

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
25. September 2001

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 3 KR 3/01 R

1. Landesinnung Hessen für Orthopädiertechnik,
Karlstraße 14, 64546 Mörfelden-Walldorf,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

2. Bundesinnungsverband für Orthopädiertechnik,
Reinoldistraße 7-9, 44135 Dortmund,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte: 1.,

2.,

g e g e n

1. Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V.,
Frankfurter Straße 84, 53721 Siegburg,

2. Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V.,
Frankfurter Straße 84, 53721 Siegburg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

Deutscher Apotheker-Verband e.V.,
Ginnheimer Straße 26, 65760 Eschborn,

Prozeßbevollmächtigte:

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. L a d a g e , die Richter Prof. Dr. U d s c h i n g und S c h r i e v e r sowie die ehrenamtlichen Richter H e i t h e c k e r und H o h e n s t e i n für Recht erkannt:

Die Revisionen der Kläger gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 20. Juli 2000 werden zurückgewiesen.

Die Kläger haben die außergerichtlichen Kosten der Beklagten und des Beigeladenen in allen Rechtszügen zu erstatten.

G r ü n d e :

|

Die Kläger, eine Landesinnung sowie der Bundesinnungsverband als Dachverband der Landesinnungen der Orthopädiemechaniker und Bandagisten mit 113 bzw mittelbar 1.550 Mitgliedsbetrieben, wenden sich gegen die Durchführung eines zwischen den beklagten Ersatzkassenverbänden und dem beigeladenen Dachverband der Landesapotheker-Verbände (DAV) abgeschlossenen "Hilfsmittellieferungsvertrags", soweit es darin um Hilfsmittel geht, die handwerklich individuell angefertigt (Hilfsmittel der Gruppe 1) bzw behinderten- und therapiegerecht zugerichtet (Hilfsmittel der Gruppe 2) werden müssen. Nicht beanstandet wird die Lieferung von Hilfsmitteln, die serienmäßig gefertigt sind und keiner besonderen Zurichtung bedürfen (Hilfsmittel der Gruppe 3).

Mit Wirkung ab dem 1. Juli 1995 schlossen die Beklagten am 4. Mai 1995 mit dem Beigeladenen einen "Hilfsmittellieferungsvertrag" (im folgenden: Vertrag) nach § 126 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), der für die Mitgliedskassen des VdAK/AEV (Ersatzkas-

sen) und für öffentliche Apotheken gilt, deren Leiter einem Mitgliedsverband des DAV angehören. Dieser enthält ua folgende Regelung:

"§ 3 Lieferberechtigung

- (1) Apotheken bedürfen zur Abgabe von Hilfsmitteln zu Lasten der Ersatzkassen einer Zulassung. Für die Zulassung sind fachliche, räumliche und sachliche Anforderungen zu erfüllen. Die Anforderungen richten sich nach den gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 126 Abs 2 SGB V zur einheitlichen Anwendung der Zulassungsbedingungen nach § 126 Abs 1 SGB V für Leistungserbringer von Hilfsmitteln in ihrer jeweils gültigen Fassung, soweit dieser Vertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält.
- (2) Die Apotheken gelten für die Abgabe von Hilfsmitteln als zugelassen, wenn an den Hilfsmitteln keine behinderten- und therapiegerechte Zurichtung notwendig ist und das Hilfsmittel nicht handwerklich individuell angefertigt werden muß, wie zB Inkontinenzhilfen, Stoma-Artikel, Dekubitushilfen und Katheter.
- (3) Die Apotheken bedürfen für die Abgabe von Hilfsmitteln zu Lasten der Krankenkassen einer besonderen Zulassung nach § 126 SGB V, wenn am Hilfsmittel eine behinderten- und therapiegerechte Zurichtung notwendig ist. Dies gilt insbesondere für die Lieferung folgender Hilfsmittel:
 - a) Hilfsmittel für Dekubitusversorgungen, zB Matratzen zur Ganzkörperentlastung, Wechseldruckmatratzen und Wasserbetten
 - b) Medizinische Bandagen
 - c) Medizinische Hilfsmittel zum Halten von Körperteilen, zB Bruchbänder, Leib- und Stützbandagen und Suspensorien
 - d) Hilfsmittel zur künstlichen Ernährung, zB Ernährungspumpen
 - e) Beatmungs- und Sauerstoffgeräte inklusive Zubehör
 - f) Alltagshilfen zur Krankenpflege und Rehabilitation, zB Geh- und Stützgestelle, Gehwagen, Einstiegshilfen in Badewannen und Badewannenlifter
 - g) Hilfsmittel zur Lagerung, Umlagerung und zum Transport, zB Krankenfahrzeuge, Krankenbetten und Lifter aller Art
 - h) Stoma-Erstversorgung und -Versorgungsänderung mit Abmessungen
 - i) Kompressionsstrümpfe bzw Kompressionsstrumpfhosen.
- (4) Eine besondere Zulassung ist auch für die Abgabe von handwerklich individuell angefertigten und handwerklich zugerichteten Hilfsmitteln erforderlich.

