Bundeskartellamt

3. Beschlussabteilung

B 3 – 11/13-2

VERPFLICHTUNGSZUSAGEN
DER AÄGB
ÖFFENTLICHE VERSION

VERWALTUNGSVERFAHREN
BESCHLUSS
GEMÄß § 32 b GWB

In dem Kartellverwaltungsverfahren

1. Augenärztegenossenschaft Brandenburg e.G. (aägb)

   Potsdamer Straße 109a

   14974 Ludwigsfelde

– Beteiligte zu 1) –

Verfahrensbevollmächtigte:

KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Rechtsanwalt Christian Krohs
Barbarossaplatz 1a
50674 Köln

2. AOK Nordost

   Behlertstraße 33 A

   14467 Potsdam

– Beteiligte zu 2) –

3. Herr Dr. Thomas Pahlitzsch

– Beteiligter zu 3) –

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dombrowski Wegener
Rechtsanwalt Dirk Wegener
Meinekestraße 3
10719 Berlin

zur Prüfung eines Verstoßes gegen § 1 GWB bzw. § 1 GWB i.V.m. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V hat die 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts am 1. Juli 2013 beschlossen:

1. Die von der Beteiligten zu 1) mit Schreiben vom 24. Juni 2013 angebotenen und unter Ziffer III. dieses Beschlusses aufgeführten Verpflichtungszusagen sind für die Beteiligte zu 1) bindend.

2. Das Verfahren gegen die Beteiligte zu 1) wird nach Maßgabe des § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB eingestellt.

3. Die Gebühr für das Verfahren, einschließlich der Entscheidung beträgt […]. Gebührenschuldnerin ist die Beteiligte zu 1). Die Auslagen werden gesondert erhoben.

Gründe:

I. Sachverhalt

(1) Die Beteiligte zu 1) (im Folgenden: aägb) ist ein freiwilliger Zusammenschluss von niedergelassenen Augenärztinnen und Augenärzten in Brandenburg, organisiert in der Rechtsform einer Genossenschaft. Ihr gehören mit 105 Augenärztinnen und Augenärzten mehr als 75% der Brandenburger Augenarztpraxen an.[1]

(2) Ziel der aägb als Unternehmensvereinigung der brandenburgischen Augenärzte ist die Wahrnehmung der Rechte ihrer Mitglieder und die Förderung und Verbesserung der Patientenversorgung im Bereich der Augenheilkunde. Unter anderem verhandelt und schließt sie mit gesetzlichen Krankenkassen für ihre Mitglieder Verträge nach § 127 SGB V über die Versorgung mit augenärztlichen Leistungen (Versorgungsverträge im Sinne des Sozialgesetzbuches). Versorgungsverträge können mit Leistungserbringern geschlossen werden, die die Voraussetzungen gemäß § 126 SGB V erfüllen.

(3) Die Beteiligte zu 2) (im Folgenden: AOK Nordost) ist eine Krankenkasse, die in den Bundesländern Berlin, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung auf der Grundlage der Regelungen des Sozialgesetzbuches V anbietet und hierzu mit Leistungserbringern Verträge schließt. 28% der gesetzlich kran-

[1] Vgl. Internet-Seite der aägb unter: http://www.aaegb.de/htdocs/index.php

kenversicherten Personen im Bundesland Brandenburg sind bei der AOK Nordost versichert.[2]

(4) Der Beteiligte zu 3) ist Augenarzt mit Vertragsarztsitz in Berlin. Mit einem Augenarzt aus dem Bundesland Brandenburg ist er in einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft verbunden. Aufgrund dieser Gemeinschaft ist der Beteiligte zu 3) dazu berechtigt, im Bundesland Brandenburg ambulante augenärztliche Operationen durchzuführen und gegenüber den Krankenkassen im Bundesland Brandenburg abzurechnen.

(5) Die aägb hat in ihrer Satzung die Möglichkeit, Mitglied bei ihr zu werden, davon abhängig gemacht, dass der Augenarzt seine Hauptpraxis im Bundesland Brandenburg betreibt. Darüber hinaus sehen mehrere Versorgungsverträge der aägb mit verschiedenen Krankenkassen, darunter insbesondere zwei Verträge mit der AOK Nordost, vor, dass eine Teilnahme nur dann möglich ist, wenn der Augenarzt seinen Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg hat.

(6) Im Einzelnen sieht § 4 Abs. 1 der Satzung der aägb vor, dass Mitglied der Genossenschaft werden können: „a) natürliche Personen, die als Augenärzte in Brandenburg dauerhaft und nicht nur in einer Zweitpraxis selbstständig kassenärztlich niedergelassen sind“ sowie „b) natürliche Personen, die Augenärzte und Gesellschafter einer juristischen Person sind, die nach dem Vertragsarztrecht zur Erbringung augenärztlicher Leistungen in Brandenburg zugelassen ist, sofern alle Gesellschafter der juristischen Person Mitglied der Genossenschaft sind“. In § 4 Abs. 3 der Satzung heißt es weiter: „Mitglied der Genossenschaft kann nur sein, wer die Voraussetzungen nach Abs. 1 und 2 dauerhaft erfüllt. Aufnahmefähig ist nicht, wer bereits Mitglied in einer anderen Vereinigung oder Gesellschaft ist, die gleichartige Geschäfte betreibt, oder wer bereits derartige Geschäfte selbst betreibt oder betreiben lässt oder zu einer solchen Vereinigung oder Gesellschaft in einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht.“

(7) Aägb und AOK Nordost haben am 22. April 2009 einen Exklusivvertrag über die „Behandlung und Versorgung von AOK-Versicherten mit ausgewählten, operationsbedürftigen Augenerkrankungen“ (im Folgenden: „Katarakt-Vertrag“) geschlossen. Voraussetzung für die Teilnahme an dem Kataraktvertrag ist nach § 9 Abs. 1 des Vertrages ein Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg. Für Operateure ist zwar eine Teilnahme möglich, wenn sie nicht Mitglied der aägb sind, die aägb behält sich aber in § 9 Abs. 2 des Katarakt-Vertrages vor, in solchen Fällen eine einmalige Kompensationsgebühr zu verlangen. Für konservativ tätige Augenärzte ist die Teilnahme nur möglich, wenn diese auch Mitglied

[2] Stichtag 1.07.2012, siehe Statistik über Versicherte gegliedert nach Status, Alter, Wohnort und Kassenart, http://www.bmg.bund.de/krankenversicherung/zahlen-und-fakten-zur-krankenversicherung.html

der aägb sind (§ 9 Abs. 1 lit. c Katarakt-Vertrag). […]. Der Katarakt-Vertrag betrifft zum einen ambulante Katarakt-Operationen und zum anderen ambulante Glaskörper- und netzhautchirurgische Eingriffe. Dabei bezeichnet Katarakt oder der graue Star eine Trübung der Augenlinse. Die Katarakt-Operationen zählen zu den am häufigsten durchgeführten Operationen in Deutschland überhaupt, jedes Jahr werden rund 600.000 derartiger Operationen durchgeführt.[3]

(8) Ferner besteht zwischen aägb und AOK Nordost seit März 2011 ein Vertrag über die Behandlung und Versorgung von AOK-Nordost-Versicherten mit feuchter altersbedingter Makuladegeneration, diabetischem Makulaödem und Makulaödem nach venösem Netzhautgefäßverschluss mittels intravitrealer Eingabe u.a. von VEGF-Hemmern („IVI-Vertrag"). Dabei handelt es sich zwar nicht um einen Exklusivvertrag zwischen den Beteiligten; den IVI-Vertrag schließt die AOK Nordost nach den damaligen Ausschreibungsbedingungen auf ihrer Homepage jedoch nur mit Augenärzten, die über einen Vertragsarztsitz in Brandenburg verfügen. Auch der IVI-Vertrag selbst sieht in § 7 Abs. 1 vor, dass zur Teilnahme Fachärzte für Augenheilkunde mit Vertragsarztsitz in Brandenburg (Hervorhebung hinzugefügt) […] berechtigt sind, die Mitglieder der aägb sind. Die altersabhängige Makuladegeneration ist eine Erkrankung der Netzhautmitte des Auges, die vorwiegend bei Menschen jenseits des 50. Lebensjahres auftritt. Sie kann zum Verlust der zentralen Sehkraft und der Lesefähigkeit führen. In den Industrienationen ist sie eine der häufigsten Ursachen für schwere Seheinschränkungen. Allein in Deutschland leben etwa 4,5 Millionen Menschen mit altersabhängiger Makuladegeneration, die aufgrund der steigenden Lebenserwartung immer häufiger auftritt.[4]

