



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 15/98

Verkündet am:
14. März 2000
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Zahnersatz aus Manila

GWB §§ 14, 20 Abs. 1; SGB V § 30 Abs. 1 (F: 1.1.2000)

- a) Im Rahmen der Frage der Normadressateneigenschaft kommt als Nachfrager in erster Linie das Unternehmen in Betracht, das die Auswahl zwischen mehreren Anbietern trifft.
- b) In der Empfehlung eines Verbandes von – zur Sachleistung gegenüber dem Versicherten verpflichteten – Ersatzkassen, verstärkt bestimmte zahntechnische Betriebe zu beauftragen, die den Zahnersatz kostengünstig aus dem Ausland beziehen, liegt keine unbillige Behinderung der inländischen zahntechnischen Betriebe.
- c) Eine zur Sachleistung verpflichtete Krankenkasse verstößt nicht dadurch gegen das Preisbindungsverbot, daß sie mit Leistungserbringern, bei denen die Versicherten eine bestimmte Leistung nachfragen, Rahmenvereinbarungen trifft, nach denen die Leistungserbringer einen bestimmten Abschlag von den möglichen Höchstpreisen zu gewähren haben.

BGH, Urteil vom 14. März 2000 – KZR 15/98 – OLG München
LG Nürnberg-Fürth

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2000 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Geiß und die Richter Dr. Melullis, Prof. Dr. Goette, Ball und Prof. Dr. Bornkamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. April 1998 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth, 4. Kammer für Handelssachen, vom 14. November 1997 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Innung des Zahntechniker-Handwerks N. . Ihr gehören über 400 zahntechnische Betriebe als ordentliche Mitglieder an. Zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört es, die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern. Der Beklagte ist ein Spitzenverband von Ersatzkassen

im Sinne des SGB V; ca. 34,5 % aller Mitglieder der gesetzlichen Krankenkassen sind bei seinen Mitgliedern versichert.

Am 5. November 1996 strahlte die ARD in der Sendung "Plus-Minus" einen Beitrag über den Bezug von Zahnersatz aus Manila aus. Entsprechend einer Absprache mit dem Beklagten wurde in der Sendung darauf hingewiesen, daß die Zuschauer beim Beklagten eine Liste mit Anschriften von zahntechnischen Betrieben erhalten könnten, die Zahnersatz aus dem Ausland anböten. Auf Anforderung wurde den Zuschauern eine entsprechende Liste mit dreizehn Betrieben übersandt.

Die Klägerin hat dieses Verhalten als kartell- und wettbewerbswidrig beanstandet. Sie hat die Auffassung vertreten, der beklagte Verband sei Normadressat des § 20 Abs. 2 GWB, da sein Verhalten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Angebots- und Nachfrageverhalten seiner Mitglieder stehe, für die er (Rahmen-)Verträge mit Leistungserbringern schließe. Auf dem Markt für zahntechnische Leistungen, der zu 90 % auf den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung entfalle, nähmen die Mitglieder des Beklagten eine überragende Stellung ein. Die Mitglieder der Klägerin seien von den im beklagten Verband organisierten Ersatzkassen abhängig, da ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Nachfrager auszuweichen, nicht bestünden. Mit der beanstandeten Liste gebe der Beklagte eine konkludente Empfehlung und betreibe eine konkrete Nachfragelenkung. Darin liege eine unbillige Behinderung der Mitglieder der Klägerin, weil der Beklagte in das Verhältnis des Zahnarztes zu seinem Patienten eindringe und auf diese Weise den Marktzutritt anderer zahntechnischer Betriebe erschwere. Darüber hinaus verstoße der Beklagte durch die mißbräuchliche Ausnutzung seiner Autorität als Spitzenverband der Ersatzkassen gegen § 1 UWG.

Die Klägerin hat den Beklagten wegen des beanstandeten Verhaltens auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, nachdem es vorab den Rechtsweg zu den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch Beschluß für zulässig erklärt hatte. Das Berufungsgericht hat der Klage dagegen stattgegeben (OLG München OLG-Rp 1998, 237).