(5) Die Zulassung nach Abs 3 und 4 erteilt der für den Sitz der Apotheke zuständige Ortsausschuß des VdAK/AEV auf Antrag der Apotheke (Anlage 1). Der für die Zulassung erforderliche Nachweis besonderer fachlicher Kenntnisse erfolgt nach Anlage 2."

Der Nachweis der erforderlichen Fachkenntnisse konnte danach über den Besuch von Seminaren und den Erwerb von Zertifikaten erbracht werden.

Mit Wirkung ab 1. Oktober 2000 wurde dieser Vertrag durch eine am 29. August/13. September 2000 abgeschlossene Neuregelung abgelöst. Der neue Vertrag erfaßt nicht mehr die Lieferung von handwerklich individuell angefertigten Hilfsmitteln (Gruppe 1), sondern nur noch die Lieferung von Hilfsmitteln der Gruppen 2 und 3. Der Nachweis besonderer fachlicher Kenntnisse wird dabei nur für die Lieferung von Hilfsmitteln der Gruppe 2 verlangt (§ 3 Abs 2 und Anlage 3 des Vertrags). Jede Apotheke bedarf nun einer individuellen Zulassung als Leistungserbringer nach § 126 SGB V; die Bestimmung des alten Vertrags über die pauschale Zulassung aller Apotheken im Falle der Beschränkung auf die Abgabe von Hilfsmitteln der Gruppe 3 wurde gestrichen.

Mit ihrer Unterlassungsklage haben die Kläger geltend gemacht, die Beklagten hätten durch den Vertragsabschluß mit dem Beigeladenen die den Verbänden der Orthopädie-techniker (Orthopädiemechaniker und Bandagisten) allein zustehende Kompetenz zum Abschluß von Verträgen über orthopädische Hilfsmittel (Vertragskompetenz nach § 127 SGB V) verletzt. Die Vertragskompetenz der Apotheker-Verbände nach § 129 SGB V umfasse nur die Versorgung mit Arzneimitteln und einigen Hilfsmitteln der Gruppe 3, die schon traditionell zum Sortiment von Apotheken gehören. Außerdem handelten die Beklagten wettbewerbswidrig, weil sie den Apotheken durch die Einbeziehung orthopädischer Hilfsmittel der Gruppen 1 und 2 in den Versorgungsvertrag Vertriebsmöglichkeiten einräumen, die ihnen nach der Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) und der Handwerksordnung (HwO) verboten seien. Nach dem Vertrag würden handwerkliche Leistungen aufgrund von internen Weiterbildungskursen ermöglicht, obwohl nach der HwO für handwerklich angefertigte oder zugerichtete Hilfsmittel das Bestehen eines Handwerksbetriebs mit Eintragung in die Handwerksrolle vorgeschrieben sei. Angesichts der mittlerweile unüberschaubaren Angebotsvielfalt und der eigenverantwortlichen Letztentscheidung des Hilfsmittellieferanten über die konkrete Umsetzung der ärztlichen Verordnung bei der Hilfsmittelversorgung der Versicherten sei eine spezifische Facherfahrung und Marktübersicht notwendig, die bei Apotheken fehle (zB Auswahl individueller Dekubitusartikel; Maßnahmen für einen Kompressionsstrumpf; Entscheidung über die optimale technische Apparatur und Einstellung bei einer Sauerstofftherapie). Die hierzu erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten gewährleiste nur die Meisterprüfung der Orthopädiemechaniker und Bandagisten gemäß der Verordnung über das Berufsbild und über die

Prüfungsanforderungen im praktischen und fachtheoretischen Teil der Meisterprüfung für das Orthopädiemechaniker- und Bandagisten-Handwerk (OrthBandMstrV) vom 26. April 1994 (BGBl I 904).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klagen abgewiesen (Urteil vom 17. März 1998), das Landessozialgericht (LSG) die Berufungen der Kläger zurückgewiesen (Urteil vom 20. Juli 2000). Es hat die Auffassung vertreten, der - in beiden Vorinstanzen allein Streitgegenstand gewesene - Vertrag vom 4. Mai 1995 verstöße weder gegen die Vertragskompetenz der Kläger noch gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen.

Mit der Revision rügen die Kläger eine Verletzung der §§ 126, 127, 129 SGB V sowie der §§ 1, 13 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) iVm § 25 ApBetrO bzw §§ 1, 3, 46 HwO.

