

Erstsanktion, ist er – soweit er pönal ist – formell auf eine später verhängte Kartellbuße anzurechnen. Ist der Kartellschadensersatz die Zweitsanktion, ist er – soweit er pönal ist – nachträglich auf die Kartellbuße anzurechnen.

10. In Höhe des angerechneten Kartellschadensersatzes steht dem Kartellanten im Hinblick auf eine bereits entrichtete Kartellbuße ein Rückerstattungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland<sup>178)</sup> bzw. die EU-Kommission zu. Anspruchsgrundlagen sind gegen die Bundesrepublik der öffentliche-rechtliche Erstattungsanspruch i. V. m. § 13 EBAO bzw. gegen die EU-Kommission der gemeinschaftsrechtliche Rückerstattungsanspruch.

11. Verfahrensmäßig sind die nachträgliche Anrechnung und die Rückerstattung von nationalen bzw. EU-Kartellbußen nicht in einem Wiederaufnahmeverfahren geltend zu machen. Im Hinblick auf nationale Kartellbußen hat dies vielmehr analog § 99 Abs. 2 OWiG im Vollstreckungsverfahren zu geschehen. Im Hinblick auf EU-Kartellbußen sind Anrechnung und Rückerstattung formlos gegenüber der EU-Kommission geltend zu machen.

### *Abstract*

#### *The imputation of punitive cartel damages on cartel fines*

*This Article shows that antitrust damages according to Sec. 33 of the German Act against Restraints of Competition (GWB) have not only compensatory but also punitive elements. The ne-bis-in-idem-principle makes it necessary to impute the punitive part of the damages to cartel fines. If the cartel damages are not the primary but the secondary sanction, the punitive part of the damages has to be imputed retroactively to cartel fines imposed before. Thus, a member of a cartel who first pays the cartel fine and afterwards renders punitive damages to the cartel victim has a claim for reimbursement against the Federal Republic of Germany and the EC-Commission respectively.*

178) Sofern eine Landesbehörde den Bußgeldbescheid erlassen hat, fließt das Bußgeld der betreffenden Landeskasse zu. In diesem Fall richtet sich der Rückerstattungsanspruch gegen das Bundesland, näher zur Vollstreckungszuständigkeit *Jalowitzki* (Fußn. 157), § 82a Rz. 3.

*Rupprecht Podszun*<sup>\*)</sup>

## **Kartellrecht in wettbewerbsfernen Branchen – das Beispiel Blutspendewesen**

*Die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips in Branchen mit weitreichenden gesetzgeberischen Vorgaben rückt immer stärker in den Fokus der Kartellbehörden und -gerichte. In diesem Beitrag werden einige Herausforderungen identifiziert und analysiert, die typischerweise auftreten, wenn Kartellrecht in einem hochkonzentrierten, regulierten oder traditionell wettbewerbsfernen Markt durchgesetzt werden soll. Als Beispiels-Branche wird der überschaubare Bereich des Blutspendewesens herangezogen. Wie häufig im Gesundheitssektor gibt es auch hier starke Widerstände gegen eine wettbewerbliche Durchdringung. Gleichwohl ist es in den letzten Jahren zu kartellrechtlichen Fortschritten gekommen.*

<sup>\*)</sup> Dr. iur., Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München

## Inhaltsübersicht

- I. Das Blutspendewesen in Deutschland
  1. Kartellrechtliche Verfahren
  2. Blutprodukte und Organisation des Blutspendewesens
  3. Rechtliche Rahmenbedingungen
- II. Typische Herausforderungen für die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips
  1. Sektorspezifische Normen
    - 1.1 § 10 TFG
    - 1.2 § 3 Abs. 2 TFG
    - 1.3 Folgerungen
  2. Staatlicher Einfluss
    - 2.1 Institutionelles Gefüge
    - 2.2 Unternehmerische Aktivitäten
    - 2.3 Folgerungen
  3. Hohe Konzentration
    - 3.1 Marktabgrenzung
    - 3.2 Marktanteile
    - 3.3 Marktzutrittsschranken
    - 3.4 Beispiel: Fusionskontrollfall
    - 3.5 Folgerungen
  4. Schwache Marktgegenseite
    - 4.1 Entnahme
    - 4.2 Absatz
    - 4.3 Beispielsfall: Rabattsysteme
    - 4.4 Folgerungen
  5. Sonderwettbewerbliche Gesamtkonzeption
    - 5.1 Regulierung statt Wettbewerb
    - 5.2 Beispielsfall: Testverfahren
    - 5.3 Bewusstsein für Wettbewerb
    - 5.4 Folgerungen
- III. Zusammenfassung

