

## VERTRAGSARZTRECHT

### Kassenärztliche Vereinigungen – gesetzlicher „Freibrief“ oder greifen die Kontrollmechanismen des Wettbewerbsrechts?

Prof. Dr. Christian Koenig/Kristina Schreiber, Bonn

Das historisch gewachsene Vertragsmonopol der Kassenärztlichen Vereinigungen ist durch die jüngsten Gesundheitsreformgesetzgebungen in Teilbereichen durchbrochen worden. Die im Rahmen der besonderen Versorgungsformen eröffnete Möglichkeit des Abschlusses von Einzelverträgen fügt sich in die gesetzgeberischen Maßnahmen ein, durch die Implementierung wettbewerblicher Elemente eine Verbesserung der Qualität und Effizienz der Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten zu erreichen. Mit dieser Öffnung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung für wettbewerbliche Elemente einher geht eine verstärkte Diskussion um die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts. Vor diesem Hintergrund stellt sich auch für die Kassenärztlichen Vereinigungen die Frage, inwieweit ihr Verhalten der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterliegt und welche

Grenzen die Instrumente des nationalen und des EG-Wettbewerbsrechts entfalten.

#### I. Die Tätigkeiten der Kassenärztlichen Vereinigungen

Den Kassenärztlichen Vereinigungen<sup>1</sup> obliegt nach §§ 72, 75 SGB V als Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>2</sup> die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung. Die überwiegenden Verträge der ärztlichen Leistungserbringung müssen durch die Kassenärztlichen Vereinigungen abgeschlossen werden.<sup>3</sup> Die Einführung dieses Vertragsmonopols begründet sich historisch: Um die Jahrhundertwende vom 19. zum 20. Jahrhundert gefährdete das Einzelvertragssystem aufgrund von streikähnlichen Auseinandersetzungen die Versorgung der Versicherten.<sup>4</sup>

Vor Eintritt in diese Vertragssystematik des SGB V konsolidieren die Kassenärztlichen Vereinigungen die Interessen der Vertragsärzte. Gem. § 75 Abs. 2 S. 1 SGB V nehmen die Kassenärztlichen Vereinigungen „die Rechte der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen“ wahr. Somit repräsentieren die Kassenärztlichen Vereinigungen die Vertragsärzte als Anbieter ärztlicher Leistungen.

Die ursprüngliche Übertragung der gesamten Verhandlungsmacht auf die Kassenärztlichen Vereinigungen wurde durch Einführung der Einzelvertragsmöglichkeiten zugunsten wettbewerblicher Elemente in Teilbereichen in der jüngeren Vergangenheit wieder zurückgenommen. Das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000<sup>5</sup> und das GMG<sup>6</sup> haben insbesondere für die Vereinbarung besonderer Versorgungsformen nach §§ 73b, 73c SGB V und der integrierten Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V die Möglichkeit direkter Vertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten eröffnet.<sup>7</sup> Durch diese Lockerung des Vertragsmonopols der Kassenärztlichen Vereinigungen soll der Wettbewerb um innovative und effizientere Versorgungsstrukturen ermöglicht werden.<sup>8</sup>

▷ Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Kristina Schreiber ist ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterin.

1 Wird im Folgenden ohne weitere Spezifizierung von den Kassenärztlichen Vereinigungen gesprochen, umfasst dies auch die Kassenärztliche Bundesvereinigung.

2 § 77 Abs. 5 SGB V.

3 Vgl. Axer in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2008, § 8 Rz. 15ff. Die Kassenärztlichen Vereinigungen müssen dabei ihrem Sicherstellungsauftrag (ambulante ärztliche Versorgung für die Versicherten) und ihrer Gewährleistungspflicht (Gewährleistung der sachgerechten Erfüllung des Sicherstellungsauftrages gegenüber den Krankenkassen) nachkommen, siehe Orłowski in Orłowski/Rau/Schermer/Wassem/Zipperer, GKV-Kommentar SGB V, § 75 SGB V Rz. 4.

4 Schiller in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2008, § 5 Rz. 1 ff.

5 Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 v. 22.12.1999, BGBl. I 1999, 2626.

6 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) v. 14.11.2003, BGBl. I 2003, 2190.

7 Hess in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 55. Lfg. 2007, § 69 SGB V Rz. 4.

8 Vgl. Korzilius/Maus, Kassenärztliche Vereinigungen: Neuanfang oder Anfang vom Ende?, Dtsch Arztebl 2004; 101(15): A-981/

## Kassenärztliche Vereinigungen – gesetzlicher „Freibrief“?

Dennoch wurden die Kassenärztlichen Vereinigungen noch Ende letzten Jahres als „Monopolisten zur ambulanten Behandlung des Millionenhunders der Kassenpatienten“<sup>9</sup> bezeichnet. Ihnen wird vorgeworfen, als „Anbieterkartell der Ärzte“ einer qualitativ hochwertigen und wirtschaftlichen Versorgung entgegenzustehen. Die Kontrolle über eine solche Marktmacht kann durch die Instrumente des nationalen und EG-Wettbewerbsrechts gewährleistet werden. Sind die Art. 81, 82 EG sowie §§ 1–3 und 19–21 GWB auf das Handeln der Kassenärztlichen Vereinigungen anwendbar, verbieten sie unmittelbar ein den Wettbewerb beschränkendes Verhalten. Auch könnte das EG-Wettbewerbsrecht i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG mitgliedstaatlichen Maßnahmen entgegenstehen, die einen Wettbewerb zwischen den Vertragsärzten unterbinden.

