



Bundeskartellamt

3. Beschlussabteilung

B 3 – 134/09

**VERSION FÜR DIE
VERFAHRENBETEILIGTE**

**VERWALTUNGSVERFAHREN
BESCHLUSS
GEMÄSS § 32 GWB**

In dem Kartellverwaltungsverfahren

gegen

die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker KdÖR (BIHA)

Wallstraße 5

55122 Mainz

– Beteiligte –

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. Christian Burholt, LL.M.

Dierks + Bohle

Walter-Benjamin-Platz 6

10629 Berlin

hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts am 18. November 2011 gemäß § 32 Abs. 1 GWB i.V.m. Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 19, 20 GWB beschlossen:

I. Der Beteiligten wird untersagt,

1. Beschlüsse zu fassen mit dem Inhalt, den Krankenkassen als Vertragspartnern in Versorgungsverträgen nach § 127 SGB V günstigere Konditionen anzubieten oder zu gewähren, soweit diese im Gegenzug auf den Abschluss weiterer – rechtmäßiger – Ver-

sorgungsverträge über die Versorgung mit Hörhilfen/ Hörgeräten/ Hörsystemen verzichten, insbesondere auf solche über den verkürzten Versorgungsweg,

2. den Abschluss und die Geltung von Vergütungsvereinbarungen in Versorgungsverträgen mit Krankenkassen nach § 127 SGB V an die Bedingung zu knüpfen, dass diese Krankenkassen keine weiteren – rechtmäßigen – Versorgungsverträge über die Versorgung mit Hörhilfen/ Hörgeräten/ Hörsystemen mit anderen Anbietern schließen und
 3. Versorgungsverträge nach § 127 SGB V anzubieten oder abzuschließen, die wie die in Rn. 6 bis 8 dieser Verfügung genannten Verträge ein Sonderkündigungsrecht und die anschließende Geltung ungünstigerer Konditionen für den Fall vorsehen, dass die Krankenkasse eine oder mehrere anderweitige – rechtmäßige – Vereinbarungen zur Versorgung von Versicherten mit Hörhilfen/ Hörgeräten/ Hörsystemen abschließt.
- II. Die Gebühr für die Entscheidung wird auf [...] festgesetzt.

Gründe:

I. Verfahren

- (1) Dieser Beschluss betrifft die Behinderung des Absatzes von Hörhilfen, Hörgeräten und Hörsystemen (im Folgenden: Hörgeräte) die von Herstellern direkt an die Vertragsärzte zur Versorgung von Patienten geliefert werden, durch einen Beschluss der in der Beteiligten organisierten Hörgeräteakustiker.
- (2) Die Beteiligte ist die von den deutschen Hörgeräteakustikern gegründete Innung zur Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder, organisiert in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes. Über 90 % der Hörgeräte werden über Hörgeräteakustiker vertrieben, die der Beteiligten angeschlossen sind¹.
- (3) Die Beteiligte schließt als Unternehmensvereinigung der Hörgeräteakustiker Verträge nach § 127 SGB V über die Versorgung mit Hörgeräten (Versorgungsverträge) mit gesetzlichen Krankenkassen. Versorgungsverträge nach § 127 SGB V sind Voraussetzung für die Teilnahme an der Versorgung von Patienten mit Hörgeräten im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung. Versorgungsverträge können mit Leistungserbringern geschlossen werden, die die Voraussetzungen gemäß § 126 SGB V erfüllen.
- (4) Neben dem Vertrieb über die Hörgeräteakustiker können Hörgeräte auch unter Mitwirkung von Vertragsärzten abgegeben werden, soweit es im Rahmen des § 128 SGB V zulässig

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 26.11.2008, VI-Kart 8/07 - *Sonova / GN ReSound*, Umdruck S. 23, insoweit bestätigt durch den BGH-Beschluss vom 20.04.2010, KVR 1/09, Rn. 43 (Juris)

ist und die notwendigen Verträge nach §§ 127 und 128 SGB V geschlossen wurden (sog. verkürzter Versorgungsweg). Verschiedene Anbieter von Hörgeräten vertreiben ihre Hörgeräte im Wesentlichen über diesen Vertriebsweg, auch da der Absatz ihrer Produkte über Hörgeräteakustiker keine hinreichende Absatzalternative darstellt.²

- (5) Die Beschlussabteilung hat auf der Grundlage von §§ 1, 19, 20 GWB sowie Art. 101, 102 AEUV gegen die Beteiligte ein Kartellverwaltungsverfahren wegen des Verdachts wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens durch die Vereinbarung von Exklusivitätsklauseln eingeleitet.
- (6) Durch Beschluss vom 11. Juni 2010 verpflichtete die Beschlussabteilung die Beteiligte mit Zustimmung des Präsidenten gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 GWB zur Prüfung eines möglichen Verstoßes gegen das Kartellrecht, bestimmte Unterlagen zur Einsichtnahme und Prüfung vorzulegen und herauszugeben. Dem Beschluss entsprechend wurden am 01. Juli 2010 in den Geschäftsräumen der Beteiligten Unterlagen eingesehen, geprüft und von der Beteiligten herausgegeben.
- (7) Mit Schriftsatz vom 28. Juli 2010 legte die Beteiligte beim Oberlandesgericht Düsseldorf Beschwerde gegen den Beschluss vom 11. Juni 2010 ein. Die Beschwerde wurde mit Beschluss vom Oberlandesgericht Düsseldorf vom 04. Mai 2011 zurück gewiesen; dieser Beschluss ist rechtskräftig.
- (8) Mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 hat die Beteiligte angeboten, eine Reihe von Verpflichtungen einzugehen, um die kartellrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes auszuräumen.
- (9) Mit Schreiben vom 27. Dezember 2010 hat die Beteiligte den nachfolgend unter den Randnummern (18) bis (20) näher bezeichneten Krankenkassen mitgeteilt, dass sie jeweils auf die Rechte aus den in diesen Randnummern benannten Vertragsklauseln mit sofortiger Wirkung endgültig verzichtet.
- (10) Das Bundeskartellamt übermittelte der Beteiligten mit Schreiben vom 17. Januar 2011 einen Entwurf eines Beschlusses nach § 32b GWB und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme.
- (11) Das Bundeskartellamt übermittelte der Landeskartellbehörde Rheinland-Pfalz gemäß § 49 Abs. 1 Satz 1 GWB mit Schreiben vom 17. Januar 2011 einen Entwurf des Beschlusses und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Landeskartellbehörde Rheinland-Pfalz hat keine Stellungnahme abgegeben.

² Vgl. BGH, Beschl. v. 20.04.2010, KVR 1/09 - *Phonak*, Rn. 39 ff. (Juris)

- (12) Das Bundeskartellamt übermittelte der Europäischen Kommission am 07. Januar 2011 den Beschluss vom 11. Juni 2010, die vorgeschlagenen Zusagen der Beteiligten sowie ein diesbezügliches Antwortschreiben der Beschlussabteilung gemäß Art. 11 Abs. 4 VO Nr. 1/2003. Am 18. Januar 2011 wurde der Europäischen Kommission der Entwurf des Beschlusses vom 11. Juni 2010 übersandt. Die Europäische Kommission hat keine Bedenken geäußert.
- (13) Mit Schreiben vom 27. Januar 2011 hat die Beteiligte ihr Angebot vom 23. Dezember 2010 zurück genommen.
- (14) Mit Schreiben vom 15. August 2011 hat die Beschlussabteilung der Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Kartellrechtsvorwürfen gegeben. Die Beteiligte hat in ihrem Antwortschreiben vom 01. September 2011 mit Verweis auf ihre bisherigen Schriftsätze ihre Rechtsauffassung bekräftigt, dass sowohl das deutsche als auch das europäische Kartell- und Marktmachtmissbrauchsverbot im vorliegenden Fall von vorneherein nicht anwendbar seien. Auch fehle es an der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Schließlich seien Sachverhalt und regulatorischer Rahmen nicht korrekt dargestellt. Ein Kartellrechtsverstoß der BIHA liege nicht vor.
- (15) Am 12. August 2011 wurde der Europäischen Kommission gemäß Art. 11 Abs. 4 VO Nr. 1/2003. der vorliegende Beschlussentwurf übersandt. Die Kommission hat am 31. August 2011 per E-Mail Stellung genommen und keine Einwände geäußert.
- (16) Mit Schreiben vom 15. August 2011 hat die Beschlussabteilung der Landeskartellbehörde Rheinland-Pfalz Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Landeskartellbehörde Rheinland-Pfalz hat mit Schreiben vom 24. August 2011 schriftlich Stellung genommen und keine Einwände geäußert.

II. Sachverhalt

- (17) Die Beteiligte hat zumindest mit drei gesetzlichen Krankenkassen Verträge geschlossen, die im Vergleich zu vorherigen Verträgen günstigere Erstattungspreise für die Versorgung mit zuzahlungsfreien Hörhilfen vorsehen. Diese Vergünstigungen wurden jedoch nur zugestimmt, wenn der Beteiligten ein Recht zur Kündigung der günstigeren Preisvereinbarungen für den Fall eingeräumt wurde, dass die betreffende Krankenkasse anderweitig Verträge zur Versorgung der Versicherten mit Hörhilfen abschließt. Im Falle der Kündigung ist jeweils das Wiederaufleben der alten (höheren) Vergütung vereinbart.

