

## Das Festbetrags-Urteil des EuGH: Endlich Klarheit über den gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff im Bereich der Sozialversicherung?

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M. und Dr. Christina Engelmann, Bonn\*

Das Urteil des EuGH vom 16. 3. 2004<sup>1</sup> betreffend das deutsche System der von den gesetzlichen Krankenkassen festgesetzten Arzneimittelfestbeträge wurde nicht nur in der Rechtswissenschaft mit Spannung erwartet. Vielmehr ließen die dem EuGH vorgelegten Fragen auch auf eine weitreichende Bedeutung des Urteils für die gesamte Organisation der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung schließen. Nach Erlass des Urteils können sich Krankenkassen und Gesundheitspolitiker vorerst beruhigt zurücklehnen. Der EuGH hat die Einordnung der deutschen Krankenkassen als Unternehmen und damit die Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln abgelehnt. Nachfolgend wird untersucht, wie sich diese Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung einfügt und ob sie endlich Klarheit über die Auslegung des EG-wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs im Bereich der Sozialversicherung bringt. Zudem stellt sich die Frage, ob das Urteil – wie auf den ersten Blick vermutet – tatsächlich einen Schlusstrich unter die Debatte um die Auswirkungen der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften auf das deutsche Krankenversicherungssystem zieht.

### I. Hintergründe und Ergebnis des EuGH-Urteils

Die Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen Systems der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen durch die Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenkassen (§ 35 SGB V) mit den Art. 81 ff. EG stellte sich in mehreren gerichtlichen Verfahren, die seitens verschiedener Pharmaunternehmen gegen die Kassenverbände angestrengt wurden<sup>2</sup>. Die von den Kassenverbänden festgesetzten Festbeträge bewirken, dass die Versicherten festbetragsgebundene Arzneimittel nur noch bis zur Höhe des Festbetrags auf Kosten der gesetzlichen Krankenkassen beziehen dürfen. In Folge der dadurch bewirkten Nachfragesteuerung wirken die Festbeträge damit faktisch wie Höchst-

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

1) EuGH, EuZW 2004, 241 – AOK Bundesverband.

2) S. z. B. OLG Düsseldorf, PharmR 1999, 283; OLG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 28. 9. 2001 – U (Kart) 28/00; BGH, Vorlagebeschl. v. 3. 7. 2001 – KZR 32/99; zu den verschiedenen nationalgerichtlichen Verfahren siehe Axer, NZS 2002, 57.

preise<sup>3</sup>. Die betroffenen Pharmaunternehmen strebten deshalb eine Unterlassung der Anwendung der Festbeträge für die von ihnen vertriebenen Arzneimittel sowie einen Ersatz des durch die Festbeträge entstandenen Schadens an. Die Klagen wurden dabei maßgeblich auf eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Festbetragsystems gestützt. Nach der Argumentation der Arzneimittelhersteller, der einige deutsche Gerichte folgten<sup>4</sup>, sind die deutschen gesetzlichen Krankenkassen Unternehmen im Sinne des EG-Kartellrechts und die Festbetragsfestsetzungen stellen von Art. 81 EG verbotene Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen dar, die zu einer Wettbewerbsverzerrung auf den Arzneimittelmärkten führen. Zentrale Frage ist damit die Subsumtion der gesetzlichen Krankenkassen unter den gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff. Bei einer Bejahung dieser Frage stellen sich die Folgefragen nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung durch die Krankenkassenbeschlüsse sowie nach der Anwendbarkeit und Reichweite der Ausnahmeklausel des Art. 86 II EG. Danach gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die EG-Kartellvorschriften nur, wenn durch deren Anwendung nicht die den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben verhindert werden. Die Vorschrift des Art. 86 II EG hat in vielen Bereichen der so genannten Daseinsvorsorge eine zentrale Rolle gespielt, um zwischen der Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Daseinsvorsorge- und Sozialsysteme und dem von Art. 81 ff. EG geschützten Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs einen Ausgleich zu schaffen<sup>5</sup>. Die Entscheidung über die Vorlagefragen betreffend das deutsche Festbetragsystem hätte dem EuGH Gelegenheit geboten, für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung im Rahmen des Art. 86 II EG differenzierte Prüfungsmaßstäbe und Kriterien zu entwickeln, um für einen sachgerechten Interessenausgleich zu sorgen.

