

d) *Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten (BML): Entwurf eines Gesetzes zur Umstellung von Vorschriften im land- und forstwirtschaftlichen Bereich auf Euro (Fünftes Euro-Einführungsgesetz).* Der Entwurf des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, der am 14. 6. 2000 vom Bundeskabinett verabschiedet wurde, enthält in erster Linie nebenstrafrechtliche Regelungen zur Umstellung von Bußgeldvorschriften von DM auf Euro im Verhältnis 2 : 1. Von einer Umstellung weiterer Vorschriften, wurde weitgehend abgesehen; hier ist eine centgenaue Umrechnung vorzunehmen. Das In-Kraft-Treten des Gesetzes ist für den 1. 1. 2002 vorgesehen.

e) *Sonstige.* Weitere Artikelgesetze befinden sich im Vorbereitungsstadium: Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) hat vor, in rund 40 Gesetzen und Verordnungen Signalbeträge zu glätten. Dabei handelt es sich überwiegend um Bußgeldvorschriften. Auch das Bundesministerium des Innern (BMI) plant ein Artikelgesetz. Die umweltrechtlichen Vorschriften sollen mit einem umfassenden Artikelgesetz des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) zum 1. 1. 2002 umgestellt werden. Auch in anderen Ressorts sind die Planungen auf ein Artikelgesetz ausgerichtet.

3. Weitere Entwürfe

Darüber hinaus sind u. a. folgende Entwürfe erarbeitet worden:

- Entwurf eines Kapitalgesellschaften- & Co. Richtlinie-Gesetzes⁶³;
- Entwurf einer Änderung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (§§ 17 I; 56 I OWiG);
- Entwurf einer Änderung des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (§ 7 II und III StrEG);
- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes⁶⁴;
- Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Pfändungsfreigrenzen (§§ 850 ff. ZPO);
- Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (§§ 91 a, 99, 127, 269, 512, 567 ZPO);
- Entwurf eines Gesetzes zur Umstellung und Glättung von Euro-Beträgen im Lastenausgleich (LAG-Euro-Umstellungsgesetz);
- Entwurf zur Umstellung kapitalmarktrechtlicher Vorschriften (u. a. Börsengesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Gesetz über Kreditwesen).

Teil 4: Schluss und Ausblick

Die Einführung einer neuen Währung für über 300 Mio. europäische Bürger ist für ganz Euroland, insbesondere für Deutschland als größtem Euro-Teilnehmerstaat, eine wesentlich größere Herausforderung als die Einführung der Deutschen Mark in der DDR am 1. 7. 1990. Die europäische Währungsunion wird dabei nicht nur volks- und betriebswirtschaftliche Fragen für die Euro-Teilnehmerstaaten und deren Unternehmen auf. Sie betrifft in gesetzgeberischer Hinsicht sowohl den europäischen als auch den nationalen Gesetzgeber. Die praktisch-logistische Herausforderung der Euro-Bargeldeinführung ist für die beteiligten öffentlichen und privaten Stellen enorm: Deutsche Bundesbank, Ministerien und Verbände, vor allem Handel und Banken, aber auch Automatenwirtschaft und Werttransportunternehmen, müssen an einem Strang ziehen, damit die letzte Phase der Euro-Einführung zur Jahreswende 2001/2002 zum Erfolg wird.

63) BR-Dr 458/99.

64) BR-Dr 191/00.

Vertragsverletzung durch Rechtswegzuweisung?

Anmerkungen zum EG-Vertragsverletzungsverfahren am Beispiel des Gesundheitsreformgesetzes 2000 und der Anwendung des EG-Kartellrechts durch deutsche Sozialgerichte

Von Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M.* und Claude Sander LL. M.**, Bonn

Die folgende Darstellung untersucht am Beispiel der durch das Gesundheitsreformgesetz 2000 vorgenommenen Zuweisung wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern zur Sozialgerichtsbarkeit einerseits sowie einer augenscheinlichen Zurückhaltung der Sozialgerichte bei der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Verfahren mit EG-kartellrechtlichem Bezug andererseits, unter welchen Voraussetzungen die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG gegenüber gemeinschaftsrechtswidrigen Rechtswegzuweisungen und Gerichtsentscheidungen möglich ist.

I. Einleitung

Verstöße nationaler Gerichte gegen Gemeinschaftsrecht zählen zu der besonderen Gruppe mitgliedstaatlicher Pflichtverletzungen, welche die Kommission als „Hüterin des Vertrages“¹ bisher – wenn überhaupt – nur mit größter Zurückhaltung zum Gegenstand von Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG gemacht hat². Die Zurückhaltung der Kommission beim Aufgreifen gemeinschaftsrechtswidriger Gerichtsentscheidungen steht dabei in Einklang mit der fast einhelligen Auffassung der Literatur, dass selbst evidente Fehler nationaler Gerichte bei der (Nicht-) Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften nicht zur Einleitung des Aufsichtsverfahrens führen dürften³. Ihre Begründung findet diese Einschränkung der gemeinschaftsrechtlichen Ahndung mitgliedstaatlicher Vertragsverletzungen nicht nur in der im Gewaltenteilungsprinzip begründeten Unabhängigkeit der nationalen Gerichte. Sie beruht insbesondere auch auf der Einsicht, dass weder die Regierung des verurteilten Mitgliedstaats noch das Gericht selbst auf ein feststellendes Urteil des *EuGH* hin eine rechtskräftige Entscheidung aufheben und dadurch den Gemeinschaftsrechtsverstoß beseitigen könnte⁴. Zu bedenken ge-

* Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

** Claude Sander ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

1) Vgl. Art. 211 1. Spiegelstrich EG.

2) Bisher hat die Kommission soweit ersichtlich überhaupt nur in zwei Fällen ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen gerichtlicher Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht eingeleitet. Erstmals eröffnete sie 1990 ein entsprechendes Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, nachdem der *Bundesgerichtshof* die Revision gegen ein obergerichtliches Urteil in dem Rechtsstreit „Pingo-Hähnchen“ abgelehnt hatte, um so einen Verstoß des OLG gegen Art. 234 III EG zu heilen. Vgl. hierzu Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 1907/85 des Abgeordneten *Wogau*, ABl. 1986 C 137/7.

3) *Karpenstein/Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf*, Komm. z. EU, Losebl. (1999), Art. 226 Rdnr. 23; *Krick*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Komm. z. EUV/EGV, 5. Aufl. (1997), Art. 169 Rdnrn. 62 f.

4) Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist an bestimmte Restitutionsgründe (vgl. § 580 ZPO) gebunden, die in diesem Zusammenhang nicht greifen. Vgl. *Koenig/Sander*, Einf. in das EG-Prozessrecht, 1997, Rdnr. 202; *Rengeling/Middeke/Cellermann*, Rechtsschutz in der Europäischen Union, 1994, S. 52 f. Für eine Anwendung der Restitutionsklage aber *Meier*, EuZW 1991, 11 ff. (14).

geben wird darüber hinaus, dass auch die nationalen Gerichte zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts berufen seien, ja dass sie insoweit sogar eine stärkere Stellung besäßen als die Kommission selbst. Diese könne daher ein Vertragsverletzungsverfahren jedenfalls nicht schon dann in Gang setzen, wenn sie eine Gerichtsentscheidung für falsch hält, etwa weil gemeinschaftsrechtliche Vorschriften bei der Entscheidungsfindung nicht ausreichend berücksichtigt wurden⁵.

