

**Die Hilfsmittelversorgung
in der gesetzlichen Krankenversicherung
nach dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz**

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des
BVMed – Bundesverband Medizintechnologie e.V.

von

Universitätsprofessor Dr. iur. habil. Helge Sodan

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht
an der Freien Universität Berlin;

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

Berlin, im Juli 2007

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Erster Teil

Einschränkung des Patientenwahlrechts in § 33 Abs. 6 SGB V n. F.

A. Einfachgesetzliche Rechtslage	7
B. Verfassungsrechtlicher Rahmen	9
I. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	9
1. Eingriff in den Schutzbereich	9
2. Zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs	10
a) Legitime Regelungsziele	11
aa) Wettbewerbsförderung	11
bb) Finanzielle Entlastung der gesetzlichen Krankenkassen	12
b) Geeignetheit	13
aa) Ungeeignetes Instrumentarium zur Wettbewerbsförderung	14
bb) Ungeeignetes Instrumentarium zur mittel- und langfristigen Entlastung der Krankenkassen	16
c) Erforderlichkeit	16
d) Angemessenheit	17
3. Ergebnis	20
II. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit	20
III. Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz	21

Zweiter Teil

Anwendbarkeit des GWB auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung

A. Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 19 bis 21 GWB	26
--	----

B. Diskriminierungsverbot nach § 20 GWB als Maßstab für den Vertragsabschluss zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern	28
I. Tatbestand des Diskriminierungsverbots in § 20 Abs. 1 GWB	29
1. Marktbeherrschendes Unternehmen	29
2. Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr für gleichartige Unternehmen	31
a) Branchenüblichkeit des Zugangs zum Geschäftsverkehr	32
b) Gleichartigkeit der Unternehmen	32
3. Unbillige Behinderung	33
a) Behinderung	34
b) Unbilligkeit der Behinderung	35
4. Ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung	37
5. Ergebnis	39
II. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 GWB	40
1. Einschlägige Anspruchsgrundlagen	40
2. Kontrahierungszwang	41
3. Keine generelle Nichtigkeit des schon abgeschlossenen Vertrages	43

Dritter Teil

Rechtsschutzmöglichkeiten für Leistungserbringer der Hilfsmittelversorgung

A. Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem Vergaberecht	45
I. Anwendbarkeit des Vergaberechts	45
II. Rechtsschutzmöglichkeiten	48
B. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Diskriminierung von Anbietern beim Abschluss von Verträgen mit Krankenkassen	51
I. Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts neben dem Vergaberecht	51
II. Gerichtlicher Rechtsschutz	51
1. Rechtsweg	52
2. Statthafte Klageart	53
3. Einstweilige Anordnung	54
III. Außergerichtlicher Rechtsschutz	54

Vierter Teil
Zusammenfassung in Leitsätzen

I. Einschränkung des Patientenwahlrechts	57
II. Anwendbarkeit des GWB	58
III. Rechtsschutzmöglichkeiten	60

Einleitung

Nach langen Kontroversen während des Gesetzgebungsverfahrens ist zum 1. April 2007 der überwiegende Teil der Vorschriften im „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)“ vom 26. März 2007¹ in Kraft getreten. Dieses Gesetz unterwirft faktisch alle Sektoren der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und auch die private Krankenversicherung (PKV) erheblichen Veränderungen.² Dazu gehören auch die Rechtsbeziehungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den Leistungserbringern der Hilfsmittelversorgung. Auftragsgemäß werden verschiedene Rechtsprobleme in diesem Bereich beleuchtet, die sich aus den bedeutenden Veränderungen thematisch einschlägiger Regelungen durch das GKV-WSG ergeben.

§ 33 Abs. 6 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) n. F. schränkt die Freiheit der Versicherten, bei der Versorgung mit Hilfsmitteln den Leistungserbringer selbst auszuwählen, erheblich ein. Zukünftig sind die Versicherten grundsätzlich auf diejenigen Leistungserbringer verwiesen, mit denen die jeweilige Krankenkasse einen Vertrag über die Leistungserbringung geschlossen hat. Diese gesetzlich induzierte Einschränkung bisher bestehender Rechte der Versicherten wirft die Frage auf, ob die entsprechende Neuregelung mit ihren Grundrechten vereinbar ist. Hierbei werden insbesondere das in Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und der in Art. 3 Abs. 1 GG enthaltene allgemeine Gleichheitssatz als Maßstäbe einer verfassungsrechtlichen Prüfung des § 33 Abs. 6 SGB V n. F. herangezogen.

Die Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen auf das Verhältnis zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gehört seit Jahren zu den meistdiskutierten Themen des Gesundheitsrechts. Diese Problemstellung ist von großer praktischer Relevanz, weil ihre Lösung

¹ BGBl. I, S. 378.

² Siehe dazu näher *Helge Sodan*, Das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, NJW 2007, 1313 ff.

zugleich den rechtlichen Rahmen für den Handlungsspielraum der Krankenkassen gegenüber den Leistungserbringern absteckt. In § 69 Satz 2 SGB V n. F. werden nunmehr erstmals ausdrücklich mit den §§ 19 bis 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wettbewerbsrechtliche Bestimmungen auf die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern für entsprechend anwendbar erklärt. Mit dem Verweis auf die §§ 19 bis 21 GWB ergeben sich allerdings neue Streitfragen über den Umfang der gesetzlichen Verweisung auf das Wettbewerbsrecht. Im vorliegenden Gutachten wird zunächst das in § 20 GWB enthaltene Diskriminierungsverbot auf die praxisrelevante Konstellation angewandt, in der ein Hilfsmittelanbieter von der Krankenkasse nicht als Vertragspartner ausgewählt wird, obwohl sein Angebot nicht schlechter ist als das des gewählten Vertragspartners. Anschließend werden die sich aus dem § 20 GWB ergebenden Rechtsfolgen erläutert und untersucht, inwieweit ein rechtswidrig ausgeschlossener Anbieter von der Krankenkasse die Berücksichtigung als Leistungserbringer verlangen kann.

Die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Regelungen auf die vertraglichen Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern generiert schließlich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten ein diskriminierter Anbieter besitzt. Da nach § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. der Vertragsinhalt regelmäßig im Wege der Ausschreibung bestimmt werden soll, drängt sich die Frage auf, ob dabei auch vergaberechtliche Vorschriften zu beachten sind. Anschließend ist zu untersuchen, welche staatlichen Stellen zur Überprüfung vergaberechtlich relevanten Verhaltens berufen sind. Auch außerhalb einer spezifisch vergaberechtlichen Prüfung stellt sich die Frage, welches rechtliche Instrumentarium einem von der Leistungserbringung rechtswidrig ausgeschlossenen Anbieter zur Verfügung steht, um seine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche durchzusetzen. Um den Umfang seiner Rechtsschutzmöglichkeiten nachzuzeichnen, werden sowohl effektive gerichtliche als auch außergerichtliche Maßnahmen dargestellt.

Erster Teil

Einschränkung des Patientenwahlrechts in § 33 Abs. 6 SGB V n. F.

A. Einfachgesetzliche Rechtslage

Nach § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V besitzen Versicherte einen Anspruch auf Versorgung mit Hörhilfen, Körperersatzstücken, orthopädischen und anderen Hilfsmitteln, die im Einzelfall erforderlich sind, um den Erfolg der Krankenbehandlung zu sichern, einer drohenden Behinderung vorzubeugen oder eine Behinderung auszugleichen, soweit die Hilfsmittel nicht als allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens anzusehen oder nach § 34 Abs. 4 SGB V ausgeschlossen sind. Dieser allgemeine Anspruch der Versicherten auf Versorgung mit Hilfsmitteln war nach alter Rechtslage hinsichtlich der *Wahl der Leistungserbringer* gesetzlich unbeschränkt. Zwar enthielt § 33 Abs. 2 SGB V a. F. Regelungen zur Kostentragung der Hilfsmittelversorgung durch die gesetzlichen Krankenkassen, deren Umfang davon abhing, ob ein Festbetrag für ein bestimmtes Hilfsmittel festgesetzt worden war oder ob die jeweilige gesetzliche Krankenkasse des Versicherten einen Vertrag mit einem Leistungserbringer geschlossen hatte. Diese Bestimmungen berührten jedoch nicht das Recht des Versicherten, auch einen Leistungserbringer für die Hilfsmittelversorgung in Anspruch zu nehmen, mit dem die Krankenkasse keinen Vertrag geschlossen hatte. Der Versicherte war insofern in der Wahl des Leistungserbringers frei.

Durch das GKV-WSG hat sich diese Rechtslage nunmehr grundlegend geändert. Im neu eingefügten § 33 Abs. 6 Satz 1 SGB V, der zum 1. April 2007 in Kraft getreten ist, wird der Anspruch der Versicherten in der Hilfsmittelversorgung auf diejenigen Leistungserbringer beschränkt, die Vertragspartner ihrer Krankenkasse oder nach § 126 Abs. 2 SGB V n. F. versorgungsberechtigt sind. Hilfsmittel dürfen gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V n. F. abgegeben werden. Als Vertragspartner der Krankenkassen kommen lediglich Leistungserbringer in Betracht, welche die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung,

Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel erfüllen (§ 126 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 SGB V n. F.). Hat die Krankenkasse Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln geschlossen, erfolgt die Versorgung durch einen Vertragspartner, der den Versicherten von der Krankenkasse zu benennen ist (§ 33 Abs. 6 Satz 2 SGB V n. F.). § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. bestimmt, dass die leistungserbringenden Vertragspartner der Krankenkassen durch Ausschreibung ermittelt werden sollen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. Die Leistungserbringer oder deren Zusammenschlüsse haben dabei die Qualität der Hilfsmittel sowie die notwendige Beratung der Versicherten und sonstige erforderliche Dienstleistungen sicherzustellen und für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen (§ 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V n. F.). § 127 Abs. 2 SGB V n. F. regelt die Verpflichtung zum Abschluss von Verträgen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, wenn Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V n. F. nicht zweckmäßig sind. Bestehen keine Verträge nach § 127 Abs. 1 und 2 SGB V n. F. oder ist eine Hilfsmittelversorgung durch Vertragspartner nicht in zumutbarer Weise möglich, verpflichtet § 127 Abs. 3 Satz 1 SGB V n. F. die Krankenkasse zum Abschluss einer Vereinbarung im Einzelfall mit einem Leistungserbringer. Ein vertragliches Verhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer ist deshalb nach neuer Rechtslage die Grundvoraussetzung für die Hilfsmittelversorgung. Vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer abweichend können gemäß § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V n. F. Versicherte ausnahmsweise einen anderen Leistungserbringer wählen, wenn ein berechtigtes Interesse besteht; dadurch entstehende Merkkosten haben sie selbst zu tragen.

Bis zum 31. Dezember 2008 bleiben Leistungserbringer, die am 31. März 2007 – also vor Inkrafttreten des GKV-WSG – über eine Zulassung zur Hilfsmittelversorgung nach § 126 SGB V a. F. verfügten, zur Versorgung der Versicherten berechtigt (§ 126 Abs. 2 SGB V n. F.). Die neu statuierte Voraussetzung des Vertragsverhältnisses zwischen Leistungserbringer und Krankenkasse für die Hilfsmittelerbringung wird deshalb faktisch erst ab dem 1. Januar 2009 wirksam, weil davor die Leistungserbringung auch ohne ein solches Verhältnis möglich ist.

Ab dem 1. Januar 2009 ist mithin die Möglichkeit des Versicherten, bei der Hilfsmittelversorgung zwischen verschiedenen Leistungserbringern zu wählen, erheblich eingeschränkt.

B. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Fraglich ist, ob diese gesetzlich vorgegebene Einschränkung des Wahlrechts überhaupt verfassungsgemäß ist.

I. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

1. Eingriff in den Schutzbereich

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird durch das in Art. 2 Abs. 1 gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne geschützt³. Die allgemeine Handlungsfreiheit umfasst „jedes menschliche Verhalten ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“; geschützt ist nicht nur das Handeln, sondern auch das Nichthandeln.⁴ Daraus folgt, dass dieses Grundrecht generell auch die Freiheit umfasst, nicht Zwangsmitglied in einem öffentlich-rechtlichen Verband werden zu müssen.⁵ In die allgemeine Handlungsfreiheit eines Grundrechtsträgers wird deshalb eingegriffen, wenn der Gesetzgeber diesen einer Pflichtversicherung in einem System der sozialen Sicherheit unterwirft.⁶ Dies gilt insbesondere für die Begründung der Pflichtmitgliedschaft mit Beitragszwang in der

³ Siehe etwa BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 143 (146); 74, 129 (151 f.); 80, 137 (152); 108, 186 (234); 111, 54 (81); 112, 1 (21); 113, 88 (103).

⁴ *Dietrich Murswiek*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 3. Aufl., 2003, Art. 2 Rn. 52.

⁵ Siehe etwa BVerfGE 10, 89 (102); 15, 235 (239); 78, 320 (329 f.); 92, 53 (69); 109, 96 (109 f.); 115, 25 (42 f.); *Helge Sodan/Jan Ziekow*, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 2. Aufl., 2007, § 27 Rn. 3.

⁶ Vgl. BVerfGE 29, 221 (235 f.); 29, 245 (254); 29, 260 (266 f.); 109, 96 (109 f.); 115, 25 (42).

gesetzlichen Krankenversicherung.⁷ Wenn eine solche beitragspflichtige Zwangsmitgliedschaft in einer gesetzlichen Sozialversicherung durch eine staatliche Regelung begründet wird, schützt die allgemeine Handlungsfreiheit die Versicherten vor einem unangemessenen Verhältnis von Beiträgen und Leistungsumfang der Sozialversicherung.⁸ Die Ausgestaltung dieses Verhältnisses, auf das der Versicherte regelmäßig keinen Einfluss hat, ist am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.⁹ Wenn der Gesetzgeber durch Regelungen eine Disproportionalität von Beitrag und Leistung generiert, welche die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der betroffenen Versicherten nicht unerheblich einengt, ist deren allgemeine Handlungsfreiheit tangiert.¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat in diese Dogmatik auch ausdrücklich die Wahlfreiheit der Versicherten im Rahmen der GKV einbezogen: So ist der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit berührt, wenn die Freiheit zur Auswahl unter Arznei- und Hilfsmitteln, die dem einzelnen Versicherten als Sachleistung zur Verfügung gestellt werden, eingeschränkt wird.¹¹ Die allgemeine Handlungsfreiheit vermittelt deshalb zwar keinen originären Anspruch auf bestimmte medizinische Leistungen, bildet aber einen verfassungsrechtlichen Maßstab für die Zulässigkeit von Leistungsbeschränkungen im Rahmen der GKV.¹²

Durch die zukünftige gesetzliche Einschränkung der Freiheit der Versicherten, sich den konkreten Leistungserbringer im Rahmen der Hilfsmittelversorgung eigenverantwortlich auszuwählen, wird deshalb in die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten eingegriffen.

2. Zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Dieser Eingriff bedarf einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Als Schranke kommt die verfassungsmäßige Ordnung in Betracht, zu der alle in

⁷ BVerfGE 115, 25 (42).

⁸ Dazu näher BVerfGE 115, 25 (42 f.).

⁹ Vgl. BVerfGE 75, 108 (154); 97, 271 (286 f.); 106, 275 (304 f.); 115, 25 (42).

¹⁰ Vgl. BVerfGE 97, 271 (286) ; 115, 25 (42).