II. Verfahren

(9) Nachdem das Bundeskartellamt Kenntnis von den o.a. Satzungsbestimmungen und Vereinbarungen der aägb erhalten hatte, gab es den Vertretern der aägb in einer Besprechung am 16. April 2012 Gelegenheit, die Hintergründe der Satzungsbestimmungen zu erläutern. Diese führten aus, Hintergrund für die Regelung in § 4 Abs. 3 ihrer Satzung sei letztlich der Geheimnisschutz und die Wahrung der Interessen der eigenen Mitglieder: man wolle konkurrierenden Verbänden – und hierzu rechne man insbesondere auch die Berufsverbände der Berliner Augenärzte – keine Einblicke in Interna z.B. Verträge mit Krankenkassen geben. Zudem hätten die bestehenden Mitglieder der aägb erhebliche Vorarbeiten geleistet bzw. eine Infrastruktur geschaffen, von der man bundeslandfremde

---

[3] „Augenärzte informieren: Staroperation und Intraokularlinse", Berufsverband der Augenärzte Deutschlands e.V. 2009, S. 2, http://www.augeninfo.de/patinfo/catop.pdf.

[4] AMD Netz NRW e.V., http://www.amd-netz.de/content/information/

Augenärzte nicht profitieren lassen wolle. Die aägb wolle in erster Linie die Interessen der Brandenburger Augenärzte „vor Ort“ vertreten. Hierzu würden nur die Augenärzte mit Hauptsitz in Brandenburg zählen.

(10) Auf die Frage, warum es nach § 4 Abs. 1 der aägb-Satzung nicht für eine Mitgliedschaft genüge, dass der Arzt einer Zweigpraxis in Brandenburg tätig sei, erklärten die Vertreter der aägb, Hintergrund sei die Organisationsstruktur der Kassenärztlichen Vereinigungen (im Folgenden: KVen). Hiermit verknüpft seien landesbezogene Honorarverteilungsinteressen. Dies betreffe einerseits das Budget, welches für die sog. Regelversorgung zur Verfügung stehe und von dem das Budget für die Selektivverträge abgehe, und andererseits den „Länderfinanzausgleich“, den es auch zwischen den einzelnen KVen gebe. Man wolle deshalb mit der Satzungsregelung, ebenso wie die KVen, einen „gewissen regionalen Schutz“ erreichen.

(11) Nach Prüfung des Sachverhaltes ist die Beschlussabteilung zu der vorläufigen Einschätzung gekommen, dass die von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen sowie die diesen Vereinbarungen zugrunde liegenden internen Beschlüsse gegen das Kartellrecht verstoßen. Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken wurden der aägb mit Schreiben vom 2. Juli 2012 und der AOK Nordost mit Schreiben vom 29. August 2012 und vom 19. November 2013 mitgeteilt.

(12) Die AOK Nordost hat hierzu mit Schreiben vom 13. September 2012 und vom 21. März 2013 Stellung genommen und eine Änderung des Katarakt-Vertrages und des IVI-Vertrages mit der aägb in Aussicht gestellt.

(13) Am 24. Januar 2013 führte die Beschlussabteilung mit den Verfahrensbevollmächtigten der aägb eine ausführliche Besprechung zu den aufgezeigten wettbewerblichen Bedenken, an deren Ende das Bundeskartellamt die zur Beseitigung der wettbewerblichen Bedenken erforderlichen Änderungen in der aägb-Satzung und in den Verträgen mit der AOK Nordost aufzeigte.

(14) Auf ihren Antrag erhielt die aägb am 5. Februar 2013 Akteneinsicht durch Übersendung einer elektronischen Kopie der um Geschäftsgeheimnisse Dritter bereinigten Akte.

(15) Mit Beschluss vom 14. Februar 2013 ist der Beteiligte zu 3) auf seinen Antrag hin beigeladen worden. Der Beigeladene erhielt auf seinen Antrag durch Übersendung einer elektronischen Aktenkopie am 26. Februar 2013 Akteneinsicht.

(16) Mit Schreiben vom 4. März 2013 forderte das Bundeskartellamt die Verfahrensbevollmächtigten der aägb dazu auf mitzuteilen, ob den in der Besprechung am 24. Januar

2013 geforderten Änderungen entsprochen wurde. Die aägb teilte daraufhin am 22. März 2013 mit, zu Änderungen der Satzung und des Katarakt-Vertrages bereit zu sein.

(17) Am 4. April 2013 erhielt der Beteiligte zu 3) die Stellungnahmen der AOK Nordost vom 21. März 2013 sowie der aägb vom 22. März 2013 zur Kenntnis mit der Gelegenheit, bis zum 16. April 2013 Stellung zu nehmen. Diese Frist wurde am 11. April 2013 antragsgemäß auf den 26. April 2013 verlängert.

(18) Mit Schreiben vom 25. April 2013 führte der Beteiligte zu 3) durch seinen Verfahrensbevollmächtigten aus, die von aägb und AOK Nordost unterbreiteten Änderungsvorschläge seien nicht geeignet, die Verstöße gegen § 1 GWB zu beseitigen. Eine Bindung der Mitgliedschaft in der aägb sowie der Teilnahmemöglichkeiten an Katarakt- und IVI-Vertrag an eine Niederlassung im Bundesland Brandenburg deute weiterhin auf die Notwendigkeit eines Vertragsarztsitzes im Bundesland Brandenburg hin. Ferner werde das Doppelmitgliedschaftsverbot nach der Satzung nicht beseitigt. Im Katarakt-Vertrag dürfe zudem die Mitgliedschaft in der aägb nicht mehr Voraussetzung für die Teilnahme als konservativ tätiger Augenarzt sein, der IVI-Vertrag sei nicht für eine Änderung vorgesehen. Zudem müssten auch die weiteren Versorgungsverträge der aägb mit anderen Krankenkassen angepasst werden.

(19) Die aägb zeigte sich mit Schreiben vom 6. Mai 2013 auch mit den besprochenen Änderungen des IVI-Vertrages einverstanden, übermittelte einen Formulierungsvorschlag und erläuterte das inhaltliche Verständnis der geänderten Regelungen, welches der zukünftigen Anwendung durch die aägb zu Grunde gelegt werden sollte.

(20) Am 23. Mai 2013 teilte das Bundeskartellamt der aägb und der AOK Nordost auf der Grundlage der eingereichten Vorschläge mit, welche Formulierungen in der Satzung der aägb und den Verträgen nach Einschätzung der Beschlussabteilung zur Beseitigung der vorläufig festgestellten Bedenken geeignet sind.

(21) Am 31. Mai 2013 bat die AOK Nordost um eine inhaltliche Anpassung der Formulierungen und übersandte mit E-Mail vom 4. Juni 2013 einen alternativen Formulierungsvorschlag, über den Einigkeit erzielt wurde. Ebenfalls am 4. Juni 2013 ließ die aägb telefonisch durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mitteilen, dass die vorgesehenen Verpflichtungen der aägb nur von der Generalversammlung beschlossen werden könnten, soweit sie eine Satzungsänderung beträfen. Die Generalversammlung der aägb soll am 21. Juni 2013 tagen.

(22) Zum Formulierungsvorschlag des Bundeskartellamts übersandten die Verfahrensbevollmächtigten der aägb am 5. Juni 2013 einen Änderungsvorschlag per E-Mail, zudem wur-

den am 4. Juni 2013 und am 6. Juni 2013 ausführliche Telefonate zu den Formulierungen geführt, über die dann letztlich Einigkeit erzielt werden konnte.