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin aus § 35 Abs. 3, § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F. (jetzt: § 32 Satz 2, § 20 Abs. 1 GWB) bejaht und hierzu ausgeführt:

Ob das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen habe, könne offenbleiben, weil sich durch die Einführung von Festzuschüssen für Zahnersatz anstelle der prozentual anteiligen Kostenerstattung die Rechtslage in einem wesentlichen Punkt geändert habe. Der Beklagte sei Normadressat des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots. Er stelle als Spitzenverband der Ersatzkassen eine Vereinigung von Unternehmen dar, die zusammengenommen über eine überragende Marktstellung bei der Nachfrage nach zahnprothetischer Versorgung verfügten; zumindest komme der im Beklagten zusammengefaßten Gruppe eine relative Marktmacht nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB a.F. (jetzt: § 20 Abs. 2 GWB) zu.

Nachfrager im kartellrechtlichen Sinne sei nicht nur derjenige, der unmittelbar Rechtsgeschäfte zur eigenen Bedarfsdeckung abschlieÙe, sondern auch der, der – wie die Mitglieder des Beklagten – als Nachfragedisponent auf die Preisgestaltung in seinem Sinne Einfluß nehme. Bei der gegebenen Konstellation sei der Beklagte als mittelbarer Nachfrager anzusehen, weil er als Spitzenverband die faktische Macht habe, die Versicherten und damit indirekt die Zahnärzte als unmittelbare Nachfrager bei der Inanspruchnahme von Kassenleistungen zu beeinflussen. Da der Beklagte Verträge mit Dental-Importhandelsgesellschaften abgeschlossen habe, fehle es auch nicht an einer Berührung der Parteien auf einem gemeinsamen Markt.

Jedenfalls nach der Anfang 1998 in Kraft getretenen gesetzlichen Neuregelung, nach der nur noch ein Festzuschuß zu den Kosten des Zahnersatzes gewährt werde, stelle die Empfehlung der in der Liste aufgeführten Betriebe eine unbillige Behinderung und eine Diskriminierung der Mitglieder der Klägerin dar. Infolge der Neuregelung sei von den Zahnersatzkosten stets derselbe Festbetrag zu erstatten, so daß sich der Beklagte nicht mehr auf ein eigenes wirtschaftliches Interesse seiner Mitglieder an einem kostengünstigen Bezug von Zahnersatzleistungen aus dem Ausland berufen könne. Die vom Beklagten geäußerte Befürchtung, die Patienten würden – wenn nicht über günstige Bezugsmöglichkeiten aufgeklärt – zur Vermeidung der hohen Aufwendungen für Zahnersatzleistungen vermehrt zahnärztliche Leistungen in Anspruch nehmen, um dann doch auf die unvermeidlichen Zahnersatzmaßnahmen zurückzugreifen, erscheine fernliegend. Andererseits beeinträchtige das Verhalten des Beklagten die Mitglieder der Klägerin spürbar; denn die Empfehlung bezwecke, daß sich Zahnärzte und Versicherte dazu bewegen lieÙen, anstelle inländischer Zahnlabors aus Kostengründen Unternehmen zu beauftragen, die den Zahnersatz im Ausland herstellen lieÙen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.

1. Die in erster Instanz umstrittene Frage, ob die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit für die vorliegende Klage zuständig sind, stellt sich im Streitfall nicht mehr. Denn das Landgericht hat den beschrittenen Rechtsweg in einem vorab gefaßten Beschluß für zulässig erklärt (§ 17a Abs. 3 GVG). Diese Entscheidung ist nicht angefochten worden. Damit ist den Gerichten, die über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache befinden, die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs verwehrt (§ 17a Abs. 5 GVG).

