, „Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) gegen Yves Aubert“, Slg. 1987, 4789.

Vereinbarungen um solche zwischen Unternehmensvereinigungen handelte. Das BNIC trug dabei insbesondere vor, daß es sich bei den Mitgliedern der beiden Gruppen nicht um Unternehmen handele, sondern daß die Mitglieder (auf Vorschlag der Berufsvereinigungen) vom Landwirtschaftsminister ernannt worden seien, so daß es sich bei ihnen gerade nicht um Vertreter ihrer Berufsvereinigungen handele. Der EuGH hielt diesen Einwand für unbeachtlich und urteilte, daß es sich bei den Mitgliedern des BNIC um Vertreter der Berufsvereinigungen handele, da sie (mit Ausnahme zweier Unabhängiger) auf deren Vorschlag ernannt worden seien. Bei dem dort gegebenen Fall handele es sich daher um eine Vereinbarung, die zwischen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen geschlossen worden sei¹²³. Der EuGH ging daher gar nicht darauf ein, ob die Mitglieder des BNIC weisungsgebunden waren oder nicht. Allein die Nominierung durch die Berufsgruppen erschien dem Gerichtshof hier ausreichend, um eine Vertreterschaft der Mitglieder anzunehmen. Seinem Urteil nach handelte es sich also bei den Beschlüssen des BNIC um Verstöße gegen Art. 81 I EG (bzw. damals 85 I EGV). Der EuGH erklärte für belanglos, daß die allgemeinverbindliche Wirkung erst durch ministeriellen Erlaß herbeigeführt wird, da der Beschluß von Seiten des BNIC auf die Erklärung als allgemeinverbindlich gerichtet war¹²⁴. Es sei ausreichend, daß die Wettbewerbsbeschränkung auf diese Art und Weise herbeigeführt werden solle. Der EuGH bekräftigte dieses Urteil durch sein Urteil in der Sache BNIC gegen Yves Aubert, ohne daß er zu diesem Punkt weitere Ausführungen für nötig befand¹²⁵.

(2) das Reiff-Urteil

Einige Jahre später hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob das Tarifbildungsverfahren nach den §§ 20ff. GüKG der Bundesrepublik Deutschland deswegen gegen europäisches Recht verstößt, weil es die Festlegung von Mindestpreisen für die Beförderung von Gütern durch Gruppen von „Sachverständigen“ vorsieht. Bei diesen „Sachverständigen“ handelt es sich um Personen aus den Kreisen der beteiligten Verbände des Güterfernverkehrwesens, wobei die Ernennung als Mitglied der Tarifkommissionen auf Vorschlag der Verbände durch den Bundesminister für Verkehr erfolgt. Die „Sachverständigen“ sind ehrenamtlich tätig und an Weisungen nicht gebunden. Die Festsetzung erfolgt

123 Siehe EuGH, Urt. v. 30.1.1985, „BNIC gegen Guy Clair“, aaO Rn. 18ff.

124 EuGH, Urt. v. 30.1.1985, „BNIC gegen Guy Clair“, aaO Rn. 22.

125 Siehe Urt. v. 3.12.1987, „BNIC gegen Yves Aubert“, aaO Rn. 13.

mit dem Ziel einer volkswirtschaftlich sinnvollen Aufgabenverteilung zwischen den Trägern des Gütertransportwesens. Das Verfahren sieht ferner eine Anhörung eines beratenden Ausschusses der Verlager vor und die Tarife bedürfen vor Inkrafttreten in Form einer Rechtsverordnung der Zustimmung des Ministers für Verkehr. Schließlich kann letzterer außerdem im Einvernehmen mit dem Minister für Wirtschaft die Tarife selbst festsetzen, wenn „das allgemeine Wohl“ es erfordert¹²⁶.

Der EuGH urteilte, daß eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen nicht vorlag. Ging er bei dem vorangegangenen Urteil noch ohne weiteres davon aus, daß es sich bei den Mitgliedern des BNIC um Vertreter der beteiligten Verbände handele, so begründete er seine gegenteilige Ansicht hier vor allem mit zwei verschiedenen Argumenten. Zum einen seien die Mitglieder der Tarifkommissionen an Weisungen und Aufträge nicht gebunden. Das allein scheint dem EuGH schon Grund genug dafür zu sein, die Tarifkommissionen nicht als Vereinigungen von Unternehmen anzusehen¹²⁷. Der Gerichtshof beläßt es jedoch nicht bei dieser Begründung. Er weist zusätzlich darauf hin, daß die Tarifkommissionen bei ihren Beschlüssen nicht allein die Belange der Vereinigungen, denen sie angehören, abzuwägen haben, sondern daß auch die Interessen landwirtschaftlicher und mittelständischer Wirtschaftskreise sowie diejenigen wirtschaftlich schwacher und verkehrungünstig gelegener Gegenden zu berücksichtigen seien, sowie auf die obligatorische Anhörung eines beratenden Ausschusses der Verlager¹²⁸. Aufgrund dieser Umstände gelangt der EuGH zu dem Ergebnis, daß es sich bei den Mitgliedern der Tarifkommission „nicht um zur Aushandlung und zum Abschluß einer Preisvereinbarung berufene Vertreter“ der Vereinigungen handele.

(3) das Urteil Delta

Über eine dem vorangegangenen Fall sehr ähnliche Konstellation hatte der Gerichtshof bereits ein halbes Jahr später zu entscheiden. Hierbei ging es um Mindesttransportpreise, die Tarifkommissionen (sog. Frachtausschüsse) in der Bundesrepublik Deutschland für die Schifffahrt festsetzen. Die Regelungen zur

126 Siehe die Zusammenfassung des EuGH, Urte. v. 17.11.1993, „Bundesanstalt für den Güterkraftverkehr gegen Gebr. Reiff“, Slg. 1993, I-5801, 5844 (Rn. 3 – 6).

127 Siehe EuGH, Urte. v. 17.11.1993, „Bundesanstalt für den Güterkraftverkehr gegen Gebr. Reiff“, Slg. 1993, I-5801, 5848 (Rn. 17 a.E.).

128 Siehe EuGH aaO Rn. 18.

Festsetzung der Tarife gleichen denen im Falle Reiff genau, mit dem einzigen Unterschied, daß die Verladler hier nicht lediglich einen beratenden Ausschuß bilden sondern selbst Mitglieder der Tarifkommission stellen und daß, falls eine einvernehmliche Regelung nicht erzielt werden kann, der Abstimmungsmodus anders ausgestaltet ist. Für diesen Fall haben die Gruppen der Schifffahrt und der Verladler jeweils eine Stimme, ferner bestimmen sie jeweils einen Beisitzer, der ebenfalls eine Stimme hat. Hinzu kommt ferner ein unabhängiger Vorsitzender, so daß es in diesen erweiterten Frachenausschüssen insgesamt 5 Stimmen gibt. Weiterhin sind die Ausschußmitglieder ehrenamtlich tätig und an Weisungen nicht gebunden, sie haben übergeordnete Ziele zu berücksichtigen und ihre Beschlüsse stehen unter dem Vorbehalt einer ministeriellen Genehmigung. Aus Gründen des allgemeinen Wohls kann der Bundesminister für Verkehr auch hier selbst Tarife festsetzen¹²⁹.

Angesichts dieser nahezu identischen Ausgangslage verwundert es nicht, daß der EuGH auch hier die Mitglieder der Frachenausschüsse nicht „als zur Aushandlung und zum Abschluß von Preisvereinbarungen berufene Vertreter“ ihrer Verbände ansieht. Bei der Begründung hebt der EuGH hier jedoch noch zusätzlich hervor, daß insbesondere bei den erweiterten Frachenausschüssen die Beisitzer und der Ausschußvorsitzende zusammen drei von fünf Stimmen hätten, daß also die Vereinigungen im Konfliktfall keine Mehrheit stellten.

(4) die Urteile zu den italienischen Speditionstarifen

Im Jahre 1995 hatte der EuGH sodann über einen Fall zu befinden, der wiederum die hoheitliche Regelung von Tarifen für Speditionsunternehmen zum Gegenstand hatte. Die entsprechende italienische Regelung sieht die Bildung eines Zentralausschusses vor, in welchem neben 17 Vertretern öffentlicher Behörden auch 12 Vertreter der nationalen Verbände des Güterkraftverkehrs saßen. Die Tarife sind anhand gesetzlicher Vorgaben so zu berechnen, daß ein vernünftig geführtes Transportunternehmen mit normaler Auslastung seine Kosten decken und einen angemessenen Gewinn erzielen kann. Die vorgeschlagenen Tarife werden nach nochmaliger Anhörung sowohl der Vertreter der Verbände als auch einiger behördlicher Vertreter vom Minister für Verkehr durch Dekret für

¹²⁹ Siehe die Zusammenfassung des Sachverhaltes durch den EuGH, Urt. v. 9.6.1994, „Bundesrepublik Deutschland gegen Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft“, Slg. 1994, I-2517, 2527 (Rn. 3 – 7).

allgemeinverbindlich erklärt. Stimmt der Minister den Tarifen nicht zu, so erhält der Zentralaussschuß Gelegenheit zur Nachbesserung. Stimmt der Minister auch dieser Nachbesserung nicht zu, so kann der Minister die Tarife selbst festsetzen¹³⁰. Der EuGH befand hier, unter ausdrücklicher Berufung auf die Urteile Reiff und Delta-Schiffahrtsgesellschaft, daß die Festsetzungen der Tarife nicht „als Kartellabsprachen zwischen Wirtschaftsteilnehmern“ angesehen werden könnten¹³¹. Auch die Erhöhung der Sitze der Vertreter der Verbände des Güterkraftverkehrs von 12 auf 17, also auf die Hälfte aller Sitze des Zentralaussschusses, änderte die Beurteilung durch den EuGH nicht, wie ein fast genau drei Jahre später ergangenes Urteil des EuGH zeigt¹³².

(5) das Urteil Zollspediteurtarife

In einem anderen, zwischenzeitlich ergangenen Urteil fanden italienische Speditionstarife hingegen weniger Gnade vor den Richtern des Gerichtshofs. In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Italienische Republik stellte sich die Frage, ob die italienische Regelung zur Festsetzung bestimmter Tarife durch einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung erfolgt. Konkret betraf die Entscheidung das Zollspediteurwesen. Die italienischen Zollspediteure wählen Bezirksräte, die wiederum die Mitglieder des CNSD, einer Einrichtung des öffentlichen Rechts, wählen. Der CNSD überwacht die Tätigkeit der Bezirksräte, die wiederum die Tätigkeit der einzelnen Zollspediteure überwachen. Der CNSD hat ferner die Aufgabe, auf Vorschläge der Bezirksräte hin die Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure zu erlassen. Diese Gebührenordnung ist für alle Zollspediteure verbindlich, Verstöße können mit Disziplinarmaßnahmen bis hin zur Streichung aus dem Zollspediteurregister geahndet werden¹³³.

Für sein Urteil stellte der EuGH darauf ab, daß der CNSD ausschließlich aus Zollspediteuren bestand, daß die Mitglieder des CNSD ausschließlich im Interesse ihres Berufsstandes handelten und es verbindliche Vorschriften zur

130 Siehe die Zusammenfassung des Sachverhaltes durch den EuGH, Urt. v. 5.10.1995, „Centro Servizi Spediporto gegen Spedizioni Marittima del Golfo“, Slg. 1995, I-2883, 2903 (Rn. 3ff.).

131 Siehe EuGH, Urt. v. 5.10.1995, „Centro Servizi Spediporto gegen Spedizioni Marittima del Golfo“, Slg. 1995, I-2883, 2910 Rn. 22 - 25.

132 Siehe EuGH, Urt. v. 1.10.1998, „Autotransporti Librandi Snc di Librandi F. & C. gegen Cuttica spedizioni e servizi internazionali“, Slg. 1998, I-5955, 5984 (Rn. 33).

133 Siehe die Zusammenfassung des Sachverhaltes durch den EuGH, Urt. v. 18.6.1998, „Kommission gegen Italienische Republik“, Slg. 1998, I-3851, 3888 (Rn. 2ff.).

Berücksichtigung auch des Gemeinwohls nicht gebe und daß darüber hinaus die Beschlüsse des CNSD auf Vorschläge der Bezirksräte hin erfolge. Daraus schlußfolgert der EuGH, daß es sich bei den Mitgliedern des CNSD nicht um „Sachverständige“ handle, die das Gemeinwohl berücksichtigen, sondern allein um Interessenvertreter. Der EuGH kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Festlegung der Gebühren durch den CNSD eine Zuwiderhandlung gegen Art. 85 I EGV (heute Art. 81 I EG) darstelle¹³⁴.

(6) Das Urteil über den Nationalen Rat der Rechtsanwälte (CNF)

In einem Urteil vom 19. Februar 2002 hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob die italienische Regelung über die Bestimmung der Gebühren von Rechtsanwälten vertragskonform ist. In Italien muß der CNF nach den Vorschriften des Real Decreto Legislativo alle zwei Jahre Höchst- und Mindestsätze für Gebühren und Vergütungen beschließen, die den Rechtsanwälten und den „procuratori“ für gerichtliche Dienstleistungen und außergerichtliche Beratungen zustehen. Nach dem Beschluß des CNF müssen diese Maßstäbe zu ihrer Wirksamkeit zunächst vom Minister genehmigt werden, der zuvor noch eine Stellungnahme des Interministeriellen Preisausschusses (CIP) einzuholen hat. Schließlich sind die Maßstäbe für die Vergütungsansprüche der Rechtsanwälte nicht unmittelbar maßgeblich, diese werden durch das Gericht unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und der Anzahl der behandelten Probleme festgesetzt. Auch ist unter außergewöhnlichen Umständen gestattet, mit entsprechender Begründung von den Höchst- und Mindestsätzen abzuweichen.

Die Unternehmenseigenschaft des CNF war hier nur mittelbar von Bedeutung, nämlich soweit es um einen Verstoß des Staates gegen die Art. 5, 85 EGV (10, 81 EG) ging. Der EuGH sah einen solchen Verstoß als nicht gegeben an, wobei der Urteilsbegründung eine (an sich erforderliche) Stellungnahme zur Unternehmenseigenschaft des CNF fehlt. Der EuGH konzentriert seine Prüfung auf die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private. Zur Frage, ob die zu prüfende Regelung eine gegen Art. 85 EGV (jetzt 81 EG) verstoßende Kartellabsprache vorschreibe, erleichtere oder die Auswirkungen einer solchen Absprache verstärke, nimmt der EuGH nur im letzten Satz des Urteils lapidar Stellung :

134 Urt. aaO (vorige Fußnote) S. 3899 (Rn. 51).

„Gegen den italienischen Staat kann auch nicht der Vorwurf erhoben werden, gegen Art. 85 EG-Vertrag verstoßende Kartellabsprechen vorzuschreiben, zu erleichtern oder die Auswirkungen solcher Absprachen zu verstärken“¹³⁵.

(7) Urteil über die Zusammenarbeitsverordnung für Rechtsanwälte

Schließlich hatte der EuGH zeitgleich mit dem gerade geschilderten auch über einen Fall zu entscheiden, welcher zwar nicht die Festsetzung von Tarifen betraf, aber dennoch eine große Ähnlichkeit zu den bislang aufgeführten Fällen aufweist. Es ging um die Rolle einer berufsständischen Vereinigung bei der Vorgabe von Vorschriften für ihre Berufsangehörigen, konkret um die Zulässigkeit der Niederlassung mit Angehörigen anderer Berufe. Die Niederländische Rechtsanwaltskammer ist durch Gesetz dazu ermächtigt, eine Disziplinarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsbeistände zu erlassen. Die Deligiertenversammlung der Anwaltskammer erließ im Jahr 1993 eine Zusammenarbeitsverordnung, die die Bildung von Sozietäten mit Nicht-Anwälten im Regelfall ausschloß. Zu den im Rahmen des Urteils zu beantwortenden Fragen gehörte auch diejenige, ob es sich bei dieser Zusammenarbeitsverordnung um einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung handelte. Zu beantworten war also insbesondere auch die Frage nach der Eigenschaft der Niederländischen Rechtsanwaltskammer als Unternehmensvereinigung.

Der EuGH hat ohne weiteres die Niederländische Rechtsanwaltskammer als Unternehmensvereinigung und die Regelungen über die Niederlassung als Rechtsanwalt als wettbewerbsbeschränkenden Beschluß angesehen¹³⁶. Im Ergebnis hat der EuGH allerdings einen Verstoß gegen Art. 85 I EGV (81 I EG) nicht angenommen, weil die vorliegende Wettbewerbsbeschränkung zur Schaffung von Vorschriften über Organisation, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit, die den Empfängern juristischer Dienstleistungen und der Rechtspflege die erforderliche Gewähr für Integrität und Erfahrung bieten, abziele und zur Verfolgung dieser Ziele auch notwendig gewesen sei¹³⁷.

135 EuGH, Urt. v. 19.02.2002, „Manuele Arduino gegen Compagna Assicuratrice RAS SpA“, Az. C-35/99 (bislang nicht veröffentlicht).

136 Siehe EuGH, Urt. v. 19.2.2002, „J.C.J. Wouters. u.a. gegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten“, Az. C-309/99 (noch nicht veröffentlicht).

137 Siehe EuGH aaO.

(8) Zusammenfassung der Rechtsprechung

Versucht man, den angesprochenen Urteilen eine einheitliche Linie zu entnehmen, so lassen sich verschiedene Kriterien auflisten, die für die jeweiligen Entscheidungen des EuGH eine Rolle spielen.

Erster Gesichtspunkt ist die Eigenschaft der Mitglieder der tarifsetzenden Vereinigungen als oder gleich Sachverständigen. Dieser Begriff, wie er im Urteil Reiff durch das Gesetz verwendet wird („Tarifsachverständige“) ist nach Ansicht des Gerichtshofs verknüpft mit der Berücksichtigung von Allgemeinwohlkriterien. Denn im Urteil über den CNSD (Zollspediteurtarife) stellt der EuGH fest, daß mangels Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen anderer die Mitglieder des CNSD nicht als Sachverständige qualifiziert werden können¹³⁸. Ebenfalls zu finden ist der Begriff des Sachverständigen in den zuletzt genannten Urteilen¹³⁹. Die Berücksichtigung von Allgemeinwohlkriterien ist auch für die Urteile zu den italienischen Speditionstarifen tragender Urteilsgrund¹⁴⁰, auch wenn hier die Bezeichnung des „Sachverständigen“ nicht aufzufinden ist. In dem Urteil Delta und dem zu den italienischen Speditionstarifen ist als zweiter Begründungspunkt auf die Anteiligkeit der Besetzung der tarifsetzenden Gremien hinzuweisen. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch durch den Gerichtshof im zweiten Urteil zu den italienischen Speditionstarifen relativiert worden, wo statt des reinen Mehrheitsverhältnisses eher die Verpflichtung zur Beachtung des Allgemeinwohls in den Vordergrund der Betrachtung gerückt wurde¹⁴¹. Drittens ist auf die Bedeutung der Weisungsungebundenheit der Mitglieder der tarifsetzenden Gremien hinzuweisen. Erwähnung findet die Bedeutung der Weisungsungebundenheit in den Urteilen Reiff und Delta-Schiffahrtsgesellschaft, wobei insbesondere im Urteil Reiff die Weisungsungebundenheit alleine Grund genug für eine Ausnahme von den Art. 81ff. EG zu sein scheint. Schließlich ist auf einen nur in anderem Zusammenhang erwähnten Gesichtspunkt hinzuweisen, nämlich auf die Befugnis eines Ministers, Tarife genehmigen oder selbst festsetzen zu können. Dies berücksichtigt der EuGH nicht bei der Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung, sondern allein bei der Frage, ob eine Übertragung von

138 Siehe Ur. v. 18.6.1998, „Kommission gegen Italienische Republik“, Slg. 1998, I-3851, 3897 (Rn. 44).

139 Siehe etwa die in Fn. 135 und Fn. 136 angegebenen Fundstellen.

140 EuGH, Ur. v. 5.10.1995, „Centro Servizi Spediporto gegen Spedizioni Marittima del Golfo“, Slg. 1995, I-2883, 2910 (Rn. 24).

141 Siehe EuGH, Ur. v. 1.10.1998, „Autotransporti Librandi Snc di Librandi F. & C. gegen Cuttica spedizioni e servizi internazionali“, Slg. 1998, I-5955, 6984 (Rn. 34, 35).

Hoheitsbefugnissen auf Private stattgefunden hat, worin ein Verstoß des übertragenden Staates gegen Art. 5, 85, 86, 90 I EGV (jetzt Art. 10, 81, 82, 86 I EG) zu sehen gewesen wäre. Soweit die jeweiligen Ministerien Genehmigungs- oder Entscheidungsrechte innehaben, soll ein solcher Verstoß nicht vorliegen.

Beachtung verdient auch die Frage, woran bei den aufgezählten Fällen aus der Sicht des EuGH die Anwendbarkeit (im weitesten Sinne) scheiterte. Der EuGH gibt, wenn er im Ergebnis einen Verstoß nicht annimmt, nicht an, unter welchem Gesichtspunkt ein solcher Verstoß ausscheidet, d.h. an welchem konkreten Tatbestandsmerkmal die Anwendung der Norm scheitert. Nur das letzte der genannten Urteile enthält etwas genauere Hinweise hierauf. Stattdessen findet sich entweder die Formulierung, daß die Abstimmung „nicht als Kartellabsprache zwischen Wirtschaftsteilnehmern angesehen werden“ könne¹⁴², oder daß die Ausschußmitglieder „nicht als zur Aushandlung und zum Abschluß einer Preisvereinbarung berufene Vertreter angesehen werden“ können¹⁴³.

(9) Die dogmatische Einordnung der durch den EuGH erörterten Gesichtspunkte

Dies wirft die Frage nach der dogmatischen Einordnung der durch den EuGH entwickelten Kriterien auf. Es stellt sich also die Frage, wo die vom EuGH angeführten Gesichtspunkte, insbesondere der der Berücksichtigung des allgemeinen Wohls, dogmatisch einzuordnen sind. Aufgrund der allgemein anerkannten Relativität des Unternehmensbegriffs wäre es theoretisch möglich, daß man eine solche Einbeziehung der Unternehmen durch Tarifgremien in die staatliche Wirtschaftslenkung nicht als Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens ansieht. Solange eine solche Festsetzung von Wettbewerbsparametern subjektiv (nach Meinung des Unternehmens) gemeinwohlorientiert erfolgt, wäre eine wirtschaftliche Betätigung und damit die Eigenschaft als Unternehmen nicht gegeben. Wie bereits oben¹⁴⁴ aufgeführt, ist die subjektive Zielsetzung eines Unternehmens aber grundsätzlich für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft unmaßgeblich, sofern nur (objektiv) eine

142 So in den Urteilen zu den italienischen Speditionstarifen, Slg. 1995, I-2883, 2910 (Rn. 25) und dieses Urteil, wenn auch nicht ausdrücklich die zitierte Urteilssentenz allgemein, bestätigend Slg. 1998, I-5955.

143 So in den Urteilen Reiff, Slg. 1993, I-5801,5848 (Rn. 19), und Delta, Slg. 1994, I-2517, 2531 (Rn.18).

144 Siehe S. 335.

wirtschaftliche Betätigung überhaupt vorliegt. Dem widerspräche es, wenn man nun doch einem Aspekt der außerwirtschaftlichen Zielsetzung Vorrang vor dem Faktum der Wirtschaftlichkeit der Betätigung gewähren würde. Dies unterstellt, daß man zwischen der Eigenschaft als Unternehmen einerseits, die sich aus der wirtschaftlichen Tätigkeit ergibt, und der Mitgliedschaft in einem Gremium andererseits, welches Wettbewerbsfragen gerade in Bezug auf die die Unternehmenseigenschaft auslösende Tätigkeit regelt, unterscheiden kann. Es ist naiv, davon auszugehen, daß die Unternehmen oder Unternehmensvertreter in diesen Gremien etwa über Mindestpreise beschließen und dabei nicht auch den dadurch insoweit wegfallenden Konkurrenzdruck bedenken. Die Wertung, daß die Gemeinwohlorientierung die Unternehmenseigenschaft der Beschließenden wegfallen ließe, stünde im Widerspruch zu fundamentalen Grundsätzen der Kartellrechtslehre des europäischen Rechts. Auch das Urteil über die Zusammenarbeitsverordnung der Niederländischen Rechtsanwaltskammer spricht hierfür, denn obgleich dort der subjektiven Zielsetzung des beschließenden Gremiums Rechnung getragen und im Ergebnis ein Verstoß gegen Art. 85 I EGV (jetzt 81 I EG) nicht angenommen wurde, stellte der EuGH fest, daß die Rechtsanwaltskammer eine Unternehmensvereinigung sei. Die subjektive Zielsetzung, von der eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine abgestimmte Verhaltensweise getragen ist, bleibt also auch weiterhin ohne Einfluß auf die Unternehmenseigenschaft.

Dies muß auch in Fällen gelten, in denen die berufene Person nicht selbst Unternehmen ist, sondern lediglich ein Unternehmen als Vorstand oder Geschäftsführer lenkt. Diese weiterhin bestehende Organschaft kann für die Tätigkeit in dem Gremium nicht unberücksichtigt bleiben. Denn stets hat die jeweilige natürliche Person ihre Mitgliedschaft in dem Gremium nur ihrer Tätigkeit als Unternehmenslenker zu verdanken. Die Absicht des Mitglieds, nicht in seiner Eigenschaft als Vorstand oder Geschäftsführer des von ihm geleiteten Unternehmens zu handeln, kann genau so wenig erheblich sein, wie andere Zielsetzungen bei der Ausübung der Mitgliedschaft im Gremium.

Schließlich ist auch für das Ergebnis, nämlich die Beschränkung des Wettbewerbs, qualitativ kein Unterschied zwischen einem selbstgegründeten Preiskartell und einem Kartellsurrogat in Form einer staatlichen Preisfestsetzungsstelle, deren Mitglieder aus dem Kreis von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen rekrutiert sind, zu sehen. Letzteres ist höchstens für den freien Wettbewerb noch

gefährlicher als ein selbstgegründetes Preiskartell, da es regelmäßig einen größeren Kreis von Unternehmen einbezieht. Die Lösung ist daher an anderer Stelle zu suchen.

(iii) Berücksichtigung der Relativität des Unternehmensbegriffs

Von Bedeutung ist auch noch ein anderer Gesichtspunkt, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur ansatzweise zur Sprache gebracht wird. Wie oben erwähnt, ist dem Unternehmensbegriff stets eine Berücksichtigung auch der Tätigkeit zu eigen. Es ist damit die jeweilige Tätigkeit daraufhin zu untersuchen, ob sie ihrer Art nach wirtschaftlich ist. Dies macht es erforderlich, zwischen den verschiedenen Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter von und als Nachfrager nach Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden. Die Urteile, die der Gerichtshof zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern gefällt hat, befassen sich ausschließlich mit deren Unternehmenseigenschaft als Anbietern von Versicherungsleistungen. Die Nachfrage durch die Sozialversicherungsträger war nicht Gegenstand der Verfahren.

Die öffentlichen Krankenkassen sind als Träger der Sozialversicherung gemäß § 30 I SGB IV beschränkt auf Geschäfte „zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben“, die anderweitige Verwendung von Mitteln ist ihnen untersagt. Davon ausgehend, daß sich die öffentlich-rechtlichen Krankenkassen an diese Beschränkung halten, müßte zu bestimmen sein, inwieweit zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Krankenkassen wirtschaftliche Betätigungen vorgenommen werden. Wirtschaftliche Betätigung ist, mit Ausnahme der Tätigkeit als Verbraucher oder Arbeitnehmer, jedes Anbieten oder Nachfragen nach wirtschaftlichen Gütern¹⁴⁵. Wirtschaftliches Gut ist dabei alles, wofür es einen Markt gibt oder geben könnte, also entgeltwerte Waren oder Dienstleistungen¹⁴⁶. Nach § 1 SGB V hat die (gesetzliche) Krankenversicherung „als Solidargemeinschaft [...] die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu verbessern. [...] Die Krankenkassen haben den Versicherten dabei durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken.“ Die

145 EuGH, Urt. v. 18.6.1998, „Kommission gegen Italien“, Slg. 1998, I- 3851, 3896 (Rn. 36); Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 Rn. 22; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 13; Roth/Ackermann, in: FraKom, § 81 I Rn. 15.

146 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 13.

Leistungen richten sich gemäß § 2 I SGB V nach den §§ 11 - 68 SGB V; die Nachfrage nach diesen Leistungen bei Leistungserbringern richtet sich nach den §§ 69 - 140 SGB V.

Aufklärung und Beratung, § 2 I SGB V, sind bereits für sich genommen Dienstleistungen, für deren Erbringung die Existenz eines Marktes, also das Anbieten oder die Nachfrage gegen Entgelt, durchaus denkbar ist. Gerade in der komplizierten Welt der gesetzlichen Krankenversicherung sind Aufklärung und Beratung über sozialversicherungsrechtliche Fragen, über Ansprüche und Leistungsumfänge für die Versicherten von Interesse. Schon hier ist daher eine wirtschaftliche Betätigung seitens der Krankenkassen gegeben. Dennoch erscheint es angezeigt, die Betrachtung weniger auf die Beratung und Aufklärung zu konzentrieren, sondern vor allem die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen beim Anbieten von Versicherungsschutz und der Gewährung von Gesundheitsleistungen, insbesondere von Arznei-, Verband- und Hilfsmitteln, genauer zu betrachten.

(1) Die Tätigkeit als Versicherer

Für die Beurteilung der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter von Versicherungen als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich bietet sich ein Vergleich mit der privaten Versicherungswirtschaft an. Die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos der Heilkosten einer Erkrankung gegen Zahlung einer Prämie stellt in ihrer zivilrechtlichen Ausprägung einen gegenseitigen Vertrag dar, der einerseits eine bedingte Leistungspflicht für den Versicherer, andererseits eine unbedingte Leistungspflicht für den Versicherten enthält. In seiner Konstruktion hat der zivilrechtliche Versicherungsvertrag eine gewisse Nähe zum Garantievertrag¹⁴⁷. Die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen stellt ebenfalls eine solche Übernahme des Risikos der Erkrankung der Versicherten gegen Zahlung einer Prämie dar. Die Tätigkeit der Krankenkassen gleicht daher der Tätigkeit der Unternehmen der privaten Krankenversicherung. Unterschiede zwischen den Tätigkeiten der privaten Krankenversicherer und der gesetzlichen Krankenkassen ergeben sich jedoch in folgenden Punkten :

1. Zunächst begnügen sich die Unternehmen der PKV mit der finanziellen Regulierung der Folgen von Erkrankungen, sie greifen weit weniger in die

147 Siehe Deutsch, Versicherungsvertragsrecht Rn. 5.

Leistungserbringung gegenüber ihren Versicherten ein. Die Leistungen der Leistungserbringer stellen sich nicht als Leistungen der Versicherer gegenüber ihren Versicherten dar, da eine dem Sachleistungsgrundsatz gleiche Ausprägung des Leistungsrechts fehlt.

2. Ferner handeln die Unternehmen der PKV in der Absicht der Gewinnerzielung. Dies gilt zumindest soweit, wie es sich beim Träger der Versicherung um eine Aktiengesellschaft und nicht um einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit handelt.

3. Das gesamte Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen zu ihren Versicherten beruht auf öffentlichem Recht und nicht auf zivilrechtlichen Verträgen.

Wesentlich für die Eigenschaft als Unternehmen iSd Art. 81f. EG ist, wie oben festgestellt wurde, ein Anbieten oder Nachfragen nach Waren oder Dienstleistungen, für welche es einen Markt gibt oder zumindest geben könnte. Krankenversicherungen stellen Dienstleistungen dar. Die Existenz des privaten Krankenversicherungswesens zeugt davon, daß für das Anbieten von Krankenversicherungsleistungen ein Markt sehr wohl besteht. Die Krankenkassen üben also eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, sofern nicht aus den oben genannten Gründen eine andere Bewertung geboten ist.

Zu 1. : Die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen unterscheidet sich von derjenigen der privaten Krankenversicherungsgesellschaften deswegen, weil die Krankenkassen selbst als Leistungserbringer gegenüber ihren Versicherten auftreten. Die gesetzlichen Krankenkassen erfüllen damit wirtschaftlich gesehen eine Doppelfunktion sowohl als Anbieter von Versicherungs„verträgen“ als auch als Nachfrager (gegenüber den Leistungserbringern) und Anbieter (gegenüber den Versicherten) von Gesundheitsleistungen. Diese zuletzt genannten Tätigkeiten ändern jedoch nichts an der Wirtschaftlichkeit der Betätigung als Anbieter von Krankenversicherungen.

Zu 2. : Die Gewinnerzielungsabsicht ist, wie bereits verschiedentlich festgestellt wurde, kein Erfordernis für die Unternehmenseigenschaft. Umgekehrt ist das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht lediglich ein starkes Indiz für den Unternehmensstatus.

Zu 3. : Auch die rechtliche Einkleidung allein führt nicht dazu, daß eine wirtschaftliche Betätigung dem Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts entzogen wäre. Die hoheitliche Form der Durchführung des Versicherungsverhältnisses spricht daher alleine nicht gegen die

Unternehmenseigenschaft der öffentlich-rechtlichen Krankenkassen als Anbieter von Krankenversicherungen.

Die gesetzlichen Krankenkassen üben somit eine Tätigkeit aus, der auch die privaten Versicherungsunternehmen nachgehen; das Anbieten von Versicherungen durch die gesetzlichen Krankenkassen gegen Beitragsleistungen ihrer Mitglieder stellt gleichfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit dar.

(2) Stellung der Krankenkassen als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln

Nunmehr ist für die Arznei- und Hilfsmittelversorgung der Versicherten durch die Krankenkassen zu untersuchen, ob die Krankenkassen wirtschaftlich tätig werden, wobei dies weniger als Anbieter von Versicherungen, sondern eher als Nachfrager bei den Leistungserbringern von Interesse ist. Die gesetzlichen Krankenkassen wären Unternehmen, wenn sie dort als Nachfrager nach wirtschaftlichen Gütern (Waren oder Dienstleistungen) in Erscheinung träten.

Stellt man für die Rolle als Nachfrager auf den Prozeß ab, durch den über den Bezug der Leistung entschieden wird, so spricht einiges dafür, die Krankenkassen nicht als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln anzusehen. Die Auswahl des Vertragsgegenstandes, der durch den zivilrechtlichen Kaufvertrag erstanden wird, ist nicht Sache der Krankenkasse, sondern des Vertragsarztes, bestenfalls unter Mitwirkung des Patienten. Der Arzt füllt das Verordnungsblatt aus und trifft damit die Entscheidung über die Leistung. Soweit er ein Arzneimittel verordnet, dessen Preis den hierfür festgesetzten Festbetrag überschreitet, muß er den Patienten hierauf hinweisen. Dies gibt dem Patienten die Möglichkeit, sich für die Verordnung eines preisgünstigeren Arzneimittels einzusetzen. Die Krankenkasse hingegen ist bei der Auswahl nicht involviert. Das Bestehen einer Liste verordnungsfähiger oder ausgeschlossener Medikamente ändert hieran nichts, da diese die Auswahl zwar einschränken, aber nicht selbst treffen. Auch die Einführung der aut-idem-Regelung stellt keine Änderung der Auswahl durch den Arzt dar, da es diesem freisteht, die Substitution auszuschließen. Die Auswahl des Leistungserbringers erfolgt ebenfalls nicht durch die Krankenkasse, sondern durch den Versicherten. Denn die Verordnung bezieht sich nur auf den Vertragsgegenstand, für welchen die Krankenkasse gegenüber ihrem Versicherten leistungspflichtig wird. Der Versicherte ist bei der Auswahl des Leistungserbringers keinerlei Einschränkung unterworfen und darf etwa auch über

Landesgrenzen hinweg solche Leistungserbringer in Anspruch nehmen, die nicht im Gebiet seiner Krankenkasse ansässig sind¹⁴⁸. Die Krankenkasse hingegen bleibt in ihrer Tätigkeit auf die Begleichung der Forderung beschränkt. Angesichts dessen könnte man sich fragen, ob denn tatsächlich eine Nachfrage seitens der Krankenkasse besteht, wenn diese bei der Auswahl sowohl des Vertragsgegenstandes wie auch der anderen Vertragspartei, wie es scheint, keinerlei Einfluß hat. Die in der Wirtschaftslehre gebräuchliche Definition des Wirtschaftens als Disponieren über knappe Güter scheint hier den Schluß nahezu legen, daß eine wirtschaftliche Tätigkeit der Krankenkasse gar nicht gegeben ist, da nicht die Krankenkasse selbst diese Disposition trifft.

Es sind andererseits die Vertragsbeziehungen zu den Leistungserbringern aufgrund des Sachleistungsprinzips im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung zu bedenken. Das Sachleistungsprinzip wirkt sich, wie in der Einführung dargestellt, dahin aus, daß die Versicherten ärztlich verordneten Leistungen gegen Vorlage des Rezeptes und ggf. der Entrichtung einer Zuzahlung auf Kosten der Krankenkasse erhalten, ohne daß sie die weiteren Kosten auch nur vorläufig zu tragen hätten. Rechtlich stellt sich dies als zivilrechtlicher Kaufvertrag dar, der nach überwiegender Ansicht zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer zustandekommt, abweichend hiervon wird teilweise bei Arzneimitteln auch ein Vertrag zwischen Versichertem und Leistungserbringer mit antizipierter Schuldübernahme oder Leistung der Krankenkasse auf die Schuld eines Dritten nach § 267 BGB angenommen¹⁴⁹. Folgt man der herrschenden Ansicht und geht von einem Vertrag unmittelbar zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer aus, so spricht dies für die Stellung der Krankenkassen als Nachfrager. Geht man mit der Gegenansicht bei Arzneimitteln von einem Vertrag zwischen Versichertem und Apotheker mit einer antizipierten Schuldübernahme durch die Krankenkasse aus, so spricht dies für eine Nachfragerstellung des Versicherten selbst und damit gegen eine Nachfragerschaft der Krankenkassen.

Es fragt sich hier, warum man für Arzneimittel eine andere rechtliche Vertragsstruktur konstruieren sollte als für Heil- und Hilfsmittel, bei welchen allgemein von einem Vertrag zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ausgegangen wird. Der Ablauf bei der Inanspruchnahme von Hilfsmitteln,

148 Siehe etwa die Konstellation des Falles, den das Urt. des BSG v. 17.1.1996, SozR 3-2500 § 129 Nr. 1S. 1, zum Gegenstand hatte.

149 Siehe oben S. 36ff.

Arzneimitteln und Verbandmitteln unterscheidet sich äußerlich nicht; Verordnung und Abgabe erfolgen in allen Fällen nach derselben Prozedur, auch das Auftreten des Versicherten gegenüber allen Leistungserbringern ist identisch. Ferner ist durch die Annahme der herrschenden Meinung (Vertrag zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse) das Sachleistungsprinzip, welches in § 2 II SGB V mit Gesetzesrang versehen wurde, beachtet. Würde man hingegen einen Vertrag zwischen dem Versicherten und dem Leistungserbringer für gegeben halten, bei welchem die Krankenkasse dann in die Leistungspflicht des Versicherten (auf welchem Wege auch immer) eintritt, so hätte man eine Kostenerstattung, auch wenn sie hier nicht den Versicherten in ihre Abwicklung einbeziehen würde. Ein Vertrag zwischen dem Leistungserbringer und der Krankenkasse wird daher den gesetzlichen Regelungen, insbesondere dem hier geltenden Sachleistungsprinzip, am besten gerecht. Der Einwand *Henningers*¹⁵⁰ gegen die herrschende Lehre, daß es für das Verhältnis zwischen Apotheker und Versichertem keinen Unterschied machen könne, ob Arzneimittel aufgrund Verordnung oder rezeptfrei gekauft werde, vermag nicht zu überzeugen. Im Sachleistungsprinzip selbst ist der Grund für die unterschiedliche rechtliche Behandlung des Kaufs verordnungsfähiger Arzneien und rezeptfreier Arzneien zu sehen.

Mit der ganz herrschenden Rechtsprechung und Literatur ist davon auszugehen, daß die Krankenkassen sowohl bei den Arzneimitteln als auch bei den Hilfsmitteln mit den Leistungserbringern zivilrechtliche Kaufverträge abschließen.

Auch nach der Zweckvorstellung des Gesetzgebers hat die Einführung des Festbetragssystems durch das GRG die grundsätzliche Geltung des Sachleistungsprinzips unberührt gelassen. Lediglich eine neue Abgrenzung der über die Beiträge zu finanzierenden Gesundheitsleistungen sollte erfolgen¹⁵¹. Mit der Einführung des Festbetragssystems sollen durch eine preisorientierte Nachfrage und preisgünstige Angebote die Ausgaben begrenzt werden¹⁵². Die vertraglichen Beziehungen bei der Leistungserbringung sind also auch nach Einführung des Festbetragssystems so ausgestaltet, daß die gesetzlichen Krankenkassen unmittelbar gegenüber den Leistungserbringern als Nachfrager auftreten¹⁵³.

150 Siehe Henninger, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 44 Rn. 24.

151 BTDrucks. 11/2237 S. 146.

152 BTDrucks. 11/2237 S. 148.

153 BSG, Beschluß v. 14.6.1995, Pharma Recht 1995, 356, 363/364; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27. Juli 1999, Az. U (Kart) 33/98 S. 30 (nicht veröffentlicht).

Ergänzend ist auch auf die Rolle der gesetzlichen Krankenkassen bei der Festsetzung von Festbeträgen hinzuweisen, deren erklärtes Ziel ja gerade die Verringerung des Arzneimittelverbrauchs und der Arzneimittelkosten sind. Die Krankenkassen könnten hier nur deswegen möglicherweise nicht als Unternehmen im Sinne des Art. 81 I EG angesehen werden, weil sie keinerlei Möglichkeit zur Auswahl von Leistung und Leistungserbringer haben. Wenn sie aber, wie durch das Festbetragsystem, auf die Entscheidung über Leistungen, deren Kosten sie zu tragen haben, zumindest mittelbar Einfluß zu nehmen versuchen, können sie sich auf ihre Einflußlosigkeit kaum länger berufen¹⁵⁴. Daß die Krankenkassen bemüht sind, die von ihnen zu tragenden Kosten zu verringern, ist ein Indiz dafür, daß auch sie selbst sich wirtschaftlich als Nachfrager ansehen und wie jeder andere Nachfrager ihre Kosten minimieren wollen.

Auch § 12 II SGB V spricht nicht gegen die Fortgeltung des Sachleistungsprinzips auch im Rahmen des Festbetragsystems. Diese Norm ordnet nämlich nicht die Aufhebung des Sachleistungsprinzips zugunsten einer Kostenerstattung an. Dies ergibt sich im Rückschluß aus § 13 I SGB V. § 12 II SGB V ist nicht so zu verstehen, daß die Krankenkasse ihrer Leistungspflicht durch Zahlung gegenüber dem Versicherten entspricht. Eine ausdrückliche Kostenerstattung für sämtliche von Festbeträgen erfaßten Leistungen war auch nicht Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung des Festbetragsystems¹⁵⁵.

Daß die Versicherten selbst unmittelbar zum Nachfrager würden¹⁵⁶, ist, bezogen auf die Auswahl von Leistung und Leistungserbringer, zutreffend. Dies galt jedoch bereits vor Einführung des Festbetragswesens, ohne daß dies der Nachfragerstellung der gesetzlichen Krankenkassen entgegengestanden hätte. Nur die ausdrückliche Pflicht des Arztes zum Hinweis gemäß § 73 V 3 SGB V ist neu hinzugetreten. In finanzieller Hinsicht hat zudem das Festbetragsystem die Rolle von Krankenkassen, Versicherten und Leistungserbringern zumindest bis zur Höhe des Festbetrages gänzlich unberührt gelassen. Dies spricht dafür, die gesetzlichen Krankenkassen bis zur Festbetragsgrenze auch weiterhin als Nachfrager anzusehen¹⁵⁷.

154 Das OLG Düsseldorf sieht die Festbetragsfestsetzung sogar selbst als wirtschaftliche Tätigkeit an, Urt. v. 28.8.1998, EuZW 1999, 188, 190.

155 BTDrucks. 11/2237, Art. 1 zu § 12 II und zu § 13 I (S. 164).

156 BTDrucks. 11/2237, Art. 1 zu § 31 II (S. 173).

157 BSG, Vorlagebeschluß v. 14.6.1995, Pharma Recht 1995, 356, 363/364.

Ergänzend ist zu beachten, daß bereits im Vorfeld der Verordnung die Krankenkassen zwar nicht einzeln, aber über ihre Verbände Einfluß auf die Inanspruchnahme der Leistung ausüben. Dies geschieht zum einen über die Verträge und Rahmenempfehlungen mit den Heil- und Hilfsmittelerbringern sowie mit den Apothekern und ihren Verbänden nach §§ 125ff. SGB V, in denen insbesondere Absprachen über die Art und Weise der Leistungserbringung sowie über Fragen der Vergütung und Wirtschaftlichkeit getroffen werden können. Ferner gibt auch das Zulassungswesen der §§ 124, 126 SGB V gewisse Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Erbringungen der Leistungen.

Insgesamt muß man aufgrund all dieser Umstände davon ausgehen, daß es sich bei den gesetzlichen Krankenkassen um Unternehmen handelt, soweit sie nach Arznei- und Hilfsmittel nachfragen.

Im Ergebnis nicht anders sieht die Lage auch für den Sonderfall der See-Krankenkasse aus. Zwar könnte man hier den Einwand erheben, daß Nachfragerin nach den abgegebenen Leistungen nicht unbedingt die See-Krankenkasse selbst, sondern möglicherweise die jeweilige Ortskrankenkasse ist, da letztere hier zunächst an Stelle der See-Krankenkasse als Vertragspartei mit dem Leistungserbringer in Kontakt tritt und sich diese Bemühung von der See-Krankenkasse wiederum vergüten läßt¹⁵⁸. Die See-Krankenkasse ist jedoch letztlich Trägerin der Kosten, auch hat sie das Interesse an der Leistungserbringung an ihre Versicherten. Die rechtliche Abwicklung, welche die See-Krankenkasse bei der Abgabe der Mittel selbst nicht einbezieht, ist insofern nur als eine Ausnahme vom Grundsatz zu sehen, die aber die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Normalfalles nicht wesentlich abändert. Schließlich gilt auch zwischen See-Krankenkasse und Versichertem das Sachleistungsprinzip, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt die See-Krankenkasse Nachfragerin zu sein scheint. Die See-Krankenkasse betätigt sich schließlich unstreitig unternehmerisch, soweit sie selbst mit den Leistungserbringern Verträge über Leistungen schließt.

(iv) Zwischenergebnis

Die Krankenkassen betätigen sich wirtschaftlich nicht nur beim Anbieten von

158 Siehe S. 55.

Versicherungen, sondern auch bei der Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln. Sie sind daher, soweit es diese Tätigkeit anbelangt, nach den allgemeinen Kriterien des europäischen Kartellrechts Unternehmen im Sinne der Art. 81f. EG (vormals Art. 85f. EWG-Vertrag).

3) Die Unternehmenseigenschaft der Verbände der Krankenkassen

Es schließt sich an die Klärung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen bei der Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln unmittelbar die Frage an, inwieweit auch die Verbände der Krankenkassen selbst Unternehmen sind. Nach dem bislang Gesagten müßte es sich dann bei den Verbänden der Krankenkassen um rechtsfähige Personen oder diesen weitestgehend gleichgestellte Rechtsgebilde handeln, die sich wirtschaftlich betätigen oder betätigen könnten, unabhängig von der Dauer einer Betätigung oder dem Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht. Die Betätigungen der Verbände unterscheiden sich von denen der Krankenkassen sowie zum Teil auch untereinander. Demnach ist folgendermaßen zu differenzieren:

a) Die Landesverbände der regional agierenden Krankenkassen

Landesverbände werden von den Ortskrankenkassen, den Betriebskrankenkassen und den Innungskrankenkassen gebildet, § 207 I 1 SGB V. Bei diesen handelt es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts, § 207 I 2 SGB V. Das Betätigungsfeld der Landesverbände der Krankenkassen läßt sich im wesentlichen unterteilen in zwei Bereiche, nämlich die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben (§ 211 I SGB V) und die Unterstützungsaufgaben (§ 211 II SGB V). Die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben sind solche, die in den einzelnen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften enthalten sind. Beispiele dafür sind¹⁵⁹:

- die Festsetzung der Festbeträge für Hilfsmittel, § 36 II SGB V¹⁶⁰
- der Abschluß der Gesamtverträge über die vertragsärztliche Versorgung, § 83 I SGB V

¹⁵⁹ So die Aufzählung Schnapps, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 185; weit ausführlicher jedoch noch diejenigen bei Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 211 Rn. 3, 4; ferner Jung, in: GK-SGB V, § 211 Rn. 3.

¹⁶⁰ Nunmehr in der neuen Fassung des § 36 SGB V zum 01.01.2005 den Spitzenverbänden der Krankenkassen übertragen, siehe S. 88.

- die Bildung von Landesschiedsämtern für die vertragsärztliche Versorgung, § 89 II SGB V
- die Errichtung eines Zulassungs- und eines Berufungsausschusses für Ärzte und Zahnärzte, §§ 96 I, 97 I SGB V
- die Mitwirkung bei der Erstellung eines Bedarfsplanes zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung, § 99 I SGB V.

Die Unterstützungsaufgaben sind in § 211 II, 2. Hs. Nr. 1 bis 8 aufgeführt. Die dort aufgelisteten Tätigkeiten gehen von allgemeiner Beratung und Unterrichtung über Vertretung der Mitgliedskassen, die Erledigung statistischer Tätigkeiten bis hin zur Schlichtung im Streitfall und der Weiter- und Fortbildung der Angestellten der Mitgliedskassen. Während also die gesetzlichen Aufgaben zumeist der Verwaltung des gesamten Wesens der gesetzlichen Krankenversicherung zuarbeiten und oftmals zusammen mit anderen Verbänden stattfindet, genießen die Landesverbände bei den Unterstützungsaufgaben eine größere Freiheit bei der Wahl ihrer Tätigkeit.

Was die Beurteilung als wirtschaftliche Tätigkeit angeht, so ist zu untersuchen, inwieweit ein Nachfragen nach Waren oder Dienstleistungen, für die ein Markt besteht oder bestehen könnte, gegeben ist. Während die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben reine Tätigkeiten zur Verwaltung der GKV sind, könnte man bei den Unterstützungsaufgaben schon eher davon ausgehen, daß eine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben ist. Denn Beratung und Unterstützung allgemein wie auch die besonderen Leistungen der Durchführung von Fort- und Weiterbildungslehrgängen etc. sind ihrer Art nach Dienstleistungen, die den Krankenkassen durchaus auch von privaten Anbietern erbracht werden könnten. Auch das Erfassen von Daten zu statistischen Zwecken, das die Landesverbände über das reine Sammeln von Daten der angeschlossenen Krankenkassen hinaus betreiben¹⁶¹, könnte beispielsweise als Dienstleistung von privaten Anbietern erbracht werden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß hier alleine eine unternehmerische Tätigkeit der Landesverbände der Krankenkassen im Zusammenhang mit der Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln von Interesse ist. Hierbei ist es denkbar, daß die Landesverbände im Rahmen der Vertretung der Krankenkassen nach § 211 II, 2. Hs. Nr. 4 SGB V auch mit Leistungserbringern in Kontakt treten und mit diesen

161 Siehe Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 211 Rn. 12; Peters, in Peters-SozGB V, § 211 Rn. 19.

Verträge schließen¹⁶²; insoweit handeln sie jedoch nicht für eigene Rechnung, sondern in Vertretung der einzelnen Krankenkasse. Die Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln wird daher durch die Landesverbände nicht betrieben, sie handeln hier folglich nicht selbst unternehmerisch. Daß die Landesverbände der Krankenkassen in anderem Zusammenhang Tätigkeiten ausüben, die man sehr wohl als unternehmerisch ansehen kann, bleibt unberührt.

b) Die Bundesverbände der regional agierenden Krankenkassen

Auch die von den Landesverbänden der Orts-, Betriebs und Innungskrankenkassen gebildeten Bundesverbände der (regional agierenden) Krankenkassen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, § 212 IV SGB V. Wie bei den Landesverbänden ergeben sich auch hier gesetzlich zugewiesene Aufgaben (§ 217 I SGB V) und Unterstützungsaufgaben (§ 217 II SGB V). Beispiele für die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben sind¹⁶³ :

- die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel und Verbandmittel, § 35 III SGB V
- die Bildung von Festbetragsgruppen für Hilfsmittel, § 36 I SGB V
- die Vereinbarung des allgemeinen Inhalts der Gesamtverträge mit den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, § 82 I SGB V
- die Abgabe einer Empfehlung zur angemessenen Änderung der Gesamtvergütung, § 86 I
- die Einrichtung von Bundesschiedsämtern, § 89 IV, VII SGB V

Die Unterstützungsaufgaben, aufgezählt in § 217II 2. Hs. Nr. 1 bis 9, entsprechen denjenigen der Landesverbände, jedoch erweitert um etwa die Herausgabe von Zeitungen zur Beratung und Unterrichtung oder die Einbindung der EDV in die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen. Die Unterstützungsaufgaben der Landes- und Bundesverbände greifen dabei sinnvollerweise ineinander. So werten die Bundesverbände das statistische Material gemäß § 217 II 2. Hs Nr. 2 SGB V aus, welches die Landesverbände nach § 211 II 2. Hs Nr. 2 SGB V gesammelt haben. Schließlich können die Bundesverbände mit Wirkung für die angeschlossenen

162 Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 211 Rn. 13.

163 Weitere gesetzlich zugewiesene Aufgaben bei Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 217 Rn. 3; Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 191.

Krankenkassen Grundsatzentscheidungen in den Bereichen der Vergütung, der Rehabilitation, der Gesundheitsvorsorge und der Erprobung treffen, § 217 III SGB V. Dies bezweckt ein einheitliches Handeln der zusammengeschlossenen Krankenkassen, um in den genannten Bereichen die Erfüllung der Aufgaben zu erleichtern¹⁶⁴.

Wenngleich auch hier die Tätigkeiten der Bundesverbände in Teilbereichen, wie der Herausgabe eigener Zeitungen, ohne weiteres Unternehmertum in geradezu klassischem Sinne nahelegen, ist der Blick wiederum auf die Rolle der Bundesverbände bei der Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmittel zu lenken. Hier gilt, wie bei den Landesverbänden auch schon, daß die Bundesverbände nach den genannten Dienstleistungen oder Waren nicht, oder zumindest nicht für eigene Rechnung nachfragen. Die Bundesverbände der Krankenkassen werden daher hier nicht selbst als Unternehmen tätig.

c) Die Verbände der Ersatzkassen

Die beiden Verbände der Ersatzkassen sind eingetragene Vereine des Privatrechts und damit auch rechtsfähig. Ihre Tätigkeit ergibt sich zum einen ebenfalls aus dem Gesetz, zum anderen aus den jeweiligen Satzungen, § 212 V SGB V. Die durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben sind im Ergebnis dieselben, die auch entweder den Landes- oder Bundesverbänden der regional agierenden Krankenkassen zugewiesen worden sind¹⁶⁵. Die Verbände der Ersatzkassen sind also den Bundes- und Landesverbänden der Krankenkassen gleichgestellt und werden damit als Beliehene tätig, soweit die Tätigkeiten ihrer Art nach hoheitlich sind¹⁶⁶. Bei den durch Satzung bestimmten Aufgaben können die Verbände der Ersatzkassen den Rahmen zwar selbst bestimmen, die Satzung unterliegt jedoch nach § 212 V SGB V dem Genehmigungsvorbehalt durch die Aufsichtsbehörde. Praktisch deckt sich auch hier das Betätigungsfeld der Ersatzkassenverbände mit dem der Verbände der regional agierenden Kassen. Es sind dies¹⁶⁷:

- Beratung und Betreuung der Mitgliedskassen

164 So Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 217 Rn. 17 unter Hinweis auf BT-Drucks. 11/2237 S.221.

165 Siehe etwa die Auflistungen bei Rehkopf, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 50 Rn. 31; Hauck, in: Hauck/Noftz, § 212 Rn. 5a.

166 Siehe Peters, in: Peters-SozGB V, § 212 Rn. 12; Rehkopf, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 50 Rn. 32, 33; Jung, in: GK-SGB V, § 212 Rn. 8.

167 Auszug aus § 2 der Satzung des VdAK.

- Förderung von Maßnahmen allgemeiner Bedeutung
- Öffentlichkeitsarbeit
- Veranstaltungen von Tagungen
- Abschluß von Verträgen für die Mitgliedskassen

Die Ersatzkassenverbände können allerdings keine Grundsatzentscheidungen für die Ersatzkassen treffen.

Wegen des nahezu identischen Tätigkeitsbereichs sind die Ersatzkassenverbände gleichfalls keine Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln und handeln daher diesbezüglich nicht unternehmerisch.

d) Die Verbände der übrigen Kassenarten

Die landwirtschaftlichen Krankenkassen bilden bei dem Gesamtverband der landwirtschaftlichen Alterskassen den Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, § 212 II SGB V. Da es sich hier um einen Bundesverband handelt, gilt für ihn dem Wortlaut nach auch das oben zu den Bundesverbänden der regional agierenden Krankenkassen Gesagte. Die Bundesknappschaft und die See-Krankenkasse gehören als jeweils einzige Sozialversicherungsträgerinnen ihrer Art keinem Verband an¹⁶⁸. Eine unternehmerische Betätigung solcher Verbände scheidet hier daher aus.

4) Unternehmenseigenschaft des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen

An der Durchführung des Festbetragssystems der §§ 35, 36 SGB V ist neben den Krankenkassen und deren Verbänden auch der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen maßgeblich beteiligt. Es ist daher zu untersuchen, ob der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen als Unternehmen in Betracht kommt. Dann müßte es sich bei dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen um ein Rechtssubjekt oder ein einem Rechtssubjekt vergleichbares Gebilde handeln, welches sich wirtschaftlich betätigt. Die rechtliche Beurteilung des Bundesausschusses der

¹⁶⁸ Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 212 Rn. 4, 6.

Ärzte und Krankenkassen ist umstritten. Die Befunde reichen von Vollrechtsfähigkeit¹⁶⁹ über Teilrechtsfähigkeit¹⁷⁰ bis hin zum Bestreiten jeglicher Rechtsfähigkeit¹⁷¹. Unabhängig davon, ob man hier zumindest von einer Teilrechtsfähigkeit ausgeht¹⁷², stellt die Tätigkeit des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen jedoch kein Nachfragen nach Waren oder Dienstleistungen dar, insbesondere nicht in Bezug auf Arznei- oder Hilfsmittel. Folglich handelt auch der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen hier nicht unternehmerisch.

5) Unternehmensvereinigungen

Es fragt sich sodann, bei welchen der an der Festbetragsfestsetzung beteiligten Gruppen und Verbänden es sich um Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 EG (vormals Art. 85 EWG-Vertrag) handeln könnte. Denn auch Unternehmensvereinigungen können Zuwiderhandlungen gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG begehen, und zwar sowohl in Form des Beschlusses als auch, über den reinen Wortlaut hinaus, in der Form der Vereinbarung¹⁷³.

Unternehmensvereinigung ist jede verbandsartige Organisation von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen¹⁷⁴. Hierbei werden an die Organisation der Unternehmensvereinigung nur minimale Anforderungen geknüpft. Auch ist die Rechtsform ohne Belang, Rechtspersönlichkeit nicht erforderlich. In Betracht kommen daher in Deutschland auch BGB-Gesellschaften und nichtrechtsfähige Vereine¹⁷⁵. Da die rechtliche Prägung der Unternehmensvereinigung ohne Belang ist, unterfallen auch öffentlich-rechtliche (Zwangs-)Verbände dem Wettbewerbsverbot¹⁷⁶. Der Zweck der Unternehmensvereinigungen ist zumeist nur die Förderung der

169 Krauskopf, in: Krauskopf, RVO-Kommentar, § 368 o Rn. 2.1.

170 So die Rechtsprechung des BSG, Urt. v. 20.3.1996, SozR 3-2500 § 92 Nr. 6 (S. 36). Etwas unklar noch BSG, Urt. v. 20.9.1988, E 64, 78, 83f., wo aber schon von der Fähigkeit, „Zuordnungsobjekt der bezüglich des Streitgegenstandes in Frage stehenden Rechte und Pflichten sein zu können“ die Rede ist, was wohl ähnlich zu verstehen ist.

171 So wohl Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht, § 49 Rn. 230; ferner Haines, in: Hauck/Noftz, § 90 Rn. 3, § 91 Rn. 3, der jedoch von einer „von ihren Rechtsträgern unabhängige[n] Einrichtung der gemeinsamen Selbstverwaltung“ spricht. Ähnlich Jörg Rn. 83. Siehe ferner Schneider, Kassenarztrecht, C I 2 (S. 138) mit weiteren Nachweisen (Fn. 829), der allerdings offenläßt, ob keine oder eine teilweise Rechtsfähigkeit gegeben ist.

172 Kritisch zur Bedeutung der ganzen Auseinandersetzung Schnapp, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht § 49 Rn. 230.

173 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 41.

174 Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 45.

175 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 36. Siehe aber oben S. 113 Fn. 41.

176 Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 40; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 37.

gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder. Es besteht aber stets die Gefahr, daß hierbei die Grenze zu einer (unerlaubten) Koordinierung des Marktverhaltens überschritten wird¹⁷⁷. Die bewußt weite Auslegung des Begriffs der Unternehmensvereinigung unterstreicht die Funktion dieses Begriffs als Auffangtatbestand. Auch eine nicht von den Unternehmen selbst, sondern über eine Verständigungsplattform herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung soll verboten sein. Dementsprechend wenig praxisrelevant ist die Abgrenzung zwischen Unternehmensvereinigungen und den dahinterstehenden Unternehmen¹⁷⁸.

Es fragt sich schließlich, wie sich der relative Unternehmensbegriff auf die Unternehmensvereinigung auswirkt. So könnte man auf die Idee kommen, daß es in Anlehnung an den relativen Unternehmensbegriff auch einen relativen Begriff der Unternehmensvereinigung gibt; eine Unternehmensvereinigung also nur insoweit vorliegt, als ihre Tätigkeit mit der wirtschaftlichen Betätigung der zusammengeschlossenen Unternehmen in Verbindung steht. Denn wenn die Mitglieder nur bei wirtschaftlicher Betätigung den Normen des Kartellrechts unterliegen sollen, stellt sich die Frage, warum eine Unternehmensvereinigung dies auch darüber hinaus tun sollte. Praxis und die Literatur äußern sich hierzu nicht. Klarheit besteht lediglich darüber, daß eine **eigene** wirtschaftliche Betätigung der Unternehmensvereinigung nicht erforderlich ist, sondern diese nur zusätzlich noch die Stellung als Unternehmen verleihen kann, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen¹⁷⁹. Offen bleibt demnach, wie die Situation zu beurteilen ist, in der eine Unternehmensvereinigung sich mit Aufgaben befaßt, die weder für sie noch für die Mitglieder wirtschaftliche Betätigungen darstellen. Dem Schweigen der rechtswissenschaftlichen Literatur hierzu mag man noch am ehesten die Aussage entnehmen, daß eine Unternehmensvereinigung in ihrer Eigenschaft als solche gerade nicht von dem jeweiligen Betätigungsfeld abhängt, also nicht relativ ist. Dann stellt sich aber die Frage der Grenzziehung, wenn eine Vereinigung mehrere Ziele verfolgt.

Man stelle sich zur Veranschaulichung eine Vereinigung junger forschender Naturwissenschaftler vor, die zum einen das Ziel des geistigen Austauschs zwischen den Mitgliedern verfolgt, zum anderen aber auch ihre Mitglieder beim Schritt in die

177 So Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 37.

178 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 68.

179 Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 39; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 17.

Selbständigkeit oder bei der Verwertung ihrer Forschungsergebnisse unterstützen will. Begreift man die Mitglieder nun als potentielle Unternehmer, so handelt es sich um eine Unternehmensvereinigung; dies steht aber im Widerspruch zur weiteren Zielsetzung der Vereinigung, nämlich der Förderung des wissenschaftlichen Austauschs unter der Mitgliedern. Am zweckmäßigsten erscheint es, die Eigenschaft als Unternehmensvereinigung wie auch beim Unternehmensbegriff von einem Bezug zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit abhängig zu machen. Das kann jedoch aus naheliegenden Gründen nicht die eigene wirtschaftliche Tätigkeit der Unternehmensvereinigung sein. Orientieren muß man sich daher stattdessen an der wirtschaftlichen Betätigung der Mitglieder. Ist ein Bezug der Vereinigung zu wirtschaftlichen Betätigungen der Mitglieder gegeben, so ist die Vereinigung insoweit Unternehmensvereinigung, darüber hinaus jedoch nicht. Dies ist auch insofern einleuchtend, als die Eigenschaft der Vereinigung als Unternehmensvereinigung ja gerade von der Eigenschaft der Mitglieder als Unternehmen abhängig ist.