Während die Anwendung des Vertragsverletzungsverfahrens auf gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen allgemein skeptisch beurteilt wird, ist immerhin grundsätzlich anerkannt, dass die Nichtbeachtung einschlägiger, unmittelbar anwendbarer Gemeinschaftsvorschriften durch mitgliedstaatliche Gerichte Rechtsverstöße darstellen, die dem betreffenden Mitgliedstaat zugerechnet werden⁶. Innerstaatliche Rechtswegzuweisungen hingegen sind bisher noch überhaupt nicht als Gegenstand möglicher Vertragsverletzungen betrachtet worden. Dabei besteht durchaus die Gefahr, dass ein Mitgliedstaat Rechtsstreitigkeiten aus bestimmten Bereichen der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen dadurch entzieht, dass er sie in die Zuständigkeit von Gerichten überträgt, bei denen die praktisch wirksame Ausübung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechtspositionen – z. B. wegen eines im relevanten Bereich nur unvollkommen ausgestalteten vorläufigen Rechtsschutzes – faktisch ausgeschlossen, zumindest aber stark eingeschränkt ist. In diesem Falle drohte die unmittelbare Anwendbarkeit und damit der *effet utile* des Gemeinschaftsrechts ins Leere zu laufen. Gemeinschaftsrechtlich begründete Rechtspositionen, die i. S. eines (vermeintlich) übergeordneten Gemeinwohlinteresses als störend empfunden werden, könnten so auf wirksame Weise „kaltgestellt“ werden. Dass ein solches Szenario nicht vorschnell als abwegig abgetan werden sollte, zeigt das Beispiel des „Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung“ (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22. 12. 1999⁷. Die hier vorgenommene Zuweisung bestimmter Rechtsstreitigkeiten in die Zuständigkeit der Sozialgerichte könnte nämlich als Versuch zu bewerten sein, zu Lasten der Leistungserbringer kartellrechtswidrige Verhaltensweisen der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber einer Überprüfung am Maßstab des EG-Wettbewerbsrechts abzuschirmen.

II. Die Anwendung des EG-Kartellrechts im System der sozialen Sicherheit

Die Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung ist seit längerem umstritten⁸. Insbesondere die von betroffenen Arzneimittelherstellern vorgetragene EG-Kartellrechtswidrigkeit der Festsetzung von Festbeträgen für bestimmte Arzneimittel durch die „Spitzenverbände“ der Krankenkassen gem. § 35 III SGB V hat zu grundsätzlichen Auseinandersetzungen über die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts auf die Sozialversicherungsträger geführt.

Die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel erfolgt gem. § 35 III SGB V durch die Spitzenverbände der Krankenkassen im Anschluss an die Bestimmung der festbetragsgeeigneten Arzneimittelgruppen durch den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen. Die unmittelbare Folge der Festbeträge besteht darin, dass die Versicherten festbetragsgebundene Arzneimittel auf Kosten der Krankenkassen nur noch bis zu dem Betrag der Festbeträge beziehen dürfen. Verordnet der Arzt ein wirkstoffidentisches Arzneimittel, dessen Preis den Festbetrag überschreitet, so hat der Versicherte, der sich ein solches Medikament von der Apotheke aushändigen lässt, die entstehenden Mehrkosten selbst zu tragen. Das Festbetragsystem modifiziert somit das im Verhältnis der ge-

setzlichen Krankenversicherer zu ihren Versicherten geltende Sachleistungsprinzip (§ 2 SGB V), welches die Krankenkassen verpflichtet, ihren Versicherten die bei Krankheit notwendigen Leistungen in Form von Naturalleistungen zu gewähren. Da der Erwerb von über dem Festbetrag liegenden Arzneimitteln auf Seiten des Versicherten eine Belastung verursacht, konzentriert sich ihre Nachfrage notwendigerweise auf solche Arzneimittel, bei denen keine Zuzahlungen erforderlich sind. Über dem Festbetrag liegende Arzneimittel können daher nach erfolgter Festbetragsfestlegung in der Regel nur noch in geringerem Maße abgesetzt werden⁹. Obwohl die Pharmaunternehmen somit rechtlich nicht an die Festbeträge gebunden sind, wirken diese auf Grund ihres nachfragesteuernden Effekts mittelbar wie Höchstpreise für die betroffenen Arzneimittelgruppen¹⁰. Im Ergebnis führt die Festsetzung der Festbeträge durch die Kassenverbände zu einem Ankaufpreiskartell i. S. des Art. 81 I lit. a EG, da die Krankenkassen den Leistungserbringern – also den Apotheken und arzneimittelherstellenden Unternehmen – infolge des in der gesetzlichen Krankenversicherung geltenden Sachleistungsprinzips als maßgebliche Nachfrager gegenüberstehen¹¹.

Soweit die Spitzenverbände der Krankenkassen Festbeträge für Arzneimittel festsetzen, fallen sie unter Berücksichtigung der *EuGH*-Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff in den Anwendungsbereich des Kartellatbestands (Art. 81 I EG). Zwar verweist der durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 neugefasste § 69 SGB V die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern sowie „Dritten“ in das öffentliche Recht. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers handeln die Krankenkassen deshalb nicht (mehr) „als Unternehmen i. S. des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“. Aber im Zusammenhang mit Art. 81 f. EG ist diese Vorstellung unzutreffend¹².

Denn der *EuGH* ermittelt die Anwendbarkeit der Art. 81 f. EG am Maßstab des funktionalen Unternehmensbegriffs. Entgegen einer immer noch verbreiteten Meinung kommt es auf die Rechtsform, in der die Einrichtung handelt, nicht an¹³. Entscheidend ist vielmehr die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Wettbewerber. Art. 81 f. EG sanktionieren wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, nicht wettbewerbsbeschränkende Rechtsverhältnisse¹⁴. Die Tatsache des wirtschaftlichen Handelns wird aber durch die bloß formelle Umwidmung von Privatrecht in öffentliches Recht in der Sache nicht verändert. Ob in der Rechtsdogmatik des jeweiligen nationalen Rechts formell öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gehandelt wird, ist für die Anwendung der Art. 81 f. EG gleichgültig. Der Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbsrechts ist ausschließlich tätigkeitsbezogen¹⁵. Dies

5) *Hitzfeld*, BB 1991, 199 ff. (202).

6) Vgl. hierzu etwa *BAG, NZA* 1990, 32 f.; *Lenaerts/Arts*, Procedural Law of the European Union, 1999, S. 98 Rdnr. 5-032.

7) *BGBI* I, 2626.

8) Vgl. hierzu *Knispel*, *NZS* 1998, 563 ff.; *Koenig/Sander*, *WuW* 2000, 975 ff.; vgl. auch *Reich*, *EuZW* 2000, 653 ff.; *Maussen*, *SGB* 1992, 339 ff.; *Schultz*, *NZS* 1998, 269 ff.

9) *Manhardt*, Die Festbetragsregelung des Gesundheits-Reformgesetzes: verfassungsrechtliche Probleme der staatlichen Einflussnahme auf die Arzneimittelpreise, 1990, S. 25.

10) Vgl. *OLG Düsseldorf*, *PharmaR* 1999, 283 ff. (285) (n. rkr.), *Manhardt* (o. Fußn. 9), S. 107; *Runge*, Die Arzneimittelversorgung im Krankenversicherungsrecht: eine Untersuchung des Festbetragsverfahrens nach § 35 SGB V und von Alternativmodellen, 1993, S. 84 u. 109; a. A. *Goerlich*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 35, 36 SGB V, 1997, S. 11 f.

11) A. A. *Schulin*, Patentschutz und Festbeträge für Arzneimittel. Dargestellt am Beispiel der ACE-Hemmer, 1993, S. 16.

12) *Schwerdtfeger*, die pharmazeutische Industrie (PharmInd) 2000, 185 (187).