(23) Die AOK Nordost hat sich mit Schreiben vom 10. Juni 2013 verpflichtet, gemeinsam mit der aägb den Katarakt-Vertrag und den IVI-Vertrag, wie unter Ziffer III. aufgeführt, bis zum 30. Juni 2013 zu ändern. Diese Verpflichtungszusage ist mit Beschluss vom 24. Juni 2013 gegenüber der AOK Nordost für verbindlich erklärt worden.

(24) Auf ihren Antrag vom 18. Juni 2013 erhielt die aägb mit Schreiben vom 25. Juni 2013 sowie vom 27. Juni 2013 und vom 28. Juni 2013 weitere Akteneinsicht in eine um Geschäftsgeheimnisse Dritter bereinigten Fassung der Akte.

(25) Die aägb hat sich mit Schreiben vom 24. Juni 2013 verpflichtet, die Satzung der Genossenschaft sowie die Verträge mit der AOK Nordost, wie unter Ziffer III. aufgeführt, zu ändern und die weiteren, unter Ziffer III. aufgeführten Zusagen umzusetzen.

(26) Das Bundeskartellamt übermittelte der AOK Nordost, der aägb und dem Beteiligten zu 3) am 24. Juni 2013 einen Entwurf des Beschlusses und gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 27. Juni 2013. Die Landeskartellbehörde Brandenburg wurde am 24. Juni 2013 nach § 49 Abs. 1 S. 1 GWB über die Verfahrenseinleitung informiert.

(27) Seit dem 26.Juni 2013 erscheint eine Beschreibung des IVI-Vertrages und des Katarakt-Vertrages auf der Internet-Seite der AOK Nordost. Dabei weist die AOK Nordost darauf hin, dass für die Teilnahme an den Verträgen ein Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg nicht mehr notwendig ist.

(28) Die aägb und die AOK Nordost nahmen jeweils am 27. Juni 2013 Stellung zum Beschlussentwurf. Der Beteiligte zu 3) hat keine Stellungnahme abgegeben. In ihrer Stellungnahme führte die aägb insbesondere aus, dass sie die vorgesehene Verfahrensgebühr für zu hoch halte.

III. Verpflichtungszusagen

(29) Die von der aägb mit Schreiben vom 24. Juni 2013 angebotenen Verpflichtungszusagen haben folgenden Inhalt:

1. Die aägb verpflichtet sich,

   a. § 4 Abs. 1 lit. a) der Satzung der aägb zu ändern, so dass es dort zukünftig heißt:

      „*1. Die Mitgliedschaft können nur erwerben*
      a) natürliche Personen, die als Augenärzte in Brandenburg niedergelassen sind;
      b) *[…]*."

   b. § 4 Abs. 3 Satz 1 der Satzung der aägb zu ändern, so dass es dort zukünftig heißt:

      „*Mitglied der Genossenschaft kann nur sein, wer die Voraussetzungen nach Abs. 1 und 2 erfüllt*."

   c. § 9 Abs. 1 des mit der AOK Nordost geschlossenen Vertrages zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung gemäß § 73c SGB V über den Versorgungsauftrag zur Behandlung und Versorgung von AOK-Versicherten mit ausgewählten operationsbedürftigen Augenerkrankungen so zu ändern, dass es dort zukünftig heißt:

      „ *(1) Teilnahmeberechtigt sind:*

      a) zugelassene Fachärzte für Augenheilkunde mit Niederlassung im Land Brandenburg, die die Qualitätssicherungsvereinbarung nach § 115b SGB V zwischen den GKV-Spitzenverbänden, der DKG und der KBV in der jeweils geltenden Fassung erfüllen (‚operativ tätige Augenärzte'/'Operateur');

      b) zugelassene medizinische Versorgungszentren mit Niederlassung im Land Brandenburg, in denen Fachärzte für Augenheilkunde als Vertragsärzte oder als angestellte Ärzte tätig sind, die die Qualitätssicherungsvereinbarung nach § 115b SGB V zwischen den GKV-Spitzenverbänden, der DKG und der KBV in der jeweils geltenden Fassung erfüllen (‚operativ tätige Augenärzte' / ‚Operateur');

      c) zugelassene Fachärzte für Augenheilkunde mit Niederlassung im Land Brandenburg, die Mitglied in der aägb sind (‚konservativ tätige Augenärzte')

      (lit. a) – lit. c) gemeinsam oder einzeln als ‚teilnehmende Augenärzte' bezeichnet). […]"

   d. § 7 des mit der AOK Nordost geschlossenen Vertrages zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung gemäß § 73c SGB V über den Versorgungsauftrag zur Behandlung und Versorgung von AOK Nordost-Versicherten mit feuchter altersbedingter Makuladegeneration, diabetischem Makulaödem und Makulaödem nach venösem Netzhautgefäßverschluss mittels intravitrealer Eingabe u.a. von VEGF-Hemmern so zu ändern, dass es dort zukünftig heißt:

„*(1) Zur Teilnahme an dieser Vereinbarung sind Fachärzte für Augenheilkunde mit Niederlassung im Land Brandenburg, die zur ambulanten vertragsärztlichen Behandlung zugelassen und Mitglied in der aägb e.G. sind (‚Mitglieder') berechtigt, die die Teilnahmevoraussetzungen gemäß den Absätzen 2 und 3 erfüllen und eine Teilnahmebestätigung gemäß § 7 Abs. 6 von der aägb erhalten haben. […]*"

2. Die aägb verpflichtet sich ferner, bei dem Abschluss künftiger Verträge im Sinne des § 69 Abs. 1 SGB V mit Krankenkassen, auf die das Kartellrecht Anwendung findet und für die ein Vertragsarztsitz in Brandenburg keine zwingende (sozial-) rechtliche Voraussetzung für die Teilnahme am Vertrag ist, die Teilnahmemöglichkeit oder den Vertragsabschluss nicht von einem Vertragsarztsitz in Brandenburg abhängig zu machen, sondern eine Niederlassung in Brandenburg ausreichen zu lassen, soweit die jeweiligen Augenärzte zur ambulanten vertragsärztlichen Behandlung zugelassen sind. Sie bestätigt, dass der Begriff der Niederlassung in diesem Zusammenhang auch die Nebenbetriebsstätte sowie die Tätigkeit im Rahmen einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft umfasst.

3. Die äagb verpflichtet sich, die unter 1 a und 1 b genannten Satzungsänderungen bis zum 31.07.2013 mit allen formalen Schritten (Beglaubigung und Anmeldung zur Eintragung im Genossenschaftsregister) umzusetzen. Die aägb informiert das Bundeskartellamt unverzüglich über die Umsetzung.

4. Die aägb setzt die Verpflichtungen zu 1 c und 1 d unverzüglich gemeinsam mit der AOK Nordost um, setzt das Bundeskartellamt von der erfolgten Umsetzung bis spätestens 30.06.2013 in Kenntnis und übermittelt dem Bundeskartellamt bis zu diesem Datum eine Kopie der unter 1 c und 1 d genannten Verträge.

IV. Kartellrechtsverstoß

(30) Nach Prüfung des Sachverhaltes ist das Bundeskartellamt zu der vorläufigen Einschätzung gekommen, dass die aägb durch den Abschluss und die Praktizierung des mit der AOK Nordost getroffenen Katarakt-Vertrages und des IVI-Vertrages sowie der Regelung in § 4 Abs. 1 der Satzung und durch ihre diesen Vereinbarungen und Regelungen zugrunde liegenden internen Beschlüsse gegen das Kartellrecht verstößt. Die Auffassung der Beschlussabteilung beruht auf den nachfolgend dargelegten Erwägungen.

