



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 56/12

vom

9. Juli 2013

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 1. August 2012 wird als unzulässig verworfen.

Ihre Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde in diesem Beschluss wird zurückgewiesen.

Die Beteiligte trägt die Kosten ihrer Rechtsmittel.

Der Beschwerdewert wird auf 30.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Beteiligte ist die Bundesinnung der Hörgeräteakustiker (BIHA), eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Ihr gehört die weitaus überwiegende Zahl der in Deutschland tätigen Hörgeräteakustiker an.
- 2 Hörgeräte, die sozialversicherungsrechtlich zu den sogenannten Hilfsmitteln rechnen, werden in der Regel vom HNO-Arzt verordnet und dem Patienten auf diese Verordnung hin vom Hörgeräteakustiker angepasst. Sozialversicherungsrechtlich geschieht dies auf der Grundlage von Verträgen zwischen den Krankenkassen und den sogenannten Leistungserbringern (§§ 126, 127

SGB V). Daneben gibt es nach § 128 Abs. 4 SGB V die Möglichkeit, dass Vertragsärzte auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen mit den gesetzlichen Krankenkassen oder deren Verbänden weitergehend an der Versorgung mit Hilfsmitteln mitwirken. Das geschieht nach der Darstellung der Beteiligten in der Weise, dass der HNO-Arzt die erforderlichen Messungen am Patienten vornimmt und die so gewonnenen Daten an einen Hörgerätehersteller übermittelt, der auf dieser Grundlage ein Hörgerät fertigt. Dieses wird sodann an den Arzt geliefert, der es dem Patienten anpasst. Dieses Verfahren wird als verkürzter Versorgungsweg bezeichnet.

- 3 Zur Eindämmung des verkürzten Versorgungswegs, der nach Auffassung der Beteiligten verschiedene Nachteile mit sich bringt, hat sie im August 2009 mit einer gesetzlichen Krankenkasse eine Vereinbarung getroffen, nach der dieser günstigere Erstattungspreise für die Versorgung mit zuzahlungsfreien Hörgeräten eingeräumt wurden, solange die Kasse keine Vereinbarungen über den verkürzten Versorgungsweg schloss.
- 4 Nachdem das Bundeskartellamt hiervon Kenntnis erlangt hatte, gab es der Beteiligten auf, Unterlagen zum verkürzten Versorgungsweg und zu Vertragsverhandlungen mit den gesetzlichen Krankenkassen vorzulegen. Die Beschwerde der Beteiligten gegen das Auskunftsverlangen ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3320).
- 5 Die Beteiligte hat mit Schreiben vom 23. Dezember 2010 dem Bundeskartellamt angeboten, eine Reihe von Verpflichtungen einzugehen, um die vom Bundeskartellamt gegen ihr Vorgehen geäußerten Bedenken auszuräumen. Dieses Angebot hat sie jedoch mit Schreiben vom 27. Januar 2011 zurückgenommen.
- 6 Das Bundeskartellamt hat mit Verfügung vom 18. November 2011 der Beteiligten untersagt,

1. Beschlüsse zu fassen mit dem Inhalt, den Krankenkassen als Vertragspartnern in Versorgungsverträgen nach § 127 SGB V günstigere Konditionen anzubieten oder zu gewähren, soweit diese im Gegenzug auf den Abschluss weiterer - rechtmäßiger - Versorgungsverträge über die Versorgung mit Hörhilfen/Hörgeräten/Hörsystemen verzichten, insbesondere auf solche über den verkürzten Versorgungsweg,
2. den Abschluss und die Geltung von Vergütungsvereinbarungen in Versorgungsverträgen mit Krankenkassen nach § 127 SGB V an die Bedingung zu knüpfen, dass diese Krankenkassen keine weiteren - rechtmäßigen - Versorgungsverträge über die Versorgung mit Hörhilfen/Hörgeräten/Hörsystemen mit anderen Anbietern schließen und
3. Versorgungsverträge nach § 127 SGB V anzubieten oder abzuschließen, die wie die in Rn. 6 bis 8 dieser Verfügung genannten Verträge ein Sonderkündigungsrecht und die anschließende Geltung ungünstigerer Konditionen für den Fall vorsehen, dass die Krankenkasse eine oder mehrere anderweitige - rechtmäßige - Vereinbarungen zur Versorgung von Versicherten mit Hörhilfen/Hörgeräten/Hörsystemen abschließt.

7 In der mündlichen Verhandlung über die Beschwerde gegen diese Verfügung hat der Prozessbevollmächtigte der Beteiligten zu Protokoll erklärt, dass diese endgültig auf die Verwendung der in Rede stehenden Klauseln verzichte und nicht beabsichtige, sie nochmals zu verwenden. Auf Hinweis des Gerichts hat die Beteiligte anschließend ihren Antrag auf das Begehren umgestellt, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen zu lassen, und geltend gemacht, sie habe ein hohes Interesse daran, dass in der Öffentlichkeit nicht der Eindruck entstehe, sie habe sich kartellrechtswidrig verhalten.

8 Das Beschwerdegericht hat die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde mit der Begründung verworfen, der Beteiligten stehe kein berechtigtes Interesse zur Seite, die Rechtmäßigkeit der erledigten Verfügung gerichtlich klären zu lassen. Die Rechtsbeschwerde hat es nicht zugelassen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beteiligte mit der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde und mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

9 II. Die nach § 74 Abs. 4 GWB statthafte zulassungsfreie Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht nicht auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs.

