

Das undenkbar Denke: Nur ein staatlich unabhängig regulierter Selektivvertragswettbewerb zieht die GKV aus dem Sumpf des Korporatismus!

Prof. Dr. Christian Koenig/Dr. Kristina Schreiber, Bonn

Die Notwendigkeit einer Umstrukturierung des Regulierungsregimes der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland in materieller wie institutioneller Hinsicht ist wohl unbestritten – auch politisch infolge der Verankerung im Koalitionsvertrag. Umstritten jedoch ist das „optimale Design“ der neuen GKV-Landschaft. Die vorliegende Abhandlung bringt ein Modell in diese Diskussion, welches radikalen – verwendet in seiner ursprünglichen Wortbedeutung – Selektivvertragswettbewerb durch ein institutionelles Korsett stützt und so über die Aktivierung funktionsfähiger Marktkräfte eine qualitative wie quantitative Ergebnisoptimierung herbeizuführen fähig ist. Wettbewerbliche Versorgungsausfälle sind durch eine staatliche Universaldiensteregulierung aufzufangen und nicht der Regelung seitens der – marktmächtigen – Nachfrageseite selbst zu überantworten. Ohne den Anspruch auf eine wissenschaftlich fundierte Abhandlung zu erheben, strebt es diese Abhandlung an, die aktuelle Diskussion um die optimale Umgestaltung mit einem Denkanstoß in Richtung Radikalisierung – im Lichte der Entbürokratisierung und Entflechtung der gesetzlichen Determinanten – anzureichern. Erarbeitet wird ein Gerüst, welches auf dem Grundsatz, radikalen Selektivvertragswettbewerb zu wagen, basiert und wettbewerbliche Versorgungsausfälle durch eine Universaldiensteregulierung auffängt.

I. Der Befund

Das Regulierungsregime der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland ist geprägt durch eine Vielzahl von im Zuge verschiedener Gesetzesnovellierungen implementierter (Preis-)Regulierungsinstrumente, die weder aufeinander abgestimmt sind noch in ihrer Gesamtheit den Attributen der Konsistenz, Kohärenz, Eindeutigkeit und Strukturiertheit genügen könnten. Am Beispiel der Arzneimittelversorgung gesetzlich Krankensicherter ist zunächst auf die drei maßgeblichen Pfeiler der Festbetragsregelung der §§ 35 f. SGB V, der Preisspannenberechnung nach § 78 AMG i.V.m. der AMPreisV sowie den Spezialvorgaben im Rahmen der besonderen Versorgungsformen (z.B. §§ 140a ff. SGB V) hinzuweisen. In

diesem System leisten auf den Grundfesten der Qualität, Humanität und Wirtschaftlichkeit (§ 70 SGB V) sowie der Beitragssatzstabilität (§ 71 SGB V) die Versicherten, die Ärzte, die Apotheken sowie die Hersteller ihren gesetzlichen Verpflichtungen zufolge unterschiedliche Beiträge für die angestrebte Reduktion der Arzneimittelausgaben:

- Versicherte: i.d.R. Zuzahlung (z.B. § 31 SGB V);
- Ärzte: Arzneimittelbudget (Ausgabenvolumen mit Bonus-Malus-Regelung, § 84 SGB V); Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung (§§ 106 f. SGB V);
- Apotheken: Rahmenvertrag (§ 129 SGB V); Zielpreisvereinbarung (§ 129 Abs. 5 SGB V); Zwangsrabatte (§ 130 SGB V);
- Hersteller: Zwangsrabatt unter Zwischenschaltung der Apotheken (§ 130a SGB V); optionale Rabattverträge mit den Krankenkassen (§ 130a Abs. 8 SGB V).

Eines konnte durch dieses vielschichtige System aber nicht nachhaltig erreicht werden: Die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung bei der gerade bezweckten Reduktion oder auch nur Stabilisierung der Arzneimittelausgaben. Die Ausgabendynamik entwickelt sich vielmehr – und zwar stringent – aufwärts.¹

