

Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?

*Wulf-Henning Roth**

A. Einführung

I. Das GWB als „Regulierungsrecht“?

Die Themenstellung – das GWB als „Regulierungsrecht“ – mag aus der Sicht des (deutschen) Kartellrechts zunächst befremdlich klingen. Bezieht man das „Regulierungsrecht“ auf ein hoheitliches Handeln, das für einen speziellen Lebensbereich bzw. Wirtschaftssektor die Erreichung bestimmter, im Allgemeinwohl liegender Ziele anstrebt und zu diesem Zwecke sowohl auf die Bedingungen des Wettbewerbs einwirkt,¹ die Produktion von Gütern sowie Investitionen anregt wie auch die Ergebnisse des Produktionsprozesses kontrolliert, so ist der Unterschied zu den Zielen des Kartellrechts auf den ersten Blick evident: Denn das Kartellrecht setzt im Wesentlichen einen *Ordnungsrahmen* für das Funktionieren des Wettbewerbsprozesses, ohne positiv auf den Produktionsprozess und seine Ergebnisse einwirken zu wollen. Ob investiert und welche Güter angeboten werden, soll allein den Entscheidungen der Marktakteure und damit dem Wettbewerb überlassen bleiben. Regulierungsrecht hat es dagegen typischerweise mit Lebensbereichen zu tun, in denen sich entweder Wettbewerb aufgrund der Gegebenheiten nicht einstellt (Stichwort: natürliches Monopol) oder aber der Wettbewerbsprozess Ergebnisse zeitigt oder zu zeitigen droht, die die Allgemeinwohlintressen nicht hinreichend berücksichtigen.

Freilich kennt das überkommene Kartellrecht auch Regelungsinstrumente, die von denen des Regulierungsrechts nicht sehr verschieden sind: Sie reichen

* Die folgenden Ausführungen beruhen auf verschiedenen (im Folgenden abgekürzt zitierten) Vorarbeiten des Verf.: *Roth*, Kartellrechtliche Aspekte der Gesundheitsreform nach deutschem und europäischem Recht, GRUR 2007, 645; *ders.*, Rabattvereinbarungen zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen, in: Felix (Hg.), Auswirkungen des GKV-WSG auf Versorgungsstruktur und Wettbewerbsordnung (2008), S. 111; *ders.*, Zur Anwendbarkeit des GWB auf Unternehmen der öffentlichen Hand, in: FIW (Hg.), Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft (2010), S. 253; *ders.*, Steuerung des Gesundheitsmarkts durch das Wettbewerbsrecht, in: Voit (Hg.), Marktzugangsbedingungen und Marktzugangsschranken (2010), S. 137.

1 In diesem Sinne etwa *Ruffert* in Fehling/Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht (2009) § 7 Rn. 58.

(in der Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen) von der Preiskontrolle über den Kontrahierungszwang bis hin zur Entflechtung. Hier ist die Nähe zum Regulierungsrecht evident. Soweit im Folgenden vom Kartellrecht die Rede ist, soll es aber nicht etwa auf diesen Bereich reduziert verstanden werden; vielmehr geht es – wie oben angedeutet – auch und gerade um das Kartellrecht als einen allgemeinen Ordnungsrahmen für wirtschaftliche Prozesse, durch den ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Marktakteure verhindert werden soll. Es geht insoweit um Kartellrecht als Regulierungsrecht in einem *weiteren* Sinne.

II. Zum Verhältnis von Kartellrecht und Regulierungsrecht i.e.S.

Wenn im Folgenden danach gefragt werden soll, ob das (deutsche) Kartellrecht einen geeigneten Ordnungsrahmen für das Gesundheitswesen darstellt, impliziert die Fragestellung, dass wir es mit dem Gesundheitswesen im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) mit einem besonderen Markt zu tun haben, der sich von den anderen „normalen“ Waren- und Dienstleistungsmärkten unterscheidet. Auch wenn – wie wir sehen werden – dies durchaus der Fall ist (Stichworte sind hier: die Gesundheitsdienstleistung als eine prinzipiell jedem Bürger zustehende Dienstleistung unabhängig von seinem Einkommen; und damit verknüpft: das Auseinanderfallen des Austauschverhältnisses von Leistungserbringung gegenüber dem Patienten unter Einschaltung des Arztes einerseits und die Vergütung durch die Kassen andererseits), bedeutet dies nicht automatisch, dass das Kartellrecht nicht zur Anwendung kommen kann oder sollte. Es ist daran zu erinnern, dass es – abgesehen vom Gesundheitswesen – seit jeher Bereiche bzw. Sektoren gegeben hat, in denen das Kartellrecht zwar grundsätzlich, wohl aber – unter Rücksichtnahme auf (vermeintliche) Besonderheiten des Marktes oder des Produktes – nur in modifizierter Form Anwendung gefunden hat. Man denke nur an die im deutschen Kartellrecht tradierten sog. Bereichsausnahmen² für die Bank- und Versicherungswirtschaft, die Energie- und Wasserwirtschaft wie auch die Landwirtschaft. Der intellektuelle Aufwand, der in den betroffenen Branchen eingesetzt wurde, um die Ungeeignetheit des Kartellrechts als allgemeinen Ordnungsrahmen zu begründen, war erheblich³ – und

2 Dazu *Immenga*, Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten (1967); Krakowski (Hg.), Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland (1988); s. auch *Weber*, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen (1986) – zur Schweiz und den USA.

3 Kritisch zu den Regelungen über die Kredit- und Versicherungswirtschaft *Möschel* in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 1. Aufl. (1981), § 102 GWB Rn. 11 ff.

brach, wenn man etwa an das Beispiel der Versicherungswirtschaft denkt, in der schockartigen Konfrontation mit dem europäischen Kartellrecht schnell in sich zusammen.⁴ Freilich ist zugleich einzuräumen, dass es durchaus gute Gründe geben mag, um aufgrund der Besonderheiten des Marktes das Kartellrecht sektorspezifisch in seiner Anwendung zu modifizieren. Die Bereichsausnahmen im deutschen Kartellrecht haben denn auch nicht durchweg zur Unanwendbarkeit des Kartellrechts geführt, sondern meist nur zu seiner abgeschwächten und modifizierten Anwendung.

Zugleich ist daran zu erinnern, dass die heutige wettbewerbliche Landschaft in Deutschland geprägt ist von einem Miteinander von Kartellrecht einerseits und Regulierungsrecht andererseits.⁵ Dabei steht der Energiebereich für ein Miteinander, in dem Kartellrecht als Ordnungsrahmen Anwendung findet, dem Energiewirtschaftsgesetz aber mit seinen Regelungen Vorrang zugesprochen wird, während etwa in den Bereichen Post und Telekommunikation die Anwendung des Kartellrechts unberührt bleibt und mithin das Kartellrecht unverkürzt zur Anwendung kommen soll. Aus dieser Perspektive wäre es keine Überraschung, wenn das Gesundheitswesen nicht im Sinne eines Entweder-Oder, sondern eher im Sinne eines Miteinanders – und d.h. im Rahmen des allgemeinen Kartellrechts als Ordnungsrahmen – durch spezielle Regulierungen gesteuert würde.

III. Zwecke des Kartellrechts

Erst kürzlich ist gegen die Anwendung des allgemeinen Kartellrechts auf den Bereich des Gesundheitswesens eingewandt worden, das Kartellrecht zielen auf die Absicherung individueller Handlungsfreiheiten und auf die Allokation der Ressourcen nach den Präferenzen der Beteiligten, während wir es beim Wettbewerb der Kassen nicht nur mit Wettbewerb innerhalb eines Systems mittelbarer Staatsverwaltung zu tun hätten, sondern auch mit einem Wettbewerb, dessen

4 EuGH 27.1.1987 – Rs. 45/85, Verband der Sachversicherer, Slg. 1987, 405; dazu *Roth*, Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes, RabelsZ 54 (1990) 63 (125 ff.).

5 Zum Folgenden *Säcker* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1 – Europäisches Wettbewerbsrecht (2008), Einl. Rn. 66 ff., 120 ff.

Ergebnisse durch sozialrechtliche Vorgaben, insbesondere die Versorgungssicherheit, determiniert seien.⁶

Abgesehen davon, dass die Versorgungssicherheit auch in anderen Sektoren eine Rolle spielen mag,⁷ ist die Beobachtung gewiss richtig, dass die Einführung von Wettbewerbselementen in das System der GKV primär am Ziel der Effizienz⁸ und nicht am Ziel der Wettbewerbsfreiheit der Kassen orientiert ist. Freilich sind in Zeiten des *more economic approach*⁹ Effizienz und *consumer welfare*¹⁰ zu besonders wichtigen Zwecken des (europäischen) Kartellrechts erhoben worden,¹¹ sodass zumindest insoweit die Forderung nach einem gegenüber dem Kartellrecht eigenständigen Gesundheitsregulierungsrecht nicht voll zu überzeugen vermag. Viel näher läge die Forderung nach einem bereichsspezifischen Kartell- und Regulierungsrecht, das auf die Besonderheiten des Gesundheitsmarktes abgestellt ist und die Anwendung der allgemeinen Kartellrechtsregeln nicht mehr als nötig ausschließt bzw. wo geboten modifiziert. Es soll gezeigt werden, dass sich das deutsche Sozialrecht auf diesem Weg befindet.

Im Folgenden wird zunächst (unter § 2) ein kurzer Blick zurück auf die Zeit vor 2000 und auf die Entwicklungen der letzten Jahre geworfen, die sich nicht eben – was die Anwendbarkeit des Kartellrechts angeht – durch Geradlinigkeit und innere Folgerichtigkeit in der Gesetzgebung auszeichnen. Sodann sind die für das Gesundheitswesen maßgebenden Rahmenbedingungen des europäischen und des deutschen Kartellrechts zu skizzieren (unter § 3 I. und II.); dabei ist der

6 *Becker/Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417 (418).

7 Zum Topos der Versorgungssicherheit in der Energiewirtschaft s. *Roth*, Kartellrecht als Instrument der sicheren Energieversorgung, in: *Leible/Lippert/Walter* (Hg.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten (2007), S. 151.

8 *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 417 (418).

9 *Behrens*, Abschied vom more economic approach?, in: FS Möschel (2011), S. 115; *Schmidtchen/Albert/Voigt* (Hg.), The More Economic Approach to European Competition Law (2007); *Schumacher*, Effizienz und Wettbewerb (2011); *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch (2010), S. 223 ff., 253 ff.; *Wish*, Competition Law, 6. Aufl. (2009), S. 19 ff.

10 *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht (2010); *Wurmnest* (Fn. 9), S. 232 ff.

11 Kritisch z.B. *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit (2008).

Frage nachzugehen, ob der Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts eine Sperrwirkung für das nationale Kartellrecht zeitigt (§ 3 III.) – mit der Folge, dass sich § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V damit als europarechtswidrig erweisen würde. Schließlich ist das Verhältnis des Kartellrechts zu den Zielen des Sozialrechts in den Blick zu nehmen (unter § 4). Es zeigt sich, dass – wo nötig – sozialrechtlichen Regelungen Vorrang vor dem Kartellrecht zukommt und im Übrigen spezifisch sozialpolitische Zielsetzungen durchaus im Rahmen des geltenden Kartellrechts verfolgt werden können. Insoweit geht es mehr um ein Miteinander als um ein Gegeneinander von Kartellrecht und Sozialrecht. Im Folgenden nicht behandelt werden die Fragen der Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle auf die GKV¹² sowie des Vergaberechts.¹³

B. Ein Blick zurück

I. Die Zeit bis 2000

Fragt man nach der Eignung des allgemeinen Kartellrechts, als Ordnungsrahmen für den Gesundheitssektor zu dienen, ist zunächst daran zu erinnern, dass – zumindest auf den ersten Blick – die Anwendung des GWB (wie auch des UWG) bis zum Jahre 2000 weitgehend unumstritten gewesen war. Den Hintergrund bildete eine Auffassung der Zivilgerichte, nach der die Krankenkassen in ihrer Tätigkeit trotz Wahrnehmung öffentlich-rechtlich geprägter Pflichten dem Wettbewerbsrecht unterstehen. Dies galt zum einen für den gesamten Bereich der auf dem Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB V)¹⁴ beruhenden Leistungsbeschaffung in (damals) privatrechtlicher Rechtsform, also etwa für die Beziehungen der Kassen zu den Leistungserbringern im Bereich der Krankentransporte und der Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln.¹⁵ Dies bedeutete, dass die Kassen als (zumindest mittelbare) *Nachfrager* solcher Leistun-

12 Dazu kurz *Roth*, GRUR 2007, 645 (655 f.); a.A. z.B. *Gassner*, Kartellrecht und GKV, ZVersWiss 97 (2008), 411 (417 ff.), allerdings von einem abweichenden Qualifikation der Kassen als Unternehmen ausgehend.

13 Dazu *Roth*, Sozialversicherung und europäisches Vergaberecht, in: Thüsing (Hg.), Europäisches Vergabe- und Kartellrecht als Herausforderung für die deutsche Sozialversicherung (2011), S. 59 ff., unter B.

14 Dazu *Waltermann*, Sozialrecht, 8. Aufl. (2009), § 8 Rn. 166, 190, dort auch zu den Dreiecksbeziehungen zwischen Kassen, Leistungserbringern und Versicherten.

15 BGHZ 101, 72 – Krankentransporte I; BGH NJW 1989, 1531 – Neugeborenentransporte; BGHZ 36, 91 – Gummistrümpfe; BGHZ 97, 312 – Orthopädische Hilfsmittel.

gen und Güter zugleich als „Unternehmen“ im kartellrechtlichen Sinne anzusehen und damit nicht nur dem Boykottverbot,¹⁶ sondern bei Existenz einer (zumindest relativ) marktbeherrschenden Stellung auch der Anwendung der Missbrauchs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbote des GWB unterworfen waren.¹⁷ Für den Arzneimittelbereich galt, dass die Kassen auch dann, wenn sie nicht unmittelbar Leistungsempfänger waren, doch zumindest mittelbar an der Nachfrage beteiligt waren.¹⁸ Als Unternehmen waren die Kassen auch dem Kartellverbot unterworfen, wenn und soweit es um den Abschluss von Vereinbarungen mit Apothekerverbänden sowie Verbänden Kassenärztlicher Vereinigungen ging (*upstream*).¹⁹ Die Kassen waren aber auch in Bezug auf die öffentlich-rechtlich ausgestalteten Leistungsbeziehungen zu den Versicherten dem Wettbewerbsrecht insoweit unterworfen (aber auch geschützt²⁰), als sie sich dabei auf der Ebene der *Gleichordnung* zu (potentiellen) Wettbewerbern bewegten (sog. „Doppelqualifizierung“²¹). Dies galt in gleicher Weise für die Anwendung des Kartellverbots – etwa für Vereinbarungen der Kassen mit privaten Versicherern über die Versorgung der Versicherten mit Zusatzversicherungen.²²

Dies ist die eine Seite der Medaille. Die andere Seite ist, dass das Verhältnis der Kassen zu ihren Versicherten (also *downstream*) öffentlich-rechtlich geregelt

16 BGH NJW 1989, 1531 – Neugeborenentransporte.

17 Weitere Nachweise aus der Rechtsprechung z.B. bei Stadler in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1 – Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl. (2011), § 130 Rn. 50-51.