Praktisch scheint dies jedoch ohne jede Auswirkung zu sein, da sich weder Literatur noch Gerichte auch nur ansatzweise mit dieser Problematik auseinandergesetzt haben. Dies verwundert auch nicht weiter, da Fälle, in denen sich Kommission oder Gerichte mit Unternehmensvereinigungen auseinandersetzen, von vornherein stets einen wirtschaftlichen Hintergrund haben und somit eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik nicht erforderlich scheint. Insbesondere die Kommission als Herrin über die Einleitung ihrer Verfahren wird nur dort eine Notwendigkeit zum Tätigwerden sehen, wo auch die Vereinigung eine Tätigkeit mit eigenem wirtschaftlichem Bezug oder einem Bezug zur wirtschaftlichen Tätigkeit der Mitglieder ausübt. Dies bedeutet aber nicht, daß Kommission und Gerichten auf Dauer die Notwendigkeit einer solchen Auseinandersetzung erspart bleiben muß. Überall dort, wo die Tätigkeit der Mitglieder von Vereinigungen teils wirtschaftlich, teils nichtwirtschaftlich ist, kann dies auch für die Eigenschaft als Unternehmensvereinigung iSd Art. 81ff. EG relevant werden.

a) Status der Verbände der Krankenkassen als Unternehmensvereinigungen

Untersuchungsgegenstand ist hier die Nachfrage durch die Träger der GKV nach Arznei- und Hilfsmitteln. Die einzelnen Träger der Krankenversicherung, die Kassen, sind insofern als Unternehmen anzusehen. Die Landesverbände der

Krankenkassen und die Ersatzkassenverbände stellen deswegen Vereinigungen von Unternehmen dar. Die Bundesverbände sind hier ebenfalls Vereinigungen von Unternehmen; dies gilt unabhängig davon, ob nur Landesverbände oder (etwa aufgrund des § 207 IIa SGB V) auch Krankenkassen selbst Mitglieder der Bundesverbände sind. Denn auch Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen stellen Unternehmensvereinigungen im Sinne der Norm dar¹⁸⁰. Da die Tätigkeit der Mitglieder der Verbände bereits untersucht wurde und, soweit sie Arznei- und Hilfsmittel betrifft, als wirtschaftlich anzusehen ist, es sich bei den Krankenkassen also um Unternehmen handelt, sind auch die Verbände der Krankenkassen insoweit als Unternehmensvereinigungen anzusehen.

b) Status des Bundesausschusses als Unternehmensvereinigung

Es fragt sich aber, ob auch der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen eine Vereinigung von Unternehmen oder von Unternehmensvereinigungen ist. Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen besteht gemäß § 91 II SGB V aus drei Unparteiischen, darunter der Vorsitzende, neun Vertretern der Ärzte und neun Vertretern der Krankenversicherungsträger. Die Mitglieder des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen sind daher entgegen dem Wortlaut nicht die Krankenkassen selbst, sondern Vertreter der Krankenkassen. Alle Ausschußmitglieder sind, obwohl sie großenteils als Vertreter bezeichnet werden, ehrenamtlich tätig und an Weisungen nicht gebunden, sondern dem Allgemeinwohl verpflichtet¹⁸¹. Diese Gemeinwohlverpflichtung ergibt sich jedoch nicht aus dem Gesetz selbst, sondern wird nur in die Rolle des Ausschußmitgliedes hinein interpretiert. Es stellt sich die Frage, ob die „Vertreter“ der Krankenversicherungsträger, der Ärzte sowie die unparteiischen Ausschußmitglieder hier als Unternehmer anzusehen sind oder nicht.

Bei den unparteiischen Ausschußmitgliedern ist eine Nachfrager- oder Anbieterschaft im Bereich der Arznei- und Hilfsmittel nicht festzustellen. Bei ihnen handelt es sich folglich nicht um Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Bei den Vertretern der Ärzte und denen der Krankenkassen fällt eine Beurteilung

180 Schröter, in: GTE, Vorb. Art. 85 - 89 Rn. 39; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 17; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 39; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 71; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 45.

181 Siehe Hencke, in: Peters-SozGB V, § 91 Rn. 3 unter Verweis auf § 90 Rn. 7.

hingegen schwerer.

(i) Die Vertreter der Ärzte

Die derzeitigen Ärztevertreter im Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen sind bis auf eine Ausnahme sämtlich Ärzte, bei der Ausnahme handelt es sich um einen als Hauptgeschäftsführer der Kassenärztlichen Bundesvereinigung tätigen Juristen. Bei den Ärzten stellt sich die Frage, ob sie als Nachfrager oder Anbieter von Arznei- und Hilfsmitteln in Betracht kommen. Dies wären sie dann, wenn sie Medikamente zur Verwendung direkt in ihrer Praxis kaufen. Diesbezüglich sehen die §§ 43 – 47 AMG jedoch sehr umfassende Beschränkungen vor (Apothekenmonopol). Die von Festbetragsfestsetzungen erfaßbaren Fertigarzneimittel können im Ergebnis nur dann von Ärzten an Patienten abgegeben werden, wenn sie zu klinischen Zwecken und unentgeltlich an den Arzt geliefert wurden. Dadurch ist es ausgeschlossen, daß Ärzte selbst Nachfrager für solche Arzneimittel sind, die dem Festbetragssystem unterfallen können.

Anschaulich ließ sich aber früher eine Unternehmenseigenschaft der Ärzte durch die Budgethaftung belegen, bevor diese abgeschafft wurde¹⁸². Die Ärzte hatten früher ein wirtschaftliches Interesse an niedrigen Ausgaben und damit auch niedrigen Preisen für Arzneimitteln, da sie nach dem Budgethaftungskonzept des früheren § 84 I SGB V¹⁸³ durch Verringerung der ärztlichen Gesamtvergütung für Überschreitungen des jeweiligen Budgets hafteten. Auf diese Art und Weise war zwischen der Verordnung von Arznei- und (den hier nicht weiter interessierenden) Heilmitteln einerseits und der wirtschaftlichen Betätigung der Vertragsärzte andererseits, nämlich der Behandlung von Patienten gegen Geldleistungen der Krankenkassen, eine wirtschaftliche Querverbindung hergestellt, die man nicht ignorieren kann. Selbst wenn also die Ärzte nicht selbst Abnehmer von Arznei- und Hilfsmitteln waren, hat die Nachfrage danach durch Versicherte der GKV doch mittelbare Auswirkungen auf den persönlichen finanziellen Verdienst der Vertragsärzte gehabt. Die Ärzte befanden sich damit in einer Situation, in welcher sie ein wirtschaftliches Interesse an der Inanspruchnahme von preiswerten Arzneimitteln durch die Versicherten hatten, so daß ihre Lage derjenigen der Krankenkassen glich, die ebenfalls ein Interesse an einer wirtschaftlichen

182 Gesetz zur Ablösung des Arznei- und Heilmittelbudgets /Arzneimittelbudget-Ablösungsgesetz – ABAG) v. 19.12.2001, BGBl. 2001 II S. 3773, Art. 1 Nr. 3.

183 Eingeführt durch Art. 1 Nr. 42 des GSG vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I 2266, 2274.

Verordnungsweise hatten. Die Interessen hörten jeweils dort auf, wo die des anderen angingen. Denn durch die Begrenzung der Haftung auf 5 Prozent des Budgets machte es für die Krankenkassen keinen Unterschied, ob das Budget genau eingehalten oder um bis zu 5 % überstiegen wurde. Den Vertragsärzten wiederum konnte es egal sein, ob das Budget eingehalten oder sogar unterschritten wurde, da sie an der entsprechenden Ersparnis ohnehin nicht partizipierten. War andererseits das Budget um mehr als 5 Prozent überschritten, machte es für die Ärzte keinen Unterschied, ob diese Überschreitung nun gerade 5 Prozent oder mehr betrug.

Angesichts dieser Aufteilung erscheint es nicht unangebracht, für die damalige Zeit von einer Übernahme des „unternehmerischen Risikos“ der Krankenkassen durch die Ärzte bei Arzneimitteln für den Fall der Überschreitung des Budgets zu sprechen. Denn um nichts anderes handelte es sich; die Belastungen der Schadensfälle, um die es sich versicherungstechnisch handelt, wurden von den Krankenkassen hinüber auf die gesamte Vertragsärzteschaft transferiert. Dann aber ist es nur konsequent, die Vertragsärzte während der Zeit der Geltung der Budgethaftung aufgrund dieser gesetzlichen Regelung als Unternehmer bei der Nachfrage zumindest nach Arzneimitteln anzusehen. Denn es ist zu berücksichtigen, daß die Vertragsärzte bei der Verordnung, also der Entscheidung über das Anfallen der Leistungspflichten der Krankenkassen, den meisten Einfluß haben. Die Vertragsärzte waren also einerseits an der Lenkung der Ausgaben für Arzneimittel beteiligt, andererseits partizipierten sie in negativem Sinne an den Kosten. Dies machte sie Unternehmern zumindest gleichwertig. Bei Hilfsmitteln hingegen war eine solche Gleichwertigkeit mit Unternehmen wegen Übertragung des unternehmerischen Interesses auf die Ärzte nicht gegeben, da § 84 SGB V hier keine Budgethaftung der Ärzteschaft vorsah. Auch ist die Unternehmenseigenschaft der Ärzte hinsichtlich Hilfsmitteln für die vorliegende Fragestellung nicht von Interesse, da der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen insoweit mit der Durchführung von Festbetragssystemen nicht befähigt ist.

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, daß bei Gruppenbildungen, die nach dem Wegfall der Budgethaftung erfolgen, eine Unternehmenseigenschaft der Ärzte gegenwärtig nicht angenommen werden kann. Aufgrund des bereits vor Wegfall der Budgethaftung durch das Festbetrags-Anpassungsgesetzes¹⁸⁴

184 Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Anpassungsgesetz – FBAG) v. 27.07.2001, BGBl. 2001 I S. 1948.

eingefügten § 35 VIII SGB V findet jedoch gegenwärtig eine Festbetragsgruppenbildung durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen nicht statt. Die gegenwärtigen Festbetragsgruppen stammen daher aus einer Zeit, in welcher die Ärzte bei der Nachfrage nach Arzneimitteln noch Unternehmer waren. Denn die Gruppen wurden entweder in diesem Zeitraum gebildet oder, sofern sie bereits vor Einführung der Budgethaftung gebildet worden waren, nicht verändert. Dies rechtfertigt es, für die hier vorzunehmende Untersuchung grundsätzlich von der Unternehmenseigenschaft der Ärzte auszugehen.

(ii) Die „Vertreter“ der Krankenkassen

Bei der Einordnung der „Vertreter“ der Krankenkassen als Mitglieder einer Unternehmensvereinigung ergeben sich zwei Probleme. Zum einen sind „Mitglieder“ des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen nicht die Krankenkassen selbst, sondern von ihnen auserwählte natürliche Personen, bei denen es sich regelmäßig ausschließlich um Angestellte der Krankenkassen in leitenden Funktionen handeln wird. Zum anderen sind diese „Vertreter“ der Krankenkassen nicht an Weisungen gebunden.

(1) Mangel bei der Mitgliedschaft der Krankenkassen

Berücksichtigt man den Sinn der Einbeziehung der Vereinigungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen in den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 81 EG, so wird klar, daß dies der Erweiterung des Verbotes kartellrechtswidrigen Verhaltens auch auf andere Art und Weise der Herbeiführung als nur durch die Vereinbarung dient. Der Beschluß ist charakteristisches Willensbestimmungsmerkmal einer Unternehmensvereinigung. Unter Berücksichtigung dessen ist eine Unternehmensvereinigung also stets dann gegeben, wenn ein Beschluß, also eine Willensäußerung mit Wirkung für die gesamte Vereinigung, hier zu denselben Wirkungen führen kann wie eine Vereinbarung. Dabei ist je nach Satzung, Organisation usw. nicht ein einheitlicher Wille aller Vereinigungsmitglieder erforderlich, wie es etwa bei einer Vereinbarung der Fall sein müßte. Folge des wirksamen Beschlusses muß sodann eine wie auch immer geartete Verbindlichkeit für die Mitglieder der Vereinigung sein, wobei über die Art, die diese Verbindlichkeit wenigstens haben muß (rechtliche, rein faktische, moralische) erhebliche Auseinandersetzungen geführt

werden¹⁸⁵. Folglich erscheint es angezeigt, eine Unternehmensvereinigung dort als gegeben anzusehen, wo ein bereits bestehender Gesamtrechtsakt es der Vereinigung ermöglicht, die Tätigkeit ihrer Mitglieder durch Beschlüsse so zu lenken, als sei insgesamt eine Vereinbarung geschlossen worden¹⁸⁶. Dies ist, auch unter Berücksichtigung der oben erwähnten Auseinandersetzung über das erforderliche Ausmaß der rechtlichen Bindung, zumindest dann der Fall, wenn Beschlüsse vorbehaltlich der Wirkung des Art. 81 II EG (rechtliche Nichtigkeit) für die Unternehmen der Vereinigung rechtlich verbindlich wären. Dem entspricht es, wenn der EuGH in seinem Urteil BNIC gegen Guy Clair ausführt :

„Unter Artikel 85 fällt auch eine Vereinbarung, die von Personen ausgehandelt und beschlossen wurde, die zwar vom Staat, von zwei direkt vom Minister ernannten Persönlichkeiten abgesehen jedoch auf Vorschlag der unmittelbar betroffenen Berufsvereinigungen ernannt sind und die deshalb als Vertreter dieser Vereinigung bei der Aushandlung und dem Abschluß dieser Vereinbarungen zu betrachten sind.“¹⁸⁷

Dabei ging der EuGH keineswegs nur davon aus, daß es sich allein bei der Vollversammlung des BNIC um eine Unternehmensvereinigung handelte, daß aber die vorschlagenden Vereinigungen bei den getroffenen Vereinbarungen unbeteiligt wären. Der EuGH ging vielmehr von einer Vertreterschaft gerade der Mitglieder der Vollversammlung des BNIC auch für die vorschlagenden Berufsvereinigungen aus, so daß es sich bei der Vollversammlung des BNIC um eine Vereinigung von Unternehmensvereinigungen handelte. Auch die Berufsvereinigungen selbst, die für die Besetzung der Vollversammlung Vorschlagsrechte haben, werden damit so behandelt, als seien sie in der Vollversammlung des BNIC vertreten, auch wenn sie gerade nicht selbst Mitglieder des BNIC sind. Zwar setzt sich der EuGH hier nicht mit der in diesem Zusammenhang bedeutsamen Frage der Weisungsgebundenheit der Mitglieder des BNIC auseinander, es ist jedoch aufgrund des Zusammenhangs und insbesondere aufgrund des Vorbringens des BNIC, daß die Mitglieder nicht als Vertreter der Berufsvereinigungen anzusehen seien¹⁸⁸, anzunehmen, daß ein Weisungsrecht der Berufsvereinigungen gerade nicht bestand. Denn andernfalls hätte der BNIC kaum die (seiner Meinung nach) fehlende Vertreterschaft

185 Siehe dazu unten S.181.

186 Siehe Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 55.

187 Siehe EuGH, Urt. v. 30.1.1985, „Bureau National Interprofessionnel du Cognac gegen Guy Clair“, Slg. 1985, 391, 423 (Rn. 19).

188 Siehe EuGH aaO Rn. 18.

angeführt. Vorliegend sind die Beschlüsse, die durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen in Form von Richtlinien und in Bezug auf Arzneimittel etc. getroffen werden, verbindlich für die Krankenkassen. Auch wenn die Krankenkassen nicht selbst Mitglieder des Ausschusses der Ärzte und Krankenkassen sind, ist eine Situation geschaffen, welche Art. 81 EG seiner Ratio nach verhindern will, nämlich daß durch die Beschlüsse eines Gremiums die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen gelenkt wird. Der oben angeführte Mangel der Mitgliedschaft der Krankenkassen oder deren Verbände in diesem Gremium tritt aus diesem Grunde in den Hintergrund.

(2) Weisungsungebundenheit

Es fragt sich nun, wie sich die Weisungsungebundenheit der „Vertreter“ der Krankenkassen auswirkt. Dabei ist von Interesse, inwieweit die Vertreter der Krankenkassen zumindest mittelbar unter dem Einfluß der Krankenkassen stehen. Daß auch schon eine mittelbare Einflußnahme, obgleich sie im Einzelfall schwer nachzuweisen wäre, Konsequenzen haben müßte, wird klar, wenn man bedenkt, daß ansonsten auch Wirtschaftsverbände durch Besetzung ihrer Gremien mit an Weisung nicht gebundenen und nur für sich selbst sprechenden Vertretern oder durch Bildung einer Vereinigung nicht der Unternehmen, sondern der Unternehmensleiter den Begriff der Unternehmensvereinigung zu umgehen versuchen könnten (wobei dann natürlich an eine abgestimmte Verhaltensweise zu denken wäre). Träfen etwa solche Managervereinigungen Beschlüsse darüber, wie sie in Zukunft ihre Tätigkeit als Unternehmenslenker ausüben, so würde man dies unschwer den Unternehmen zurechnen und einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung als gegeben ansehen. Als Schlußfolgerung hieraus ergibt sich, daß bei gleicher Interessenlage für die Krankenkassen und ihre „Vertreter“ nichts anderes gelten kann. Es wäre daher eine Frage des Einzelfalles, ob die Handlungen der Vertreter hier Krankenkassen oder Krankenkassenverbänden zugerechnet werden können. Je nach der Funktion, die die „Vertreter“ bei den entsendenden Krankenkassen oder ihren Verbänden ausüben, mag man eine solche Zurechnung für zulässig oder unzulässig halten. Sofern die Funktion leitenden Charakter hat, wird man eine ähnliche Situation wie bei dem oben beispielhaft skizzierten Managerzusammenschluß haben, so daß sachgemäß erscheint, die Position der Mitglieder „ihren“ Krankenkassen oder –verbänden zuzurechnen.

Auch hier bestätigt der Blick auf den Fall BNIC gegen Guy Clair diese

Beurteilung. Zwar fehlt in diesem Urteil, wie bereits erwähnt, eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Frage der Weisungsungebundenheit. Letztere kann jedoch aus den genannten Gründen im Fall BNIC gegen Guy Clair unterstellt werden. Letztlich liegt eine Unternehmensvereinigung auch dann vor, wenn die Mitglieder des beschließenden Gremiums keine weisungsgebundenen Vertreter im rechtlichen Sinn von Unternehmen selbst sind, sondern auch dann, wenn aufgrund der Verbundenheit von Unternehmen mit den Gremiumsmitgliedern diese nur als Ausführungsorgane der hinter ihnen stehenden Unternehmen erscheinen.

Derzeit sind sämtliche Vertreter der Krankenkassen im Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen Geschäftsführer, Vorsitzende, stellvertretende Vorsitzende, Direktoren oder Verwaltungsratsvorsitzende eines Krankenkassenbundesverbandes oder, bei Fehlen eines entsprechenden Verbandswesens (i.e. Bundesknappschaft), des jeweiligen Sozialversicherungsträgers selbst¹⁸⁹. Eine Verbundenheit gegenüber den Interessen des entsendenden Verbandes/der entsendenden Körperschaft kann hier folglich ohne weiteres angenommen werden.

(iii) Zusammenfassung

Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen ist ganz überwiegend mit Unternehmen besetzt. Es handelt sich daher gleichfalls um eine Vereinigung von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, sofern er sich mit Themen befaßt, die die unternehmerische Tätigkeit der Mitglieder berührt.

6) Zusammenfassung

Die Krankenkassen sind Unternehmen, die Krankenkassenverbände und der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen Unternehmensvereinigungen, soweit es die Nachfrage nach Arzneimitteln angeht. Bei der Nachfrage nach Hilfsmitteln sind die Krankenkassen Unternehmen, die Krankenkassenverbände Unternehmensvereinigungen.

189 Siehe Pressemitteilung des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen Nr. 03/2001 v. 9.2.2001.

II) Die von Art. 81 I EG erfaßten Maßnahmen

1) Gleichwertigkeit der Begehungsweisen

Art. 81 I EG nennt drei Arten von verbotenen Maßnahmen, nämlich die Vereinbarung, den Beschluß und die abgestimmte Verhaltensweise. Die Rechtsfolgen der drei Verstößarten sind identisch, so daß die Abgrenzung zueinander aus praktischer Sicht an sich keine großen Auswirkung hat¹⁹⁰. Dennoch birgt die Abgrenzung der unterschiedlichen von Art. 81 I EG erfaßten Maßnahmen voneinander erhebliche Probleme. Es ist nun zu untersuchen, ob die oben als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen identifizierten Personen und Vereinigungen Vereinbarungen oder Beschlüsse getroffen oder ihre Verhaltensweisen abgestimmt haben, indem sie Festbeträge für Arznei- und Hilfsmitteln festgesetzt oder zu diesem Zweck Festbetragsgruppen gebildet haben.

2) Vereinbarung

Der Begriff der Vereinbarung iSd Art. 81 I EG ist umstritten. Nach einer Ansicht stimmt er im wesentlichen mit dem Begriff des Vertrages überein, wie er in den Rechtsordnung der Mitgliedsstaaten einheitlich Anwendung findet¹⁹¹. Wesentliches Merkmal ist, daß die Parteien durch die Vereinbarung Pflichten für eine oder mehrere Vertragsparteien begründen wollen, folglich mit Rechtsfolgewillen handeln. Überwiegend wird der Begriff jedoch weiter gefaßt. Er soll auch Absprachen von zwei oder mehr Parteien, die nicht eine Rechtsfolge im Sinne einer rechtlichen Verpflichtung herbeiführen wollen, erfassen, solange nur zumindest eine irgendwie geartete faktische Verbindlichkeit des Vereinbarten besteht¹⁹². Zum Teil geht die Kommission in ihren Entscheidungen noch weiter und sieht als Vereinbarung jede Verständigung über einen gemeinsamen Plan an¹⁹³. Grenzpunkt in dieser Auseinandersetzung ist der Übergang von rechtlich (vorbehaltlich der Wirkung des Art. 81 II EG) Verbindlichem hin zu als ausdrücklich nicht verbindlich bezeichneten

190 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 88, der eine präzise Subsumtion daher gar für verzichtbar hält, aaO Rn. 89.

191 Siehe Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 46f.; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 19; .

192 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 66, 72; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 74.

193 Kommission, Entsch. v. 27.7.1994, „PVC“ ABl. EG Nr. L 239/14, 25 (Tz. 30). Ähnlich wohl Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 97, 99, der die Notwendigkeit jeglicher genaueren Abgrenzung in Abrede stellt.

Abmachungen. Beispiel ist das sogenannte (allerdings nicht immer einheitlich definierte) „gentlemen’s agreement“, bei welchem die Vertragsparteien lediglich mit ihrem Wort einstehen und so im Falle der Nichteinhaltung lediglich in gesellschaftlicher Hinsicht Konsequenzen zu fürchten haben. Dazwischen sind jedoch weitere, teilweise ebenfalls als „gentlemen’s agreement“ bezeichnete Fälle denkbar, in denen die Nichteinhaltung der Absprache finanzielle Konsequenzen hätte und somit die Einhaltung der Vereinbarung wirtschaftlich als einzig vernünftig anzusehen ist. Jenseits des unverbindlichen „gentlemen’s agreement“ ist noch eine bloße Absichtserklärung ohne jede auch nur moralische Bindungswirkung denkbar, also eine bloße offene oder verdeckte Ankündigung eigenen späteren Verhaltens. Der Begriff der Vereinbarung weist Berührungspunkte mit dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweise auf. Je weiter man den Begriff der Vereinbarung faßt, desto schwieriger gestaltet sich dabei die Abgrenzung, und desto enger ist der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise zu fassen.

Eng verbunden mit der Auseinandersetzung um die Definition der Vereinbarung ist die Frage, ob schon die Abstimmungshandlung bei der abgestimmten Verhaltensweise von Art. 81 I EG erfaßt sei¹⁹⁴, oder ob erst die Ausführung der abgestimmten Verhaltensweise, also die Verhaltensweise selbst, die Tatbestandsalternative der abgestimmten Verhaltensweise erfülle¹⁹⁵. Ausgangspunkt der Auseinandersetzung ist nämlich das erklärte Ziel, daß letztendes auch schon die Abstimmung (faktisch) dem Verbot des Art. 81 EG unterfallen soll. Soweit man davon ausgeht, daß die Tatbestandsalternative der abgestimmten Verhaltensweise auch schon die Abstimmung als solche ohne Hinzutreten der Durchführung erfaßt, gibt es keinen Grund, den Begriff der Vereinbarung auszuweiten. Geht man jedoch davon aus, daß die Tatbestandsalternative der abgestimmten Verhaltensweise nicht schon die Abstimmung, sondern erst die Durchführung erfaßt, so kann man die Abstimmung selbst nur noch durch eine (dann uferlos erscheinende) Ausweitung des

194 So Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 67; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 118; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 28; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 113. Ebenso GA Cosmas, Schlußanträge v. 17.7.1997 zu „Kommission gegen Anic Partecipazione“, Slg. 1999, I-4125, 4139 (Rn. 27-30).

195 So Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 92 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 16.12.1975 „Suiker Unie u.a. gegen Kommission“, Slg. 1975, 1663, 1993 (dort wohl Rn. 357), 2035 (dort wohl Rn. 578); Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 28; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 54; Daig EuR 1976, 213, 217f. So nun auch die neueste Rechtsprechung des EuGH, siehe etwa Urt. v. 8.7.1999, „Hüls gegen Kommission“, Slg. 1999, I-4287, 4386 (Rn. 161); Urt. v. 8.7.1999, „Kommission gegen Anic Partecipazioni“, Slg. 1999, I-4125, 4203 (Rn. 118); Urt. v. 8.7.1999, „Montecatini gegen Kommission“, Slg. 1999, I-4539, 4616 (Rn. 125). Ohne erkennbare Parteinahme Roth/Ackermann, in: FraKom, Art. 81 I Rn. 121f., 124.

Begriffs der Vereinbarung bis hin zum Verzicht auf jede Bindungswirkung derselben in die Verbotswirkung des Art. 81 I EG einbeziehen. Die gemeinsame Zielsetzung beider Ansichten erklärt zum einen die Ausweitung des Begriffs der Vereinbarung unter Inkaufnahme der Verunklarung der Grenze. Zum anderen wird deutlich, daß die Problematik des erforderlichen Umfangs der Verbindlichkeit für den Begriff der Vereinbarung nicht isoliert betrachtet werden kann, sondern stets im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise zu sehen ist.

Zur Begründung für ihre Ansicht verweisen die Befürworter eines auf den Vertragsbegriff begrenzten Begriffs der Abmachung auf Art. 81 II EG, der die Nichtigkeit nur für gegen Art. 81 I EG verstoßende Vereinbarungen und Beschlüsse anordnet. Einer eigenen Vorschrift zur Herbeiführung der rechtlichen Nichtigkeit bedürfte es nur, wenn andernfalls rechtliche Existenz gegeben sei. Da in Art. 81 II EG nur die Vereinbarung und der Beschluß, nicht aber die abgestimmte Verhaltensweise genannt sei, könne man hieraus entnehmen, daß Vereinbarung und Beschluß sich von der abgestimmten Verhaltensweise gerade durch die rechtliche Verbindlichkeit unterschieden. Die entgegengesetzte Ansicht argumentiert hingegen, daß bei Kenntnis der Nichtigkeitsfolge des Art. 81 II EG die Parteien stets wüßten, daß ihre Übereinkünfte letztlich nichtig seien und ihnen daher von vornherein der Wille zur Herbeiführung einer rechtlich bindenden Vereinbarung fehle. Ohne diesen Rechtsbindungswillen sei aber eine Verbindlichkeit, wie sie in diesem Zusammenhang gefordert werde, von vornherein ausgeschlossen. Dieser Einwand vermag jedoch nicht zu überzeugen. Eine solche Auslegung des Begriffs des Vertrages rein vom Gesichtspunkt des Rechtsbindungswillens ist bei verständiger Würdigung zu eng. Denn dies würde dazu führen, daß Art. 81 II EG überflüssig wäre. Würde man nämlich diesem Denkansatz folgen, so wären letztlich alle Vereinbarungen, die unter Verstoß gegen Art. 81 I EG geschlossen werden, ohne Rechtsbindungswillen geschlossen, sofern die Beteiligten vom Verstoß Kenntnis hätten, was in den weitaus meisten Fällen der Fall sein dürfte. Wenn aber die Kenntnis von vornherein zur Nichtigkeit führte, wäre die Nichtigkeitsfolge des Art. 81 II EG als solche entbehrlich, da die Nichtigkeit dann bereits vorher durch die Kenntnis der Parteien eingetreten ist. Die Nichtigkeit der Vereinbarungen würde sich dann nicht mehr aus der Vorschrift ergeben, sondern aus der Kenntnis der Vorschrift. Zum anderen wird bereits bei der Voraussetzung, daß nämlich die Parteien Kenntnis über die rechtliche Unwirksamkeit haben, nicht berücksichtigt, daß die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 III EG und die

Gruppenfreistellungsverordnungen die vermeintlich leichte Beurteilung des Verstosses gegen Art. 81 I EG erschweren.

Insgesamt überwiegen die Gründe, die für das Erfordernis einer Verbindlichkeit der Vereinbarung sprechen. Es bleibt aber festzuhalten, daß die praktischen Auswirkungen dieser Auseinandersetzung in den meisten Fällen zu vernachlässigen sind, da sie in den ganz überwiegenden Fällen zum gleichen Ergebnis gelangt. Unterschiede ergeben sich lediglich dann, wenn ein reiner Informationsaustausch stattgefunden hat, ohne daß diese Informationen das Marktverhalten des anderen Unternehmens erkennbar beeinflußt hat. In diesem Fall liegt nur nach der Ansicht ein Verstoß gegen Art. 81 I EG vor, die eine Durchführung der Abstimmung nicht für erforderlich hält.

Schließlich ist die Form der Vereinbarung unbeachtlich¹⁹⁶, was dazu führt, daß einseitige Aktionen und Initiativen eines Unternehmens gegenüber anderen Unternehmen durch einfache Befolgung (konkludente Annahme) der anderen Unternehmen eine Vereinbarung darstellen können¹⁹⁷. Allerdings wird man in solchen Fällen eine strenge Prüfung vorzunehmen haben. Dies ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht schon daraus, daß für die so geschlossene Vereinbarung gerade die beiderseits gewünschte Rechtsverbindlichkeit vorliegen muß. Aber auch das Gericht erster Instanz hat an die Tätigkeit der Kommission hohe Anforderungen für den Nachweis gestellt¹⁹⁸.

3) Beschlüsse

Beschlüsse sind alle Rechtsakte, durch die Unternehmensvereinigungen ihren Willen bilden. Maßgeblich ist dabei, daß dies aufgrund eines bereits bestehenden Organisations-Rechtsverhältnisses geschieht¹⁹⁹. Die genaue Rechtsform des Rechtsaktes ist unbeachtlich und kann nach den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auch als Verwaltungsakt zu qualifizieren sein²⁰⁰. In Betracht kommen

196 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 81; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 19; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 50.

197 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 86f.; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 53f., 54.

198 EuG, Urt. v. 26.10.2000, „Bayer AG gegen Kommission (Adalat)“, Slg. 2000, II-3383, 3410 (Rn. 73ff.).

199 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 84; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 23; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 55.

200 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 91; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 103.

neben Mehrheitsentscheidungen auch Akte von Einzelpersonen oder Vorständen, wenn diese für die Unternehmensvereinigungen tätig werden²⁰¹. Es stellt sich auch hier die Frage, ob die Beschlüsse für die Mitgliedsunternehmen der Vereinigung verbindlich sein müssen oder nicht. Dies kann grundsätzlich in zwei Fallkonstellationen relevant werden. Zum einen kann die Verbindlichkeit von vornherein ausgeschlossen sein, wenn etwa die Unternehmensvereinigung sich auf die Abgabe von Empfehlungen oder ähnliches beschränkt. Als zweite Möglichkeit ist an fehlerhafte Rechtsakte zu denken, wenn etwa ein Beschluß fehlerhaft ist oder eine Handlung einer Einzelperson deren satzungsgemäßen Wirkungskreis überschreitet.

a) rechtliche Verbindlichkeit

Nach einer Ansicht ist rechtliche Verbindlichkeit für Beschlüsse erforderlich²⁰². Nach anderer Ansicht soll auch der mit eventuellen Nachteilen rechtlicher, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Art sich einstellende Druck das erforderliche Ausmaß an Verbindlichkeit herstellen²⁰³. Weiter noch geht der EuGH. Soweit sich mehrere Mitglieder an die unverbindliche Empfehlung halten, soll auch bei Fehlen jeglichen Drucks ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung vorliegen²⁰⁴. Das Bild der Meinungen gleicht damit demjenigen bei den Vereinbarungen²⁰⁵. Es ist daher aus den gleichen Gründen davon auszugehen, daß nur diejenigen Rechtsakte den Tatbestand des Beschlusses einer Unternehmensvereinigung erfüllen, die vorbehaltlich der Rechtsfolge des Art. 81 II EG auf die Herbeiführung einer rechtlichen Bindung der Mitgliedsunternehmen gerichtet sind. Soweit der EuGH Beschlüsse im Sinne des Art. 81 I EG auch dann als gegeben ansieht, wenn gänzlich unverbindliche Vorgaben einer Unternehmensvereinigung durch die Mitglieder befolgt werden, treten wiederum Probleme bei der Abgrenzung des Beschlusses zur abgestimmten Verhaltensweise auf. Denn die Befolgung durch die Unternehmen ist erst ein später eintretendes Ereignis, über dessen Eintritt zum Zeitpunkt der Koordinationshandlung selbst nur spekuliert werden kann. Es erscheint unlogisch, für die Beurteilung der rechtlichen Qualität einer Abstimmung auf ein erst später eintretendes Ereignis abzustellen. Mit anderen Worten kann es sich um einen

201 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 88; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 56; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 23.

202 Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 42f.; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 24.

203 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 85.

204 EuGH, Urt. v. 29.10.1980, „van Landewyck u.a. gegen Kommission“, Slg. 1980, 3125, 3250 (Rn. 86); ferner Urt. v. 8.11.1983, „NV IAZ International Belgium u.a. gegen Kommission“, Slg. 1983, 3369, 3410 (Rn. 19f.); dem zustimmend Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 94.

205 Siehe Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 105.

Beschluß nur von Anfang an handeln oder gar nicht. Daß aber ein Akt einer Unternehmensvereinigung dadurch ex post zum Beschluß wird, daß sich die zusammengeschlossenen Unternehmen im Nachhinein daran halten, mutet absurd an. Handelt es sich um einen rechtlich nicht verbindlichen „Beschluß“, so greift, sofern sich die Unternehmen an den Beschluß halten, vielmehr die Tatbestandsalternative der abgestimmten Verhaltensweise. Beiden ist die Beeinflussung unternehmerischen Verhaltens gemein, so daß aus dem Eintritt des Abstimmungserfolges keineswegs nur auf das Bestehen eines Beschlusses rückgeschlossen werden könnte. Für den Nachweis der auch dort erforderlichen Abstimmung kann wiederum das Bestehen einer unverbindlichen Vorgabe durch die Unternehmensvereinigung für den Nachweis der Abstimmung entsprechend berücksichtigt werden. Verhalten sich die Unternehmen der Empfehlung der Unternehmensvereinigung entsprechend, so werden sie sich kaum auf ein reines, unabgestimmtes Parallelverhalten berufen können.

b) rechtsfehlerhafte Beschlüsse

Aus dem bislang Gesagten ergibt sich auch die Lösung des zweiten Problems. Da grundsätzlich nur diejenigen Rechtsakte einer Unternehmensvereinigung rechtlich „verbindlich“ sein können, die satzungs- und daher ordnungsgemäß ergangen sind, nicht aber diejenigen, die unter Verstoß gegen die Satzung ergangen sind, unterfallen fehlerhafte Rechtsakte nicht dem Begriff des „Beschlusses“ iSd Norm. Sofern die Unternehmen dennoch Folge leisten, greift das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen. Das Bestehen des rechtsfehlerhaften Aktes legt hier die Bewertung als abgestimmte Verhaltensweise nahe. Es entspricht demgegenüber der Praxis, daß rechtsfehlerhafte Beschlüsse gleichfalls in den Kreis der Beschlüsse iSd Art. 81 einbezogen werden²⁰⁶. Allerdings ist zu der zitierten Entscheidung anzumerken, daß die Rechtsfehlerhaftigkeit des relevanten Aktes keineswegs eindeutig feststand, sondern daß die entscheidenden Satzungen der Unternehmensvereinigungen nach den Feststellungen der Kommission eher unklar waren und eine Beantwortung der Frage, ob die Organe ihre Befugnisse überschritten hatten, daher kaum möglich erschien. Insgesamt zeigt dieser Fall, daß rechtliche Grauzonen auch nicht stets vermieden werden, wenn man nur satzungsgemäß ergangene Beschlüsse als solche im Sinne des Art. 81 EG ansehen will. Aus diesem Grunde erscheint es zunächst verständlich, daß die Praxis sich hier

206 Siehe Kommission, Entsch. v. 30.12.1994, „Cement“ ABl. 1994 Nr. L 343 S.1, 98. Nr. 44 (3).

mit weiteren Fragen nicht befassen will und stattdessen die vermeintlich einfache Lösung über einen weiten Begriff des Beschlusses sucht. Auch aus dieser ergebnisorientierten Sicht bedarf es einer solchen Ausweitung bei einer weiten Auslegung des Verbots der abgestimmten Verhaltensweisen im Ergebnis aber nicht.

4) abgestimmte Verhaltensweisen

Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen ergänzt die beiden vorangegangenen dargestellten Formen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens und erfüllt damit die Funktion eines Auffangtatbestandes²⁰⁷. Die Umschreibung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise ergibt sich daher als Rückschluß aus dem, was Vereinbarung und Beschluß nicht sind, wobei die abgestimmte Verhaltensweise diesen beiden dennoch ihrem Wesen nach gleich ist. Abgestimmte Verhaltensweise ist die bewußte Koordinierung des Marktverhaltens zweier oder mehrerer Unternehmen ohne den Rahmen einer rechtlichen Verpflichtung. Wesentliches Abgrenzungsmerkmal zu sowohl der Vereinbarung als auch dem Beschluß ist das Fehlen einer rechtlichen Verbindlichkeit²⁰⁸. Die äußerlich als Vereinbarung oder Beschluß sich darstellenden Koordinationsakte können daher als Abstimmungsvorgänge der „abgestimmten Verhaltensweise“ durchaus noch erfaßt werden, auch wenn ihnen keine Rechtsverbindlichkeit zu eigen ist. Die Formulierung des Vertragstextes („abgestimmte Verhaltensweise“ und nicht „Abstimmung der Verhaltensweise“) legt nahe, daß erst die Ausführung, also die Verhaltensweise selbst dem Verbot des Art. 81 I EG unterliefe. Auch die französischen und englischen Vertragstexte (*pratiques concertées*, *concerted practices*) lassen hier nichts Gegenteiliges vermuten. So geht auch der EuGH davon aus, daß die Abstimmung alleine nicht ausreichend sei, um das Verbot des Art. 81 II EG zu erfüllen, sondern daß noch die praktische Umsetzung der Absprache zumindest beginnen müsse²⁰⁹. An anderer Stelle desselben Urteils stellt der EuGH jedoch auch das sog.

207 Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 59; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 90; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 100; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 106.

208 Siehe oben S. 177 und S. 181, rechtliche Verbindlichkeit ist dabei vorbehaltlich der Rechtsfolge des Art. 81 II EG zu verstehen.

209 EuGH, Urt. v. 16.12.1975, „Suiker Unie u.a. gegen Kommission“, Slg. 1975, 1663, 1993 (Rn. 356f.); Urt. v. 8.7.1999, „Hüls gegen Kommission“, Slg. 1999, I-4287, 4386 (Rn. 161); Urt. v. 8.7.1999, „Kommission gegen Anic Partecipazioni“, Slg. 1999, I-4125, 4203 (Rn. 118); Urt. v. 8.7.1999, „Montecatini gegen Kommission“, Slg. 1999, I-4539, 4616 (Rn. 125). Dem zustimmend Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 92; Daig EuR 1976 S. 213, 217; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 85 I Rn. 28.

„Selbständigkeitspostulat“ in den Vordergrund, also die Forderung, daß jedes Unternehmen sein Wettbewerbsverhalten eigenständig bestimmen muß. Dabei darf es sich zwar auf das Verhalten seiner Konkurrenten einstellen, aber keine Fühlungnahme hinsichtlich zukünftigen Marktverhaltens der Konkurrenten durchführen oder eigenes zukünftiges Marktverhalten mitteilen²¹⁰. Dieses Selbständigkeitspostulat ergibt nur dann Sinn, wenn bereits die Abstimmung als solche in den Verbotsbereich des Art. 81 I EG fällt, was Stimmen der Literatur auch betonen²¹¹. Zur Begründung dieser Ansicht wird des weiteren auf die gleiche rechtliche Behandlung sowohl des Bezweckens als auch des Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung durch eine abgestimmte Verhaltensweise hingewiesen²¹². Daß auch das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung durch eine „abgestimmte Verhaltensweise“ vom Gesetz als möglich unterstellt wird, lege nahe, daß bereits die Abstimmung als solche den Tatbestand erfülle. Letztlich ist tatbestandsmäßig also nicht die abgestimmte Verhaltensweise, man müßte eher von einer Abstimmung der Verhaltensweise sprechen. Das von *Daig* geltend gemachte systematische Argument, daß Vereinbarungen und Beschlüsse wegen erhöhter Wahrscheinlichkeit ihrer Umsetzung gefährlicher seien und daher bei diesen bereits der Koordinationsakt dem Verbot unterfiele²¹³, überzeugt nicht. Die Wahrscheinlichkeit der Umsetzung einer Absprache ist eine Frage des Einzelfalles. Es gibt keinen Grund dafür, die Abstimmungen durch eine pauschale Wertung zu privilegieren, da in Einzelfällen, wenn die abgestimmte Verhaltensweise für alle Beteiligten erhebliche Gewinnverbesserungen verspricht, ihr Gefährdungspotential demjenigen jeder beliebigen Vereinbarung gleichstehen kann. Aus diesen Gründen ist bereits die Abstimmung als solche vom gesetzlichen Verbot des Art. 81 I EG zu erfassen.

5) Die rechtliche Beurteilung der Maßnahmen des Festbetragssystems

Es ist zu untersuchen, wie sich die gefundenen Ergebnisse auf den hier interessierenden Sachverhalt auswirken. Grundsätzlich können bei den Maßnahmen

210 Siehe EuGH, Urt. v. 16.12.1975, „Suiker Unie u.a. gegen Kommission“, Slg. 1975, 1663, 1965 (Rn. 173f.).

211 Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 26-28; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 108, 113, 114.

212 Siehe Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 67; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 119; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 28.

213 *Daig* aaO S. 217 unten.

zur Durchführung des Festbetragsystems zwei verschiedene Arten von Maßnahmen unterschieden werden. Als erstes erfolgt die Bildung von Festbetragsgruppen, also von Gruppen vergleichbarer Mittel. Anschließend erfolgt die Festsetzung der jeweiligen Preise für diese Gruppen.

a) Die Bildung der Festbetragsgruppen ...

(i) ... für Arzneimittel

Die Bildung der Festbetragsgruppen erfolgt für die Arzneimittel in Form von Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, § 35 I SGB V. Die Mitglieder des Ausschusses der Ärzte und Krankenkassen stimmen ab, wobei die einfache Mehrheit für die Verabschiedung der Richtlinie ausreichend ist. Da also nicht die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich ist, kann es sich nicht um eine Vereinbarung iSd Art. 81 I EG handeln. Es handelt sich bei Richtlinien aber um Rechtsakte, die für alle Ärzte und Krankenkassen im allgemeinen rechtlich verbindlich sind²¹⁴. Da auch achtzehn der einundzwanzig Mitglieder des Ausschusses Ärzte oder tragende Funktionäre der Krankenkassen sind, deren Position den jeweiligen Krankenkassen zuzurechnen ist²¹⁵, sind die Richtlinien rechtlich verbindlich für den größten Teil der Mitglieder. Neben dieser formalen Verbindlichkeit qua Rechtsform handelt es sich darüber hinaus bei den Festbetragsgruppen um verbindliche Vorgaben für diejenigen Stellen, die für diese Gruppen Festbeträge festsetzen sollen. Es sind dies bei Arzneimitteln die Spitzenverbände der Krankenkassen. Vergleicht man die durch Vertreter repräsentierten Krankenkassen im Ausschuß der Ärzte und Krankenkassen mit den in § 213 I SGB V aufgezählten Verbänden, so fällt auf, daß mit Ausnahme der See-Krankenkasse alle Spitzenverbände der Krankenkassen einen oder mehrere „Vertreter“ in den Ausschuß entsandt haben. Rechnet man diese „Vertreter“ den Verbänden trotz ihrer Weisungsfreiheit zu, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen in Form von Richtlinien für einen Teil der hinter seinen Mitgliedern stehenden Unternehmensvereinigungen, nämlich die als Spitzenverbände bezeichneten Verbände (einschließlich der Bundesknappschaft), rechtsverbindliche Vorgaben macht. Die Richtlinien sind also im weitesten Sinne Rechtsakte einer Gruppe von Unternehmen, die aufgrund des bestehenden Gesamtrechtsverhältnisses, nämlich der gesetzlichen Regelung,

214 Siehe Kötter, in: LPK, § 92 Rn. 5ff.

215 Siehe oben S. 176.

Wirkung auch für diejenigen entfalten, die im Ausschuß gegen die Richtlinie gestimmt haben. Angesichts dessen handelt es sich bei den Richtlinien, durch welche der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen die Arzneimittelgruppen bildet, um Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung nach Art. 81 I EG.

(ii) ... für Hilfsmittel

Für die Hilfsmittel sollen die Festbetragsgruppen laut Gesetz durch die Spitzenverbände der Krankenkassen gemeinsam und einheitlich erfolgen, § 36 I SGB V. Sofern dies in gemeinsamer und einheitlicher Weise nicht möglich ist, werden die Entscheidungen der Spitzenverbände durch eine Gewichtung der Stimmen herbeigeführt, § 213 II, 36 IV SGB V, wobei die Ortskrankenkassen drei, die Ersatzkassen zwei und die Betriebs-, Innungs- und landwirtschaftlichen Krankenkassen sowie die Bundesknappschaft jeweils einen Vertreter stellen. Diese insgesamt neun Vertreter stimmen sodann ab, die einfache Mehrheit (5 Stimmen) ist ausreichend. Auch hier erfolgen die Entscheidungen also im Zweifelsfall nicht einheitlich. Damit scheidet die Einordnung als Vereinbarung zumindest im Konfliktfall aus.

In Betracht kommt auch hier die Behandlung als Beschluß einer Unternehmensvereinigung, was aber voraussetzen würde, daß sie für die Mitglieder der Unternehmensvereinigung, im vorliegenden Fall also die Spitzenverbände der Krankenkassen, verbindlich sein müßten. Auch hier sind die Festbetragsgruppenbildungen durch die Spitzenverbände der Krankenkassen verbindliche Vorgaben für die die Festbeträge festsetzenden Gremien, also gemäß § 36 II SGB V die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen²¹⁶. Die Landesverbände sind die Mitglieder der Bundesverbände. Folglich treffen die Spitzenverbände der Krankenkassen durch die Bildung der Festbetragsgruppen für Hilfsmittel verbindliche Vorgaben für den Großteil der Mitglieder der Verbände. Aus diesem Grund sind auch die Beschlüsse der Spitzenverbände der Krankenkassen bei der Bildung von Festbetragsgruppen für Hilfsmittel Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung iSd Art. 81 I EG.

216 Siehe zur neuen Fassung des § 36 SGB V oben S. 88.

b) Die Festsetzung der Festbeträge

Die Festsetzung der Festbeträge erfolgt durch eine Abstimmung unter den Spitzenverbänden der Krankenkassen für Arzneimittel (§ 35 III S. 1, VI, 213 II, III SGB V) für das gesamte Bundesgebiet und durch eine Abstimmung unter den Landesverbänden der Krankenkassen unter Einbeziehung der Verbände der Ersatzkassen für Hilfsmittel (§ 36 II, IV, 213 II SGB V) für das Gebiet eines Landes²¹⁷. Dabei ist Einstimmigkeit gewünscht, aber nicht erforderlich; im Konfliktfall gilt die Stimmverteilung unter den Verbänden nach § 213 II SGB V. Bei den Festsetzungen kann es sich also nicht um eine Vereinbarung handeln, sondern nur um einen Beschluß. Dies würde aber voraussetzen, daß es sich um einen Rechtsakt handelt, der für die Verbände oder ihre Mitglieder rechtliche Verbindlichkeit erlangt. Fraglich ist, worin hier diese rechtliche Verbindlichkeit zu sehen ist. Es kann nicht die Festsetzung allein betrachtet werden, erforderlich ist vielmehr eine umfassende Wertung der Auswirkungen der Festbeträge für alle Sozialversicherungsträger im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Festbeträge selbst haben den Zweck der Begrenzung der Leistungspflicht in wirtschaftlicher Hinsicht bei gleichzeitiger Gewährung des medizinisch Erforderlichen²¹⁸. Die Festbeträge konkretisieren damit rechtsverbindlich die Ansprüche der Versicherten gegenüber ihrer Krankenkasse, § 12 II SGB V. Es handelt sich bei den Festsetzungen der Festbeträge durch die Verbände der Krankenkassen um Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen (soweit Krankenkassen selbst unmittelbar beschließend tätig sind, § 207 IV SGB V) und Unternehmensvereinigungen (soweit nicht Krankenkassen selbst, sondern die Verbände aktiv involviert sind).

6) Rechtsprechung des EuGH

Wie bereits erwähnt²¹⁹, sieht der EuGH aber bestimmte Tarifvereinbarungen von Unternehmen, welche in Verbindung mit hoheitlichen Regelungen Allgemeinverbindlichkeit für die jeweiligen Wirtschaftskreise erlangen, nicht als Verstoß gegen Art. 81 I EG an. Die Begründung hierfür ist nicht eindeutig und läßt offen, ob der EuGH das Tatbestandsmerkmal der Maßnahme, der Wettbewerbsbeschränkung oder ein anderes nicht erfüllt sieht. Denkbar wäre etwa

217 Zur Umstellung bis zum 01.01.2005 durch den neuen § 36 SGB V siehe oben S. 88.

218 Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 35 Rn. 2.

219 Siehe oben S. 144.

auch, daß der EuGH eine außertatbestandliche Ausnahme im Sinne einer teleologischen Reduktion der Norm schaffen wollte.

Daß es sich um eine Frage der Maßnahme handelt, legt aber das oben erwähnte Urteil des EuGH zur Zusammenarbeitsverordnung der Niederländischen Rechtsanwaltskammer nahe. Dort spricht der Gerichtshof davon, daß „nicht jede Vereinbarung zwischen Unternehmen oder jeder Beschluß einer Unternehmensvereinigung, durch die die Handlungsfreiheit der Parteien oder einer der Parteien beschränkt wird, automatisch vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfaßt“ werde. Anknüpfungspunkt scheint also die Eigenschaft als Vereinbarung im Sinne des Art. 81 I EG zu sein, weswegen die inhaltliche Auseinandersetzung nun an dieser Stelle erfolgen soll. Zugegebenermaßen ist aber diese Formulierung für die Zuordnung des Problems zum Tatbestandsmerkmal der Maßnahme nicht zwingend, zumal in diesem Fall auch keine Tariffestsetzung Gegenstand der Entscheidung war, sondern eine (allerdings durchaus vergleichbare) Festsetzung von Standesgeboten.

a) Beurteilung der Rechtsprechung

Untersucht man die oben²²⁰ einzeln aufgeführten Kriterien, so tauchen einige Widersprüche auf. Was das Entscheidungsmerkmal der Weisungsungebundenheit angeht, stellt sich die Frage, ob bei dem Urteil zu den Zollspediteurтарifen die Mitglieder des CNSD nicht auch frei von Weisungen waren (der EuGH geht hierauf nicht ein). Dies wäre naheliegend, da es auch die Aufgabe des CNSD ist, die Bezirksräte in ihren Tätigkeiten zu überwachen, womit sich eine Unterstellung an Weisungen der Bezirksräte kaum vertrüge. Wenn aber die Mitglieder des CNSD frei von Weisungen wären, dürften sie gleichfalls nicht als zur Aushandlung und zum Abschluß von Preisabsprachen ermächtigte Vertreter anzusehen sein, zumindest wenn man der Aussage des EuGH in Randnummer siebzehn des Reiff-Urteils folgen will²²¹. Die Bedeutung des numerischen oder des Stimmanteils der Vertreter der Unternehmervverbände an den tarifsetzenden Gremien schließlich setzt der EuGH durch sein zweites Urteil zu den italienischen Speditionstarifen selbst herab. Denn auch die Erhöhung des Anteils der Unternehmensvertreter auf die Hälfte aller

220 Siehe oben S. 151.

221 Siehe EuGH, Urt. v. 17.11.1993, „Bundesanstalt für den Güterkraftverkehr gegen Gebr. Reiff“, Slg. 1993, I-5801, 5848 (Rn. 17).

Mitglieder änderte das Urteil im Ergebnis nicht²²². Die hälftige Besetzung eines Gremiums mit Unternehmensvertretern führt aber dazu, daß Beschlüsse gegen geschlossen auftretende Unternehmensvertreter nicht mehr gefaßt werden können. Der Gerichtshof hätte hierzu erläuternd Stellung nehmen müssen, wenn der numerische Anteil tatsächlich von Bedeutung gewesen wäre.

Von größerem Interesse als diese eher vordergründigen Widersprüche ist aber die Frage, welche Ziele der EuGH mit dieser Rechtsprechung verfolgt, und ob die vom EuGH für erheblich gehaltenen Gesichtspunkte diesem Ziel zu dienen vermögen.

(i) Das Bild des EuGH von der Rolle von Unternehmen bei der Wirtschaftslenkung

Der EuGH strebt durch die von ihm gewählten Kriterien einen Mittelweg an zwischen der Einbeziehung des Wissens der betroffenen Wirtschaftskreise einerseits und der Verhinderung wettbewerbsbeschränkenden Einflusses dieser Wirtschaftskreise andererseits. Dabei verwendet er das Bild des Sachverständigen nicht von ungefähr, die einbezogenen Unternehmen sollen als Sachwalter übergeordneter Interessen auftreten. Viele der hier aufgeführten vom Gerichtshof entschiedenen Fälle hatten nicht oder nicht allein die Feststellung eines Verstosses eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung zum Gegenstand, es ging (auch) um die Frage, ob Mitgliedstaaten selbst gegen das EG-Recht verstoßen hatten.

Einen Verstoß eines Mitgliedstaates gegen die früheren Art. 5, 85, 86 EG-Vertrag (nun Art. 10, 81, 82 EG) sieht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung dann als gegeben, wenn entweder eine im weitesten Sinne einen Verstoß gegen Art. 81 oder 82 EG verstärkende Maßnahme durch den Staat getroffen wurde, oder wenn der Staat die Befugnis zur Rechtssetzung auf Private überträgt. Dies bezweckt, daß die Vorschriften der Art. 81 und 82 EG nicht unterlaufen werden, indem die Verantwortung für einen Wettbewerbsverstoß von den Unternehmen auf einen Mitgliedstaat übertragen wird.

An dieser Stelle fügt sich das Bild des Sachverständigen in den Gesamtrahmen der Rechtsprechung des EuGH ein. Konfliktpunkt in den genannten Fällen war jeweils

222 Siehe oben S. 151.

die Einbeziehung von Privaten als Entscheidungsträger in staatliche Rechtssetzungen. Der EuGH mußte, wenn er nicht einen Verstoß des Mitgliedstaats feststellen wollte, sowohl einen Verstoß der Unternehmen, die in den Tarifgremien vertreten waren, als auch eine Verlagerung staatlicher Rechtssetzungsbefugnis auf Private als nicht gegeben ansehen. Im Ergebnis tat der EuGH dies, indem er den Unternehmensvertretern eine Stellung als Sachverständige zubilligte. Die vom Gerichtshof ausgearbeiteten Kriterien dienen letztlich der Überprüfung der Rolle der Privaten als Sachverständige. Soweit der Gerichtshof in den Urteilen Reiff, Delta und den Urteilen zu den italienischen Speditionstarifen die Tatsache hervorhebt, daß in letzter Instanz die jeweiligen Minister die festgesetzten Tarife erst genehmigen müssen und hierbei gegebenenfalls auch eigene Tarife festsetzen können, bestätigt das einerseits die Rolle der jeweiligen Tarifkommissionen als bloße Sachverständige. Zum anderen schließt dies aber auch die Übertragung der Rechtssetzungsbefugnis auf Private aus, was andernfalls für sich allein schon zu einem Verstoß des Mitgliedstaates geführt hätte.

(ii) Tauglichkeit der Kriterien des EuGH

Fraglich ist allerdings, ob die vom EuGH angesprochenen Umstände, bei deren Vorliegen kein Verstoß des Mitgliedstaates vorliegen soll, tatsächlich zur Berücksichtigung des „Sachverständigen“-Gedankens geeignet sind.

(1) Weisungsungebundenheit

Als eher untauglich erweist sich das Kriterium der Weisungsungebundenheit. Zwar rechtfertigt ein bestehendes Weisungsrecht von Unternehmen oder Verbänden gegenüber Mitgliedern solcher Tarifkommissionen es, Beschlüsse oder Vereinbarungen ohne weiteres dem jeweiligen Unternehmen oder Verband zuzurechnen. Wären die Mitglieder von Tariffestsetzungskommissionen gegenüber den sie (im weitesten Sinne) entsendenden Berufsgruppen oder Vereinigungen weisungsgebunden, so könnte man sie mit Sicherheit nicht als „Sachverständige“ ansehen. Der Rückschluß hingegen, daß bei Weisungsungebundenheit Vereinbarungen oder Beschlüsse der Tarifkommission nicht als solche des dahinterstehenden Unternehmens angesehen werden können, ist schon logisch nicht zwingend. Entscheidend ist vielmehr das jeweilige Verhältnis zwischen der entsendenden Berufsgruppe oder Vereinigung und dem Entsandten, sowie dessen eigene Interessenlage. Die Tatsache allein, daß es eine offizielle Weisungsbefugnis

nicht gibt, sagt nichts über inoffizielle Möglichkeiten zur Einflußnahme auf das Abstimmungs- und Arbeitsverhalten des Entsandten aus. Die Möglichkeit des Verbandes oder der Berufsgruppe, ein Mitglied der Tarifkommission zu benennen oder auch nur vorzuschlagen, gewährt diesem bereits die Möglichkeit, ein seinen Interessen entsprechendes Mitglied zu benennen. Die eigene Interessenlage des Tarifkommissionsmitglieds selbst ist insofern erheblich, als es sich bei einer solchen Tarifbildungskommission nicht nur um eine Ansammlung beliebiger Vertreter von Unternehmensvereinigungen handeln kann. Die versammelten Personen werden entweder selbst Unternehmen sein (etwa als Kaufleute) oder sie werden als Geschäftsführer oder Vorstände organschaftliche Vertreter sein. Wenn nun die Tarifkommission einen Bereich regelt, in welchem die Mitglieder der Tarifkommission oder die von ihnen geleiteten Gesellschaften selbst unternehmerisch tätig sind, so handelt es sich bei den Vereinbarungen um solche zwischen Unternehmen. Die Weisungsungebundenheit vermag also keinen zuverlässigen Aufschluß über die Herangehensweise der „Sachverständigen“ an ihre Aufgabe zu geben. Insbesondere läßt sich keine Aufklärung darüber gewinnen, ob wirklich nur eine gutachterliche oder eine lobbyistische Tätigkeit vorliegt.

(2) Anteil von Unternehmen an Gremien

Auch die Anteiligkeit der Besetzung ermöglicht nur sehr bedingt Rückschlüsse auf die Rolle der Unternehmen in diesen Gremien. Bei sehr geringem Anteil von Unternehmen an der Gesamtzahl der Gremienmitglieder mag man zwar bedenkenlos von einer rein beratenden Funktion der Unternehmen ausgehen. Es gilt aber zu beachten, daß eine Einflußnahme auf Beschlüsse nicht unbedingt die Möglichkeit zum „Alleingang“ in Abstimmungen voraussetzt. Vielmehr kann, je nach Einzelfall, auch eine Verständigung zwischen Unternehmen erfolgen, wenn diese Unternehmen nicht über die Mehrheit der Stimmen verfügen. Gerade bei der Festsetzung von Wettbewerbsparametern wie Mindest- oder Höchstpreisen, zulässigen Nebenleistungen oder ähnlichem werden die Kommissionen oft Kompromisse schließen wollen. Das Bemühen um eine einvernehmliche Lösung eröffnet aber auch Minderheiten die Möglichkeit, ihre Positionen zu vertreten und einzubringen. Das Ergebnis wird zur Verhandlungssache. Hat ein solcher Beschluß, an dem (auch) Unternehmen beteiligt waren, wettbewerbsbeschränkende Wirkung, so muß er nach der ratio des EG-Kartellrechts dennoch vom Verbot erfaßt sein. Es erscheint daher sehr bedenklich, wenn man die vermeintlich rein beratende Funktion von Unternehmen in gemischt besetzten Gremien von der

Stimmzahl abhängig macht, da dies die Folgen klassischen Lobbyismus' unterschätzt. Schließlich wird auch gerade durch die beiden zuletzt aufgeführten Urteile betreffend die italienische bzw. die niederländische Rechtsanwaltskammer klar, daß der Anteil der Unternehmen in den jeweiligen Gremien allenfalls eine nachgeordnete Bedeutung hat. Denn in diesen beiden Urteilen wird ein Verstoß nicht angenommen, obwohl beide Gremien ausschließlich mit Unternehmern besetzt sind²²³.

(3) Verpflichtung auf das allgemeine Wohl

Die Verpflichtung zur Beachtung von Kriterien des allgemeinen Wohls entspricht hingegen eher dem Bild des überparteilichen Gutachters. Problematisch ist jedoch, inwieweit in der Praxis eine Beachtung von Allgemeinwohlkriterien durch die Mitglieder der Kommissionen sichergestellt werden kann. Der Gerichtshof sieht diese Sicherstellung als Aufgabe der nationalen Gerichte an, die gegebenenfalls angerufen werden können, ohne hierauf weiter einzugehen²²⁴. Problematisch hieran ist, daß je nach Kartell eine umgehende Kontrolle durch die Gerichte nicht gewährleistet ist. Gerade in Fällen, in welchen die Festsetzungen des Gremiums für Außenstehende nicht ohne weiteres nachvollziehbar sind, kommt es vielleicht nicht zu einem klärenden Prozeß, da der potentielle Kläger sein Prozeßrisiko nicht abschätzen kann und ihm daher das Akzeptieren der Festsetzungen wirtschaftlich vernünftiger scheint. Dies dürfte vor allem da der Fall sein, wo der einzelne nur gering durch eine Wettbewerbsbeschränkung belastet wird, der Gewinn für die Mitglieder der Absprache sich aber aus einem großen Kreis gering belasteter Dritter zusammensetzt. So können Kartelle mit minimalen Verzerrungen doch volkswirtschaftlich beachtliche Bedeutungen haben. Ferner ist zu bedenken, daß bei solchen Festsetzungen oftmals hoheitliche Aura hinzutritt, ein Umstand, der Kläger gegen Festsetzungen weiter entmutigen könnte. Dies alles läßt eine Kontrolle ex post durch die Gerichte als höchst unbefriedigend erscheinen.

Schließlich ist auch die Verpflichtung auf das allgemeine Wohl zweifelhaft, wenn durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe den Unternehmen Beurteilungsspielräume eröffnet werden. Wenn etwa im ersten Urteil betreffend

223 Vgl. die in Fn. 135 und Fn. 136 angegebenen Fundstellen. In letzterem Urteil wird die Unternehmenseigenschaft der Rechtsanwältin zudem ausdrücklich bejaht.

224 EuGH Urt.v. 1.10.1998, „Autotransporti Librandi Snc di Librandi F. & C. gegen Cuttica spedizioni e servizi internazionali“, Slg. 1998, I-5955, 5985 (Rn. 36).

die italienischen Spediteurtarife bei der Berechnung von einem „gut geführten“ Speditionsunternehmen die Rede ist, das bei „normaler“ Auslastung unter „Berücksichtigung der Marktlage“ einen „angemessenen“ Gewinn erwirtschaften können soll²²⁵, so gewährt diese Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe einen erheblichen, kaum überprüfaren Spielraum, der von den Unternehmen ausgenutzt werden kann. Eine solche Regelung fordert es geradezu heraus, auch auf Dauer gegen evtl. volkswirtschaftlich erforderliche Anpassungsprozesse in der Transportindustrie verwendet zu werden.