- 10 1. Die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe sie nicht rechtzeitig auf das Erfordernis von Vortrag zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse hingewiesen, greift nicht durch.
- 11 Ein Anlass für einen solchen Hinweis ergab sich erst, als die Beteiligte ihren Antrag umstellte und damit erst in der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2012.
- 12 Die in diesem Zusammenhang geäußerte Ansicht der Beteiligten, das Beschwerdegericht hätte schon vor der mündlichen Verhandlung darauf hinweisen müssen, dass die für die Anfechtungsbeschwerde erforderliche Beschwer entfallen sei, trifft nicht zu. Das Beschwerdegericht hat eingehend begründet, warum aus seiner Sicht erst in der mündlichen Verhandlung hinreichende Klarheit darüber gewonnen wurde, dass sich die angefochtene Verfügung erledigt hatte. Für die Frage, ob der Beteiligten das rechtliche Gehör versagt worden ist, ist diese tatrichterliche Würdigung zugrunde zu legen. Ob etwas anderes in Betracht kommen könnte, wenn die tatrichterliche Würdigung willkürlich wäre, bedarf keiner Erörterung. Die Würdigung ist vielmehr im Wesentlichen überzeugend. Zweifelhaft mag sein, ob das Beschwerdegericht der Beteiligten zu Recht angelastet hat, dass sie an ihrem Rechtsstandpunkt festhielt und sich für den Fall einer ihr günstigen Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Wiederaufnahme des beanstandeten Verhaltens vorbehielt (vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1993 - I ZR 136/91, GRUR 1993, 677 - Bedingte Unterwerfung). Die Würdigung des Beschwerdegerichts wird aber jedenfalls durch den Hinweis darauf getragen, dass die Beteiligte ihre Verpflichtungszusage vom 23. Dezember 2010 am 27. Januar 2011 ohne Angabe von Gründen zurückgezogen hat.
- 13 2. Die weitere Rüge, das Beschwerdegericht hätte der Beteiligten durch Vertagung, Übergang in das schriftliche Verfahren oder Schriftsatznachlass Gelegenheit verschaffen müssen, sich ergänzend zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu äußern, greift nicht durch.

- 14 Konkrete Anhaltspunkte, aus denen sich für das Beschwerdegericht hätte ergeben können, dass es ihr nicht möglich sei, sich in der mündlichen Verhandlung zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu äußern, hat die Beteiligte nicht aufgezeigt. Insbesondere ist nicht ersichtlich und wird von der Beteiligten auch nicht behauptet, dass ihr Prozessbevollmächtigter oder ihr persönlich anwesender Hauptgeschäftsführer gegenüber dem Gericht erkennen ließen, dass sie hierfür nicht über ausreichende Informationen verfügten.
- 15 3. Ohne Erfolg rügt die Beteiligte, das Beschwerdegericht habe es unterlassen darauf hinzuweisen, dass es ihren Vortrag als unzureichend ansah. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs keine allgemeine Pflicht zu Hinweisen einschließt, insbesondere in dem Sinne, dass der bisherige Vortrag das Gericht nicht von der Berechtigung des Standpunkts der betreffenden Partei überzeuge (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 - KVZ 16/09, WuW/E DE-R 2879 Rn. 23 - Kosmetikartikel).
- 16 III. Die nach §§ 75, 76 Abs. 1 GWB statthafte und auch sonst zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Sache wirft weder Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 74 Abs. 2 GWB).
- 17 1. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass ein Rehabilitierungsinteresse genügen kann, um die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage oder -beschwerde nach Erledigung des ursprünglichen Begehrens zu begründen. Danach besteht ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse, wenn die begehrte Feststellung als Genugtuung oder zur Rehabilitierung des Betroffenen erforderlich ist, was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn das hoheitliche Handeln diskriminierenden Charakter hatte (BVerfGE 110, 77, 92). Diese Grundsätze gelten auch für das kartellverwaltungsgerichtliche Verfahren (BGH, Beschluss vom 5. Mai 1967 - KVR 1/65, WuW/E BGH 852, 855

- Großgebäude IV; KG, WuW/E OLG 1074 - Feuerfeste Steine; WuW/E OLG 2433 - Metro-Kaufhof; WuW/E OLG 3213 - Zum bösen Wolf; WuW/E OLG 5497 - Fortsetzungsfeststellungsinteresse). Das Beschwerdegericht hat seiner Entscheidung diese Rechtsprechung zugrunde gelegt. Die Rechtsbeschwerde erhebt insoweit lediglich Beanstandungen gegen die Anwendung dieser Grundsätze im konkreten Fall. Damit ist ein Zulassungsgrund nicht dargetan.

18 2. Der Verweis der Rechtsbeschwerde auf die Rechtsprechung des Senats zu den Anforderungen an das Bestehen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses im Falle eines erledigten Zusammenschlussvorhabens (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 - KVR 30/06, BGHZ 174, 179 Rn. 13 ff. - Springer/ProSieben; Beschluss vom 20. April 2010 - KVR 1/09, WuW/DE-R 2905 Rn. 16 - Phonak/GN Store) bleibt erfolglos. Dass danach geringere Anforderungen zu stellen sind, hat der Senat mit den Besonderheiten der Fusionskontrolle begründet. Daher ist es nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht die Grundsätze dieser Entscheidungen hier nicht angewendet hat. Eine Divergenz zu den ansonsten in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2002 - KVR 1/01, BGHZ 151, 260, 267 ff. - Stellenmarkt für Deutschland) zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf und ist auch nicht ersichtlich.

19 3. Soweit die Rechtsbeschwerde ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen drohender Schadensersatzforderungen geltend macht, kann das die Zulassung nicht begründen. Das tatsächliche Vorbringen hierzu war nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem Beschwerdegericht.

20 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Bornkamm

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 01.08.2012 - VI-Kart 7/11 (V) -