- (18) Erstens vereinbarte die Beteiligte am 15. August 2009 mit der „AOK Plus – Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen“ in § 3 der „Vereinbarung zur Fortgeltung der Verträge“: „Für den Fall, dass die AOK PLUS eine oder mehrere Vereinbarungen zur Versorgung von Versicherten mit Hörhilfen abschließt, steht der BIHA das Recht zu, diese Vereinbarung mit einer Frist von 14 Tagen zum Monatsende zu kündigen. In diesem Fall leben die in § 1 genannten Verträge in vollem Umfang, inklusive der dort vereinbarten Vergütung, wieder auf.“
- (19) Zweitens vereinbarte die Beteiligte am 01. März 2010 mit der IKK Nordrhein in § 14 Abs. 6 des Vertrages gemäß § 127 Abs. 2 SGB V über die Versorgung von Versicherten mit Hörsystemen einschließlich der Versorgung von Kindern und Jugendlichen: „Für den Fall, dass die Krankenkasse eine oder mehrere Vereinbarungen zur Versorgung von Versicherten mit Hörhilfen mit anderen Versorgungsmodellen abschließt, steht der Bundesinnung für Hörgeräteakustiker (BIHA) das Recht zu, die Anlage 2 mit einer Frist von 14 Tagen zum Monatsende gegenüber der Krankenkasse zu kündigen. In diesem Fall erfolgt die Vergütung in Höhe der Festbeträge.“ Anlage 2 des Vertrages enthält die vergünstigten Konditionen.
- (20) Drittens vereinbarte die Beteiligte am 01. April 2010 außerdem mit der AOK Niedersachsen in § 14 Abs. 8 der „Vereinbarung über die Versorgung mit Hörsystemen einschließlich der Versorgung von Kindern und Jugendlichen nach § 127 Absatz 2 SGB V“: „Für den Fall, dass die AOK Niedersachsen eine oder mehrere Vereinbarungen zur Versorgung von Versicherten mit Hörhilfen mit anderen Versorgungsmodellen abschließen, steht der Bundesinnung das Recht zu, die Anlage mit einer Frist von 14 Tagen zum Monatsende gegenüber der AOK Niedersachsen zu kündigen. In diesem Fall gilt die Anlage 2 des Rahmenvertrages vom 01.10.2008 (entgegen der Regelung in Abs. 7) soweit dort abweichende Preise zur Anlage 2 des Vertrages vom 01.04.2010 geregelt sind.“
- (21) Die Ermittlungen haben außerdem ergeben, dass sich die Beteiligte auch gegenüber anderen Krankenkassen und deren Verbänden – insbesondere gegenüber verschiedenen AOKen und dem AOK Bundesverband – ablehnend bezüglich des verkürzten Versorgungsweges geäußert hat. Die Gewährung von Sonderkonditionen bei der eigenanteilsfreien/zuzahlungsfreien Hörgeräteversorgung wurde auch gegenüber weiteren Krankenkassen an die Bedingung geknüpft, dass die angesprochenen Krankenkassen mit anderen Leistungserbringern keine weiteren Versorgungsverträge nach § 127 SGB V bzw. keine Verträge im Rahmen des verkürzten Versorgungsweges abschließen. Einzelnen Krankenkassen wurden aufgrund bestehender Verträge über den verkürzten Versorgungsweg keine Versorgungsverträge durch die Beteiligte angeboten.

- (22) Im einzelnen handelt es sich hierbei um folgende Unterlagen (im Folgenden: „weitere Dokumente“):
- a. Mit Schreiben vom 06.03.2009 an die [Krankenkasse A] und die [Krankenkasse B] (Beweismittelordner Band 2, S. 395 ff.) werden diese um Unterstützung dahingehend gebeten, dass ein Vertrag über die verkürzte Versorgung, zu dessen Abschluss vom [Verband 1 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] eine Bekanntmachung im Sinne des § 127 Abs. 2 SGB V erfolgte, nicht realisiert wird.
 - b. Mit Schreiben vom 13.03.2009 an alle [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] (außer [Krankenkasse C]) (Beweismittelordner Band 1, S. 147 ff.) erklärte die Beteiligte, dass der mit den Adressaten geschlossene Versorgungsvertrag nach § 127 SGB V gekündigt werden müsse, wenn der von den Adressaten vorgesehene Versorgungsvertrag zum verkürzten Versorgungsweg zu einem Wettbewerbsnachteil für die Mitglieder der Beteiligten werde und zu einem erheblichen Mitgliederschwund bei der Beteiligten führe, was sich schon ankündige. Vergleichbare Formulierungen finden sich in Schreiben an
 - das Bundesministerium für Gesundheit vom 13.03.2009 bezüglich der Vertragsbekanntmachung des [Verband 1 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] (s.o., lit. a.), S. 2 (Beweismittelordner Band 2, S. 387 ff.),
 - den GKV-Spitzenverband vom 14.03.2009 bezüglich der Vertragsbekanntmachung des [Verband 1 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart], S. 4 (Beweismittelordner Band 2, S. 400 ff.),
 - die [Krankenkasse D] (Beweismittelordner Band 2, S. 326 ff.), die [Krankenkasse E] (Beweismittelordner Band 2, S. 367 ff.) und die [Krankenkasse F] (Beweismittelordner Band 2, S. 333 ff.) vom 27.03.2009, dort jeweils auf S. 2,
 - die [Krankenkasse G] vom 27.03.2009, S. 3 (Beweismittelordner Band 2, S. 413),
 - verschiedene Landwirtschaftliche Krankenkassen („LKKen“) vom 24.04.2009 über den Verweis auf jeweils in Kopie beigefügte Korrespondenz mit der im Auftrag für die LKKen handelnden [Krankenkasse G] (Beweismittelordner Band 2, S. 419ff.),
 - die [Krankenkasse H] und vom 24.04.2009, S. 2 (Beweismittelordner Band 2, S. 307) und
 - die [Krankenkasse I] (Beweismittelordner Band 2, S. 340 ff.) und die [Krankenkasse J] (Beweismittelordner Band 2, S. 378ff.) vom 02.06.2009, dort jeweils auf S. 2.

- c. Im Protokoll der Vorstandstelefonkonferenz der Beteiligten vom 11.05.2009, TOP 7, Verhandlungen mit dem [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] (Beweismittelordner Band 2, S. 289f.), wird festgehalten, dass die Beteiligte „den [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart], die keinen Vertrag mit den Anbietern des verkürzten Versorgungsweges schließen, einen deutlichen Preisnachlass“ angeboten hat. Die [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] waren dem Protokoll zu Folge zur Annahme nicht bereit.
- d. Im Aktenvermerk der Beteiligten vom 30.06.2009 über ein Gespräch am 29.06.2009 bei der [Krankenkasse K] (Beweismittelordner Band 1, S. 249 f.) wird vermerkt, dass sich die Beteiligte mit der [Krankenkasse K] auf günstigere Preise als den im Vertrag vom 01.06.2009 vereinbarten geeinigt habe. Weiterhin wird vermerkt, dass die [Krankenkasse K] den Vertrag mit Anbietern des verkürzten Versorgungsweges kündigen werde. Als Grund wird hier allerdings ein erhöhter Verwaltungsaufwand in Folge der damals bevorstehenden Änderung des § 128 SGB V angeführt.
- e. Im vertraulichen Aktenvermerk der Beteiligten vom 22.07.2009 (Beweismittelordner Band 3, S. 561 ff.) wird ausführlich auf mögliche Kartellrechtsverstöße im Rahmen einer mit der [Krankenkasse D] vereinbarten Vertragsklausel eingegangen. Durch die Klausel wurde eine für die [Krankenkasse D] günstigere Preisvereinbarung ausdrücklich daran geknüpft, dass die [Krankenkasse D] keine Versorgungsverträge im verkürzten Versorgungsweg abschließt. Sollte die [Krankenkasse D] derartige Verträge abschließen, würden die vorherigen, für die [Krankenkasse D] nachteiligeren Vereinbarungen wieder aufleben. In dem Protokoll heißt es u.a. wörtlich: „Will sich die [Krankenkasse D], die mit der biha vereinbarten *günstigeren* Preise sichern, darf sie nach Nr. 3 der Nachtragsvereinbarung *keine Verträge zur verkürzten Versorgung* schließen. Da der Vertrag mit der biha den weit überwiegenden Anteil der Hörgeräteversorgungen insgesamt abdeckt, wird sich die [Krankenkasse D] voraussichtlich auf das selbst auferlegte "Vertragsverbot" im Bereich der verkürzten Versorgung halten. Der damit einhergehende Ausschluss von verkürzten Versorgungsverträgen schränkt die Wettbewerbsmöglichkeiten der Anbieter des verkürzten Versorgungsweges erheblich ein, da diese voraussichtlich keine Chance auf einen Vertrag mit der [Krankenkasse D] haben werden. *Der Marktzutritt ist ihnen damit faktisch verwehrt*“ (Hervorhebungen durch die Beschlussabteilung).
- f. In einem „Ergebnisprotokoll“ der [Krankenkasse L] (Beweismittelordner Band 1, S. 248) über ein Gespräch mit der Beteiligten am 28.07.2009 in Leipzig ist vermerkt, dass Einigkeit darüber bestehe, die oben unter Randnummer (18) aufgeführte Vertragsklausel nur zur Anwendung kommen zu lassen, „sofern die [Krankenkasse L] Verträge im verkürzten Versorgungsweg schließt.“