(4) Behördliche Genehmigung und Ersetzung

Als letztes bleibt schließlich die ministerielle Genehmigungs- und Ersetzungsbefugnis. Sie stellt eine Gewährleistung dafür dar, daß Unternehmen als Mitglieder eines solchen Gremiums keine unmittelbare Normsetzungsbefugnis erlangen. Der ministerielle Genehmigungsvorbehalt führt dazu, daß kein Beschluß des jeweiligen Gremiums unmittelbar Wirkung entfaltet, ohne daß ein aktives Mitwirken von ministerieller oder zumindest behördlicher Seite erfolgt ist. Die Ersetzungsbefugnis wiederum als zweiter Teil garantiert, daß im Konfliktfall der Minister bzw. die Behörde sich gegenüber dem Gremium durchsetzen kann, eine Normsetzung also nicht vom Tätigwerden der Unternehmen abhängig ist. Die ministerielle oder behördliche Genehmigungs- und Ersetzungsbefugnis bezweckt ihrem Wesen nach die Sicherstellung der Berücksichtigung des Allgemeinwohls, ist insofern also bloß ein Hilfsinstrument, das nur ergänzend zur Verpflichtung auf das allgemeine Wohl wirkt. Allerdings führt die behördliche Genehmigung oder Billigung nicht dazu, daß der Charakter der Vereinbarung oder seine rechtliche Beurteilung sich verändern. Handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, so verliert sie diesen Charakter nicht dadurch, daß sie bis zu ihrer tatsächlichen Wirksamkeit noch ein behördliches Genehmigungsverfahren durchlaufen muß²²⁶. Auch ist durch eine solche behördliche Überprüfung keineswegs sichergestellt, daß Festsetzungen tatsächlich das Gemeinwohl ausreichend berücksichtigen. Sofern es sich bei der Festsetzung nämlich um eine

225 Siehe EuGH, Urt. v. 5.10.1995, „Centro Servizi Spediporto gegen Spedizioni Marittima del Golfo“, Slg. 1995, I-2883, 2904 (Rn. 7).

226 Insoweit unmißverständlich EuGH, Urt. v. 31.1.1985 „BNIC gegen Guy Clair“, Slg. 1985, 391, 424 (Rn. 23). Anders hingegen im Urteil v. 19.2.2002 „Manuele Arduino gegen Compagnia Assicuratrice RAS SpA“, Az. C-35/99 : „Daß ein Mitgliedstaat einen Berufsverband mit der Ausarbeitung einer Gebührenordnung für Dienstleistungen betraut, führt nicht automatisch dazu, daß die schließlich verabschiedete Gebührenordnung den Charakter einer staatlichen Regelung verliert.“

komplexe Materie handelt (wovon in solchen Fällen wohl regelmäßig auszugehen ist), müßte die Behörde für eine eingehende Überprüfung auf entsprechende eigene Expertise zurückgreifen können. Alle wesentlichen Abwägungen und Untersuchungen müßten also von der Behörde nachvollzogen werden können. Nur dann, wenn die Behörde selbst ein Urteil zu fällen in der Lage wäre, kann sie ernsthaft beurteilen, ob für die einzelne Festsetzung nicht doch Partikularinteressen maßgeblich waren. Sofern dies nicht der Fall ist, handelt es sich bei der behördlichen Genehmigung bloß um eine Formalie. Ist die Behörde zu einer eingehenden Überprüfung jedoch in der Lage, so stellt sich die Frage, warum die Behörde nicht von vornherein, etwa nach Durchführung von Anhörungen der betroffenen Wirtschaftskreise, eigene Entscheidungen trifft. Dies würde jeglichen Anschein der Verlagerung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Private von Anfang an vermeiden.

(5) Ergebnis

Als Fazit der vom EuGH genannten Gesichtspunkte, die zur Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf Preis- und Tariffestsetzungen durch Gremien unter Beteiligung von Unternehmen führen sollen, ist allein die Berücksichtigung des allgemeinen Wohls geeignet, das vom EuGH verfolgte Ideal des sachverständigen Gremiums zu begründen. Weisungsungebundenheit und ein geringer Unternehmeranteil sind beides Gesichtspunkte, die für die tatsächliche Berücksichtigung des allgemeinen Wohls Bedeutung haben können. Sie alleine stellen aber nicht die Berücksichtigung des allgemeinen Wohls sicher, so daß sie allein keinen Anhaltspunkt über die gutachterliche oder unternehmerische Vorgehensweise des Tarifgremiums geben können. Die Allgemeinwohlverpflichtung der festzusetzenden Tarife war der zentrale Gesichtspunkt der Entscheidungen. Es bleiben aber diesbezüglich die oben geltendgemachten Einwände zur praktischen Sicherstellung der Allgemeinwohlberücksichtigung bestehen.

(iii) Inhaltliche Ablehnung der neuen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EuGH begegnet zudem neben der oben genannten Kritik weiteren Bedenken. Diese ergeben sich aus der Stellung des Art. 86 II EG. Danach sind Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, in gewissem Umfang und unter gewissen Umständen von den Wettbewerbsregeln freigestellt. Diese Norm ermöglicht ihrer Zielsetzung nach den

Mitgliedstaaten, Unternehmen mit Funktionen hoheitlicher Wirtschaftsverwaltung zu versehen, ihnen also gewisse Aufgaben zu geben, die im Falle der Beachtung des Wettbewerbsrechts u.U. keiner befriedigenden Lösung zugeführt werden. Grund für die Aussetzung der Vorschriften für Unternehmen, insbesondere des Art. 81 I EG, kann jedoch auch immer nur ein überragendes Gemeininteresse sein, eine Aussetzung der Wettbewerbsregeln aus Partikularinteressen ist nicht möglich²²⁷.

Es existiert also bereits eine Vorschrift, deren Zweck es ist, im Sinne des allgemeinen Wohls Ausnahmen von der Geltung des freien Wettbewerbs im Bereich des Gemeinsamen Marktes zuzulassen. Diese Existenz einer Ausnahmenvorschrift spricht systematisch gegen die Einführung eines weiteren, der Zwecksetzung nach verwandten Ausnahmefalls durch die Rechtsprechung. Hiergegen ließe sich anführen, daß die Voraussetzungen des Art. 86 II EG möglicherweise weit enger sind als die Vorgaben von Seiten des Gerichtshofs. So sind insbesondere die Verfahren zur Festsetzung hoheitlicher Tarife durch Private schwerlich durch Art. 86 II EG zu rechtfertigen. Denn diese Norm regelt die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Erbringung der Dienstleistung selbst. Die Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Leitlinien, die auf Vereinbarungen oder Beschlüssen von Unternehmen beruhen, ist hingegen nicht Regelungsgegenstand dieser Norm. Behält man also die Berücksichtigung von Interessen des allgemeinen Wohls dem Regelungsgehalt des Art. 86 II EG vor, so verstoßen die vom EuGH zugelassenen Tariffestsetzungsmodelle gegen Art. 81 I EG. Es käme so, verglichen mit dem status quo, zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 81 I EG.

Es ist jedoch andererseits zu bedenken, welche Auswirkungen die Rechtsprechung des EuGH auf den Anwendungsbereich des Art. 86 II EG hat. Zwar besteht ein inhaltlicher Unterschied zwischen dem allgemeinen Wohl und der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Dennoch steht hinter der Freistellung von beidem derselbe Gedanke. Es geht darum, die Wettbewerbsregeln der Art. 81f. EG auf gewisse Bereiche nicht anzuwenden, weil die durch freien Wettbewerb erzielten Ergebnisse mit einem übergeordneten Interesse nicht vereinbar sind. Die enge inhaltliche Verbundenheit beider Punkte wird aber auch in anderer Weise deutlich. Wenn eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist, wird es auch stets ein allgemeines Wohl

²²⁷ Siehe Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 54; v. Wilmsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 550; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 36; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 38.

geben, welches bei der Festlegung eventueller Tarife o.ä. zu berücksichtigen wäre. Die eng begrenzte Ausnahme des Art. 86 II EG kann durch die Einrichtung eines entsprechenden Gremiums, das Richtlinien oder Verhaltensweisen für bestimmte Industrien oder Handelszweige festlegt, unterlaufen werden.

Allerdings bestehen Unterschiede zwischen beiden Ansätzen. Bei Art. 86 II EG kann nur eine eng begrenzte Zahl von Wirtschaftsbereichen, nämlich diejenigen, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, auf eine Befreiung hoffen. Die vom EuGH geschaffene Ausnahme hingegen steht jedem Wirtschaftszweig offen, da hier nicht die Dienstleistung selbst einen Bezug zum allgemeinen Wohl haben muß, sondern nur die Festsetzung durch das Gremium ein allgemeines Wohl einbeziehen muß. An die Stelle des freien Wettbewerbs tritt so die Regulierung und Reglementierung der Wirtschaft durch den Staat und zumindest Teile der Wirtschaft gemeinsam.

Unabhängig davon ist zu bedenken, daß der EuGH bei den Tarifen eine **ausschließliche** Ausrichtung am allgemeinen Wohl **nicht** voraussetzt. Ausreichend für die Vereinbarkeit mit dem europäischen Kartellrecht ist es bereits, wenn das allgemeine Wohl lediglich ergänzend neben den eigenen Interessen der im Gremium beratenden Unternehmen Entscheidungsgrundlage ist²²⁸. Im Rückschluß bedeutet dies, daß den Wirtschaftsvertretern in beschränktem Maße die Berücksichtigung ihrer eigenen Interessen erlaubt sein soll. Eine wirksame Überprüfung der Entscheidungen der Tarifgremien durch die Gerichte der Mitgliedstaaten, wie sie der EuGH anführt²²⁹, ist angesichts dieser Vorgaben kaum möglich und würde jedenfalls zu stark divergierenden Ergebnissen führen. Der ursprüngliche Sinn des Art. 81 I EG, nämlich der Schutz des freien Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, wird so zu einer Frage des Zufalls. Die Rechtsprechung des EuGH, nach welcher die diversen durch die Tarife festgesetzten Mindestpreise den Tatbestand des Art. 81 I EG nicht erfüllen, höhlt den Anwendungsbereich sowohl des Art. 81 I als auch des Art. 86 II EG aus. Dem läßt sich nur begegnen, wenn man Art. 86 II EG als die einzige Ausnahme von Art. 81 EG anerkennt.

228 EuGH, Urt. v. 19.2.2002, „Manuele Arduino gegen Compagnia Assicuratrice RAS SpA“, Az. C-35/99 (bislang nicht veröffentlicht); Urt. v. 19.2.2002, „J.C.J. Wouters u.a. gegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten“, Az. C-309/99 (bislang nicht veröffentlicht); Urt. v. 17.11.1993, „Bundesanstalt für den Güterfernverkehr gegen Gebrüder Reiff“, Slg. 1993, I-5801, 5848f. (Rn. 18, 19).

229 EuGH, Urt. v. 1.10.1998, „Autotransporti Librandi Snc di Librandi F. & C. gegen Cuttica spedizioni e servizi internazionali“, Slg. 1998, I-5955, 5985 (Rn. 36).

Auf den Einwand, daß eine Befreiung der Tätigkeit der Tarifgremien von den Vorschriften für Unternehmen durch die Art. 86 II EG möglicherweise nicht möglich sein wird, kann daher nur entgegnet werden, daß der Vertrag diese Vorgaben vorsieht und die Vorgehensweise des EuGH eine Umgehung der Vertragsnormen darstellt. Die eng gesteckten Grenzen der Art. 81ff. EG sind nur dort zu erweitern, wo Art. 86 II EG das vorsieht. Sofern dies als nicht ausreichend angesehen wird, besteht die Möglichkeit der Abänderung des Vertrages, aber nicht durch Auslegung *contra legem* durch den Gerichtshof, sondern durch die Mitgliedstaaten selbst.

b) Anwendung der EuGH-Rechtsprechung

Im Ergebnis führt die Rechtsprechung des Gerichtshofs hier auch zu keinem abweichenden Ergebnis. Die vom EuGH für maßgeblich gehaltenen Umstände, die eine Ausnahme vom Kartellverbot begründen können sollen, liegen hier nicht vor.

(i) Ernennung durch hoheitliche Stellen

Die Ernennung durch hoheitliche Stelle ist immer wieder als Argument gegen die Tätigkeit der Beteiligten als Unternehmen vorgebracht worden. Der Gerichtshof hat jedoch bereits früh, nämlich in seinen Urteilen betreffend BNIA und BNIC, entschieden, daß dies der Unternehmenseigenschaft keinen Abbruch tut. In Bezug auf die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen bei den Festbetragsbildungen ist dazu ferner anzumerken, daß die Vertreter, die im Konfliktfall die Entscheidung gemäß oder analog § 213 II SGB V herbeiführen sollen, durch die jeweiligen Verbände benannt werden, so daß eine sonstige hoheitliche Stelle bei der Besetzung der Vertreterposten nicht beteiligt ist.

(ii) Berücksichtigung des allgemeinen Wohls

Ausgesprochen bedeutsam erscheint dem EuGH hingegen die Berücksichtigung des allgemeinen Wohls. In sämtlichen Urteilen, in welchen den tarifbildenden Gremien die Berücksichtigung des allgemeinen Wohls vorgeschrieben wurde, hielt der EuGH ein solches Vorgehen mit den Vorschriften des EG-Vertrages für vereinbar. Von zentraler Bedeutung für die Beurteilung des Festbetragswesens durch den Gerichtshof wird es daher sein, ob er in den Festsetzungsmodalitäten die

Verfolgung eines Gemeininteresses zu erkennen vermag. Im Gegensatz zu den Sachlagen der Entscheidungen *Gebr. Reiff* und *Delta* ist hier eine gesetzliche Regelung nicht gegeben, die den „Sachverständigen“ eine volkswirtschaftlich sinnvolle Verteilungsregelung als Ziel nennt. § 35 V SGB V läßt sich lediglich entnehmen, daß einerseits eine ausreichende, zweckmäßige und in der Qualität gesicherte Versorgung gewährleistet werden soll, die aber andererseits auch Wirtschaftlichkeitsreserven ausschöpfen und einen wirksamen Preiswettbewerb auslösen soll. Zusätzlich war zeitweise das untere Drittel des Abstandes zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Preis in der jeweiligen Festbetragsgruppe eine obere Sollgröße²³⁰. Entscheidend dürfte nun sein, inwieweit mit diesen Vorgaben auch Allgemeininteressen berücksichtigt werden. Dabei liegt es nahe, aus der Anzahl der hier betroffenen Personen auf das Vorliegen übergeordneter Interessen rückzuschließen. Dabei würde man wohl dazu kommen, daß das Interesse von über 70 Millionen Versicherten an preiswerten Arznei- und Hilfsmitteln überwiegt. Indes würde eine solche Majoritätsentscheidung zu kurz greifen. Denn die Berücksichtigung übergeordneter Interessen bedeutet nicht zwingend eine Entscheidung zugunsten der zahlenmäßigen Mehrheit. Das Instrument der Festbeträge mit den Vorgaben zur Festsetzung hat aber genau das im Auge, eine Erhöhung des Drucks auf die jeweiligen Preise zum unmittelbaren und mittelbaren Vorteil der Versicherten; nämlich unmittelbar, soweit die Versicherten die Preise selbst zu bezahlen haben, und mittelbar, soweit sie dies über ihre Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung tun. Stattdessen ist festzustellen, daß allein das Ziel geringer Arzneimittelpreise Grund für die Einführung des Festbetragswesens ist. Dies läßt aber eine tiefere volkswirtschaftliche Zielsetzung vermissen. Es wäre zumindest eine Auseinandersetzung mit den von der pharmazeutischen Industrie geltend gemachten negativen Wirkungen auf die Refinanzierung der Forschungstätigkeit der pharmazeutischen Unternehmen erforderlich. Eine solche umfassende Abwägungspflicht tritt aber in den in § 35 V SGB V genannten Gesichtspunkten gerade nicht zutage.

(iii) Weisungsgebundenheit der Mitglieder der Tarifkommission

Als weiteren Umstand hält der Gerichtshof die Frage der Weisungsgebundenheit der Mitglieder der Tarifkommission für bedeutsam. In seinen Urteilen *Reiff* und *Delta* scheint allein dies für den Gerichtshof schon ausreichend zu sein, um zur

230 Siehe oben S. 80.

Zulässigkeit des gerügten Tarifbildungsverfahrens zu gelangen. Vorliegend stellt sich das Problem, daß nur die festbetragsfestsetzenden Gremien, also für Arzneimittel die Spitzenverbände der Krankenkassen und für Hilfsmittel die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen, genannt sind, daß aber über Weisungsbefugnisse keine Regelung getroffen ist, wie man sie etwa für die gemeinsamen Ausschüsse der Ärzte und Krankenkassen in §§ 90 III Sätze 1 und 2, 91 II 5 SGB V findet. Allerdings ist die Ausgangslage bei den hier zuständigen Gremien auch ein andere. Ziel der §§ 35, 36 SGB V ist es nämlich, daß die Regelung durch die genannten Verbände gemeinsam und einheitlich durchgeführt wird. Anders als bei den Fällen Reiff, Delta und auch den Speditionstariffällen wird also hier nicht ein Gremium mit Unternehmern auf Vorschlag eines Unternehmensverbandes besetzt, sondern die Unternehmensverbände selbst sind Mitglied des Gremiums. Die in § 213 SGB V geregelte Abstimmung ist lediglich für den Konfliktfall gedacht. Worauf diese Regelung abzielt, ist also tatsächlich keineswegs eine Einigung unter unabhängigen Sachwaltern von Interessen, sondern eine Einigung unter den Verbänden selbst. Die Abstimmungsregelung des § 213 SGB V ist daher eine reine Abstimmungsgewichtung, die den Vertretern keinen eigenen Ermessensspielraum zugesteht. Daß eine formelle Weisungsungebundenheit der entsendenden Verbände gegenüber ihren Vertretern nicht besteht, kann hier in keinem Falle bedeutsam sein.

(iv) Zusammensetzung der Gremien

In den Urteilen betreffend die italienischen Speditionstariffälle erscheint dem EuGH ferner die Zusammensetzung solcher Tarifgremien von Bedeutung. Ein Anteil von 50 % soll hierbei mit der Sachverständigenrolle des Gremiums verträglich sein. Vorliegend stellen jedoch die betroffenen Unternehmen bzw. deren Verbände sämtliche oder die ganz überwiegende Zahl der Mitglieder des Gremiums. Die Zusammensetzung der Kassenverbände und des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen spricht also nicht gegen deren Eigenschaft als Unternehmensvereinigung.

(v) Ministerieller (oder behördlicher) Genehmigungsvorbehalt

Schließlich ist in den genannten Urteilen teilweise auch die ministerielle Genehmigungs- und Ersetzungsbefugnis von Bedeutung, wobei dem Sinn nach auch

entsprechende Befugnisse nachgeordneter Behörden die gleiche Wirkung gehabt hätten. Dies erklärt sich dadurch, daß in diesen Urteilen Verstöße der Mitgliedstaaten Verfahrensgegenstand waren und hierfür erheblich war, ob eine vertragswidrige Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Unternehmen stattgefunden hatte. Dies hielt der EuGH dann nicht für gegeben, wenn der unmittelbaren Wirksamkeit der Entscheidungen der Gremien dadurch ein Riegel vorgeschoben wurde, daß eine ministerielle Genehmigung erforderlich war und ggf. eine Festsetzung auch alleine von ministerieller Seite erfolgen konnte. Wegen des unterschiedlichen Problemansatzes ist zweifelhaft, ob die durch den Gerichtshof gefundene Formel sich auf die sich hier stellende Problematik (Verstoß des Unternehmens selbst, nicht des Staates) übertragen läßt. Selbst wenn man dies aber tun wollte, würde man darauf basierend dennoch nicht zur Herausnahme der Festbetragsfestsetzung aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 I EG gelangen. Denn eine ministerielle Genehmigung ist an keiner Stelle erforderlich. Eine ministerielle Ersatzvornahme der Festsetzung sieht § 213 III 1 SGB V für den eng begrenzten Fall vor, daß die erforderlichen Beschlüsse nicht oder nicht innerhalb einer vom Bundesminister für Gesundheit gesetzten Frist zustandekommen, wobei diese Vorschrift nach § 35 VI SGB V nur bei Arzneimittelfestbeträgen Anwendung findet, während die verweisende Norm bei den Hilfsmitteln, § 36 IV SGB V, dies nicht einmal erfaßt. Die Regelung des § 213 III 1 SGB V weist ferner die Besonderheit auf, daß ein Eingreifen keineswegs in das Ermessen des Ministeriums gestellt ist, sondern daß zunächst die Spitzenverbände der Krankenkassen auf die eine oder andere Weise bei der Festbetragsfestsetzung „versagen“ müssen. Die Norm dient deswegen gerade nicht der Erhaltung der staatlichen ministeriellen Regelungsbefugnis, sondern lediglich der Sicherstellung der Durchführung der Regelung durch (subsidiäres) Eingreifen des Ministeriums. Im Regelfall besteht daher gerade keine freie Eingriffsmöglichkeit von ministerieller Seite. Es verwundert daher auch nicht, wenn festzustellen ist, daß es bislang zu einer ministeriellen Festsetzung nicht gekommen ist. Eine solche Regelung hat der Gerichtshof ganz sicher nicht vor Augen, wenn er die Anwendbarkeit des Art. 81 I EG auf Entscheidungen hoheitlich verfaßter Unternahmergremien von einer ministeriellen Genehmigungs- oder Ersetzungsbefugnis abhängig macht. Selbst wenn man also der ministeriellen Genehmigungs- und Ersetzungsbefugnis in diesem Zusammenhang überhaupt eine Bedeutung zugestehen wollte, so müßte man doch dazu kommen, daß die hier vorgefundene Regelung der Anwendung des Art. 81 I EG auf die Festbeträge nicht entgegensteht.

(vi) Zusammenfassung

Die vom EuGH im Zusammenhang mit der oben genannten Rechtsprechung für erheblich gehaltenen Gesichtspunkte liegen daher hier nicht vor²³¹. Im Ergebnis kann es daher dahinstehen, ob diese Rechtsprechung dem Grundsatz nach zu überzeugen vermag oder nicht, der hier vertretenen Meßbarkeit der Festbeträge an Art. 81 I EG tut dies keinen Abbruch.

²³¹ Auch der EuGH hat sein Urteil zu den Festbeträgen im Ergebnis nicht auf die soeben dargestellte Rechtsprechung zur Tarifbildung durch Private gestützt, sondern auf seine zuvor dargestellte Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern, siehe EuGH, Urt. v. 16. März 2004, „AOK Bundesverband u.a. gegen Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. u.a.“, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

III) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Nicht jeder Beschluß einer Unternehmensvereinigung verstößt per se gegen Art. 81 I EG. Die oben als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen identifizierten Maßnahmen im Rahmen der Bildung von Festbeträgen müßten darüber hinaus auch eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken oder bezwecken.

1) Der Begriff des Wettbewerbs

Bis heute ist eine genaue Definition des Wettbewerbs weder Gerichtshof und Kommission noch der rechtswissenschaftlichen Literatur gelungen. Anhand der Regelbeispiele des Art. 81 I EG und den Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission sowie der Praxis von Gerichtshof und Kommission läßt sich jedoch sagen, daß Wettbewerb im Sinne des Vertrages, wie ihn vor allem der Gerichtshof auslegt, durch die Handlungsfreiheit der Unternehmen bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung entsteht. Von daher erscheint als ungefähre Umschreibung des Begriffs des Wettbewerbs die „Rivalität selbständiger Unternehmen“ zutreffend, „die durch Anbieten günstigerer Bedingungen unter Verdrängung des Angebots der Mitbewerber nach Vertragsschluß mit Dritten streben“²³². Dabei versuchen die Unternehmen durch Innovation und bessere Leistung einen Vorsprung zu erringen (Vorstoßphase), den die Konkurrenten anschließend durch entsprechende Leistungssteigerungen aufzuholen trachten (Verfolgungsphase)²³³. Wesentlich für einen funktionierenden Wettbewerb ist die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer, deren Fehlen geradezu als konstituierendes Element für eine Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist. Steht es den Unternehmen nicht frei, durch Innovation und Leistung einen Vorsprung zu erringen, so ist kein anderes Unternehmen zur Verfolgung gezwungen. Wettbewerb entsteht damit auch durch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Nachfrager in Form von Nachfragewettbewerb, der gleichfalls von Art. 81 I EG geschützt ist²³⁴.

Die Handlungsfreiheit schlägt sich im Wettbewerb in der Ausgestaltung der

232 So Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 32, der gleichwohl hierin keine allgemeingültige Definition sieht, siehe aaO Rn. 33.

233 So Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 74.

234 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 170; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 120; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 127.

unterschiedlichen Parameter des Wettbewerbs nieder. Wichtigster Parameter vor allem für die Praxis des Wettbewerbsrechts ist der Preiswettbewerb, der aber nach Meinung des Gerichtshofs keinen unbedingten Vorrang vor den anderen Wettbewerbsparametern wie Leistungen besserer Qualität oder Serviceleistungen hat²³⁵. Letztlich kommt alles in Betracht, was für die Marktgegenseite relevant ist für ihre Entscheidung, bei welchem Anbieter sie ihren Bedarf deckt. Freier Wettbewerb ist dort gegeben, wo die Unternehmen keinerlei Beschränkungen in ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit unterliegen.

a) Nicht schützenswerter Wettbewerb

Der EuGH unterscheidet jedoch zwischen schützenswertem und nicht schützenswertem Wettbewerb. Die Präambel des EG-Vertrages erfaßt ausdrücklich nur „redlichen Wettbewerb“, der geschützt werden soll. Gesetzeswidriger Wettbewerb und insbesondere unlauterer Wettbewerb soll von Art. 81 I EG daher nicht geschützt werden²³⁶. Vereinbarungen, durch die sich die Unternehmen zum Unterlassen gewisser unlauterer Wettbewerbspraktiken verpflichten, unterfallen damit nicht Art. 81 I EG. Das Fehlen eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts führt jedoch zu Problemen, die mit den unterschiedlichen Bewertungen durch die Rechte der Mitgliedsstaaten als lauter oder unlauter zusammenhängen. So könnten die schärferen Lauterkeitsrechte Deutschlands und Österreichs den Unternehmen weitergehende Beschränkungen gestatten als die anderer europäischer Staaten, insbesondere das sehr tolerante englische Lauterkeitsrecht. Es wäre so den einzelnen Mitgliedsstaaten möglich, durch gezielt strenge Rechtsvorschriften über unlauteren Wettbewerb den in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Unternehmen Freiräume für wettbewerbsbeschränkende Praktiken zu schaffen²³⁷.

Letztlich wird hier zumindest bei grenzüberschreitenden Fällen eine Abwägung bei gleichzeitiger Bildung eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsstandards erfolgen müssen, auch wenn der EuGH noch jeweils auf das nationale Recht

235 Siehe EuGH, Urt. v. 25.10.1977, „Metro gegen Kommission“, Slg. 1977, 1875, 1906 (Rn. 21); Urt. v. 22.10.1986 „Metro gegen Kommission“, Slg. 1986, 3021, 3086 (Rn. 45); Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 37. Ebenso Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 126.

236 Siehe Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 44; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 175; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 35; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 136; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 183.

237 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 184.

abstellt²³⁸.

b) potentieller Wettbewerb

Erfaßt vom Schutzbereich des Art. 81 I EG wird aber der potentielle Wettbewerb²³⁹. Dies ergibt sich schon allgemein aus dem oben Gesagten, da Handlungsfreiheit auch die Freiheit zum Neueintritt in einen Markt ist. Maßgeblich soll die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts sein, welcher von der finanziellen Ausstattung des potentiellen Wettbewerbers, dessen Fachwissen und Erfahrungen sowie andererseits vom technologischen Vorsprung der bereits vertretenen Wettbewerber abhängt²⁴⁰. Dies führt unter Umständen dazu, daß letztlich nur derjenige Wettbewerb geschützt wird, der tatsächlich auf Dauer eine Erfolgchance auf dem jeweiligen Markt besitzt. Die Prognose, die hier getroffen werden muß, sollte jedoch nicht zu eng ausfallen, da es gerade das Wesensmerkmal des Wettbewerbs ist, daß sich letztlich keine zuverlässigen Prognosen über den dauerhaften Erfolg oder Mißerfolg der Wirtschaftsteilnehmer anstellen lassen. Man sollte daher den Begriff des potentiellen Wettbewerbs nicht zu sehr einschränken²⁴¹. Es ist daran zu erinnern, daß potentieller Wettbewerb durch mögliche Konkurrenten entsteht, nicht nur durch solche, bei denen ein Eintritt in den relevanten Markt überwiegend wahrscheinlich ist. Sofern die Kommission mit ihren Kriterien das Ziel verfolgt, Unternehmen insbesondere im Bereich der Forschung etc. eine verstärkte Zusammenarbeit zu ermöglichen, ist dies unter anderen Gesichtspunkten (etwa dem der Spürbarkeit) zu begründen und nicht durch den Hinweis, daß es sich bei den Unternehmen nicht um Wettbewerber handele, so daß vorliegend kein Wettbewerb beschränkt werde. Insbesondere ist hier auch an die Freistellungsmöglichkeit des Art. 81 III EG zu denken. Aus diesen Gründen ist der Begriff des potentiellen Wettbewerbs grundsätzlich weit zu fassen.

238 Allerdings stellen die Art. 28, 34 EG (früher 30, 36 EGV) regelmäßig eine Grenze für die Anwendung der nationalen Lauterkeitsregeln dar, siehe EuGH, Urt. v. 22.1.1981, „Dansk Supermarked gg. Imerco“, Slg. 1981, 181, 194f. (Rn. 13-16). Ebenso Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 137, 138.

239 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 172; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 34; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 133; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 122; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 53.

240 Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 34; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 126; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 175 mit dem Hinweis darauf, daß letztlich immer die Umstände des Einzelfalles entscheidend seien.

241 Siehe schon die Ausführungen zur Einbeziehung potentieller Unternehmen in den Unternehmensbegriff des Art. 81 EG, Seite 115.

2) Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung

Dem Wortlaut des Art. 81 I EG nach gibt es drei Arten der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nämlich die Verhinderung, die Einschränkung und die Verfälschung. Der Oberbegriff für die drei Formen der Beeinträchtigung ist der der „Wettbewerbsbeschränkung“²⁴².

a) Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit

Wie bereits oben erwähnt wurde, ist nach der Wettbewerbskonzeption von Gerichtshof und Kommission eine Wettbewerbsbeschränkung dann gegeben, wenn die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer beschränkt wird. Dies ist grundsätzlich in zweierlei Hinsicht denkbar. Zum einen kann die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der teilnehmenden Unternehmen selbst betroffen sein, oder es können sich mittelbare Folgen für dritte Unternehmen ergeben. Daraus wiederum lassen sich drei denkbare Situationen unterscheiden, nämlich die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit nur der teilnehmenden Unternehmen, nur dritter Unternehmen oder die Beeinträchtigung von beiden²⁴³. Der Begriff der Beschränkung der Handlungsfreiheit ist dabei nicht allein im Sinne einer gegen den Willen auferlegten Einengung der Möglichkeiten zu verstehen, zumindest nicht soweit es die an der beschränkenden Maßnahme teilnehmenden Unternehmen selbst anbelangt. Eine Beschränkung eines teilnehmenden Unternehmens liegt schon dann vor, wenn in Form einer Selbstbeschränkung ein Unternehmen von der strenggenommen nach wie vor noch bestehenden Freiheit keinen Gebrauch macht. Dies erscheint auf den ersten Blick deswegen problematisch, weil eine „Beschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit“ bei gleichzeitiger rechtlicher und tatsächlicher Möglichkeit zu freier Entscheidung begrifflich kaum miteinander vereinbar scheint. Dem Wortsinn des Begriffs der „Beschränkung“ der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit würde es demnach eher entsprechen, wenn eine rechtliche oder zumindest faktische Verbindlichkeit, sich in gewisser Weise zu verhalten, vorläge.

242 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 136; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 77, 79. Nach anderer Ansicht ist die „Wettbewerbsverfälschung“ der gemeinsame Oberbegriff, siehe etwa Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 118; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 59, unter Hinweis auf Art. 3 g „Verfälschung des Wettbewerbes“; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 123.

243 Ebenfalls zwischen diesen drei denkbaren Situationen unterscheidend Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 157, 159.

Daß dem jedoch nicht so ist, ergibt sich zwingend aus dem Konzept des Art. 81 I EG. Danach unterfallen auch abgestimmte Verhaltensweisen ohne weiteres dem Kartellverbot, wenn sie zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Für einen großen Teil der abgestimmten Verhaltensweisen, nämlich diejenigen ohne jede auch nur faktische Verbindlichkeit der Abstimmung, erfolgt die Ausführung durch reine Selbstbeschränkung der teilnehmenden Unternehmen. Sofern man - entgegen der hier vertretenen Ansicht²⁴⁴ - die nur mittelbar verbindlichen Abstimmungen zwischen Unternehmen nicht den abgestimmten Verhaltensweisen sondern den Vereinbarungen zuordnet, ist die Ausführung durch reine Selbstbeschränkung geradezu wesensimmanent für abgestimmte Verhaltensweisen. Hierzu paßt das vom EuGH als Grundgedanken der Wettbewerbsvorschriften formulierte Selbständigkeitspostulat²⁴⁵, welches jedem Unternehmen eine Pflicht zur autonomen Entscheidung auferlegt und damit über ein reines Verbot wettbewerbsbeschränkender Selbstbindung hinausgeht. Da aber eine Freistellung solcher vollkommen unverbindlicher Abstimmungen mit dem Zweck der Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs kaum vereinbar ist, ergibt sich schon hieraus, daß die Anforderungen an die Beschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit nur minimal sein können. Es ist daher ausreichend, daß die beteiligten Unternehmen selbst sich in ihrer Entscheidungsautonomie beschränken. Denn bereits dann liegt keine autonome Lenkung und Leitung des Unternehmens vor, auch wenn das Unternehmen jederzeit hierzu zurückkehren könnte, ohne daß es andere Konsequenzen als den Wegfall der Folgen des Kartells zu befürchten hätte.

(i) Beeinträchtigung beider Gruppen

Als recht unproblematisch stellt sich die Beurteilung solcher Fälle dar, in denen sowohl teilnehmende Unternehmen als auch dritte Unternehmen in ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit betroffen sind²⁴⁶. Solche Fälle stellen in jedem Fall Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Art. 81 EG dar. Denn auch wenn man nur Beschränkungen der teilnehmenden Unternehmen oder nur solche dritter Unternehmen für erforderlich hielte, wären diese Anforderungen doch auch erfüllt.

244 Siehe oben S. 177.

245 Vgl. Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 29f., 61. Siehe auch schon oben S. 183f.

246 Für die Erfassung nur dieser Situation als Wettbewerbsbeschränkung Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 136.

(ii) Beeinträchtigung nur der Freiheit teilnehmender Unternehmen

Als zweiter Fall ist derjenige zu berücksichtigen, in dem nur eine Beschränkung der Handlungsfreiheit teilnehmender Unternehmen vorliegt, nicht aber die Freiheiten dritter Unternehmen beschränkt sind (zum Begriff der Beschränkung in diesem Fall siehe oben). Anders gewendet geht es hier darum, ob entscheidend letztlich ausschließlich das Vorliegen einer (so verstandenen) Beschränkung der Teilnehmenden selbst ist, so daß es auf eine Drittbetroffenheit gar nicht ankäme. Diesem Ansatz ist zu folgen²⁴⁷. Dabei wird die Auseinandersetzung allgemein mit dem Schwerpunkt geführt, daß allein die Beschränkung der Handlungsfreiheit der Unternehmen selbst kein taugliches Kriterium sei, sondern daß zur weiteren Eingrenzung ein weiteres Merkmal hinzutreten müsse, nämlich das der Betroffenheit Dritter. Grundsätzlich läßt sich eine solche Drittbetroffenheit als Erfordernis rechtfertigen, da es unbillig erschiene, einen Vertrag zwischen zwei Rechtsträgern zu verbieten, der keinerlei Wirkung für Dritte hätte. Allerdings ist zu bedenken, daß eine Beschränkung der teilnehmenden Unternehmen selbst automatisch auch Auswirkungen auf ihr Verhältnis zu dritten Unternehmen oder Verbrauchern hat²⁴⁸. Es ist mit anderen Worten keine Situation denkbar, in welcher Verhaltensregelungen zwischen zwei Unternehmen, die auch nur ansatzweise deren Marktverhalten betreffen, nicht zumindest mittelbare Folgen für dritte Unternehmen zeitigen würden. Einigen sich beispielsweise Unternehmen, gewisse Waren nicht unter einem bestimmten Preis zu verkaufen, so sind die Handlungsmöglichkeiten all derjenigen beschränkt, die andernfalls zu einem tieferen Preis gekauft hätten und nun entweder mehr Geld dafür bezahlen oder vom Kauf absehen müssen. Auch Verpflichtungen, die vermeintlich nur das Innenverhältnis zwischen den Unternehmen betreffen, wie etwa Ausgleichszahlungen bei Belieferung in bestimmte Gebiete, fließen letztlich in die Kostenrechnung der Unternehmen ein, die wiederum zur Grundlage für Preise und Angebote an dritte Unternehmen maßgeblich sind. Es ist ferner zu bedenken, daß mit dem Merkmal der „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsbeschränkung ein quantitatives Instrument gegeben ist, dessen man sich zur Eingrenzung der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts bedienen kann²⁴⁹. Sofern also zusätzlich noch gefordert wird, daß auch dritte Unternehmen (oder Verbraucher) in ihrer Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit eingeschränkt sein müssen, ist dem daher

247 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 157.

248 Ebenso Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 122.

249 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, aaO (vorige Fußnote); derselbe, KartR (9. Aufl.), § 37 5. a) (S. 393).

nicht zuzustimmen. Dieser Nachweis ist für die Belange der Wettbewerbsbeschränkung nicht notwendig.

(iii)Einschränkung nur der Handlungsfreiheit Dritter : Austauschverträge

Die dritte denkbare Konstellation wäre eine Beeinträchtigung nur der Handlungsfreiheit Dritter, ohne daß gleichzeitig auch an der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme teilnehmende Unternehmen selbst in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt wären. Dieser Fall als solcher erscheint logisch nahezu ausgeschlossen, da Unternehmen nur durch die Erfüllung von Handlungs- oder Unterlassungsverpflichtungen auf die Gegebenheiten des Marktes Einfluß nehmen können. Dies bedingte aber automatisch auch eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der teilnehmenden Unternehmen selbst. Betrachtet man jedoch den Austauschvertrag, so fällt auf, daß hier zum einen eine Beschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der austauschenden Unternehmen in der Pflicht zur Leistung liegt²⁵⁰, und daß zum anderen auch dritte Unternehmen nicht mehr an die Stelle eines der am Vertragsschluß beteiligten Unternehmen treten können²⁵¹. Für die austauschenden Unternehmen selbst stellt sich dies jedoch lediglich als „Konsumtion der Handlungsfreiheit“²⁵² dar, die jedem Austauschgeschäft zu eigen ist und daher hingenommen werden muß²⁵³. Wenn man aber diese „geringsten notwendigen Beschränkungen“ eines Austauschgeschäftes außer Betracht läßt, könnte man sozusagen davon sprechen, daß hier eine Einschränkung nur der Handlungsmöglichkeiten Dritter vorliegt. Es stellt sich dann die Frage, ob allein die Verschlechterung der Handlungsperspektiven dritter Unternehmen für die Annahme einer Wettbewerbsbeschränkung ausreichend ist.

In diesen Fällen neigen vor allem Kommission²⁵⁴ und Gerichtshof²⁵⁵ dazu, eine

250 Wobei diese Pflicht freilich mit Leistung erlischt. Diese besondere Problematik ergibt sich jedoch nur aus dem Trennungsprinzip. Unabhängig davon können die beteiligten Unternehmen jedoch über die ausgetauschten Güter nicht mehr anderweitig disponieren, so daß man hierin eine Beschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit sehen könnte.

251 „Unwiederholbarkeitseffekt“; siehe Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 71; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 84. Siehe ferner Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 140.

252 So Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 71.

253 Unstreitig, siehe Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 71; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 139f.; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 85 Rn. 39 a.E.

254 Siehe die Ausführungen der Kommission in den Urteilen des EuGH, Urt. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm“ Slg. 285, 289; Urt. v. 13.7.1966 „Grundig/Consten gegen Kommission“ Slg. 1966, 321, 338.

255 Siehe EuGH, Urt. v. 13.7.1966 „Grundig/Consten gegen Kommission“, Slg. 1966, 321, 390f.; Urt. v.

Wettbewerbsbeschränkung dann als gegeben anzusehen, wenn durch die besondere Eigenart des Austauschvertrages unter Einbeziehung der äußeren Umstände Dritte in ihren Möglichkeiten überproportional stark betroffen sind²⁵⁶. Es waren dies zum einen Fälle der Übertragung von Warenzeichen, die die Abschottung von nationalen Märkten ermöglichen sollten und damit in eklatantem Widerspruch auch zu den früheren Art. 30, 36 EGV standen (heute 28, 30 EG), die sich freilich nicht an Unternehmen richteten. Zum anderen waren dies Fälle langfristiger Liefer- und Bezugsverträge, die zu einer Verstopfung der Absatz- bzw. zu einem Austrocknen der Angebotskanäle für dritte Unternehmen führte. Der Ansatz des Art. 81 I EG in seiner Auslegung durch den Gerichtshof, nämlich als Schutz der Handlungsfreiheit, geriert sich hier nicht mehr als Schutz zur Sicherung der Autonomie, sondern als Bestimmung des Marktverhaltens selbst²⁵⁷. Das Kartellverbot des Art. 81 I EG rückt dadurch in die Nähe eines Mißbrauchsverbots, welches an sich Art. 82 EG normiert. Soweit es langfristige Lieferverträge angeht, stellt sich die Frage der Beurteilung als Knebelungsvertrag, dessen Zustandekommen ja gerade eine Form der (wirtschaftlichen) Überlegenheit des einen Vertragsteils voraussetzt. Bei den Verträgen zur Übertragung von Warenzeichen liegt die Vorwerfbarkeit kaum in der Übertragung selbst, sondern allenfalls in der später erfolgenden Geltendmachung dieser Rechte²⁵⁸. Auch dies ist letztlich eine Frage des Mißbrauchs von Marktmacht, nicht des Kartellrechts im eigentlichen Sinne. Die Umgehung dieser Differenzierung führt dazu, daß das an sich nach Art. 82 EG nur für Unternehmen in beherrschender Stellung geltende Verbot über den Umweg des Art. 81 I EG auch auf andere Unternehmen ausgestreckt wird. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser drohenden Vermengung der Schutzzwecke, in der die Gesamtkonzeption der Art. 81f. EG zu verschwimmen beginnt, erscheint es daher vorzugswürdig, die Auswirkungen auf die Situation Dritter vorrangig vor dem Hintergrund des Art. 82 EG zu erörtern. Dies gilt umso mehr, als der Art. 81 EG nicht die in Art. 82 EG vorausgesetzte Marktmacht fordert und daher uferlos wäre²⁵⁹. Für die Frage einer Beschränkung des Wettbewerbs ist die Situation Dritter hingegen kein taugliches

20.6.1978 „Tepea gegen Kommission“, Slg. 1978, 1391, 1416 (Rn. 52f.).

256 Dem zustimmend Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 83 – 85; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 62.

257 Siehe Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 66. Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 141 sprechen von einer Messung der Knappheit der Güter durch den Unwiederholbarkeitseffekt, ohne daß daraus etwas für die Frage einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung zu gewinnen sei.

258 Eine solche Konstellation zum Gegenstand hatte etwa EuGH, Urt. v. 11.2.1971, „Sirena gegen Eda“, Slg. 1971, 69, 82 (Rn. 8ff., insbes. 12, und 14ff.), der in Bezug auf Art. 86 EGV (heute 82 EG) allerdings sehr zurückhaltend urteilt.

259 So Emmerich, KartR (8. Aufl.), § 37 5. a) (S. 417), einschränkend jetzt in der 9. Auflage, § 37 5. a) (S. 393).

Bewertungskriterium.

b) Verfälschung als eigenständiger Modus der Beschränkung

Während das Verhältnis zwischen Verhinderung und Einschränkung des Wettbewerbs sich ohne weiteres aus dem Wortsinn erschließen läßt, es sich bei der Verhinderung nur um die vollständige Einschränkung des Wettbewerbs handelt, ist die Bedeutung der Verfälschung umstritten. Die Kommission verwendet den Begriff der Verfälschung in den oben bereits erwähnten Fällen, in denen die Wettbewerbsbedingungen künstlich verändert wurden, etwa indem Unternehmen Ausgleichsfonds bildeten, in die sie unter gewissen Voraussetzungen (z.B. bei Verkauf in bestimmte Gebiete) einzuzahlen verpflichtet waren²⁶⁰. Wesentlich erschien hier also, daß zwar die Unternehmen keinerlei Bindungen unterlagen, soweit es ihr unmittelbares Auftreten am Markt anbelangt, daß aber durch dieses unmittelbare Auftreten am Markt mittelbar Umfinanzierungen zwischen den verschiedenen Konkurrenten des Marktes in Gang gesetzt wurden. Auf diese Art und Weise wurde letztlich die Abschottung räumlicher Teile des Marktes mittels finanzieller Umverteilung betrieben. Da hier formaliter die Freiheit der teilnehmenden Unternehmen beim Absatz von Gütern und Dienstleistungen nicht beschränkt wird und sich die Auswirkungen erst in einer dann folgenden Erhöhung der Preise als Umlage der höheren Kosten zeigen, mag es in der Tat passend erscheinen, dies als eine Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen anzusehen. Zumindest der Ausdruck der Beschränkung paßt hier auf den ersten Blick nicht, da den Unternehmen doch weiterhin der Absatz ihrer Güter möglich ist. Dennoch stellt sich die Frage, ob Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung nicht in gleicher Weise nebeneinander stehen und es daher dahingestellt bleiben kann, zwischen ihnen genau zu unterscheiden, oder ob die Verfälschung sich mit einer wahrhaft eigenständigen Bedeutung von Verhinderung und Einschränkung (als nur unterschiedliche Ausprägungen desselben Vorgangs) abhebt.

Emmerich gesteht dem Begriff der Verfälschung eine solche eigene Bedeutung zu; eine Verfälschung sieht er, insoweit der Kommission folgend, in solchen Fällen für gegeben an, in denen Unternehmen durch Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensabstimmungen künstlich Wettbewerbsbedingungen schaffen, die nicht im

²⁶⁰ Siehe Komm., Entsch. v. 22.12.1972, „Cimbel“, ABl. 1972 Nr. L 303 S.24, 33; Entsch. v. 7.12.1984, „Milchförderungsfonds“, ABl. 1985 Nr. L 35 S.35, 40 (Rn. 29).

Einklang mit dem System des unverfälschten Wettbewerbs stehen²⁶¹. Inhaltlich soll dies also gerade die oben angesprochenen Fälle der Ausgleichsfonds und der zur Marktabschottung eingeräumten Warenzeichenrechte erfassen. Einer extensiven Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsverfälschung redet jedoch auch *Emmerich* wegen der zu befürchtenden Ausuferung des Anwendungsbereichs des Art. 81 I EG nicht das Wort²⁶². Der Auslegung *Emmerichs* ist jedoch nicht zu folgen. Die Übertragung der Warenzeichen sind, wie bereits festgestellt wurde, keine eigentlichen Probleme der Bildung von Kartellen, sondern der Ausübung von Marktmacht. Die Ausgleichsfondsfälle schließlich beschränken die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen schon dadurch, daß für den Fall einer bestimmten Verhaltensweise, etwa der Lieferung in ein bestimmtes Gebiet, die Zahlung einer Geldsumme in den Fonds obligatorisch ist. Es ist den Unternehmen daher (zumindest bei Einhaltung der Abmachung) nicht mehr möglich zu liefern ohne auch zu zahlen. Die Unternehmen haben zwar die Freiheit, Abschlüsse von Verträgen zu verfolgen. Inhaltlich sind ihnen jedoch bei diesen Verträgen zumindest durch die finanziellen Gegebenheiten Vorgaben gemacht, da sie bei den Leistungen und Gegenleistungen der Verträge die Einzahlungen in den Fonds berücksichtigen müssen. Dies stellt bereits eine Einschränkung der Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen selbst dar²⁶³. Eine gesonderte Erfassung unter dem Deckmantel der Wettbewerbsverfälschung ist daher überflüssig.

3) Zweck oder Folge

Der Text des Vertrages verbietet jegliche Maßnahme, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Damit stehen Zielrichtung und tatsächliche Auswirkung der Maßnahme für den Wettbewerb gleichberechtigt nebeneinander²⁶⁴, eine Auseinandersetzung wie im früheren deutschen Kartellrecht zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie erübrigt sich²⁶⁵. In der Praxis der Kommission wird zwar grundsätzlich zwischen dem Bezwecken und dem Bewirken unterschieden, die grundsätzliche Alternativität schlägt sich in den Entscheidungen

261 Siehe *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 I Rn. 168.

262 Siehe *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, aaO Rn. 169.

263 So auch *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf* (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 123.

264 Siehe EuGH, Urt. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH“, Slg. 1966, 281, 303. Ebenso *Hirsch/Burkert*, in: *Gleiss/Hirsch*, Art. 85 I Rn. 146; *Koch*, in: *Grabitz/Hilf* (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 80; *Stockenhuber*, in: *Grabitz/Hilf* (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 140; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 I Rn. 236; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Art. 81 Rn. 97; *Schröter*, in: *GTE*, Art. 85 Rn. 111.

265 *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 85 I Rn. 235; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Art. 81 Rn. 97.

jedoch selten nieder, so daß allgemein nur festgestellt wird, daß eine Wettbewerbsbeschränkung durch eine Absprache bezweckt oder bewirkt wurde²⁶⁶. Der EuGH sieht die Wirkung gegenüber dem Zweck insofern als subsidiär an, als er in seinen Urteilen regelmäßig das Vorliegen einer Wirkung nicht mehr untersucht, sofern der entsprechende Zweck nachgewiesen wurde²⁶⁷. Da sich Zweck oder Wirkung jeweils auf die Wettbewerbsbeschränkung beziehen müssen, wirkt die Auseinandersetzung um den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung hier fort. Geht man mit der herrschenden Ansicht davon aus, daß die Beeinträchtigung der Handelsfreiheit Dritter wesentliches Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung ist, so ist für die Frage des Bezweckens zu klären, ob die beteiligten Unternehmen die eingetretenen oder zu erwartenden Folgen für Dritte richtig eingeschätzt haben.

Sofern man aber mit der hier vertretenen Ansicht nur Auswirkungen auf das Verhalten beteiligter Unternehmen für relevant ansieht, liegt ein Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung schon dann vor, wenn nur die Unternehmen sich einer Einschränkung ihrer eigenen Handlungsfreiheit bewußt waren, eine Frage, die im Regelfall wesentlich leichter zu beantworten sein dürfte. Gleichwohl kommen beide Ansichten schließlich zu demselben Ergebnis, weil zumindest im Rahmen der Spürbarkeit die Auswirkung auf Positionen Dritter Gegenstand der Prüfung ist und dieselben Gesichtspunkte dort relevant werden.

a) Zweck

Das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung setzt keinerlei Wirkungseintritt voraus²⁶⁸. Bereits vom Zeitpunkt der Vereinbarung, des Beschlusses oder der Abstimmung der Verhaltensweise an greift das Verbot, selbst wenn die Beschränkung erst von einem späteren Zeitpunkt ab erfolgen soll. Deswegen handelt es sich bei Art. 81 I EG in der Tatbestandsalternative des Bezweckens um einen Gefährdungstatbestand²⁶⁹. Ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde, ist dem Inhalt der Absprache unter Hinzuziehung der äußeren Umstände zu entnehmen.

266 So Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 146; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 239; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 97; alle drei ohne Angabe genauerer Fundstellen.

267 So ausdrücklich EuGH, Urt. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH“, Slg. 1966, 281, 303; siehe ferner EuGH, Urt. v. 30.1.1985 „BNIC gegen Guy Clair“, Slg. 1985, 391, 423 (Rn. 22); Urt. v. 27.1.1987 „Verband der Sachversicherer gegen Kommission“, Slg. 1987, 405, 457 (Rn. 39). Ebenso Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 97.

268 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 142.

269 So Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 112; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 97; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 142.

Dabei muß man sich vergegenwärtigen, daß die Beurteilung des Bezweckens stets eine Prognose der Auswirkungen einer Abmachung ist, also zukunftsbezogen ist und daher letztlich eine wertende Betrachtung darstellt. Für diese Prognose ist nicht die wertende Betrachtung der jeweils beteiligten Unternehmen maßgeblich, sondern es ist allein eine objektive Beurteilungen der Lage entscheidend²⁷⁰.

Dem entspricht spiegelbildlich die Aussage, daß Art. 81 EG nicht gegen die wettbewerbsfeindliche Absicht als solche gerichtet ist²⁷¹. Nehmen die Unternehmen irrig eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung ihrer Abmachung an, die aber objektiv betrachtet nicht vorliegt, so führt dies nicht zu einem Verbot nach Art. 81 I EG, auch wenn ein „Bezwecken“ im reinen Wortsinn durchaus gegeben sein mag. Der untaugliche Versuch des Herbeiführens einer Wettbewerbsbeschränkung unterfällt nicht dem Verbot des Art. 81 I EG²⁷². Aufgrund der objektiven Auslegung des Begriffs des Bezweckens kommt man regelmäßig zu dem Ergebnis, daß ein Bezwecken einer wettbewerbsbeschränkenden Absicht stets dann vorgelegen haben muß, wenn der Abmachung eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu eigen ist und den Parteien alle Umstände tatsächlicher Art bekannt waren. Ist eine Wirkung festgestellt, so ist mit anderen Worten ein Bezwecken nur dann nicht gegeben, wenn die Parteien in einem Tatsachenirrtum, etwa über die Gegebenheiten des Marktes o.ä., handeln.

Allerdings ist festzuhalten, daß die neuere Rechtsprechung des EuGH dem Merkmal des Bezweckens zum Teil auch subjektive Momente beilegt²⁷³ und nicht zu dem vorangegangen geschilderten Schluß gelangt²⁷⁴, etwa soweit die Parteien bei ihrer Abmachung auch von gewissen positiven Wirkungen ausgehen. Diese Wandlung in der Rechtsprechung wird von Seiten der Literatur kritisch mitverfolgt und ganz

270 So die h.M.; siehe Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 81; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 141; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 241; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 97; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 148; Schröter, in: GTE, Art. 85 Rn. 111.

271 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 148.

272 Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 111.

273 Vgl. z.B. das noch recht neue Urte. v. 28.4.1998, „Javico gegen YSLP“, Slg. 1998, I-1983, 2004 (Rn. 19). Ähnlich auch EuGH, Urte. v. 15.12.1994, „Gottrup-Klim u.a. gegen DLG“, Slg. 1994, I-5641, 5686f. (Rn. 28ff., 35), wo die besondere Interessenlage einer Berufsgenossenschaft berücksichtigt wurde. Vgl. schließlich im Gegensatz hierzu EuGEI, Urte. v. 2.7.1992, „Dansk Pelsdyravlerforening gegen Kommission“, Slg. 1992, II-1931, 1971 (Rn. 103f., 107).

274 Im Urteil v. 28.2.1991 „Delimitis gegen Henninger Bräu AG“, Slg. 1991, I-935, 984 (Rn. 12, 13), scheint der EuGH wegen der beabsichtigten positiven Folgen einer Bezugsverpflichtung, die mit einem Darlehens- und einem Gaststättenpachtvertrag in einer unmittelbaren Verbindung stand, gleichfalls davon auszugehen, daß ein Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung nicht vorlag.

überwiegend abgelehnt²⁷⁵. Diese neue, im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung²⁷⁶ stehende Richtung des EuGH vermag in der Tat nicht zu überzeugen. Im Urteil *Javico gegen YSLP* etwa legt der EuGH die betroffenen Vertragsklauseln nicht als eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckend aus, weil nur die Sicherung des „Absatz[es] einer ausreichenden Menge der Vertragserzeugnisse auf diesem [Auslands-]Markt“ gewollt sei²⁷⁷. Dies steht im Gegensatz zu der früheren Position des EuGH, daß ein wettbewerbsbeschränkender Nebenzweck einer Abrede nicht wegen eines Hauptzwecks vernachlässigt werden könnte. In seiner Argumentation verweist der EuGH verschiedentlich auf die Bedeutung der Geringfügigkeit, er verbindet damit die Frage der Geringfügigkeit mit der des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung²⁷⁸. Dies ist zwar insofern einleuchtend, als die Parteien dann eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung nicht beabsichtigen, wenn die Beschränkung ihrem Umfang nach nur geringfügig ist. Dennoch sollte klar zwischen der Frage des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung einerseits und der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (als ungeschriebenem Tatbestandsmerkmal) andererseits unterschieden werden. Denn eine enge Vernetzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Verbotsnorm des Art. 81 I EG ist, wie bereits verschiedentlich augenfällig geworden, der Materie ganz allgemein zu eigen. Durch den Mangel an notwendiger Abgrenzung der verschiedenen Tatbestandsmerkmale zueinander erschwert der Gerichtshof nur die Erfassung des einzelnen Tatbestandsmerkmals. Der EuGH läßt gleichzeitig ausdrücklich offen, ob nicht zumindest eine nicht geringfügige Wettbewerbsbeschränkung durch die Parteien **bewirkt** wurde. Wenn nach Ansicht des EuGH aber die Geringfügigkeit der **bezweckten** Wettbewerbsbeschränkung feststand, wäre wohl auch die **bewirkte** Wettbewerbsbeschränkung geringfügig gewesen, da Fehlvorstellungen der Parteien tatsächlicher oder bewertender Art der Sachverhaltsschilderung des Falles nicht zu entnehmen waren. Im ebenfalls oben genannten Urteil *Delimitis gegen Henninger Bräu* kommt der EuGH nach Nennung der Vorzüge der Bierlieferungsverträge für alle Beteiligten zu dem Ergebnis, daß solche Bierlieferungsverträge keine Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken. Auch dies steht im Widerspruch zu dem Grundgedanken, daß die Wettbewerbsbeschränkung keineswegs Hauptziel der Abrede sein muß.

275 Siehe etwa Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 114.

276 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 8.11.1983, „NV IAZ International Belgium u.a. gegen Kommission“, Slg. 1983, 3369, 3411 (Rn. 25).

277 Siehe EuGH Urt. v. 28.4.1998 „Javico gegen YSLP“, Slg. 1998, I-1983, 2004 (Rn. 19).

278 Siehe vorige Fußnote, dort Rn. 16, 17.

Durch die Berücksichtigung positiver und negativer Effekte der Maßnahme im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des Bezweckens einer Wettbewerbsbeschränkung, wie der EuGH dies insbesondere im zuletzt genannten Fall vornimmt, werden zudem Wertungen, die nach Art. 81 III EG der Kommission vorbehalten sind, bereits in den Tatbestand des Art. 81 I EG übertragen. Denn die Gemeinnützigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn ist ein klassischer Freistellungsgrund. Da aber die Prüfung der Voraussetzungen des Art. 81 I EG auch Aufgabe der Gerichte der Mitgliedsstaaten ist, führt diese Rechtsprechung des EuGH dazu, daß das Freistellungsmonopol der Kommission über kurz oder lang untergraben wird. Vereinfachend kann man daher sagen, daß ein wettbewerbsbeschränkender Zweck nach richtiger Ansicht dann gegeben ist, wenn die Maßnahme wettbewerbsbeschränkend wirkt und den Parteien diese Wirkung bekannt ist. Hat mindestens eine der Parteien darüber hinaus noch ein wirtschaftliches Interesse an der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung oder auch nur an ihren mittelbaren Folgen, so kann man dies als Indiz dafür werten, daß den Parteien die wettbewerbsbeschränkende Wirkung auch bekannt gewesen sein wird. Denn Unternehmen handeln im Regelfall rational und werden daher für sie vorteilhafte Auswirkungen ihres Handelns grundsätzlich auch gewollt haben²⁷⁹. Die Frage der Spürbarkeit hingegen ist losgelöst hiervon zu erörtern, auch wenn eine logische Verbindung insofern besteht, als die Parteien keine rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, solange sie von deren Geringfügigkeit (im Sinne fehlender Spürbarkeit) ausgehen.

b) Wirkung

Ausreichend für die Verbotswirkung des Art. 81 I EG ist eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Maßnahme. Eine solche Wirkung liegt vor, wenn die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der an der Maßnahme teilnehmenden Parteien eingeschränkt wird, wobei schon eine Selbstbeschränkung infolge einer Verhaltensabstimmung ausreichend ist. Die Berücksichtigung der Auswirkungen von Beschränkungen der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit dritter Unternehmen oder der Verbraucher hingegen kann bei der Untersuchung einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung keine Rolle spielen, da schon bei der Frage der Wettbewerbsbeschränkung die Drittbetroffenheit nach richtiger Ansicht

279 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 241.

keine Rolle spielt²⁸⁰. Soweit in der kartellrechtlichen Literatur und Praxis diesbezüglich die gegenteilige Ansicht vertreten wird, spielt die Drittbetroffenheit jedoch freilich eine bedeutende Rolle²⁸¹.

Schließlich stellt sich die Frage, wann zeitlich eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung eingetreten ist. Die Antwort hierauf richtet sich nach der jeweiligen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, deren Beeinträchtigung man für relevant hält. Nach hier vertretener Anschauung ist dies ausschließlich die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der an der Maßnahme beteiligten Unternehmen. Diese ist bereits zu dem Zeitpunkt beschränkt, an dem die entsprechende Übereinkunft getroffen wird²⁸². Es ist also nicht auf den Zeitpunkt abzustellen, zu welchem erstmals einem der beteiligten Unternehmen sich die Möglichkeit zu einem von der Beschränkung erfaßten Handeln eröffnet. Ein solcher Zeitpunkt wäre praktisch kaum ermittelbar, da auch die Anbahnung solcher Möglichkeiten zu den alltäglichen Dingen des Wirtschaftslebens gehört und es sich daher kaum vorhersagen läßt, wann bei anderem Verhalten welche Möglichkeit offengestanden hätte. Letztlich würde man andernfalls auch lediglich die Drittbetroffenheit erneut für erheblich erklären, da ein eindeutiger Nachweis einer ausgelassenen Handlungsmöglichkeit zumeist erst dann möglich sein wird, wenn ein drittes Unternehmen zwecks Vertragsanbahnung in Kontakt zu einem der beteiligten Unternehmen tritt. Dies zeigt ein weiteres Mal, daß es auf die Drittbetroffenheit nicht ankommen kann, da dies allein einen Reflex der eigentlichen Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Die Fälle etwa der Bildung von Ausgleichsfonds bei Lieferung in bestimmte Gebiete wären hier nur unzureichend zu lösen, da Dritte erst durch die veränderte Preisstruktur betroffen sein können. Gerade bei der Preisstruktur läßt sich aber schwer beurteilen, inwieweit normale Marktveränderungen zu Preisänderungen führen oder ob dem die Kosten des Ausgleichsfonds zugrundeliegen. Eine eindeutige zeitliche Festlegung ist also bei Einbeziehung der Drittwirkungen in die Beurteilung der Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung oftmals nicht möglich. Dies führt wohl dazu, daß auch dann, wenn man mit der herrschenden Ansicht die Drittbetroffenheit im Rahmen des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung für erheblich hält, für den Bereich des

280 Siehe oben S. 209. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 144, spricht davon, daß auch der Modus der Wirkung so als Gefährdungstatbestand ausgelegt werde.

281 Siehe Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 62. Emmerich hält die Drittbetroffenheit seinem Unterscheidungsmodell entsprechend nur im Falle der „Verfälschung“ des Wettbewerbs für erheblich, siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 248. Mehr dazu unten, unter dem Gesichtspunkt der „Spürbarkeit“, S. 246.

282 Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 82.