Die Kläger beantragen,

1. die Urteile des SG Köln vom 17. März 1998 und des LSG Nordrhein-Westfalen vom 20. Juli 2000 zu ändern,
2. die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, in Hilfsmittellieferungsverträgen mit dem Beigeladenen Apothekern die Möglichkeit einzuräumen, an Versicherte der Mitgliedskassen der Beklagten Hilfsmittel iS von §§ 126 bis 128 SGB V abzugeben, welche eine behinderten- und therapiegerechte Zurichtung erfordern und/oder handwerklich individuell angefertigt und/oder handwerklich zugerichtet werden müssen,
3. den Beklagten für jeden Fall der Zu widerhandlung die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000,00 DM gegen sie oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten gegen ihre gesetzlichen Vertreter anzudrohen.

Die Beklagten und der Beigeladene beantragen,

die Revisionen zurückzuweisen.

Sie meinen, durch die Neufassung des § 69 SGB V sei es den Klägern seit dem 1. Januar 2000 verwehrt, einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen geltend zu machen. Im übrigen verteidigen sie das angefochtene Urteil.

II

Die Revisionen der Kläger sind nicht begründet. Eine Verletzung ihrer Vertragskompetenz liegt nicht vor. Einen etwaigen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen durch Verletzung apothekenbetriebsrechtlicher oder handwerksrechtlicher Vorschriften

können die Kläger seit dem 1. Januar 2000 nicht mehr geltend machen. Insoweit fehlt ihnen seitdem schon die Klagebefugnis.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nicht mehr der erste Vertrag vom 4. Mai 1995, mit dem allein sich die Vorinstanzen beschäftigt haben. Er ist zum 1. Oktober 2000, also nach Beendigung des Berufungsverfahrens, außer Kraft getreten und zeitgleich durch den zweiten Vertrag vom 29. August/13. September 2000 abgelöst worden. Da eine gegen eine noch andauernde Beeinträchtigung gerichtete Unterlassungsklage immer auf die Verurteilung zur Unterlassung eines bestimmten Handelns oder Verhaltens für die Zukunft gerichtet ist und die Kläger eine zusätzliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vertragsdurchführung für die Vergangenheit nicht beantragt haben, kam es allein auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren (25. September 2001) an. Zu diesem Zeitpunkt war nicht mehr der erste, sondern der zweite Vertrag in Kraft. Dies kann als neue Tatsache auch im Revisionsverfahren berücksichtigt werden, weil es zur Kennzeichnung des Streitgegenstandes notwendig ist (BSG SozR 1500 § 163 Nr 1). Eine unzulässige Klageänderung nach § 168 Sozialgerichtsgesetz (SGG) liegt insoweit nicht vor, weil sich der Unterlassungsanspruch ungeachtet der Ausklammerung der Hilfsmittel der Gruppe 1 aus dem neuen Vertrag gegen ein im Kern unverändertes Verhalten der Beklagten und des Beigeladenen richtet.

1) Die Klage ist zulässig, aber unbegründet, soweit die Kläger eine Verletzung ihrer Vertragskompetenz nach § 127 SGB V geltend machen. Die Beklagten haben sich nicht geweigert, mit den Klägern einen Vertrag über die Versorgung der Versicherten mit orthopädischen Hilfsmitteln zu schließen. Vielmehr haben zB der Kläger zu 2) und die Beklagten am 15. Dezember 1999 einen Rahmenvertrag nach § 127 SGB V abgeschlossen.

Ein Monopol zum Abschluß von Rahmenverträgen über die Versorgung mit orthopädischen Hilfsmitteln steht den Klägern (und anderen Verbänden der Orthopädietechniker, vgl Urteil des Senats vom 25. September 2001 im Parallelverfahren B 3 KR 17/00 R) auf der anderen Seite nicht zu. Die Kläger berufen sich zu Unrecht darauf, der Gesetzesystematik des SGB V, das die einzelnen Gruppen und Bereiche der Leistungserbringer (Ärzte, Zahnärzte, Leistungserbringer von Heilmitteln, Leistungserbringer von Hilfsmitteln, Apotheken und pharmazeutische Unternehmen, sonstige Leistungserbringer) deutlich voneinander trenne, liege der Gedanke zugrunde, jede im Gesetz aufgeführte Gruppe dürfe nur in dem ihr zugewiesenen Bereich Verträge abschließen und dort tätig werden. Diese Rechtsauffassung ist zumindest für den hier relevanten Bereich der Hilfsmittelversorgung aus dem geltendem Recht nicht herzuleiten. Vielmehr sprechen das Gebot zur Beachtung der Vielfalt der Leistungsanbieter (§ 2 Abs 3 SGB V) und der Umstand, daß im Gegensatz zur Arzneimittelversorgung (Rahmenvertrag nach § 129 Abs 2 SGB V und ergänzende Apothekenlieferungsverträge nach § 129 Abs 5 SGB V) der Kreis der Ver-