## I. Das Blutspendewesen in Deutschland

### 1. Kartellrechtliche Verfahren

Im Blutspendewesen gab es in den vergangenen Jahren vier kartellrechtliche Verfahren von Bedeutung. Das OLG Jena hatte über eine Marktaufteilungsvereinbarung zwischen zwei Blutspendeeinrichtungen in Thüringen zu entscheiden.<sup>1)</sup> Das Bundeskartellamt prüfte die Übernahme von zwei universitären Blutspendeeinrichtungen (Tübingen und Heidelberg) durch einen DRK-Blutspendeeinrichtung im Wege der Zusammenschlusskontrolle.<sup>2)</sup> Das OLG Düsseldorf entschied ein Missbrauchsverfahren wegen eines Rabattsystems beim Bezug von Blutprodukten, das Krankenhäusern von einem DRK-Blutspendeeinrichtung angeboten worden war.<sup>3)</sup> Die Europäische Kommission befasste sich mit einer Kooperationsvereinbarung von Pharmaunternehmen zur Vermarktung bestimmter Testverfahren für Blutprodukte, die zu hohen Lizenzgebühren-Forderungen führten.<sup>4)</sup> Die Verfahren hatten für das Blutspendewesen bahnbrechenden Charakter.

1) OLG Jena, Urte. v. 27. 9. 2006 – 2 U 60/06, abrufbar unter <http://www.stbk.de/pdf/urteil-olg-jena.pdf>.

2) BKartA – B3-162/05 und B3-163/05 (ohne Entscheidung).

3) OLG Düsseldorf, Urte. v. 3. 3. 2004 – VI-U (Kart) 34/02, abrufbar unter <http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/recht/index.htm>.

4) EU-Kommission, Verwaltungsschreiben v. 30. 6. 2003 – COMP/38 259, XXXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 2004, S. 238.

## 2. Blutprodukte und Organisation des Blutspendewesens

Blut wird in Form von Blutkonserven für Transfusionen bei Operationen in Krankenhäusern und zur Versorgung von Patienten bei bestimmten Krankheitsbildern gebraucht.<sup>5)</sup> Die Blutkonserven (sog. „Blutprodukte“) sind nach unterschiedlichen Blutbestandteilen differenziert, die jeweils verschiedene Funktionen im Körper haben. Die wichtigsten Blutprodukte sind Erythrozytenkonzentrat (EK), Thrombozytenkonzentrat (TK) sowie Blutplasma zur klinischen Anwendung. Diese Produkte können nur aus menschlichem Blut, gewonnen von Blutspendern, hergestellt werden.

Die Versorgung der Krankenhäuser mit Blutprodukten wird in Deutschland von drei Gruppen von Blutspendediensten (BSD) geleistet (sog. Drei-Säulen-Modell). Dies sind die acht Blutspendedienstleistungen des Deutschen Roten Kreuzes (DRK),<sup>6)</sup> die staatlichen und kommunalen Blutspendedienste (StKB)<sup>7)</sup> sowie private Blutspendedienstleistungen, von denen die Haema AG die größte ist.<sup>8)</sup> Die BSD sind auf allen Stufen des Blutspendewesens tätig. Sie nehmen Spenderpersonen Blutspenden ab. Das Blut wird in seine Bestandteile aufgeteilt, getestet, in Transfusionseinheiten verpackt und an Krankenhäuser vertrieben. Mit Blutprodukten werden nach Schätzungen jährlich etwa 500 Mio. € in Deutschland umgesetzt.<sup>9)</sup>

## 3. Rechtliche Rahmenbedingungen

Das 1998 in Kraft getretene Transfusionsgesetz (TFG)<sup>10)</sup> setzt den rechtlichen Rahmen für das Blutspendewesen. § 1 TFG definiert die gesetzgeberischen Leitgedanken: Zum einen wird eine „sichere Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen“ angestrebt, also eine Verringerung der Infektionsgefahren, die mit Bluttransfusionen verbunden sind. Zum anderen ist für eine „sichere Versorgung der Bevölkerung mit Blutprodukten zu sorgen“, also für einen ausreichenden Vorrat von Blutkonserven. Den in dieser Branche tätigen Akteuren wird in § 3 Abs. 1 TFG staatlicherseits eine „Aufgabe“ (Gewinnung von Blut zur Versorgung der Bevölkerung) zugewiesen. Gemäß § 4 Abs. 2 ArzneimittelG sind Blutprodukte Arzneimittel und unterliegen damit zudem den entsprechenden Vorschriften.

## II. Typische Herausforderungen für die Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips

In den genannten Verfahren traten Schwierigkeiten auf, die typisch sind für die Anwendung des Kartellrechts in Sektoren, die stark von gesetzgeberischen Vorgaben geprägt sind und in denen Wettbewerb bislang kein wesentliches Ordnungsprinzip war. Dies gilt nicht nur für den Gesundheitssektor, sondern zum Beispiel auch für die Branchen Energie, Verkehr, Post oder Telekommunikation. Die Analyse der Verfahren im Blutspendewesen zeigt Möglichkeiten auf, solche Schwierigkeiten zu überwinden.

### 1. Sektorspezifische Normen

Der Gesetzgeber verfolgt mit spezifischen Normen für Wirtschaftssektoren Ziele, die bei ungeregeltem Marktverhalten nicht erreicht würden. Regulierung ist dadurch immer Eingriff in den freien Wettbewerb.<sup>11)</sup>

5) Vgl. *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann*, Transfusionsrecht, 2. Aufl., 2007, Rz. 20 ff.