Angesichts dieses Umfangs der dem EuGH zur Entscheidung vorgelegten Fragen ist das Urteil vom 16. 3. 2004 erstaunlich knapp ausgefallen. Der EuGH hat kurzen Prozess gemacht und bereits die Unternehmenseigenschaft der deutschen Krankenkassen abgelehnt<sup>6</sup>. Auf Grund der daraus folgenden, vom EuGH konstatierten Unanwendbarkeit der EG-Kartellregeln auf die Festbetragsfestsetzung durch die Kassenverbände wurde die Beantwortung der weiteren vorgelegten Fragen und damit auch eine Auseinandersetzung mit Art. 86 II EG entbehrlich. Fraglich ist nun, ob der Weg des EuGH vor dem Hintergrund seiner bisherigen Rechtsprechung konsequent erscheint und welche Folgen sich aus dem Urteil für das deutsche System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ergeben.

### 1. Bisherige Rechtsprechung zur Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern

Ausgangspunkt der Prüfung des EuGH ist der EG-wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff. Dieser erfasst nach ständiger Rechtsprechung jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung<sup>7</sup>. Der EuGH bestimmt den Unternehmensbegriff also funktional, das heißt tätigkeitsbezogen. Dies hat bei konsequenter Anwendung zur Folge, dass die Unternehmenseigenschaft insofern relativ ist, als sie sich nicht auf die Organisation der betroffenen Einheit bezieht, sondern nur auf die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit. Deshalb ist es möglich, dass einem Rechtsträger für eine bestimmte Tätigkeit Unternehmenscharakter zugesprochen werden kann, für eine andere dagegen nicht<sup>8</sup>. Entschieden wird immer nur über die Unternehmenseigenschaft der funktionalen Einheit eines Rechts-

trägers, die für die konkret zu beurteilende Tätigkeit verantwortlich ist, nicht dagegen über den Rechtsträger insgesamt.

Speziell im Bereich der rechtlichen Qualifizierung von Sozialversicherungsträgern entwickelte der EuGH gesonderte Kriterien zur Subsumtion unter den gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensbegriff. So stellt der EuGH darauf ab, dass Kranken- und Rentenversicherungsträger, die mit ihrer Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht einen rein sozialen Zweck verfolgen und die ihre Leistungen von Gesetzes wegen unabhängig von der Höhe der Beiträge erbringen, keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben<sup>9</sup>. Der EuGH grenzt damit eine auf dem Umverteilungsprinzip beruhende „rein soziale“ von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ab. Den Träger eines französischen Pflichtversicherungssystems, das entsprechend dem Grundsatz der Solidarität auf einem System der Umlagenfinanzierung aufbaute und bei der Leistungserbringung strikt an gesetzliche Vorgaben gebunden war, qualifizierte der *Gerichtshof* demzufolge in der grundlegenden Entscheidung „Poucet und Pistre“ nicht als Unternehmen<sup>10</sup>. In gleicher Weise beurteilte er eine italienische staatliche Unfallversicherungsanstalt, deren mangelnde Unternehmenseigenschaft er insbesondere damit begründete, dass erstens die Bemessung der Beitrags- und auch der Leistungshöhe auf dem Grundsatz Solidarität beruhte und dass zweitens die Höhe der Leistungen und Beiträge staatlich festgesetzt waren<sup>11</sup>. Dagegen bejahte der *Gerichtshof* die Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern, die zwar auch ohne Gewinnerzielungsabsicht soziale Ziele verfolgten und deren Mitgliedschaft teilweise auch gesetzlich vorgeschrieben war, die aber ihre Beiträge selbst bestimmten und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiteten<sup>12</sup>.

