



Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.



Dr. Kristina Schreiber ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbote in der GKV

Status quo und verfassungsrechtliche Anforderungen

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M./Dr. iur. Kristina Schreiber

§ 69 Abs. 1 SGB V erklärt das vierte Kapitel des SGB V sowie dessen §§ 63 und 64 für abschließend hinsichtlich der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Zweifelhaft dabei ist, inwieweit die materiellen Verbotsnormen der §§ 19 bis 21 GWB realisierbar sind: Der begrenzte Verweis des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V lediglich auf die §§ 19 bis 21 GWB eröffnet die Frage, inwieweit die wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen verfahrensrechtlich und prozessual durchsetzbar sind, auf welche Weise ihre Einhaltung sichergestellt oder beansprucht werden kann.

I. Einleitung

Gem. § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V regeln das vierte Kapitel sowie die §§ 63 und 64 SGB V die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern grundsätzlich *abschließend*. Explizit erklärt § 69 SGB V einzelne materiell-rechtliche Normenkomplexe als Ausnahme zu dieser Regel für anwendbar: Die Vorschriften des BGB gelten nach § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V infolge der Verweisung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V, zudem die §§ 19 bis 21 GWB. Der Wortlaut sowie die Systematik des § 69 SGB V zeigen dessen hohe Regelungsdichte, die Raum für Auslegung kaum belässt: Jene materiell-rechtlichen Vorschriften, die neben dem vierten Kapitel und den §§ 63, 64 SGB V anwendbar sind, werden enumerativ und damit abschließend aufgezählt. Unanwendbar sind damit jedenfalls das Kartellverbot des § 1 GWB sowie die Freistellungen der §§ 2 bis 3 GWB.

1. Rechtsfolgen eines Verstoßes

Ein gegen §§ 19, 20 oder 21 GWB i. V. m. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V verstoßendes Verhalten ist gesetzesunmittelbar verboten, ohne dass eine Verbotsverfügung zur Gesetzeskonkretisierung erforderlich wäre. Eine solche kann zudem infolge der fehlenden Handlungsermächtigung an die Exekutive nicht auf Grundlage der §§ 19 bis 21 GWB erfolgen¹. Die Sanktionsfolgen eines Verstoßes gegen die §§ 19 bis 21 GWB, wie insbesondere zivilrechtliche Schadensersatzansprüche oder die hoheitliche – vollstreck- und sanktionierbare – Untersagung eines Missbrauchs, ergeben sich daher erst aus der Anwendung dieser Verbotsnormen *in Verbindung* mit entsprechenden zivilrechtlichen Anspruchs- bzw. öffentlich-rechtlichen Befugnis- und Ermächtigungsnormen².

2. Anwendbarkeit zivilrechtlicher Anspruchsnormen

Zivilrechtliche Ansprüche Dritter infolge eines Verstoßes einer Krankenkasse und/oder eines Leistungserbringers gegen § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 19 bis 21 GWB können de lege lata auf Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden³, da nach § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V die Vorschriften des BGB ergänzend anwendbar sind.

Dagegen streiten rechtsdogmatische Erwägungen gegen eine Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Anspruchsnorm des § 33 GWB⁴. Zwar ist es grundsätzlich hinreichend für eine Anwendbar-

2 Vgl. nur Bechtold, *GWB*, 4. Aufl. 2006, Einführung, Rn. 78, § 19 Rn. 4, 102; Rixen in *Frankfurter Kommentar Kartellrecht*, § 20 *GWB*, 65. Lfg. 2008, Rn. 472; Roth in *Frankfurter Kommentar Kartellrecht*, § 21 *GWB*, 49. Lfg. 2001, Rn. 253; Weyer in *Frankfurter Kommentar Kartellrecht*, § 19 *GWB*, 58. Lfg. 2005, Rn. 1285 ff.

3 Die Verbote der §§ 19 bis 21 *GWB* sind als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 *BGB* zu qualifizieren, vgl. nur Wagner in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 823, Rn. 370 m. w. N.

4 Deutlich formuliert das *LSG BW v. 4. 4. 2007 – L 5 KR 518/07*, Rn. 68 (juris): „Zwar hat der Gesetzgeber (...) angeordnet, dass die §§ 19 bis 21 des *GWB* entsprechend gelten, aus dieser Beschränkung ist aber vor dem Hintergrund der dem Gesetzgeber bekannten Rechtsauffassung von *BSG* und *BGH* die Schlussfolgerung zu ziehen, dass nur die §§ 19 bis 21 *GWB* entsprechend gelten sollen und die anderen Vorschriften des *GWB* (...) nicht.“ Vgl. auch *LSG BW v. 18. 2. 2008 – L 5 KR 605/08*, Rn. 137 (juris). Zweifeln bzgl. der Anwendbarkeit des § 33 *GWB LSG BW v. 10. 7. 2007 – L 11 KR 6157/06*, Rn. 38 (juris). I. E. anders Möschel, *JZ* 2007, 601 (604), der von einer „denknotwendigen“ Anwendbarkeit des § 33 *GWB* spricht; ohne weitere Begründung der Anwendbarkeit des § 33 *GWB*: *BSG v. 20. 11. 2008 – B 3 KR 25/07*, Rn. 42 (juris); Engelmann in *jurisPK-SGB V*, § 69, Rn. 114 ff. (analoge Anwendung); Roth in *Felix, Auswirkungen des GKV-WSG auf Versorgungsstruktur und Wettbewerbsordnung*, 2008, 111 (121, 124). Auf die Entstehungsgeschichte berufen sich Sauter/Ellebrock, *GesR* 2007, 497 (504); diese jedoch kann einerseits nicht die Begrenzung durch den Wortlaut aufheben, andererseits enthält sie keinen Hinweis auf § 33 *GWB*, vgl. *BT-Drucks. 16/4247*, S. 35. Konsequenz Gassner, *NZS* 2007, 281 (284–286), der auch die Kartellbehörden für zuständig erachtet.