6) Vgl. [www.drk-blutspende.de](http://www.drk-blutspende.de); *Seifried*, in: Die Transfusionsmedizin in Deutschland, 2005, S. 91.

7) Vgl. [www.stkb.de](http://www.stkb.de); *Hitzler*, Transfusion Medicine and Hemotherapy 2004;31 (suppl 2), 42.

8) Einen weitgehend vollständigen Überblick bietet [www.transfusionsmedizin-online.de](http://www.transfusionsmedizin-online.de).

9) FAZ v. 3. 5. 2005, S. 13.

10) Es beruht in Teilen auf europäischen Richtlinien, vgl. *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fußn. 5), Rz. 67, 69.

11) Vgl. *Böhm*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S. 200; *Schebstadt*, WuW 2005, 6, 7.

Im TFG zeigt sich dies an der dem freien Unternehmertum fremden hoheitlichen Aufgabenzuweisung in § 3 Abs. 1 TFG. Aus dieser Aufgabe werden zahlreiche Vorgaben abgeleitet, die einzelne Wettbewerbsparameter beeinflussen. Im Extremfall können sektorspezifische Normen die Anwendung des Kartellrechts grundsätzlich in Frage stellen.<sup>12)</sup> In den genannten Verfahren wurde dieser Einwand auf Grund von § 10 und § 3 Abs. 2 TFG erhoben.

## 1.1 § 10 TFG

§ 10 TFG schreibt die „Unentgeltlichkeit der Blutspende“ vor:

„Die Spendeentnahme soll unentgeltlich erfolgen. Der spendenden Person kann eine Aufwandsentschädigung gewährt werden, die sich an dem unmittelbaren Aufwand je nach Spendeart orientieren soll.“<sup>13)</sup>

Damit wird festgelegt, dass eine Bezahlung von Blutspendern nicht erfolgt. Die Höhe der Aufwandsentschädigung beträgt bei Vollblutspenden, bei denen die Entnahme mit Nadel und Beutelsystem erfolgt, maximal 25 €.<sup>14)</sup> Während bei den privaten BSD und den StKB die Aufwandsentschädigung in der Regel in Geld ausgezahlt wird, entfällt sie bei den DRK-BSD meist ganz oder besteht in Form eines Snacks. Ergänzt wird § 10 TFG durch das Verbot, mit finanziellen Anreizen oder Aufwandsentschädigungen für Blutspenden zu werben (§ 7 Abs. 3 HeilmittelwerbeG).

Aus der Unentgeltlichkeit der Blutspende wird teilweise gefolgert, dass das Kartellrecht im Bereich der Blutversorgung generell nicht anwendbar ist.<sup>15)</sup> So verzichteten die Beteiligten zweier Zusammenschlüsse im Blutspendebereich auf die Anmeldung beim Bundeskartellamt, obwohl die Aufgreifkriterien des GWB erfüllt waren.<sup>16)</sup> Die Ansicht lässt jedoch außer Acht, dass beim Vertrieb der Blutprodukte an Krankenhäuser Entgelte gefordert werden. Anders als der Bereich der Blutentnahme ist hier eine vollständige Kommerzialisierung gegeben.

Fraglich ist aber, ob bei der Blut-Entnahme ein Markt vorliegt, auf dem sich die Blutspender als Anbieter und die BSD als Abnehmer treffen. Als wirtschaftswissenschaftliche Lehrbuchweisheit gilt, dass ein Markt entsteht, wo Angebot und Nachfrage sich treffen.<sup>17)</sup> Weniger eindeutig ist, ob es für den Marktbegriff konstitutiv ist, dass die Ware oder Dienstleistung gegen Entgelt erbracht wird. In der kartellrechtlichen Praxis finden sich verschiedene Ansätze, die bislang unter anderem bei der Prüfung von Fernseh- und Internet-Fällen relevant wurden. Streitig ist hier, ob die kostenlose Rezeption von Werbung genügt, um einen Leistungsaustausch im Markt-Sinne zu bewirken. Beim Free-TV oder bei kostenlosen Internet-Angeboten gäbe es dann einen Zuschauermarkt, obwohl die Zuschauer kein Entgelt an die Sender zahlen. Die Frage wurde von den Kartellbehörden teilweise thematisiert, meist jedoch offengelassen.<sup>18)</sup> Für die Fernsehentscheidungen kann die

12) Etwa § 69 SGB V, § 2 Abs. 3 TKG, § 111 Abs. 2 EnWG; vgl. *von Wallenberg*, Kartellrecht, 3. Aufl., 2007, S. 241 ff.; *Bunte*, Kartellrecht, 2003, S. 331 ff.

13) Zum Charakter als Soll-Vorschrift und zur tatsächlichen Durchsetzung siehe *von Auer/Seitz*, TFG, 1998/2007, § 10 Rz. 6.

