

## Die Budgetierung von Laborleistungen im einheitlichen Bewertungsmaßstab auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, Christina Engelmann und Ulrike Steiner\*

Das im einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) festgelegte sog. „Budget-Bonus-Modell“ wäre nicht das erste Steuerungsinstrument in der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung, über dem das Damoklesschwert des EG-Wettbewerbsrechts schwebte. So wurde die Unvereinbarkeit des gegenwärtigen Systems der Festbetragsfestsetzung für Arzneimittel mit dem Kartellverbot des Art. 81 EG bereits durch deutsche Gerichte festgestellt<sup>1</sup>. Erst Anfang Juli hat der Bundesgerichtshof genau diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt<sup>2</sup>. Auch die in den Arzneimittelrichtlinien vom Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen beschlossenen Verordnungsausschlüsse wurden in mehreren Entscheidungen unter Berufung auf das EG-Kartellrecht als rechtswidrig eingestuft<sup>3</sup>. Der nachfolgende Beitrag untersucht, ob die EG-Wettbewerbsregeln auch der Budgetierung der Kosten von Laboratoriumsuntersuchungen entgegenstehen. Dies kommt insofern in Betracht, als die behandelnden Ärzte durch Vergütungseinbußen bei Budgetüberschreitungen dazu angehalten werden sollen, möglichst wenig Laborleistungen in Anspruch zu nehmen.

### I. Einführung: Die Steuerung der Laborleistungen im einheitlichen Bewertungsmaßstab

Gemäß § 87 I 1 SGB V wird der einheitliche Bewertungsmaßstab (EBM) für die ärztlichen und zahnärztlichen Leistungen als Bestandteil der Bundesmantelverträge von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen zusammen mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen vereinbart. Zuständig für den Erlass des EBM ist ein Bewertungsausschuss, der aus sieben Vertretern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) sowie sieben Vertretern der Spitzenverbände der Krankenkassen besteht (§ 87 III 1 SGB V). Der EBM wird durch einstimmigen Beschluss aller Mitglieder verabschiedet; kommt keine Einstimmigkeit zustande, wird auf Verlangen mindestens zweier Mitglieder durch Einbeziehung eines unparteiischen Vorsitzenden und vier weiterer unparteiischer Mitglieder der erweiterte Bewertungsausschuss gebildet (§ 87 IV 1 SGB V), der mit der Mehrheit seiner Mitglieder den EBM erlässt (§ 87 V SGB V). Der EBM bestimmt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen der Vertragsärzte und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander. Er ist regelmäßig dem Erfordernis der Rationalisierung im Rahmen wirtschaftlicher Leistungserbringung anzupassen (§ 87 II SGB V). Speziell bei der Bewertung von Laborleistungen sind zudem die Möglichkeiten struktureller Veränderungen der Versorgung mit Laborleistungen zu berücksichtigen (§ 87 II b 2 SGB V).

In Kapitel O des EBM ist ein Bonus für die wirtschaftliche Veranlassung oder Erbringung von Laborleistungen vorgesehen<sup>4</sup>: Für die Kosten von kurativ-ambulanten Laboratoriumsuntersuchungen erhält jede Arztpraxis für jedes Abrechnungsquartal ein bestimmtes Punktebudget (sog. begrenzte Gesamtpunktzahl), das sich aus dem Produkt der Anzahl der behandelten Fälle und der in Kapitel O des EBM festgelegten arztgruppenbezogenen Fallpunktzahl ergibt. Die von dem einzelnen Vertragsarzt für seine Patienten selbst erbrachten oder in Auftrag gegebenen Laboruntersuchungen werden durch den EBM einer bestimmten Punktzahl zugeordnet<sup>5</sup>. Die in Punkten ausgedrückte Summe der von der Arztpraxis tatsächlich erbrachten bzw. in Anspruch genommenen Laborleistungen darf das für die betreffende Arztpraxis festgelegte Punktebudget nicht überschreiten<sup>6</sup>. Im Falle einer Überschreitung des Laborbudgets (also der begrenzten Gesamtpunktzahl) werden die überschreitenden Punkte von der in Punkten ausgedrückten arztgruppenbezogenen Honorarparaschale des behandelnden Arztes abgezogen. Die Budgetüberschreitung führt damit für den behandelnden Arzt zu einer Reduzierung seiner Vergütung für die Veranlassung von Laborleistungen<sup>7</sup>. Gewisse Krankheitsfälle sind aus dem Budgetsystem ausgenommen, um der Unerlässlichkeit von Laboratoriumsuntersuchungen in solchen Fällen Rechnung zu tragen.

\* Christian Koenig ist Direktor, Christina Engelmann und Ulrike Steiner sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1) Siehe *LG Düsseldorf*, 6. 1. 1999 – 34 O (Kart) 182/98 Q, in *PharmInd* 1999, 700 ff.; *OLG Düsseldorf*, 27. 7. 1999 – U (Kart) 36/98, in *PharmR* 1999, 283 ff. Zudem kündigte die 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts in einer Stellungnahme am 22. 1. 2001 an, die Festsetzung von Festbeträgen gemäß Art. 81 EG i. V. m. § 32 GWB zu untersagen, sollten die Krankenkassen weitere Festbetragsanpassungen vornehmen, *FAZ* v. 29. 1. 2001, S. 13 f.

2) Beschluss vom 3. 7. 2001 (Az. KZR 31/99 und 32/99).

3) *LG Hamburg*, 31. 3. 1999 – 315 O 129/99, in *MedR* 1999, 268; bestätigt durch *OLG Hamburg*, 19. 10. 2000 – 3 U 200/99.

4) Vgl. Einheitlicher Bewertungsmaßstab, 1. 7. 2001, Kapitel O I/II. (Allgemeine Laboratoriumsuntersuchungen) und O III. (Spezielle Laboratoriumsuntersuchungen), jeweils Sätze 1 bis 7; abgedruckt im Anhang zum DA, Nr. 26/2001.

5) Die einer bestimmten Laboranalyse entsprechende Punktzahl ergibt sich im Wege der Umrechnung der im Anhang zu Kapitel O aufgeführten Kostensätze für Laboruntersuchungen in Punkte. Dies geschieht durch eine Multiplikation der Beträge mit einem in den Abschnitten O I/II. und O III. festgelegten Faktor.