tragspartner für Hilfsmittel nach § 126 SGB V (ebenso wie der für Heilmittel nach § 124 SGB V) gesetzlich nicht festgelegt worden ist, dafür, daß hier keine Exklusivität der Vertragsbeziehungen zu einzelnen Gruppen von Leistungserbringern besteht. Alle geeigneten Leistungserbringer haben unabhängig von ihrer Berufsgruppe bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen einen bedarfsunabhängigen ("zuzulassen ist") Rechtsanspruch auf Zulassung zur Versorgung der Versicherten (vgl BSG, Urteile vom 29. November 1995 - 3 RK 25/94 - BSGE 77, 108, 115 = SozR 3-2500 § 126 Nr 1 und vom 17. Januar 1996 - 3 RK 2/95 - BSGE 77, 219, 222 = SozR 3-2500 § 124 Nr 3; von Maydell in: GK-SGB V, § 126 RdNr 24; Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 126 SGB V, RdNr 4).

Eine Auslegung unter Einschränkung des Wortlauts des § 126 SGB V, jede im Gesetz aufgeführte Gruppe von Leistungserbringern dürfe nur in dem ihr traditionell zugewiesenen Bereich Verträge abschließen und tätig werden, verstieße zudem gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art 12 Abs 1 Grundgesetz (GG). Da Heil- und Hilfsmittel nach den §§ 124, 126 SGB V nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden dürfen, hat die Zulassung hier eine ähnliche wirtschaftliche Bedeutung wie eine Zulassung für die Vertragsärzte. Die Verweigerung einer Zulassung stellt deshalb eine Begrenzung der Berufsfreiheit auf der Stufe der Berufsausübung dar, die in ihrer Wirkung einer Beschränkung der Berufswahl iS des Art 12 Abs 1 GG nahe kommen kann (BSG SozR 3-2500 § 124 Nr 7; Knittel in: Krauskopf, aaO, § 124 RdNr 4; vgl hierzu auch BVerfGE 69, 233, 244); Apotheker werden allerdings bei der Zulassung zur Hilfsmittelerbringung nur in einem Randbereich betroffen. Aber auch insoweit ist die Einschränkung der Berufsfreiheit nur zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig (BSG aaO; BGH, Urteil vom 21. September 2000 - I ZR 216/98; Knittel, aaO).

Zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter wie der Gesundheit der Versicherten ist es nicht erforderlich, allein der Berufsgruppe der Orthopädietechniker die Versorgung mit Hilfsmitteln zu übertragen. Entscheidend ist nicht, wer die Versorgung durchführt, sondern wie die Versorgung durchgeführt wird. Die Krankenkassen haben im Rahmen ihres Sicherstellungsauftrags (vgl § 70 SGB V) dafür zu sorgen, daß die Versorgung in der fachlich gebotenen Qualität und wirtschaftlich erfolgt. Die Gewährleistung der erforderlichen Qualität ist vor der Zulassung zu prüfen (§ 126 Abs 1 Satz 2 SGB V). Ob die zwischen den Beklagten und dem Beigeladenen abgeschlossenen Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln geeignet sind, die gebotene Qualität in allen Fällen zu gewährleisten, kann hier dahinstehen. Denn dies stellt die grundsätzliche Berechtigung der Krankenkassen, derartige Verträge mit anderen Leistungserbringern als den Orthopädietechnikern abzuschließen, nicht in Frage. Ein wesentliches Instrument zur Erreichung größtmöglicher Wirtschaftlichkeit in der Versorgung der Versicherten ist gerade der Wettbe-

werb unter verschiedenen Leistungserbringern. Die Zuerkennung einer Monopolstellung für eine bestimmte Berufsgruppe läuft dem zuwider; sie bedarf deshalb einer besonderen Rechtfertigung.

Eine solche Monopolstellung zum Abschluß von Verträgen kommt allerdings dem Beigelauden als der maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker bei der Arzneimittelversorgung zu (§ 129 SGB V). Diese beruht auf der ausschließlichen gesetzlichen Befugnis von Apothekern zur Abgabe von apothekenpflichtigen Arzneimitteln (§ 1 Apothekengesetz <ApG>). Der Gesetzgeber hat der Arzneimittelsicherheit und der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung besonders hohen Rang eingeräumt, so daß beim Nichtzustandekommen von Rahmenverträgen über die Arzneimittelversorgung sogar ein Ersatz durch eine Schiedsstellenentscheidung vorgesehen ist (vgl § 129 Abs 7 und 8 SGB V). Aus dieser Sonderregelung läßt sich nicht ableiten, daß auch für andere Leistungserbringer in ihrem traditionalen Berufsfeld ein Betätigungsmonopol und damit eine ausschließliche Vertragskompetenz besteht.