14) Votum des Arbeitskreises Blut zur Aufwandsentschädigung für Blut- und Plasmaspender, Bundesgesundheitsblatt 12/1993, S. 542. Für die aufwändigeren Apherese-Spenden gibt es deutlich höhere Entschädigungen. Vgl. *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fußn. 5), Rz. 594 ff.

15) Vgl. Baden-Württembergischer Landtag, Kleine Anfrage der Abg. *Haller-Haid* und *Wichmann* und Antwort des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst, Drucks. 13/5218, Antwort 4 a.

16) So bei den Gemeinschaftsunternehmen des DRK-BSD Baden-Württemberg/Hessen mit den Universitätskliniken Tübingen und Heidelberg, vgl. BKartA – B3-162/05 und B3-163/05.

17) Vgl. *Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 1999, S. 70.

18) Vgl. EU-Kommission, Entscheidung v. 20. 9. 1995 – IV/M.553, ABLEG 1996 Nr. L 134, S. 34 ff. – RTL/Veronica/Endemol; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 10. 2006 – VI-Kart 2/05, WuW DE-R 1845, 1851 f. – SES/DPC; *Trafkowski*, MMR 1999, 630, 634; *K.-E. Schmidt*, ZUM 1997, 472, 474; *Schnelle/Bartosch*, BB 1999, 1933, 1934.

Frage deshalb offenbleiben, weil der Werbmarkt den Zuschauer „markt“ quasi spiegelt – und unzweifelhaft als Markt zu erfassen ist. Das ist bei der Abnahme von Blut anders, da ein solch unmittelbar spiegelbildlicher Markt fehlt. Ökonomisch sprechen aber die besseren Argumente dafür, einen Markt anzunehmen: Wenn Angebot und Nachfrage aufeinander treffen, bildet sich ein Preis. Dieser kann auch bei null liegen oder in anderer als finanzieller Form geleistet werden. Das ist beim Blutspenden der Fall. Wenn die Blutspender ihre Leistung kostenlos erbringen wollen, ändert dies nichts an der wirtschaftlichen Bedeutung und kommerziellen Verwertbarkeit ihrer Leistung. Eine solche ökonomische Tatsache muss aber auch kartellrechtlich abgebildet werden. Diese Annahme wird durch die Forschungen zum Marktcharakter altruistischer Verhaltensweisen bestätigt, die „das gute Gefühl“ beim Spenden als Währung ansehen, die einem Preis vergleichbar ist.<sup>19)</sup> Daher ist anzunehmen, dass aus ökonomischer Sicht ein Markt vorliegt.<sup>20)</sup>

§ 10 TFG könnte jedoch *normativ* festlegen, dass kein Markt im Rechtssinn vorliegt. Selbst wenn der Gesetzgeber eine Kommerzialisierung des Blutspendens ablehnt, heißt dies jedoch nicht, dass vorhandene Verhaltensweisen, die nach Marktmechanismen funktionieren, im rechtsfreien Raum stattfinden. Das OLG Jena hat dies in einem Kartellverfahren bestätigt.<sup>21)</sup> Auch für die Entnahme von Blutspenden gelte das GWB, da es sich um „die unverzichtbare Beschaffungsseite von Blutspendediensten“<sup>22)</sup> handle, ohne die das nachfolgende Geschäft mit Blutprodukten nicht funktionieren könne. § 10 TFG schließt den Nachfragewettbewerb um Blutspenden nicht aus, sondern reduziert lediglich die für den Wettbewerb einsetzbaren Mittel. Wo aber Spielraum für solchen Wettbewerb gegeben ist, gilt auch das Kartellrecht.<sup>23)</sup>

Daran ändert auch der von den Anbietern und teilweise auch den Nachfragern verfolgte karitative Zweck nichts. Der Charakter einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist auch dann gegeben, wenn die erwirtschafteten Einnahmen gemeinnützig verwendet werden müssen. Dies ist zwar unter Kartellrechtlern unstreitig, wird von den karitativ tätigen Organisationen häufig aber gänzlich anders wahrgenommen. Die Auffassung der entsprechenden Akteure, ihre Tätigkeit stehe in gewisser Weise über den Normen des profanen Wirtschaftsrechts, ist eine Herausforderung für die Durchsetzung des Kartellrechts.<sup>24)</sup>

Die Reduktion der Wettbewerbsparameter durch § 10 TFG und § 7 Abs. 3 HeilmittelwerbeG ist aus wettbewerblicher Sicht im Übrigen problematisch. Sie hat zur Folge, dass die Anwerbung von Blutspendern deutlich erschwert wird, da keine finanziellen Anreize gesetzt werden können.<sup>25)</sup> Das behindert insbesondere Newcomer, die auf den Rohstoff Blut angewiesen sind. So zementieren diese Normen das etablierte Marktgefüge. Die DRK-BSD, die in diesem Gefüge besonders erfolgreich sind, setzen sich entsprechend stark für den Grundsatz der Unentgeltlichkeit und das Werbeverbot ein.<sup>26)</sup> Zur Begründung wird vorgetragen, ungeeignete Spender (insbesondere Drogenabhängige) sollten nicht angezogen werden, zudem wolle man eine Kommerzialisierung des menschlichen Körpers aus ethischen Gründen vermeiden.<sup>27)</sup> Das Sicherheitsargument

19) Vgl. Voigt, GRUR 2006, 466, 468 m. w. N.