¹¹ Vgl. BVerfGE 106, 275 (304 f.); 115, 25 (42).

¹² BVerfGE 115, 25 (42 f.).

formeller und materieller Hinsicht mit der Verfassung übereinstimmenden Normen gehören.¹³ Die das Grundrecht einschränkenden Regelungen müssen aber, um verfassungsgemäß zu sein, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.¹⁴

a) Legitime Regelungsziele

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten bei der Leistungserbringung mit Hilfsmitteln mehrere Regelungsin-tentionen zugleich:

aa) Wettbewerbsförderung

Ein Ziel der gesetzlichen Verknüpfung des Leistungserbringungsan-spruchs der Versicherten mit einem Vertragsverhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer besteht darin, den Wettbewerb zu fördern. Dies gilt sowohl für den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern, die als Anbieter miteinander um den Abschluss der Verträge mit den Krankenkassen konkurrieren müssen¹⁵, als auch für den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen, denen eine größere vertragliche Gestaltungsfreiheit in ihrem Verhältnis zu den Leistungserbringern eingeräumt wird¹⁶. In der Begründung des Entwurfs des GKV-WSG wird deshalb zusammenfassend als Zweck der grundsätzlichen Beschränkung der Leistungserbringung auf die Vertragspartner der Krankenkassen bei der Hilfsmittelversorgung angeführt, „den Vertrags- und Preiswettbewerb zu stärken“¹⁷. Dieser Wettbewerb soll „bei gleichzeitiger Erhaltung der Versorgungsqualität“ stattfinden¹⁸ und insbesondere mit Hilfe der in § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. geregelten Ausschreibung gefördert werden. „Damit das Instrument der Ausschreibung wirkungsvoll genutzt werden

¹³ Siehe etwa BVerfGE 6, 32 (38); 80, 137 (153); 90, 145 (172); 96, 10 (21); 111, 54 (81 f.); 113, 88 (103).

¹⁴ *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 27 Rn. 17.

¹⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 2.

¹⁶ Siehe BT-Drucks. 16/3100, S. 1.

¹⁷ BT-Drucks. 16/3100, S. 141.

¹⁸ BT-Drucks. 16/3100, S. 89.

kann und die vertraglich vereinbarten Abnahmeverpflichtungen auch tatsächlich erfüllt werden können, muss für diesen Fall grundsätzlich die Versorgung durch einen von der Krankenkasse zu benennenden Leistungserbringer (Ausschreibungsgewinner) vorgesehen werden.“¹⁹

Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Frage, welche Zwecke er verfolgen darf, eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. Unterscheiden lassen sich „absolute“, d. h. von der Verfassung selbst vorgegebene Gemeinschaftswerte von „relativen“ Gemeinschaftsinteressen, die erst vom „einfachen“ Gesetzgeber in einen solchen Rang erhoben werden.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht prüft speziell im Hinblick auf Regelungen der Berufsausübung, ob diese „durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden“²¹. Diese Qualifikation der legislativen Intention lässt sich auch auf die übrigen Grundrechte übertragen. Es muss sich also um „legitime Gemeinwohlzwecke“²² handeln. In deren Bestimmung ist der Gesetzgeber weitgehend frei, solange sich aus dem Grundgesetz nichts Gegenteiliges ergibt.²³ Die mit den Neuregelungen der Hilfsmittelversorgung angestrebte Förderung des Wettbewerbs ist ein legitimer Gemeinwohlzweck, zumal die Teilnahme von Grundrechtsträgern am Wettbewerb auch durch die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit und die Art. 14 Abs. 1 GG garantierte Eigentumsfreiheit geschützt ist²⁴.

bb) Finanzielle Entlastung der gesetzlichen Krankenkassen

Zudem sollen mit der Einschränkung der Wahlfreiheit auch die Kosten der gesetzlichen Krankenkassen für die Aufwendungen der Leistungserbringer gesenkt werden. „Insbesondere durch Ausschreibungen können Einsparungen

¹⁹ BT-Drucks. 16/3100, S. 103.

²⁰ Vgl. BVerfGE 13, 97 (107); *Eberhard Grabitz*, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 65 f.; *Helge Sodan*, Berufsständische Zwangsvereinigung auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, 1991, S. 51 f.

²¹ So etwa BVerfGE 61, 291 (312); 68, 272 (282); 71, 162 (173).

²² BVerfGE 101, 331 (348).

²³ *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 24 Rn. 35.

²⁴ Siehe dazu näher *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 40 Rn. 16 f.

bei den Leistungsausgaben in relevanter Größenordnung erreicht werden.“²⁵ Die Begründung des Entwurfs des GKV-WSG prognostiziert ferner eher zurückhaltend, dass durch die „Regelungen in der Arznei- und Hilfsmittelversorgung [...] das Preisniveau in diesen Teilssegmenten gedämpft werden“ kann.²⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der GKV auch von finanziellen Erwägungen leiten lassen kann²⁷, und sogar statuiert, dass Kostenaspekten bei gesetzgeberischen Entscheidungen in verfassungsrechtlich legitimer Weise erhebliches Gewicht zukommen kann²⁸. Es ist deshalb nicht generell zu beanstanden, wenn der Staat aus finanziellen Gründen nicht alles leistet, was theoretisch zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit realisierbar erscheint.²⁹ Das mit der Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten verfolgte Ziel des Gesetzgebers, die gesetzlichen Krankenkassen finanziell zu entlasten, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht mithin ebenfalls legitim.

b) Geeignetheit

Die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten hinsichtlich der Auswahl der Leistungserbringer muss auch geeignet sein. Ein Mittel ist im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geeignet, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“.³⁰ Das Mittel muss also nicht optimal, sondern nur der Zweckerreichung dienlich sein.³¹

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber im Rahmen von dessen wirtschafts-, arbeits- und sozialpolitischen Entscheidungsfreiheit einen grundsätzlich nicht nachprüfbaren Prognosespielraum bzw. eine Einschät-

²⁵ BT-Drucks. 16/3100, S. 89.

²⁶ BT-Drucks. 16/3100, S. 3 f.

²⁷ BVerfGE 68, 193 (218); 70, 1 (26, 30); 115, 25 (46).

²⁸ BVerfGE 103, 172 (184); 115, 25 (46).

²⁹ BVerfGE 115, 25 (46); BVerfG, NJW 1997, 3085.

³⁰ BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187); vgl. ferner BVerfGE 90, 145 (172).

³¹ *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 147.

zungsprerogative hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes eingeräumt und sich darauf beschränkt, unter Berücksichtigung des zu prüfenden Sachbereichs, der Beurteilungsmöglichkeit und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter eine Evidenzkontrolle³², eine Vertretbarkeitskontrolle³³ oder eine weitgehende inhaltliche Kontrolle³⁴ durchzuführen. Der vom Gesetzgeber angestrebte Erfolg muss aber bei einer ex-ante-Betrachtung zumindest als möglich erscheinen.³⁵ Das eingesetzte Mittel ist also nicht geeignet und daher unverhältnismäßig, wenn es „objektiv untauglich“³⁶, „objektiv ungeeignet“³⁷ oder „schlechthin ungeeignet“³⁸ ist. Es kommt folglich darauf an, ob sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Datenmaterials orientiert und die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat, um die voraussichtlichen Auswirkungen der Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können.³⁹ Über Wertungen und tatsächliche Beurteilungen des Gesetzgebers kann sich das Bundesverfassungsgericht jedenfalls dann „hinwegsetzen, wenn sie widerlegbar sind“⁴⁰. Die Anforderungen an die Geeignetheit einer Maßnahme und damit an den Grad der Sicherheit einer Prognose „steigen proportional zur Intensität der Freiheitsbeschränkung“.⁴¹

aa) Ungeeignetes Instrumentarium zur Wettbewerbsförderung

Jeder Wettbewerb beinhaltet den Versuch der Wettbewerbsteilnehmer, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt

³² Vgl. BVerfGE 37, 1 (20); 40, 196 (223).

³³ Vgl. BVerfGE 25, 1 (12 ff.); 30, 250 (263); 50, 290 (333 f.); 77, 84 (106).

³⁴ Vgl. BVerfGE 7, 377 (415); 17, 269 (276 ff.); 45, 187 (237 ff.).

³⁵ Vgl. BVerfGE 25, 1 (12 f.); 30, 250 (263); 67, 157 (175); 96, 10 (23).

³⁶ BVerfGE 16, 147 (181).

³⁷ BVerfGE 17, 306 (317).

³⁸ BVerfGE 19, 119 (127); 73, 301 (317).

³⁹ BVerfGE 50, 290 (333 f.). Vgl. dazu ferner BVerfGE 90, 145 (173).

⁴⁰ BVerfGE 45, 187 (238).

⁴¹ SG München, SGb. 1996, 134 (135).

gegenüber anderen durchzusetzen.⁴² Die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten ist mittelbare Folge einer Selektion der potentiellen Leistungserbringer, die als Vertragspartner der Krankenkassen – nach § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. grundsätzlich durch ein Ausschreibungsverfahren – ausgewählt werden. Die Unternehmen der Hilfsmittelversorgung konkurrieren mithin ab dem 1. Januar 2009 darum, Vertragspartner der Krankenkassen und damit weiterhin Leistungserbringer im Rahmen der GKV zu bleiben. Diese Konkurrenzsituation stellt aber noch keinen echten Wettbewerb dar: Zum einen käme es schnell zu einer Verdrängung kleinerer und mittlerer Hilfsmittelunternehmen, die Hilfsmittel weniger günstig anbieten könnten als Großunternehmen und damit in Ausschreibungsverfahren regelmäßig nicht berücksichtigt würden. Da sie in diesem Fall allein auf die Hilfsmittelversorgung der Privatversicherten beschränkt blieben, wäre ihre Existenz mittelfristig gefährdet. Diese Konzentrationswirkung würde noch dadurch befördert, dass bestimmte Krankenkassen wegen ihres großen Anteils an der Gesamtzahl der Versicherten eine marktbeherrschende Stellung auf der Nachfragerseite einnehmen. Ein echter Wettbewerb ist aber nur möglich, wenn ein Konkurrenzverhältnis sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite und damit ein Gleichgewicht zwischen beiden Seiten besteht. Davon kann angesichts der neuen Regelungssystematik der Hilfsmittelversorgung keine Rede sein. Zum anderen wird durch sie der bisher grundsätzlich bestehende Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern im Verhältnis zu den *Versicherten* insofern gesetzlich beendet, als zukünftig die Wahlmöglichkeit der Versicherten entfällt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Regulierungsmechanismen nur dann wettbewerbsfördernden Charakter besitzen, wenn sie den Wettbewerbsteilnehmern und den Versicherten einen Entscheidungs- und Auswahlspielraum belassen. Durch § 33 Abs. 6 SGB V n. F. wird aber im Gegenteil gerade sowohl den potentiellen Leistungserbringern als auch den Versicherten der Freiheitsraum beschnitten. Insofern kann sich ein echter Wettbewerbsmarkt

⁴² Helge Sodan, Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz, in: DÖV 1987, 858 (860); ders., Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, in: DÖV 2000, 361 (364). Vgl. auch BGHZ 23, 365 (370); Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 79; Rupert Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 94.

bei der Hilfsmittelversorgung wegen der sozialrechtlichen Überregulierung dieses Sektors nicht entfalten.

Die neuen Regelungen sind deshalb hinsichtlich der Förderung des Wettbewerbs zwischen den potentiellen Leistungserbringern untauglich, weil sie mittelfristig zu einer vereinheitlichenden Konzentrationswirkung und damit gerade nicht zu einer echten Konkurrenzsituation führen.

bb) Ungeeignetes Instrumentarium zur mittel- und langfristigen finanziellen Entlastung der Krankenkassen

Zwar ist kurzfristig durchaus eine finanzielle Entlastung der Krankenkassen zu erwarten, wenn als Vertragspartner ein Leistungserbringer ausgewählt wird, dessen Aufwendungen im Rahmen der Hilfsmittelversorgung der Versicherten für die Krankenkassen preisgünstiger sind als die bisherigen durchschnittlichen Aufwendungen der verschiedenen Leistungserbringer. Durch die eintretende Konzentrationswirkung auf Seiten der Leistungserbringer entfällt allerdings mittelfristig eine Konkurrenzsituation. Die wenigen verbliebenen Leistungserbringer können deshalb bei der Neuverhandlung von Verträgen den Krankenkassen die Preise weitgehend vorgeben, weil letztere wegen einer fehlenden Wettbewerbssituation nicht mehr auf andere Leistungserbringer zurückgreifen können. Es ist daher damit zu rechnen, dass der kurzfristige finanzielle Entlastungseffekt für die Krankenkassen mittel- und langfristig nicht nur kompensiert wird, sondern in eine Belastung umschlägt. Die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten ist deshalb ebenfalls kein objektiv taugliches Mittel, um die Krankenkassen finanziell zu entlasten.

c) Erforderlichkeit

Sollte entgegen den soeben angestellten Überlegungen doch von der Eignetheit des hier vom Gesetzgeber gewählten Mittels auszugehen sein, so müsste ferner dessen Erforderlichkeit geprüft werden. Ein gewähltes Mittel ist erforderlich, wenn sich der Zweck der staatlichen Maßnahme nicht durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreichen lässt, welches das betroffene

Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkt.⁴³ Es kommt also darauf an, ob ein „milderes Mittel“ ersichtlich ist,⁴⁴ welches aber eben die gleiche Effektivität aufweisen muss.

Als die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten geringer beeinträchtigende Regelungen kommen Lockerungen der gesetzlichen Einschränkung der Wahlfreiheit in Betracht. Nach § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V n. F. können Versicherte ausnahmsweise einen anderen Leistungserbringer wählen, wenn ein berechtigtes Interesse besteht; dadurch entstehende Mehrkosten haben sie selbst zu tragen. Die selbstbestimmte Wahl des Leistungserbringers durch einen Versicherten ist folglich abhängig vom Vorliegen eines berechtigten Interesses. Dieser Rechtsbegriff ist äußerst unbestimmt. Ob ein berechtigtes Interesse im konkreten Fall vorliegt, wird zunächst durch die zuständige Krankenkasse überprüft, die regelmäßig wenig Interesse daran haben wird, dass ein Versicherter einen Leistungserbringer wählt, der nicht ihr Vertragspartner ist. Als grundrechtsschonendere Regelungsalternative kommt deshalb in Betracht, die gesetzliche Voraussetzung des berechtigten Interesses fallen zu lassen. Mehrkosten entstünden den Krankenkassen dadurch nicht, weil diese nach wie vor von den Versicherten getragen werden müssten. Insofern würde die Realisierung der mit dem Gesetz verfolgten Zielsetzungen nicht stärker gefährdet als bei der gegenwärtigen Regelung. Diese ist deshalb in ihrer bestehenden grundrechtsbeschränkenden Dimension nicht erforderlich.

d) Angemessenheit

Sollte sich entgegen den vorstehend dargelegten Argumenten das vom Gesetzgeber gewählte Mittel als erforderlich erweisen, so bedürfte es als letztem Schritt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Untersuchung der Zumutbarkeit der Betroffenen. Insoweit wird auch von Angemessenheit, Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gesprochen. Dabei geht es um die Herstellung einer Zweck-Mittel-Relation, um eine übermäßige Belastung der Betroffenen ermitteln zu können.

⁴³ Vgl. etwa BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 78, 38 (50); 90, 145 (172).

⁴⁴ So ausdrücklich BVerfGE 91, 207 (222).