Bewirkens weitgehende Abstriche gemacht werden müssen. So sollen unter Berufung auf Kommission²⁸³ und EuGH²⁸⁴ potentielle Drittwirkungen ausreichend sein²⁸⁵. Folgt man dem, so kommt man ebenfalls zu dem Ergebnis, daß eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung bereits mit der Übereinkunft der beschränkenden Unternehmen entsteht, da in diesem Zeitpunkt die Drittbetroffenheit bereits möglich wird, somit potentiell ist. In diesem Fall ist also der konkrete Nachweis der erst später möglicherweise erfolgenden Drittbetroffenheit im Endeffekt überflüssig. Es geht dann lediglich darum, die sich ergebenden hypothetischen Auswirkungen aus den den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit darzulegen. Solche abstrakten negativen Auswirkungen liegen regelmäßig im Zeitpunkt der Beschränkung der Unternehmen selbst bereits vor und werden sich regelmäßig darlegen lassen. Es handelt sich lediglich um den Zeitpunkt, in welchem die Selbstbeschränkung durch die beteiligten Unternehmen zuerst eingetreten ist. Daß der ernstliche Nachweis einer Drittbetroffenheit offensichtlich nicht gefordert wird, unterstreicht ein weiteres Mal die Irrelevanz derselben.

c) Fazit

Es bleibt daher festzuhalten, daß der Unterschied zwischen Wirkung und Zweck in allen Fällen außer denjenigen marginal ist, in denen die Kenntnis der Parteien von den Gegebenheiten des Marktes falsch ist. Denn nur in diesem Fall erscheint es möglich, daß die Parteien gewisse Wirkungen ihres Verhaltens auf den Markt nicht für möglich halten und daher keinerlei Absicht hinsichtlich dieser Wirkungen hatten. Bei Kenntnis von den Gegebenheiten des Marktes erscheint es hingegen äußerst unwahrscheinlich, daß die Parteien die tatsächlichen Wirkungen in ihrem Eintritt nicht zumindest für möglich gehalten haben, was grundsätzlich ausreichend ist. Die Übereinstimmung der Voraussetzungen des Bezweckens und des Bewirkens erklärt

283 In diesem Zusammenhang wird jeweils die Kommission mit ihrer Entscheidung betreffend „Advocaat Zwarte Kip“, ABl. 1974 Nr. L 237 S. 12, 14, zitiert. Dieses Zitat erscheint jedoch unpassend, da es hier nicht um potentielle Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung ging, sondern um das Problem der Quantifizierbarkeit von Einfuhren, die aufgrund eines Exportverbots nicht erfolgten, im Rahmen der Spürbarkeit. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung als solche war hingegen mit Sicherheit bereits eingetreten und daher nicht nur „potentiell“.

284 Siehe Urt. v. 1.2.1978 „Miller gegen Kommission“, Slg. 1978, 131, 148 Rn. 7. Fraglich ist aber auch hier, ob diese Entscheidung wirklich in die angedeutete Richtung hin interpretierbar ist, da es dort vordergründig an sich nicht um potentielle Drittwirkungen ging sondern um die Frage, ob auch eine nicht angewendete Exportverbotsklausel ihrem Wesen nach stets eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellt, was der EuGH wegen des geschaffenen „optischen und psychologischen“ Klimas annahm.

285 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 158; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 115.

wiederum, daß die genaue Unterscheidung für die Praxis selten eine Rolle spielt.

4) Zweck und Wirkung der Maßnahmen des Festbetragssystems

Es ist nun zu untersuchen, inwieweit es sich nach dem Gesagten bei den diversen Beschlüssen und Festsetzungen, die zur Durchführung des Festbetragssystems der §§ 35, 36 SGB V ergeben, um Maßnahmen mit wettbewerbsbeschränkendem Zweck oder wettbewerbsbeschränkender Wirkung handelt.

a) Wettbewerbsbeschränkender Zweck der Maßnahmen des Festbetragssystems

(i) Wettbewerbsbeschränkender Zweck der Bildung von Festbetragsgruppen

Die Bildung von Gruppen für die Festsetzung von Festbeträgen sowohl für Arzneimittel durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen als auch für Hilfsmittel durch die Spitzenverbände der Krankenkassen wäre wettbewerbsbeschränkend, wenn diese Beschlüsse Einschränkungen der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit von an den Beschlüssen beteiligten Unternehmen bezweckten. Als Unternehmen kommen nur die einzelnen Krankenkassen in ihrer Eigenschaft als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln sowie die Ärzte als Träger der Last einer Budgetüberschreitung in Betracht.

Die Bildung der Festbetragsgruppen allein stellt sich lediglich als reine Vorbereitungshandlung dar, die zeitlich der Festsetzung der Festbeträge vorangeht und sich auf die Feststellung einer Vergleichbarkeit bzw. einer gleichen medizinischen Verwendbarkeit beschränkt. Die gemeinsame Bildung der Festbetragsgruppen durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen (für Arzneimittel) einerseits und die Spitzenverbände der Krankenkassen (für Hilfsmittel) andererseits regelt zunächst einmal weder die Handlungsweisen dieser Gremien noch der Krankenkassen, deren Verbände oder der Ärzte. Eine Einschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit könnte man allenfalls darin sehen, daß durch die Bildung der Gruppen zusammen mit der jeweiligen gesetzlichen Regelung den dann zuständigen Verbänden die Aufgabe gestellt wird, Festbeträge für die jeweiligen Gruppen festzusetzen. Denn sobald Gruppen für die Festsetzungen von Festbeträgen gebildet wurden, obliegt den Spitzenverbänden der

Krankenkassen bzw. den Landesverbänden der Krankenkassen zusammen mit den Verbänden der Ersatzkassen die Pflicht zur Festsetzung der Festbeträge (§§ 35 III, 36 II). Die Bildung der Festbetragsgruppen löst so die Pflicht zur Festsetzung der Festbeträge erst aus, da vorher die Erfüllung dieser Pflicht unmöglich war. Die Spitzenverbände der Krankenkassen sind durch neun Mitglieder im Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen vertreten, die Landesverbände der Krankenkassen sind Mitglieder der Bundesverbände, die mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen identisch sind. Die Ersatzkassenverbände schließlich sind selbst sowohl im Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen durch von ihnen entsandte Mitglieder dieses Ausschusses vertreten, als auch Spitzenverbände der Krankenkassen, und sie sind schließlich auch mit der Festsetzung von Festbeträgen auf Landesebene befaßt.

Begreift man die Pflicht zum Festsetzen der Festbeträge als Einschränkung der Handlungsfreiheit, so käme man dazu, daß durch die Bildung der Festbetragsgruppen Unternehmensvereinigungen die Handlungsfreiheit ihrer Mitglieder beschränken. Denn die Unternehmensvereinigung „Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen“ verpflichtet die in ihr mittelbar (durch die Vertreter der Krankenkassen) zusammengeschlossenen Unternehmensvereinigungen „Spitzenverbände der Krankenkassen“ zu einem Handeln; und auch die Unternehmensvereinigungen „Spitzenverbände der Krankenkassen“ verpflichten die in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmensvereinigungen „Landesverbände der Krankenkassen“ zu einem Handeln. Bei den Ersatzkassenverbänden läßt sich eine Verpflichtung der Verbände selbst zum Tätigwerden im Rahmen der Festbetragsfestsetzung besonders deutlich darlegen, da hier nur eine Verbandsebene besteht. Diese Verbände verpflichten sich durch die Gruppenbildungsbeschlüsse also selbst zur Vornahme der Festbetragsfestsetzungen. Aber auch bei den anderen Krankenkassenverbänden läßt sich so zumindest eine Handlungsverpflichtung wenn auch nicht derselben (Bundes-)Verbände, so doch der nachgeordneten (Landes-)Verbände nachweisen. Die Beschlüsse hätten dadurch zwar nicht die Einschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beteiligter oder angeschlossener Unternehmen zur Folge, sondern nur die Einschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit beteiligter oder angeschlossener Unternehmensverbände. Im Sinne des Wettbewerbschutzes werden jedoch auch Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmensvereinigungen von der Verbotswirkung des Art. 81 I EG erfaßt²⁸⁶.

286 Siehe oben S. 167.

Allerdings betrifft diese Verpflichtung zum Tätigwerden nicht eine Tätigkeit mit unmittelbarem Marktbezug. Wirtschaftliche Tätigkeit ist das Nachfragen nach oder Anbieten von Waren oder Dienstleistungen. Nur solche wirtschaftliche Tätigkeit begründet die Eigenschaft als Unternehmen, und daher kann nur ihre Beschränkung für einen Verstoß gegen Art. 81 I EG von Bedeutung sein. Diesbezüglich führt die Bildung der Festbetragsgruppen durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen aber zu keiner Verhaltenspflicht. Die Bildung der Festbetragsgruppen begründet keine Rechtspflicht, nach Waren oder Dienstleistungen nachzufragen oder nicht nachzufragen. Das Festsetzen der Festbeträge selbst ist nicht Teil der die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen begründenden wirtschaftlichen Tätigkeit. Eine Auswirkung der Bildung der Festbetragsgruppen auf das Marktverhalten der Krankenkassen ist daher nicht gegeben. Aus diesem Grund kann man in der Bildung von Festbetragsgruppen durch die Beschlüsse des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen bzw. der Spitzenverbände der Krankenkassen keine Maßnahmen wettbewerbsbeschränkenden Zwecks sehen.

(ii) Wettbewerbsbeschränkender Zweck der Festsetzung der Festbeträge

Es bleibt zu untersuchen, inwieweit die Festsetzung der Festbeträge selbst einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck verfolgt. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang wiederum nur die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen bei der Inanspruchnahme von Arznei- und Hilfsmitteln. Die Krankenkassen treten selbst jedoch bei der Inanspruchnahme nicht in Erscheinung, ihre Rolle beschränkt sich auf die finanzielle Begleichung der sich daraus ergebenden Forderungen. Die Festbeträge allein bewirken lediglich eine Konkretisierung der gesetzlichen Leistungspflicht der Krankenkassen gegenüber den Versicherten. Wie in der Einführung dargestellt, werden dennoch aufgrund des Sachleistungsprinzips die Krankenkassen als diejenigen angesehen, die gegenüber den Anbietern und Händlern von Arznei- und Hilfsmitteln rechtlich als Käufer auftreten, zumindest soweit sie die Kosten für die Medikamente tragen. Der Zweck als objektiviertes Ziel der Beteiligten dieser Festlegungen ist daher aus der wirtschaftlichen Situation der Krankenkassen als Nachfrager zu ergründen, deren verschiedene Verbände sowohl bei Arznei- als auch bei Hilfsmitteln die Festsetzungen besorgen. Dabei fällt das Ergebnis eindeutig aus.

(1) Auswirkungen aufgrund des Zusammenspiels der Funktionsmechanismen

Die Festbeträge für sich genommen haben keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Denn die Festbeträge für sich genommen konkretisieren lediglich die Grenzen der Rechte der Versicherten, ohne daß hierdurch den Krankenkassen selbst Grenzen gesetzt wären. Die Selbstbeschränkung der Akteure ist aber gerade wesensimmanent für eine Wettbewerbsbeschränkung.

Eine solche Begrenzung des eigenen Handlungsspielraums ergibt sich jedoch aus dem Zusammenspiel der Wirkung der Festbeträge mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V. Danach legt § 12 II SGB V zunächst den bereits erwähnten Grundsatz fest, daß nämlich eine Krankenkasse ihre Leistungspflicht durch die Leistung des Festbetrages erfüllt. Bedeutsamer ist § 12 I 1. Hs SGB V, denn dieser Satz enthält ausdrücklich das Verbot einer Leistung über das „Notwendige“ hinaus. Dieser Satz ist systematisch gesehen ein allgemeiner Grundsatz des Wirtschaftlichkeitsgebotes und es ist daher davon auszugehen, daß er auch im Rahmen der Festbeträge Wirkung entfaltet, da § 12 II SGB V insoweit keine gegenteilige Wertung enthält. Vielmehr geht die Wirkung des § 12 II SGB V sogar noch weiter : da bei der Festsetzung der Festbeträge sicherzustellen ist, daß eine ausreichende medizinische Versorgung auch durch Mittel, deren Preise die Festbeträge nicht überschreiten, erfolgen kann, ist der Einwand unzureichender Leistung auch im Einzelfall ausgeschlossen²⁸⁷. Die Krankenkassen können also eine über den Festbetrag hinausgehende Leistung rechtlich gesehen gar nicht bewilligen, selbst wenn sie es wollten, ohne gegen die Regelungen der § 12 I, II SGB V zu verstoßen. Wie ernst dem Gesetzgeber dieses Verbot zudem ist, wird deutlich, wenn man darüber hinaus die Regreßvorschrift des § 12 III SGB V betrachtet. Danach ist ein entsprechender Regreß gegen Vorstände, die von einer solchen übermäßigen Leistungsgewährung Kenntnis hatten oder hätten haben müssen, auch nicht allein in das Ermessen des Verwaltungsrates der Krankenkasse gestellt, sondern hat ggf. von Amts wegen durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu erfolgen. Auch in Absprache mit dem Verwaltungsrat ist eine übermäßige Leistungsgewährung daher unzulässig. Wie scharf der Gesetzgeber die Begrenzung durch die Festbeträge ausgestaltet hat, wird deutlich, wenn man berücksichtigt, daß auch in den Härtefallregelungen der §§ 61f. SGB V keine Ausnahme für Festbeträge übersteigende Kosten vorgesehen ist. Die Tatsache, daß das Gesetz davon ausgeht, daß die Festbetragsleistungen

287 Siehe Käsling, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 12 Rn. 10.

medizinisch immer und unter allen Umständen ausreichend sind²⁸⁸, läßt nur den Rückschluß zu, daß jede den Festbetrag überschreitende Leistung seitens der Krankenkasse als Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot angesehen werden muß²⁸⁹. Wirtschaftlichkeitsgebot und Festsetzung der Festbeträge zusammen bewirken also eine Beschränkung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit aller gesetzlichen Krankenkassen dergestalt, daß ihnen nur in bestimmter Höhe Ausgaben für festbetragsgebundene Arznei- und Hilfsmittel erlaubt sind.

Anders konnte man dies allenfalls bezogen auf den Zeitraum sehen, als den Krankenkassen durch das 2. GKV-NOG in § 56 SGB V die Gewährung erweiterter Leistungen im Rahmen des Wettbewerbs zwischen den Krankenkassen gestattet war. Denn hier war den Krankenkassen die Möglichkeit gegeben, über das gesetzlich festgelegte Maß hinausgehend Leistungen zu gewähren (§ 56 II SGB V). Die erweiterten Leistungen stellten daher einen Wettbewerbsparameter dar, den die Krankenkassen in den Grenzen des § 56 III SGB V beeinflussen konnten. Sie hätten insbesondere auch die Möglichkeit gehabt, in ihren Leistungen über die Festbetragsvergütung hinauszugehen. Deswegen könnte man versucht sein zu sagen, daß eine Beschränkung der Handlungsfreiheit hinsichtlich der Leistungsgewährung bei Festbetragsmitteln damals nicht bestanden hätte. Allerdings war es den Krankenkassen auch zu dieser Zeit verwehrt, die zusätzlichen Leistungen aus dem paritätisch finanzierten Gesamtversicherungsbeitrag zu finanzieren, § 56 IV SGB V. Die Krankenkassen wären also dafür zur Erhebung zusätzlicher Beiträge direkt und ausschließlich von ihren Versicherten gezwungen gewesen. Die Freiheit bei der Gewährung der Leistung war daher nur sehr bedingt; dem Gesetzeswortlaut nach wäre eine großzügigere Leistungsgewährung gerade nicht aus den gewöhnlichen Mitteln erlaubt gewesen. In Bezug auf den „Standardleistungsbereich“ des gesetzlichen Gesundheitswesens hätte es weiterhin keinen Preiswettbewerb gegeben. Spätestens durch Abschaffung der §§ 53-56 SGB V durch das GKV-SolG erübrigt sich zudem jede diesbezügliche Überlegung.

Nach der derzeit geltenden Gesetzeslage bleibt also festzuhalten, daß jede einzelne Krankenkasse durch das Zusammenspiel der von den Krankenkassenverbänden

288 Sogar der Einwand, daß die Festbetragsleistung medizinisch nicht ausreichend sei, wird durch § 12 SGB V abgeschnitten; siehe amtliche Begründung, BTDrucks. 11/2237 S. 164 zu § 12 II SGB V = Peters, in Peters-SozGB V, § 12 Rn. 35.

289 BTDrucks. 11/2237 Art. 1 zu § 12 I und II S. 163f. Ferner Kruse in LPK § 12 Rn. 11; Igl in GK-SGB V § 12 Rn. 35, 40.

festgesetzten Festbeträge und der gesetzlichen Vorschriften in ihren Handlungsmöglichkeiten beschränkt wird. Unterschiedliche Beurteilungen für Arznei- und Hilfsmittel ergeben sich hierbei nicht.

(2) Voluntatives Element des Bezweckens

Fraglich ist nun, ob diese Auswirkungen auch „bezweckt“ wurden. Hieran kann angesichts der eindeutigen Gesetzeslage kein Zweifel bestehen²⁹⁰. Zwar kann man die in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Motive den gesetzlichen Krankenkassen nicht unmittelbar zurechnen, da diese ja selber nicht am Gesetzgebungsprozeß beteiligt waren. Aber es ist nicht vorstellbar, daß die gesetzlichen Krankenkassen bei ihrer Tätigkeit des Festbetragsfestsetzens in Unkenntnis der Motive des Gesetzgebers handelten. Berücksichtigt man darüber hinaus auch das wirtschaftliche Interesse der Krankenkassen an dieser Selbstbeschränkung, so verdeutlicht dies, daß die Wettbewerbsbeschränkung auch bezweckt wurde.

(a) Wirtschaftliches Interesse als Auslegungshilfe

Unabhängig von der Reaktion der Marktgegenseite, also den Anbietern von Arznei- und Hilfsmitteln, führt die Festsetzung eines Festbetrages zu einer Verkürzung der Ausgabenseite der Bilanz jeder einzelnen Krankenkasse. Weil die Leistungsverpflichtung der einzelnen Krankenkasse durch die jeweilige Festbetragsfestsetzung beschränkt wird, führt eine niedrige Festsetzung der Festbeträge zu einer Senkung der Arzneimittelausgaben der Krankenkassen. Ob nun die Anbieter ihre Preise senken und so finanziell die Kostenersparnis der Krankenkassen tragen, oder ob diese Kosten von den Versicherten durch Zahlung der Mehrbeträge zu tragen sind, spielt für die Krankenkassen finanziell keine Rolle.

Durch die vollständige Verlagerung dieses den Festbetrag übersteigenden Kostenteils auf die Versicherten wird zwar ein starker wirtschaftlicher Anreiz für den Versicherten geschaffen, sich mit solchen Mitteln zu begnügen, deren Preise die Festbeträge nicht übersteigen. In diesem Sinne wird er auf den ihn

²⁹⁰ Siehe BTDrucks. 11/2237 Art. 1 zu § 31 II SGB V (S. 173). Ferner OLG Düsseldorf, Urteile v. 27.07.1999, Az. U (Kart) 33/98 (nicht veröffentlicht) S. 29f., 32 und Az. U (Kart) 36/98 (nicht veröffentlicht) S. 28f., 31.

behandelnden Arzt Einfluß nehmen, wenn dieser ihn gem. § 73 V 3 SGB V auf die Pflicht zu Tragung der Mehrkosten hinweist. Ob Arzt und Versicherter jedoch ein preiswertes oder teures Mittel wählen, hat auf die Ausgaben der Krankenkassen keinerlei Einwirkung mehr. Versucht man die Zwecksetzung der gesetzlichen Krankenkassen bei der Festsetzung also anhand der finanziellen Interessenlage der Krankenkassen zu ergründen, so haben diese ein wirtschaftliches Interesse an möglichst geringen Festbeträgen, ohne daß es ihnen auf eine Absenkung der Preise ankommen müßte.

Im Gegensatz zu den sonst anzutreffenden Preisabsprachen sowohl von Anbieter- als auch von Nachfragerkartellen ist der Zweck der Festbetragsfestsetzungen, soweit man ihn nur dem wirtschaftlichen Interesse der gesetzlichen Krankenkassen entnehmen versucht, aus Sicht der Krankenkassen nicht vordergründig die Beeinflussung der Preise der Anbieter (diese sind ja für die Krankenkassen ausgabenneutral, soweit sie die Festbeträge überschreiten), sondern allein die Drosselung der eigenen Leistungspflicht²⁹¹. Man könnte also sagen, daß nicht in erster Linie das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern betroffen ist, sondern vielmehr das Verhältnis der Krankenkassen zu ihren Versicherten.

Der von Seiten des Gesetzgebers mit der Einführung der Festbeträge bezweckte Druck auf die pharmazeutische Industrie zur Absenkung ihrer Preise stellt zudem auch keine Beschränkung der Handlungsfreiheit der an der Maßnahme beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen dar und ist daher als Drittwirkung nach der hier vertretenen Auffassung nicht als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 I EG anzusehen.

(b) Berücksichtigung mittelbarer Auswirkungen

Allerdings würde eine solch isolierte Betrachtungsweise des Verhältnisses von Krankenkassen und Leistungserbringern zu kurz greifen. Berücksichtigt werden müssen vielmehr auch die mittelbaren Auswirkungen für die Krankenkassen, die mit den Festbeträgen zusammenhängen. Hier ist zunächst daran zu erinnern, daß die Krankenkassen untereinander im Wettbewerb als Anbieter von Versicherungsdienstleistungen, also im Wettbewerb um Mitglieder, stehen. Für

²⁹¹ Anders freilich die Motivlage des Gesetzgebers, der von Anfang an auch das Ziel der Verringerung der Lieferantenpreise hatte; siehe BTDrucks. 11/2237, S. 173.

den Wettbewerb um diese Mitglieder ist es entscheidend, welche Leistungen die Krankenkassen ihren Versicherten für welche Gegenleistung anbieten. Die gesetzlichen Krankenkassen bestreiten diesen Wettbewerb folglich auch durch die Leistungsangebote an Arznei- und Hilfsmitteln. Jede Krankenkasse hat daher ein Interesse daran, daß sie ihren Versicherten nicht weniger Leistung bietet als ihre Konkurrentinnen.

Wenn nur einzelne Krankenkassen Festbeträge festsetzten oder diese niedriger festsetzten als andere, müßten sie davon ausgehen, daß ihre Versicherten bei gleichen Beitragssätzen zu anderen Krankenkassen wechselten. Schon aus diesem Grund hat die bundesweite Festsetzung von Festbeträgen für die Krankenkassen eine nicht unerhebliche Bedeutung. Soweit es die Hilfsmittel betrifft, bei welchen eine Festsetzung gerade nicht für das gesamte Bundesgebiet, sondern für die Gebiete der Länder erfolgt, ist die Wirkung dennoch dieselbe. Auch hier führen die Festbeträge zu einem (landesweise kumulierten) Ausschluß jeglichen Konkurrenzdrucks durch andere Krankenkassen.

(c) Berücksichtigung von Beschränkungen Dritter

Noch deutlicher wird das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung, wenn man, entgegen der hier vertretenen Ansicht, auch die Beschränkungen der Handlungsmöglichkeiten Dritter als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 EG ansieht. Berücksichtigt werden müssen dann auch die mit der psychologischen Wirkung auf die Versicherten verbundenen Folgen. Zwar hat es eine Zuzahlungspflicht für die Versicherten der GKV bei der Abgabe von Arzneimitteln schon fast von Anbeginn der RVO gegeben, dieser finanzielle Beitrag der Versicherten bewegte sich jedoch stets in einem Bereich von etwa 10 Prozent oder aber von geringen Fixsummen²⁹². Dementsprechend gering ist bis heute die Bereitschaft der Versicherten, Beträge als Zuzahlungen selbst beizusteuern. Es dominiert nach wie vor die (auch durch Äußerungen aus der Politik gestützte) Erwartung der Versicherten an die GKV als Vollversicherung. Vor diesem Hintergrund ist die schon von der damaligen Bundesregierung in ihrem Gesetzesentwurf geäußerte Prognose zu würdigen, daß die Versicherten Eigenbeteiligungen in erheblichem Maße nicht zu tragen bereit sein werden. Dies wird zwar so ausdrücklich nicht festgestellt, aber nur so ist die Erwartung zu

292 Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung dieser Zuzahlungsbeträge siehe Schmidt, in: Peters-SozGB V, § 31 Rn. 62.

erklären, die Einführung der Festbeträge werde den (Preis)Wettbewerb unter den Leistungserbringern anregen²⁹³.

Die Krankenkassenverbände haben bei der Festsetzung der Festbeträge in Kenntnis hiervon gehandelt, da nicht unterstellt werden kann, daß sie hier gehandelt hätten, ohne die hinter dem GRG stehende Wertung des Gesetzgebers auch zu kennen. Demzufolge war den Krankenkassenverbänden bereits von Anfang an klar, daß die Festbeträge für die Leistungserbringer erhebliche Folgen mit sich bringen würden. Selbst wenn sie diese Kenntnis anfangs nicht gehabt hätten, so hätte sich dies spätestens mit den preislichen Reaktionen der Leistungserbringer auf bereits festgesetzte Arznei- oder Hilfsmittelfestbeträge geändert. Insgesamt handelten die Krankenkassen daher in Kenntnis der Auswirkungen der Festbetragsfestsetzungen auch auf die Lage der Leistungserbringer.

Zu berücksichtigen ist nun die objektive Deutung des Tatbestandsmerkmals des Bezweckens. Nach der Deutung, wie sie, basierend auf der früher ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach herrschender Meinung zu erfolgen hat, ist Kenntnis von Folgen grundsätzlich gleichzusetzen mit dem Willen zu deren Herbeiführung. Hier hatten die Krankenkassenverbände sowohl Kenntnis von der Einschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, die das Festbetragswesen mit sich bringt, als auch von den Auswirkungen auf die Marktgegenseite, nämlich die Seite der Leistungserbringer.

(d) Zwischenergebnis

Unabhängig davon, ob man also für die Wettbewerbsbeschränkung nur die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten oder auch Dritter für erheblich hält, handelten die Krankenkassenverbände bei der Festsetzung von Festbeträgen sowohl für Arznei- als auch für Hilfsmittel in der Kenntnis wettbewerbsbeschränkender Wirkung. Die Krankenkassenverbände verfolgten demnach bei der Festsetzung von Festbeträgen einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck.

293 Siehe BTDrucks. 11/2237 S. 142, 173.

(3) Motivberücksichtigung im Sinne der Rechtsprechung

Zu einem anderen Ergebnis könnte man hingegen kommen, wenn man mit der neueren Rechtsprechung allein die Kenntnis von den Wirkungen für nicht ausreichend hält und stattdessen ergänzend auf sonstige Ziele und Motive der Parteien Rücksicht nimmt. In den Urteilen betreffend genossenschaftliche Wettbewerbsbeschränkungen²⁹⁴ liegt in der Argumentation von Gerichtshof und Gericht Erster Instanz die Betonung auf der Berücksichtigung des genossenschaftlichen Wesens an sich. Das dort enthaltene Wettbewerbsverbot sei zwingende Voraussetzung, um die mit dem Wesen einer Genossenschaft verbundenen und bezweckten Vergünstigungen für die Genossen, nämlich durch den Ausgleich fehlender Größe des einzelnen Unternehmens, erreichen zu können (sog. Immanenztheorie). Solange die Beschränkung in Art und Umfang in dem hierfür erforderlichen Maß bleibe, sei daher kein Verstoß gegen Art. 85 EGV (nunmehr 81 EG) gegeben.

Dies ist eine Berücksichtigung des hinter der Genossenschaft stehenden Gedankens und damit letztlich die Berücksichtigung subjektiver Zwecke der in der Genossenschaft vereinten Unternehmen. Diesem genossenschaftlichen Zweck wird in bestimmten Grenzen der Vorrang vor der Geltung des Art. 81 EG gewährt. Da auch die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben wahrnehmen, die denen von Genossenschaften vergleichbar sind, ließe sich überlegen, ob die Krankenkassen sich hier auf entsprechende Argumente berufen können. So vertreten die Verbände die Krankenkassen ja insbesondere auch mit der Begründung, daß die einzelne Krankenkasse sich gegen die Leistungserbringer nicht durchzusetzen vermöge. Nicht anders verhält sich dies bei den Einkaufs- und Verkaufsgenossenschaften, die gleichfalls gegründet werden, um der überlegenen Marktmacht der Marktgegenseite zu begegnen.

Eine solche Erwägung legt jedoch bereits die Schwächen der Rechtsprechung des EuGH diesbezüglich offen. Durch die Privilegierung allein der Rechtsform der Genossenschaft hat der EuGH nämlich keine einheitlichen Maßstäbe für eine solche Herausnahme aus den Wettbewerbsregeln geschaffen. Es hätten andere Gesichtspunkte zur Verfügung gestanden, unter welchen eine Herausnahme evtl. möglich gewesen wäre, etwa der der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

²⁹⁴ EuGH, Urt. v. 15.12.1994, „Gottrup-Klim u.a. gegen DLG“, Slg. 1994, I-5641, 5686f. (Rn. 28ff.); EuGEI, Urt. v. 2.7.1992, „Dansk Pelsdyravlerforening gegen Kommission“, Slg. 1992, II-1931, 1971 (Rn. 103f., 107).

oder der der Verstärkung des Wettbewerbs durch gemeinsame Bildung einer neuen Stellung als Anbieter oder Nachfrager in einem neuen Markt. Durch die Bezugnahme auf die Rechtsform des konkreten Kartells (Genossenschaft) in den Entscheidungen ist lediglich eine inhaltlich nicht nachvollziehbare Privilegierung einer bestimmten Rechtsform erfolgt, die sich in die konventionelle Normexegese kaum vernünftig einordnen läßt. Auch die im Urteil „Delimitis gegen Henninger Bräu“ anklingende „rule-of-reason“-Argumentation des EuGH vermag im Gesamtkonzept des europarechtlichen Kartellverbots nicht zu überzeugen, da, wie oben bereits festgestellt wurde²⁹⁵, hier das (noch bestehende) Freistellungsmonopol der Kommission praktisch aufgehoben wird.

(4) Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Krankenkassenverbände durch die Festsetzung der Festbeträge eine Beschränkung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit der Krankenkassen sowohl bei der „Nachfrage“ nach Versicherungsverhältnissen als auch bei der Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln bezwecken, die durch das Zusammenspiel der Festbetragsregelungen mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 I, II SGB V entsteht.

b) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Bildung von Festbetragsgruppen

Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Festbetragsfestsetzungen wurde im Rahmen der Prüfung des wettbewerbsbeschränkenden Zwecks bereits festgestellt, es bleibt somit nur die Prüfung, ob auch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Bildung von Festbetragsgruppen vorliegt. Diesbezüglich ist festzuhalten, daß eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne einer Einschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit nur als Einschränkung der Freiheit der Krankenkassenverbände, keine Festbeträge festzusetzen, vorliegen könnte. Denn die grundsätzliche Pflicht hierzu steht für Arznei- und Hilfsmittel unter der aufschiebenden Bedingung, daß zunächst Festbetragsgruppen gebildet werden müssen. Andere Auswirkungen auf die Handlungsfreiheit der Beteiligten sind den Gruppenbildungen nicht zu eigen.

²⁹⁵ Siehe oben S.213f.

Die Bildung der Festbetragsgruppen gemeinsam mit der Gesetzeslage führt zu einer Verpflichtung für die Krankenkassenverbände zum Festsetzen der einzelnen Festbeträge. Dazu ist jedoch wie schon oben²⁹⁶ zu sagen, daß das Festsetzen der Festbeträge nicht Teil derjenigen wirtschaftlichen Tätigkeit, nämlich des Nachfragens oder Anbieters von Waren oder Dienstleistungen, ist, die die Unternehmenseigenschaft der Beteiligten begründet. Eine Beeinträchtigung des Nachfragens oder Anbieters der Beteiligten ist durch die Festbetragsgruppenbildung selbst nicht gegeben. Die Bildung von Festbetragsgruppen für Arznei- und Hilfsmittel hat daher keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung, da sie keine Pflicht zu einem bestimmten Nachfragen nach oder Anbieten von wirtschaftlichen Gütern mit sich bringt.

5) Zurechenbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Man könnte jedoch daran zweifeln, daß die durch die Festsetzung der Festbeträge bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkung den Krankenkassenverbänden auch zuzurechnen ist. Grundsätzlich fehlt es an der Zurechenbarkeit mit der Folge, daß ein Verstoß zumindest der Unternehmen gegen Art. 81 I EG nicht vorliegt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung allein auf staatliche Maßnahmen zurückzuführen ist²⁹⁷. Zu unterscheiden sind hierbei folgende Situationen:

a) Vorgabe des konkreten Marktverhaltens

Zunächst ist eine staatliche Einflußnahme dergestalt denkbar, daß durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes Unternehmen ein bestimmtes Marktverhalten vorgeschrieben wird. Hierunter fallen etwa behördliche oder staatliche Preisvorschriften oder die Vorgabe sonstiger Wettbewerbsparameter (Gebietsbeschränkungen etc.). Entscheidend ist hierbei, daß das Marktverhalten selbst durch die hoheitliche Vorgabe unmittelbar geregelt wird. Insoweit liegen weder eine Vereinbarung noch ein Beschluß noch eine abgestimmte Verhaltensweise seitens der betroffenen Unternehmen vor. Es mangelt so schon am Tatbestand des Art. 81 EG. Die Unternehmen sind für die eingetretenen oder bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nicht verantwortlich, weil sowohl Zweck als auch Wirkung ausschließlich und ohne weiteres der handelnden hoheitlichen Körperschaft

296 Siehe oben S. 219f.

297 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 168; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 117.

zuzurechnen sind.

b) Zwangskartellierung ohne Vorgabe des konkreten Marktverhaltens

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, daß durch Gesetz zwar eine Koordinierung von Unternehmen angeordnet wird, daß aber die Ausführung dieses Kartells sowie die konkreten Formen seiner Einflüsse auf dem Markt weiterhin in der Verantwortung der Unternehmen verbleiben. Hierbei soll es darauf ankommen, ob die jeweilige Tätigkeit eher in die Verantwortlichkeit des Staates bzw. seiner Behörde oder in die Verantwortlichkeit der Unternehmen selbst fällt²⁹⁸.

c) Beschränkung eines unerheblichen Restwettbewerbs

Ferner soll eine der Maßnahme der Unternehmen zurechenbare Wettbewerbsbeschränkung dann nicht gegeben sein, wenn durch hoheitliche Maßnahmen der Wettbewerb bereits derart eingeschränkt wurde, daß der durch die Unternehmen selbst noch beschränkbare Wettbewerb praktisch nicht mehr existiert²⁹⁹. Diese Situation ist gewissermaßen eine Ergänzung zu den oben unter a) und b) geschilderten Szenarien, da sie eine der dort genannten Situationen voraussetzt.

d) Ermöglichung oder Verstärkung eines Kartells

Schließlich ist auch der Fall denkbar, daß hoheitliches Handeln ein Kartell ermöglicht oder verstärkt, welches grundsätzlich auch ohne diese Unterstützung hätte entstehen oder existieren können. In diesem Fall ist die Verantwortlichkeit der Unternehmen des Kartells selbst ohne Zweifel gegeben, da durch von ihnen selbst zu verantwortendes Handeln nicht unerheblicher Wettbewerb eingeschränkt wird.

e) Prüfung der Zurechenbarkeit

Grundsätzliche Einigkeit besteht darüber, daß bei der Prüfung, ob Wettbewerbsbeschränkungen allein auf hoheitliche Maßnahmen zurückzuführen

298 So Schröter, in: GTE, aaO Rn. 117.

299 So Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 117 a.E.

sind, strenge Maßstäbe anzulegen sind³⁰⁰. Die Unternehmen sollen sich nicht unter Verweis auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten ihrer kartellrechtlichen Verantwortung entziehen können, wenn nicht feststeht, daß sie keinerlei andere Wahl hatten. Daher schließt allein die administrative Genehmigung die kartellrechtliche Verantwortlichkeit nicht aus³⁰¹.

Die Krankenkassenverbände setzen nach §§ 35, 36 SGB V Festbeträge für die vorher gebildeten Festbetragsgruppen von Arznei- und Hilfsmitteln fest. Der Gesetzestext als solcher spricht nicht von einer Pflicht zur Festsetzung der Festbeträge, wie er auch nicht von einer Pflicht zur Bildung der Festbetragsgruppen spricht. Dennoch kann der Gesetzestext nur so verstanden werden, daß die zuständigen Gremien sowohl bei der Bildung von Festbetragsgruppen als auch bei der Festsetzung der Festbeträge einer Pflicht zum Tätigwerden unterliegen, wenn nur die jeweiligen Voraussetzungen der Norm vorliegen. Ein sehr deutliches Indiz hierfür ist § 35 III 2 SGB V, der den gesetzlichen Krankenkassen die Festsetzung von Festbeträgen für Verbandmittel freistellt, ihnen also insoweit Ermessen einräumt, ob sie Festbeträge festsetzen oder nicht. Im Rückschluß heißt dies aber, daß hinsichtlich der anderen Festbeträge ein Entschließungsermessen nicht besteht.

Alleinige Voraussetzung für das Entstehen der Pflicht zur Bildung der Festbetragsgruppen ist folglich das Vorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen Norm (§§ 35 I oder 36 I SGB V), wobei insbesondere die Voraussetzungen für die Bildung von Arzneimittelgruppen zu beachten sind (etwa Patentschutz nach § 35 Ia SGB V). Voraussetzung für die Festsetzung von Festbeträgen ist aber nur die vorherige Bildung von Festbetragsgruppen. Man könnte sich nun auf diese Rechtspflicht berufen und zu dem Ergebnis kommen, daß den Krankenkassen und ihren Verbänden die durch die Festbeträge bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nicht zugerechnet werden können. Denn die Wettbewerbsbeschränkung als solche existiere unabhängig von der Höhe der Festsetzung allein durch die Festsetzung. Die Krankenkassenverbände hätten einen Freiraum nur hinsichtlich der Höhe der Festbeträge, nicht aber in Bezug auf die Entscheidung, tätig zu werden oder nicht tätig zu werden. Die Existenz der Wettbewerbsbeschränkung beruhe daher ausschließlich auf der gesetzgeberischen Entscheidung, die Krankenkassenverbände zu einem Tätigwerden zu verpflichten.

300 Siehe Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 118; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 168.

301 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, aaO.

Unterstrichen wird eine solche Argumentation durch das Bestehen der Rechtsaufsicht sowohl für die Krankenkassen (§§ 87 - 89 SGB IV) und deren Verbände (§§ 208, 214 SGB V) als auch für den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen (§ 91 IV SGB V). Man wird daher sagen können, daß den Krankenkassenverbänden (wie auch dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen) die Verweigerung der Festsetzung kaum möglich ist, da ihnen dann der Einsatz aufsichtlicher Mittel droht. Bei den Krankenkassenverbänden wären dies gemäß §§ 208 II, 214 I 2, II 2 SGBV in Verbindung mit § 89 SGB IV die Mittel des Zwangsvollstreckungsrechts. Theoretisch wäre es also auch denkbar, daß die jeweiligen Aufsichtsbehörden, für die Spitzenverbände der Krankenkassen also das Bundesgesundheitsministerium, im Wege der Ersatzvornahme Festbeträge festsetzen. Zwar dürfte man hier zweifeln, ob nicht zumindest das allgemeine Mittel der Ersatzvornahme seinem Wesen nach hier überhaupt anwendbar wäre, und ob nicht die Sonderregelung des § 35 VI, 213 II, III SGB V insbesondere bei den Arzneimitteln eine solche Ersatzvornahme verdrängt. Zumindest theoretisch wäre dies aber denkbar.

Jedoch verbleibt den Verbänden bei der Festsetzung von Festbeträgen zumindest in der Praxis in mehrfacher Hinsicht ein erheblicher Handlungsfreiraum, nämlich hinsichtlich des Zeitpunkts der Festsetzung von Festbeträgen, hinsichtlich deren Höhe und auch hinsichtlich der Anpassung bestehender Festbeträge³⁰². Es gibt keine Vorschriften, welche für die Festsetzung der Festbeträge konkrete Fristen vorschrieben. Ein Tätigwerden des Gesundheitsministeriums als Aufsichtsbehörde wäre erst dann zu erwarten, wenn die gesetzlichen Krankenkassen einen sehr langen Zeitraum untätig blieben. Innerhalb dieses Zeitraumes ist ihnen damit der Zeitpunkt ihres Tätigwerdens freigestellt. So wurden die oben erwähnten Aufsichtsmittel bislang noch in keinem Fall zur Festsetzung von Festbeträgen angewandt. Auch hinsichtlich der Höhe sind die Krankenkassenverbände nicht gebunden. Eine zwingende Höchst- oder Tiefstgrenze, die bei der Festsetzung der Festbeträge zu beachten wäre, wurde zwar erwogen, konnte sich aber im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen³⁰³. Eine noch größere Handlungsfreiheit genießen die Krankenkassen bei der Anpassung von Festbeträgen. Eine Überprüfung der

302 OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.07.1999, Az. U (Kart) 33/98 (nicht veröffentlicht) S. 40 und Az. U (Kart) 36/98 (nicht veröffentlicht) S. 39.

303 Vgl. den „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung – GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz – GKV-SolIG“ Art. 1 Nr. 6 (BTDrucks. 14/24 S. 4). Diese Vorschrift, zunächst als zwingende Regelung konzipiert, wurde nur als Sollvorschrift umgesetzt.

Festbeträge soll zwar einmal im Jahr erfolgen. Jedoch folgt hieraus nicht, daß Festbeträge einmal im Jahr verändert werden müssen. Insbesondere bei Anpassungen ist daher ein Tätigwerden nur innerhalb eines sehr großen Zeitraumes vorgeschrieben, so daß die Kassenverbände hier einen großen Ermessensspielraum haben.

Schließlich ist zu bedenken, daß die Entscheidungen über die Höhe der festzusetzenden Festbeträge Prognoseentscheidungen sind, was eine Kontrolle der Entscheidung erschwert und so größere Entscheidungsfreiräume eröffnet³⁰⁴. Gleiches folgt auch aus den verschiedenen, einander widersprechenden Zielen, die bei der Festsetzung berücksichtigt werden sollen. Einerseits sollen Wirtschaftlichkeitsreserven ausgenutzt werden, andererseits soll die Qualität der Versorgung und eine hinreichende Arzneimittelauswahl gesichert werden. Diese gegenläufigen Ziele ermöglichen unterschiedliche Schwerpunktsetzungen und damit auch unterschiedliche inhaltliche Entscheidungen, welche den Krankenkassenverbänden überlassen bleiben³⁰⁵.

Insgesamt verbleibt den Verbänden der gesetzlichen Krankenkassen folglich ein beachtlicher eigener Entscheidungsfreiraum, der es rechtfertigt, die Wettbewerbsbeschränkung den Kassenverbänden zuzurechnen.

f) Widerspruch innerhalb der Rechtsprechung

Falls man die vorgenannten Gründe nicht für ausreichend hielte, fragt sich darüberhinaus, ob die durch die Rechtsprechung für den Fall zwingender staatlicher Vorgaben gemachte Ausnahme vom Kartellverbot zu überzeugen vermag.

(i) Fehlende Verbindlichkeit nationaler hoheitlicher Einflußnahme

Die Wettbewerbsregeln der Art. 81ff. EG genießen als Teil des primären EG-Rechts unstreitig zumindest Anwendungsvorrang, wenn nicht Geltungsvorrang, vor den nationalen Rechtsnormen³⁰⁶. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung hieran

304 Siehe hierzu ausführlich OLG Düsseldorf aaO S. 42 bzw. 41 mit weiteren Nachweisen.

305 OLG Düsseldorf, aaO.

306 So Oppermann, Rn. 616ff, 633; Streinz Rn. 179.

keinen Zweifel gelassen³⁰⁷ und die wesentlichen Regeln wie folgt zusammengefaßt³⁰⁸:

- „Unmittelbare Geltung [...] bedeutet, daß seine Bestimmungen ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen. Die unmittelbar geltenden Bestimmungen sind unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten für alle diejenigen, die sie betreffen, **einerlei, ob es sich um Mitgliedstaaten oder um Einzelpersonen** handelt [...]“
- „Nach dem Grundsatz des Vorrangs haben die Vertragsbestimmungen [...] nicht nur zur Folge, daß allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch [...], daß ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.
Würde staatlichen Gesetzgebungsakten, die auf den Bereich übergreifen, in dem sich die Rechtsetzungsgewalt der Gemeinschaft auswirkt, oder die sonst mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar sind, irgendeine rechtliche Wirksamkeit zuerkannt, so würde insoweit die Effektivität der Verpflichtungen, welche die Mitgliedstaaten nach dem Vertrag vorbehaltlos und unwiderruflich übernommen haben, verneint, und die Grundlagen der Gemeinschaft selbst würde auf diese Weise in Frage gestellt.“

Hiervon ausgehend kommt man zu dem Schluß, daß auch diejenigen Rechtsnormen nicht mehr anwendbar sind, die zwingend einen Verstoß gegen unmittelbar geltende Normen des EG-Rechts vorschreiben. Und gerade dies wäre, wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgen will, der Fall. Konsequenterweise dürfte dann ein Unternehmen, welches durch oder aufgrund einer nationalen Rechtsnorm Wettbewerbsbeschränkungen zu bewirken oder bezwecken „gezwungen“ war, sich hierauf kaum berufen können, da es sich genau betrachtet um eine nicht

307 Siehe bereits Urt. v. 4.4.1968, „Gebr. Lück gegen Hauptzollamt Köln-Rheinau“, Slg. 1968, 262, 373.

308 Siehe EuGH, Urt. v. 9.3.1978 „Staatliche Finanzverwaltung gegen Simmenthal“, Slg. 1978, 629 (Leitsätze Nr. 2, 3), 643f. (Rn. 14ff.); Hervorhebungen durch Verfasser.

anwendbare Norm handelte.

(ii) Möglichkeit zur Durchsetzung gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat

Dieser Lösungsansatz würde die Unternehmen in eine schwierige Lage bringen, wenn sie nunmehr gezwungen wären, (vermeintlich) zwingende einzelstaatliche Normen zu mißachten oder das Risiko einer Verletzung von Art. 81 I EG einzugehen. Dem Unternehmen steht jedoch die Möglichkeit offen, dieses Risiko von sich abzuwenden. Gemäß Art. 3 der VO 17/62 (Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrages)³⁰⁹ steht jeder Person oder Personenvereinigung mit berechtigtem Interesse die Stellung eines Antrages bei der Kommission wegen einer Zuwiderhandlung gegen Art. 85 und 86 (nunmehr 81 und 82) des Vertrages frei. Die Kommission hat hier insbesondere die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen, mit der sie dem Unternehmen ggf. Schutz gewähren kann. Zwar beschränkt sich die Möglichkeit der Antragstellung auf Verstöße nach 81 und 82, so daß Verstöße durch die Mitgliedstaaten in nichtunternehmerischer Funktion dem Wortlaut nach nicht eingeschlossen sind. Jedoch ist ein Verstoß der Mitgliedstaaten gegen Art. 81 EG in Verbindung mit Art. 10 II EG oder 86 EG und 3 g) EG (früher 85, 5 II, 90, 3 f) EGV) nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dann gegeben, wenn staatliche Maßnahmen gegen das Kartellverbot verstößende Absprachen vorschreiben, erleichtern oder verstärken³¹⁰.

Letztlich entscheidend ist hier, daß die Art. 81, 82 EG keineswegs nur für die Unternehmen Verbindlichkeit haben, sondern daß auch die Mitgliedstaaten die

309 Siehe ABl. 1962 Nr.13 S. 204, danach verschiedentlich geändert,vgl. hierzu de Bronett, in: GTE, Art. 87 2. Teil Fn. 2 (S. 2/938).

310 EuGH, Urt.v. 16.11.1977, „INNO gegen ATAB“, Slg. 1977, 2115, 2145 (Rn. 30) betreffend Verstoß gegen Art. 86 (nunmehr 82); Urt. v. 10.1.1985, „Leclerc gegen Au Blé Vert“, Slg. 1985, 1, 31 (Rn. 14); Urt. v. 29.1.1985, „Cullet gegen Leclerc“, Slg. 1985, 305, 319 (Rn. 16); Urt. v. 30.4.1986, „Ministère Public gegen Asjes u.a.“, Slg. 1986, 1425, 1471 (Rn. 71); Urt. v. 1.10.1987, „VVR gegen Sociale Dienst“, Slg. 1987, 3801, 3826 (Rn. 10); Urt. v. 3.12.1987, „BNIC gegen Aubert“, Slg. 1987, 4789, 4815 (Rn. 22f.); Urt. v. 21.9.1988, „Van Eycke gegen ASPA“, Slg. 1988, 4769, 4791 (Rn. 16); Urt. v. 11.4.1989, „Ahmed Saeed Flugreisen u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 851 (Rn. 48); Urt. v. 17.11.1993, „Meng“, Slg. 1993, I-5751, 5797 (Rn. 14); Urt. v. 17.11.1993, „Bundesanstalt für Güterfernverkehr gegen Gebr. Reiff“, Slg. 1993, I-5801, 5847 (Rn. 14); Urt. v. 17.11.1993, „Ohra Schadeverzekeringen“, Slg. 1993, I-5851, 5878 (Rn. 10); Urt. v. 2.6.1994, „Tankstation T Heukske und Boermans“, Slg. 1994, I-2199, 2234 (Rn. 16); Urt. v. 9.6.1994, „Deutschland gegen Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft“, Slg. 1994, I-2517, 2530 (Rn.14); Urt. v. 14.7.1994, „Matteo Peralta“, Slg. 1994, I-3453, 3496 (Rn.21); Urt. v. 18.6.1998, „Kommission gegen Italien“, Slg. 1998, I-3851, 3899 (Rn. 53); Urt. v. 18.6.1998, „Corsica Ferries France gegen Gruppo Antichi Ormezziatori“, Slg. 1998, I-3949, 3998 (Rn. 49).

grundsätzliche Gültigkeit dieser Normen der Wirtschaftsordnung anerkennen müssen. Ein Verstoß der Mitgliedstaaten hiergegen ist zwar keine Wettbewerbsbeschränkung im eigentlichen Sinne, die Mitgliedstaaten werden aber dem Verbot der Art. 81, 82 EG gleichfalls unterworfen. Wenn also ein mittelbarer Verstoß gegen Art. 81, 82 EG auch von Mitgliedstaaten begangen werden kann, entspricht es nur der konsequenten Anwendung des Wortlauts von Art. 3 VO 17/62, daß diese mittelbaren Verstöße (mit den entsprechenden Konsequenzen) gleichfalls der Kommission angezeigt werden können. Selbst wenn dies allein nicht zu überzeugen vermöchte, wäre weiter zu erwägen, ob nicht zumindest ein Antrag analog Art.3 VO 17/62 möglich sein müßte. Von Interesse ist hier jedoch weniger ein sich direkt oder nur mittelbar aus dem Vertrag und der VO 17/62 ergebendes Antragsrecht eines Unternehmens (oder vielmehr des hinter ihm stehenden Rechtsträgers), sondern daß das Unternehmen sich nicht in sein vermeintlich drohendes Schicksal ergeben und der Staatsgewalt nachgeben muß, es nämlich durch Tätigwerden gegenüber der Kommission dem staatlichen Kartellzwang begegnen kann. Hierbei ist ferner zu bedenken, daß die Kommission als Hüterin der Verträge ohnehin von Amts wegen Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten anstrengen kann, Art. 226 EG (früher Art. 169 EGV). Selbst wenn man den mittelbaren Verstoß des Staates gegen Art. 81 EG für die Belange des Art. 3 VO 17/62 nicht ausreichen lassen will, kann das Unternehmen immer noch durch eine formlose Anzeige bei der Kommission dem ausgeübten Zwang zur Kartellbildung entgegenwirken.

(iii) Folge des Widerspruchs in der Rechtsprechung

Es ist den Unternehmen folglich möglich und zumutbar, sich gegen hoheitliche Zwänge zur Bildung von Kartellen zur Wehr zu setzen. Deswegen besteht kein Grund, die bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen dem Handeln der Unternehmen nicht zuzurechnen. Ein Mangel an Verantwortlichkeit, wie er bei hoheitlichem Zwang zur Bildung eines Kartells vermeintlich vorliegt, ist wegen des Anwendungsvorrangs des primären EG-Rechts gerade nicht gegeben. Die gegenteilige Rechtsprechung des EuGH ist inkonsequent und steht im Widerspruch zum elementaren Grundsatz des Anwendungsvorrangs des EG-Rechts. Sie mag zu einem Zeitpunkt angemessen gewesen sein, in welchem von den Unternehmen eine Berufung gegenüber ihren jeweiligen Heimatstaaten auf das Gemeinschaftsrecht nicht erwartet werden konnte, da die Autorität der Mitgliedstaaten zumindest nach der Auffassung der Öffentlichkeit über der der EG stand. Mit der zunehmenden

Anerkennung der Rolle der EG gegenüber den Mitgliedstaaten muß man nun jedoch verlangen, daß die Unternehmen die Einhaltung europäischen Rechts auch wider nationalstaatliches Recht zumindest versuchen. Bedauerlicherweise sieht dies die europäische Gerichtsbarkeit anders³¹¹ und leistet dadurch den Möglichkeiten der Mitgliedstaaten Vorschub, durch Einschüchterungen private Unternehmen in Kartelle zu zwingen. Gerade hieran wird aber deutlich, daß diese Rechtsprechung in der Sache verfehlt ist und geändert werden müßte.

Die Situation gleicht zudem derjenigen, in welcher Unternehmen ihre Mitwirkung an einem Kartell damit zu rechtfertigen suchen, daß die anderen Kartellmitglieder wirtschaftlichen Druck ausgeübt hätten und eine Verweigerung nicht möglich gewesen sei³¹². Der Gerichtshof verweist dort gleichfalls auf die Möglichkeit des Antrags nach Art. 3 II VO 17/62³¹³; die Argumentation gleicht also der hier geführten bis ins Detail. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß die Mitgliedstaaten keinen wirtschaftlichen, sondern rechtlichen Druck ausüben. Die hier vertretene Auffassung wäre auch rechtspolitisch vorzugswürdig, da eine stärkere Rechtsdurchsetzung zu erwarten wäre. Die in ihrer Tätigkeit hoheitlich bestimmten Unternehmen hätten nicht länger die Möglichkeit, sich unter den Deckmantel mangelnder Verantwortlichkeit zurückzuziehen, hoffend, daß die Aufmerksamkeit der Kommission sie nicht erfassen möge. Sie müßten stattdessen ihre Bedenken gegen den ihnen durch den jeweiligen Staat auferlegten Kartellierungszwang in einem Rechtsverfahren geltend machen³¹⁴.

(iv)Ergebnis

Auch bei hoheitlicher Anordnung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens von Unternehmen ist die Zurechenbarkeit der Beschränkung zum unternehmerischen Verhalten stets gegeben. Läßt sich also eine Koordinierung von Unternehmen durch Vereinbarung, Beschluß oder abgestimmte Verhaltensweise feststellen, können die Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden. Demgemäß sind auch die hier bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen dem Handeln der

311 Siehe EuGEI, Urt. v. 18.9.1996, „Asia Motor France u.a. gegen Kommission“, Slg. 1996, II-961, 991 (Rn. 65f.).

312 Dazu siehe Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 93.

313 EuGEI, Urt. v. 6.4.1995, „Tréfileurope Sales gegen Kommission“, Slg. 1995, II-791, 820 (Rn. 58); Urt. v. 6.4.1995, „Sotralenz gegen Kommission“, Slg. 1995, II-1127, 1151 (Rn. 53).

314 A.A. Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 168f. Nach der Stärke der Einflußnahme differenzierend Kommission, „Leitlinien für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich“, ABl. v. 6.9.1991 C233 S. 5 Rn. 14.

Krankenkassenverbände voll und ganz zuzurechnen.

6) Die Horizontalleitlinien der Kommission

Die Kommission will gewisse horizontale Maßnahmen mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung nicht der Verbotsnorm des Art. 81 I EG unterwerfen. Sie hat daher in einer Bekanntmachung Leitlinien für Voraussetzungen angegeben, unter denen Artikel 81 des EG-Vertrages auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit wegen eines mit dieser verbundenen Effizienzgewinns nicht anwendbar sein soll³¹⁵. Diese Bekanntmachung erfaßt neben Normen-, Vertriebs- und Umweltschutzvereinbarungen insbesondere auch Einkaufsvereinbarungen. Für die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen ist dies deswegen von Bedeutung, weil die Festbeträge ein den Einkauf der gesetzlichen Krankenkassen betreffender Mechanismus sind. Zumindest grundsätzlich wäre zu erwägen, ob nicht das Festbetragssystem aus diesem Grunde vom Verbot des Art. 81 I EG befreit ist. Wie sich aus der Bekanntmachung ergibt, darf die Einkaufsvereinbarung jedoch nicht soweit gehen, daß durch sie eine Preisfestsetzung stattfindet. Gerade die Beeinflussung der Preise ist aber, wie dargelegt wurde³¹⁶, das erklärte Ziel der Festbetragsregelung. Das Festbetragswesen erfüllt daher von vornherein nicht die Voraussetzungen, um als Einkaufsvereinbarung im Sinne der Bekanntmachung über horizontale Zusammenarbeiten dem Anwendungsbereich des Art. 81 I EG zu entgehen.

7) Ergebnis

Die Krankenkassenverbände bezwecken und bewirken bei der Festsetzung von Festbeträgen eine Beschränkung des Wettbewerbs, indem sie ihr Nachfrageverhalten auf den erfaßten Märkten untereinander abstimmen.

315 Kommission, Bekanntmachung über Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3/02 Rn. 10.

316 Siehe oben S. 225.

IV) Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels

1) Funktion des Tatbestandsmerkmals

Der ratio legis nach handelt es sich bei dem Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten um ein Mittel zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche des europäischen Kartellrechts von den nationalen Kartellrechten³¹⁷. Die Aufgabe des Tatbestandsmerkmals ist es, diejenigen Fälle auszuschneiden, die für die Belange des Gemeinsamen Marktes ohne Bedeutung sind, so daß sie ohne Bedenken allein der Verantwortung der nationalen Kartellrechte überlassen werden können³¹⁸. Hierbei spielt die Zielsetzung der Vorschriften für Unternehmen eine Rolle. Insbesondere das Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen für Unternehmen erfüllt diesen gegenüber den gleichen Zweck wie die Art. 28, 47 EG (die früheren Art. 30 und 57 EGV) gegenüber den Mitgliedstaaten, nämlich die Durchsetzung der Ziele des Vertrages und die Verhinderung gegenläufiger Wirkungen egal von welcher Seite. Letztlich dient damit Art. 81 EG (vormals 85 EGV) der Integration der Märkte.

Die Beurteilung der Eignung einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme von Unternehmen zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels setzt denknotwendigerweise die Begutachtung der wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie eine Prognose für die möglicherweise zu erwartenden Änderungen bei Wirksamwerden der Wettbewerbsbeschränkung voraus. Sofern die Wettbewerbsbeschränkung bereits wirkt, ist zu beurteilen, ob dadurch schon eine Änderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten eingetreten ist. Während also die Auswirkungen der Maßnahme auf die Möglichkeiten dritter Unternehmen oder Verbraucher für die Frage des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung nach richtiger Ansicht ohne Belang ist³¹⁹, sind sie (auch als nur potentielle Auswirkungen) für die Frage der Handelsbeeinträchtigung allein maßgeblich.

317 Siehe EuGH, Urt. v. 30.6.1966, „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH“, Slg. 1966, 281, 303; Urt. v. 13.7.1966, „Consten u.a. gegen Kommission“, Slg. 1966, 321, 389; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 117; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 163; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 205.

318 So insbes. EuGH, Urt. v. 31.5.1979, „Hugin gegen Kommission“, Slg. 1979, 1869, 1899 (Rn.17); Stockmann, in: Wiedemann, § 7 Rn. 24.

319 Siehe oben S. 207.

2) Begriff

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels grundsätzlich gegeben, wenn „sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung [der Beschluß, die abgestimmte Verhaltensweise] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann³²⁰.“ Handel ist in diesem Zusammenhang nicht begrenzt auf die Produktion und den Vertrieb von Waren zu verstehen, es geht vielmehr um den gesamten Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, also auch um Dienstleistungen jeder Art und den Kapitalverkehr³²¹.

Auch der Begriff der Beeinträchtigung ist weit zu fassen. Erforderlich ist in diesem Zusammenhang nicht, daß die Auswirkungen zwingend nachteiliger Natur sein müßten; ausreichend ist jegliche Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, so daß theoretisch auch eine positive, die gegenseitige Marktdurchdringung steigernde Maßnahme den zwischenstaatlichen Handel „beeinträchtigen“ kann³²². Wiederum gilt es zu bedenken, daß dieses Tatbestandsmerkmal gewissermaßen eine Mindestschwelle für die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts darstellt und daher keine Bewertung der Folgen von Kartellen als vor- oder nachteilig voraussetzt. Zutreffender ist daher der Begriff der „Beeinflussung“ des zwischenstaatlichen Handels³²³. Es geht also nur darum, daß die Handelsströme eine andere Richtung erhalten, als es ansonsten der Fall gewesen wäre³²⁴.

Ausreichend ist schließlich allein die Eignung zur Beeinträchtigung, eine Beeinträchtigung muß weder bereits eingetreten noch überwiegend wahrscheinlich sein. Art. 81 I EG ist insoweit als Gefährdungstatbestand ausgestaltet. Darüber hinaus würde, wenn nicht schon eine Wirkung eingetreten ist, also die Maßnahme

320 So EuGH, Ur. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH“, Slg. 1966, 281, 303.

321 Siehe EuGH, Ur. v. 14.7. 1981, „Züchner gegen Bayerische Vereinsbank“, Slg. 1981, 2021, 2032 (Rn. 18). Ferner Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 231; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 121; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 209.

322 Siehe Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 122; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 232; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 208.

323 Siehe Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 122.

324 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 232, 248 a. E.

bereits über eine nicht unerhebliche Zeit durchgeführt wurde, ein Nachweis der Beeinträchtigung regelmäßig unmöglich sein³²⁵, so daß ein reines Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung theoretisch sanktionslos bleiben müßte. Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des Gerichtshof ist entscheidend, „ob sich **mit hinreichender Wahrscheinlichkeit** voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann“³²⁶. Entgegen dem reinen Wortlaut dieser Entscheidung ist jedoch nicht die Wahrscheinlichkeit der Voraussehbarkeit, sondern die der Beeinflussung entscheidend. Letztlich wird dieser Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit nicht weiter konkretisiert, weitergehende Einlassung auf diesen hinreichenden Grad der Wahrscheinlichkeit scheinen weder Praxis noch Schrifttum tiefergehend zu beschäftigen. Ausführungen darüber, mit welcher Wahrscheinlichkeit eine gewisse Entwicklung auf dem Markt eintreten wird, sucht man daher vergeblich; stattdessen wird zumeist nur festgestellt, daß bei normaler Entwicklung andere Zustände zu erwarten wären³²⁷. Andernorts scheint der EuGH zumindest im Ergebnis von einer Art Beweislastumkehr auszugehen, wenn er Einwendungen der betroffenen Unternehmen entgegenhält, daß immer noch nicht ausgeschlossen sei, daß eine Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten eintreten könne³²⁸. Der Wortlaut und die Betonung der Möglichkeit (nicht der Wahrscheinlichkeit) als solcher lassen den Schluß dahingehend zu, daß nur gänzlich unwahrscheinliche Fälle ausgeschlossen werden sollen.

Insgesamt wird die Zwischenstaatlichkeitsklausel in der Praxis folglich außerordentlich weit ausgelegt, was dazu führt, daß Art. 81 EG in fast allen Fällen anwendbar ist. So soll grundsätzlich ein Kartell bereits dann zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels geeignet sein, wenn es sich räumlich allein auf das Gebiet eines Mitgliedstaates oder sogar nur auf einen Teil desselben erstreckt³²⁹.

325 Siehe EuGH, Urt. v. 1.2.1978 „Miller gegen Kommission“, Slg. 1978, 131, 150/151 (Rn. 15); Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 123; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 235.

326 So EuGH, Urt. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH“, Slg. 1966, 281, 303. Ferner EuGH, Urt. v. 10.7.1980 „Lancôme gegen Etos“, Slg. 1980, 2511, 2536 (Rn. 23); Urt. v. 11.12.1980, „L'Oréal u.a. gegen De Nieuwe Amck“, Slg. 1980, 3775, 3791 (Rn. 18).

327 So Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 235.

328 Vgl. EuGH, Urt. v. 26.11.1975 „Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique u.a. gegen Kommission u.a.“, Slg. 1975, 1491, 1514 (Rn. 25f.).

329 So ständige Rechtsprechung des EuGH, siehe Urt. v. 17.10.1972 „Cementhandelaren gegen Kommission“, Slg. 1972, 977, 991 (Rn. 28f.); Urt. v. 26.11.1975 „Papiers Peints gegen Kommission“, Slg. 1975, 1491, 1515 (Rn. 26); Urt. v. 16.6.1981 „Salonia gegen Poidomani und Giglio“, Slg. 1981, 1563, 1578 (Rn. 14); Urt. v. 11.7.1985 „Remia gegen Kommission“, Slg. 1985, 2545, 2572 (Rn. 22); Urt. v. 11.7.1989 „Belasco u.a. gegen Kommission“, Slg. 1989, 2117, 2190 (Rn. 33).