- g. Im Protokoll der Vorstandstelefonkonferenz der Beteiligten vom 07.09.2009, TOP 4 (Beweismittelordner Band 2, S. 275 ff.), wird berichtet, dass die [Krankenkasse H] einen Vertrag zur verkürzten Versorgung nicht verlängert habe und die Beteiligte der [Krankenkasse H] die neuen (günstigeren) Vertragspreise angeboten habe. Ferner wird festgehalten, dass die Beteiligte „der [Krankenkasse M] nochmals versichert [hat], dass die neuen Preise nur mit den Krankenkassen vereinbart werden, die keinen Vertrag zum verkürzten Versorgungsweg geschlossen haben.“
- h. Im Schreiben des [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] vom 08.10.2009 über eine Verhandlungsrunde vom 29.09.2009 (Beweismittelordner Band 3, S. 449) wird der Beteiligten vorgehalten, dass die in dieser Verhandlungsrunde grundsätzlich konsentierten „Regelungen nur mit den [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] abgeschlossen werden könnten, die einen expliziten Vertragspassus vereinbaren würden, der den Ausschluss von anderweitigen Versorgungsverträgen im Hörhilfenbereich – insbesondere über den rechtlich zulässigen verkürzten Versorgungsweg – bedeuten würden“; gleichermaßen in einer E-Mail vom 09. September 2009 (Beweismittelordner Band 3, S. 458).
- i. Im Aktenvermerk vom 03.10.2009 (Beweismittelordner Band 3, S. 453 f.) wird festgehalten, dass den [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] im Gespräch vom 29.09.2009 nochmals erläutert wurde, warum die abgesenkten Preise nicht allen [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] angeboten werden könnten. Trotz Darstellung der Situation sei es nicht gelungen, die betroffenen [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] zu animieren, von Ihren Verträgen zum verkürzten Versorgungsweg Abstand zu nehmen.
- j. Im Protokoll der Vorstandstelefonkonferenz der Beteiligten vom 02.11.2009, TOP 4, [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] (Beweismittelordner Band 2, S. 269), wird der Entwurf eines Antwortschreibens zu dem Schreiben des [...] Bundesverbandes vom 08.10.2009 (Beweismittelordner Band 1, S. 5) diskutiert. „Der Vorstand beschließt, dass bei [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart], die keinen Vertrag zum verkürzten Versorgungsweg geschlossen haben, auf die Klausel „Sonderkündigungsrecht“ verzichtet wird. Bei [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart], welche Verträge zum verkürzten Versorgungsweg abgeschlossen haben, soll bis auf weiteres kein Vertrag geschlossen werden.“ (Hervorhebungen im Original).
- k. In dem Antwortschreiben der Beteiligten (Beweismittelordner Band 1, S. 14 f.) auf das Schreiben des [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] vom 08.10.2009 wird an mehreren Stellen die ablehnende Haltung der Beteiligten gegenüber Verträgen über den verkürzten Versorgungsweg deutlich gemacht. Insbesondere wird in

den Absätzen 3 bis 5 festgehalten:

„Richtigerweise stellen Sie fest, dass wir mit unserem Angebot an den [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] und dessen Mitglieder insbesondere mit den Leistungsargumenten „Preis und Qualität“ den verkürzten Versorgungsweg für Sie und Ihre Versicherten unattraktiv gestalten wollen.

Daher werden in den Verträgen mit [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] keine Formulierungen enthalten sein, die eine Bedingung zum verkürzten Versorgungsweg fordern. Damit wollen wir unser gegenseitiges Vertrauen in die [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] stärken, die derzeit keine Verträge zum verkürzten Versorgungsweg haben.

Wie schon in der Vergangenheit auch, haben sich nicht alle [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] einheitlich zu unseren Vertragsangeboten positiv entschieden. Wir würden uns allerdings freuen, wenn sich möglichst alle [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] für den traditionellen Versorgungsweg entscheiden könnten und somit den Leistungsargumenten „Preis und Qualität“ Vorfahrt gewähren!“

- i. Mit Schreiben vom 06.11.2009 (Beweismittelordner Band 1, S. 11), basierend auf einem Aktenvermerk vom gleichen Tag, der die diesbezügliche verbandsinterne Abstimmung dokumentiert (Beweismittelordner Band 1, S. 18 f.) teilt die Beteiligte der [Krankenkasse D] mit, dass sie auf eine Vertragsklausel aus einer am 15.07.2009 in Kraft getretenen Nachtragsvereinbarung (Beweismittelordner Band 1, S. 20 ff.) verzichte, da die [Krankenkasse D] mitgeteilt habe, dass sie keinen Vertrag im Rahmen des verkürzten Versorgungsweges geschlossen habe und auch nicht plane, derartige Verträge abzuschließen. Die benannte Klausel knüpft eine Preisvereinbarung an die Bedingung, „dass die [Krankenkasse D] keine Verträge über eine Versorgung im sog. verkürzten Versorgungsweg schließt.“
- m. Aus der Anlage „Vertragsverhandlungsstand [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] 26. November 2009“ (Beweismittelordner Band 1, S. 130/143) zum Aktenvermerk vom 01.12.2009 geht hervor, dass Vertragsverhandlungen über ermäßigte Preise bis zu diesem Zeitpunkt nur mit [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] geführt wurden, die keinen „vV-Vertrag“ hatten bzw. bei denen dies ausgeschlossen werden konnte.
- n. Aus dem Protokoll der Vorstandstelefonkonferenz der Beteiligten vom 09.12.2009, TOP 4, [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] (Beweismittelordner Band 2, S. 254 ff., insb. S. 256), geht hervor dass die Beteiligte Preisreduktionen allen [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] anbiete, soweit die [Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] sich verpflichte, keine weiteren Verträge mit Anbietern des verkürzten Versorgungsweges zu schließen. Bestehende Verträge könnten allerdings bestehen bleiben.

Diese Kompromissformel wurde notwendig, nachdem der [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] damit gedroht hatte, die bestehende Vereinbarung zu kündigen, wenn die Beteiligte auf ihrer Verhandlungsposition beharre.

- o. Im Schreiben an den [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] vom 16. Dezember 2009 (Beweismittelordner Band 3, S. 522) wird durch die Beteiligte dargestellt, dass Einigkeit darin bestehe, dass der verkürzte Versorgungsweg „nicht durch weitere Vertragsabschlüsse ausgebaut wird“. Gleichzeitig wird eine Ergänzungsvereinbarung mit einer knapp 10%igen Preisreduktion in Aussicht gestellt. Dies ergibt sich auch aus der E-Mail des Hauptgeschäftsführers der Beteiligten vom 16. Dezember 2009 an verschiedene Vorstandsmitglieder (Beweismittelordner Band 3, S. 518 f.).
- p. In der Präambel der mit Schreiben des [Verband 2 der Krankenkassen einer bestimmten Kassenart] vom 03.03.2010 an die Beteiligte übermittelten Zusatzvereinbarung vom 01.04.2010 (Beweismittelordner Band 3, S. 469 f.) zum Vertrag vom 31.03.2007 über die Hörhilfenversorgung wird festgehalten, dass „[d]ie Vertragsparteien [...] davon aus[gehen], dass die Hörgeräteversorgung unter Mitwirkung von HNO-Ärzten nach § 128 Abs. 4 SGB V stagniert und sich zukünftig rückläufig entwickeln wird. *Daneben* wird mit der Absenkung der Vertragspreise das Ziel der Ausgabenstabilisierung verfolgt.“ (Hervorhebung durch die Beschlussabteilung).
- q. Weitere Vertragsentwürfe (Beweismittelordner Band 3, S. 523 ff., 535 ff., 543 ff., 550 ff.), die ein Sonderkündigungsrecht für den Fall enthalten, dass die jeweiligen Krankenkassen weitere Versorgungsverträge oder Verträge über die Versorgung im verkürzten Versorgungsweg abschließen, liegen ebenfalls vor. Die Vertragsentwürfe dokumentieren die Absicht der BIHA zu einem bundesweiten Vorgehen.

III. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

a) Verstoß gegen das europäische Kartellrecht

aa. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts

- (23) Das europäische Kartellrecht ist im vorliegenden Fall anwendbar, denn das wettbewerbsbeschränkende Verhalten der Beteiligten ist geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen.
- (24) Die maßgeblichen Beschlüsse der Beteiligten beziehen sich auf Verträge und Vertragsverhandlungen mit Krankenkassen, deren Tätigkeitsgebiet sich jeweils auf unterschiedliche Regionen der Bundesrepublik erstreckt. Obwohl mit den AOKen auch regionale Krankenkassen betroffen sind, ist von einer bundesweiten Wirkung auszugehen. Aufgrund der

nahezu sinngleichen Regelungen in den unter den Randnummern (6) bis (8) dargestellten Verträgen ist erkennbar, dass aufgrund interner Entscheidungen der Beteiligten routinemäßig und flächendeckend Sonderkonditionen nur bei Verzicht auf Konkurrentenverträge gewährt werden sollten. Die Vereinbarung mit drei Krankenkassen in unterschiedlichen Regionen macht bereits deutlich, dass eine Geltung derartiger Regelungen im gesamten Bundesgebiet seitens der Beteiligten beabsichtigt war. Insoweit ist ersichtlich, dass das Verhalten der Beteiligten jedenfalls dem Ziel einer bundesweiten Wirkung folgt.