1 Die kartellrechtlichen Sanktionsfolgen und Eingriffsermächtigungen sind in den §§ 32 ff. *GWB* zusammengefasst.

keit des § 33 GWB, dass ein Verstoß gegen ein Verbot der §§ 19 bis 21 GWB vorliegt. Jedoch gelten die §§ 19 bis 21 GWB für die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringer i. S. d. § 69 Abs. 1 SGB V nur aufgrund der Verweisung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V. Dabei ist § 69 SGB V durch eine detailgenaue Normierung der auf diese Rechtsbeziehungen anwendbaren materiell-rechtlichen Normen geprägt: Der Wortlaut als Ausgangspunkt und Grenze jeder Normenauslegung⁵ umfasst explizit und enumerativ die anwendbaren Vorschriften, welche die Rechts- und Leistungsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und Leistungserbringern in materiell-rechtlicher Hinsicht ausgestalten. Auf § 33 GWB verweist er nicht⁶.

3. Anwendbarkeit exekutiver Befugnisnormen

Als Exekutivorgan darf eine Behörde im Rahmen der Eingriffsverwaltung nur dann tätig werden, wenn ihr dies mittels einer entsprechenden Befugnisnorm durch den Gesetzgeber überantwortet worden ist (Gesetzesvorbehalt)⁷. Die exekutive Durchsetzung von Verbotsnormen wie den §§ 19 bis 21 GWB – beispielsweise durch den Erlass vollstreckbarer Abstellungsverfügungen oder von Bußgeldbescheiden – führt zu einem Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Verfügungsadressaten (insb. Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG). Im Sinne der durch das BVerfG aufgestellten Wesentlichkeitstheorie⁸ bedarf ein solcher Eingriff einer gesetzlichen Grundlage in Form einer konkreten Zuständigkeitszuweisung einerseits sowie einer Handlungsermächtigung in Form von Befugnis- und Ermächtigungsnormen andererseits, welche den Umfang und die Intensität des Grundrechtseingriffs gegenüber dem Verfügungsadressaten in wesentlichen Zügen und vorausehbar kodifiziert⁹.

a) Behördenzuständigkeit für die Krankenkassen

Zur Anwendung und Durchsetzung der materiellen Gewährleistungen des GWB sind die Kartellbehörden gem. § 48 GWB zuständig; insbesondere gilt dies für die Ermächtigungsnormen der §§ 32 ff. und §§ 81 ff. GWB. Auf diese Vorschriften aber verweist § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V nicht, verfahrensrechtliche Vorgaben werden durch § 69 SGB V – mit Ausnahme der vergaberechtlichen Bestimmungen – vielmehr nicht in Bezug genommen.

◆ Bundesversicherungsamt

Bedeutung erlangen damit die allgemeinen Zuständigkeitsvorgaben. Zuständig für die Rechtsaufsicht über die Krankenkassen sind das Bundesversicherungsamt (BVA) und die Landesbehörden nach §§ 87 Abs. 1, 90 Abs. 1 SGB IV¹⁰. Eine Zuständigkeit der Kartellbehörden ist dagegen hinsichtlich der Krankenkassen nicht begründet¹¹: Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitstheorie müsste eine solche Zuständigkeitszuweisung in Abweichung von der grundsätzlichen Zuständigkeit des BVA explizit erfolgen.

Das BVA hat insbesondere die Einhaltung des Gesetzes, zu der die gesetzlichen Krankenkassen nach § 29 Abs. 3 SGB IV verpflichtet sind, zu überwachen. Die Ausgestaltung der Aufsicht des BVA über die Krankenkassen ist dabei geprägt durch die Stellung Letzterer als Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts und dient der Herstellung eines Gleichgewichts zwischen Staatsmacht und Selbstverwaltung¹². Ihre Ausgestaltung folgt daher der charakteristischen Struktur für die hoheitliche Rechtsaufsicht über andere Selbstverwaltungsträger, wie z. B. die Gemeindeaufsicht – nicht aber der Überwachung *wettbewerblichen* Handelns von Marktteilnehmern.

◆ Befugnisse

Der Struktur der Staatsaufsicht entsprechend eröffnet § 88 SGB IV dem BVA die Befugnis, die Geschäfts- und Rechnungsführung zu überprüfen (Absatz 1) sowie den Versicherungsträger zur Vorlage geforderter Unterlagen und zur Erteilung geforderter Auskünfte zu verpflichten (Absatz 2). Anders als im Rahmen der kartellrechtlichen Ermittlungsbefugnisse der §§ 57 ff. GWB ist das BVA damit umfassend auf die Mitwirkung der Krankenkassen angewiesen und kann eigene Ermittlungen nur im beschränkten Umfang führen. Die §§ 57 ff. GWB ermächtigen das BKartA dagegen zur umfassenden Ermittlung, beispielsweise auch zu Durchsuchungen (§ 59 Abs. 4 GWB) und Beschlagnahmen (§ 58 GWB).

Besteht der Verdacht eines Verstoßes gegen §§ 19 bis 21 GWB, kann das BVA damit lediglich *konkrete* Unterlagen und Auskünfte anfordern¹³; um derartige Informationsersuchen ausreichend zu konkretisieren müssen jedoch bereits hinreichende Anhaltspunkte für Form und Ausgestaltung des Kartellrechtsverstoßes vorliegen. Die – nicht anwendbaren – kartellverfahrensrechtlichen Ermittlungsbefugnisse bedürfen dagegen lediglich eines Anfangsverdachts¹⁴.

Sollte dem BVA unter diesen beschränkten Ermittlungsbefugnissen dennoch der Nachweis eines Verstoßes gegen §§ 19 bis 21 GWB gelingen, so ist es nach § 89 Abs. 2 SGB IV zunächst grundsätzlich gehalten, beratend auf die Abstellung des Kartellrechtsverstoßes hinzuwirken. Erst in einem zweiten Schritt ist das BVA befugt, einen Versicherungsträger zu verpflichten, den Verstoß gegen §§ 19 bis 21 GWB abzustellen. Ihm ist dabei weder die Herbeiführung eines Schadensausgleichs zugunsten der durch den Missbrauch Geschädigten möglich (vgl. § 33 GWB), noch z. B. die Sanktionierung durch den Erlass von Bußgeldbescheiden (vgl. §§ 81 ff. GWB). Ein Verstoß gegen die §§ 19 bis 21 GWB führt damit für eine Krankenkasse allenfalls zu der Verpflichtung, diesen Verstoß in Zukunft nicht mehr fortzuführen. Erlangte Wettbewerbsvorteile können so manifestiert und Wettbewerbsvorsprünge auch für die Zukunft gesichert werden.

b) Behördenzuständigkeit für die Leistungserbringer

Hinsichtlich der Überwachung der Leistungserbringer ist dagegen in den Sozialgesetzbüchern keine behördliche Zuständigkeit geregelt: Das BVA ist ausschließlich zuständig für die Überwachung des Handelns der Krankenkassen. Im Hinblick auf das Handeln der Leistungserbringer ist daher die allgemeine, die Verbotsnormen

5 Bydlinski, Methodenlehre, 1991, S. 437, 441.

6 Eine Abweichung ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten, da infolge der Anwendbarkeit insbesondere des § 823 Abs. 2 BGB im Ergebnis keine Regelungslücke besteht.