Das Bundesverfassungsgericht sieht den Sinn dieser letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung darin, „die als geeignet und erforderlich erkannten Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle im Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen. [...] Daraus folgt, daß unter Umständen der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muß, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.“⁴⁵ Diesem Abwägungsmaßstab genügt die gesetzliche Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten nicht.

Auf Seiten der Versicherten streiten nicht nur die grundrechtlich geschützte freie Entfaltung der Persönlichkeit, sondern auch das verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte sog. Sozialstaatsprinzip⁴⁶ für die Erhaltung einer substantiellen Wahlfreiheit der Leistungserbringer. Der Schutz des Einzelnen in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Grundaufgabe des Staates. Ihr ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung für den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung Sorge getragen und die Art und Weise der Durchführung dieses Schutzes geregelt hat.⁴⁷ Bei der Ausgestaltung des Krankenversicherungsschutzes geht der Gesetzgeber davon aus, dass den Versicherten regelmäßig erhebliche finanzielle Mittel für eine zusätzliche selbständige Vorsorge im Krankheitsfall und insbesondere für die Beschaffung von notwendigen Leistungen der Krankenbehandlung außerhalb des Leistungssystems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zur Verfügung stehen.⁴⁸

Die in § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V n. F. vorgesehene Möglichkeit des Versicherten, bei einem berechtigten Interesse auch auf Leistungserbringer zu-

⁴⁵ BVerfGE 90, 145 (185).

⁴⁶ Siehe dazu näher *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 10.

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 68, 193 (209).

⁴⁸ BVerfGE 115, 25 (43 f.).

rückzugreifen, die nicht Vertragspartner der jeweiligen Krankenkasse sind, geht deshalb fehl: Die Versicherten haben nämlich nach § 33 Abs. 6 Satz 3 Halbs. 2 SGB V n. F. die entsprechenden Mehrkosten selbst zu tragen; gleichzeitig stehen den Versicherten – wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zutreffend hervorhebt⁴⁹ – aber regelmäßig erhebliche finanzielle Mittel für die medizinische Versorgung außerhalb des Systems der GKV nicht zur Verfügung. Die Versicherten werden deshalb selbst bei Vorliegen eines berechtigten Interesses von dieser Möglichkeit eher selten Gebrauch machen können. Diese gesetzliche Alternative zum ausschließlichen Rückgriff auf die Vertragspartner der Krankenkassen wird deshalb für die meisten Versicherten faktisch ins Leere laufen, weil sie von Voraussetzungen ausgeht, die nicht den Grundsätzen der GKV entsprechen. Damit beinhaltet die Neuregelung der Hilfsmittelversorgung tatsächlich nicht nur eine Einschränkung, sondern mittelbar die faktische Abschaffung der Wahlfreiheit für die Versicherten.

Diese erhebliche Einschränkung der Wahlfreiheit als schwerwiegender grundrechtlicher Eingriff steht außer Verhältnis zu den damit verbundenen legislativen Zielsetzungen, deren Realisierung – wie oben gezeigt – durch diese Neuregelung der Hilfsmittelversorgung ohnehin nicht zu erwarten ist. Die Versicherten werden mittelbar zum intransparenten Bezugspunkt von Verträgen, ohne dass sie diese beeinflussen oder sich tatsächlich ihren Auswirkungen entziehen können. Der Status der Versicherten sinkt in diesem Bereich auf einen ausschließlich instrumentellen Objektcharakter ab, ohne dass damit zugleich Beitragssenkungen für die Versicherten einhergingen. Die faktische Abschaffung der Wahlfreiheit hinsichtlich der Leistungserbringer wird nicht durch Maßnahmen zugunsten der Versicherten in diesem Bereich kompensiert. Daher erweist sich die Regelung in § 33 Abs. 6 SGB V n. F. im Vergleich zu den Beitragsleistungen nicht mehr als angemessen. Sie ist ein unverhältnismäßiger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten und deshalb materiell verfassungswidrig.

⁴⁹ Siehe BVerfGE 115, 25 (43 f.).

3. Ergebnis

Die gesetzliche Einschränkung der Freiheit der Versicherten, im Rahmen der Hilfsmittelversorgung zwischen verschiedenen Leistungserbringern zu wählen, verletzt das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG.

II. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit

Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit schützt die menschliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne.⁵⁰ Aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.⁵¹ Im Bereich der GKV lässt sich aus dieser Schutzpflicht regelmäßig kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen die Krankenkassen auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen ableiten.⁵² Die Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich jedoch an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates zu orientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu stellen.⁵³ Insofern können diese Grundrechte in besonders gelagerten Fällen die Gerichte zu einer grundrechtsorientierten Auslegung der maßgeblichen Vorschriften des Krankenversicherungsrechts verpflichten.⁵⁴

⁵⁰ BVerfGE 56, 54 (73); *Peter Schütz*, *Artemis und Aurora vor den Schranken des Bauplanungsrechts – BVerwG*, NJW 1995, 2648, in: JuS 1996, 498 (502).

⁵¹ Siehe etwa BVerfGE 56, 54 (73); 115, 118 (152); *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 22 Rn. 21, § 28 Rn. 5.

⁵² Vgl. BVerfGE 77, 170 (215); 79, 174 (202); 115, 25 (44); BVerfG, NJW 1997, 3085; MedR 1997, 318 (319); NJW 1998, 1775 (1776).

⁵³ Siehe BVerfGE 46, 160 (164); 115, 25 (44 f.); BVerfG, NJW 1998, 1775 (1776); NJW 2003, 1236 (1237); NJW 2004, 3100 (3101).

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 115, 25 (45); BVerfG, NJW 1999, 857.

Das Bundesverfassungsgericht hat dies bei Vorliegen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung bejaht.⁵⁵

Bei der Einschränkung der Wahlmöglichkeit der Versicherten hinsichtlich der Leistungserbringer bei der Hilfsmittelversorgung bestanden Bedenken gegen den ursprünglichen Entwurf des GKV-WSG dahingehend, dass Ausschreibungsgewinner ihren Standort weit entfernt vom Wohnort der Versicherten hätten haben können. Den betroffenen hilfsmittelbedürftigen Versicherten wäre es in diesem Fall nur unter erschwerten Umständen oder gar nicht möglich gewesen, an der Hilfsmittelversorgung ihrer Krankenkasse ohne zusätzliche Kosten teilzunehmen. Der ursprüngliche Entwurf sah keine Berücksichtigung des Wohnortes der Versicherten bei der Ausschreibung zur Ermittlung des leistungserbringenden Vertragspartners vor.⁵⁶ Damit wäre die Schutzpflicht zugunsten der körperlichen Unversehrtheit der Versicherten aktiviert worden, weil eine Unterversorgung und damit zugleich eine potentielle Gefährdung der körperlichen Integrität von Versicherten in einzelnen, insbesondere ländlich strukturierten Regionen gedroht hätte. Im schließlich verabschiedeten GKV-WSG schreibt § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V n. F. nun jedoch – anders als noch im Entwurf – den Krankenkassen, ihren Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften bei Abschluss der Verträge mit Leistungserbringern im Wege der Ausschreibung ausdrücklich vor, für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen. Den verfassungsrechtlichen Bedenken⁵⁷ wurde insoweit Rechnung getragen. Ein (mittelbarer) Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG liegt deshalb nach gegenwärtiger Rechtslage nicht vor.

III. Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz

Während durch die im GKV-WSG vorgenommenen Neuregelungen der Hilfsmittelversorgung die Wahl der Leistungserbringer in diesem Bereich in erheblichem Maße eingeschränkt wird, lässt das Gesetz im Rahmen der ver-

⁵⁵ Siehe BVerfGE 115, 25 (45).

⁵⁶ Vgl. § 127 Abs. 1 SGB V in der Entwurfsfassung, BT-Drucks. 16/3100, S. 30.

⁵⁷ Siehe dazu *Helge Sodan*, Ausschreibungspflicht für die Hilfsmittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung als Verfassungsproblem. Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag des Bundesinventionsverbandes für Orthopädie-Technik, Berlin 2006, S. 40 ff.

tragsärztlichen Versorgung das Recht der Versicherten zur freien Arztwahl nach § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V unangetastet. Die Regelungen zur hausarztzentrierten Versorgung, bei der die dem Versicherten grundsätzlich zustehende Wahlmöglichkeit des Hausarztes auf Vertragspartner der Krankenkassen beschränkt ist, steht dem Grundsatz der freien Arztwahl nicht entgegen. Die Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung seitens der Versicherten ist nämlich gemäß § 73b Abs. 3 Satz 1 SGB V n. F. *freiwillig*; es findet insofern eine Selbstbeschränkung des Wahlrechts durch die Versicherten statt. Die Ungleichbehandlung zwischen der freien Arztwahl einerseits sowie der erheblich eingeschränkten Wahl des Leistungserbringers bei Hilfsmitteln andererseits könnte gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

Ein solcher Verstoß setzt zunächst eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem voraus. Zur Ermittlung dessen sind Vergleichspaare zu bilden. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn die diese Vergleichspaare bildenden Personen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen belegt werden. Anschließend ist zu prüfen, ob die Ungleichbehandlung auch „wesentlich Gleiches“ betrifft: Maßgeblich hierfür ist nicht jede oder gar die umfassende Vergleichbarkeit der die Vergleichsgruppe bildenden Personen, sondern nur deren wesentliche Vergleichbarkeit hinsichtlich desjenigen Vergleichskriteriums, das für den Anlass der ungleich wirkenden Behandlung maßgeblich ist, hierzu also in engem inneren Sachzusammenhang steht.⁵⁸ Als Vergleichsgruppen kommen hier die vertragsärztlichen Leistungserbringer auf der einen Seite und die Erbringer von Hilfsmittelleistungen auf der anderen Seite in ihrem jeweiligen Verhältnis zu den Versicherten in Betracht. Während die erste Gruppe ihre abrechnungsfähigen Leistungen nach Wahl durch Versicherte erbringen kann, ist dieses nach dem GKV-WSG in der Hilfsmittelversorgung grundsätzlich nur den Vertragspartnern der jeweiligen Krankenkasse möglich. Vergleichsgruppen sind deshalb die Leistungserbringer in den unterschiedlichen Bereichen der Gesundheitsversorgung.

Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem führt nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs.1 GG, wenn sie ohne sachlichen Grund, also

⁵⁸ *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 30 Rn. 9.

„willkürlich“ erfolgt; das Vorliegen eines sachlichen Grundes kann eine an Art. 3 Abs. 1 GG zu messende Ungleichbehandlung also rechtfertigen.⁵⁹ Überwiegend wird heute davon ausgegangen, dass bei der Prüfung des Vorliegens eines hinreichenden sachlichen Grundes *zwei Formeln* zur Anwendung gelangen können: Nach der auf die ursprüngliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG zurück gehenden *Willkürformel* liegt Willkür dann vor, wenn sich (irgend)ein vernünftiger, aus der Natur der Sache resultierender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund nicht finden lässt⁶⁰. Dabei handelt es sich um eine Art „Evidenzprüfung“, bei der einleuchtende sachliche Gründe insbesondere für eine legislative Ungleichbehandlung schlechterdings nicht mehr erkennbar sein dürfen.⁶¹ Engere Prüfungsanforderungen gelten demgegenüber bei der vom Bundesverfassungsgericht seit 1980 verwandten sog. „*neuen Formel*“, nach welcher die Prüfung stärker an Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten auszurichten ist. Hiernach ist Art. 3 Abs. 1 GG „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“⁶²; eine Rechtfertigung ist nur möglich, wenn Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund „in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen“⁶³. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheitsrechten sind demgemäß in sinnentsprechender Weise auf die gleichheitsrechtliche Prüfung zu übertragen: Folglich muss mit der Ungleichbehandlung ein *legitimer Zweck* verfolgt werden und diese zu dessen Erreichung auch *geeignet* sein. Ferner muss die Ungleichbehandlung *erforderlich* sein, d. h. es dürfen – unter gebührender Berücksichtigung gesetzgeberischer Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume – keine weniger einschneidenden Maßnahmen zur Verfügung stehen.⁶⁴ Schließlich ist zu überprüfen, ob Ungleichbehandlung und rechtferti-

⁵⁹ *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 30 Rn. 12.

⁶⁰ Siehe etwa bereits BVerfGE 1, 14 (52).

⁶¹ Vgl. BVerfGE 50, 142 (162) m. w. N.; BVerfGE 88, 87 (97); 91, 389 (401).

⁶² BVerfGE 55, 72 (88). Vgl. etwa auch BVerfGE 107, 133 (141); 112, 50 (67).

⁶³ BVerfGE 82, 126 (146) m. w. N.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 91, 389 (403 f.); 103, 225 (235 ff.).

gender Grund in einem *angemessenen* Verhältnis zueinander stehen; dafür ist eine umfassende Abwägung zwischen Art und Gewicht, dem Zweck und den Auswirkungen der Ungleichbehandlung vorzunehmen.

Ob sich die Grenzen für Ungleichbehandlungen nach der Willkürformel oder einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bemessen, hängt vom Regelungsgegenstand und den Differenzierungsmerkmalen ab; das Bundesverfassungsgericht geht insoweit von „abgestuften Anforderungen“ an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aus⁶⁵. Der strengere Maßstab im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung wird dabei vor allem dann zur Anwendung gebracht, wenn *personelle bzw. personenbezogene* Ungleichbehandlungen zur Prüfung gestellt werden⁶⁶ oder wenn sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter *Freiheiten nachteilig auswirken* kann⁶⁷. Da die strengeren Prüfungsmaßstäbe der „neuen Formel“ sogar dann anzuwenden sind, „wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt“⁶⁸, verbleibt für die Willkürformel nur noch ein eingeschränkter Anwendungsbereich. In einem Teil des Schrifttums wird für die *generelle* Anwendung der „neuen Formel“ und der damit einhergehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung plädiert⁶⁹.

Bei der unterschiedlichen Gestaltung des Wahlrechts der Versicherten zwischen Leistungserbringern in den verschiedenen Bereichen der Gesundheitsversorgung kommt deshalb ebenfalls die „neue Formel“ als Prüfungsmaßstab zur Anwendung. Die Ungleichbehandlung wirkt sich nämlich hinsichtlich der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der Leistungserbringer bei der Hilfsmittelversorgung nachteilig aus, wenn diese ihre Leistungen grundsätzlich nur noch dann gegenüber der Krankenkasse abrechnen können,

⁶⁵ BVerfGE 88, 87 (96); 91, 389 (401). Vgl. auch BVerfGE 107, 218 (244); 107, 257 (270); 108, 52 (67 f.); 110, 274 (291).

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 88, 87 (96); 89, 15 (22 f.); 91, 389 (401); 110, 274 (291).

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 82, 126 (146); 88, 87 (96); 99, 341 (355); 99, 367 (388); 107, 133 (141); 111, 160 (169); 111, 176 (184).

⁶⁸ BVerfGE 88, 87 (96); 89, 15 (22); 99, 367 (388); 108, 52 (68).

⁶⁹ So etwa *Roman Herzog*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Anhang zu Art. 3, Rn. 7 ff., insbes. Rn. 10; *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 30 Rn. 16.

wenn sie deren Vertragspartner sind. Ferner beeinträchtigt die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten im Hilfsmittelbereich – wie vorstehend gezeigt – deren allgemeine Handlungsfreiheit. Damit ist diese Ungleichbehandlung gleich in mehrfacher Weise grundrechtsrelevant und muss daher dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.