- (25) Dies ergibt sich weiterhin aus Dokumenten zu Vertragsverhandlungen der Beteiligten mit anderen, zum Teil auch bundesweit tätigen Krankenkassen. Aus diesen Unterlagen ist zu ersehen, dass die Beteiligte den Verzicht auf den Abschluss weiterer Versorgungsverträge zur Voraussetzung für einen Vertragsschluss oder für die Vereinbarung von Sonderkonditionen gemacht hat. Insbesondere wurden umfassende Verhandlungen mit dem [...] Bundesverband als Vertreter aller regional tätigen [...] geführt. Auch im Rahmen dieser auf Bundesebene geführten Verhandlungen wurden Preissenkungen an die Bedingung geknüpft, auf den Abschluss von weiteren Versorgungsverträgen – insbesondere solchen über den verkürzten Versorgungsweg – zu verzichten.
- (26) Da das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist, reicht es für die Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel aus, wenn potentielle Anbieter von einem grenzüberschreitenden Angebot im Binnenmarkt abgehalten werden, oder wenn der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten auf vorgelagerten Märkten betroffen ist. Hiervon ist vorliegend auszugehen. Wichtige Produzenten von Hörgeräten sowie von Vorprodukten haben ihre Standorte im europäischen Ausland, insbesondere in Dänemark (z.B. GN Resound, Oticon, Hearing Instruments Manufacturers Software Association) und Spanien (GAES). In geringem Umfang wurden Hörgeräte auch über im benachbarten Ausland ansässige Zwischenhändler bezogen (Siemens).

bb. Verstoß gegen Art. 101 AEUV

- (27) Die Beteiligte hat als Unternehmensvereinigung Beschlüsse gefasst, mit dem Inhalt, im Rahmen von Vertragsverhandlungen günstigere Erstattungspreise mit Krankenkassen zu vereinbaren, wenn sie erklären, dass sie auf den Abschluss von Konkurrentenverträgen verzichten. In drei Fällen sind auf der Basis dieser Beschlüsse vertraglich die in den Randnummern (6) bis (8) dargestellten Inhalte fixiert worden. Ziel war dabei eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Anbieter des verkürzten Versorgungswegs. Die Beschlussfassung der BIHA erfüllt den Verbotstatbestand des Art. 101 AEUV, wonach Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mit-

gliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken, verboten sind.

i. Die Beteiligte ist eine Unternehmensvereinigung

- (28) Die Beteiligte ist als Interessenvertretung deutscher Hörgeräteakustiker eine Unternehmensvereinigung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV.³ Ihre Mitglieder, die Hörgeräteakustiker, sind Unternehmen, die hauptsächlich Hörgeräte und diesbezügliche Dienstleistungen als private Unternehmen an Patienten mit Schwerhörigkeit (Hypakusis) vertreiben. Sie üben damit eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, die privaten Unternehmen im Wettbewerb offen steht.
- (29) Vom Kartellverbot erfasst werden auch Fälle, in denen es Vereinigungen auch ohne eigenen Geschäftsbetrieb möglich ist, fremde unternehmerische Tätigkeit zu beeinflussen. Die Beteiligte weist ein Maß an gemeinschaftlicher Organisation auf, aus dem sich die Möglichkeit ergibt, direkten Einfluss auf die wirtschaftliche Betätigung der Mitglieder der Vereinigung zu nehmen und deren (unternehmerische) Interessen zu bündeln. Allerdings kommt es nicht zwingend darauf an, dass es sich um die Tätigkeit der Mitglieder handelt; es reicht, wenn die Tätigkeit Dritter im Interesse der Mitglieder beeinflusst wird.
- (30) So liegt der Fall hier. Die Beteiligte schließt im Interesse ihrer im Wettbewerb um die Patienten stehenden Mitgliedsunternehmen Versorgungsverträge nach § 127 SGB V mit den Krankenkassen als Kostenträger ab. Sie handelt damit nicht im eigenen wirtschaftlichen Interesse sondern im Interesse ihrer Mitglieder. In den Verträgen werden Vergütungen für die von den Mitgliedsunternehmen der Beteiligten erbrachten Leistungen vereinbart. Damit nimmt die Beteiligte erheblichen Einfluss auf die Betätigung ihrer Mitglieder und bündelt zugleich deren Interessen in den Verhandlungen mit den Krankenkassen. Durch das Angebot und den Abschluss von „Rabatten“ im Gegenzug für nicht abgeschlossene Konkurrenzverträge⁴ nimmt die Beteiligte weiterhin erheblich Einfluss auf die wettbewerblichen Möglichkeiten der mit den durch die Beteiligte vertretenen Hörgeräteakustikern konkurrierenden Unternehmen.

ii. Beschluss einer Unternehmensvereinigung

- (31) Die Beteiligte hat als Unternehmensvereinigung einen kartellrechtlich unzulässigen Beschluss gefasst mit dem Inhalt, im Vergleich zu älteren Verträgen nach § 127 SGB V günstigere Erstattungspreise für die zuzahlungsfreie Versorgung mit Hörgeräten und für diesbezügliche Reparaturpauschalen nur mit denjenigen Krankenkassen zu vereinbaren,

³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.05.2011, VI-Kart 7/10 (V), Umdruck S. 12

⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.05.2011, VI-Kart 7/10 (V), Umdruck S. 7

die auf den Abschluss weiterer Versorgungsverträge mit anderen Anbietern, insbesondere über die Versorgung im nach § 128 SGB V zulässigen verkürzten Versorgungsweg, verzichten bzw. solche Verträge nicht abgeschlossen haben. Für den Fall, dass dennoch weitere Verträge geschlossen würden, sollten der Beteiligten Sonderkündigungsrechte eingeräumt werden. Insbesondere bezüglich einzelner AOKen wurde beschlossen, unabhängig von der Höhe des Erstattungspreises keine Vertragsverhandlungen aufzunehmen, soweit Verträge über den verkürzten Versorgungsweg bestünden.

- (32) Unter Beschlüssen sind alle Rechtsakte zu verstehen, durch die eine Unternehmensvereinigung ihren Willen bildet.⁵ Auf das Verfahren der Willensbildung und die rechtliche Qualifizierung kommt es dabei nicht an. Die Unternehmensvereinigung muss sich auch faktische Handlungen ihrer Organe, von Organmitgliedern oder sonstigen Vertretern zurechnen lassen, wobei es wegen der Gleichstellung von rechtsgeschäftlichem und tatsächlichem Handeln nicht darauf ankommt, ob die Organe die Grenzen ihrer Befugnisse beachtet oder überschritten haben.⁶ Es ist unerheblich, ob die Beschlüsse entsprechend den üblichen Entscheidungsprozessen der Vereinigung gefasst wurden oder ob sie den Aufgaben und Zuständigkeiten, die der Vereinigung durch ihre Satzung zugestanden werden, unterfallen, solange der Beschluss den Willen der Vereinigung zum Ausdruck bringt, das Verhalten der Mitglieder zu koordinieren.⁷ Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz zufolge stellt eine Vereinbarung im Rahmen einer Unternehmensvereinigung auch dann einen Beschluss i.S.v. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt: Art. 101 Abs. 1 AEUV) dar, wenn sie nicht als förmlicher Beschluss eines Organs einer Vereinigung ergangen ist, aber die Vereinbarung im Rahmen der Tätigkeiten der Vereinigung getroffen wurde, die selbst in Einklang mit der satzungsgemäßen Aufgabe die Verantwortung für die Ausführung übernimmt.⁸
- (33) Demnach ist es unerheblich, ob dem Abschluss der Versorgungsverträge ein förmlicher Beschluss der Beteiligten bzw. ihrer Gremien zu Grunde liegt, Krankenkassen weitere Sonderkonditionen nur dann zu gewähren, wenn gewährleistet wird, dass keine Versorgungsverträge auf dem verkürzten Versorgungsweg oder mit anderen Wettbewerbern geschlossen werden. Aus der ähnlichen Gestaltung der als problematisch eingestuften Vertragsklauseln in den drei der Beschlussabteilung vorliegenden Verträgen und aus den zu den weiteren Verhandlungen vorliegenden Dokumenten ist zu schließen, dass zuvor eine interne Koordinierung seitens der Beteiligten stattgefunden hat. So lassen sich die zahl-

⁵ Emmerich in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Art. 81 Abs. 1, Rn. 89.

⁶ Schröter in: *Schröter, Jakob, Mederer (Hrsg.)*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 81 EG, Rn. 81 f.