13) Vgl. dazu *EuGH*, *Slg.* 1991, I-1979 = *EuZW* 1991, 349 Rdnr. 21 – *Höfner-Elser/Macrotron GmbH*; *EuGH*, *Slg.* 1994, I-43 = *EuZW* 1994, 248 Rdnr. 18 – *Eurocontrol*; *EuGH*, *Slg.* 1998, I-3851 = *EuZW* 1999, 93 Rdnr. 36 – *Kommission/Italien*.

14) *Neumann*, *WuW* 1999, 961 ff. (963 f.)

15) Sehr instruktiv hierzu die ausführliche Darstellung bei *Roth/Ackermann*, in: *Glassen/Bauer*, *Frankfurter Komm. z. GWB*, 2000, Grundfragen Art. 81 I 1 EG Rdnrn. 11 ff.

bedeutet, dass durch das konstituierende Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit „jedes auf ein Angebot bzw. auf Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtete, also marktbezogene Verhalten“ vom Tatbestand der Art. 81 f. EG erfasst wird¹⁶. Die Unternehmenseigenschaft ist somit für die Zwecke der Anwendung der Wettbewerbsregeln immer nur im Hinblick auf eine ganz bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager festzustellen, mit der Konsequenz, dass der betreffenden Einrichtung für andere Tätigkeiten die Unternehmenseigenschaft fehlen kann¹⁷.

Soweit die Kassenverbände Festbeträge festsetzen, ergibt sich die so beschriebene „wirtschaftliche Tätigkeit“ aus der hiermit bezweckten Beeinflussung der Abgabepreise der Erbringer der medizinischen Sachleistungen¹⁸. Festbetragsfestsetzungen stellen nämlich nach ihrem Zweck und nach ihrer Auswirkung eine zumindest mittelbare Festsetzung der Ankaufpreise für die betroffenen Arzneimittel dar (vgl. Art. 81 I lit. a EG)¹⁹. Die zielgerichtete Beeinflussung der Preise für eine im Markt von der Marktgegenseite erbrachte wirtschaftliche Leistung (die Lieferung von Arzneimitteln) ist auch ihrerseits immer eine wirtschaftliche Tätigkeit²⁰. Auch die Tatsache, dass die gesetzlichen Krankenkassen wegen des Sachleistungsprinzips die maßgeblichen Nachfrager der Sachleistungen im Gesundheitswesen sind und daher die Marktgegenseite zu den Leistungserbringern darstellen, macht deutlich, dass es sich bei der Festbetragsfestsetzung um eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. des Art. 81 I EG handelt, die folglich – auch von den zuständigen nationalen Gerichten – am Maßstab des unmittelbar anwendbaren Art. 81 EG zu messen ist²¹.

1. Die Berücksichtigung des EG-Kartellrechts in der Rechtsprechung der Sozial- und Zivilgerichte zu Festbetragsfestsetzungen

In der Vergangenheit waren sowohl die Sozialgerichte als auch die Kartellsenate der Zivilgerichte mit Rechtsstreitigkeiten zwischen Krankenkassen und Arzneimittelherstellern befasst, in denen die Kartellrechtskonformität kostendämpfender Maßnahmen der Sozialversicherungsträger in Frage stand. Betroffen waren nicht nur Festbetragsfestsetzungen, sondern insbesondere auch Arzneimittel-Richtlinien und Gemeinsame Aktionsprogramme. Die gegen diese Maßnahmen Rechtsschutz begehrenden Leistungserbringer beschritten bevorzugt den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten, da die Sozialgerichte kartellrechtliche Fragen nach Ansicht der Arzneimittelhersteller nicht ausreichend oder gar nicht berücksichtigen. Dabei dürfte zwar die Behauptung, die Sozialgerichte seien in Streitigkeiten dieser Art nicht wirklich neutral, zu weit gehen²². Dass der Vorwurf der unzureichenden Beachtung EG-kartellrechtlicher Vorgaben dennoch nicht unbegründet ist, zeigen sozialgerichtliche Verfahren aus den letzten Jahren, in denen die vorgetragenen kartellrechtlichen Ansprüche in den Entscheidungsgründen allenfalls beiläufige Beachtung finden. Vor allem im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes sind kartellrechtliche Einwände gegen die Festsetzung von Festbeträgen durch die Spitzenverbände der Krankenkassen vor den Sozialgerichten bisher nahezu wirkungslos geblieben²³. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten dieser Art regelmäßig schon dem vorläufigen Rechtsschutzverfahren und nicht erst dem eigentlichen Hauptsacheverfahren die entscheidende rechtsschutzwahrende Bedeutung zukommt. So ist eine nachträgliche Beseitigung der marktregulierenden Auswirkungen von Festbeträgen nicht möglich, da der Nachfragewechsel der Patienten auf nicht zuzahlungspflichtige Arzneimittel im Nachhinein nicht ungeschehen gemacht werden kann. Das LG Düsseldorf hat außerdem darauf aufmerksam gemacht, dass spätere Schadensersatzansprüche nur in langjährigen Rechtsstreitigkeiten durchgesetzt werden könnten, die zum Nachweis des entgangenen Gewinns die Offenlegung der wirtschaftlichen Kalkulation und damit die Bekanntgabe von Geschäftsgeheimnissen an die Wettbewerber erforderten²⁴. Durch den Verweis auf sekundären Schadensersatz

erlange der betroffene Arzneimittelhersteller nach Auffassung des erkennenden Kartellsenats daher „nur unzureichenden Rechtsschutz“²⁵.

Abgesehen von wenigen Ausnahmen für bestimmte Fallkonstellationen hat der Gesetzgeber im Sozialgerichtsgesetz allerdings einstweiligen Rechtsschutz überhaupt nicht vorgesehen. Mit Blick auf Art. 19 IV GG hat das Bundesverfassungsgericht zwar entschieden, dass grundsätzlich auch im Sozialgerichtsverfahren einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren ist²⁶. Die Sozialgerichte stützen sich in ihrer Rechtsprechungspraxis jedoch nur mit Zurückhaltung auf diese Entscheidung des BVerfG²⁷. Sie gewähren einstweiligen Rechtsschutz nur dann, wenn ohne ihn schwere Nachteile entstünden, für deren nachträgliche Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Dabei stellen die Sozialgerichte an die „Schwere“ des unwiederbringlichen Nachteils ausgesprochen hohe Anforderungen. In der Praxis sehen sie diese Anforderung nur bei einer evidenten („wesentlichen“) Existenzbedrohung als erfüllt an. Zumindest für pharmazeutische Unternehmen, deren wirtschaftliche Betätigung breiter gefächert ist und auf verschiedenen Präparaten bzw. Präparatgruppen beruht, wird die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes vor den Sozialgerichten damit faktisch ausgeschlossen. Tatsächlich haben die Sozialgerichte bisher – soweit ersichtlich – keinem Arzneimittelhersteller – trotz teilweise erheblicher Umsatzrückgänge von bis zu 14,4%²⁸ – wirksamen einstweiligen Rechtsschutz gewährt²⁹. Ein Umsatzverlust von 14 bis 17 Mio. DM wurde vom LSG Nordrhein-Westfalen sogar ausdrücklich als *Pettisse* abgetan³⁰.

