

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig und Christina Engelmann  
Bonn\*

## Internetplattformen im Gesundheitswesen auf dem Prüfstand des Kartellrechts – am Beispiel der Versorgung mit medizinischen Hilfsmitteln –

*Die Einbeziehung moderner Kommunikationsformen, insbesondere des Internets, in Versorgungs- und Lieferprozesse spielt auch im Gesundheitsbereich eine immer größere Rolle. Am meisten Aufsehen hat bisher wohl die internetgestützte Bestellung von Arzneimitteln – nicht zuletzt wegen der Tätigkeit der grenzüberschreitend arbeitenden niederländischen e-pharmacy 0800DocMorris – erregt. Aber gerade auch im Bereich der nicht an Apotheken gebundenen Lieferung medizinischer Hilfsmittel wird seitens der Krankenkassen zunehmend an einem Einsatz von Internetplattformen zur Umsetzung wettbewerbsorientierter Liefermodelle gearbeitet. Nach einem kurzen Überblick über die Bandbreite der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gestaltung und Nutzung einer Internetplattform zur Hilfsmittelbestellung untersucht der folgende Beitrag insbesondere die kartellrechtlichen Vorgaben für ein solches Modell.*

### I. Einführung

Überlegungen seitens der gesetzlichen Krankenkassen, durch die Einflussnahme auf die Beschaffung von ärztlich verordneten Hilfsmitteln für ihre Versicherten Kosten einzusparen, sind kein neues Phänomen. Das Internet fügt diesen Entwicklungen neuen Zündstoff hinzu. So wäre es denkbar, die Beschaffung medizinischer Hilfsmittel mit Hilfe einer Internetplattform, die von einem privaten Dienstleistungsunternehmen bereitgestellt wird, abzuwickeln. Ein solches Modell soll im Folgenden näher betrachtet werden. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein Dienstleistungsunternehmen eine Webseite als Marktplatz (Internetplattform) betreibt, auf dem medizinische Hilfsmittel (z. B. Einwegspritzen, Inkontinenzhilfen etc.) angeboten und bestellt werden können. Der Plattformbetreiber stellt für diese Geschäfte lediglich den Marktplatz zur Verfügung, wird aber selbst nicht Vertragspartner der ausschließlich zwischen den Nutzern dieses Marktplatzes geschlossenen Verträge. Die Plattform ist ohne quantitative Beschränkung offen für alle interessierten Hilfsmittellieferanten und Krankenkassen, die bereit sind, das vom Betreiber verlangte Entgelt für die Plattformnutzung zu zahlen. Unter den auf dem Marktplatz vorhandenen Angeboten der Hilfsmittellieferanten kann die Krankenkasse das preisgünstigste auswählen und mit dem entsprechenden Lieferanten einen Vertrag schließen.

Bei der Einrichtung und Nutzung einer solchen Plattform sind verschiedene Rechtsgebiete zu beachten: Zunächst stellt sich die Frage, ob es mit den Vorgaben des Sozialrechts, insbesondere des SGB V, vereinbar ist, wenn die Auswahl der Hilfsmittellieferanten nicht durch die Versicherten, sondern durch die Krankenkasse er-

folgt. Häufig wird auf Grund der § 2 Abs. 3 SGB V und § 33 SGB I gefolgert, im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung bestehe der Grundsatz der freien Wahl der Leistungserbringer durch die Versicherten.<sup>1)</sup> Diese Schlussfolgerung lässt sich jedoch nicht auf den Wortlaut der zitierten Vorschriften stützen. Daraus ergibt sich nur, dass die Krankenkassen bei ihrer Ermessensausübung den Wünschen der Patienten angemessen Rechnung tragen sollen und die Vielfalt der Leistungserbringer berücksichtigen müssen. Zudem wird dem Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit Hilfsmitteln (§ 33 Abs. 1 SGB V) bereits dann Genüge getan, wenn die Krankenkasse ihren Versicherten das jeweils erforderliche Hilfsmittel als Sachleistung zur Verfügung stellt. Ein darüber hinausgehendes Recht der Versicherten auf Auswahl des konkreten Hilfsmittels oder des Hilfsmittellieferanten ist weder vorgesehen noch geboten.<sup>2)</sup> Insgesamt kann dem in §§ 33, 36 und 126 ff. SGB V geregelten System der Hilfsmittelversorgung i. V. m. dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V der Auftrag der Krankenkassen entnommen werden, auf der Grundlage eines Preiswettbewerbs eine möglichst wirtschaftliche und gleichzeitig qualitativ hochwertige Leistungserbringung zu verwirklichen. Insbesondere bei Hilfsmitteln, die Verbrauchs- oder Einwegartikel sind und für die keine Festbeträge gelten, bestehen bei der Preisgestaltung große Spielräume der Leistungserbringer und demzufolge erhebliche Preisdifferenzen zwischen den einzelnen Anbietern. Zur Erfüllung des Wirtschaftlichkeitsgebots muss es den Krankenkassen daher möglich sein, im konkreten Fall auf der Grundlage der ärztlichen Verordnung nach einer Erforschung der Marktlage selbst den am preisgünstigsten anbietenden Leistungserbringer von Hilfsmitteln auszuwählen.<sup>3)</sup> Vor diesem Hintergrund soll vorliegend von der Prämisse ausgegangen werden, dass die gesetzlichen Krankenkassen nach dem SGB V zur Auswahl der Leistungserbringer befugt sind und zur Markterforschung auch auf eine Internetplattform zurückgreifen dürfen.

Bei der Plattformgestaltung sind allerdings die einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen, was z. B. zur Folge hat, dass der Plattformbetreiber keinen Zugang zu personenbezogenen Daten der

1) Vgl. BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 83 (Krankentransporte); BGH, 21.2.1989, KZR 7/88, BGHZ 107, 40, 43 (Krankentransportbestellung); OLG Stuttgart, 30.1.1998, 2 U 176/97, NJWE-WettbR 1999, 3, 4; OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 37 (Orthopädische Hilfsmittel); Beuthien, MedR 1994, 253, 260; Boecken, NZS 2000, 269, 273 f.; Heinze, in: Schuln, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, 1994, § 40 Rn. 62.

2) Ähnlich auch Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Stand Dezember 2001, § 2 SGB V Rn. 8.

3) Dies lässt sich auch aus einem Umkehrschluss zur ausdrücklichen Normierung der – auf Grund des Persönlichkeitsrechts der Versicherten gebotenen – freien Arztwahl (§ 76 SGB V) folgern, deren Telos bei der objektbezogenen Hilfsmittellieferung nicht eingreift.

\* Christian Koenig ist Geschäftsführender Direktor und Christina Engelmann ist wissenschaftliche Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Versicherten erhalten darf. Auf das Datenschutzrecht kann an dieser Stelle ebenso wie auf etwaige vergabe- und haushaltsrechtliche Anforderungen aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen soll vielmehr die Frage sein, inwieweit auch das Kartellrecht der Ausgestaltung eines Internetmarktplatzes für medizinische Hilfsmittel Grenzen setzt.

## II. Kartellrechtliche Vorgaben für die Auswahl der Hilfsmittellieferanten durch die gesetzlichen Krankenkassen mit Hilfe einer Internetplattform

### 1. Anwendbarkeit des GWB

Vorgaben seitens des Kartellrechts sind nur relevant, wenn das GWB überhaupt auf die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen und die Markterkundung durch Betreiber von Internetplattformen anwendbar ist.