18 OLG Düsseldorf, EuZW 1999, 188, 190 f.; *Jaeger*, Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb, ZWeR 2005, 31, 33 f.

19 Aus der Rspr. s. etwa OLG Frankfurt/M WuW/E OLG 5203 – Günstige Arzneimittel; LG Hamburg WuW/E AG/LG 695 – Sprechstundenbedarf.

20 Vgl. BGHZ 37, 1 – AKI (zum Schutz einer Rundfunkanstalt).

21 Z.B. BGHZ 66, 229 – Studentenversicherung; BGHZ 82, 375, 383 – Brillenselbstabgabestellen: das öffentlich-rechtlich zu qualifizierende Handeln (im Leistungsverhältnis) sei wegen seiner privatrechtlichen Auswirkungen auch als privatrechtlich zu qualifizieren. Zur Begründung der Lehre von der Doppelqualifikation s. *Mestmäcker*, Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln im Wettbewerbsrecht, NJW 1969, 1. Der Gesetzgeber hat mit der Gesundheitsreform 2000 von diesem Regelungsansatz in § 69 Satz 4 SGB V a.F. Abschied genommen: Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 14/1245 S. 68; BGH NZS 2006, 647, 648 – Blutdruckmessungen.

22 BGH WuW/E BGH 1361 – Zusatzversicherungen.

war und bis 1992 keine Wahlfreiheit für die Versicherten und mithin auch kein Wettbewerb zwischen den Kassen (mit der Beitragshöhe, die durchaus unterschiedlich sein konnte) existierte. Öffentlich-rechtlich geregelt war *upstream* aber auch das Verhältnis der Kassen zu den Kassenärztlichen Vereinigungen, wenn es um die Versorgung der Pflichtversicherten ging. Das GWB blieb etwa bei der Beanstandung des Ordnungsverhaltens von Ärzten ebenso unangewendet wie auf Vereinbarungen über Kostenbegrenzungen beim Zahnersatz.

Blickt man von daher auf das Gesundheitswesen insgesamt, lässt sich sagen, dass in der Zeit vor der Gesundheitsreform von 2000 dem GWB wie auch dem UWG ergänzende Funktionen zukamen, soweit der Gesundheitssektor nicht öffentlich-rechtlich gesteuert wurde. Immerhin ist bemerkenswert, dass für die Nachfragetätigkeit der Kassen das GWB nahezu unverkürzt zur Anwendung berufen wurde, ohne dass sich daraus besondere Probleme ergeben hätten. Dies mag auch damit zusammen hängen, dass bei der Anwendung der maßgeblichen Normen – den Behinderungs- und Diskriminierungsverboten – auf (relativ) marktmächtige Kassen als Nachfrager von Gesundheitsleistungen sozialrechtliche Gesichtspunkte im Rahmen der Rechtfertigung ausreichende Berücksichtigung fanden.²³

II. Reformen

1. Zunehmende Wettbewerbselemente

Die Reformbemühungen der letzten zwanzig Jahre sind im Wesentlichen von dem Bestreben geprägt, unter Sicherstellung einer flächendeckenden und qualitätsvollen Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen die mit dem technisch-medizinischen Fortschritt und der demographischen Entwicklung verbundenen *Kostenprobleme* in den Griff zu bekommen. Zu diesem Zwecke wurde das Gesundheitssystem zunehmend mit wettbewerblichen Elementen *upstream* und *downstream* angereichert, um auf diese Weise ein höheres Maß an Effizienz zu erreichen und – neben den vielfältigen Maßnahmen zur Kostendämpfung – dadurch Kosten einzusparen.

Für zunehmende Wettbewerbselemente *downstream* sind als Stichworte zu nennen: die Wahlfreiheit für die Pflichtversicherten (1992); die Eröffnung eines Selbstbehalts und der Beitragsrückvergütung bei fehlender Inanspruchnahme der Kasse zunächst (1997) für freiwillig versicherte Mitglieder (allerdings 1998 schon wieder abgeschafft) und deren Erstreckung auf Pflichtversicherte einige

23 Dazu *Roth*, *Steuerung des Gesundheitsmarkts* (Fn.*), S. 137 (151 ff.).

Jahre später (2003); die verstärkte Einführung von Wahlтарifen (2007) und die Flexibilisierung des Tarifsystems und der Leistungsangebote; die Möglichkeit der Erhebung von Zusatzbeiträgen bei einheitlicher Festlegung des Beitragsatzes, sowie die Prämienrückvergütung (2010).²⁴

Upstream ergänzen in zunehmendem Ausmaß Selektiv(Individual-)verträge das überkommene Kollektivvertragssystem.²⁵ Während in letzterem die wesentlichen Leistungs- und Vergütungsparameter für die Kassen einheitlich festgelegt und damit dem Wettbewerb entzogen werden, sollen die Kassen durch den Abschluss von Selektivverträgen die Möglichkeit erhalten, individuelle Leistungspakete nachzufragen. Dadurch treten die Leistungserbringer miteinander in Konkurrenz: Von den selektiven Vertragsverhandlungen wird erwartet, dass dadurch in Bezug auf Preise und Leistungsqualität wettbewerbliche Ergebnisse erreicht werden. Dies gilt auch und gerade im Zusammenhang mit der Einführung neuer Versorgungsformen („hausarztzentrierte Versorgung“, § 73b SGB V; „Integrierte Versorgung“, §§ 140a-d SGB V)²⁶ und Modellvorhaben, die sogar weitergehend aus dem kollektivvertraglichen System herausgelöst worden sind (§§ 63, 64 SGB V). Damit strebt der Gesetzgeber zunehmenden Wettbewerb unter Leistungsträgern und mittelbar auch unter den Kassen an, der sowohl zu einer wirtschaftlicheren wie auch qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung der Bevölkerung führen und zugleich auch Anreize zu Strukturinnovationen auf beiden Seiten des Gesundheitsmarktes setzen soll.²⁷ Eine Öffnung zu individualvertraglichen Abschlüssen und zu mehr Wirtschaftlichkeit eröffnet den Kassen auch die Möglichkeit, Rabattverträge mit den Herstellern pharmazeutischer Produkte (wie auch mit Großhändlern und Apotheken) abzuschließen (§ 130a Abs. 8 SGB V).²⁸

24 *Schuler-Harms*, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der ambulante Sektor, in: Fehling/Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht (2009), § 15 Rn. 7; *Roth*, GRUR 2007, 645 (646).

25 Näher dazu *Kingreen*, Governance im Gesundheitsrecht, Die Verwaltung 42 (2009), 339 (348 ff.); Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, 18. Hauptgutachten 2008/2009 (2010), S. 370 ff. (unter 4.3., 4.4.).

26 *Schuler-Harms* (Fn. 24), § 15 Rn. 10.

27 Dazu die Übersicht z.B. bei *Schuler-Harms* (Fn. 24), § 15 Rn. 33-35; *Schlegel*, Wettbewerbliche Schranken eines selektiven Vertragswettbewerbs, in: Pitschas (Hg.), Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb (2008), S. 23 (23, 30 ff.).

28 Dazu *Roth*, Rabattvereinbarungen zwischen Krankenkassen (Fn.*), S. 111 (115 ff.).

2. Gesetzliche Regelungen für die Anwendung des Kartellrechts

a) Gesundheitsreformgesetz 2000

Es läge nicht fern zu erwarten, dass die soeben skizzierte Einführung von Wettbewerbselementen in das Gesundheitswesen vom Gesetzgeber mit Überlegungen darüber begleitet worden sind, ob und in welcher Weise der neu geschaffene Freiraum für Wettbewerb einer kartellrechtlichen Absicherung bedürfte. Überraschender Weise ist genau das Gegenteil geschehen: Das Gesundheitsreformgesetz von 2000 hat mit § 69 SGB V a.F. die Leistungsbeziehungen zwischen den Kassen und den Leistungserbringern den §§ 63, 64, 70 ff. SGB V unterstellt und mithin öffentlich-rechtlich geordnet. Dadurch sollten Streitigkeiten den Sozialgerichten (anstelle der Zivilgerichte) zugewiesen und zudem das Verhältnis der Kassen zu den Leistungserbringern dem GWB und dem UWG ganz entzogen werden.²⁹

Aus sozialrechtlicher Sicht wurde § 69 SGB V (2000) als eine *Grundsatznorm* verstanden,³⁰ mittels derer eine fundamentale Neuorientierung der rechtlichen Behandlung der Leistungsbeziehungen zwischen Kassen und Leistungserbringern erreicht werden sollte. Freilich wurde die Etablierung dieser „Grundsatznorm“, die ohne Beteiligung des Wirtschaftsministeriums erfolgte, aus kartellrechtsnaher Sicht auch als „Handstreich“ gewertet.³¹ Eine Rechtsprechungstradition von 40 Jahren, die das GWB (und das UWG) auf Leistungsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Kassen jedenfalls teilweise angewandt hatte, wurde weggewischt und eine ordnungspolitische Grundlagenscheidung gegen den Schutz des Wettbewerbs getroffen – ohne dass ein Grund dafür ersichtlich, geschweige denn näher dargelegt worden wäre. Man muss vermuten, dass dafür vor allem ideologische Gründe gepaart mit dem Einfluss von Lobbygruppen von Bedeutung waren. Sicherlich ließe sich ein gewisser Schutz des Wettbewerbs auch mit den Mitteln des öffentlichen Rechts (analoge Anwendung des UWG;³² Aktivierung der Grundrechte,³³ vor allem des Gleich-

29 BSGE 87, 95 (99); BSGE 89, 25 (33); BGH GRUR 2004, 247 (249) – Krankenkassenzulassung; BGH WRP 2006, 747 (748 Rn. 21 ff.) – Blutdruckmessungen (zum UWG).

30 Dazu *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht (2005), S. 211 f.

31 So die Formulierung von *Bornkamm* in *Langen/Bunte* (Fn. 17), § 87 Rn. 13.

32 *Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. (1987); *Storr*, Der Staat als Unternehmer (2001), S. 489 ff., 506 ff.

33 Dazu eingehend *Rixen* (Fn. 30), S. 223 ff.

heitssatzes³⁴) erreichen, doch erscheint die Annahme nicht fernliegend, dass die Gesetzesänderung mit der Erwartung verknüpft war, dass der über Versicherungsaufsicht und Sozialgerichte zu realisierende Wettbewerbsschutz nicht nur einige Zeit in Anspruch nähme, um einigermaßen sichere Beurteilungsmaßstäbe auszubilden, sondern auch, dass diese Maßstäbe weniger streng als im allgemeinen Wettbewerbsrecht gehandhabt würden.

b) Korrekturen

Mit den Reformen von 2007, 2008 und 2010 wurde die Reform von 2000, was den Ausschluss des Kartellrechts – aber (erstaunlicherweise) nicht des UWG – angeht, nach und nach wieder zurückgenommen und damit erneut eine Kehrtwende vollzogen: Mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV (2007)³⁵ wurde eine erste Korrektur durch Einfügung des § 69 Satz 2 SGB V a.F. vorgenommen, wonach die §§ 19-21 GWB wieder, allerdings nur „entsprechend“, vor allem auf das Nachfrageverhalten marktmächtiger Kassen Anwendung finden sollten; ausgenommen wurde dabei allerdings der Bereich der Verträge der Kassen mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Kassen gesetzlich *verpflichtet* sind.

Die Anordnung einer nur „entsprechenden“ Anwendung der Behinderungs-, Diskriminierungs-, Boykott- und Druckverbote war der Tatsache geschuldet, dass der Gesetzgeber aufgrund von zwischenzeitlichen Entwicklungen im europäischen Kartellrecht von einer fehlenden Unternehmenseigenschaft der GKV auch im Rahmen der §§ 19-21 GWB nicht nur *downstream*, sondern auch *upstream* ausgegangen ist.³⁶ Da die Kassen insoweit nicht mehr als Adressat dieser kartellrechtlichen Regelungen anzusehen waren, musste eine „entsprechende“ Anwendung dieser Regelung angeordnet werden. Dem Vorschlag des Bundeskartellamts³⁷ wie auch des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie,³⁸ den in § 69 Satz 1 SGB V a.F. enthaltenen Ausschluss des GWB völlig zu streichen, hat der Gesetzgeber nicht folgen wollen. Ein Grund dafür war vermutlich, dass er in der Kooperation der

34 BSGE 87, 95 (98).

35 BGBl. 2007 I, S. 378.

36 Bericht des Gesundheitsausschusses (14. Ausschuss), BT-Drucks. 16/4247, S. 35.

37 Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 28.11.2006, S. 5.

38 Pressemitteilung vom 30.1.2007.

Kassen auf der Nachfrageseite – etwa bei den damals intensiv diskutierten Rabattverträgen – einen effektiven Weg zur Kostendämpfung sah und den Kassen diesen Weg nicht verbauen wollte.

Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2008)³⁹ wurde die Regelung des § 69 Satz 2 SGB V (2007) in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V (2008) überführt, die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 19-21 GWB auf die Leistungsbeziehungen zu den Krankenhäusern erstreckt und in Satz 3 die Vorgabe geschaffen, bei der entsprechenden Anwendung des Kartell- (und des Vergabe-)rechts den *Versorgungsauftrag* der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen.⁴⁰

Das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG) von 2010⁴¹ erweitert nun die „entsprechende“ Anwendbarkeit des GWB auf die Regelungen der §§ 1-3 Abs. 1, also auf das Verbot horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, *vorbehaltlich* solcher Vereinbarungen, zu denen die Kassen und ihre Verbände gesetzlich verpflichtet sind. Die durch das Gesetz von 2008 gerade erst eingeführte Bestimmung, wonach der Versorgungsauftrag der Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist, wurde wieder gestrichen. In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu, die Bestimmung sei „entbehrlich“, weil bei den Missbrauchsregelungen der Versorgungsauftrag sowieso bei der sachlichen Rechtfertigung zu prüfen sei.⁴² Im Übrigen ordnet § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V nun die entsprechende Anwendbarkeit des privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Eingriffs- und Sanktionensystems (Schadensersatz- und Abschöpfungsanspruch) einschließlich der Zuständigkeit der Kartellbehörden (Befugnisse nach §§ 32 ff. GWB) und des Kartellverfahrensrechts an, und sieht – in einer Rolle rückwärts – wiederum eine Zuständigkeit der Zivilgerichte für eine Überprüfung der Maßnahmen der Kartellbehörden vor; dies alles, obwohl sich nichts an der öffentlich-rechtlichen Qualifikation der Rechtsverhältnisse der Kassen zu den Leistungserbringern und Dritten (§ 69 Abs. 1 SGB V) ändern soll. Die Fusionskontrollvorschriften werden nicht erwähnt; denn sie sollen wie bisher (was aber nicht unproblematisch

39 BGBl. 2008 I, S. 2477.

40 Dazu eingehend *Roth*, *Steuerung des Gesundheitsmarkts* (Fn.*), S. 137 (147 ff., 151 ff.).

41 BGBl. 2010 I, S. 2282.

42 Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 17/2413, S. 27.

ist⁴³) direkte Anwendung finden. Die „Grundsatznorm“ des § 69 SGB V aus dem Jahre 2000 ist damit einer grundlegenden Revision unterzogen worden, wobei – wenig überzeugend – die Anwendung des UWG weiterhin ausgeschlossen bleiben soll.