Zutreffend wurde in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur bereits resümiert, dass der Gesetzgeber mit den vergangenen Novellierungen des Regulierungsregimes der GKV gerade nicht die durchgängige wettbewerbliche Steuerung der Arzneimittelversorgung erstrebte, sondern einzig eine Begrenzung des Anstiegs der Arzneimittelausgaben bezweckte.² Die Konstellation des optionalen Rabattvertragsabschlusses nach § 130a Abs. 8 SGB V in Verbindung mit den Exklusivitätsrechten der Arzneimittelhersteller als Vertragspartner zeigt dabei, dass Wettbewerb insoweit „lehrbuchgemäß als „Entdeckungsverfahren“ funktioniert und sich „nach der chaotisch anmutenden Startphase zeigen [wird], welche Vertragstypen und Rabattformen sich letztlich am Markt durchsetzen. In jedem Falle scheint der Grad der den Arzneimittelherstellern durch die Kassen in Aussicht gestellten Exklusivität der Versorgung groß genug zu sein, um sich dem verschärften Preis- bzw. Rabattwettbewerb im Generikamarkt zu stellen.“³ Verpasst hat es der Gesetzgeber jedoch, diese wettbewerbliche Steuerung konsequent zu gestalten; die Politik einer bunten Flickenlandschaft diverser Regulierungsinstrumente mit teils wettbewerblicher, teils dirigistischer Struktur bewirkt vielmehr, dass im Ergebnis keines der Instrumente seine Kräfte für eine qualitativ und quantitativ hinreichende und sogleich kostengünstige Arzneimittelversorgung entfalten kann.

1. Institutionelle Schwächen

In institutioneller Hinsicht zeigt sich die größte Schwäche des GKV-Regulierungsregimes dabei in der Überantwortung der Festlegung der maßgeblichen Preis- und Leistungskonditionen in die Hand der – marktmächtigen – Nachfrageseite. Der Staat entzieht sich hier seiner Ver-

▷ Der Autor Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; die Autorin Dr. iur. Kristina Schreiber ist ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterin. Das vorliegende Modell basiert auf einer von den Verfassern erstellten Präsentation, die erstmals auf dem Querdenkerfrühstück der Novartis – Repräsentanz Berlin – im November 2009 vor Bundestagsabgeordneten und Verbandsvertretern zur Diskussion gestellt wurde.

1 Cassel, Funktionsgerechter Wettbewerb in der GKV-Arzneimittelversorgung, in Neumann/Wilke (Hrsg.), Arzneimittel-Supply Chain, Baden-Baden 2008.

2 Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasem, Nach der Gesundheitsreform der Großen Koalition: Vorfahrt für Vertragswettbewerb?, in dies. (Hrsg.), Vertragswettbewerb in der GKV, 2008.

3 Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasem, Nach der Gesundheitsreform der Großen Koalition: Vorfahrt für Vertragswettbewerb?, in dies. (Hrsg.), Vertragswettbewerb in der GKV, 2008.

Das undenkbar Denken

antwortung, ein objektiver Dritter fehlt; der Markt wird vielmehr tatsächlich durch den übermächtigen Marktakteur geregelt, der seine eigenen (einseitigen) Interessen vertritt und dies ohne wirksame Kontrolle. Hätte der EuGH die Unternehmenseigenschaft der Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherungen in Deutschland nicht verneint,⁴ so handelten die Kostenträger in einem steten Konflikt mit Kartell- und Missbrauchsverbot des AEUV.

Es mangelt an einer „adäquaten Gestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen“.⁵ Dies zeigt sich in Gänze in der Überantwortung der Kosten-Nutzen-Bewertung eines Arzneimittels und der damit verbundenen zentralen Festsetzungen der Erstattungshöchstbeträge auf das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen als „Bewertungsmonopolist“.⁶

2. Materielle Schwächen

Bei materieller Betrachtung des Regulierungsregimes offenbart das Neben-, Zwischen- und Durcheinander der Regulierungsinstrumente die mangelnde Konsistenz des Regulierungssystems. Die Konsistenz und Kohärenz eines Systems aber erweist sich als basaler Grundstein für die Effektivität, die Nachvollziehbarkeit sowie für die Rechtfertigung hoheitlicher Eingriffe in marktliche Prozesse.⁷ Stattdessen hat sich der Gesetzgeber im GKV-System für ein „Mischsystem aus zentral-administrativen Preisinterventionen und begrenzter Wettbewerbspreisbildung“ entschieden, dass als „nahezu lupenreines ‚Kostendämpfungsregime‘ (...) beträchtliche gesundheits-, industrie- und sozioökonomische Risiken“ birgt.⁸