#### a) Reichweite des § 69 SGB V n. F. im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Kartellrechts

Durch die im Rahmen des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000<sup>4)</sup> eingeführte Änderung des § 69 SGB V bezweckte der Gesetzgeber, die Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf Handlungen von gesetzlichen Krankenkassen generell auszuschließen.<sup>5)</sup> Dennoch ist nicht eindeutig geklärt, ob dieses Ziel auch seinen Ausdruck im Gesetzestext selbst gefunden hat. Nach § 69 Satz 1 SGB V regelt das vierte Kapitel des SGB V „abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden“. Nach Satz 4 gilt dies auch, „soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind“. Hieraus ergibt sich, dass die Leistungsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern von Hilfsmitteln – inklusive ihrer Auswirkungen auf Dritte – fortan insgesamt sozialversicherungsrechtlicher und damit öffentlichrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur sind.<sup>6)</sup> Jedoch hat diese Regelung nicht zwangsläufig zur Folge, dass auf das wettbewerblich relevante Verhalten der Krankenkassenversicherungsträger das Kartell- und Wettbewerbsrecht generell keine Anwendung findet.<sup>7)</sup> Entgegen der vom Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 25.9.2001 dargelegten Auffassung<sup>8)</sup> kann allein durch die abschließende Regelung der Leistungsbeziehungen der Krankenkassen im SGB V die Anwendung von Rechtsnormen, die – wie die Regeln des Kartellrechts oder auch des Strafrechts – unabhängig von der formalen Einordnung eines Rechtsverhältnisses allgemeine Verhaltensregeln aufstellen, nicht generell ausgeschlossen wer-

den. Dementsprechend kann man auch davon ausgehen, dass die Zuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsträgern und Leistungserbringern zum öffentlichen Recht allein mit dem Ziel der umfassenden Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten erfolgte. Dass über die Änderung des § 69 SGB V nur der Rechtsweg zu den Kartellgerichten abgeschnitten werden sollte, zeigen im Übrigen auch die gleichzeitig vorgenommenen Änderungen der § 51 Abs. 2 SGG und §§ 87, 96 GWB. Darin wird klargestellt, dass die in § 87 GWB geregelte ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte für kartellrechtliche Rechtsstreite nicht für Streitigkeiten aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen gilt. Eine allgemeine Unanwendbarkeit des GWB wird dagegen nicht normiert.<sup>9)</sup> Im Gegenteil: Daraus, dass in §§ 87 und 96 GWB explizit eine Ausnahme von der ausschließlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten für die von § 69 SGB V erfassten Streitigkeiten geregelt ist, ergibt sich im Umkehrschluss zwingend, dass grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des § 69 SGB V kartellrechtlich zu beurteilende Streitigkeiten in Betracht kommen, die von den Sozialgerichten zu entscheiden sind. Würde sich aus § 69 SGB V die generelle Unanwendbarkeit des GWB auf Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ergeben, dann wären §§ 87 Abs. 1 Satz 2 und § 96 Satz 2 GWB redundant. Hier greift der allgemeine (systematische) Auslegungsgrundsatz, wonach keine operative Norm eines Gesetzesystems so ausgelegt werden darf, dass sie selbst oder andere mit ihr systematisch verbundene Bestimmungen überflüssig sind bzw. werden. Wenn das Bundessozialgericht umgekehrt argumentiert, die Änderung des § 69 SGB V wäre nicht erforderlich gewesen, wenn nur eine Klarstellung der Rechtswegzuweisung gewollt wäre<sup>10)</sup>, so übersieht das Gericht, dass dem geänderten § 69 SGB V sehr wohl eine Funktion bleibt: nämlich die Anordnung, dass für die im SGB V geregelten Leistungsbeziehungen keine gleichrangige Gesetzeskonkurrenz etwa zu Bestimmungen des BGB besteht.<sup>11)</sup> Unrichtig ist es deshalb, wenn das Bundessozialgericht die einzige Funktion des § 69 SGB V im Ausschluss der Wettbewerbsregeln sieht.

Vor diesem gesetzessystematischen Hintergrund darf entgegen dem Bundessozialgericht aus § 69 SGB V nicht gefolgert werden, dass die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen generell und a priori ausgeschlossen ist.<sup>12)</sup>

Das GWB ist allerdings nach verbreiteter Auffassung dann a priori nicht anwendbar, wenn die konkrete Verhaltensweise eines Marktteilnehmers in einem Spezialgesetz detailliert hoheitlich vorgeschrieben ist.<sup>13)</sup> In sol-

4) Gesetz vom 22.12.1999, BGBl. I, S. 2626.

5) Die Begründung des Gesetzesentwurfs beseitigt jeden Zweifel an diesem gesetzgeberischen Ziel, wenn es dort heißt: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlichrechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“, BT-Drucks. 14/1245, S. 68 (zu Nr. 29).

6) Vgl. BSG, 25.9.2001, B 3 KR 3/01 R, Punkt 2) der Urteilsgründe; Hess, in: Kasselner Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Hrsg. Klaus Niesel, Stand März 2001, § 69 SGB V Rn. 3; Krauskopf, in: Krauskopf (Fn. 2), Vor § 69 SGB V, Rn. 16 ff.

7) So aber BSG, 25.9.2001, B 3 KR 3/01 R, Punkt 2) der Urteilsgründe; Boecken, NZS 2000, 269, 270 f.; zweifelnd, aber im Ergebnis offen BGH, 14.3.2000, KZR 15/98, NJW 2000, 3426, 3429 (Zahnersatz aus Manila).

8) BSG, 25.9.2001, B 3 KR 3/01 R, Punkt 2) der Urteilsgründe.

9) Siehe insbesondere Engemann, NZS 2000, 213, 220 f.; OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33 (Orthopädische Hilfsmittel).

10) BSG, 25.9.2001, B 3 KR 3/01 R, Punkt 2) der Urteilsgründe.

11) In § 69 Satz 3 SGB V wird die analoge (und subsidiäre) Anwendung der Vorschriften des BGB auf eine Ausfüllung von Lücken beschränkt, die nicht von den vorrangigen Regelungen des SGB V erfasst werden.

12) So z. B. Engemann, NZS 2000, 213, 220 f.; Mühlhausen, SGB 2000, 528; Neumann, WuW 1999, 961, 966; OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33 (Orthopädische Hilfsmittel); offen noch BGH, 14.3.2000, KZR 15/98, NJW 2000, 3426, 3429 (Zahnersatz aus Manila).

13) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage 2001, § 130 Rn. 13; Neumann, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, 2000, S. 83; OLG München, 22.9.1988, U (K) 5694/87, WuW/E 4332 (Physikalische Therapie).

chen durchnormierten Bereichen kommt das GWB nur zur Anwendung, wenn ein Verhalten über die hoheitliche Aufgabenerfüllung im Rahmen öffentlichrechtlicher Sonderbeziehungen hinausgehende wettbewerbliche Auswirkungen hat.<sup>14)</sup> Sind Abschluss und Inhalt eines öffentlichrechtlichen Vertrages zwingend gesetzlich vorgesehen, ist das GWB nur anwendbar, wenn die vertragliche Vereinbarung den Rahmen der gesetzlich „gewollten vertragsimmanenten Wettbewerbsbeschränkung“ sprengt.<sup>15)</sup> Vorliegend käme es in Betracht, unter Berufung auf die in § 127 SGB V normierte Kompetenz der gesetzlichen Krankenkassen zum Abschluss von Verträgen mit Leistungserbringern von Hilfsmitteln die Anwendbarkeit des Kartellrechts abzulehnen. Allerdings werden durch § 127 SGB V keine detaillierten Pflichten der einzelnen Krankenkassen normiert. Vielmehr lässt das gesetzlich vorgesehene System wettbewerbliche Spielräume offen. So steht der Abschluss von Verträgen mit einzelnen Leistungserbringern sowie deren genauer Inhalt im Ermessen der Kassen. Angesichts dessen ist das GWB auf die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen bei der Nutzung von Internetplattformen im Rahmen der Hilfsmittelbeschaffung nicht von vornherein anwendbar.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass nicht nur das Verhalten der Krankenkassen, sondern auch die *Tätigkeit des privaten Plattformbetreibers* rechtlich zu bewerten ist. Diesbezüglich haben weder § 69 SGB V noch die sozialrechtlichen Regelungen über die Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern Einfluss auf die Anwendung des Kartellrechts.

#### b) Unternehmenseigenschaft als entscheidende Anwendungsvoraussetzung des GWB

Entscheidende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des GWB im Einzelfall ist die Unternehmenseigenschaft der Normadressaten. Der Unternehmensbegriff wird durch den BGH funktional, also tätigkeitsbezogen bestimmt. Als unternehmerisches Verhalten wird „jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr“ eingeordnet, unabhängig davon, ob die Tätigkeit von Privatpersonen oder von der öffentlichen Hand ausgeübt wird.<sup>16)</sup> Unerheblich ist auch, ob die „Ergebnisse der Tätigkeit (...) der Erfüllung von Verpflichtungen gegenüber Dritten dienen sollen, seien diese Verpflichtungen nun privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur.“<sup>17)</sup> Unter einer Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr versteht der BGH die Teilnahme am Güter- oder Dienstleistungsmarkt in der Funktion des Anbietens oder Nachfragens von Waren oder Dienstleistungen.<sup>18)</sup> Sowohl die Krankenkassen als auch der Plattformbetreiber werden im Rahmen der Beschaffung von Hilfsmitteln als Unternehmen im Sinne dieser Definition tätig. Die Krankenkassen stehen den Anbietern von Hilfsmitteln wirtschaftlich als Nachfrager

am Markt gegenüber, indem sie mit den Leistungserbringern Verträge über die Hilfsmittellieferung schließen und die Kosten hierfür übernehmen. Auch der Betreiber der Internetplattform ist auf dem Markt der Hilfsmittellieferung tätig, indem er Angebote der Anbieter einholt und eine Möglichkeit zu deren Verbreitung zur Verfügung stellt.