Ein ganz anderes Bild zeigt sich beim Blick auf die Rechtsprechung der Zivilgerichte in Rechtsstreitigkeiten dieser Art. Die Kartellgerichte haben gerade in der jüngsten Vergangenheit – soweit sie mit entsprechenden Fragen befasst waren – dafür Sorge getragen, dass das EG-Kartellrecht auch im Bereich des Krankenversicherungswesens beachtet wird. In mehreren Entscheidungen zu vorläufigen Rechtsschutzanträgen gingen die Zivilgerichte davon aus, dass die Festbetragsfestsetzung durch die Kassenverbände gegen das EG-Kartellrecht verstößt. So wurde es den Spitzenverbänden der gesetzlichen Krankenkassen in einem Urteil des LG Düsseldorf vom 6. 1. 1999 untersagt, die durch Anpassungen festgelegten Festbeträge für bestimmte, das klagende Unternehmen betreffende Arzneimittel der Erstattungspraxis zu Grunde zu legen³¹. Zuvor hatte schon das OLG Düsseldorf in einem am 28. 8. 1998 verkündeten Urteil Festbeträge für bestimmte Fertigarzneimittel für kartellrechtswidrig erklärt³². Auch hier untersagte das Gericht den Spitzenverbänden, die Festbetragsfestsetzungen aufrecht zu erhalten. Ausdrücklich wurde darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auch bei der Ausgestaltung der Sozialversicherungssysteme den einschlägigen Wettbewerbsregeln unterliegen. Einen vorläufigen Schlusspunkt bildete das Urteil des OLG Düsseldorf vom 27. 7. 1999. Kernaussage dieser Entscheidung, die das erste Endurteil einer Berufungsinstanz im Hauptverfahren betreffend kartellrechtswidrige Festbetragsfestsetzungen darstellt³³, ist die

16) Roth/Ackermann (o. Fußn. 15), R.dnrn. 14 f.

17) Roth/Ackermann (o. Fußn. 15), R.dnr. 13.

18) OLG Düsseldorf, PharmaR 1999, 283 ff. (291).

19) OLG Düsseldorf, PharmaR 1999, 283 ff. (291).

20) OLG Düsseldorf, PharmaR 1999, 283 ff. (291 f.).

21) OLG Düsseldorf, PharmaR 1999, 283 ff. (291 f.).

22) So aber Richter, Der Kassenarzt Nr. 47/1999, 22 ff. (24).

23) Zuletzt hierzu SG Berlin, Beschl. v. 21. 6. 2000 – S 88 KR 1501/00 ER; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 9. 1. 1991 – L 11 S (KR) 16/90; Beschl. v. 26. 10. 1995 – L 16 SKr 31/95; Beschl. v. 14. 11. 1995 – L 5 SKr 14/95.

24) LG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 1. 1999 – Az. 34 O (Kart) 182/99.

25) LG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 1. 1999 – Az. 34 O (Kart) 182/99, S. 15.

26) BVerfGE 46, 166 (179) = NJW 1978, 693.

27) Schwedtfeger (o. Fußn. 12), 185 (186).

28) LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 26. 10. 1995 – L 16 SKr 31/95.

29) S. zuletzt SG Berlin, Beschl. v. 29. 6. 2000 – S 72 KR 1500/00 ER sowie S 72 KR 1502/00 ER; SG Berlin, Beschl. v. 21. 6. 2000 – S 88 KR 1501/00 ER.

30) Nachweis bei Schwedtfeger (o. Fußn. 12), 185 (186).

31) LG Düsseldorf, PharmaR 1999/2, Aktuelle Seite III.

32) OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 8. 1998 – U (Kart)12/98.

33) Berg, PharmaR 1999, 276 ff.

Feststellung, dass die gesetzliche Ermächtigung zur Festsetzung der Festbeträge in § 35 III SGB V und die Einbettung dieses Instituts in das Gesamtsystem der gesetzlichen Krankenversicherung die Festbetragsfestsetzung nicht der EG-kartellrechtlichen Bewertung entzieht. Auch das *Oberlandesgericht* untersagte es den Spitzenverbänden wegen Verstoßes gegen Art. 81 I EG, die angepassten Festbeträge ihrer Erstattungspraxis zu Grunde zu legen. Weiterhin wurden die beklagten Spitzenverbände dazu verurteilt, den klagenden Arzneimittelherstellern alle Schäden zu ersetzen, die ihnen durch die Festbetragsfestsetzungen entstanden waren und noch entstehen werden. In jüngster Zeit haben die Zivilgerichte auf Klagen von Arzneimittelherstellern aus wettbewerbsrechtlichen Gründen durch vorläufige Verfügungen auch in das Entscheidungsgefüge des für Arzneimittel-Richtlinien zuständigen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen („BÄK“) eingegriffen³⁴. So untersagte etwa das *LG Hamburg* mit drei Urteilen vom 31. 3. 1999 die Bekanntmachung der Arzneimittel-Richtlinie des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vom 8. 1. 1999, soweit dort für bestimmte Arzneimittelgruppen Verordnungsausschlüsse normiert werden, wegen Verstoßes gegen Art. 81 IEG³⁵.

2. Die Rechtswegzuweisung durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000

Das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 hat im Fünften Sozialgesetzbuch (SGB V) sowie im Sozialgerichtsgesetz (SGG) und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Rechtsänderungen vorgenommen, die den zwischen Sozial- und Zivilgerichten ausgetragenen Streit über den zulässigen Rechtsweg für Streitigkeiten mit wettbewerbsrechtlichem Bezug zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern nunmehr zu Gunsten der Sozialgerichtsbarkeit entschieden haben³⁶. Die ersichtlich als Reaktion auf die skizzierte Rechtsprechung der Zivilgerichte insbesondere zur Inanspruchnahme der Zuständigkeit bei der Überprüfung von Festbetragsfestsetzungen und Arzneimittel-Richtlinien³⁷ beschlossenen materiell- und verfahrensrechtlichen Änderungen erwecken darüber hinaus den Eindruck, dass der Gesetzgeber mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 zumindest das nationale Wettbewerbs- und Kartellrecht als Bewertungsmaßstab für die Zulässigkeit wettbewerbsrelevanter Handlungen der Krankenkassen (verbände) zurückdrängen oder gar ausschließen wollte³⁸.

Der neugefasste § 69 SGB V ordnet nunmehr das gesamte Leistungserbringungsrecht einschließlich der Rechte Dritter dem öffentlichen Recht zu. Alle Rechtsbeziehungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und ihren Verbänden einerseits und Leistungserbringern³⁹ und deren Verbänden andererseits sollen sich ausschließlich nach den Regeln des Sozialversicherungsrechts richten. Bereits aus der gesetzlichen Zuordnung des Leistungserbringungsrechts einschließlich seiner Drittwirkungen zum Sozialversicherungsrecht folgt, dass für die sich aus diesen öffentlich-rechtlichen Regelungen ergebenden Streitigkeiten nicht mehr die Zivilgerichte, sondern ausschließlich die Sozialgerichte zuständig sind. Da sich der zulässige Rechtsweg grundsätzlich nach der Natur des Rechtsverhältnisses richtet, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird⁴⁰, kann eine Materie, die kraft Gesetzes einschließlich etwaiger Drittwirkungen abschließend dem Sozialversicherungsrecht zugeordnet wird, nicht Gegenstand einer kartellrechtlichen Streitigkeit vor der Zivilgerichtsbarkeit sein⁴¹. Das Gesundheitsreformgesetz 2000 stellt dies gleichwohl auch verfahrensrechtlich sowohl in § 51 II 2 SGG als auch in § 87 I GWB ausdrücklich klar. So wurde § 87 I GWB, der die Zuständigkeit der Landgerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten begründet, der Satz angefügt: „Satz 1 gilt nicht für Rechtsstreitigkeiten aus den in § 69 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch genannten Rechtsbeziehungen, auch soweit hierdurch Rechte Dritter betroffen sind“. Der Gesetzgeber hat somit die zuvor höchstrichterlich⁴² bestätigte Zuständigkeit der Kartellsenate für kartellrechtliche Rechtsstreitigkeiten der beschriebenen Art zu Gunsten der Sozialgerichte beseitigt. Vordergründig sollten hiermit die Verfahren aus diesem Bereich aus Gründen des Sachzusammenhangs und der Konzentration derjenigen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden, die auch ansonsten über die im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung entstehenden Streitigkeiten entscheidet⁴³. Dass diese Überlegung aber jedenfalls nicht