⁷ BGH, WuW/E DE-R 2408/2413 – *Lottoblock*, Rn. 27, 39; *Gippini-Fournier/Mojzesowicz* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht Bd. 1, Europäisches Recht, 2. Aufl., Art. 81 Abs. 1 EG, Rn. 103

reichen Schreiben der Beteiligten vom März und April 2009 nur vor dem Hintergrund einer zuvor erfolgten Abstimmung (oder eines Beschlusses) verstehen. In welchem Verfahren diese Willensbildung stattgefunden hat und wie sie letztlich rechtlich zu qualifizieren ist, ist hingegen nicht erheblich.⁹

- (34) Jedenfalls in einem Fall ist darüber hinaus ein förmlicher Beschluss dokumentiert. Auf der Vorstandstelekonferenz der Beteiligten vom 02.11.2009 wurde im Protokoll unter TOP 4 festgehalten: „Der Vorstand *beschließt*, dass bei AOK'en, die keinen Vertrag zum verkürzten Versorgungsweg geschlossen haben, auf die Klausel „Sonderkündigungsrecht“ verzichtet wird. Bei AOK'en, welche Verträge zum verkürzten Versorgungsweg abgeschlossen haben, soll bis auf weiteres kein Vertrag geschlossen werden.“ (Kursiv durch die Beschlussabteilung, Unterstreichungen im Original).

iii. Bezweckte und bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

- (35) Die Beschlüsse der Beteiligten bezweckten eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Hörgeräteakustikern und den im verkürzten Versorgungsweg tätigen Anbietern und haben diese Beschränkung auch bewirkt.
- (36) Betroffen ist sachlich der Markt für den Absatz von Hörgeräten an Endkunden. Die Absatzmärkte sind räumlich grundsätzlich regional abzugrenzen; da die Rahmenverträge über die Versorgung mit Hörgeräten zwischen überregional und bundesweit tätigen Krankenkassen und der ebenfalls bundesweit agierenden Beteiligten abgeschlossen werden, wirken sich die Beschlüsse gleichermaßen im gesamten Bundesgebiet aus, sodass sich eine weitere regionale Betrachtung erübrigt.
- (37) Die Leistungserbringer in der Versorgung mit Hörhilfen, namentlich Hörgeräteakustiker in niedergelassenen Betrieben und im verkürzten Versorgungsweg tätige Anbieter von Hörgeräten, stehen in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander bei der Versorgung von Patienten mit Hörgeräten und diesbezüglichen Dienstleistungen. Im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung („GKV“) ist die Teilnahme an der Versorgung der Patienten nur zulässig, wenn der Leistungserbringer (oder eine Gruppe von Leistungserbringern) einen Vertrag gemäß § 127 SGB V geschlossen hat. Der Vertrieb über den verkürzten Versorgungsweg unterliegt darüber hinaus den Beschränkungen des § 128 SGB V.
- (38) Die Beteiligte schließt aufgrund vorangehender interner Entscheidungen als Unternehmensvereinigung der Hörgeräteakustiker in Deutschland Rahmenverträge über die Ver-

⁸ EuG, Rs. T-135/94, Slg. II-263, 275 (Rn. 117) – *Eurofer*

⁹ vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold*, *GWB*, 6. Auflage 2010, § 1 Rn. 17

sorgung mit Hörgeräten mit den Krankenkassen. Aus den der Beschlussabteilung vorliegenden Verträgen der Beteiligten mit den Krankenkassen sowie aus Dokumenten zu weiteren Vertragsverhandlungen ergibt sich, dass die Beteiligte den Krankenkassen im Vergleich zu vorangegangenen Vereinbarungen günstigere Preise für die zuzahlungsfreie Abgabe von Hörhilfen sowie diesbezüglicher Reparaturpauschalen anbot. Diese Regelung wird von einer Klausel flankiert, die der Beteiligten die Möglichkeit zur Kündigung einräumt, wenn die Krankenkasse anderweitige Verträge zur Versorgung mit Hörhilfen (AOK Plus) bzw. zur Versorgung von Versicherten mit Hörhilfen mit anderen Versorgungsmodellen, namentlich der Versorgung im verkürzten Versorgungsweg abschließt (IKK Nordrhein, AOK Niedersachsen). Im Falle der Kündigung sollen die alten (höheren) Vergütungen an die Stelle der vergünstigten Preise treten. Mit anderen Krankenkassen wurden keine Verträge mit günstigeren Konditionen geschlossen, da diese bereits weitere Verträge im Rahmen des verkürzten Versorgungsweges abgeschlossen hatten. Schließlich wurde ermittelt, dass Verträge ohne Sonderkündigungsrechte geschlossen wurden, unter der Voraussetzung, dass die Krankenkassen keine (weiteren) Verträge über die Versorgung im verkürzten Versorgungsweg schließen.

- (39) Den Krankenkassen wurden also gegen den Verzicht auf Konkurrenzverträge Vorteile dafür angeboten und eingeräumt, dass sie keine Hörgeräte mehr erstatten, die nicht im Rahmen des Versorgungsvertrags mit der BIHA abgegeben werden bzw. Nachteile (in Form des Verlustes der Vergünstigung) für den Fall in Aussicht gestellt, dass sie weitere Verträge – insbesondere über die Versorgung im verkürzten Versorgungswege – abschließen. Dies zielte darauf, die Krankenkassen dazu zu veranlassen, keine Versorgungsverträge mit den Wettbewerbern der in der Beteiligten zusammen geschlossenen niedergelassenen Hörgeräteakustiker abzuschließen und diese vom Hörgeräte-Absatz im Rahmen der GKV ausschließen oder jedenfalls zu beschränken.¹⁰
- (40) Durch die von der Beteiligten als Unternehmensvereinigung angebotenen und beschlossenen Vertragsbedingungen wurden die in Konkurrenz zu den Hörgeräteakustikern auftretenden Anbieter in ihren wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten beschränkt. Dabei wurde auch eine erhebliche Einschränkung der wettbewerblichen Möglichkeiten für die Anbieter im verkürzten Versorgungsweg bewirkt. Denn diese sind darauf angewiesen, dass die Krankenkassen mit ihnen Verträge schließen, da sie anderenfalls ihre Leistungen nicht über diesen, im Rahmen des § 128 SGB V zulässigen Vertriebswegs anbieten können. Flächendeckend etabliert würden die entsprechenden Klauseln das Angebot über den verkürzten Versorgungsweg ausschließen oder jedenfalls erheblich erschweren.

¹⁰ hierzu siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.05.2011, VI-Kart 7/10, Umdruck S. 12

- (41) Die beschlossenen Vergünstigungen für die Krankenkassen waren auch geeignet, den Wettbewerb spürbar, d.h. praktisch ins Gewicht fallend, zu beeinträchtigen. Die Beschlüsse der BIHA zielten darauf ab, den ohnehin begrenzten Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Hörgeräte durch Anbieter des verkürzten Versorgungsweges auszuschalten, jedenfalls aber zu beschränken. Ob die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung auch tatsächlich eingetreten ist, oder ob sie eintreten konnte, ist für die Verwirklichung des Verbotstatbestandes des Art. 101 AEUV unerheblich.¹¹
- (42) Den Versorgungsverträgen sowie den vorgeschalteten Vertragsverhandlungen liegt demnach ein Beschluss der Beteiligten als Unternehmensvereinigung der Hörgeräteakustiker zugrunde, der eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung nicht nur bezweckt, sondern auch bewirkt hat. Derartige Beschlüsse sind nach Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten.

iv. Keine Freistellung

- (43) Die oben dargestellten wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen sind nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt.
- (44) Eine Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes durch die Gewährung von Sonderkonditionen im Gegenzug zum Verzicht auf Konkurrenzverträge durch die Krankenkassen sind nicht erkennbar. Vielmehr wird es den Nachfragern erschwert, Hörgeräte von anderen Anbietern und über alternative Vertriebswege zu beziehen. Die Angebotsvielfalt und die Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Vertriebswegen werden damit begrenzt. Ebenso sind keine Rationalisierungspotentiale durch den Ausschluss weiterer Anbieter und – legaler – alternativer Vertriebswege ersichtlich.
- (45) Der vereinbarte, günstigere Erstattungspreis bezieht sich auf die zuzahlungsfreie Versorgung mit Hörgeräten. Durch die zuzahlungsfreie Versorgung wird die medizinisch notwendige Versorgung aller Versicherten mit Hörgeräten ungeachtet der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Versicherten sichergestellt. Aus Sicht der Patienten, die zuzahlungsfreie Versorgung nachfragen, wirkt sich die Vereinbarung also nicht unmittelbar aus. Es ist daher nicht erkennbar, wie Verbraucher an den Ergebnissen der Wettbewerbsbeschränkung angemessen partizipieren könnten.
- (46) Auch wird nicht deutlich, warum der Ausschluss weiterer Versorgungsverträge für die Preissenkung den Krankenkassen gegenüber unerlässlich ist. Soweit die Zielsetzung der

¹¹ vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.05.2011, VI-Kart 7/10, Umdruck S. 12 f.