Als weiteres Kriterium für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft und damit für die Anwendbarkeit des GWB ist zu beachten, dass die in Frage stehende Tätigkeit nicht hoheitlicher Natur sein darf.<sup>19)</sup> Während diese Voraussetzung hinsichtlich der Tätigkeit des privaten Plattformbetreibers unproblematisch anzunehmen ist, gestaltet sich die Abgrenzung in Bezug auf die Tätigkeit der Krankenkassen problematischer. Möglicherweise ist die Tätigkeit der Krankenkassen im Verhältnis zu den Hilfsmittelanbietern bereits deshalb hoheitlich, weil auf Grund der Neufassung des § 69 SGB V die Rechtsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern insgesamt öffentlichrechtlicher Natur sind. Wenn unter hoheitlichem Handeln jedes Tätigwerden in öffentlichrechtlicher Rechtsform zu verstehen wäre, dann würde durch § 69 SGB V die Anwendbarkeit des GWB über den Unternehmensbegriff ausgeschlossen.<sup>20)</sup> Ob eine solche Gleichsetzung zwischen „hoheitlich“ und „öffentlichrechtlich“ zu erfolgen hat, ist allerdings zweifelhaft.<sup>21)</sup> Teilweise wird in Literatur und Rechtsprechung für die Anwendbarkeit des GWB gefordert, dass es sich bei dem streitigen Rechtsverhältnis um eine privatrechtliche Rechtsbeziehung handelt.<sup>22)</sup> In ähnlicher Weise stellt auch der BGH seinen kartellrechtlichen Untersuchungen am Maßstab des GWB die Prüfung voraus, ob das in Frage stehende Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.<sup>23)</sup> Andererseits sieht er aber den Umstand, dass eine Tätigkeit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, für die Bejahung des unternehmerischen Charakters der betroffenen Tätigkeit nicht als hinderlich an.<sup>24)</sup> In diesem Sinne wird häufig die Auffassung vertreten, ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis (z. B. zwischen Hoheitsträger und Adressat eines Verwaltungsakts) könne im Hinblick auf die Auswirkungen auf dem Markt zugleich ein wettbewerbsrechtlich zu beurteilendes Wettbewerbsverhältnis begründen.<sup>25)</sup>

Insgesamt spricht viel dafür, dass durch die bloße Wahl öffentlichrechtlicher Formen der Leistungserbringung nicht die Anwendung des GWB umgangen werden kann.<sup>26)</sup> Zudem stünde ein solcher – an die Natur des

14) BGH, 7.7.1992, KZR 15/91, WuW/E 2813, 2817 (Selbstzahler); BGH, 19.3.1991, KVR 4/89, WuW/E 2688 ff. (Warenproben in Apotheken).  
15) OLG Frankfurt/Main, 13.7.1993, 6 W 64/93, WuW/E 5203 (Preisgünstige Arzneimittel).  
16) Z. B. BGH, 26.10.1961, KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 103 (Gummistrümpfe); BGH, 9.3.1999, KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 (Lottospielgemeinschaft); BGH, 27.4.1999, KZR 54/97, WuW/E DE-R 303, 304 (Taxi-Krankentransporte).  
17) BGH, 26.10.1961, KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 103 (Gummistrümpfe).  
18) Vgl. BGH, 9.11.1982, KZR 26/81, NJW 1983, 1493, 1494 (Ingenieurvertrag); siehe auch Huber/Baums, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band III, Stand November 2001, § 1 GWB a. F. Rn. 41; Neumann (Fn. 13), S. 71 f.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 1 Rn. 30.

19) Huber/Baums, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 18), § 1 GWB a. F. Rn. 39 und 72 f.  
20) Dieser Ansatz ist dogmatisch scharf von der Behauptung einer a priori Unanwendbarkeit des Kartellrechts kraft § 69 SGB V zu unterscheiden.  
21) Vgl. Neumann (Fn. 13), S. 74 f.  
22) Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 130 Abs. 1 Rn. 9; Bechtold, Kartellgesetz, GWB, Kommentar, 2. Auflage 1999, § 1 Rn. 4 und 9; Schultz, NZS 1998, 269, 270.  
23) BGH, 26.10.1961, KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 101 (Gummistrümpfe); im Hinblick auf den Rechtsweg vgl. auch GmS, 10.4.1986, GmS-OGS 1/85, BGHZ 97, 312 (Orthopädische Hilfsmittel).  
24) BGH, 9.3.1999, KVR 20/97, WuW/E DE-R 289 = WRP 1999, 665 (Lottospielgemeinschaft).  
25) Siehe insbesondere Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 130 Rn. 11; Schultz, NZS 1998, 269, 279; BGH, 22.3.1976, GSZ 2/76, NJW 1976, 1941, 1943 (Autoanalyzer); GmS, 10.4.1986, GmS-OGS 1/85, BGHZ 97, 312, 315 f.; BGH, 18.12.1981, I ZR 34/80, BGHZ 82, 375, 382 ff. Das BSG sieht in § 69 SGB V n. F. allerdings eine Absage an eine solche „Doppelqualifizierung“, BSG, 25.9.2001, B 3 KR 3/01 R, Punkt 2) der Urteilsgründe.  
26) So auch Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 1 Rn. 28; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 13), § 130 Rn. 11.

Rechtsverhältnisses anknüpfender – Ansatz im Widerspruch zu dem im GWB geltenden funktionalen Unternehmensbegriff und dem Grundansatz des Wettbewerbsrechts: Danach ist das Wettbewerbsrecht nicht auf die formale Einordnung von Rechtsverhältnissen, sondern – effektorientiert – auf die Auswirkungen von Verhaltensweisen auf einem Markt ausgerichtet.<sup>27)</sup> Dieser effektorientierte, funktionale Ansatz des Kartellrechts wird durch die Einbettung des GWB in die EG-Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EG-Vertrag bestätigt und verstärkt. Auch wenn Art. 81 EG-Vertrag in einem konkreten Fall mangels potenzieller grenzüberschreitender Wirkungen keine Anwendung findet, ist das nationale Kartellrecht parallel zu den gemeinschaftsrechtlichen Regeln auszulegen.<sup>28)</sup> Anderenfalls entstünden über unterschiedliche Anwendungsschwellen und Begriffsauslegungen zwei disparate Wettbewerbsrechtssysteme. Für das EG-Kartellrecht ist nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die formale Einordnung eines Rechtsverhältnisses nicht von Relevanz.<sup>29)</sup> Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die öffentlichrechtliche Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses auf die Anwendbarkeit des GWB und die Unternehmenseigenschaft der Handelnden keinen Einfluss hat, so dass sich die Krankenkassen und Hilfsmittellieferanten als Unternehmen auf dem Markt gegenüberstehen.<sup>30)</sup>

### c) Anwendbarkeit des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots (§ 20 GWB) – Eigenschaft als marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen

Kartellrechtliche Vorgaben für die Hilfsmittelbeschaffung durch die Krankenkassen sowie die vorbereitende Tätigkeit des Plattformbetreibers können sich insbesondere aus dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 GWB ergeben. Adressaten dieser Norm sind alle marktbeherrschenden Unternehmen (Abs. 1) sowie Unternehmen, die im Verhältnis zu ihnen gegenüberstehenden Anbietern bzw. Nachfragern insofern eine marktstarke Stellung haben, als Unternehmen der Marktgegenseite wettbewerbsmäßig von ihnen abhängig sind (Abs. 2).