den alleinigen Grund für die Änderung der Rechtswegzuweisung darstellte, zeigt sich mit Blick auf die bisherige Entwicklung der Kartellrechtspflege. Angesichts der Komplexität des Kartellrechts wurden für diese Materie bereits mit dem In-Kraft-Treten des GWB im Jahre 1957 spezielle Spruchkammern gebildet, deren Vorrang vor anderen Gerichten in Kartellrechtsfragen stets anerkannt wurde⁴⁴. Aus diesem Grunde erhielt die Stellung der Kartellgerichte mit der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen 6. GWB-Novelle eine Verstärkung, deren Ziel die Einführung einer umfassenden Gesamtzuständigkeit der Kartellgerichte für alle Kartellrechtsfragen war⁴⁵. Die Einrichtung einer kartellrechtlichen Sonderzuständigkeit der Sozialgerichte für den besonders sensiblen Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und die damit einhergehende Durchbrechung der angestrebten Gesamtzuständigkeit der Kartellgerichte lässt sich überzeugend nur als Reaktion auf die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Kartellrechtswidrigkeit von Festbeträgen und Arzneimittel-Richtlinien und das hierdurch ausgelöste Drängen der Sozialversicherungsträger erklären, die Kassenverbände vor der Anwendung des Kartellrechts zu „schützen“. So heißt es in einer Entschließung des BÄK vom 26. 4. 1999: „Der Bundesausschuss fordert die sofortige Einleitung gesetzgeberischer Maßnahmen, die ihn in die Lage versetzen, (...) seine bisher erfolgreiche Arbeit fortzuführen (...). Das gilt sowohl für die gesetzliche Klarstellung der umstrittenen Kompetenzen des Bundesausschusses als auch für eine eindeutige Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten“. Mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 hat der Gesetzgeber diesem Drängen der Krankenkassenverbände und des BÄK nachgegeben und versucht, den zwischen einer effektiven Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts und einer Abschirmung der gesetzlichen Krankenversicherung vor eben diesen Regeln bestehenden Interessenkonflikt zu Gunsten der Krankenkassen aufzulösen. Denn mit der Zuweisung zu den Sozialgerichten verfolgte der Gesetzgeber offensichtlich das Ziel, die Anwendung des EG-Kartellrechts auf kostendämpfende Maßnahmen der Sozialversicherungsträger soweit wie möglich auszuschließen.

34) S. hierzu auch Klückmann, in: Hauck (Hrsg.), SGB V – Komm. z. gesetzlichen Krankenversicherung, 2. Bd., 2000, § 69 Rdnr. 25.

35) *LG Hamburg*, MedR 1999, 268, mittlerweile bestätigt durch drei Berufungsurteile des *Hanseatischen OLG* v. 19. 10. 2000; vgl. hierzu auch *OLG München*, Ur. v. 20. 1. 2000 – U (K) 4428/99.

36) Vgl. dazu Engelmann, NZS 2000, 213 (220 f.).

37) *LG München*, Ur. v. 30. 6. 1999 – 21 O 5205/99; s. auch Beschl. des *LG Hamburg* v. 24. 5. 2000 – 315 O 846/99.

38) S. dazu z. B. Neumann, WuW 1999, 961 ff. (963), die von einem Versuch zur Schaffung eines „kartellrechtsfreien Raums Soziale Krankenversicherung“ spricht; Schwerdtfeger, PharmInd 2000, 105 ff. A. A. Engelmann, NZS 2000, 213 (220 f.). Die Frage eines Anwendungsausschlusses des nationalen Wettbewerbsrechts braucht hier nicht entschieden zu werden. Selbstverständlich hat der Gesetzgeber – schon mangels einer entsprechenden Gesetzgebungskompetenz – mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 jedenfalls den EG-Vertrag nicht geändert. Die mit gemeinschaftsrechtlichem Anwendungsvorrang ausgestatteten Art. 81, 82 EG bleiben auch nach dem In-Kraft-Treten der Rechtsänderungen auf Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern mit wettbewerbsrechtlichem Bezug grundsätzlich anwendbar. Insoweit weist Schwerdtfeger, PharmInd 2000, 185 (187) zutreffend daraufhin: „Die Art. 81 f. EG gehören unbestritten zu den Vorschriften des EG-Vertrages, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sind. Dabei handelt es sich um eine eigenständige „Rechtsmasse“, die durch Regelungen des nationalen Rechts (§ 69 neu mit seinem Ausschließlichkeitsansatz) nicht abgeändert werden kann.“

39) „Leistungserbringer“ sind neben den in § 69 SGB V beispielhaft genannten Ärzten, Krankenhäusern und Apotheken u. a. auch die pharmazeutischen Unternehmen.

40) GmS-OGB BGHZ, 97, 312 (313) = NJW 1986, 2359 = LM § 9 BBauG Nr. 6 (Orthopädische Hilfsmittel); GmS-OGB BGHZ, 108, 284 (286) = NJW 1990, 1527 = LM § 13 GVG Nr. 183 (Mitgliederwerbung); BGHZ, 114, 218 (221) = NJW 1991, 2963 = LM § 26 GWG Nr. 72 (Einzelkostenerstattung).

41) Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsausschusses für Gesundheit, BT-Dr 14/1997, S. 189; Orłowski, GKV-Kommentar, Stand: Mai 2000, § 69 SGB V Rdnr. 11.

42) BGHZ, 114, 218, 222 ff. = NJW 1991, 2963 = LM § 26 GWG Nr. 72; BGH, NJWE-WettbR 1999, 212 = LM H. 11/1999 § 21 GWB Nr. 8, NZS 1999, 495 ff.; a. A. aber BSGE, 66, 159 (160 f.) = NZA 1990, 751.

43) Engelmann, NZS 2000, 213 (214).

44) S. dazu auch Neumann, WuW 1999, 961 (966).

45) Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Dr 13/9720, S. 46.

III. Vertragsverletzung durch gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen und die Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Rechtspositionen hindernde Rechtswegzuweisungen

Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, bestimmte Rechtsmaterien durch ausdrückliche Rechtswegzuweisungen bestimmten Gerichten zuzuweisen bzw. bestehende Rechtswegzuweisungen zu ändern. Auch das Gemeinschaftsrecht beeinträchtigt diese mitgliedstaatliche Kompetenz grundsätzlich nicht. Den Mitgliedstaaten obliegt nach Art. 10 I EG jedoch die gemeinschaftsrechtliche Pflicht, in vollem Umfang die Anwendung des Gemeinschaftsrechts, also auch der Art. 81 f. EG, durch die innerstaatlichen Gerichte sicherzustellen, um den subjektiven Rechten, die sich für Unionsbürger aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, zur praktischen Wirksamkeit zu verhelfen⁴⁶. Die nationalen Gerichte ihrerseits müssen das Gemeinschaftsrecht so anwenden, dass dessen Einheit und Wirksamkeit gewährleistet ist⁴⁷. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Zurückhaltung der Sozialgerichte bei der Anwendung von EG-Kartellrecht in Rechtsstreitigkeiten zwischen Einrichtungen der gesetzlichen Krankenversicherung und den Arzneimittelherstellern über Festbeträge und Arzneimittel-Richtlinien könnte sowohl die Aufgabe der Zuständigkeit der Kartellgerichte für die hier in Frage stehenden Verfahren als auch die Nichtanwendung von EG-Kartellrecht durch die Sozialgerichte selbst einen – im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG aufgreifbaren – Verstoß gegen primäres Gemeinschaftsrecht darstellen.