6) In die Berechnung des tatsächlich in Anspruch genommenen Punktzahlvolumens einer Arztpraxis werden die von dieser Praxis durchgeführten Auftragsleistungen nicht einbezogen.

7) Die Vergütung des behandelnden Arztes für die Veranlassung von Laborleistungen ist von den für die Laboratoriumsuntersuchungen selbst abrechenbaren Kostensätzen zu unterscheiden, vgl. *Hess*, in *Niesel* (Hrsg.), *KassKomm*, § 87 SGB V Rn 15 a.

Das in Kapitel O des EBM konzipierte System schränkt die behandelnden Ärzte in ihrer Nachfragefreiheit ein und könnte den Wettbewerb auf dem Markt für Laborleistungen gefährden. Es ist daher auf seine Vereinbarkeit mit dem europäischen Wettbewerbsrecht zu untersuchen<sup>8</sup>.

## II. Das „Budget-Bonus-Modell“ vor dem Hintergrund des EG-Wettbewerbsrechts

### 1. Freistellung vom EG-Wettbewerbsrecht?

Im EG-Vertrag gibt es keine generelle Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln für den Bereich der sozialen Sicherheit. Art. 81 und Art. 82 EG sind grundsätzlich auf Sozialversicherungsträger und damit auch auf die gesetzlichen Krankenkassen sowie die in der vertragsärztlichen Versorgung tätigen Ärzte anwendbar, soweit diese eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Der EuGH hat in einer Reihe von Entscheidungen betreffend den Sozialversicherungsbereich die Voraussetzungen von Art. 81 und Art. 82 EG überprüft, womit er implizit die Existenz einer entsprechenden Bereichsausnahme verneint hat<sup>9</sup>.

Dennoch hat der Gerichtshof in den Rs. C-67/96 (*Albany*), C-219/97 (*Drijvende Bokken*) und verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens Handelsonderneming*) im Wege einer teleologischen Reduktion („*ratione materiae*“<sup>10</sup>) die Anwendbarkeit des EG-Kartellrechts auf einen Kollektivvertrag zur Schaffung eines Rentenversicherungsfonds ohne vorherige Prüfung der Tatbestandsmerkmale abgelehnt<sup>11</sup>. Diese Ausnahme vom EG-Wettbewerbsrecht wurde mit der ausdrücklichen Anerkennung von Tarifverträgen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden durch den EG-Vertrag (Art. 136 ff. EG) begründet. Die Frage, ob eine solche Ausnahme von den EG-Wettbewerbsregeln auch für andere Kollektivverträge im Sozialversicherungsbereich, etwa zwischen Interessenverbänden der niedergelassenen Ärzte und den Krankenkassen, hergeleitet werden kann<sup>12</sup>, hat der Gerichtshof in einem jüngeren Urteil explizit verneint<sup>13</sup>. Denn für Kollektivvereinbarungen der Angehörigen freier Berufe enthält der EG-Vertrag – im Unterschied zu Tarifverträgen zwischen den Sozialpartnern – keine Bestimmung, die den Abschluss solcher Verträge anerkennt<sup>14</sup>. Daher greift für den Beschluss des EBM als Bestandteil der Bundesmantelverträge keine generelle Bereichsausnahme von den EG-Wettbewerbsregeln, so dass deren Voraussetzungen im Einzelnen zu prüfen sind.

### 2. Das Kartellverbot des Art. 81 EG

Art. 81 I EG verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen sowie abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

#### a) Der Bewertungsausschuss als Unternehmen bzw Unternehmensvereinigung

Die Anwendbarkeit des EG-Kartellverbots hängt von der Unternehmenseigenschaft der handelnden Einheiten ab.

#### aa) Öffentliche Einrichtungen als Unternehmen – zum funktionalen Unternehmensbegriff

Der für Art. 81 EG geltende funktionale oder wirtschaftliche Unternehmensbegriff umfasst „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“<sup>15</sup>. D. h. die als Unternehmen qualifizierte Einheit muss als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen (nicht als privater Endverbraucher) auf existierende Märkte treffen, ohne

dass es auf die Art der Finanzierung oder die (rechtliche) Organisation der Einheit ankäme<sup>16</sup>. Dies gilt, wie Art. 86 I EG verdeutlicht, auch für die Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen. Bei einer der öffentlichen Hand zuzurechnenden Einheit greifen die EG-Wettbewerbsregeln immer dann ein, wenn und soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. Art. 81 I EG ausübt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine „Unternehmensvereinigung“ oder ein „Unternehmen“ i. S. v. Art. 81 I EG vorliegt. Unternehmensvereinigungen sind Unternehmen i. S. v. Art. 81 I EG und daher Adressaten der Kartellverbotsnorm, soweit sie eigenständige wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten, also als Anbieter oder als Nachfrager am Markt auftreten. Aber auch soweit Unternehmensvereinigungen selbst nicht unmittelbar wirtschaftlich tätig werden, gelten sie als Unternehmen, wenn ihren Mitgliedern Unternehmensqualität zukommt und die Vereinigungsbeschlüsse das spezifisch unternehmerische Verhalten der Mitglieder koordinieren<sup>17</sup>.

Der Bewertungsausschuss ist eine organisationsrechtlich verselbständigte öffentliche Einrichtung der gemeinsamen Selbstverwaltung der Ärzte und Krankenkassen<sup>18</sup>. Er könnte als „Unternehmensvereinigung“ qualifiziert werden, denn in ihm sind Vertreter der Krankenkassen und der Vertragsärzte vereinigt, deren Verhalten durch die Beschlüsse des Ausschusses gesteuert wird.

Grundsätzlich kann auch ein Sozialversicherungsträger eine „unternehmerische Tätigkeit“ ausüben<sup>19</sup>. Für die Adressateneigenschaft nach Art. 81 EG kommt es auch nicht darauf an, welche rechtliche Qualität den Maßnahmen des handelnden Gremiums (hier dem EBM) selbst zukommt<sup>20</sup>.