7 Grzeszick in Maunz/Dürig, GG, 55. EL 2009, Art. 20 Rn. 75.

8 St. Rspr., vgl. nur BVerfG v. 28. 10. 1974 – 2 BvR 883/73 u. a., Rn. 34 (juris); BVerfG v. 27. 11. 1990 – 1 BvR 402/87, Josefine Mutzenbacher, Rn. 39 (juris). Dazu Kirchhof in Maunz/Dürig, GG, 55. EL 2009, Art. 83 Rn. 33.

9 Vgl. Klaue in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 4. Aufl. 2007, § 51 Rn. 1.

10 Außer Acht bleiben im Folgenden die Zuständigkeiten der Landesbehörden nach § 87 Abs. 2 SGB IV.

11 So auch Roth in Felix, Auswirkungen des GKV-WSG auf Versorgungsstruktur und Wettbewerbsordnung, 2008, 111 (121); Sauter/Ellerbrock, GesR 2007, 497 (501); anders Gassner, NZS 2007, 281 (284-286).

12 Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 66. EL 2009, § 29 SGB IV Rn. 12.

13 Vgl. dazu Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, 66. EL 2009, § 88 SGB IV Rn. 15-18.

14 D. h. es muss ein „mit vertretbaren Argumenten belegter (...) Verdacht, ein bestimmter kartellrechtlicher Tatbestand sei möglicherweise verwirklicht“, vorliegen, Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, § 59 Rn. 6.

der §§ 19 bis 21 GWB in verfahrensrechtlicher Hinsicht flankierende, Zuständigkeit der Kartellbehörden i. S. d. § 48 GWB begründet. Dem steht der grundsätzlich abschließende Regelungscharakter des § 69 SGB V nicht entgegen¹⁵, da § 69 SGB V keine verfahrensrechtlichen Vorschriften in Bezug nimmt¹⁶. Jedenfalls in verfassungskonformer Auslegung ist § 69 SGB V daher insoweit nicht als abschließende Regelung einzuordnen: Eine verfahrensrechtliche Flankierung der §§ 19 bis 21 GWB ist verfassungsrechtlich geboten.

c) Divergente Behördenzuständigkeit

Im Ergebnis ist damit für die Überwachung der Einhaltung der Missbrauchsverbote nach §§ 19 bis 21 GWB i. V. m. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V eine *auseinanderfallende Behördenzuständigkeit* begründet, nämlich die des BVA für das Tätigwerden der Krankenkassen und die des Bundeskartellamts (BKartA)¹⁷ für das Tätigwerden der Leistungserbringer. Wird beispielsweise durch einen Selektivvertrag zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer gegen die §§ 19 bis 21 GWB verstoßen, so folgen die Sanktionen für diesen *einheitlichen Lebenssachverhalt* durch zwei unabhängig voneinander handelnde Behörden mit der Gefahr *divergenter Entscheidungen*.

4. Misstände des geltenden Rechtsrahmens

Im Ergebnis ist nach dem geltenden Recht ein Verstoß gegen die §§ 19 bis 21 GWB damit zwar unmittelbar verboten, ein derartiger Verstoß durch eine Krankenkasse kann aber in der Sanktionsfolge aufgrund der beschränkten Befugnisse des BVA de facto lediglich zivilrechtlich durch Dritte vor den Sozialgerichten – in Form von Schadensersatzansprüchen – geltend gemacht werden. Mangels wirksamer Ermittlungsbefugnisse des BVA muss die Überprüfung, ob die Tatbestände der §§ 19 bis 21 GWB erfüllt sind, umfassend in einem etwaigen Gerichtsverfahren erfolgen. Die Darlegungs- und Beweislast trifft dabei den Dritten¹⁸, dem es aufgrund des fehlenden Zugangs zu den internen Informationen der potenziell gegen die Verbotsnormen verstoßenden Krankenkassen nur schwer möglich sein wird, einen derartigen Beweis zu führen. U. a. aufgrund dieser Besonderheiten normiert das GWB weitreichende Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden. In der Praxis hat sich gezeigt, dass sich die Missbrauchsverbote i. d. R. erst durch eine Missbrauchsverfügung des BKartA realisieren¹⁹.

II. Kartellverfahrensrecht

Über die damit bestehende ordnungspolitische Gebotenheit der Anwendbarkeit des Kartellverfahrensrechts de lege ferenda hinaus ist die Anwendbarkeit des Kartellverfahrensrechts für die Kontrolle der Rechts- und Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zudem verfassungsrechtlich geboten.

1. Einfachgesetzliche Ausgestaltung der Grundrechte

Das Kartellrecht der §§ 1 bis 95 GWB ist Bestandteil der durch den Gesetzgeber in einfachgesetzlicher Ausgestaltung u. a. der Art. 12, 14 GG geschaffenen rechtlichen Grundlegung der Marktwirtschaft²⁰. Die so geschaffenen „*Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen sichern die Funktionsfähigkeit privatrechtlicher Institutionen, indem sie die von diesen gewährleisteten Handlungsfreiheiten und subjektiven Rechte in Übereinstimmung mit den Erfordernissen des Wettbewerbssystems begrenzen*“²¹. Durch das GWB wird der Wettbewerb geordnet. Die durch Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG geschützten wettbewerblichen Handlungsspielräume werden zugunsten schwacher Marktteilnehmer durch die Legitimierung von Eingriffen in diese Grundrechte zu Lasten marktstarker Unternehmen gewährleistet. Das Wettbewerbsrecht bezweckt dabei, den Wettbewerb vor Beschränkungen und Verfälschungen zu schützen, um die Leistungsfähigkeit zu erhalten und den allgemeinen Wohlstand zu fördern²².