C. Die heutigen wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen

Bevor die Frage erörtert werden kann, ob das GWB als Ordnungsrahmen für das Gesundheitswesen taugen kann, ist als *Vorfrage* zu klären, ob und inwieweit das GWB seinerseits durch das Unionsrecht beeinflusst wird. Diese Thematik bedürfte einer eigenen Untersuchung und kann hier nur cursorisch skizziert werden.⁴⁴ Die Aussagen zum Unionsrecht sind vor allem deshalb relevant, weil das Unionsrecht einerseits Vorrang vor dem nationalen Kartellrecht beansprucht (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003) und andererseits der deutsche Gesetzgeber sowohl in der 7. GWB-Novelle wie auch in den Gesundheitsreformgesetzen von 2007 und 2010 von einem Gleichlauf des deutschen und europäischen Kartellrechts bei der Bestimmung des Unternehmensbegriffs ausgegangen ist.⁴⁵

I. Unionsrecht

Zwei Aussagen zum europarechtlichen Unternehmensbegriff sind von Bedeutung.

43 Dazu *Roth*, GRUR 2007, 645 (655 f.); a.A. *Heistermann*, Im Spannungsfeld von Wettbewerbs- und Sozialrecht – Fusionskontrolle bei Krankenhäusern und Krankenkassen, in: Felix (Hg.), Auswirkungen des GKV-WSG auf Versorgungsstruktur und Wettbewerbsordnung (2008), S. 165 (170 f.); von einem „Rätsel“ spricht *Oehler*, Sozialkartellrecht – Sackgasse oder Ausweg zur Wettbewerbsbeschränkung im deutschen Gesundheitswesen?, in: FS Möschel (2011), S. 451 (465).

44 Dazu *Roth*, GRUR 2007, 645 (649 ff.); *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 73 (2011), § 1 GWB 2005, Rn. 17 ff., 33 ff.; zuletzt *Kersting/Faust*, Krankenkassen im Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrecht, WuW 2011, 6, 8 f. (freilich abweichend zur gefestigten Rechtsprechung des EuGH zum Unternehmensbegriff).

45 Dazu *Roth*, Zur Anwendbarkeit des GWB (Fn.*), S. 253 (256 ff.); *Roth/Ackermann* (Fn. 44), Rn. 26 ff.

1. Akzessorietät der Nachfragetätigkeit

Das europäische Kartellrecht – Art. 101, 102 AEUV – folgt in der Rechtsprechung der Unionsgerichte einem funktional-relativen Unternehmensbegriff:⁴⁶ Unternehmen ist jeder Akteur ohne Rücksicht auf seine Rechtsform, der Leistungen oder Güter entgeltlich am Markt *anbietet*.⁴⁷ Die Nachfragetätigkeit (*upstream*) fällt ebenfalls unter den Unternehmensbegriff, allerdings *nur insoweit*, als die Nachfrage akzessorisch zu einer relevanten wirtschaftlichen Tätigkeit auf der Angebotsseite (*downstream*), also auf diese bezogen ist.⁴⁸ Das bedeutet für die Kassen: Insofern diese *downstream* – im Verhältnis zu den Versicherten – nicht unternehmerisch agieren, handeln sie *upstream* – im Verhältnis zu den Leistungserbringern – (insoweit) ebenfalls nicht unternehmerisch.

2. Nichtwirtschaftliche Tätigkeit

a) Kriterien wirtschaftlicher Tätigkeit

Eine wirtschaftliche Tätigkeit der Kassen auf der Angebotsseite – und damit die (wettbewerbsrechtliche) Unternehmenseigenschaft – wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgeschlossen, wenn der Akteur (1) einen sozialen Zweck verfolgt, (2) ohne Gewinnerzielungsabsicht arbeitet, (3) Leistung und Gegenleistung nicht in einem Äquivalenzverhältnis stehen, sondern vom Prinzip der Solidarität bestimmt werden, (4) die Finanzierung im Umlageverfahren über Pflichtbeiträge erfolgt⁴⁹ und (5) der Akteur, wenn er staatsfern organisiert ist, unter Staatsaufsicht agiert.⁵⁰

An diesem vom Gerichtshof gewählten Alles-oder-Nichts-Ansatz ist berechtigte Kritik geübt worden, steht doch mit Art. 106 Abs. 2 AEUV eine auf die Problematik zugeschnittene und eine Feinsteuerung erlaubende Bestimmung zur

46 Roth/Ackermann in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Lfg. 67 (Januar 2009), Art. 81 Abs. 1 EG – Grundfragen, Rn. 30 ff. m.w.N. aus der Rspr.

47 EuGH v. 16.6.1987, Rs. 118/85, Kommission ./I. Italien, Slg. 1987, 2599 Rn. 7; EuGH v. 18.6.1998, C-35/96, Kommission ./I. Italien, Slg. 1998, I-3851 Rn. 36; EuGH v. 22.1.2002, C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691 Rn. 23, u.ö.

48 EuGH v. 11.7.2006, C-205/03 P, *FENIN*, Slg. 2006, I-6295 Rn. 25-27.

49 So insbesondere EuGH 22.1.2002, C-218/00, *Cisal*, Slg. 2002, I-691 Rn. 39; EuGH 5.3.2009, C-350/07, *Kattner*, Slg. 2009, I-1513 Rn. 44.

50 Zuletzt EuGH 3.3.2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, Rn. 53 ff.

Verfügung.⁵¹ Für Zwecke der folgenden Überlegungen ist jedoch die Rechtsprechung des Gerichtshofs als Datum hinzunehmen, zugleich aber darauf zu verweisen, dass bei der Bestimmung und Abgrenzung der „wirtschaftlichen“ Tätigkeit auf der Angebotsseite angesichts der Vielzahl der Kriterien naturgemäß erhebliche Unsicherheiten bestehen.

b) Die GKV im Lichte der Kriterien

Wie allgemein bekannt hat der Gerichtshof auf der Grundlage der damaligen Gesetzeslage im AOK-Urteil von 2004⁵² zum System der deutschen GKV festgestellt, dass die von den Kassen angebotenen Leistungen (also *downstream*) *nichtwirtschaftlichen Charakter* aufweisen und sich dabei auf die folgenden Elemente gestützt: (1) Die Kassen nehmen eine soziale Aufgabe wahr und werden ohne Gewinnerzielungsabsicht tätig. (2) Die Kassen bieten ihren Versicherten Pflichtleistungen an, die von der Höhe der Beiträge unabhängig sind und deren Ausgestaltung gesetzlich vorgegeben ist. (3) Die Kassen konkurrieren im Bereich der Pflichtleistungen weder untereinander noch mit den privaten Krankenversicherungen. Das System basiert auf einer Pflichtmitgliedschaft bei einer der Kassen (mit Wahlmöglichkeit), was einen Wettbewerb zu den privaten Versicherern ausschließt. (4) Die Kassen sind in eine Solidargemeinschaft eingebunden, die durch einen Kosten- und Risikoausgleich charakterisiert ist.

Bedeutsam erscheint in diesem Zusammenhang zweierlei:

- Der Gerichtshof macht zum einen deutlich, dass *innerhalb* dieses durch *Solidarität* geprägten Systems durchaus Wettbewerbselemente (etwa durch Festlegung der Beitragssätze) zur Erreichung größerer Effizienz und kostengünstigerer Leistungserbringung eingebaut sein können, wenn und soweit damit das System seinen Charakter als *Solidarsystem* nicht verliere (Rn. 56). Entscheidend ist damit weiterhin allein, ob die Beitragserhebung und die Leistungserbringung vom Prinzip der Solidarität geprägt sind und die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben von der Aufsicht auch überwacht wird.
- Zum anderen stellt das AOK-Urteil klar, dass die Kassen *außerhalb* des durch Pflichtmitgliedschaft und Solidarität geprägten Systems durchaus auch

51 Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag (1995), S. 112 ff.; Bucher, Die Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts auf Träger sozialer Sicherungssysteme (2008), S. 29 ff., 60 ff.; Roth/Ackermann (Fn. 44), Rn. 102; zuletzt Kersting/Faust, WuW 2011, 6 (11).

52 EuGH v. 16.3.2004, C-264 u.a./01, AOK, Slg. 2004, I-2493 Rn. 46.

wirtschaftlich tätig werden können (Rn. 58). Der Gerichtshof folgt hier also insoweit nicht einem institutionellen, sondern einem *funktional-relativen* Unternehmensbegriff.

Wirft man angesichts dieser Aussagen noch einmal einen Blick auf die GKV, mag man durchaus Zweifel hegen, ob die Tätigkeit der Kassen *downstream* noch als eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann. Immerhin bestehen hier *wettbewerbliche Elemente* in Form von Selbsthalten, Rückvergütungen, Wahlтарifen (§ 53 SGB V; insbesondere für Versicherte, die für Leistungen im Rahmen besonderer Versorgungseinrichtungen optieren) sowie Zusatzleistungen (etwa § 20d SGB V), die nicht nur der Erhöhung der Effizienz dienen sollen. Mit Wahlтарifen, die zwischen „guten“ und „schlechten“ Risiken differenzieren, ist auch ein Stück *Entsolidarisierung* verbunden,⁵³ auch wenn die Tarife weiterhin einer Aufsicht durch die zuständige Behörde unterliegen (§ 193 SGB V). Schließlich besteht heute auch ein gewisser Wettbewerb mit den privaten Versicherern im Rahmen des versicherungspflichtigen Basistarifs (§ 193 VVG), der sich allerdings nicht auf das Leistungsprogramm bezieht, sondern auf die bloße Wahlfreiheit zwischen den GKV und den PKV als Vertragspartnern reduziert erscheint.

Auf den ersten Blick mag man in der *Einbindung der PKV* in das System der sozialen Krankenversicherung den entscheidenden Schritt dazu sehen, dass zwischen der PKV und der GKV Wettbewerb um die Versicherten existiert – mithin die Kassen der GKV nun als Unternehmen im Sinne des europäischen Kartellrechts anzusehen sind. Freilich erscheint eine solche Folgerung wenig überzeugend; dies aus mehreren Gründen: Zum einen ist im Bereich des von der PKV anzubietenden Basistarifs das Leistungsprogramm festgelegt; zum anderen ist die Wahlfreiheit der Versicherten allein auf die Wahl zwischen der PKV und der GKV beschränkt – und damit substantiell nicht von anderer Qualität als die Wahlfreiheit unter den verschiedenen Kassen der GKV. Was entscheidend ist: Soweit die PKV nun ein festgezurrttes Leistungsprogramm zu einem Basistarif anbieten muss, werden Elemente der Solidarität in das System der PKV hineingetragen, die eher dazu führen mögen, dass das Leistungsangebot der PKV selbst insoweit als nichtwirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert werden muss.⁵⁴

53 *Thüsing*, Wahlтарife nach § 53 Abs. 4-6 SGB n.F. im Lichte des Verfassungsrechts, NZS 2008, 449 (450 f.); *Roth*, GRUR 2007, 645 (657).

54 Andeutungen in diese Richtung bei *Voit*, PKV und GKV – Wettbewerb im Basistarif unter ungleichen Voraussetzungen?, in: Voit (Hg.), Gesundheitsreform 2007 (2008),

Das Moment der *Solidarität* in der GKV ist allerdings durch die Einführung des Gesundheitsfonds, der einen Risikostrukturausgleich herbeiführen soll, *gestärkt* worden. Zudem ist die kassenabhängige Höhe der Beiträge als Wettbewerbsparameter weggefallen; die Beiträge werden jetzt nach einem einheitlichen Satz erhoben. Immerhin können die Kassen durch die Vermeidung einer Erhebung von Zusatzbeiträgen oder aber mit Prämienrückzahlungen miteinander konkurrieren (§ 242 Abs. 1 SGB V).

Zusammenfassend wird man auch für die gegenwärtige Lage sagen können, dass die Elemente der Solidarität – Einkommensabhängigkeit der Beiträge, fehlende Äquivalenz von gezahlten Beiträgen und Leistungen, Risikoausgleich – das System der GKV noch nachhaltig prägen und eine hinreichende staatliche Aufsicht die Tätigkeit der Kassen kontrolliert, so dass immer noch von einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit *downstream* ausgegangen werden muss.⁵⁵ Europäisches Kartellrecht findet mithin auf die Tätigkeit der GKV im Bereich der Pflichtversicherung auch heute immer noch keine Anwendung.

Soweit im Schrifttum aus der seit dem Jahre 2000 in Gang gesetzten Öffnung für die Kassen, jenseits von kollektivvertraglichen Vereinbarungen *Selektivverträge* abzuschließen, auf eine wirtschaftliche Tätigkeit der Kassen geschlossen wird,⁵⁶ ist dagegen einzuwenden, dass es dabei um die Einführung wettbewerblicher Elemente *upstream* gegangen ist, die im Hinblick auf die akzessorische Natur der Nachfragetätigkeit *für sich* genommen gerade *nicht* die Unternehmenseigenschaft der Kassen begründen kann: Solange und soweit die Kassen *downstream* nicht als „Unternehmen“ anzusehen sind, sind sie – trotz aller wettbewerblichen Elemente im Leistungserbringungsbereich – auch nicht als Unternehmen *upstream* anzusehen. Dies wird im Schrifttum mitunter verkannt.⁵⁷

S. 73; zurückhaltender dagegen noch *Roth*, GRUR 2007, 647 (659); vgl. auch *Gassner*, ZVersWiss 97 (2008) 411 (421 f.).

55 *Roth*, GRUR 2007, 643 (658); ebenso zuletzt *Kersting/Faust*, WuW 2011, 6 (11); a.A. etwa *Sträter/Natz*, PharmaR 2007, 7 (10), *Kleiner Rechtsanwälte*, Rechtsgutachten (erstattet für die Siemens Betriebskrankenkasse) (2010), S. 16 („Zweifel“).

56 Z.B. *Kleiner Rechtsanwälte*, Rechtsgutachten (Fn. 55), S. 14-15.

57 Z.B. *Haus/Schaper*, Das AMNOG – neues Gesundheitskartellrecht, ZWeR 2011, 48 (59 f.); *Gassner*, ZVersWiss 97 (2008) 411 (419); verunklarend auch *Huster* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 2. Aufl. (2010), § 140b Rn. 16.