Im Einzelnen werden Preissenkungsspielräume durch Festbeträge nicht ausgeschöpft, da für ihre preisliche Unterbietung kaum ein Anreiz besteht.⁹ Die Zuzahlungsbefreiung für Arzneimittel mit Preisen, die über 30 % unter dem Festbetrag liegen, hat zwar eine beachtliche Breitenwirkung erreicht, als „administrative Intervention in den Preisbildungsprozess ist dieses Instrument aber ordnungspolitisch nicht unbedenklich“. Die Rabattvertragsoption nach § 130a Abs. 8 SGB V ist für eine wettbewerbsrechtliche Steuerung der GKV-Arzneimittelversorgung insuffizient, da sie als bloßes Add-On-Instrument ausgestaltet ist. Preisstopps, Zwangsrabatte und Importquoten stehen in klarem Widerspruch zu einer Wettbewerbspreisbildung; mit der bloßen Ausgestaltung der Rabattverträge als Add-On-Instrument hat der Gesetzgeber hier ein „dysfunktionales Steuerungswirrwarr“ geschaffen. Zudem beschränkt sich die Wirksamkeit der Rabattverträge, da die Substitutionsverpflichtung sachlich gerechtfertigt nur wirkstoffgleiche Arzneimittel erfasst, lediglich auf einen Teilbereich der Arzneimittelversorgung. Die zusätzliche Option der Zuzahlungsreduktion für den Versicherten bei Inanspruchnahme rabattierter Arzneimittel ist fraglich, da die Rabatte zum einen an die Krankenkassen – nicht die Versicherten – zu vergüten sind und zum anderen den Versicherten in der Regel nicht die für ihre Auswahlentscheidung notwendigen Informationen zur Verfügung stehen. Verfehlt hat der Gesetzgeber auch eine verbindliche Einbindung des Arztes in das Rabattvertragssystem; dieser wird vielmehr über unverbindliche Anreize zur Verordnung rabattierter Arzneimittel angehalten.

Schließlich wird die ohnehin schon mit weitreichenden – a priori hoheitlichen – Befugnissen betraute Nachfrageseite durch die Möglichkeit des kassenverbandsseitigen Abschlusses von Rabattverträgen zur weiteren Vermachtung der Marktstrukturen angehalten und so die Umkehr eines für alle Akteure gewinnbringenden (Preis-)

Wettbewerbs hin zur Gefahr eines ruinösen Rabattwettbewerbs begünstigt.

II. Selektivvertragswettbewerb wagen!

Die Umkehr dieser Entwicklung der vergangenen Jahre wird möglich durch die Etablierung eines radikalen Selektivvertragswettbewerbs. Dabei bleibt zu beachten, dass Wettbewerb in vermachteten Märkten der Regulierung bedarf: Die Marktkräfte können dort nicht im Sinne eines wirksamen Wettbewerbs – und damit nicht zur Ausschöpfung der wohlfahrtsökonomischen Potenziale einer Daseinsvorsorge durch Wettbewerb – wirken, wo Vermachtungen das Gleichgewicht zwischen Angebots- und Nachfrageseite verhindern.

Die Etablierung radikalen Selektivvertragswettbewerbs führte im Regelfall dazu, dass die Krankenkassen flexibel und individuell – im Wettstreit um die Versicherten – die erstattungsfähigen Arzneimittel (Leistungsumfang) ebenso wie die versichertenseitig zu leistenden Zuzahlungen definieren. Die notwendigen Versorgungsverträge mit Leistungserbringern werden von diesen individuell im Wettbewerb geschlossen.

Die Hersteller bilden ihre Preise im Wettbewerb; durch Rabattgewährungen ggü. den ihnen als individuelle Vertragspartner gegenüberstehenden Krankenkassen können sie ihren Absatz durch die Einräumung begrenzter Exklusivitätsrechte als Gegenleistung stärken. Die Rabattsystematik des § 130a Abs. 8 SGB V wird vom bloßen Add-On-Instrument zum wirksamen Wettbewerbsinstrument ausgebaut, durch die Untersagung einer Konglomeratsbildung auf Nachfrageseite das Gleichgewicht zwischen Angebots- und Nachfrageseite hergestellt. Ebenso bilden die zwischengeschalteten Vertriebsstufen ihre Preise im Wettbewerb.

Die Apotheken werden ebenfalls von starren Preisspannen befreit und können über selektive Rabattmöglichkeiten und ex ante geschlossene Vereinbarungen über erstattungsfähige Beträge ihre Marktstellung stärken sowie um Kunden auch über andere Faktoren als optische Aufmachung der Apothekenverkaufsräume und die Zugabe der „Apothekenumschau“ werben.