2. Der Klägerin steht gegen den Beklagten kein Anspruch aus § 33 Satz 1 und 2, § 20 GWB auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens zu.

a) Die Klagebefugnis der Klägerin ergibt sich aus § 33 Satz 2 GWB. Danach kann der Unterlassungsanspruch nach § 33 Satz 1 GWB nicht nur von den Betroffenen, sondern auch von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden. Hierzu zählen auch die öffentlich-rechtlich verfaßten Berufsorganisationen. Hinsichtlich der Verbandsklagebefugnis knüpft § 33 Satz 2 GWB an § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG an. Dort ist anerkannt, daß – trotz der ausdrücklichen Hervorhebung der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern in § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG – zu den klagebefugten Verbänden nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG auch die (sonstigen) öffentlich-rechtlich verfaßten Berufsorganisationen zählen (vgl. nur BGH, Urt. v. 2.4.1998 – I ZR 4/96, GRUR 1998, 835 = WRP 1998, 729 – Zweigstellenverbot).

b) Unter Geltung der am 3. Januar 1998 in Kraft getretenen Festzuschußregelung des § 30 Abs. 1 SGB V (in der Fassung des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes vom 23.6.1997 [BGBl. I S. 1520]), die inzwischen allerdings durch eine weitere Neuregelung ersetzt worden ist (dazu sogleich unter c), kam entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine Normadressateneigenschaft des Beklagten nicht in Betracht. Abzustellen ist auf den Markt für Zahnersatzleistungen, auf dem die Mitglieder der Klägerin ihre Leistungen anbieten und auf dem sie sich durch das beanstandete Verhalten des Beklagten beeinträchtigt sehen. Auf diesem Markt traten – jedenfalls unter Geltung der Festzuschußregelung des § 30 Abs. 1 SGB V i.d.F. des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes – weder der Beklagte noch die in ihm organisierten Ersatzkassen als Nachfrager auf. Denn die Leistungen der zahntechnischen Betriebe wurden von Zahnärzten oder Patienten, nicht aber von den gesetzlichen Krankenversicherungen nachgefragt, die insofern keine Sachleistungen erbrachten. Sie traten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht als Nachfragedisponenten auf, die für den eigentlichen Nachfrager die Nachfrageentscheidung treffen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 27.4.1999 – KZR 54/97, WuW/E DE-R 303, 305 – "Sitzender Krankentransport"). Gerade der Umstand, daß der Beklagte durch die beanstandeten Empfehlungen auf die Nachfrageentscheidung der Zahnärzte und Patienten Einfluß ausüben möchte, zeigt, daß die in ihm organisierten Ersatzkassen nicht selbst als Nachfrager auf diesem Markt tätig sind.

c) Allerdings ist die 1998 eingeführte Festzuschußregelung inzwischen wieder abgeschafft worden. Seit dem 1. Januar 1999 sind die Leistungen der Krankenkassen im Rahmen der medizinisch notwendigen Versorgung mit Zahnersatz erneut als Sachleistungen ausgestaltet, an denen sich die Versicherten lediglich mit einem prozentualen Anteil beteiligen müssen (§ 30 Abs. 1 und 2 SGB V in der Fassung des GKV-Solidaritätsstärkungsgesetzes vom 19.12.1998

[BGBl. I S. 3853]; vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 14/24, S. 16; Krasney, NJW 1999, 1745, 1746). Für die rechtliche Beurteilung des in die Zukunft gerichteten Unterlassungsantrags ist diese erst im Laufe des Revisionsverfahrens in Kraft getretene Rechtsänderung zu berücksichtigen. Denn Maßstab für die rechtliche Beurteilung im Revisionsverfahren ist das im Zeitpunkt der Entscheidung geltende Recht (vgl. BGHZ 9, 101; 36, 348; 55, 188, 191; 60, 68, 71 f.; BGH, Urt. v. 5.4.1995 – I ZR 67/93, GRUR 1995, 518, 519 = WRP 1995, 608 – Versäumte Klagenhäufung; Urt. v. 6.5.1999 – I ZR 199/96, GRUR 1999, 923, 925 = WRP 1999, 831 – Tele-Info-CD, zur Veröffentlichung in BGHZ 141, 329 bestimmt).