Zwar kann den mit der Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten verbundenen Zielsetzungen die verfassungsrechtliche Legitimität nicht abgesprochen werden: Den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern zu stärken und die gesetzlichen Krankenkassen durch die neuen Regelungen finanziell zu entlasten, sind legitime Ziele des Gesetzgebers. Wie schon oben ausführlich dargelegt worden ist, sind die konkreten Regelungen aber weder geeignet noch erforderlich oder gar angemessen, diese legislativen Intentionen zu realisieren. Die Ungleichbehandlung zwischen den Leistungserbringern zu Lasten der in der Hilfsmittelversorgung Leistungserbringern ist deshalb nicht verhältnismäßig und entbehrt einer sachlichen Rechtfertigung.

Der allgemeine Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG wird deshalb durch die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten hinsichtlich der Leistungserbringer im Bereich der Hilfsmittelversorgung verletzt.

Zweiter Teil

Anwendbarkeit des GWB auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung

A. Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 19 bis 21 GWB

Die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Bestimmungen auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern gehörte in den letzten Jahren zu den umstrittensten Problemkomplexen des Gesundheitsrechts. Durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22. Dezember 1999⁷⁰ hatte § 69 SGB V eine neue Fassung erhalten. Nach § 69 Satz 1 SGB V dieser Fassung wurden die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden durch das 4. Kapitel des SGB V (Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern) sowie die §§ 63 und 64 SGB V *abschließend* geregelt. Ob diese Bestimmung die Anwendung kartellrechtlicher Normen generell ausschloss, blieb umstritten. Während dies der 3. Senat des Bundessozialgerichts annahm⁷¹, sahen der 6. Senat des Bundessozialgerichts⁷², das Oberlandesgericht Dresden⁷³ und Stimmen in der Literatur⁷⁴ zutreffend den Raum für die Anwendung des Kartellrechts nicht versperrt.

Der Europäische Gerichtshof sah zwar deutsche gesetzliche Krankenkassen dann nicht als Unternehmen im Sinne der Art. 81 und 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) und damit auch nicht dem

⁷⁰ BGBl. I, S. 2626.

⁷¹ BSGE 87, 95 (99); 89, 24 (30 ff.).

⁷² BSGE 86, 223 (229 ff.).

⁷³ OLG Dresden, NZS 2002, 33.

⁷⁴ Mit ausführlicher einfachgesetzlicher und verfassungsrechtlicher Begründung *Helge Södan/Jörg Adam*, Zur Geltung des Kartellrechts im Rahmen der Leistungserbringung für die gesetzliche Krankenversicherung. § 69 S. 1 SGB V als Bereichsausnahme für das Gesundheitswesen?, NZS 2006, 113 (114 ff.).

europäischen Kartellrecht unterworfen an, wenn sie Tätigkeiten rein sozialer und nicht wirtschaftlicher Art wahrnehmen. Er schloss aber nicht aus, dass die Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen bei Tätigkeiten wirtschaftlicher Art zu bejahen sei.⁷⁵

Das GKV-WSG enthielt wiederum eine Änderung des § 69 SGB V, die dessen Inhalt eine gänzlich neue Ausrichtung gab. Zwar blieb der § 69 Satz 1 SGB V unverändert bestehen, der die abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern durch das 4. Kapitel des SGB V und die §§ 63 f. SGB V statuierte. Nach § 69 Satz 2 SGB V n. F. gelten aber nunmehr ausdrücklich die §§ 19 bis 21 GWB entsprechend; dies gilt nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsgerichtsregelung gilt. Diese gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung der §§ 19 bis 21 GWB war im ursprünglichen Entwurf des GKV-WSG noch nicht enthalten und ist erst in die Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Gesundheit vom 31. Januar 2007 eingefügt worden⁷⁶. Zur Begründung wird im Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 1. Februar 2007 angeführt, dass durch die erweiterten Fusionsmöglichkeiten der gesetzlichen Krankenkassen diese in einzelnen Regionen einen hohen Marktanteil erreichen könnten. Die Anordnung der entsprechenden Geltung der §§ 19 bis 21 GWB gewährleiste, dass die Krankenkassen eine eventuell dadurch entstehende marktbeherrschende Stellung nicht missbrauchen könnten, es zu keiner Diskriminierung der Vertragspartner der Krankenkassen und zu keinen Boykotten käme. Ausdrücklich wird allerdings darauf hingewiesen, dass diese Regelung nicht dazu führe, dass die Krankenkassen als Unternehmen im wettbewerbsrechtlichen Sinne anzusehen seien, weil sie auch beim Abschluss von Einzelverträgen eine auf dem Grundsatz der Solidarität beruhende soziale

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 16.03.2004 – C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 – AOK Bundesverband u.a./Ichthyol u.a. –, EuZW 2004, 241 (244). Siehe dazu näher *Helge Sodan*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Krankenversicherungsrecht – Zugleich eine Besprechung des „Festbetragsurteils“ des Europäischen Gerichtshofes vom 16.3.2004, GesR 2005, 145 ff.; *ders.*, Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Medizinrechts, in: Frank Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2007, Kap. 1 Rn. 100 ff.

⁷⁶ Siehe BT-Drucks. 16/4200, S. 29.

Aufgabe ohne Gewinnerzielungsabsicht wahrnehmen. Dies werde durch die (nur) *entsprechende* Anwendung der §§ 19 bis 21 GWB deutlich, die überdies nach § 69 Satz 2 Halbs. 2 SGB V für den kollektivvertraglichen Bereich der GKV nicht gelten.⁷⁷ Da eine Schiedsamsregelung für den individualvertraglichen Bereich der Hilfsmittelversorgung gesetzlich nicht vorgesehen ist, sind die §§ 19 bis 21 GWB im Verhältnis zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den Leistungserbringern der Hilfsmittelversorgung entsprechend anwendbar.

B. Diskriminierungsverbot nach § 20 GWB als Maßstab für den Vertragsabschluss zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern

Gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. dürfen Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen nach § 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V n. F. abgegeben werden. Welcher der Leistungserbringer Vertragspartner der gesetzlichen Krankenkassen, ihrer Verbände oder Arbeitsgemeinschaften wird, ist gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. im Wege der Ausschreibung zu ermitteln. Soweit Ausschreibungen nicht zweckmäßig sind, schließen die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften Verträge mit Leistungserbringern, Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Einzelheiten der Versorgung mit Hilfsmitteln, deren Wiedereinsatz, die Qualität der Hilfsmittel und zusätzlich zu erbringender Leistungen, die Anforderungen an die Fortbildung der Leistungserbringer, die Preise und die Abrechnung (§ 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V n. F.). Soweit für ein erforderliches Hilfsmittel keine Verträge bestehen oder durch Vertragspartner eine Versorgung der Versicherten in einer für sie zumutbaren Weise nicht möglich ist, trifft die Krankenkasse nach § 127 Abs. 3 Satz 1 SGB V n. F. eine Vereinbarung im Einzelfall mit einem Leistungserbringer. Diesem neuen dreistufigen Modell des Vertragsabschlusses zwischen Krankenkassen und Hilfsmittelerbringern sind hinsichtlich der von den Krankenkassen zu treffenden Auswahlentscheidung der Hilfsmittelanbieter vielfältige wettbewerbsrechtlich relevante Gefährdungen inhärent. Sie betreffen zum einen die Konkretisierung

⁷⁷ BT-Drucks. 16/4247, S. 35.

der in § 127 Abs. 1 SGB V n. F. festgelegten Kriterien, die bei der Ausschreibung zu beachten sind. Eine Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. kommt danach nur in Betracht, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V n. F. statuiert, dass die Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften die Qualität der Hilfsmittel sowie die notwendige Beratung der Versicherten und sonstige erforderliche Dienstleistungen sicherzustellen und für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen haben. § 127 Abs. 1 Satz 3 SGB V n. F. legt fest, dass die im Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V festgelegten Anforderungen an die Qualität der Versorgung und der Produkte zu beachten sind. Damit soll ausgeschlossen werden, dass Preisvorteile zu Lasten der Versorgungsqualität gehen.⁷⁸ Zum anderen darf die Auswahl der Leistungserbringer als Vertragspartner nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen. Bei den Ausschreibungen sind deshalb die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts zu beachten.⁷⁹ Die §§ 19 bis 21 GWB konstituieren insofern den wettbewerbsrechtlichen Rahmen für die Wahl des Vertragspartners durch die Krankenkassen. Bei Überschreitung dieses Rahmens wird insbesondere das Diskriminierungsverbot in § 20 GWB aktiviert.

I. Tatbestand des Diskriminierungsverbots in § 20 Abs. 1 GWB

1. Marktbeherrschendes Unternehmen

Die Anwendung des Diskriminierungsverbots in § 20 Abs. 1 GWB setzt zunächst als Normadressaten ein *marktbeherrschendes Unternehmen* voraus. Die weiteren in § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB genannten Normadressaten – Vereinigungen von Unternehmen sowie preisbindende Unternehmen – besitzen im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern keine Relevanz.

Wie schon oben erörtert worden ist, besteht in Rechtsprechung und Literatur ein Dissens über die Einordnung von gesetzlichen Krankenkassen als *Un-*

⁷⁸ BT-Drucks. 16/3100, S. 141.

⁷⁹ BT-Drucks. 16/3100, S. 141. Vgl. dazu ausführlich den 3. Teil A. I. des vorliegenden Rechtsgutachtens.

ternehmen im Sinne des Kartellrechts. Dieser Streit ist allerdings für die Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB auf Krankenkassen ohne Bedeutung und bedarf deshalb an dieser Stelle auch keiner Entscheidung, weil die §§ 19 bis 21 GWB nach § 69 Satz 2 SGB V n. F. nur *entsprechend* angewandt werden. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass gesetzliche Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. § 4 Abs. 1 SGB V) Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB sein können.

Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB ist ein Unternehmen *marktbeherrschend*, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern *überragende Marktstellung* hat. Die Norm zählt beispielhaft einige Kriterien für eine solche Stellung auf: Dazu gehören etwa der Marktanteil des Unternehmens, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der Wettbewerb durch Unternehmen, die Fähigkeit zur Umstellung des Angebots oder der Nachfrage auf andere Waren sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen. Nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt gemäß § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB als marktbeherrschend, wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von fünfzig Prozent erreichen (Nr. 1), oder aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen (Nr. 2). Dies gilt nicht, wenn die Unternehmen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat. Die Feststellung einer überragenden Marktstellung erfordert eine Gesamtbetrachtung der für den betroffenen Markt vorliegenden Wettbewerbsbedingungen.⁸⁰

⁸⁰ *Hans-Jürgen Ruppelt*, in: Eugen Langen/Herrmann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, 10. Aufl., 2006, § 19 GWB Rn. 46.

Als für die Beurteilung einer beherrschenden Stellung relevanter Marktsektor kommt hier der Abschluss von Verträgen der gesetzlichen Krankenkassen mit Leistungserbringern der Hilfsmittelversorgung in Betracht. Ob die Krankenkassen eine überragende Marktstellung besitzen, ist entscheidend vom Quotienten des Verhältnisses der Zahl der Versicherten zur Gesamtbevölkerung abhängig. Die Allgemeinen Ortskrankenkassen besitzen einen Marktanteil von fast einem Drittel,⁸¹ so dass für sie regelmäßig schon die Vermutungswirkung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB einschlägig ist. Auch die auf das Bestehen eines Oligopols gerichtete Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB ist bei einer Addition der Marktanteile der Allgemeinen Ortskrankenkassen, der Barmer Ersatzkasse, der Deutschen Angestellten-Krankenkasse und der Techniker-Krankenkasse erfüllt.⁸² Überdies ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die gesetzlichen Krankenkassen, sondern auch ihre Verbände und Arbeitsgemeinschaften durch § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. die Möglichkeit erhalten, Verträge mit den Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich abzuschließen. Wenn nicht einzelne Krankenkassen, sondern ihre Verbände und Arbeitsgemeinschaften als Vertragspartner der Leistungserbringer fungieren, erhöhen sich der Anteil der betroffenen Versicherten an der Gesamtbevölkerung und damit zugleich der Marktanteil im Bereich der Hilfsmittelversorgung nochmals drastisch. Eine marktbeherrschende Stellung der Krankenkassen, ihrer Verbände und Arbeitsgemeinschaften wird deshalb regelmäßig vorliegen.

2. Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr für gleichartige Unternehmen

Die Anwendung des in § 20 Abs. 1 GWB niedergelegten Diskriminierungs- und Behinderungsverbots setzt voraus, dass die verbotene Handlung in einem Geschäftsverkehr stattfindet, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Die Anforderungen an diesen Maßstab sind nicht streng, sondern dienen lediglich als grobes Prüfungsraster.⁸³ Durch diese Vorausset-

⁸¹ Siehe <http://www.aok-bv.de/aok/daten/index.html>.

⁸² Für die entsprechenden Anteile vgl. ebenfalls <http://www.aok-bv.de/aok/daten/index.html>.

⁸³ BGHZ 101, 72 (79) – Krankentransporte.

zung sollen nur eindeutige Fälle rechtmäßigen unternehmerischen Verhaltens aus dem Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 GWB ausgeschieden werden.⁸⁴

a) Branchenüblichkeit des Zugangs zum Geschäftsverkehr

Dieses Merkmal beschränkt den Anwendungsbereich des § 20 GWB auf Geschäftsbeziehungen in Märkten, in denen auch andere Unternehmen tätig sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist für die übliche Zugänglichkeit zum Markt nicht die Übung des konkreten diskriminierenden oder diskriminierten Unternehmens, sondern die allgemeine Marktsituation maßgeblich.⁸⁵ Bei der Leistungserbringung im Hilfsmittelbereich besteht ein branchenüblicher Zugang zum Geschäftsverkehr sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite. Beim Abschluss der Verträge im Hilfsmittelsektor konkurrieren auf der einen Seite die Leistungserbringer bzw. ihre Zusammenschlüsse als Anbieter sowie auf der anderen Seite die gesetzlichen Krankenkassen, ihre Verbände und Arbeitsgemeinschaften als Nachfrager jeweils innerhalb der Anbieter- und Nachfragergruppe miteinander um die Stellung als Vertragspartner. Damit ist der Markt der Hilfsmittelverträge auf beiden Seiten nicht auf einen Teilnehmer beschränkt, sondern auch für andere konkurrierende Wettbewerbsteilnehmer derselben Gruppe zugänglich. Der Zugang zum Geschäftsverkehr ist daher branchenüblich.

b) Gleichartigkeit der Unternehmen

Der Zugang zum Geschäftsverkehr muss nach § 20 Abs. 1 GWB *gleichartigen* Unternehmen üblicherweise zugänglich sein. Die Gleichartigkeit lässt sich nicht generell, sondern nur im Hinblick auf den konkreten Geschäftsverkehr bestimmen.⁸⁶ Sie ist zu bejahen, wenn die Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zum Norm-

⁸⁴ Siehe *Kurt Markert*, in: Ulrich Immenga/Heinz-Joachim Mestmäcker, GWB, Kommentar, 3. Aufl., 2001, § 20 Rn. 93; *Rainer Bechtold*, Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 4. Aufl., 2006, § 20 GWB Rn. 30.

⁸⁵ BGHZ 81, 322 (329 f.) – Original-VW-Ersatzteile II; 119, 335 (338) – Stromspeisung I; *Markert* (Fn. 84), Rn. 109.