20) Ebenso K.-E. Schmidt, ZUM 1997, 472 und Trafkowski, MMR 1999, 630, 634 f. für das Fernsehen.

21) OLG Jena, Urt. v. 27. 9. 2006 – 2 U 60/06 (Fußn. 1).

22) OLG Jena, Urt. v. 27. 9. 2006 – 2 U 60/06 (Fußn. 1), Umdr. S. 6.

23) Ebenso für das Lauterkeitsrecht Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann (Fußn. 5), Rz. 600, 612.

24) Vgl. Engelsing, in: Kötz u. a., Non Profit Law Yearbook 2002, S. 105.

25) Vgl. Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann (Fußn. 5), Rz. 601 f.

26) Vgl. Deutscher Bundestag, Sachverständigenanhörung zum TFG v. 20. 10. 2004, Protokoll 15/80 (Äußerungen von Seifried) sowie [http://www.drk-blutspende.de/blutspendedienste/blutspendewesen\\_national.php](http://www.drk-blutspende.de/blutspendedienste/blutspendewesen_national.php).

27) Begründung zu § 10 TFG, BT-Drucks. 13/9594 v. 13. 1. 1998.

verfängt allerdings wegen der zuverlässigen Testverfahren kaum mehr.<sup>28)</sup> Das ethische Argument wirkt wenig überzeugend, wenn auf der nachfolgenden Handelsstufe eine komplette Kommerzialisierung des Bluts erfolgt.

## 1.2 § 3 Abs. 2 TFG

§ 3 Abs. 2 TFG, der teilweise als Argument für eine Ausnahme vom Kartellverbot angeführt wird, enthält ein Kooperationsgebot. Die Norm lautet:

„(2) Zur Erfüllung der Aufgabe gemäß Absatz 1 [Gewinnung von Blut zur Versorgung der Bevölkerung] arbeiten die Spendeinrichtungen zusammen. Sie unterstützen sich gegenseitig, insbesondere im Falle des Auftretens von Versorgungsengpässen. Sie legen die Einzelheiten der Zusammenarbeit in einer Vereinbarung fest.“

Was das Kooperationsgebot im Einzelnen umfasst, ist strittig. Zunächst verlangt die Norm eine präventive Klärung von Fragen, die in Engpass-Situationen auftreten können, etwa eine Festlegung der Kriterien, wann eine Engpass-Situation gegeben ist und unter welchen Bedingungen sich die BSD gegenseitig aushelfen, um die Patientenversorgung jederzeit zu gewährleisten.<sup>29)</sup> Eine Absprache solcher Notfall-Pläne berührt zwar bereits wesentliche Wettbewerbsparameter. Insbesondere wird die Frage der Leistungsstärke des Anbieters von Blutkonserven zurückgedrängt. Eine solche Absprache verbessert aber die Warenverteilung und kommt den Verbrauchern in einem für sie entscheidenden Zeitpunkt (Notfall) entgegen (vgl. § 2 Abs. 1 GWB). In gewisser Weise hält das Kooperationsgebot den Wettbewerb sogar aufrecht: Krankenhäuser können sich für den regulären Betrieb für einen kleineren Wettbewerber entscheiden, ohne fürchten zu müssen, im Notfall keinen Zugriff auf benötigte Blutkonserven zu haben. So wird die Chance auf Preis-Leistungs-Wettbewerb im Normalbetrieb erhalten, während im Notfall der Wettbewerb auf die Frage der Sortimentsgröße reduziert wird.

§ 3 Abs. 2 TFG enthält jedoch keine Ausnahme vom Kartellverbot, wenn BSD untereinander Gebietsabsprachen vornehmen. Dies stellte das OLG Jena klar, als es eine Marktaufteilung zwischen einem DRK-BSD und einem transfusionsmedizinischen Institut für nichtig erklärte.<sup>30)</sup> Eine Absprache von Blutentnahme-Gebieten trage nämlich nichts bei zur Sicherstellung des Versorgungsauftrags aus § 3 Abs. 1 TFG und sei daher nicht erforderlich. Im Gegenteil, so lässt sich anführen, hat sich Wettbewerb als besonders geeignetes Prinzip erwiesen, um die Nachfrage zu befriedigen und also die Versorgung sicherzustellen. Es ist nicht ersichtlich, warum dies im Blutspendewesen nicht gelten soll. Würde die Produktion von Blutkonserven in jeder Region nur auf einer Säule ruhen, wäre zu fürchten, dass bei Problemen (etwa wirtschaftlicher Zusammenbruch des Monopolisten, Qualitäts- und Sicherheitsprobleme) die Versorgungssicherheit eher gefährdet wäre.