## II. Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts

### 1. Keine Beeinflussung des Anwendbarkeit durch § 69 SGB V

§ 69 SGB V kann die Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EG auf Handlungen der Kassenärztlichen Vereinigungen nicht beeinflussen, da dem Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang vor jedweden nationalen Recht zukommt.<sup>10</sup>

### 2. Unternehmensbegriff

Von entscheidender Bedeutung für die Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts auf Handlungen der Kassenärztlichen Vereinigungen ist deren Unternehmenseigenschaft. Der für das EG-Wettbewerbsrecht geltende funktionale Unternehmensbegriff umfasst „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.<sup>11</sup> Dies gilt, wie Art. 86 Abs. 1 EG verdeutlicht, auch für die Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen.<sup>12</sup> Bei einer der öffentlichen Hand zuzurechnenden Einheit greifen die EG-Wettbewerbsregeln immer dann ein, wenn und soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG ausübt. Dabei kann es im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob eine „Unternehmensvereinigung“ oder ein „Unternehmen“ i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG vorliegt. Unternehmensvereinigungen sind Unternehmen i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG und daher Adressaten des Kartellverbots, soweit sie eigenständige wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten, also als Anbieter oder Nachfrager am Markt auftreten. Aber auch soweit Unternehmensvereinigungen selbst nicht unmittelbar wirtschaftlich tätig werden, gelten sie als Unternehmen, wenn ihren Mitgliedern Unternehmensqualität zukommt und die Vereinigungsbeschlüsse das spezifisch unternehmerische Verhalten der Mitglieder koordinieren.<sup>13</sup>

Ärzte sind als Anbieter von Dienstleistungen, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen, Unternehmer i.S.d. EG-Wettbewerbsrechts – auch wenn sie freiberuflich tätig sind.<sup>14</sup> Den Kassenärztlichen Vereinigungen kommt jedenfalls über die Ärzte als ihre Mitglieder die Eigenschaft als Unternehmensvereinigung und damit Adressatin des EG-Wettbewerbsrechts zu. Die Kassenärztlichen Vereinigungen koordinieren gerade das Angebot von Dienstleistungen der ihnen angehörigen Ärzte.

Aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffes ist die Unternehmensqualität für jede einzelne Handlung festzustellen. Sie ist zu verneinen, wenn die Kassenärztlichen Vereinigungen hoheitliche Tätigkeiten ausüben.

Welche Tätigkeiten als hoheitlich einzustufen sind, ist gemeinschaftsrechtsautonom festzustellen; insbesondere kommt es nicht auf die Organisation oder Rechtsform des staatlichen Organs, sondern auf die konkret ausgeübte Tätigkeit an. Ein hoheitliches Handeln scheidet immer dann aus, wenn sich die Tätigkeit der staatlichen Organe nicht von der Tätigkeit privater Unternehmen unterscheidet. Beispielsweise kann der durch Gesetz vorgesehene Erlass einer Gebührenordnung für die angeschlossenen Unternehmen je nach Ausgestaltung ein wirtschaftliches Handeln<sup>15</sup> oder ein hoheitliches Handeln<sup>16</sup> darstellen.

Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind wie auch die übrigen Leistungserbringer i.S.d. SGB V grundsätzlich Unternehmen i.S.d. Art. 81 und 82 EG.<sup>17</sup>

## III. Konsolidierung der Interessen der Vertragsärzte auf dem Prüfstand des Art. 81 EG

Die Konsolidierung der Interessen der Vertragsärzte in den Kassenärztlichen Vereinigungen könnte eine nach Art. 81 EG verbotene Vereinbarung<sup>18</sup> darstellen.

Anknüpfungspunkt für eine Überprüfung am Maßstab des Art. 81 Abs. 1 EG ist die Zusammenfassung der Interessen der Vertragsärzte zu einer einheitlichen Position und damit die Abstimmung des Marktverhaltens durch die Kassenärztlichen Vereinigungen. Die Vertragsärzte können – von benannten Ausnahmen abgesehen – keine Einzelverträge über ihre Leistungserbringung mit den Krankenkassen abschließen. Die Kriterien ihrer Leistungserbringung werden einheitlich durch die Kassenärztlichen Vereinigungen ausgehandelt. Die Vereinigungen vereinheitlichen so auch das Marktverhalten der Vertragsärzte: Die Kassenärztlichen Vereinigungen setzen in den Verträgen nach §§ 82 ff. SGB V mit den Krankenkassenverbänden die maßgeblichen Kriterien der Leistungserbringung für alle Vertragsärzte fest.

B-815/C-795, abrufbar unter <http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?id=41300>.

- 9 Müller, Ersatzkassen schreiben ambulante Versorgung aus, FAZ v. 17.10.2007, abrufbar unter <http://www.faz.net/s/Rub0E9EEF84AC1E4A389A8DC6C23161FE44/Doc-EDCS66592C8C14AFA838FD2493970FOFF-ATpl-Ecommon-Scontent.html>. Ähnlich auch Hoffritz, KBV – Kassieren, Bestimmen, Verarzten, DIE ZEIT, 15/2003, abrufbar unter [http://www.zeit.de/2003/15/KBV\\_-Kassieren\\_Bestimmen\\_Verarzten?page=all](http://www.zeit.de/2003/15/KBV_-Kassieren_Bestimmen_Verarzten?page=all).
- 10 EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251 (1269).
- 11 EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90, *Höfner und Elser*, Slg. 1991, S. I-1979, Rz. 21; Urt. v. 19.1.1994, Rs. C-364/92, *Euro-control*, Slg. 1994, S. I-43, Rz. 18; Urt. v. 11.12.1997 – Rs. C-55/96, *Job Centre*, Slg. 1997, S. I-7119, Rz. 21.
- 12 EuGH, Urt. v. 12.9.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, *Pa-vel Pavlov*, Slg. 2000, S. I-6451, Rz. 85.
- 13 Roth/Ackermann in Glassen/Bauer, Frankfurter Kommentar zum GWB, 2000, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag, Rz. 72 ff.
- 14 EuGH, Urt. v. 12.9.2000 – verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, *Pa-vel Pavlov*, Slg. 2000, S. I-6451, Rz. 77; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EG Rz. 31.
- 15 Siehe nur EuGH, Urt. v. 18.6.1998 – Rs. C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, S. I-3851, Rz. 36 ff.
- 16 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, S. I-1529, Rz. 36 f., 40 ff.; Urt. v. 5.12.2006 – verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg. 2006, S. I-11421, Rz. 48 ff.
- 17 Vgl. nur Roth, GRUR 2007, 645 (652).
- 18 Soweit vorliegend unspezifiziert von Vereinbarung gesprochen wird, umfasst dies auch die übrigen Tatbestandsalternativen des Beschlusses und der abgestimmten Verhaltensweisen nach Art. 81 Abs. 1 EG.