Für die Anwendung des § 20 GWB kommt es somit nicht entscheidend darauf an, ob die nachfragenden Krankenkassen – entweder als Einzelunternehmen oder ge-

meinsam kraft oligopolistischer Reaktionsverbundenheit – marktbeherrschend i. S. v. § 19 GWB sind.<sup>31)</sup> Vielmehr genügt es, wenn eine Krankenkasse auf Grund der Abhängigkeit der Leistungserbringer (Hilfsmittellieferanten) ein relativ marktstarkes Unternehmen i. S. v. § 20 Abs. 2 GWB ist.<sup>32)</sup> Im Rahmen dieses Tatbestandes ist die Höhe des Marktanteils der nachfragenden Krankenkasse nicht entscheidend. Maßgebend ist allein, ob für die Anbieter keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten auf andere Unternehmen als Nachfrager bestehen.<sup>33)</sup> Im Hinblick auf die Leistungserbringer von Hilfsmitteln gehen die Gerichte davon aus, dass sie „bei Behinderung oder Diskriminierung durch einen der Sozialversicherungsträger auch nicht in zumutbarer Weise auf einen anderen als Nachfrager ausweichen“ können.<sup>34)</sup> Entscheidend ist, dass der auf eine Krankenkasse entfallende Marktanteil von den Hilfsmittellieferanten nicht ohne weiteres kompensiert werden kann.<sup>35)</sup> Auch wenn der Anteil der handelnden Krankenkasse am Nachfragemarkt nach Hilfsmitteln verhältnismäßig gering ist, muss im Ergebnis davon ausgegangen werden, dass diese – ebenso wie die anderen gesetzlichen Krankenkassen – im Verhältnis zu den Leistungserbringern von Hilfsmitteln eine relativ marktstarke Position i. S. v. § 20 Abs. 2 GWB innehat.<sup>36)</sup> Die weitere Voraussetzung für das Eingreifen des § 20 Abs. 2 GWB, wonach die von der handelnden Krankenkasse abhängigen Hilfsmittelanbieter kleine oder mittlere Unternehmen sein müssen, dürfte in Bezug auf die meisten Hilfsmittelanbieter erfüllt sein.<sup>37)</sup>

Für die Beurteilung der Marktmacht des Plattformbetreibers als Anbieter von Infrastruktur- und Vermittlungsdienstleistungen ist entscheidend, dass der Zugang zu den die Plattform nutzenden Kassen im Wesentlichen nur noch über den Marktplatz möglich sein

27) Neumann, WuW 1999, 961, 963; dies. (Fn. 13), S. 121 ff.

28) Zum Einfluss der Wertungen des EG-Kartellrechts in die Auslegung des GWB siehe etwa BGH, 12.5.1998, KZR 23/96, WuW/E DE-R 206, 209 (Depotkosmetik), vgl. auch Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage 2001, Einführung zum GWB Rn. 84.

29) Grundlegend EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 (Höfner und Elser); Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, Rn. 18 (Eurocontrol); Rs. C-55/96, Slg. 1997, I-7119, Rn. 21 (Job Centre); Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36 ff. (Kommission/Italien); zur Unbeachtlichkeit öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen auch EuGH, Rs. C-309/99, BB 2002, 638 = GRUR Int. 2002, 581, Rn. 65 f. (Wouters).

30) St. Rspr. seit BGH, 26.10.1961, KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 102 f. (Gummi-strümpfe); siehe etwa BGH, 12.5.1976, KZR 14/75, NJW 1976, 2302, 2303 (Optikermeister); BGH, 8.5.1990, KZR 21/89, WuW/E 2665, 2666 (Physikalisch-therapeutische Behandlung); OLG Thüringen (Jena), 23.2.2000, 2 U 1159/99, WuW/E DE-R 500, 502 (Enterale Ernährung); zuletzt OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 34 (Orthopädische Hilfsmittel); im Hinblick auf die Beschaffung von Krankentransportleistungen vgl. auch BGH, 10.10.1989, KZR 22/88, WuW/E 2603, 2605 (Neugeborenentransporte); BGH, 12.3.1991, KZR 26/89, BGHZ 114, 218, 229 (Einzelkostenersatzung); BGH, 27.4.1999, KZR 54/97, WuW/E DE-R 303, 304 (Taxi-Krankentransporte); zur Nachfrage von Pflegeleistungen jüngst BGH, 11.12.2001, KZR 5/00, JZ 2002, 781, 781 f. (Private Krankenpflege).

31) Für die Annahme einer Marktbeherrschung im Oligopol etwa OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 35 (Orthopädische Hilfsmittel); OLG Thüringen (Jena), 23.2.2000, 2 U 1159/99, WuW/E DE-R 500, 503 (Enterale Ernährung).

32) Vgl. in diesem Sinne BGH, 12.5.1976, KZR 14/75, NJW 1976, 2302, 2303 (Optikermeister); BGH, 22.3.1994, KZR 9/93, WRP 1994, 549, 551 = GRUR 1994, 526, 527 (Orthopädisches Schuhwerk); OLG Stuttgart, 30.4.1999, 2 U 265/98, WuW/E DE-R 307, 309 (Medizinische Hilfsmittel); OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 36 (Orthopädische Hilfsmittel).

33) BGH, 22.3.1994, KZR 9/93, WRP 1994, 549, 551 = GRUR 1994, 526, 527 (Orthopädisches Schuhwerk); OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 36 (Orthopädische Hilfsmittel).

34) OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 36 (Orthopädische Hilfsmittel).

35) Für die Hilfsmittelanbieter bestehen keine anderweitigen Absatzmöglichkeiten, die geeignet wären, die durch den Ausschluss von der Leistungserbringung durch eine Krankenkasse bedingten Umsatzrückgänge auszugleichen; so ausdrücklich OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 36 (Orthopädische Hilfsmittel).

36) Ebenso im Hinblick auf ähnlich gelagerte Fälle BGH, 22.3.1994, KZR 9/93, WRP 1994, 549, 551 = GRUR 1994, 526, 527 (Orthopädisches Schuhwerk); BGH, 8.5.1990, KZR 21/89, WuW/E 2665, 2666 (Physikalisch-therapeutische Behandlung); OLG Stuttgart, 30.4.1999, 2 U 265/98, WuW/E DE-R 307, 309 (Medizinische Hilfsmittel); OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 36 (Orthopädische Hilfsmittel); i. E. auch OLG Celle, 5.1.2000, 13 U (Kart) 89/96, WuW/E DE-R 433, 434 (Private Krankenpflege).

37) Die Eigenschaft des „kleinen oder mittleren Unternehmens“ ist insbesondere im Wege eines Vergleichs mit den Konkurrenten festzustellen. Im Rahmen einer nachfragebedingten Abhängigkeit spielt außerdem eine Beurteilung des abhängigen Unternehmens im Vergleich zu dem relativ marktstarken Unternehmen eine maßgebliche Rolle, Rixen, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band II, Stand November 2001, § 20 GWB Rn. 49 ff. Teilweise wird zusätzlich auf absolute Größenkriterien abgestellt, die den Fusionskontrollvorschriften entnommen werden. Danach soll ein Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als € 10 bis 25 Millionen immer Kleinunternehmen, ein Unternehmen mit mindestens € 500 Millionen Umsatz dagegen immer Großunternehmen sein, vgl. die in § 35 GWB genannten Beträge; zur Übertragung auf § 20 GWB siehe Bechtold, GWB (Fn. 22), § 20 Rn. 17; ebenso Schultz, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 20 GWB Rn. 82; gegen absolute Größenkriterien Rixen, a.a.O., § 20 GWB Rn. 47 ff.

wird. Die Marktmacht des Marktplatzbetreibers ist somit in Abhängigkeit von der Nachfragemacht der Krankenkassen zu beurteilen, zu denen der Zugang vermittelt wird. Mit der Abhängigkeit der Hilfsmittellieferanten von einer plattformnutzenden Krankenkasse ist daher auch eine Abhängigkeit vom Plattformbetreiber verbunden, da dieser ein faktisches „bottleneck“ für den Zugang zur Krankenkasse darstellt.

## 2. Vorgaben des GWB für die Auswahl der Plattformnutzer sowie die Gestaltung der Nutzungsverträge

### a) Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB

Als marktstarkes Unternehmen hat der Plattformbetreiber zunächst hinsichtlich der von ihm abhängigen kleinen und mittleren Hilfsmittelanbieter das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB zu beachten. Verboten ist danach jede sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung sowie jede unbillige Behinderung. Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist in beiden Fällen das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung für die Behinderung bzw. die unterschiedliche Behandlung.<sup>38)</sup>

#### aa) Verbot der Diskriminierung bei der „Zulassung“ von Anbietern zum Internetmarktplatz

Um zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen Hilfsmittelanbieter von der Plattformnutzung ausgeschlossen werden dürfen und nach welchen Kriterien sich eine Auswahl der teilnehmenden Leistungserbringer richten muss, ist eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten erforderlich, welche die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB berücksichtigt.<sup>39)</sup> Auf der Seite der Hilfsmittellieferanten ist das Interesse anzuerkennen, sich möglichst umfänglich am Markt für medizinische Hilfsmittel zu betätigen und allen Krankenkassen als Vertragspartner zur Verfügung zu stehen. Abwägungsfähig ist somit insbesondere das Interesse der Leistungserbringer an der Freiheit des Marktzugangs.<sup>40)</sup>

Im Hinblick auf die vom Plattformbetreiber angebotene Teilnahme am Internetmarktplatz ist zu beachten, dass es grundsätzlich auch einem marktstarken Unternehmen nicht verwehrt ist, den Vertrieb seiner Waren bzw. das Angebot seiner Leistungen nach eigenen wirtschaftlichen Vorstellungen zu ordnen, auch wenn das Vertriebskonzept zum Ausschluss von Nachfragern führt.<sup>41)</sup>

38) Siehe nur *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB (Fn. 13), § 20 Rn. 115 ff. und 121 ff.; *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 37), § 20 GWB Rn. 137; vgl. auch BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 79 (Krankentransporte).