Etwas anderes gilt nur im Verhältnis zu der Gruppe der *freiwillig Versicherten*: Hier besteht für die Versicherungssuchenden eine echte *Wahlmöglichkeit* zwischen verschiedenen Angeboten der GKV und der PKV – mit der Konsequenz, dass *insoweit* eine unternehmerische Tätigkeit der GKV *downstream* anzunehmen ist.⁵⁸

II. Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das deutsche Kartellrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat zuletzt in der 7. GWB-Novelle mit der Anpassung der §§ 1, 2 GWB eine bewusste Entscheidung für einen interpretatorischen Gleichlauf mit Art. 101 AEUV getroffen.⁵⁹ Das bedeutet, dass nicht nur die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsverfälschung und -einschränkung sowie des abgestimmten Verhaltens, sondern auch der Begriff des Unternehmens in § 1 GWB im Lichte des Art. 101 AEUV und der hierzu ergangenen und künftig ergehenden Rechtsprechung der Unionsgerichte auszulegen sind. Für den Unternehmensbegriff wird man dasselbe auch für §§ 19, 20 GWB annehmen können: Der Gesetzgeber des GKV-WSG von 2007 ist davon ausgegangen, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff des GWB die GKV *downstream* und *upstream* nicht mehr erfassen könne,⁶⁰ und hat deshalb, und mit Rücksicht auf die öffentlich-rechtliche Qualifizierung des Leistungserbringungsverhältnisses durch § 69 Satz 1 SGB V (2000), eine „entsprechende“ Anwendung der §§ 19-21 GWB auf die Rechtsbeziehungen der Kassen zu ihren Leistungserbringern vorgesehen.⁶¹

Diese Rechtslage ist noch einmal durch den AMNOG-Gesetzgeber bestätigt worden: Die §§ 1-3 Abs. 1, §§ 32 ff. GWB sollen nur „entsprechend“ auf die Leistungsbeziehungen der Kassen angewendet werden. Die Gesetzesmaterialien lassen erkennen, dass bei den §§ 1 ff., 19 ff. GWB vom europäischen Unternehmensbegriff auszugehen ist und von daher die Kassen bei ihren Vertragsab-

58 Roth, GRUR 2007, 643 (658).

59 Bechtold in: Bechtold, GWB, 6. Aufl. (2010), § 1 Rn. 4, 7; Klees, Welcher Unternehmensbegriff gilt im GWB? EWS 2010, 1; Roth/Ackermann (Fn. 44), § 1 Rn. 22 ff. (auch zur unionsrechtlichen Pflichten); a.A. etwa Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 – GWB, 4. Aufl. (2007), § 1 Rn. 31; Hoffmann, Die gesetzlichen Krankenkassen im Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts, WuW 2011, 472 (480); Kersting/Faust, WuW 2011, 6 (15).

60 Nachweise bei Roth, GRUR 2007, 645 (654).

61 Bericht des Gesundheitsausschusses (14. Ausschuss), BT-Drucks. 16/4227, S. 35.

schließen mit Leistungserbringern, die der Versorgung der (Pflicht-) Versicherten dienen, nicht als Unternehmen iSv §§ 1 ff., 19 ff. GWB anzusehen sind:⁶² Von daher bedürfte es – wolle man nicht eine Schutzlücke hinnehmen⁶³ – einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften (im Sinne einer teilweisen Rechtsgrundverweisung). Zugleich wird damit die bisher ungeklärt gebliebene Streitfrage jedenfalls praktisch obsolet, ob § 69 Abs. 1 SGB V auch einen Ausschluss des GWB (und UWG) für das Verhalten der *Leistungserbringer* untereinander und *downstream* bewirken sollte.⁶⁴

Das Bundeskartellamt hatte im Vorfeld des Erlasses des AMNOG an Stelle einer bloß „entsprechenden“ Anwendung der GWB-Vorschriften für deren *unmittelbare* Anwendung plädiert, um keine Zweifel an der Reichweite des Kartellverbots aufkommen zu lassen,⁶⁵ hat sich damit aber zu Recht nicht durchsetzen können: denn das Bundeskartellamt hat nicht bedacht, dass – verneint man die Unternehmenseigenschaft der Kassen nach europäischem und damit auch nach deutschem Kartellrecht – eine direkte Verweisung auf das GWB (oder eine simple Streichung des § 69 SGB V) im Hinblick auf den mit dem europäischen Recht gleichgeschalteten Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht gerade nicht zur Anwendbarkeit der §§ 1 ff., 19 ff. GWB auf die Nachfragetätigkeit der Kassen geführt hätte.

Die in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V angeordnete „entsprechende“ Anwendung der §§ 1 ff., 19 ff. GWB gilt im Übrigen nur für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern (*upstream*),⁶⁶ nicht aber im *Verhältnis zu den Versicherten*. Dies bedeutet, dass also allein eine direkte Anwendbarkeit des § 1

62 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 17/2413, S. 26.

63 Zu versuchen, diese Lücke über § 130 Abs. 1 GWB zu schließen s. *Roth*, Zur Anwendbarkeit des GWB (Fn.*), S.253 (263 f.); *Roth/Ackermann* (Fn. 44), § 1 GWB 2005 Rn. 64 ff.

64 Eine Anwendung des § 69 SGB V a.F. hält die Stellungnahme des Bundeskartellamts 2006 (Fn. 37), S. 5, für zwingend; a.A. etwa *Schlegel* (Fn. 27), S. 45 (ohne Problematisierung). Die Anwendung des europäischen Kartellrechts auf das Wettbewerbsverhalten der Leistungserbringer war natürlich immer unbestritten.

65 Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Gesetzentwurf v. 27.9.2010, S. 2; ebenso Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drucks. 17/6640, S. 21.

66 Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung der Vorschrift im vierten Kapitel, das mit „Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern“ überschrieben ist.

GWB auf das Verhalten der Kassen *downstream* in Frage kommen kann, eine solche Anwendung aber am europäisch ausgerichteten Unternehmensbegriff des § 1 GWB scheitern muss. Dies hat zur Konsequenz, dass Absprachen der Krankenkassen über Wahltarife, Zusatzleistungen oder die Erhebung eines Zusatzbeitrags gem. § 242 Abs. 1 SGB V nicht nur *außerhalb* des Anwendungsbereichs des europäischen Kartellrechts, sondern auch außerhalb des § 1 GWB liegen.⁶⁷ Der deutsche Gesetzgeber könnte sich zwar insoweit – wie mittelbar in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V – vom europäischen Unternehmensbegriff lösen; er ist aber bisher den entgegengesetzten Weg gegangen.⁶⁸

III. Sperrwirkung des europäischen Unternehmensbegriffs für § 69 SGB V?

Im Schrifttum wird die These vertreten, dass Art. 3 VO 1/2003 im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV dazu zwingt, das nationale Kartellrecht im Gleichklang mit den europäischen Regeln auszulegen.⁶⁹ Dies wird als Konsequenz der *Vorrangregel* des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 angenommen: Diese solle zum Inhalt haben, dass Art. 81 Abs. 1 EG a.F. und § 1 GWB „in jeder Hinsicht *gleich* zu interpretieren“ seien.⁷⁰ Auch und insbesondere solle dies für den Unternehmensbegriff gelten, während es für einseitige Verhaltensweisen in Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 mit divergierenden Unternehmensbegriffen sein Bewenden haben könne.⁷¹

Diese These greift jedoch zu weit, wenn sie nicht nur im Sinne einer (durch das deutsche Recht gesetzten, aber insoweit autonomen) Auslegungsdirektive für § 1 GWB verstanden wird, die auf der Einsicht basiert, dass es rechtspolitisch wohl wenig Sinn ergibt, eine vom Unionsrecht abweichende nationale Norm aufrechtzuerhalten, die durch die Vorrangregel immer überlagert und ver-

67 A.A. *Haus/Schaper*, ZWeR 2011, 48 (69), wo insoweit auf die Rechtsprechung des BGH vor Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in § 1 GWB verwiesen wird.

68 Die Feststellung bei *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 417 (420), dass sich am Beispiel der Erhebung der Zusatzbeiträge zeigen lasse, dass etwas sozialrechtlich erlaubt/geboten sein könne, was kartellrechtlich verboten sei, ist daher nicht zutreffend.

69 *Säcker* in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 2 – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (2008), § 130 Rn. 3.

70 *Emmerich*, Kartellrecht, 11. Aufl. (2008), § 20 Rn. 22.

71 *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 417 (421); *Bornkamm*, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts, in: FS Hirsch (2008), S. 231 (238).

drängt wird, sondern darüber hinausgehend als *unionsrechtliches Anpassungsgebot* formuliert wird: Denn die Vorrangregel des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 besagt nur, dass das nationale Kartellrecht in seinen Anwendungsergebnissen nicht Art. 101 AEUV widersprechen darf, nicht aber dass die spezifische inhaltliche Ausgestaltung dieselbe sein muss.⁷² Auch wenn man Art. 101 AEUV nicht nur als kartellrechtlichen Minimal-, sondern zugleich als Maximalstandard verstehen muss, bedeutet dies nicht, dass der in Art. 101 AEUV verwendete Unternehmensbegriff nach einem identischen Begriff im deutschen Recht verlangt.⁷³

Im Vorfeld des Erlasses des AMNOG ist in einem für die AOK erstatteten Rechtsgutachten die These vertreten worden, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Regelung horizontaler und vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in den §§ 1-3 Abs. 3 GWB nicht nur an den europäischen Unternehmensbegriff gebunden sei (und von daher der Begriff des Unternehmens in §§ 1-3 Abs. 1 GWB identisch ausgelegt werden müsse). Dem Unionsrecht müsse darüber hinausgehend eine *negativ wirkende Bindung* dahingehend entnommen werden, dass auf nichtwirtschaftlich tätige Akteure (Nichtunternehmen) die §§ 1-3 Abs. 1 GWB nicht angewendet werden dürften, soweit diese Regelungen (über § 130 Abs. 2 GWB) auch grenzüberschreitende Sachverhalte erfassen.⁷⁴ Diese These⁷⁵ wird ebenfalls aus dem in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 verankerten Vorrang des Unionsrechts abgeleitet, wonach die Anwendung nationaler kartellrechtlicher Vorschriften nicht zum Verbot eines Verhaltens führen dürfe, das zwar den zwischenstaatlichen Handel berühre, aber entweder den Wettbewerb (iSv Art. 101 Abs. 1 AEUV) nicht beeinträchtige oder aber nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt sei. Die These basiert auf der Annahme, dass es Ziel der Vorrangregelung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 sei, für alle Akteure auf dem Bin-

72 Eine davon zu trennende und ganz andere Frage ist, ob der deutsche Gesetzgeber, wenn er europäische Vorschriften 1:1 übernimmt, nicht einem Distanzierungsgebot unterliegt, wenn ein Begriff im deutschen Recht anders als im europäischen verstanden werden soll; dazu *Roth/Ackermann* (Fn. 44), § 1 GWB 2005 Rn. 27 ff.

73 *Roth*, Zum Unternehmensbegriff im deutschen Kartellrecht, in: FS Loewenheim (2009), S. 545 (555 ff.); *Roth/Ackermann* (Fn. 44), § 1 GWB 2005 Rn. 25; *Kersting/Faust*, WuW 2011, 6 (15); a.A. insoweit *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 417 (421).

74 *Bechtold/Brinker/Holzmüller*, Gutachten – Rechtliche Grenzen der Anwendung des Kartellverbots auf die Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen (2010), Rn. 32 ff.

75 So auch *Bechtold* in: *Bechtold* (Fn. 59), § 1 Rn. 7; *Bechtold*, Kartellrecht in regulierten Bereichen, WuW 2010, 727.

nenmarkt Sicherheit darüber zu schaffen, dass ein nach Unionsrecht erlaubtes Verhalten nicht nach nationalem Recht als verboten angesehen werden kann.

Diese Argumentation steht auf wackeligen Füßen: Der *Anwendungsanspruch* des europäischen Kartellrechts wird nämlich maßgeblich durch den *persönlichen* Anwendungsbereich der Regelungen in Art. 101 und Art. 102 AEUV umschrieben. Die wettbewerblichen Verhaltensanforderungen richten sich nur an Unternehmen, während andere Akteure, etwa Endverbraucher, auch wenn ihr Verhalten die Marktverhältnisse beeinflusst, nicht erfasst werden sollen. *Nichtwirtschaftlich* tätige Akteure (Nichtunternehmen) sind *nicht Adressaten* des europäischen Kartellrechts; und das heißt: Nichtwirtschaftliche Tätigkeit soll sich nicht nach den Vorgaben des europäischen Kartellrechts richten müssen.⁷⁶

Die Begrenzung des europäischen Wettbewerbsrechts in seinem *persönlichen* Anwendungsbereich enthält *keine* Wertung dahingehend, dass das Marktverhalten dieser nichtwirtschaftlich tätigen Akteure keinen Verhaltensbindungen unterliegen darf, sondern allein, dass das europäische Recht keinen Anlass sieht, seinen Anwendungsanspruch über den Kreis der „Unternehmen“ hinaus auszuweiten. Das europäische Kartellrecht entfaltet keine Sperrwirkung solcherart, dass mitgliedstaatliches Kartellrecht nicht auch noch auf andere Institutionen als diejenigen, die als „Unternehmen“ anzusehen sind, erstreckt werden dürfte. Um es auf den Punkt zu bringen: Für ein nichtwirtschaftliches Tätigwerden von Akteuren interessiert sich das europäische Kartellrecht nicht.

Diesem Ergebnis wird zu Unrecht die *Entstehungsgeschichte* des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 entgegen gehalten. Der Verordnungsvorschlag vom 27.9.2000⁷⁷ sah in Art. 3 eine Regelung vor, die in ihrem Anwendungsbereich („Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“) allein das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft unter Ausschluss des Wettbewerbsrechts der Mitgliedstaaten für anwendbar erklärte. In der Begründung dazu heißt es:

76 Stellungnahme des Bundeskartellamts (Fn. 65), S. 4; ebenso Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drucks. 17/6640, S. 21; im Ergebnis ebenso *Kersting/Faust*, WuW 2011, 6 (15); *Hoffmann*, WuW 2011, 472 (475); *Haus/Schaper*, ZWeR 2011, 48 (58 f.).

77 Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 („Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag“), KOM (2000) 582.

„Beim gegenwärtigen Entwicklungsstand der Gemeinschaft ist es von großer Bedeutung, dass überall in der Europäischen Union für gleiche Wettbewerbsbedingungen gesorgt wird, so dass die Unternehmen in den vollen Genuss der Vorteile des Binnenmarkts kommen können ...“⁷⁸

Aus dieser Begründung wird nun gefolgert, dass das Gemeinschaftsrecht Sperrwirkung für alle nach Art. 81, 82 EG a.F. *erlaubten* Verhaltensweisen entfalten und die schließlich in Kraft gesetzte Fassung daran nichts ändern sollte.⁷⁹ Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass die in der Vorschlagsbegründung erhobene Forderung nach „gleichen Wettbewerbsbedingungen“ unmittelbar auf die „Unternehmen“ bezogen ist, die in den Genuss des Binnenmarkts kommen sollten. Hinsichtlich der Behandlung von Nichtunternehmen wird insoweit *keine Aussage* getroffen.