8) Da das Budget-System auf einer sozialrechtlichen Grundlage beruht, kann es nicht am Maßstab des gleichrangigen deutschen, sondern nur am höherrangigen europäischen Wettbewerbsrecht überprüft werden, vgl. in Bezug auf die Festbeträge *Steinmeyer*, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000, S. 65.

9) Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs* v. 28. 1. 1999, Rs. C-67/96 u. a. (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, 5786 (Rn 127).

10) Schlussanträge von Generalanwalt *Jacobs* v. 28. 1. 1999, Rs. C-67/96 u. a. (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, 5820 (Rn 296).

11) *EuGH* Rs. C-67/96, (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, 5880 ff. (Rn 55 ff.); Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens Handelsonderneming*), Slg. 1999, I-6029, *EuZW* 2000, 176 f. (Rn 52 ff.); Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, I-6121 (Rn 42 ff.).

12) Vgl. zu einer solchen Überlegung insbesondere *Neumann*, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, 2000, S. 135 f.; siehe auch *Koenig/Sander*, Zur Vereinbarkeit des Festbetragsystems für Arzneimittel mit dem EG-Wettbewerbsrecht, in *WuW* 2000, 975, 979.

13) *EuGH* Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavel Pavlov*), Slg. 2000, I-6451 (Rn 68 ff.).

14) *EuGH* Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavel Pavlov*), Slg. 2000, I-6451 (Rn 69); vgl. hierzu *Gadbin*, Les fonds de pension obligatoire face au droit communautaire de la concurrence: des positions dominantes à préserver dans le futur marché intérieur des services financiers, in *Droit Social* 2001, 178, 182.

15) *EuGH*, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser/Macrotron GmbH*), Slg. 1991, I-1979 (Rn 21); Rs. C-364/92 (*Eurocontrol*), Slg. 1994, I-43 ff. (Rn 18); Rs. C-35/96 (*Kommission/Italien*), Slg. 1998, I-3851 (Rn 36); Rs. C-67/96, (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, 5880 ff. (Rn 77); Rs. C-115/97 bis C-117/97 (*Brentjens Handelsonderneming*), Slg. 1999, I-6029, *EuZW* 2000, 176 f. (Rn 77).

16) *EuGH* Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, I-7119, 7147; zur Un-erheblichkeit des öffentlich-rechtlichen Charakters einer Einrichtung für die Qualifikation als Unternehmen *EuGH* Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavel Pavlov*), Slg. 2000, I-6451 (Rn 85).

17) *Roth/Ackermann* in *Glatten/Bauer*, Frankfurter Kommentar zum GWB, 2000, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag Rn 72 ff.

18) Vgl. *BSG*, 6 RKA 90/96, S. 9; *Engelhard* in *Hauck* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V – Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 2. Band, Stand: 1. 6. 2000, § 87 SGB V Rn 145.

19) Siehe nur *EuGH*, Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser/Macrotron GmbH*), Slg. 1991, I-1979 ff.; Rs. C-180/98 bis C-184/98 (*Pavel Pavlov*), Slg. 2000, I-6451 (Rn 110 ff.).

20) Vgl. *Koenig/Sander*, Die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts, in *Europäisches Arzneimittelrecht*, Ausgabe 2/2000, S. EA 1, EA 8; zur Rechtsnatur der Entscheidungen des Bewertungsausschusses siehe *Engelhard* in *Hauck* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V – Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 2. Band, Stand: 1. 6. 2000, § 87 SGB V Rn 147 ff.

Vielmehr ist entscheidend, ob der Zweck und die Funktion der Maßnahme (hier insbesondere der einschlägigen Bestimmungen in Kapitel O des EBM) als wirtschaftlich einzuordnen sind.

Der Bewertungsausschuss stellt im EBM für die behandelnden Ärzte und die Laborärzte, die als Nachfrager bzw. Anbieter von Laborleistungen auftreten, bindende Vorgaben dafür auf, wie (v. a. zu welchem Preis) diese Leistungen erbracht werden müssen, und sieht Sanktionen für den Fall der Überschreitung einer bestimmten Leistungsmenge vor. Der EBM dient somit als Instrument zur bundeseinheitlichen Steuerung des ärztlichen Leistungsverhaltens<sup>21</sup>.

Das Regulationssystem des Kapitels O, jeder Arztpraxis für jedes Abrechnungsquartal ein begrenztes Gesamtbudget zur Verfügung zu stellen, von dem die Punkte der tatsächlich erbrachten oder in Anspruch genommenen Laboratoriumsuntersuchungen abgezogen werden, und die Überschreitung des Budgets mit Vergütungseinbußen zu sanktionieren, dient der Einschränkung der Inanspruchnahme von Laborleistungen. Eine solche Regelung verfolgt den Zweck, die Vertragsärzte als Veranlasser von Laborleistungen dazu zu bewegen, ihr Nachfrageverhalten (bzw. im Falle der eigenerbrachten Laboruntersuchungen ihr Angebotsverhalten) einzuschränken. Grundsätzlich ist es ihnen zwar nicht verboten, über das vorgesehene Budget hinaus Laborleistungen in Anspruch zu nehmen. Sie müssen ein solches Verhalten aber mit Vergütungseinbußen bezahlen, d. h. bei Nichtbefolgung der in Kapitel O vorgegebenen Verhaltensmaßstäbe drohen ihnen empfindliche finanzielle Nachteile. Die darin liegende zielgerichtete Beeinflussung der Absatzmöglichkeiten für eine wirtschaftliche Leistung (hier der Laboratoriumsuntersuchungen) durch die Nachfrageseite (die Krankenkassen und die Vertragsärzte) stellt auch ihrerseits eine wirtschaftliche Tätigkeit dar<sup>22</sup>. Der Bewertungsausschuss regelt somit das wirtschaftliche Verhalten der in ihm vertretenen Vertragsärzte, so dass ihm selbst nach der obigen Definition Unternehmensqualität i. S. d. Art. 81 EG zukommt.