⁸⁶ *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 31.

adressaten die gleiche Grundfunktion ausüben.⁸⁷ Entscheidend ist mithin das Verhältnis der zu vergleichenden Unternehmen aus der Perspektive der Marktgegenseite.⁸⁸ Beim Vertragsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern der Hilfsmittelversorgung ist die ökonomisch-soziale Grundfunktion sowohl innerhalb der Gruppe der Krankenkassen als auch derjenigen der Hilfsmittelerbringer vergleichbar: Die Krankenkassen erfüllen durch das sog. Sachleistungs- oder Naturalleistungsprinzip⁸⁹ mit Hilfe der Leistungserbringer ihre gesetzliche Verpflichtung gegenüber den Versicherten nach § 2 Abs. 1 und 2 SGB V; die Leistungserbringer übernehmen die Versorgung der Versicherten mit den benötigten Hilfsmitteln. Die Krankenkassen unterscheiden sich folglich untereinander in ihrer Funktion als Nachfrager der Hilfsmittelversorgung nicht; sie sind insofern auf dem Markt der Hilfsmittelverträge gleichartig. Das gilt vergleichbar für die Stellung der Leistungserbringer als Anbieter der Hilfsmittelleistung im Verhältnis zum Normadressaten des § 20 GWB. Ihre Funktion ist ebenfalls gleichartig. Der Zugang zum Geschäftsverkehr ist deshalb im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB sowohl auf Nachfrager- als auch auf Anbieterseite jeweils gleichartigen potentiellen Vertragspartnern zugänglich. Auf die Entscheidung der Frage, ob gesetzliche Krankenkassen gleichartige *Unternehmen* sein können, kommt es wegen der in § 69 SGB V n. F. festgelegten nur entsprechenden Anwendung des § 20 GWB – wie oben gezeigt – nicht an.

3. Unbillige Behinderung

Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB umfasst sowohl das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren unbilligen Behinderung (1. Var.) als auch das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren ungerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung (2. Var.) eines Unternehmens durch den Normadressaten. Während sich die Handlungsmodalität der unbilligen Behinderung regelmäßig auf das Verhältnis des Normadressaten zu seinen Wettbewerbern

⁸⁷ *Markert* (Fn. 84), Rn. 99; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 34.

⁸⁸ Vgl. *Markert* (Fn. 84), Rn. 99.

⁸⁹ Siehe dazu näher *Helge Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates, 1997, S. 119 ff.

bezieht, richtet sich das Verbot der ungerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung primär an die Unternehmen vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen.⁹⁰ Eine klar konturierte dogmatische Abgrenzung beider Varianten, die alle denkbaren Diskriminierungsformen exklusiv nur einem der beiden Tatbestandsmerkmale zuweist, ist allerdings weder möglich noch notwendig. Zum einen unterscheiden sich nämlich beide Diskriminierungsformen hinsichtlich der mit ihnen verbundenen Intensität des Markteingriffs nicht zwingend; zum anderen überschneiden sich bei beiden Handlungsmodalitäten die dem Diskriminierungsverbot zugrunde liegenden Wertungen. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass durch ein konkretes wettbewerbswidriges Verhalten faktisch beide Handlungsvarianten zugleich realisiert werden können.⁹¹

a) Behinderung

Bei der ersten Tatbestandsvariante des § 20 Abs. 1 GWB muss zunächst eine *Behinderung* vorliegen. Das ist bei jeder für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens objektiv nachteiligen Maßnahme der Fall.⁹² Übertragen auf das gesetzlich in den §§ 126 f. SGB V n. F. vorgesehene Verhältnis von Krankenkassen und Hilfsmittelerbringern bedeutet dies, dass die Behinderung eines Wettbewerbsteilnehmers im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB dann zu bejahen ist, wenn dieser nicht Vertragspartei wird. Falls die Krankenkasse als Nachfrager einen bestimmten Hilfsmittelanbieter nicht als Vertragspartner zur Leistungserbringung wählt, ist der Hilfsmittelanbieter von der Leistungserbringung hinsichtlich der in der betreffenden Krankenkasse Versicherten ausgeschlossen. Dies ist für ihn insofern nachteilig, als ihm dieser Marktsektor der Versicherten mangels Vertragsverhältnisses mit der betreffenden Krankenkasse für seine Leistungserbringung grundsätzlich verschlossen bleibt. Wenn der mit der Verweigerung des Vertragsabschlusses durch die Krankenkasse verbundene Ausschluss von der Leistungserbringung einen größeren oder sogar überwiegenden Anteil des potentiellen Marktes umfasst, sind die ökonomischen Konsequenzen für den betroffenen Hilfsmittelanbieter re-

⁹⁰ *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 39.

⁹¹ Siehe auch *Markert* (Fn. 84), Rn. 115; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 39.

⁹² *Markert* (Fn. 84), Rn. 116; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 40.

gelmäßig erheblich und können zu seiner Existenzgefährdung führen. Eine Behinderung eines Hilfsmittelanbieters liegt deshalb vor, wenn die Krankenkasse den Abschluss eines Vertrages mit ihm über die Leistungserbringung an die betroffenen Versicherten verweigert.

b) Unbilligkeit der Behinderung

Die Behinderung eines Marktteilnehmers durch ein marktbeherrschendes Unternehmen reicht für die wettbewerbsrechtliche Qualifizierung als diskriminierendes Verhalten nicht aus. Vielmehr muss die Behinderung auch *unbillig* sein. Das ist nur bei Behinderungen der Fall, die durch spezifische Umstände wie eine besondere Häufigkeit oder Intensität so gekennzeichnet sind, dass gerade durch sie der Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern gefährdet wird.⁹³ Das kann nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung beurteilt werden, welche die Interessen aller Beteiligten ebenso zu berücksichtigen hat wie die dem GWB zugrunde liegende Intention der Sicherung der Markt- und Wettbewerbsfreiheit.⁹⁴ Auf der Seite des behinderten Unternehmens streiten deren Interessen an einem unbehinderten Marktzugang und an der Wahrung der Chancengleichheit im Wettbewerb.⁹⁵ Die Interessen der Endverbraucher sind ebenfalls berücksichtigungsfähig.⁹⁶ Ein weiteres Element der Interessenabwägung ist außerdem der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs.⁹⁷ Dieser Grundsatz ist verletzt, wenn dem Normadressaten im Wettbewerb Instrumentarien zum Schutz seiner Interessen zur Verfügung stehen, welche das behinderte Unternehmen weniger beeinträchtigen. Wenn ein Auftraggeber einen Auftrag nur einmal und nur an einen Interessenten vergeben kann, müssen die der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden Bedingungen angemessen und sachgerecht sein.⁹⁸ Die Anforderungen an die Schutzwürdig-

⁹³ *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 41.

⁹⁴ Siehe ausführlich *Markert* (Fn. 84), Rn. 129 ff.

⁹⁵ Vgl. *Markert* (Fn. 84), Rn. 132; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 42.

⁹⁶ Vgl. BGH, WuW/E S. 2990 (2997) – Importarzneimittel; WuW/E S. 2919 (2922) – Orthopädisches Schuhwerk; OLG Karlsruhe, WuW/E S. 2615 (2619 f.) – Schilderimprägnierbetrieb; siehe auch *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 42.

⁹⁷ Dazu *Markert* (Fn. 84), Rn. 142; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 43.

⁹⁸ *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 43.

keit des Interesses des Normadressaten steigen mit dem Grad der ökonomischen Abhängigkeit der Marktgegenseite von der Vertragsbeziehung mit ihm.⁹⁹

Außerdem besitzt bei der Abwägung die gesetzliche Intention der Wettbewerbsstärkung durch das GKV-WSG gerade im überregulierten Gesundheitsmarkt besonderes Gewicht. Notwendige Voraussetzung eines echten Wettbewerbs ist aber ein breiter Raum für konkurrierende Angebote, der weder durch staatliche Eingriffe noch durch die Marktmacht der Marktgegenseite beschränkt wird.

Schließlich sind auch Wertungen des europäischen Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen.¹⁰⁰ Nach Art. 82 Abs. 1 EGV ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Unabhängig von der wohl zu bejahenden Frage, ob die Krankenkassen wegen der mit dem GKV-WSG einhergehenden Erweiterung ihrer unternehmerischen Handlungsspielräume jetzt auch als Unternehmen im Sinne des Art. 82 EGV einzuordnen sind, fließt zumindest die europarechtliche Präferenz für einen durch staatliche oder private Marktbeherrschung unbehinderten Wettbewerb als Gesichtspunkt in die Interessenabwägung des § 20 GWB mit ein.

Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive müssen deshalb im Verhältnis zwischen Anbietern und Nachfragern im Hilfsmittelversorgungsbereich die Interessen der Hilfsmittelanbieter und des Gesetzgebers an einem fairen und gerechten Wettbewerb untereinander sowie an einer ungehinderten Leistungserbringung Berücksichtigung finden. Das Interesse der *Versicherten* an einer hohen Qualität der Leistungserbringung ist außerdem zu beachten. Dazu gehört im Hilfsmittelsektor essentiell auch eine möglichst wohnortnahe Versorgung. Hinzu kommt noch, dass der Markt der Hilfsmittelanbieter überwiegend klein- und mittelständisch geprägt ist. Die Anbieter sind deshalb auf den Abschluss von Verträgen mit den nachfragenden Krankenkassen, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften ökonomisch angewiesen, weil ihnen ansonsten

⁹⁹ So *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 43.

¹⁰⁰ Siehe *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 42.

die Leistungserbringung für die betroffenen Versicherten gesetzlich regelmäßig verboten ist. Die Anbieter sind deshalb ökonomisch vom Vertragsschluss mit den Krankenkassen hochgradig abhängig. Umgekehrt sind die nachfragenden Krankenkassen wegen ihrer Marktmacht und der Vielzahl von potentiellen Leistungserbringern auf der Marktgegenseite von einer konkreten Vertragsbeziehung mit einzelnen leistungsanbietenden Unternehmen nicht in gleicher Weise abhängig. Den Interessen der Nachfrager kommt deshalb im Hilfsmittelsektor bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit geringeres Gewicht zu als den Interessen der Anbieter. Den Krankenkassen ist es deshalb untersagt, mit einem Anbieter einen andere Wettbewerbsteilnehmer ausschließenden Vertrag über die Leistungserbringung zu schließen, obwohl noch mindestens ein weiteres Angebot vorliegt, dessen Konditionen besser sind als das des ausgewählten Leistungserbringers. Dies gilt auch für die Konstellationen, in denen vergleichbare Angebote vorliegen, die nachfragende Krankenkasse aber aus nicht sachgerechten Gründen nur ein bestimmtes Angebot annimmt und damit einen anderen Anbieter trotz vergleichbaren Angebots vom Wettbewerb ausschließt. Eine solche Wettbewerbsbehinderung wäre vom Entscheidungsspielraum der Krankenkasse nicht mehr gedeckt und daher unbillig im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB.

4. Ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung

Der inkriminierte Tatbestand besteht zunächst in einer *unterschiedlichen Behandlung* wirtschaftlich gleicher Sachverhalte auf einem Markt, den der Normadressat beherrscht. Wenn einzelne Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften die Nachfrageseite des Hilfsmittelversorgungsmarktes beherrschen und einen Leistungsanbieter als Vertragspartner auswählen, obwohl dessen Angebot hinsichtlich seiner Bestandteile nicht besser ist als das Angebot eines anderen Anbieters, behandeln sie die konkurrierenden Anbieter unterschiedlich.

Diese Ungleichbehandlung ist wettbewerbsrechtlich nur untersagt, wenn dafür *kein sachlich gerechtfertigter Grund* vorliegt. Der Beurteilungsmaßstab ist mit dem der Unbilligkeit bei der Behinderung vergleichbar. Auch bei der Beurteilung des rechtfertigenden Grundes einer Ungleichbehandlung ist eine

Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁰¹ Grundsätzlich ist auch ein Nachfrager verpflichtet, die Anbieter gleich zu behandeln. Dabei ist aber ein großer unternehmerischer Freiraum des Nachfragers zu beachten.¹⁰² Selbst ein monopolistischer Nachfrager besitzt deshalb die Freiheit zur Auswahl des für ihn günstigsten Angebotes unter gleichzeitigem Ausschluss der übrigen Anbieter.¹⁰³ Eine sachliche Rechtfertigung für eine Auswahlentscheidung fehlt deshalb nicht schon dann, wenn ein Nachfrager nicht alle potentiellen Anbieter entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit anteilig berücksichtigt.¹⁰⁴ Die Rechtsprechung hat außerdem ausdrücklich festgehalten, dass es für den Nachfrager auch ökonomisch vorteilhaft und insofern sachlich gerechtfertigt sein kann, die Aufträge nur gebündelt an wenige Anbieter zu vergeben.¹⁰⁵ Allerdings rechtfertigt der unternehmerische Spielraum des Normadressaten keine willkürlichen Ungleichbehandlungen von Anbietern.¹⁰⁶

Eine ungerechtfertigte Diskriminierung eines Hilfsmittelanbieters durch die Krankenkasse liegt deshalb nicht vor, wenn das Angebot eines anderen Anbieters für die Krankenkasse aus einem nachvollziehbaren Grund vorteilhafter ist und diese den Vertrag über die Leistungserbringung deshalb nur mit diesem Anbieter abschließt. Umgekehrt liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung durch die nachfragende Krankenkasse vor, wenn ein Leistungserbringer ausgewählt wird, der kein besseres Leistungsangebot als seine Konkurrenten unterbreitet hat.

Für die in § 20 Abs. 1 GWB geregelten Handlungsmodalitäten der Behinderung bzw. der unterschiedlichen Behandlung durch den Normadressaten gegenüber gleichartigen Unternehmen trägt das diskriminierte Unternehmen

¹⁰¹ Vgl. BGHZ 101, 72 (82 ff.) – Krankentransporte; *Markert* (Fn. 84), Rn. 129; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 52.

¹⁰² *Markert* (Fn. 84), Rn. 205; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 59.

¹⁰³ *Markert* (Fn. 84), Rn. 209.

¹⁰⁴ BGHZ 101, 72 (83) – Krankentransporte; ferner *Markert* (Fn. 84), Rn. 209; *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 59.

¹⁰⁵ BGHZ 101, 72 (83 f.) – Krankentransporte.

¹⁰⁶ *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 59.

die Darlegungs- und Beweislast.¹⁰⁷ Im vorliegenden Fall wäre dies der vom Leistungserbringungsvertrag mit der Krankenkasse ausgeschlossene Anbieter der Hilfsmittelversorgung. Dagegen trägt der Normadressat die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, weil diese eine erste negative Tendenz zu Lasten des Normadressaten bei der Interessenabwägung vorgibt.¹⁰⁸ Die Nachfrager der Leistungserbringung, mithin die Krankenkassen, ihre Verbände und Arbeitsgemeinschaften, müssten deshalb darlegen, dass die Auswahl eines bestimmten Leistungserbringers unter einer Vielzahl von Anbietern als Vertragspartner sachlich gerechtfertigt ist.

5. Ergebnis

Einzelne gesetzliche Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften können als Nachfrager von Leistungen der Hilfsmittelerbringung auf dieser Marktseite eine marktbeherrschende Stellung gegenüber Anbietern einnehmen. Die über § 69 Satz 2 SGB V n. F. erfolgende entsprechende Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB sichert den Anbietern eine faire Teilnahme am Wettbewerb mit gleichen Chancen. Wenn ein marktbeherrschender Nachfrager von Hilfsmittelleistungen bei der Auswahl des anbietenden Vertragspartners nach § 127 SGB V n. F. einen Anbieter wählt, dessen Angebotskonditionen nicht besser sind als die eines Mitbewerbers, liegen sowohl eine unbillige Behinderung als auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dieses Anbieters im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB vor. Ein solches Verhalten ist wettbewerbsrechtlich untersagt.