## Kassenärztliche Vereinigungen – gesetzlicher „Freibrief“?

Diese Positionierung und Interessenskonsolidierung könnte jedenfalls zu „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ der Vertragsärzte i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG führen. Unter diese Tatbestandsvariante fallen alle Formen der Verhaltenskoordinierung unterhalb von Vereinbarungen bzw. Beschlüssen, die „bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundene Wettbewerbs treten“ lassen.<sup>19</sup> Eben diese Koordinierung des Marktverhaltens der Vertragsärzte ist konstituierendes Ziel der Kassenärztlichen Vereinigungen: Durch die Bundesmantelverträge wird beispielsweise für alle Mitgliedsärzte der Umfang der Leistungserbringung und die Vergütung festgelegt. Die Leistungserbringung der Vertragsärzte wird damit so aufeinander abgestimmt, dass diese nicht als zueinander im Wettbewerb stehende Anbieter gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen auftreten. Die Interessenskonsolidierung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen stellt demnach eine unter Art. 81 Abs. 1 EG fallende „aufeinander abgestimmte Verhaltensweise“ dar.

Eine Überprüfung der Verträge nach §§ 82 ff. SGB V zwischen den Krankenkassenverbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen als „Vereinbarungen“ gem. Art. 81 EG kommt dagegen derzeit nicht in Betracht. Während letzteren Unternehmensqualität zukommt, spricht der EuGH diese den deutschen Krankenkassenverbänden ab.<sup>20</sup> Die Überprüfung einer Vereinbarung am Maßstab des Art. 81 EG setzt jedoch das Handeln zweier Unternehmen voraus.

## 1. Normadressaten

Art. 81 Abs. 1 EG verbietet wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen durch Unternehmen und betrifft damit unmittelbar nur unternehmerisches Verhalten und nicht durch

Gesetz oder Verordnung getroffene mitgliedstaatliche Maßnahmen. Die Mitgliedstaaten dürfen jedoch nach Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 EG keine hoheitlichen Maßnahmen treffen, durch welche die für Unternehmen geltenden EG-Wettbewerbsregeln ausgeschaltet und damit ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden könnten.<sup>21</sup> Die Anwendbarkeit des Art. 81 EG gegenüber den handelnden Rechtsträgern der Unternehmen wird jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten hoheitlich genehmigt wird oder zu diesem durch Rechtsvorschriften ermutigt wird.<sup>22</sup> Bei einer bloßen gesetzlichen Ermöglichung der Interessenskonsolidierung, beispielsweise durch § 73c Abs. 3 Nr. 4 SGB V, bleiben die Rechtsträger der handelnden Unternehmen Adressaten des Art. 81 EG.

In den meisten Bereichen ist die Interessenskonsolidierung der Vertragsärzte in den Kassenärztlichen Vereinigungen jedoch gesetzlich durch das Vertragsmonopol vorgegeben. Schließen die Kassenärztlichen Vereinigungen Verträge nach §§ 82 ff. SGB V, erfüllen sie ihren gesetzlichen Auftrag. Sie werden nicht aus eigener Initiative tätig. Vielmehr verwehrt das SGB V den Abschluss von Einzelverträgen mit wenigen Ausnahmen. Durch die mitgliedstaatliche Vorgabe einer von Art. 81 EG erfassten unternehmerischen Verhaltensweise verstößt ein Mitgliedstaat gegen Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 EG.<sup>23</sup> Entscheidend ist demnach, ob die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 EG vorliegen.

## 2. Wettbewerbsbeschränkung

Die Konsolidierung der Interessen könnte den Wettbewerb zwischen Vertragsärzten in einer von Art. 81 Abs. 1 EG verbotenen Weise beschränken.

### a) Zulässige staatliche Regelung

Keine von Art. 81 EG verbotene Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das scheinbar unternehmerische Verhalten eine staatliche Regelung darstellt. Der EuGH hat bereits mehrfach über die Vereinbarkeit von „Gebührenordnungen“ und ähnlichen Regelungswerken, die von Berufsverbänden verfasst wurden, mit Art. 81 EG entschieden. Ob ein solches Regelungswerk als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder aber als staatliche Regelung einzuordnen ist, liegt im Spannungsfeld zwischen der von Art. 81 EG nicht berührten Möglichkeit der Mitgliedstaaten, unter Beachtung des übrigen Gemeinschaftsrechts regulativ in den Wettbewerb einzugreifen, und dem Verbot aus Art. 81 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG, den Wettbewerbsregeln für die Tätigkeiten von Unternehmen ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Das Verbot des Art. 81 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 EG erstreckt sich nicht auf jede staatliche Maßnahme, die wettbewerbswidrige Wirkungen haben könnte.<sup>24</sup> Ein Regelwerk verliert nicht automatisch den Charakter einer staatlichen Regelung, wenn ein Mitgliedstaat einen Berufsverband mit dessen Ausarbeitung betraut.<sup>25</sup> Das entstandene Regelwerk bleibt nach der Rechtsprechung des EuGH eine staatliche Regelung, wenn die Handelnden als von den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern unabhängige Sachverständige angesehen werden können. Dies ist insbesondere der Fall, wenn dem Mitgliedstaat die Letztentscheidung über die Gebührenordnung zukommt und so sichergestellt wird, dass der Berufsverband auch Allgemeininteressen berücksichtigt.<sup>26</sup> Keine staatliche Regelung liegt dagegen vor, wenn der Berufsverband zuvorderst die Interessen der ihm angehörenden Wirtschaftsteilnehmer vertritt<sup>27</sup> und der Mitgliedstaat seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt,