#### bb) Keine unternehmerische Tätigkeit bei hoheitlichem Handeln

Die Unternehmenseigenschaft einer wirtschaftlich tätigen Einheit ist allerdings zu verneinen, wenn die betroffenen Maßnahmen hoheitlicher Natur sind und nur in der Ausführung detaillierter gesetzlicher Vorgaben bestehen. Art. 81 f. EG gelten nur „für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen [...]“, die die Unternehmen aus eigener Initiative an den Tag legen. [...] Wird den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder bilden diese einen rechtlichen Rahmen, der selbst jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ihrerseits ausschließt, so sind die Artikel 85 [jetzt 81] und 86 [jetzt 82] nicht anwendbar. In einem solchen Fall findet die Wettbewerbsbeschränkung nicht, wie diese Vorschriften voraussetzen, in selbständigen Verhaltensweisen der Unternehmen ihre Ursachen“<sup>23</sup>.

Die Unternehmenseigenschaft des Bewertungsausschusses müsste folglich verneint werden, wenn deutsche Rechtsvorschriften das wettbewerbswidrige Verhalten strikt vorschreiben oder einen rechtlichen Rahmen bilden würden, der jede Möglichkeit für ein selbständiges Wettbewerbsverhalten des Ausschusses und seiner Mitglieder ausschließt<sup>24</sup>, so dass der Ausschuss in Wahrnehmung seiner Aufgaben die Gesetze im strikt hoheitlich gebundenen Vollzug anwendete. Nur in diesem Fall könnte der Beschluss des „Budget-Bonus-Modells“ mit den davon ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht als unternehmerische Maßnahme des Bewertungsausschusses eingestuft werden<sup>25</sup>. Somit ist entscheidend, ob der Ausschuss tatsächlich über keinerlei eigenen unternehmerischen Gestaltungsspielraum verfügt, mit-

tels dessen er auf die konkrete Ausgestaltung der von ihm geregelten Leistungsbeziehungen Einfluss nehmen kann<sup>26</sup>.

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Bewertungen der Laborleistungen ist § 87 II b SGB V; dieser ist die einzige Norm, die das Handeln des Bewertungsausschusses bezüglich des Kapitels O des EBM regelt. Vorgaben für den Inhalt des EBM enthalten § 87 II b 2 SGB V, der verlangt, bei der Regelung die Möglichkeiten der strukturellen Veränderungen der Versorgung mit Laborleistungen einzubeziehen, und § 87 II 2 SGB V, der unter anderem vorschreibt, dass der Bewertungsmaßstab das Erfordernis der Rationalisierung im Rahmen wirtschaftlicher Leistungserbringung berücksichtigen muss.

Diese allgemeinen und unbestimmten Vorgaben lassen dem Bewertungsausschuss genügend unternehmerischen Spielraum für eine eigenständige Abwägung, insbesondere besteht keine Vorgabe, auf welche Weise eine wirtschaftliche Leistungserbringung zu verwirklichen ist. Die fragliche Budgetregelung beruht also auf der Initiative und der wirtschaftlichen Abwägung des Bewertungsausschusses. Damit ist die Tätigkeit des Bewertungsausschusses nicht als funktionell hoheitliche einzustufen, so dass der Ausschuss bei Erlass des Kapitels O des EBM als Unternehmen i. S. v. Art. 81 EG handelt. Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags sind somit anwendbar.

#### b) Wettbewerbsbeschränkung

Eine Wettbewerbsbeschränkung setzt die Einschränkung der wettbewerblichen Handlungs- und Bewegungsfreiheit der am Abstimmungsvorgang beteiligten Unternehmen voraus<sup>27</sup>. Die Beschlüsse des Bewertungsausschusses wirken sich insbesondere auf die Vertragsärzte aus, die als (mittelbar) am Beschluss Beteiligte angesehen werden können, da sie durch die KBV im Bewertungsausschuss vertreten sind.

Durch die Regelung in Kapitel O wird die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Vertragsärzte zwar nicht unmittelbar beschränkt, denn es ist ihnen nicht grundsätzlich verboten, über das vorgesehene Budget hinaus Laborleistungen in Anspruch zu nehmen. Jedoch kommt eine mittelbare Beschränkung in Betracht, denn bei Nichtbefolgung der in Kapitel O vorgegebenen Verhaltensmaßstäbe drohen den Ärzten empfindliche finanzielle Nachteile in Gestalt von Vergütungseinbußen. Die damit verbundene faktische Einschränkung der Handlungsfreiheit der Vertragsärzte beruht gerade auf dem unternehmerischen Handlungsspielraum, der dem Bewertungsausschuss aufgrund der Unbestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage verbleibt. Die Beschränkung der Handlungsfreiheit der behandelnden Ärzte bewirkt zusätzlich eine Beeinträchtigung der Absatzmöglichkeiten der Labormediziner.

Es kommt also zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Labordienstleistungen. Diese verstößt

21) BSGE 78, 98; BSG SozR 3-2500 § 87 Nr. 20; BSG ArztR 2000, 315 (speziell bezüglich des Laborbudgets); Engelhard in Hauck (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V – Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 2. Band, Stand: 1. 6. 2000, § 87 SGB V Rn 3.

22) Vgl. OLG Düsseldorf, 27. 7. 1999 – U (Kart) 36/98, in PharmR 1999, 283, 285 ff.

23) EuGH Rs. C-359 und 379/95 P (Ladbroke), Slg. 1997, I-6252, 6312.

24) Vgl. für den BÄK Koenig/Sander, Die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts, in Europäisches Arzneimittelrecht, Ausgabe 2/2000, S. EA 1, EA 9.

25) EuGH Rs. C-359 und 379/95 P (Ladbroke), Slg. 1997, I-6265 (Rn 34).

26) Vgl. Koenig/Sander, Die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts, in Europäisches Arzneimittelrecht, Ausgabe 2/2000, S. EA 1, EA 11.

27) Roth/Ackermann in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn 222.

insoweit gegen Art. 81 I Buchst. a EG, als der EBM zu einer Festsetzung der Verkaufspreise für die betroffenen Laborleistungen führt. Ferner verstößt sie gegen Art. 81 I Buchst. b EG, da der EBM eine Beschränkung des Absatzes von Laborleistungen bezweckt.

