

Kooperationen zwischen Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich der GKV – ein Tatbestand der Fusionskontrolle?

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M., Kristin Hentschel und Tobias Katzschmann, Bonn*

Qualitätsoptimierung bei gleichzeitiger Kostensenkung ist ein zentrales Anliegen des Gesundheitssystems. Vor diesem Hintergrund versuchen auch Leistungserbringer, bestehende Wettbewerbsoptionen und Steuerungsmöglichkeiten innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens der GKV nutzenbringend auszuschöpfen. Für Leistungserbringer im Hilfsmittelbereich kann es vorteilhaft sein, sich in Kooperationen zusammenzuschließen, um gemeinsame Vertragsverhandlungen und Vertragsabschlüsse mit den gesetzlichen Krankenkassen zu einheitlichen Qualitätsstandards und einheitlichen Preisen zu verwirklichen. Weitere Zielsetzungen solcher Kooperationen sind Verbesserungen bei der Qualitätsdefinition, Qualitätssicherstellung und Qualitätskontrolle, sowie häufig auch eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit. Regelmäßig wird auch die Zentralisierung der Abrechnung mit den Krankenkassen angestrebt. Eine solche Kooperation könnte beispielsweise derartig ausgestaltet sein, dass sich mindestens zwei große Hilfsmittelhersteller in

einer gemeinsamen, Körperschaftlich strukturierten Gesellschaft zusammenschließen, an der mehrere „kleinere“ Hilfsmittelhersteller beteiligt werden können, soweit sie einen vorgegebenen Qualitätsstandard nachweisen. Der Unternehmenszweck erfasst über die genannten Ziele hinaus keine kollektiven Akquirierungen. Nach wie vor sollen die einzelnen Unternehmen im Wettbewerb um Kunden miteinander konkurrieren. Die Verwirklichung eines solchen Vorhabens wirft unterschiedliche Rechtsfragen auf. Der folgende Beitrag untersucht, ob diese Form der Kooperationen zwischen Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich dem Anwendungsbereich des Fusionskontrollrechts unterliegt.

* Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Kristin Hentschel und Tobias Katzschmann sind dort wissenschaftliche Referenten. Die Autoren danken Daniela Klahn für kritische Anmerkungen.

I. EG-Fusionskontrollrecht

Die europäische Fusionskontrolle ist nach dem in Art. 21 III EG-Fusionskontrollverordnung 2004 (FKVO)¹ verankerten Prinzip des One-Stop-Shop gegenüber der Zusammenschlusskontrolle nach deutschem Recht vorrangig.² Die Bestimmungen der deutschen Fusionskontrolle sind demzufolge auf Zusammenschlüsse, die dem ausschließlichen Anwendungsbereich der FKVO unterliegen, nicht anwendbar (vgl. § 35 III GWB). Fällt also ein Kooperationsvorhaben in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle, so ist eine Zusammenschlusskontrolle nach deutschem Fusionskontrollrecht ausgeschlossen. Aus diesem Grund ist zunächst die Frage zu untersuchen, ob das jeweilige Vorhaben in den Anwendungsbereich der europäischen Fusionskontrolle fällt.

Die FKVO findet Anwendung, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind. Zunächst muss es sich um einen Zusammenschluss nach Maßgabe der FKVO handeln. Des Weiteren muss dem Vorhaben „gemeinschaftswerte Bedeutung“ zukommen, d. h. die in der FKVO vorgesehenen Umsatzschwellen müssen überschritten werden. Die der Untersuchung zugrunde liegenden Kooperationen von Hilfsmittelerbringern könnten als Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen zu bewerten sein und insoweit nach Maßgabe von Art. 3 IV FKVO einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 1 I lit. b FKVO darstellen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn es sich um die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens handelt. Hierfür ist nach Art. 3 IV FKVO erforderlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen „auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt“. Dazu muss das Gemeinschaftsunternehmen nach der Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens³ auf einem Markt die Funktionen ausüben, die auch von den anderen Unternehmen in diesem Markt wahrgenommen werden. Es muss, um seine Tätigkeit langfristig ausüben zu können, über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal sowie materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen⁴. Die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft durch mehrere Hilfsmittelerbringer wird sich zwar regelmäßig als Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens darstellen. Diesem wird jedoch nur eine Teilfunktion und damit gerade nicht die Rolle eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens zukommen. Dies wird immer dann gelten, wenn die gemeinsame Kooperation lediglich dazu dient, für die beteiligten Unternehmen Verhandlungen mit den Krankenkassen zu führen, den Verkauf von Hilfsmitteln zu einheitlichen Preisen zu koordinieren und gegebenenfalls gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben. In der dieser Untersuchung zugrundegelegten Kooperationsform bleiben die einzelnen Hilfsmittelerbringer selbständige, miteinander im Wettbewerb stehende Einzelunternehmen. Vor diesem Hintergrund könnten die skizzierten Kooperationen als Gründungen von Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen einzustufen sein. Ein Gemeinschaftsunternehmen kann dann als Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen qualifiziert werden, wenn es lediglich einzelne Aufgaben der Muttergesellschaften erfüllt. Dem Begriff des Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmens unterliegen insoweit auch Unternehmen, die den Vertrieb bzw. Verkauf der Erzeugnisse für die Muttergesellschaften koordinieren⁵. Die Kommission hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass die Betätigung eines Gemeinschaftsunternehmens als Vertriebsagentur der Gründergesellschaften als Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen einzuord-