1. Verstoß gegen § 1 GWB

(31) Die Regelungen in § 9 Abs. 1 und 2 Kataraktvertrag und § 7 Abs. 1 IVI-Vertrag sowie § 4 Abs. 1 der äagb-Satzung verstoßen nach vorläufiger Einschätzung des Bundeskartellamts gegen § 1 GWB bzw. § 1 GWB i.V.m. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V.

a) Anwendbarkeit des Kartellrechts

(32) Die aägb ist als Berufs- und Interessenverband der brandenburgischen Augenärzte eine Unternehmensvereinigung im Sinne des § 1 GWB, auf die das Kartellrecht anwendbar ist.

(33) Der Begriff der Unternehmensvereinigung in § 1 GWB ist im Interesse einer wirksamen und umfassenden Durchsetzung des kartellrechtlichen Verbots weit auszulegen. Zweck und Organisation der Vereinigung sind ebenso wenig entscheidend wie ihre Rechtsform oder ihr Sitz. Nicht erforderlich ist ebenso, dass der Zusammenschluss über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Maßgebend ist vielmehr alleine, dass es sich um einen – beliebig strukturierten – Zusammenschluss mehrerer Unternehmen handelt, dessen Zweck darin besteht, die Interessen seiner Mitglieder wahrzunehmen.[5] Vom Kartellverbot erfasst werden auch Fälle, in denen es Vereinigungen auch ohne eigenen Geschäftsbetrieb möglich ist, fremde unternehmerische Tätigkeit zu beeinflussen.[6]

(34) Die Mitglieder der aägb sind als Augenärzte Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, weil sie als private Unternehmen augenärztliche Dienstleistungen anbieten und als solche im Wettbewerb um Patienten miteinander stehen.[7]

(35) Die aägb weist als Genossenschaft ein Maß an gemeinschaftlicher Organisation auf, aus dem sich die Möglichkeit ergibt, direkten Einfluss auf die wirtschaftliche Betätigung ihrer Mitglieder zu nehmen und deren unternehmerische Interessen zu bündeln. So schließt die aägb im Interesse ihrer im Wettbewerb um die Patienten stehenden Mitglieder Versorgungsverträge nach § 73c 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 gemäß § 73c Abs. 4 S. 1 SGB V Konditionen und Vergütungen für die von den Mitgliedern zu erbringenden Leistungen vereinbart. Damit nimmt die aägb erheblichen Einfluss auf die Betätigung ihrer Mitglieder und bündelt zugleich deren Interessen in den Verhandlungen mit den Krankenkassen.

(36) Die aägb ist darüber hinaus aufgrund ihrer Eigenschaft als Handelsgesellschaft (§ 17 Abs. 2 GenG) selbst Unternehmen im Sinne des § 1 GWB.[8] Die Beschlüsse der aägb, auf denen die Satzungsbestimmung des § 4 Abs. 1 beruht, unterliegen daher dem Kartellrecht.

(37) Der Katarakt-Vertrag und der IVI-Vertrag sind Leistungsverträge, die zwischen der aägb und der AOK Nordost nach § 73c SGB V geschlossen worden sind. Der Katarakt-Vertrag und der IVI-Vertrag sind Selektivverträge, deren Abschluss nach § 73c Abs. 1 SGB V im Ermessen der Krankenkassen steht. Auf diese Verträge ist daher nach § 69 Abs. 2 S. 1

---

5 Vgl. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2003, 2005 – *Deutscher Lotto- und Tottoblock*.

6 Vgl. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2003, 2005 – *Deutscher Lotto- und Tottoblock*.

7 Vgl. zur Normadressateneigenschaft von Ärzten z.B. BGH WuW/E BGH 1469, 1470 – *Autoanalyzer*; OLG München WuW/E OLG 593 = NStZ 1985, 175 – *Orthopäden*; OLG Frankfurt WuW/E OLG 1976, 1977 – *Ärztliche Sachleistung*; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 183 – *Berliner Positivliste.*

8 Vgl. zur Unternehmenseigenschaft von Handelsgesellschaften KG WuW/E OLG 2601, 2602.

SGB V das Kartellrecht und damit § 1 GWB entsprechend anwendbar. Die Ausnahmeregelung des § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V greift nicht ein, denn die Krankenkassen sind nicht zum Abschluss derartiger Verträge gesetzlich verpflichtet.

b) Wettbewerbsbeschränkung

(38) Die Regelungen in § 9 Abs. 1 und 2 Katarakt-Vertrag und § 7 Abs. 1 IVI-Vertrag bezwecken und bewirken, dass Augenärzte – insbesondere solche aus Berlin -, die zwar über eine Abrechnungsbefugnis in Brandenburg verfügen, dort aber nur in einer Zweigpraxis oder im Rahmen einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft (im Folgenden: ÜBAG) augenärztlich tätig sind, nicht an den Verträgen teilnehmen können. Beide Verträge knüpfen die Vertragsteilnahme an den Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg. Zusätzlich erfordert die Teilnahme am IVI-Vertrag sowie die Teilnahme als konservativ tätiger Augenarzt am Katarakt-Vertrag die Mitgliedschaft in der aägb, die nach § 4 Abs. 1 und Abs. 3 der aägb-Satzung wiederum nur für Augenärzte mit Vertragsarztsitz in Brandenburg zugänglich ist. Die Teilnahme am Katarakt-Vertrag ist ferner operativ tätigen Augenärzten, die nicht Mitglieder der aägb sind, nur bei Zahlung einer einmaligen angemessenen Kompensationsgebühr an die aägb möglich (§ 9 Abs. 2 Katarakt-Vertrag). Damit wird der Wettbewerb zwischen den in der aägb organisierten Augenärzten mit Vertragsarztsitz in Brandenburg und den Augenärzten beschränkt, die in Brandenburg zulässigerweise augenärztlich in einer Zweigniederlassung oder ÜBAG tätig sind, aber ihren Vertragsarztsitz außerhalb von Brandenburg haben.

(39) Nach § 24 Abs. 1 der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte erfolgt die Zulassung für den Ort der Niederlassung als Arzt (Vertragsarztsitz), womit die Hauptniederlassung gemeint ist. Eine Zweigpraxis ist gemäß § 1a Nr. 18 Bundesmanteltarifvertrag-Ärzte der genehmigte weitere Tätigkeitsort eines Vertragsarztes oder die Nebenbetriebsstätte eines Medizinischen Versorgungszentrums. Darüber hinaus kann ein niedergelassener Arzt im Rahmen einer ÜBAG tätig sein, § 33 Abs. 2 Ärzte-Zulassungsverordnung. Dies ermöglicht es dem Arzt, über die räumlichen Grenzen seines Vertragsarztsitzes hinaus tätig zu werden und auch seine dortige Tätigkeit gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen. Dies kann auch in einem anderen Bundesland geschehen. Als Oberbegriff für jeden weiteren Tätigkeitsort eines Vertragsarztes, angestellten Arztes, einer Berufsausübungsgemeinschaft oder eines MVZ wird der Begriff der Nebenbetriebsstätte verwendet, vgl. § 1a Nr. 22 Bundesmanteltarifvertrag-Ärzte.

(40) Der Katarakt-Vertrag und der IVI-Vertrag sind Selektivverträge nach § 73c SGB V. In den Selektivverträgen wird die ärztliche Versorgung außerhalb der sog. Regelversorgung individuell zwischen Krankenkasse und Leistungserbringern bzw. deren Gemeinschaften ver-

einbart. Die Versicherten verpflichten sich mit ihrer Teilnahme an den Leistungen gegenüber der Krankenkasse, nur vertraglich gebundene Leistungserbringer für die vertraglich geregelten Leistungen in Anspruch zu nehmen, und sind daran für mindestens ein Jahr gebunden (§ 73c Abs. 2 SGB V). Die Vergütung der vertraglich vereinbarten ärztlichen Leistungen erfolgt außerhalb der kollektivvertraglichen Gesamtvergütung für die Regelversorgung auf der Grundlage der Vereinbarung und ist meistens höher als die Regelvergütung. Ferner unterliegen die Leistungen nicht der Mengenbudgetierung nach § 87b SGB V, so dass die Vergütung unabhängig von der Leistungsmenge in voller Höhe gezahlt wird.