1. Vertragsverletzung durch die Nichtbeachtung des EG-Kartellrechts in der Rechtsprechung der Sozialgerichte?

Gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidungen nationaler Gerichte, die einschlägige, unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsvorschriften nicht anwenden, stellen Rechtsverstöße dar, die dem betreffenden Mitgliedstaat zugerechnet werden müssen⁴⁸. Die gegen die Verfolgung entsprechender Verstöße im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens bestehenden Bedenken können angesichts des klaren Wortlauts des Art. 226 I EG keinen generellen Ausschluss dieses Aufsichtsverfahrens gegenüber evident gemeinschaftsrechtswidrigen Gerichtsentscheidungen rechtfertigen. Soweit darauf hingewiesen wird, dass der EG-Vertrag den nationalen Gerichten bei der Anwendung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts eine zentrale Rolle zuweist⁴⁹, gilt dies zweifellos ebenso für innerstaatliche Verwaltungsbehörden und kann deshalb kein Freibrief für vertragswidrige Gerichtsentscheidungen sein⁵⁰. Auch der Einwand der fehlenden Heilbarkeit gemeinschaftsrechtswidriger rechtskräftiger Entscheidungen kommt jedenfalls in den Fällen nicht zum Tragen, in denen zu erwarten ist, dass die Nichtanwendung bestimmter Gemeinschaftsrechtsnormen auch künftige Entscheidungen des betreffenden Gerichts kennzeichnen wird. Trotz ihrer bisher gezeigten Zurückhaltung hält auch die Kommission den Rückgriff auf das Vertragsverletzungsverfahren jedenfalls dann für möglich, wenn die gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung auf einer *bewussten Haltung* des Gerichts beruht⁵¹. Die diese Aussage beinhaltende Stellungnahme der Kommission bezog sich zwar auf die spezielle Frage, unter welchen Umständen die gemeinschaftsrechtswidrige Nichtvorlage einer entscheidungserheblichen Auslegungs- oder Gültigkeitsfrage die Einleitung eines Aufsichtsverfahrens rechtfertigt. Das von der Kommission vorgetragene Kriterium der „bewussten Haltung“ dürfte aber auch auf andere Formen gerichtlicher Vertragsverstöße anwendbar sein. Die Einleitung eines Vertragsverletzungsver-

fahrens gegenüber gemeinschaftsrechtswidrigen Gerichtsentscheidungen kommt danach jedenfalls in den Fällen in Betracht, in denen die gerichtliche Fehlentscheidung auf einem Widerspruch zu eindeutigem Gemeinschaftsrecht oder einer gefestigten Rechtsprechung des *EuGH* beruht (in „analoger“ Anwendung der *Acte-clair-Doktrin*⁵²) und dieser Widerspruch so offensichtlich ist, dass er sich nur durch eine bewusste Nicht- oder Fehlanwendung gemeinschaftsrechtlicher Normen erklären lässt⁵³. Der Unabhängigkeit der nationalen Gerichte und ihrer besonderen Verantwortung bei der praktischen Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts ist dabei durch die Forderung Rechnung zu tragen, dass es sich nicht nur um eine „Entgleisung“ im Einzelfall handeln darf, sondern dass sich die gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung in mehreren Urteilen widerspiegeln muss, wenngleich insoweit auch keine *consistent practice* vorauszusetzen ist.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen im Hinblick auf die Rechtsprechung der Sozialgerichte zu den skizzierten Rechtsstreitigkeiten über Festbetragsfestsetzungen der Kassenverbände erfüllt sind. Einen Anknüpfungspunkt für einen Vertragsverstoß könnten die Anforderungen bilden, die die Sozialgerichte in ihrer Rechtsprechungspraxis an den Anordnungsgrund einer einstweiligen Verfügung (Bedürfnis zur vorläufigen Wahrung des geltend gemachten Anspruchs) stellen. Die nachzuweisende „wesentliche Existenzgefährdung“ macht es betroffenen Arzneimittelherstellern nahezu unmöglich, unter Berufung auf einen aus dem EG-Kartellrecht abgeleiteten Anordnungsanspruch einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen. Die restriktive Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch die Sozialgerichte verhindert damit die effektive Durchsetzung des EG-Kartellverbots in dem hier betroffenen Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung und kommt im Ergebnis einem materiellen Ausschluss des EG-Kartellrechts nahe. Die praktisch wirksame Umsetzung der von Art. 81 f. EG angeordneten Rechtsfolge der Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen von *Anfang an*⁵⁴ bedarf aber eines effektiven einstweiligen Rechtsschutzes, da nur so die Befolgung des EG-Kartellrechts umgehend erzwingbar bleibt. Die Sozialgerichte stehen daher grundsätzlich in der Verantwortung, in den von § 69 SGB V umrissenen kartellrechtlichen Streitigkeiten einen effektiven einstweiligen Rechtsschutz zu gewährleisten. Die mitgliedstaatlichen Gerichte übernehmen nämlich – soweit sie die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts wahrnehmen – die Aufgabe *funktionaler Gemeinschaftsgerichte*. In diesem Zusammenhang haben sie die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen⁵⁵. Die Funktion der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der „praktischen“ Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts und seines Anwendungsvorrangs gegenüber dem nationalen Recht hat der *EuGH* besonders in der Rechtsache *Simmenthal* herausgearbeitet. Danach ist der „im Rahmen seiner

46) *EuGH*, Slg. 1991, I-745 = *EuZW* 1991, 351 Rdnr. 36 – Antonissen.

47) *EuGH*, Slg. 1978, 629 = *NJW* 1978, 1741 Rdnrn. 21, 23 – *Simmenthal*; *EuGH*, Slg. 1996, I-5403 = *NVwZ* 1997, 473 Rdnr. 58 – *Aanemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV*; vgl. auch *Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997, S. 248 ff.

48) *Lenaerts/Arts* (o. Fußn. 6), S. 98 Rdnr. 5-032.

49) *Däubler*, *NJW* 1968, 325 ff. (327); *Krück* (o. Fußn. 3), Rdnr. 62.

50) *Karpenstein/Karpenstein* (o. Fußn. 3), Rdnr. 23.

51) Vgl. Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 608/78 des Abgeordneten *Krieg*, *ABIEG* 1979 Nr. C 28, S. 8.

52) Vgl. zur *Acte-clair-Doktrin* z. B. *Bleckmann*, *Europarecht*, 1997, Rdnrn. 926 ff.

53) Antworten der Kommission auf schriftliche Anfragen Nr. 100/67, *ABIEG* 1967 Nr. C 270, S. 2 sowie 28, S. 68; *ABIEG* 1979 Nr. C 28, S. 8. S. hierzu auch Schlussantrag des Generalanwalts *Warner*, in: *EuGH*, Slg. 1977, 1999 (2021) = *NJW* 1978, 479 – *Regina/Bouchereau*. *Lenaerts/Arts* sehen dies jedenfalls als erfüllt an, „if a national court deliberately ignored or disregarded Community law“ (o. Fußn. 6), S. 98).

54) Vgl. z. B. *Weiß*, in: *Callies/Ruffert*, *Komm. z. EUV/EGV*, 1999, Art. 81 Rdnr. 146.

55) Zum Begriff des funktionalen und des institutionellen Gemeinschaftsgerichts vgl. *Koenig/Sander* (o. Fußn. 4), Rdnrn. 21 f. u. 454 f.

Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet (...), das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts (...) unangewendet lässt⁵⁶. In seiner Factortame-Entscheidung wies der *EuGH* daraufhin, dass „das Gemeinschaftsrecht dahin auszulegen ist, dass ein nationales Gericht, das in einem anhängigen, das Gemeinschaftsrecht betreffenden Rechtsstreit zu der Auffassung gelangt, dem Erlass einer einstweiligen Anordnung stehe nur eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegen, diese Vorschrift nicht anwenden darf“. Und in seiner Entscheidung im Fall *Salgoil* betonte der *EuGH*, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet sind, die Interessen derjenigen zu wahren, die durch eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts betroffen sind, indem sie diesen „einen unmittelbaren und sofortigen Schutz gewähren“⁵⁷. Diese Pflicht ist im vorliegenden Zusammenhang umso höher einzuschätzen, als „Art. 81 EG (...) eine grundlegende Bestimmung darstellt, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist“⁵⁸.