Auch unter der Geltung des Sachleistungsprinzips kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Beklagte oder seine Mitglieder als Nachfrager zahntechnischer Leistungen und damit auf dem Markt auftreten, auf dem die Mitglieder der Klägerin ihre Leistungen anbieten. Denn im Rahmen des Sachleistungsprinzips gewähren die Krankenkassen den Versicherten die "medizinisch notwendige Versorgung mit Zahnersatz (zahnärztliche Behandlung und zahntechnische Leistungen)" (§ 30 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Die zahntechnischen Leistungen werden danach nicht unmittelbar von den zahntechnischen Betrieben, sondern als Teil der umfassenden zahnärztlichen Versorgung mit Zahnersatz von den Vertragszahnärzten erbracht (vgl. auch Ullmann, MedR 1996, 341), die daher auch in erster Linie als Nachfrager dieser Leistungen in Betracht kommen. Ob daneben die Patienten und die Krankenkassen – also diejenigen, die die wirtschaftlichen Folgen der Nachfrageentscheidung tragen müssen – als Nachfrager von zahntechnischen Leistungen und damit als Normadressaten des § 20 Abs. 1 oder 2 GWB anzusehen sind, ist jedenfalls für die Krankenkassen wegen des den Versicherten grundsätzlich eingeräumten Wahlrechts nicht selbstverständlich. Denn für die Stellung als Nachfrager ist entscheidend, wer die Auswahl zwischen

mehreren Leistungserbringern zu treffen hat (BGH WuW/E DE-R 303, 304 f. – "Sitzender Krankentransport").

Die Frage bedarf jedoch im Streitfall keiner abschließenden Entscheidung. Da die Krankenkassen die zahntechnischen Leistungen als Sachleistung mittelbar gewähren und jedenfalls bezahlen müssen, ist ihr legitimes Interesse nicht zu leugnen, Zahnärzte und Patienten durch Empfehlungen auf kostengünstige Bezugsmöglichkeiten hinzuweisen und darauf zu hoffen, daß ihre Ratschläge zumindest von den Patienten, die einen Anteil der Kosten zu tragen haben (§ 30 Abs. 2 Satz 1 SGB V), aufgegriffen werden; dies wird auch von der Revisionserwiderung nicht anders gesehen. Hinzu tritt die ausdrückliche gesetzliche Regelung in § 88 Abs. 2 Satz 3 SGB V, der zufolge die Krankenkassen die Versicherten sowie die Zahnärzte über preisgünstige Versorgungsmöglichkeiten informieren können.

Damit wäre eine mögliche Behinderung – selbst wenn die sonstigen Tatbestandsmerkmale des § 20 Abs. 1 oder 2 GWB vorlägen – in keinem Fall unbillig; eine denkbare unterschiedliche Behandlung wäre sachlich gerechtfertigt.

3. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Die Revisionserwiderung möchte die Verurteilung auf § 20 Abs. 4 GWB stützen. Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus §§ 33, 20 Abs. 4 GWB kommt jedoch unter keinem denkbaren Gesichtspunkt in Betracht.

Auch die Revisionserwiderung verkennt nicht, daß die Bestimmung des § 20 Abs. 4 GWB Behinderungen zwischen Wettbewerbern – also im Horizontalver-

hältnis – betrifft (vgl. Bechtold, GWB, 2. Aufl., § 20 Rdn. 59; v. Gamm, Kartellrecht, 2. Aufl., § 26 GWB Rdn. 66; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 26 Rdn. 358) und der beklagte Verband oder seine Mitglieder auf keinen Fall als Normadressaten dieses Verbots in Betracht kommen. Die Revisionserwiderung möchte daher auch nicht auf den Beklagten als Normadressaten des § 20 Abs. 4 GWB, sondern darauf abstellen, daß der Beklagte Mittäter eines von den empfohlenen Betrieben begangenen Kartellverstoßes nach § 20 Abs. 4 GWB sei. Ein solcher Verstoß der vom Beklagten empfohlenen Betriebe liegt jedoch im Streitfall fern.