Diese Ausweitung der Geltung des europäischen Kartellrechts ist verschiedentlich mit der zunehmenden Verwirklichung des EG-Binnenmarktes begründet worden³³⁰. Dies ist jedoch so unzutreffend. Die gemeinschaftsweite Anwendung einheitlicher Kartellrechtsnormen ist anerkannterweise Grundvoraussetzung für eine gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte, so daß nicht die Verwirklichung des Binnenmarkts zu einer Ausdehnung der Geltung des europäischen Rechts führt, sondern eher umgekehrt die extensive Anwendung von Gemeinschaftsnormen die Bildung des gemeinsamen Marktes ermöglicht hat. Die extensive Anwendung europäischen Rechts ist also vielmehr politisch gewollt und von Seiten der Gemeinschaftsorgane bewußt herbeigeführt, aber andererseits auch nur konsequent. Denn bereits ein sich räumlich „nur“ auf das Gebiet eines Mitgliedstaates beschränkendes Kartell kann dem Warenstrom im Gemeinsamen Markt eine andere Richtung geben. Und dies, also die mittelbare oder unmittelbare Beeinflussung des Warenstroms oder Dienstleistungsverkehrs begründet grundsätzlich die rechtstechnische Anwendbarkeit der Verbotsnorm. Daher kann insbesondere auch ein Kartell, das den Gemeinsamen Markt insgesamt von Einfuhren eines gewissen Handelsgutes aus Drittländern abgrenzt, dazu führen, daß mit diesem Handelsgut ein Handel mitgliedstaatübergreifend nicht mehr stattfindet³³¹.

3) Beurteilung der Wirkungen der Festbeträge auf den zwischenstaatlichen Handel

Anhand des bislang Gesagten bleibt nun zu beurteilen, ob die Festbeträge zur Beeinflussung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet sind. Folgt man dabei der oben angeführten ständigen Rechtsprechung, so gelangt man ohne weiteres zu dem Ergebnis einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, da die Festbetragsfestsetzungen das Gebiet eines ganzen, nämlich des größten Mitgliedstaates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erfassen. Dies gilt auch für das länderweise ausgeführte Festbetragswesen der Hilfsmittel, da hier die kumulierten Festsetzungen gleichfalls das gesamte Gebiet der Bundesrepublik erfassen. Sieht man diese pauschale Feststellung jedoch als unzulänglich an, so ist eine differenzierendere Untersuchung der Folgen erforderlich.

330 So etwa Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 123 a.E.

331 Siehe EuGH, Urt. v. 15.6.1976 „EMI Records gegen CBS United Kingdom“, Slg. 1976, 811, 850 (Rn. 28f.); ferner Urt. v. 15.6.1976, „EMI Records gegen CBS Grammophon“, Slg. 1976, 871, 908 (Rn. 25f.).

a) Waren im engeren Sinne

Soweit es Waren im engeren Sinne, also Sachen, betrifft, ist für die Beurteilung der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darauf abzustellen, ob die Wettbewerbsbeschränkung zu einer Veränderung der zwischenstaatlichen Warenströme führen kann³³². Dabei ist auch eine mittelbare Beeinflussung, etwa durch Herabsetzung des Anreizes, Waren zu importieren, ausreichend³³³. Soweit es Arznei- und Hilfsmittel betrifft, bei denen es sich um Waren im engeren Sinne handelt, ist bereits eine Veränderung des Anreizes, diese zu importieren oder zu exportieren, geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Grundsätzlich ist eine wettbewerbsbeschränkende Einflußnahme auf die Preisbildung von Waren stets auch zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels geeignet, da der in einem Staat oder in einem Teil eines Staates für eine Ware erzielbare Preis wesentlichster Parameter für den Anreiz des Imports oder Exports ist. Mit gestiegenen Preisen steigen auch die Gewinnspannen und damit der Anreiz, dort zu verkaufen, gesunkene Preise bewirken dementsprechend das Gegenteil.

Die Festsetzung von Festbeträgen verfolgt im Verhältnis zu den Versicherten das Ziel der Begrenzung der Leistungspflicht der Krankenkassen. Die Festsetzung erfolgt jedoch zugleich mit dem erklärten Ziel, daß jederzeit Arzneimittel zu dem Festbetragspreis verfügbar sein sollen. Das Festbetragsystem stellt daher einen starken Anreiz zur Preisbildung in Höhe des jeweiligen Festbetrages dar. Die Festsetzung von Festbeträgen verhindert so eine Preisbildung für die durch die Festbeträge erfaßten Produkte allein durch die freien Kräfte der Märkte. Dies hat Auswirkungen auf die von den Leistungserbringern erzielbaren Preise und verringert deren Gewinnspannen. Letztlich schmälert dies den Anreiz für Importeure, ihre Arznei- oder Hilfsmittel in die Bundesrepublik Deutschland zu importieren. Gleichzeitig können einheimische Hersteller und Händler motiviert werden, ihre Produkte verstärkt im Ausland zu vertreiben, sofern ihnen dort aufgrund höherer Preise größere Gewinne winken. Die Kontrolle der Preise auf einem niedrigen Niveau, wie sie der Gesetzgeber mit der Festbetragsregelung bezweckte, ist daher geeignet zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels mit Waren, nämlich Arznei- und Hilfsmitteln.

332 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 236.

333 Siehe oben S. 240.

b) Dienstleistungen

Bei Dienstleistungen ist die Situation etwas anders, da ein physischer Transport über Grenzen hinweg ausscheidet. Grundsätzlich wird aber auch der Dienstleistungsverkehr über die Grenzen hinweg durch Art. 81 EG geschützt. Geeignet zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist daher auch eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine abgestimmte Verhaltensweise, die den Austausch von Dienstleistungen über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg beeinflusst. Erfasst werden daher alle Regelungen zwischen Unternehmen über Dienstleistungen, bei denen Erbringer und Empfänger in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind. Bei Arznei- und Hilfsmitteln handelt es sich fast nur um sächliche Gegenstände, nicht um Dienstleistungen. Dienstleistungen spielen bei Hilfsmitteln jedoch insofern eine Rolle, als die Leistungspflicht der Krankenkassen gegenüber den Versicherten nach § 33 I 2 SGB V auch die Ausbildung des Versicherten, nötigenfalls auch Dritter³³⁴, im Gebrauch des Hilfsmittels umfaßt. Diese Dienstleistungen können möglicherweise auch grenzüberschreitend erfolgen. Es ist denkbar, daß die mit der Festsetzung von Festbeträgen einhergehende Preisbindung nicht nur die oben genannten Waren im engeren Sinne, sondern auch die mit diesen unmittelbar zusammenhängenden Ausbildungsdienstleistungen erfäßt.

Jedoch ist eine eigene Bestimmung von Ausbildungsdienstleistungen als festbetragsgebundene Leistung nicht zu erkennen. Wenn also eine solche Ausbildungsdienstleistung von den Krankenkassen auch als zubehörartige Zusatzleistung mitbezahlt werden muß, so geschieht dies wohl kaum als getrennte, eigenständige Leistung, sondern nur gewissermaßen als Teil des sächlichen Hilfsmittels. Daß eine nach § 36 SGB V erfolgende Festsetzung hauptsächlich oder ausschließlich für eine Dienstleistung erfolgt, ist nicht ersichtlich und scheint auch ausgeschlossen, da es sich hierbei nicht selbst um ein Hilfsmittel handelt. Dabei ist ferner anzunehmen, daß eine ihrem Umfange nach ins Gewicht fallende Ausbildungsdienstleistung nur bei technisch weit fortgeschrittenen Hilfsmitteln (etwa solchen mit elektronischer Steuerung) erforderlich ist. In diesen Fällen wird aber der Wert der Ausbildungsleistung regelmäßig weit hinter dem Wert des Hilfsmittels selbst zurückbleiben, was die Vermutung stützt, daß es eine eigenständige Dienstleistungserbringung nicht gibt. Stattdessen erfolgt diese

³³⁴ Siehe Wagner, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 33 Rn. 27; Berstermann, in: Peters-SozGB V, § 33 Rn. 67; v.Maydell/ders. § 33 Rn. 24; Zipperer, in: Maaßen/Schermer/Zipperer, § 33 Rn. 11.

regelmäßig entweder durch Ärzte oder durch den Leistungserbringer oder dessen Personal. Grenzüberschreitende Dienstleistungen sind daher durch die Festbeträge für Arznei- und Heilmittel nicht betroffen. Insofern liegt auch keine Eignung zur Beeinträchtigung grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs vor.

c) Ergebnis

Das Festbetragswesen ist als Instrument zur Beeinflussung des Preises erfaßter Waren geeignet zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.

V)Spürbarkeit

Entscheidend für die Rechtswidrigkeit der Maßnahme der Unternehmen ist jedoch nicht allein die Eignung der Wettbewerbsbeschränkung zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels an sich. Der EuGH hat vielmehr in Übereinstimmung mit der Kommission und dem gesamten Schrifttum das Erfordernis der Spürbarkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eingeführt.

1) Die Funktion des Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit und des relevanten Marktes

Das Erfordernis der Spürbarkeit dient der Ausgrenzung von Bagatellfällen aus dem Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts³³⁵. Ziel ist die Verhinderung einer zu extensiven Auslegung und Überdehnung des gemeinschaftsrechtlichen Verbots wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen³³⁶, die durch die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels droht. Die Kommission selbst sieht das Erfordernis der Spürbarkeit als Meßwert für die wettbewerbspolitische Unbedenklichkeit von Zusammenarbeiten und Maßnahmen zwischen Unternehmen³³⁷. Rechtlich ist das Spürbarkeitserfordernis anzusehen als Ausprägung des Rechtsgrundsatzes „de minimis non curat praetor“³³⁸.

Die Spürbarkeit ist in gewisser Hinsicht kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern ein Appendix zur Prüfung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und zur Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung. Faktisch geht es auch hier um die „Außenwirkung“, also diejenige Wirkung, die die Maßnahme auf Dritte und damit auch auf die Strukturen des Marktes zu haben

335 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 199; Rehbinder, in: Immenga/Mestmäcker, Einl. E Rn. 20.

336 Siehe Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 124; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 178.

337 So zur Begründung der „Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 I des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen“ in der Fassung v. 9.12.97, ABl. 1997 C 372/13, Rn. 1; mittlerweile ersetzt durch die „Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis)“ in der Fassung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13.

338 So zuerst GA Warner, Schlußantrag zu „Miller gegen Kommission“, Slg. 1978, 131, 157; nun auch ausdrücklich die Kommission in der Überschrift zur gegenwärtig gültigen Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13.

geeignet ist³³⁹.

2) Doppelte Spürbarkeit ?

Nach bislang herrschender Ansicht wird die Spürbarkeit an zwei voneinander zu unterscheidenden Punkten relevant, nämlich dem der Wettbewerbsbeschränkung und dem der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels³⁴⁰. Danach soll eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung iSd Art. 81 I EG nicht vorliegen, wenn entweder die Wettbewerbsbeschränkung (oder vielmehr deren Folge) nicht spürbar ist (oder im Falle der noch bevorstehenden Umsetzung sein würde), oder wenn die mögliche Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht spürbar ist oder sein würde. Dieser Standpunkt geht also von einer doppelten Spürbarkeitsprüfung aus. Demgegenüber setzt sich allmählich die Erkenntnis durch, daß zumindest praktisch nur eine einzige Prüfung der Spürbarkeit erfolgt³⁴¹.

Diese Auseinandersetzung ist historisch bedingt und kann daher nur vor dem Hintergrund der Rechtsentwicklung gelöst werden. Nach der ratio legis des früheren Art. 85 I EGV ging es um die Beseitigung aller von Unternehmen errichteten Hindernisse für die Bildung des Gemeinsamen Marktes. Die Erreichung dieses Ziels wurde aus Sicht der Gründer der EWG in erster Linie durch spürbare Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels bedroht. Insbesondere sollte so einer Abschottung der einzelnen nationalen Märkte durch die jeweils tätigen Unternehmen vorgebeugt werden. Denn den Unternehmen sollte nicht die Möglichkeit gegeben sein, das zu verhindern, wozu sich die Mitgliedstaaten verpflichtet hatten.

Durch die Rechtsprechung des EuGH ist im Laufe der Zeit die Bedeutung der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, die ursprünglich als Abgrenzung für die vom Europäischen Kartellrecht erfaßten Wettbewerbsbeschränkungen diente, in den Hintergrund gedrängt worden. Die ausgesprochen extensive Auslegung dieses

339 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 199; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 97; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 257.

340 Siehe etwa Kommission, Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13 Rn. 3; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 258; Brinker, in: Schwarze, Art. 81 Rn. 39, 61.

341 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 201; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 179 a.E.; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 99 spricht von einem (einzigem) akzessorischen Kriterium, welches Wettbewerbsbeschränkung und Handelsbeeinträchtigung voraussetzt. Deutlicher nun Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 215.

Tatbestandsmerkmale führte, auch wenn sie dem strengen Wortlaut nach mit guten Gründen zu vertreten ist, zu einer vorher wohl nur von wenigen vorhergesehenen Ausweitung der Geltung des europäischen Rechts. Die Einführung des Erfordernisses der Spürbarkeit stellt hierzu eine Gegenbewegung dar. Mit der zunehmenden Integration der verschiedenen räumlichen Märkte waren nicht mehr nur solche Handelshemmnisse aus europäischer Sicht abzulehnen, die ihre Wirkungen genau an den Grenzen der Mitgliedstaaten ausrichteten. Erfasst werden mußten zunehmend Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund ihres Umfangs, weniger aufgrund einer dezidiert den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigenden Wirkung. Dies erklärt, warum die Spürbarkeit, obgleich sie eigentlich die Funktion des Tatbestandsmerkmals der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels übernahm, zunehmend in den Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung gebracht wurde.

Beim Blick auf die Praxis fällt auf, daß Kommission und EuGH zuweilen erheblich sich unterscheidende Schwerpunkte in ihren Spürbarkeitsprüfungen setzen. Während die Kommission die Spürbarkeit mehr unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsbeschränkung untersuchte und noch untersucht³⁴², rückte der EuGH von Anfang an die Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel in den Vordergrund³⁴³. Gleichwohl ist ein eindeutiges Bekenntnis gegen eine Spürbarkeitsprüfung auch im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung von Seiten des Gerichtshofs oder des Gerichts Erster Instanz nicht zu finden. Offiziell wird weiterhin von einer doppelten Spürbarkeitsprüfung ausgegangen. Für die Überprüfung der Spürbarkeit nach Lesart der Kommission sind vor allem Umsatzanteile und früher auch absolute Umsatzbeträge entscheidend gewesen. Dies sind rein quantitative Kriterien, die als solche ausschließlich Rückschlüsse auf die den Unternehmen derzeit gegebene Marktmacht zulassen. Die Frage nach der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hingegen ist keine hauptsächlich quantitative, sondern

342 Siehe Kommission, Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01 Abl. 2001 C 368/13 Rn. 2 und 3. Vgl. auch schon die Mitteilung der Kommission über die Änderung ihrer Bekanntmachung vom 3. September 1986 betreffend Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen, ABl. 1997 C29/3 Nr. 4 a.E.

343 EuGH, Urt. v. 25.11.1971, „Béguelin Import gegen G.L.Import Export“, Slg. 1971, 949, 960 (Rn. 16); Urt. v. 1.2.1978 „Miller gegen Kommission“, Slg. 1978, 131, 148 (Rn. 8f., 15); Urt. v. 20.6.1978 „Tepea gegen Kommission“, Slg. 1978, 1391, 1415 (Rn. 47); Urt. v. 16.6.1981 „Salonia gegen Poidomani und Giglio“, Slg. 1981, 1563, 1579 (Rn. 17); Urt. v. 19.4.1988 „Erau-Jaquery gegen La Hesbignonne“, Slg. 1988, 1919, 1940 (Rn. 17); Urt. v. 28.4.1998 „Javico gegen YSLP“, Slg. 1998, I-1983, 2002f. (Rn. 12, 15, 16). Siehe ferner das Urt. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm“, Slg. 1966, 281, 303, in welchem der Begriff der „Spürbarkeit“ zwar noch keine Erwähnung findet, die wesentlichen Gesichtspunkte jedoch bereits entwickelt werden.

eher eine qualitative. Vielleicht deswegen verläßt sich der EuGH bei seiner Prüfung der Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels weniger auf die reinen Zahlen, sondern mehr auf die Umstände des Einzelfalles³⁴⁴. Die Abwendung vom Merkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei gleichzeitiger Zuwendung zum Merkmal der Spürbarkeit stellt daher, zumindest in der Lesart der Kommission, eine Ersetzung eines qualitativ geprägten Tatbestandsmerkmal durch ein quantitativ geprägtes Merkmal dar. Dies führt dazu, daß Marktmacht nicht mehr nur bei der Prüfung des Art. 82, sondern auch im Rahmen des Art. 81 EG eine Rolle spielt³⁴⁵.

Sofern man nun unter den geänderten Bedingungen die Berechtigung der Prüfung der Spürbarkeit anerkennt, worum man aufgrund der gesamten Entwicklung der Auslegung des Art. 81 I EG sowie der andernfalls anfallenden Arbeitslast der Kommission kaum umhin kommen wird, stellt sich die bereits oben angedeutete Frage, ob eine doppelte Prüfung für die Folgen der Wettbewerbsbeschränkung einerseits und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels andererseits erfolgen soll.

Wesentlich ist insofern, ob man die Spürbarkeit als vollkommen eigenständiges Tatbestandsmerkmal anerkennt, für welches dann auch eigene Maßstäbe gesetzt werden müssen, oder ob man das Erfordernis der Spürbarkeit nur als Annexprüfung zweier anderer Tatbestandsmerkmale ansieht, die in der Praxis mehr oder minder zufällig unter den gleichen Gesichtspunkten erfolgen. Geht man nämlich davon aus, daß die Spürbarkeit vornehmlich im Geiste der (ursprünglichen) Funktion des Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, nämlich mit dem Zweck der Abgrenzung der Anwendbarkeit der Kartellrechte zueinander, ausgelegt werden muß, so bietet es sich an, nur eine Spürbarkeitsprüfung durchzuführen. Diese Spürbarkeit müßte dann, wenn sie sowohl der Kommission als auch dem Gerichtshof gerecht werden wollte, sowohl die neu eingebrachten, allgemeinen quantitativen Gesichtspunkte einbeziehen, als auch die Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel berücksichtigen.

Geht man hingegen davon aus, daß die Spürbarkeit kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist, sondern in gewissem Sinne nur eine Annex-Untersuchung zweier verschiedener Tatbestandsmerkmale („grenzüberschreitende Wirkung“ und

344 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 221.

345 Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf (Amsterdamer Fassung), Art. 81 Rn. 216.

„Wettbewerbsbeschränkung“), so läßt sich diese Überprüfung nicht als einheitlicher Vorgang darstellen, da die den beiden Überprüfungen zugrundeliegenden Konzepte in der Theorie nicht übereinstimmen. Für die so interpretierte Wettbewerbsbeschränkung wäre nur die allgemeine Drittwirkung entscheidend, während die so interpretierte Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sich nur auf bestimmte Drittwirkungen, nämlich solche mit speziell den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigendem Charakter, konzentrieren müßte.

Der Verfasser vertritt die Ansicht, daß nur eine einheitliche Prüfung sinnvoll sein kann, welche dann sowohl die quantitativen Gesichtspunkte berücksichtigt, als auch besondere Auswirkung für den zwischenstaatlichen Handel einbezieht. Dies ergibt sich schon daraus, daß nach richtiger Ansicht die Drittwirkung gerade keine Frage der Wettbewerbsbeschränkung selbst ist. Wie oben ausgeführt wurde³⁴⁶, bezieht sich der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung stets nur auf das eigene Verhalten. Für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung spielen die Auswirkungen auf die Position Dritter, seien es Konkurrenten, Kunden oder Endverbraucher, keine Rolle; es besteht keine logische Anbindung an die durch das unternehmerische Verhalten ausgeübten Wirkungen auf Dritte. Die so interpretierte Spürbarkeit der „Wettbewerbsbeschränkung“ beschäftigt sich jedoch ausschließlich mit den Drittwirkungen, es handelt sich also genau betrachtet weniger um die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung selbst als vielmehr um die Spürbarkeit der **Folgen** der Wettbewerbsbeschränkung. Da die Prüfung der Spürbarkeit der Folgen der Wettbewerbsbeschränkung dogmatisch bei der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkung selbst nicht verortet werden kann, ist eine Prüfung an anderer Stelle geradezu zwingend. Dann wäre es aber sinnlos, zweierlei verschiedene Folgenuntersuchungen zu betreiben.

Berücksichtigt man nun die oben geschilderte Entwicklung in der Praxis von Kommission und Gerichtshof, so wird klar, daß hier kein funktional vollkommen neues Tatbestandsmerkmal geschaffen werden sollte, sondern daß lediglich eine Verlagerung der Prüfung stattgefunden hat. Die ursprüngliche Abgrenzungsnorm, nämlich die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, wurde um die de-minimis-Regel erweitert. Letztlich geht es aber nach wie vor um dieselbe Frage, nämlich für welche Fälle das europäische Kartellrecht anwendbar sein soll. Die vereinheitlichte Prüfung der Spürbarkeit erscheint dabei als Versuch, sowohl die Prüfungsweise der Kommission (auf die Folgen der Beschränkung bezogen) als auch

³⁴⁶ Siehe oben S. 207.

die Prüfungsweise des EuGH (auf die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bezogen) miteinander zu verbinden. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, daß sowohl EuGH als auch Kommission in ihren Prüfungen den Standpunkt des jeweils anderen unberührt lassen (so der EuGH) oder ihn ausdrücklich erwähnen (so die Kommission), sich dann aber wieder doch fast ausschließlich dem eigenen präferierten Gesichtspunkt widmen³⁴⁷. Beidem ist jedoch, auch aus der Sicht der Akteure, der Zweck gemein, die für die Belange des Gemeinsamen Marktes uninteressanten Fälle herauszusieben. Es erscheint daher passender, die durch die Praxis insgesamt vorgenommene geänderte Schwerpunktsetzung für die Frage der europakartellrechtlichen Relevanz als solche zu akzeptieren, inhaltlich aber bei nur **einem** die Drittwirkung untersuchenden Tatbestandsmerkmal zu bleiben. Hierfür spricht schon, daß die bei der Spürbarkeit von Kommission und Gerichtshof geltend gemachten Faktoren inhaltlich zumeist übereinstimmen³⁴⁸. So ist etwa bei nicht spürbaren Folgen einer Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig auch keine Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gegeben³⁴⁹. Denn es ist kaum ein Fall denkbar, in dem eine Maßnahme von Unternehmen, die Dritte in ihren wirtschaftlichen Möglichkeiten nicht spürbar beschränkt, dennoch zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet wäre.

Die Spürbarkeit stellt damit eine in Ergänzung zum Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (und dieses größtenteils ersetzend) durchgeführte Prüfung der tatsächlichen oder zu erwartenden Auswirkungen der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme dar.

3) Spürbarkeit als Drittwirkung - Bündeltheorie

Die Überprüfung der Spürbarkeit ist, unabhängig davon, ob man ihr nun eine einzelne oder eine doppelte Bedeutung zugestehen will, stets die Erfassung von Wirkungen der Maßnahme auf Dritte. Von Bedeutung kann dabei die Frage sein,

347 Zur Vorgehensweise des EuGH vgl. die oben in Fn. 343 genannten Urteile. Für den Standpunkt der Kommission siehe Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/01 Rn. 2 und 3. Vgl. ferner den Entwurf der Bagatellbekanntmachung in der Mitteilung der Kommission v. 30.1.1997, ABl. 1997 Nr. C 29/4 Rn. 4, wonach schon damals die Spürbarkeitsprüfung auf die Wettbewerbsbeschränkung beschränkt werden sollte.

348 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 Rn. 258.

349 Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 179; Reh binder, in: Immenga/Mestmäcker, Einl. E Rn. 21; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 258.

inwieweit sich Einschränkungen wirtschaftlicher Freiheiten Dritter auch auf andere wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zurückführen lassen. Die grundsätzliche Erheblichkeit von gleichartigen Verträgen ist in der Praxis unumstritten :

„Das Bestehen gleichartiger Verträge ist ein Sachverhalt, der gemeinsam mit anderen eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang der Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muß. Dieser Sachverhalt muß daher berücksichtigt werden, darf freilich nicht allein als ausschlaggebend angesehen werden. Er ist nur einer unter mehreren Umständen, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind, ob der Wettbewerb gestört und dadurch der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann“³⁵⁰.

Dabei scheint es, dem Wortlaut der zitierten Entscheidung nach, keine Rolle zu spielen, ob an diesen gleichartigen Verträgen nur Dritte beteiligt sind oder ob auch Parteien der zur Rede stehenden Absprache beteiligt sind. Da die Spürbarkeit aber letztlich eine Prüfung der Zurechenbarkeit der Folgen von Wettbewerbsbeschränkungen ist, muß hier sehr wohl differenziert werden. So hat auch der EuGH zur Untersuchung der Spürbarkeit durch eine Gesamtheit nicht miteinander verwobener Drittverträge in seinem Urteil „Sergios Delimitis gegen Henninger Bräu AG“ eine gesonderte Vorgehensweise entwickelt³⁵¹. Zunächst ist danach zu prüfen, ob die Gesamtheit der auf dem Markt bestehenden gleichartigen Verträge sowie der übrigen wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände des fraglichen Vertrages die kumulative Wirkung haben, daß neuen inländischen oder ausländischen Mitbewerbern der Zugang zu diesem Markt verschlossen ist. Ist dies nicht der Fall, so soll eine europakartellrechtliche Verantwortlichkeit von vornherein ausscheiden³⁵². Wenn dies jedoch der Fall ist, soll weiter untersucht werden, ob der Beitrag der zur Rede stehenden Maßnahme auch erheblich ist. Der Gerichtshof trennt also grundsätzlich zwischen solchen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen mit erheblichem und solchen mit unerheblichem Beitrag zur Marktabschottungswirkung. Zurechenbar ist die spürbare Wettbewerbsbeschränkung nur den ersteren. Hierin kommt zum Ausdruck, daß grundsätzlich auch weiterhin wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen mit nur zu vernachlässigenden Auswirkungen erlaubt bleiben sollen. Die Hauptverursacher hingegen werden gewissermaßen „abgeschöpft“³⁵³.

350 Urt. v. 12.12.1967 „Brasserie de Haecht gegen Oscar Wilkin u.a.“, Slg. 1967, 543, 556.

351 Urt. v. 28.2.1991, Slg. 1991, I-935, 984 (Rn. 14 – 26).

352 Siehe EuGH aaO Rn. 23.

353 Siehe EuGH aaO Rn. 24.

Häufig wird die Bündeltheorie im Zusammenhang mit dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung selbst gebraucht. Die Bündeltheorie werde herangezogen, um das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu überprüfen. Diese Darstellungsweise ist begründet in der verfehlten Annahme, daß die Wettbewerbsbeschränkung über ihre Folgen für Dritte zu definieren sei. Zumindest vom Ergebnis her ergeben sich jedoch keine Unterschiede.

4) Die Bagatellbekanntmachung der Kommission

Die Kommission hat ihre Herangehensweise an die Prüfung der Spürbarkeit durch eine von Zeit zu Zeit aktualisierte Bekanntmachung darzustellen versucht, um den Unternehmen die Auslegung des EG-Vertrages durch die Kommission verständlich und vorhersehbar zu machen. Gleichzeitig soll dies auch zu einer Arbeitsentlastung für die Kommission führen, da so die Anzahl der zu bearbeitenden Freistellungsverfahren gesenkt werde³⁵⁴.

Die aktuelle Bekanntmachung regelt im Gegensatz zu den früheren Bagatellbekanntmachungen ausdrücklich nur noch die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung, eine fehlende Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels soll gesondert zu prüfen sein³⁵⁵. Die Kommission wollte bereits 1997 die Spürbarkeitsprüfung allein als Prüfung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ausgestalten³⁵⁶, was angesichts der bereits erwähnten Präferenz der Kommission für diesen Prüfungsteil nicht weiter verwundert. Bereits damals vermochten die Erwägungen der Kommission nicht zu überzeugen, da die eigenständige Bedeutung, die die Kommission der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung zunächst zugestand³⁵⁷, von ihr selbst kurz darauf in Frage gestellt wurde³⁵⁸. Auch heute kann sich die Prüfungen der Spürbarkeit der Eignung zur Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels nur an solchen Umständen wie dem Umsatz oder den Marktanteilen der Unternehmen orientieren, die auch für die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung von maßgeblicher Bedeutung sind.

354 Siehe Mitteilung der Kommission v. 30.1.1997 über die Änderung ihrer Bekanntmachung vom 3. September 1986 betreffend Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen, ABl. 1997 C29/3 Nr. 1, dritter Spiegelstrich.

355 Siehe Kommission, Bagatellbekanntmachung v. 22.12.2001, ABl. 2001 C 368/13 Rn. 2f.

356 Siehe Mitteilung der Kommission v. 30.1.1997, ABl. 1997 Nr. C 29/3, 4 Rn. 4.

357 Siehe Mitteilung der Kommission v. 30.1.1997, aaO Rn. 2 a.E.

358 Siehe Mitteilung der Kommission v. 30.1.1997, aaO Rn. 4.

Wesentliche Unterschiede im Ergebnis der Prüfung sind nach wie vor kaum vorstellbar.

Die Bagatellbekanntmachung bindet ausschließlich die Kommission selbst, weder die europäischen Gerichte noch die Gerichte der Mitgliedstaaten sind zu deren Beachtung verpflichtet, auch wenn die Kommission eine Berücksichtigung zumindest den Gerichten der Mitgliedstaaten nahelegt³⁵⁹. Während frühere Bagatellbekanntmachungen nur für Maßnahmen mittlerer und kleiner Unternehmen galten, wobei die Gesamtumsatzzahlen aller beteiligter Unternehmen maßgeblich waren, erfaßt die derzeit gültige Bekanntmachung auch große Unternehmen³⁶⁰. Allein entscheidend ist nunmehr der kumulative Anteil am Gesamtumsatz des relevanten Marktes. Dieser darf bei horizontalen und gemischt horizontal-vertikalen Vereinbarungen maximal 10 % des betroffenen Marktes, bei rein vertikalen Vereinbarungen maximal jeweils 15 % der betroffenen Märkte betragen³⁶¹. Ferner sind auch auf demselben Markt bestehende Vereinbarungen anderer Unternehmen zu berücksichtigen. In diesem Fall liegen die Spürbarkeitsschwellen in allen Fällen bei 5 % Marktanteil, und zwar unabhängig davon, ob die beschränkenden Unternehmen zueinander in Wettbewerb stehen oder nicht³⁶². Die Kommission nähert sich dem Problem gebündelter Wettbewerbsbeschränkungen also nicht durch deren Zusammenrechnung, sondern durch die Absenkung der zulässigen Marktanteilsschwellen.

Durch die Einbeziehung auch großer Unternehmen in den Anwendungsbereich der Bagatellbekanntmachung scheint es denkbar, daß die Tätigkeit der Krankenkassenverbände danach als nicht spürbar anzusehen ist. Denn die frühere absolute Umsatzschwelle von zuletzt 300 Mio. Rechnungseinheiten (bzw. ECU, nun Euro) hätte die Gesamtheit der gesetzlichen Krankenkassen ohne weiteres überschritten, so daß die Krankenkassenverbände früher nicht in den Genuß der Anwendung der Bagatellbekanntmachung hätten kommen können. Der Wegfall dieser Einschränkung des Anwendungsbereichs der Bagatellbekanntmachung macht es nun erforderlich, daß bei der Untersuchung des Nachfrageverhaltens der gesetzlichen Krankenkassen auch die Bagatellbekanntmachung in die Erwägungen

359 Siehe Kommission, Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13 Rn. 4.

360 Kritisch hierzu und zur Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 190.

361 Kommission, Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13 Rn. 7.

362 Siehe aaO Rn. 8.

einbezogen wird.

5) Bedeutung und Abgrenzung des relevanten Marktes

Mit der oben erwähnten Abschaffung der absoluten maximalen Umsatzzahlen der beteiligten Unternehmen gewinnt für die Anwendung der Bagatellbekanntmachung die Abgrenzung des relevanten Marktes an Bedeutung. Denn je enger der relevante Markt gefaßt wird, desto eher überschreiten die Umsatzzahlen der beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte von 10 bzw. 15 Prozent. Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist zwingende Voraussetzung für die Ermittlung der Umsatzanteile und damit auch für die Beurteilung der Spürbarkeit. Üblicherweise geschieht die Abgrenzung des relevanten Marktes in dreierlei Hinsicht, nämlich sachlich, räumlich und zeitlich. Auch zur Abgrenzung des relevanten Marktes hat die Kommission (allerdings beschränkt auf die sachliche und räumliche Dimension) in einer Bekanntmachung Stellung bezogen³⁶³. Auch diese Bekanntmachung dient der Transparenz und Vorhersehbarkeit der Tätigkeit der Kommission für die Unternehmen, wobei der Auslegung des EG-Vertrages durch EuGH und EuGEI ausdrücklich nicht vorgegriffen wird³⁶⁴.

a) sachlich relevanter Markt

Die größte Bedeutung kommt der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes zu. Hierbei geht es um die Frage, welche Produkte oder Dienstleistungen einen Markt bilden.

(i) Bedarfsmarktkonzept als Hauptanhaltspunkt

Die Kommission beantwortet dies in ihrer Marktabgrenzungsbekanntmachung bezogen auf den Angebotsmarkt wie folgt :

„Der sachlich relevante Produktmarkt umfaßt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar

363 Siehe Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft v. 9.12.1997 (fortan „Marktabgrenzungsbekanntmachung“), ABl. 1997 C 372/5f.

364 Siehe Kommission, Marktabgrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, ABl. 1997 C 372/5 (Rn. 5, 6).

angesehen werden³⁶⁵.“

Hauptkriterium für die Abgrenzung des sachlich relevanten Angebotsmarktes ist also die Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite³⁶⁶. Soweit aus der Sicht der Marktgegenseite Austauschbarkeit der Produkte oder der Dienstleistungen besteht, gehören diese zu einunddemselben Markt.

(ii) Gesichtspunkte der Austauschbarkeit

Die Kommission nennt in ihrer Marktabgrenzungsbekanntmachung für die Beurteilung der Austauschbarkeit dreierlei, nämlich Eigenschaften, Preise und Verwendungszweck. Tatsächlich dürfte es jedoch keine Rolle spielen, warum Austauschbarkeit gegeben oder nicht gegeben ist; entscheidend ist allein die Austauschbarkeit an sich. Hauptkriterium ist die Austauschbarkeit nach dem Verwendungszweck, den die Marktgegenseite, bei einem Angebotsmarkt also die Seite der Nachfrager, hegt. Wenn die Kommission hier in ihrer Marktabgrenzungsbekanntmachung vom „Verbraucher“ spricht, so ist dies nicht der private Endverbraucher, sondern vielmehr der jeweilige Nachfrager der relevanten Wirtschaftsstufe³⁶⁷. Dies ergibt sich schon daraus, daß es für die Beurteilung der funktionalen Austauschbarkeit von Produkten, mit welchen der private Endverbraucher keinerlei Berührungen hat, kaum auf sein Urteil ankommen kann. Entscheidend ist vielmehr die Sicht des vernünftigen durchschnittlichen Käufers, der sich bereits für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung entschieden hat³⁶⁸. Neben der rein funktionalen Austauschbarkeit kann auch jegliche andere Verbraucherpräferenz die Existenz eines eigenen Marktes begründen, obwohl eine funktionale Austauschbarkeit vorliegt. So kann insbesondere die Existenz von Marken dazu führen, daß nur die Markenprodukte gemeinsam einen Markt bilden, oder daß sogar jede einzelne Marke einen Markt für sich bildet³⁶⁹. Eine

365 Siehe Kommission, Marktabgrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, aaO Rn. 7.

366 Siehe Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 103; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 221, 222; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 86 („Bedarfsmarktkonzept“).

367 Siehe Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 208; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 I Rn. 110.

368 So zutreffend Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 222.

369 Siehe Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 111 unter Verweis auf das Urt. des EuGH v. 13.7.1966, „Consten u.a. gegen Kommisson“, Slg. 1966, 321, 390f.; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 107; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 221; a.A. Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 109.

Differenzierung zwischen hoch- und niedrigpreisigen Produkten, wie sie in der wettbewerbsrechtlichen Literatur oft anzutreffen ist³⁷⁰, dürfte sich von dieser Abgrenzung kaum unterscheiden. Im Ergebnis geht es darum, daß trotz identischer Verwendbarkeit aufgrund der bestehenden Nachfragerpräferenz eine Austauschbarkeit für den Nachfrager gerade nicht oder nur zu einem geringen Teil besteht. Die Untersuchung der Austauschbarkeit nach dem Bedarfsmarktkonzept bezweckt die Feststellung, ob die Produkte oder Dienstleistungen bzw. deren Anbieter im Wettbewerb stehen. Die Kommission verwendet hier zur genaueren Untersuchung die sog. Kreuzpreiselastizität. Es ist dies „ein Maßstab dafür, wie die Nachfrage nach X auf Änderungen des Preises von Y reagiert“³⁷¹. Je stärker die Nachfrage nach dem einen Produkt auf die Veränderung des Preises des anderen Produkts reagiert, desto näher liegt der Schluß, daß beide Produkte einunddemselben sachlichen Markt angehören. Eine solche Untersuchung kann natürlich nur in theoretischer Weise durchgeführt werden (etwa durch Befragung der Nachfrager, Marktanalysen etc.), da die Kommission kaum die betroffenen Unternehmen zu einer Veränderung ihrer Preispolitik zu Testzwecken veranlassen kann. Auch die Überprüfung der Kreuzpreiselastizität ist nur bedingt aussagekräftig. Anders stellt sich die Lage selbstverständlich dar, wenn kürzlich eines der betroffenen oder konkurrierenden Unternehmen von sich aus seine Preispolitik geändert hat. Dies jedoch dürfte allenfalls ein glücklicher Einzelfall sein. Probleme ergeben sich ferner bei der Überprüfung des Grades der Austauschbarkeit. Da es sich bei den Nachfragern nicht um eine homogene Gruppe handeln muß, kann deren Bereitschaft zum Austausch nicht immer einheitlich beurteilt werden. So ist denkbar, daß bei einer durchaus erheblichen Preissteigerung dennoch nur ein kleinerer Teil von vielleicht einem Viertel oder einem Drittel auf ein anderes Produkt umsteigt. Gerade hierbei gewinnen die oben erwähnten Verbraucherpräferenzen für bestimmte Marken an Bedeutung. Es stellt sich dann das Problem der Grenzziehung, welches Ausmaß an Substitution für die Annahme eines einzigen Marktes für erforderlich gehalten wird.

(iii) Substituierbarkeit des Angebots auf Angebotsmärkten

Die Kommission steht auf dem Standpunkt, daß für die Abgrenzung eines

370 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 223, 225; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 104; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 219.

371 Siehe Kommission, Marktangrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, ABl. 1997 C 372/5, 10 (Rn. 39, Fn. 5).

Angebotsmarktes nicht nur die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, sondern auch die der Anbieter maßgeblich seien. Sofern anderen Unternehmen die Umstellung ihres Angebots auf die beschränkten Waren oder Dienstleistungen ohne größeren Anpassungsaufwand möglich sei, könne sich auch hieraus eine disziplinierende Wirkung für den Handel mit dem ursprünglichen Handelsgut ergeben³⁷². Im einzelnen Falle könne diese Wirkung durchaus mit dem von der Substitution ausgehenden Effekt gleichgesetzt werden. Als Beispiel für diese disziplinierende Wirkung verweist die Kommission auf die Papierbranche. Papier werde in unterschiedlichen Qualitäten zu unterschiedlichen Preisen und Verwendungszwecken hergestellt. Die Produktion erfolge jedoch mit demselben technischen Gerät, so daß eine Umstellung zur Produktion eines Papiers anderer Güte jederzeit mit nur geringsten Kosten verbunden sei. Daher existiere nur ein einziger Papiermarkt, auf welchem Beschränkungen bei einer Papiersorte jederzeit durch die sich auf die Herstellung anderen Papiers konzentrierenden Hersteller korrigiert werden könnten³⁷³.

Überzeugt diese Überlegung zwar für den hier dargestellten Fall, so wird die Einbeziehung der Angebotssubstitution bei der Abgrenzung von Angebotsmärkten von der kartellrechtlichen Literatur ansonsten eher skeptisch beurteilt. Nach einer Ansicht soll die Substituierbarkeit nur bei leichtester Umstellung bejaht werden³⁷⁴, während nach anderer Ansicht eine Bedeutung überhaupt nur im Rahmen des Überprüfens einer Marktbeherrschung (Art. 82 EG) vorliegen soll³⁷⁵.

Die von der Kommission unterstellte disziplinierende Kraft muß keineswegs immer bestehen, wenn eine solche Angebotsumstellung ohne größere Kosten oder größeren Aufwand erfolgen kann. So ist insbesondere im Bereich des Handels die Möglichkeit der Abänderung des gehandelten Gutes theoretisch leicht möglich, da der Händler nicht durch Maschinen oder ähnliches in der Wahl seiner Spezialisierung gebunden ist. Tatsächlich stellen sich hier mannigfach Probleme, vom benötigten Fachwissen über die neuen Produktmärkte über das Finden von Lieferanten bis hin zur Suche eines Abnehmerkreises. Die disziplinierende Wirkung der Wettbewerber steht sicherlich mit der Spürbarkeit von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen im Zusammenhang, aber es ist fraglich, ob sie zwingend mit der Marktabgrenzung verbunden ist. Auch potentielle

372 Siehe Kommission, Marktabgrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, ABl. 1997 C 372/5, 7 (Rn. 20).

373 Siehe Kommission, Marktabgrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, aaO S. 8 (Rn. 22).

374 So Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 103 a.E.

375 So Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 214.

Unternehmen haben eine vergleichbare disziplinierende Wirkung auf die Marktteilnehmer, dennoch berücksichtigt die Kommission diese Wirkung nicht im Rahmen der Abgrenzung des Marktes, sondern ganz allgemein unter dem Gesichtspunkt der Spürbarkeit³⁷⁶.

Nicht zuletzt wegen der Unsicherheit von Prognosen, die in diesem Zusammenhang erforderlich sind, ist der Angebotssubstitution nur eine auf die Gegebenheiten des Einzelfalles zugeschnittene Bedeutung beizumessen³⁷⁷. Eine auch nur annähernd identische Aussagekraft wie der Nachfragesubstitution ist der Angebotssubstitution bei Angebotsmärkten nicht gegeben. Skepsis ist daher angebracht, wenn die Kommission erst bei „erheblichen“ Anpassungsanforderungen die Angebotssubstituierbarkeit unberücksichtigt lassen will³⁷⁸.

(iv) Vice Versa - sachliche Marktgrenzung bei Nachfragerkartellen

Die bislang dargestellten Grundsätze bezogen sich sämtlich auf die Situation, daß Anbieter von Waren oder Dienstleistungen ein Kartell bilden. Vorliegend geht es jedoch um die Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung unter Nachfragern. Es bleibt daher die Frage offen, inwieweit die oben genannten Grundsätze dennoch bei der rechtlichen Behandlung anzuwenden sind. Nach ganz überwiegender Ansicht gelten die oben angestellten Erwägungen, allerdings jeweils bezogen auf die nun umgekehrte Lage³⁷⁹.

(1) Marktgegenseite bei Nachfragerkartellen

Während also bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus der Sicht der Nachfrager (bei Anbieterkartellen) der Verwendungszweck zumeist die höchste Priorität genießt, ist für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus der Sicht der Anbieter (bei Nachfragerkartellen) die Verwendbarkeit der eigenen Produktions- oder Vertriebsmöglichkeiten maßgeblich. Ist daher ein Produktionsmittel vielseitig verwendbar, so würde dies dazu führen, daß bei Nachfragerkartellen für die Abgrenzung des relevanten Marktes alle denkbar herzustellenden oder zu vertreibenden Produkte zusammengefaßt werden müßten.

376 Siehe Kommission, Marktbergrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, aaO Rn. 23 a.E.

377 Zuzustimmen ist daher Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 103 a.E.

378 Kommission, Marktbergrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, aaO Rn. 23.

379 So Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 209; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 108; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 228.

Ferner stellt sich die Frage, inwieweit hier Kosten, zeitliche Verzögerungen und Risiken, die bei der Produktions- oder Vertriebsumstellung entstehen, zumutbar sind, oder ob auch dies der Zusammenfassung mehrerer Produkte zu einem einheitlichen Markt entgegensteht. Die Kreuzpreiselastizität ist hier bezogen auf das Angebot zu beurteilen. Senken die Nachfrager die Preise eines Produkts, bei denen sie zu beziehen bereit sind, so wäre dementsprechend maßgeblich, ob die Anbieter auf andere von ihnen herstellbare Produkte ausweichen.

(2) Nachfragesubstitution bei Nachfragerkartellen

Problematisch erscheint auch die Frage, ob bei mehreren Anbietern eines Produktes oder einer Dienstleistung für jeden von diesen ein eigener Markt angenommen werden muß. Produzieren etwa verschiedene Hersteller jeder für sich getrennt ein identisches Gut, dessen Nachfrager sodann ein Preiskartell bilden, so stellt sich die Frage, ob aus Sicht der Hersteller mehrere Märkte vorliegen oder nur einer.

Funktionale Austauschbarkeit beider Güter mag hier gegeben sein, sie bezieht sich jedoch nur auf den Verwendungszweck der Nachfrager, ist also nicht auf die Sicht der Hersteller bezogen. Der Anbieter hat keine eigenen spezifischen Interessen an den Eigenschaften des von ihm angebotenen Gutes oder der von ihm angebotenen Dienstleistung, solange nur er selbst die Nachfrage zu decken vermag. Eine Austauschbarkeit ist für ihn gegeben, solange die Nachfrager zu ihrer Bedarfsdeckung irgendein von ihm angebotenes Produkt auswählen. Diese Austauschbarkeit wäre aus der Sicht des Anbieters nicht gegeben zwischen seinen Produkten und denen eines Konkurrenten.

An dieser Stelle entfaltet das Konzept der Angebotssubstitution seine eigentliche Wirkung, allerdings nunmehr (bezogen auf die Nachfrage) als Nachfragesubstitution. Nach der Prämisse der Umkehrung der jeweiligen Regeln für die Behandlung von Nachfragerkartellen ist darauf abzustellen, ob Nachfrager nach anderen Gütern ihr Nachfrageverhalten zugunsten des von der Nachfragebeschränkung betroffenen Gutes ohne Aufwand oder zeitliche Verzögerung verändern können. Soweit man davon ausgeht, daß aus der Sicht der Nachfrager alle Produkte oder Dienstleistungen unabhängig von ihrem jeweiligen Hersteller, Händler oder Anbieter austauschbar sind, kann man unterstellen, daß an der Wettbewerbsbeschränkung nicht beteiligte Nachfrager nach demselben Gut

eine unmittelbare disziplinierende Wirkung auf das Kartell der Nachfrager haben werden. Zumindest bei vollständiger struktureller und funktioneller Identität der Güter erfordert diese Umstellung der Nachfrager weder eine zeitliche Verzögerung noch eine finanzielle Investition. Die oben geforderten Voraussetzungen für die Berücksichtigung der Angebotssubstitution (bzw. hier der Nachfragesubstitution) liegen in solchen Fällen sich nur durch den Hersteller unterscheidender Produkte stets vor. Wenn also mehrere Anbieter aus der Sicht der Nachfrager ohne weiteres austauschbare Waren oder Dienstleistungen anbieten, bilden deren Waren oder Dienstleistungen einen gemeinsamen Markt.

(3) Zusammenfassung

Bei Nachfragekartellen ist der relevante Markt grundsätzlich nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bilden, also auf die Sicht der Anbieter abzustellen. Das ebenfalls anzuwendende Konzept der Angebotssubstituierbarkeit (dann freilich als Nachfragesubstituierbarkeit) führt dazu, daß auch die Austauschbarkeit aus der Sicht der Nachfrager für die Abgrenzung des sachlichen relevanten Marktes von erheblicher Bedeutung ist. Allerdings unterscheidet die Kommission in der Praxis der Beurteilung eines Nachfragekartells nicht zwischen dem Nachfragekartell einerseits und einer auf der nächsten Wirtschaftsstufe sich daran anschließenden Wettbewerbsbeschränkung, sondern berücksichtigt bereits für das Nachfragekartell alle Folgen³⁸⁰.

b) räumlich relevanter Markt

(i) Gängige Ansicht in Praxis und Lehre

Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes dient der Bestimmung des Hauptabsatzgebietes der von einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme betroffenen Ware oder Dienstleistung³⁸¹. Die Kommission definiert dabei wie folgt :

„Der geographisch relevante Markt umfaßt das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten

380 Siehe Kommission, Entscheidung v. 9.7.1980, „National Sulphuric Acid Association“, ABl. 1980 Nr. L 260/24, 28f. Kritisch dazu Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 209.

381 Siehe Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 230.

Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.³⁸²

Die Literatur beschränkt sich zum Teil auf das formelhafte Wiederholen dieser Klausel³⁸³. Deren genaue Bedeutung bleibt jedoch größtenteils unklar. Dies liegt wohl nicht zuletzt daran, daß der Begriff der „homogenen Wettbewerbsbedingungen“, wie er von der Praxis geprägt wurde, keine weitergehende Konkretisierung erfahren hat³⁸⁴ und daher als Anhaltspunkt nur begrenzt richtungsweisend ist. Die Kommission stellt in ihren Entscheidungen zumeist auf den ganzen Gemeinsamen Markt ab³⁸⁵; wenn jedoch die Parteien in ihrer Absprache eine Begrenzung auf einen bestimmten Bereich vorgenommen haben, soll dieser engere Bereich gelten³⁸⁶. Nach der früher geltenden Bagatellbekanntmachung³⁸⁷ wurde zunächst darauf abgestellt, ob die Vertragsprodukte im gesamten Gebiet des Gemeinsamen Marktes gehandelt wurden. War dies der Fall, so sollte auch der gesamte Gemeinsame Markt als räumlich relevanter Markt zugrundegelegt werden. Wurden in Teilbereichen des Marktes die Vertragsprodukte nicht, nur beschränkt oder unregelmäßig angeboten oder nachgefragt, so sollten diese Teilbereiche nicht berücksichtigt werden³⁸⁸. Es liegt nahe, hier einen Zusammenhang zur von der Kommission geforderten „Homogenität“ des Marktes anzunehmen. Begrenzt sein soll der räumliche Markt vor allem durch die Transportierbarkeit der Vertragsprodukte bzw. die in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten und durch staatliche Maßnahmen mit den Zugang zu den einzelnen räumlichen Märkten beschränkenden Wirkungen³⁸⁹.

382 Siehe Kommission, Marktabgrenzungsbekanntmachung v. 9.12.1997, aaO Rn. 8. Ebenso die frühere Bagatellbekanntmachung (alt) v. 9.12.1997, aaO Rn. 15 (Wortlaut identisch).

383 So etwa Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 109; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 112; Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 110 (zwar nicht wörtlich, jedoch inhaltlich nachempfunden).

384 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 225.

385 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 224.

386 So Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 114; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 230, 231; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 89.

387 Siehe Bekanntmachung der Kommission vom 3. September 1986 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen, ABl. 1986 C 231/2, 3 (Rn. 13). Ebenso Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 224. Ähnlich Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 113, deutlicher noch in der Voraufgabe (8. Aufl.), Art. 85 Rn. 84.

388 So früher (8. Aufl.) Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 85 Rn. 84; in der 9. Auflage wird nun jedoch verstärkt das Absatzgebiet der beteiligten Unternehmen in den Vordergrund gestellt und damit der aktuellen Marktabgrenzungsbekanntmachung der Kommission gefolgt, vgl. Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 112.

389 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 226.

Unstreitig ist schließlich, daß auch das Gebiet eines Mitgliedstaates oder sogar nur eines Teils eines Mitgliedstaates den räumlich relevanten Markt bilden kann³⁹⁰.

(ii) Eigene Zusammenfassung der wesentlichen Gesichtspunkte

Die Kommission verfolgt in ihren beiden Bekanntmachungen zwei sich voneinander unterscheidende Ansätze. In der älteren Bekanntmachung ist räumlich-relevanter Markt derjenige Bereich, in dem die betroffenen Güter oder Dienstleistungen gehandelt oder angeboten werden. In der neueren Bekanntmachung ist maßgeblich, wo die beteiligten Unternehmen die betroffenen Güter oder Dienstleistungen handeln oder anbieten. Dies läßt die Frage offen, weswegen gerade die eine oder die andere Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erforderlich ist.

Um die räumliche Abgrenzung richtig vornehmen zu können, ist es erforderlich, sich die Funktion dieser Abgrenzung vor Augen zu führen. Das EuGEI stellt in einem Urteil zurecht fest, daß der Abgrenzung des Marktes im Rahmen der Prüfung des Art. 81 EG nicht dieselbe Bedeutung zukommt wie im Rahmen der Prüfung des Art. 82 EG; die Bedeutung beschränkt sich vielmehr auf die ergänzende Funktion im Rahmen der übrigen Tatbestandsmerkmale, nämlich der Beeinträchtigung zwischenstaatlichen Handels und der Wettbewerbsbeschränkung³⁹¹ (genauer : deren Folgen).

Die Lösung ist im Zusammenhang mit den Zielen der Verträge von Rom zu suchen. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des EG-Vertrages auf solche Wettbewerbsbeschränkungen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, relativierte die Praxis durch die Bezugnahme auf Umsätze und Umsatzanteile, also quantitative Gesichtspunkte. Letztlich gilt damit, daß weniger die konkreten Handelsströme, sondern relative und absolute Marktmacht der beteiligten Unternehmen für die Frage eine Rolle spielen, ob das Verbot des Art. 81 I EG angewendet wird. Wann Spürbarkeit vorliegt, ist eine wertende Betrachtung, die Bemessung der Marktmacht bedarf einer Bezugsgröße, nämlich des relevanten Marktes.

Die Kommission hat mit den in ihrer Bagtellbekanntmachung genannten Umsatzanteilschwellen eine Wertungsgrundlage geschaffen. Die Ergebnisse dieser

390 Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 114; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 228.

391 Siehe EuGEI, Urt. v. 21.2.1995 „SPO u.a. gegen Kommission“, Slg. 1995, II-289, 317 (Rn. 74f.).

Wertungsgrundlage differieren jedoch je nach der Weite der Marktabgrenzung. Legt man stets das Gebiet des gesamten Gemeinsamen Marktes zugrunde, so wird man nicht zur Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung gelangen, selbst wenn in den betroffenen Teilbereichen des räumlichen Marktes erhebliche Auswirkungen der Beschränkungen gegeben sind. Je nach Gegebenheit des Marktes kann die Konzentration von Marktmacht dazu führen, daß Marktteilnehmer räumlich eng beschränkt Wettbewerb dauerhaft einschränken oder gar ausschließen, ohne daß (bezogen auf den gesamten GM) die genannten Werte überschritten sind. Denn Marktunvollkommenheiten können dazu führen, daß konkurrierende Unternehmen nicht in den Bereich des Marktes vordringen und so einen funktionierenden Wettbewerb sicherstellen.

Erfaßt werden müssen jedoch zum Schutze des Wettbewerbs auch solche wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen, die sich auf einen räumlichen Teilbereich des Gemeinsamen Marktes beschränken und insgesamt unter den Umsatzanteilsschwellen liegen, in dem betroffenen Teilbereich aber einen deutlich höheren Umsatzanteil halten. So wäre es insbesondere denkbar, daß der Wettbewerb zwischen den nur lokal tätigen Anbietern innerhalb eines kleinen Mitgliedstaates vollkommen ausgeschlossen würde, ohne daß (bezogen auf den Gemeinsamen Markt) ein Umsatzanteil in Höhe von 10 % erreicht würde. Eine solche Abschottung einzelner nationaler Märkte kann jedoch keinesfalls im Sinne der Vertragsziele sein.

Aus diesem Grund konzentriert sich die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission auf denjenigen Bereich, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten. Es geht also hier um die konkrete Erfassung des Wirkungsbereichs der Vereinbarung³⁹². Wenn die beteiligten Unternehmen nur in einem Teil dieses Raumes wettbewerbsbeschränkende Verhalten herbeiführen wollen, ist es folgerichtig, auch nur diesen Teilbereich zu berücksichtigen. Unmaßgeblich ist hingegen eine Beschreibung eines Anwendungsbereichs, in dem auch räumliche Bereiche erfaßt sind, auf denen die Beteiligten nicht vertreten sind, da dies nur zu einer unbegründeten Herunterrechnung der Umsatzanteile der beteiligten Unternehmen führen würde. Die Aussage, daß regelmäßig der von den beteiligten Unternehmen in ihrer Vereinbarung näher bezeichnete Bereich den räumlich relevanten Markt

392 Siehe EuGEI, Urt. v. 27.10.1994 „Fiatagi und New Holland Ford gegen Kommission“, Slg. 1994, II-905, 936 (Rn. 56, dem Standpunkt der Kommission zustimmend, siehe dort S. 933 Rn. 48).

bildet³⁹³, ist deswegen nur bedingt richtig.

Zweifel sind auch angebracht, soweit die Wirkungen einer Vereinbarung sich nur auf einen sehr geringen Raum beschränken. Wenn etwa für den Bereich einer Stadt oder eines Landkreises eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen geschlossen wird, so wäre es kaum überzeugend, bei Umsatzanteilen in Höhe von 10 Prozent auch hier eine für die Belange des EG-Vertrages spürbare Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen. Die Kommission wird dem gerecht, indem sie Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen³⁹⁴ im Regelfall für nicht spürbar erklärt³⁹⁵. Aber auch bei räumlich weniger stark eingegrenzten Vereinbarungen vermag die von der Kommission für ihre Arbeit gewählte Sperre nicht immer zu überzeugen. So ist es nicht einleuchtend, daß eine auf nur einen (möglicherweise relativ kleinen) Mitgliedstaat sich erstreckende horizontale Wettbewerbsbeschränkung mit 11% Umsatzanteil spürbar ist, eine solche, die sich auf das Gebiet des gesamten GM erstreckt und dort lediglich 9% Umsatzanteil erfaßt, hingegen nicht. Einleuchtender wäre es, mit zunehmender Begrenzung des räumlichen Wirkungsbereichs auch die Umsatzanteilschwelle anzuheben.

Für die Belange des Wettbewerbs ist ferner die Marktstruktur von Bedeutung. Je mehr Unvollkommenheiten ein Markt aufweist, desto eher wird es den bereits auf dem Markt vertretenen Unternehmen möglich sein, ihr Marktverhalten gegen den regulierenden Druck von Angebot und Nachfrage aufrecht zu erhalten. Je mehr Marktunvollkommenheiten aufzufinden sind, desto eher ist systematisch gesehen Spürbarkeit bei Wettbewerbsbeschränkungen anzunehmen. Dies kann entweder geschehen durch eine Herabsetzung des erforderlichen Umsatzanteilwertes oder durch eine engere Begrenzung des räumlich relevanten Marktes³⁹⁶. In weniger unvollkommenen Märkten steht die größere Möglichkeit des Eindringens von Konkurrenten der beschränkenden Unternehmen in diesen Teil des Marktes einer Einschränkung der Freiheit der Marktgegenseite durch die Folgen der Beschränkung entgegen.

393 So Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 114; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 230, 231; Müller-Graff, in: Handkommentar zum EUV/EGV, Art. 85 Rn. 89.

394 Zu den Begriffen des kleinen und des mittleren Unternehmens vgl. Abl. 1996 L 107/4, 8 (Anhang). Eine Anhebung der sort genannten Werte wurde bereits angekündigt, vgl. Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13 Fn. 3.

395 Vgl. Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13 Rn. 3.

396 Zuzustimmen ist daher Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, aaO (vgl. bereits Fn. 389).

(iii) Zusammenfassung

Räumlich relevanter Markt ist derjenige Bereich, in dem sich die zu untersuchende Maßnahme auswirkt. Regelmäßig ist dies derjenige Bereich, in dem die Beteiligten die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, wenn nicht der Anwendungsbereich für die Maßnahme durch die Beteiligten noch enger begrenzt wurde.

c) zeitlich relevanter Markt

Der zeitlich relevante Markt taucht in der Literatur auf, die Kommission hingegen schenkt ihm in ihren Bekanntmachungen keinerlei Beachtung. Es geht weniger um den Markt im herkömmlichen Sinne, sondern eher um die zeitliche Erfassung der Wettbewerbsbeschränkung³⁹⁷. So kann durch die Veränderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten eine zunächst spürbare Wettbewerbsbeschränkung später die Spürbarkeit verlieren und *vice versa*. Beliebter Beispielsfall für zeitlich begrenzte Wettbewerbsbeschränkungen sind Beschränkungen bei Messen und Ausstellungen³⁹⁸. Eine wirkliche praktische Bedeutsamkeit des zeitlich relevanten Marktes gibt es nach einhelliger Ansicht jedoch nicht³⁹⁹. Für die hier zu untersuchenden Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich in zeitlicher Hinsicht seit Beginn der Maßnahme keine Einschränkungen. Die Untersuchung gilt der Wirkung des Festbetragssystems auf den Wettbewerb. Daher ist der gesamte Zeitraum seit Einführung des Festbetragssystems am 1.1.1989 bzw. der ersten Festbetragsfestsetzung hier von Interesse.

d) Relevanter Markt und Umsatzanteilschwellenwerte

Die Abgrenzung des relevanten Marktes dient der Überprüfung der Spürbarkeit. Diese wiederum bezweckt die Ausgrenzung der für die Belange der EWG nicht relevanten Wettbewerbsbeschränkungen. Was spürbar ist und was nicht, hängt daher

397 So Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 232; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 110; Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 116; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 229. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 29.6.1978, „BP u.a. gegen Kommission“, Slg. 1978, 1513, 1525 (Rn. 16/17).

398 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 229; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 85 I Rn. 233. Die zitierte Entscheidung (Kommission, Entsch. v. 18.9.19987, „Internationale Dentalschau“, Abl. 1987, I293/58, 60 (Rn. 17), 61 (Rn. 30)) beschäftigt sich kaum mit den theoretischen Hintergründen des „zeitlich relevanten Marktes“.

399 Siehe Koch, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 85 Rn. 110; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 85 I Rn. 229.

in großem Maße vom Standpunkt des Beobachters ab. Was der eine im Sinne der Gewährleistung freien Wettbewerbs noch als spürbar ansieht, mag ein anderer schon als zumindest für die Belange des EG-Vertrages vernachlässigbar halten. Die Prüfung der Spürbarkeit ist großenteils eine Wertungsfrage. Je enger man den relevanten Markt auf das Hauptabsatzgebiet eines oder mehrerer Unternehmen einschränkt, desto eher wird man (bei ungleicher Marktmachtverteilung) dort zu Umsatzanteilschwellenwerten gelangen, bei denen man Spürbarkeit als gegeben ansehen kann. Je geringer der Umsatzanteilschwellenwert ist, den man für erforderlich hält, desto weniger muß der räumlich relevante Markt eingegrenzt werden, bevor gleichfalls Spürbarkeit eintritt. Marktabgrenzung und Umsatzanteilschwelle sind also für die Belange der Spürbarkeit unmittelbar miteinander verbunden.

Für das Ziel der Aussonderung europarechtlich nicht interessierender Wettbewerbsbeschränkungen erscheint es angezeigt, den maximal zulässigen Marktanteil von der räumlichen Größe des relevanten Marktes abhängig zu machen. Je kleiner der räumliche Bereich ist, in dem sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt, desto größer muß der Marktanteil der beteiligten Unternehmen dort sein, um für die Belange des gemeinsamen Marktes interessant zu werden. Diesem Gedanken entspricht auch die regelmäßige Herausnahme der kleinen und mittleren Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des Art. 81 I EG durch die Bagatellbekanntmachung der Kommission⁴⁰⁰.

6) Spürbarkeit der Festbetragsregelungen

a) Anwendbarkeit der Bagatellbekanntmachung auf das Festbetragswesen der GKV

Wie bereits festgestellt wurde, ist die aktuelle Fassung der Bagatellbekanntmachung nicht mehr nur auf kleinere und mittlere, sondern auch auf große Unternehmen anwendbar. Damit könnten auch die gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich der Bagatellbekanntmachung unterfallen. Die Bagatellbekanntmachung enthält jedoch in ihrer aktuellen Fassung eine Klausel, die bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen aus dem Geltungsbereich der Bagatellbekanntmachung herausnimmt⁴⁰¹. Die Folgen

400 Siehe Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/13 Rn. 3. Umfassender noch Rn. 19 der vorherigen Bagatellbekanntmachung v. 9.12.1997 aaO.