Soweit der *Normzweck* des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 dahingehend konkretisiert wird, dass allen *Marktteilnehmern* – und nicht nur den Unternehmen iSv Art. 101, 102 AEUV – die Möglichkeit gegeben werden soll, eine EU-weite Geschäftsstrategie zu verfolgen, ohne sich mit den 27 mitgliedstaatlichen Kartellrechtsordnungen auseinandersetzen zu müssen,⁸⁰ so lässt sich diese Deutung kaum mit dem Unionsrecht in Einklang bringen. Zum einen sind Adressaten des primären Unionsrechts nur „Unternehmen“, und nicht – wie behauptet – auch sonstige „Marktteilnehmer“ (wie z.B. Endverbraucher). Zum anderen wird durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 nicht beansprucht, das Marktverhalten von Marktteilnehmern zu erfassen, die nicht als „Unternehmen“ im Sinne des Primärrechts anzusehen sind. Im Erwägungsgrund No. 9 der VO 1/2003 werden im Rahmen der Anwendung der Zwischenstaatlichkeitsklausel den Mitgliedstaaten von den Regulationsergebnissen des Unionsrechts abweichende Wertungen nur eingeräumt, insofern sie kartellrechtsfremde Ziele (wie zum Beispiel im Lauterkeitsrecht) verfolgen. Der Erwägungsgrund No. 9 gibt jedoch in seinem letzten Satz eindeutig zu erkennen, dass es immer nur um die Regelung von „Unternehmen“ und nicht etwa auch von sonstigen „Marktteilnehmern“ gehen soll. In der Begründung des *Verordnungsvorschlags* heißt es zwar:

„Mit dem Binnenmarktconcept unvereinbar ist es, dass Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen können, unter-

78 Vorschlag (Fn. 77), Begründung, S. 16.

79 *Bechtold/Brinker/Holzmüller* (Fn. 74), Rn. 41.

80 *Bechtold/Brinker/Holzmüller* (Fn. 74), Rn. 46.

schiedlichen Normen unterliegen, so dass eine Vereinbarung, die nach dem Gemeinschaftsrecht als harmlos oder nutzbringend betrachtet würde, nach einzelstaatlichem Wettbewerbsrecht verboten werden kann.“

Doch gibt auch diese Begründung zu erkennen, dass sie allein auf „Unternehmen“ und nicht auf sonstige Marktteilnehmer bezogen ist. Dort heißt es nämlich in eindeutiger Weise:

„Artikel 3 stellt sicher, dass Vereinbarungen und Verhaltensweisen ... nach einheitlichen Regeln untersucht werden, was einheitliche Wettbewerbsbedingungen überall in der Gemeinschaft fördert und die Kosten erspart, die die parallele Anwendung von EG-Wettbewerbsrecht und nationalen Rechten sowohl für die Wettbewerbsbehörden wie *für die Unternehmen* verursacht.“⁸¹

Die *Selbstabgrenzung* des europäischen Kartellrechts verläuft damit über das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und über das für den Unternehmensbegriff konstitutive Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ (im Sinne eines entgeltlichen Angebots von Gütern und Dienstleistungen).⁸² Für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten erhebt das europäische Kartellrecht keinen Regelungsanspruch, weder in positiver noch in negativer Richtung. Es enthält daher auch keine Aussage dahingehend, dass mitgliedstaatliches Kartellrecht nicht auch auf nichtwirtschaftliches Verhalten von „Marktakteuren“ erstreckt werden dürfe. Daher ist der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich frei, den Unternehmensbegriff enger, aber auch weiter zu fassen.⁸³ Fasst er ihn enger, ist dies unschädlich, weil die Verbotstatbestände des Unionsrechts nicht durch milderes nationales Recht berührt werden können (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003). Fasst er ihn weiter, ist dies ebenfalls unschädlich, weil dem Unionsrecht nicht die Wertung entnommen werden kann, dass das Marktverhalten der Akteure, die aus dem unionsrechtlichen Unternehmensbegriff heraus fallen, von den Mitgliedstaaten nicht geregelt werden dürfte. Das deutsche Kartellrecht darf

81 Vorschlag (Fn. 77), Begründung, S. 17 (kursiv von Verf.).

82 Dass die nationalen Rechte dem Unionsrecht angeglichen werden müssen, wie es bei *Bechtold* in: Bechtold (Fn. 59), § 1 Rn. 7, heißt, trifft nicht zu; dies gilt erst recht für den im nationalen Kartellrecht verwendeten Unternehmensbegriff.

83 Zutreffend insoweit *Rehbinder* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EG/Teil 2, 4. Aufl. (2007), Art. 3 VO 1/2003 Rn. 24; *Böge/Bardong* in: Münchener Kommentar (Fn. 5), Art. 3 VO 1/2003 Rn. 54-55.

damit im Grundsatz,⁸⁴ wie dies im Schrifttum zum Teil auch vertreten wird,⁸⁵ einen im Vergleich zum europäischen Recht weiteren Unternehmensbegriff verwenden.⁸⁶ Es darf erst recht, wie durch § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V angeordnet, das nationale Kartellrecht auf nichtwirtschaftlich tätige Marktakteure entsprechend anwenden.

D. Kartellrecht und Sozialrecht: Zielkonflikte?

I. Zur Diskussion um das Spannungsverhältnis von Kartell- und Sozialrecht

1. Europäische Ausgangspunkte

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur (fehlenden) Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger ist im Schrifttum vielfacher Kritik ausgesetzt. Diese bezieht sich nicht nur auf innere Widersprüchlichkeiten etwa im Hinblick auf den Stellenwert des Kriteriums „Art der Finanzierung“,⁸⁷ sondern vor allem auch auf die vom Gerichtshof verfolgte – von einem funktionalen Unternehmensbegriff abweichende – Akzessorietätsthese, wonach die Nachfragetätigkeit für sich betrachtet nicht als wirtschaftliches Handeln anzusehen ist, sondern nur dann, wenn die Nachfrage (*upstream*) in unmittelbarem Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit *downstream* steht.⁸⁸ Darüber hinaus wird die damit durch den Gerichtshof faktisch geschaffene Bereichsausnahme vor allem deshalb kritisiert, weil mit Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Norm zur Verfügung steht, die differenzierende Wertungen für solche Fälle erlaubt, in denen die Ziele des Kartellrechts mit denen des Sozialrechts kollidieren.⁸⁹ Will man eine Erklärung

84 Vorbehaltlich seiner Obliegenheit zur „Distanzierung“ vom europäischen Unternehmensbegriff; s. oben Fn. 72.

85 *Böge/Bardong* in: Münchener Kommentar (Fn. 5), Art. 3 VO 1/2003 Rn. 54-55; *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 59), § 1 Rn. 31 (eingeschränkt auf Sachverhalte unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle).

86 *Bechtold* in: Bechtold (Fn. 59), § 1 Rn. 7, bezeichnet dies (zu Unrecht) als eine „sehr formale“ Argumentation („überspitzte Formallogik“); ebenso *Bechtold*, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts seit der 7. GWB-Novelle, NJW 2007, 3761 (3762).

87 Dazu etwa *Bucher* (Fn. 51), S. 35 f.

88 Zur Kritik etwa *Roth*, Comment, C.M.L.Rev. 44 (2007) 1131; vorher *Roth*, Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht, in: FS Bechtold (2006), S. 393.

89 *Giesen* (Fn. 51), S. 112 ff.; *Bucher* (Fn. 51), S. 63 ff.; *Roth/Ackermann* (Fn. 44), Rn. 102; *Kersting/Faust*, WuW 2011, 6 (11 f.).

rung dafür geben, warum der Gerichtshof den Weg über den Unternehmensbegriff in Art. 101, 102 AEUV („Tatbestandslösung“) und nicht – wie Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen im AOK-Verfahren⁹⁰ – über Art. 106 Abs. 2 AEUV gewählt hat, dann sind es vor allem zwei Gründe, die die so geschaffene Bereichsausnahme für Sozialversicherungssysteme zu rechtfertigen vermögen.

(1) Der in der Rechtsprechung der Unionsgerichte unternommene Versuch, die mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssysteme mittels des Unternehmensbegriffs aus dem Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts herauszuhalten, ist wohl von dem (vielleicht nicht überzeugenden) Bemühen getragen, einem *potentiellen Konflikt* zwischen den Zielsetzungen des europäischen Wettbewerbsrechts und den Zielen der nationalen Sozialversicherungssysteme weitestgehend aus dem Wege zu gehen und insbesondere den Gerichtshof aus den schwierigen Anwendungsfragen bei Art. 106 Abs. 2 AEUV herauszuhalten. Erreicht wird dadurch eine weitgehende *Schonung mitgliedstaatlicher Regelungskompetenzen*: Es sollen die Mitgliedstaaten sein, die in ihrer Verantwortung für die nationalen Sozialsysteme über die geeigneten Regelungsmechanismen – Kollektivvereinbarungen oder/und Wettbewerbselemente – entscheiden, mit denen die Ziele der gesetzlichen Krankenversicherung erreicht werden sollen. Insoweit liegt auch eine Wertungsparallele zur kartellrechtlichen Behandlung der Tarifverträge nahe, für die die Rechtsprechung der Unionsgerichte ebenfalls einen Freiraum gegenüber dem Anwendungsanspruch des Unionskartellrechts geschaffen hat.⁹¹ Insofern macht es Sinn, wenn das europäische Wettbewerbsrecht keinen Anwendungsanspruch erhebt, die Frage des Ob und des Wie einer wettbewerbsrechtlichen Steuerung vielmehr – je nach Ausgestaltung des nationalen Sozialversicherungsrechts – den nationalen Entscheidungsträgern überlässt.

(2) Mit Blick auf das europäische *Beihilfenrecht*, dessen Anwendungsanspruch wie im Wettbewerbsrecht über den Unternehmensbegriff gesteuert wird, geht man wohl in der Annahme nicht fehl, dass die für das Sozialversicherungsrecht durch die enge Definition des Unternehmensbegriffs geschaffene Bereichsausnahme auch und gerade deshalb kriert worden ist, um den Mitglied-

90 GA Jacobs, verb. Rs. C-264/01 u.a., AOK-Bundesverband, Slg. 2004, I-2493 (2495 Rn. 86 ff.).

91 EuGH 21.9.1999, C-67/96, Albany, Slg. 1999, I-5751 Rn. 54, 59 u.ö.; umfassend *Kordel*, Arbeitsmarkt und Europäisches Kartellrecht (2004).

staaten einen Freiraum für eine mögliche steuerrechtliche Unterstützung oder Absicherung ihrer sozialversicherungsrechtlichen Systeme zu eröffnen, ohne dass diese Gefahr laufen, sich vorschnell im Dickicht des europäischen Beihilfenrechts zu verfangen.⁹² Auch wenn dies nicht explizit gemacht worden ist, erklärt dies doch auch und vor allem, warum der Gerichtshof für die Nachfragefähigkeit der Akzessorietätsthese folgen will. Ganz offensichtlich war der Gerichtshof nicht bereit, im Rahmen des Titels VI des EG-Vertrages angesichts der gleichen Zielsetzungen der Wettbewerbs- und Beihilferegeln von einem unterschiedlichen Unternehmensbegriff auszugehen.⁹³

2. Diskussion im Vorfeld des AMNOG

Im Vorfeld des Erlasses des AMNOG ist – auch in Form von Rechtsgutachten, die von interessierter Seite in Auftrag gegeben wurden – eine vor allem rechtspolitisch inspirierte Diskussion darüber geführt worden, ob ein Zielkonflikt zwischen Kartellrecht und Sozialrecht zu konstatieren und – bejahendenfalls – ob und in welcher Weise ein solcher überbrückbar ist. Die Diskussion bezog sich dabei nicht auf den Wettbewerb der Leistungserbringer (*downstream*; vis-à-vis den Kassen), sondern auf die Leistungsbeziehungen zwischen Kassen und Leistungserbringern, also den Wettbewerb zwischen den Kassen *upstream*.

a) Unterschiedlich Ziele

Die Erstreckung des Kartellrechts auf das Nachfrageverhalten der Kassen ist dabei mit der These in Frage gestellt worden, dass sich der Kassenwettbewerb vom Wettbewerb der normalen Marktteilnehmer durch die Formeln: „Funktionalität statt Freiheitsentfaltung“ und „Effizienz statt Kreativität“ unterscheiden lasse und von daher gegenüber der Anwendung des Kartellrechts Zurückhaltung geboten sei.⁹⁴ Ohne an dieser Stelle auf die Diskussion um die Regelungszwecke

92 S. den Hinweis bei *Thoma*, EU-Recht und Schranken hoheitlicher Staatstätigkeit (2004), S. 305 f.; kritisch *Bucher* (Fn. 51), S. 61 f. Es erscheint bemerkenswert, dass das Thema in den gängigen Handbüchern und Kommentaren zum Beihilfenrecht nicht näher problematisiert wird.

93 Für einen einheitlichen Unternehmensbegriff aus dem Schriftum z.B. *Mederer* in: Schröter/Jakob/Mederer (Hg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003), Art. 87 Absatz 1 EG Rn. 31; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht (2003), S. 76 f. (wo allerdings die Möglichkeit einer „spezifischen Anpassung für die Beihilfenkontrolle“ ins Auge gefasst wird); *Heidenhain* in: Heidenhain (Hg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003) § 4 Rn. 50; zum Ganzen auch *Bucher* (Fn. 51), S. 61 f.

94 So der Ansatz bei *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 147 (148).

des europäischen (und durch dessen Prägung auch des deutschen) Kartellrechts vertiefend einzugehen,⁹⁵ lässt sich sagen, dass – wie bereits angedeutet⁹⁶ – zumindest für das europäische Kartellrecht mit dem Vordringen des *more economic approach* eine starke Ausrichtung auf Effizienz und *consumer welfare* zu beobachten ist. Zudem steht im Vordergrund des europäischen Kartellrechts weniger der Schutz der Handlungsfreiheiten⁹⁷ als der Schutz der Marktstruktur und des Wettbewerbsprozesses.⁹⁸ Soweit im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung Freiraum für Wettbewerb eröffnet wird, ist nicht einsichtig, warum die damit intendierten Wettbewerbsprozesse, die durch autonomes Marktverhalten entstehen, nicht in gleicher Weise wie in anderen Bereichen und Sektoren durch das Kartellrecht geschützt werden sollten.

b) Zielkonflikte

Der Anwendung des Kartellrechts auf das Verhältnis der Kassen zu den Leistungserbringern ist entgegengehalten worden, dass Kartellrecht und Sozialrecht von entgegengesetzten Prämissen ausgingen:⁹⁹ Kartellrecht sei der Ordnungsrahmen zur Gewährleistung autonomen, marktbezogenen Handelns, während das Sozialrecht von kollektiven Strukturen geprägt sei.

Ohne dass ein Zielkonflikt zwischen kollektivvertraglichen und selektivvertraglichen Regelungsinstrumenten geleugnet werden müsste oder könnte, kann dieser Zielkonflikt doch keinen hinreichenden Grund dafür abgeben, das Kartellrecht aus dem Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung auszusperrern. Denn Sinn und Zweck der Gesundheitsreformen ist es gerade gewesen, durch

95 Dazu die Beiträge in Ehlermann/Laudati (Hg.), *The Objectives of Competition Law, European Competition Law Annual 1997 (1998)*; *Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?* (2008).