(41) Augenärzte, die ihren Vertragsarztsitz nicht in Brandenburg haben, aber in einer Zweigpraxis oder ÜBAG zulässigerweise in Brandenburg augenärztlich tätig sind (im Folgenden: „bundeslandfremde Augenärzte“), werden von der Teilnahme an beiden Verträgen ausgeschlossen und in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt.

(42) Bundeslandfremde Augenärzte können am exklusiv zwischen der AOK Nordost und der aägb geschlossene Katarakt-Vertrag, der eine höhere Vergütung vorsieht, als im Rahmen der Regelversorgung abgerechnet werden kann, nicht teilnehmen. Die Regelungen in der aägb-Satzung und im Katarakt-Vertrag führen dazu, dass nur die in der aägb organisierten konservativ tätigen Augenärzte mit Vertragsarztsitz in Brandenburg am exklusiven Katarakt-Vertrag teilnehmen und diese Leistungen gegenüber den Versicherten der AOK Nordost zu den dort geregelten Bedingungen anbieten und abrechnen können. Operativ tätige Augenärzte können am Katarakt-Vertrag nach den Regelungen nur teilnehmen, wenn sie ihren Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg haben. Selbst wenn es sich bei der Mehrvergütung nach dem Katarakt-Vertrag um einen Betrag […] je Operation handelt, wie die aägb vorbringt[9], steht dies einer Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der bundeslandfremden Augenärzte ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass mit der höheren Vergütung umfangreichere Leistungen als im Rahmen der Regelversorgung vergütet werden.[10] Die bundeslandfremden Augenärzte können – anders als die Augenärzte mit Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg – nicht entscheiden, ob sie die vertraglich geregelten Leistungen den Patienten zu den dortigen Entgelten anbieten wollen. Ihnen bleibt die Teilnahme von vornherein verschlossen. Die am Programm teilnehmenden Patienten sind überdies für ein Jahr verpflichtet, die vom Katarakt-Vertrag umfassten Leistungen, zu denen neben der Katarakt-Operation insbesondere auch […] und […] gehören[11], nur bei den am Vertrag teilnehmenden Ärzten durchführen

[9] Schreiben der aägb vom 6.02.2013, S. 6 f. , Bl. 810 f. d.A.

[10] Schreiben der AOK Nordost vom 31.01.2013, S. 2 f., Bl. 790 f. d.A.

[11] § 6 Abs. 1 lit. g und lit. h des Katarakt-Vertrages, Bl. 93 d.A.

zu lassen, so dass die Behandlung der teilnehmenden Patienten für die bundeslandfremden Augenärzte entgegen der Ausführungen der aägb[12] auch nicht im Rahmen der Regelversorgung möglich ist. Zusätzlich sieht der Katarakt-Vertrag einen finanziellen Anreiz für die konservativ tätigen Augenärzte vor, ihre Patienten nur an operierende Augenärzte zu verweisen, die an dem Vertrag teilnehmen. Sie erhalten für die Patienten, die sich in das Behandlungsprogramm einschreiben, eine Vor- und Nachuntersuchungspauschale in Höhe von […].[13] Dass dieser […] Vergütung zusätzliche Leistungen nach § 6a Katarakt-Vertrag gegenüberstehen, wie beispielsweise […], führt entgegen der Auffassung der aägb[14] nicht zu einer anderen Bewertung. Es ist jedem einzelnen Augenarzt selbst überlassen zu entscheiden, ob der durch den Vertrag erzielbare Zusatznutzen den damit verbundenen Mehraufwand lohnt bzw. wie hoch der durch die Zusatzleistungen entstehende Aufwand für ihn selbst tatsächlich ist. Dies führt zusätzlich dazu, dass die Patienten in das Programm gesteuert werden, und von den bundeslandfremden Augenärzten nicht im Wettbewerb zu den Augenärzten mit Vertragsarztsitz in Brandenburg behandelt werden können.

(43) Auch die Teilnahme am IVI-Vertrag ist den bundeslandfremden Augenärzten nicht möglich. Dies beschränkt die bundeslandfremden Augenärzte in ihrer Handlungsfreiheit, denn die vom IVI-Vertrag geregelten Leistungen der intravitrealen Injektionen sind zwar als Kassenleistungen anerkannt, gleichwohl aber mangels Aufnahme in den Einheitlichen Bewertungsmaßstab EBM nicht über die Versichertenkarte abrechenbar. Die Leistungen können daher im Rahmen der Regelversorgung nicht mit den Krankenkassen abgerechnet werden, vielmehr findet eine Privatliquidation des behandelnden Arztes statt.[15] Der IVI-Vertrag dient dazu, eine direkte Abrechnung mit den Krankenkassen zu ermöglichen.[16] Bundeslandfremde Augenärzte können in Brandenburg erbrachte IVI-Leistungen im Unterschied zu den dort tätigen Vertragsärzten nicht unmittelbar mit den Krankenkassen abrechnen, sondern der Patient muss in Vorleistung treten. Dies führt bei den bundeslandfremden Augenärzten und deren Patienten zu einem höheren administrativen Aufwand als bei den Vertragsärzten und zu einer finanziellen Vorleistungspflicht, welche die Patienten davon abhalten kann, einen bundeslandfremden Augenarzt aufzusuchen.

(44) Einer Beschränkung der Handlungsfreiheit der bundeslandfremden Augenärzte steht nicht entgegen, dass ihnen oder anderen Berufsvereinigungen *de jure* die Möglichkeit einge-

---

[12] Stellungnahme der aägb vom 18.06.2013, S. 5, Bl. 1230 d.A.

[13] Leitfaden der Augenärztegenossenschaft Brandenburg e.G. (Stand Januar 2013), S. 30, Bl. 757 d.A.

[14] Stellungnahme der aägb vom 27.06.2013, I.1.5, S. 5.

[15] Schreiben der aägb vom 17.08.2012, S. 3, Bl. 288 d.A.

[16] Schreiben der aägb vom 17.08.2012, S. 3, Bl. 288 d.A.

räumt ist, mit der AOK Nordost eigene Verträge über die im IVI-Vertrag geregelten Leistungen abzuschließen, wie die aägb meint.[17] Zunächst verlangte der IVI-Vertrag für das Gebiet Brandenburg bisher ebenfalls, dass der Vertragspartner seinen Vertragsarztsitz in Brandenburg hat.[18] Ein gleichlautender IVI-Vertrag konnte von Ärzten mit Vertragsarztsitz in Berlin beispielsweise nur für ihre Tätigkeit in Berlin geschlossen werden. Die Ausschreibung der AOK Nordost für den Abschluss von Selektiverträgen über den Versorgungsauftrag zur intravitrealen Injektion setzte dementsprechend einen Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg als Teilnahmevoraussetzung voraus.[19] Zudem ist die Möglichkeit zum individuellen Abschluss eines solchen Vertrages auch *de facto* beschränkt gewesen, denn der Abschluss von Verträgen nach § 73c Abs. 1 SGB V steht im Ermessen der Krankenkassen, d.h. die Wettbewerber der in der aägb organisierten Augenärzte haben weder Anspruch auf einen Vertragsschluss (§ 73c Abs. 3 S. 2 SGB V) noch auf ähnliche Konditionen. Hinzu kommt, dass die AOK Nordost das mit dem Vertrag nach den Ausführungen der aägb verfolgte Ziel, Versorgungsdefizite im Bundesland Brandenburg auszugleichen, bereits durch den Vertragsschluss mit der aägb erreicht hatte.[20] Da […][21], ergibt sich bei vorläufiger Beurteilung, dass die AOK Nordost auch tatsächlich angesichts des ausgeglichenen Versorgungsdefizits im Bundesland Brandenburg keine weiteren Verträge mit bundeslandfremden Augenärzten geschlossen hätte.

(45) Ferner bezweckt und bewirkt die Satzungsbestimmung des § 4 Abs. 1 der aägb-Satzung nach vorläufiger Ansicht des Bundeskartellamts eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den bundeslandfremden Augenärzten und den Augenärzten mit Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg.