Durch die Schaffung dieses Systems hat sich der Gesetzgeber zugleich zu dessen Durchsetzung verpflichtet; es ist Aufgabe des Staates, die wettbewerblichen Handlungsfreiheiten im Rahmen des von ihm geschaffenen Systems zu kontrollieren und zu gewährleisten. Dieser Verpflichtung kommt der Staat im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung de lege lata nicht nach, da er lediglich die §§ 19 bis 21 GWB gem. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V für entsprechend anwendbar erklärt hat, ihre Durchsetzung jedoch im Ergebnis Privatrechtssubjekten überlässt.

2. Wirtschaftsverwaltung als staatliche Aufgabe

Die Wirtschaftsverwaltung aber ist eine staatliche Aufgabe. Das dem System weitreichender, grundrechtlich verbürgter Handlungsspielräume immanente Erfordernis hoheitlicher Kontrolle ist dabei gerade im Bereich der Missbrauchskontrolle nach §§ 19 bis 21 GWB zur Durchsetzung der Verbotsnormen notwendig: Die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 19 bis 21 GWB sind – vereinfacht dargestellt – erfüllt, wenn ein übermächtiger Marktakteur schwachen Marktteilnehmern gegenübersteht, die er durch sein Handeln (weiter) schwächt. Werden die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote nun auf ihre zivilrechtliche Komponente reduziert, wird dem schwachen Marktakteur die Durchsetzung ihrer Einhaltung überantwortet. In vielen Fällen wird dies der beherrschende Marktakteur aufgrund seiner Machtstellung zu verhindern wissen, dem schwachen Marktakteur werden die Durchschlagskraft ebenso wie die zur Erfüllung der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast erforderlichen Informationen fehlen.

a) Nachfragemacht der GKV

Die durch § 69 Abs. 1 SGB V erfassten Rechts- und Leistungsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern sind dabei wesentlich durch eine erhebliche – zum Teil monopolistische – Nachfragemacht der Krankenkassen geprägt; ca. 90% der Bevölkerung sind gesetzlich krankenversichert²³. Dabei hat der Gesetzgeber es durch die Systematik des SGB V eben den gesetzlichen Krankenkassen überantwortet, die erforderlichen Versicherungsleistungen bei den Leistungserbringern nachzufragen und

15 Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen ist das GWB nur insoweit anwendbar, als es explizit in Bezug genommen wird, vgl. nur Möschel, JZ 2007, 601 (604 f.).

16 Anderes gilt ausschließlich für die Inbezugnahme der vergaberechtlichen Vorschriften, die allerdings erst später aufgenommen wurde und der zudem infolge des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts lediglich deklaratorische Wirkung zukommt.

17 Wird vorliegend das BKartA in Bezug genommen, so umfasst dies auch die Landeskartellbehörden.

18 Vgl. K. Schmidt/Bach in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 4. Aufl. 2007, § 57, Rn. 12.

19 Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 102.

20 Vgl. Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, Einführung Rn. 39.

21 Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 73.

22 Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, Einführung Rn. 39.

23 Die gesetzlichen Krankenkassen umfassen ca. 70 Millionen Versicherte bei einer Bevölkerung von ca. 82 Millionen, vgl. www.gkv-spitzenverband.de/Aufgaben_und_Ziele.gkvnet.

die Determinanten der Leistungserbringung in zunehmendem Maße mit diesen autonom zu vereinbaren (Selektivverträge). Insbesondere kleine und mittelständische Leistungserbringer wie beispielsweise kleinere Hilfsmittel- oder Generikahersteller stehen so als Anbieter den Krankenkassen als marktstarken Nachfragern gegenüber. Deutlich geworden ist die Nachfragemacht der Krankenkassen zuletzt insbesondere in der gemeinsamen bundesweiten Ausschreibung von Rabattverträgen durch die AOKen, die in dieser bundesweiten Ausschreibung gerade den Reiz sahen, „die Marktmacht der AOK zu nutzen und die Nachfrage zu bündeln“²⁴. Die AOK strebte auf diese Weise an, deutlich bessere Preise zu erzielen, als sie sie üblicherweise hätte erzielen können. Zugleich hat sie dabei in Kauf genommen, „dass – auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung – zahlreiche Firmen in Schwierigkeiten geraten. Das Verfahren hat gezeigt, dass als Folge der Rabattverträge mittelständische Firmen in große Schwierigkeiten kommen können (...). Aber selbst wenn eine Firma den Zuschlag erhalten hat, hat sie enorme Probleme. Sie muss ihre Kapazitäten extrem stark erhöhen (...) und diese Kapazitäten auf praktisch Null zurückfahren, wenn sie bei der Anschlussausschreibung leer ausgeht“²⁵.

b) Kontrollpflicht für eröffnete Handlungsspielräume

Eröffnet der Gesetzgeber nun derartige Handlungsspielräume für die Krankenkassen, um bestehende Wirtschaftlichkeitspotenziale bestmöglich auszunutzen, muss er sogleich eine wirksame Kontrolle der geschaffenen Handlungsspielräume zum Schutz der Anbieterseite gewährleisten, wie sie durch das GWB ermöglicht wird. Durch eine effektive wettbewerbsrechtliche Kontrolle wird sichergestellt, dass die Wettbewerbskräfte in Form einer Vielzahl von Leistungserbringern auf Anbieterseite erhalten bleiben und so die bestmögliche Ausnutzung bestehender Wirtschaftlichkeitspotenziale durch die Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs auf Anbieterseite langfristig gesichert ist.

Trotz der materiellen Anwendbarkeit des Kartellrechts hat der Gesetzgeber von der Normierung eines hinreichenden Kontrollsystems für die Exekutive abgesehen und ein Verwaltungsverfahren nicht geschaffen: Ausgeblendet hat er damit die vollziehende Gewalt i. S. d. Art. 20 Abs. 2, 3 GG. Unbeachtet gelassen hat der Gesetzgeber, dass „der innere Zusammenhang von formalem und materiellem Recht eine sorgsame Anpassung des Verfahrensrechts an die Entscheidung des Gesetzgebers in der Sache selbst“ bedingt²⁶. Für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern aktualisiert sich auf diese Weise die Zeiten der Entstehung des GWB diskutierte „Flucht der Wirtschaftspolitik aus der Normativität“²⁷ bei gleichzeitig fortschreitender Etablierung wettbewerbsrechtlicher Handlungsspielräume.