401 Kommission, Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, aaO Rn. 11.

solcher Vereinbarungen können also nach Meinung der Kommission ihrem Wesen nach nicht als von geringer Bedeutung angesehen werden. Eine solche „schwarze“ Vereinbarung ist auch die Festsetzung von Verkaufspreisen in horizontalen Vereinbarungen.

Wie oben⁴⁰² festgestellt wurde, schließt das Festbetragswesen jeglichen Preiswettbewerb zwischen den Krankenkassen um erfaßte Arznei- und Hilfsmittel aus. Faktisch wird dadurch zwischen den Krankenkassen eine Übereinkunft über Ankaufshöchstpreise für Arznei- und Hilfsmittel geschlossen. Auch wenn die Preisfestsetzung nicht in dem Sinne absolut geschieht, daß nur zu diesen Preisen Einkäufe getätigt würden, sondern lediglich eine Festschreibung der von den Krankenkassen zu tragenden Kosten ist, besteht in der Wirkung kein nennenswerter Unterschied. Denn die Krankenkassen nutzen den Mangel an Bereitschaft der Versicherten zur Zuzahlung zu Leistungen aus, der auf der Tradition der GKV als Vollversicherung basiert.

Fraglich ist, ob dem Wortlaut der Bekanntmachung entsprechend nur Absprachen von Verkaufspreisen von der „schwarzen Klausel“ in Rn. 11 der Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01 erfaßt werden sollen, oder ob auch Festsetzungen von Ankaufspreisen von der Verbotsregelung erfaßt werden. Für letzteres spricht, daß die Festsetzung von Ankaufspreisen für Nachfragemärkte identische Wirkungen hat wie die Festsetzung von Verkaufspreisen auf Angebotsmärkten, so daß ein Ausschluß von Verkaufsvereinbarungen aus dem Anwendungsbereich der Bagatellbekanntmachung nur konsequent wäre. Für die enge Auslegung des Begriffs des „Verkaufs“ in Rn. 11 der Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01 spricht jedoch deren Eigenschaft als Ausnahmegesetz von den Regelungen der Rn. 7, 8 und 9 der Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01. Ferner waren in der vorherigen Bagatellbekanntmachung auch Absprachen über Ankaufspreise ausdrücklich erfaßt. Daß diese nun nicht mehr vom Wortlaut der Ausnahme erfaßt werden, spricht dafür, daß die Kommission ganz bewußt horizontalen Vereinbarungen über Ankaufspreise den Anwendungsbereich der Bagatellbekanntmachung eröffnen wollte.

Die Bagatellbekanntmachung der Kommission ist aus diesen Gründen für die hier erfolgende Untersuchung anwendbar. Zwar ist damit noch nicht abschließend über die Spürbarkeit selbst entschieden. Denn die Bagatellbekanntmachung bindet

⁴⁰² Siehe oben S. 218ff.

ausschließlich, wie bereits verschiedentlich erwähnt wurde, die Kommission selbst, da sie gewissermaßen nur eine Schilderung der Vorgehensweise der Kommission ist. Dennoch stellen die Umsatzanteilschwellen der Bagatellbekanntmachung in der Praxis eine wichtige Arbeitsgrundlage dar, so daß sich auch die hier durchgeführte Untersuchung an ihnen orientiert.

b) Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte

Erforderlich ist weiter die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte aus Sicht der Anbieter festbetragsgebundener Arznei- und Hilfsmittel.

(i) Arzneimittel

Es handelt sich hier um eine Wettbewerbsbeschränkung durch die öffentlich-rechtlichen Krankenkassen, also durch Nachfrager. Entscheidend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist daher nach dem oben Gesagten die Sicht der Anbieter.

(1) Anbieterschaft

Es fragt sich, wer hier Anbieter ist. Bei den festbetragsgebundenen Arzneimitteln handelt es sich um apothekenpflichtige Arzneimittel. In Betracht kommen daher als Anbieter die Apotheken, deren Lieferanten, die pharmazeutischen Großhändler, oder die Hersteller selbst. Die Apotheken sind jedoch gemäß der ArzneimittelpreisVO zur Abgabe der Arzneimittel zu bundesweit einheitlichen Preisen verpflichtet, deren Höhe sich an dem Herstellerabgabepreis orientiert. Dies soll bezwecken, daß zwischen den Apotheken kein Preiswettbewerb stattfindet, da der Apotheker eine Schlüsselfunktion bei der Beratung der Patienten einnehme, die andernfalls beeinträchtigt werden könne⁴⁰³. Gewährleistet wird dies dadurch, daß sowohl Großhändler als auch Apotheker je nach Höhe des Herstellerabgabepreises einen unterschiedlich sich berechnenden Aufschlag auf den Herstellerabgabepreis vorzunehmen haben. Dabei kann der Großhändler den ihm zustehenden Aufschlag unterschreiten und so zu anderen Großhändlern gegenüber den Apotheken in Preiswettbewerb treten. Die Apotheken können diesen Preisvorteil jedoch nicht an ihre Kunden weitergeben, sondern müssen für den Apothekenabgabepreis den

403 Siehe Rehmann § 78 Rn. 1; Blasius, in: Blasius, Arzneimittel und Recht in Deutschland, XVIII. 1.

maximalen Großhändleraufschlag aufrechnen. Dies erhöht ihre Gewinnspanne, begrenzt den Preiswettbewerb jedoch auf das Verhältnis zwischen Apothekern und Großhändlern. Auch bei Fertigarzneimitteln, die nicht über Großhändler, sondern ausschließlich vom Hersteller selbst an die Apotheken geliefert werden, gelangt man zu einheitlichen Abgabepreisen, da dann ein Großhändleraufschlag schlicht wegfällt⁴⁰⁴. Der Hersteller bestimmt so durch die Festsetzung des Abgabepreises zugleich auch den Apothekenabgabepreis. Den gesamten Aufpreis teilt das Gespann Großhandel/Apotheker unter sich auf. Im Verhältnis zum Endverbraucher haben Großhandel und Apotheker daher nach der Gesetzeslage keine Möglichkeit zur Einflußnahme auf den Preis.

Da es vorliegend um die Ermittlung der Einschränkung wirtschaftlicher Freiheit durch eine Wettbewerbsbeschränkung geht, liegt es nahe, vorrangig die Hersteller als Anbieter im wirtschaftlichen Sinne anzusehen. Denn der Preiswettbewerb mit der die Wettbewerbsbeschränkung durchführenden Wirtschaftsstufe, den Krankenkassen und ihren Versicherten, wird vorrangig durch die Hersteller der pharmazeutischen Industrie ausgetragen. Die ArzneimittelpreisVO nimmt sowohl dem Großhandel als auch den Apotheken von vornherein jede Freiheit zum Eingriff in den Wettbewerb. Hier wirkt sich die Wettbewerbsbeschränkung daher nicht in ihrer Eigenschaft als Preisfestsetzung auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aus. Zwar spüren Großhandel und Apotheken die Folgen der Auseinandersetzungen zwischen den Herstellern und den Krankenkassen insofern, als bei geringeren Preisen auch die jeweiligen Aufschläge (wenngleich auch keineswegs proportional) sinken. Diese Auswirkungen sind den Auswirkungen für die Hersteller jedoch nicht einmal ansatzweise gleichartig, da den Zwischenstufen auch weiterhin ihre Gewinnmargen garantiert sind. Anbieter für die Zwecke der Abgrenzung des sachlichen relevanten Marktes dieser Nachfragebeschränkung sind deswegen nur die Hersteller von Arzneimitteln.

(2) Ausweichmöglichkeiten der Anbieter

Folglich ist für die Abgrenzung zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Anbieter von Arzneimitteln mit ihren Produktionsanlagen zu einer sofortigen Umstellung auf andere Produkte unter zu vernachlässigenden Kosten und Risiken in der Lage sind. Die Herstellung von Arzneimitteln erfordert stark spezialisiertes Wissen im Bereich der Medizin, der Pharmazie und der Chemie. Bereits die Kosten, die

404 Siehe Blasius, in: Blasius, Arzneimittel und Recht in Deutschland, XVIII. 1. (S. 340).

durchschnittlich für die Erforschung eines neuen Wirkstoffs aufgewendet werden müssen, führen vor Augen, daß die theoretisch-wissenschaftlichen Anforderungen enorm sind⁴⁰⁵. Unabhängig von der Erforschung neuer Wirkstoffe, in welcher sich keineswegs alle pharmazeutischen Unternehmen engagieren, ist auch die Herstellung selbst äußerst komplex. Schon dies stellt eine erhebliche Barriere für die Umstellung auf die Herstellung anderer Arzneimittel dar. Einschneidender jedoch dürften noch die verwaltungsrechtlichen Schranken sein, die sich einer solchen Umstellung des Angebots auf andere Produkte in den Weg stellen. Kernstück dieser verwaltungsrechtlichen Schranke ist die erforderliche Zulassung von Arzneimitteln nach § 21ff. AMG. Die Zulassung nach § 22 II AMG setzt unter anderem analytische, pharmakologisch-toxikologische und klinische Prüfungen voraus. Selbst wenn diese Prüfungen wegen § 22 III AMG nicht erforderlich sein sollten, weil bereits auf bestehendes Erkenntnismaterial zurückgegriffen werden kann, ist keineswegs sichergestellt, daß die Arzneimittelzulassung in kürzester Zeit erfolgt. Die den prüfenden Behörden zustehenden Befugnisse umfassen nämlich unter anderem die Verwertung eigener wissenschaftlicher Erkenntnisse, die Einbeziehung von Sachverständigen oder die Anforderung weiterer Gutachten, § 25 V AMG. Es hängt mit anderen Worten keineswegs nur von den Anbietern von Festbetragsarzneien selbst ab, ob sie auf andere Bereiche der pharmazeutischen Industrie ausweichen können. Die Durchführung des Zulassungsverfahrens kann aus vielen Gründen einer erheblichen zeitlichen Verzögerung unterliegen. Darüber hinaus sind die finanziellen Risiken, die die Produzenten von Arzneimitteln eingehen müssen, nicht abzuschätzen.

Auch wenn man hinsichtlich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei der Berücksichtigung anderer Produkte weniger Zurückhaltung wahren will, als es der Verfasser aus den oben angegebenen Gründen für erforderlich hält, sind die sich den Herstellern pharmazeutischer Produkte stellenden Risiken und Umstellungen so erheblich, daß man von einem zumutbaren Ausweichen nicht mehr sprechen kann. Die hochgradige Spezialisierung bei der Herstellung von Arzneimitteln verbietet es, für die Belange der Abgrenzung des Marktes aus der Sicht der Hersteller grob gefaßte Teilmärkte oder gar nur einen einzigen Markt für Arzneimittel anzunehmen.

405 Der Verband forschender Arzneimittelhersteller beziffert die Kosten für die Erforschung und Entwicklung eines neuen Medikamentes weltweit mit durchschnittlich 500 Mio. US-Dollar, vgl. VfA, Statistics 2000, S. 26.

(3) Nachfragesubstitution

Durch die Bildung der Festbetragsgruppen nach § 35 I SGB V trifft der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen eine Auswahl darüber, welche Medikamente ihren Wirkstoffen nach identisch oder vergleichbar oder ihrer Wirkung nach vergleichbar sind. Insofern trifft der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen eine recht genaue Abgrenzung des Marktes, und zwar aus der Sicht der Nachfrager. Der Bundesausschuß geht von einer rein funktionalen Betrachtung aus, berücksichtigt werden allein die Wirkungen der Arzneimittel aus medizinischer Sicht. Diese sind aus der Sicht des Gespanns Versicherte/Krankenkassen bzw. aus der Sicht von deren medizinischen Beratern, den Ärzten, grundsätzlich austauschbar, ohne daß hier zeitliche oder finanzielle Einschränkungen vorlägen. Ziel der Bildung der Festbetragsgruppen ist es ja gerade, die aus Sicht medizinischer Expertise untereinander austauschbaren Arzneimittel in ein Vergleichsmodell einzufügen. Folglich kann man sagen, daß aus Sicht der Nachfrager jede der festgesetzten Gruppen einen eigenen Markt darstellt.

Offen ist aber damit noch die Frage, wie sich bei identischen oder vergleichbaren Wirkstoffen oder vergleichbaren Wirkungen unterschiedliche Darreichungsformen und Bioverfügbarkeiten auswirken. Die aus Sicht der Nachfrager optimalste Darreichungsform hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dabei wird je nach den Umständen nicht jede Darreichungsform in Betracht kommen. Orale Zuführung einer Tablette scheidet verständlicherweise aus, wenn der Patient unter Brechanfällen leidet. Dies führt aber nicht dazu, daß für die unterschiedlichen Darreichungsformen eines Präparats unterschiedliche, voneinander getrennte Märkte anzunehmen wären. Denn insgesamt betrachtet sind die verschiedenen Darreichungsformen aus der Sicht der Nachfrager durchaus untereinander austauschbar.

Im engen Zusammenhang zur Darreichungsform steht oftmals die Bioverfügbarkeit⁴⁰⁶, ein jedoch ungleich bedeutsamerer Faktor. Er betrifft Geschwindigkeit und Ausmaß, mit denen die Wirkstoffe eines Arzneimittels resorbiert werden und am Zielort im Körper ihre Wirkung entfalten⁴⁰⁷. Gemessen wird dies (mangels genauerer Meßmöglichkeit am jeweiligen Zielort) am

406 Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 37.

407 Siehe Hauck/Gerlach § 35 Rn. 11f.; LPK-SGB V § 35 Rn. 8; Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 37.

Blutspiegel⁴⁰⁸. Eine hohe Bioverfügbarkeit besagt, daß ein an der verabreichten Wirkstoffmenge gemessen großer Anteil schnell ins Blut kommt. Insbesondere bei schwerlöslichen Substanzen kommt der Bioverfügbarkeit eine hohe Bedeutung zu, da die Bioverfügbarkeit hier bei gleichen Wirkstoffen von Handelspräparat zu Handelspräparat stark schwanken kann⁴⁰⁹. Grundsätzlich stellt eine unterschiedliche Bioverfügbarkeit einen Faktor dar, der aus der Sicht der Nachfrager von erheblichem Gewicht sein kann. Der Gesetzgeber hat folgerichtig in den Beratungen zu dieser Norm wie folgt Stellung bezogen :

„Des weiteren wird klargestellt, daß bei der Gruppenbildung gezielte und für die Therapie bedeutsame Differenzierungen in der Zubereitung von Arzneimitteln, die zu nachweisbar unterschiedlichen Bioverfügbarkeiten führen, zu berücksichtigen sind. Die Bioäquivalenz wirkstoffgleicher Arzneimittel ist nicht Voraussetzung für die Bildung von Festbetragsgruppen.“⁴¹⁰

Bioäquivalenz wird in der Wissenschaft der Pharmakokinetik angenommen, wenn bei der statistischen Messung des Blutspiegels die insgesamte Aufnahmemenge (AUC = area under curve), die maximal erreichte Konzentration im Blut und der Zeitpunkt, zu dem diese Konzentration erreicht ist, sich innerhalb eines Bereichs von +/-20 Prozent zu den Werten eines Vergleichspräparats befinden. Die Bioäquivalenz bezeichnet also, wie der Name schon vermuten läßt, die Vergleichbarkeit mit einem anderen Präparat, zumeist einem Originalpräparat. Der Gesetzgeber geht folglich davon aus, daß in einzelnen Fällen unterschiedliche Bioverfügbarkeiten zur Bildung verschiedener Gruppen führen können. Bioäquivalenz im pharmakokinetischen Sinne hingegen ist grundsätzlich nicht erforderlich. Im Einzelfall kann jedoch eine hohe Bioverfügbarkeit von Bedeutung sein, wenn beispielsweise der Wirkungseintritt schnell erfolgen soll. Wenn der Gesetzgeber Bioäquivalenz nicht für erforderlich hält, um zwei Medikamente für vergleichbar zu erklären, so stellt sich die Frage, ob aus der Sicht der Nachfrager dies sich ebenfalls so darstellt. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob für die Belange der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes noch der Wertung des Gesetzgebers gefolgt werden kann, oder ob zum Teil Medikamente einer Festbetragsgruppe als zu unterschiedlichen sachlichen Märkten gehörig eingestuft werden müssen. Dies berührt nicht nur die reine Bioverfügbarkeit, sondern

408 Mutschler, A 2.6 (S. 41f.).

409 Siehe Mutschler, A 2.6 (S. 42).

410 BTDrucks. 11/3840 S. 53.

ebenfalls Nebenfolgen, die gleichfalls für die Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager relevant sind. Soweit sich Medikamente am Markt behaupten können, obwohl ihre Apothekenabgabepreise deutlich über dem festgesetzten Festbetrag befinden, liegt der Verdacht nahe, daß hier aus der Sicht der Nachfrager gerade keine Austauschbarkeit gegeben ist⁴¹¹. Dies spricht dafür, daß die vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen vorgenommene Zuordnung, wenn auch vielleicht nicht im Sinne des § 35 SGB V fehlerhaft, so doch zumindest für die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte nicht maßgeblich ist. Entscheidend ist, ob die Medikamente zu den höheren Apothekenabgabepreisen dennoch nennenswerte Umsätze erzielen können oder nicht. Führt der höhere Preis dazu, daß kaum nennenswerte Verkaufszahlen zustandekommen, und ist ferner anzunehmen, daß durch Senkung des Preises Nachfrager nach anderen Medikamenten derselben Festbetragsgruppe nun dieses Medikament nachfragen würden (Prüfung der Kreuzpreiselastizität), so ist ein einziger sachlich relevanter Markt dieser Medikamente gegeben. Kann das Medikament jedoch auch zu dem höheren Apothekenabgabepreis nennenswerte Umsätze erzielen, so ist eine Eingliederung in den Markt der anderen Medikamente der Festbetragsgruppe gerade nicht gegeben.

Es wäre bei einer Einzelfallprüfung für jedes den Festbetrag überschreitende Medikament durch eine Kreuzpreiselastizitätsprüfung zu untersuchen, ob tatsächlich nur ein sachlicher Markt für die Festbetragsgruppe vorliegt. Es kann jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, alle knapp 25.000 in 446 Festbetragsgruppen erfaßten Fertigarzneimittel⁴¹² auf ihre Verwendbarkeit für die Belange der Marktabgrenzung zu überprüfen. Es wird daher davon ausgegangen, daß die Festbetragsgruppen grundsätzlich für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Märkte maßgeblich sind. Eine Nachzeichnung der Spürbarkeit in jeder einzelnen Festbetragsgruppe ist auch für die Aussagekraft dieser Arbeit insgesamt gar nicht erforderlich. Es geht vorrangig um die Überprüfung einer Gesamtaussage, nämlich um die Überprüfung der Verträglichkeit der Festbetragsfestsetzung mit Art. 81 I EG. Für diese Gesamtaussage fallen Fehler bei der Abgrenzung einzelner sachlich relevanter Märkte in Anbetracht der oben

411 Zur Bildung eigenständiger Märkte aufgrund von Preisunterschieden siehe EuGH, Urt. v. 21.2.1984, „Hasselblad gegen Kommission“, Slg. 1984, 883, 902 (Rn. 21); ferner Kommission, Entsch. v. 21.12.1973, „Kali und Salz“, ABl. 1974, 119/22, 25 (Rn. 26); Entsch. v. 8.1.1975, „Pilzkonserven“, Abl. 1975, 29/26, 27 (Rn. 5), bei denen der Preis jedoch neben der Qualität nur eine nachrangige Rolle spielt.

412 Stand 1.Juli 2000, siehe BKK Bundesverband, Arzneimittel Vertragspolitik - September 2000, S. 7.

genannten Gesamtzahl der Festbetragsgruppen nicht ins Gewicht. Lediglich die Vollständigkeit gebietet es, auch auf diese mögliche Fehlerquelle für den einzelnen Fall hinzuweisen.

(4) Zwischenergebnis

Die vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen vorgenommene Bildung von Festbetragsgruppen kann zugleich für eine im wesentlichen zutreffende Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte herangezogen werden. Die derzeit gültigen 446 Festbetragsgruppen stellen daher in gleicher Anzahl verschiedene sachliche Märkte dar.

(ii) Hilfsmittel

Die oben bei den Arzneimitteln geschilderten Erwägungen gelten auch hier. Die Spitzenverbände der Krankenkassen bilden Gruppen von Hilfsmitteln mit gleicher Funktion. Da auch hier davon auszugehen ist, daß die Nachfrager nach diesen Hilfsmitteln, nämlich die Krankenkassen mit ihren Versicherten, keine Interessen an den Leistungen eines bestimmten Leistungsanbieters haben, sondern aus Sicht der Nachfrager funktional gleiche Hilfsmittel verschiedener Anbieter beliebig austauschbar sind, gelten auch hier die oben geschilderten Grundsätze über die Nachfragesubstitution bei Nachfragerkartellen. Verglichen mit den Festbetragsgruppenbildungen bei den Arzneimitteln stellen sich die Festbetragsgruppenbildungen zugleich um ein Vielfaches einfacher dar, weil insbesondere verkomplizierende Faktoren wie die Bioverfügbarkeit, Darreichungsform oder Nebenwirkungen die funktionale Austauschbarkeit nicht zusätzlich erschweren. Folglich können auch hier die durch die Spitzenverbände der Krankenkassen gebildeten Festbetragsgruppen für die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte entsprechend herangezogen werden.

c) Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes

Räumlich relevanter Markt ist grundsätzlich derjenige Bereich, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten. Bei Nachfragerkartellen hingegen ist dies derjenige Bereich, in dem die Nachfrager nach den relevanten Produkten oder Dienstleistungen nachfragen.

(i) Arzneimittelmarkt

Die Arzneimittelfestbeträge werden jeweils einheitlich für den Bereich des gesamten Gebietes der Bundesrepublik festgesetzt, die Krankenkassen fragen im gesamten räumlichen Bereich der Bundesrepublik Deutschland zu einheitlichen Bedingungen nach Arzneimitteln nach. Dies bezieht auch die neuen Länder ein, für die allerdings bis zum 31.12.1993 ein eigenständiges Festbetragssystem galt⁴¹³. Somit ist der räumlich relevante Markt das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

(ii) Hilfsmittelmarkt

Bei den Hilfsmitteln besteht nicht ein einzelnes Festbetragswesen, welches das gesamte Gebiet der Bundesrepublik einheitlich erfaßte, sondern es bestehen sechzehn einzelne, jeweils sich auf das Gebiet eines Bundeslandes beschränkende Festbetragswesen, die sich zwar in ihren Durchführungen, insbesondere bei den zu Gruppen zusammengefaßten Hilfsmitteln, bis ins kleinste gleichen, nicht aber in den jeweils festgesetzten Beträgen. Fraglich ist also, ob man sechzehn einzelne, in räumlicher Hinsicht getrennte Märkte unterstellen muß, oder ob sich aufgrund der Homogenität der Preismechanismen nicht ebensogut ein einzelner räumlicher Markt annehmen läßt. Ersteres, die Annahme von sechzehn Einzelmärkten, ließe sich dadurch rechtfertigen, daß man, im Einklang mit der Praxis von EuGH und Kommission, grundsätzlich als räumlich relevante Märkte die von den beteiligten Unternehmen gewählten Eingrenzungen übernimmt. Letzteres wiederum ließe sich sehr gut damit begründen, daß es im Rahmen des Art. 81 I EG nicht darauf ankommt, daß die Wettbewerbsparameter im gesamten Gebiet der Beschränkung um einen einheitlichen Wert verfälscht werden. Die Verbotsnorm richtet sich gegen die Preisfestsetzung an sich, nicht gegen eine bestimmte Preishöhe. Man könnte daher sagen, daß eine einzige einheitliche Wirkung auf den Wettbewerb allen sechzehn räumlich getrennten Festbetragssystemen gemein ist, auch wenn in verschiedenen Bereichen verschiedene Festbeträge gelten. Entscheidend wäre dann die Tatsache, daß in all den sechzehn Bereichen identische Preisregulierungsmechanismen existieren.

Tatsächlich kann dahingestellt bleiben, ob man sechzehn räumliche Einzelmärkte annimmt oder nur einen einzigen Markt, der sich über das gesamte Gebiet der

413 Siehe Peters, in: Hauck/Noftz, § 35 Rn. 14.

Bundesrepublik Deutschland erstreckt. Für die Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung mit spürbaren Auswirkungen vorliegt, werden nach der sog. „Bündeltheorie“ auch gleichartige Wettbewerbsbeschränkungen derselben oder anderer Unternehmen berücksichtigt. Es kommt mit anderen Worten nicht mehr auf die Spürbarkeit der einzelnen Maßnahme, sondern auf die der Gesamtheit der Maßnahmen an⁴¹⁴. Während es bei der Bündeltheorie jedoch eigentlich nur um andere wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen im selben räumlichen Markt geht, stellt sich hier das Problem mit zumindest teilweise identischen Beteiligten (die Verbände der Ersatzkassen sind an Festbetragsfestsetzungen für Hilfsmittel in allen sechzehn Bundesländern beteiligt) bei räumlich (nach h.M.) sich unterscheidenden Märkten. Bei wertender Betrachtung geht es der Bündeltheorie, wie bereits eingangs erwähnt, jedoch um die Feststellung der Verursachungsbeiträge. Wenn den Gemeinsamen Markt nun Folgen von Wettbewerbsbeschränkungen treffen, deren Spürbarkeit sich erst aus den kumulierten, aber räumlich nicht deckungsgleichen Folgen einer Mehrheit von Wettbewerbsbeschränkungen ergibt, so kann auch hier nur die Ermittlung der Verantwortlichkeit im Mittelpunkt stehen. Dafür ist unerheblich, ob die Folgen der verschiedenen Wettbewerbsbeschränkungen sich einen größeren räumlichen Bereich fein säuberlich aufteilen, oder ob sie sich alle im gesamten räumlichen Bereich auswirken. Wenn man nun kleine, auf die Fläche der Bundesländer begrenzte räumliche Einzelmärkte annähme, müßte die gesamte Spürbarkeitsprüfung unter Einbeziehung des Denkansatzes der Bündeltheorie letztlich zu demselben Ergebnis gelangen, da sie jeweils auch die kumulierten Auswirkungen räumlich benachbarter Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigen müßte.

Daher sind, zumindest was die Folgen der Festbetragsysteme angeht, für die Frage der Spürbarkeit im Ergebnis die Auswirkungen im gesamten Bereich der

414 Siehe EuGH, Urт. v. 30.6.1966 „Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm GmbH“, Slg. 1966, 281, 306; Urт. v. 13.7.1966 „Consten GmbH u.a. gegen Kommission“, Slg. 1966, 321, 391; Urт. v. 12.12.1967 „Brasserie de Haecht gegen Oscar Wilkin u.a.“ („Brasserie de Haecht I“), Slg. 1967, 543, 556; Urт. v. 25.11.1971 „Béguelin Import gegen G.L. Import Export“, Slg. 1971, 949, 960 (Rn. 18); Urт. v. 10.7.1980 „Lancôme gegen Etos u.a.“, Slg. 1980, 2511, 2536 (Rn. 24 a.E.); Urт. v. 11.12.1980 „L’Oréal gegen De Nieuwe Amck“, Slg. 1980, 3775, 3792 (Rn. 19); Urт. v. 28.2.1991 „Delimitis gegen Henninger Bräu“, Slg. 1991, I-935, 984 (Rn. 14ff.); Urт. v. 27.4.1994 „Gemeente Almelo u.a. gegen Energiebedrijf IJsselmij NV“, Slg. 1994, I-1477, 1519 (Rn. 37). EuGEI, Urт. v. 8.6.1995 „Langnese-Iglo GmbH gegen Kommission“, Slg. 1995, II-1533, 1572 (Rn. 99). So auch die Kommission in ihrer früheren Bagatellbekanntmachung v. 9.12.1997 aaO Rn. 17, 18; anders jetzt in der neuen Bagatellbekanntmachung v. 22.12.01, ABl. 2001 C 368/14 Rn. 8 (Herabsetzung der Spürbarkeitsschwelle auf 5 %). Siehe ferner Bunte, in: Langen/Bunte, Art. 81 Rn. 124; Schröter, in: GTE, Art. 85 I Rn. 182, 194.

Bundesrepublik Deutschland zu berücksichtigen⁴¹⁵.

d) Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen bei Arzneimitteln

(i) Nachfrageumsatzanteile (quantitative Prüfung)

Geht man von einem auf das Gebiet der Bundesrepublik beschränkten räumlich relevanten Markt aus, so ist das Verhältnis des in diesem Gebiet durch die Krankenkassen jeweils erzielten Umsatzvolumens auf den sachlich relevanten Märkten zu den insgesamt in diesen Märkten in der Bundesrepublik erzielten Umsatzvolumina entscheidend. Da man bei gesetzlich Krankenversicherten in etwa von gleichem Verbrauch an Arzneimitteln wie bei privat Krankenversicherten ausgehen kann, ist für die Bestimmung der Umsatzanteile der gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager nach Arzneimitteln schon ein Blick auf den Anteil der gesetzlich Krankenversicherten an der Bevölkerung ausreichend. In Deutschland lebten am 31.12.1997 gut 82 Mio Menschen⁴¹⁶. Gesetzlich krankenversichert waren am 1.7.1998 rund 71,3 Mio Menschen. Geht man davon aus, daß die Bevölkerungszahl innerhalb des halben Jahres, den die beiden Meßzahlen auseinander liegen, sich nicht erheblich geändert haben, so kommt man zu einem Anteil der gesetzlich Krankenversicherten an der Gesamtbevölkerung von 86,9 %. Untersucht man des weiteren den Anteil der GKV-Versicherten an der Bevölkerung unter Einbeziehung der Altersstruktur, so wird klar, daß mit steigendem Alter auch der Anteil der gesetzlich Krankenversicherten zunimmt (Siehe Tabelle 7).

Liegt er bei unter 45-jährigen noch deutlich unter 85 %, so steigt er bei über 65-jährigen auf knapp 95 %. Aus diesen Anteilzahlen der gesetzlich Krankenversicherten lassen sich nun Rückschlüsse ziehen auf die Marktanteile bei Arzneimitteln, die die gesetzlichen Krankenkassen haben. Arzneimittel, die in der gesamten Bevölkerung gleichermaßen und im gleichen Umfang zur Anwendung kommen, werden folglich im Bereich der Bundesrepublik Deutschland zu 86% durch gesetzliche Krankenkassen nachgefragt werden. Arzneimittel, die speziell für Kinder entwickelt und hergestellt werden, werden demgegenüber zu einem etwas geringeren Prozentsatz durch gesetzliche Krankenkassen nachgefragt

415 Die vorigen Ausführungen sind freilich zum 01.01.2005 wegen der neuen Fassung des § 36 SGB V obsolet, siehe S. 88.

416 Siehe BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 28.

werden. Demgegenüber dürfte der Anteil der gesetzlichen Krankenkassen bei Arzneimitteln, die nicht speziell für Kinder hergestellt werden, zumeist deutlich über 86% liegen. Diese Zahl würde nämlich voraussetzen, daß ein Medikament bei Mitgliedern aller Altersschichten in gleichem Umfang zur Anwendung käme. Diese Voraussetzung ist jedoch illusorisch. Die Pro-Kopf-Ausgaben steigen allgemein mit dem Alter des Versicherten. Dies wirkt sich auch auf die Ausgaben für (und damit die Nachfrage nach) Arzneimitteln aus.

Tabelle 7 : Anteil GKV-Versicherter an der Bevölkerung

Alter	GKV	Bevölkerung	Anteil GKV an Bevölkerung
Bis 15	10982618	13098411	83,85
15-45	29760648	35057177	84,89
45-65	18278964	20935376	87,31
Über 65	12296580	12966415	94,83
Gesamt	71318810	82057379	86,91

Quelle : BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 28, 383, eigene Berechnungen

So verursachten 1986 rund 10,6 Mio. Mitglieder der KvdR zusammen mit ihren Mitversicherten Kosten für Arzneimittel in Höhe von knapp 10,5 Mrd. DM⁴¹⁷. Demgegenüber verursachten die 25,8 Mio Mitglieder der AKV zusammen mit ihren Mitversicherten lediglich Arzneimittelkosten in Höhe von 8,35 Mrd. DM. Damit entfielen deutlich mehr als 50% der Arzneimittelausgaben der GKV auf die Versicherten der KvdR. Auch heute sieht dies nicht anders aus. 1998 lagen die Arzneimittelausgaben in der AKV je Mitglied bei 454 DM (380 DM in den neuen Bundesländern)⁴¹⁸. Die Ausgaben für Arzneimittel je Mitglied in der KvdR lagen demgegenüber bei 1184 DM (1108 DM in den neuen Bundesländern). Aus dieser Konzentration der Arzneimittelausgaben bei Menschen hohen Alters einerseits und dem hohen Anteil gesetzlich Krankenversicherter in dieser Altersgruppe von nahezu 95 % andererseits folgt, daß die gesetzlichen Krankenkassen bei den meisten Medikamenten in der Bundesrepublik Deutschland zu merklich mehr als 86 % Nachfrager sein dürften. Dies wiederum bedeutet, daß die gesetzlichen Krankenkassen auf den meisten (sachlichen) Märkten, die durch

417 Siehe BTDrucks. 11/2237 S. 281, 282.

418 VdAK/AEV „Ausgewählte Basisdaten des Gesundheitswesens 2000“ S. 68, 70.

festbetragsgebundene Medikamente gebildet werden, nahezu ausschließliche Nachfrager sind.

(ii) Folgen für Dritte (qualitative Prüfung)

Bislang wurde nicht darauf eingegangen, welche Auswirkungen das Festbetragsystem für Dritte hat. Es wurde vielmehr nur darauf verwiesen, daß es eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der gesetzlichen Krankenkassen darstellt und welche wirtschaftliche Bedeutung die Nachfrage durch die Krankenkassen für die Anbieter von Arzneimitteln hat. Offen ist damit, inwieweit diese Selbstbeschränkung der gesetzlichen Krankenkassen die Handlungsmöglichkeiten Dritter tatsächlich beeinflußt hat und somit spürbar geworden ist. Ablesbar sind die Auswirkungen des Festbetrages für Dritte vor allem an der Entwicklung der Preise für Arzneimittel. Zwar steigen die Kosten pro verordnetem Medikament stetig an, aus diesen Steigerungen läßt sich jedoch nicht ohne weiteres die Preisentwicklung bei den Medikamenten ablesen. Größter Kostentreiber ist die sog. Strukturkomponente, nämlich diejenige Kostensteigerung, die auf Veränderungen bei den verordneten Medikamenten (etwa durch neue, nicht festbetragsgebundene Medikamente) zurückzuführen ist⁴¹⁹.

Untersucht man festbetragsgebundene und festbetragsfreie Medikamente getrennt, so wird offenbar, daß es hier zwei gegenläufige Entwicklungen gibt, nämlich eine starke Preissteigerung bei festbetragsfreien Medikamenten einerseits und eine deutliche Verringerung der Preise bei festbetragsgebundenen Medikamenten andererseits. Während die festbetragsgebundenen Arzneimittel nur noch bei gut 85 % des Preisniveaus von 1988 liegen, liegen die festbetragsfreien Arzneimittel bei über 105 % des Preisniveaus dieses Zeitpunkts⁴²⁰. Insofern besteht also eine Lücke von etwa 20 Prozentpunkten, die nur auf das Bestehen des Festbetragswesens zurückgeführt werden kann.

Ferner ist die Preisstruktur bei den festbetragsgebundenen Arzneimitteln zu berücksichtigen (siehe Tabelle 8). Von den 24631 Arzneimittelpackungen, für die am 1. Juli 2000 insgesamt Festbeträge festgesetzt waren, sind 23382 (dies entspricht 94,93 %) zu diesen Festbeträgen oder günstiger zu erhalten⁴²¹.

419 Siehe VfA, Statistics 2000, S. 61.

420 So VFA, Statistics 2000 S. 45.

421 BKK-Bundesverband, Festbetrags-Info Stand Juli 2000.

Tabelle 8 : Abweichung der Preise der vom Festbetragswesen erfaßten Arzneien von den Festbeträge in %

Abweichung in %	Anzahl abweichender Arzneien	Anteil an allen Festbetragsarzneien
>500	1	0,00
>250 bis 500	32	0,13
>125 bis 250	69	0,28
>100 bis 125	36	0,15
>90 bis 100	30	0,12
>80 bis 90	25	0,10
>70 bis 80	46	0,19
>60 bis 70	69	0,28
>50 bis 60	94	0,38
>40 bis 50	170	0,69
>30 bis 40	105	0,43
>20 bis 30	127	0,52
>10 bis 20	170	0,69
>0 bis 10	275	1,12
>-10 bis 0	9980	40,52
>-20 bis -10	6046	24,55
>-30 bis -20	2785	11,31
>-40 bis -30	1895	7,69
>-50 bis -40	860	3,49
>-60 bis -50	774	3,14
>-70 bis -60	424	1,72
>-80 bis -70	472	1,92
Unter -80	142	0,58

Quelle : BKK-Bundesverband, eigene Berechnungen

Lediglich 1247 Arzneimittelpackungen (5,07 %) hielten also die Festbeträge nicht ein. Untersucht man ferner, inwieweit die Preise von den Festbeträgen nach oben oder unten abweichen, so fällt auf, daß der Großteil der Preise die Festbeträge entweder genau einhält oder geringfügig unterschreitet. So halten 5830 Arzneimittelverpackungen die Festbeträge auf den Pfennig genau ein, was 23,67 % aller Festbetragsarzneien entspricht. Insgesamt liegen die Preise von über 65 % aller Festbetragsarzneien zwischen 80 und 100 % des jeweiligen Festbetrags.

Diese Zahlen verdeutlichen, wie sehr sich die Preise der Arzneimittel an den Festbeträgen orientieren. Bei den die Festbeträge überschreitenden Preisen ist ebenfalls eine starke Orientierung zu den Festbeträgen hin festzustellen. Nur etwa anderthalb Prozent aller Festbetragsarzneien überschreiten ihre jeweiligen Festbeträge um mehr als 50 %. Die Festbeträge haben daher nicht nur Bedeutung als Einschränkung des Nachfragewettbewerbs, die Krankenkassen haben vielmehr gemeinsam als Nachfrager auch genug Marktmacht, um den Arzneimittelherstellern die Festbeträge als Höchstpreise aufzuzwingen.

(iii) Bewertung der Spürbarkeit

Bei einem Nachfrageanteil von über 90 % auf dem räumlich relevanten Markt wird man nicht umhin können, die hier gegebene Beschränkung des Nachfragewettbewerbs nach Arzneimitteln als „spürbar“ anzusehen. Der durch die Bagatellbekanntmachung gesetzte Höchstwert von 10 % Marktanteil wird hier gleich um das Achtfache übertroffen. Die tatsächliche Wirksamkeit dieser Wettbewerbsbeschränkung äußert sich zudem in der Entwicklung der Preise, die bei festbetragsgerfaßten Arzneimitteln deutlich gesunken sind.

Auch sind nach der Bündeltheorie andere Beschränkungen zu berücksichtigen, die gleiche Wirkungen wie die zu beurteilende Maßnahme haben, und daher zusammengenommen den Wettbewerb noch weit stärker einschränken, als dies die fragliche Maßnahme allein täte. Hierin kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß Beschränkungen nicht losgelöst von den bestehenden Wettbewerbsumständen betrachtet werden können. Zahlreiche Staaten üben direkten Einfluß auf die Arzneimittelpreise aus oder setzen sie sogar direkt fest und schränken so den möglichen Nachfragewettbewerb von vornherein ein. In Frankreich etwa, dem umsatzstärksten Arzneimittelmarkt in der EU, galt bis 1994 eine behördliche Preisfestsetzung, die nun durch ein Rahmenabkommen zwischen Pharmaindustrie und Staat ersetzt worden ist. Dieser Vertrag sieht eine Selbstbegrenzung des Werbeaufwandes durch die pharmazeutische Industrie vor, der Staat behält sich notfalls die Rückkehr zum früheren System vor⁴²². Ebenfalls Systeme, in welchen der Staat in erheblichem Umfang die Preise für den überwiegenden Teil der Arzneimittel bestimmt, haben Belgien, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien und Luxemburg⁴²³. Finnland, Portugal, Schweden und Spanien nehmen

422 Siehe „Europäische Gesundheitssysteme und Pharmamärkte“ S. 36.

423 Siehe „Europäische Gesundheitssysteme und Pharmamärkte“ S. 12, 42, 49, 61, 66.

insoweit Einfluß auf die Arzneimittelpreise, als dort die Erstattung der Arzneimittelkosten gegenüber den Versicherten durch die jeweiligen staatlichen Versicherungen oder Gesundheitswesen von einer behördlichen Genehmigung der Preise abhängig ist⁴²⁴. Schließlich existieren in Dänemark, den Niederlanden und Österreich der deutschen Regelung vergleichbare Normen, die die Erstattung durch staatliche Versicherungen oder Gesundheitsdienste auf einen Festbetrag begrenzen⁴²⁵. Auch wenn diese Wettbewerbsbeschränkungen in den genannten Staaten nicht von Unternehmen, sondern von „echten“ staatlichen Stellen herbeigeführt werden, so führt dies dennoch dazu, daß der Nachfragewettbewerb auf diesen Märkten von vornherein stark eingeschränkt ist. Um so gewichtiger wiegt für die Belange des EG-Vertrages daher eine Wettbewerbsbeschränkung des genannten Umfangs durch Unternehmen, die den Nachfragewettbewerb noch weiter einschränken.

Das Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit in seiner Eigenschaft als Indikator der Relevanz für die Belange der Gemeinschaft liegt daher hier bezogen auf die Arzneimittelfestbeträge vor.

(iv) Keine Spürbarkeit mangels Preiswettbewerbs ?

Bien vertritt die Ansicht, ein Verstoß gegen Art. 81 EG scheidet aus, weil ein beschränkbarer Preiswettbewerb der Arzneimittelhersteller untereinander, der für einen Verstoß erforderlich sei, von vornherein fehle⁴²⁶. Dies vermag nicht zu überzeugen. Zum einen ist Preiswettbewerb nicht der einzig schützenswerte Wettbewerb. Es ist anzunehmen, daß der restliche Wettbewerb (durch Markenbildung, Seminarveranstaltungen für die verordnenden Ärzte etc.), der früher bestand, durch die Einführung der Festbeträge stark an Bedeutung verloren hat, weil die Festbeträge den Preis als zentralen Wettbewerbsparameter eingeführt haben. Dann ist aber eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht nur hinsichtlich des Preiswettbewerbes, sondern auch hinsichtlich der anderen Parameter gegeben.

Ferner ist die Behauptung, ein Preiswettbewerb habe gar nicht existiert, an sich unzutreffend, dieser existierte lediglich abgeschwächt und in abgewandelter Form.

424 Siehe „Europäische Gesundheitssysteme und Pharmamärkte“ S. 30, 92, 99, 111.

425 Siehe „Europäische Gesundheitssysteme und Pharmamärkte“ S. 16, 69, 81.

426 Siehe *Bien* S. 168.

Denn durch die Arzneimittelbudgetierung⁴²⁷ mit Einstandspflicht der Ärzte von 100 bis 105 % des Budgets, die während eines großen Teils der Durchführung des Festbetragswesens bestand, war ein (abgeschwächter) Preiswettbewerb der Arzneimittelhersteller untereinander sehr wohl gegeben. Die Arzneimittelhersteller mußten damit rechnen, daß im Falle drohender Budgetüberschreitung die Ärzte zur Verordnung preiswerter Arzneimittel übergangen, um nicht durch die GKV in Globalregress genommen zu werden. Zwar ist der entsprechende Verhaltensanreiz weit schwächer als eine unmittelbare Einstandspflicht nicht der Ärzteschaft sondern des verordnenden Arztes selbst. Verstärkt wird der Anreiz zur Verordnung preiswerter Medikamente für den einzelnen Arzt jedoch durch die Institutionen der Auffälligkeitsprüfung und Zufälligkeitsprüfung nach § 106f. SGB V⁴²⁸. Aus diesem Grund ist es unzutreffend, daß der mit dem Arzneimittelpreis zusammenhängende Wettbewerb der Arzneimittelhersteller untereinander von vornherein inexistent gewesen wären.

e) Spürbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen bei Hilfsmitteln

Es ist nun zu untersuchen, ob auch bei den Hilfsmitteln eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs gegeben ist.

(i) Nachfrageumsatzanteile (quantitative Prüfung)

Ausgangspunkt muß wiederum der Anteil der gesetzlichen Krankenversicherten an der Gesamtbevölkerung in Höhe von 86 % sein. Auch hier wirkt sich jedoch die Altersstruktur der gesetzlich Krankenversicherten aus. Es ist eine deutliche Zunahme von Heil- und Hilfsmitteln mit steigendem Alter zu verzeichnen. So entfielen im Jahr 1986 von den Gesamtausgaben der GKV für Heil- und Hilfsmittel in Höhe von 7,22 Milliarden DM auf die Krankenversicherung der Rentner mit 10,6 Millionen Mitgliedern insgesamt 3,192 Milliarden DM⁴²⁹. Dies entspricht 44,2 % der Gesamtausgaben in diesem Bereich. Die 25,8 Millionen Mitglieder der allgemeinen Krankenversicherung hingegen verursachten nur Kosten in Höhe von 4,029 Milliarden DM, was 55,8 % der Gesamtausgaben entspricht.

Nicht anders sieht dies auch später aus. 1998 wendete die GKV pro Mitglied 267

427 Hierzu bereits oben S. 171

428 Hierzu oben S. 42f.

429 Siehe BTDrucks. 11/2237 S. 281, 282.

DM in den alten bzw. 161 DM in den neuen Bundesländern für Heil- und Hilfsmittel auf⁴³⁰. In der Krankenversicherung der Rentner war dieser Betrag mit 656 DM (alte Bundesländer) bzw. 496 DM (neue Bundesländer) doppelt bzw. dreimal so hoch. Wegen des oben geschilderten hohen Anteils an Rentnern und des geringeren Anteils an jüngeren Versicherten (jeweils bezogen auf den durchschnittlichen Versichertenanteil in Höhe von 86 %) ist davon auszugehen, daß auch bei den Hilfsmitteln der Nachfrageumsatzanteil der gesetzlichen Krankenkassen eher über den 86 % liegt, die dem Anteil der gesetzlich Krankenversicherten an der Gesamtbevölkerung entsprechen, als darunter.

(ii) Folgen für Dritte (qualitative Prüfung)

Die verschiedenen Hilfsmittel unterscheiden sich stark in ihren Anwendungsgebieten und Wirkungsweisen⁴³¹. Die Anbieter von Hilfsmitteln finden sich deswegen, anders als die Anbieter von Arzneimitteln, nicht in einheitlichen Verbänden zusammen, sondern bilden lediglich in ihren jeweiligen Berufsgruppen Organisationen zur Vertretung ihrer Interessen. Es fehlt daher eine differenzierte statistische Erfassung der Preise und Umsätze bei der Gesamtheit der Hilfsmittel. Es liegt aber nahe, daß die Wirkung der Festbeträge auf die Situation der Erbringer von Hilfsmittelleistungen derjenigen gleicht, die in Bezug auf die Hersteller oder Importeure von Arzneimitteln eingetreten ist.

(iii) Bewertung der Spürbarkeit

Geht man wiederum davon aus, daß die Inanspruchnahme von Hilfsmittelleistungen durch gesetzlich Krankenversicherte und sonstige Bevölkerung in gleicher Art und gleichem Umfang erfolgt, und berücksichtigt man die Altersstruktur der Versicherten, so bedeutet dies einen Nachfrageanteil der gesetzlichen Krankenkassen in Höhe von knapp 90 Prozent. Auch hier übersteigen also die Marktanteile der wettbewerbsbeschränkenden Unternehmen die zulässige Schwelle von 10 % um das Achtfache. Dies rechtfertigt die Annahme der Spürbarkeit der Festbetragsregelung auch hinsichtlich der Hilfsmittel.

430 So VdAK/AEV „Ausgewählte Basisdaten des Gesundheitswesens 2000“ S. 68, 70.

431 Vgl. die Auflistung bei Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 36 Rn. 7.

7) Zusammenfassung

Die durch das Festbetragssystem bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen sind sämtlich spürbar.

VI) Die Ausnahmegvorschrift des Art. 86 II

1) Die Bedeutung von Art. 86 II EG im Normengefüge

Die Frage der Vereinbarkeit des Festbetragsystems mit Art. 81 EG ist schließlich abhängig davon, ob Art. 81 I EG auf die Tätigkeiten der Krankenkassenverbände überhaupt Anwendung findet. Diese üblicherweise als erstes zu klärende Frage der Anwendbarkeit einer Norm stellt sich im Zusammenhang mit Art. 86 EG erst zum Schluß, da Art. 86 II EG nur als eine spezielle Ausnahme von der Geltung der Vorschriften für Unternehmen ausgeformt wurde. Dem steht auch nicht entgegen, daß Art. 86 II EG zuweilen als Bereichsausnahme bezeichnet wird⁴³². Denn zumindest inhaltlich besteht über eine enge Auslegung des Art. 86 II EG kein Streit mehr⁴³³. Aufgrunddessen wird Art. 86 II EG den Voraussetzungen nicht gerecht, die man der inhaltlichen Bedeutung nach an den Begriff der Bereichsausnahme stellen muß. Eine generelle und unkritische Freistellung eines bestimmten Bereichs, nämlich der Tätigkeit der öffentlichen Unternehmen, ist durch die Vorschrift nicht gewollt. Die vorgefundene Formulierung bestätigt vielmehr, daß die Wettbewerbsregeln grundsätzlich für alle Unternehmen, also auch diejenigen mit besonderen übertragenen Aufgaben, Geltung haben⁴³⁴. Der von der herrschenden Literatur verwendete Begriff der Legalausnahme ist daher in dieser eher theoretisch anmutenden Auseinandersetzung vorzuziehen.

Geradezu prägend für das Verständnis der Bedeutung des Art. 86 EG ist das Verhältnis der Absätze eins und zwei des Artikels zueinander. Historisch gesehen ist Art. 86 EG ein Kompromiß zwischen zwei in den Gründungsstaaten des EWGV vertretenen Verwaltungssystemen. Während Frankreich und Italien hohe Beteiligungen der öffentlichen Hand an Unternehmen aufwiesen, die die Erledigung gewisser Aufgaben übernahmen, an denen die jeweiligen Staaten ein Interesse hatten, war der öffentliche Sektor bei Unternehmen der anderen Gründerstaaten, nämlich der

432 Siehe etwa Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 49, 62 (jeweils die Überschriften); Mailänder, in: GK-GWB und Europäisches Kartellrecht, EWGV-BerAusn. Rn. 10; dagegen Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 36; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 36, die von einer bloßen „Legalausnahme“ sprechen.

433 Allgemeine Ansicht, vgl. EuGH, Urt. v. 27.3.1974 „BRT u.a. gegen NV SABAM u.a.“, Slg. 1974, 313, 318 (Rn. 19), stRspr. Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 49 a.E., 62; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 36; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 53. A.A. aber noch Mailänder, in: GK-GWB und Europäisches Kartellrecht, EWGV-BerAusn. Rn. 10.

434 Hirsch, in: Gleiss/Hirsch, (3. Aufl.) Art. 90 Rn. 15; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 4 unter Verweis auf GA Da Cruz Vilaca, Schlußanträge v. 11.2.1988 „Bodson gegen Pompes Funèbres“, Slg. 1988, 2479, 2497 (Rn. 65); Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 62.

Benelux-Staaten und Deutschlands, weniger stark vertreten. Die erstgenannten Staaten wollten die Stellung ihrer öffentlichen Unternehmen nicht gefährdet sehen, während die zuletztgenannten Staaten für diesen Fall erhebliche Nachteile der eigenen Wirtschaft im Wettbewerb befürchten mußten. Die bewußt unklar gehaltene Formulierung der beiden Absätze⁴³⁵, die bezweckte, daß beide Parteien ihre Ziele in den Vertrag hineinlesen konnten, hat in der Folge erhebliche Diskussionen über ihre Auslegung heraufbeschoren. Strenggenommen handelte es sich um einen offenen Dissens der vertragsschließenden Mitgliedstaaten. Inhaltlich geht es darum, daß die unterschiedliche Lage in den Mitgliedstaaten dazu führen kann, daß inhaltlich identische Wettbewerbsbeschränkungen in dem einen Staat durch diesen selbst, in dem anderen aber durch ein öffentliches Unternehmen herbeigeführt werden. Im Ergebnis soll diese unterschiedliche Ausgangssituation keine unterschiedlichen Folgen haben, auch wenn in dem einen Staat gegen das Unternehmen, in dem anderen aber gegen diesen selbst vorgegangen werden muß⁴³⁶.

Art. 86 I EG richtet sich an die Mitgliedstaaten mit der Verpflichtung, in Bezug auf öffentliche und mit ausschließlichen Rechten ausgestattete Unternehmen keine dem Vertrag, insbesondere den Art. 12 und 81 bis 88 EG widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Art. 86 II EG hingegen richtet sich an die Unternehmen selbst und schildert die Voraussetzungen einer Legalausnahme von den Vorschriften des Vertrages. Der Kreis der Adressaten ist auf solche Unternehmen begrenzt, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Allgemein wird dies so ausgelegt, daß die Gruppen der in den Absätzen eins und zwei genannten Unternehmen nicht deckungsgleich sind, da theoretisch auch private Unternehmen mit besonderen Aufgaben betraut werden können, ohne daß es sich gleich um öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 86 I EG handeln müßte⁴³⁷. Praktisch hingegen werden die Staaten kaum Vorrechte auf private Unternehmen übertragen, ohne sich solche Möglichkeiten der Einwirkung auf diese Unternehmen zu bewahren, die diese Unternehmen dann als „öffentliche Unternehmen“ im Sinne des Art. 86 I EG erscheinen ließen⁴³⁸.

435 Siehe Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 1; Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 215 (Fn. 59); zu den historischen Voraussetzungen, aus denen sich der Kompromißcharakter ergibt, Ipsen/Nicolaysen, NJW 1964, 2336f.

436 So Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 5 a.E.

437 Siehe v. Wilmsowsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 550; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 7 unter Verweis auf EuGH, Urt. Slg. 1977, 163, 182.

438 So Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 49; Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214.

Dabei muß deutlich zwischen den Fällen des Art. 86 I und II EG unterschieden werden. Absatz eins erfaßt die Übertragung von besonderen Rechten an Unternehmen und verbietet dies (dem Grundsatz nach) den Staaten. Absatz zwei erfaßt die Übertragung von Aufgaben, ohne daß hiermit zwingend auch die Übertragung besonderer Rechte verbunden sein muß, und regelt dem Wortlaut nach nur, inwieweit diese Unternehmen dann zur Erfüllung dieser Aufgaben von den Regeln des Vertrages freigestellt werden. Es ergibt sich aber aus dem systematischen Zusammenhang, daß auch Mitgliedstaaten insofern in den Genuß des Art. 86 II EG kommen können, als die Betrauung eines Unternehmens mit einer besonderen Aufgabe, die nach Art. 86 II EG die Geltung der Vorschriften für Unternehmen suspendiert, ihrerseits kein Verstoß des Mitgliedstaates sein kann⁴³⁹. So wird nicht nur unmittelbar das Handeln des Unternehmens selbst am Maßstab des Art. 86 II EG gemessen, sondern mittelbar auch das des Mitgliedstaates. Fehlt es nämlich an der rechtfertigenden Wirkung des Art. 86 II EG für das Handeln des Unternehmens, so hat der Mitgliedstaat, wenn er den Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln durch die Übertragung besonderer Rechte in irgendeiner Form hervorgerufen oder gefördert hat, seinerseits gegen Art. 86 I EG verstoßen. Schlußendlich kommt man daher dazu, daß Art. 86 EG den Staaten einerseits die Einräumung von Vorrechten an öffentliche Unternehmen und den öffentlichen Unternehmen die Ausübung dieser Rechte im Grundsatz gestatten soll, daß aber andererseits eine Prüfung der Notwendigkeit dieser Vorrechtsausübung und der Vereinbarkeit mit den Interessen der Gemeinschaft erfolgen soll. Soweit staatliche Maßnahmen zu einem nach Art. 86 II EG erlaubten unternehmerischen Verhalten veranlassen, verstoßen sie auch nicht gegen Art. 86 I EG⁴⁴⁰.

Im Zusammenhang mit Art. 86 EG sind noch zwei weitere Streitpunkte für das Verständnis der Norm erwähnenswert, die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung allerdings nur am Rande von Interesse sind. Zum einen ist dies die Frage, ob die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten die Unanwendbarkeit des Art. 86 II EG feststellen dürfen. Der geänderten, diese Frage nunmehr bejahenden Rechtsprechung des Gerichtshofs⁴⁴¹ ist die Literatur nur zum Teil gefolgt. Kritiker

439 Allgemeine Meinung; vgl. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 30.

440 Siehe GA Van Gerven, Schlußantrag v. 19.9.1991 „Merci convenzionali porto die Genova SpA gegen Siderurgica Gabrielli SpA“, Slg. 1991, I-5889, 5918 (Rn. 26); Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 38, 90 D Rn. 30; Ehrlicke EuZW 1993, 211, 214; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 51; Emmerich, KartR (7. Aufl.), § 36 6. a) (S. 586).

441 EuGH, Urt. v. 27.4.1994 „Gemeente Almelo u.a. gegen Energiebedrijf IJsselmij NV“, Slg. 1994, I-

sehen eine einheitliche Anwendung des Art. 86 II EG gefährdet, da der Begriff des Interesses der Gemeinschaft nicht hinreichend bestimmt sei⁴⁴²; deswegen sei zumindest Art. 86 II 2 EG nur dort anwendbar, wo das Interesse der Gemeinschaft hinreichend konkret sei⁴⁴³. Dies würde dazu führen, daß die Gerichte und Behörden lediglich feststellen könnten, daß die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 86 II 1 EG nicht vorliegen. Die zweite Frage betrifft die des Umfangs der Freistellung nach Art. 86 II EG. Dem Wortlaut nach erfolgt die Freistellung nicht nur von den „Vorschriften für Unternehmen“, sondern von den Vorschriften des Vertrages insgesamt. Für die Unternehmen selbst gelten nur die „Vorschriften für Unternehmen“ der Art. 81 bis 89 EG (früher 85 bis 94 EGV) unmittelbar. Den Mitgliedstaaten aber wäre damit theoretisch die Möglichkeit eröffnet, durch Übertragung gewisser Aufgaben auf Unternehmen zwingende Regelungen des Gemeinschaftsrechts zu umgehen (etwa die Art. 28, 49 EG, früher 30 und 59 EGV), die sie selbst nicht verletzen dürften. Der EuGH führt jedoch bereits in seiner „Campus-Oil“-Entscheidung aus, daß Art. 86 II EG „den Mitgliedstaat, der ein Unternehmen mit einer solchen Dienstleistung betraut hat, nicht von dem Verbot [befreit], zugunsten dieses Unternehmens und zum Schutze seiner Tätigkeit Maßnahmen zu ergreifen, die entgegen Artikel 28 EWG-Vertrag die Einfuhren aus den übrigen Mitgliedstaaten behindern.“⁴⁴⁴

Zumindest in Bezug auf Art. 28 EG ist also nach Meinung des EuGH eine Freistellung durch Art. 86 II EG entgegen dem Wortlaut (die Rede ist hier ganz allgemein von den „Vorschriften des Vertrages“) nicht gegeben. Es könnte daher kein Mitgliedstaat eine solche Betrauung durchführen, ohne gegen Art. 28 EG zu verstoßen, sofern durch die Ausübung des besonderen Rechts der Warenverkehr beeinträchtigt würde. v. *Wilmowsky* schlußfolgert aus diesem Vorrang des Grundsatzes des freien Warenverkehrs und aus der immensen Reichweite des Art. 28 EG, daß Art. 86 II EG kein praktischer Anwendungsbereich verbliebe, so daß die Norm obsolet sei und gestrichen werden könne⁴⁴⁵; die dem sinngemäß

1477, 1521 Rn. 50; Urt. v. 11.4.1989 „Ahmed Saeed Flugreisen u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 853 (Rn. 53).

442 So Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 29; Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 90 Rn. 15; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 13; differenzierend Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 73.

443 Siehe Hochbaum, in: GTE, aaO.

444 So EuGH, Urt. v. 10.7.1984 „Campus Oil Limited gegen Minister für Industrie und Energie“, Slg. 1984, 2727, 2747 (Rn. 19). A.A. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 Rn. 30 a.E.

445 v. *Wilmowsky*, ZHR 155 (1991) S. 545, 557; zustimmend noch Emmerich, KartR (7. Aufl.), § 36 6. a) (S. 586); hiergegen die überwiegende Literatur, etwa Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 Rn. 17f.; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 36.

widersprechenden Äußerungen des EuGH bezeichnet er als „reine Lippenbekenntnisse“⁴⁴⁶. Aufgrund der Entwicklung in der Rechtsprechung kann v. *Wilmowskys* Standpunkt aber heute kaum mehr aufrecht erhalten werden, denn der EuGH ist in seiner neueren Rechtsprechung durchaus gewillt, über Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs hinwegzusehen⁴⁴⁷. Vorliegend geht es jedoch allein um die Vereinbarkeit des Verhaltens der gesetzlichen Krankenkassen bzw. ihrer Verbände mit Art. 81 EG. Hierfür ist weder von Bedeutung, ob in der Praxis die Anwendung des Art. 86 II EG Kommission und EuGH vorbehalten bleibt, noch ob Art. 86 II EG zusammen mit Absatz eins auch das Verhalten der Bundesrepublik Deutschland als betrauendem Staat zu rechtfertigen vermag. Die hier geschilderten Auseinandersetzungen lassen jedoch erahnen, daß die Anwendung des Art. 86 II zu den schwierigsten und umstrittensten Gebieten der Vorschriften für Unternehmen gehört⁴⁴⁸, und daß sich aus dem Normengefüge insgesamt Rückschlüsse auf die Auslegung des einzelnen Absatzes ziehen lassen. Maßgeblich für die Beurteilung der Rolle der Krankenkassen bzw. ihrer Verbände ist allein Art. 86 II EG. Allerdings sind die geschilderten Probleme von Bedeutung, sobald man die hier zu gewinnenden Erkenntnisse für die Beurteilung der Rolle der Bundesrepublik Deutschland bei der Festsetzung von Festbeträgen zu verwerten sucht.

2) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Entscheidend für die Anwendung der Legalausnahme des Art. 86 II EG ist die Bedeutung des Begriffs der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Bei diesem Begriff handelt es sich um einen in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich und zumeist entsprechend der eigenen Vorstellungen der Rolle des öffentlichen Sektors ausgelegten Rechtsbegriff.

a) weite Auslegung des Dienstleistungsbegriffs

Einigkeit herrscht darüber, daß der Begriff der Dienstleistung hier ausgesprochen

446 Siehe v. *Wilmowsky* aaO S. 556, bezugnehmend auf EuGH, Urt. v. 11.4.1989 „*Ahmed Saeed Flugreisen* u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 853f. (Rn. 54f.).

447 Siehe EuGH, Urt. v. 23.10.1997 „*Kommission gegen Königreich der Niederlande*“, Slg. 1997, I-5699, 5777 (Rn. 32) sowie S. 5780ff. (Rn.43ff.).

448 Vgl. etwa *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Art. 37, 90 D Rn. 14.

weit zu verstehen ist⁴⁴⁹. Er ist weiter als der Dienstleistungsbegriff des Art. 49 EG⁴⁵⁰ und umfaßt insbesondere auch die Herstellung und Verteilung von Gütern⁴⁵¹. *Pernice*⁴⁵² kommt zu dem Schluß, daß der Begriff der „Dienstleistung“ keine eingrenzende Funktion habe, sondern allein dem Zweck der Norm zu entnehmen sei und daher alle Tätigkeiten umfasse, die zur Erfüllung der „Aufgaben“ iSd Art. 86 II EG notwendig sind.

b) Bedeutung des wirtschaftlichen Interesses

Weniger Eintracht hingegen herrscht bei der Auslegung des Begriffs des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“. Klar ist, daß das allgemeine wirtschaftliche Interesse nicht mit dem „Interesse der Gemeinschaft“ des Art. 86 II 2 EG übereinstimmt⁴⁵³, sondern vielmehr das sinngemäße Gegengewicht hierzu bildet, welches die Durchbrechung der Wettbewerbsregeln gerade rechtfertigt. Bei der Auseinandersetzung um den Begriff des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“ geht es vorrangig darum, ob es sich tatsächlich um ein wirtschaftliches Interesse handeln muß, oder ob auch soziale und kulturelle Interessen in den Genuß der Ausnahmeregelung kommen können.