- 19 EuGH, Urt. v. 8.7.1999 – Rs. C-199/92 P, *Hüls AG/Kommission*, Slg. 1999, S. I-4287, Rz. 158; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, 2005, Art. 81 EG Rz. 46.
- 20 EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, *AOK Bundesverband*, Slg. 2004 S. I-2524 = GesR 2004, 190; Urt. v. 11.6.2006 – Rs. C-205/03 P, *FENIN*, Slg. 2006, S. I-6295.
- 21 EuGH, Urt. v. 29.1.1985 – Rs. 231/83, *Cullet/Leclerc*, Slg. 1985, S. 305, Rz. 16; Urt. v. 5.12.2006 – verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg. 2006, S. I-11421, Rz. 46; Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-198/01, *CIF*, Slg. 2003, S. I-8055, Rz. 45; Urt. v. 13.3.2008 – Rs. C-446/05, *Ioannis Doulamis*, Rz. 19, GesR 2008, 321.
- 22 EuGH, Urt. v. 29.1.1985 – Rs. 231/83, *Cullet/Leclerc*, Slg. 1985, S. 305, Rz. 17; EuGH, Urt. v. 6.4.1995 – Rs. T-148/89, *Trefilunion/Kommission*, Slg. 1995, S. II-1063, Rz. 118.
- 23 EuGH, Urt. v. 9.9.2003 – Rs. C-198/01, *CIF*, Slg. 2003, S. I-8055, Rz. 45; Urt. v. 5.12.2006 – verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg. 2006, S. I-11421, Rz. 47; Urt. v. 13.3.2008 – Rs. C-446/05, *Ioannis Doulamis*, Rz. 20, GesR 2008, 321. In der früheren Rechtsprechung verneinte der EuGH einen Verstoß eines Mitgliedstaates gegen Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 EG gerade mit dem Argument, dass die gesetzliche Regelung nicht darauf gerichtet war, den Abschluss von Vereinbarungen i.S.d. Art. 81 Abs. 1 vorzuschreiben, EuGH, Urt. v. 29.1.1985 – Rs. 231/83, *Cullet/Leclerc*, Slg. 1985, S. 305, Rz. 17; Urt. v. 2.7.1987 – Rs. 188/86, *Regis Lefevre*, Slg. 1987, S. 2963, Rz. 7.
- 24 So in Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 22.11.2007 – Rs. C-446/05, *Ioannis Doulamis*, Rz. 65.
- 25 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, S. I-1529, Rz. 36.
- 26 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, S. I-1529, Rz. 36 f., 40 ff.; Urt. v. 5.12.2006 – verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg. 2006, S. I-11421, Rz. 48 ff.
- 27 EuGH, Urt. v. 19.2.2002 – Rs. C-309/99, *Wouters*, Slg. 2002, S. I-1577, Rz. 59 ff.

### Kassenärztliche Vereinigungen – gesetzlicher „Freibrief“?

dass er die Verantwortung für die in die Wirtschaft eingreifenden Entscheidungen auf private Wirtschaftsteilnehmer überträgt.<sup>28</sup>

Bei der Festsetzung einheitlicher Bewertungsmaßstäbe nach § 87 SGB V führt dies zu dem Ergebnis, dass keine nach Art. 81 EG verbotene Wettbewerbsbeschränkung durch die Interessenkonsolidierung in der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vorliegt. Zwar bringt die Vereinigung im gesetzlichen Auftrag zunächst ohne hoheitliche Kontrolle die Interessen der Vertragsärzte in die Bewertungsausschüsse ein. Nach § 87 Abs. 6 SGB V behält sich das Bundesministerium für Gesundheit jedoch die Letztentscheidung vor: Es kann die Beschlüsse des Bewertungsausschusses beanstanden, mit Auflagen verbinden oder sogar eigenständige Vereinbarungen festsetzen. Die Verantwortung für die Festlegung der einheitlichen Bewertungsmaßstäbe ist damit nicht auf private Wirtschaftsteilnehmer übertragen worden.

Anderes könnte für Vereinbarungen über die besondere ambulante ärztliche Versorgung nach § 73c SGB V gelten. Kassenärztliche Vereinigungen können nach § 73c Abs. 3 Nr. 4 SGB V Vertragspartner solcher Vereinbarungen sein, ohne dass eine hoheitliche Kontrolle vorgesehen ist. Der deutsche Gesetzgeber begünstigt insoweit die Konsolidierung der Interessen der Vertragsärzte beim Abschluss solcher Verträge. Keine Letztentscheidung behält sich der Mitgliedstaat auch bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der hausärztlichen Versorgung nach § 73 Abs. 1c SGB V vor. Zwar ist die Kassenärztliche Bundesvereinigung zum Abschluss der Verträge nach § 73 Abs. 1c SGB V gesetzlich verpflichtet. Inhalt und Umfang der vertragsärztlichen Versorgung muss den gesetzlich vorgegebenen Rahmenbedingungen des § 73 SGB V entsprechen; die genaue Ausgestaltung bleibt hingegen den Vertragsparteien überlassen.<sup>29</sup>

Schließlich unterliegen Strukturverträge nach § 73a Abs. 1 SGB V dem Tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EG: § 73a Abs. 1 SGB V ermöglicht den Abschluss von Strukturverträgen durch Kassenärztliche Vereinigungen, schreibt ihn hingegen nicht vor. Insofern liegt allenfalls eine „Ermutigung“ zu Kartellabsprachen durch den Gesetzgeber vor. Die vereinbarten Vergütungsstrukturen können nach § 73a Abs. 1 S. 4 SGB V von den einheitlichen Bewertungsmaßstäben nach § 87 SGB V abweichen. Die Verantwortung für die Ausgestaltung der besonderen Versorgungs- und Vergütungsstrukturen obliegt den Vertragsparteien in eigener Verantwortung.