Zu beachten ist, dass es in den genannten Entscheidungen des EuGH stets um die Beziehungen zwischen den Versicherungen und ihren Mitgliedern und um die Beurteilung der von den Versicherungsträgern angebotenen Dienstleistungen ging. Nicht betroffen war die Rolle der Versicherungen als Nachfrager auf dem Markt für Gesundheitsleistungen. Gerade in dieser Nachfragerfunktion können Krankenversicherungsträger jedoch einen erheblichen Einfluss auf den Märkten für medizinische Güter ausüben. Es stellte sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich Krankenversicherungsträger an den Vorgaben der Art. 81 ff. EG messen lassen müssen, wenn sie als Nachfrager nach medizinischen Gütern und Arzneimitteln fungieren. Infolge der genannten bisherigen EuGH-Rechtsprechung kam in diesem Zusammenhang die Frage auf,

3) BGH, Vorlagebeschl. v. 3. 7. 2001. – KZR 32/99, S. 21 f.; BSG, SGB 2001, 450 (451); Koenig/Sander, WuW 2000, 975 (977).

4) Z. B. OLG Düsseldorf, PharmR 1999, 283.

5) Zur Bedeutung des Art. 86 II EG s. nur Koenig/Kühling, ZHR 2002, 656.

6) EuGH, EuZW 2004, 241 Rdnr. 64 – AOK Bundesverband.

7) Z. B. EuGH, Slg. 1991, I-1979 Rdnr. 21 = EuZW 1991, 349 = NJW 1991, 2891 – Höfner und Elser, Slg. 1993, I-637 Rdnr. 17 = EuZW 1993, 355 – Poucet und Pistre, Slg. 1995, I-4013 Rdnr. 14 = EuZW 1996, 277 – Fédération Française, Slg. 1997, I-7119 Rdnr. 21 = EuZW 1998, 274 – Job Centre, Slg. 2002, I-691 Rdnr. 22 = EuZW 2002, 146 – Cital.

8) Zuletzt GA Jacobs, Schlussanträge v. 22. 5. 2003 zur verb. Rs. C-264/01 u. a. AOK Bundesverband.

9) Eine Zusammenfassung dieser Rechtsprechung findet sich im Festbetragsurteil, EuGH, EuZW 2004, 241 Rdnrn. 47 ff.

10) EuGH, Slg. 1993, I-637 Rdnr. 17 = EuZW 1993, 355 – Poucet und Pistre.

11) EuGH, Slg. 2002, I-691 Rdnrn. 38 ff. und 43 ff. = EuZW 2002, 146 – Cital.

12) Unter Rückgriff auf die Kriterien der Rs. Poucet und Pistre EuGH, Slg. 1995, I-4013 Rdnrn. 14 ff. = EuZW 1996, 277 – Fédération Française, bestätigt durch EuGH, Slg. 1999, I-5751 Rdnrn. 84 ff. – Albany.

ob die Tätigkeit von Sozialversicherungsträgern im Wege einer Gesamtbetrachtung einheitlich zu beurteilen ist, oder ob eine gesonderte Beurteilung einzelner Tätigkeiten des Versicherungsträgers angestellt werden muss<sup>13</sup>. Insbesondere war ungeklärt, ob als wirtschaftliche Tätigkeit allein das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem Markt in Betracht kommt, oder ob losgelöst hiervon auch eine nachfragende Tätigkeit für sich betrachtet die Unternehmenseigenschaft begründen kann<sup>14</sup>. Diese Frage war Gegenstand des Urteils des EuG vom 4. 3. 2003 in der Rechtssache FENIN<sup>15</sup>. Mit dem Urteil entschied das EuG über die Klage eines Spanischen Verbands (Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental, FENIN), in dem die meisten der Unternehmen, die in Spanien medizinische Erzeugnisse für Krankenhäuser vertreiben, zusammengeschlossen sind. Dieser Verband setzte sich gegen die das spanische Gesundheitssystem (SNS) verwaltenden Einheiten zur Wehr, denen er vorwarf, sich beim Einkauf medizinischer Güter gegenüber den Verbandsmitgliedern diskriminierend zu verhalten und dadurch gegen Art. 82 EG zu verstoßen. Der Verband argumentierte dabei, dass im konkreten Fall – im Unterschied zu den bisher vom EuGH entschiedenen Fällen – die Beziehungen des SNS zu seinen Lieferanten in Frage stehe und dass bei der betroffenen Einkaufstätigkeit die Solidarität keine Rolle spiele. In seinem Urteil stellt das EuG demgegenüber klar, dass seiner Ansicht nach der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht durch die nachfragende Einkaufstätigkeit als solche, sondern allein durch das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt gekennzeichnet ist<sup>16</sup>. Das EuG folgt damit der Argumentation der Kommission, wonach bei der Beurteilung der Art der Tätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung durch den Käufer zu trennen ist, so dass der wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt<sup>17</sup>. In Bezug auf die Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern bedeutet dies, dass nach Ansicht des EuG allein der wirtschaftliche Charakter der angebotenen Versicherungsdienstleistungen ausschlaggebend ist. Wenn Krankenversicherungen nach den Kriterien der „Poucet und Pistre“-Rechtsprechung mit ihren Leistungen eine „rein soziale“ Aufgabe erfüllen, so handeln sie nach Maßgabe der vom EuG vorgenommenen Gesamtbetrachtung auch dann nicht als Unternehmen, wenn sie auf dem Markt als Nachfrager nach medizinischen Dienstleistungen auftreten, um dadurch die Versorgung ihrer Versicherten nach den gesetzlichen Vorgaben zu gewährleisten. Die im Rahmen der Nachfragetätigkeit vorhandenen Steuerungsmöglichkeiten der Krankenkassen bleiben danach außerhalb der Reichweite der EG-Kartellregeln.