39) Z. B. BGH, 8.5.1990, KZR 21/89, WuW/E 2665, 2667 (Physikalisch-therapeutische Behandlung); BGH, 12.5.1998, KZR 23/96 WuW/E DE-R 206, 209 (Depotkosmetik); *Schultz*, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 20 GWB Rn. 122; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB (Fn. 13), § 20 Rn. 129; vgl. auch OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 36 (Orthopädische Hilfsmittel).

40) Siehe BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 82 (Krankentransporte); BGH, 12.3.1991, KZR 26/89, BGHZ 114, 218, 234 f. (Einzelkostenerstattung); vgl. allgemein *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB (Fn. 13), § 20 Rn. 132.

41) Vgl. *Schultz*, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 20 Rn. 172; BGH, 8.3.1983, KZR 1/82, WuW/E 1995, 1996 f. (Modellbauartikel III); OLG Hamburg, 11.4.1996, 3 U 120/95, WuW/E 5703, 5709 (fachdental nord 1994).

Zusätzliche Besonderheiten sind jedoch zu beachten, wenn der Zugang zu bestimmten Leistungen von großer Bedeutung für die Teilnahme an einem nachgelagerten Markt ist. Dies ist bei den auf der Plattform angebotenen Vermittlungsleistungen der Fall: Der Zugang zum Internetmarktplatz stellt für die Leistungserbringer von Hilfsmitteln faktisch ein „bottleneck“ dar, da eine wirksame Teilnahme am Wettbewerb um Verträge mit den die Plattform nutzenden Krankenkassen von der Zulassung zum Marktplatz abhängig ist. Diese Situation ist vergleichbar mit dem Interesse eines Unternehmens an der Zulassung zu einer Messe oder Ausstellung, die für eine Branche repräsentativ ist. Aus der diesbezüglich entwickelten Rechtsprechung lassen sich daher auch wettbewerbsrechtliche Grenzen für die Entscheidung des Plattformbetreibers über die Marktplatzzulassung entnehmen. Nach ständiger Rechtsprechung wird der Spielraum eines Messeveranstalters bei der Gestaltung der Zulassungsbedingungen durch den Grad der Bedeutung der Messe für die wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeit der Interessenten begrenzt.<sup>42)</sup> Der Ausschluss gleichartiger Unternehmen von einer Messe von großer Bedeutung ist in aller Regel sachlich ungerichtet.<sup>43)</sup>

Die daraus ableitbare grundsätzliche Pflicht zur Aufnahme aller Hilfsmittelanbieter in den Marktplatz wird bestätigt, wenn man die Funktion des Marktplatzes als Mittler zu den nachfragenden marktstarken Krankenkassen betrachtet und die Kriterien anwendet, die für die Annahme eines Kontrahierungszwangs für marktstarke Nachfrageunternehmen entwickelt wurden. Da die Bezugsfreiheit der Nachfrage ein wesentliches Element des Wettbewerbs ist, kommt eine Abnahmeverpflichtung für einen konkreten Gegenstand auch für marktbeherrschende oder marktstarke Nachfrageunternehmen nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht.<sup>44)</sup> Eine Ausnahme von der Bezugsfreiheit ist jedoch zu machen, wenn sich eine Bezugsverweigerung für einen Lieferanten als Marktzugangssperre auswirken würde.<sup>45)</sup> Insbesondere kann sich aus § 20 Abs. 1 GWB die Pflicht ergeben, Unternehmen in den engeren Kreis der im Einzelfall nach bestimmten objektiven Auswahlkriterien zu berücksichtigenden Anbieter einzubeziehen.<sup>46)</sup> Da sich hieraus noch keine Pflicht zum Abschluss eines konkreten Liefervertrags ergibt, ist eine solche Pflicht leichter zu begründen als eine unmittelbare Bezugsverpflichtung.<sup>47)</sup> Dies gilt auch deshalb, weil eine Interessenverfolgung eines marktstarken Unterneh-

42) OLG Hamburg, 11.4.1996, 3 U 120/95, WuW/E 5703, 5709 (fachdental nord 1994); OLG Hamburg, 6.8.1998, 3 U 203/97, WuW/E DE-R 213, 214 (Dentalmesse); *Schultz*, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 20 GWB Rn. 177.

43) Vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB (Fn. 13), § 20 Rn. 161; aus der Rspr. vgl. nur BGH, 3.3.1969, KVR 6/68, WuW/E 1027, 1032 f. (Sportartikelmesse II); OLG Frankfurt, 17.3.1992, 6 W (Kart.) 31/92, WuW/E OLG 5027, 5030 f. (Art Frankfurt 1992); OLG Hamburg, 6.8.1998, 3 U 203/97, WuW/E DE-R 213 ff. (Dentalmesse).

44) BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 81 ff. (Krankentransporte); OLG Frankfurt, 26.7.1988, 6 U 53/87, WuW/E 4354, 4356 f. (Betankungsventile); siehe auch *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 37), § 20 GWB Rn. 249 ff.; *Schultz*, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 20 GWB Rn. 178; OLG Stuttgart, 30.4.1999, 2 U 265/98, WuW/E DE-R 307, 310 (Medizinische Hilfsmittel).

45) Siehe insbesondere BGH, 12.3.1991, KZR 26/89, BGHZ 114, 218, 234 f. (Einzelkostenerstattung); *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 37), § 20 GWB Rn. 251.

46) BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 82 f. (Krankentransporte); vgl. auch BGH, 12.5.1976, KZR 14/75, NJW 1976, 2302, 2303 (Optikermeister).

47) OLG Stuttgart, 30.4.1999, 2 U 265/98, WuW/E DE-R 307, 310 (Medizinische Hilfsmittel); vgl. auch *Rixen*, in: Frankfurter Kommentar (Fn. 37), § 20 GWB Rn. 254; *Schultz*, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 20 GWB Rn. 181.

mens nur dann sachlich gerechtfertigt sein kann, wenn sie nicht darauf abzielt, den *Leistungswettbewerb* außer Kraft zu setzen und bestimmte Unternehmen von vornherein vom Leistungsvergleich auszuschließen.<sup>48)</sup> Sofern keine schwerwiegenden, insbesondere qualitätsorientierten, Einwände bestehen, sind daher alle gleichartigen Anbieter zum Geschäftsverkehr zuzulassen. Diese für marktstarke Nachfrager entwickelten Kriterien sind auf die Aufnahme in den Internetmarktplatz zu übertragen. Somit darf kein Hilfsmittellieferant, der über eine Zulassung durch die Krankenkassenverbände verfügt, von der Nutzung der Internetplattform ausgeschlossen werden. Ansonsten würde es diesem Lieferanten a priori verweigert, an dem auf dem Internetmarktplatz stattfindenden Leistungswettbewerb teilzunehmen.

Dieses Ergebnis wird überdies durch die gesetzgeberische Wertung des § 2 Abs. 3 SGB V bestärkt.<sup>49)</sup> Danach sind die Krankenkassen verpflichtet, die Vielfalt der Leistungserbringer zu berücksichtigen. Sie dürfen daher einen Internetmarktplatz nur dann für ihre Beschaffungstätigkeit nutzen, wenn dabei sichergestellt ist, dass für alle zugelassenen Hilfsmittellieferanten die Möglichkeit besteht, ihre Produkte auf dem Marktplatz anzubieten.<sup>50)</sup> Diese Anforderungen werden erfüllt, wenn die Aufnahme in den Marktplatz offen und diskriminierungsfrei gestaltet wird.