(46) Augenärzte – insbesondere solche aus Berlin, die zwar über eine Abrechnungsbefugnis in Brandenburg verfügen, dort aber nur in einer Zweigpraxis oder im Rahmen einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft („ÜBAG“) augenärztlich tätig sind, können nicht Mitglied der aägb werden. Da eine Mitgliedschaft in der aägb die Wettbewerbsmöglichkeiten von Augenärzten in Brandenburg – insbesondere hinsichtlich der Teilnahme an Selek-

---

[17] Stellungnahme der aägb vom 18.06.2013, S. 4, Bl. 1229 d.A., Stellungnahme der aägb vom 27.06.2013, I.1.2, S. 3.

[18] Bekanntmachung zur Ausschreibung der AOK Nordost, Anlage 2 zum Schreiben der aägb vom 17.08.2012, Abschnitt III Teilnahmevoraussetzungen und Nachweis, Bl. 321 d.A., Schreiben der AOK Nordost vom 13.09.2012, S. 4, Bl. 386 d.A.

[19] Stellungnahme der aägb vom 27.06.2013, I.1.6, S. 5, Bekanntmachung der Ausschreibung durch die AOK Nordost im Internet, Bl. 456 f. d.A.

[20] Stellungnahme der aägb vom 18.06.2013, S. 6, Bl. 1231 d.A.

[21] […], Bl. 384 d.A.

tivverträgen nach § 73c SGB V – erheblich verbessern kann,[22] beschränken die Satzungsbestimmungen die Wettbewerbsmöglichkeiten von bundeslandfremden Augenärzten und damit den Wettbewerb in Brandenburg.

(47) Diese Wettbewerbsbeschränkung ist nach vorläufiger Beurteilung auch nicht deshalb vom Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommen, weil sie „genossenschaftsimmanent", das heißt erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der aägb als Genossenschaft zu sichern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es dabei darauf an, ob eine Wettbewerbsbeschränkung des betreffenden Inhalts typischerweise erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der fraglichen Genossenschaft zu sichern.[23] Dies ist nach vorläufiger Beurteilung der Beschlussabteilung bei § 4 Abs. 1 der Satzung der aägb (Gebot der brandenburgischen Hauptpraxis) nicht der Fall.

(48) Die aägb begründet die Voraussetzung für die Mitgliedschaft, dass ein Arzt nicht nur in einer Zweigpraxis dauerhaft in Brandenburg niedergelassen sein muss, mit landesbezogenen Honorarverteilungsinteressen. Man wolle damit eine entsprechende Organisationsstruktur der KVen abbilden und einen „gewissen regionalen Schutz" erreichen.[24]

(49) Diese Interessen, sollten sie überhaupt bestehen, vermögen die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung nicht zu rechtfertigen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Frage der Mitgliedschaft in einem augenärztlichen Berufsverband wie der aägb in einem konkreten Zusammenhang mit der Honorarverteilung im System der gesetzlichen Krankenversicherung („GKV") steht. So ist auch nicht erkennbar, weshalb die Mitgliedschaftsvoraussetzung der aägb, wonach ein Arzt nicht nur in einer Zweigpraxis dauerhaft in Brandenburg niedergelassen sein muss, Voraussetzung dafür sein sollte, dass die Honorarverteilung in der GKV den gesetzgeberischen Vorstellungen entsprechend erfolgt.

(50) Für den Bereich der Regelversorgung regelt die *„Richtlinie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung über die Durchführung der vertragsärztlichen Versorgung bei einer den Bereich einer Kassenärztlichen Vereinigung übergreifenden Berufsausübung (KV-übergreifende Berufsausübungs-Richtline)"* vom 8. März 2011 in § 4, dass die Abrechnung der vertragsärztlichen Leistungen für alle Tätigkeitsformen der KV-übergreifenden Berufsausübung (hierzu gehört nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 der Richtlinie auch die ÜBAG) jeweils bei der KV am Ort der Leistungserbringung erfolgt. Die jeweilige KV vergütet die

---

[22] Nach den Selektivverträgen der aägb, die der Beschlussabteilung in Kopie vorliegen, ist eine Mitgliedschaft in der aägb zumindest für alle konservativ tätigen Augenärzte unabdingbare Voraussetzung für eine Teilnahme an den Verträgen.

[23] BGH, Beschl. v. 10.11.1992, KVR 26/91 – *Taxigenossenschaft II*.

[24] Besprechungsprotokoll vom 16.04.2012, Bl. 251 d.A.

Leistung aus der jeweils an sie von den Krankenkassen gezahlten Gesamtvergütung nach den für ihren Bereich geltenden Regelungen und erlässt darüber einen Honorarbescheid. Weiter sind die beteiligten KVen verpflichtet, sich vor der Zuweisung der Regelleistungsvolumen bei KV-übergreifender Berufsausübung gegenseitig über die Ermittlung und Höhe des Regelleistungsvolumens zu unterrichten und bei Überschneidungen ggf. Anpassungen vorzunehmen (§ 6 der KV-übergreifende Berufsausübungs-Richtline).

(51) Für den Bereich der selektivvertraglichen Versorgung existiert keine mit der „KV-übergreifende Berufsausübungs-Richtline“ vergleichbare Regelung zur länder- bzw. KV-übergreifenden Berufsausübung. Die Teilnahmevoraussetzungen werden vielmehr im jeweiligen Selektivvertrag selbst festgelegt.

(52) Weder für den Bereich der Regelversorgung noch für den Bereich der selektivvertraglichen Versorgung ist ersichtlich, dass die Wirksamkeit der Regelungen zur Honorarverteilung durch die Zulassung von Ärzten zu einem Berufsverband in einem Bundesland oder KV-Bezirk, in denen sie lediglich eine weitere Praxis unterhalten, gefährdet würde.

(53) Unabhängig davon, ob die Versorgung durch einen in diesem Bundesland oder KV-Bezirk mit Vertragsarztsitz tätigen Arzt oder einen dort zugelassenen „bundesland- bzw. KV-fremden“ (z.B. mit einer Zweigpraxis ansässigen) Arzt erfolgt, wird sowohl das Budget für die Regelversorgung als auch das Budget für die selektivvertragliche Versorgung grundsätzlich für die Versorgung der im jeweiligen Bundesland bzw. KV-Bezirk wohnhaften Versicherten verwendet, die sich dort behandeln lassen.

(54) Diese Budgets dienen auch nicht – wie dies die aägb anzunehmen scheint – zugleich der „Versorgung“ der im jeweiligen Bundesland bzw. KV-Bezirk mit Vertragsarztsitz tätigen Ärzte, mit der Folge, dass diese Budgets nach Möglichkeit den im jeweiligen Bundesland bzw. KV-Bezirk mit Vertragsarztsitz tätigen Ärzten vorzubehalten wären. Mit den Systemen der Regelversorgung und der selektivvertraglichen Versorgung wollte der Gesetzgeber keinen solchen „Gebietsschutz“ für die im jeweiligen Bundesland bzw. KV-Bezirk mit einer Hauptpraxis ansässigen Ärzte schaffen. Vielmehr entspricht es dem gesetzgeberischen Willen, dass Versicherte in der GKV in Deutschland grundsätzlich die sie behandelnden Vertragsärzte frei wählen können. Zur freien Arztwahl nach § 76 SGB V gehört es, auch einen Arzt wählen zu können, der im jeweiligen Bundesland bzw. KV-Bezirk „nur“ mit einer Zweigpraxis oder im Rahmen einer ÜBAG niedergelassen ist.

(55) Die Beschränkung des Wettbewerbs durch die Regelung in der aägb-Satzung entfällt entgegen der Meinung der aägb[25] auch nicht dadurch, dass neben der Satzung auch die

[25] Schreiben der aägb vom 17.08.2012, S. 7, Bl. 292 d.A.

Selektivverträge den Vertragsarztsitz für die Teilnahme an dem Vertrag voraussetzen. Die in den Selektivverträgen enthaltene Voraussetzung eines Vertragsarztsitzes verstößt nämlich, wie oben ausgeführt, ihrerseits gegen § 1 GWB und kann daher nicht die Regelung in der aägb-Satzung legitimieren.