## 2. Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen im Festbetragsurteil

### a) Erster Schritt: Einstufung der Haupttätigkeit der Krankenkassen

Im seinem Urteil zu den Arzneimittelfestbeträgen hat der EuGH die im FENIN-Urteil des EuG aufgeworfene Frage nach einer gesonderten Beurteilung von Angebots- und Nachfrageseite nicht explizit angesprochen. Obwohl mit der Festbetragsfestsetzung eine Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen in ihrer Funktion als Nachfrager nach Arzneimitteln betroffen war, nahm der Gerichtshof die Kriterien der „Poucet und Pistre“-Rechtsprechung zum Ausgangspunkt seiner Beurteilung und stellte zunächst allgemein auf die im System der GKV angebotenen Leistungen ab. Auf

dieser Grundlage qualifizierte er die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen im Rahmen der GKV-Versorgung als Wahrnehmung einer rein sozialen Aufgabe, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird<sup>18</sup>. Dabei hob er hervor, dass die Krankenkassen im Wesentlichen gesetzlich vorgeschriebene Pflichtleistungen erbringen, die unabhängig von der Beitragshöhe sind. Somit konkurrieren die Krankenkassen laut EuGH hinsichtlich ihrer Hauptaufgaben im Bereich der Erbringung von Behandlungsleistungen sowie auch der Arzneimittelversorgung auf Grund der gesetzlichen Vorgaben weder untereinander noch mit privaten Einrichtungen<sup>19</sup>. Hieran ändere auch der im Rahmen der Beitragsbemessung vorhandene eingeschränkte Spielraum der einzelnen Kassen nichts. Da die Haupttätigkeit der Krankenkassen nach Einschätzung des EuGH also keine wirtschaftliche ist, lehnt der EuGH die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ab.

### b) Zweiter Schritt: Beurteilung der konkreten betroffenen Tätigkeit

Mit der grundsätzlichen Ablehnung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen ist der Gerichtshof jedoch noch nicht am Ende seiner Beurteilung angelangt. Vielmehr lässt er nun – ganz im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs – die Prüfung folgen, ob die Krankenkassen möglicherweise außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art auch Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben. Diese Formulierung des EuGH ist insofern missverständlich, als der soziale Zweck einer Tätigkeit für sich genommen nicht der Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit entgegensteht. Gemeint ist vielmehr, dass jeder Tätigkeitsbereich einer Krankenkasse – nach den sogleich noch näher zu erläuternden Kriterien – gesondert daraufhin zu untersuchen ist, ob eine von der Kasse individuell gestaltete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Der EuGH qualifiziert also zunächst die Haupttätigkeit der Kassen, um sodann in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die konkret betroffene Tätigkeit zu dieser Haupttätigkeit gehört oder ob sie eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art darstellt<sup>20</sup>. Damit bestätigt der EuGH die relative Natur des funktionalen Unternehmensbegriffs. Leider versäumt es der Gerichtshof dabei, den funktionalen Ansatz in seinen Formulierungen deutlicher zum Ausdruck zu bringen. Genau genommen geht es nämlich nicht um die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen insgesamt. Beurteilt wird vielmehr nur diejenige funktionale Einheit der gesetzlichen Krankenkasse, die für die in Frage stehende Tätigkeit verantwortlich ist<sup>21</sup>.