#### c) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Die EG-Wettbewerbsregeln sind nur einschlägig, wenn die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dies ist der Fall bei Maßnahmen, die die Errichtung von Handelsschranken zwischen den EG-Mitgliedstaaten fördern und das vom EG-Vertrag angestrebte Zusammenwachsen der Märkte verhindern. Dies wird vom EuGH bereits dann angenommen, wenn ein Kartell das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates betrifft<sup>28</sup>, da es hierbei regelmäßig zur Abschottung nationaler Märkte oder zur Behinderung ausländischer Anbieter kommt<sup>29</sup>.

Der EBM ist für das Gebiet der gesamten Bundesrepublik rechtsverbindlich, so dass jeder EG-ausländische Anbieter von Laborleistungen zumindest potenziell von den Nachfragebeschränkungen betroffen sein kann. Zwar ist die Abrechnung mit den deutschen gesetzlichen Krankenkassen für ausländische Laborärzte derzeit praktisch noch nicht möglich, da diese eine Mitgliedschaft in einer Kassenärztlichen Vereinigung (KV) voraussetzt. Jedoch erfordern die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, dass eine grenzüberschreitende Leistungserbringung durch nationale sozialversicherungsrechtliche Vorschriften nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf<sup>30</sup>. Da das KV-System deshalb nicht zu einem vollständigen Ausschluss grenzüberschreitender Leistungserbringung führen darf, ist von einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis zwischen deutschen und ausländischen Labormedizinerinnen auszugehen. Damit sind mit dem EBM potenzielle Wirkungen auf die grenzüberschreitende Leistungserbringung verbunden, so dass das Zwischenstaatlichkeitserfordernis erfüllt ist. Der Beschluss des „Budget-Bonus-Modells“ im EBM durch den Bewertungsausschuss stellt folglich eine gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG verstoßende unternehmerische Maßnahme dar.

### 3. Das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG

Nach Art. 82 EG ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben verboten.

#### a) Marktbeherrschende Stellung des Bewertungsausschusses

Eine marktbeherrschende Stellung ist „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens [...], die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“<sup>31</sup>.

Der sachlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall der Markt für Laborleistungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, auf dem die Krankenkassen und die Vertragsärzte gemeinsam das Nachfrageverhalten steuern können, denn die Krankenkassen sind es, die die Leistungen für die Patienten letztlich nachfragen<sup>32</sup>, während die behandelnden Ärzte diejenigen sind, die unmittelbar die Notwendigkeit einer Laborleistung feststellen und deren Erbringung veranlassen<sup>33</sup>.

In Bezug auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist auf die Mitglieder des Bewertungsausschusses abzustellen, d. h. auf die gesetzlichen Krankenkassen und die Vertragsärzte. Definiert man den relevanten Markt als den Markt für Laborleistungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, so kontrollieren diese beiden Grup-

pen den Markt, denn allein von ihrem gemeinsamen Verhalten hängt es ab, ob, in welcher Art und in welchem Umfang Laborleistungen in Anspruch genommen werden<sup>34</sup>. Beschließen diese beiden Gruppen gemeinsam, dass über ein gewisses Maß hinaus keine Laborleistungen im Rahmen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden dürfen, so können sie diese Entscheidung in die Tat umsetzen, ohne auf die Marktgegenseite (die Laborärzte) oder auf die Verbraucher (die Patienten) Rücksicht nehmen zu müssen, d. h. sie haben eine marktbeherrschende Stellung, die es ihnen ermöglicht, sich der Marktgegenseite und den Verbrauchern gegenüber unabhängig zu verhalten.

Der räumlich relevante Markt ist das Gebiet, in dem das marktbeherrschende Unternehmen und seine Mitbewerber ihre Produkte und Dienstleistungen zu objektiv gleichen Bedingungen ohne bedeutende wirtschaftliche Schranken vertreiben können<sup>35</sup>. Der räumlich relevante Markt wird hier durch den Geltungsbereich des EBM bestimmt, d. h. maßgeblich ist das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Das Gebiet eines Mitgliedstaates ist von den EG-Organen bisher stets als ein wesentlicher Teil des Gesamtmarktes angesehen worden<sup>36</sup>.

#### b) Missbrauch durch Erlass der Budgetregelung und der Kostensätze für Laborleistungen

Der Erlass der Budgetregelung in Kapitel O des EBM müsste einen Missbrauch der oben festgestellten marktbeherrschenden Stellung darstellen. In Frage kommt hier v. a. die Einschränkung des Absatzes i. S. v. Art. 82 Satz 2 Buchst. b EG. Dieses Regelbeispiel dient vornehmlich dem Schutz vor solchen Verhaltensweisen des Marktbeherrschers, die eine künstliche Verknappung angebotener oder nachgefragter Erzeugnisse oder Dienstleistungen verursachen und dem Verbraucher unmittelbar oder mittelbar schaden<sup>37</sup>. Der Tatbestand der Absatzeinschränkung ist weit auszulegen. Er erfasst sowohl die Einschränkung des eigenen Absatzes als auch des Absatzes Dritter durch den Marktbeherrscher<sup>38</sup> und

28) EuGH Rs. 322/81 (*Michelin*), Slg. 1983, 2461, 3522; EuGH Rs. T-66/89 (*Publishers Association*), Slg. 1992, II-1995, 2017.

29) *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Auflage, 1999, § 36 Ziff. 5 m. w. N.

30) Siehe EuGH Rs. C-120/95 (*Decker*), Slg. 1998, I-1831 (Rn 35 f.) in Bezug auf einen Brillenkauf im Ausland; Rs. C-158/96 (*Kohll*), Slg. 1998, I-1931 (Rn 34 f.) in Bezug auf eine ambulante Zahnbehandlung; siehe zu beiden Urteilen etwa *Becker*, NZS 1998, 359, 361 f. Nach einem neuen Urteil des Gerichtshofs vom 12. 7. 2001 darf selbst die Kostenübernahme für stationäre Behandlungen im EG-Ausland durch eine gesetzliche Krankenkasse nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen abgelehnt werden, da auch diesbezüglich der Grundsatz des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs gilt, EuGH Rs. C-157/99 (*B.S.M. Smits/Stichting Ziekenfonds u. a.*), Rn 55 ff. und Rn 82 ff.