Daß die Apotheker neben Arzneimitteln auch zur Abgabe sonstiger apothekenüblicher Waren, insbesondere zur Abgabe von Mitteln zur Krankenpflege, berechtigt sind, ergibt sich aus § 25 ApBetrO iVm § 21 ApG. Was im Einzelnen darunter fällt und in welchem Umfang "Nebengeschäfte" dieser Art zulässig sind, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Soweit die Abgabe gesetzlich zulässig ist, dürfen die Krankenkassen mit den Apothekern und ihren Verbänden auch Verträge darüber abschließen, selbst wenn Waren gleicher Art auch von den Orthopädietechnikern geliefert werden. Ein Monopol dieser Berufsgruppe besteht insoweit nicht.

Allerdings ist es den Apothekern nicht erlaubt, neben dem Apothekenbetrieb selbständig einen Handwerksbetrieb zu führen, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 HwO). Das gilt auch für die Führung als sog Nebenbetrieb, sofern die Unerheblichkeitsgrenze überschritten wird (§ 3 Abs 2 HwO). Der Revision ist darin zu folgen, daß zB viele Prothesen nur handwerksmäßig (vgl dazu Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 5. Aufl 1987, RdNr 1094 ff) hergestellt werden können, weil sie hohes handwerkliches Wissen und Können ("meisterlich-geistige Beherrschung der Materie", vgl Stober aaO RdNr 1098) voraussetzen. Das Leistungserbringerrecht hat den Vorrang des Berufs- und Gewerberechts zu wahren (vgl BSGE 77, 108 = SozR 3-2500 § 126 Nr 1; SozR 3-2500 § 124 Nr 2). Dadurch, daß die Beklagten in dem neuen Rahmenvertrag alle Produkte der Gruppe 1 ausgeklammert haben, haben sie diesem Einwand von vornherein Rechnung getragen.

Soweit die Revision aber geltend macht, daß auch die Hilfsmittel der Gruppe 2, die eine behinderten- und therapiegerechte Zurichtung erfordern, wie zB Kompressionsstrümpfe,

ebenfalls handwerksmäßig bearbeitet werden müssen, kann dahingestellt bleiben, ob die Anforderungen an die fachgerechte Beherrschung aller erforderlichen Fertigkeiten auch hier so hoch sind, daß sie "meisterliches" Niveau erreichen. Denn selbst wenn dies bei einzelnen Hilfsmitteln dieser Gruppe der Fall sein sollte, wie zB komplizierten Bandagen oder technischen Hilfsmitteln wie Beatmungsgeräten oder Liftern, so folgt daraus aber nicht eine Verletzung der Vertragskompetenz der Kläger mit der Folge, daß sie von den Beklagten die Unterlassung derartiger Vertragsabschlüsse verlangen könnten. Die den Klägern im Leistungserbringerrecht eingeräumte Kompetenz zum Abschluß von Rahmenverträgen ist nur eine Befugnis; sie wird weder durch den Abschluß noch den Inhalt der mit anderen Verbänden von Leistungserbringern geschlossenen Verträgen in Frage gestellt. Die Kläger haben als Zusammenschlüsse selbständiger Handwerksbetriebe bzw von deren Verbänden auch keinen gesetzlichen Auftrag, Rechtsverstöße der Kassen und anderer Leistungserbringer zu beanstanden und ihre Unterlassung zwangsweise durchzusetzen. Insbesondere ist es nicht ihre Aufgabe darüber zu wachen, daß die Vorschriften der ApBetrO über den Umfang der Nebengeschäfte der Apotheker und die Vorschriften der HwO über die Zulässigkeit von Handwerksbetrieben eingehalten werden. Vielmehr sind sie kraft Gesetzes und Satzung nur beauftragt, die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern (§§ 54, 85 HwO). Das Gesetz führt einzelne Aufgabenfelder an (§ 54 Abs 1 bis 3 HwO), ohne aber die allgemeine Überwachung auf Rechtsverstöße zu erwähnen.

Nur soweit es sich um Verstöße gegen den lauteren Wettbewerb iS der §§ 1 ff UWG handelt, können nach § 13 Abs 2 Nr 2 UWG auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen wie die Kläger Unterlassungsansprüche geltend machen. Dabei handelt es sich aber nicht um die Wahrnehmung eigener Rechte des Verbandes, sondern um die Geltendmachung der Rechte ihrer Mitgliedsunternehmen im eigenen Namen (sog Prozeßstandschaft). In diesem Rahmen waren die Kläger bis zum 31. Dezember 1999 berechtigt, im Klagewege geltend zu machen, die Beklagten haben mit dem abgeschlossenen Vertrag gegen Vorschriften der HwO verstoßen und damit einen unlauteren Wettbewerb betrieben oder gefördert. Insoweit konnten sie sich auch auf höchstrichterliche Rechtsprechung der Zivilgerichte berufen, wonach Verstöße gegen die HwO gleichzeitig auch einen Wettbewerbsverstoß darstellen können (vgl BGHZ 119, 93, 98).