Wenn der EuGH nun prüft, ob die Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenkassen konkret bei der Festbetragsfestsetzung als Unternehmen handeln, so wäre zu erwarten

13) Näher zu dieser Diskussion Engelmann, Kostendämpfung im Gesundheitswesen und EG-Wettbewerbsrecht, 2002, S. 70 ff.

14) Für ein gesondertes Abstellen auf die konkret betroffene Nachfragetätigkeit etwa Becker, NZS 2001, 505 (511); Hänlein/Kruse, NZS 2000, 165 (168); Koenig/Sander, WuW 2000, 975 (981); für eine Gesamtbetrachtung dagegen Knispel, NZS 2000, 379 (381).

15) EuG, Slg. 2003, II-357 = EuZW 2003, 283 – FENIN.

16) EuG, Slg. 1998, II-357 Rdnr. 36 = EuZW 2003, 283 – FENIN unter Hinweis auf EuGH, Slg. 1998, I-3851 Rdnr. 36 = EuZW 1999, 93 – Kommission/Italien.

17) EuG, Slg. 2003, II-357 Rdnrn. 36 f. = EuZW 2003, 382 – FENIN.

18) EuGH, EuZW 2004, 241 Rdnrn. 51 ff. – AOK Bundesverband.

19) EuGH, EuZW 2004, 241 Rdnr. 54 – AOK Bundesverband.

20) EuGH, EuZW 2004, 241 Rdnrn. 58 ff. – AOK Bundesverband.

21) Der Rechtsträger der handelnden Einheit ist dabei nur insofern von Bedeutung, als ihm ein etwaiger Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zugerechnet wird. Etwaige Sanktionen können daher dem Rechtsträger auferlegt werden.

gewesen, dass er dabei auf das *FENIN*-Urteil des *EuG*<sup>22</sup> Bezug nimmt. Er hätte argumentieren können, dass die Kassenverbände die Festbeträge in ihrer Funktion als Nachfrager nach Arzneimitteln festsetzen und dass diese Nachfrage zum Zwecke der im Rahmen des GKV-Systems angebotenen Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln erfolgt. Nach dem Ansatz des *FENIN*-Urteils wäre die Festbetragsfestsetzung bereits deshalb nicht von der rein sozialen Haupttätigkeit der Krankenkassen zu trennen. Statt dessen lässt der *EuGH* jedoch die Frage nach dem Verhältnis zwischen nachfragender und anbietender Tätigkeit außen vor und kommt mit einer anderen Argumentation zum selben Ergebnis. Er stellt darauf ab, dass die Krankenkassenverbände mit der Festbetragsfestsetzung nur eine gesetzliche Pflicht erfüllen und dabei die im SGB V vorgegebenen Kriterien beachten müssen. Der Spielraum der Krankenkassen hinsichtlich der konkreten Höhe der Festbeträge berühre dabei einen Bereich, in dem die Kassen nicht miteinander konkurrieren, da die Arzneimittelkosten von allen Krankenkassen zu den gleichen Bedingungen getragen werden müssen. Deshalb lasse sich die Festbetragsfestsetzung nicht von der rein sozialen Haupttätigkeit im Rahmen der GKV trennen, so dass die Kassenverbände bei der Festbetragsfestsetzung nicht als Unternehmen handelten<sup>23</sup>.

Der Sache nach bestätigt der *EuGH* damit – ohne es ausdrücklich zu sagen – den Ansatz des *EuG* im *FENIN*-Urteil. Er geht davon aus, dass die Krankenkassen mit der Festbetragsfestsetzung die Höhe der von ihnen nach dem SGB V zu erbringenden Leistungen im Bereich der Arzneimittelversorgung bestimmen. Da die in diesem Bereich angebotenen Leistungen laut Gesetz von allen Krankenkassen im Rahmen des Solidarprinzips in gleicher Weise zu erbringen sind, fehlt es laut *EuGH* insoweit an einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Auch der *EuGH* stellt damit – wie das *EuG* – allein auf den Charakter der von den Krankenkassen angebotenen Leistungen ab. Soweit die gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen betroffenen sind, lehnt der *Gerichtshof* die Unternehmenseigenschaft der für diese Leistungen verantwortlichen Handlungseinheiten der Krankenkassen ab.