31) St. Rspr. des EuGH, z. B. Rs. 85/76 (*Hoffmann-La Roche/Vitamine*), Slg. 1979, 461, 520.

32) OLG Düsseldorf, 27. 7. 1999 – U (Kart) 36/98, in PharmR 1999, 283, 285 ff.

33) Davon zu trennen ist der Markt für Laborleistungen im Rahmen der privaten Krankenversicherung, denn dort sind die Patienten die unmittelbaren Nachfrager der ärztlichen Leistungen; die privaten Versicherungen ersetzen ihren Versicherungsnehmern lediglich die Kosten für in Anspruch genommene Leistungen.

34) Dabei ist nicht relevant, dass die Krankenkassen 91% der in Deutschland krankenversicherten Personen repräsentieren, denn wenn man den Markt so eng abgrenzt, dass nur die gesetzlich krankenversicherten Patienten erfasst sind, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Krankenkassen diesen Markt komplett kontrollieren, da sie aufgrund des Sachleistungsprinzips (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V) die eigentlichen Nachfrager der ärztlichen Leistungen sind.

35) Kommission IV/26.699 (*Chiquita*), ABLEG 1976 L 95/1, 12.

36) Z. B. Kommission IV/26.760 (*GEMA I*), ABLEG 1971 L 134/15, 21; EuGH Rs. 7/82 (*GVL*), Slg. 1983, 483, 506; Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser/Macrotron GmbH*), Slg. 1991, I-1979, 2018.

37) *Dirksen*, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 82 Rn 110.

38) EuGH verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 (*Zucker*), Slg. 1975, 1663, 2004, 2021; Rs. 27/71 (*United Brands*) Slg. 1978, 207, 295; *Dirksen*, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 82 Rn 111, 124, 128.

ist auf die Erbringung von Dienstleistungen entsprechend anwendbar<sup>39</sup>.

Wie bereits im Rahmen von Art. 81 I EG dargestellt, wird durch die Regelung in Kapitel O des EBM eine Beschränkung der Nachfrage nach Laborleistungen bewirkt, was dazu führt, dass auf dem betroffenen Markt für Laborleistungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung der Absatz von Laborleistungen beschränkt wird. Es handelt sich daher um eine Absatzbeschränkung i. S. d. Art. 82 Satz 2 Buchst. b EG. Zusätzlich muss sich die Einschränkung i. S. v. Art. 82 Satz 2 Buchst. b EG „zum Schaden der Verbraucher“ auswirken. Der Begriff des Verbrauchers ist weit auszulegen. Er erfasst nicht nur den Endverbraucher, sondern alle unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer von Waren und Dienstleistungen<sup>40</sup>.

Der Schaden, der den Laborärzten selbst durch die Regelung entsteht, ist nicht beachtlich, da sie nicht unter den Verbraucherbegriff des Art. 82 Satz 2 Buchst. b EG fallen; sie sind nicht Abnehmer, sondern Anbieter der fraglichen Laborleistungen. Allerdings kann den betroffenen Patienten ein Schaden entstehen, denn aufgrund des begrenzten Budgets werden behandelnde Ärzte Laboratoriumsuntersuchungen sparsamer als bisher in Anspruch nehmen. Zwar können gravierende Nachteile für die Patienten dadurch vermieden werden, dass für eine Reihe von Krankheitsfällen, die zwingend eine aufwendige Labordiagnostik erfordern, die Budgetregelung ausnahmsweise unanwendbar bleibt. Daneben sind jedoch Fälle denkbar, in denen die Ausnahmeregelung nicht eingreift und in denen eine Laboratoriumsuntersuchung nützlich, aber nicht unerlässlich ist. Hier kann das „Budget-Bonus-Modell“ die behandelnden Ärzte dazu veranlassen, eine Abwägung zu Ungunsten des Patienten, aber zugunsten des eigenen Vergütungsanspruchs zu treffen. Entscheidend für die Labormediziner wäre es daher darzulegen, dass die Budgetregelung mit einiger Wahrscheinlichkeit dazu führen kann, dass gewisse Krankheitsbilder, die aufgrund von Laboratoriumsuntersuchungen schneller oder mit größerer Gewissheit erkannt worden wären, erst spät diagnostiziert und behandelt werden. Dies würde einen beachtlichen Nachteil für die Patienten darstellen, die als mittelbare Abnehmer der Laborleistungen Verbraucher i. S. d. Art. 82 Satz 2 Buchst. b EG sind, so dass grundsätzlich ein Missbrauch i. S. d. Art. 82 EG in Betracht kommt.

Der Marktbeherrscher wird allerdings dann vom Vorwurf des Missbrauchs frei, wenn er nachweislich mit seinem Verhalten keine wettbewerbswidrigen Ziele verfolgt. Dies ist z. B. der Fall, wenn er mit der Einschränkung seiner Produktion einen wirtschaftlich notwendigen Rationalisierungsprozess verwirklicht<sup>41</sup>. Da der Bewertungsausschuss mit der einschränkenden Regelung das gesetzlich formulierte Ziel der „Rationalisierung im Rahmen wirtschaftlicher Leistungserbringung“ (§ 87 II 2 SGB V) verfolgt, erscheint es möglich, dass trotz der Erfüllung des Regelbeispiels die Missbräuchlichkeit des Verhaltens zu verneinen sein könnte. Entscheidend ist damit, ob das „Budget-Bonus-Modell“ eine wirtschaftlich notwendige Maßnahme darstellt<sup>42</sup>.

Ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch den Bewertungsausschuss kann sich außerdem aus der Art und Weise des Erlasses der Kostensätze für die einzelnen abrechenbaren Laboruntersuchungen ergeben. Sofern von Seiten der Labormediziner glaubhaft gemacht werden kann, dass die im EBM festgelegten Preise für Laborleistungen nicht auf sachlichen betriebswirtschaftlichen Kalkulationen beruhen, sondern willkürlich festgesetzt werden, kann dem Bewertungsausschuss die Bildung missbräuchlicher Preise i. S. d. Art. 82 Buchst. a EG vorgeworfen werden.