Die Versicherten schließlich bestimmen ihre Zuzahlungsverpflichtungen selbst über die Wahl ihrer Krankenkasse infolge der im Wettbewerb gebildeten diversifizierten Strukturen und damit echter individueller Auswahlmöglichkeiten.¹⁰

⁴ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 u. C-355/01, AOK *Bundesverband*, Slg. 2004, S. I-2493 = GesR 2004, 190.

⁵ *Cassel*, Funktionsgerechter Wettbewerb in der GKV-Arzneimittelversorgung, in Neumann/Wilke (Hrsg.), *Arzneimittel-Supply Chain*, Baden-Baden 2008.

⁶ *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasem*, Nach der Gesundheitsreform der Großen Koalition: Vorfahrt für Vertragswettbewerb?, in dies. (Hrsg.), *Vertragswettbewerb in der GKV*, 2008.

⁷ Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 10.3.2009 – Rs. C-169/07, *Hartlauer*, Rz. 55, GesR 2009, 261; EuGH, Urt. v. 8.9.2009 – Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, Rz. 61 und zuletzt EuGH, Urt. v. 17.11.2009 – Rs. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Rz. 42.

⁸ *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasem*, Nach der Gesundheitsreform der Großen Koalition: Vorfahrt für Vertragswettbewerb?, in dies. (Hrsg.), *Vertragswettbewerb in der GKV*, 2008.

⁹ Hierzu und zum Folgenden *Cassel/Ebsen/Greif/Jacobs/Schulze/Wasem*, Nach der Gesundheitsreform der Großen Koalition: Vorfahrt für Vertragswettbewerb?, in dies. (Hrsg.), *Vertragswettbewerb in der GKV*, 2008.

¹⁰ Vgl. zu den wirtschaftlichen Determinanten *Cassel*, Funktionsgerechter Wettbewerb in der GKV-Arzneimittelversorgung, in

III. Der Ausnahmefall: Versorgungsausfall im Selektivvertragswettbewerb

Die Überantwortung der Marktgestaltung auf die Kräfte des Wettbewerbs birgt die Gefahr, dass diese im Ausnahmefall versagen. Ist ein solches Wettbewerbsversagen in vielen Wirtschaftsbereichen hinzunehmen, so ist der Gesundheitssektor durch die Notwendigkeit der Versorgung der Versicherten gekennzeichnet. In einem derartigen Bereich ist ein Versorgungsausfall daher nicht akzeptabel.

Im GKV-System liegt nach der Etablierung radikalen Selektivvertragswettbewerbs ein Versorgungsausfall in Form eines Selektivvertragswettbewerbsversagens vor, wenn ein zur Versorgung erforderlicher Selektivvertrag nicht zustande kommt. Gründe hierfür können sein, dass (1.) ein Hersteller die Versorgung zu den kassenseitig angebotenen Konditionen verweigert, (2.) eine Apotheke die Versorgung zu den angebotenen Konditionen verweigert, (3.) eine Krankenkasse den Vertragsabschluss zu den angebotenen Konditionen verweigert oder (4.) die für einen Versicherten notwendige Versorgung durch eine Krankenkasse verweigert wird.

Diese Gefahr führt indes nicht zu der Unmöglichkeit der Gewährleistung einer regelmäßigen Versorgung im und durch Wettbewerb. Vielmehr sind Sicherungsmechanismen in Form eines klar strukturierten institutionellen Korsetts zu etablieren.

Die Verantwortung für die Sicherstellung der Versorgung liegt beim Staat: Analog Art. 87f GG trägt dieser die Gewährleistungsverantwortung für eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Versorgung. Dies bedeutet indes nicht, dass der Staat diese Versorgung in eigener Person organisieren oder erbringen müsste; vielmehr obliegt es ihm, durch die Einführung von Sicherungsmechanismen das Funktionieren des Marktes zu gewährleisten und im Fall von Wettbewerbsversagen Eingriffsbefugnisse zu normieren. In anderen Sektoren funktioniert eine solche Universaldienstregulierung – gekennzeichnet durch eine starke institutionelle Flankierung und die hoheitliche Befugnis, im Ausnahmefall die Dienstleistungserbringung anzuordnen – ohne dass diese Sicherungsmechanismen tatsächlich eingreifen müssten (beispielsweise in den Netzwirtschaften Telekommunikation, Post und Energie).