### 3. Gesetzliche Determinierung und gemeinschaftsrechtlicher Unternehmensbegriff

Nach dem *EuGH* hängt das Vorliegen einer wirtschaftlichen und damit unternehmerischen Tätigkeit maßgeblich davon ab, dass die Bedingungen und Preise der in Frage stehenden angebotenen Leistungen von den handelnden Krankenkassen selbst bestimmt werden, so dass zwischen den Kassen ein Wettbewerb möglich ist. Werden die Leistungsbedingungen durch gesetzliche Vorgaben in der Weise determiniert, dass eine kassenindividuelle Vorgehensweise ausgeschlossen ist, so liegt laut *EuGH* keine wirtschaftliche Tätigkeit vor. Daraus ergibt sich, dass der Einwand der gesetzlichen Determinierung des Verhaltens einer bestimmten funktionalen Einheit bereits deren Unternehmenseigenschaft ausschließt. Die Frage, ob die handelnde Einheit eine bestimmte Verhaltensweise aus eigener Initiative an den Tag legt, spielt damit nicht erst im Rahmen des Zurechnungszusammenhangs zwischen dem unternehmerischen Verhalten und der wettbewerbsbeeinflussenden Wirkung eine Rolle<sup>24</sup>, sondern bereits im Rahmen des funktionalen Unternehmensbegriffs. Bei konsequenter Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs wird somit eine gesonderte Prüfung des Einwands staatlich determinierten Verhaltens, bei dem nach ständiger *EuGH*-Rechtsprechung ein unternehmerischer Wettbewerbsverstoß ausscheidet<sup>25</sup>, überflüssig<sup>26</sup>. Wenn gesetzliche Vorgaben ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, so fehlt es in dieser Hinsicht an einem individuellen wirtschaftlichen Wettbewerbsverhalten.

Die betroffene Verhaltensweise stellt sich dann nach den Kriterien des *EuGH* nicht als unternehmerisch dar.

## II. Konsequenzen für das GKV-System

Im Ergebnis kommt nach dem *EuGH*-Urteil in Sachen Festbeträge eine Charakterisierung der gesetzlichen Krankenkassen als Unternehmen – derzeit – nicht in Betracht, soweit deren Haupttätigkeit im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung betroffen ist. Beachtenswert ist dabei, dass das Urteil des *EuGH* hinsichtlich der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen von den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs* abweicht. Letzterer hatte vom Ansatz ebenso wie der *EuGH* zunächst auf die Haupttätigkeit der Kassen im Rahmen der GKV abgestellt. Auf dieser Grundlage hatte er für eine Einordnung der Krankenkassen als Unternehmen plädiert, da die gesetzlichen Krankenkassen in bestimmten Grenzen – insbesondere hinsichtlich des Beitragssatzes – in der Lage seien, miteinander und mit privaten Versicherungsunternehmen zu konkurrieren<sup>27</sup>. In der Abweichung des Urteils von den Schlussanträgen zeigt sich, wie schwierig es sich gestaltet, anhand der Kriterien des *EuGH* genau den Punkt zu bestimmen, ab dem das Umverteilungselement eines Versicherungssystems so stark ausgeprägt ist, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr vorliegt. Die deutschen Krankenkassen müssen vor diesem Hintergrund darauf gefasst sein, dass bei einer weiteren Verstärkung der Wettbewerbselemente und einer Vergrößerung der Spielräume der einzelnen Kassen hinsichtlich ihres Leistungsangebots das Zünglein an der Waage kippt und auch der *EuGH* die Haupttätigkeit der Kassen insgesamt als eine wirtschaftliche einstuft<sup>28</sup>.