96 Siehe oben im Text in Fn. 9-10.

97 S. etwa EuGH 19.2.2002, C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, I-1653 Rn. 97; EuGH 18.7.2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, Slg. 2006, I-6991 Rn. 42; EuG 8.7.2008, T-99/04, *AC-Treuhand*, Slg. 2008, II-1501 Rn. 126; aus dem Schrifttum *Wish* (Fn. 9), S. 115, 124 f. Davon zu unterscheiden ist die Betonung der Pflicht der einzelnen Unternehmen zu einem autonomen Verhalten auf dem Markt („Selbständigkeitspostulat“).

98 EuGH 15.3.2007, C-95/04 P, *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 Rn. 106; EuGH 20.11.2008, C-209/07, *Beef Industry*, Slg. 2008, I-8637 Rn. 31; EuGH 4.6.2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009, I-4529 Rn. 38; EuGH 6.10.2009, verb. Rs C-501/06 P u.a., *GlaxoSmithKline*, Slg. 2009, I-9291 Rn. 63.

99 Zum Folgenden *Bechtold/Brinker/Holzmüller* (Fn. 74), Rn. 75 ff.

eine Zurückdrängung kollektiver Verhandlungen Raum für dezentral abzuschließende Selektivverträge und damit für Wettbewerb zwischen den Kassen zu schaffen und dadurch die Effizienz zu erhöhen.¹⁰⁰ Insofern ist eine *differenzierende Herangehensweise* möglich und geboten, ohne dass damit die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung in Frage gestellt würde. Genau dies ist der Weg, den der Gesetzgeber nach der radikalen Wende im Jahre 2000 mit den Reformen 2007 und 2010 zu gehen versucht.

aa) Behinderungs- und Diskriminierungsverbote etc.

Die These vom Zielkonflikt zwischen Kartellrecht und sozialrechtlichen Grundsätzen wird im Wesentlichen auf die Anwendung des Kartellverbots bezogen. Damit bleibt die im Jahre 2007 wieder eingeführte entsprechende Anwendung der §§ 19-21 Abs. 1 GWB in § 69 SGB V a.F. unangefochten. In der Tat lassen die Erfahrungen mit der Anwendung der Diskriminierungs- und Behinderungsverbote auf (relativ) marktmächtige Krankenkassen, die in den Jahren zwischen 1960 und 2000 gesammelt worden sind, keine andere Schlussfolgerung zu. Dies gilt zumindest insoweit, wie der Versorgungsauftrag der Kassen im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung angemessene Berücksichtigung findet.¹⁰¹ Für die in § 21 Abs. 1 und 2 GWB normierten Boykott- und Druckverbote, die sich auch an nicht marktbeherrschende Unternehmen richten, gilt nichts anderes.

bb) Kartellverbot

Es wird befürchtet, dass die Anwendung des Kartellrechts – und gemeint ist hier das Kartellverbot – nicht nur der in § 4 Abs. 3 SGB V angeordneten Kooperationspflicht der gesetzlichen Krankenkassen den Boden entzieht, sondern vor allem auch den Grundsatz der kollektiven Leistungsbestimmung – der kollektiven Bestimmung, Bewertung und Beschaffung medizinischer Dienst- und Sachleistungen – und damit das Ziel der *Leistungs- und Versorgungseinheit* in Frage stellt.¹⁰²

100 Baake/Kuchinke/Wey, Die Anwendung der Wettbewerbs- und Kartellvorschriften im Gesundheitswesen, WuW 2010, 502 (506).

101 Dazu Roth, Steuerung des Gesundheitsmarkts (Fn.*), S. 137 (146 ff.).

102 Bechtold/Brinker/Holzmüller (Fn. 74), Rn. 78.

Für die rechtspolitische Bewertung der Anwendung des Kartellverbots¹⁰³ auf die Nachfragetätigkeit der Kassen ist zunächst im Ausgangspunkt festzuhalten, dass dieses nur Anwendung finden kann, wenn den Kassen (oder ihren Verbänden) überhaupt ein *Handlungsspielraum* zukommt. Ein solcher Handlungsspielraum ist in den letzten Jahren durch die Möglichkeit, *Selektivverträge* abzuschließen, eröffnet worden. Soweit der Gesetzgeber den Kassen Handlungsautonomie zubilligt, besteht zumindest im Grundsatz eine Legitimation für die Anwendung des Kartellverbots: Denn der Gesetzgeber *bezweckt* gerade durch die Eröffnung von Handlungsspielräumen einen *Wettbewerb zwischen den Kassen* mit all seinen positiven Effekten, der seinerseits nicht durch eine Kartellbildung konterkariert werden sollte.

Umgekehrt gilt: Wo das Gesetz die Kassen oder ihre Verbände zum Abschluss von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Beschlüssen *verpflichtet*, fehlt es an einem wettbewerbsrelevanten Handlungsspielraum und mithin bei entsprechenden Absprachen an einer Wettbewerbsbeschränkung. Soweit § 69 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 SGB V die entsprechende Anwendung der GWB-Verbotsregelungen in diesen Fällen ausschließt, hat diese Regelung daher im Wesentlichen nur *klarstellende* Bedeutung: Wo die Kassen oder ihre Verbände gesetzliche Verpflichtungen erfüllen, findet Wettbewerb nicht statt; es bedarf mithin auch nicht eines Wettbewerbsschutzes.

Zugleich wird aber die vom Gesetzgeber angesteuerte *Rollenverteilung* deutlich erkennbar: In den Bereichen, in denen es nach der Einschätzung des Gesetzgebers sinnvoll ist, die Nachfragetätigkeit der Kassen durch kollektive Leistungsbestimmung und Leistungsverschaffung zu steuern, bleibt das Kartellrecht außen vor. Anders aber in den Fällen, in denen sich der Gesetzgeber dafür entscheidet, den Kassen Freiraum für autonomes und damit wettbewerbliches Handeln zu eröffnen. Aus rechtspolitischer Perspektive erscheint damit das Kartellrecht keineswegs in einem diametralen Gegensatz zu den sozialrechtlichen Wertungen, sondern schließt sich den sozialrechtlichen Wertungen an: Der Gesetzgeber hat es in der Hand, über die Regelungen des SGB V – die Möglichkeit für die Kassen, Selektivverträge abzuschließen – den Freiraum für durch das Kartellrecht geschützten Wettbewerb so weit zu öffnen, wie dieser Wettbewerb bessere Ergebnisse als kollektiv verantwortete Vereinbarungen erwarten lässt.

103 Das „Kartellverbot“ des § 1 GWB umfasst sowohl Abstimmungen horizontaler Art zwischen den Kassen wie auch vertikaler Art – also zwischen den Kassen und den Leistungserbringern. Im Text ist verkürzt nur von „Kartellen“ und „Kartellverbot“ die Rede.

c) Effizienz und Kostensenkungen

Insbesondere im Zusammenhang mit den Rabattverträgen ist die Frage diskutiert worden, ob nicht die Anwendung des Kartellverbots auf die Nachfragemacht der Kassen dem mit den Reformgesetzen seit 2000 angestrebten Ziel, der Kostenexplosion im Gesundheitswesen – insbesondere bei den Arzneimittelpreisen – Herr zu werden, diametral zuwiderläuft.¹⁰⁴ In der Tat liegt es nahe, dass durch Nachfragebündelung auf Seiten der Kassen Nachfragemacht entstehen kann, die dazu führt, dass in den Verträgen mit den Leistungserbringern günstigere Konditionen (etwa in Form von Rabatten) erreicht werden. Mit einer Anwendung des Kartellverbots auf Nachfragekartelle können sich daher zumindest kurzfristig Wirkungen ergeben, die dem Ziel der Gesundheitsreformen, Kosten zu senken, entgegenlaufen.

Freilich liegen die Dinge nicht ganz so einfach. Eine Zusammenballung von Nachfragemacht mag zwar den Preissetzungsspielraum der Leistungsanbieter beschränken und damit – kurzfristig – zu günstigeren Einkaufspreisen der Kassen führen. Zugleich kann aber die Bildung von Nachfragemacht mittelfristig nachteilige Wirkungen für die Marktstruktur auf der Anbieterseite zeitigen. Zu befürchten ist bei Märkten mit kleineren Herstellern, dass eine Reihe von ihnen aus dem Markt austreten werden, was die Leistungsvielfalt schwächen und tendenziell die Oligopolbildung fördern kann.¹⁰⁵ Damit mag ein Verlust an Innovationskraft und damit der Leistungsqualität auf Seiten der Anbieter einhergehen und dies mag mittelfristig nicht nur Konzentrationsprozesse fördern, sondern auch zu einem Anstieg der Preise führen.¹⁰⁶ Auch wenn sich die Gefahr zumindest kurzfristiger Kostensteigerungen im Gesundheitssystem durch die Anwendbarkeit (und Durchsetzung) des Kartellrechts auf Nachfragerkartelle nicht ausschließen lässt, so ist das Ausmaß dieser Gefahr im Übrigen im Hinblick darauf zu relativieren, dass es sich bei dem Kartellverbot des § 1 GWB keineswegs um ein per se-Verbot handelt, sondern für die Nachfragekooperation der Kassen und damit für Maßnahmen zur Kostensenkung durchaus – wie noch zu zeigen sein wird – einiger *Spielraum* besteht, soweit diese Kooperation keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen hervorbringt oder aber gem. § 2 Abs. 1 GWB gerechtfertigt werden kann.

104 Dazu zuletzt *Bechtold/Brinker/Holzmüller* (Fn. 74), Rn. 81 ff.

105 Stellungnahme des Bundeskartellamts (Fn. 37), S. 3.

106 Stellungnahme des Bundeskartellamts (Fn. 37), S. 3.

d) Rechtsunsicherheit

Auch wenn die Anwendung des § 1 GWB auf die Leistungsbeziehungen der Kassen zu den Leistungserbringern für die Kassen im Ergebnis einigen Spielraum lässt, ist bei all dem nicht zu übersehen, dass die Anwendbarkeit des § 1 GWB ein gerütteltes Maß an *rechtlicher Unsicherheit* mit sich bringt, wenn und soweit es etwa darum geht, die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines Nachfragekartells zu ermitteln oder aber die Freistellungskriterien des § 2 GWB im Einzelnen zu prüfen. Diese Rechtsunsicherheit,¹⁰⁷ die auch dem zunehmend praktizierten *more economic approach* im Kartellrecht geschuldet ist, ist freilich keine Besonderheit der Kartellrechtsanwendung im Bereich der GKV. Sie trifft die Wirtschaft insgesamt und wirft für die Kassen auch keine unüberwindbaren Probleme auf, die etwa ihren Versorgungsauftrag in Frage stellen würden.

e) Ungleichbehandlung

Allerdings mögen die Kassen die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf ihre Nachfragetätigkeit aus einem ganz anderen und im Wesentlichen formalen Grund in Frage stellen: Die öffentlichen Hände, also Kommunen, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts etc., unterliegen allesamt für ihre Nachfragetätigkeit nicht dem deutschen Kartellrecht, soweit sie *downstream* nicht wirtschaftlich tätig sind. Dies ist eine Folge der Übernahme des Unternehmensbegriffs aus dem europäischen Kartellrecht, die auch nicht durch § 130 Abs. 1 GWB korrigiert wird.¹⁰⁸ Diese Norm stellt lediglich klar, dass auch die öffentlichen Unternehmen dem Kartellrecht unterliegen. Hierbei wird aber kein eigenständiger, sondern vielmehr ein zu den einzelnen kartellrechtlichen Bestimmungen akzessorischer Unternehmensbegriff verwendet.¹⁰⁹ Dies führt zu einer weitgehenden Freistellung der öffentlichen Hand vom Kartellrecht – ganz im Gegensatz zu der jetzt in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V angeordneten „entsprechenden“ Anwendung der §§ 1 ff., 19 ff. GWB. Diese Ungleichbehandlung spricht aber nicht gegen die Anwendung des Kartellverbots auf die Nachfragetätigkeit der Kassen, sondern vielmehr dafür, den Unternehmensbegriff in § 130 Abs. 1

107 S. auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 17/3116, S. 12.

108 Gegenteilig *Säcker/Herrmann* in Münchener Kommentar (Fn. 5), Einl. Rn. 1616 ff.; *Säcker* in: Münchener Kommentar (Fn. 69), § 130 Rn. 1.

109 *Roth*, Zur Anwendbarkeit des GWB (Fn.*), S. 253 (266 ff.); *Roth/Ackermann* (Fn. 44), § 1 GWB 2005 Rn. 64 ff.

GWB gegenüber dem des europäischen Kartellrechts und dem der §§ 1 ff., 19 ff. GWB eigenständig und erweiternd neu zu formulieren.¹¹⁰

II. Berücksichtigung des Sozialrechts

Es ist bereits (unter I.2.b.) dargelegt worden, dass das Konfliktpotential zwischen Kartellrecht und sozialversicherungsrechtlichen Wertungen – auf einer ersten Stufe – vom Gesetzgeber selbst durch Regelungen im SGB V kanalisiert und geordnet wird. Dies ist im Folgenden noch zu konkretisieren. Damit ist freilich das Konfliktpotential nicht völlig entschärft. Vielmehr bleibt auch zu fragen, ob und wie weit der Versorgungsauftrag der Kassen und die sie durch das SGB V treffenden Pflichten in Konkordanz mit kartellrechtlichen Wertungen gebracht werden können.

1. Versorgungsauftrag

Das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008¹¹¹ hatte in dem neu geschaffenen § 69 Abs. 2 SGB V einen Satz 3 angehängt, wonach bei der „entsprechenden“ Anwendung der §§ 19-21 GWB der „Versorgungsauftrag“ der gesetzlichen Krankenkassen „besonders zu berücksichtigen“ war. Mit dieser Anforderung sollte klargestellt werden, dass es bei der Anwendung der §§ 19 ff. GWB nicht nur um eine Bewertung und Abwägung von Individualinteressen unter Berücksichtigung des auf die Förderung des Wettbewerbs orientierten Ziels des GWB geht, sondern auch um eine Berücksichtigung der Ziele des GKV als ein nicht-wettbewerblicher Allgemeinauftrag, der in Form einer Berücksichtigungspflicht ausgestaltet war. Die „besondere“ Berücksichtigung des Versorgungsauftrags reflektierte die Wertigkeit der sozialpolitischen Ziele des SGB V, deren Berücksichtigung nicht nur gegenwartsbezogen – in Richtung einer möglichst kostengünstigen Versorgung der Versicherten –, sondern auch zukunftsbezogen im Sinne einer langfristigen Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf der Anbieterseite zu verstehen war.¹¹²

Welche Zwecke (unausgesprochen) mit der Streichung des § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V durch das AMNOG verfolgt worden sind, ist nicht klar ersichtlich. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die Erwähnung des Versorgungs-

110 Roth, Steuerung des Gesundheitsmarkts (Fn.*), S. 137 (156).

111 BGBl. 2008 I, S. 2477.

112 Roth, Steuerung des Gesundheitsmarkts (Fn.*), S. 137 (155).

auftrags als „entbehrlich“ angesehen wurde, weil bei der Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB „im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmerkmale und bei einer möglichen sachlichen Rechtfertigung eine umfassende Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen“ sei, die „auch den Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen einschließt.“¹¹³ Aus dieser Begründung wird man zweierlei ableiten können: Zum einen ist daraus zu folgern, dass aus der Streichung des § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V nicht der Schluss gezogen werden darf, dass der Versorgungsauftrag der Kassen bei der Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften keine Rolle mehr spielen darf. Zum anderen wird man die Streichung aber auch dahingehend verstehen dürfen, dass die durch das AMNOG intendierte Verstärkung des Wettbewerbschutzes durch Anwendung des Kartellverbots nicht durch eine Bezugnahme auf den Versorgungsauftrag vorschnell unterlaufen werden darf.