#### b) Ermöglichung des Marktzutritts

Keine Wettbewerbsbeschränkung liegt ferner vor, wenn die abgestimmte Verhaltensweise gerade für den Marktzutritt eines Unternehmens notwendig ist.<sup>30</sup> Die Bündelung der Interessen der Vertragsärzte in den Kassenärztlichen Vereinigungen stärkt deren Verhandlungsposition gegenüber den Krankenkassen(verbänden). Jedoch ermöglicht diese Bündelung nicht erst den Wettbewerb auf Stufe des Angebots vertragsärztlicher Leistungen oder den Marktzutritt einzelner Vertragsärzte: Fehlender Wettbewerb auf dieser Wertschöpfungsstufe war weder historischer Anlass für die Einführung Kassenärztlicher Vereinigungen, noch erachtet der Gesetzgeber heute das Kollektivvertragssystem für umfassend notwendig, um den Marktzutritt von Vertragsärzten zu ermöglichen. Vielmehr ist die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten durch eine Bündelung der Interessen in den Kassenärztlichen Vereinigungen von sozialen Beweggründen geprägt. Die partielle Durchbrechung des Vertragsmonopols insbesondere durch Einführung der §§ 73b, 73c, 140a ff. SGB V ver-

deutlicht, dass ein Wettbewerb unter den Vertragsärzten auch ohne eine Bündelung in den Kassenärztlichen Vereinigungen jedenfalls in Teilbereichen als möglich angesehen wird und zur Steigerung der Versorgungsqualität und Effizienz auch erwünscht ist.

#### c) Wettbewerbsbeschränkung durch Interessenkonsolidierung

Zur Beurteilung der Vereinbarkeit einer abgestimmten Verhaltensweise mit dem Gemeinsamen Markt sind der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang, ihr Zweck und ihre Wirkungen zu prüfen, wobei insbesondere die Struktur des betreffenden Marktes und die auf diesem bestehenden tatsächlichen Bedingungen zu berücksichtigen sind.<sup>31</sup> Eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 81 Abs. 1 EG kommt nur in Betracht, wenn der Wettbewerb tatsächlich spürbar behindert, eingeschränkt oder verfälscht wurde.<sup>32</sup>

Die Bündelung der Interessen der Vertragsärzte durch die Kassenärztlichen Vereinigungen schließt einen Wettbewerb auf Anbieterebene in weitem Umfang aus.

Schließen Vertragsärzte gemeinsam durch die Kassenärztlichen Vereinigungen Verträge nach § 73c SGB V, schalten sie den Wettbewerb untereinander in diesem Marktsegment aus. Denn vor Eintritt in die Vertragsverhandlungen bilden sie eine gemeinsame Position und stimmen so ihr Marktverhalten aufeinander ab. Eine Kassenärztliche Vereinigung als Vertragspartei repräsentiert eigentlich im Wettbewerb zueinander stehende Vertragsärzte als eine konforme Einheit. Dies stellt dann eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG dar, wenn sie spürbar ist. Für horizontale Vereinbarungen liegt die Spürbarkeitsschwelle bei einem Marktanteil von 10%.<sup>33</sup> Ob das abgestimmte Verhalten wettbewerbsrechtlich verboten ist, richtet sich demnach nach dem von der Kassenärztlichen Vereinigung repräsentierten Marktanteil im Einzelfall. Ebenso stellen Strukturverträge nach § 73a Abs. 1 SGB V eine Wettbewerbsbeschränkung dar, wenn der für eine Spürbarkeit erforderliche Marktanteil überschritten wird.

Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte ferner in der vonseiten der Vertragsärzte einheitlichen Vorgabe des Inhalts und Umfangs ihrer Leistungen liegen (§ 73 Abs. 1c SGB V). Zwar sind gesetzlich Rahmenparameter für die Ausgestaltung des Vertrages nach § 73 Abs. 1c SGB V vorgegeben, jedoch verbleibt ein ausreichender Gestal-

28 So in Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 22.11.2007 – Rs. C-446/05, *Ioannis Doulami*, Rz. 66.

29 Gestaltungsspielraum verbleibt insbesondere bei der Ausgestaltung der hausärztlichen Versorgung, vgl. Hess in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 55. Lfg. 2007, § 73 Rz. 10.

30 EuGH, Urt. v. 30.6.1966 – Rs. 56/65, Slg. 1966, S. 282 (304); EuG, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. T-328/03, O2 (*Germany*)/Kommission, Slg. 2006, S. II-1231, Rz. 68.

31 EuGH, Urt. v. 12.12.1995 – Rs. C-399/93, *Oude Littikhuis*, Slg. 1995, S. I-4515, Rz. 10; EuGH, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. T-328/03, O2 (*Germany*)/Kommission, Slg. 2006, S. II-1231, Rz. 66.

32 EuG, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. T-328/03, O2 (*Germany*)/Kommission, Slg. 2006, S. II-1231, Rz. 68.

33 Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften nicht spürbar beschränken (de minimis), ABl. EG v. 22.12.2001, Nr. C 368, S. 13, Rz. 7. Diese Spürbarkeitsschwelle gilt auch im nationalen Recht, siehe *Bundeskartellamt*, Bagatellbekanntmachung v. 13.3.2007, Nr. 18/2007, Rz. 8, abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter\\_deutsch/07Bagatellbekanntmachung.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/07Bagatellbekanntmachung.pdf).

## Kassenärztliche Vereinigungen – gesetzlicher „Freibrief“?

tungsspielraum.<sup>34</sup> Für einen Anbieterwettbewerb kennzeichnende Differenzen im Leistungsangebot werden so ausgeschlossen, der Wettbewerb für diesen Bereich damit ausgeschaltet.

## 2. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Die Interessenkonsolidierung müsste geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Abgestimmte Verhaltensweisen, die den Wettbewerb im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates beschränken, sind in der Regel zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet, da sie die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die gewünschte Marktintegration verhindern können.<sup>35</sup> Die Bündelung der Interessen in den Kassenärztlichen Vereinigungen erschwert jedenfalls den Marktzutritt für Ärzte aus anderen EG-Mitgliedstaaten und ist somit grundsätzlich geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

## 3. Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG

Die abgestimmten Verhaltensweisen der Vertragsärzte in den Kassenärztlichen Vereinigungen sind nicht nach Art. 81 Abs. 1 EG verboten, wenn die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen.

Eine Freistellung scheidet in der derzeitigen gesetzlichen Regelungssystematik jedoch bereits aufgrund des Art. 81 Abs. 3 lit. b EG aus: Der Wettbewerb zwischen den Ver-

tragsärzten wird durch die Bündelung in den Kassenärztlichen Vereinigungen beinahe vollumfänglich ausgeschlossen. Auf dem relevanten Markt des Angebots vertragsärztlicher Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland<sup>36</sup> umfassen die von den Kassenärztlichen Vereinigungen zu regelnden Kriterien der Leistungserbringung beinahe den gesamten Markt.