3. Verfassungsrechtliche Verfahrensgarantie

Das Grundgesetz aber gebietet eine verfahrensrechtliche Flankierung der materiellen Missbrauchsverbote. Zwar umfasst das Grundgesetz keine unmittelbare Verfahrensgarantie, jedoch sichert es die elementaren, rechtsstaatlich unverzichtbaren Anforderungen an ein Verwaltungsverfahren²⁸. Grundgesetzlich geboten ist

damit die Normierung eines *Verwaltungsverfahrens*. De lege lata aber sind die materiellen Verbotsnormen der §§ 19 bis 21 GWB hinsichtlich des Handelns der Krankenkasse mangels für die Kontrolle wettbewerbsrechtlicher Handlungsspielräume hinreichender Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse des BVA durch kein Verwaltungsverfahren flankiert.

a) Grundrechtsschutz durch Verfahren

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Staat aus den Grundrechten verpflichtet, auch ein *Verfahren zur effektiven Grundrechtsverwirklichung* zur Verfügung zu stellen, durch dessen Anwendung möglichst richtige und gerechte Entscheidungen herbeigeführt und auf diese Weise eine Grundrechtsverletzung vermieden wird²⁹. In gefestigter Rechtsprechung geht das BVerfG davon aus, dass „bereits die einzelnen Grundrechte ihrerseits nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts beeinflussen, sondern auch Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Verfahrensgestaltung und für eine verfassungskonforme Anweisung der vorhandenen Verfahrensvorschriften setzen“³⁰. Sowohl aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG³¹ und der Berufsfreiheit des Art. 12 GG³², als auch aus Art. 2 Abs. 2 GG³³ und dem Asylgrundrecht³⁴ wurde bereits die Pflicht zu einer Verfahrensgestaltung hergeleitet, die eine Verletzung der durch diese Grundrechte geschützten Rechtsgüter „tunlichst“ ausschließt³⁵. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, durch die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens die Verwirklichung grundrechtlich verbürgter Freiheiten sicherzustellen³⁶.

◆ Grundrechtliche Schutzpflichten

Dabei steigen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verfahrensgestaltung mit der Bedeutung der tangierten Grundrechte – einerseits hinsichtlich ihrer Bedeutung für den Betroffenen, mithin der Schwere des drohenden Grundrechtseingriffs, andererseits mit der Validität der grundrechtlich verbürgten Freiheit, beispielsweise aufgrund ihrer Fragilität gegen Zeitabläufe. Dies gilt umso mehr, als die Missbrauchsverbote der §§ 19 bis 21 GWB maßgeblich durch unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite charakterisiert sind³⁷. Denn „ausfüllungsbedürftige materielle rechtliche Normen, die in den Grundrechtsschutz eingreifen, erscheinen eher tragbar, wenn durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrollierbares Verfahren dafür vorgesorgt wird, dass die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht werden“³⁸.

24 Siehe das Zitat in LSG BW v. 27.2.2008 – L 5 KR 507/08, Rn. 182 (juris).

25 Siehe das Zitat in LSG BW v. 27.2.2008 – L 5 KR 507/08, Rn. 180 (juris).

26 von Köhler, VerwArch 54 (1963), 262 (283).

27 Vgl. von Köhler, VerwArch 54 (1963), 262 (277).

28 BVerfG, NJW 1982, 2425 (2427 f.); BVerfG, NJW 1985, 1519 ff.; BVerfG, NVwZ 1996, 678 (681), Flughafenverfahren; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, Einführung Rn. 21.

29 BVerfG, NJW 1976, 1391 ff.; BVerfG, NJW 1978, 368 (369); BVerfG, NVwZ 1996, 678 (682); Dolde, NVwZ 1982, 65.

30 Siehe bereits BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, Mühlheim-Kärlich, Rn. 81 m. w. N. (juris).

31 BVerfG, NJW 1969, 309 ff.; BVerfG, NJW 1974, 229 ff.; BVerfG v. 24.4.1979 – 1 BvR 787/78, Rn. 18 (juris).

32 BVerfG, NJW 1976, 1309 ff.; BVerfG, NJW 1979, 1159 (1160).

33 BVerfG, NJW 1979, 2349 ff.

34 BVerfG, NVwZ 1996, 678 (682).

35 Zusammenfassend BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, Mühlheim-Kärlich, Rn. 81 (juris).

36 In diesem Sinn für das Asylgrundrecht BVerfG, NVwZ 1996, 678 (682), Flughafenverfahren.

37 Vgl. BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, Mühlheim-Kärlich, Rn. 82 (juris); Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Rn. 201.

38 BVerfG v. 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71, numerus clausus, Rn. 76 (juris).

Die Wettbewerbsfreiheit und die ihr immanente Bewahrung wettbewerblicher Handlungsspielräume wird vornehmlich durch Art. 12, 14 GG im Rahmen der bestehenden Wirtschaftsordnung geschützt³⁹. Grundrechtlich verbürgt ist dabei ein Schutz der Teilnahme am Wettbewerb⁴⁰. Der Gesetzgeber hat diesen Schutz u. a. durch das Kartellrecht der §§ 1 bis 95 GWB einfachgesetzlich ausgestaltet, um den Marktakteuren größtmögliche Handlungsspielräume zu gewährleisten. Damit hat er sich sogleich – verfassungskonform – auf ein Schutzformat festgelegt, dessen Verwirklichung er sich verpflichtet hat.

♦ Flankierung von Handlungsspielräumen durch Verfahren

Etabliert der Gesetzgeber nun wettbewerblich relevante Handlungsspielräume in den Rechts- und Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern i. S. d. § 69 Abs. 1 SGB V, ist es erforderlich den von ihm geschaffenen Kontrollmechanismus zur Erhaltung dieser wettbewerblichen Handlungsspielräume zu aktivieren. Dem verpflichtet, hat er die Verbote der §§ 19 bis 21 GWB durch § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V bereits für anwendbar erklärt und damit zugleich zum Ausdruck gebracht, dass er selbst zutreffend von wettbewerblich relevantem Handeln der Krankenkassen und der Leistungserbringer ausgeht. Die zunehmende Etablierung von Selektivvertragswettbewerb führt vermehrt zu einem Gegenüber von marktmächtigen Krankenkassen als Nachfrager von Leistungen und oftmals marktschwächeren Leistungserbringern als Anbieter. Eröffnet der Gesetzgeber den von ihm mit erheblicher Nachfragemacht ausgestatteten Krankenkassen aber derartige wettbewerbliche Handlungsspielräume, muss er die Kontrolle dieser Handlungsspielräume zum Schutz der Leistungserbringer und zum Erhalt der Marktstrukturen gewährleisten, um auch langfristig eine qualitativ hochwertige und wirtschaftliche Versorgung i. S. d. § 70 Abs. 1 SGB V erreichen zu können.