nen ist⁶. Des Weiteren hat die Kommission in der Rechtsache *Baxter/Nestlé/Salvia* den Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens mit der Begründung verneint, dass keine echte Marktteilnahme des Gemeinschaftsunternehmens stattfindet, da z. B. die Produktion durch die Muttergesellschaften erfolgte, wesentliche Patente nicht auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen wurden und die Produkte nur unter dem Warenzeichen der Muttergesellschaften vertrieben werden durften⁷. Die untersuchten Kooperationsformen von Hilfsmittelerbringern beschränken sich auf die Zusammenarbeit in Form von gemeinsamen Vertragsverhandlungen und -schlüssen mit den Krankenkassen zu einheitlichen Qualitätsstandards und einheitlichen Preisen. Die Produkte der an dem Vorhaben beteiligten Unternehmen sollen jedoch von den Muttergesellschaften eigenständig hergestellt bzw. eingekauft und auch weiterhin unter deren jeweiligen Warenzeichen vertrieben werden. Demzufolge ist derartigen Kooperationen lediglich der Charakter einer Teilfunktion beizumessen. Die rechtliche Qualifikation als Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen hat indes zur Konsequenz, dass der Anwendungsbereich der FKVO nicht eröffnet ist⁸. Die Anwendbarkeit der FKVO auf Kooperationen von Hilfsmittelerbringern scheidet in der hier zu Grunde gelegten Ausgestaltung bereits auf Grund der fehlenden Qualifikation des Vorhabens als Zusammenschlusstatbestand nach Maßgabe des Art. 3 IV FKVO aus. Für den Fall einer Kooperation, die als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen einzuordnen ist, wäre weiterhin zu prüfen, ob durch das Vorhaben die in Art. 1 II und III FKVO festgelegten Umsatzschwellen überschritten werden⁹.

II. Deutsches Fusionskontrollrecht

Wenn das europäische Fusionskontrollrecht nicht zur Anwendung gelangt, ist weiterhin die Frage zu beantworten, ob die Kooperationsvorhaben von Hilfsmittelerbringern einen Zusammenschluss nach § 37 I GWB darstellen und am deutschen Fusionskontrollrecht gemäß §§ 35 ff. GWB zu messen sind. In diesem Zusammenhang ist vorab zu klären, ob die Regelungen des GWB im konkreten Fall auf das Vorhaben kooperierender Hilfsmittelerbringer überhaupt anzuwenden sind. Andernfalls stünden die Vorgaben des GWB der beabsichtigten Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft von vornherein nicht entgegen.

1. Ausschluss des GWB durch § 69 SGB V?

Zweifel an der Anwendbarkeit des GWB könnten sich aufgrund der Vorschrift des § 69 SGB V ergeben. Durch die Neufassung des § 69 SGB V im Rahmen des GKV-

1) ABl. EG L 24 vom 29. 1. 2004, S. 1 ff.

2) *Langeheine/Dittert*, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 21 FKVO Rn. 5; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A. 2004, § 23 Rn. 48.

3) Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. EG C 66 vom 2. 3. 1998, S. 1 ff.

4) Mitteilung der Kommission (Fn. 3), Tz. 12.

5) Mitteilung der Kommission (Fn. 3), Tz. 13; *Emmerich*, Kartellrecht, 9. A. 2001, S. 485.

6) Kommissionsentscheidung v. 25. 7. 1995, *ATR/BAE*, IV/M 551, WuW 1996, 215.

7) Kommissionsentscheidung v. 6. 2. 1991, *Baxter/Nestlé/Salvia*, IV/M 058, WuW/E EV 1579.

8) *Wiedemann*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 15 Rn. 47.

9) Für die konkrete Berechnung der Schwellenwerte kommt es auf die Umsätze an, welche die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr mit Waren und Dienstleistungen erzielt haben, und die dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen zuzuordnen sind, s. Art. 5 I FKVO.