Der gemeinschaftsrechtlich begründeten Pflicht der Gewährung effektiven einstweiligen Rechtsschutzes in kartellrechtlichen Streitigkeiten sind die Sozialgerichte bisher nicht nachgekommen. Sie haben im Gegenteil in Form hoher Anforderungen an die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes auf verfahrensrechtlichem Wege eine individuelle Spürbarkeitsprüfung eingeführt, die in Art. 81 EG nicht vorgesehen ist und die die Durchsetzung des EG-Kartellverbots in dem von § 69 SGB V erfassten Bereich verhindert. Damit handeln die Sozialgerichte im Rahmen einstweiliger Rechtsschutzverfahren mit EG-kartellrechtlichem Bezug derzeit nicht nach Maßgabe der alle mitgliedstaatlichen Gewalten treffenden Pflicht zur Gemeinschaftstreue (Art. 10 I EG), nach der eine EG-rechtskonforme Auslegung und Anwendung der innerstaatlichen Rechtsschutzinstitute geboten ist. Da die die effektive Durchsetzung des EG-Kartellrechts hindernde richterliche Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Sozialgerichten eine ständige Praxis des für Festbeträge zuständigen *LSG Nordrhein-Westfalens*⁵⁹ darstellt und diese im Widerspruch zur Rechtsprechung des *EuGH* über die gerichtlichen Pflichten bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts steht, könnte die Kommission durchaus zur Auffassung gelangen, dass die gemeinschaftsrechtswidrige Nichtdurchsetzung des EG-Kartellrechts auf einer *beweissten Haltung* der zuständigen Sozialgerichte beruht. In diesem Falle käme auch unter Berücksichtigung der dargelegten eng gefassten Kriterien die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG gegen die Bundesrepublik Deutschland in Betracht.

2. Vertragsverletzung durch gemeinschaftsrechtswidrige Rechtswegzuweisung?

Um den mit der Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen entstehenden Schwierigkeiten auszuweichen, könnte die Kommission aber stattdessen auch die Zuweisung der in § 69 SGB V umrissenen kartellrechtlichen Streitigkeiten zu den Sozialgerichten im Wege des Aufsichtsverfahrens aufgreifen. Das Gemeinschaftsrecht ist grundsätzlich verfahrensneutral und belässt den Mitgliedstaaten die Befugnis, ihr Rechtsschutzsystem nach den jeweiligen nationalen Vorstellungen auszugestalten. Dies beinhaltet auch die Freiheit, bestimmte Rechtsmaterien bestimmten Gerichten zuzuweisen bzw. bestehende Rechtswegzuweisungen zu ändern. Eingeschränkt wird diese mitgliedstaatliche Kompetenz allerdings durch das Gebot zur Gemeinschaftstreue gem. Art. 10 I EG und der sich hieraus ableitenden Pflicht zur Bereitstellung eines

effektiven Rechtsschutzsystems. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass die Befugnis zur Zuweisung bestimmter Rechtsmaterien in bestimmte Rechtswege dort ihre Grenzen findet, wo die effektive Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts sowie dessen Durchsetzung durch die innerstaatlichen Gerichte nicht mehr gewährleistet ist. So führte der *EuGH* in der Rechtssache *Bozzetti* aus:

„(...) ist es Sache der Rechtsordnungen jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in denen es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte geht, wobei die Mitgliedstaaten jedoch für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind“⁶⁰.

Effektiver Rechtsschutz setzt im Bereich des Kartellrechts insbesondere voraus, dass dem Einzelnen Möglichkeiten zur wirksamen Abwehr kartellrechtswidriger Verhaltensweisen in Form vorläufigen Rechtsschutzes zur Verfügung gestellt werden. Bereits hingewiesen wurde auf die vom *EuGH* in seiner *Salgoil*-Entscheidung herausgearbeitete mitgliedstaatliche Verpflichtung, die Interessen derjenigen, die durch eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts betroffen sind, durch „einen unmittelbaren und sofortigen Schutz“ zu wahren⁶¹. Das Gebot der Gewährleistung einstweiligen Rechtsschutzes gegen gemeinschaftsrechtswidrige Verhaltensweisen wurde vom *EuGH* auch in der Rechtssache *Factortame* bestätigt. Der *EuGH* entschied dort, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, „den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für die Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt“. Schließlich betont der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung, dass die Mitgliedstaaten auf Grund der Art. 81 f. EG i. V. mit Art. 10 EG keine Maßnahme, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürfen, welche die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Ein solcher Fall wäre nach Auffassung des *Gerichtshofs* insbesondere dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibe, erleichtere oder deren Auswirkungen verstärke⁶². Die Verpflichtung zur Gewährleistung einstweiligen Rechtsschutzes erfasst somit nicht nur die mitgliedstaatlichen Gerichte, sondern auch den Gesetzgeber⁶³. Mit der Zuweisung der in § 69 SGB V umrissenen kartellrechtlichen Streitigkeiten zu den Sozialgerichten verletzt der deutsche Gesetzgeber diese gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, da der im Rahmen der Zivilgerichtsbarkeit gewährleistete *effektive* Rechtsschutz vor den nunmehr zuständigen Sozialgerichten nicht mehr gewährleistet ist. *Schwerdfeger* stellt insoweit treffend fest: „Mit § 69 neu nimmt der Gesetzgeber den potenziellen Antragstellern diese Möglichkeit, um den Instanzen der gesetzlichen Krankenversicherung die Defizite im einstweiligen Rechtsschutz nach dem SGG zugute kommen zu lassen“⁶⁴. Der Gesetzgeber ist gem. Art. 10 I EG verpflichtet, alles zu

56) *EuGH*, Slg. 1978, 629 (644) = NJW 1978, 1741 – Simmenthal.

57) *EuGH*, Slg. 1968, 679 (693) = NJW 1969, 1550 – *Salgoil*.

58) *EuGH*, Slg. 1999, I-3055 = EuZW 1999, 565 (567) – *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*.

59) Vgl. *Schwerdfeger*, *PharmInd* 2000, 185 (186).

60) *EuGH*, Slg. 1985, 2301 (2317 f.) – *Bozzetti/Invernizzi*.

61) *EuGH*, Slg. 1968, 679 (693) = NJW 1969, 1550 – *Salgoil*.

62) *EuGH*, Slg. 1988, 4769 = EuZW 1990, 67 – Van Eycke; *EuGH*, Slg. 1993 5801 = EuZW 1993, 769 – Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Gebäude Reiff; *EuGH*, Slg. 1994, 2517 = EuZW 1995, 29 (30) – Bundesrepublik Deutschland/Delta Schifffahrts- und Speditionsgesellschaft.

63) *EuGH*, Slg. 1985, 1355 (1364) – Kommission/Frankreich.