Beteiligten das Angebot von gegenüber dem verkürzten Versorgungsweg attraktiveren Preisen und Qualität ist (vgl. RN 13 lit. k), handelt es sich um eine wettbewerbstypische Zielsetzung, die gerade nicht den Ausschluss von Wettbewerbern erfordert. Hingegen könnten die von der Beteiligten beschlossenen Vertragsbedingungen Möglichkeiten eröffnen, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Versorgung mit Hörgeräten auszuscalten, was eine Freistellung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 lit. b) AEUV ausschließt.

cc. Verstoß gegen Art. 102 AEUV

- (47) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist weiter die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Art. 102 AEUV).
- (48) Die von der Beteiligten geforderten Vertragsbedingungen stellen auch einen Missbrauch der gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der Hörgeräteakustiker bei der Versorgung mit Hörgeräten im Sinne des Art. 102 AEUV dar. Der AOK Plus, der AOK Niedersachsen sowie der IKK Nordrhein wurden von der Beteiligten mit Wirkung für alle in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker Sonderkonditionen unter der Voraussetzung eingeräumt, dass auf den Abschluss von Konkurrenzverträgen verzichtet wird. In den Vertragsverhandlungen mit anderen Krankenkassen wurde ebenfalls auf den Verzicht auf Konkurrenzverträge, insbesondere im verkürzten Versorgungsweg, gedrungen. Hierdurch wurde der Wettbewerb am Markt für den Absatz von Hörgeräten an Endkunden ohne sachlichen Grund erheblich beeinträchtigt.
- (49) Die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen im Sinne des Art. 102 AEUV ist verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

i. Gemeinsame Marktbeherrschung

- (50) Voraussetzung für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben ist nach Art. 102 AEUV, dass die betreffenden Unternehmen zusammen gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern auf einem bestimmten Markt eine kollektive Einheit darstellen. Wird dies bejaht, ist zu prüfen, ob diese kollektive Einheit eine beherrschende Stellung einnimmt, die sie missbraucht. Dabei kommt es darauf an, ob es zwischen den betreffenden Unternehmen wirtschaftliche Bindungen gibt, die es ihnen erlauben, gemeinsam un-

abhängig von ihren Konkurrenten, ihren Abnehmern und den Verbrauchern zu handeln. Der bloße Umstand, dass zwei oder mehrere Unternehmen durch eine Vereinbarung, einen Beschluss von Unternehmensvereinigungen oder eine abgestimmte Verhaltensweise miteinander verbunden sind, kann für sich genommen keine ausreichende Grundlage für eine solche Feststellung sein. Dagegen kann die Durchführung einer Vereinbarung oder eines Beschlusses dazu führen, dass sich die betreffenden Unternehmen hinsichtlich ihres Marktverhaltens so gebunden haben, dass sie gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern als kollektive Einheit auftreten.¹²

- (51) Die in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker verfügen über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung beim Absatz von Hörgeräten im Rahmen der GKV. In den Versorgungsverträgen nach § 127 SGB V werden für alle Mitglieder der Beteiligten einheitlich die Erstattungsbeträge der Krankenkassen unter anderem für zuzahlungsfreie Hörgeräte geregelt, die an gesetzlich krankenversicherte Patienten abgegeben werden. Ferner werden einheitliche Qualitätsstandards für alle in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker vereinbart.
- (52) Der für die in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker bindende kollektive Vertragsschluss ist durch § 127 SGB V legitimiert. Gegenüber den Krankenkassen oder deren Verbänden als Vertragspartnern treten die in der Beteiligten organisierten Hörgeräteakustiker daher durch die Beteiligte als kollektive Einheit auf. Durch die gemeinsame Preisvereinbarung besteht auch zwischen den in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustikern kein wesentlicher Wettbewerb um die Abgabe insbesondere zuzahlungsfreier Hörgeräte an gesetzlich versicherte Patienten.
- (53) Wesentlicher Außenwettbewerb besteht ebenfalls nicht. Die Beteiligte als Dachverband der Hörgeräteakustiker in Deutschland repräsentierte vor dem 01.04.2009 nach Umsätzen bundesweit einen Marktanteil in der Hörgeräteversorgung von über 90 %. Die neben den in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker einzigen bekannten weiteren Anbieter im Markt sind zwei Unternehmen, die als Leistungserbringer hauptsächlich im verkürzten Versorgungsweg nach § 128 SGB V tätig waren und im Jahre 2008 nach eigenen Angaben Marktanteile von 5 % und 3 % erzielten. Die Umsätze und die Marktanteile der auf dem verkürzten Versorgungsweg tätigen Unternehmen sind mittlerweile deutlich zurückgegangen. Eines dieser beiden Unternehmen ist inzwischen aus dem deutschen Markt ausgeschieden.

¹² EuGH, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Urt. v. 16.03.2000, Rn. 39, 42 ff. – *Compagnie maritime belge*

- (54) Voraussetzung für die Versorgung von Versicherten mit Hörgeräten ist ein Vertrag nach § 127 SGB V. Ein Verzicht auf einen Rahmenvertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V mit der Beteiligten zu Gunsten eines Vertrages zum verkürzten Versorgungsweg hätte aufgrund der bislang fehlenden Flächendeckung dieses Versorgungswegs für die Krankenkassen zur Folge, dass sie administrativ aufwändigere Einzelvereinbarungen nach § 127 Abs. 3 SGB V mit den jeweils im Einzelfall versorgenden Hörgeräteakustikern schließen müsste. Eine wirtschaftliche flächendeckende Versorgung der Versicherten mit Hörgeräten ist den Krankenkassen daher nur möglich, soweit ein diesbezüglicher Rahmenvertrag mit der Beteiligten geschlossen wurde. Bereits eine geringe Reduktion der Erstattungspreise im Vertrag mit der Beteiligten würde aufgrund der hohen Anzahl der Erstattungen für Hörgeräte außerdem so stark ins Gewicht fallen, dass die Krankenkassen auf diesen wirtschaftlichen Vorteil auch wegen des Gebots der Wirtschaftlichkeit nach § 12 Abs. 1 SGB V nicht verzichten dürften.
- (55) In Folge des Abschlusses der Versorgungsverträge ist es den Patienten als unmittelbaren Nachfragern nur möglich, Hörgeräte von den Leistungserbringern zu beziehen, die mit ihrer jeweiligen Krankenkasse einen Vertrag geschlossen haben. Das gilt für die Versicherten sowohl von bundesweit als auch regional geöffneten Krankenkassen wie der AOK Plus, der AOK Niedersachsen und der IKK Rheinland.
- (56) Die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV sind aufgrund der hohen Marktanteile der in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker und des hohen Abhängigkeitsgrades der Krankenkassen erfüllt.

ii. Missbräuchliches Verhalten

- (57) Die in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker haben ihre gemeinsame marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV missbraucht, indem sie gemeinsam bzw. als kollektive Einheit repräsentiert durch die Beteiligte durch Abweichung von den Mitteln eines normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs¹³ den Wettbewerb behindert und zum Schaden für den Verbraucher den Absatz von Hörgeräten über den Vertriebsweg der verkürzten Versorgung eingeschränkt haben.
- (58) Die Verhandlungsstrategie der Hörgeräteakustiker, nur Verträge mit den im Vergleich zu bisherigen Preisvereinbarungen günstigeren Erstattungspreisen für diejenigen Krankenkassen abzuschließen, die den Verzicht auf den Abschluss weiterer Versorgungsverträge erklärten, beeinträchtigte die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Marktteilnehmer, haupt-

¹³ Vgl. *Bechtold* in: *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 82 EG, Rn. 36 und die dort zitierten Urteile.

sächlich der auf dem verkürzten Versorgungsweg tätigen Anbieter von Hörgeräten. Diese Anbieter bedurften zum Verkauf von Hörgeräten im Rahmen der GKV der Verträge mit Krankenkassen, die diese aber aufgrund der Vereinbarungen mit der Beteiligten nicht abzuschließen bereit waren.

- (59) Die Hörgeräteakustiker haben gemeinsam über die Beteiligte die Krankenkassen als Abnehmerdisponenten für die gesetzlich versicherten Patienten dazu bewogen, nicht von Dritten zu beziehen, dies jedenfalls im Rahmen der Vertragsverhandlungen bezweckt. Die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten folgt aus dem Verzicht der Krankenkassen als mittelbare Nachfrager auf Konkurrentenverträge zur Erfüllung der Voraussetzung für die von der Beteiligte angebotenen Sonderkonditionen. Sie richten sich gegen die Wettbewerber der in der beteiligten zusammen geschlossenen Hörgeräteakustiker und bezogen sich nicht auf Parameter des Leistungswettbewerbs, wie eine verbesserte Qualität oder die Weitergabe von Kostenvorteilen und stellten damit eine Maßnahme des Nichtleistungswettbewerbs dar.
- (60) Im vorliegenden Fall wurden folglich Mittel des Nichtleistungswettbewerbs ergriffen, die nur aufgrund der gemeinsamen Handlungsmöglichkeiten beim Abschluss von Versorgungsverträgen nach § 127 SGB V über die Beteiligte möglich waren. Die in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker haben im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit den Krankenkassen nicht allein die Wettbewerbsparameter Preis und Qualität als Instrument eingesetzt. Sie haben vielmehr in der Absicht, Anbieter eines alternativen Vertriebsweges in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten zu behindern, günstigere Erstattungspreise an den Verzicht auf Konkurrenzverträge seitens der Krankenkassen gekoppelt. Eine derartige Verhandlungsstrategie kann aber nur zum Erfolg führen, wenn auf Seiten der Vertragspartner eine hinreichend hohe Notwendigkeit zum Vertragsabschluss besteht.
- (61) Die Wettbewerbsbeschränkung war auch nicht sachlich gerechtfertigt, da sie nicht erforderlich gewesen wäre, um den Krankenkassen den in den Vertragsverhandlungen angebotenen günstigeren Erstattungspreis zu gewähren. Eine Feststellung der Nichtanwendbarkeit im Sinne des Art. 10 Satz 2 VO 1/2003 kommt somit nicht in Betracht.

b) Verstoß gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

- (62) Gemäß § 22 GWB sind die Vorschriften des GWB auch auf Verstöße gegen Art. 101, 102 AEUV anwendbar, soweit diese gleichzeitig angewendet werden. Ungeachtet dessen verstößt die Beteiligte als Unternehmensvereinigung bzw. in Vertretung der in ihr zusammen geschlossenen Hörgeräteakustiker gegen § 1, sowie §§ 19, 20 GWB.

aa. Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts

- (63) Die Anwendbarkeit von §§ 1, 19, 20 GWB ist im vorliegenden Falle weder durch § 69 SGB V in seiner Fassung des Jahres 2010 (im Folgenden: SGB V 2010) noch in der aktuellen Fassung ausgeschlossen. Nach § 69 Abs. 1 SGB V 2010 regelt das Vierte Kapitel des SGB V abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern. Für diese Rechtsbeziehungen gelten seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG) vom 22.12.2010¹⁴ nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V insbesondere die Vorschriften der §§ 1, 2, 3 Abs. 1, §§ 19, 20, 21, 32 GWB entsprechend. Zuvor regelte § 69 Abs. 2 SGB V 2010, dass auf diese Rechtsbeziehungen nur die §§ 19 bis 21 GWB entsprechend anwendbar sind. Ausgenommen wurden solche Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder ihre Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt.
- (64) Der Beschluss der Beteiligten, den Krankenkassen einen günstigeren Erstattungspreis einzuräumen, wenn sie mit keinem weiteren Hörgeräte-Anbieter einen Versorgungsvertrag schließen, wird nicht durch das SGB V von der Geltung des GWB ausgeschlossen, weder durch § 69 Abs. 1 SGB V 2010 noch durch die insoweit unveränderte Fassung des § 69 Abs. 1 SGB V nach Inkrafttreten des AMNOG.
- (65) Von der Ausnahmeregelung des § 69 Abs. 1 SGB V 2010 sind ausschließlich die Leistungsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern bzw. Handlungen der Krankenkassen und Leistungserbringer in Erfüllung ihres sozialrechtlichen Versorgungsauftrages erfasst, nicht aber die Rechtsbeziehungen der Leistungserbringer untereinander.¹⁵ Nicht erfasst werden daher Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen der Wettbewerber untereinander, Beschlüsse von Vereinigungen von Leistungserbringern sowie Marktmachtmissbrauch und Behinderung gegenüber Wettbewerbern, die das Horizontalverhältnis der Wettbewerber untereinander betreffen.
- (66) Als Ausnahmeregelung ist § 69 Abs. 1 SGB V restriktiv anzuwenden. Sie soll allein den Besonderheiten der GKV gerecht werden. Diese Besonderheiten bestehen für den hier vorliegenden Fall der internen Beschlüsse der Beteiligten gerade nicht, weil diese sich auf die Beziehungen der in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker zu deren Wettbewerber beziehen. Die Beschlüsse zielten darauf, die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse der Hörgeräteakustiker zugunsten der in der Beteiligten zusammengeschlossenen Anbieter zu beeinflussen und bewirkten eine solche Beeinflussung. Das GWB ist folglich unmittelbar anwendbar.

¹⁴ BGBl. I 2010, S. 2262

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.05.2011, VI-Kart 7/10 (V), Umdruck, S. 10.

(67) Auch eine Verbandskompetenz der Beteiligten, das Horizontalverhältnis der Leistungserbringer untereinander zu regeln besteht nicht. § 127 Abs. 2 SGB V gestattet es der Beteiligten als Leistungserbringerverband lediglich, für ihre Mitglieder einheitliche Versorgungsverträge mit den Krankenkassen abzuschließen, eine Befugnis, darin wettbewerbsbeschränkende Klauseln zum Nachteil konkurrierender Leistungserbringer aufzunehmen, besteht nicht.¹⁶

bb. Verstoß gegen § 1 GWB

(68) Die Beschlüsse der Beteiligten verstoßen gegen § 1 GWB. Sie sind auch nicht freistellungsfähig nach § 2 GWB. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Abschnitt II. a) bb verwiesen.

cc .Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB

i. Gemeinsame Marktbeherrschung

(69) Zwei oder mehr Unternehmen sind gemäß § 19 Abs. 2 GWB marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind bzw. eine im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern überragende Marktstellung haben.

(70) Die in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker sind marktbeherrschend auf dem Markt für den Absatz von Hörgeräten an Endkunden. Ein wesentlicher Preiswettbewerb besteht – jedenfalls hinsichtlich der zuzahlungsfreien Versorgung von GKV-Versicherten – aufgrund der einheitlich im Wege von Rahmenverträgen der Beteiligten mit den Krankenkassen vereinbarten Preise und Details der Versorgung nicht. Mit einem Marktanteil von über 90 % beim Absatz von Hörgeräten an Endkunden verfügen die Hörgeräteakustiker über eine überragende Marktstellung gegenüber ihren Wettbewerbern.

ii. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

(71) Bezüglich der Feststellung des Missbrauchstatbestands wird auf die Ausführungen in Abschnitt II. a) cc verwiesen.

iii. Unbillige Behinderung

¹⁶ OLG Düsseldorf, aaO.

(72) Das Verhalten der Beteiligten ist weiterhin als unbillige Behinderung gemäß § 20 Abs. 4 GWB zu werten. Die nicht durch die Versorgungsverträge der Beteiligten erfassten Anbieter wurden durch das Verhalten der Beteiligten unbillig in ihren Möglichkeiten behindert, ihre Produkte und Leistungen an Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen zu vertreiben, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung vorliegt (s.o.).

IV. Ermessensausübung gemäß § 32 GWB

(73) Die Abstellung der Zuwiderhandlung gegen Art. 101, 102 AEUV und gegen §§ 1, 19, 20 GWB liegt nach § 32 Abs. 1 GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Bei der Ausübung des Ermessens hat sich das Bundeskartellamt nach § 40 VwVfG am Zweck der Befugnis des § 32 GWB zu orientieren, die im öffentlichen Interesse zur Abwehr von Gefahren für die Freiheit des Wettbewerbs dient.¹⁷ Im vorliegenden Fall führt die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Abstellung der Wettbewerbsbeschränkung beim Absatz von Hörgeräten an Patienten mit dem Interesse der Beteiligten an deren Aufrechterhaltung dieser Beschränkung zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Abstellung.

(74) Durch die Verfügung werden der Beteiligten die verbotenen Beschlüsse, günstigere Konditionen nur anzubieten und zu gewähren, wenn im Gegenzug auf den Abschluss rechtmäßiger Versorgungsverträge verzichtet wird, sowie die Umsetzung solcher Beschlüsse untersagt. Voraussetzung für die Abstellungsverfügung ist, dass die Zuwiderhandlung noch begangen wird, jedenfalls aber eine konkrete Wiederholungsgefahr besteht.

(75) Dies ist vorliegend der Fall. Die Beteiligte hat zwar drei Krankenkassen gegenüber, mit denen sie auf der Basis der kartellrechtswidrigen Beschlüsse verbotene Vereinbarungen geschlossen hatte, mit Schreiben vom 27.12.2010 auf die Rechte aus den relevanten Vertragsklauseln verzichtet. Dies lässt die Wiederholungsgefahr aber nicht entfallen.

(76) Der Verzicht auf die Rechte aus drei Vereinbarungen mit Krankenkassen betraf nicht den zu Grunde liegenden verbotenen Beschluss der Beteiligten, sondern allein dessen Umsetzung in drei Fällen. Die kartellrechtswidrigen Beschlüsse wurden nicht zurückgenommen.

(77) Ferner erfolgte der Verzicht erst im Zuge des Angebotes von später wieder zurück genommenen Verpflichtungszusagen, welche die kartellrechtlichen Bedenken im Rahmen einer möglichen Verfügung nach § 32b GWB ausräumen sollten. Bei Abgabe der Verpflichtungszusagen hat die Beteiligte ausdrücklich nicht ihre Rechtsauffassung aufgegeben, zu den verbotenen Vertragsklauseln berechtigt zu sein. Die Beteiligte hat zudem ihr

Zusagenangebot kurz nach der Vorlage wieder zurückgenommen und den Beschluss des Bundeskartellamts zur Einsichtnahme und Prüfung in diesem Verfahren – letztendlich erfolglos – gerichtlich angefochten. Auch wurden den Krankenkassen nach Kenntnis der Beschlussabteilung bis heute keine Gründe für den Verzicht auf die Rechte aus diesen Vertragsklauseln mitgeteilt.

- (78) Die Fortdauer der verbotenen Beschlusslage der Beteiligten und die von ihr weiterhin vertretene Rechtsauffassung zur fehlenden Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die beanstandeten Beschlüsse schließlich zeigt, dass weiterhin von der Gefahr einer Fortführung und Wiederholung des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Beteiligten auszugehen ist. Um eine Wiederholung auszuschließen und die Zuwiderhandlung wirksam abzustellen, bedarf es daher der Untersagung des verbotenen Verhaltens.
- (79) Die Abwägung des öffentlichen Interesses an der Abstellung der Zuwiderhandlungen der Beteiligten mit dem Interesse der Beteiligten an den Beschlüssen und ihrer Durchführung sowie an der weiteren Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt für Hörgeräte führt zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses.
- (80) Für eine Untersagung spricht, dass die beanstandeten Kartellrechtsverstöße die Marktposition der in der Beteiligten organisierten Hörgeräteakustiker im Vertriebsweg über Hörgeräteakustikergeschäfte festigt und Wettbewerber auf dem Vertriebsweg der verkürzten Versorgung in ihren Tätigkeiten beschränkt werden. In Folge dessen kommt es zu einer Beschränkung der Vertriebswege und zu höheren Preisen.¹⁸
- (81) Die Nachfrager können zwar zwischen verschiedenen Hörgeräteakustikern wählen, sind aber im Rahmen der GKV-Versorgung gezwungen, Hörgeräte in den durch die Beteiligte vertretenen Hörgeräteakustikergeschäften zu beziehen, wenn die Krankenkassen keine Verträge über den verkürzten Versorgungsweg geschlossen haben. Die Nachfrager können derzeit nur dann Hörgeräte über den verkürzten Versorgungsweg beziehen, wenn sie auf die Erstattung durch die Krankenkassen verzichten und die Hörgeräte als private Leistung nachfragen. Hierdurch entsteht den Nachfragern regelmäßig ein Verlust in Höhe der Erstattungsleistung für das Hörgerät und für Reparaturpauschalen.
- (82) Die Krankenkassen verhandeln als Nachfragedisponenten der Versicherten Rahmenverträge mit den Leistungserbringern und sind in Folge der Wettbewerbsrechtsverstöße der

¹⁷ BGH WuW/E BGH 2697/2706 – *Golden Toast*

¹⁸ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EG Nr. 2001/C 3, S. 2, Rn. 25

Beteiligten gezwungen, zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrages zu deren Konditionen Verträge abzuschließen.

- (83) Der vorliegende Fall betrifft das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und alle Hörgeräteakustiker, die in der Beteiligten zusammengeschlossen sind. Es existiert daher ein hohes Allgemeininteresse an der Durchsetzung des grundsätzlichen Kartell- und Missbrauchsverbots zum Schutz der Freiheit des Wettbewerbs.
- (84) Bei der Abwägung ist ferner der Umstand zu berücksichtigen, dass der Anbieterwettbewerb zwischen den Hörgeräteakustikern aufgrund der kollektiven Verträge zwischen der Beteiligten und den Krankenkassen jedenfalls hinsichtlich der im Rahmen der Verträge nach § 127 SGB V abgegebenen Hörgeräte kaum entwickelt ist. Die Marktstellung der Hörgeräteakustiker, verbunden mit den Wettbewerbsbeschränkungen durch die Beteiligte, erschwert es den Nachfragern erheblich, aus verschiedenen Angeboten den von ihnen gewünschten Vertriebsweg zu den von ihnen akzeptierten Konditionen und zum günstigsten Preis zu nutzen. Vielmehr können sie regelmäßig nur das Angebot der durch die Beteiligte repräsentierten Hörgeräteakustiker nutzen, so dass in Anbetracht der mit § 32 GWB bezweckten Gefahrenabwehr für die Freiheit des Wettbewerbs ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, den Wettbewerb durch den sozialrechtlich im Rahmen des § 128 SGB V zulässigen verkürzten Versorgungsweg zu schützen.
- (85) Gegenüber dem erheblichen öffentlichen Interesse an der Stärkung des Wettbewerbs sind keine berücksichtigungsfähigen Interessen der Beteiligten an den Wettbewerbsbeschränkungen zu erkennen. Dem rein wirtschaftlichen Interesse der in der Beteiligten Zusammengeschlossenen an einer Begrenzung des Wettbewerbs durch die Anbieter des verkürzten Versorgungswegs kommt insoweit keine Bedeutung zu, weil die wirtschaftlichen Vorteile der in der Beteiligten zusammengeschlossenen Hörgeräteakustiker allein kein Ziel darstellen, das im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen wäre.
- (86) Das weiterhin von der Beteiligten im Rahmen des Verfahrens vorgetragene Argument der Korruptionsbekämpfung durch die Verhinderung des verkürzten Versorgungsweges vermag nicht zu überzeugen, da der Gesetzgeber den verkürzten Versorgungsweg ausdrücklich zulässt und zu diesem Zweck mit der Novelle des § 128 SGB V hohe Anforderungen an die Durchführung des verkürzten Versorgungsweg gestellt hat, die eine mutmaßlich drohende Korruption durch Zahlungen zwischen Ärzten und Leistungserbringern effektiv zu beseitigen geeignet sind (vgl. sinngemäß die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschuss zum GKVOrgWG, BT-Drucksache 16/10609, S. 74, sowie die Begründung zum Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, BT-Drucksache 16/12256, S. 65). Ferner beziehen sich die Beschlüsse der Beteiligten und

die zu ihrer Umsetzung geschlossenen Vereinbarungen auf jegliche Verträge, welche von den Krankenkassen mit anderen Leistungserbringern als der Beteiligten geschlossen werden, also auch auf die rechtmäßigen Angebote.

V. Verhältnismäßigkeit der Abstellmaßnahmen

- (87) Nach § 32 Abs. 2 GWB kann das Bundeskartellamt den Unternehmen alle Maßnahmen aufgeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Im vorliegenden Fall ist es erforderlich, dass die Zuwiderhandlung der Beteiligten dadurch abgestellt wird, dass ihr die Fassung der verbotenen Beschlüsse und die weitere Umsetzung dieser Beschlüsse untersagt wird.
- (88) Die Untersagung ist dazu geeignet, dass die im Rahmen der Verhandlungen und Abschlüsse von Verträge nach § 127 SGB V mit Krankenkassen festgestellten Kartellrechtsverstöße durch die Beteiligte vollständig beendet werden. Ein milderer, gleich wirksames Mittel ist nicht ersichtlich. Ferner ist die Untersagung im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes der bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch verhältnismäßig.

VI. Zuständigkeit des Bundeskartellamtes

- (89) Das Bundeskartellamt ist gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB zuständig, denn die Beschlüsse der Beteiligten, auf deren Basis die Vertragsbedingungen gefordert und mit einzelnen Krankenkassen vereinbart wurden, wurden für mehrere Bundesländer getroffen bzw. erstrecken sich in ihrer Auswirkung über mehrere Bundesländer.
- (90) Aufgrund der Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten sind die Art. 101, 102 AEUV gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 GWB vom Bundeskartellamt parallel zu den nationalen kartellrechtlichen Bestimmungen anzuwenden.

VII. Kosten

- (91) Die Entscheidung nach § 32 GWB ist als Amtshandlung der Kartellbehörde gemäß § 80 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB gebührenpflichtig. Die Kartellbehörde kann hierfür Gebühren bis zu 25.000 € (§ 80 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB), bei besonders großer wirtschaftlicher Bedeutung und außergewöhnlich hohem Verwaltungsaufwand bis zu 50.000 € erheben (§ 80 Abs. 2 S. 3 GWB).
- (92) Die Höhe der Gebühr bemisst sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat (§ 80 Abs. 2 S. 1 GWB). Von den genannten

Bestimmungsmerkmalen kommt der wirtschaftlichen Bedeutung das größte Gewicht zu. Entspricht die wirtschaftliche Bedeutung dem Durchschnitt, ist grundsätzlich eine mittlere Gebühr angemessen.¹⁹ Diese beträgt nach dem derzeit geltenden Gebührenrahmen 12.500 €. Von diesem Mittelwert sind abhängig von der jeweiligen wirtschaftlichen Bedeutung und dem Arbeitsaufwand Zu- oder Abschläge vorzunehmen, deren Höhe im Ermessen der Kartellbehörde liegt.²⁰

- (93) Im vorliegenden Fall ist eine Gebühr in Höhe von [...] angemessen. Der Verfahrensgegenstand weist eine überdurchschnittliche wirtschaftliche Bedeutung auf. Mit der Entscheidung wird die Abschottung des Endkundenmarktes für Hörgeräte in Deutschland zu Lasten der konkurrierenden Hörgeräteanbieter abgestellt, die die als schwerwiegende horizontale Beschränkung einzustufen ist. Auf dem betroffenen Markt wurden 2010 rund 1,3 Mrd. € an Umsätzen generiert.²¹ Der personelle und sachliche Aufwand war in Anbetracht der besonderen sozialrechtlichen Vorschriften, der Prüfung europäischen und deutschen Rechts sowie im Hinblick auf die in den Geschäftsräumen der Beteiligten durchgeführte Einsichtnahme und Prüfung nach § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 GWB, die mit einer Beschwerde gerichtlich angegriffen wurde, ebenfalls hoch.
- (94) Schuldner der Gebühr sind die Unternehmen, gegen die die vorliegende Verfügung ergangen ist (§ 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB), hier die Beteiligte.
- (95) [...]

¹⁹ OLG Düsseldorf, WuW DE-R 514/519 - *Tequila*; KG WuW/E OLG 4366 - *Spar m.w.N.*

²⁰ OLG Düsseldorf, WuW DE-R 514/519 - *Tequila*; KG WuW/E OLG 5259/5261 - *Kleinhammer*, KG WuW/E OLG 5287/5288 - *Finanzbeteiligung Gebühr*

²¹ *Fielmann AG*, Geschäftsbericht 2010, S. 23, veröffentlicht im Internet unter: http://www.fielmann.de/downloads/fielmann_bericht_2010.pdf

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Temme

Kundan

Töllner