♦ Flankierung der Missbrauchsverbote durch Verfahren

Seine Schutzpflicht endet infolge der dargelegten Grundrechtsrelevanz nicht mit der Normierung der Anwendbarkeit der materiellen Missbrauchsverbote. Unmittelbar aus den Grundrechten folgt des Weiteren die Pflicht, die Verwirklichung und den Schutz durch die Anwendbarkeit eines adäquaten Kartellverwaltungsverfahrens auch zu realisieren. Im Hinblick auf die potenziellen Verbotsadressaten obliegt dem Gesetzgeber die Pflicht, diese vor ungerechtfertigten Grundrechtseingriffen infolge einer inadäquaten Durchsetzung der Missbrauchsverbote zu bewahren. Unter Beachtung des geltenden Rechtsrahmens trifft ihn derzeit aber insbesondere die Schutzpflicht, potenziell Geschädigten – z. B. schwächeren Marktakteuren, kleinen und mittelständischen Leistungserbringern – ihre grundrechtlich verbürgten Handlungsspielräume zu bewahren, wenn er den von ihm mit erheblicher Nachfragemacht ausgestatteten Krankenkassen wettbewerbliche Handlungsspielräume eröffnet.

Die Etablierung eines effektiven Kartellverwaltungsverfahrens ist insbesondere aufgrund der generalklauselartigen und ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale in den §§ 19 bis 21 GWB erforderlich. Zudem sind die verbürgten Freiheiten im Be-

reich des Wettbewerbs gegenüber Zeitabläufen fragil: Nur ein zügiges Einschreiten gegen missbräuchliches Verhalten kann sichern, dass der Betroffene nicht endgültig aus dem Markt ausscheidet, beispielsweise infolge einer Insolvenz gerade kleinerer Hilfsmittel- oder Generikahersteller. Ein solches zügiges Einschreiten erfordert ein wirksames Verwaltungsverfahren. Nur durch eine effektive wettbewerbsrechtliche Kontrolle kann abgesichert werden, dass der Nachfragemacht der Krankenkassen mittel- und langfristig eine ausreichend diversifizierte Anbieterseite gegenübersteht. Schließlich erfordert die Komplexität der Materie die umfassende Aufarbeitung des Sachverhaltes, um eine effektive Durchsetzung der Missbrauchsverbote überhaupt zu ermöglichen.

♦ Missstände de lege lata

Eben dieser Pflicht und Verantwortung entzieht sich der Staat de lege lata, da er die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote, die ihrer Struktur nach als Normen des öffentlichen Rechts in Ausgestaltung des Verfassungsrechts geschaffen sind, de facto auf ihre zivilrechtliche Komponente reduziert. Die anwendbaren Missbrauchsverbote sind derzeit nicht durch ein wirksames – grundrechtssicherndes – Verwaltungsverfahren im Hinblick auf krankenkassenseitiges Handeln flankiert. Die Befugnisse des zuständigen BVA sind vielmehr als Instrumente der Staatsaufsicht ausgestaltet, die für die Kontrolle wettbewerblichen Handelns nicht geeignet sind. Denn eine derartige Staatsaufsicht ist im Gegensatz zur Wettbewerbskontrolle gerade nicht durch die Erfordernisse umfangreicher Ermittlungsbefugnisse auch gegen den Willen der potenziellen Adressaten, eines zügigen Eingreifens und der Befugnis zur „Neutralisierung“ von Wettbewerbsverfälschungen geprägt. Der bestehende Rechtsrahmen kann eine effektive, grundrechtssichernde Durchsetzung der Missbrauchsverbote nicht gewährleisten⁴¹. Zudem birgt die divergente Behördenzuständigkeit für krankenkassenseitiges Handeln und das Handeln der Leistungserbringer auch im Fall eines einheitlichen Lebenssachverhalts die Gefahr divergenter Entscheidungen.

b) Rechtsstaatlichkeit: Exekutive Rechtsanwendung

Es ist zudem Ausdruck der *Gewaltenteilung* des Art. 20 Abs. 2 GG, der gerichtlichen Kontrolle ein Verwaltungsverfahren vorzuschalten⁴² und damit der Exekutive ihre im Gesetzesvollzug grundgesetzlich verankerte Stellung⁴³ zuzuerkennen⁴⁴. Der Gesetzgeber ist trotz des ihm zustehenden Regelungs- und Gestaltungsspielraums in der einfach gesetzlichen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens damit verfassungsrechtlich gebunden, einen verfahrensrechtlichen Mindeststandard vorzusehen⁴⁵. Im Hinblick auf die Etablierung eines Verwaltungsverfahrens bedeutet dies, dass der Exekutive – im öffentlichen Recht mit dem Erfordernis des Gesetzesvoll-

39 BVerfG, NJW 1972, 573; BVerfG, NJW 1978, 313; Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 12, Rn. 70; Deppenheuer in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 1, 8 ff.

40 Deppenheuer in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 102.

41 Dazu bereits oben unter I.

42 Vgl. zur Einordnung des gerichtlichen Verfahrens als Kontrollverfahren BVerfG, NJW 1982, 2425 (2427).

43 Vgl. zum Erfordernis einer klaren Kompetenzzuordnung Sommermann in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 224. Die Rechtsanwendung durch die Verwaltung ist bspw. verbürgt in Art. 33 Abs. 4, Art. 35, Art. 84 Abs. 3, Art. 85 Abs. 4 GG.

44 Vgl. auch Bonk/Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, § 1, Rn. 41; Grzeszick in Maunz/Dürig, GG, 55. EL 2009, Art. 20 Rn. 129.