#### *bb) Verbot der unbilligen Behinderung durch die Preisgestaltung*

Die Pflicht zur Ermöglichung eines offenen, diskriminierungsfreien Zugangs zum Marktplatz hat auch Auswirkungen auf die Entgelte, welche der Plattformbetreiber mit den jeweiligen Anbietern für die Nutzung der Plattformdienstleistungen vereinbaren wird. Um allen Hilfsmittellieferanten den Zutritt zur Internetplattform effektiv zu ermöglichen, müssen die Entgelte so gestaltet sein, dass sie auch kleinere Leistungserbringer nicht von der Marktplatznutzung abhalten. Die aus § 20 GWB folgende Pflicht zur Zugangseröffnung würde sinnentleert, wenn sie durch die Festlegung unzumutbarer oder diskriminierender Bedingungen umgangen werden könnte.<sup>51)</sup>

Diese Kriterien hindern den Plattformbetreiber aber nicht generell daran, für die Plattformnutzung ein Entgelt zu erheben. Eine leistungsgerechte Berechnung des Entgelts ist auf verschiedene Weise erreichbar: Die Aufwendungen für den Betrieb des Marktplatzes können entweder in einem Pauschalbetrag für den Zugang zur Plattform oder aber in Entgelten für den konkreten Nut-

zungsakt sowie den erzielten Markterfolg umgelegt werden. Möglich ist es auch, für die Platzierung eines Angebots eines Hilfsmittellieferanten auf dem Marktplatz eine Nutzungsgebühr zu erheben und zusätzlich für jeden erfolgreichen Vertragsschluss, der über die Plattform zu Stande gekommen ist, eine prozentuale Provision zu verlangen. Letztere lässt sich im Hinblick auf den durch die Plattformnutzung erzielten wirtschaftlichen Erfolg des Anbieters rechtfertigen. Auf Grund solcher entbündelten Preise werden die Leistungskomponenten transparent. Bei der Veranschlagung des Unternehmerlohns ist das Streben nach günstigen Konditionen grundsätzlich wettbewerbskonform. Dies gilt auch für marktstarke Unternehmen auf der Angebots- sowie der Nachfrageseite.<sup>52)</sup> Das Verlangen von Sondervergünstigungen ist in der Regel so lange nicht unbillig, wie es leistungsgerecht ist. Dies gilt insbesondere für umsatzbezogene Vergünstigungen wie höhere Umsatz- und Mengenrabatte, soweit sie in einer angemessenen Relation zur höheren Abnahmeleistung des Nachfragers stehen.<sup>53)</sup>

Sofern ein Plattformbetreiber mit den einzelnen Leistungserbringern Höchst- oder Referenzpreise für deren Angebote auf dem Marktplatz aushandelt, ist darüber hinaus zu beachten, dass auch im Rahmen dieser Verhandlungen keine Marktzugangshürden aufgebaut werden dürfen. Hilfsmittellieferanten dürfen nicht mit der Begründung von der Plattformnutzung ausgeschlossen werden, dass sie sich nicht auf die vom Betreiber geforderten Höchstpreise für die angebotenen Hilfsmittel eingelassen haben. Vielmehr muss der Plattformbetreiber die von den Lieferanten genannten – den einschlägigen Lauterkeitsregeln genügenden – Angebotsprofile und Höchstpreise akzeptieren. Sodann ist es Sache der Krankenkassen, die auf dem Marktplatz einsehbaren Referenzpreise in ihre Auswahlentscheidung einfließen zu lassen und gegebenenfalls niedrigere Preise auszuhandeln.

#### **b) Das Preisbindungsverbot des § 14 GWB**

Wenn ein Plattformbetreiber im Rahmen des Abschlusses von Nutzungsverträgen mit den Hilfsmittellieferanten bindende Vereinbarungen über die Preise trifft, die den etwaigen Verträgen der Hilfsmittelanbieter mit den Krankenkassen zu Grunde zu legen sind, so könnte sich dies weiterhin vor dem Hintergrund des Preisbindungsverbots des § 14 GWB als problematisch erweisen.

Der Tatbestand des § 14 GWB setzt zwei aufeinander folgende Vereinbarungen voraus: In einer vertikalen Vereinbarung zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen müssen Inhaltsbindungen einer Partei im Hinblick auf von ihr mit Dritten abzuschließende Zweitvereinbarungen enthalten sein.<sup>54)</sup> Geschützt wird hierdurch insbesondere die Preisgestaltungsfreiheit der Unternehmen. Dementsprechend ist

48) BGH, 12.3.1991, KZR 26/89, BGHZ 114, 218, 234 f. (Einzelkostenerstattung), OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 37 (Orthopädische Hilfsmittel).

49) Zum Eingang gesetzgeberischer Entscheidungen in die Interessenabwägung siehe nur *Schultz*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 28), § 20 GWB Rn. 126.

50) Dass der Plattformbetreiber den Zugang zum Marktplatz offen gestalten muss, ergibt sich auch bereits aus dem für die Krankenkassen als öffentlichrechtliche Körperschaften geltenden Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Zudem dürfen die Krankenkassen auf Grund des Gesetzesvorbehalts nur für vorbereitende Tätigkeiten der Markterkundung ohne amtlichen Entscheidungscharakter auf ein privates Unternehmen zurückgreifen. Die Aufgabe der Auswahl der Hilfsmittelanbieter darf daher nicht auf den Plattformbetreiber übertragen werden.

51) Vgl. OLG Düsseldorf, 17.9.1985, U (Kart.) 1/82, WuW/E 3708, 3709 (Taxizentrale Essen). Siehe allgemein etwa *Schultz*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 28), § 20 Rn. 185.

52) *Rixen*, in: *Frankfurter Kommentar* (Fn. 37), § 20 Rn. 257; vgl. auch BGH, 11.12.2001, JZ 2002, 781, 782 (Private Krankenpflege).

53) *Rixen*, in: *Frankfurter Kommentar* (Fn. 37), § 20 GWB Rn. 258; vgl. auch *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GWB* (Fn. 13), § 20 Rn. 214; vgl. auch OLG Celle, 5.1.2000, 13 U (Kart) 89/96, WuW/E DE-R 433, 435 (Private Krankenpflege).

54) Vgl. zum Tatbestand etwa *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GWB* (Fn. 13), § 14 Rn. 9; *Klostertelde/Metzlaff*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 28), § 14 GWB Rn. 24.



jede Fixierung der Preise oder einzelner Preisbestandteile – einschließlich der Festlegung von Höchst- oder Mindestpreisen – in der Erstvereinbarung für die Zweitvereinbarung verboten.<sup>55)</sup> Unerheblich ist, ob die Zweitverträge tatsächlich geschlossen werden. Erst- und Zweitvertrag müssen sich auch nicht auf die gleichen Waren oder Leistungen beziehen.<sup>56)</sup> Sofern in den Plattform-Nutzungsverträgen mit den Lieferanten bindende Höchstpreise für die auf dem Markt zu schließenden Verträge zwischen den Lieferanten und Krankenkassen vereinbart werden, liegt darin folglich grundsätzlich eine von § 14 GWB erfasste Preisbindung.

Eine Ausnahme von § 14 GWB kommt jedoch in Betracht, wenn der Zweitvertrag mit einem Vertragspartner abgeschlossen wird, der mit der bindenden Partei des Erstvertrages eine wirtschaftliche Einheit bildet, und der Schutzzweck des Preisbindungsverbots deshalb nicht eingreift.<sup>57)</sup> Zwar bezieht sich das unternehmerische Ziel des Plattformbetreibers insbesondere auf eine erfolgreiche Vermittlungstätigkeit und die Erzielung von Gewinnen über die anfallenden Provisionen und Nutzungsgebühren und deckt sich daher nicht vollständig mit dem Interesse der Krankenkassen an günstigen Verträgen mit Hilfsmittellieferanten. Jedoch ist zu beachten, dass vorliegend keine Gefahr der Beeinträchtigung von Interessen der Krankenkassen besteht, wenn der Plattformbetreiber mit den Hilfsmittellieferanten nur Höchstpreise für die auf dem Markt angebotenen Produkte fordert. Sofern diese Höchstpreise nicht zu Abwehrpreisen werden<sup>58)</sup>, bleibt die Freiheit der Krankenkassen zur Aushandlung niedrigerer Preise erhalten. Allerdings wird durch § 14 GWB auch der Vertragspartner des Erstvertrages – vorliegend der jeweilige Hilfsmittellieferant – vor Höchstpreisbindungen geschützt.<sup>59)</sup> Dieser Schutzzweck ist aber nicht einschlägig, wenn die bindende Partei des Erstvertrages mit der Partei des Zweitvertrages derart verbunden ist, dass beide Verträge auch durch nur eine der beiden Parteien geschlossen werden könnten.<sup>60)</sup> Ähnlich liegt es hier: Der Plattformbetreiber handelt bei der Einholung der Angebote wie ein Vertreter der Krankenkassen. Letztlich könnten auch die Krankenkassen selbst im Wege von Rahmenvereinbarungen Höchstpreise für die von den Lieferanten angebotenen Hilfsmittel vereinbaren. Aus der Sicht der Anbieter spielt es keine entscheidende Rolle, ob sie sich zu solchen Höchstpreisen unmittelbar gegenüber den Kassen oder mittelbar über die Plattform verpflichten. Insgesamt ist die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit zwischen dem Plattformbetreiber und den dahinter stehenden Krankenkassen damit begründbar.