Die zu Beginn des Jahres 2004 in Kraft getretenen Änderungen des SGB V durch das GKV-Modernisierungsgesetz gehen bereits in Richtung einer solchen wettbewerblichen Öffnung, indem die vertraglichen Freiräume der einzelnen Krankenkassen im Verhältnis zu den Leistungserbringern vergrößert wurden<sup>29</sup> und den Krankenkassen zudem in § 65 a SGB V die Möglichkeit der Einführung von Bonusmodellen eröffnet wurde. Dadurch erhalten die einzelnen Krankenkassen verstärkt die Möglichkeit, ihr Leistungsspektrum sowie die Bedingungen und Preise der Leistungserbringung selbst zu bestimmen und dadurch zueinander in Wettbewerb zu treten. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der *EuGH* zur Beurteilung der Unternehmenseigenschaft nicht nur auf die Haupttätigkeit, sondern auch auf die konkret betroffene Tätigkeit der Krankenkassen abstellt. Soweit es den Krankenkassen möglich ist freiwillige Zusatzleistungen anzubieten, deren Art und Umfang nicht gesetzlich determiniert sind, liegt somit hinsichtlich der damit verbundenen Tätigkeit die Einordnung der

22) *EuG*, Slg. 2003, II-357 = *EuZW* 2003, 283 – *FENIN*.

23) *EuGH*, *EuZW* 2004, 241 Rdnrn. 61 ff. – *AOK Bundesverband*.

24) So aber *Hänlein/Kruse*, *NZS* 2000, 165 (170); *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Bd. 1, 4. Aufl. (1993), Art. 85 EG Rdnrn. 5 u. 168.

25) Z. B. *EuGH*, Slg. 1997, I-6265 Rdnr. 33 = *EuZW* 1997, 759 – *Ladbroke*.

26) Eine gesonderte Prüfung des Einwands staatlicher Determinierung findet sich aber bei *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 22. 5. 2003 zur verb. Rs. C-264/01 u. a., Rdnrn. 73 ff. – *AOK Bundesverband*; wie hier *Engelmann* (*FuBn.* 13), S. 68 f.

27) *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 22. 5. 2003 zur verb. Rs. C-264/01 u. a. Rdnr. 42 – *AOK Bundesverband*.

28) Ähnlich auch *Riedel*, Anm. zum Festbetragsurteil des *EuGH*, *EuZW* 2004, 245.

29) Z. B. im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73 b SGB V), der integrierten Versorgung (§ 140 a ff. SGB V), der strukturierteren Behandlungsprogramme (§§ 137 f. SGB V) sowie der Beziehungen zu Hilfsmittelanbietern (§ 127 II SGB V).

hierfür verantwortlichen funktionalen Einheiten der Kassen als Unternehmen im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts nahe.

Vor diesem Hintergrund ist das Urteil des *EuGH* nicht so zu verstehen, dass die gesetzlichen Krankenkassen in keinem Fall als Unternehmen einzuordnen sind. Vielmehr kommt es zum einen bereits heute in Betracht, bestimmte funktionale Einheiten der Krankenkassen, die in einem bestimmten Geschäftsbereich auf Grund vorhandener vertraglicher Freiheiten eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, als Unternehmen einzustufen. Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Eine solche genauere Prüfung wäre zum Beispiel hinsichtlich des Angebots integrierter Versorgungssysteme (§§ 140 a ff. SGB V) kombiniert mit Bonusmodellen angebracht, da den Krankenkassen hier verstärkte Freiräume zur individuellen Gestaltung ihrer Leistungen offen stehen. Zum anderen erscheint es möglich, dass künftig infolge der weiteren Verstärkung der Wettbewerbs Elemente – sowohl im Verhältnis zwischen den gesetzlichen Krankenkassen als auch im Verhältnis zu privaten Versicherern – nicht nur einzelne Bereiche, sondern auch die Haupttätigkeit der Krankenkassen im Rahmen der GKV als unternehmerisch zu charakterisieren sein wird.