45 Vgl. Bonk/Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 42.

zugs – das Erstentscheidungsrecht zukommt und auf dieser Grundlage die Kontrolle durch die Judikative vollzogen wird⁴⁶.

c) Effektiver Rechtsschutz durch Verwaltungsverfahren

Darüber hinaus gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG einen effektiven Rechtsschutz. Auswirkungen auf das – dem gerichtlichen Rechtsschutz zeitlich vorgeschaltete – Verwaltungsverfahren zeitigt das Gebot effektiven Rechtsschutzes mittelbar, wenn nur durch ein solches eine wirksame gerichtliche Kontrolle gewährleistet werden kann und andernfalls – insbesondere aufgrund der Komplexität der Sachverhalte – die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgehöhlt würde⁴⁷. Denn Art. 19 Abs. 4 GG umfasst nicht nur das Recht, „die Gerichte anzurufen, sondern auch den *substanziellen Anspruch auf wirksame gerichtliche Kontrolle*“⁴⁸.

Das Kartellrecht ist gekennzeichnet durch das Erfordernis einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung, Verstößen gegen die Missbrauchsverbote der §§ 19 bis 21 GWB liegt eine komplexe Materie zugrunde. Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestandserfüllung der Missbrauchsverbote obliegt dem von einem missbräuchlichen Verhalten Betroffenen bzw. der Behörde. Diese, und nicht der missbräuchlich handelnde Normadressat müssen beispielsweise im Rahmen des § 19 GWB darlegen und beweisen, dass eine Krankenkasse oder ein Leistungserbringer eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese missbräuchlich ausnutzt⁴⁹. Dabei liegen aber die erforderlichen Informationen, anhand derer ein missbräuchliches Verhalten dargelegt und bewiesen werden kann, weit überwiegend in der Hand des potenziellen Normadressaten. Dieser hat Zugang zu den für die Bestimmung seiner Marktmacht notwendigen Marktinformationen und die Kenntnis über sein konkretes, missbräuchliches Verhalten. Die Erlangung derartiger Beweismittel erfordert von der Mitwirkung der potenziellen Normadressaten unabhängige Ermittlungsbefugnisse, wie sie den Kartellbehörden durch die §§ 57 ff. GWB eröffnet werden, nicht aber dem BVA.

Art. 19 Abs. 4 GG wird ausgehöhlt, werden die §§ 19 bis 21 GWB nicht durch ein Verwaltungsverfahren flankiert, das Ermittlungsbefugnisse vorsieht, die eine Aufklärung und Aufarbeitung des Sachverhaltes ermöglichen.

4. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Kartellverwaltungsverfahren

Es ist damit hinsichtlich der Rechts- und Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern i.S.d. § 69 Abs. 1 SGB V verfassungsrechtlich geboten, die Anwendbarkeit der materiellen Missbrauchsverbote über § 69 Abs. 2 S.1 SGB V durch ein Verwaltungsverfahren zu flankieren. Dieses muss die grundgesetzlichen Gewährleistungen insbesondere der Art. 12, 14 GG zu schützen geeignet sein, dem Rechtsstaatsprinzip genügen sowie einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz ermöglichen.

Im Bereich des Kartellrechts erfordert dies aufgrund der generalklauselartigen Verbotstatbestände, der Komplexität der

Materie und des „Strafcharakters“ der Verbotstatbestände neben der Zuständigkeitsbegründung einer sachlich befähigten Behörde insbesondere die Etablierung effektiver Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse. Ihre Ausgestaltung muss der bezweckten Kontrolle wettbewerblicher Handlungsspielräume entsprechen. Im Hinblick auf die notwendigen Ermittlungsbefugnisse bedeutet dies insbesondere, dass die Behörde auch zu eigenständiger, von der Mitwirkung der potenziellen Normadressaten unabhängiger Sachverhaltsaufklärung befugt sein muss. Hinsichtlich der notwendigen Sanktionsbefugnisse ist es verfassungsrechtlich bereits zur Gewährleistung der Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG erforderlich, die Folgen eines missbräuchlichen Verhaltens durch adäquate Sanktionen neutralisieren und erfolgte Wettbewerbsbeschränkungen beseitigen zu können. Realisiert werden kann dies durch die Anwendbarkeit des Kartellverwaltungsverfahrens der §§ 32 bis 95 GWB, nicht aber durch die dem BVA zustehenden Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse⁵⁰.

III. Gerichtliche Überwachung der Missbrauchsverbote

Derzeit ist auch hinsichtlich der zivilrechtlichen Komponente der §§ 19 bis 21 GWB i. V. m. § 69 Abs. 2 S.1 SGB V ein – nach Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich gebotener – effektiver Rechtsschutz vor den Sozialgerichten nicht gewährleistet⁵¹. Seit der Änderung des § 69 SGB V mit der Folge der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 19 bis 21 GWB wurde ein Verstoß gegen diese Normen bereits mehrfach gerichtlich geltend gemacht. Die Sozialgerichtsbarkeit hat dabei, soweit ersichtlich⁵², einen Verstoß gegen die §§ 19, 20 oder 21 GWB durch ein Handeln der Krankenkassen stets verneint. Deutlich wird dabei, dass den Sozialgerichtsentscheidungen keine umfassende Sachverhaltsaufklärung zugrunde lag. Zudem zeigt sich, dass die rechtliche Prüfung zumeist oberflächlich und teils die Bedeutung der Missbrauchsverbote grundlegend verkennend verläuft.

1. Kontrolle eröffneter Spielräume

So wurde ein Verstoß gegen die §§ 19 bis 21 GWB mit der Erwägung verneint, der Gesetzgeber habe einen autonomen Vertragsabschluss zwischen den Krankenkassen und Leistungserbringern gerade vorgesehen und die Aushandlung der Leistungsparameter damit dem „freien Spiel der Kräfte“ überlassen wollen⁵³. Die Gerichte verkennen dabei, dass es gerade Aufgabe der §§ 19 bis 21 GWB ist, diesen den Vertragsparteien zustehenden Handlungsspielraum auf dessen einseitige missbräuchliche Ausnutzung zu überprüfen.

Diese Kontrollfunktion der §§ 19 bis 21 GWB wird ebenso verkannt, wenn deren Anwendbarkeit mit der Erwägung verneint wird, der Gesetzgeber selbst habe den Krankenkassen hinsichtlich der Durchführung von Krankenfahrten eine marktbeherrschende Stellung eingeräumt und gesetzlich geregelt, wie

46 Bonk/Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 42; vgl. bereits grundlegend für das GWB von Köhler, *VerwArch* 54 (1963), 262 (268 f., 280).

47 Vgl. *BVerfG*, NJW 1982, 2425 (2428).

48 *BVerfG* v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, Mühlheim-Kärlich, Rn. 81 (juris).