Weiterhin ist beim Abschluss von Nutzungsverträgen zwischen dem Plattformbetreiber und den Hilfsmittellieferanten darauf zu achten, dass die Verträge keine sog.

*Meistbegünstigungsklauseln* enthalten. Solche Klauseln verstoßen gegen § 14 GWB, wenn sie einem Vertragspartner verbieten, seine Waren oder Leistungen anderen Abnehmern zu denselben oder günstigeren Bedingungen als dem bindenden Unternehmen anzubieten.<sup>61)</sup>

### 3. Vorgaben des GWB für die Auswahl der Anbieter auf dem Markt durch die Krankenkassen

Auf dem Internetmarkt stehen die Krankenkassen unmittelbar den Hilfsmittelanbietern als Marktgegenseite gegenüber. Als marktstarke Unternehmen müssen die Krankenkassen daher bei der Auswahl der Hilfsmittelanbieter unter Nutzung der Internetplattform das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB beachten. Insbesondere muss die Auswahl der Vertragspartner in jedem Einzelfall nach sachgerechten, diskriminierungsfreien Kriterien erfolgen.

Fraglich ist, in welchen Grenzen eine Bündelung mehrerer Aufträge bei einem Hilfsmittelanbieter möglich ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass in die kaufmännische Entscheidung der Frage, bei welchem Anbieter eine bestimmte Ware oder Leistung nachgefragt werden soll, eine Vielzahl von – auch unter dem Blickwinkel des § 20 GWB unbedenklichen – Gesichtspunkten einfließen, die sich etwa daraus ergeben, dass sich die angebotenen Waren oder Leistungen bei grundsätzlicher Gleichartigkeit in einer Reihe von Punkten unterscheiden. Auch einem marktstarken Unternehmen kann eine Differenzierung nach solchen Kriterien nicht untersagt werden.<sup>62)</sup> Zudem muss bei der Interessenabwägung beachtet werden, dass sich für den Nachfrager erhebliche Vorteile daraus ergeben können, dass er die Aufträge gebündelt an wenige Anbieter vergibt oder eine bewährte Zusammenarbeit fortsetzt.<sup>63)</sup> Auch marktächtigen Nachfragern muss die grundsätzliche Freiheit eingeräumt werden, ihre Bezugsbedingungen nach eigenen kaufmännischen Erwägungen zu gestalten.<sup>64)</sup> Eine unmittelbare Bezugsverpflichtung kommt daher im Rahmen des § 20 GWB – anders als eine Pflicht zur Einbeziehung aller gleichartigen Unternehmen in den engeren Kreis der im Einzelfall nach bestimmten objektiven Auswahlkriterien zu berücksichtigenden Anbieter – eher nicht in Betracht. Folglich ist es den Krankenkassen nicht grundsätzlich verwehrt, mehrere zeitgleich zu bearbeitende Hilfsmittelaufträge zusammenzufassen und die benötigten Hilfsmittel gebündelt bei einem Anbieter zu bestellen, um hierdurch Kostenvorteile zu erzielen.

Grenzen für die Interessenverfolgung der Kassen ergeben sich aber daraus, dass in keinem Fall der Leistungswettbewerb außer Kraft gesetzt und die Handlungsfreiheit eines Unternehmens unangemessen eingeschränkt werden darf.<sup>65)</sup> Vielmehr ist durch die Gestaltung der

55) *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB (Fn. 13), § 14 Rn. 48f.; *Klosterfelde/Metzlaff*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 28), § 14 GWB Rn. 47.

56) *Bechtold*, GWB (Fn. 22), § 14 Rn. 8; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB (Fn. 13), § 14 Rn. 45; vgl. OLG Düsseldorf, 23.6.1987, U (Kart) 28/86, WuW/E 4092 ff. (Betonpumpen).

57) In Bezug auf konzernmäßig verbundene Unternehmen so BGH, 28.9.1982, KZR 13/81, WuW/E 1988, 1990; *Klosterfelde/Metzlaff*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 28), § 14 GWB Rn. 34; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB (Fn. 13), § 14 Rn. 44.

58) Zur Unzulässigkeit solcher Abwehrpreise bereits oben II. 2. a) bb).

59) *Schultz*, NZS 1998, 269, 272f.; OLG Frankfurt, 22.11.1979, 6 U 89/79, WuW/E 2273, 2274 (Reyno-Freundschaftspreis).

60) Vgl. zu einem ähnlichen Gedanken *Wolter*, in: *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Band IV, Stand November 2001, § 15 GWB a. F. Rn. 28.

61) *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB (Fn. 13), § 14 Rn. 53; *Bechtold*, GWB (Fn. 22), § 14 Rn. 9.

62) BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 82 (Krankentransporte).

63) BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 82 (Krankentransporte); OLG Stuttgart, 20.5.1988, 2 U (Kart.) 28/88, WuW/E 4257, 4259 (häusliche Krankenpflege); OLG Stuttgart, 30.4.1999, 2 U 265/98, WuW/E DE-R 307, 310 (Medizinische Hilfsmittel).

64) OLG Stuttgart, 30.4.1999, 2 U 265/98, WuW/E DE-R 307, 310 (Medizinische Hilfsmittel); vgl. auch BGH, 11.12.2001, JZ 2002, 781, 782 (Private Krankenpflege).

65) Vgl. BGH, 12.3.1991, KZR 26/89, BGHZ 114, 218, 234f. (Einzelkostenerstattung).

Nachfrage zu gewährleisten, dass allen auf dem Markt vertretenen Unternehmen regelmäßig die Chance gegeben wird, sich mit ihren Konkurrenten zu messen und Mitbewerber durch Güte und Preiswürdigkeit der eigenen Leistung zu überflügeln. Von diesem Leistungsvergleich dürfen Unternehmen nicht im vorhinein ausgeschaltet werden, etwa indem die Kassen bei ihrer Auftragsvergabe faktisch nur die Angebote eines ausgewählten Lieferantenkreises berücksichtigen.<sup>66)</sup> Beachten die Krankenkassen diese Vorgaben und wählen sie die Leistungserbringer für jeden Auftrag nach ihrer Eignung für die spezielle Versorgungsaufgabe sowie der Wirtschaftlichkeit ihres Angebots aus, so werden sie den Anforderungen des § 20 Abs. 1 GWB gerecht.<sup>67)</sup> Da mit Hilfe der Internetplattform eine Übersicht über die auf dem Markt vorhandenen Angebote ermöglicht wird, ist zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Auswahl der Vertragspartner eine darüber hinausgehende Ausschreibung nicht erforderlich<sup>68)</sup>, es sei denn, eine Ausschreibungspflicht ergibt sich auf Grund des Vergaberechts.<sup>69)</sup>

Soweit mehrere Krankenkassen einen Marktplatz nutzen, ist schließlich zu beachten, dass diese nicht wettbewerbswidrig ihre Nachfragemacht bündeln dürfen. Sie dürfen folglich nicht gemeinsam über den Einkauf von Hilfsmitteln bei einem bestimmten Lieferanten zu einem bestimmten Preis entscheiden. Eine solche planmäßige Nachfragebündelung würde im Falle einer dadurch bezweckten oder bewirkten spürbaren Wettbewerbsbeschränkung als horizontale Absprache gegen § 1 GWB verstoßen.<sup>70)</sup>