Für den Abschluss von Verträgen nach § 73c SGB V hat bereits der Gesetzgeber durch die Möglichkeit des Abschlusses von Einzelverträgen verdeutlicht, dass der gemeinsame Abschluss durch eine Kassenärztliche Vereinigung nicht „unerlässlich“ i.S.d. Art. 81 Abs. 3 lit. a EG ist.

## 4. Ausnahmen von der Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts ausschließlich nach Art. 86 Abs. 2 EG

Ist der Anwendungsbereich des EG-Wettbewerbsrechts eröffnet, kann nur nach Maßgabe des Art. 86 Abs. 2 EG ausnahmsweise von dessen Vorgaben abzusehen sein.<sup>37</sup>

Begünstigte der Ausnahmemöglichkeit nach Art. 86 Abs. 2 EG sind mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen.<sup>38</sup> Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind als Unternehmen mit der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung durch Gesetz betraut (vgl. §§ 72, 75 SGB V).<sup>39</sup> Die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung erfolgt im Interesse der Allgemeinheit,<sup>40</sup> nämlich um die ärztliche Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten und damit der überwiegenden Bevölkerung zu gewährleisten. Sie stellt nicht ausschließlich eine Wahrnehmung sozialer Belange dar, sondern ist mit den wirtschaftlichen Interessen der Vertragsärzte als Unternehmer eng verknüpft.<sup>41</sup> Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind damit Begünstigte des Art. 86 Abs. 2 EG.

Nach Art. 86 Abs. 2 EG sind die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages dann unanwendbar, wenn die Aufgabenerfüllung bei einer Anwendbarkeit dieser Vorschriften *verhindert* würde und die Ausnahme verhältnismäßig ist. Die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der „Verhinderung der Aufgabenerfüllung“ wird in der Rechtsprechung des EuGH uneinheitlich gehandhabt. Zum Teil befürwortet der EuGH eine enge Auslegung: Die bloße Behinderung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung genüge nicht.<sup>42</sup> Die Durchführung der Dienstleistung müsse vielmehr unmöglich sein, wenn die Vertragsvorschriften beachtet werden.<sup>43</sup> Zum Teil legt der EuGH jedoch auch einen weniger strengen Maßstab an. So sei nicht erforderlich, dass das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Es genüge, wenn die Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben bei der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln gefährdet ist und nur durch eine Ausnahme von der Anwendbarkeit die Aufgabenerfüllung zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen möglich ist.<sup>44</sup>

Eine Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EG kommt demnach jedenfalls dann in Betracht, wenn die vertragsärztliche Versorgung ohne eine Interessenkonsolidierung in den Kassenärztlichen Vereinigungen oder entsprechenden Zusammenschlüssen nicht sichergestellt werden könnte. Würden die Interessen der Vertragsärzte nicht einheitlich durch die Kassenärztlichen Vereinigungen gegenüber den Krankenkassen(verbänden) vertreten, könnte aufgrund der dann erforderlichen unzähligen Einzelverträge die Absprache der Kriterien der Leistungserbrin-

34 Insbesondere in der Ausgestaltung der hausärztlichen Versorgung, vgl. Hess in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 55. Lfg, 2007, § 73 Rz. 10.

35 EuGH, Urt. v. 18.6.1998 – Rs. C-35/96, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, S. I-3851, Rz. 48; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, 2005, Art. 81 EG Rz. 106.

36 Je nach Einzelfall ist der Markt räumlich enger auf das Einzugsgebiet einzelner Vertragsärzte zu begrenzen.

37 Keine Ausnahmemöglichkeit eröffnet dagegen Art. 152 Abs. 5 EG: Die Beachtung anderer gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen bei der nationalen Ausgestaltung der Organisation des Gesundheitswesens wird durch diese Vorschrift nicht ausgeschlossen, vgl. statt vieler EuGH, Urt. v. 16.5.2006 – Rs. C-372/04, *Yvonne Watts*, Slg. 2006, S. I-4325, Rz. 146 f.

38 Grundlegend dazu *Koenig/Kühling* in Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 86 EGV Rz. 43 ff.

39 Eine Betrauung mit einer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe i.S.d. Art. 86 Abs. 2 EG liegt vor, wenn diese Aufgabe dem Unternehmen durch Gesetz übertragen wurde, siehe EuGH, Urt. v. 14.7.1971 – Rs. 10/71, *Staatsanwaltschaft Luxemburg/Müller*, Slg. 1971, S. 723, Rz. 8/12.

40 Diese Voraussetzung ist weit zu fassen, siehe grundlegend *Koenig/Kühling* in Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 86 EGV Rz. 45 ff.

41 Da das Interesse wirtschaftlicher Natur sein muss, ist die Wahrnehmung allein sozialer Belange nicht ausreichend, es genügt aber, wenn die sozialen mit wirtschaftlichen Interessen eng verknüpft sind, siehe EuGH, Urt. v. 21.9.1999 – verb. Rs. C-115/97 bis C-117/97, *Brentjens Handelssonderneming*, Slg. 1999, S. I-6029, Rz. 103; Art. 86 Abs. 2 EG als Vorschrift, die das mitgliedstaatliche Interesse am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Gemeinschaftsinteresse an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln in Ausgleich bringen soll.

42 EuG, Urt. v. 19.6.1997 – Rs. T-260/94, *Air Inter*, Slg. 1997, S. II-997, Rz. 38; *Jungbluth* in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl. 2001, Art. 86 EG Rz. 42.

43 EuGH, Urt. v. 19.5.1993 – Rs. C-320/91, *Corbeau*, Slg. 1993, S. I-2533, Rz. 14; Urt. v. 27.4.1994 – Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, S. I-1477, Rz. 46.

44 Siehe EuGH, Urt. v. 17.5.2001 – Rs. C-340/99, *TNT Traco*, Slg. 2001, S. I-4109, Rz. 54; Urt. v. 15.11.2007 – Rs. C-162/06, *International Mail Spain*, Rz. 35.