In ersterem Sinne hatte ursprünglich die Kommission entschieden⁴⁵⁴. Sie hatte zu entscheiden, inwieweit die GEMA, eine Gesellschaft zur Wahrnehmung von Urheberrechten, ein mit Dienstleistungen von besonderen wirtschaftlichen Interessen betrautes Unternehmen sei. Die Kommission stellte in ihrer Entscheidung fest, daß eine Betrauung mit einer Dienstleistung von besonderem wirtschaftlichen Interesse weder in Bezug auf die gesetzlich vorgeschriebene Einrichtung einer Sozialkasse noch in Bezug auf die ebenfalls gesetzlich vorgeschriebene Berücksichtigung

449 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 42; Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 52; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 37.

450 Hirsch, in: Gleiss/Hirsch, (3. Aufl.) Art. 90 Rn. 10.

451 So Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, aaO; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 90 Rn. 37 (auch „Bereithalten, Bereitstellen und die Verteilung von Sachleistungen“); ebenso Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214 (Fn. 42); v. Wilmsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 550; ferner (unter Berufung auf den französischen Begriff des „service public“) Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 52. Hirsch, in: Gleiss/Hirsch, (3. Aufl.) aaO hingegen sprechen von einem „öffentlich-rechtlichen“ Dienstleistungsbegriff und meinen damit vor allem die Versorgung mit Gütern der Daseinsvorsorge wie Strom und Wasser.

452 Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 35.

453 Siehe Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 54.

454 Siehe Kommission, Entscheidung v. 2.6.1971, „GEMA“, ABl. 1971 L 134/15; zustimmend Ehrlicke EuZW 1993, 211, 214; Emmerich, KartR (7. Aufl.), § 36 6. b) aa) (S. 587); unklar Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, (3. Aufl.) Art. 90 Rn. 11.

religiöser, kultureller und sozialer Aspekte bei ihrer Tätigkeit gegeben sei⁴⁵⁵. Der Kommission war also das wirtschaftliche Interesse derjenigen Personengruppen, zu deren Gunsten eine solche Sozialkasse einzurichten war, nicht ausreichend, um ein allgemeines wirtschaftliches Interesse im Sinne des Art. 86 II EG anzunehmen. Dem hat sich in der Folgezeit ein großer Teil der rechtswissenschaftlichen Literaten angeschlossen⁴⁵⁶.

Der EuGH hingegen hat schon sehr früh entschieden, daß nicht nur wirtschaftliche, sondern auch kulturelle Belange für die Betrauung von Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausreichend sein können⁴⁵⁷. Diese im genannten Urteil nicht unbedingt auf den ersten Blick erkennbare Aussage ergibt sich daraus, daß nach Ansicht des Gerichts mit dem Betrieb von Fernsehen beauftragte Unternehmen, „selbst soweit es um deren kaufmännische Betätigung - namentlich im Bereich der Werbung - geht, als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraute Unternehmen“ ausgestaltet sein können⁴⁵⁸. Im Rückschluß läßt sich daraus entnehmen, daß in der Lesart des EuGH auch diejenigen Tätigkeitsbereiche von Fernsehunternehmen, die nicht selbst zuvörderst wirtschaftliche Tätigkeiten sind, als Dienstleistungen von „besonderen wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne der Norm anzusehen sind. Dem hat sich die Kommission schließlich in ihrer „Eurovisionsentscheidung“ angeschlossen⁴⁵⁹. In dieser Entscheidung ging es darum, ob ein Zusammenschluß von Fernsehunternehmen, denen in ihren jeweiligen Heimatstaaten die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit einem ausgewogenen Fernsehprogramm aufgegeben war, die Vorzüge des Art. 86 II EG genießen konnten. Konkreter Anlaß des Verfahrens war der Erwerb von Sportübertragungsrechten durch diese Vereinigung, welche es kleineren Unternehmen aus kleineren Ländern ermöglichen sollte, solche Übertragungsrechte preiswert einzukaufen. Die Kommission bezeichnete diese Fernsehunternehmen unter ausdrücklichem Verweis auf das oben zitierte „Sacchi“-Urteil des EuGH als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut⁴⁶⁰.

455 So Kommission, aaO S. 27.

456 Vgl. etwa die in Fn.454 Genannten, sowie Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 37.

457 Siehe EuGH, Urt. v. 30.4.1974 „Giuseppe Sacchi“, Slg. 1974, 409.

458 Siehe EuGH, Urt. v. 30.4.1974 „Giuseppe Sacchi“, aaO S.431 (Rn. 15)

459 Siehe Kommission, Entscheidung v. 11.6.1993 „EBU/Eurovisions-System“, ABl. 1993 L 179/23.

460 Siehe Kommission, aaO S. 36.

Tatsächlich wird es selten möglich sein, genau zwischen den wirtschaftlichen und den nichtwirtschaftlichen Interessen zu trennen⁴⁶¹. Ein rein wirtschaftliches Interesse läge lediglich beim Zweck der reinen Erzielung von Einkünften für den Fiskus vor, wie es etwa den Monopolen oft zu eigen ist. Grund für eine Betrauung eines Unternehmens mit einer Aufgabe wird vielmehr sein, daß der Staat bestimmte Fernziele erreichen will, deren Sicherstellung er auf anderem Wege als durch die Betrauung einzelner Unternehmen als nicht möglich oder sicher ansieht. So ist beispielsweise die Betrauung von Telekommunikationsunternehmen mit der Sicherstellung des Basisgesprächsdienstes für den gesamten Bereich eines Staates ein Ziel, welches neben der wirtschaftlichen Dimension des Auftrags (der Dienstleistung) auch eine soziale Zwecksetzung beinhaltet. Soziale Zwecksetzungen dürften beim Tätigwerden von Staaten zugunsten einzelner Unternehmen zumeist vorliegen, gerade wenn nur einzelne Personengruppen an den Segnungen der Maßnahme partizipieren sollen. Andererseits würde es sich von vornherein nicht um eine unternehmerische Tätigkeit handeln, wenn jeder wirtschaftliche Aspekt der auszuführenden Dienstleistung fehlen würde. Es wird sich bei der Dienstleistung dem Zweck der Norm nach also um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln, deren Durchführung streng nach den Gesetzen des Marktes gerade nicht zur Zufriedenheit des Mitgliedstaates möglich ist. Die Bedeutung des Begriffs des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses kann also nur darauf begrenzt sein, das Vorliegen **auch** eines wirtschaftlichen Hintergrundes der Dienstleistung sicherzustellen, wie er jedoch bei unternehmerischen Tätigkeiten stets gegeben sein wird.⁴⁶² Von einem gewissen Standpunkt aus hat v. *Wilmowsky* daher Recht, wenn er (allerdings aus anderem Grunde) dem Begriff des „(allgemeinen) **wirtschaftlichen** Interesses“ jede eingrenzende Funktion abspricht⁴⁶³.

Untauglich dürfte hingegen ein Abstellen auf den Schwerpunkt des Interesses bei gemischten Interessen sein⁴⁶⁴. Da hier letztlich der einzelne Staat das Interesse formuliert, bietet eine Gewichtung der Staatsinteressen nur eine unzulängliche Basis für zutreffende Beurteilungen eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses. Ferner ist schon der Ansatz als solcher nicht praktikabel, da der Natur der Sache nach das kulturelle oder soziale Interesse des Staates das wirtschaftliche Interesse erst

461 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 Rn. 21; ders. Wettbewerbsrecht S. 664; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 39.

462 Enger jedoch von Burchard, in: Schwarze, Art. 86 Rn. 64, der auf den Schwerpunkt der Aufgabenübertragung abstellen will.

463 v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 550.

464 So aber Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 56.

begründet. Hätte der Staat, mit anderen Worten gesprochen, kein bestimmtes soziales oder kulturelles Ziel vor Augen, für dessen Erreichen er sich der Hilfe eines zu betrauenden Unternehmens bedienen will, so gäbe es keinen Grund, einem Unternehmen durch die Betrauung eine Befreiung von den Regeln des Vertrages an die Hand zu geben. Zuzustimmen ist daher zunächst der (immer noch ausgesprochen weiten) Definition *Mestmäcker*⁴⁶⁵, wonach ein allgemeines wirtschaftliches Interesse anzunehmen ist, „wenn das Marktverhalten der Unternehmen einem rechtsverbindlich festgelegten besonderen Zweck dient und die Unternehmen zur Erfüllung der besonderen Aufgabe auch dann verpflichtet sein sollen, wenn ihr unternehmerisches Eigeninteresse dem entgegensteht.“

c) allgemeines Interesse

Einschränkend ist hinzuzufügen, daß ein **allgemeines** wirtschaftliches Interesse nach einhelliger Ansicht nicht vorliegt, wenn die Dienstleistung nur im Interesse einzelner Personen oder Personenkreise, also von Partikularinteressen, erbracht wird⁴⁶⁶. Diese Problematik ist vor allem durch die Auseinandersetzung um Gesellschaften zur Wahrnehmung von Urheberrechten Gegenstand der Debatte geworden, so daß die Einschränkung vor allem auf solche Situationen zurechtgeschnitten sein dürfte⁴⁶⁷. Es ist aber nicht erforderlich, daß die gesamte Bevölkerung eines Mitgliedstaates ein entsprechendes Interesse hat; ausreichend sollen vielmehr schon einzelne Bereiche von der Größe einer Gemeinde sein, sofern das Interesse nur hier als allgemein bezeichnet werden kann⁴⁶⁸. Unabhängig von der jeweiligen Größe der Gemeinschaft ändert dies jedoch nichts daran, daß der Begriff des „allgemeinen Interesses“ hier als Interesse der Allgemeinheit interpretiert wird. Diese Einschränkung über die Allgemeinheitsbezogenheit stellt praktisch eine weit stärkere Eingrenzung des Begriffs des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“ dar, als es durch die „Wirtschaftlichkeit“ der Fall ist. Die oben zitierte Definition *Mestmäcker* bedarf daher einer diesen Charakter der Allgemeinverpflichtung verankernden Ergänzung⁴⁶⁹. Ausreichend kann nämlich nicht jeder beliebige, durch den Staat festgelegte rechtsverbindliche Zweck sein, es muß sich vielmehr um eine

465 Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 Rn. 21, 43; Mestmäcker, § 55 III 3) (S. 662f. unten).

466 Siehe Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 54; v. Wilmsowsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 550; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 36; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 38.

467 Siehe oben Fn. 454 Entscheidung „GEMA“.

468 Siehe Hochbaum, in: GTE, aaO; Jungbluth, in: Langen/Bunte, aaO.

469 So auch selbst einschränkend Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 44.

Aufgabe handeln, an deren Erfüllung die Gesellschaft des Staates oder eines Staatsteiles ein Interesse hat. In der Pflicht des Unternehmens zur Erfüllung der Aufgabe auch gegen die rein wirtschaftliche Vernunft wird in der Regel das Interesse des diese Verpflichtung aussprechenden Staates an dieser Dienstleistung, welches es vom allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse an jeder beliebigen anderen Dienstleistung abhebt, zum Ausdruck kommen⁴⁷⁰. Sofern jedoch der Staat nur zur Durchsetzung von Partikularinteressen tätig wird, befähigt ihn dies nicht zur (mittelbaren) Befreiung des Unternehmens von den Regeln des Vertrages.

Dennoch können die Meinungen darüber, ob eine Interesse der Allgemeinheit an der Erbringung bestimmter Dienstleistungen besteht, sehr weit auseinandergehen. Umstritten ist, ob sich die Mitgliedstaaten bei dieser Allgemeinwohlbindung an einen gemeinsamen Maßstab halten müssen, oder ob ihnen ein Freiraum bei ihren Entscheidungen verbleibt. Allgemeine Gerechtigkeitsabwägungen und das Ziel eines freien Wettbewerbs sprechen für einheitliche Maßstäbe. Dennoch wird ein Entscheidungsfreiraum der Mitgliedstaaten für die Übertragung besonderer Aufgaben postuliert⁴⁷¹. Dies entspricht in etwa den Umständen des frz. „service public“, bei welchem keinerlei Legitimation für staatliche Lenkungsentscheidungen erforderlich ist⁴⁷². Zumindest zu demselben Ergebnis (weiter Begriff des allgemeinen Interesses) gelangt, wenn auch von der gegensätzlichen Warte aus, ebenfalls v. *Wilmowsky*, wenn er der Auffassung ist, daß letztlich jede volkswirtschaftliche Leistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sei⁴⁷³. Die unterschiedliche Ausnutzung eines solchen überprüfungsfreien Entscheidungsspielraumes würde allerdings zu unterschiedlichen Verhältnissen im Bereich des Gemeinsamen Marktes führen. Eine neuerliche Aufspaltung des Gemeinsamen Marktes entlang der Grenzen der Mitgliedstaaten ist jedoch genau das, was sich keinesfalls mit den Zielen des EG-Vertrages verträgt. Der Begriff des allgemeinen Interesses muß daher als Begriff des europäischen Rechtskreises einheitlich ausgelegt werden⁴⁷⁴.

Die Praxis faßt den Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses eher eng und gibt den Mitgliedstaaten keineswegs einen unüberprüfaren Spielraum. Dies bringt

470 Hierauf will Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 38 abstellen.

471 Siehe Hailbronner, NJW 1991, 593, 601, der eine Legalitätsvermutung fordert; von Burchard, in: Schwarze, Art. 86 Rn. 63, der von einem „begrenzten Ermessensspielraum“ spricht.

472 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 9, sowie ganz allgemein zum subjektiven Konzept des „service public“ Rn. 2ff.

473 Siehe v. *Wilmowsky*, ZHR 155 (1991) S. 545, 550.

474 So Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 43; Dibour, in: Constantinesco/Jaqué, Art. 90 Rn. 8.

ihr von den Anhängern eines solchen Freiraumes zuweilen den Vorwurf ein, sie verwende diesen Teil des an sich wirtschaftsordnungspolitisch neutral ausgerichteten Vertrages⁴⁷⁵ bewußt vertragswidrig zur Deregulierung⁴⁷⁶. Der EuGH hat in seinen Urteilen ein allgemeines wirtschaftliches Interesse fast nur in recht deutlichen Fällen angenommen, wie etwa bei Fluglinien, die bestimmte, auch unwirtschaftliche Strecken bedienen⁴⁷⁷, bei Energie- und Elektrizitätsunternehmen⁴⁷⁸, bei Telefondiensten⁴⁷⁹, bei der Vermittlung von Arbeitsverhältnissen⁴⁸⁰. Abgelehnt hat der Gerichtshof ein allgemeines wirtschaftliches Interesse hingegen bei der Be- und Entladung von Schiffen in Häfen⁴⁸¹, bei der Herausgabe von Fernsehzeitungen, auch wenn das dort aufgeführte Fernsehprogramm der Förderung der landesweiten Kultur und Sprache dient⁴⁸², und beim Güterkraftverkehr⁴⁸³.

Für die Entscheidung, ob eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist, soll stets auch das Interesse des Mitgliedstaates berücksichtigt werden⁴⁸⁴. Dies ist schon deswegen richtig, weil es im Rahmen des Art. 86 EG um den Interessenausgleich zwischen dem Mitgliedstaat und der Gemeinschaft geht, wie vor allem Art. 86 II 2 EG hinreichend deutlich macht. Darüber hinaus ist jedoch die Ausnahnevorschrift des Art. 86 II EG eng auszulegen⁴⁸⁵, so daß schon aus diesem Grunde ein Mitgliedstaat nicht unkontrolliert Art. 86 II EG entzogene

475 Hochbaum, in: GTE, Art. 222 Rn. 1ff., 8; Everling, FS für Raiser S. 379, II. (382f.); kritisch zu einer weiten Auslegung des Art. 222 EWGV Weis, NJW 1982, 1910f.

476 Hailbronner, NJW 1991, 593, 594, der zumindest für eine Legalitätsvermutung aller übertragenen Dienstleistungen eintritt.

477 EuGH, Urt. v. 11.4.1989 „Ahmed Saeed Flugreisen u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 853 (Rn. 54f).

478 EuGH, Urt. v. 27.4.1994 „Gemeente Almelo u.a. gegen Energiebedrijf IJsselmi NV“, Slg. 1994, I-1477, 1521 Rn. 46ff.; Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Königreich der Niederlande“, Slg. 1997, I-5699, 5779 (Rn. 41).

479 EuGH, Urt. v. 13.12.1991 „Régie des télégraphes et des téléphones gegen GB-Inno-BM SA“, Slg. 1991, I-5941, 5979 (Rn. 16).

480 EuGH, Urt. v. 23.4.1991 „Klaus Höfner u.a. gegen Macrotron GmbH“, Slg. 1991, I-1979, 2017 (Rn. 24).

481 EuGH, Urt. v. 10.12.1991 „Merci convenzionali porto di Genova SpA gegen Siderurgica Gabrielli SpA“, Slg. 1991, I-5889, 5931 (Rn. 28).

482 EuGEL, Urt. v. 10.7.1991 „RTE gegen Kommission“, Slg. 1991, II-485, 525 (Rn. 83). Bestätigt, durch EuGH, Slg. 1995, I-743ff.

483 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 5.10.1995 „Centro Servizi Spediporto Srl gegen Spedizioni Marittima del Golfo Srl“, Slg. 1995, I-2883, 2913 (Rn.38).

484 EuGH, Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Königreich der Niederlande“, Slg. 1997, I-5699, 5779 (Rn. 40).

485 So Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 49 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 27.3.1974 „BRT u.a. gegen SABAM u.a.“, Slg. 1974, 313, 318 (Rn. 19f.).

Dienstleistungsbetriebe gründen kann.

d) Zusammenfassung

Dem Ausgeführten ist zu entnehmen, daß bei der Prüfung des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“ die Frage der Legitimität des Interesses im Vordergrund steht. Zu prüfen ist, ob derjenige Grund, aus welchem der Mitgliedstaat die Ausführung der Dienstleistung an ein Unternehmen übertragen hat, gemeinschaftsrechtlich anerkennenswert ist. Weniger von Bedeutung ist dagegen das Wesen der Dienstleistung selbst, die erbracht werden soll.

3) Betraute Unternehmen

Der Begriff des Unternehmens im Sinne des Art. 86 II EG entspricht nach ganz herrschender Ansicht dem allgemeinen Unternehmensbegriff der Art. 81ff. EG⁴⁸⁶. Es können theoretisch sowohl private als auch öffentliche, also im weitesten Sinne unter staatlicher Lenkung stehende Unternehmen betraut werden. Hieraus ergibt sich für den Anwendungsbereich der Norm keine Einschränkung. Wesentlicher ist die Anforderung des Betrauens. Dieser Begriff ist im deutschen Recht mit einer eigenen, hoheitlichen Bedeutung behaftet, etwa im Rahmen der Beleihung durch ein ordentliches Gesetz oder aufgrund ordentlichen Gesetzes⁴⁸⁷. Es läge aus der Sicht des deutschen Rechts nahe, auch für die hier interessierende Aufgabenübertragung eine hoheitliche Durchführung zumindest in der Form etwa eines Verwaltungsaktes zu fordern. Weniger eindeutig und in ihrer rechtlichen Bedeutung besetzt sind jedoch die in den anderssprachigen Vertragstexten gewählten Ausdrücke⁴⁸⁸. Insgesamt läßt sich deswegen aus dem unmittelbaren Wortlaut keine Einschränkung dergestalt ableiten, daß eine Übertragung der Aufgabe zwingend durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes erfolgen müsste.

Der EuGH hat jedoch in seinen Urteilen eine Übertragung der Aufgaben durch hoheitlichen Akt gefordert, weil sich die Vorschrift auch an Unternehmen richte, die den Charakter eines Finanzmonopols haben. Für deren Einrichtung bedürfe es eines

486 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, (3.Aufl.) Art. 90 Rn. 2; v.Wilmowsky, S. 545, 548; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 14.

487 Siehe Maurer § 23 Rn. 56.

488 Siehe Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 57 : chargé (frz.), incarito (ital.), entrusted (engl.).

hoheitlichen Aktes⁴⁸⁹. In der Literatur wird dennoch zum Teil davon ausgegangen, daß die Betrauung lediglich vom Staat ausgehen müsse, die Rechtsform aber im Vertrag nicht vorgeschrieben sei und so auch durch einfache Abmachung oder bloße Absprache geschehen könne⁴⁹⁰. Begründet wird dies neben dem (zumindest in den anderen Vertragssprachen) an sich weiten Wortlaut auch damit, daß eine enge Auslegung hier nicht geboten sei, da durch die enge Auslegung des Begriffs der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ eine ausreichende Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift gegeben sei⁴⁹¹. Die beiden Ansichten kommen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, auch wenn der Begriff der Betrauung einmal formell und einmal materiell ausgelegt wird. Denn auch diejenigen, die den Begriff der Betrauung weit auslegen, stellen hohe (oftmals sogar strengere) Anforderungen an die Unterordnung des Unternehmens unter den ihnen übertragenen öffentlichen Zweck. So liegt etwa in Fällen einer einfachen behördlichen Erlaubnis für eine bestimmte Tätigkeit unzweifelhaft keine Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vor⁴⁹². Seinen Grund hat dies darin, daß hier der Allgemeinwirkcharakter, also die Unterordnung des Interesses des Unternehmens unter das der Allgemeinheit an der Erfüllung dieser Aufgabe, fehlt.

4) Rechtsfolge : Befreiung von den Regeln des Vertrages

Rechtsfolge des Art. 86 II EG ist, daß die Geltung der Vorschriften des Vertrages, insbesondere der Wettbewerbsregeln, ausgeschlossen ist, soweit die Anwendung der Vorschriften die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben tatsächlich oder rechtlich verhindert.

489 So EuGH, Urt. v. 27.3.1974 „BRT u.a. gegen SV SABAM u.a.“, Slg. 1974, 313, 318 (Rn. 20f.); Urt. v. 14.7.1981 „Züchner gegen Bayerische Vereinsbank“, Slg. 1981, 2021, 2030 (Rn. 7 a.E.). Eine Übertragung durch Gesetz selbst hält der EUGH hingegen nicht für erforderlich, vgl. Urt.v. 23.10.1997 „Kommission gegen Frankreich“, Slg. 1997, I-5815, 5836 (Rn. 66).

Ebenso die überwiegende Literatur, vgl. etwa Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 31; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 40; Ehrlicke, EuZW S. 211, 214; v.Wilmowsky ZHR, 155 (1991) S. 545, 550f.; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 33; Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 57.

490 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, (3.Aufl.) Art. 90 Rn. 12; Froemke D) I. 1. c) (S. 133ff.); Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen § 22 B II(S.446).

491 Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, (3.Aufl.) aaO.

492 Vgl. die in den Fußnoten 489 und 490angegebenen Fundstellen (S. 299).

a) Verhinderung und Behinderung

Der Begriff der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung ist von der bloßen Behinderung abzugrenzen. Für eine bloße Behinderung gilt die Ausnahme des Art. 86 II EG nicht⁴⁹³. Daß nicht auch bloße Behinderungen ausreichend sein sollen, wird überwiegend damit begründet, daß es sich um eine Ausnahmegesetzgebung handelt, die deswegen eng auszulegen sei⁴⁹⁴. Beweispflichtig für die Verhinderung ist derjenige, der die Ausnahme geltend machen will, also der Mitgliedstaat oder das betraute Unternehmen⁴⁹⁵. Eine Unterscheidung zwischen rechtlicher und tatsächlicher Verhinderung wird kaum durchgeführt und ist auch wenig ergiebig. *Mestmäcker* nimmt eine Verhinderung aus Rechtsgründen an, „wenn das Gemeinschaftsrecht eine unter Art. 90 Abs. 2 [nunmehr Art. 86 II EG] fallende Regelung der Mitgliedstaaten verdrängen würde“; eine tatsächliche Verhinderung soll vorliegen, „wenn zwar kein Normenkonflikt entsteht, das Verhalten der Unternehmen durch die Anwendung des Gemeinschaftsrechts aber so beeinflußt wird, daß die Erfüllung der besonderen Aufgabe wirtschaftlich unmöglich wird“⁴⁹⁶. Diese Unterscheidung macht insofern wenig Sinn, als schon die Unternehmensvorschriften der Art. 81ff. EG unmittelbar gelten und daher aufgrund der Hierarchie der Rechtsquellen die nationalstaatliche Regelung zumindest keine Anwendung fände⁴⁹⁷. Sofern man aber die nationalstaatliche Regelung als verbindlich ansieht, wird eine solche rechtliche Verhinderung darüber hinaus auch eine tatsächliche (wirtschaftliche) Verhinderung mit sich bringen. Denn eine nationalstaatliche Regelung wird zumeist nur die Durchführung der Aufgabe frei von wettbewerblichen Zwängen zum Ziel gehabt haben. Die rechtliche Regelung dient gerade auch der wirtschaftlichen Durchführbarkeit⁴⁹⁸. Mit ihrem Wegfall tritt regelmäßig die wirtschaftliche Unmöglichkeit der Erfüllung der übertragenen Aufgabe zu Tage. Eine tatsächliche Verhinderung mag daher ohne rechtliche auftreten, eine rechtliche hingegen wird immer mit einer tatsächlichen Verhinderung verbunden sein. Letztlich ist jedoch die

493 v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 553f.

494 Siehe GA Reischl, Schlußanträge v. 11.1.1983 „GVL gegen Kommission“, Slg. 1983, 483, 524; Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 63; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 90 Rn. 42; Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 53; unter Hinweis auf den fehlenden Anwendungsbereich der Norm relativierend Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, Art. 90 Rn. 16.

495 Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 86 Rn. 43; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 53. Einschränkung allerdings das Urte. des EuGH v. 23.10.1997 „Kommission gegen Königreich der Niederlande“, Slg. 1997, I-5699, 5784 (Rn. 58).

496 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 51.

497 Siehe Oppermann Rn. 632, 633.

498 So auch Ehrlicke, EuZW 155 (1991) S. 211, 215.

Differenzierung unergiebig und vernachlässigbar. Eine Verhinderung ist dem Grundsatz nach anzunehmen, wenn die Erfüllung der übertragenen Aufgabe den Unternehmen bei Einhaltung der Vorschriften des Vertrages aus welchen Gründen auch immer nicht möglich ist.

b) Das Problem der Auswirkung auf angrenzenden Märkten

Tatsächlich stellt sich zumeist nicht das Problem, daß die Erfüllung der besonderen Dienstleistung bei Anwendung der Vorschriften für Unternehmen schlechthin unerfüllbar, ist, sondern daß nur deren Erbringung wirtschaftlich erschwert wird. Dies ist meist dann der Fall, wenn das Unternehmen neben einer Tätigkeit zur Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse weitere Tätigkeiten betreibt, aus deren Gewinnen es die finanziellen Lasten der besonderen Aufgabe bestreitet. So ist bei den diversen Fällen, in denen es um Flugtarife ging, die regelmäßige Bedienung einer Strecke mit erhöhten Gebühren bei anderen Strecken sichergestellt worden⁴⁹⁹. Gleiches gilt bei den Telekommunikations- und Postdienstfällen, bei denen neben dem einheitlichen Gesprächsdienst bzw. Basispostdienst die Monopole auch auf angrenzende Märkte erstreckt wurden⁵⁰⁰. Es fragt sich, inwieweit das finanzielle Gleichgewicht von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, allgemein als Grund für Verstöße gegen die Vorschriften des Vertrages, insbesondere gegen die Wettbewerbsregeln, anerkannt werden kann. Die besondere Aufgabe würde dann Wettbewerbsbeschränkungen nicht nur auf dem Markt, der unmittelbar Gegenstand der besonderen Aufgabe ist, sondern auch auf anderen (sog. angrenzenden) Märkten rechtfertigen. Anders ausgedrückt geht es darum, ob eine „Verhinderung der übertragenen Aufgabe“ im Sinne der Norm auch dann gegeben ist, wenn bei Einhaltung der Wettbewerbsregeln auf angrenzenden Märkten das wirtschaftliche Gleichgewicht des betrauten Unternehmens beseitigt ist. Das Problem berührt zumeist nicht nur Art. 86 II, sondern zugleich auch Art. 86 I EG, da es häufig um besondere Rechte von Unternehmen geht, die nicht nur im Bereich der besonderen

499 Vgl. die Sachverhaltsschilderung des EuGH zum Urte. v. 11.4.1989 „Ahmed Saeed Flugreisen u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 806; deutlicher noch die Situation im Urte. des EuGEI v. 19.6.1997 „Air Inter SA gegen Kommission“, Slg. 1997, II-997, 1040 (Rn. 129).

500 Vgl. die Sachverhaltsschilderungen des EuGH im Urte. v. 20.3.1985 „Italien gegen Kommission“, Slg. 1985, 873, 881 (Rn.2f.); ferner im Urte. v. 12.2.1992 „Königreich der Niederlande u.a. gegen Kommission“, Slg. 1992, I-565, 630 (Rn. 7); sowie die Sachverhalte des Urte. v. 13.12.1991 „RTT gegen GB-Inno-BM SA“, Slg. 1991, I-5941, 5943ff., und des Urte. v. 19.5.1993 „Corbeau“, Slg. 1993, I-2533, 2565 (Rn. 2ff.).

Dienstleistung, sondern auch darüber hinaus eingesetzt werden.

(i) Kein Übergriff auf benachbarte Märkte

Die Praxis von Gericht und Kommission dazu stellt sich nicht einheitlich dar. In den oben genannten Urteilen zu den Eil-Kurierdienstleistungen und den Telekommunikationsdiensten findet sich zunächst deutlich eine Tendenz dazu, den Monopolunternehmen eine Ausdehnung ihres Monopols auf angrenzende Märkte nicht zu gestatten⁵⁰¹. So stellt der Gerichtshof insbesondere im Endgeräte-Urteil klar fest, daß eine Übertragung von Befugnissen zur Festsetzung technischer Richtwerte für Telekommunikationsgeräte an einen Wettbewerber auf diesem Markt, der zugleich mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauter Monopolist auf einem angrenzenden Markt ist, nicht zulässig ist und bestätigt damit die Richtlinie der Kommission⁵⁰². Zwar ging es hier vordergründig um ein Verbot, welches die Kommission durch ihre Richtlinie den Staaten auferlegte, und nicht um einen konkreten Verstoß eines Unternehmens. Hätte aber der EuGH eine Ausdehnung der besonderen Rechte des Unternehmens durch den Mitgliedstaat zugelassen, so hätte er damit zugleich die Befreiung des Unternehmens von den Wettbewerbsregeln auch in diesem Bereich zumindest in Aussicht gestellt. Dadurch, daß er eine Übertragung von besonderen Rechten im Sinne des Art. 86 I EG für nicht zulässig erachtet, schließt der EuGH mittelbar zugleich die Voraussetzungen des Art. 86 II EG aus, da nur hierdurch die Übertragung der besonderen Rechte an das Unternehmen hätte gerechtfertigt werden können.

Ähnlich eng faßte der EuGH die Befreiung der Unternehmen von den Regeln des Vertrages auch schon in einem früheren Urteil, in dem es um die Vermarktung von Maissaatgut ging⁵⁰³. Der EuGH differenzierte hier zwischen der Schöpfung und

501 Siehe EuGH Urte. v. 19.3.1991 „Frankreich gegen Kommission“ („Endgeräte“), Slg. 1991, I-1223, 1271 (Rn. 51); Urte. v. 13.12.1991 „RTT gegen GB-Inno-BM SA“, Slg. 1991, I-5943, 5980f. (Rn. 19, 25). Im Urte. des EuGH v. 12.2.1992 „Königreich der Niederlande gegen Kommission“, Slg. 1992, 565, 627ff., wurde die Entscheidung der Kommission nur wegen formaler Fehler aufgehoben.

EuGH, Urte. v. 20.3.1985 „Italien gegen Kommission“, Slg. 1985, 873, 888 (Rn. 33), und EuGEL, Urte. v. 19.6.1997 „Air Inter SA gegen Kommission“, Slg. 1997, II-997, 1042 (Rn. 134f.), verweisen demgegenüber lediglich auf die jeweils mangelnde Darlegung der zu erwartenden wirtschaftlichen Probleme, was im Ergebnis gleichfalls die Ausdehnung der Monopole verhindert, dazu unten.

502 Siehe oben S. 143 Fn. 77 aaO Rn. 48-52. Siehe aber auch Kommission, Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste v. 28.6.1990, ABl. 1990 L 192, 10 (Erwägungsgrund 18).

503 EuGH, Urte. v. 8.6.1982 „L.C.Nungesser KG u.a. gegen Kommission“, Slg. 1982, 2015ff.

Entwicklung neuer Sorten einerseits, die, so scheint es, als besondere Aufgaben Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sein können, und der Vermarktung solchermaßen entwickelten Maissatgutes. Zumindest die Vermarktung des Maissatgutes sieht der EuGH nicht als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an⁵⁰⁴.

(ii) Annäherung an eine theoretische Ausdehnung auf angrenzende Märkte

Anders sieht dies in einem Urteil zur Zulässigkeit hoheitlich festgesetzter Flugtarife aus⁵⁰⁵. Der EuGH ließ hier zwar das Argument nicht gelten, daß die Gewinne von einer Strecke für Verluste auf anderen Strecken, an deren grundsätzlicher Bedienung ein allgemeines wirtschaftliches Interesse bestand, verwendet werden, begründete dies jedoch mit der fehlenden Transparenz der Tarifstrukturen. Dem folgt der EuGEI, wenn er in einem entsprechenden Urteil ausführt, die dort klagende Fluggesellschaft habe den drohenden Einnahmeverlust nicht beziffert und es sei daher nicht nachweisbar, welche anderen Flugstrecken im Falle der Erduldung des Wettbewerbs aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr beflogen werden könnten⁵⁰⁶. Beiden Urteilen ist gemein, daß sie im Ergebnis die Erbringung von Dienstleistungen, an denen ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, nur insoweit als rechtfertigend für wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ansehen, als dies unmittelbar die zur Erbringung dieser Dienstleistungen notwendigen Tätigkeiten betrifft. Die Entscheidungen lassen aber grundsätzlich die Möglichkeit offen, daß im Falle des ausreichenden Nachweises der tarifmäßigen Beziehung zwischen finanziell unterstützenden und unterstützten Flugstrecken eine Quersubventionierung nach dem Recht des Vertrages zulässig ist.

Mag man in diesen Entscheidungen noch kein Votum zugunsten einer Quersubventionierung, sondern eher ein Unentschieden sehen, so gesteht der EuGH dem wirtschaftlichen Gleichgewicht des eine Dienstleistung von besonderem wirtschaftlichen Interesse ausführenden Unternehmens in einem späteren Urteil eine erweiterte Bedeutung zu. Danach sollte das Briefmonopol in Belgien über den Basisbriefpostdienst, der auch allgemeine Eilbriefdienste einschließt,

504 Siehe EuGH, aaO (vorige Fußnote) S. 2056, Rn. 7f.

505 Siehe EuGH Ur. v. 11.4.1989 „Ahmed Saeed Flugreisen u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 853 (Rn. 56).

506 Siehe EuGEI, Ur. v. 19.6.1997 „Air Inter SA gegen Kommission“, Slg. 1997, II-997, 1042f. (Rn.134f., 139). v.Wilmowsky hält diesen Nachweis für schlichtweg unerbringbar, ZHR 155 (1991) S. 545, 554.

hinausgehende Dienstleistungen grundsätzlich nicht erfassen, sofern die Dienste der Konkurrenz „das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht in Frage stellen“⁵⁰⁷. In diesem Urteil spielt also die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des zu einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse verpflichteten Unternehmens sehr wohl eine wenn auch nur theoretische Rolle.

(iii) finanzielles Gleichgewicht als Ausdehnungsgrund

Deutlich für die Einbeziehung wirtschaftlicher Erwägungen im Rahmen einer Legalausnahme nach Art. 86 II EG spricht sich der EuGH schließlich in vier Urteilen aus, welche Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten abschlossen, die die Kommission wegen dort geltender Importmonopole zugunsten öffentlicher Strom- (und in einem Fall auch Erdgas-)versorgungsunternehmen angestrengt hatte⁵⁰⁸. Der EuGH gestattete den betroffenen Staaten, unter Berufung auf Art. 90 II EGV (nun 86 II EG) ihre Strommärkte im Ergebnis vollständig gegenüber Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten abzuschotten. Zwar ging es auf den ersten Blick nicht um die Ausdehnung der Tätigkeit von Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen, auf andere sachliche Märkte, sondern nur um Vorrechte in anderen räumlichen Märkten bei identischem sachlichen Markt. Tatsächlich aber ging es auch hier um eine Ausdehnung auf einen anderen sachlichen Markt, wenn man nicht nur die gehandelte „Ware“, nämlich den abgenommenen Strom, sondern auch die Umstände der jeweiligen Abnehmer berücksichtigt. Es war in den genannten Fällen davon auszugehen, daß Großabnehmer von Strom deutlich bessere Konditionen und Preise von den Stromlieferanten erhalten hätten, als dies bei den privaten Endverbrauchern der Fall ist. Dies legt eine Aufteilung des sachlich relevanten Marktes in einen Markt für Großabnehmer und einen für Kleinabnehmer nahe. So betrachtet wäre dann sehr wohl eine Ausdehnung auf einen anderen sachlich relevanten Markt Gegenstand der Urteile gewesen.

507 So EuGH, Urt. v. 19.5.1993 „Corbeau“, Slg. 1993, I-2533, 2569 (Rn. 19).

508 Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Königreich der Niederlande“, Slg. 1997, I-5699, 5780, Rn. 43; Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Italien“, Slg. 1997, I-5789, 5811 (Rn. 60); Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Frankreich“, Slg. 1997, I-5815, 5844 (Rn. 97); Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Spanien“, Slg. 1997, I-5851ff.

(iv) Interesse an einheitlicher, preiswerter Leistungserbringung („affordable prices“)

Besonders bei lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen wie Wasser, Strom und auch Krankenbehandlung findet sich immer wieder das Ziel, Leistungen zu einheitlichen, niedrigen Preisen zu erhalten. Bestes Beispiel ist die bereits erwähnte Stromversorgungsindustrie, bei welcher Wirtschaftsunternehmen als Großabnehmer auf einem freien Markt unterdurchschnittliche und damit (verglichen mit einem regulierten Markt) bessere Preise erzielen könnten⁵⁰⁹. Aber auch in den Flugtarif- bzw. Flugstreckenmonopolfällen beriefen sich die Luftverkehrsunternehmen jeweils darauf, daß sie die sich finanziell nicht selbst tragenden Strecken zu wirtschaftlich annehmbaren Tarifen zu bedienen verpflichtet seien⁵¹⁰.

(v) Standpunkte der Literatur

In der Literatur ist die neue Neigung des EuGH zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation betrauter Unternehmen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben der Leistung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse überwiegend auf Ablehnung gestoßen⁵¹¹. Es herrscht die Ansicht vor, daß die Freistellung von den Regeln des Vertrages nicht unternehmensbezogen, sondern nur marktbezogen ist⁵¹². Nur auf dem Markt der besonderen Dienstleistung müsse sich das Unternehmen nicht nach den Art. 81ff. EG richten. Angeführt wird als Kritikpunkt, daß sich der Vertrag mit dem Ziel der Schaffung freier Märkte gerade gegen eine Quersubventionierung verschiedener Tätigkeiten richte⁵¹³. Sofern dem Staat bzw. seiner Gesellschaft die Erfüllung bestimmter Dienstleistungen von Bedeutung ist, soll dies, wenn die Leistungserbringung im freien Wettbewerb wirtschaftlich nicht

509 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Italien“, Slg. 1997, I-5789, 5808 (Rn. 51, 53), wobei hier die geographische Lage in Italien den Effekt in einem freien Markt wohl verstärkt haben würde.

510 Siehe EuGEI, Urt. v. 19.6.1997 „Air Inter SA gegen Kommission“, Slg. 1997, II-997, 1043 (Rn. 139), wo wortwörtlich von „annehmbaren Tarifen“ die Rede ist; weniger deutlich im Urt. v. 11.4.1989 „Ahmed Saeed Flugreisen u.a. gegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“, Slg. 1989, 803, 853 (Rn. 55), wo lediglich von einer Bedienung aus Gründen des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses die Rede ist, aber nur eine solche zu annehmbaren Preisen gemeint sein kann.

511 Zustimmend etwa Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 37 unter Verweis auf das Urteil Corbeau; ferner (bereits vor den zitierten Urteilen) Hirsch/Burkert, in: Gleiss/Hirsch, (3.Aufl.) Art. 90 Rn. 16. Eine solche Quersubventionierung schon vor der Entwicklung der Rechtsprechung ablehnend Emmerich, EuR 1983, 216, 226.

512 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 52.

513 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 55; v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 563.

möglich ist, durch die sogenannte Zukaufslösung geschehen. Der Staat gleicht dem Unternehmen die diesem durch die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entstehenden Belastungen aus dem Fiskalaufkommen aus⁵¹⁴.

Begründen läßt sich diese Lösung über einen Zukauf an Leistungen neben der Tatsache, daß eine Beschränkung des Wettbewerbs auf nicht zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gehörenden Märkten von vornherein nicht stattfindet, damit, daß es sich bei diesen besonderen Aufgaben um solche mit Allgemeinlastcharakter handelt. Wenn die Allgemeinheit ein besonderes Interesse an einer bestimmten Art und Weise der Leistungserbringung hat, dann obliegt es auch der Allgemeinheit, die hieraus entstehenden Lasten zu tragen. Die staatlichen Ausgleichszahlungen seien daher auch keine Beihilfen für die betroffenen Unternehmen, sondern Gegenleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen mit Allgemeinlastcharakter, für welche der Staat seinen Aufgaben entsprechend aufkommt⁵¹⁵.

(vi) Einordnungsversuch zu Quersubventionierungen zwischen verschiedenen Märkten

Einfachste Methode einer Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Quersubventionierungen wäre die Abgrenzung über den sachlichen Markt. Die Verwendung von Gewinnen desselben sachlichen Marktes zur Abdeckung des gesamten räumlichen Marktes in einheitlicher Art und Weise wäre danach zulässig, die Verwendung von Gewinnen aus anderen sachlichen Märkten hingegen nicht⁵¹⁶. Dies wäre nicht nur einfach abzugrenzen, auch ist die Quersubventionierung innerhalb desselben sachlichen Marktes insofern weniger wettbewerbswidrig, als nur ein einziger sachlicher Markt von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen wird. Und schließlich erscheint es auf den ersten Blick auch gerecht, daß die Nachfrager auf diesem Markt gemeinsam für die einheitliche Versorgung wirtschaftlich aufkommen. Es wäre daher eine Umverteilungswirkung nur unter den

514 So v. Wilmowsky ZHR 155 (1991) S. 545, 568 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 10.3.1983 „Syndicat national des fabricants raffineurs... u.a. gegen Groupement d'intérêt économique „Inter-Huiles“ u.a.“ („Inter-Huiles“), Slg. 1983, 555, 566 (Rn. 13); ferner S. 565 (Verweis auf EuGH, Urt. v. 10.7.1984 „Campus Oil Limited u.a. gegen Minister für Industrie und Energie u.a.“, Slg. 1984, 2727, 2754 (Rn. 46).

515 v. Wilmowsky, aaO S. 549 sowie S. 568 (Fn. 88).

516 So wohl der Gedanke Emmerichs, s.o. Fn. 513.

„Verursachern“, zu deren Gunsten als Gruppe die Umverteilung erfolgt, zu verzeichnen. Allerdings leuchtet bei genauerer Betrachtung nicht ein, daß eine Umverteilung innerhalb eines sachlichen Marktes gerechter ist als eine Umverteilung innerhalb eines räumlichen Marktes über eng verbundene sachliche Märkte hinweg. Es wäre zumindest anzudenken, auch innerhalb eng verwandter sachlicher Märkte einen solchen Ausgleich zuzulassen. Dies liefe aber darauf hinaus, daß man über die Teilnahme an demselben (oder einem sehr eng verbundenen) Markt eine Verantwortlichkeit für die Finanzierung der Dienstleistungen von besonderem wirtschaftlichen Interesse konstruierte. Die Differenzierung zwischen verantwortungsnahen und verantwortungsfernen Märkten geriete zum entscheidenden und oftmals kaum lösbaeren Problem. Es muß keineswegs richtig sein, daß die Teilnehmer des besonderen Marktes überhaupt einen Teil der besonderen Finanzlast zu tragen hätten. In den Stromfällen etwa ist durchaus fraglich, ob stromintensive Industriezweige über den Umweg ihrer Stromrechnung stärker zugunsten privater Verbraucher belastet werden sollten als Industriezweige mit nur geringem Stromverbrauch. Dies ist nämlich das Ergebnis, wenn unter staatlichem Einfluß stehende Strommonopolisten ihren Strom nur zu einheitlichen Preisen zu liefern verpflichtet werden.

Beiden Fällen ist darüber hinaus gemein, daß sich kaum eine Abgrenzung vornehmen läßt, bezogen auf welchen Preis sich noch ein „allgemeines wirtschaftliches Interesse“ darlegen läßt und ab welchem Preis nicht mehr. Gibt ein Staat einen bestimmten Preis für eine Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet von „allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ an, so wird dies ein anderer Staat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vollkommen anders sehen.

Zwar gilt hier nicht der Wunsch des einzelnen Mitgliedstaates, sondern eine gemeinschaftsrechtliche Beurteilung⁵¹⁷, die Probleme der Verständigung auf einen solchen Wert bleiben dennoch und müßten in jedem einzelnen Falle durch die Gemeinschaftsorgane geklärt werden. Von einer ergebnisorientierten Betrachtung aus sind insbesondere die Urteile in den Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien, Spanien, Frankreich und die Niederlande wegen der Stromeinfuhrmonopole fatal. Denn diese Urteile gaben den genannten Staaten zu dieser Zeit faktisch die Möglichkeit, ihre nationalen Strommärkte vollkommen von Lieferanten aus anderen Staaten abzuschotten. Eine solche Lage ist gewiß nicht Ziel des Vertrages. Es spricht daher einiges für das Hilfsvorbringen der Kommission, daß nämlich die

517 Siehe oben S. 296.

Entwicklung des Handelsverkehrs in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Maße beeinträchtigt wird, auch wenn sich der Gerichtshof dem unter Verweis auf eine nach seiner Ansicht unzureichende Darlegung durch die Kommission nicht angeschlossen hat⁵¹⁸.

(vii) Eigener Ansatz einer Lösung zur Interessenberücksichtigung

Während die Auseinandersetzung, wie sie oben dargestellt wurde, sich hauptsächlich damit befaßt, ob den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen bei der Beurteilung einer Dienstleistung als von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zusteht, soll der Blick nochmals darauf gelenkt werden, welche Anforderungen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erfüllen muß. Die Mestmäckerische Definition⁵¹⁹ beschränkte sich bei der Frage nach dem Zweck darauf, daß es ein „rechtsverbindlich festgelegter, besonderer“ Zweck sein müsse. Auch die abwandelnde Erweiterung, daß es sich hierbei sinngemäß um eine allgemeinwohlbezogene Zwecksetzung im Gegensatz zur Verfolgung von Partikularinteressen handelt⁵²⁰, erleichtert die Entscheidung im Einzelfall nicht wesentlich.

Die Praxis geht anscheinend davon aus, daß bestimmte Dienstleistungen entweder von „allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ sind oder nicht. Von Interesse für die Allgemeinheit kann aber niemals der Vorgang der Leistungserbringung an sich sein. Es ist vielmehr der mit der Leistungserbringung herbeigeführte Erfolg, der für die Allgemeinheit von Interesse ist. Dieser Erfolg kann aber, je nach der Art der Durchführung der Leistungserbringung, sehr unterschiedlich sein. Demgemäß kann das Interesse der Allgemeinheit daran, daß eine Dienstleistung überhaupt erbracht wird, sehr groß sein, während die Art und Weise der Erbringung der Dienstleistung zweitrangig sein kann. Für die Frage, ob eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt, ist daher zunächst zu klären, auf welchen Aspekt des Leistungserfolges sich das besondere Interesse bezieht.

Hierbei lassen sich nach Meinung des Verfassers nach Sichtung der durch den EuGH entschiedenen Fälle grundsätzlich drei Stufen unterscheiden, die in

518 EuGH, Urt. v. 23. 10.1997 „Kommission gegen Königreich der Niederlande“, Slg. 1997, I-5699, 5786 (Rn. 68); Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Italien“, Slg. 1997, I-5789, 5812 (Rn. 64); Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Frankreich“, Slg. 1997, I-5815, 5848 (Rn. 112).

519 Siehe oben S. 295.

520 Siehe oben S. 295.

absteigender Reihenfolge eine Einschränkung der Wettbewerbsregeln zu rechtfertigen vermögen. Es sind dies :

- die bloße Sicherstellung der Leistungserbringung im räumlichen Gebiet der Allgemeinheit, i.E. des Staates,
- die Gleichartigkeit der Leistungserbringung im räumlichen Gebiet der Allgemeinheit und schließlich
- die der Leistungserbringung zu einem bestimmten (niedrigen) Preis im genannten Bereich.

Diese drei Ziele bauen regelmäßig (aber nicht zwingend) aufeinander auf.

(1) Sicherstellung der Leistungserbringung (Grundversorgung)

Die Sicherstellung der Leistungserbringung ist meist Hauptgrund für die Einräumung besonderer Rechte und deren Kehrseite, nämlich der Betrauung des bevorrechtigten Unternehmens mit der Aufgabe, Maßnahmen, die lediglich die Sicherstellung wichtiger Dienstleistung verfolgen und in ihren Wirkungen darüber nicht hinausgehen, bilden den Kern der Gründe, aus denen öffentlichen Unternehmen Aufgaben übertragen werden. Die Verfügbarkeit dieser Dienstleistungen für jedes einzelne Mitglied der Gemeinschaft ist selbst von Interesse. Das Ziel, allen Mitgliedern einer Gesellschaft die Inanspruchnahme solcher häufig lebensnotwendiger Leistungen zu ermöglichen, bedarf regelmäßig keiner weiteren Rechtfertigung. Es handelt sich dabei um den Fall, der unzweifelhaft von Art. 86 II EG erfaßt werden soll. Die sichere Leistungserbringung lebenswichtiger oder –notwendiger Güter ist praktisch immer eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Sofern aber Mitgliedstaaten durch die Einräumung von Dienstleistungsmonopolen an öffentliche Unternehmen eine Sicherstellung der Leistungserbringung erreichen wollen, beschränken sie sich in ihren Wirkungen zumeist nicht hierauf, sondern beziehen auch die Gleichartigkeit der Leistungserbringung in die Aufgabe des öffentlichen Unternehmens mit ein. Fälle, die sich auf die bloße Sicherstellung der Leistungserbringung beschränken, dürften regelmäßig keine Wettbewerbsbeschränkung, sondern nur Subventionsproblematiken beinhalten. Denn die Verpflichtung eines Unternehmens zur Leistungserbringung auch in wirtschaftlich nicht lohnenden Fällen wird nur dazu führen, daß diesen Unternehmen die finanziellen Mehrbelastungen ausgeglichen werden müssen, ist

also letztlich nur eine Frage des Flusses von Finanzmitteln an das Unternehmen, ohne daß darüber hinausgehend der Wettbewerb beeinflußt wird.

(2) Gleichartigkeit der Leistungserbringung (einheitliche Grundversorgung)

Verfolgt der Mitgliedstaat darüber hinaus auch den Zweck, nicht nur die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen, sondern auch die Erbringung der Dienstleistung zu im gesamten Hoheitsgebiet einheitlichen Konditionen, insbesondere zu gleichen Preisen, herbeizuführen, so ist das Interesse an der Einheitlichkeit der Leistungserbringung zu untersuchen. Diese Problematik stellt sich ursprünglich bei Leistungen mit infrastrukturellen Anforderungen, welche die Leistungserbringung in einem Gebiet teurer machen als in einem anderen Gebiet, etwa der Stromversorgung, dem Fernmeldedienst und dem Postdienst. So sind beispielsweise die Kosten des Betriebes eines Telefonnetzes in einer Stadt deutlich geringer als auf dem Land. Das Monopol der staatlichen Telefongesellschaften im Festnetz ist daher immer wieder damit zu begründen versucht worden, daß nur so die Leistungserbringung des Basisgesprächsdienstes zu gleichen Preisen sichergestellt werden könne. Tatsächlich ist festzustellen, daß nach der Öffnung des Marktes für Basisgesprächsdienste in Deutschland verschiedene Telefongesellschaften sich auf den Ausbau eines Telefonnetzes in dichtbesiedelten Großstädten beschränkten. Die Befürworter solcher Monopole scheinen sich daher bestätigt sehen zu können. Es ist aber dennoch angebracht, die Gleichartigkeit der Leistungserbringung an sich als legitimes Ziel der Mitgliedstaaten zu hinterfragen. Denn keineswegs bei jeder Dienstleistung, auf die Mitglieder einer Gesellschaft in irgendeiner Form angewiesen sind, ist es erforderlich, daß diese Leistung auch für alle gleich teuer sein muß. Für den Basisferngesprächsdienst ist dies beispielsweise nach Ansicht des Verfassers nicht einzusehen. Sofern Bewohner ländlicher Gebiete hiervon Gebrauch machen wollen, kann es ihnen durchaus zugemutet werden, dafür in gewissem Rahmen einen höheren Preis zu bezahlen. Denn oftmals profitieren diese Bewohner auch von den auf dem Land niedrigeren allgemeinen Lebenshaltungskosten. Dies läßt sich auch auf andere Bereiche ohne weiteres übertragen. Im Gegenzug sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Anwendung der von den Befürwortern solcher Monopole geltendgemachten Argumente zu geradezu absurden Ergebnissen führen. So ließe sich durchaus darlegen, daß auch Wohnungen für nahezu jede Gesellschaft von einer solchen Bedeutung sind, daß man sie als Wirtschaftsgüter von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

bezeichnen könnte. Denn die Bedeutung des Wohnraums ist für die Bedürfnisse des Menschen sicherlich gewichtiger als die der Telekommunikation. Dennoch würde kaum jemand auf die Idee kommen, daß die Vermietung von Wohnungen monopolisiert werden müßte, damit gleichgroße Mietwohnungen im städtischen und im ländlichen Gebiet zu vergleichbaren Preisen anmietbar sind. Anders sieht dies beispielsweise bei Gesundheitsleistungen aus. Insofern ist ein Rechtsgut betroffen, welches ungleich höher zu bewerten ist als das Interesse an einem Telefonanschluß oder an Mietraum. Deswegen ist auch das Interesse der Allgemeinheit daran, diesbezügliche Leistungen der gesamten Bevölkerung zu einheitlichen Preisen verfügbar zu halten, ein anderes. Den Hintergrund für solche Eingriffe in die Leistungserbringung bilden daher Situationen, in denen die Einheitlichkeit der Bedingungen von erheblicher Bedeutung für den Zustand und die Lage der Allgemeinheit ist. Als Fazit läßt sich sagen, daß die Gleichartigkeit der Leistungserbringung nur dann in das allgemeine wirtschaftliche Interesse einzubeziehen ist, wenn es sich bei der Dienstleistung um eine solche handelt, die ein besonders wichtiges Gut betrifft, bei welchem gesellschaftspolitisch nicht zumutbar scheint, daß unterschiedliche Leistungsqualitäten innerhalb des Gebietes eines Staates bestehen können. Denkbare Beispiele hierfür sind neben der Gesundheitsversorgung das Schulwesen u.ä., aber auch die Stromversorgung, sofern andernfalls erheblich differierende Preise zu erwarten sind, die die einheitliche wirtschaftliche Entwicklung eines Landes in Frage stellen.

(3) Leistungserbringung unter Marktpreis

Schließlich bleibt als dritte Stufe die Leistungserbringung zu einem bestimmten (niedrigen) Preis. Dieser Preis soll nach der Zielsetzung der Betrauenden niedriger sein, als es der Marktpreis bei Leistungserbringung zu einheitlichen Konditionen an sich zuläßt. Die Erreichung dieses Zwecks setzt einen massiven Eingriff in den Markt voraus. Auch im Falle eines Monopols auf dem Markt wird dieser unter dem Preis bei freien Marktbedingungen liegende Preis nicht erreicht, sofern nicht dem Unternehmen anderweitige Einkünfte (Leistungen des Staates oder Einkünfte etwa aus anderen sachlichen Märkten) zur Verfügung stehen. Es stellt sich die Frage, worin das Interesse eines Staates oder der ihn tragenden Gesellschaft liegen kann, daß für eine Dienstleistung oder Ware ein bestimmter niedriger Preis gilt. Natürlich ist es aus volkswirtschaftlicher Sicht wünschenswert, daß Leistungen zu einem möglichst niedrigen Preis verfügbar sind, da dann eine maximale Wertschöpfung durch die entsprechende Wirtschaftsstufe erreicht wird. Dies

bezieht sich jedoch darauf, daß sich ein solcher niedriger Preis aus Angebot und Nachfrage selbst ergibt.

Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse zur Erbringung einer Leistung unter dem für einen ganzen Staat berechneten Durchschnittspreis wird demgegenüber nicht gegeben sein. Das Interesse kann sich, anders formuliert, grundsätzlich nicht darauf beziehen, daß eine Leistung zu einem bestimmten niedrigen Preis angeboten wird.

(viii) Zusammenfassung

Die vorangegangene Darstellung ist ein Versuch, die Auslegung der Reichweite der Befreiung von den Vorschriften des Vertrages, insbesondere der Vorschriften für Unternehmen, an den hinter dem Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ stehenden Zwecken und Zielen auszurichten. Sie gründet auf der Überzeugung, daß eine „einfache“ Nennung der Dienstleistung in undifferenzierter Weise selten den das allgemeine Interesse begründenden Aspekt hinreichend deutlich wiedergibt. Bezogen auf dieses jeweils genau zu umschreibende Interesse ist zu prüfen, ob die dem jeweiligen Unternehmen in Bezug auf dieses Interesse übertragene Aufgabe verhindert wird.

Eine solche Vorgehensweise entspricht zum einen dem Grundgedanken der Vorschrift, nämlich einer Abwägung zwischen den (genau erfaßten) Interessen der Mitgliedstaaten und denen der Gemeinschaft andererseits. Allerdings wird auf diese Art und Weise so etwas wie eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bereits auf Tatbestandsebene durchgeführt. Denn die so durchgeführte Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ bewertet implizit schon das Interesse des Mitgliedstaates, wobei die Prüfung freilich nicht bezogen auf den eher abstrakten Begriff des „Interesses der Gemeinschaft“ iSd Art. 86 II 2 EG erfolgt, sondern vielmehr in einer Art generellen Zweckberechtigungsprüfung. Qualitativ besteht jedoch kein großer Unterschied zu der überkommenen Prüfung des „allgemeinen wirtschaftlichen Interesses“, da auch hier letztlich durch die einheitliche Auslegung als Begriff des europäischen Rechts eine für die Mitgliedstaaten verbindliche Wertung darüber getroffen wird, ob es sich möglicherweise um nach Art. 86 II EG privilegierte Bereiche handelt. Den Mitgliedstaaten ist, mit anderen Worten, auch hier eine eigenständige und unüberprüfbare Bewertung einer Dienstleistung als von

allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht gestattet, es handelt sich auch hier um eine (freilich weniger differenzierte) Zweckberechtigungsprüfung. Durch diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erfolgt keine Einschränkung des Handlungsraumes der Mitgliedstaaten. Den Mitgliedstaaten steht es, wenn sie gewisse Dienstleistungen zu einem gewissen Preis in ihrem Hoheitsgebiet verfügbar machen wollen, frei, durch Subventionen, steuerliche Vergünstigungen u.ä. tätig zu werden (sog. Zukaufslösung). Daß die Staaten dabei den Beihilfevorschriften der Art.87f. EG unterliegen, liegt in der Natur der Sache und entspricht den Zielen des Vertrages.

Dieser Lösungsansatz der Auslegung des Art.86 II EG setzt enge Grenzen für die Anwendung der Legalausnahme. Jedoch ist zum einen zu berücksichtigen, daß die stets betonte enge Auslegung des Art. 86 II EG wegen seiner Eigenschaft als Ausnahme von den Regeln des Vertrages wörtlich genommen wird, zum anderen bedingt die Integration der Märkte, die dem Grundsatz nach ja auch für öffentliche Unternehmen ganz bewußt gewollt ist, daß einheitliche Marktregeln im gesamten Gebiet des Gemeinsamen Marktes gelten. Es sei daran erinnert, daß Art. 86 II EG nach ganz überwiegender Ansicht gerade keine Bereichsausnahme ist, sondern nur eine eng begrenzte Legalausnahme. Daß eine solche Auslegung den Mitgliedstaaten (vor allem soweit sie einen starken öffentlichen Wirtschaftssektor haben) nicht gefällt, steht dabei ganz außer Zweifel, da Art. 86 EG in seiner Gesamtheit nicht unternehmerischem, sondern staatlichem Tätigwerden Fesseln anlegt. Aber allein aus diesem Grunde sollte man sich nicht veranlaßt sehen, Art. 86 II EG weiter auszulegen, als es die Systematik des Vertrages und die Funktion der Norm nahelegen. Sofern dieses Ergebnis den Erwartungen der Mitgliedstaaten nicht entspricht, besteht die Möglichkeit, durch Änderungen des Vertrages abweichende Regelungen zu treffen.

5) Vorrang der Freistellung

Es taucht nun die Frage auf, wie das Verhältnis des Art. 86 II EG zu Art. 81 III EG (Freistellung bestimmter Wettbewerbsbeschränkungen durch die Kommission) zu beurteilen ist. Beide Vorschriften befassen sich mit Ausnahmen von der Geltung des Vertrages. Öffentliche Unternehmen könnten daher von vornherein Freistellungsgesuche nach Art. 81 III EG unterlassen, sofern sie davon ausgehen können, daß sie unter die Ausnahmevorschrift des Art. 86 II EG fallen. Dies würde dazu führen, daß in der Praxis Art. 86 II EG, zumindest soweit dessen

Voraussetzungen vorliegen, die allgemeinere Norm des Art. 81 III EG verdrängt. Tatsächlich soll aber die Geltendmachung der Ausnahme nach Art. 86 II EG voraussetzen, daß vorher alle im Vertrag vorgesehenen Verfahren für Freistellungen durchlaufen worden sind⁵²¹. Dies soll offensichtlich sicherstellen, daß auch die öffentlichen Unternehmen sich an das ordnungsgemäße Verfahren zur Legalisierung ihrer den Wettbewerb beschränkenden Maßnahmen halten. Einen etwas anderen Ansatz verfolgt *Hochbaum*, der die in Art. 81 III EG für eine mögliche Freistellung relevanten Tatsachen im Rahmen des Art. 86 II EG nicht mehr berücksichtigt sehen will⁵²². Stützen läßt sich eine solche Erwägung der Subsidiarität des Art. 86 II EG vor allem auf den Charakter der Norm als den eines letzten Auswegs. Andererseits ist dem Tatbestand der Vorschrift selbst nicht zu entnehmen, daß ihre Wirkung nur subsidiär sein soll. So würde es auch praktisch wenig Sinn machen, ein Verfahren gegen ein Unternehmen zu eröffnen, welches offensichtlich mit der Leistung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, nur weil dieses nicht die (zusätzlich noch rechtlich mögliche) Freistellung beantragt hat. Die Wirkungsweise des Art. 86 II EG als Norm ohne Ermessensspielraum spricht dafür, daß eine ermessensabhängige Freistellung nach Art. 81 III EG nur nachrangig zum Einsatz kommt.

Es handelt sich vorwiegend um eine prozessrechtliche Auseinandersetzung. Denn letztlich geht es darum, inwieweit die öffentlichen Unternehmen die Formalien des Art. 81 III EG außer Betracht lassen können. Für die hier interessierende Frage, ob (unabhängig von einem konkreten Verfahren) materiellrechtlich die Voraussetzungen der Legalausnahme des Art. 86 II EG vorliegen, bleibt dies außer Betracht.

6) Grenzen der Befreiung von den Vorschriften für Unternehmen (Art. 86 II 2 EG)

Art. 86 II 2 EG legt schließlich fest, daß eine Befreiung von der Geltung der Vorschriften des Vertrages nicht in Betracht kommt, sofern die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt wird. Die Norm soll die Ausnahmen von der Geltung des

521 GA Lenz, Schlußanträge v. 24.9.1985 „Asjes u.a.“, Slg. 1986, 1425, 1445; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 53; Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214; Mestmäcker, RabelsZ 52 (1988) S. 526, 568 (unten).

522 Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 66.

Vertrages auf das für die Zwecke des Vertrages verträgliche Maß reduzieren, es handelt sich also rechtlich gesehen um eine Schrankenschanke⁵²³. In diesem Zusammenhang wird oftmals der Begriff der „Interessenabwägung“ bemüht⁵²⁴, was nicht ganz richtig ist, da nicht zweierlei Interessen miteinander abgewogen werden, sondern nur das Interesse der Gemeinschaft zur Debatte steht und das Urteil dem Wortlaut der Norm nach gerade nicht von einem zweiten Interesse abhängig ist. Art. 86 II 2 EG bringt unmißverständlich zum Ausdruck, daß im Falle der Beeinträchtigung des Interesses der Gemeinschaft eine Legalausnahme zwingend nicht erfolgen kann, ohne daß das Interesse des Mitgliedstaates zu untersuchen wäre⁵²⁵. Die praktische Bedeutung der Schrankenschanke ist bislang eher gering⁵²⁶, was sicherlich auch damit zusammenhängt, daß der Gerichtshof zumeist schon die Voraussetzungen des Art. 86 II EG als nicht gegeben angesehen hat⁵²⁷.