Seine Gewährleistungsverantwortung erfüllt der Staat nach hiesigem Vorschlag durch die Einführung einer hoheitlichen Kontrollinstanz in institutioneller Hinsicht (dazu 1.), der Eröffnung von Beschwerdemöglichkeiten aller Marktteilnehmer und der Versicherten in prozeduraler Hinsicht (dazu 2.) sowie der Ermächtigung zur Universaldienstregulierung in materieller Hinsicht (dazu 3.).

1. Regulierungsagentur Arzneimittelversorgung

Im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit wird als Bundesoberbehörde eine Regulierungsagentur Arzneimittelversorgung nach dem Vorbild anderer Bundesoberbehörden wie dem BKartA oder der Bundesnetzagentur eingerichtet. Diese Behörde ist gekennzeichnet durch ihre umfassende Unabhängigkeit von allen Marktakteuren. In ihrer Struktur werden Beschlusskammern vorgesehen, d.h. Entscheidungseinheiten, die durch kollegiale Besetzung, an die gerichtliche Entscheidungsfindung angenäherte Verfahrensstruktur und eine Spezialisierung auf einzelne Themenbereiche

Marktprobleme praxisnah, gerecht und unabhängig einer Lösung zuführen können. Den Beschlusskammern ist zur Erreichung dieser Ziele ein eigener Spielraum auch ggü. dem Bundesministerium für Gesundheit (durch eine Determinierung der Weisungsbefugnisse) zuzusprechen, da auf diese Weise die Flexibilität gewahrt und die Autorität gestärkt werden können. Letzteres bedingt zudem die Notwendigkeit, starke Entscheidungsbefugnisse gegenüber allen Marktakteuren – insbesondere den Krankenkassen und den Arzneimittelherstellern – vorzusehen. Zu diesen Entscheidungsbefugnissen zählen zumindest eine Überwachungsfunktion (Monitoring) des Marktes, die Beschwerdezuständigkeit und die Befugnis zur aktiven Marktgestaltung. Die Zuständigkeit zur aktiven Marktgestaltung beinhaltet, dass die Regulierungsagentur die Mindestversorgung von Amts wegen sowie auf Antrag vorab festzulegen befugt ist und im Fall des Versorgungsausfalls ermächtigt wird, Sicherungs- und Regelungsanordnungen zu treffen. Flankiert werden muss dies durch ein System der nachträglichen Sanktionsbefugnisse für den Fall des Zuwiderhandelns (beispielsweise die Auferlegung einer Geldbuße bis hin zum – temporalen – Marktausschluss als *Ultima Ratio*).

2. Beschwerdeverfahren

Die Beschwerdezuständigkeit der Regulierungsagentur erfordert die Etablierung eines prozeduralen – dem gerichtlichen Verfahren als Bestandteil der Exekutive vorgelagerten – Beschwerdeverfahrens. Beschwerdebefugt sind alle Marktakteure sowie insbesondere die Versicherten. Mit der Eröffnung einer Beschwerdebefugnis für die Versicherten wird ermöglicht, ein Marktversagen frühzeitig zur Kenntnis der Regulierungsagentur zu bringen, Versorgungslücken aufzudecken und auf diese Weise Vorkehrungen zur Beseitigung treffen zu können.

Die Entscheidung über eine Beschwerde obliegt der themenspezialisierten Beschlusskammer. Die vorherige Festlegung der Zuständigkeit mittels Geschäftsverteilungsplänen sichert eine von individuellen Interessen losgelöste Beurteilung der Beschwerdepunkte.

Den Besonderheiten des Marktes ist durch die Option von Eilverfahren Rechnung zu tragen: In Sonderfällen ist eine Entscheidung binnen 24 Stunden vorzusehen. Um dies zu gewährleisten, ist ein „Notdienst“ einzurichten, wie er beispielsweise bei den Staatsanwaltschaften besteht.

Die auf eine Beschwerde hin gefassten Beschlüsse sind *ipso iure* als sofort vollziehbar zu erklären. Beispielhaft kann auf entsprechende Regelungen im Netzwirtschaftsrecht zurückgegriffen werden: „Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur haben keine aufschiebende Wirkung“ (§ 137 Abs. 1 TKG). Sodann ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten zu eröffnen. Eine derartige Ausgestaltung sichert, dass notwendige Versorgungsleistungen in jedem Fall erfolgen, während sich *ex post* als nicht erforderlich herausstellende Versorgungsleistungen eine finanzielle Entschädigung bedingen können. In jedem Fall wird auf diese Weise verhindert, dass ein gesetzlich Krankenversicherter nicht versorgt wird.