Zunächst läßt sich den getroffenen Feststellungen, aber auch dem Parteivorbringen nichts dafür entnehmen, daß die empfohlenen Betriebe über eine – im Verhältnis zu den Mitgliedern der Klägerin – überlegene Marktmacht verfügen. Die Revisionserwiderung möchte auf die Überlegenheit dieser Unternehmen allein aus der Unterstützung durch den Beklagten schließen. Sie verkennt dabei, daß eine Haftung als Mittäter oder auch als Störer einen Verstoß auf seiten des Normadressaten voraussetzt; die Merkmale dieses Verstoßes müssen dabei unabhängig von der fraglichen Beteiligung vorliegen.

Ferner ist nicht erkennbar, worin eine unbillige Behinderung der Mitglieder der Klägerin durch die empfohlenen Betriebe liegen soll. Die Revisionserwiderung möchte diese Behinderung darin sehen, daß die empfohlenen Unternehmen zahntechnische Leistungen unter den mit der Klägerin und anderen Innungen vereinbarten Höchstpreisen anbieten. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

b) Der Klägerin steht auch kein Anspruch gegen den Beklagten aus §§ 33, 21 Abs. 1 GWB zu.

Eine Aufforderung zu einer Bezugssperre ist in dem Versuch zu sehen, ein anderes Unternehmen dahin zu beeinflussen, daß es Lieferbeziehungen zu bestimmten Unternehmen nicht eingeht oder nicht aufrechterhält (BGH, Urt. v. 22.7.1999 – KZR 13/97, WuW/E DE-R 352, 354 – Kartenlesegerät, m.w.N.). In der beanstandeten Empfehlung des Beklagten liegt keine solche Aufforderung, da sie sich nicht gegen andere Anbieter zahntechnischer Leistungen richtet, sondern nur die Vorzüge des Angebots der empfohlenen Betriebe herausstellt. Der Nachweis günstigerer Bezugsmöglichkeiten kann zwar als Aufforderung zu einer Bezugssperre zu werten sein. Dies setzt aber voraus, daß die gegen das zu sperrende Unternehmen gerichtete Zielrichtung dieser Erklärung für den Adressaten erkennbar bleibt (vgl. BGH WuW/E DE-R 352, 354 – Kartenlesegerät, m.w.N.). Wird lediglich auf das günstige Angebot bestimmter Betriebe hingewiesen, liegt darin noch kein Boykott. Unabhängig davon stellt die Empfehlung bestimmter Betriebe in der hier in Rede stehenden Form keine unbillige Beeinträchtigung der benachteiligten Anbieter dar. Insofern kann auf die Ausführungen zu § 20 GWB verwiesen werden (oben unter II.2.c).

c) Schließlich läßt sich der Anspruch der Klägerin auch nicht aus § 13 Abs. 2 Nr. 2, § 1 UWG herleiten.

aa) Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt ein solcher Anspruch nicht unter dem Gesichtspunkt einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer hoheitlichen Machtstellung in Betracht. Denn es ist das legitime Interesse des Beklagten und der in ihm organisierten Ersatzkassen, die Kosten für zahntechnische Leistungen, von denen diese Kassen einen erheblichen Anteil tragen müssen, möglichst niedrig zu halten. Eine Empfehlung zugunsten preisgünstiger Anbieter ist unter diesen Umständen nicht mißbräuchlich.

bb) In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat das Bundeskartellamt einen Verstoß des Beklagten gegen § 1 UWG auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt für möglich gehalten: Wenn lediglich die Versicherten oder ihre Zahnärzte, nicht dagegen die im Beklagten organisierten Ersatzkassen als Nachfrager zahntechnischer Leistungen anzusehen seien, dann seien die Preisvereinbarungen, die der Beklagte mit den auf der Liste aufgeführten Betrieben geschlossen habe, möglicherweise unter Verstoß gegen das Preisbindungsverbot (§ 14 GWB) zustande gekommen (vgl. Emmerich, Anm. zu BGH LM § 21 GWB Nr. 8 – "Sitzender Krankentransport"; ferner zu der entsprechenden Problematik bei der Beurteilung der Regulierungsabkommen der Kfz-Haftpflichtversicherer mit den Autovermietungen Köhler, NJW 1995, 2019, 2020) mit der Folge, daß die vom Beklagten ausgesprochene Empfehlung nach § 1 UWG wettbewerbswidrig sei. Dem kann nicht beigetreten werden.