Der Begriff der „Entwicklung des Handelsverkehrs“ ist nicht deckungsgleich mit dem der „Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ des Art. 81 I EG. Unmaßgeblich ist daher, daß gerade grenzüberschreitender Handel durch die Maßnahme betroffen ist⁵²⁸. Das Interesse der Gemeinschaft soll den Zielen und Grundsätzen des Vertrages, also vor allem den wesentlichen Grundsatznormen, entnehmbar sein⁵²⁹. Uneinigkeit herrscht, insbesondere in der Literatur, über die Weite der Auslegung der Norm. Zwar ist unbestritten, daß der Ausschluß von Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des Marktes verhindert werden soll⁵³⁰, umstritten ist aber, ob schon gemeinschaftsweite Auswirkungen allein auf den durch die konkrete Maßnahme unmittelbar betroffenen Handelsverkehr ausreichend sein sollen, um das Interesse der Gemeinschaft hinlänglich zu beeinträchtigen⁵³¹. Theoretisch könnte hiernach auch eine erhebliche Beeinträchtigung eines sachlich nur sehr kleinen und für den übrigen Handelsverkehr vollkommen unwichtigen Marktes zur Anwendung der Schranken-Schanke und damit zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führen. Nach der Gegenmeinung soll dies allein nicht ausreichen. Es soll

523 So Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 61.

524 Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 90 Rn. 45, Hirsch, in: Gleiss/Hirsch, (3. Aufl.) Rn. 17; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 55.

525 So wohl auch Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 59 a.E.

526 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 61. A.A. Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 215.

527 Vgl. hierzu v. Wilmsowsky, ZHR 155 (1991) S. 545, 553f.

528 Siehe Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 55.

529 Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 63; Jungbluth, in: Langen/Bunte, Art. 90 Rn. 46; Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 58.

530 Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 61.

531 So Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 62.

vielmehr die Auswirkung am gesamten, alle Märkte umfassenden Handelsaufkommen gemessen werden⁵³². Demgemäß würden Ausschlüsse jeglichen Wettbewerbs auf kleineren, sachlich unbedeutenderen Märkten immer noch nicht zu einer die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigenden Entwicklung des Handelsverkehrs führen⁵³³.

Die Weite der Auslegung hängt hier von der wettbewerbsordnungspolitischen Ansicht des Betrachters ab. Denn während die Befürworter einer Prüfung der Auswirkungen auf den gesamten Gemeinsamen Markt unter Einschluß aller Produkte behaupten, daß andernfalls der Vorschrift des Art. 86 II EG kein Anwendungsbereich verbliebe⁵³⁴, ist die Gegenseite der Meinung, daß das Tatbestandsmerkmal weit ausgelegt jegliche begrenzende Funktion verlöre und daher nicht im Einklang mit dem Charakter des Art. 86 II EG als Ausnahmeregelung stünde⁵³⁵. So kommt es, daß das jeweilige Credo einer „richtigen“ Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft entscheidend für die Lesart ist. Wegen der Eigenschaft des Art. 86 II 2 EG als nie auszuräumendes Hindernis für staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeeinträchtigungen hat die Vorschrift zumindest theoretisch immense Auswirkungen auf die Vorschriften für Unternehmen insgesamt. *Ehrlicke* nennt die Auslegung des Begriffs des „Interesses der Gemeinschaft“ daher einen Indikator für die Weite der Auslegung der Ausnahmeregelung insgesamt⁵³⁶. Es verbindet sich mit der Norm das Problem, daß die Intention der Signatarstaaten des Vertrages wegen deren Uneinigkeit kaum zur Auslegung herangezogen werden kann. Ziel des EG-Vertrages ist jedoch unstrittig die Integration der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, also die Herstellung eines unbeschränkten, grenzüberschreitenden Handels. Die Auslegung des Art. 86 II 2 EG muß sich also daran orientieren, daß die grundsätzliche Integration der Märkte nicht in Frage gestellt werden darf.

Relevante Gesichtspunkte für die Bestimmung des Ausmaßes einer Beeinträchtigung durch eine Wettbewerbsbeschränkung sind einerseits das Ausmaß der Beschränkung auf den jeweiligen Märkten und andererseits die Bedeutung dieser Märkte für die Belange der Gemeinschaft. Eine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Ausmaß liegt nicht bereits deswegen vor, weil für ein Produkt jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen wurde. Das

532 So Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 55 a E.; Fesenmair V. D. 1. (S. 213).

533 Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), Art. 90 Rn. 57.

534 Siehe Pernice, in: Grabitz/Hilf (Maastricht-Fassung), aaO.

535 Siehe Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 62.

536 Siehe Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 215. Ebenso Fesenmair, V. D. 2. (S. 214).

Interesse der Gemeinschaft ist mit anderen Worten nicht mit dem Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb für jedes einzelne Produkt gleichzusetzen. Insoweit ist das Argument, daß andernfalls Art. 86 II 2 EG keinen Anwendungsbereich hätte, sicherlich richtig. Auch die Formulierung „Entwicklung des Handelsverkehrs“ scheint eher einen globalen Bezug zu haben, als daß nur die Auswirkungen auf einem einzigen Produktmarkt erfaßt sein sollen.

Dennoch kann eine Beeinträchtigung in einem dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufenden Ausmaß nicht erst dann angenommen werden, wenn die Gesamtheit des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs hierdurch in Frage gestellt würde. Dies ergibt sich nicht erst aus dem Charakter der Norm als Ausnahmeregelung und der sich dadurch ergebenden engen Auslegung. Die (freilich rein theoretische) Situation unterstellt, daß verschiedene Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 86 II EG von der Geltung der Vorschriften für Unternehmen freigestellt wären, ohne daß jede einzelne dieser Wettbewerbsbeschränkungen für sich die Gesamtheit des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs beeinträchtigte, bliebe nämlich immer noch die Frage, ob nicht alle Wettbewerbsbeschränkungen kumuliert eine solche Wirkung hätten. Eine entsprechende Anwendung der Bündeltheorie⁵³⁷ hätte zur Folge, daß plötzlich alle, die vorher in den Genuß der Regelung des Art. 86 II EG kamen, nun gegen die Vorschriften des Vertrages verstießen. Selbst wenn man (der Bündeltheorie weiter folgend) anhand der „Verursachungsbeiträge“ nur die gewichtigsten unter ihnen erfassen wollte, stünde man vor einem wegen der Unübersichtlichkeit der Gesamtheit der Märkte kaum lösbaren Problem. Schließlich stünden die Unternehmen und (mittelbar auch) die Mitgliedstaaten vor dem Problem, daß sie selbst stets die kumulativen Auswirkungen ihres eigenen Verhaltens und das aller anderer (auch der branchenfremden) Unternehmen erfassen müßten, um zu wissen, ob für sie selbst die Voraussetzungen des Art. 86 II 2 EG noch vorliegen. Wollte man aber die Bündeltheorie hier von vornherein nicht anwenden, so wäre das Entstehen einer Vielzahl von Wettbewerbsbeschränkungen möglich, die zusammen die Integration der nationalen Märkte in Frage stellten, jede für sich genommen aber nicht gewichtig genug wären, um der Schrankenschanke des Art. 86 II 2 EG zu unterfallen. Diese Situation wäre mit dem Sinn und Zweck des Vertrages sicherlich nicht vereinbar.

Eine praktikable Lösung wird sich weder an den Auswirkungen auf den gesamten Gemeinsamen Markt orientieren können, noch wird sie sich allein auf die betroffenen

537 Siehe dazu oben S. 252.

Märkte beschränken dürfen. Sie muß vielmehr bemüht sein, einen vermittelnden Standpunkt einzunehmen, der die Bedeutung der betroffenen Märkte für den Wettbewerb berücksichtigt, ohne eine Beeinträchtigung des gesamten Handels für erforderlich zu halten. Die sich aus dem Begriff des „Interesses der Gemeinschaft“ ergebenden Probleme sind bislang fast ausschließlich theoretischer Natur. Im Falle des Relevantwerdens liegt hier daher ein gänzlich ungeklärtes Rechtsproblem. Sollten Gerichte oder Behörden der Mitgliedstaaten mit der Auslegung des Begriffs tatsächlich befaßt werden, ist mit erheblich sich unterscheidenden Auslegungen zu rechnen. Mit gutem Grund entsprach es daher früher der allgemeinen Ansicht, daß nur die Kommission den Begriff des „Interesses der Gemeinschaft“ auslegen konnte⁵³⁸.

7) Festbetragswesen und Legalausnahme des Art. 86 II EG

Der oben festgestellte Verstoß durch die Festsetzung von Festbeträgen gegen Art. 81 I EG wäre nach Art. 86 II EG gegenstandslos, wenn die gesetzlichen Krankenkassen bzw. ihre Verbände bei der Festsetzung Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verfolgten, mit deren Durchführung sie betraut wurden und deren Erbringung die Anwendung des Kartellrechts verhindern würde.

a) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Zunächst ist Voraussetzung für die Legalausnahme des Art. 86 II EG, daß überhaupt eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt. Die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen regeln durch die Festsetzung der Festbeträge einerseits ihre Leistungspflicht im Innenverhältnis zu ihren Versicherten, andererseits auch (wie festgestellt) mittelbar die Leistungsbeziehung zwischen der pharmazeutischen und der Hilfsmittelindustrie und den einzelnen Krankenkassen, insbesondere deren Stellung als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln. Von Interesse ist hier weniger die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung im Wettbewerb um Versicherte durch einheitliche Festlegung von Festbeträgen, sondern der zweite Punkt, der Einfluß auf die Nachfragestellung der gesetzlichen Krankenkassen.

⁵³⁸ So auch immer noch die h.L., siehe Hochbaum, in: GTE, Art. 90 Rn. 73; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 37, 90 D Rn. 39.

Grundsätzlich muß die Nachfrage der gesetzlichen Krankenkassen nach Arznei- und Hilfsmitteln eine Tätigkeit von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sein, wenn die Ausnahme von der Geltung der Wettbewerbsregeln nach Art. 86 II EG hier anwendbar sein soll. Dies wäre insoweit vorstellbar, als es mittelbar um die qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung zu einem kostengünstigen Preis geht. Diese Herstellung bestmöglicher allgemeiner „Volksgesundheit“ auch durch Arznei- und Hilfsmittelleistungen ist ein wirtschaftliches Interesse, welches zudem auch zugunsten der Allgemeinheit, also nicht nur zur Befriedigung von Partikularinteressen, verfolgt wird. Für eine genaue Untersuchung ist es jedoch erforderlich, die verschiedenen hier angesprochenen Märkte voneinander zu trennen. Die medizinische Versorgung der versicherten Bevölkerung stellt einen Markt dar, nämlich das Angebot von Krankenversicherungsleistungen an die Versicherten. Die sich aus dem Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung ergebende Nachfrage der gesetzlichen Krankenkassen nach den zur Erfüllung ihrer Leistungspflichten erforderlichen Waren und Dienstleistungen ist hingegen ein anderer Markt. Aus der Sicht der Krankenkassen ist ersterer Markt ein Angebotsmarkt, zweiterer hingegen ein Nachfragemarkt. Die dort getätigte Nachfrage dient der Sicherstellung des Angebots in seiner Ausprägung durch den Sachleistungsgrundsatz.

(i) Die Versorgung der Versicherten mit Gesundheitsleistungen

Die Versorgung der Versicherten mit Gesundheitsleistungen erfolgt in einer Art und Weise, welche die wirtschaftlichen Interessen der Krankenkassen unter die Versorgung einzelner Patienten unterordnet. Den Krankenkassen wird mit anderen Worten auch die Versorgung solcher Versicherter aufgegeben, deren Beiträge die für sie erforderlichen Aufwendungen nicht zu decken vermögen. Die Versorgung mit Krankenversicherungsleistungen selbst verfolgt den bereits erwähnten Zweck der Erhaltung der „Volksgesundheit“ durch eine hochwertige medizinische Versorgung. Hierhinter stehen auch Ziele des sozialen Ausgleichs und des Erhalts der Solidarität in der Bevölkerung, sowie einer gedeihlichen Entwicklung des allgemeinen Wohls. Die Gesellschaft selbst hat insoweit ein Interesse daran, daß alle ihre Mitglieder eine entsprechende Versorgung erfahren. Die Versorgung mit Krankenversicherungsleistungen kann aus diesen Gründen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bezeichnet werden.

Fraglich ist, worauf genau sich das allgemeine Interesse hier bezieht. Entsprechend

der oben genannten Aufteilung kommt in Betracht allein die Sicherstellung der Leistungserbringung (Grundversorgung) oder zusätzlich die Sicherstellung einheitlicher Leistungsbedingungen (einheitliche Grundversorgung) im gesamten Gebiet der Bundesrepublik. Das Ziel der gesetzlichen Krankenversicherung selbst ist es, daß nicht nur im gesamten Hoheitsgebiet Krankenversicherungsleistungen überhaupt angeboten werden, sondern daß diese Leistungserbringung auch in allen Regionen und für alle Versicherten zu möglichst einheitlichen Bedingungen erfolgt. Die Wirkung des Beitragssystems der gesetzlichen Krankenversicherung geht gegenüber den Versicherten sogar noch über die reine einheitliche Leistungserbringung hinaus, da die Gegenleistung noch nicht einmal für alle Versicherten identisch, sondern jeweils bezogen auf die Leistungsfähigkeit ausgestaltet ist. Dieses Ziel einer einheitlichen Grundversorgung der gesamten Bevölkerung hat seine Rechtfertigung darin, daß die medizinische Versorgung des einzelnen für diesen eine herausragende Bedeutung hat. Ungleiche Möglichkeiten der medizinischen Versorgung würden die Gesellschaft polarisieren und so den gesellschaftlichen Zusammenhalt beseitigen. Eine Aufspaltung der Gesellschaft in zwei Gruppen, nämlich diejenigen, die sich eine medizinische Versorgung dennoch leisten können, und denjenigen, die dazu nicht in der Lage sind, wäre die Folge. Eine solche Situation war nicht zuletzt auch ursprünglich der Grund für die Schaffung der gesetzlichen Krankenversicherung gewesen⁵³⁹. Diese Aufspaltung zu verhindern, ist im Interesse der gesamten Gesellschaft, nicht nur im Interesse des Teils, der dadurch unmittelbar profitiert. Aus diesem Grund läßt sich als Ergebnis festhalten, daß die einheitliche Versorgung der gesamten Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist.

(ii) Die Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln

Fraglich ist, ob auch die Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist. Dies scheint zunächst nahe zu liegen, da im gegenwärtigen, vom Sachleistungsprinzip geprägten Gesundheitssystem die Beschaffung von Arznei- und Hilfsmitteln die notwendige Kehrseite der Gewährung solcher Mittel an die Versicherten ist.

Dennoch ist sehr wohl zu differenzieren. Aus der Eigenschaft als Kehrseite des

539 Vgl. die Beweggründe für die „Kaiserliche Botschaft“, die am Anfang der Schaffung des deutschen Sozialversicherungswesens stand, bei Schlenker, in: Schulin/Krankenversicherungsrecht § 1 Rn. 17f.

Sachleistungsprinzips folgt nicht zugleich auch die Eigenschaft als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Denn nicht das Sachleistungsprinzip per se ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, sondern nur die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen. Für einen solchen Leistungserfolg ist das Sachleistungsprinzip zwar nützlich, aber keineswegs zwingend erforderlich. Die Sicherstellung der Leistungserbringung könnte ebenso durch gesetzliche Abgabeverpflichtungen der Leistungserbringer erfolgen, in denen den Leistungserbringern die Gewährung der Leistungen unter bestimmten, genau definierten Voraussetzungen aufgegeben wird. Hierfür wäre es gerade nicht erforderlich, daß die gesetzlichen Krankenkassen selbst als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln auftreten. Wenn aber die Nachfrage durch die gesetzlichen Krankenkassen zwingende Folge nur des Sachleistungsprinzips, nicht aber der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen ist, liegt es nahe, daß die Nachfrage durch die Krankenkassen selbst **keine** Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist. Denn eine eigene, nur mit der Nachfrage verbundene Wirkung zugunsten der Allgemeinheit ist ihr nicht zu eigen.

Hiervon zu trennen ist eine andere Frage, nämlich ob aus der Eigenschaft der Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eine Befreiung nach Art. 86 II EG auch der Tätigkeit auf einem anderem Markt, nämlich dem Nachfragemarkt für Arznei- und Hilfsmittel, erfolgen kann. Das betrifft aber lediglich den Umfang der Befreiung gemäß Art. 86 II EG von den Vorschriften für Unternehmen⁵⁴⁰. Zunächst geht es nur um die Frage, ob die Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln **selbst** eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist. Dies ist aus den oben dargelegten Gründen jedoch nicht der Fall.

b) Betrauung

Die Kodifikation des gesetzlichen Krankenversicherungswesens weist den gesetzlichen Krankenkassen die Aufgabe der Erhaltung, Wiederherstellung oder Besserung des Gesundheitszustandes der Versicherten zu, § 1 SGB V. Dies geschieht vorrangig durch die Leistungen der Krankenkassen, § 2 SGB V. Insbesondere in der Verpflichtung, Versicherte unabhängig von ihrem

⁵⁴⁰ Dazu oben S. 301.

Gesundheitszustand aufzunehmen und keine Person abzulehnen, die zu dem Personenkreis gehört, dem sich die Krankenkasse geöffnet hat, kommt die Unterordnung des wirtschaftlichen Interesses der Krankenkassen unter das Wohl der Versicherten zum Ausdruck. Das SGB V hat die Rechtsform eines ordentlichen Gesetzes. Unabhängig von den Streitigkeiten um die erforderliche Form einer Betrauung handelt es sich beim SGB V daher in jedem Falle auch um eine zur Betrauung iSd Art. 86 II EG fähige Rechtsnorm. Vorliegend sind die gesetzlichen Krankenkassen folglich kraft Gesetzes mit der Erbringung von Krankenversicherungsleistungen an ihre Versicherten betraut.

c) Verhinderung/Befreiung von den Regeln des Vertrages

Da die Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln keine eigene Bedeutung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hat, hier aber nur diese Nachfrage und nicht die Stellung der gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter von Krankenversicherungsleistungen von Interesse ist, stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen im Falle der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Festsetzung der Festbeträge am Anbieten von Krankenversicherungsleistungen zu einheitlichen Bedingungen gehindert wären.

(i) Bei Begrenzung auf marktbezogene Befreiung

Sofern man mit der herrschenden Ansicht in der Literatur nur eine marktbezogene Befreiung von den Vorschriften für Unternehmen zulässt, kann die Eigenschaft der Dienstleistungen gegenüber den Versicherten als von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse keine Ausnahme der Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln von den Regeln des Vertrages bewirken. Die Voraussetzungen des Art. 86 II 1 EG lägen danach nicht vor.

(ii) Bei Entbindung von den Regeln des Vertrages auch auf anderen Märkten

Zu einem anderen Ergebnis kann man allerdings gelangen, wenn man mit dem EuGH dem wirtschaftlichen Gleichgewicht solcher Unternehmen eine erhebliche Bedeutung zumißt, so daß es Befreiungen von den Regeln des Vertrages auch auf mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht unmittelbar verbundenen Märkten rechtfertigt. Die Ersparnisse der gesetzlichen Krankenkassen bei der Nachfrage nach Arznei- und Hilfsmitteln durch die Begrenzung der

Leistungspflicht auf den Festbetrag sind insoweit Gewinnen auf anderen Märkten gleichzusetzen. Es besteht kein qualitativer Unterschied zu der Situation, daß die gesetzlichen Krankenkassen durch gänzlich andere Tätigkeiten reale Gewinne erzielen, die sie dann zum Bestreiten der ihnen übertragenen Aufgabe der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, nämlich der gesetzlichen Krankenversicherung, verwendeten. Dies ergibt sich daraus, daß maßgeblicher Gesichtspunkt für die Bedeutung des anderen Marktes dessen Einfluß auf das wirtschaftliche Gleichgewicht der Unternehmen ist. Diesbezüglich besteht kein Unterschied zwischen verlustausgleichenden Gewinnen und verlustbegrenzenden Ausgabenminderungen.

Es bleibt also zu untersuchen, ob nach den Maßstäben des EuGH mit den im Falle des Wegfalls des Festbetragswesens eintretenden finanziellen Mehrbelastungen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung eine Verhinderung der den gesetzlichen Krankenkassen übertragenen Aufgabe der Versorgung der Bevölkerung mit Krankenversicherungsleistungen einhergehen würde. Der EuGH geht davon aus, daß ein Ausschluß des Wettbewerbs dann nicht gerechtfertigt ist, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht des Unternehmens nicht in Frage gestellt ist⁵⁴¹, wobei hierfür eine bloße Gefährdung der Erfüllung der Verpflichtungen ausreichend sein soll, also insbesondere eine Gefährdung der Existenz des Unternehmens selbst nicht erforderlich ist⁵⁴². Die im Falle des Wegfalls des Festbetragswesens eintretenden Mehrausgaben entsprechen den zur Zeit durch das Festbetragswesen erzielten Ersparnissen. Für das Arzneimittelwesen wurden diese am 1.7.2000 vom federführenden Bundesverband der BKK für das Jahr 2000 auf 3,2 Milliarden DM beziffert. Die Zahlen betreffend Hilfsmittel dürften aufgrund des ungleich kleineren Gesamtvolumens des Hilfsmittelmarktes deutlich darunter liegen. Erfahrungsgemäß liegen die tatsächlichen Ersparnisse jedoch zumeist deutlich unter den Prognosen⁵⁴³. Geht man dennoch von den jeweils genannten Zahlen aus und setzt sie zu den insgesamt von den gesetzlichen Krankenkassen für die ihnen übertragene Aufgabe verwendeten Geldern ins Verhältnis, so zeigt sich, daß es sich um eine nur geringe Prozentzahl der Gesamtausgaben handelt. Für 1997 etwa stehen Ersparnisse durch Festbeträge in Höhe von 3 Milliarden DM Gesamtausgaben der GKV in Höhe von 266 Milliarden DM gegenüber. Der Wegfall des Festbetragswesens hätte also Mehrkosten von 3 Milliarden DM und damit eine Steigerung der Ausgaben um 1,12

541 Siehe EuGH, Urt. v. 19.5.1993 „Corbeau“, Slg. 1993, I-2533, 2569 (Rn. 19).

542 EuGH, Urt. v. 23.10.1997 „Kommission gegen Königreich der Niederlande“, Slg. 1997, I-5699, 5780, Rn. 43.

543 Siehe Bundesverband der BKK „Arzneimittelfestbeträge - ein Überblick“, Stand Juli 1997, Abb. 14.

% bedeutet.

Ferner ist für die Frage einer Verhinderung oder auch nur Gefährdung der übertragenen Aufgabe zu berücksichtigen, inwieweit den betrauten Unternehmen Möglichkeiten zur Erzielung von Einnahmen zur Verfügung stehen, durch welche sie sich nicht in Widerspruch zu den Regeln des Vertrages setzen. Die gesetzlichen Krankenkassen können ihre Einnahmen selbst regulieren, indem sie die Beitragssätze ihrer Versicherten erhöhen oder verringern. Den Krankenkassen wäre es also möglich gewesen, sich durch eine Erhöhung der Beiträge die notwendigen finanziellen Mittel zu besorgen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Krankenkassen durch allgemeine Sparmaßnahmen es immer wieder geschafft haben, Überschüsse zu erzielen. Für das Jahr 1997 etwa schloß die gesetzliche Krankenversicherung mit einem positiven Saldo in Höhe von 1.683 Millionen DM ab. Zieht man diese von den rund 3 Milliarden DM Ersparnis ab, die für dieses Jahr mit dem Festbetragssystem bei Arzneimitteln erzielt wurde, so bleibt hier nur noch ein theoretischer Fehlbetrag von gut 1,3 Milliarden DM.

Daß eine Erhöhung der Beiträge sich weder bei den Kassen großer Beliebtheit erfreut, da diese für diesen Fall mit zu anderen Kassen wechselnden Versicherten rechnen müssen (vgl. § 175 IV 3 SGB V), noch sich die Politik hierfür erwärmen kann, weil dadurch die Lohnnebenkosten steigen, ist nicht verwunderlich, ändert aber nichts an dem Bestehen von Möglichkeiten zur Deckung eines erhöhten Finanzbedarfs. Eine Erhöhung des Beitragssatzes um einen Prozentpunkt entspricht Jahresmehreinnahmen in Höhe von 17,7 Milliarden DM⁵⁴⁴. Daraus ergibt sich, daß bereits eine Steigerung des Beitragssatzes um 0,17 Prozentpunkte zur Deckung der im Falle des Wegfalls des Festbetragssystems entstehenden Mehrkosten ausreichend wären. Für die knapp 1,3 Milliarden DM, die bei Abzug des in 1997 erzielten Überschusses verblieben, wäre eine Beitragssatzerhöhung von weniger als einem Zehntel eines Prozentpunkts erforderlich. Zieht man ferner die durch Festbeträge bei Hilfsmitteln ersparten Summen ein, so beträgt die notwendige Beitragssatzerhöhung dennoch nur den Bruchteil eines Prozentpunktes. Aufgrund dieser Umstände wird man auch dann nicht zu dem Ergebnis kommen, daß die gesetzlichen Krankenkassen in der ihnen übertragenen Aufgabe verhindert sind, wenn man hierfür mit der neueren Rechtsprechung des EuGH eine bloße Gefährdung der Aufgabe für erforderlich ansieht. Denn den einzelnen Krankenkassen hätte jederzeit zur Abwendung einer solchen Gefahr die

⁵⁴⁴ Quelle BMG, Daten des Gesundheitswesens S. 431, Stand 1999.

Möglichkeit einer Beitragssatzerhöhung offengestanden.

Diese Beitragssatzerhöhung wäre auch wirtschaftlich durchsetzbar gewesen. Dies gilt vielleicht nicht für eine einzeln handelnde Krankenkasse, wohl aber für die gesetzlichen Krankenkassen insgesamt. Denn aufgrund des umfassenden Versicherungsmonopols der gesetzlichen Krankenkassen ist ein Abwandern des größten Teils der Versicherten nicht zu befürchten, denkbar ist insofern nur ein Abwandern der Versicherten zwischen den Kassen untereinander.

(iii) Zwischenergebnis

Es liegt keine Verhinderung der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vor, unabhängig davon, ob man auch das finanzielle Gleichgewicht der betrauten Unternehmen als relevant ansieht oder nicht.

8) Ergebnis

Die Voraussetzungen der Legalausnahme des Art. 86 II EG liegen nicht zugunsten der gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager nach Arznei- und Hilfsmitteln vor. Die gesetzlichen Krankenkassen unterliegen daher als solche uneingeschränkt dem Verbot des Art. 81 I EG.

D) Ergebnisbetrachtung

I) Zusammenfassung der eigenen Ergebnisse

Bei den gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland handelt es sich um Unternehmen, soweit sie Arzneimittel für ihre Versicherten nachfragen. Die Festbeträge stellen eine gegen Art. 81 I EG verstoßende spürbare Beschränkung des Nachfragewettbewerbs nach Arzneimitteln im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland dar, und zwar in einer ihrer schärfsten Formen, nämlich einer mittelbaren Festsetzung der Ankaufpreise nach Art. 81 I a) EG.

Diese Wettbewerbsbeschränkung ist nicht nach Art. 86 II EG als notwendige Maßnahme zur Erfüllung von Aufgaben von besonderem Interesse gerechtfertigt. Unabhängig davon, ob es sich nur bei der Erbringung von Krankenversicherungsleistungen gegenüber den Versicherten oder auch bei der Nachfrage nach Arzneimitteln um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt, liegen die Voraussetzungen einer Befreiung von den Vorschriften des Vertrages zugunsten der Krankenkassenverbände deswegen nicht vor, weil die Ersparnisse durch das Festbetragssystem für die Erfüllung der betrauten Aufgaben nicht erforderlich sind. Insbesondere das Versicherungsmonopol ermöglicht es den Krankenkassen, höhere Beitragssätze wirtschaftlich durchzusetzen. Auch eine bloße Gefährdung der Tätigkeit der Krankenkassen im Falle des Wegfalles der Festbeträge ist daher nicht gegeben.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Festbeträge daher gemäß Art. 81 II EG nichtig; jeder gesetzlich Krankenversicherte könnte strenggenommen Übernahme der vollen Kosten von Arznei- und Hilfsmitteln abzüglich etwaiger allgemeiner Zuzahlungen verlangen. Arznei- und Hilfsmittelhersteller und -händler könnten von den gesetzlichen Krankenkassen Unterlassung und ggf. Schadenersatz verlangen. Schließlich sei auch darauf hingewiesen, daß die Bundesrepublik Deutschland wegen des Verschreibens eines solchen Wettbewerbsverstoßes ihrerseits gegen Art. 81 I, 86 I, 10 EG (früher 85 I, 90 I, 5 EGV) verstoßen hat.

II) Bewertung gesetzgeberischer Reaktionen

Die Auseinandersetzung um die rechtliche Zulässigkeit des Festbetragssystems ist

freilich auch von staatlicher Seite verfolgt worden, und es gab bereits vor einiger Zeit Überlegungen, die Regelung „kartellrechtsfest“ zu machen. Soweit es das nationale Kartellrecht betrifft, hat man dies durch § 69 SGB V erreicht, der in seiner neuen Fassung die Rechtsbeziehung der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten etc. sowie zu sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden „abschließend“ regelt. Ergänzend soll nur das BGB herangezogen werden. Die Rechte Dritter werden dem ausdrücklich untergeordnet. Da eine solche Vorgehensweise in Bezug auf das europäische Kartellrecht nicht möglich war, entstand schließlich ein „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung“¹. Dessen Umsetzung wurde nach der Durchführung des Anhörungsverfahrens nicht weiter betrieben. Stattdessen nahm man den Kartellgerichten die Zuständigkeit für diese Fälle und gab sie den Sozialgerichten², von denen man Sorge um den Wettbewerb nicht zu fürchten hatte. Diese Vorgehensweise, also die gezielte Ausnutzung der (aus Sicht der Fachgerichte) falschen Auslegung an sich höherrangiger Normen durch eine andere Gerichtsbarkeit kann von rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Warte bestenfalls als unseriös bezeichnet werden kann.

Auch wenn der EuGH nunmehr die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen bei der Durchführung des Festbetragsystems abgelehnt hat³ und die Reformvorschläge daher obsolet sind, lohnt sich aus systematischen Gründen ein Blick in die Reformvorschläge des Referentenentwurfs.

1) Der Neuregelungsentwurf

In der Fassung v. 10.8.1999 sah der Referentenentwurf vor, daß Festbetragsgruppen und Festbeträge für Arzneimittel durch das Gesundheitsministerium selbst oder durch ein in dessen Geschäftsbereich angeordnetes Bundesamt gebildet werden. Die Vorarbeiten hierfür erbringen aber wie bisher der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen für die Festbetragsgruppen und die Spitzenverbände der Krankenkassen für die Festbeträge. Diese hören Sachverständige der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft und Praxis sowie der pharmazeutischen

1 Die hierdurch beabsichtigte Neufassung des § 35 SGB V ist abgedruckt als Anhang 2, S. 341.

2 Vgl. Art. 9 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) v. 22.12.1999, BGBl. 1999 I S. 2626, 2652.

3 Siehe EuGH, Urt. v. 16. März 2004, „AOK Bundesverband u.a. gegen Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. u.a.“, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, welches unten auf S. 335f. analysiert wird.

Unternehmer und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene an. Diese Stellungnahmen sind dann mit den eigenen Beschlußempfehlungen an das Ministerium bzw. das zuständige Bundesamt weiterzuleiten. Dort werden nochmals die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene sowie die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Spitzenorganisationen der Apotheker auf Bundesebene angehört, bevor die Festbetragsfestsetzungen erfolgen. Inhaltliche Änderungen der Vorgaben, die bei der Bildung der Festbetragsgruppen und der Festbeträge selbst zu beachten sind, werden nicht vorgenommen.

2) Beurteilung des Entwurfs

Ausgangspunkt des Entwurfs ist die Feststellung, daß den Mitgliedstaaten durch die Vertragsvorschriften nicht grundsätzlich die Einflußnahme auf Preise verboten ist. Dem wird der Gesetzesentwurf gerecht, indem die abschließende Entscheidung über Festbetragsgruppen und Festbeträge dem Ministerium oder einem ihm unterstehenden Bundesamt übertragen wird.

Fraglich ist jedoch, ob dadurch die Konflikte mit Art. 81 EG ausgeräumt sind. Denn die bislang mit dieser Aufgabe betrauten Gremien nehmen weiterhin Schlüsselposition bei der Vorbereitung der Festsetzungen ein. Untersucht man den Ablauf des Festsetzungsvorganges genau, so stellt man fest, daß die Anhörungsverfahren vor den an sich nur „vorbereitenden“ Gremien, nämlich dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und den Spitzenverbänden der Krankenkassen, umfangreicher sind als vor der letztlich entscheidenden Stelle, nämlich dem Bundesgesundheitsministerium oder dem beauftragten Bundesamt. So werden Sachverständige nur vor den vorbereitenden Gremien selbst angehört. Vor den abschließend entscheidenden Gremien treten nur die Interessenvertreter selbst auf. Die Sachverständigenstellungnahmen werden hierhin zwar weitergeleitet, aber zumindest dem Wortlaut des Entwurfs nach werden keine neuen Sachverständigen angehört. Mit anderen Worten obliegt schon die Auswahl der anzuhörenden Sachverständigen den bislang zuständigen Gremien. Zwar müssen auch Sachverständige der pharmazeutischen Industrie angehört werden. Ein individueller Anspruch auf Anhörung ist aber in der Vorschrift nicht vorgesehen, so daß die Auswahl der Sachverständigen letztlich doch Aufgabe des Bundesausschusses der

Ärzte und Krankenkassen bzw. der Spitzenverbände der Krankenkassen bleibt. Dies erweckt den Verdacht, daß nicht mehr der wissenschaftlich-medizinische Aspekt im Vordergrund steht, sondern die reine Interessenpolitik. Zwar werden die früher erstellten Gutachten mit den jeweiligen Vorschlägen weitergeleitet. Das Ministerium bzw. das beauftragte Bundesamt ist also sehr wohl in der Lage, die bereits erstellten Gutachten einzusehen. Die Auswahl der Gutachter aber wird durch die bisher zuständigen Stellen vorgenommen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß nach der Rechtsprechung die Qualifizierung als von Art. 81 EG erfaßte Maßnahme nicht dadurch in Frage gerät, daß eine öffentliche Stelle eine solche Maßnahme absegnet und ihr den Charakter einer öffentlich verbindlichen Norm gewährt⁴. Für das Kartellrecht ist mit anderen Worten irrelevant, ob die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unmittelbar ihre Wirkung entfaltet oder (nach dem Zweck der Maßnahme) entfalten soll, oder ob es hierzu einer weiteren Maßnahme (etwa des Staates) bedarf. Ob dieser Beschluß auch die anderen Voraussetzungen eines Kartellverstoßes nach Art. 81 EG erfüllt, dürfte davon abhängen, wie genau die Umsetzung durch die nun zuständige Behörde den Vorschlägen folgt.

Je genauer die Vorschläge der Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenkassen durch das Ministerium bzw. Bundesamt umgesetzt würden, desto eher läge der Verdacht eines Kartellverstoßes nahe, da dann eine reine Umsetzung der Beschlüsse der Verbände naheläge. Die vorgefundene, auf die Krankenkassenverbände konzentrierte Verteilung der Arbeit spricht dafür, daß die von den Spitzenverbänden der Krankenkassen abgegebenen Empfehlungen ganz überwiegend die Entscheidungsgrundlage bilden dürften. Da die Vorprüfung zumindest richtungsweisenden Charakter hat, wird auch das Ergebnis hierdurch mehr oder minder beeinflußt sein. Dann sollte man aber auch so konsequent sein und die Beschlußempfehlung als von Art. 81 EG verbotene Maßnahme ansehen.

Entscheidend wäre letztlich die Praxis des Ministeriums bzw. des Bundesamtes, welche genau erst nach der Einführung der Regelung untersucht werden könnte. Insgesamt haftet dem Entwurf jedoch der Makel einer rein kosmetischen Nachbesserung an, da die Spitzenverbände weiter in erheblichem Umfang über die Höhe der Festbeträge mitentscheiden und der Verdacht naheliegt, daß die neue

4 Siehe die Urteile zum BNIC, EuGH, Urt. v. 30.1.1985, „BNIC gegen Guy Clair“, Slg. 1985, 391; Urt. v. 3.12.1987, „BNIC gegen Yves Aubert“, Slg. 1987, 4789.

Vorgehensweise nicht die Entscheidungskompetenzen, sondern nur die Verantwortlichkeit nach Außen hin verändert. Hierin käme jedoch ein schwerer Fehler des Gesetzgebers zum Ausdruck, nämlich daß der auf dem Art. 81 EG fußenden Kritik am Festbetragswesen von gesetzgeberischer Seite inhaltlich gerade nicht Rechnung getragen wird. Dies wäre erst dann der Fall, wenn sich der Gesetzgeber dazu entschlösse, den wichtigsten Nachfrager nach Arzneimitteln in die Preisregulierung dieses Marktes nicht einzubeziehen.

3) Kartellrechtliche Beurteilung des § 35a SGB V

Durch das Festbetragsanpassungsgesetz⁵ hat der Gesetzgeber die drohende Aussetzung der Festbeträge durch Gerichte und Bundeskartellamt verhindert. Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Regelung ihrerseits mit dem europäischen Kartellrecht in Einklang steht.

Bedenken begegnet insbesondere der Absatz 6 des neu eingefügten § 35a SGB V. Danach gelten die bisherigen Festbeträge bis zu ihrer Änderung durch Rechtsverordnung nach § 35a I 1 SGB V fort. Weil es sich bei den Festbeträgen um einen wettbewerbsbeschränkenden Beschluß einer Unternehmensvereinigung handelt, erhält diese Regelung die Geltung einer Mindestpreisabsprache aufrecht. Die Bundesrepublik Deutschland hat also, streng betrachtet, eine Maßnahme ergriffen, welche auf die Fortgeltung von eigentlich nach Art. 81 I EG verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen durch Unternehmen gerichtet ist. Dies wäre nach der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH⁶ selbst als Verstoß gegen Art. 81 I, 86 I, 10 EG anzusehen.

Im Ergebnis dürfte ein solcher Verstoß aber hier nicht vorliegen. Zwar ist das Festbetragsanpassungsgesetz einmalig auf die Weitergeltung der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen von Unternehmen gerichtet. Jedoch ist gerade nicht die fortdauernde, stets aktualisierte Verstärkung einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme von Unternehmen gewollt. Der Gesetzgeber will neue Festbeträge in (begrenzter) Zukunft selbst festsetzen. Der Staat macht sich folglich die unternehmerische Abstimmung einmal zu eigen, um sie dann selbst fortzuschreiben. Das Festbetragsanpassungsgesetz verfolgt also nicht den Zweck,

⁵ Siehe dazu oben in der Einführung auf S. 89.

⁶ Siehe oben S. 189.

Wirtschaftsteilnehmern die Wirksamkeit einer eigenen getroffenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung dauerhaft zu erhalten oder zu erhöhen. Es handelt sich bei der Vorschrift des § 35a SGB V bei wertender Betrachtung nicht um eine Regelung, welche eine unternehmerische Wettbewerbsbeschränkung verstärkt. Nur dies ist aber Gegenstand der oben angeführten Rechtsprechung. Freilich unterliegt die Regelung des § 35a SGB V noch immer den Beschränkungen der Art. 28, 49 EG.

Im übrigen stellt das Festbetragsanpassungsgesetz im Vergleich zu dem oben dargestellten Referentenentwurf aus kartellrechtlicher Sicht eine deutliche Verbesserung dar. Denn die Spitzenverbände der Krankenkassen sind am Verfahren zur Festsetzung neuer Festbeträge allenfalls informatorisch beteiligt, der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen wird lediglich ausnahmsweise bei der Bildung neuer Festbetragsgruppen und dann auch nur beratend hinzugezogen. Die oben zum Referentenentwurf vorgetragene Kritik kann § 35a SGB V daher nicht erfassen.

III) Konsequenzen einer Kartellrechtswidrigkeit des Festbetragsystems

Die Folgen eines die Kartellrechtswidrigkeit des gegenwärtigen Festbetragsystems feststellenden Urteils⁷ für das deutsche Krankenversicherungssystem wären absehbar gewesen. Die Festsetzung selbst würde nicht mehr durch die Krankenkassen selbst erfolgen, die derzeitige Übergangsregelung des § 35a SGB V würde zu einer dauerhaften Regelung umgestaltet werden. Den gesetzlichen Krankenkassen käme allenfalls eine beratende Funktion zu. Die Festbeträge hätten also auch ein die Kartellrechtswidrigkeit des gegenwärtigen Systems feststellendes Urteil sehr wohl überlebt. Politisch ist eine Leistungsbegrenzung auf preiswerte Arzneimittel parteiübergreifend gewollt und europarechtlich unbedenklich⁸.

Eine Änderung wäre daher nur hinsichtlich der Beteiligung der

7 Der Gerichtshof hat jedoch durch sein Urteil vom 16. März 2004, „AOK Bundesverband u.a. gegen Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. u.a.“, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, das bestehende System als zulässig angesehen; mehr dazu unten auf S. 335f.

8 EuGH, Urt. v. 07..2.1984, „Duphar B.V. u.a. gegen Niederländischer Staat“, Slg. 1984, 523ff.

Krankenkassenverbände bei dieser Festsetzung zu erwarten gewesen. Dies ist schon deswegen nicht verwunderlich, weil sich die kartellrechtlichen Bedenken nicht gegen die Kostenersparnis in gesetzlichen Krankenversicherungssystemen an sich richtete, sondern nur gegen die einseitige Festsetzung der Marktbedingungen durch Marktteilnehmer bzw. ihre Verbände selbst. Hierauf hat auch das OLG Düsseldorf in seinen Urteilen stets hingewiesen⁹.

Das nicht zur Kartellrechtswidrigkeit des gegenwärtigen Systems gelangende Urteil des EuGH ist nur insofern verhängnisvoll, als es die verkrusteten Strukturen weiter zementiert. Ein die Kartellrechtswidrigkeit feststellendes Urteil wäre ein grundsätzliches Signal für die Unterwerfung auch des Gesundheitssektors unter die Geltung der Marktregeln. Die Bedeutung des Urteils liegt also nicht in einer Entscheidung über die grundsätzliche Fortgeltung des Festbetragssystems, sondern eher in dem wettbewerbspolitischen Impuls, der von einer Entscheidung pro Wettbewerb in diesem Wirtschaftsbereich hätte ausgehen können.

Die wirtschaftlichen Probleme, mit denen das deutsche Sozialversicherungswesen seit geraumer Zeit zu kämpfen hat, konnten durch die Festbeträge offensichtlich nicht wesentlich vermindert werden. Der Gesetzgeber wird sich fragen müssen, ob der fast rein planwirtschaftliche Weg, den er im Bereich der GKV bislang gewählt hat, zu einer Bewältigung dieser Probleme langfristig geeignet ist, oder ob ein wirtschaftlicher Kollaps nur durch wettbewerbliche Öffnung und Liberalisierung der GKV auf Dauer vermieden werden kann.

⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.8.1998, EuZW 1999, 188, 191; Urt. v. 27. Juli 1999, Az. U (Kart) 33/98 S. 39 (nicht veröffentlicht); Urt. v. 27. Juli 1999, Az. U (Kart) 36/98 S. 37f. (nicht veröffentlicht).

E)Anhang 1: Das Urteil des EuGH

Der EuGH hat, wie bereits verschiedentlich vermerkt, kurz vor der Veröffentlichung diese Werkes zu den ihm vorgelegten Rechtssachen¹ entschieden und hierin zur Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen und ihrer Verbände bei der Durchführung des Festbetragssystems Stellung bezogen². Im Ergebnis hat der EuGH die Unternehmenseigenschaft sowohl der Krankenkassen wie auch die der Kassenverbände abgelehnt. Daß der Verfasser ein solches Urteil für in der Sache verfehlt hält, überrascht angesichts der Ausführungen in diesem Werk nicht. Die Begründung, mit welcher der EuGH konkret die Unternehmenseigenschaft abgelehnt hat, verdient jedoch eine neuerliche, eingehendere Begutachtung.

I) Zusammenfassung der Begründung

In seiner Begründung nimmt der Gerichtshof zunächst zu der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen allgemein³ und anschließend bezogen auf die Durchführung des Festbetragssystems im besonderen⁴ Stellung.

Zuerst zitiert der Gerichtshof seine Rechtsprechung in den Rechtssachen *Höfner & Elser* und *INAIL*, um anschließend auf seine Rechtsprechung zu Einrichtungen, die mit der Verwaltung gesetzlicher Kranken- und Rentenversicherungssysteme betraut sind, zu verweisen. Eine wirtschaftliche Tätigkeit werde danach von solchen Krankenkassen nicht ausgeübt, die nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfanges Einfluß zu nehmen. Der Gerichtshof nennt hier die Fälle *Poucet & Pistre* sowie *INAIL* einerseits, in denen er die Unternehmenseigenschaft der betroffenen Sozialversicherungsträger ablehnte, sowie die Fälle *CNAVMA* und *Albany* andererseits, in denen er von der Unternehmenseigenschaft ausging.

Der Gerichtshof hält die deutschen Krankenkassen den Einrichtungen in der Rechtssache *Poucet & Pistre* vergleichbar, denn die Tätigkeit sei eine rein soziale Aufgabe, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe und ohne

1 Vorlagebeschluß des OLG Düsseldorf vom 18.5.2001, Az. U (Kart.) 28/00.

2 EuGH, Urt. v. 16. März 2004, „AOK Bundesverband u.a. gegen Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. u.a.“, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

3 AaO Rn. 45f.

4 AaO Rn. 58f.

Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werde. Zur Begründung verweist der entscheidende Senat zunächst auf die Pflicht zur Erbringung gleicher Leistung für alle, auf deren Umfang kein Einfluß bestehe. Als weiteres hält der Gerichtshof die Solidargemeinschaft zwischen den Krankenkassen für erheblich, die sich aus der Möglichkeit eines Kosten- und Risikoausgleichs nach den §§ 265ff. SGB V ergebe. Die Krankenkassen konkurrierten deswegen „weder miteinander noch mit den privaten Einrichtungen hinsichtlich der Erbringung der im Bereich der Behandlung oder der Arzneimittel gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen“, die ihre Hauptaufgabe darstelle. Der begrenzte Wettbewerb zwischen den Kassen um Mitglieder sowie die Möglichkeit zur Bestimmung der Beitragssatzhöhe zwingt zu keiner anderen Beurteilung, da er nur zur Wirtschaftlichkeit zwingen solle, nicht aber die Natur der Tätigkeiten der Krankenkassen an sich berühre.

Nachdem der Gerichtshof auf diesem Wege die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen dem Grundsatz nach abgelehnt hat, kommt er sodann auf die Tätigkeit im Rahmen des Festbetragssystems zu sprechen. Hierzu ist er der Ansicht, daß die in § 35 SGB V normierte Pflicht zur Festsetzung trotz des in ihr enthaltenen Ermessensspielraums eine wirtschaftliche Tätigkeit ausschliesse, weil insoweit die Krankenkassen nicht miteinander konkurrierten. Ein vom rein sozialen Zweck zu trennendes eigenes Interesse der Krankenkassen werde daher nicht verfolgt.

Zu dieser Begründung ist einiges anzumerken, was nun nachfolgend geschehen soll.

II) Zur Kongruenz von Vorlagefragen und Stellungnahme des Gerichtshofs

Zunächst ist festzuhalten, daß der Gerichtshof die Vorlagefragen sehr eigenwillig, um nicht zu sagen unvollständig beantwortet. Die erste Vorlagefrage des OLG Düsseldorf bezog sich zwar eindeutig auf die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen und wird daher vollumfänglich beantwortet. Die erste Vorlagefrage des BGH ist jedoch keineswegs auf die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen beschränkt, sondern umfaßt ganz allgemein die Vereinbarkeit des Festbetragssystems mit den Art. 81, 82 EG. Nach Erörterung der Unternehmenseigenschaft hätte daher streng genommen erörtert werden müssen, ob es sich bei dem Festbetragswesen um eine staatliche „Maßnahme gleicher Wirkung“ handelt, die möglicherweise mit den Art. 81, 86, 10 EG unvereinbar sein könnte. Ferner wirft die Begründung des EuGH

weitere Fragen im Zusammenhang mit Art. 82 EG auf. Ein wesentlicher Grund des Gerichtshofs für sein Urteil ist der fehlende Wettbewerb der Krankenkassen untereinander oder mit Dritten. In Bezug auf Art. 82 EG wäre fehlender Wettbewerb untereinander kein Grund für einen Ausschluß der Unternehmenseigenschaft, sondern, im Gegenteil, ein gewichtiger Grund für eine kritische Prüfung. Denn in einem solchen Fall läge die Vermutung des Mißbrauchs gemeinsamer Marktmacht besonders nahe.

III) Risikoausgleich und Risikostrukturausgleich

Zudem wird aus der Begründung ersichtlich, daß der Gerichtshof offenbar von einem teilweise unzutreffenden Sachverhalt ausgeht. Er führt aus, es gebe zwischen den Krankenkassen einen Risikoausgleich, geregelt in den §§ 265ff. SGB V. Ein solcher Ausgleich besteht jedoch nicht in den genannten Vorschriften. Die §§ 266ff. regeln lediglich den Risiko**struktur**ausgleich. Der Unterschied zwischen beidem wurde bereits oben auf Seite 63 erläutert, auf die an dieser Stelle verwiesen wird. Er ist insoweit erheblich, als der EuGH diesen Ausgleich für den Ausschluß eines Wettbewerbs von Krankenkassen untereinander für erheblich hält. Dies wäre bei einem vollkommenen Risikoausgleich denkbar (die für den Wettbewerb maßgebliche Aufholphase schwächerer Marktteilnehmer würde hierdurch obsolet), nicht jedoch bei einem reinen Strukturgleich, der nur die Auswirkung bestimmter, abschließend aufgezählter Risikofaktoren der Versicherten im Kassenwettbewerb ausschalten soll, die wirtschaftliche Verbundenheit im übrigen aber unberührt läßt.

Im Sinne der Argumentation des Gerichtshofs ließe sich lediglich die Haftung der anderen Krankenkassen für den Fall des Konkurses einer artgleichen Krankenkasse im Rahmen der Landes-, Bundes bzw. Ersatzkassenverbände anführen (§§ 146a Satz 3, 155 Absatz 4, 164 Absatz 1, 171 Satz 1 SGB V). In der Sache führt eine solche Ausfallhaftung jedoch schon allein deswegen nicht zu einem Wettbewerbsausschluß, weil die Haftung aller Krankenkassen untereinander nicht kassenartübergreifend ist. Würde beispielsweise die AOK Rheinland zahlungsunfähig und müßte aufgelöst werden, so würde nach §§ 146a Satz 3, Absatz 4 SGB V nur zunächst die AOK Westfalen-Lippe und subsidiär der AOK-Bundesverband haften. Eine Haftung der Kassen anderer Arten ist hingegen gesetzlich nicht vorgesehen.

Selbst wenn man also die diversen Finanzausgleichsmechanismen und die Ausfallhaftung der Verbände als wettbewerbausschließendes Element grundsätzlich

anerkennen wollte, wäre in der konkreten Ausgestaltung nach dem SGB V eine solche Ausschlußwirkung nur innerhalb der einzelnen obersten Verbandsebene (Bundesverbände bzw. für die Ersatzkassen die Ersatzkassenverbände selbst) gegeben. Das Wettbewerbsverhältnis zwischen den durch die oberste Verbandsebene abgegrenzten Krankenkassen bliebe demgegenüber bestehen.

Die Möglichkeit zu einem freiwilligen Finanzausgleich für aufwendige Leistungsfälle (§ 265 SGB V) ist ebenfalls auf die Landesverbände bzw. die Ersatzkassenverbände beschränkt und kann daher einen globalen Wettbewerbsausschluß der Kassen untereinander kaum begründen.

Der durch § 269 SGB V eingeführte Risikopool betrifft nur einen geringen Teil der Versicherten, deckt nur 60 Prozent der den Schwellenwert übersteigenden Kosten ab und gilt nicht für die Zeit vor dem 01. Januar 2002. Aus diesem Grund führt auch diese Vorschrift nicht zu einem vollständigen Ausschluß des Wettbewerbs zwischen den Kassen und es hätte zumindest einiger Ausführungen zu der zeitlichen Grenze bedurft.

IV) Aufgabe des relativen Unternehmensbegriffs ?

Als weiteres setzt sich der Gerichtshof bei der Diskussion der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen nicht damit auseinander, welche Tätigkeiten als Teil der Durchführung des solidarischen Sozialversicherungssystems anzusehen sind und welche nicht. Der Gerichtshof setzt scheinbar als selbstverständlich voraus, daß die Durchführung des Festbetragssystems durch die Verbände Teil des solidarischen Aspektes sind, auf Grund dessen die Krankenkassenverbände nicht als Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen anzusehen sein sollen. Eine differenzierende Darstellung des Sozialversicherungssystems im Verhältnis zu den Versicherten einerseits und des Festbetragssystems im Verhältnis zu den Leistungserbringern andererseits hätte sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die gezielt gegenüber Dritten, die in das Sozialsystem nicht unmittelbar eingebunden sind, herbeigerufene Wirkung nicht eine differenzierende Behandlung erfordert. Die durch den Gerichtshof vorgebrachten Gründe sind sämtlich Umstände, welche nicht spezifisch festbetragssystemsbezogen sind, sondern welche sich auf das gesamte Sozialversicherungssystem beziehen. Die undifferenzierte Art und Weise, in welcher der Gerichtshof sein Urteil begründet, legt beinahe den Verdacht nahe, als wollte der EuGH die Relativität des

Unternehmensbegriffs aufgeben.

Freilich war nicht zu erwarten, daß der Gerichtshof die Tätigkeiten der Krankenkassen voll und ganz den Wettbewerbsregeln unterwerfen würde. Es wäre jedoch zumindest zu erwarten gewesen, daß eine Urteilsbegründung sich damit auseinandersetzt, welche Tätigkeiten aus welchen Gründen der solidarischen Verwaltung zuzuordnen sind und welche nicht. Daß der Gerichtshof die Probleme der Tätigkeit auf benachbarten Märkten nicht einmal für erörterenswert hält, zementiert nur die bestehenden Unsicherheiten.

V) Fehlen von Wettbewerb als maßgebliches Kriterium

Bedenklich ist, daß der Gerichtshof die Unternehmenseigenschaft auch deswegen ablehnt, weil ein Wettbewerb der Krankenkassen weder untereinander noch mit privaten Einrichtungen bestehe. Dies ist grob falsch. Ein erheblicher Teil der gesetzlich Krankenversicherten sind freiwillig versicherte, denen der Austritt aus der gesetzlichen Krankenkasse rechtlich und tatsächlich möglich, wenngleich auch wirtschaftlich vielleicht nicht vernünftig, ist. Hinsichtlich dieser Versicherten besteht Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen mit den privaten Krankenversicherern. Darüberhinaus besteht Wettbewerb der Krankenkassen untereinander, allerdings nicht auf der Seite der Leistungserbringung gegenüber den Versicherten, sondern auf der Seite der Beitragshöhe. Der Gerichtshof stellt aus unerklärlichen Gründen nur auf die Leistungserbringung ab und hält dort, mangels Wettbewerb der Kassen untereinander, eine Vergleichbarkeit mit der Rechtssache *Poucet & Pistre* für gegeben. Angesichts eines bestehenden Wettbewerbs auf der Seite der erhobenen Beiträge ist an einer solchen Vergleichbarkeit erheblicher Zweifel angebracht.

VI) Unternehmensbegriff als falscher Ansatzpunkt

Durch die Verneinung der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen durch den Gerichtshof gibt dieser jegliche Kontrolle darüber preis, welche Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind und welche nicht. Art. 86 Absatz 2 EG läßt eine Feinjustierung zu, bei welcher die Beeinträchtigungen des freien Wettbewerbs auf ein Mindestmaß reduziert werden kann. Durch die Ablehnung bereits der Unternehmenseigenschaft ist den Krankenkassen streng genommen jegliche weitergehende Wettbewerbsbeschränkung freigestellt, die in losem Zusammenhang mit dem verfolgten „sozialen Zweck“ steht. Eine Korrektur könnte nur wieder über

den Unternehmensbegriff selbst erfolgen, der dann anders akzentuiert ausgelegt werden müßte. Im Sinne der Rechtsklarheit ist dies nicht.

F)Anhang 2:

Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Neuordnungsgesetz – FNG) (Auszug):

[...]Art. 2

Nr. 4 § 35 wird wie folgt gefaßt:

„§ 35

Festbeträge für Arzneimittel

(1) Das Bundesgesundheitsministerium für Gesundheit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates nach Anhörung der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene sowie der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene

1. die Gruppen von Arzneimitteln zu bestimmen, für die Festbeträge festgesetzt werden sollen,
2. die Festbeträge für Arzneimittel festzusetzen.

Das Bundesministerium für Gesundheit bestimmt die Gruppen und setzt die Festbeträge für Arzneimittel auf Grundlage der ihm nach den Absätzen 3 und 6 vom Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen sowie von den Spitzenverbänden der Krankenkassen übermittelten Vorschläge nach Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit den in den Absätzen 4 und 6 genannten Voraussetzungen fest.

Die Festbeträge sind mindestens einmal im Jahr zu überprüfen; sie sind durch Rechtsverordnung in geeigneten Zeitabständen an eine veränderte Marktlage anzupassen; die Absätze 3 und 4 sind entsprechend anzuwenden.

(2) Das Bundesministerium für Gesundheit kann die Ermächtigungen nach Absatz 1 durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates auf das Deutsche Institut für medizinische Dokumentation und Information – Bundesamt für Arzneimittel-Festbeträge, medizinische Technologiebewertung und Informatik – übertragen. In

diesem Fall ist das Bundesamt Adressat der Vorschläge für Festbeträge und Gruppen nach den Absätzen 3, 4 und 6 sowie Beklagter oder Antragsgegner nach Absatz 9.

- (3) Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen übermittelt dem Verordnungsgeber Vorschläge, für welche Gruppen von Arzneimitteln Festbeträge festgesetzt werden können. In den Gruppen sollen Arzneimittel mit

1. denselben Wirkstoffen
2. pharmakologisch-therapeutisch vergleichbaren Wirkstoffen, insbesondere mit chemisch verwandten Stoffen,
3. therapeutisch vergleichbarer Wirkung, insbesondere Arzneimittelkombinationen,

zusammengefaßt werden; unterschiedliche Bioverfügbarkeiten wirkstoffgleicher Arzneimittel sind zu berücksichtigen, sofern sie für die Therapie bedeutsam sind. Die nach Satz 2 Nr. 2 und 3 gebildeten Gruppen müssen gewährleisten, daß medizinisch notwendige Verordnungsalternativen zur Verfügung stehen.

Für Arzneimittel mit patentgeschützten Wirkstoffen, die nach dem 31. Dezember 1995 zugelassen worden sind, werden Festbeträge nach Satz 2 Nr. 2 und 3 nicht gebildet. Ausgenommen von der Gruppenbildung nach Satz 2 Nr. 2 und 3 sind ferner Arzneimittel mit patentgeschützten Wirkstoffen, deren Wirkungsweise neuartig ist und die eine therapeutische Verbesserung, auch wegen geringerer Nebenwirkungen, bedeuten. Als neuartig gilt ein Wirkstoff, solange derjenige Wirkstoff, der als erster dieser Wirkstoffklasse in Verkehr gebracht worden ist, unter Patentschutz steht.

Der Bundesausschuß übermittelt auch die zur Festbetragsfestsetzung erforderlichen geeigneten Vergleichsgrößen.

- (4) Die Spitzenverbände der Krankenkassen erarbeiten Vorschläge zu den Festbeträgen auf der Grundlage der Vorschläge des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen zur Gruppenbildung oder auf der Grundlage einer Verordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und übermitteln diese dem Verordnungsgeber. Die Festbeträge sind so festzusetzen, daß sie im allgemeinen eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche sowie in der Qualität gesicherte Versorgung gewährleisten. Sie haben Wirtschaftlichkeitsreserven auszuschöpfen, sollen einen wirksamen Preiswettbewerb auslösen und haben sich deshalb an möglichst preisgünstigen Versorgungsmöglichkeiten auszurichten. Ein ausreichender Versorgungsgrad zum Festbetrag ist zu gewährleisten. Soweit wie möglich ist eine für die Therapie hinreichende Arzneimittelauswahl sicherzustellen.

Die Festbeträge sollen den höchsten Apothekenabgabepreis des unteren Drittels des Abstandes zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Preis der Arzneimittel der jeweiligen Gruppe nicht übersteigen.

Für jede Gruppe wird die Standardpackung festgelegt. Sie ist diejenige Arzneimittelpackung, die von den meisten Herstellern angeboten wird oder, sofern mehr als eine Packung in Betracht kommt, diejenige, die die meisten Verordnungen nach den Verordnungsdaten eines geeigneten vorangegangenen Bezugsjahres auf sich vereinigt. In der jeweiligen Gruppe werden zur Herstellung der preisbezogenen Vergleichbarkeit unterschiedlicher Wirkstärken und Packungsgrößen für alle angebotenen Packungen Preisrelationen bezogen auf die Standardpackung mit einem geeigneten Verfahren der Regressionsanalyse ermittelt.

Zunächst wird nach den Kriterien der Sätze 2 bis 6 der Festbetrag der Standardpackung einer Gruppe gebildet. Für alle anderen Packungen in der Gruppe ergeben sich die Festbeträge durch die Multiplikation des Festbetrags für die Standardpackung mit dem Ergebnis der jeweiligen Regressionsgleichung.

(5) Der Verordnungsgeber stimmt die Arbeitsplanung regelmäßig mit dem Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen sowie den Spitzenverbänden der Krankenkassen ab.

(6) Zur Erarbeitung ihrer Vorschläge haben der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und die Spitzenverbände der Krankenkassen Sachverständigen der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft und Praxis sowie der pharmazeutischen Unternehmer und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Zu den Vorschlägen zu Arzneimitteln der besonderen Therapierichtungen sind auch Stellungnahmen von Sachverständigen dieser Therapierichtungen einzuholen. Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und die Spitzenverbände der Krankenkassen leiten die Stellungnahmen dem Verordnungsgeber zusammen mit ihren Vorschlägen zu und geben dabei auch eine Bewertung der Stellungnahmen ab.

Vertreter des Bundesministeriums für Gesundheit und des Deutschen Instituts für medizinische Dokumentation und Information haben ein Teilnahmerecht an sämtlichen Sitzungen, die der Erarbeitung der Vorschläge des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen und der Spitzenverbände der Krankenkassen dienen.

(7) Die bisher festgesetzten Festbeträge und gebildeten Gruppen gelten bis zu ihrer

Änderung durch Rechtsverordnung nach Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 fort. Die Festbeträge sind durch den Ordnungsgeber soweit erforderlich anzupassen.

- (8) Die Spitzenverbände der Krankenkassen erstellen und veröffentlichen Übersichten über sämtliche Festbeträge und die betroffenen Arzneimittel und übermitteln diese in elektronischer Form dem Deutschen Institut für medizinische Dokumentation und Information zur Veröffentlichung im Internet. Die Übersichten sind vierteljährlich zu aktualisieren.
- (9) Klagen gegen die Festbeträge können ausschließlich vor dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen durch jede natürliche oder juristische Person erhoben werden, die durch die Festsetzung der Festbeträge einen Nachteil erlitten hat oder zu erleiden droht. Die Klage hat keine aufschiebende Wirkung. Eine gesonderte Klage gegen die Gruppenbildung oder die Vergleichsgrößen oder gegen sonstige Bestandteile der Festsetzung der Festbeträge ist unzulässig. Der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und die Spitzenverbände der Krankenkassen können beigeladen werden. Hält das Landessozialgericht die Rechtsverordnung nach Absatz 1 Nr. 2 oder Absatz 2 ganz oder teilweise für rechtswidrig, erklärt es diese in entsprechendem Umfang für ungültig. In diesem Fall ist die Entscheidung allgemein verbindlich und die Entscheidungsformel vom Antragsgegner in gleicher Weise zu veröffentlichen, wie die Rechtsvorschrift bekannt gemacht worden ist. Gegen die Entscheidung des Landessozialgerichts ist die Revision zum Bundessozialgericht zulässig. Auf Antrag kann ein einstweilige Anordnung erlassen werden, wenn die Gefahr besteht, daß schwere und unmittelbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.“ [...]