(56) § 4 Abs. 1 aägb-Satzung beschränkt im Ergebnis nach vorläufiger Beurteilung des Bundeskartellamts den Wettbewerb zwischen den in der aägb organisierten Augenärzten mit Vertragsarztsitz in Brandenburg und den bundeslandfremden Augenärzten um das Angebot der selektivvertraglichen augenärztlichen Leistungen, über welche die aägb einen Vertrag geschlossen hat, darunter insbesondere die Leistungen nach Katarakt- und IVI-Vertrag.

(57) Diese Wettbewerbsbeschränkung wird durch Katarakt- und IVI-Vertrag sowie die Satzung der äagb nach vorläufiger Beurteilung des Bundeskartellamts bezweckt und bewirkt. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die Beschränkung bei objektiver Auslegung des Vertrages geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.[26] Dabei ist auf den Inhalt der Bestimmungen und die mit ihnen verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie stehen, abzustellen. Im Rahmen der Beurteilung dieses Zusammenhangs sind auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen.[27] Ist die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar Gegenstand der Vereinbarung, ist sie stets bezweckt.[28] Der Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung hat dabei eine objektive Bedeutung. Auf die von den Parteien verfolgten Absichten, also ob die Beschränkung beispielsweise gewollt oder bewusst veranlasst worden ist, kommt es entgegen der Ansicht der AOK[29] nicht an.[30]

(58) Im vorliegenden Fall verhindern die Regelungen in Katarakt- und IVI-Vertrag für sich und - soweit dort die aägb-Mitgliedschaft vorausgesetzt wird - im Zusammenspiel mit der Regelung in § 4 Abs. 1 aägb-Satzung, dass bundeslandfremden Augenärzte als Wettbewerber der in der aägb organisierten Augenärzte die in den Verträgen geregelten Leistungen ge-

---

[26] *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., § 1 GWB Rdnr. 125 mwN; Mitteilung der Kommission — Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Text von Bedeutung für den EWR, ABl. EG Nr. C 11/8, Rdnr. 24.

[27] EuGH, Urt. v. 14.03.2013, Rs. C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others v. Gazdasági Versenyhivatal,* Rz. 36 mwN.

[28] *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., § 1 GWB Rdnr. 125.

[29] Stellungnahme der AOK Nordost vom 18.06.2013, S. 3, Bl. 1221 d.A.

[30] *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 157 mwN.

genüber den Versicherten der AOK Nordost zu den dortigen Bedingungen erbringen und abrechnen können. Damit ergibt sich bereits unmittelbar aus den Verträgen eine Beschränkung der Handlungsfreiheit für die Wettbewerber. Die AOK-Selektivverträge bezwecken damit nach vorläufiger Einschätzung des Bundeskartellamts einen Gebietsschutz zu Gunsten der in Brandenburg mit Vertragsarztsitz tätigen Augenärzte in Bezug auf die Vertragsleistungen und die Versicherten der AOK Nordost. Diese Beschränkung wurde mit dem Vertragsschluss zugleich bewirkt, denn die Handlungsfreiheit der Wettbewerber wurde hierdurch auch tatsächlich eingeschränkt. Der Beigeladene konnte als Augenarzt mit Vertragsarztsitz in Berlin nicht im Rahmen seiner Tätigkeit in einer ÜBAG im Bundesland Brandenburg an den AOK-Selektivverträgen teilnehmen.

(59) Gleiches gilt für die Regelung von § 4 Abs. 1 aägb-Satzung, die verhindert, dass bundeslandfremde Augenärzte, die im Bundesland Brandenburg zulässigerweise augenärztlich tätig sind, Mitglieder der aägb werden und ohne Zahlung einer Kompensationsgebühr an den zwischen aägb und den Krankenkassen geschlossenen Selektivverträgen teilnehmen können, soweit die Verträge die Mitgliedschaft in der aägb voraussetzen. Insoweit bleibt es ihnen verwehrt, die darin geregelten Leistungen zu den von der aägb vereinbarten Konditionen zu erbringen und mit den Krankenkassen abrechnen zu können. Da sich diese Beschränkung zu Lasten der bundeslandfremden Augenärzte bereits aus der aägb-Satzung selbst ergibt, ist die Beschränkung bezweckt. Sie wird auch bewirkt, denn der Beigeladene kann als Augenarzt mit Vertragsarztsitz in Berlin trotz seiner Tätigkeit im Bundesland Brandenburg nicht Mitglied der aägb werden.

(60) Da rund 28% der gesetzlich krankenversicherten Personen im Bundesland Brandenburg bei der AOK Nordost versichert sind[31] und die AOK Nordost ihre Versicherten zu den an dem Vertrag teilnehmenden Ärzten steuert,[32] und die Selektivverträge die augenärztliche Behandlungen sehr häufiger Erkrankungen betreffen, ist die Wettbewerbsbeschränkung auch spürbar.

2. Keine Freistellung vom Kartellverbot nach § 2 GWB

(61) Nach vorläufiger Beurteilung durch die Beschlussabteilung ist die Beschränkung des Vertrages auf Ärzte mit Vertragsarztsitz in Brandenburg und Mitglieder in der aägb auch nicht ausnahmsweise von dem Kartellverbot freigestellt nach § 2 GWB. Soweit sich die AOK Nordost darauf beruft, dass ein Versorgungsdefizit im Gebiet Brandenburg diese

---

[31] Stichtag 1.07.2012, siehe Statistik über Versicherte gegliedert nach Status, Alter, Wohnort und Kassenart, http://www.bmg.bund.de/krankenversicherung/zahlen-und-fakten-zur-krankenversicherung.html .

[32] Siehe http://www.aok.de/nordost/gesundheit/behandlung-aok-curaplan-augen-teilnahme-159205.php.

Beschränkung erfordert hätte, ist dies nicht nachvollziehbar. Gerade in einem Fall der Unterversorgung müsste seitens der Krankenkasse ein Interesse daran bestehen, dass sich an der Versorgung möglichst viele Ärzte beteiligen, und sei es auch nur zeitweise in einer Zweigpraxis.

(62) Ähnlich verhält es sich mit dem Hinweis darauf, dass auf diese Weise eine „wohnortnahe Versorgung“ sichergestellt werden sollte. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grund Ärzte, die im Bundesland Brandenburg allein eine Zweigpraxis betreiben, nicht zur wohnortnahen Versorgung beitragen.

V. Zuständigkeit des Bundeskartellamtes

(63) Das Bundeskartellamt ist gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB zuständig, denn die oben beschriebenen Satzungs- und Vertragsbestimmungen bezwecken und bewirken nach vorläufiger Beurteilung eine Abschottung des Bundeslandes Brandenburg gegenüber anderen, insbesondere benachbarten Bundesländern. Die Wirkungen der oben dargestellten Verhaltensweisen erstrecken sich daher über die Grenzen von Brandenburg hinaus auf mehrere Bundesländer.

VI. Die Verpflichtungszusagen sind geeignet die Bedenken auszuräumen

(64) Die von der aägb angebotenen und unter III. wiedergegebenen Verpflichtungszusagen sind geeignet, die derzeit nach vorläufiger Beurteilung vorliegenden, oben dargestellten Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber bundeslandfremden Augenärzten zu beseitigen.

(65) Das Bundeskartellamt hat zunächst die Gleichstellung der mit Vertragsarztsitz außerhalb des Bundeslandes Brandenburgs niedergelassenen Augenärzte mit den Augenärzten zum Ziel, die im Bundesland Brandenburg mit Vertragsarztsitz niedergelassen sind. Dies wird dadurch erreicht, dass eine Änderung der Verträge und der aägb-Satzung zugesagt wurden.