#### 4. Die Ausnahmeregelung des Art. 86 II EG

Art. 86 II Satz 1 EG lässt sich entnehmen, dass Art. 81 und 82 EG ausnahmsweise nicht gelten, wenn ein Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist und die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe durch die Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts rechtlich oder tatsächlich verhindert wird.

##### a) Der Bewertungsausschuss als mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrautes Unternehmen

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wird gemeinschaftsautonom definiert. Die Mitgliedstaaten können sich auf diesen Begriff mit einem gewissen Beurteilungsspielraum berufen<sup>43</sup>. Unter Dienstleistungen i. S. d. Art. 86 II EG sind alle wirtschaftlichen Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten im öffentlichen Interesse in Anspruch genommen werden, zu verstehen<sup>44</sup>.

Allgemeine wirtschaftliche Interessen sind die öffentlichen Interessen der Mitgliedstaaten<sup>45</sup>, wobei bereits das Interesse eines Teils der Bevölkerung eines Mitgliedstaates genügt<sup>46</sup>. Da das Interesse wirtschaftlicher Natur sein muss, ist allein die Wahrnehmung sozialer Belange nicht ausreichend, es genügt aber, wenn die sozialen mit wirtschaftlichen Interessen eng verknüpft sind<sup>47</sup>. Dies wird im Rahmen der Prüfung des Art. 86 II EG sogar i. d. R. der Fall sein, da bei ausschließlich sozialer Tätigkeit ohne wirtschaftliche Implikationen schon die Unternehmenseigenschaft der handelnden Einheiten zu verneinen wäre.

Eine Betrauung mit einer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe i. S. v. Art. 86 II EG setzt voraus, dass diese Aufgabe dem Unternehmen durch Gesetz<sup>48</sup> oder Hoheitsakt<sup>49</sup> übertragen wurde.

39) EuGH Rs. C-179/90 (*Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli*), Slg. 1991, I-5923; Rs. C-41/90 (*Höfner und Elser/Macrotron GmbH*), Slg. 1991, I-1979, 2018; Dirksen, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 82 Rn 114.

40) Dirksen, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 82 Rn 115.

41) Dirksen, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 82 Rn 119.

42) Darüber hinaus könnte ein Missbrauchsvorwurf gegenüber dem Bewertungsausschuss damit begründet werden, dass in dem „Budget-Bonus-Modell“ ein erheblicher dirigistischer Eingriff der monopolisierten Nachfrageseite auf die Angebots- und Absatzstrukturen zu sehen ist, der einen von Art. 82 EG verbotenen Marktstrukturmissbrauch darstellt, vgl. zu einer ähnlichen Problematik Koenig/Sander, Die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts, in *Europäisches Arzneimittelrecht*, Ausgabe 2/2000, S. EA 1, EA 13.

43) Koenig/Sander, Die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts, in *Europäisches Arzneimittelrecht*, Ausgabe 2/2000, S. EA 1, EA 14 f.

44) Mestmäcker, in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band II, 1997, Art. 37, 90 EG, D Rn 42; Jungbluth, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 86 Rn 37.

45) Mestmäcker, in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band II, 1997, Art. 37, 90 EG, D Rn 43.

46) Jungbluth, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 86 Rn 38.

47) Jungbluth, in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 86 Rn 38. Der Gerichtshof geht sogar noch weiter und ordnet Art. 86 II EG als Vorschrift ein, die das mitgliedstaatliche Interesse am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Gemeinschaftsinteresse an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln in Einklang bringen soll, siehe nur EuGH verb. Rs. C-115 bis C-117/97 (*Brentjens Handelssonderneming*), Slg. 1999, I-6029 (Rn 103).

48) EuGH Rs. 10/71 (*Staatsanwaltschaft Luxemburg/Müller*), Slg. 1971, 723, 730 (Rn 8/12).

49) EuGH Rs. 127/73 (*BRT II*), Slg. 1973, 313, 318 (Rn 19/22); EuGH Rs. 172/80 (*Gerhard Züchner/Bayerische Vereinsbank*), Slg. 1981, 2021 (Rn 7).

Die Krankenkassen und ihre Verbände sind vom Gesetz beauftragt, die Versorgung der Bevölkerung mit ärztlichen und sonstigen medizinischen Leistungen sicherzustellen und für eine wirtschaftliche Leistungserbringung zu sorgen (§§ 2 und 72 SGB V). Die Leistungen der Krankenkassen sind daher sowohl von sozialen als auch von allgemeinen wirtschaftlichen Interessen getragen, denn die Kassen leisten einen wesentlichen Beitrag zur Kostensteuerung in einem vom Solidarprinzip geprägten Gesundheitssystem. Die in § 72 SGB V formulierte Aufgabe der Sicherstellung der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung zu wirtschaftlichen Bedingungen teilen sich die Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen; die Erfüllung soll v. a. durch Verträge zwischen den beiden Gruppen vorstatten gehen.

Der EBM ist eines der Instrumente zur Erfüllung der Anforderungen des § 72 II SGB V (ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung einerseits, Angemessenheit der vertragsärztlichen Vergütung andererseits)<sup>50</sup>. Er bildet die Grundlage der Abrechnung des Vertragsarztes gegenüber seiner kassenärztlichen Vereinigung, er ist von Bedeutung für eine leistungsgerechte Verteilung der Gesamtvergütung unter den Vertragsärzten und für die Berechnung der von den Krankenkassen zu zahlenden Gesamtvergütung, er stellt einen Leistungsspiegel der zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abrechnungsfähigen Leistungen dar und dient daher als Instrument zur bundeseinheitlichen Steuerung des ärztlichen Leistungsverhaltens<sup>51</sup>.

Mit dem Erlass des EBM ist der Bewertungsausschuss aus Vertretern der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gesetzlich beauftragt (§ 87 SGB V). Folglich ist dieser Ausschuss – wie auch die in ihm vertretenen Krankenkassen und die KBV – ein mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrautes Unternehmen i. S. v. Art. 86 II EG.