In Tätigkeitsbereichen, in denen die Unternehmenseigenschaft der handelnden Krankenkasseneinheiten zu bejahen ist, stellt sich damit die vom *EuGH* unbeantwortet gelassene Frage nach dem Vorliegen einer durch Art. 81 oder 82 EG verbotenen Wettbewerbsbeschränkung. Sofern es um vertikale Verträge einzelner Krankenkassen mit verschiedenen Leistungserbringern geht, werden sich Verstöße gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot am besten dadurch vermeiden lassen, dass bei der Eröffnung vertraglicher Spielräume der Krankenkassen gleichzeitig für eine objektive, transparente und diskriminierungsfreie Vertragsgestaltung gesorgt wird. Dies kann insbesondere durch den Verweis auf die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens geschehen<sup>30</sup>. Hierdurch werden sowohl verbotene Missbräuche marktbeherrschender Stellungen i. S. von Art. 82 EG als auch nach Art. 81 EG verbotene diskriminierende Verträge vermieden. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber solche Ausschreibungsverfahren im Rahmen des GKV-Modernisierungsgesetzes bereits an mehreren Stellen im SGB V vorgesehen hat, beispielsweise hinsichtlich der Einzelverträge über die hausarztzentrierte Versorgung<sup>31</sup>. Neben dem Eingreifen des Diskriminierungsverbots hat die verstärkte Ermöglichung von Einzelverträgen der gesetzlichen Krankenkassen auch zur Folge, dass es den Krankenkassen kartellrechtlich untersagt ist, horizontale Absprachen über Preise oder Leistungsbedingungen zu treffen. Ein Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG

liegt demzufolge nahe, wenn mehrere Krankenkassen-Landesverbände gemeinsam Preise für bestimmte Leistungen festlegen, obwohl ein solches gemeinsames Vorgehen gesetzlich nicht vorgesehen ist.

### III. Fazit

Der *EuGH* hat zwar in seinem Festbetragsurteil die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich verneint und dabei insbesondere auf die gesetzliche Determinierung des beitragsunabhängigen Leistungskatalogs verwiesen. Gleichzeitig hat er jedoch im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs betont, dass eine Qualifizierung der gesetzlichen Krankenkassen als Unternehmen in Betracht kommt, soweit diese in einem bestimmten Geschäftsbereich eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Präzise formuliert ist also nicht der Rechtsträger „gesetzliche Krankenkasse“ insgesamt zu beurteilen, sondern nur die jeweils handelnde funktionale Einheit der Krankenkasse. Laut *EuGH* ist für die Einordnung einer Tätigkeit als unternehmerisch entscheidend, dass Art und Umfang sowie gegebenenfalls die Preise der angebotenen Leistungen durch die handelnden Einheiten der einzelnen Kassen selbst bestimmt werden, so dass die Kassen untereinander in Konkurrenz treten. In der Sache bestätigt der *EuGH* dadurch das Urteil des *EuG* in der Rechtssache *FENIN*, nach dem die Funktion der Kassen als Nachfrager nicht gesondert zu betrachten ist, sondern im Zusammenhang mit den von ihnen angebotenen Leistungen. Im Ergebnis ist damit die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen nicht ein für alle mal ausgeschlossen, sondern weiterhin für jede funktionale Einheit einer Krankenkasse hinsichtlich der von ihr ausgeübten Angebotstätigkeit getrennt zu beurteilen. Zurücklehnen können sich letztlich nur die für die Festbetragsfestsetzung verantwortlichen funktionalen Einheiten der Krankenkassen. Im Übrigen gilt es, die Frage nach dem Vorliegen unternehmerischer Tätigkeiten gesetzlicher Krankenkassen nicht aus den Augen zu verlieren: Insbesondere vor dem Hintergrund der ständigen Weiterentwicklung des GKV-Systems wird die Frage der Auswirkungen des EG-Wettbewerbsrechts auf die Krankenversicherung auch künftig aktuell bleiben und weitere rechtliche Auseinandersetzungen hervorrufen. Die Wachsamkeit der Gesundheitspolitiker ist insofern gefragt.

30) Zur Gestaltung eines Ausschreibungsverfahrens bei der Auswahl von Vertragspartnern durch Krankenkassen s. *Koenig/Engelmann/Hentschel*, SGB 2003, 189 (194 f.).

31) Zur hausarztzentrierten Versorgung s. § 73 b I 3 SGB V. Des Weiteren ist eine Ausschreibung u. a. auch für die Einzelverträge über Hilfsmittelpreise vorgesehen (§ 127 II SGB V).