2) Die Klage ist aber mangels Klagebefugnis der Kläger seit dem 1. Januar 2000 bereits unzulässig, soweit der Unterlassungsanspruch auf den Vorwurf unlauteren Verhaltens der Beklagten und des Beigeladenen gestützt wird. Auf die Frage, ob der Vertrag mit § 25 ApBetrO oder den Vorschriften der HwO vereinbar ist, kommt es daher auch in diesem Rahmen nicht mehr an. Etwaige Verstöße gegen das deutsche Wettbewerbsrecht können die Kläger gegen die Beklagten nicht mehr geltend machen, weil das UWG aufgrund der Neuregelung des § 69 SGB V ab 1. Januar 2000 auf das Verhältnis der Krankenkas-

sen zu den Leistungserbringern nicht mehr anwendbar ist und daher auch die allein auf § 13 UWG zu stützende Befugnis zur Verbandsklage entfallen ist.

Durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22. Dezember 1999 (BGBI I 2626) ist § 69 SGB V neu gefaßt worden. Nach Satz 1 werden nunmehr die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und deren Verbänden abschließend durch die §§ 69 bis 140h SGB V und die §§ 63 und 64 SGB V geregelt. Satz 3 ordnet ergänzend die entsprechende Heranziehung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) an, soweit diese mit den Vorgaben des SGB V vereinbar sind. Nach Satz 4 gelten die Sätze 1 und 3 auch, soweit durch die Rechtsbeziehungen Rechte Dritter berührt werden. Außerdem sind dem § 51 Abs 2 SGG und den §§ 87 Abs 1 und 96 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) jeweils Bestimmungen angefügt worden, mit denen die kartellrechtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte für den durch § 69 SGB V erfaßten Bereich ausdrücklich ausgeschlossen wird (Art 8 Nr 1b, Art 9 Nr 1, 2 GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000). Während im Gesetzentwurf zunächst nur die Neufassung des § 69 SGB V vorgesehen war, sind im Zuge der Ausschußberatungen zusätzlich die prozeßrechtlichen Änderungen beschlossen worden (vgl BT-Drucks 14/1977 S 131 zu Art 10a Nr 1, 2 und BT-Drucks 14/1245 S 8 zu Art 1 Nr 29).

Die Neuregelung diente der Beseitigung einer unklaren Rechtslage, und zwar in prozessualer und materieller Hinsicht gleichermaßen. Seit Jahren war umstritten, ob die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern bzw davon betroffenen Dritten dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sind und dementsprechend die Zuständigkeit der Zivilgerichte oder Sozialgerichte gegeben ist. Mit Ausnahme des Vertragsarztrechts, das unzweifelhaft dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, sowie dem Krankenhausrecht (vgl BSGE 86, 166 = SozR 3-2500 § 112 Nr 1) wurde überwiegend die zivilrechtliche Natur von Verträgen mit den Leistungserbringern bejaht (BSG SozR 3-2500 § 125 Nr 5, 6). Ferner kam die Zivilrechtsprechung zur Annahme bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten auf Grundlage einer "Doppelnatur" von Handlungen der Krankenkassen (BGHZ 82, 375, 382; GemSOBG BGHZ 102, 280). Die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der Beziehung der Krankenkassen zu ihren Mitgliedern änderte danach nichts an der Rechtsnatur der davon zu trennenden Wettbewerbsbeziehungen zu den betroffenen Leistungsanbietern, die bürgerlich-rechtlicher Natur seien. Konsequenz dieser "Doppelqualifizierung" war, daß selbst bei eindeutig hoheitlichen Akten wie der Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen (§§ 35, 36 SGB V) oder dem Erlaß von Richtlinien nach § 92 Abs 1 SGB V bürgerlich-rechtliche Wettbewerbsstreitigkeiten angenommen und die Zuständigkeit der Kartellgerichte bejaht wurde (OLG Düsseldorf NZS 1998, 567; OLG München NZS 2000, 457).

Schon mit dem Gesundheitsreformgesetz (GRG) vom 20. Dezember 1988 (BGBI I 2477) hatte der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 51 Abs 2 SGG den Rechtsweg regeln und alle Streitigkeiten aus dem Leistungserbringerrecht den Sozialgerichten zuweisen wollen, auch soweit die Rechte Dritter berührt waren. Die Zivilgerichte vertraten demgegenüber die Auffassung, § 87 GWB gehe weiterhin als Spezialregelung vor, so daß für auf kartellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen weiterhin ihre Zuständigkeit gegeben sei (BGHZ 114, 218). Auf der anderen Seite hatte das Bundessozialgericht entschieden, die Sozialgerichte seien auch für auf kartellrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützte Klagen zuständig, wenn vorrangig andere nichtkartellrechtliche Ansprüche geltend gemacht würden; die Zuständigkeit der Kartellgerichte beschränke sich auf ausschließlich auf kartellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen (BSG SozR 3-2500 § 125 Nr 1).