2. §§ 19-21 GWB und sozialversicherungsrechtliche Wertungen

Die §§ 19-21 Abs. 1 GWB arbeiten mit generalklauselartig formulierten Verbotstatbeständen („unbillig“, „missbräuchlich“, „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“), deren Anwendung über eine Interessenabwägung gesteuert wird. Bei dieser Interessenabwägung können neben den Interessen der Parteien und des Schutzes des Wettbewerbs auch gesetzliche Wertungen aus anderen Bereichen und Gemeinwohlbelange mit einfließen.¹¹⁴ Insofern können auch die im SGB V auffindlichen gesetzlichen Bindungen für die gesetzlichen Krankenkassen bei der Bewertung ihres Verhaltens als „missbräuchlich“ oder „unbillig“ im Sinne der §§ 19-21 GWB Berücksichtigung finden. Dies gilt etwa für das Wirtschaftlichkeitsgebot (§§ 2, 12, 132 Abs. 2 Satz 1 SGB V), das Gebot der Beachtung der Vielfalt der Leistungserbringer (§§ 2 Abs. 3 Satz 1, 109 Abs. 2 SGB V) und die Rücksichtnahme auf die Versicherten (§ 2 Abs. 3 Satz 2 SGB V). Die Berücksichtigung dieser speziellen sozialversicherungsrechtlichen Ziele ist seit jeher in der kartellrechtlichen Rechtsprechung fest verankert.¹¹⁵ Daher ist auch nicht zu erwarten, dass die Streichung der Regelung des § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V a.F. zum Vorsorgeauftrag an der Berücksichtigung des Vorsorgeauftrags in der Rechtsprechung etwas ändern wird.

113 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Begründung, BT-Drucks. 17/2413, S. 27.

114 BGH WuW/E BGH 2805 (2809) – „Stromeinspeisung“; BGH WuW/E BGH 1951 (1952) – „Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt“.

115 Nachweise bei Roth, Steuerung des Gesundheitsmarkts (Fn.*), S. 137 (152 f.).

3. §§ 1-2 GWB und SGB V

Was die Reichweite des durch das AMNOG erneut etablierten Kartellverbots angeht, so ist zunächst von einem eher *ergänzenden* Charakter des Kartellverbots auszugehen (unter a.). Eine nähere Betrachtung zeigt, dass das Kartellverbot den Kassen durchaus gewichtigen Spielraum für eine Bündelung der Nachfrage einräumt (unter b.); dies gilt auch und gerade im Hinblick auf die Rechtfertigung durch Effizienzgesichtspunkte (unter c.).

a) Kollektivvertragliche und selektivvertragliche Steuerung

Für eine mögliche Begrenzung der Reichweite der „entsprechenden“ Anwendung des § 1 GWB auf Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen im Bereich der Leistungsbeziehungen sind vier Konstellationen zu unterscheiden.

aa) Handlungspflichten

§ 69 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 SGB V stellen klar, dass das Kartellverbot auf alle Kooperationen von Krankenkassen und ihren Verbänden wie auch auf Beschlüsse, Richtlinien und Empfehlungen *keine Anwendung* findet, soweit zu deren Vornahme eine *gesetzliche Verpflichtung* besteht.¹¹⁶ Mit dieser – aus der Sicht des Kartellrechts eigentlich überflüssigen – Regelung (in anderen Zusammenhängen spricht man von *narrativen* Normen) bringt der Gesetzgeber die *Subsidiarität* des Kartellrechts gegenüber dem Kassenregulierungsrecht zum Ausdruck, soweit dieses die Kassen und ihre Verbände zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet. Insoweit wird das Kartellrecht nicht etwa als umfassender Ordnungsrahmen für das gesamte Recht der GKV etabliert, sondern allein für den Bereich, den der Gesetzgeber für Einzelvertragsbeziehungen zwischen den Kassen und den Leistungserbringern eröffnen will.¹¹⁷

bb) Exklusivität kollektiven Handelns

Über die Ausnahme in § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V hinausgehend wird man das Kartellverbot auch dort von vornherein als *unanwendbar* ansehen müssen, wo das SGB V für den Erlass von Empfehlungen *allein* ein *kollektives* Handeln vorsieht (ohne zu einem solchen Handeln zu verpflichten). Dies gilt etwa für die

116 Von der vormaligen Bestimmung, wonach solche Verträge einer Schiedsamsregelung unterfallen müssen, wurde Abstand genommen.

117 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Begründung, BT-Drucks. 17/2413, S. 26.

nach § 125 Abs. 1 SGB V möglichen Rahmenempfehlungen und -verträge im Bereich der Heilmittelversorgung, für die allein eine Zuständigkeit für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen und für die jeweiligen Spitzenorganisationen der Heilmittelerbringer vorgesehen ist. Nichts anderes gilt für die in § 129 Abs. 2 SGB V und § 131 SGB V angesprochenen Rahmenverträge, als deren Vertragspartner (nur) der Spitzenverband Bund der Krankenkassen einerseits und die Spitzenorganisationen der Apotheker bzw. pharmazeutischen Unternehmer andererseits oder aber einzelne pharmazeutische Unternehmen (wie bei § 130b Abs. 1 SGB V) in Frage kommen. Das SGB V verfolgt hier seine Ziele durch *Kompetenzzuweisung* an kollektiv verfasste Akteure auf der Nachfrageseite; dies schließt die entsprechende Anwendung des § 1 GWB, soweit es um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen geht, auf solche Verträge (bzw. Empfehlungen) aus.

cc) Kollektives Handeln in dem für Selektivverträge eröffneten Bereich

In einer Reihe von Fällen, in denen das SGB V den Kassen die Möglichkeit eröffnet, *Selektivverträge* mit Leistungserbringern abzuschließen, um damit Wettbewerb zwischen den Kassen zu schaffen, wird eine solche Vertragsschlusskompetenz zugleich auch den *Kassenverbänden* zugeordnet. Beispiele hierfür sind etwa: § 63 Abs. 1, 6, § 64 Abs. 1, § 129 Abs. 5, § 130a Abs. 8 (Rabattverträge), § 130c Abs. 1 SGB V.

Hier taucht ein mögliches Abstimmungsproblem zwischen den zitierten sozialversicherungsrechtlichen Regelungen und der in § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V angeordneten Verweisung auf § 1 GWB auf: Man könnte die Regelungen nicht nur als eine Zuständigkeitszuweisung dahingehend verstehen, dass die *Verbände* für ihre Mitglieder bindende Verträge schließen können, sondern ihnen darüber hinausgehend die implizite Wertung entnehmen wollen, dass eine solche Verbandstätigkeit von der Anwendung des § 1 GWB entbunden sein soll. Freilich würde damit übersehen, dass diesen Regelungen eine *Grundwertung* in dem Sinne zu entnehmen ist, dass mit der Möglichkeit zum Abschluss von Selektivverträgen *Wettbewerb* zwischen den Kassen entstehen soll, der seit der Neufassung des § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V durch das AMNOG dem Schutz des Kartellverbots aus § 1 GWB untersteht. Wenn und soweit diese Regelungen auch den Verbänden eine Zuständigkeit zum Vertragsabschluss mit den Leistungserbringern einräumen, soll dies nicht von dieser Grundwertung dispensieren, sondern den Kassen allein die Möglichkeit zu einem effektiveren und effizienteren Vertragsabschluss eröffnen. Diese Tätigkeit der Verbände muss sich aber im Rahmen des Kartellrechts, und hier insbesondere des Kartellverbots bewegen. Dies bedeutet: Wenn und soweit die Kassen in ihren Beziehungen zu den Leis-

tungserbringern dem Kartellverbot unterworfen sind, kann für die Tätigkeit der Verbände nichts anderes gelten. Es wäre widersprüchlich, die Kassen in ihrer autonomen Nachfragetätigkeit den Schranken eines Kartellverbots zu unterwerfen, die Tätigkeit der Verbände aber von den Restriktionen des Kartellverbots zu befreien. Da das Kartellverbot kein per se-Verbot impliziert, kommt es hier ganz wesentlich auf die Grenzen des Verbots und mögliche Rechtfertigungsgründe an (dazu unter b. und c.).

dd) Selektivverträge

Soweit die soeben besprochenen Regelungen den *Kassen* die Freiheit zum Abschluss von Selektivverträgen eröffnen, unterfallen diese dem Kartellverbot. Da dieses nicht als per se-Verbot ausgestaltet ist, tritt die Frage in den Vordergrund, ob und inwieweit sozialrechtliche Zielsetzungen trotz des Verbots verfolgt werden können (unter b. und c.)

b) Wettbewerbsbeschränkung

Im Vordergrund der Diskussion um die Neufassung des § 69 Abs. 2 SGB V durch das AMNOG standen die kartellrechtlichen Probleme einer *Kooperation* zwischen den Kassen, also Fragen einer *horizontalen* Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfragebündelung. Dafür ist die Einsicht wichtig, dass § 1 GWB kein per se-Verbot für horizontale Verhaltenskoordinierung schafft, sondern nur eingreift, wenn die Koordination eine *Beschränkung des Wettbewerbs* entweder bezweckt oder zu bewirken geeignet ist. In den Beziehungen zu den Leistungserbringern geht es um den Wettbewerb der Kassen, also um den Nachfragewettbewerb (*upstream*), der zumindest mittelbare Wirkungen auf den Absatzwettbewerb der Kassen (*downstream*) zeitigen mag.

Die überkommene *deutsche Kartellrechtspraxis* war von einer Übertragung der Grundsätze über Verkaufskooperationen auf Einkaufskooperationen geprägt,¹¹⁸ und hat den Einkaufskooperationen vor allem dann enge Grenzen gesetzt, wenn sie mit (auch faktischen) Bezugspflichten verbunden waren.¹¹⁹ Einkaufskooperationen wurden aber auch dann als problematisch angesehen, wenn ihre Zusammenarbeit eine höchstpreisähnliche Festlegung der Einkaufsbedin-

118 *Bechtold* in: *Bechtold* (Fn. 59), § 1 Rn. 86; aus der Rspr. vgl. etwa KG 28.2.1986, WuW/E OLG 3737 – „Selex-Tania“; BGH 12.11.2002, WuW/E DE-R 1087 – „Feuerlöschzüge“.

119 *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 59), § 1 Rn. 265-266.

gungen bezweckte oder bewirkte,¹²⁰ wobei das Bundeskartellamt nur solche Einkaufskooperationen aufgegriffen hat, die weit jenseits der Spürbarkeitsgrenze gelegen haben. Die vom Bundeskartellamt veröffentlichte *Bagatellbekanntmachung*,¹²¹ die allein Richtlinien für die Verfolgungspraxis des Amtes vorgeben will, hält Einkaufsgemeinschaften, die einen Marktanteil von 10% nicht übersteigen, für unproblematisch, nimmt davon aber alle Einkaufskartelle aus, die eine Festsetzung von Preisen oder Preisbestandteilen bezwecken oder bewirken (Rn. 13-14). Es ist anzunehmen, dass etwa eine Einigung über zu fordernde Rabatte vom Amt als eine Einigung über Preisbestandteile angesehen würde. In der *KMU-Bekanntmachung*¹²² wird für Einkaufskooperationen zwar auf die – das Bundeskartellamt nicht bindenden – Leitlinien der EU-Kommission verwiesen (Rn. 38), wonach bei einem Marktanteil von 15% oder weniger von einer Einkaufsgemeinschaft keine wettbewerbbeschränkenden Wirkungen zu erwarten seien, diese Wertung aber nicht übernommen, sondern festgestellt, dass insoweit die Freistellungskriterien des § 2 Abs. 1 GWB aller Wahrscheinlichkeit nach erfüllt seien (Rn. 38).

In den *Horizontalleitlinien* der EU-Kommission von 2011¹²³, die für die Anwendung des Art. 101 AEUV durch die Kommission und jedenfalls mittelbar auch für die Anwendung des § 1 GWB¹²⁴ von Bedeutung sind, werden die (kurzfristigen) positiven Effekte von Einkaufsvereinbarungen betont, wenn es dort heißt: „Ziel gemeinsamer Einkaufsregelungen ist in der Regel, Nachfrage- macht zu schaffen, die zu niedrigeren Preisen oder qualitativ besseren Produkten oder Dienstleistungen für die Verbraucher führen kann“ (Rn. 194). Nach Ansicht der Kommission geben gemeinsame Einkaufsregelungen weniger Anlass zu wettbewerblichen Bedenken, wenn die Parteien (hier also die Kassen) *downstream* nicht über *Marktmacht* verfügen (Rn. 204) und *upstream* der Markt

120 KG 28.2.1986, WuW/E OLG 3737 (3741 f.) – „Selex-Tania“.

121 Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamtes über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13.3.2007; abgedruckt bei *Bechtold* (Fn. 59), unter Anhang C 2.

122 Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen (Stand März 2007), abgedruckt bei *Bechtold* (Fn. 59), Anhang C 5.

123 Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1.

124 In seiner Stellungnahme 2006 (Fn. 37), S. 6, hält das Bundeskartellamt die Horizontalleitlinien (von 2001) für die Anwendung des deutschen Rechts „relevant“.

für konkurrierende Einkäufer nicht verschlossen wird (Rn. 203) oder Anbieter mit Marktmacht tätig sind. Während nach der *Bagatellbekanntmachung* der Kommission ein Nachfragerkartell mit bis zu 10% Marktanteil die Spürbarkeitsgrenze nicht erreicht und damit nicht vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sein soll,¹²⁵ sind die am Kriterium der Marktmacht orientierten *Horizontalleitlinien* (Rn. 39 ff.)¹²⁶ noch großzügiger: Die Einigung der Parteien über die Einkaufspreise werden explizit *nicht* als *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft, sondern sollen allein auf ihre wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden *Auswirkungen* geprüft werden (Rn. 206). Diesbezüglich wird dann das Entstehen von Marktmacht auf der Nachfrageseite bei einem Marktanteil von nicht mehr als 15% als „unwahrscheinlich“ angesehen (Rn. 208) und jenseits der 15%-Marktanteilsgrenze eine umfassende Marktanalyse – Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht der Anbieter – für die Feststellung möglicher wettbewerbsbeschränkender Wirkungen verlangt (Rn. 209).