(66) Die oben dargestellte Abschottung des Marktes in Brandenburg für Augenärzte wird durch die Verpflichtungszusagen der aägb im Zusammenhang mit den von der AOK Nordost abgegebenen und mit Beschluss vom 24. Juni 2013 gegenüber der AOK Nordost für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen beseitigt. Hiernach sollen der Katarakt-Vertrag und der IVI-Vertrag gemeinsam von aägb und AOK Nordost dahingehend geändert werden, dass auch Augenärzte mit Vertragsarztsitz außerhalb des Bundeslandes Brandenburg an den Verträgen teilnehmen können, soweit sie zulässiger Weise im Bundesland Brandenburg ärztlich tätig sind.

(67) Ferner soll künftig jede natürliche Person Mitglied in der aägb werden können, die als Augenarzt über eine Niederlassung in Brandenburg verfügt. Unter dem Begriff der Niederlassung verstehen die AOK Nordost und die aägb in diesem Zusammenhang aber unabhängig von den oben aufgeführten gesetzlichen Regelungen nicht nur die Haupt-, sondern insbesondere auch die Zweigniederlassung sowie die Tätigkeit in einem fremden Bundesland im Rahmen einer ÜBAG. Die Bedenken des Beigeladenen, dass auch der Begriff der „Niederlassung“ als „Vertragsarztsitz“ zu verstehen sein könnte, ist damit ausgeräumt.

(68) Die von der aägb und der AOK Nordost zugesagten Änderungen in den Verträgen zwischen den Beteiligten sowie die von der aägb zugesagte Änderung der Satzung bewirken, dass Mitglieder der aägb ohne Vertragsarztsitz in Brandenburg nicht schlechter gestellt werden, als Mitglieder mit Vertragsarztsitz in Brandenburg. Beide können an den Verträgen grundsätzlich teilnehmen, sofern sie die weiteren Teilnahmevoraussetzungen erfüllen, die insbesondere Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung stellen.

(69) Nur beide zugesagten Änderungen gemeinsam führen zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten der bundeslandfremden Augenärzte: Eine Änderung allein der Verträge hätte nicht genügt, denn der Katarakt-Vertrag wäre bundeslandfremden Augenärzten mangels Möglichkeit, Mitglied der aägb zu werden, weiter versperrt geblieben. Beim IVI-Vertrag ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Krankenkasse tatsächlich einen Vertrag mit anderen Vertragspartnern als der aägb schließt, aus den oben aufgeführten Gründen gering, so dass die wettbewerbliche Handlungsfreiheit weiter beschränkt bliebe. Würde nur die aägb-Satzung geändert, beseitigte dies die oben dargestellten Beschränkungen ebenfalls nicht, weil die Verträge für die Teilnahme einen Vertragsarztsitz in Brandenburg voraussetzen.

(70) Die Zusage der aägb, in Zukunft den Abschluss von Verträgen mit Krankenkassen nach § 69 Abs. 1 SGB V grundsätzlich auch solchen Augenärzten zu ermöglichen, die lediglich über eine Niederlassung in Brandenburg verfügen, also beispielsweise eine Zweigpraxis betreiben oder im Rahmen einer ÜBAG im Bundesland Brandenburg tätig sind, beseitigt eine Benachteiligung der bundeslandfremden Augenärzte auch bei allen neuen Verträgen mit anderen Krankenkassen, so dass auch sie von den Verträgen profitieren können. Diese Zusage gilt insoweit, als auf diese Verträge das Kartellrecht Anwendung findet und für die ein Vertragsarztsitz im Bundesland Brandenburg keine zwingende (sozial-)rechtliche Voraussetzung für die Teilnahme am Vertrag ist.

(71) Im Hinblick auf die von Nichtmitgliedern der aägb im Rahmen des Katarakt-Vertrages zu leistende Kompensationsgebühr werden zwar möglicherweise Nichtmitglieder der aägb gegenüber Mitgliedern der aägb benachteiligt. Nach Beseitigung der Beschränkung im

Hinblick auf die Mitgliedschaft in der aägb durch eine gesonderten Verpflichtungszusage von Seiten der aägb bzw. Verfügung des Bundeskartellamts hat diese Regelung aber keine direkte oder indirekte Benachteiligung von Augenärzten mit Vertragsarztsitz außerhalb des Bundeslandes Brandenburg mehr zur Folge; insoweit hat das Bundeskartellamt daher von seinem Aufgreifermessen Gebrauch gemacht und diese Vertragsregelung nicht in das vorliegende Verfahren einbezogen.

(72) Ähnlich verhält es sich mit dem Doppelmitgliedschaftsverbot in der Satzung der aägb. Auch dieses gilt für bundeslandfremde Augenärzte ebenso wie für brandenburgische Augenärzte. Doppelmitgliedschaftsverbote können bei Genossenschaften aber ausnahmsweise zulässig sein, wenn diese „genossenschaftsimmanent" sind, also für die Ziele der Genossenschaft unerlässlich sind. Dies wird u.a. bejaht, wenn die Doppelmitgliedschaft dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen dient[33]. Auch insoweit hat die Beschlussabteilung aber von ihrem Aufgreifermessen Gebrauch gemacht und diese Regelung in das vorliegende Verfahren nicht einbezogen.

(73) Daher erklärt die Beschlussabteilung im Rahmen ihres Ermessens die Verpflichtungszusagen für bindend und stellt das Verfahren nach Maßgabe des § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB ein.

VII. Gebühren

(74) Amtshandlungen aufgrund von § 32 b GWB sind gem. § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB gebührenpflichtig. Dabei darf die Gebühr hier nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB 25.000 EUR nicht übersteigen. Ist der personelle oder sachliche Aufwand unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung besonders hoch, kann diese Gebühr bis auf das Doppelte erhöht werden (§ 80 Abs. 2 Satz 3 GWB).

(75) Die Höhe der Gebühren richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat (§ 80 Abs. 2 Satz 1 GWB). Von den genannten Bestimmungsmerkmalen kommt der wirtschaftlichen Bedeutung das größte Gewicht zu. Entspricht die nach diesen Bestimmungsmerkmalen festgestellte wirtschaftliche Bedeutung dem Durchschnitt, ist grundsätzlich eine mittlere Gebühr angemessen. Diese beträgt nach dem derzeit geltenden Gebührenrahmen 12.500 EUR. Von diesem Mittelwert sind, abhängig von der jeweiligen wirtschaftlichen Bedeutung und dem Arbeitsaufwand, Zu- oder Abschläge vorzunehmen, deren Höhe im pflichtgemäßen Ermessen der Kartell-

[33] BGH, Beschl. v. 10.11.1992, KVR 26/91 – *Taxigenossenschaft II*.

behörde liegt (vgl. OLG Düsseldorf WuW 2000, 894 „Tequila“, KG WuW/E OLG 5259 "Kleinhammer", KG WuW/E OLG 5287 "Finanzbeteiligung Gebühr"). Zur Bemessung der wirtschaftlichen Bedeutung ist die Wettbewerbsbeschränkung und deren Intensität sowie die Marktbedeutung der Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen.[34]

(76) […]

(77) […]

(78) [...]

(79) [...]

(80) [...]

(81) [...]

(82) […]

[34] *Stockmann* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 80 Rdnr. 15 mwN.

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 Dr. Wimmer Töllner

Sie werden darauf hingewiesen, dass diese Entscheidung - im Volltext - im Internet veröffentlicht wird. Sie werden daher gebeten, der Beschlussabteilung innerhalb von 7 Tagen nach Zustellung dieses Beschlusses gegebenenfalls schriftlich mitzuteilen, dass die Entscheidung - über von Ihnen im Verfahren bereits als solche erkennbare Geschäftsgeheimnisse hinaus - weitere Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor Veröffentlichung zu löschen sind. Bitte begründen Sie mit eingeschriebenem Brief oder per Telefax, warum es sich bei den von Ihnen gewünschten Löschungen um Geschäftsgeheimnisse handelt. Sollte die zuständige Beschlussabteilung innerhalb von 7 Tagen keine Nachricht von Ihnen erhalten, geht das Bundeskartellamt davon aus, dass diese Entscheidung keine weiteren Geschäftsgeheimnisse enthält, und wird sie veröffentlichen.