Nicht mehr umstritten sind die Folgen der Rechtswegzuweisung durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000. Nunmehr sind für alle Streitigkeiten aus dem Leistungserbringerrecht (mit Ausnahme bestimmter Fragen des Krankenhausbereichs) ausschließlich die Sozialgerichte zuständig. Unabhängig von dem materiell-rechtlichen Gehalt der Neufassung des § 69 SGB V folgt dies schon aus den Klarstellungen in § 51 Abs 2 Satz 2 SGG bzw den §§ 87 Abs 1 Satz 3, 96 Satz 2 GWB, wonach sich die kartellrechtliche Zuweisung nicht auf die in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen erstreckt. Dies gilt für alle Kartellrechtsstreitigkeiten unabhängig davon, ob sie auf das deutsche oder das europäische Kartellrecht gestützt werden, und zwar auch dann, wenn Dritte geltend machen, durch die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern in ihren Rechten berührt zu sein.

Der Neuregelung des § 69 SGB V kommt aber auch auf materiell-rechtlicher Ebene Bedeutung zu. Der Senat hat bereits entschieden, daß seit dem 1. Januar 2000 auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern die Vorschriften des GWB nicht mehr anwendbar sind (Urteil vom 31. August 2000 - B 3 KR 11/98 R - BSGE 87, 95 = SozR 3-2500 § 35 Nr 1). Gleches gilt aber auch für das UWG (so auch Knispel NZS 2001, 466; Neumann WuW 1999, 961; Schwerdtfeger PharmInd 2000, 105, 185; Boecken NZS 2000, 269; aA Engelmann NZS 2000, 213).

Der Wortlaut des Satzes 1, wonach die Vorschriften des Vierten Kapitels und die §§ 63, 64 SGB V (Modellvorhaben zur Weiterentwicklung der Versorgung) die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern "abschließend" regeln, bedeutet, daß in diesem Bereich jetzt nur öffentliches Recht gilt. Dies ergibt sich ferner aus Satz 3, wonach die Vorschriften des BGB nicht unmittelbar, sondern lediglich "entsprechend" gelten, soweit ihre Anwendung nicht den Bestimmungen des SGB V widerspricht. Bestätigt wird diese Auslegung durch die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 14/1245 S 67): Die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern seien notwendiger Be-

standteil des Gesamtsystems der GKV, denn die Krankenkassen erfüllten über diese Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag, den Versicherten die im Dritten Kapitel geregelten Leistungen in Natur zur Verfügung zu stellen. Wegen dieser Einbindung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern in den öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag seien die in Satz 1 genannten Rechtsbeziehungen allein sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Die Krankenkassen und ihre Verbände handelten deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts. Somit sind abweichend von der bisher überwiegend vertretenen Auffassung alle Leistungsbeschaffungsverträge der Krankenkassen mit den Leistungserbringern als öffentlich-rechtliche Verträge zu qualifizieren. Nach Satz 4 gelten die Sätze 1 und 3 auch, so weit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter berührt sind. Auch im Verhältnis zwischen Krankenkassen bzw. -verbänden und diesen Dritten soll also ausschließlich öffentliches Recht Anwendung finden. Eine "Doppelqualifizierung" von Handlungen der Krankenkassen in diesem Bereich ist damit nicht mehr möglich.

Mit der Anordnung der ausschließlichen Geltung öffentlichen Rechts im Bereich der Leistungsbeschaffung hat der Gesetzgeber verdeutlicht, daß er auch diesen Teil des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung als "mittelbare Staatsverwaltung" (dazu BSGE 82, 78, 80 = SozR 3-2500 § 4 Nr 1) ansieht, die einem ausschließlich öffentlich-rechtlichen Regime unterliegen soll. Daraus ergibt sich, daß das deutsche Wettbewerbs- und Kartellrecht keine Anwendung mehr finden kann. Sowohl das UWG wie das GWB setzen das Vorliegen bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten voraus, so daß das Wettbewerbs- und Kartellrecht bei öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen nicht eingreift (BSG SozR 3-4300 § 36 Nr 1; BGHZ 119, 93, 98; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl 1999, § 1 RdNr 921). Seit dem 1. Januar 2000 müssen somit alle Handlungen der Krankenkassen und ihrer Verbände, die ihre Beziehungen zu den Leistungserbringern sowie zu hiervon berührten Dritten betreffen, ausschließlich nach öffentlichem Recht beurteilt werden.