49 Vgl. grundlegend Schmidt/Bach in Immenga/Mestmäcker (Hg.), *GWB*, 4. Aufl. 2007, § 57 Rn. 12.

50 So i.E. z.B. auch Möschel, *JZ* 2007, 601 (606).

51 Kritisch bzgl. der Zuständigkeit der Sozialgerichte auch Keßler, *wrp* 2007, 1030 (1033); Möschel, *JZ* 2007, 601 (606).

52 Durchgeführt wurde eine umfassende Recherche der online zugänglichen Gerichtsentscheidungen seit der Gesetzesänderung im Jahr 2007; dargestellt werden im Folgenden ausgesuchte Entscheidungen.

53 *LSG NRW* v. 26.6.2008 – L 5 KR 169/06, Rn. 32, 36 (juris); *SG Hamburg* v. 24.4.2009 – S 2 KR 87/09, Rn. 9 (juris).

diese auszuüben sei⁵⁴. Denn die gesetzlichen Vorgaben der §§ 60 und 133 SGB V (die zunächst *vertragliche* Vereinbarung der Vergütung) belässt einen hinreichenden Gestaltungsspielraum, der es den Vertragsparteien ermöglicht, diesen missbräuchlich auszuführen⁵⁵. Es ist jedoch im Kartellrecht allgemein anerkannt, dass auch ein gesetzlich vorgegebenes Verhalten missbräuchlich sein kann, wenn das Gesetz dem potenziellen Normadressaten Spielraum hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung belässt⁵⁶.

Unzutreffend ist auch die Verneinung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB bereits mit der Erwägung, der Gesetzgeber habe gerade den Abschluss von Selektivverträgen vorgesehen, was durch eine Gleichbehandlung der Leistungserbringer konterkariert würde⁵⁷. Wäre diese Erwägung zutreffend, so wäre § 20 GWB auch außerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern in keinem Fall anwendbar, da das Bestehen eines (vertraglichen) Handlungsspielraums gerade Voraussetzung der Anwendung dieser Norm ist.

2. Ineffizienz durch Zeitablauf

Die Ineffizienz der Durchsetzung der §§ 19 bis 21 GWB zeigt sich zudem in der Versagung einer Berücksichtigung der Verbotsnormen im Eilverfahren⁵⁸, da insbesondere im Fall eines Verstoßes gegen die §§ 19 bis 21 GWB ein bleibender Schaden für den Wettbewerb nur durch eine schnelle Beendigung der missbräuchlichen Verhaltensweisen vermieden werden kann. Auch zeigt sie sich in einem Urteil des BSG, in dem das Gericht die Sache mangels Entscheidungsreife zurückverwies⁵⁹. Korrigierte das BSG so zwar Rechtsfehler in der Anwendung der §§ 19 bis 21 GWB, führt dies jedoch zu einer Verfahrensverzögerung, die es fraglich erscheinen lässt, ob eine womöglich missbräuchliche Tätigkeit sich nicht bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens in einer Weise manifestiert hat, die kaum mehr rückgängig zu machen ist. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet jedoch auch eine gerichtliche Klärung „zur rechten Zeit“⁶⁰.

IV. Zusammenfassung: Vorschläge de lege ferenda

Zusammenfassend bestehen de lege lata damit folgende Missstände:

- ♦ Die begrenzte Verweisung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V lediglich auf die §§ 19 bis 21 GWB bedingt, dass die unmittelbar geltenden Verbote dieser Normen nicht wirksam sanktioniert werden können. Für krankenkassenseitiges Handeln ist die Zuständigkeit des BVA ohne wirksame Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse begründet, für die Aufsicht über das Handeln der Leistungserbringer ist dagegen das BKartA zuständig.
- ♦ Trotz der insbesondere durch die Grundrechte der Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG, das Rechtsstaatsprinzip sowie die Gewähr effektiven Rechtsschutzes auch verfassungsrechtlich gebotenen Normierung eines effektiven Kartellverwaltungsverfahrens mit hinreichenden Ermittlungs- und Sanktionsbefugnissen, eröffnet das Aufsichtssystem über das Handeln der Krankenkassen dem BVA lediglich die Aufsicht über Selbstverwaltungskörperschaften entsprechende Befugnisse, die sich für die Kontrolle wettbewerblicher Handlungsspielräume als inadäquat erweisen.
- ♦ Die Durchsetzung der §§ 19 bis 21 GWB i. V. m. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V durch die Sozialgerichtsbarkeit hat sich als ineffektiv erwiesen.

De lege ferenda sind diese Missstände zu beheben durch eine Ergänzung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V um die direkte Anwendbarkeit der §§ 32 bis 95 GWB, die ersatzlose Streichung des § 87 S. 3 GWB und die Aufhebung der Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit durch eine Änderung des § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2 SGG. Durch derartige Gesetzesänderungen würde verfassungskonform eine wirksame Durchsetzung des materiellen Wettbewerbsrechts hinsichtlich der Rechts- und Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern in der Zuständigkeit einer Behörde ermöglicht sowie die effektive gerichtliche Kontrolle gewährleistet. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass auch mittel- und langfristig eine diversifizierte Anbieter- und Nachfragerstruktur erhalten bleibt und insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 70 SGB V realisiert werden kann.

54 LSG BW v. 4.4.2007 – L 5 KR 518/07, Rn. 69 (juris).

55 Vgl. Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, Einführung Rn. 42; Möschel in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 9.

56 Vgl. Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, Einführung Rn. 42; Möschel in Immenga/Mestmäcker (Hg.), GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 9.

57 LSG BW v. 10.7.2007 – L 11 KR 6157/06, Rn. 38 (juris).

58 LSG NRW v. 19.3.2008 – L 16 B 13/08, Rn. 25 (juris), welches de facto die Berücksichtigung der §§ 19 bis 21 GWB im Eilverfahren aufgrund der Komplexität der Materie verweigerte.

59 BSG v. 17.7.2008 – B 3 KR 23/07 R, Rn. 42 (juris). Von einer Zurückverweisung abgesehen wurde in BSG v. 20.11.2008 – B 3 KR 25/07 R, in dem das BSG einen Verstoß gegen die §§ 19–21 GWB allerdings auch verneinte, vgl. insb. Rn. 42 (juris).

60 BVerfG v. 28.10.1974 – 2 BvR 883/73 u.a., Rn. 49 (juris).