Diese Argumentation stellt auch die „Richtlinien für die Aufgabenverteilung und die Zusammenarbeit im Blutspende- und -transfusionswesen“,<sup>31)</sup> eine Vereinbarung verschiedener BSD, sowie das vertraglich vereinbarte „Regionalprinzip“ der DRK-BSD in Frage. Nach diesem Regionalprinzip werden Abnehmer von Blutprodukten jeweils nur vom regional zugeordneten DRK-BSD versorgt. So vermeiden die DRK-BSD untereinander Konkurrenz. Das Regionalprinzip war bereits

28) Vgl. von Auer/Seitz (Fußn. 13), § 10 Rz. 1; Deutscher Bundestag, Sachverständigenanhörung zum TFG v. 20. 10. 2004, Protokoll 15/80 (Äußerungen von Storch).

29) von Auer/Seitz (Fußn. 13), § 3 Rz. 4 f.

30) Vgl. OLG Jena, Urt. v. 27. 9. 2006 – 2 U 60/06 (Fußn. 1); vorgehend LG Meiningen, Urt. v. 14. 12. 2005 – 3 O 77/05, n. v.; der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das OLG-Urteil als unzulässig verworfen, Beschl. v. 19. 6. 2007 – KZR 27/06, n. v.

31) Deutsches Ärzteblatt 1970, S. 2720.

mehrfach Gegenstand kartellrechtlicher Prüfungen.<sup>32)</sup> Zuletzt wurde eine solche Prüfung vom Bundeskartellamt auf Wunsch des Bayerischen Obersten Rechnungshofs vorgenommen, der überhöhte Preise für bayerische Krankenhäuser durch die ausschließliche Belieferung durch den BSD des Bayerischen Roten Kreuzes monierte. Das Amt ging jedoch auch in dieser Überprüfung nicht gegen das Regionalprinzip vor. Es sah die Gebietsabsprache zum einen als konzerninterne Maßnahme der DRK-Organisationen an, zum anderen bestehe wegen des vorrangigen Schutzes von Leben und Gesundheit „kein Verfolgungsinteresse“.<sup>33)</sup> Während die Annahme, dass die DRK-BSD einen Konzern bilden, nachvollziehbar ist, ist die Verneinung des Verfolgungsinteresses überraschend. Ein solches wurde nämlich durch die Ergebnisse des Rechnungshofs gerade deutlich. Zudem geht das Amt gerade im Gesundheitssektor üblicherweise rigide gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor.<sup>34)</sup>

§ 3 Abs. 2 TFG kann in jedem Fall als problematische Norm bezeichnet werden, da es sich um eine staatliche Aufforderung zur Absprache unter Wettbewerbern handelt. § 3 Abs. 2 TFG ist, auch mit Blick auf höherrangiges EU-Recht, kartellrechtskonform und daher eng auszulegen.

### 1.3 Folgerungen

Durch sektorspezifische Normen werden außerwettbewerbliche Ziele vorgegeben. Diese können jedoch die Geltung des Kartellrechts nicht beeinträchtigen, soweit nicht eine eindeutige Auschlussregelung getroffen ist.<sup>35)</sup> Normen, die die im Wettbewerb einsetzbaren Mittel einschränken, sind eng auszulegen. Praktisch ist schon im Gesetzgebungsprozess, spätestens in kartellrechtlichen Verfahren auf eine möglichst rasche Klärung des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen Kartellrecht und sektorspezifischem Recht zu dringen. Das OLG Jena hat hier (insoweit auch in Einklang mit dem OLG Düsseldorf<sup>36)</sup>) für den Blutspendebereich Maßstäbe gesetzt.

## 2. Staatlicher Einfluss

Die materiellen Besonderheiten spiegeln sich im institutionellen Gefüge: Neben dem Bundeskartellamt als allgemeiner Wettbewerbsbehörde beeinflussen zahlreiche andere Institutionen die Marktverhältnisse. Besonders problematisch ist die wettbewerbliche Durchdringung eines Marktes dann, wenn der Staat unternehmerische Eigeninteressen hat. Auch dies ist im Blutspendewesen der Fall.

### 2.1 Institutionelles Gefüge

In § 27 TFG werden vier Institutionen, das Paul-Ehrlich-Institut (PEI), das Robert-Koch-Institut, die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung und das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information als zuständige Bundesoberbehörden benannt. Neben diese Behörden mit teilweise weitgehenden Kompetenzen treten die für die arzneimittelrechtlichen Vorschriften gem. § 64 ArzneimittelG zuständigen Landesbehörden, die zum Beispiel die nach § 13 ArzneimittelG erforderliche Herstellungserlaubnis erteilen. In § 24 TFG ist zusätzlich als Sachver-

32) Vgl. BKartA – B3-117/00 und B3-150/02, Schreiben v. 5. 2. 2003 an das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst; Bayerischer Oberster Rechnungshof, Jahresbericht 2002, S. 167 ff., abrufbar unter [www.orh.bayern.de](http://www.orh.bayern.de); dazu Stellungnahme des Bayerischen Roten Kreuzes v. 3. 12. 2002, [www.brk.de/praesidium/aktuelles/122.html](http://www.brk.de/praesidium/aktuelles/122.html).