Bedeutsam erscheint in diesem Zusammenhang zweierlei. Mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen von Einkaufskooperationen vermutet die Kommission auf den *nachgelagerten Märkten* insofern, als der gemeinsame Einkauf den Anreiz, sich auf dem nachgelagerten Markt (Preis-)Wettbewerb zu machen, abschwächen mag (Rn. 201). Dieser Gesichtspunkt wird für die Krankenkassen, die an feste Beitragssätze gebunden sind (§ 241 SGB V), keine Rolle spielen. Das Verhalten von Einkaufsgemeinschaften mag aber auch auf den Anbieterwettbewerb Rückwirkungen haben, wenn und soweit dadurch bestimmte Leistungen nicht mehr nachgefragt werden und dadurch der Qualitätswettbewerb leidet (Rn. 202), oder aber – von der Kommission nicht erwähnt – eine Konzentration auf einige große Anbieter stattfindet und dadurch kleinere Anbieter vom Markt gedrängt werden.

Die *wettbewerbsrechtliche Bewertung* von Einkaufskooperationen der Kas sen nach § 1 GWB wird – jenseits der Marktanteilsbestimmung, die für die Kas sen vor allem als *safe harbour* dienen mag – vor allem von folgenden Überle-

125 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. 2001 C 368/13, Rn. 11; die in Rn. 11 von Rn. 7 für Preisabreden gemachte Ausnahme gilt nur für den Verkauf von Erzeugnissen, nicht für den Einkauf.

126 Dass dieser Ansatz wohl kaum mit den Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 AEUV und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu vereinbaren ist, steht auf einem anderen Blatt, kann aber hier nur angedeutet und nicht näher diskutiert werden.

gungen auszugehen haben. Was das Nachfragevolumen angeht führt die Kooperation von kleineren Kassen beim Einkauf zu einem höheren Einkaufsvolumen und damit zu einer verbesserten Verhandlungsposition gegenüber den Leistungserbringern. In der Regel werden niedrigere Einkaufspreise (Rabatte) erzielt. Soweit kleinere Kassen durch niedrigere Einkaufspreise ihre Kosten senken können, verbessert sich ihre Wettbewerbsposition gegenüber ihren größeren Konkurrenten. Damit führt eine Kooperation der kleineren Kassen auf der Nachfrageseite zu einer Verbesserung der Marktstruktur und damit auch des Wettbewerbs auf der Anbieterseite. Mit der Kooperation auf der Nachfrageseite gehen für die Leistungsanbieter zwar Auswahlmöglichkeiten verloren: Solange allerdings der Marktanteil der Einkaufskooperationen unter 10-15% verbleibt, bleiben für den Anbieter genügende Auswahlmöglichkeiten erhalten, um am Markt zu reüssieren.

Vertikale Bindungen – Bezugs- oder Exklusivbindungen zu Lasten Dritter (etwa zu Lasten von Konkurrenten auf der Marktseite der Leistungserbringer) – sind wettbewerbspolitisch solange unbedenklich, wie der Marktzugang für Akteure auf der Leistungserbringerseite gewährleistet ist¹²⁷ und wie Kassen von der Nachfrage nach bestimmten Leistungen nicht nachhaltig ausgeschlossen werden. Marktschließungseffekte mögen sich allerdings ergeben, wenn auf einer der beiden Marktseiten ein marktbeherrschender Akteur tätig ist oder die Akteure in ein Netz gleichartiger Verträge eingebunden sind („Bündeleffekt“). Werden solche vertikalen Bindungen im Gefolge von Abreden zwischen Wettbewerbern begründet, sind erst recht Marktschließungseffekte zu befürchten.

Im Ergebnis zeigt sich, dass in dem dem Wettbewerb geöffneten Bereich der Selektivverträge das Kartellrecht den Kassen einigen Handlungsspielraum belässt, *ohne* dass sie sich dabei für ihre Wettbewerbsstrategien rechtfertigen müssten. Die Bildung von Einkaufskooperationen zwischen den Kassen geschieht also weitgehend im kartellrechtsfreien Raum. Dies wird erst anders, wenn der gemeinsame Einkauf mit (vertikalen) Bezugs- oder Exklusivbindungen verknüpft wird. Solche Bindungen sind im Übrigen solange unproblematisch, wie spürbare Marktschließungseffekte nicht zu befürchten sind. Werden an Stelle der einzelnen Kassen die *Kassenverbände* aktiv, gelten dieselben Grundsätze. Aufgrund der kumulierenden Wirkungen von Verbandshandeln erhöht sich je nach Größe der Mitgliederzahl naturgemäß die Gefahr des Eintritts einer Wettbewerbsbeschränkung.

127 EuGH 28.2.1991, C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935 Rn. 21 ff.

c) Rechtfertigung

aa) § 2 Abs. 1 GWB

Weiterer Spielraum eröffnet sich für eine Nachfragekooperation zwischen den Kassen oder aber für eine Vereinbarung zwischen Kasse(n) und Leistungserbringer(n), wenn und soweit eine solche dazu dient, Effizienzen bei der Produktion von Leistungen oder bei ihrem Vertrieb zu realisieren. Lassen sich Effizienzen nachweisen, die an die Kasse(n) weitergegeben werden, ist das von § 2 Abs. 1 GWB gesetzte Erfordernis einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher erfüllt. Unter den weiteren Voraussetzungen, dass die wettbewerbsbeschränkende Abrede zur Verwirklichung des angestrebten (Effizienz-) Ziels unerlässlich ist und wesentlicher Wettbewerb auf dem betroffenen Markt erhalten bleibt, können entsprechende Vereinbarungen als rechtmäßig angesehen werden. Gemeinsamer Einkauf der Kassen, der zu niedrigeren Preisen und mithin zu Kosteneinsparungen führt, kann unter § 2 Abs. 1 GWB fallen, wenn die niedrigeren Preise nicht eine Folge schierer Nachfragemacht sind, sondern auf (aus dem Bestellvolumen resultierenden) Produktionseffizienzen beruhen. In gleicher Weise können Vereinbarungen gerechtfertigt werden, die die Leistungserbringer zur Entwicklung neuer bzw. qualitativvollerer Produkte bzw. Leistungen anregen.¹²⁸

bb) VO Nr. 330/2010

§ 2 Abs. 2 GWB ordnet eine entsprechende Anwendung der europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen an. Über § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V findet also auch die VO Nr. 330/2010 „entsprechend“ (in doppelter Weise) Anwendung. Danach werden in einer Vereinbarung zwischen einem Leistungserbringer und einer Kasse enthaltene Bezugs- oder Exklusivbindungen vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, wenn und soweit weder der Leistungserbringer noch die Kasse auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von mehr als 30% aufweist (Art. 3).¹²⁹

128 Horizontalleitlinien (Fn. 123), Rn. 217.

129 Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1.

cc) Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher Wertungen?

Im Schrifttum wird verbreitet ein Spannungsfeld zwischen dem Kartellverbot des § 1 GWB einerseits und der in § 4 Abs. 3 SGB V verankerten Kooperationspflicht der Kassen andererseits behauptet, was die Frage nahelegen mag, ob diese Kooperationspflicht nicht entweder im Rahmen des § 2 Abs. 1 GWB oder aber – nach dem Vorbild im Unionskartellrecht¹³⁰ – zur Restriktion des Verbotsstatbestands des § 1 GWB als nichtwettbewerblicher Rechtsfertigungsgrund¹³¹ anzuerkennen ist.¹³²

aaa) § 4 Abs. 3 SGB V

Die aus § 4 Abs. 3 SGB V resultierende *Kooperationspflicht* zielt auf die Funktionsfähigkeit des *Gesamtsystems* der GKV¹³³ und soll helfen, die durch die vielfältige Gliederung des Krankenkassenwesens entstehenden Probleme zu überwinden.¹³⁴ Die Kooperationspflicht realisiert und konkretisiert¹³⁵ sich – jenseits einzelner Regelungen, die die Tätigkeit einzelner Kassen ansprechen (§§ 73b Abs. 4, 73c Abs. 3 SGB V) – vor allem durch die Zusammenarbeit der Kassen in den kassenspezifisch errichteten Verbänden („innerhalb einer Kassenart“) sowie kassenübergreifend auf der Ebene der Bundesverbände.¹³⁶ Dies gilt in gleicher Weise für die Beziehungen zu den Leistungserbringern, soweit das SGB V dem kollektivvertraglichen Regelungsmuster den Vorzug gibt. Insoweit ist dem Gesetz die Wertung zu entnehmen, dass die von der Kooperationspflicht verfolgten

130 Dazu *Roth/Ackermann* in: Frankfurter Kommentar (Fn. 46), Art. 81 Abs. 1 EG - Grundfragen, Rn. 23 m.w.N.; *Pohlmann* in: ebd., Art. 81 Abs. 3 – Grundfragen, Rn. 37-76; *Roth*, Zur Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Ziele im europäischen Kartellrecht, in: FS Mestmäcker (2006), S. 411; *Makowski*, Kartellrechtliche Grenzen der Selbstregulierung (2007), S. 90 ff.; *Monti*, EC Competition Law (2007), S. 89 ff.; *Semmelmann*, Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC (2007).

131 Zu letzterem Ansatz im deutschen Kartellrecht *Roth/Ackermann* (Fn. 44), § 1 GWB 2005 Rn. 105-106.

132 Die im Schrifttum vor Inkrafttreten des AMNOG aus § 4 Abs. 3 SGB V gefolgerte Bereichsausnahme zu § 1 GWB – so etwa *Mühlhausen* in: Becker/Kingreen (Fn. 57), § 4 Rn. 7 – gehört der Vergangenheit an.

133 *Mühlhausen* in: Becker/Kingreen (Fn. 57), § 4 Rn. 7.

134 *Hänlein* in: Kruse/Hänlein (Hg.), Sozialgesetzbuch V, 3. Aufl. (2009), § 4 Rn. 25.

135 *Bechtold*, WuW 2010, 727 (allerdings mit gegenteiligen Folgerungen).

136 *Hänlein* in: Kruse/Hänlein (Fn. 135), § 4 Rn. 25.

Interessen der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit (§ 4 Abs. 3 SGB V) durch kollektives Handeln am besten realisiert werden. Dies gilt aber *nicht* mehr für den Bereich, der für den Abschluss von *Selektivverträgen geöffnet* worden ist.¹³⁷ Denn hier hat sich der Gesetzgeber für eine Zielerreichung durch Wettbewerb entschieden, und diese Zielerreichung durch die Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 1 GWB abgesichert. Daher findet die – primär auf das Gesamtsystem bezogene – Kooperationspflicht der Kassen ihre *Grenzen* in der vom Gesetzgeber vorgenommenen wettbewerbsorientierten Ausrichtung des Bereichs der Selektivverträge. Die Kooperationspflicht kann somit nur mehr im Rahmen des – soeben erörterten – kartellrechtlich Erlaubten bestehen.¹³⁸

bbb) Versorgungsauftrag

Die effektive Realisierung des Versorgungsauftrags der Krankenkassen – die wirksame und qualitätsvolle Versorgung der Versicherten unter Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz (§ 2 Abs. 1, Abs. 4 SGB V) – bedarf keiner Absicherung durch eine modifizierte Anwendung des § 1 oder § 2 Abs. 1 GWB: Wenn und soweit der Gesetzgeber mit der Öffnung des SGB V für Selektivverträge auf das Wettbewerbsprinzip setzt, liegt darin eine Entscheidung dafür, dass der Wettbewerb die angestrebten Ziele besser erreicht, als dies über den Weg kollektiven Handelns möglich wäre. Dies ist eine Entscheidung des Gesetzgebers für eine Verpflichtung zu autonomem Handeln der Kassen, von der nur in den Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen dispensiert wird. Wirtschaftlichkeit und Effizienz sind im Übrigen Zielsetzungen, die über § 2 Abs. 1 GWB eine weitreichende Kooperation der Kassen erlauben.

ccc) Vielfalt der Leistungserbringer

Wenn und soweit § 2 Abs. 3 SGB V die Kassen dazu verpflichtet, bei der Auswahl der Leistungserbringer ihre Vielfalt zu beachten, so ist dies eine Zielsetzung, die nicht nur für das Nachfrageverhalten vor allem marktbeherrschender oder marktmächtiger Kassen von Bedeutung ist (§§ 19, 20 Abs. 1 GWB), son-

137 Vgl. auch Stellungnahme des Bundeskartellamts von 2010 (Fn. 65), S. 5, wo es heißt: „Der Gesetzgeber hat im SGB V gezielt die Ordnungselemente Kooperation einerseits und Wettbewerb andererseits nebeneinander angeordnet, um den Krankenkassen im Rahmen der Selbstverwaltung für verschiedene Aufgabenbereiche jeweils adäquate Instrumente an die Hand zu geben.“

138 Die hier vertretene Ansicht kommt derjenigen in der Stellungnahme des Bundeskartellamts von 2010 (Fn. 65), S. 5, nahe, in der eine Einschränkung des Kartellrechts durch das Kooperationsgebot abgelehnt wird.

dem auch im Rahmen der kartellrechtlich erlaubten Kooperation der Kassen eine Rolle spielen kann. Diese Verpflichtung steht freilich nicht in einem Gegensatz zu kartellrechtlich verfolgten Zielen: Soweit den Kassen nach § 1 GWB eine Nachfragekooperation untersagt ist, dient dies indirekt demselben Ziel, das § 2 Abs. 3 SGB V verfolgt – nämlich einer Vermachtung auf der Seite der Leistungserbringer mittel- und langfristig entgegenzuwirken.

E. Schlussbemerkung

In ihrem kürzlich veröffentlichten Beitrag haben *Becker* und *Kingreen* die Forderung nach einem eigenständigen „Gesundheitsregulierungsrecht“ erhoben.¹³⁹ Diese Forderung basiert auf der *These*, dass eine undifferenzierte Anwendung des Kartellrechts den Besonderheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nicht gerecht werden könne. Die in diesem Beitrag angestellten Überlegungen haben demgegenüber zu Ergebnissen geführt, die diesbezüglich zur Vorsicht mahnen. Es hat sich gezeigt, dass der heutige Ordnungsrahmen von einem *Nebeneinander* zweier Regelungsinstrumente geprägt ist: Von einem über das SGB V gesteuerten, mit Handlungspflichten operierenden und einem meist kollektivvertraglich basierten Regulierungsrecht einerseits und einem auf dezentralen Marktentscheidungen beruhenden Wettbewerbsrecht andererseits. Dabei hat sich auch gezeigt, dass die vom Gesetzgeber verfolgte Öffnung für den Wettbewerb keineswegs ein per se-Kooperationsverbot enthält. Dieses Nebeneinander von kollektivrechtlicher Steuerung einerseits und selektivvertraglichem Wettbewerb andererseits kann, sofern sich unerwünschte Ergebnisse zeigen, jederzeit vom Gesetzgeber korrigiert werden, indem die Grenzen in die eine (Statuierung von Verpflichtungen; Kompetenzzuweisung für Kollektivregelungen) oder in die andere Richtung (Markt) verschoben werden. Ob das Kartellrecht sich als Regulierungsrahmen für diejenigen Bereiche, für die der Gesetzgeber dezentral getroffene Entscheidungen unter Wettbewerbsbedingungen wünscht, bewährt, muss die Zukunft zeigen.

139 *Becker/Kingreen*, NZS 2010, 417 (423).