¹⁰⁷ *Markert* (Fn. 84), Rn. 233.

¹⁰⁸ BGH, NJW 1979, 2152 (2154) – Normende; BGH, NJW-RR 1991, 825 (826) – Zuckerrübenanlieferungsrecht; *Markert* (Fn. 84), Rn. 233.

II. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 GWB

1. Einschlägige Anspruchsgrundlagen

Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB enthält selbst keinen ausdrücklichen Rechtsfolgenausspruch. Um einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, ist das bloße Verbot wettbewerbswidrigen Verhaltens aber nicht ausreichend. § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB sieht deshalb einen Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch gegen denjenigen vor, der gegen eine Vorschrift des GWB oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt. Nach § 69 Satz 2 SGB V n. F. sind aber auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern (nur) die §§ 19 bis 21 GWB entsprechend anwendbar. § 33 GWB gehört mithin nicht zum Regelungskreis der für entsprechend anwendbar erklärten Rechtsnormen des GWB. Fraglich ist deshalb, ob sich Anbieter gegenüber den Krankenkassen überhaupt auf § 33 GWB berufen können. In der neuesten Literatur finden sich Stimmen, welche die Anwendbarkeit des § 33 GWB als Anspruchsgrundlage gegen gesetzliche Krankenkassen bejahen, weil Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche im Interesse der vom Gesetzgeber gewollten möglichst effektiven Durchsetzung der §§ 19 bis 21 GWB seien¹⁰⁹. Diese Auffassung könnte sich auf eine Formulierung der Begründung der Neufassung des § 69 SGB V durch den Bundestagsausschuss für Gesundheit stützen, nach der die §§ 19 bis 21 GWB „in der Rechtsfolge auch die Krankenkassen betreffen“¹¹⁰. Allerdings muss sich diese Ansicht mit dem Einwand auseinandersetzen, dass in § 69 SGB V n. F. nur die Tatbestände der §§ 19 bis 21 GWB und nicht auch die ausdrücklich in § 33 GWB geregelten Rechtsfolgen der Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche für entsprechend anwendbar erklärt worden sind¹¹¹.

¹⁰⁹ Ulrich M. Gassner, Kartellrechtliche Re-Regulierung des GKV-Leistungsmarkts, NZS 2007, 281 (286).

¹¹⁰ So BT-Drucks. 16/4247, S. 35.

¹¹¹ Siehe Michael Steiner, Der neue § 127 SGB V oder: Das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbsrechts, GesR 2007, 245 (248), der zweifelt, ob sich ein Ausschluss von Schadensersatzansprüchen überhaupt mit den Europäischen Richtlinien zur Anwendung des Kartellrechts vereinbaren lässt.

Selbst wenn man § 33 GWB als Anspruchsgrundlage gegen gesetzliche Krankenkassen generell ausschliesse, folgte daraus allerdings noch nicht, dass eine Diskriminierung im Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ohne weitere Konsequenzen bliebe. Die zivilrechtlichen Folgen bei Verstößen gegen kartellrechtliche Verbote richten sich nämlich nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts.¹¹² § 33 GWB ist dabei *lex specialis* zu § 823 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und verdrängt grundsätzlich diese Anspruchsgrundlage.¹¹³ Findet § 33 GWB in einem bestimmten Rechtsbereich keine Anwendung, wohl aber das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot, besteht in dieser Konstellation kein Spezialitätsverhältnis zwischen § 33 GWB und § 823 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift steht dort deshalb als Anspruchsgrundlage zur Verfügung.

Diskriminierte Leistungserbringer können sich infolgedessen bei Ansprüchen gegen Krankenkassen zumindest auf § 823 Abs. 2 BGB berufen, wenn letztere gegen § 20 Abs. 1 GWB als Schutzgesetz verstoßen und überdies schuldhaft gehandelt haben. § 20 Abs. 1 GWB ist auch auf den Individualschutz des Diskriminierten gerichtet und damit Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.¹¹⁴

2. Kontrahierungszwang

Die Verpflichtung zum Schadensersatz richtet sich primär auf die Beseitigung des entstandenen Schadens im Wege der Naturalrestitution. Der Schädiger hat nach § 249 Abs. 1 BGB den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Eine Krankenkasse, ihr Verband oder ihre Arbeitsgemeinschaft ist verpflichtet, einen bestimmten Leistungserbringer der Hilfsmittelversorgung als Ver-

¹¹² *Joachim Bornkamm*, in: Eugen Langen/Herrmann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, 9. Aufl., 2001, § 33 GWB Rn. 34.

¹¹³ *Joachim Bornkamm*, in: Eugen Langen/Herrmann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, 10. Aufl., 2006, § 33 GWB Rn. 34, 124.

¹¹⁴ Vgl. *Bornkamm* (Fn. 112), Rn. 24, nach dem das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 GWB das „klassische Schutzgesetz i. S. v. § 33“ GWB ist. Bei Wegfall der Verdrängung des § 823 Abs. 2 BGB durch § 33 GWB muss dies entsprechend auch für § 823 Abs. 2 BGB gelten.

tragspartner zu wählen, wenn dessen Angebot nach allen objektiven Kriterien besser ist als die Angebote seiner Konkurrenten. Wenn die nachfragende Krankenkasse nun den Vertrag mit einem anderen Konkurrenten abschließt und damit mittelbar den vorzugswürdigen Anbieter von der Leistungserbringung hinsichtlich der dort Versicherten ausschließt, verstößt sie gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB. Die Beseitigung des für den rechtswidrig ausgeschlossenen Anbieter entstandenen Schadens durch die Krankenkasse erfolgt dadurch, dass letztere nunmehr doch noch einen Vertrag über die Leistungserbringung mit dem zuvor rechtswidrig nicht ausgewählten Anbieter abschließt. Eine zusätzliche Kündigung des Vertrages mit dem stattdessen ausgewählten Leistungserbringer durch die Krankenkasse ist für die Naturalrestitution nicht zwingend erforderlich, so dass nach der erfolgten Schadensrestitution gegebenenfalls ein Vertragsverhältnis der Krankenkasse mit mehreren Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich bestehen könnte. Die Schadensersatzverpflichtung konkretisiert sich in den Fällen einer rechtswidrigen Auswahlentscheidung der Krankenkassen als *Kontrahierungszwang*.¹¹⁵

Der Normadressat müsste seine wettbewerbswidrige Auswahlentscheidung überdies *schuldhaft* getroffen haben, damit der Diskriminierte einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen bei dem Diskriminierten, der die Rechte aus Art. 20 Abs. 1 GWB geltend macht.¹¹⁶ Hinsichtlich des Verschuldens hat der Diskriminierende allerdings das Risiko einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung regelmäßig selbst zu tragen.¹¹⁷ Insoweit sind an die Feststellung des Verschuldens bei Schadensersatzansprüchen gegen Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB eher geringe Anforderungen zu stellen.¹¹⁸

¹¹⁵ Vgl. BGHZ 36, 91 (100) – Gummistrümpfe; siehe zur wettbewerbsrechtlichen Naturalrestitution ferner BGH, NJW 1968, 400 (403) – Jägermeister; BGH, NJW-RR 1999, 189 (190 f.) – Depotkosmetik.

¹¹⁶ Klaus-Peter Schultz, in: Eugen Langen/Herrmann-Josef Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, 10. Aufl., 2006, § 20 GWB Rn. 203.

¹¹⁷ BGH, WuW/E S. 2341 (2344 f.) – Taxizentrale Essen.

¹¹⁸ Vgl. Schultz (Fn. 116), Rn. 200.

In der Literatur ist die auf die deliktische Naturalrestitution abstellende dogmatische Begründung eines Kontrahierungszwangs auf Kritik gestoßen. Zum einen sei das Verschuldenserfordernis einer effektiven Durchsetzung des wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzes abträglich, zum anderen wirke die schadensersatzrechtliche Prämisse der Wiederherstellung des status quo ante bei noch nicht zustande gekommenen Vertragsschlüssen wenig überzeugend.¹¹⁹ Selbst wenn man entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes dieser Ansicht des Schrifttums zustimmte, so ergäbe sich ein Kontrahierungszwang zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse aus der entsprechenden Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 20 Abs. 1 GWB. Auf das Verschuldenserfordernis könnte in diesem Fall gänzlich verzichtet werden.

3. Keine generelle Nichtigkeit des schon abgeschlossenen Vertrages

Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Nichtigkeit betrifft deshalb grundsätzlich auch die Verträge, welche gegen § 20 GWB verstoßen.¹²⁰ § 20 GWB ist insofern ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.¹²¹ Die Anwendung des § 134 BGB auf wettbewerbsrechtlich fragwürdige Verträge ist allerdings beschränkt: Regelmäßig ergibt sich der wettbewerbsrechtlich relevante Verstoß nicht unmittelbar aus dem Vertragsinhalt, sondern aus seinen konkreten Auswirkungen, dem Vergleich mit anderen Verträgen oder den Umständen seines Zustandekommens. Wäre in jedem Fall die Nichtigkeit des Vertrages die alleinige Rechtsfolge, könnte dadurch in Rechtspositionen Dritter eingegriffen werden, die selbst gar keinen Wettbewerbsverstoß zu verantworten haben. Die Nichtigkeit des Vertrages kommt deshalb als Rechtsfolge nur in Frage, wenn der Vertragsinhalt unmittelbar selbst den Wettbewerbsverstoß darstellt.¹²²

¹¹⁹ Siehe *Markert* (Fn. 84), Rn. 228 m. w. N.

¹²⁰ *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 64.

¹²¹ *Schultz* (Fn. 116), Rn. 205.

¹²² Vgl. *Bechtold* (Fn. 84), Rn. 64; siehe auch *Schultz* (Fn. 116), Rn. 205.

Beim Vertrag einer Krankenkasse mit einem bestimmten Anbieter der Hilfsmittelversorgung unter Ausschluss eines Konkurrenten, der kein schlechteres Angebot als der ausgewählte Leistungserbringer unterbreitet hatte, ergibt sich der Wettbewerbsverstoß nicht aus dem Inhalt des abgeschlossenen Vertrages, sondern aus der vorherigen rechtswidrigen Auswahlentscheidung. Eine Nichtigkeit des Vertrages würde die Rechtsposition des vertragsschließenden Leistungserbringers berühren, obwohl dieser selbst für das rechtswidrige (Auswahl-)Verhalten der Krankenkasse keine Verantwortung trägt. Insofern bleibt es in dieser Konstellation beim Schadensersatzanspruch des nicht berücksichtigten Anbieters gegen die Krankenkasse im vorstehend dargelegten Umfang.

Dritter Teil

Rechtsschutzmöglichkeiten für Leistungserbringer der Hilfsmittelversorgung

A. Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem Vergaberecht

I. Anwendbarkeit des Vergaberechts

§ 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. bestimmt, dass die Verträge zwischen Krankenkassen, ihren Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften mit Leistungserbringern im Hilfsmittelsektor *im Wege der Ausschreibung* geschlossen werden sollen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. Ausschreibungen erfordern die Einhaltung eines transparenten und für alle Beteiligten verbindlichen Verfahrensablaufs.

Vor der Neufassung des § 127 SGB V durch das GKV-WSG war umstritten, ob vergaberechtliche Vorschriften den Prüfungsmaßstab für eine ordnungsgemäße Durchführung der Ausschreibung bilden konnten. Das Instrumentarium der Ausschreibung spielte bei der alten Fassung des § 127 SGB V nur eine untergeordnete Rolle: Nach § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V a. F. konnten die Krankenkassen Verträge mit einzelnen Leistungserbringern zu niedrigeren Preisen als in den Rahmenverträgen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Leistungserbringern vereinbart schließen. Die Qualität der Leistung musste der im Rahmenvertrag vereinbarten Qualität entsprechen. § 127 Abs. 2 Satz 2 SGB V a. F. enthielt die Regelung, dass für die Einzelverträge die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien öffentlich ausgeschrieben werden sollte. Ausschreibungen wurden deshalb nur beim Abschluss von Einzelverträgen relevant, die preislich von den Rahmenverträgen abwichen.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte die Anwendung des Vergaberechts auf die in § 127 SGB V a. F. geregelte Vertragsbeziehung zwischen einer Krankenkasse und einem Hilfsmittelerbringer mit dem Argument verneint, dass eine Krankenkasse keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB sei. Weder würde sie – wie es § 98 Nr. 2 Satz 1 GWB ver-

langt – durch Stellen von Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (§ 98 Nr. 1 GWB) oder bestimmten Verbänden (§ 98 Nr. 3 GWB) überwiegend finanziert noch beaufsichtigt.¹²³ Diese Entscheidung ist sogleich auf heftige Kritik gestoßen, weil nach § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die Sozialversicherungsträger sehr wohl der staatlichen Rechtsaufsicht unterliegen.¹²⁴ Krankenkassen konnten deshalb schon unter dem früheren Regelungsregime des § 127 SGB V a. F. als öffentliche Auftraggeber und damit als zur Beachtung des Vergaberechts verpflichtet eingeordnet werden.¹²⁵ Dieser Auffassung schlossen sich ebenfalls einige Vergabekammern an.¹²⁶ Vereinzelt finden sich auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung Hinweise, die darauf schließen lassen, dass das Vergaberecht bei den Leistungsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Hilfsmittelerbringern für einschlägig gehalten wird.¹²⁷

Mit der Neufassung des § 127 SGB V wird den Ausschreibungen ein gegenüber der bisher geltenden Regelungssystematik erheblich höherer Stellenwert eingeräumt. Hilfsmittel dürfen nach § 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. an Versicherte nur auf der Grundlage von Einzelverträgen gemäß § 127 Abs. 1, 2 und 3 SGB V n. F. abgegeben werden. Diese Einzelverträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern *sollen* im Wege der Ausschreibung geschlossen werden, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. Das Instrumentarium der Ausschreibung wird mithin zum gesetzlichen Regelfall des Vertrags-

¹²³ Im Einzelnen dazu BayObLG, NZS 2005, 26 (27 f.).

¹²⁴ Etwa *Ingwer Ebsen*, Vertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Rechtsfragen des europäischen Wettbewerbs- und Vergaberechts, in: Helge Sodan (Hrsg.), *Die sozial-marktwirtschaftliche Zukunft der Krankenversicherung*, 2005, S. 59 (73); *Maximilian Gaßner/Christian Braun*, Anmerkung zum Beschluss des BSG vom 24.05.2004, – Verg 06/04 –, NZS 2005, 28 (29 f.)

¹²⁵ Siehe etwa *Meinrad Dreher*, in: Ulrich Immenga/Heinz-Joachim Mestmäcker, *GWB, Kommentar*, 3. Aufl., 2001, § 98 Rn. 18, 75; *Christian Koenig/Christiane Busch*, Vergabe- und haushaltsrechtliche Koordinaten der Hilfsmittelbeschaffung durch Krankenkassen, NZS 2003, 461 (463 f.); a. A. *Ebsen* (Fn. 124), S. 70 f. unter Hinweis auf die insoweit abschließende Wirkung des § 69 SGB V a. F.