Daß der Beklagte mit den auf der Liste aufgeführten Unternehmen bestimmte Preise für zahntechnische Leistungen vereinbart hat, hat das Berufungsgericht zwar nicht festgestellt, läßt sich aber dem unstreitigen Parteivorbringen entnehmen. Diese Preisvereinbarungen verstoßen indessen nicht gegen das Preisbindungsverbot des § 14 GWB. Denn auch wenn die Mitglieder des Beklagten nicht selbst als Nachfrager der zahntechnischen Leistungen anzusehen wären, tragen sie doch das wirtschaftliche Risiko der Auswahlentscheidung, die der einzelne Patient oder Zahnarzt trifft. Sie müssen die nachgefragte Leistung der Zahntechniker – ungeachtet der prozentualen Beteiligung der Versicherten – bezahlen. Je höher der Preis ist, den der Zahntechniker im Rahmen der bestehenden Höchstpreisregelung für seine Leistung in Rechnung stellt, desto höher ist auch die Belastung der Mitglieder des Beklagten. Mit der Auftragsvergabe verhält es sich insofern ähnlich wie mit dem Handelsvertreter- oder Kommissionsgeschäft, bei dem der Handelsvertreter oder der Kommissionär jedenfalls für fremde

Rechnung handelt (dazu BGHZ 97, 317, 321 ff. – EH-Partner-Vertrag). Ebenso wie der Geschäftsherr in jenen Fällen auf das vom Handelsvertreter oder Kommissionär abzuschließende Geschäft Einfluß nehmen darf, indem er dem Handelsvertreter oder Kommissionär Weisungen hinsichtlich der Preisgestaltung erteilt oder indem er mit den in Frage kommenden Vertragspartnern Rahmenvereinbarungen trifft, dürfen die Ersatzkassen, die im Rahmen des Sachleistungsprinzips das wirtschaftliche Risiko des abzuschließenden Geschäfts zu tragen haben, oder der Verband, in dem sie zusammengeschlossen sind, mit der Marktgegenseite Rahmenvereinbarungen über die Höhe der zu zahlenden Vergütung treffen, ohne daß darin ein Verstoß gegen das Preisbindungsverbot zu sehen wäre (vgl. zur Maßgeblichkeit des Risikos bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 14 GWB auch BGHZ 140, 342, 351 f. – Preisbindung durch Franchisegeber).

4. Da das Verhalten des Beklagten weder kartellrechtlich noch lauterkeitsrechtlich zu beanstanden ist, bedarf die an sich vorrangige, aber weder von der Revision noch von der Revisionserwiderung angesprochene Frage keiner Entscheidung, ob das in Rede stehende Verhalten nach der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Regelung des § 69 SGB V (in der Fassung des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 vom 22.12.1999 [BGBl. I S. 2626]) überhaupt noch in den Anwendungsbereich des GWB und des UWG fällt. Nach dieser Bestimmung sind die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend in den §§ 63, 64, 69 bis 140h SGB V, im Krankenhausfinanzierungsgesetz sowie in den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt. Insbesondere kann offenbleiben, ob die in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Ausdruck gebrachte Auffassung (BT-Drucks. 14/1245, S. 68) Eingang in die gesetzliche Regelung gefunden hat, daß die Krankenkassen und ihre Verbände, die in diesen Rechtsbeziehungen ihren

öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag erfüllen, "deshalb nicht als Unternehmen im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts, (handeln)" (zweifelnd insofern Neumann, WuW 1999, 961, 963 f.).

III. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision des Beklagten aufzuheben. Die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende landgerichtliche Urteil ist zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

Geiß

Melullis

Goette

Ball

Bornkamm