#### b) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zur Aufgabenerfüllung durch den Bewertungsausschuss

Die Anwendbarkeit der EG-Kartellvorschriften wird durch Art. 86 II EG nur dann ausgeschlossen, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern würde. Da Art. 86 II EG eine Ausnahmebestimmung darstellt, ist das Merkmal der Verhinderung grundsätzlich eng auszulegen; die bloße Behinderung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung genügt nicht<sup>52</sup>. Die Durchführung der Dienstleistung muss vielmehr unmöglich sein, wenn die Vertragsvorschriften beachtet werden<sup>53</sup>. Es darf keinen anderen technisch möglichen und wirtschaftlich und rechtlich zumutbaren Weg geben, um die übertragene Aufgabe ohne Vertragsverletzung zu erfüllen<sup>54</sup>. An dieser Stelle gilt es zu beurteilen, ob die gegenwärtige Ausgestaltung des Wirtschaftlichkeitsbonus in Kapitel O des EBM erforderlich ist, um die ärztliche Versorgung der Bevölkerung zu wirtschaftlichen Bedingungen i. S. d. § 72 SGB V sicherzustellen, oder ob es eine ebenso effiziente wettbewerbsrechtskonforme Alternative gibt.

Allerdings ist in der neueren Rechtsprechung des EuGH in den deutschen Urteilsfassungen der Begriff der *Gefährdung* der Aufgabenerfüllung (anstelle von *Verhinderung*) zu finden<sup>55</sup>. Zwar ließe sich diese Abweichung vom Wortlaut des Art. 86 II EG als Übersetzungsfehler erklären<sup>56</sup>. Aber auch wenn in den Originalfassungen der Urteile weiterhin von „verhindern“ die Rede ist, lässt sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Tendenz einer großzügigeren Auslegung der Voraussetzungen des Art. 86 II EG verzeichnen. Insbesondere in den Urteilen zu den niederländischen Rentenversicherungsfonds betonte der Gerichtshof, den

Mitgliedstaaten stehe ein Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Sozialversicherungssysteme zu<sup>57</sup>. Daher spricht einiges dafür, dass der Gerichtshof in Bezug auf die Entscheidung, durch welche Maßnahmen die Ziele des § 72 II SGB V am besten verwirklicht werden können, auch dem Bewertungsausschuss einen Beurteilungsspielraum einräumen würde. In dem durch einen Beschluss des BGH eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren betreffend die Vereinbarkeit der gegenwärtigen Festbetragsregelung mit dem EG-Wettbewerbsrecht<sup>58</sup> bietet sich dem EuGH die Gelegenheit, die Voraussetzungen des Art. 86 II EG und die Reichweite des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten und der betrauten Unternehmen zu präzisieren. Es ist denkbar, dass der Gerichtshof den Verhinderungsmaßstab interpretativ dahingehend relativieren wird, dass für eine Unanwendbarkeit der Art. 81 f. EG bereits eine Gefährdung der Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben genügt. Dann wären nur Maßnahmen, die eindeutig nicht zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen Versorgung mit Laborleistungen erforderlich sind, an den EG-Wettbewerbsregeln zu messen.

Von Seiten der Labormediziner müsste folglich dargelegt werden, dass eine wirtschaftliche und kosteneffiziente Leistungserbringung auch ohne das gegenwärtige Budget-Modell möglich wäre. Selbst wenn sich eine mengenmäßige Beschränkung der Laboruntersuchungen als erforderlich erwiese, so käme als Alternative zum gegenwärtigen Verfahren die Festlegung des Budgets durch ein unabhängiges Sachverständigenngremium anstelle der kollektiven und einseitigen Beeinflussung der Absatzbedingungen durch die Nachfrageseite in Betracht.

### III. Ergebnis

Zwar ist ein Verstoß des „Budget-Bonus-Modells“ im EBM gegen Art. 81 EG zu bejahen, denn durch den Beschluss dieses Systems durch den als Unternehmensvereinigung handelnden Bewertungsausschuss wird eine wettbewerbswidrige Absatzeinschränkung für Laborleistungen bewirkt. Die Erfolgsaussichten einer auf das EG-Wettbewerbsrecht gestützten Beschwerde oder eines gerichtlichen Verfahrens der deutschen Laborärzte gegen Kapitel O des EBM hängen jedoch davon ab, ob überzeugend dargetan werden kann, dass die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EG nicht erfüllt sind.

50) Hess, in Niesel (Hrsg.), Kasseler Kommentar, § 87 SGB V Rn 11.

51) BSGE 78, 98; BSG SozR 3-2500 § 87 Nr. 20; BSG ArztR 2000, 315; Engelhard in Hauck (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V – Gesetzliche Krankenversicherung – Kommentar, 2. Band, Stand: 1. 6. 2000, § 87 SGB V Rn 3.

52) EuGRs. T-260/94 (*Air Inter*), Slg. 1997, II-997 (Rn 38); Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band II, 1997, Art. 37, 90 EG, D Rn 53; Jungbluth, in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, 2001, Art. 86 Rn 42.

53) EuGH Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, I-2533, 2554 (Rn 14); Rs. C-393/92 (*Almelo*), Slg. 1994, I-1477, 1520 (Rn 46).

54) EuGH Rs. C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, I-2533, 2554 (Rn 14 ff.).

55) Etwa EuGH Rs. C-159/94 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, I-5815 (Rn 59); Rs. C-157/94 (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, I-5699 (Rn 43, 52); verb. Rs. C-115 bis C-117/97 (*Brentjens Handelsonderneming*), Slg. 1999, I-6029 (Rn 107).

56) So Koenig/Sander, Die Arzneimittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen auf dem Prüfstand des EG-Wettbewerbsrechts, in Europäisches Arzneimittelrecht, Ausgabe 2/2000, S. EA 1, EA 15 f.

57) EuGH Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751 (Rn 122); Rs. C-219/97 (*Drijvende Bokken*), Slg. 1999, I-6121 (Rn 112); verb. Rs. C-115 bis C-117/97 (*Brentjens Handelsonderneming*), Slg. 1999, I-6029 (Rn 122).

58) Beschluss vom 3. 7. 2001 (Az. KZR 31/99 und 32/99).