¹²⁶ Vgl. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 31.08.2006 – VK-38/2006-I; Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg, Beschluss vom 21.04.2004 – VgK FB 1/2004; Vergabekammer Niedersachsen bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 21.09.2004 – 203-VgK 42/2004.

¹²⁷ So etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.10.2006 – Verg 50/06.

schlusses. Der gestiegenen Bedeutung der Ausschreibung im Hilfsmittelsektor entsprechen hohe verfahrensrechtliche Anforderungen an ihre Transparenz und Verbindlichkeit. Eine verfestigte und nachvollziehbare normative Grundlage dafür stellt nur das Vergaberecht bereit. Dessen Anwendbarkeit ergibt sich überdies aus verfassungsrechtlichen Gründen:

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die Anwendung des Vergaberechts schon durch das Bestimmtheitsprinzip geboten. Rechtssicherheit verlangt Rechtsklarheit. Der Bürger muss erkennen können, was von ihm verlangt wird, denn verbindlich kann nur ein verständlicher Rechtsbefehl sein.¹²⁸ Aus diesem rechtsstaatlichen Postulat entspringt das Bestimmtheitsgebot. Es richtet sich an alle staatlichen Stellen, die Regelungen erlassen, insbesondere an den Gesetzgeber. Das allgemeine Bestimmtheitsgebot zwingt den Normgeber, Vorschriften so klar zu fassen, dass die Rechtslage für den Betroffenen erkennbar ist und er sein Verhalten daran ausrichten kann.¹²⁹ Das Bestimmtheitsgebot kann außerdem nicht losgelöst von anderen Verfassungsprinzipien gesehen werden, deren Wirksamkeit und Effektivität es absichert.¹³⁰ Der Gesetzesvorbehalt könnte seine Funktion nicht erfüllen, wenn die Verwaltung aus vagen Gesetzesformulierungen Befugnisse ableiten dürfte. Allgemein gilt, dass die Bestimmtheitsanforderungen umso größer werden, je intensiver eine Norm in die Grundrechte der Betroffenen eingreift.¹³¹ Durch Verfahrensfehler bei der Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V n. F. können einzelne Leistungserbringer erhebliche finanzielle Einbußen erleiden, wenn sie von der Leistungserbringung für die betroffenen Versicherten zu Unrecht ausgeschlossen werden. Dieser rechtswidrige Ausschluss wäre ein erheblicher Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen, so dass an die Nachvollziehbarkeit des Verfahrens der Ausschreibung hohe Anforderungen zu stellen sind, die nur das Vergaberecht gewährleisten kann.

¹²⁸ Philip Kunig, Zur „hinreichenden Bestimmtheit“ von Norm und Einzelakt, Jura 1990, 495 (496).

¹²⁹ BVerfGE 8, 274 (325); 21, 73 (79); 52, 1 (41); 108, 186 (235).

¹³⁰ Vgl. Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, in: AöR 122 (1997), 177 (179 ff.).

¹³¹ Vgl. BVerfGE 59, 104 (114); 105, 135 (159).

Spätestens seit der Neufassung des § 127 SGB V und der Hervorhebung der Ausschreibung als systemadäquates Verfahren zur Festlegung des Vertragsinhaltes zwischen Krankenkassen, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften auf der einen Seite sowie den Leistungserbringern und ihren Verbänden auf der anderen Seite ist das Vergaberecht als Prüfungsmaßstab der Ausschreibung anwendbar. Diese Schlussfolgerung zieht der Gesetzgeber auch selbst: In diesem Sinne findet sich in der Begründung des Entwurfs des GKV-WSG der ausdrückliche Hinweis, dass in den nach § 127 Abs. 1 SGB V n. F. durchzuführenden Ausschreibungen die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden sind.¹³²

II. Rechtsschutzmöglichkeiten

Nach dem Wortlaut des § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V n. F. bleibt allerdings unklar, ob sich die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften auch auf die *Rechtsschutzmöglichkeiten* eines in der Ausschreibung nicht berücksichtigten Anbieters erstreckt, der die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften bei der Ausschreibung rügt.

Gemäß § 102 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden und Vergabeprüfstellen der Nachprüfung durch die Vergabekammern. § 104 Abs. 1 GWB schreibt vor, dass die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge die Vergabekammern des Bundes für die dem Bund zuzurechnenden Aufträge, die Vergabekammern der Länder für die diesen zuzurechnenden Aufträge wahrnehmen. Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, über die ausschließlich das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht entscheidet (§ 116 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GWB). Der Rechtsschutz über die Vergabekammer und den Vergabesenat des entsprechenden Oberlandesgerichts ist allerdings nicht der alleinige denkbare Weg für einen Hilfsmittelanbieter, Verstöße gegen das Vergaberecht zu rügen. In Betracht kommt auch der Rechtsschutz durch die Sozialgerichtsbarkeit. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) entscheiden

¹³² Siehe BT-Drucks. 16/3100, S. 141.

die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit grundsätzlich über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Die gesetzlich geregelte Ausnahme der Streitigkeiten in Angelegenheiten der Kündigung von Versorgungsverträgen mit Krankenhäusern nach § 110 SGB V ist bei Rechtsschutzmöglichkeiten des Leistungserbringers der Hilfsmittelversorgung irrelevant. Die Antwort auf die Frage, welche der beiden denkbaren Rechtswegzuständigkeiten für die Rüge eines Hilfsmittelanbieters von Verstößen gegen vergaberechtliche Vorschriften einschlägig ist, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Rechtsnormen, sondern kann nur durch deren Auslegung gefunden werden.

Für den Verweis auf die Vergabekammern (und Oberlandesgerichte nach einer sofortigen Beschwerde) hinsichtlich des Rechtsschutzes gegen vergaberechtliche Verstöße spricht, dass durch § 102 GWB die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich bei den Vergabekammern konzentriert werden soll.¹³³ Die Einhaltung der nicht selten komplizierten vergaberechtlich bestimmten Abläufe kann am besten von Behörden und zivilgerichtlichen Senaten überprüft werden, die mit der Materie vertraut sind. Dieser Rechtsschutz entspricht überdies wegen des Erfordernisses einer bei Ausschreibungen besonders schnellen Überprüfung eventueller Rechtsverstöße den Umständen dieses Vergabeverfahrens in besonderem Maße. Dagegen wäre die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit aus der Perspektive einer schnellen, aber sachgerechten Entscheidung weniger effektiv. Zwar können die Sozialgerichte nach § 86b Abs. 2 SGG auch um einstweiligen Rechtsschutz ersucht werden. Abgesehen von den strengen Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Anordnung wäre allen Streitbeteiligten mit einer solchen Entscheidung wenig geholfen, da diese nur *vorläufigen* Charakter besäße. Eine Ausschreibung, durch die der Vertragsinhalt der Leistungsbeziehung zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer festgelegt wird, ist aber wegen des Interesses der Versicherten an einer angemessenen Gesundheitsversorgung gerade auf eine *endgültige* Regelung angelegt. Bei einer längeren gerichtlichen Auseinandersetzung entstünden nämlich Unklarheiten, ob und in welchem detaillierten Umfang die Hilfsmittelversorgung für diese Versicherten sichergestellt werden könnte. Schließlich ist aus dem Ver-

¹³³ *Bechtold* (Fn. 84), § 102 Rn. 2.

waltungsprozessrecht das auf dem Rechtsstaatsprinzip fußende *allgemeine Rechtsschutzbedürfnis* bekannt: Es fehlt, wenn der Kläger den angestrebten Erfolg auf einem einfacheren Weg erreichen kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn Möglichkeiten bestehen, das Ziel zu erreichen, ohne hierfür gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu müssen.¹³⁴ Überträgt man diesen Grundsatz auf das Verhältnis zwischen dem vergaberechtlichen Rechtsschutz vor den Vergabekammern und dem unmittelbaren sozialgerichtlichen Rechtsschutz, so liegt es nahe, zunächst den überdies schnelleren Weg über die Vergabekammern zu wählen, bevor sich ein Gericht mit dem Streitgegenstand befassen muss.

Aus den genannten Gründen ist es deshalb sachgerecht, wenn sich ein Hilfsmittelanbieter mit seiner Rüge eines vergaberechtlichen Verstoßes an die im GWB aufgeführten Stellen wendet. Einige Vergabekammern haben die Zulässigkeit dieses Vorgehens sogar schon *vor* der Neufassung des § 127 SGB V ausdrücklich bejaht.¹³⁵ Es ist davon auszugehen, dass sie diesen Weg nach Kenntnis des legislativen Willens, auf Ausschreibungen im Sinne des § 127 Abs. 1 SGB V n. F. die Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden, nunmehr erst recht für rechtskonform halten werden. Auch im Schrifttum wurde schon vor Inkrafttreten der spezifisch vergaberechtliche Rechtsschutz im Hilfsmittelbereich als eröffnet angesehen.¹³⁶

Allerdings muss aus rechtspraktischer Sicht ebenfalls berücksichtigt werden, dass die Sozialgerichtsbarkeit die in § 51 Abs. 1 SGG geregelte Eröffnung des Rechtswegs zu den Sozialgerichten weit auslegt. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass sich die Sozialgerichte dadurch auch zur Anwendung und Auslegung vergaberechtlicher Vorschriften im Bereich der Hilfsmittelversorgung berufen fühlen. Daher ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich bei der

¹³⁴ Helge Sodan, in: ders./Jan Ziekow (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*. Großkommentar, 2. Aufl. 2006, § 42 Rn. 335.

¹³⁵ Vgl. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 31.08.2006 – VK-38/2006-I; Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg, Beschluss vom 21.04.2004 – VgK FB 1/2004; Vergabekammer Niedersachsen bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 21.09.2004 – 203-VgK 42/2004.

¹³⁶ Koenig/Busch (Fn. 125), S. 462 f.

Auswahl zwischen Vergabekammer und Sozialgericht diejenige staatliche Stelle für zuständig erklären wird, die vom Anbieter zuerst angerufen wird.

B. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Diskriminierung von Anbietern beim Abschluss von Verträgen mit Krankenkassen

Einer marktbeherrschenden Krankenkasse, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften ist es untersagt, einen Anbieter von Hilfsmittelleistungen als Vertragspartei von Verträgen des § 127 SGB V n. F. auszuschließen, wenn dessen Angebot nach allen objektiven Kriterien nicht schlechter ist als das Angebot des Leistungserbringers, der als Vertragspartei von der Krankenkasse, ihren Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften ausgewählt wurde. Diese materiellrechtliche Konsequenz des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots gemäß § 20 Abs. 1 GWB bliebe allerdings wirkungslos, wenn der diskriminierte Leistungserbringer die Geltung des Diskriminierungsverbots nicht prozessual durchsetzen könnte. Die entsprechenden Rechtsschutzmöglichkeiten weisen jeweils mehrere Probleme auf.

I. Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts neben dem Vergaberecht

Die vergaberechtlichen Bestimmungen dienen dem Schutz des Wettbewerbs. Sie erweitern die Rechtsschutzmöglichkeiten eines Anbieters gegenüber rechtswidrigem Verhalten, lassen aber die Schutzfunktion des allgemeinen Kartellrechts unangetastet. Deshalb ist das allgemeine Wettbewerbsrecht *neben* dem Vergaberecht anwendbar; dazu gehört insbesondere auch das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB.¹³⁷

II. Gerichtlicher Rechtsschutz

Der vorstehend beschriebene Anspruch eines Hilfsmittelanbieters auf die Zulassung zur Leistungserbringung für die Versicherten einer Krankenkasse

¹³⁷ Dreher (Fn. 125), Vor § 97 ff. Rn. 66 f.

kann als ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden. Wenn die betreffende Krankenkasse sich endgültig weigert, mit diesem Anbieter einen Vertrag im Rahmen von § 127 SGB V n. F. zu schließen oder den schon geschlossenen Vertrag auch auf den diskriminierten Anbieter anzuwenden, bedarf die Durchsetzung des Kontrahierungszwangs der gerichtlichen Hilfe.

1. Rechtsweg

Nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über die Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies gilt auch dann, wenn durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG konkretisiert diese Rechtswegzuweisung insofern, als die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auch für privatrechtliche Streitigkeiten der gesetzlichen Krankenversicherung einschließlich der durch diese Angelegenheit betroffenen Dritten statuiert wird. Die in § 87 Abs. 1 Satz 1 GWB vorgesehene ausschließliche Zuordnung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem GWB oder aus Kartellvereinbarungen und aus Kartellbeschlüssen ergeben, zu den Landgerichten und damit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit findet nach § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG ausdrücklich keine Anwendung. Flankierend bestimmt § 87 Abs. 1 Satz 3 GWB, dass die in § 87 Abs. 1 Satz 1 GWB vorgesehene ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte nicht für Rechtsstreitigkeiten aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen gilt, auch soweit hierdurch Rechte Dritter betroffen sind. Die im Rahmen der Rechtsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen entstandenen wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten werden, soweit sie nicht spezifisch vergaberechtlicher Natur sind, deshalb vor den Sozialgerichten ausgetragen. Daran hat auch die Neufassung des § 69 Satz 2 SGB V durch das GKV-WSG, welche die §§ 19 bis 21 GWB für entsprechend anwendbar erklärt, nichts geändert. In der Begründung der Neufassung durch den Bundestagsausschuss für Gesundheit wird ausdrücklich festgehalten, dass die Rechtswegzuweisung an die Sozialgerichte gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG von der Änderung des § 69 SGB V unberührt bleiben

soll.¹³⁸ Auch das aktuelle Schrifttum schließt sich dieser Auffassung an.¹³⁹ Ein durch eine Krankenkasse nach § 20 GWB diskriminierter Leistungserbringer der Hilfsmittelversorgung müsste mithin die Sozialgerichtsbarkeit und nicht die ordentliche Gerichte um Rechtsschutz ersuchen.

2. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart für einen möglichst effektiven Rechtsschutz in Betracht kommt. Zunächst wäre an eine Leistungsklage (vgl. § 54 Abs. 5 SGG) zu denken. Allerdings ist schon der präzise Inhalt des Leistungsanspruchs nur sehr schwierig zu bestimmen. Der mit einer Leistungsklage verfolgte Anspruch des Anbieters auf Abschluss eines Vertragsverhältnisses mit der Krankenkasse nach § 127 SGB V müsste schon in der Klageschrift selbst zumindest insoweit bestimmt werden, als der Vertragsinhalt dort exakt umrissen wird. Der Bundesgerichtshof hat im umgekehrten Fall einer diskriminierenden Lieferverweigerung des Nachfragers durch den Anbieter postuliert, dass im Klageantrag auf Belieferung die zu liefernden Waren nach Gegenstand und Inhalt bestimmt sein müssen¹⁴⁰. Die Beschreibung des exakten Kontrahierungsumfanges zwischen der beklagten Krankenkasse und dem klagenden Anbieter wird regelmäßig auf große Schwierigkeiten stoßen. Nahe liegender ist aus Sicht der klägerischen Rechtsschutzinteressen deshalb die Erhebung einer *Feststellungsklage* im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG durch den von der Leistungserbringung ausgeschlossenen Anbieter; diese Klage dürfte sich nicht als subsidiär erweisen. Der entsprechende Klageantrag könnte das Ziel des Klägers mit mehreren Formulierungsvarianten erreichen: Zum einen könnte die Klage sich auf die Feststellung beziehen, dass der Kläger neben dem ausgewählten Leistungserbringer zu den gleichen Konditionen ebenfalls Vertragspartner der beklagten Krankenkasse im Sinne von § 127 SGB V ist. Zum anderen könnte der klägerische Anbieter die gerichtliche Feststellung beantragen, dass er die Leistungen der Hilfsmittelversorgung für die Versicherten der beklagten Krankenkasse zu den gleichen Bedingungen zu erbringen berechtigt

¹³⁸ Siehe BT-Drucks. 16/4247, S. 35.