### Kassenärztliche Vereinigungen – gesetzlicher „Freibrief“?

gung erheblich erschwert werden. Am Beispiel des § 73 SGB V könnte die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung insgesamt gefährdet werden, wenn keine einheitlichen Maßstäbe vereinbart würden. Selbst nach der strengen Maßstäbe anlegenden Rechtsprechung des EuGH ist jedenfalls der Kernbereich der vertragsärztlichen Versorgung von der Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts nach Art. 86 Abs. 2 EG ausgenommen.

Anderes könnte für die Interessenkonsolidierung mit Blick auf die Vereinbarung besonderer Versorgungsformen gelten (insbesondere §§ 73a, 73b, 73c SGB V). Mittels dieser vorsichtigen Lockerung des ausnahmslosen Vertragsmonopols unter weiterhin möglicher Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigungen wird Neuland betreten, um die Möglichkeit von Marktentwicklungen hin zu Qualitäts- und Effizienzsteigerungen auszutesten, ohne die vertragsärztliche (Grund-)Versorgung der Bevölkerung zu gefährden. Denn welche Interessenkonsolidierungen in den Kassenärztlichen Vereinigungen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung auch in der Zukunft zwingend erforderlich sind, um eine Gesundheitsgefährdung zu verhindern, stellt eine Prognoseentscheidung dar. Für eine Weiterentwicklung der Versorgungsstrukturen kann eine – zeitweilige – Ausnahme von der Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts notwendig sein. Können Innovationen nur unter Ausnahme der EG-Wettbewerbsregeln entwickelt werden, ist mit einer weniger strengen Auslegung des Verhinderungsmaßstabs durch den EuGH oder aber dem Zugeständnis eines weiten Beurteilungsspielraums an den Mitgliedstaat zu rechnen.

#### IV. Missbrauchskontrolle des Verhaltens der Kassenärztlichen Vereinigungen nach Art. 82 EG

Das Handeln der Kassenärztlichen Vereinigungen unterliegt zudem der Missbrauchskontrolle, wenn diese als Unternehmen tätig werden.

Art. 82 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, soweit diese geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ist in Bezug auf einen relevanten Markt festzustellen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt unter dem Gesichtspunkt der Nachfragesubstitution.<sup>45</sup>

Sachlich relevanter Markt ist die Versorgung der Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen zulasten der Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>46</sup> Entscheidend ist die Sicht der Nachfrager, vorliegend der gesetzlichen Krankenversicherung, die ihren Mitgliedern ärztliche Leistungen im Wege des Sach- und Dienstleistungsprinzips zur Verfügung stellt (§ 2 Abs. 2 SGB V). Die Kassenärztlichen Vereinigungen bündeln das Leistungsangebot der Vertragsärzte und damit das Angebot ärztlicher Leistungen gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung. Das gemeinsame Auftreten der Vertragsärzte führt zur Repräsentation des jedenfalls weit überwiegenden Marktanteils, sodass die Kassenärztlichen Vereinigungen als marktbeherrschend einzustufen sind. Bei dem Abschluss von Verträgen nach § 73c SGB V richtet sich die Marktbeherrschung der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung nach der Anzahl der Vertragsärzte, die sie vertritt, und damit dem repräsentierten Marktanteil.

Ihr Verhalten ist daher am Missbrauchsverbot des Art. 82 EG zu kontrollieren.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Interessenkonsolidierung in den Kassenärztlichen Vereinigungen gesetzlich vorgesehen ist. Ein Missbrauch nach Art. 82 EG durch die Rechtsträger von Unternehmen scheidet aus, wenn diese lediglich in Vollzug gesetzlicher Vorschriften handeln. Als Adressat kommt dann der entsprechende Mitgliedstaat in Betracht. Erforderlich ist ein eigener unternehmerischer Handlungsspielraum und damit ein missbräuchliches Verhalten aus eigener Initiative.<sup>47</sup>

Die Voraussetzungen für einen Ausschluss jeglichen unternehmerischen Handlungsspielraumes und damit für den Ausschluss einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der unternehmerischen Tätigkeit sind aufgrund der Zielsetzungen der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften eng zu fassen. Unter Beachtung der Bedeutung des EG-Wettbewerbsrechts für die Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes (Art. 2, 3 EG) verbleibt ein unternehmerischer Handlungsspielraum, solange die gesetzlichen Vorgaben die Möglichkeit eines initiativen wettbewerbsrelevanten Verhaltens bestehen lassen. Eine Anwendung des Art. 82 EG gegenüber den Rechtsträgern der Unternehmen scheidet nur aus, wenn die Wettbewerbsbeschränkung oder -verfälschung ihre Ursache ausschließlich in nationalen Rechtsvorschriften hat.<sup>48</sup>

Das SGB V schreibt den Kassenärztlichen Vereinigungen zunächst ausschließlich vor, dass diese Verträge mit den Krankenkassenverbänden abschließen. Der Inhalt steht weitestgehend zur Disposition der Parteien. Die Kassenärztlichen Vereinigungen können so ihre Position frei bestimmen und in die Vertragsverhandlungen einführen. Ihnen kommt damit der für die Anwendung des Art. 82 EG notwendige eigene unternehmerische Handlungsspielraum zu.

#### V. Anwendbarkeit des nationalen Wettbewerbsrechts

##### 1. Auswirkungen des § 69 SGB V im Hinblick auf die Anwendbarkeit des GWB

Im nationalen Recht unterstellt § 69 S. 1 SGB V die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern ausschließlich den gesetzlichen Vorgaben des Vierten Kapitels (sowie den §§ 63 und 64) des SGB V und schließt damit die Anwendbarkeit u.a. des GWB aus.<sup>49</sup> Gem. § 69 S. 2 SGB V sind lediglich die §§ 19–21 GWB entsprechend anwendbar. Der Gesetzgeber bezweckt durch § 69 S. 1 SGB V u.a. den Ausschluss der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die Handlungen der *Krankenkassen*.<sup>50</sup>

Differenzierter zu beurteilen ist die Anwendbarkeit des nationalen Wettbewerbsrechts auf Handlungen der Kas-

45 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, 2005, Art. 82 EG Rz. 6.