33) BKartA, Schreiben v. 5. 2. 2003 in der Sache B3-150/02.

34) Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, 2007, S. 164 ff.

35) Vgl. *Säcker*, Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftlichen Kartellrechts, 2006, S. 324 und passim.

36) OLG Düsseldorf, Urt. v. 3. 3. 2004 – VI-U (Kart) 34/02 (Fußn. 3).

ständigengremium der „Arbeitskreis Blut“ festgeschrieben, der das Bundesministerium für Gesundheit beraten soll. Seine Empfehlungen sind praktisch bindend. Richtlinien werden gem. §§ 12 und 18 TFG von der Bundesärztekammer ausgearbeitet. Schließlich spielt der Gemeinsamen Bundesausschuss, das Selbstverwaltungsgremium von Ärzten, Krankenhäusern und Krankenkassen, eine Rolle. All diese Institutionen haben je eigene Aufgaben, die sie mit hoheitlichem Anspruch ausführen.

Für den Wettbewerb bedeutet dies, dass er nicht nur materiell, sondern auch institutionell vom wesentlichen Ordnungsprinzip der Wirtschaft zu einem von mehreren Zielen herabgestuft wird. Die Marktteilnehmer müssen sich, wenn sie hoheitlichen Ansprüchen gerecht werden wollen, zahlreichen Institutionen stellen. Diese können im Einzelfall konfligierende Ansichten vertreten.

## 2.2 Unternehmerische Aktivitäten

Darüber hinaus ist der Staat selbst als Marktteilnehmer präsent. Zum einen sind staatliche und kommunale BSD als Anbieter von Blutprodukten tätig, zum anderen sind staatliche Krankenhäuser Nachfrager von Blutprodukten. Zudem bestehen Verflechtungen staatlicher Stellen und Repräsentanten mit den DRK-BSD.

Zu den Zielvorstellungen, die von den mit dem Blutspendewesen betrauten Behörden repräsentiert werden, treten damit weitere staatliche Interessen, die fiskalischer Natur sind. So musste das Bundeskartellamt im Fusionskontrollfall teilweise gegen die Interessen der baden-württembergischen Landesregierung tätig werden. Das stellt zwar keine völlig ungewöhnliche Konstellation dar.<sup>37)</sup> Es ist aber – gerade vor dem Hintergrund des Grundsatzes von der „Einheit der Rechtsordnung“<sup>38)</sup> – eine unglückliche Konstellation, solange keine Priorisierung stattfindet.

## 2.3 Folgerungen

Genau wie bei materiellen Normen ist auch institutionell eine Klärung der Konkurrenzsituation geboten. Insbesondere müssen die jeweiligen Institutionen darauf achten, ihre Kernkompetenzen nicht zu überschreiten. Dies setzt gegenseitige Information voraus, seitens der Kartellbehörden auch *competition advocacy*. Soweit es zu Planungen (z. B. bei Gesprächen im Bundesgesundheitsministerium) kommt, müssen alle relevanten Institutionen beteiligt werden.

Die staatlichen unternehmerischen Aktivitäten dürfen gegenüber den Aktivitäten privater Unternehmer nicht bevorzugt werden. Sie sind besonders aufmerksam zu kontrollieren, da staatliche Eingriffe ins Marktverhalten kritisch zu betrachten sind.<sup>39)</sup> Diese Gefahr nimmt mit steigender Autonomie der einzelnen Institutionen ab. Auf eine klare Trennung regulatorischer und fiskalischer Staatsinteressen ist daher institutionell und personell besonders zu achten.

## 3. Hohe Konzentration

Märkte in regulierten Branchen sind häufig durch einen hohen Konzentrationsgrad und zahlreiche Marktzutrittsschranken gekennzeichnet. Dies ist auch im Blutspendewesen der Fall.

### 3.1 Marktabgrenzung

Das OLG Düsseldorf hat als sachliche Märkte nach den drei Hauptblutprodukten (EK, TK, Blutplasma zur klinischen Anwendung) abgegrenzt und im konkreten Fall räumlich das Land Nord-

37) Vgl. *Emmerich/Rebbinder/Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 4. Aufl., 2007, § 130 Abs. 1 Satz 1 Rz. 102.

38) Vgl. *Niederleithinger*, *GRUR Int.* 1996, 467.

39) Vgl. *Emmerich/Rebbinder/Markert* (Fußn. 37), § 130 Abs. 1 Satz 1 Rz. 102.



rhein-Westfalen als betroffen angesehen.<sup>40)</sup> Dieser Marktabgrenzung ist zuzustimmen, da die Blutprodukte weder untereinander noch mit anderen Arzneien austauschbar sind.<sup>41)</sup> Zugleich ist eine weitergehende Differenzierung etwa nach Blutgruppen oder Rhesusfaktoren oder Spezialaufbereitungen nicht sachgerecht, da die Anbieter stets ein Sortiment vorhalten müssen.