¹³⁹ Siehe *Gassner* (Fn. 109), S. 284, 286.

¹⁴⁰ So BGH, WuW/E S. 1885 (1886) – Sportschuhe; WuW/E S. 2125 (2126) – Technics.

ist wie der eigentliche Vertragspartner der Krankenkasse. In beiden Fällen bestünde das Vertragsverhältnis zwischen der Krankenkasse und dem von ihr ausgewählten Leistungserbringer weiter; der Kläger bliebe aber auch künftig Leistungserbringer der Hilfsmittelversorgung für die Versicherten der beklagten Krankenkasse.

3. Einstweilige Anordnung

Die sich aus § 20 Abs. 1 GWB ergebenden Ansprüche können mittels einer einstweiligen Anordnung gemäß § 86b Abs. 2 SGG geltend gemacht werden. Der dafür notwendige Anordnungsgrund ist dann zu bejahen, wenn dem Antragsteller ohne sofortige Belieferung erhebliche finanzielle oder wettbewerbliche Nachteile drohen, die im späteren Hauptsacheverfahren nicht mehr kompensiert werden können.¹⁴¹ Übertragen auf die hier zu untersuchende Konstellation des rechtswidrigen Ausschlusses eines Anbieters von der Leistungserbringung durch eine kontrahierungsunwillige Krankenkasse hat diese Wertung zur Konsequenz, dass ein Anordnungsgrund dann zu bejahen ist, wenn dem Anbieter durch den Ausschluss von der Leistungserbringung für die bei der Krankenkasse Versicherten erhebliche ökonomische Nachteile drohen. Das wird regelmäßig gerade bei marktbeherrschenden Krankenkassen, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften auf der einen Seite, die eine Vielzahl von Versicherten vertreten, und den eher mittelständischen Unternehmen der Hilfsmittelversorgung auf der anderen Seite, die auf die Leistungserbringung zugunsten dieser Versicherten angewiesen sind, zu bejahen sein.

III. Außergerichtlicher Rechtsschutz

Während die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes bei Vertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern dem Grunde nach unbestritten ist, lässt sich der Umfang des außergerichtlichen Rechtsschutzes nach der Neufassung des § 69 SGB V nicht auf den ersten Blick erkennen. Bei klassischen wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten, die dem Regime des GWB unterliegen, können neben den Gerichten auch die Kartellbe-

¹⁴¹ Siehe *Schultz* (Fn. 116), § 20 Rn. 202 m. w. N.

hörden um Rechtsschutz ersucht werden. Letzteren stehen dazu vielgestaltige gesetzliche Instrumentarien zur Verfügung, zu denen der Erlass von Untersagungsverfügungen oder Bußgeldbescheiden gehört.

Vor der durch das GKV-WSG vorgenommenen Statuierung der entsprechenden Anwendung der §§ 19 bis 21 GWB in § 69 Satz 2 SGB V n. F. hatte die Rechtsprechung wettbewerbsrechtliche Bestimmungen nur vereinzelt auf das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern angewandt. Wegen der Öffnung dieser Leistungsbeziehungen für die Anwendung wesentlicher wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe (§§ 19 bis 21 GWB) stellt sich die Frage, ob damit zugleich auch die wettbewerbsrechtlich vorgesehenen Kompetenzen der Kartellbehörden für die Durchsetzung dieser Bestimmungen anwendbar sind. Dagegen könnte zwar angeführt werden, dass diese Kompetenznormen in § 69 SGB V nicht ausdrücklich auch im Hinblick auf die Leistungsbeziehungen im Rahmen der GKV für anwendbar erklärt worden sind. Es sprechen aber historische, systematische und teleologische Gründe durchaus dafür, den im wettbewerbsrechtlichen Sinne Diskriminierten auch außergerichtlichen Rechtsschutz einzuräumen: Die Begründung der Neufassung des § 69 SGB V durch den Bundestagsausschuss für Gesundheit enthält den Hinweis, dass die §§ 19 bis 21 GWB eine Diskriminierung der Vertragspartner verhindern helfen sollen und „in der Rechtsfolge auch die Krankenkassen betreffen“¹⁴². Eine vom Gesetzgeber gewollte möglichst effektive Durchsetzung des Diskriminierungsverbots schließt aber die Annahme einer gesetzlichen Beschränkung auf ausschließlich gerichtlichen Rechtsschutz aus. Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus dem rechtsstaatlich gebotenen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis, nach dem die rechtlichen Interessen möglichst effektiv durchgesetzt werden sollen. In der Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass zur Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Maßstäbe in den §§ 19 bis 21 GWB primär die Kartellbehörden und erst in zweiter Linie die Gerichte berufen sind.¹⁴³ Die Kartellbehörden können bei Wettbewerbsverstößen ihre Eingriffsbefugnisse auch gegenüber dem Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern geltend machen.¹⁴⁴ Ein rechtswidrig

¹⁴² BT-Drucks. 16/4247, S. 35.

¹⁴³ Siehe *Gassner* (Fn. 109), S. 285.

¹⁴⁴ *Gassner* (Fn. 109), S. 286.

von der Vertragsbeziehung gemäß § 127 SGB V zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer im Hilfsmittelsektor ausgeschlossener Anbieter kann deshalb die Kartellbehörden zur Wahrnehmung ihrer Befugnisse gegenüber der betreffenden Krankenkasse auffordern.

Vierter Teil

Zusammenfassung in Leitsätzen

I. Einschränkung des Patientenwahlrechts

1. Durch § 33 Abs. 6 Satz 2 SGB V n. F. wird die bisher gegebene Möglichkeit der Versicherten, im Hilfsmittelbereich zwischen verschiedenen Leistungserbringern zu wählen, erheblich eingeschränkt.

2. Diese Einschränkung ist ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass dieses Grundrecht berührt ist, wenn die Freiheit des Versicherten zur Auswahl unter Arznei- und Hilfsmitteln, die ihm als Sachleistungen zur Verfügung gestellt werden, eingeschränkt wird. Die gleiche Wertung gilt auch für die Einschränkung des Wahlrechts zwischen verschiedenen Leistungserbringern.

3. Dieser Eingriff ist unverhältnismäßig. Zwar liegen der Einschränkung der Wahlfreiheit mit der Wettbewerbsförderung und der finanziellen Entlastung der gesetzlichen Krankenkassen legitime Regelungsziele zugrunde. Die erhebliche Beschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten im Hilfsmittelsektor ist aber schon nicht geeignet, diese legislativen Intentionen zu realisieren. Die Erforderlichkeit der Regelung ist ebenfalls zu verneinen, weil alternative Regelungen denkbar sind, die bei vergleichbarer Effektivität geringer in die Grundrechte der Versicherten eingreifen. Dazu gehört etwa die Streichung der gesetzlich in § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V n. F. festgelegten Voraussetzung eines berechtigten Interesses des Versicherten für die Wahl eines Leistungserbringers, der nicht Vertragspartner der Krankenkasse, ihres Verbandes oder ihrer Arbeitsgemeinschaft ist. Die erhebliche Beschränkung der Wahlfreiheit ist auch nicht angemessen: Die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten sowie das in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip wiegen schwerer als die Regelungsziele des Gesetzgebers, deren Realisierung mit der getroffenen Maßnahme ohnehin nicht zu erwarten ist. § 33 Abs. 6 SGB V n. F. verletzt daher die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten.

4. Ein Verstoß gegen die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitete staatlichen Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit der Versicherten liegt nicht vor. Zwar bestand nach der noch im Gesetzentwurf vorliegenden Fassung des § 127 SGB V die Gefahr, dass von den Krankenkassen auch solche Hilfsmittelanbieter als leistungserbringende Vertragspartner hätten ausgewählt werden können, die ihren Sitz weit entfernt von den Wohnorten der Versicherten gehabt hätten. In diesem Fall wäre es zumindest einigen Versicherten kaum möglich gewesen, Hilfsmittel zu beziehen. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist den dagegen vorgebrachten Bedenken insofern Rechnung getragen worden, als § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V n. F. nunmehr bei Abschluss der Hilfsmittelverträge ausdrücklich vorschreibt, für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen.

5. Während die Wahlfreiheit der Versicherten hinsichtlich der Hilfsmittelversorgung erheblich eingeschränkt wird, lässt das GKV-WSG im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung das Recht der Versicherten auf freie Arztwahl nach § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V unangetastet. Das Gesetz differenziert bei der Wahlfreiheit der Versicherten zwischen diesen beiden Gruppen der Leistungserbringer. Diese Ungleichbehandlung beruht aber nicht auf einem sachgerechten Differenzierungskriterium und verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele – Wettbewerbsstärkung und finanzielle Stabilisierung der GKV – sind zwar aus verfassungsrechtlicher Perspektive legitim; die Differenzierung ist aber weder geeignet noch erforderlich noch gar angemessen. Durch die Einschränkung der Wahlfreiheit der Versicherten im Hilfsmittelsektor wird deshalb der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

II. Anwendbarkeit des GWB

1. Für das Rechtsverhältnis zwischen den Krankenkassen, ihren Verbänden und Arbeitsgemeinschaften einerseits sowie den Leistungserbringern und ihren Zusammenschlüssen andererseits sind nach § 69 Satz 2 SGB V n. F. die §§ 19 bis 21 GWB entsprechend anwendbar.

2. Insbesondere das in § 20 GWB enthaltene Diskriminierungsverbot bildet den materiellrechtlichen Rahmen für die Wahl des Leistungserbringers

durch die Krankenkasse, ihren Verband oder ihre Arbeitsgemeinschaft in der Hilfsmittelversorgung.

3. Die in § 20 Abs. 1 GWB vorausgesetzte Marktbeherrschung erfordert eine Gesamtbetrachtung der für den betroffenen Markt vorliegenden Wettbewerbsbedingungen. Sie ist abhängig vom Verhältnis der Zahl der in der jeweiligen Krankenkasse Versicherten zur Zahl der Gesamtbevölkerung. Einige Krankenkassen besitzen als Nachfrager auf dem Hilfsmittelmarkt entweder schon allein oder gemeinsam mit anderen Krankenkassen eine marktbeherrschende Stellung. Dies gilt erst recht für ihre Verbände und Arbeitsgemeinschaften.

4. Anbieter von Hilfsmittelleistungen sind gleichartige Unternehmen, für die der Geschäftsverkehr üblicherweise frei zugänglich ist. Sie erfüllen damit eine weitere, als grobes Prüfungsraster dienende und in § 20 Abs. 1 GWB festgeschriebene Voraussetzung für die Anwendung des Diskriminierungsverbots.

5. Grundsätzlich steht den Normadressaten des § 20 GWB ein Spielraum bei der Wahl von Vertragspartnern zu. Wenn aber Krankenkassen, ihre Verbände oder Arbeitsgemeinschaften einen Hilfsmittelanbieter als Vertragspartner wählen, der nach allen objektiven Kriterien kein besseres Angebot unterbreitet hat als sein Konkurrent, so liegen sowohl eine unbillige Behinderung als auch eine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung dieses von der Leistungserbringung ausgeschlossenen Anbieters als Diskriminierungstatbestände vor. Für die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung trägt der Normadressat die Beweislast.

6. Dem Diskriminierten stehen Schadensersatzansprüche zu. Als Anspruchsgrundlagen kommen dafür § 33 GWB oder zumindest die allgemeinere Regelung des § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, falls man § 33 GWB nicht auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern für anwendbar hält.

7. Im Wege der schadensersatzrechtlichen Naturalrestitution kann der diskriminierte Hilfsmittelanbieter geltend machen, seine Leistungen zu den gleichen Konditionen zu erbringen wie der von der Krankenkasse ausgewählte

Vertragspartner. Für die betroffene Krankenkasse als Nachfragerin besteht insofern ein Kontrahierungszwang.

8. Eine Nichtigkeit des schon zwischen der Krankenkasse und einem Anbieter geschlossenen Vertrages über die Leistungserbringung nach § 134 BGB kommt nicht in Betracht, weil sich die Diskriminierung nicht unmittelbar aus dem Vertrag selbst, sondern aus dem Vergleich mit den zurückgewiesenen Angeboten ergibt.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten

1. Die vergaberechtlichen Bestimmungen sind auf Ausschreibungen, welche im Hilfsmittelbereich geschlossenen Verträgen vorausgehen, zumindest seit der durch das GKV-WSG vorgenommenen Neufassung des § 127 SGB V anwendbar. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive gebietet das Bestimmtheitsprinzip die Anwendung des Vergaberechts. Das entspricht auch der ausdrücklich erklärten Intention des Gesetzgebers.

2. Bei vergaberechtlichen Verstößen im Ausschreibungsverfahren kommen für Anbieter grundsätzlich zwei Möglichkeiten des Rechtsschutzes in Betracht: Sie könnten sich an die zuständigen Vergabekammern wenden und gegen deren Entscheidungen gegebenenfalls sofortige Beschwerde bei den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte einlegen, oder sie könnten die Sozialgerichtsbarkeit um Rechtsschutz ersuchen. Der Rechtsschutz durch die Vergabekammern ist der sachgerechtere Weg, weil diese Kammern speziell für die Prüfung möglicher Verstöße der öffentlichen Hand gegen das Vergaberecht zuständig sind. Er ist zudem rechtsschutzintensiver, weil Verstöße schneller geprüft werden können als durch die Sozialgerichtsbarkeit. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich aufgrund des kaum eingeschränkten Wortlauts des § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG im Einzelfall auch die Sozialgerichte zur Prüfung vergaberechtlicher Verstöße durch Krankenkassen ermächtigt fühlen. Insofern ist es in der Praxis denkbar, dass sich diejenige staatliche Stelle für zuständig erklärt, die vom Anbieter um Rechtsschutz ersucht wird.

3. Im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Diskriminierung von Anbietern beim Abschluss von Verträgen nach § 127 SGB V n. F. außerhalb des Vergaberechts ist nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG der Rechtsweg

zu den Sozialgerichten eröffnet. Die in § 87 Abs. 1 Satz 1 GWB vorgesehene Zuordnung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten, die sich aus dem GWB ergeben, zu den Landgerichten und damit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit findet nach § 51 Abs. 2 Satz 2 SGG ausdrücklich keine Anwendung. Als statthafte Klageart kommt die Feststellungsklage im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG in Betracht. Ein Antrag auf Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung gemäß § 86b Abs. 2 SGG ist denkbar, wenn dem diskriminierten Anbieter durch den Ausschluss von der Leistungserbringung für einen bestimmten Versichertenkreis erhebliche und irreparable finanzielle Nachteile drohen.

4. Im Wege des außergerichtlichen Rechtsschutzes können vom diskriminierten Anbieter auch die Kartellbehörden um Hilfe ersucht werden. Sie können ihre Eingriffsbefugnisse auch gegenüber dem Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern geltend machen. Das ergibt sich aus einer historischen, systematischen und teleologischen Auslegung der Neufassung des § 69 Satz 2 SGB V, die dem Diskriminierten ein Instrumentarium zur effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zur Verfügung stellt.

Berlin, am 15. Juli 2007

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan