

sis on the sector concerned and on the companies. In this respect, the Commission considered, e.g., in *Bathroom Fittings* and *Prestressing Steel* that some compa-

nies in those industries were experiencing severe difficulties resulting from dysfunctional credit markets at the height of the crisis.

Conclusion

In view of the risks of a generous ITP policy for the effective enforcement of competition rules outlined above, ITP reductions will continue to be granted only as *ultima ratio* and after a careful review of the stringent conditions set forth under point 35 of the 2006 Fining Guidelines. However, against the background of the crisis, the Commission has refined its methodology, further expanded and standardised its requests for information and devoted substantial resources to deal

with ITP claims. These measures reflect the importance that the Commission attaches to the assessment of the financial situation of companies in distress. They also illustrate the considerable efforts that the Commission has undertaken to strike the right balance between its antitrust enforcement mandate and the need to avoid severe social costs that may result from companies' bankruptcies triggered by fines.

Überlegungen zur Unternehmenseigenschaft der Österreichischen Krankenversicherungen

Die Krankenversicherungsträger sind Österreichs größter Nachfrager von Gesundheitsprodukten und -dienstleistungen. Gleichzeitig bieten sie ihren Versicherten ein beeindruckendes und – je nach Versicherungsträger – unterschiedlich großes Leistungsspektrum. Der rechtliche Rahmen der entsprechenden Beschaffungsvorgänge ist in den Sozialversicherungsgesetzen geregelt. Nach einem neuen Trend gründen die Krankenversicherungsträger Einkaufsgemeinschaften zur gemeinsamen Beschaffung von medizinischen Produkten und Leistungen. Diese Tendenz ist in kartellrechtlicher Hinsicht fragwürdig. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die rechtliche Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Krankenversicherungsträger von Interesse.

Von Georg Rihs / Anastasios Xeniadis

I. Gegenstand des Beitrages

99 Prozent aller Österreicher sind krankenversichert, ein Teil davon privat, ein weiterer Teil mehrfach im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Österreichischen Krankenversicherungen erbringen umfassende Leistungen für ihre Versicherten. Die Ausgaben für Heilmittel betragen im Jahr 2010 rund 3 Mrd Euro.¹

Neben den Gebietskrankenkassen für ASVG-Versicherte gibt es bundesweit tätige Krankenversicherungen wie die BVA, die SVA, die VAEB usw. In anderen Mitgliedstaaten der EU ist die Diskussion um die kartellrechtliche Problematik der Nachfragemacht der Krankenversicherungsträger bereits voll entbrannt.² Zu untersuchen

1 Haydn, Die österreichische Sozialversicherung 2009, SozSi 2010, 298 (314 f).

2 Vgl für den Stand der Europäischen Rechtsprechung und die jüngere Judikaturentwicklungen in den Mitgliedstaaten *Lear/Mossialos/Karl* in *Mossialos/Permanand/Baeten/Hervey* (Hrsg), Health Systems Governance in Europe (2010) 337; für die Rechtslage in einzelnen Mitgliedstaaten der EU zB *Hoffmann*, Die gesetzlichen Krankenkassen im Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts, WuW 2011, 472; *Odudu*, Are state-owned health-care providers undertakings subject to competition law? ECLR 2011, 231.

ist, ob bzw in welchen Bereichen die Österreichischen Krankenversicherungsträger als Nachfrager von Gesundheitsprodukten und -dienstleistungen unternehmerisch tätig sind und damit dem Regime des Europäischen und Österreichischen Kartellrechts unterliegen.

II. Unternehmenseigenschaft als Anknüpfungspunkt für das kartellrechtliche Regelungswerk

Das Europäische und Österreichische Kartellrecht besteht im Wesentlichen aus zwei Regelungen, die den unverfälschten und wirksamen Wettbewerb sichern sollen:

- § 1 KartG („Kartellverbot“) verbietet „*alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle)*“. Im Europäischen Kartellrecht entspricht § 1 KartG dem primärrechtlichen Kartellverbot in Art 101 AEUV.
- § 5 KartG („Missbrauchsverbot“) verbietet „*den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*“. In § 4 KartG wird klargestellt, dass sich das Missbrauchsverbot an marktbeherrschende Unternehmer richtet. Im Europäischen Kartellrecht entspricht § 5 KartG dem primärrechtlichen Missbrauchsverbot in Art 102 AEUV.

Normadressaten der Bestimmungen des Europäischen und Österreichischen Kartellrechts sind somit ausschließlich Unternehmen; sofern die Unternehmenseigenschaft negiert wird, ist das Kartellrecht zur Gänze unanwendbar.³ Allerdings unterbleibt in den primärrechtlichen Regelungen sowie im KartG eine genaue Definition des Unternehmerbegriffs. Eine ausdrückliche Umschreibung des Begriffs „Unternehmen“ findet sich in Art 1 des Protokolls 22⁴ zum EWR-Abkommen, nach dem als Unternehmen „*jedes Rechtssubjekt gilt, das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt*“. Daraus ergibt sich, dass der Schwerpunkt des Unternehmensbegriffs folglich in der Ausübung einer kommerziellen oder wirtschaftlichen Tätigkeit liegt, welche im Gegensatz zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch die Mitgliedstaaten zu sehen ist. Die starke Betonung der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit als das zentrale Merkmal des Unternehmensbegriffs wird als funktionaler Unternehmensbegriff bezeichnet und steht im Gegensatz zum institutionellen Unternehmensbegriff, der

das Gewicht auf die Organisation der fraglichen wirtschaftlichen Einheit legt.⁵

Aufgrund des sehr ähnlichen Inhalts der Europarechtlichen Kartellrechtsvorschriften sowie der vergleichbaren Wertungen ist die Europäische Rechtspraxis auch bei der Auslegung von Begriffen des Österreichischen KartG zu beachten. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Unternehmen jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁶ Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁷ Der Gerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus und legt diesen grundsätzlich weit aus.⁸ Wie die nachfolgende Untersuchung belegt, gab es in der jüngeren Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft von Krankenversicherungsträgern missverständliche Judikate, die zu einem Verwässern des funktionalen Unternehmensbegriffs aus dem „allgemeinen“ Kartellrecht führen könnten. Eine eingehende Analyse dieser Judikate zeigt jedoch, dass sie bei näherer Betrachtung mit dem von der Rechtsprechung entwickelten funktionalen Unternehmensbegriff in Einklang gebracht werden können.

III. Unternehmenseigenschaft von Krankenversicherungsträgern nach der Rechtsprechung des EuGH

3.1 Gebot einer tätigkeitsbezogenen (funktionalen) Betrachtungsweise der Leistungen von Sozialversicherungsträgern

Die grundsätzliche Beurteilung der gesetzlich geregelten Tätigkeit einer Einrichtung als nicht-wirtschaftlich schließt nach der Rechtsprechung nicht aus, dass diese Einrichtung *außerhalb ihrer gesetzlichen Aufgaben* rein sozialer Art (etwa im Rahmen des Systems der sozialen Sicherheit) Geschäftstätigkeiten ausübt, die keinen rein sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben. Mit anderen Worten können grundsätzlich Einrichtungen, die vom Gesetzgeber mit der Ausübung von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten betraut sind, im Bezug auf einzelne Tätigkeiten auch wirtschaftlich tätig sein; im

3 So auch *Keznickl*, Das Kartellrecht in der Krankenversicherung, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen in der Krankenversicherung (2008) 67 (69).

4 Protokoll 22 zum EWR-Abkommen über die Definition der Begriffe „Unternehmen“ und „Umsatz“, ABl L 1 vom 3.1.1994, S 185.

5 *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), EG-Wettbewerbsrecht, Band I (2007) zu Art 81 Abs 1 EGV, Abschnitt II, Rn 11 f.

6 EuGH 23.4.1991, Rs C-41/90, *Höfner u Elsner*, Slg 1991, I-1979, Rn 21; EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01, 306/01, 354/01 und 355/01, *AOK-Bundesverband/Ichthyol*, Slg 2004, I-2493, Rn 46; zuletzt EuGH 11.7.2006, Rs C-205/03, *FENIN/Kommission*, Slg 2006, I-6295, Rn 25.

7 EuGH 24.10.2002, Rs C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, Slg 2002, I-9297, Rn 79 mwN.

8 Vgl zB *Jones/Sufrin*, EC Competition Law³ (2008) 129.

Zusammenhang mit diesen wirtschaftlichen Tätigkeiten sind die Entscheidungen der Einrichtungen als Beschlüsse von Unternehmen im Sinn des Wettbewerbsrechts anzusehen und unterliegen damit dem Regime des Europäischen Wettbewerbsrechts.⁹ Die Rechtsprechung analysiert daher die jeweilige, verfahrensgegenständliche Tätigkeit und prüft, ob es sich bei dieser um eine Tätigkeit wirtschaftlicher oder nicht-wirtschaftlicher Art handelt.

3.2 Sozialversicherungsleistungen durch Sozialversicherungsträger als Aufgaben nicht-wirtschaftlicher Art

In seinem AOK-Urteil nahm der EuGH im Einklang mit der Vorjudikatur¹⁰ nach Prüfung der gesetzlichen Aufgaben der deutschen Kassenverbände an, dass die Tätigkeit der deutschen Krankenkassen, die im Rahmen der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit rein soziale Aufgaben wahrnehmen, auf dem Grundsatz der Solidarität beruhen und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden.¹¹ Diese Aufgaben seien daher Aufgaben nicht wirtschaftlicher Art¹², weshalb die Unternehmenseigenschaft nicht vorgelegen sei. Ausschlaggebend für diese Beurteilung waren folgende Merkmale des deutschen Sozialversicherungssystems:

- gesetzliche Verpflichtung zur Pflichtversicherung unabhängig von der Beitragshöhe und ohne (unternehmerischen) Einfluss auf die gesetzlich vorgeschriebene Leistung;¹³
- Solidaritätsverpflichtung zum gegenseitigen Kosten- und Risikoausgleich der Krankenkassen;¹⁴
- *keine Konkurrenz* der Krankenkassen untereinander oder mit privaten Einrichtungen im Bereich der *gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen, die ihre Hauptaufgabe darstellen*.¹⁵

Aus diesem Grund sei die Festsetzung von Höchstbeträgen für die Kostenübernahme von Arzneimitteln, die die Krankenversicherungsträger aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung gemäß des deutschen § 35 SGB-V vornehmen, und die dem Fortbestand des deutschen Sys-

tems der sozialen Sicherheit dienen, keine wirtschaftliche Tätigkeit.¹⁶

Als Zwischenergebnis lässt sich deshalb nach der EuGH-Entscheidung in AOK festhalten, dass im Fall von gesetzlich streng determinierten Verpflichtungen die Krankenkassen bei der jeweiligen Tätigkeit kein eigenes Interesse verfolgen und deshalb kein unternehmerisches Handeln vorliegt.¹⁷ Im Umkehrschluss heißt das aber auch, dass man desto eher von einem unternehmerischen Handeln ausgehen darf, je weniger das Handeln der Krankenversicherungsträger vorab gesetzlich determiniert ist. Die in dieser Rechtsprechung auf den ersten Blick zu Tage tretende Tendenz, Krankenversicherungsträger im Rahmen ihrer Tätigkeit der Erbringung von Leistungen im Gesundheitsbereich *a priori* und zur Gänze vom Anwendungsbereich des Kartellrechts auszunehmen, wurde zu Recht kritisiert.¹⁸

3.3 Beschaffungsaktivitäten von Krankenversicherungsträgern zur Verwendung für Aufgaben nicht-wirtschaftlicher Art *ipso iure* Aufgabe nicht-wirtschaftlicher Art?