46 Die räumliche Marktabgrenzung bestimmt sich nach dem jeweils infrage stehenden Handeln.

47 Siehe nur EuGH, Urt. v. 11.12.1997 – verb. Rs. C-359/95 P und C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Slg. 1997, S. I-6265, Rz. 33; EuG, Urt. v. 10.4.2008 – Rs. T-271/03, *Deutsche Telekom AG*, Rz. 85.

48 EuG, Urt. v. 10.4.2008 – Rs. T-271/03, *Deutsche Telekom AG*, Rz. 87.

49 Vgl. BT-Drucks. 14/1245, Zu Nummer 29 (§ 69), S. 68.

50 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, Zu Nummer 29 (§ 69), S. 68.

## Der neue Zusatzbeitrag nach § 242 SGB V

senärztlichen Vereinigungen. Mit den gesetzgeberischen Formulierungen wird keine Aussage zu einer generellen Unanwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf das Verhalten der Leistungserbringerverbände getroffen. Aus § 69 SGB V folgt, dass die Anwendbarkeit des GWB mit Ausnahme der §§ 19–21 auf Kassenärztliche Vereinigungen ausgeschlossen ist, soweit Beziehungen zu den Krankenkassen(verbänden) zu überprüfen sind. Dies gilt auch für die Interessenkonsolidierung der Vertragsärzte innerhalb der Kassenärztlichen Vereinigungen zu dem Zweck einer einheitlichen Positionierung für den Abschluss von in § 64 und im Vierten Kapitel SGB V vorgesehenen Verträgen mit den Krankenkassen(verbänden). Eine solche Interessenkonsolidierung ist Ausgangspunkt für den Eintritt in Rechtsbeziehungen nach § 69 S. 1 SGB V und erfolgt gerade zu diesem Zweck.

Jedoch ergeben sich aus § 69 SGB V keine Anhaltspunkte für die Einordnung des Verhaltens der Kassenärztlichen Vereinigungen, soweit ausschließlich deren Beziehung zu ihren Mitgliedern, den Vertragsärzten, oder Dritten, beispielsweise pharmazeutischen Unternehmen, betroffen ist. § 69 SGB V entfaltet beispielsweise keine Auswirkungen auf Empfehlungen der Kassenärztlichen Vereinigungen u.a. nach § 73 Abs. 8 SGB V. Solche Empfehlungen begründen keine „Rechtsbeziehungen“ zu den Krankenkassen oder ihren Verbänden i.S.d. § 69 S. 1 SGB V und stehen auch in keinem Zusammenhang mit einer solchen Rechtsbeziehung. Damit kommt auch keine Berührung von Rechten Dritter i.S.d. § 69 S. 5 SGB V in Betracht.

Nicht nach Maßgabe der §§ 1–3 GWB können schließlich die Verträge zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, insbesondere nach §§ 82 ff. SGB V, kontrolliert werden. Allerdings greift der Kontrollmechanismus durch §§ 19–21 GWB, wenn kein Abschlusszwang und keine Schiedsamsregelung vorgesehen ist, für die an den Verträgen beteiligten Krankenkassen und für die beteiligten Kassenärztlichen Vereinigungen.

## 2. Unternehmensbegriff

Die Unternehmensqualität der Kassenärztlichen Vereinigungen i.S.d. GWB kann im Wesentlichen ebenso wie jene i.S.d. EG-Wettbewerbsrechts bejaht werden. Darüber hinaus wird sie für diese sowie für die Krankenkassen (verbände) im Rahmen der §§ 19–21 GWB nach § 69 S. 2 SGB V vermutet, wenn Rechtsbeziehungen i.S.d. § 69 S. 1 SGB V betroffen sind.

## VI. Konsolidierung der Interessen der Vertragsärzte auf dem Prüfstand des § 1 GWB

§ 1 GWB entspricht mit Ausnahme der Zwischenstaatlichkeitsklausel Art. 81 EG,<sup>51</sup> sodass ebenso ein Verstoß gegen § 1 GWB je nach Einzelfall vorliegen kann. Die Anwendbarkeit des § 1 GWB ist jedoch nach § 69 SGB V ausgeschlossen, wenn die Interessenkonsolidierung in den Kassenärztlichen Vereinigungen zum Zweck des Abschlusses von Verträgen nach § 64 oder dem Vierten Kapitel des SGB V erfolgt.

## VII. Missbrauchskontrolle des Verhaltens der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Krankenkassen(verbände) nach §§ 19–21 GWB

Das Handeln der Kassenärztlichen Vereinigungen unterliegt zudem der Missbrauchskontrolle der §§ 19–21 GWB. Insofern gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, die zu Art. 82 EG erarbeitet wurden.

Im Unterschied zum Gemeinschaftsrecht unterliegen darüberhinaus die Handlungen der Krankenkassen(verbände) der Missbrauchskontrolle nach §§ 19–21 GWB, wenn der Abschluss der Verträge nicht verpflichtend vorgeschrieben ist und im Falle des Nichtzustandekommens keine Schiedsamsregelung gilt (§ 69 S. 2 SGB V). Der Kontrolle nach §§ 19–21 GWB können insbesondere Strukturverträge nach § 73a SGB V und Verträge über besondere Versorgungsformen (§§ 73b f., 140a ff. SGB V) unterliegen.

## VIII. Fazit: Wettbewerbsrechtliche Kontrolle auch für die Tätigkeiten der Kassenärztlichen Vereinigungen

Die Tätigkeiten der Kassenärztlichen Vereinigungen unterliegen demnach in weitem Umfang der Kontrolle durch das EG-Wettbewerbsrecht ebenso wie durch das nationale Wettbewerbsrecht. Ausgenommen sind lediglich solche Tätigkeiten, die auf den Abschluss von Verträgen wie nach § 87 SGB V abzielen und als hoheitliche Tätigkeiten einzustufen sind.

<sup>51</sup> Bechtold, 4. Aufl. 2006, § 1 GWB Rz. 1.