Gesundheitsreformgesetzes 2000¹⁰ bezweckte der Gesetzgeber den generellen Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts auf Handlungen der gesetzlichen Krankenkassen¹¹. Nach Maßgabe des geänderten § 69 S. 1 SGB V regeln das vierte Kapitel des SGB V sowie die §§ 63, 64 SGB V nunmehr „abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden“, was gemäß § 69 S. 4 SGB V auch gilt, „soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind“. Das Bundessozialgericht (BSG) hat aus der Regelung des § 69 SGB V die Schlussfolgerung gezogen, dass in diesem Bereich die Vorschriften des deutschen Kartellrechts sowie des UWG auf wettbewerbsrelevantes Handeln der Krankenkassen nicht länger unmittelbar anwendbar sind¹². Diese Rechtsprechung ist inzwischen mehrfach bestätigt worden¹³. Ungeachtet der rechtlichen Bedenken, die sich gegen die Rechtsprechung des BSG und den kategorischen Ausschluss des Kartell- und Wettbewerbsrechts in diesem Bereich vorbringen lassen,¹⁴ ist in der Praxis gegenwärtig mit dem BSG davon auszugehen, dass § 69 SGB V neben seiner rechtswegzuweisenden Funktion materiell-rechtlich auf zweifache Weise wirkt: Die Norm unterstellt zum einen das Handeln der Krankenkassen im Leistungserbringungsrecht dem SGB V. Zum anderen führt die abschließende Geltungsbestimmung des § 69 SGB V dazu, dass die Vorschriften des UWG und des GWB auf sämtliche Handlungen der Krankenkassen und ihrer Verbände, die ihre Beziehungen zu den Leistungserbringern sowie die hiervon berührten Dritten betreffen, gegenwärtig keine unmittelbare Anwendung mehr finden.

a) Einbeziehung der Kooperation von Hilfsmittelerbringern in den Anwendungsbereich des § 69 SGB V

Im Rahmen der vorliegend zu bewertenden Sachverhalte sind auf den ersten Blick jedoch keine Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen zu beurteilen. Im Vordergrund steht vielmehr die Kooperation von mehreren Hilfsmittelerbringern und damit die Rechtsbeziehung von Leistungserbringern untereinander. Da § 69 SGB V keine Aussage zu diesen internen Beziehungen der Leistungserbringer trifft, stellt sich die Frage, ob auch ein solches Verhältnis vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst werden soll. In diesem Zusammenhang muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Kooperationen nach ihrer Zweckbestimmung eng mit den Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen i. S. d. § 127 SGB V verbunden sind. Zweck einer solchen Kooperation ist die qualitative und organisatorische Verbesserung der mit den Krankenkassen abzustimmenden Hilfsmittelversorgung. Die Hilfsmittelerbringer wollen insoweit zusammenarbeiten, um im Sinne einer organisatorischen, qualitativen und wirtschaftlichen Verbesserung ihrer Tätigkeit gemeinsame Vertragsverhandlungen durchzuführen und Vertragsschlüsse mit den Krankenkassen zu einheitlichen Qualitätsstandards und einheitlichen, günstigen Preisen zu erreichen. Die Kooperationen haben somit auch unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen der Hilfsmittelerbringer zu den Krankenkassen. Damit könnten die Kooperationen im Hinblick auf das Verhältnis Krankenkassen/Hilfsmittellieferanten selbst als „Rechtsbeziehungen“ i. S. d. § 69 SGB V zu qualifizieren sein.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und den verschiedenen Leistungserbringern werden vom Gesetzgeber einer umfassenden Regulierung unterzogen. Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen

Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag. Durch die umfangreiche Regulierung soll den speziellen, sozialrechtlichen Anforderungen an die notwendige Leistungserbringung und deren Wirtschaftlichkeit Rechnung getragen werden. So sind etwa die Beziehungen zu Ärzten, Zahnärzten und Psychotherapeuten in §§ 72 ff. SGB V, die Beziehung zu Krankenhäusern und anderen Einrichtungen in §§ 107 ff. SGB V usw. jeweils speziellen Regelungen unterworfen. Eine „Rechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer“ im Sinne des § 69 SGB V wird dementsprechend regelmäßig dann vorliegen, wenn ein Rechtsverhältnis diesen speziellen Vorgaben unterliegt. Entscheidend für eine Anwendbarkeit des § 69 SGB V ist danach, ob die betroffenen Leistungserbringer sich als Subjekte des abschließend geregelten Leistungserbringungsrechts einordnen lassen, die durch die entsprechenden sozialrechtlichen Vorgaben verpflichtet und berechtigt werden. Im hier relevanten Bereich der Kooperation zwischen Hilfsmittelerbringern könnte eine „Rechtsbeziehung zu den Krankenkassen“ und damit eine Anwendbarkeit des § 69 SGB V vorliegen, wenn diese Vorhaben den entsprechenden sozialrechtlichen Vorschriften unterliegen.

Die Anforderungen an die Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Hilfsmittelerbringern sind in §§ 126, 127 SGB V geregelt. Diese Vorschriften normieren die Ausgestaltung zulässiger Vertragsschlüsse von Krankenkassen und Hilfsmittelerbringern. In § 127 SGB V sind zwei verschiedene Möglichkeiten des Vertragsschlusses vorgesehen. Während Abs. 2 der Vorschrift u. a. auch die Möglichkeit des Vertragsschlusses zwischen Krankenkassen und einzelnen Leistungserbringern vorsieht, schließen gemäß § 127 I SGB V die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen mit Wirkung für ihre Mitgliedskassen Verträge mit Verbänden der Leistungserbringer. Voraussetzung eines Vertragsschlusses i. S. d. § 127 I SGB V ist also das Vorhandensein eines Verbandes der Hilfsmittelerbringer. Wenn sich eine Kooperation von Hilfsmittelerbringern als Verband einordnen ließe, so könnte diese als Verband Verträge i. S. d. Vorschrift abschließen. Dadurch könnte sich die Kooperation im Ergebnis als Bestandteil einer Rechtsbeziehung i. S. d. § 127 I SGB V darstellen und somit von § 69 SGB V erfasst sein. Fraglich ist jedoch, ob derartige Kooperationen als „Verband“ i. S. d. § 127 SGB V qualifiziert werden können.