Der EuGH hat im *FENIN*-Urteil¹⁹ (apodiktisch und ohne nähere Begründung) ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.²⁰ Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine Einrichtung wirtschaftlich oder nicht-wirtschaftlich handelt, die „*spätere Verwendung der erworbenen Erzeugnisse*“ maßgeblich ist. In der zitierten Entscheidung standen 26 Einrichtungen des Spanischen Gesundheitssystems (Ministerien, Krankenhäuser ua) als Einkäufer einem Verband von Vertriebsunternehmen (*FENIN*) gegenüber.²¹

Im Urteil des EuGH gibt es keinen Hinweis, dass die 26 betroffenen Einrichtungen des spanischen Gesundheitssystems eine *Einkaufsgemeinschaft* gebildet hätten; viel-

9 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 58.

10 EuGH 17.2.1993, Rs C-159, 160/91, *Poucet u Pistre*, Slg 1993, I-637, Rn 20; EuGH, 22.1.2002, Rs C-218/00, *CISAL*, Slg 2002, I-691, Rn 45.

11 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 51.

12 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 57.

13 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 52.

14 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 53.

15 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 54.

16 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 61.

17 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/ Ichthyol*, Rn 63.

18 *Gassner*, Kartellrecht und GKV, ZVersWiss 2008, 411 (415).

19 EuGH 11.7.2006, Rs C-205/03, *FENIN/Kommission*, Slg 2006, I-6295.

20 EuGH 11.7.2006, Rs C-205/03, *FENIN/Kommission*, Rn 26. Dazu pointiert *Krajewski/Farley*, Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN, ELR 2007, 111 (123).

21 Siehe EuGH 11.7.2006, Rs C-205/03, *FENIN/Kommission*, Rn 1.

mehr waren Gegenstand der zugrunde liegenden Beschwerde des Verbandes der Vertriebsunternehmen ungünstige (diskriminierende) Zahlungsmodalitäten der einzelnen Einrichtungen des spanischen Gesundheitssystems gegenüber den einzelnen Verbandsmitgliedern. Unbestrittener Maßen erbringen Träger (Einrichtungen) des Gesundheitssystems wie Krankenhäuser zahlreiche soziale Leistungen an die Sozialversicherten. Eine Einkaufsgemeinschaft von Krankenversicherungsträgern erbringt jedoch keine sozialen Leistungen. Die durch die Bildung einer Einkaufsgemeinschaft bezweckten Synergieeffekte sprechen dafür, die Gründung der Einkaufsgemeinschaft *per se* als unternehmerische Tätigkeit zu qualifizieren, zumal diese nicht aufgrund eines gesetzlichen Auftrages, sondern ausschließlich im Rahmen der privaten Rechtsbeziehungen der Sozialversicherungsträger untereinander bzw zu den Anbietern erfolgt.

Das *FENIN*-Urteil ist insoweit zu kritisieren, als der in Rn 26 statuierte apodiktische Rechtssatz („*Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit ist nicht von der späteren Verwendung zu trennen; der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der Verwendung bestimmt zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit*“) nicht mit dem funktionalen Unternehmensbegriff in Einklang zu bringen ist, wenn nicht nur Zahlungsmodalitäten, sondern *Einkaufsentscheidungen* Gegenstand der Beurteilung sind.²² Einkaufsentscheidungen (insbesondere etwa das Bilden einer Einkaufsgemeinschaft) stellen einen weitaus gravierenderen Eingriff in den Markt dar als bloße (diskriminierende) Zahlungsmodalitäten, die erst in der Folge bereits getroffener Einkaufsentscheidungen Auswirkungen auf den Markt haben. Der Rechtssatz der Rn 26 des *FENIN*-Urteils kann keinesfalls absolut gelten: ein österreichischer Krankenversicherungsträger ist angesichts der geltenden Rechtslage beim Einkauf von Arzneimitteln – anders als beim Angebot von Gesundheitsleistungen – nicht dem Solidaritätsgrundsatz verpflichtet, sondern kann (im Rahmen des Vergaberechts) unternehmerisch handeln und entscheiden.²³ Aus diesem Grund kann es sich bei der Akquise von Heilmitteln – anders als beim Angebot von Heilmitteln – durch die Krankenversicherungsträger nicht generell um eine „soziale Tätigkeit“ handeln. Eine solche Auslegung würde dem eingangs erwähnten funktionalen Unternehmensbegriff wider-

sprechen, der darauf abstellt, ob die konkrete Tätigkeit (zB Einkauf von Medikamenten; Bildung einer Einkaufsgemeinschaft etc) einen wirtschaftlichen Hintergrund hat.

3.4 Beurteilung der Einkaufstätigkeit Österreichischer Krankenversicherungsträger

Die Krankenversicherungssysteme, die von den österreichischen Krankenversicherungsträgern verwaltet werden, sind im Wesentlichen im ASVG, im B-KUVG, im BSVG und im GSVG geregelt. In den jeweiligen Gesetzen sind Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der jeweiligen Sozialversicherungsträger mit den anderen Marktteilnehmern auf vorgelagerten (Dienstleistungs- bzw Produkt-)Märkten enthalten. Im Lichte der zitierten Rechtsprechung des EuGH ist zu prüfen, ob die aufgezählten Gesetze eine (näher determinierte) Verpflichtung des jeweiligen Sozialversicherungsträgers zum Abschluss von Lieferverträgen vorsehen, die den Schluss zulässt, dass die Krankenversicherungsträger im Zusammenhang mit Beschaffungsvorgängen – wie von der Rechtsprechung des EuGH gefordert – „*ein eigenes Interesse verfolgen, das sich vom rein sozialen Zweck der Krankenkassen trennen lässt*“²⁴.

Die Rechtsverhältnisse der jeweiligen Sozialversicherungsträger werden in Gesamtverträgen mit den jeweiligen Kammern bzw in privatrechtlichen Einzelverträgen mit Ärzten, Zahnärzten, Dentisten, Hebammen, Apothekern und „anderen Vertragspartnern“ geregelt. Diesen Verträgen ist gemeinsam, dass sie schriftlich abgeschlossen werden und (samt allfälligen Änderungen und Zusatzvereinbarungen) vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger im Internet veröffentlicht werden müssen.²⁵ Ziel dieser Verträge ist es, die ausreichende Versorgung der Versicherten mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. Eigene Einrichtungen der Versicherungsträger dürfen für die Versorgung mit diesen Leistungen nur nach Maßgabe der hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften herangezogen werden.²⁶

Die Sozialversicherungsträger sind verpflichtet, mit den Ärztekammern „Gesamtverträge“ abzuschließen. Der Inhalt der Gesamtverträge sowie der darauf beruhenden Einzelverträge, die Aufnahme von Ärzten in Einzelverträge und die Auflösung von Einzelverträgen sind gesetzlich detailliert geregelt.²⁷ Gleiches (Verpflichtung

22 Für eine einschränkende Auslegung dieser Aussage auch *Prosser*, EU competition law and public services, in *Mossialos/Permanand/Baeten/Hervey* (Hrsg), Health Systems Governance in Europe (2010) 315 (323 ff).

23 Anders als im Urteil des EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/Ichthyol*: Im dort zugrundeliegenden Sachverhalt hatten die Krankenkassen aufgrund der detaillierten gesetzlichen Regelungen keinerlei unternehmerischen Gestaltungsspielraum.

24 Vgl oben FN 17.

25 § 338 Abs 1 ASVG iVm § 193 GSVG (Sozialversicherungsträger SVA) bzw § 128 B-KUVG (Sozialversicherungsträger BVA) bzw § 472b ASVG (Sozialversicherungsträger VAEB).

26 § 338 Abs 2 ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

27 §§ 341 ff ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

zum Vertragsabschluss, detaillierte inhaltliche Regelung der Gesamt- und Einzelverträge und der Modalitäten der Vertragsbeendigung) gilt für die Verträge der Sozialversicherungsträger mit Zahnärzten²⁸, Apothekern²⁹, Dentisten³⁰, klinischen Psychologen bzw freiberuflich tätigen Psychotherapeuten³¹, Krankenanstalten³² sowie Krankenanstalten, die ambulante Untersuchungen mit Großgeräten iSd Großgeräteplanes durchführen³³. Festzuhalten ist, dass die Sozialversicherungsträger *gesetzlich nicht verpflichtet* sind, mit anderen als den eben genannten Vertragspartnern Verträge abzuschließen. Es gibt daher nach Österreichischem Recht keine gesetzliche Verpflichtung der Sozialversicherungsträger, selbst Heilmittel zu beschaffen und an Versicherte zu liefern bzw Einkaufsgemeinschaften zu diesem Zweck zu bilden.

3.5 Zwischenergebnis unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtspraxis

Da die Österreichischen Krankenversicherungsträger gesetzlich nicht verpflichtet sind, Heilmittel zu beschaffen und Erwerb sowie Lieferung von Heilmitteln durch die Sozialversicherungsträger in Österreich gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt sind, haben die Sozialversicherungsträger bei der Beschaffung und dem Angebot von Heilmitteln (unternehmerischen) Gestaltungsspielraum. Im EuGH-Urteil AOK war gerade die gesetzliche Determinierung der Verpflichtungen der Krankenkassen bei ihren Tätigkeiten entscheidend für die Verneinung der Unternehmenseigenschaft. Dies spricht dafür, dass die Österreichischen Krankenversicherungsträger im Zusammenhang mit ihren Einkaufsaktivitäten – also in einem Bereich, in dem es wie eben dargelegt keine gesetzliche Determinierung wie im dem AOK-Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt gibt – unternehmerisch tätig sind. Es wäre deshalb verfehlt, wenn man *ipso iure* die Unternehmenseigenschaft der Sozialversicherungsträger verneint und die wettbewerbsrechtlichen Regeln für die Einkaufstätigkeiten marktmächtiger Nachfrager medizinischer Leistungen und Produkte ganz grundsätzlich für unanwendbar erklärt.³⁴

28 § 343d ff ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

29 §§ 348a ff ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

30 § 349 Abs 1 ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

31 § 349 Abs 2 ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

32 § 349 Abs 2a ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

33 § 349 Abs 2b ASVG bzw die in FN 25 genannten Verweisungsnormen.

34 So auch Mosler, Wettbewerb innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung und im Verhältnis zur privaten Krankenversicherung,

IV. Unternehmereigenschaft von Krankenversicherungsträgern nach der Rechtsprechung des OGH

4.1 Allgemeines

Der Österreichische OGH argumentierte bei der Beurteilung der Unternehmereigenschaft zuletzt, dass die Gebietskrankenkassen im Rahmen des Abschlusses privater Verträge im Sachleistungssystem nach dem ASVG nicht unternehmerisch tätig werden, weil sie dabei keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, ihre Tätigkeit auf dem Solidaritätsgrundsatz beruht und dabei nur ihrer gesetzlichen Verpflichtung nachkommen, die zur Tätigkeit der Krankenversicherungsträger im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung gehört.³⁵

Eine eingehende Analyse der (jüngeren) Rechtsprechung des OGH zeigt, dass der OGH in erster Linie auf die gesetzlichen Verpflichtungen der Sozialversicherungsträger zum Abschluss von Gesamtverträgen abstellt, um die Unternehmereigenschaft zu verneinen. Der OGH referiert in den relevanten Entscheidungen ausführlich die Rechtsprechung des EuGH iS AOK³⁶.

4.2 OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04 (Krankenanstalt-Kassenvertrag)

In der Entscheidung vom 14.6.2004, 16 Ok 5/04,³⁷ war Antragstellerin eine Krankenanstalt, die sich mit ihrem Antrag gegen die Kündigung ihres Vertrages mit einer Gebietskrankenkasse (Antragsgegnerin) wendete. Die Antragsgegnerin hatte den Vertrag gekündigt, weil die Antragstellerin sich geweigert hatte, einer Zusatzvereinbarung über eine zahlenmäßige Beschränkung der Behandlungseinheiten für physiotherapeutische Behandlungen zuzustimmen.

Der OGH zitierte in dieser Entscheidung ausdrücklich die Rn 47 bis 63 des AOK-Urteils des EuGH, in denen der EuGH die unternehmerische Tätigkeit des deutschen Kassenverbandes im Zusammenhang mit der Festsetzung von Festbeträgen untersucht hatte.³⁸ Unter Bezugnahme auf die Begründung des EuGH prüfte der OGH das Versicherungsmodell des ASVG. Er stellte fest, dass es sich um ein System der Pflichtversicherung handelt und grundsätzlich für ASVG-Versicherte kein Wahlrecht

in Resch/Jabornegg/Seewald (Hrsg), Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung (2000) 45 (62 f).

35 So zusammenfassend und mit kritischen Anmerkungen Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht² (2008) 38. Vgl RIS-Justiz RS0118619 zu OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04; 19.12.2006, 4 Ob 238/06p; 8.9.2009, 4 Ob 93/09v.

36 Siehe oben FN 6.

37 OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04 = eclex 2004/341 (Hauck) = wbl 2004/259.

38 Siehe dazu oben 3.2.

der Versicherten hinsichtlich des Sozialversicherungsträgers besteht. Die Krankenversicherung sei gesetzlich verpflichtet, Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten zu treffen. Das Sachleistungssystem sei vom Gesetzgeber vorgegeben. Der Krankenversicherungsträger sei gemäß § 338 Abs 1 ASVG verpflichtet, mit freiberuflichen Ärzten, Gruppenpraxen sowie anderen befugten Berufsgruppen und anderen Vertragspartnern Verträge abzuschließen. Die Finanzierung der gesetzlich festgelegten Versicherungsleistungen erfolge durch Beiträge der Versicherten, die im Fall der Unselbständigen von den Arbeitgebern in der vom Gesetz zwingend bestimmten Höhe entrichtet werden. Zusammenfassend erfolge die Tätigkeit der Gebietskrankenkassen aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung und verfolge einen rein sozialen Zweck und keine wirtschaftliche Tätigkeit, wenn sie

- privatrechtliche Verträge zur Sicherstellung des Sachleistungssystems abschließt und auflöst;
- ihre Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht aufgrund der Verwaltung des Krankenversicherungssystems auf dem Grundsatz der Solidarität nach dem ASVG entfaltet;
- die Finanzierung durch risikounabhängige Beitragsbemessung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erfolgt;
- im Wesentlichen die gesetzlichen Bestimmungen des Leistungsumfanges verwirklicht.

Sowohl die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung gemäß § 16 ASVG als auch die Möglichkeiten des *opting out* gemäß § 5 GSVG änderten nichts an dieser Beurteilung. Krankenversicherungsträger seien damit nach dem funktionalen Begriff des EuGH *im vorliegenden Fall (Auflösung eines Einzelvertrages mit einer Krankenanstalt)* nicht als Unternehmer zu qualifizieren und daher das KartG nicht anwendbar. Aus diesem Grund erachtete der OGH als Kartellobergericht die Entscheidung des Kartellgerichts, den Antrag der Antragstellerin abzuweisen, als rechtsrichtig.

4.3 OGH 19.12.2006, 4 Ob 238/06p (Ambulatorien für Labormedizin-Kassenverträge)

Der OGH hat die unter 4.2 dargestellte (neue) Rechtsprechung mit Entscheidung vom 19.12.2006, 4 Ob 238/06p, bestätigt. Verfahrensgegenständlich war in diesem Verfahren die (wettbewerbsrechtliche) Unterlassungsklage eines Wettbewerbsverbandes, der die Interessen von Ambulatorien für Labormedizin in Form privater Krankenanstalten vertrat, gegen einen bundesweit tätigen Sozialversicherungsträger. Der beklagte Sozialversicherungsträger sollte verpflichtet werden, die Diskriminierung der Ambulatorien gegenüber den niedergelassenen Ärzten durch unterschiedliche Tarife für

gleichwertige Leistungen (in Einzelverträgen) zu unterlassen.

Der OGH bezog sich in dieser Entscheidung ausdrücklich auf die oben zitierte Entscheidung 16 Ok 5/04 und ihre Begründung und verneinte die Unternehmereigenschaft des beklagten Sozialversicherungsträgers *im Zusammenhang mit dem Abschluss von Einzelverträgen*.

4.4 OGH 8.9.2009, 4 Ob 93/09v (Psychotherapie-Kassenvertrag)

Zuletzt wiederholte der OGH den in 16 Ok 5/04 gebildeten Rechtssatz in seiner Entscheidung vom 8.9.2009, 4 Ob 93/09v. Der Kläger, ein Psychotherapeut, klagte die SGKK (Erstbeklagte) sowie zwei private Vereine, die sich zur ARGE-Psychotherapie (Zweitbeklagte) zusammengeschlossen hatten, auf Aufhebung des Vertrages („Leistungsvereinbarung Psychotherapie“, kurz „LVP“) zwischen der Erst- und Zweitbeklagten wegen Nichtigkeit, Unterlassung der weiteren Durchführung sowie Feststellung der Haftung der Beklagten für alle resultierenden Schäden und Nachteile. Die „Leistungsvereinbarung Psychotherapie“ zwischen SGKK und ARGE-Psychotherapie sei sittenwidrig, weil sie gegen das Gleichbehandlungsverbot, das Kartellrecht (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, § 5 KartG) und gegen das Lauterkeitsrecht (§§ 1 und 7 UWG) verstoße.

Der Kläger argumentierte, dass die SGKK in Durchführung der LVP als Unternehmerin zu werten sei und die LVP diene als privatwirtschaftlicher Vertrag – anders als ein Gesamtvertrag nach ASVG – nicht der Sicherstellung des Sachleistungssystems. Der OGH referierte neuerlich den bereits zitierten Rechtssatz zur (verneinten) Unternehmereigenschaft (Hinweis auf das AOK-Urteil des EuGH, insb die Aussage, dass Sozialversicherungsträger eine rein soziale und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben). Der OGH verneinte unter Hinweis auf diese Rechtsprechung im verfahrensgegenständlichen Vertrag (LVP) eine wirtschaftliche Tätigkeit der SGKK, weil die SGKK *„mit Durchführung der LVP das Ziel verfolgt, die ihr übertragenen gesetzlichen Pflichten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung bestmöglich zu erfüllen. Dazu gehören auch Vorkehrungen, bei auf dem Gebiet der Psychotherapie – bei fehlendem Gesamtvertrag – ein für besonders bedürftige Versicherungsnehmer verfügbares Angebot an Sachleistungen sicherstellen sollen. Die Erstbeklagte (SGKK, Anm) ist daher bei Vollzug der LVP nicht unternehmerisch tätig“*.

4.5 Beurteilung der Einkaufstätigkeit Österreichischer Krankenversicherungsträger

Die zitierten Entscheidungen beziehen sich auf die Krankenversicherung nach dem ASVG. Die Antragsteller

bzw Kläger waren in jedem Fall im ASVG bezeichnete Vertragspartner der Krankenversicherungsträger, nämlich eine Krankenanstalt³⁹, ein Wettbewerbsverband, der Krankenanstalten vertrat⁴⁰, und ein Psychotherapeut⁴¹. Die Vertragsbeziehungen zu diesen Vertragspartnern sind gesetzlich sehr detailliert festgelegt.⁴² Die Krankenversicherungsträger und die genannten Vertragspartner sind verpflichtet, miteinander zu kontrahieren.⁴³ Der Inhalt der jeweiligen Gesamt- und Einzelverträge⁴⁴, die Aufnahme von Vertragspartnern und die Auflösung von Verträgen sind gesetzlich genau determiniert. Die Kriterien für die gesetzliche Abgeltung⁴⁵ bzw die in den Gesamtverträgen zu vereinbarende Honorarordnung sind gesetzlich ebenfalls streng geregelt.⁴⁶ Aus den gesetzlichen Regelungen über die Vertragsbeziehungen mit diesen Vertragspartnern ergibt sich eine Verpflichtung der Krankenversicherungsträger, mit den Vertragspartnern zu bestimmten, gesetzlich determinierten Konditionen Verträge abzuschließen.

In allen Entscheidungen hat der OGH – wie auch der EuGH – die gesetzliche Verpflichtung der Krankenversicherungsträger zum Abschluss der Verträge in der Begründung hervorgehoben und daraus mangelnde unternehmerische Tätigkeit, somit nicht-wirtschaftliche Tätigkeit, der Krankenversicherungsträger bei den jeweils verfahrensgegenständlichen Tätigkeiten der Krankenversicherungsträger (Auflösung eines Einzelvertrags mit einer Krankenanstalt, Tarifgestaltung in Gesamt- und Einzelverträgen, Abschluss eines Einzelvertrages [„LVP“]) abgeleitet. Konsequenterweise hat der OGH die Unternehmereigenschaft der Krankenversicherungsträger verneint und die Anwendung des Wettbewerbsrechtes ausgeschlossen.

Die Krankenversicherungen der von den jeweiligen Versicherungen erfassten Personen sind in den Sozialversicherungsgesetzen (bspw ASVG, GSVG, BSVG) geregelt. Heilmittel werden nicht von den im ASVG, auf das die anderen genannten Sozialversicherungsgesetze verweisen, ausdrücklich genannten Vertragspartnern (Ärzten, Dentisten etc), sondern idR von spezialisierten Großhändlern bezogen. Vertragspartner von Einkaufsgemeinschaften von Sozialversicherungsträgern sind in diesem Zusammenhang „andere Vertragspartner“ iSd § 349 Abs 3 ASVG.

Bezüglich der Vertragsverhältnisse der Krankenversicherungsträger zu „anderen Vertragspartnern“ sieht das ASVG keine Verpflichtung der Krankenversicherungsträger zum Abschluss von Gesamtverträgen vor (arg Wortlaut des § 349 Abs 3 ASVG: „Die Beziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und anderen Vertragspartnern ... können durch Gesamtverträge geregelt werden“). Nach dem Wortlaut der Bestimmung trifft die Sozialversicherungsträger jedenfalls keine Verpflichtung zum Abschluss von Gesamtverträgen. Über den Abschluss von Einzelverträgen mit „anderen Vertragspartnern“ schweigt das ASVG überhaupt. Das ASVG sieht an keiner Stelle eine Verpflichtung der Krankenversicherungsträger vor, Einzelverträge mit „anderen Vertragspartnern“ etwa zur Beschaffung von Heilmitteln abzuschließen.

Die Einkaufstätigkeit der Krankenversicherungsträger bei der Beschaffung von Heilmitteln unterscheidet sich somit von den in den zitierten Entscheidungen des OGH gegenständlichen Tätigkeiten der Sozialversicherungsträger in der Hinsicht, dass nach dem geltenden Recht keine Verpflichtung der Sozialversicherungsträger zum Abschluss von Beschaffungsverträgen besteht. Da der OGH in den zitierten Entscheidungen die gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss als (ein) wesentliches Kriterium für die Annahme des Nicht-Vorliegens einer unternehmerischen Tätigkeit gesehen hat, und im Fall von Einkaufsgemeinschaften eine gesetzliche Verpflichtung zum Vertragsabschluss nicht ersichtlich ist, erscheint das Ergebnis naheliegend, dass hier tatsächlich eine unternehmerische, wirtschaftliche Tätigkeit der Sozialversicherungsträger vorliegt. Die Sozialversicherungsträger haben nämlich beim Abschluss von Verträgen mit „anderen Vertragspartnern“, somit auch bei der Beschaffung von Heilmitteln im Großhandel, anders als im Fall der im Gesetz ausdrücklich geregelten Vertragsbeziehungen zu Ärzten, Krankenanstalten, Psychotherapeuten ua einen eigenen, unternehmerischen Gestaltungsspielraum.⁴⁷

39 OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04; zu den gesetzlich geregelten Vertragsbeziehungen zwischen Krankenversicherungsträger und Krankenanstalten siehe §§ 148 ASVG bzw § 349 Abs 2a und 2b ASVG.

40 OGH 19.12.2006, 4 Ob 238/06p; zur gesetzlich Regelung der Vertragsbeziehungen siehe oben FN 39.

41 OGH 8.9.2009, 4 Ob 93/09v; zur gesetzlichen Regelung der Vertragsbeziehungen zwischen Krankenversicherungsträgern und Psychotherapeuten siehe § 349 Abs 2 ASVG.

42 Siehe zur gesetzlichen Regelung der Rechtsverhältnisse der Krankenversicherungsträger zu (Dienstleistungs- und Produkt)Anbietern auch oben 3.4.

43 Siehe § 148 Abs 1 ASVG für die über Landesfonds finanzierten Krankenanstalten: „Die Beziehungen der Versicherungsträger zu den Rechtsträgern von Krankenanstalten ... sind nach folgenden Grundsätzen zu regeln: ...“. § 349 Abs 2 ASVG: „Die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den freiberuflich tätigen ... Psychotherapeuten werden ... durch einen Gesamtvertrag mit der Interessenvertretung der Psychotherapeuten ... geregelt. ... Stehen keine Gesamtverträge in Geltung, können für die Träger der Krankenversicherung vom Hauptverband Einzelverträge mit ... Psychotherapeuten abgeschlossen werden.“

44 Für die Krankenanstalten siehe § 148 Z 1 bis 10 ASVG; für die Psychotherapeuten siehe § 349 Abs 2 zweiter Satz ASVG iVm §§ 341, 342 und 343 Abs 1 bis 3 ASVG.

45 § 148 Z 3 ASVG.

46 Für die Psychotherapeuten § 349 Abs 2 zweiter Satz ASVG iVm § 342 Abs 2a ASVG.

47 Anders die Festsetzung von Festbeträgen, die im EuGH-Verfahren AOK geprüft wurde: EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, AOK-Bundesverband/Ichthyol.

Für das Vorliegen einer unternehmerischen Tätigkeit der Sozialversicherungsträger bei Beschaffungsvorgängen dieser Art spricht weiters, dass einzelne Sozialversicherungssysteme auch Wettbewerbskomponenten zu den anderen Sozialversicherungssystemen, etwa durch unterschiedliche Selbstbehalte, Doppelversicherungen und sog *opting out*-Möglichkeiten aufweisen.⁴⁸ So haben die freien Berufe die Möglichkeit, aus der Pflichtver-

sicherung nach dem GSVG „hinauszuoptieren“ (*opting out*).⁴⁹

48 Vgl dazu Grillberger, Elemente der privaten Krankenversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung, in Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen der Krankenversicherung (2008) 57.

49 Vgl grundlegend Mosler in Resch/Jabornegg/Seewald (FN 34) 58 f. In diesem Zusammenhang ist allerdings anzumerken, dass der OGH in 16 Ok 5/04 in einem *obiter dictum*, ohne nähere Begründung, ausgesprochen hat, dass das *opting out*-System, mit dem „ein gewisses Wettbewerbsselement eingeführt wurde“, an der Beurteilung – nicht-unternehmerische Tätigkeit der Sozialversicherungsträger – nichts ändere. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass Gegenstand des Verfahrens der Antrag einer Krankenanstalt gegen eine Gebietskrankenkasse, somit einen Sozialversicherungsträger nach dem ASVG-System war, in dem es eben kein *opting out* gibt.

Schlussfolgerungen

Es ist zu Recht kritisiert worden, dass es in der jüngeren Entscheidungspraxis des EuGH (insbesondere in der *FENIN*-Entscheidung) die Tendenz gab, den funktionalen Unternehmensbegriff zu verwässern und Sozialversicherungsträger – nach Bejahung des solidarischen Charakters – zur Gänze vom Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts auszunehmen. Dies führte aufgrund der apodiktischen Aussagen des EuGH im *FENIN*-Urteil zur problematischen Schlussfolgerung, dass im Falle der Negierung der Unternehmenseigenschaft des Krankenversicherungsträgers in seinem *Downstream*-Geschäft gegenüber den Versicherungsnehmern auch sämtliche Leistungsbeschaffungsaktivitäten des Sozialversicherungsträgers vom Geltungsbereich des Kartellrechts ausgenommen sind.