#### 4. Weitere kartellrechtliche Vorgaben für die Plattformgestaltung

Weitere kartellrechtliche Fragen stellen sich im Hinblick auf den durch die Nutzung der Internetplattform intensivierte Informationsaustausch. Fraglich ist insbesondere, ob die Leistungserbringer bei der Nutzung der Internetplattform auch die von ihren Konkurrenten auf dem Marktplatz platzierten Angebote einsehen dürfen. Eine solche Weitergabe von Informationen über Produktion, Preise oder Rabattsysteme zwischen Wettbewerbern ist kartellrechtlich nicht eindeutig zu beurteilen<sup>71)</sup>. Einerseits kann sich die durch die Informationsweiter-

gabe bewirkte Markttransparenz positiv auf den Wettbewerb auswirken, andererseits besteht die Gefahr der Preisabstimmung zwischen den Wettbewerbern.<sup>72)</sup> Denn durch die Weitergabe wettbewerbsrelevanter Informationen wird der sog. „Geheimwettbewerb“ beschränkt.<sup>73)</sup> Dies kann wiederum lähmende Auswirkungen auf den Preiswettbewerb haben, da insbesondere die Bereitschaft der Unternehmen zu individuellen Preisvorstößen gedämpft wird.<sup>74)</sup>

Besonders problematisch sind Marktinformationssysteme, deren Zweck der systematische, individualisierende Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern über Marktdaten ist. Solche mit dem alleinigen Ziel der Informationsweitergabe entwickelten Meldesysteme, die Rückschlüsse auf individuelle unternehmerische Preise oder Geschäftsabschlüsse zuließen, wurden in der Kartellrechtspraxis als unter das Verbot des § 1 GWB fallende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen beurteilt.<sup>75)</sup> Zudem ist zu beachten, dass der Austausch von geschäftsbezogenen Daten insbesondere auf überschaubaren, oligopolistischen Märkten bedenklich ist, da er ein gleichförmiges Verhalten der Reaktionsverbundenheit fördert.<sup>76)</sup> Als kartellrechtlich unbedenklich werden demgegenüber anonymisierte, nichtidentifizierende Preismeldesysteme betrachtet.<sup>77)</sup>

In Bezug auf Internetplattformen für Hilfsmittel könnte es vor diesem Hintergrund problematisch sein, wenn alle den Marktplatz nutzenden Hilfsmittellieferanten die konkreten Angebote – inklusive Referenzpreise, Mengen, etwaige Rabatte etc. – ihrer Konkurrenten einsehen können. Umgekehrt entsteht das gleiche Problem, wenn die Krankenkassen ihre auf dem Marktplatz getätigten Geschäfte gegenseitig verfolgen können und damit ihre faktische Reaktionsverbundenheit manifestieren. Zwar wird der Marktplatz nicht primär zum Zwecke des Informationsaustauschs zwischen den jeweils konkurrierenden Anbietern und Nachfragern geschaffen. Er kann sich aber dennoch wie ein identifizierendes Marktinformationssystem auswirken. Erschwerend kommt hinzu, dass für die einzelnen Hilfsmittelsegmente die Zahl der Anbieter in der Regel überschaubar ist. Andererseits ist zu beachten, dass in den bisher als Kartellrechtsverstoß eingeordneten Fällen das zu beurteilende Marktinformationssystem nicht für die Marktgegenseite transparent war, so dass die Gefahr unbemerkter Preisabstimmungen besonders hoch war.<sup>78)</sup> Dagegen sind auf dem Hilfsmittel-Marktplatz die Angebote der Hilfsmittellieferanten auch für die Krankenkassen als Nachfrager einsehbar. Dank dieser Transparenz können die Krankenkassen auf etwaige abgestimmte Verhaltensweisen reagieren, indem sie beispielsweise auf einen anderen Anbieter ausweichen.<sup>79)</sup>

66) Eine solche Gefahr bestand in dem durch das OLG Dresden zu beurteilenden System, siehe OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 37 (Orthopädische Hilfsmittel).

67) Gleichzeitig erfüllen sie damit die sozialrechtlichen Voraussetzungen des in § 2 Abs. 3 SGB V normierten Gebots der Wahrung der Vielfalt der Leistungserbringer.

68) Manche Gerichte haben gegen eine solche Vorgehensweise der Krankenkassen das Bestehen eines Wahlrechts der Versicherten im Hinblick auf die Hilfsmittellieferanten eingewandt, vgl. etwa BGH, 26.5.1987, KZR 13/85, BGHZ 101, 72, 83 (Krankentransporte); BGH, 21.2.1989, KZR 7/88, BGHZ 107, 40, 43 (Krankentransportbestellung); OLG Stuttgart, 30.1.1998, 2 U 176/97, NJWE-WettB 1999, 3, 4; OLG Dresden, 23.8.2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33, 37 (Orthopädische Hilfsmittel). Dem ist zu entgegen, dass sich ein solches umfassendes Wahlrecht nicht aus den Vorschriften des SGB V ableiten lässt. Vielmehr steht den gesetzlichen Krankenkassen nach der hier zu Grunde gelegten, oben begründeten Prämisse im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots das Recht zur Auswahl der Hilfsmittelanbieter zu, wobei sie im Rahmen ihres Ermessens angemessene Wünsche der Patienten berücksichtigen sollen.

69) Ob und inwieweit die Krankenkassen als öffentlichrechtliche Körperschaften den Regeln des Vergaberechts unterliegen, bedürfte einer eigenständigen, an dieser Stelle zu weit führenden Untersuchung.

70) Zur Erfassung der Einkaufsbündelung auf Internethandelsplattformen durch § 1 GWB siehe etwa Köhler, K&R 2000, 569, 575 f.; vgl. auch Gassner, MMR 2001, 140, 142.

71) So auch die Einschätzung von Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 1 GWB Rn. 285.

72) Siehe zu dieser Ambivalenz Gassner, MMR 2001, 140, 142; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, 2002, S. 243; Killian, NJW 1974, 289, 291 f.

73) BGH, 29.1.1975, KRB 4/74, WuW/E 1337, 1342 (Aluminium-Halbzeug).

74) Vgl. Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 1 GWB Rn. 288; Köhler, K&R 2000, 569, 577; BGH, 29.1.1975, KRB 4/74, WuW/E 1337, 1342 (Aluminium-Halbzeug).

75) BGH, 29.1.1975, KRB 4/74, WuW/E 1337, 1342 (Aluminium-Halbzeug); BGH 18.11.1986, KVR 1/86, WuW/E 2313, 2314 f. (Baumarkt-Statistik); vgl. hierzu Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 1 GWB Rn. 288 ff.; Emmerich, NJW 1975, 1599.

76) Immenga/Lange, RIW 2000, 733, 737; Gassner, MMR 2001, 140, 142; Koenig u. a., Internetplattformen (Fn. 72), S. 245 f.

77) Gassner, MMR 2001, 140, 142; Bunte, in: Langen/Bunte (Fn. 28), § 1 GWB Rn. 289.

78) Emmerich, NJW 1975, 1599, 1600; Killian, NJW 1974, 289, 295.

79) Vgl. zu einer solchen Argumentation Jestaedt, BB 2001, 581, 583.



Somit lässt sich begründen, dass eine für alle Nutzer transparente Gestaltung der Angebote auf der Plattform nicht zu spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen führt und daher mit § 1 GWB in Einklang steht.

Will man – in Anbetracht der verbleibenden Restunsicherheiten – einen Verstoß gegen § 1 GWB sicher ausschließen, so sind bestimmte organisatorische Rahmenbedingungen der Informationshaltung auf der Plattform zu beachten. Durch Instrumente wie gesicherte Bereiche, Firewalls sowie Verschlüsselungs- und Identifizierungsmechanismen muss sichergestellt werden, dass nur die jeweils am Geschäft beteiligten Unternehmen die entsprechenden Geschäftsbedingungen überblicken können.<sup>80)</sup>

<sup>80)</sup> Siehe dazu *Koenig u. a.*, Internetplattformen (Fn. 72), S. 247; *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 737.

### III. Fazit

Der Einsatz von Internetplattformen im Rahmen der Hilfsmittelbeschaffung unterliegt neben dem Sozial- und Verfassungsrecht u. a. auch den kartellrechtlichen Vorgaben des GWB. Für die Rechtmäßigkeit einer Plattform ist danach entscheidend, dass der Zugang zur Internetplattform offen, transparent und diskriminierungsfrei gestaltet wird und auch die Auswahl der Leistungserbringer durch die Krankenkassen auf dem Marktplatz in diskriminierungsfreier Weise erfolgt. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass neben dem nationalen auch das EG-Wettbewerbsrecht anwendbar ist, sofern die wirtschaftliche Bedeutung eines Marktplatzes derart zunimmt, dass zumindest potenziell spürbare grenzüberschreitende Wirkungen damit verbunden sind. Inhaltlich ergeben sich aus Art. 81 f. EG im Wesentlichen die gleichen Vorgaben wie aus dem GWB.