10) Gesetz v. 22. 12. 1999, BGBl. I, S. 2626.

11) Dies geht aus der Begründung des Gesetzesentwurfs zweifelsfrei hervor, wenn es dort heißt: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“, BT-Drucks. 14/1245, S. 68 (zu Nr. 29).

12) BSG, 25. 9. 2001, B 3 KR 3/01 R, Punkt 2) der Urteilsgründe.

13) BSG, 25. 9. 2001, B 3 KR 3/01 R.; BSGE 89, 24. So auch LSG NRW, 6. 6. 2002, L 16 KR 57/01. Vgl. auch schon BSGE 87, 95, 99. Aus der Literatur Boecken, NZS 2000, 269, 270 f.; Knispel, NZS 2001, 466, 468 ff. Im Urteil v. 11. 9. 2002 wurde die Frage der Anwendbarkeit des Kartell- und Wettbewerbsrechts vom BSG allerdings offen gelassen, BSG, 11. 9. 2002, B 6 KA 34/01 R, MedR 2003, 650, 652.

14) Dazu ausführlich Koenig/Engelmann, WRP 2002, 1244, 1245 f.; Schwerdtfeger, PharmInd 2000, 105, 109; Gegen den Ausschluss der Anwendbarkeit auch Engelmann, NZS 2000, 213, 220 f.; Neumann, WuW 1999, 961, 965 f.; auch OLG Dresden, 23. 8. 2001, U 2403/00 Kart, NZS 2002, 33. Vgl. zu den Auswirkungen des § 69 SGB V auch Hess, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Hrsg. Niesel, Stand: August 2002, § 69 SGB V, Rn. 3; Krauskopf, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Stand: April 2002, Vor § 69 SGB V, Rn. 16 ff.

Der Gesetzestext trifft keine näheren Aussagen zum Begriff des Verbandes. Eine Privilegierung bestimmter, unter Umständen bereits vorhandener Verbände – im Hinblick auf eine etwaige alleinige Vertragshoheit – sieht die Vorschrift nicht vor¹⁵. Insbesondere lässt sich dem Wortlaut der Norm auch nicht entnehmen, dass die Verbände im Rahmen des Hilfsmittelbringungsrechts in einer bestimmten Rechtsform organisiert sein müssen. Dies spricht dafür, dass neben den „klassischen“ Verbänden wie den (Bundes)Innungsverbänden auch kooperative, in körperschaftlich strukturierten Gesellschaften zusammengeschlossene Leistungserbringer unter den Verbandsbegriff fallen können. Da der Wortsinn des Begriffs „Verband“ dieser Auslegungsalternative nicht entgegensteht, bleibt Raum für eine am Bedeutungszusammenhang, an den historischen Gesetzesvorstellungen sowie am Telos (Sinn und Zweck) orientierte Auslegung¹⁶.

Betrachtet man die Vorschrift zunächst im System des Gesetzes, so deutet einiges darauf hin, im Rahmen des § 127 I SGB V Raum für unterschiedliche Verbandskonstellationen zu gewähren. Im Gegensatz zu anderen Bereichen des Leistungserbringungsrechts nahm der Gesetzgeber im Recht der Hilfsmittelbringung keine nähere Konkretisierung vor, sondern beließ es bei dem undefinierten Begriff der „Verbände“ der Leistungserbringer. So bestimmt z. B. § 129 SGB V im Hinblick auf die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Apotheken: „... die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker ...“ während sich in § 127 SGB V keine derartige Konkretisierung findet. Auch die Gesetzesbegründung lässt keinen anderen Schluss zu¹⁷. Dem entspricht schließlich die Änderung des Gesetzeswortlauts durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz (GMG)¹⁸, wonach der Gesetzestext nicht länger von „den Verbänden der Leistungserbringer“ spricht, sondern nunmehr allgemein auf „Verbände der Leistungserbringer“ abstellt. Offenbar sollten nicht nur bekannte und bestehende Leistungserbringerverbände als Vertragspartner in Betracht kommen, sondern der Verbandsbegriff sollte weiter gefasst werden. Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man eine Bewertung von Sinn und Zweck des § 127 I SGB V vornimmt. Die Vorschrift des § 127 SGB V befasst sich mit den Modalitäten einer bedarfsgerechten Hilfsmittelversorgung. Sinn und Zweck der Norm ist eine wirtschaftliche, d. h. umfassende, qualitätsgerechte und dabei möglichst kostengünstige Erbringung von Hilfsmitteln¹⁹. Um dieser Zielsetzung bestmöglich gerecht werden zu können, sieht § 127 SGB V für die Versorgung mit Hilfsmitteln eine nähere Ausgestaltung durch Verträge vor. Während § 127 II SGB V Regelungen für Verträge vorsieht, die lediglich Preise der Hilfsmittel betreffen, befasst sich § 127 I SGB V mit den vielschichtigeren Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln und der Abrechnung der Festbeträge. Für diese zahlreicheren und komplexeren Vereinbarungsgegenstände bietet sich eine gebündelte Regelung und Organisation an, um eine wirtschaftliche, qualitativ hohe und im gesamten Bundesgebiet gleichwertige Versorgung mit Hilfsmitteln gewährleisten zu können. Insoweit sollen die Vorteile einer Verbandsarbeit, die neben der Interessenvertretung auch durch Kontrolltätigkeiten, Informationstransfer, Koordinationstätigkeiten und Öffentlichkeitsarbeit gekennzeichnet ist, in Anspruch genommen werden. Auf diese Weise lassen sich die Ziele des § 127 I SGB V besser erreichen als durch Einzelverträge. Dementsprechend stellt das Gesetz mit § 127 I SGB V, der zunächst ebenso wie § 127 II SGB V auch die Möglichkeit des Vertragsschlus-