64) *Schwerdfeger*, *PharmInd* 2000, 185 (186).

unterlassen, was die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gefährden könnte. Dies gilt insbesondere auch für die – zur Herstellung eines funktionierenden Binnenmarkts grundlegenden – EG-Wettbewerbsregeln. Gerade das EG-Kartellrecht bedarf aber zur Herstellung seiner praktischen Wirksamkeit – wegen der sachlich und personell begrenzten Überwachungskapazitäten der Kommission – eines lückenlosen (einstweiligen) Rechtsschutzes vor den innerstaatlichen Gerichten, der es Betroffenen ermöglicht, die Beachtung des EG-Kartellrechts unmittelbar und unverzüglich durchzusetzen. Die Rechtswegzuweisung des GKV-Gesundheitsreformgesetzes errichtet hingegen einen Ausnahmereich zu Gunsten der deutschen Krankenkassen und ihrer Verbände, innerhalb dessen die Befolgung des EG-Kartellrechts für die betroffenen Arzneimittelhersteller nicht oder jedenfalls nicht umgehend erzwingbar ist. Den Krankenkassen wird bewusst die Möglichkeit eröffnet, sich kartellrechtswidrig zu verhalten, ohne dass sie – wie bisher – den Erlass einstweiliger Verfügungen der Kartellgerichte befürchten müssten. Dadurch erleichtert der Gesetzgeber nicht nur in einer vom *EuGH* in den Rechtssachen van Eycke⁶⁵ und Reiff⁶⁶ ausdrücklich als unzulässig herausgestellten Form die Beibehaltung verbotener Kartellabsprachen zwischen den Kassenverbänden. Durch den defizitären einstweiligen Rechtsschutz ermöglicht er es ihnen vielmehr überhaupt erst, wettbewerbsrechtswidrig festgesetzte Festbeträge in ihrer Erstattungspraxis auch gegen den – im sozialgerichtlichen Verfahren faktisch wirkungslosen – Widerstand der Betroffenen durchzusetzen.

Es handelt sich bei der Rechtswegzuweisung durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 folglich nicht nur um eine bloße Verlagerung von Entscheidungskompetenzen, sondern um eine Verkürzung des gemeinschaftsrechtlich gebotenen Rechtsschutzes. Eine solche Regelung ist mit Art. 81 f. EG i. V. mit Art. 10 EG sowie dem Gebot zur Sicherung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar. Die Freiheit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Rechtsschutzsysteme endet dort, wo bewusst und zielgerichtet die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gegen vertragswidrige Verhaltensweisen ausgeschlossen wird. Eine Bereichsausnahme zu Gunsten der gesetzlichen Krankenkassen, die materiell-rechtlich durch nationales Recht nicht durchgesetzt werden kann, darf nicht durch die „Hintertür“ einer Verfahrensregelung eingeführt werden. Schon aus kompetenzrechtlichen Gründen verfügt der deutsche Gesetzgeber über keine Befugnis, auf der innerstaatlichen Ebene „EG-kartellrechtsfreie Rechtsschutzräume“ zu schaffen. Im EG-Vertragssystem ist eine solche umfassende Bereichsausnahme für die Systeme der sozialen Sicherheit unter dem Regime des Art. 86 II EG nicht vorgesehen und darf auch nicht über verfahrensrechtliche Umwege installiert werden⁶⁷.

Die Rechtswegzuweisung in § 69 SGB V verstößt somit vor dem Hintergrund der Defizite im einstweiligen Rechtsschutz nach dem Sozialgerichtsgesetz und der Gewährungspraxis der Sozialgerichte gegen Art. 81 f. EG i. V. mit Art. 10 I EG. Auch insoweit besteht die Möglichkeit, dass die Kommission diesen Verstoß – solange der Gesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz im Sozialgerichtsgesetz für wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten nicht praktisch wirksam herstellt oder aber die skizzierten Rechtsstreitigkeiten den Zivilgerichten zuweist – im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgreift. In einem solchen Verfahren bestünde für die Bundesrepublik Deutschland kaum Aussicht auf eine erfolgreiche Verteidigung. Insbesondere könnte sie sich nicht mit dem Hinweis auf die Einbindung der gesetzlichen Kranken-

versicherung in das System der sozialen Sicherheit rechtfertigen, da insoweit allein die tatsächliche Beeinträchtigung der effektiven Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts maßgeblich wäre. Das EG-Kartell- und Wettbewerbsmissbrauchsrecht ist aber für die Zwecke der Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht an irgendwelchen objektiven oder subjektiven Merkmalen oder Zielen des betreffenden Rechtssubjekts orientiert. Nach Maßgabe des funktionalen Unternehmensverständnisses sind Art. 81 f. EG vielmehr ausschließlich auf die Erfassung wirtschaftlicher Tätigkeiten einzelner Handlungsträger – unabhängig von ihrer Rechtsform – bezogen⁶⁸.

IV. Fazit

Der von der Bundesregierung beschrittene Weg, die Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts im Bereich der Sozialversicherungen durch EG-vertragsrechtswidrige Rechtswegzuweisungen zu verhindern, ist nicht geeignet, die kostendämpfenden Steuerungsmechanismen des nationalen Gesundheitssystems vor dem Zugriff des EG-Wettbewerbsrechts zu bewahren. Vielmehr setzt sich die Bundesrepublik Deutschland hierdurch der Gefahr der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG durch die Kommission aus. Sowohl die von den Sozialgerichten an den Anordnungsgrund einer einstweiligen Maßnahme bei kartellrechtlichen Streitigkeiten gestellten Anforderungen als auch die durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 geänderte Rechtswegzuweisung in § 69 SGB V verstoßen gegen Art. 81, 82 EG i. V. mit Art. 10 I EG. Auf diese Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts könnte die Kommission etwa durch die Individualbeschwerde eines Arzneimittelherstellers aufmerksam gemacht werden. Die Abschottung der gesetzlichen Krankenversicherung gegenüber dem EG-Kartellrecht könnte nur dann gelingen, wenn auf der gemeinschaftlichen Ebene eine umfassende Bereichsausnahme für die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten geschaffen würde, die diese von der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts freistellte. Eine solche umfassende Bereichsausnahme für die Systeme der sozialen Sicherheit ist bisher im EG-Vertragssystem, insbesondere in Art. 86 II EG, nicht vorgesehen. Auf der mitgliedstaatlichen Ebene hingegen bleibt dem Gesetzgeber – will er sich nicht selbst in Widerspruch zu Vorschriften des EG-Vertrages stellen – letztlich nur die Möglichkeit, die gesetzlichen Regelungen, auf denen die wettbewerbsrelevanten Handlungen der betroffenen Handlungsträger beruhen, so umzugestalten, dass die Einrichtungen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr als funktionale Unternehmen i. S. der Art. 81 f. EG handeln. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn den Kassenverbänden im Rahmen der Festbetragsfestsetzung kein Raum mehr für ein eigenverantwortliches Wettbewerbsverhalten verbliebe, sich ihr Handeln vielmehr als bloßer Gesetzesvollzug und damit hoheitliches – kartellrechtsneutrales – Handeln darstellte⁶⁹.

65) *EuGH*, Slg. 1988, 4769 = *EuZW* 1990, 67 – Van Eycke.

66) *EuGH*, Slg. 1993, 5801 = *EuZW* 1993, 769 – Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Gebrüder Reiff.

67) Zur Anwendbarkeit des Art. 86 II EG auf die Systeme der sozialen Sicherheit, vgl. *Berg*, *EuZW* 2000, 170 ff. (173 f.); *Hänlein/Kruse*, *NZS* 2000, 165 ff. (171 f.); *Koenig/Sander* (o. Fußn. 8).

68) *Roth/Ackermann* (o. Fußn. 15), S. 14 f. (Rdnrn. 13 f.).

69) Das Bundesgesundheitsministerium hat in Reaktion auf das Urteil des *OLG Düsseldorf* v. 27. 6. 1999 über die Kartellrechtswidrigkeit des gegenwärtigen Festbetragsfestsetzungsverfahrens die gemeinschaftsrechtskonforme Umgestaltung des Festbetragsfestsetzungsverfahrens angekündigt und eine Neuregelung vorgeschlagen, deren Kern die Festsetzung der Festbeträge durch Rechtsverordnung ist; s. hierzu *Schwerdtfeger*, *NZS* 2000, 67 ff.