Der Senat teilt nicht die Auffassung, die Formulierung in der Gesetzesbegründung, die Krankenkassen und ihre Verbände handelten nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts (BT-Drucks 14/1245 S 68), beziehe sich nur auf den Rechtsweg (so Engelmann NZS 2000, 213). Diese Feststellung ist nach dem Gesamtzusammenhang nur die Quintessenz der vorangehenden Ausführungen, in denen ausführlich der öffentlich-rechtliche Charakter aller Handlungen und Entscheidungen der Krankenkassen im Zusammenhang mit den Beziehungen zu den Leistungserbringern dargestellt wird. Wenn es zu Satz 4 heißt, auch der sozialversicherungsrechtliche Charakter der sich aus den Leistungsbeziehungen ergebenden Rechte Dritter werde klargestellt, und dabei die Rechtswegzuweisung wegen der Doppelqualifizierung angesprochen wird, bedeutet die Absage an die

Doppelqualifizierung zugleich, daß zivilrechtliche und damit wettbewerbsrechtliche Ansprüche Dritter ausgeschlossen sind (so auch Knispel NZS 2001, 466). Dementsprechend sind auch die im Gesetzgebungsverfahren eingefügten Änderungen der §§ 51 Abs 2 SGG, 87 Abs 1, 96 GWB ausdrücklich nur als "klarstellende Folgeregelungen" bezeichnet worden. Dem Gesetzgeber würde eine überflüssige Regelung unterstellt, wenn auch der Regelungsgehalt des § 69 SGB V nur auf eine Zuweisung des Rechtswegs beschränkt würde. Dann hätte sich der Gesetzgeber nämlich auf die verfahrensrechtlichen Regelungen der §§ 51 Abs 2 Satz 2 SGG, 87 Abs 1 Satz 3, 96 Satz 2 GWB beschränken können.

Wenn somit die öffentlich-rechtliche Qualifizierung aller Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den unmittelbar und mittelbar betroffenen Leistungs erbringern durch die Neuregelung des § 69 SGB V zur Unanwendbarkeit der Vorschriften des GWB (BSGE 87, 95 = SozR 3-2500 § 35 Nr 1) und des UWG führt, haben die Verbände auch das Recht zur Verbandsklage nach § 13 UWG und damit die Kläger ihre Klagebefugnis verloren. Damit weicht der Senat nicht von dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. September 2000 - I ZR 216/98 - ab, in dem § 1 UWG auf das Verhältnis zweier Leistungsanbieter (Apotheke und Sanitätshaus) auch nach dem 31. Dezember 1999 angewandt worden ist; die Neufassung des § 69 SGB V ist dort offensichtlich übersehen worden.

Der Wegfall wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche führt aber nicht dazu, daß nunmehr auch die einzelnen Leistungsanbieter ebenfalls keine Abwehransprüche mehr gegen sie beeinträchtigendes bzw diskriminierendes Verhalten der Krankenkassen geltend machen könnten. Unterlassungsansprüche können von diesen seit dem 1. Januar 2000 immer noch auf eine Verletzung der Art 12 und 3 GG gestützt werden, wenn Krankenkassen durch ihr hoheitliches Verhalten das Recht der freien Berufsausübung oder der Gleichbehandlung im Wettbewerb beeinträchtigen. Dabei kann hier offenbleiben, ob die von der Zivilrechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Untersagung unaulernen Wettbewerbs von Seiten der Krankenkassen in vollem Umfang auf die nunmehr ausschließlich öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen übertragen werden können. Jedenfalls ist der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz sowohl prozessual als auch materiell weiterhin gewährleistet (aA Schwerdtfeger aaO).

3) Im vorliegenden Fall ist nicht zu prüfen, ob der Vertrag gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt. Die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags (Art 81, 82, 86) bleiben durch die Neufassung des § 69 SGB V zwar unberührt; sie sind unmittelbar geltendes Recht, gehen den nationalen Bestimmungen vor und berücksichtigen grundsätzlich nicht die nationale Unterscheidung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Handeln. Die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften sind hier schon deshalb

nicht einschlägig, weil dem Sachverhalt jeder grenzüberschreitende Bezug fehlt; insbesondere findet keine Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Anbietern statt.

4) Mit dieser Entscheidung weicht der Senat auch nicht von dem Urteil des 6. Senats vom 28. Juni 2000 - B 6 KA 26/99 R - (BSGE 86, 223 = SozR 3-2500 § 138 Nr 1) ab. So weit darin die Ansicht vertreten wird, die Neuregelung des § 69 SGB V habe über die geänderte Rechtswegzuweisung hinaus auch zur Folge, daß die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit verpflichtet seien zu prüfen, ob die Auswirkungen des Handelns der Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung im Verhältnis zu den Leistungserbringern materiell kartellrechtswidrig sind (was zugleich bedeuten würde, daß auch Verstöße gegen das UWG zu untersuchen wären), handelt es sich um die Entscheidung nicht tragende und auch den vorliegenden Fall nur mittelbar betreffende Ausführungen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 und 4 SGG.