ses mit einzelnen Leistungserbringern vorsah, nach der Änderung im Rahmen des GMG nunmehr ausschließlich auf eine Verbandskonstellation auf Seiten der Leistungserbringer ab. Angesichts der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Zweckbestimmung kann es keinen Unterschied machen, ob die Verbände der Leistungserbringer öffentlich oder als kooperative Zusammenschlüsse in einer körperschaftlich strukturierten Gesellschaft organisiert sind. Denn die aufgezeigten Vorteile, die mit einem Vertragsschluss durch Verbände einhergehen – besserer Informationstransfer, zentrale Organisationen und Koordinationsstätigkeiten sowie verstärkte Öffentlichkeitsarbeit – bestehen unabhängig von der Rechtsform der Kooperation. In diesem Zusammenhang ist schließlich noch auf die Vorschrift des § 125 SGB V hinzuweisen, die mit teilweise vergleichbaren Vorgaben die Modalitäten der Hilfsmittelversorgung regelt. Im Hinblick auf die hier ebenfalls – wortgleich – in Bezug genommenen „Verbände der Leistungserbringer“ ist anerkannt, dass es sich hierbei auch um freiwillige privatrechtliche Zusammenschlüsse handeln kann.²⁰ Insoweit ist nicht ersichtlich, weswegen für die Verbände der Hilfsmittelbringer etwas anderes gelten sollte. Die Tatsache, dass im Hilfsmittelbereich bisher hauptsächlich die Innungen mit den Vertragsschlüssen befasst waren, steht einer Einbeziehung sonstiger Kooperationen und der Herausbildung einer neuen Vertragspraxis nicht entgegen. Gerade in jüngerer Vergangenheit wurde der Kooperationsgedanke von Leistungserbringern zugunsten der Wirtschaftlichkeit und Qualitätsverbesserung in unterschiedlichen Ausgestaltungen in das sozialrechtliche Regelungsgeflecht des vierten Kapitels des SGB V einbezogen²¹.

b) Zwischenergebnis

Zusammenfassend sprechen also gewichtige Argumente für eine Einbeziehung auch gesellschaftsrechtlich organisierter Kooperationen in den Verbandsbegriff des § 127 I SGB V. So entsteht eine Rechtsbeziehung zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Dies spricht dafür, dass der Anwendungsbereich des § 69 SGB V eröffnet ist und das GWB nicht als Prüfungsmaßstab für derartige Kooperationsformen herangezogen werden kann.

Die Kooperation der Hilfsmittelanbieter dient danach nicht nur der organisatorischen Verbesserung und der Stärkung der Position bei der anschließenden Verhandlung mit den Krankenkassen i. S. d. § 127 SGB V, sondern sie erfüllt

15) A. A. Kranig, in: Hauck/Noftz, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, § 127 SGB V, Rn. 4, der im Hinblick auf die bisherige Vertragspraxis darauf verweist, dass als Vertragspartner wohl die (Bundes)Innungsverbände gemeint seien. So auch Krause, ZfSH/SGB 1989, S. 416 ff. Hess, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht (Fn. 14), § 127 SGB V, Rn. 2, spricht von einer „in der Regel“ – Zuständigkeit der Handwerksinnungen. Die Kommentierungen berücksichtigen noch nicht die Neuregelungen des SGB V durch das GMG.

16) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A. 1991, S. 343 ff.

17) Hier wird zu den Verbänden im Hilfsmittelbereich keine Aussage getroffen. Vgl. Gesetzesbegründung zum GMG, BT-Drucks. 15/1525 zu Nr. 91, S. 121.

18) Gesetz v. 14. 11. 2003, BGBl. I, S. 2190.