Diese institutionellen und prozeduralen Vorkehrungen sichern die Einführung einer starken und unabhängigen Regulierungsagentur mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen. Eine solche hoheitliche Einrichtung wirkt bereits *per se* disziplinierend. Mittel- und langfristig wird sich daher das Erfordernis eines hoheitlichen Eingreifens in die marktlichen Vorgänge auf Ausnahmefälle beschränken.

3. Universaldiensteregulierung

Kommt es dennoch zu einem Versorgungsausfall in Form des Nichtzustandekommens eines für die Versorgung eines oder mehrerer Versicherten erforderlichen Selektivvertrags, so verpflichtet die Regulierungsagentur alle beteiligten Vertragsparteien – in der Regel die Krankenkasse und den Arzneimittelhersteller – zur Durchführung dieses Vertrages und bestimmt die Konditionen.

Eine solche Universaldiensteregulierung ist auf nationaler (vgl. § 11 PostG, § 78 TKG) wie EU-Ebene (Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV) in den Bereichen der Daseinsvorsorge etabliert: Private werden mit der Erfüllung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse hoheitlich betraut – und erhalten für diese Leistung u.U. Ausgleichszahlungen –, wenn diese Dienstleistungen ansonsten nicht erbracht würden, beispielsweise da sie unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht lukrativ sind.

Vorauszugehen hat eine Analyse seitens der Regulierungsagentur, initiiert beispielsweise durch die Beschwerde eines Versicherten, dass eine Versorgung tatsächlich nicht durchgeführt wird, obwohl sie unter objektiven Gesichtspunkten erforderlich ist.

Notwendige Voraussetzung ist sodann die Betrauung beispielsweise der Krankenkasse und des Arzneimittelherstellers mit der Dienstleistungserbringung. Diese Betrauung muss als Akt der öffentlichen Gewalt ausgestaltet sein, in Betracht kommt der Erlass eines Verwaltungsaktes. Der Grund des Erfordernisses eines hoheitlichen Betrauungsaktes besteht *ratione materiae et personae* in der Gewährleistung einer effektiven Kontrollmöglichkeit, um einerseits zu verhindern, dass ein Unternehmen über die Reichweite der mit der Betrauung verbundenen Aufgaben und damit über die Reichweite beispielsweise ei-

ner Freistellung von unionsrechtlichen Bindungen allein entscheidet oder gar Gemeinwohlbetrauungen *ex post* (missbräuchlich) nachschiebt. Andererseits sichert diese Kontrollmöglichkeit, dass keine der zur Dienstleistungserbringung verpflichteten Parteien zulasten der anderen Partei bevorteilt wird.

In dem Betrauungsakt muss die Regulierungsagentur festlegen, dass eine Leistungserbringung erfolgen muss, in welcher Art und Weise sowie durch wen. In Anlehnung an die durch den EuGH in seiner *Altmark Trans*-Entscheidung¹¹ entwickelten Kriterien umfasst dies zumindest die Art und Dauer der Leistungserbringung, die Benennung des Begünstigten, die explizite Beauftragung der Vertragsparteien, die Bestimmung des sachlichen und geografischen Geltungsbereiches, die ausdifferenzierten Angaben der Konditionen von Leistung und Gegenleistung, die Parameter für die Berechnung der Gegenleistung einschließlich der Überwachung und etwaiger Ausgleichszahlungen sowie für den Fall der Bezuschussung die Angabe der Vorkehrungen, die zur Vermeidung einer Überkompensation getroffen wurden. Die Ermittlung der Gegenleistung kann sich – wird die infrage stehende Leistung im Markt erbracht – am Wettbewerbspreis orientieren, der im Wege eines Benchmarking ermittelt wird. In Betracht kommt die anteilige finanzielle Beteiligung aller Marktakteure. Zu erwägen ist zudem die Option, von einer Ausgleichsleistung abzusehen, um auf diese Weise eine Pönalisierungsfunktion zu erreichen und im Wege der Abschreckungswirkung (Generalprävention) die Findung marktlicher Lösungen zu unterstützen.

11 EuGH, Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, S. I-7747.