Der EuGH hat jedoch in anderen Entscheidungen betont, dass Krankenversicherungsträger außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art wie Unternehmen handeln, wenn sie Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen.⁵⁰ Je stärker der Gesetzgeber den *Downstream*-Aktionsradius der Krankenkassen mit Wettbewerbsselementen anreichert, desto eher kann eine ihrer konkreten Tätigkeiten als wirtschaftlich gewertet werden.⁵¹

Im Sinne des geltenden funktionalen Unternehmensbegriffs kann unseres Erachtens allerdings nicht von vornherein über die Unternehmereigenschaft abgesprochen werden, sondern müssen vielmehr die einzelnen Aktivitäten der Krankenversicherungen dahin gehend geprüft werden, ob es sich bei diesen jeweils um eine soziale oder wirtschaftliche Tätigkeit handelt. In der Praxis wurde teilweise angenommen, dass der EuGH von diesem Grundsatz in den letzten Jahren abgegangen ist und – im Ergebnis – vermehrt Krankenversicherungen als solche vom Anwendungsgebiet des Kartellrechts ausgenommen hat. Diese Entwicklung wäre verfehlt: Der Umstand, dass ein Krankenversicherungsträger grundsätzlich einen sozialen Zweck verfolgt und/bzw bloß eine ihm gesetzlich auferlegte Pflicht erfüllt, ist nicht zwangsläufig geeignet, allen seinen (Einzel-) Tätigkeiten *per se* sozialen Charakter zu verleihen.⁵² Beurteilungsgegenstand sollten immer die Rechtsgrundlagen sowie die Art und Weise der Durchführung der einzelnen Tätigkeit bleiben. Als Kriterien, die für die Qualifikation einer Tätigkeit als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit sprechen, sind insbesondere die Grundsätze der Solidarität und des sozialen Schutzes sowie eine gesetzlich vorgesehene Verpflichtung zur Erbringung der Tätigkeit zu nennen.⁵³ Eine gesetzli-

50 EuGH 16.4.2004, Verb Rs C-264/01 ua, *AOK-Bundesverband/Ichthyol*, Rn 58.

51 Gassner, Kartellrecht und GKV, ZVersWiss 2008, 411 (415).

52 Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht² (2008) 37.

53 Karl, Sind Krankenversicherungsträger Unternehmen iSd Wettbewerbsrechts? ASoK 2005, 57 (59 f).

che Verpflichtung zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe und eine detaillierte Determinierung des Modus der Aufgabenerfüllung sprechen für eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit und damit gegen das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft.

Bei der Einkaufstätigkeit der Sozialversicherungsträger liegt wohl oftmals eine wirtschaftliche Tätigkeit vor: Im Zusammenhang mit der Beschaffung von Heilmitteln – keine gesetzliche Verpflichtung zur Beschaffung von Heilmitteln im Sachleistungssystem, Konkurrenz zu privaten Versicherungsunternehmen – spricht viel für das Vorliegen einer unternehmerischen Tätigkeit. Dies muss umso mehr bei der Bildung von Einkaufsgemeinschaften gelten, die eine explizit wirtschaftliche Zielsetzung – nämlich günstigeren Einkauf der Medikamente durch Bündelung der Nachfragemacht der Krankenversicherungsträger (Synergieerzielung) – haben.

Zu bedenken sind auch die weitreichenden volkswirtschaftlichen Folgen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Krankenversicherungsträgern: Bei pauschaler Annahme einer nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit und Missachtung des funktionalen Unternehmensbegriffes können gesamte Märkte durch langfristige Lieferaufträge monopolisiert wer-

den. Einkaufsgemeinschaften führen zu einer zusätzlichen Bündelung auf Seiten der Nachfrager. Dies könnte insbesondere bei Märkten, auf denen komplexe Produkte und Dienstleistungen angeboten werden und die hohe Marktzutrittschranken aufweisen, unumkehrbare und negative Folgen (dauerhafte Verdrängung von Mitbewerbern, Einschränkung von Produktion, Forschung und Entwicklung) zeitigen.⁵⁴ Eine endgültige Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit sollte deshalb nicht im Rahmen der Prüfung über den groben „Filter“ der Unternehmenseigenschaft, sondern vielmehr beispielsweise im Rahmen einer Prüfung nach Art 101 Abs 3, Art 102 oder Art 106 Abs 2 AEUV bzw den entsprechenden Bestimmungen im österreichischen Kartellrecht erfolgen. Hier könnte dann auch eine umfassende wettbewerbsrechtliche Prüfung erfolgen, bei der es zu einer Abwägung der für den Wettbewerb/Konsumenten nachteiligen und positiven Auswirkungen kommt.

54 Vgl zu den Implikationen der (Europäischen) Wettbewerbspolitik *Hancher*, The EU pharmaceuticals market: parameters and pathways, in *Mossialos/Permanand/Baeten/Hervey* (Hrsg), Health Systems Governance in Europe (2010) 635 (639 f).

Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ nach § 20 KartG

Nach § 20 KartG 2005 ist für „die Beurteilung eines Sachverhalts nach diesem Bundesgesetz [...] in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend“. Diese Regelung ist inhaltlich nutzlos und methodisch verfehlt. Sie sollte – wie schon mehrmals gefordert wurde – abgeschafft werden.

Von Johannes Peter Gruber

I. Einleitung

1. § 20 KartG 2005¹ wurde mit dem Kartellgesetz 1972² eingeführt.

1 § 20 KartG: „Für die Beurteilung eines Sachverhalts nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.“

2 § 53 KartG 1972, BGBl 1972/469.

§ 20. Für die Beurteilung eines Sachverhalts nach diesem Bundesgesetz ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

2. Die Bestimmung stammt aus der österreichischen Bundesabgabenordnung (BAO) 1961, einem Rechtsgebiet, wie es nicht weiter vom österreichischen und europäischen Wettbewerbsrecht („Kartellrecht“) entfernt sein könnte:

§ 21. (1) Für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die