19) Ausführlich zum Wirtschaftlichkeitsgebot z. B. Noftz, in: Hauck/Noftz (Fn. 15), § 12, Rn. 23; vgl. auch Schnapp/Wigge, Handbuch des Kassenarztrechts, 2002, § 10, Rn. 47 ff.; Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, S. 55 ff.

20) Kranig, in: Hauck/Noftz (Fn. 15), § 125 SGB V, Rn. 11.

21) In diesem Zusammenhang ist insbesondere an die integrierte Versorgung zu denken, die gemäß §§ 140 a ff. SGB V durch Kooperationen von Leistungserbringern gekennzeichnet ist. Vgl. ferner §§ 73 b, c und 116 b SGB V; dazu Hess, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht (Fn. 14), § 69 SGB V, Rn. 3 a.

gleichzeitig die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 127 I SGB V: Die Krankenkassen schließen Verträge im Sinne dieser Norm nur mit *Verbänden* der Hilfsmittelerbringer. Mit Hilfe der beabsichtigten Kooperation können Verhandlungen nach Maßgabe dieser Vorschrift aufgenommen werden, und die Beteiligten erhalten die Möglichkeit des Vertragsschlusses. Dabei werden die Marktstrukturen durch die geplante Gründung einer unternehmensübergreifenden Kooperation nicht verändert. Die beteiligten Unternehmen handeln auch weiterhin als Wettbewerber. Es werden lediglich gemeinsame Verhandlungen mit den Krankenkassen durchgeführt, um für beide Marktseiten Rationalisierungsvorteile zu erzielen²².

Auf Grund der möglichen Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit des GWB soll jedoch auch der Frage nachgegangen werden, ob die zuvor skizzierten Kooperationsvorhaben bei einer anderen Einschätzung dem Anwendungsbereich des deutschen Fusionskontrollrechts unterliegen würden.

2. Konkrete Prüfung des Anwendungsbereichs der deutschen Fusionskontrolle

Das deutsche Recht sieht für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Fusionskontrolle nach Maßgabe der §§ 35 ff. GWB zwei Voraussetzungen vor: Zunächst muss ein Zusammenschlusstatbestand nach § 37 I GWB vorliegen. Des Weiteren muss der Umsatz der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen die in § 35 I GWB vorgesehenen Umsatzschwellenwerte überschreiten.

a) Zusammenschlusstatbestand

Die in § 37 I GWB normierten Zusammenschlusstatbestände schließen sich gegenseitig nicht aus, sondern sind nebeneinander anwendbar. Ein Zusammenschlussvorgang kann daher mehrere Zusammenschlusstatbestände verwirklichen²³. Im Zusammenhang mit den vorliegenden Kooperationen von Hilfsmittelerbringern kommen die Zusammenschlusstatbestände des § 37 I Nr. 2, 3 und 4 GWB in Betracht.

Nach § 37 I Nr. 2 GWB ist ein Zusammenschluss dann zu konstatieren, wenn ein Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen vorliegt. Die Kontrolle wird nach § 37 I Nr. 2 S. 2 GWB durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Dies kann insbesondere durch Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens und durch Rechte oder Verträge geschehen, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren. Fraglich ist zunächst, ob sich ein Zusammenschlusstatbestand im Hinblick auf die Kooperationen der Hilfsmittelerbringer schon deshalb aus-schließen lässt, weil die beteiligten Unternehmen die Neugründung einer Gesellschaft beabsichtigen. Neugründungen von Unternehmen sind von § 37 I Nr. 2 GWB nicht explizit erfasst. Anknüpfungspunkt ist vielmehr ein bestehendes Unternehmen, im Rahmen dessen die Kontrolle – bzw. im Fall des § 37 I Nr. 3 GWB die Anteile – erworben werden. Es ist jedoch anerkannt, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss nach § 37 I Nr. 2 GWB einzustufen ist, wenn mehrere Unternehmen zusammen die Möglichkeit erwerben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines (neuen) Ge-

meinschaftsunternehmens auszuüben, insbesondere weil die Muttergesellschaften ihr Vorgehen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen koordinieren²⁴. Die Konstellation der gemeinschaftlichen Kontrolle durch mehrere Unternehmen muss sich in diesem Kontext aus zusätzlichen Umständen ergeben. Die gemeinschaftliche Kontrolle kann auf Grund einer Vereinbarung oder auf tatsächlichen Umständen beruhen, die eine gesicherte gemeinsame Beherrschungsmöglichkeit zur Folge haben²⁵. Bei Gründungen einer gemeinsamen Gesellschaft mit bestimmendem Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen wird dies in der Regel der Fall sein. Planen die beteiligten Unternehmen die Gründung einer Gesellschaft, deren Mehrheit sie auch bei Beteiligung anderer Unternehmen behalten und mittels derer sie in der Lage sind, die strategischen Entscheidungen in der Gesellschaft bestimmen zu können, werden die Voraussetzungen des § 37 I Nr. 2 GWB regelmäßig vorliegen.

Darüber hinaus könnte durch die Kooperationen von Hilfsmittelerbringern auch der Zusammenschlusstatbestand des § 37 I Nr. 3 GWB verwirklicht werden. Voraussetzung hierfür ist, dass durch die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft ein Anteilserwerb von 50% oder 25% des Kapitals oder der Stimmrechte eines anderen Unternehmens erfolgt. Wie bereits im Rahmen des § 37 I Nr. 2 GWB dargelegt, kann auch im Rahmen der Neugründung eines Unternehmens der fusionskontrollrechtliche Zusammenschlusstatbestand erfüllt sein. Für den Fall der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens sind zunächst nach § 37 I Nr. 3 S. 1 GWB vertikale Zusammenschlüsse zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und jeder Muttergesellschaft zu konstatieren, die mit mindestens 25% an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt ist. Ob ein Vorhaben unter den Zusammenschlusstatbestand des § 37 I Nr. 3 S. 1 GWB fällt, ist insoweit von der konkreten gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung abhängig. Soweit die an der Neugründung einer gemeinsamen Gesellschaft von Hilfsmittelerbringern beteiligten Unternehmen den in der Vorschrift genannten maßgeblichen Umfang des Anteilserwerbs erfüllen, ist davon auszugehen, dass ein Zusammenschlusstatbestand nach § 37 I Nr. 3 S. 1 GWB vorliegt. Des Weiteren ist bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens die Regelung des § 37 I Nr. 3 S. 3 GWB zu berücksichtigen. Diese Bestimmung sieht die Fiktion einer Teilfusion der Muttergesellschaften für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor, um den durch die Kooperation eintretenden Gruppeneffekt berücksichtigen zu können²⁶. In § 37 I Nr. 3 S. 3 GWB wird also über den skizzierten vertikalen Zusammenschluss hinaus auch ein horizontaler Zusammenschluss der Muttergesellschaften untereinander für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens fingiert. Für die in Rede stehenden Kooperationen würde dies zutreffen, wenn aufgrund der Ausgestaltung des Anteilserwerbs der in § 37 I Nr. 3 S. 1 GWB vorbezeichnete Umfang, also mindestens 25% des Kapitals oder der Stimmrechte, erreicht würde.

Schließlich könnten die Kooperationen auch den Zusammenschlusstatbestand des § 37 I Nr. 4 GWB verwirklichen.

22) Siehe dazu bereits oben II. 1. a).

23) Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. A. 2001, § 37 GWB Rn. 5.

24) Emmerich, Kartellrecht (Fn. 5), S. 276. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, durch formalisierte Gründungskonstellationen die Vorgaben des GWB zu umgehen.

25) Bechtold, GWB, 3. A. 2002, § 37 GWB Rn. 12.

26) Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 23), § 37 GWB Rn. 67; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (Fn. 2), § 24 Rn. 41.

Hiernach ist ein Zusammenschlusstatbestand auch bei jeder sonstigen Verbindung von Unternehmen gegeben, aufgrund derer ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Diese Bestimmung fungiert im Gefüge der Zusammenschlusstatbestände als Auffangtatbestand und ist gegenüber den anderen in § 37 I GWB normierten Zusammenschlusstatbeständen subsidiär²⁷. Erfüllt ein Kooperationsvorhaben die Voraussetzungen des Zusammenschlusstatbestandes nach § 37 I Nr. 2 GWB, so kann aus dem Vorliegen eines beherrschenden bzw. kontrollierenden Einflusses zugleich ein wettbewerblich erheblicher Einfluss i. S. v. § 37 I Nr. 4 GWB angenommen werden²⁸. Diese Bestimmung ist insoweit als subsidiär gegenüber § 37 I Nr. 2 GWB einzustufen. Sollten die Voraussetzungen des Anteilerwerbs nach § 37 I Nr. 3 GWB verwirklicht sein, ist § 37 I Nr. 4 GWB ebenfalls subsidiär. Für den Fall, dass der in § 37 I Nr. 3 GWB vorgeschriebene Umfang des Anteilerwerbs im Rahmen des Kooperationsvorhabens nicht überschritten wird, kann hingegen die Verwirklichung des Zusammenschlusstatbestandes nach § 37 I Nr. 4 GWB als Auffangtatbestand in Betracht kommen.

b) Umsatzschwellen

Des Weiteren ist festzustellen, ob bei einer Kooperation von Hilfsmittelherbringern im zuvor skizzierten Sinne, die in § 35 I GWB normierten Umsatzschwellen überstiegen werden. Im Folgenden sollen deshalb die Umsatzschwellen und deren Berechnung nach der deutschen Fusionskontrolle skizziert werden.

Ein Zusammenschluss unterliegt den in § 35 I GWB festgelegten Umsatzschwellen, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt haben. Als maßgeblicher Zeitraum für die Berechnung der Umsatzerlöse kommt grundsätzlich das letzte vor dem Zusammenschluss abgeschlossene Geschäftsjahr in Betracht²⁹. Für die konkrete Berechnung der Umsatzschwellen bestimmt § 38 I GWB, dass § 277 I HGB anzuwenden ist. Demzufolge sind die Netto-Umsätze der beteiligten Unternehmen maßgeblich, die insbesondere ohne Umsatzsteuer, Verbrauchssteuer und Erlösschmälerungen zu ermitteln sind (vgl. § 277 I HGB). Nach § 38 I S. 2 GWB sind Innenumsätze aus Lieferungen und Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen (Innenumsatzerlöse) sowie Verbrauchssteuern nicht zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass nach § 38 II GWB für den Handel mit Waren, d. h. für von Dritten zum Zwecke des Weiterverkaufs erworbene Waren, nur drei Viertel der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen sind. Als Umsatzerlöse sind diejenigen Geldbeträge einzustufen, die ein Unternehmen im Rahmen seiner gewöhnlichen Geschäftstätigkeit als Gegenwert für Waren oder Leistungen von Dritten zu erhalten hat³⁰. Für die Ermittlung des Umsatzes sind die gesamten Lieferungen und Leistungen des Unternehmens auf allen sachlichen und räumlichen Tätigkeitsgebieten zu berücksichtigen. Es findet keine Beschränkung auf die vom Zusammenschluss betroffenen Bereiche statt³¹. Zu beachten ist darüber hinaus, dass neben den Inlandsumsätzen auch die Umsätze im Ausland einzubeziehen sind³². Des Weiteren kann von Bedeutung sein, dass nach Maßgabe des § 36 II GWB die verbundenen Unternehmen als einheitliche Unternehmen zu beurteilen sind, wenn sie dergestalt miteinander verbunden sind, dass ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen i. S. d. § 17 AktG oder ein Kon-

zernunternehmen nach § 18 AktG ist. Zu berücksichtigen sind insoweit hinsichtlich der konkreten Umsatzberechnung die Umsätze der beteiligten Unternehmen einschließlich der mit ihnen nach § 36 II GWB verbundenen Unternehmen³³. Dies gilt auch für Gemeinschaftsunternehmen, bei denen nach § 37 I Nr. 3 S. 3 GWB eine Teilfusion der Muttergesellschaften nur im Hinblick auf den Markt des Gemeinschaftsunternehmens fingiert wird³⁴. Ob dies für die Umsatzberechnung der in Frage stehenden Kooperationen relevant ist, bestimmt sich nach der jeweiligen (vertikal integrierten) Unternehmensstruktur der beteiligten Unternehmen.

c) Zwischenergebnis

Die aufgezeigten Kooperationsformen von Hilfsmittelherbringern unterstehen den Vorgaben der deutschen Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB wenn nicht § 69 SGB V durchgreift. Dabei dürften mehrere der in § 37 I GWB normierten Zusammenschlusstatbestände erfüllt sein. Des Weiteren ist für die Kooperationsvorhaben im Einzelnen zu untersuchen, ob durch diese auch die fusionskontrollrechtlich relevanten Umsatzschwellen überschritten werden.

III. Fazit

Kooperationen zwischen Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich in der vorliegend betrachteten Ausgestaltung sind in EG-fusionskontrollrechtlicher Hinsicht als Gründung eines Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmens einzustufen, das nicht dem Anwendungsbereich der EG-Fusionskontrollverordnung unterliegt. Weniger eindeutig lässt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Fusionskontrollrechts beantworten. Aufgrund der sozialrechtlichen Verbandskonstellation sprechen gewichtige Argumente dafür, das GWB im Hinblick auf derartige Kooperationen gemäß § 69 SGB V auszuschließen. Vertritt man dagegen die Auffassung, dass die Reichweite des § 69 SGB V nicht auf derartige Kooperationen auszudehnen ist, so sind die Bestimmungen der §§ 35 ff. GWB zu berücksichtigen. Es ist davon auszugehen, dass in diesen Konstellationen Zusammenschlusstatbestände des § 37 I GWB verwirklicht werden. Die Frage, ob durch das Kooperationsvorhaben auch die in § 35 I GWB festgelegten Umsatzschwellen überschritten werden, ist hingegen unter Zugrundelegung der jeweils relevanten Umsatzzahlen zu bestimmen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich eine fusionskontrollrechtliche Relevanz der betroffenen Kooperationen nicht ohne weiteres ausschließen lässt. Darüber hinaus können in diesem Kontext weitere kartellrechtliche Fragestellungen von Relevanz sein, so z. B. die kartellrechtliche Beurteilung der Kooperationen als Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach Art. 81 EG sowie die rechtliche Behandlung als Rationalisierungskartell nach § 5 GWB der (noch) geltenden Rechtslage vor dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle.

27) Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 23), § 37 GWB Rn. 95.

28) Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 23), § 37 GWB Rn. 99.

29) Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 23), § 38 GWB Rn. 3.

30) Ruppelt, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Band 1, 9. A 2001, § 38 GWB Rn. 2.

31) Bechtold, (Fn. 25), § 35 GWB Rn. 25.

32) BKartA, Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle, 5.1 Allgemeine Berechnungsgrundlagen, S. 13.

33) Bechtold, (Fn. 25), § 38 GWB Rn. 2.

34) Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 23), § 38 GWB Rn. 4.