Die räumliche Marktabgrenzung ist davon bestimmt, dass Krankenhäuser Blutkonserven zunächst in ihrer näheren Umgebung nachfragen, da sie in Notfällen auf schnelle Lieferungen angewiesen sind. Zudem ist die Nachfrage an die Lieferradien der acht DRK-Blutspendedienste gebunden, die quasi alle Krankenhäuser beliefern, aber wegen ihres „Regionalprinzips“ nicht überregional aktiv werden. Diese Gebietsaufteilung steuert das Nachfrageverhalten. Ein die deutschen Grenzen überschreitender Handel findet wegen der unterschiedlichen Regulierungen und der angestrebten nationalen „Selbstversorgung“ (§ 1 TFG) nicht statt.<sup>42)</sup>

Neben die Blutprodukt-Märkte tritt nach der hier vertretenen Auffassung der Markt für die Entnahme von Blutspenden. Räumlich gilt hier die Besonderheit, dass die Anbieter (Blutspender) nur lokal anbieten, die Nachfrager (BSD) aber regional oder überregional nachfragen.

### 3.2 Marktanteile

Alle BSD, pharmazeutischen Unternehmen und Krankenhäuser sind gem. § 21 TFG jährlich zur Meldung beim PEI verpflichtet, wie viele Blutprodukte sie gewinnen und verbrauchen. Das PEI veröffentlicht einen teilweise anonymisierten Bericht.<sup>43)</sup> Aus der Veröffentlichung lassen sich u. a. die Marktanteile der drei Anbieter-Gruppen (DRK, StKB, Private) sowie Herstellungs- und Verbrauchszahlen entnehmen.

Die DRK-Einrichtungen halten demzufolge in allen Regionen Deutschlands ganz überragende Marktanteile (ca. 75 % Marktanteil bei EK; StKB: 20 %; Private: 5 %).<sup>44)</sup> Für TK und Frischplasma dürften die DRK-Anteile etwas geringer, aber dennoch überragend hoch ausfallen. Die bundesweite Betrachtung dürfte in etwa der regionalen Verteilung entsprechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass private Anbieter nur in wenigen Regionen überhaupt vertreten sind, das DRK aber flächendeckend arbeitet. Von den „drei Säulen“ überragt eine die anderen also deutlich.

### 3.3 Marktzutrittsschranken

Im Blutspendewesen sind die Marktzutrittsschranken sehr hoch. Für die erforderlichen Erlaubnisse zur Produktion von Blutkonserven sind hohe finanzielle Investitionen und erhebliches Know-how nötig. Eine weitere Hürde sind die Knappheit der Ressource Blut und der begrenzte Zugang zum Beschaffungsmarkt.

---

40) OLG Düsseldorf, Urt. v. 3. 3. 2004 – VI U (Kart) 34/02 (Fußn. 3).

41) Pool-TK und Apherese-TK sind trotz der hohen Preisunterschiede demselben Markt zuzuordnen, da sie austauschbar sind und in der Praxis auch gleichermaßen verwendet werden. Die mangelnde Preissensibilität ist vor allem den Erstattungsgrundsätzen im Gesundheitswesen geschuldet. Vgl. zur Marktabgrenzung auch *Coscelli/Overd*, ECLR 2007, 294.

42) Die EU-Organen versuchen zwar, die Qualitäts- und Sicherheitsanforderungen zu harmonisieren und so auch einen grenzüberschreitenden Austausch von Humanarzneimitteln zu ermöglichen (vgl. RL 2001/83/EG, 2002/98/EG, 2002/20/EG, 2004/33/EG, 2005/61/EG, 2005/62/EG). In der Praxis sind Lieferungen der hier benannten Blutprodukte über die Grenze jedoch selten. Vgl. auch *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fußn. 5), Rz. 96 ff.

43) Paul-Ehrlich-Institut, Bericht zur Meldung nach § 21 TFG für die Jahre 2005 und 2006, veröffentlicht unter [www.pei.de](http://www.pei.de).

44) Paul-Ehrlich-Institut, Bericht zur Meldung nach § 21 TFG für die Jahre 2005 und 2006, veröffentlicht unter [www.pei.de](http://www.pei.de).

### 3.4 Beispiel: Fusionskontrollfall

Die Marktstruktur wurde vom Bundeskartellamt für Baden-Württemberg intensiv in zwei Fusionskontrollverfahren geprüft. Anlass waren die (vor Vollzug nicht angemeldeten) Übernahmen von zwei universitären BSD (Tübingen und Heidelberg) durch den DRK-BSD Baden-Württemberg/Hessen.<sup>45)</sup> Das Bundeskartellamt stellte die Fusionskontrollverfahren während des Hauptprüfverfahrens kurz vor Ablauf der Untersagungsfrist ohne Entscheidung ein, nachdem die Beteiligten die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse so verändert hatten, dass die Aufgreifkriterien nicht mehr erfüllt waren.<sup>46)</sup> Bis dahin ging das Amt davon aus, dass eine marktbeherrschende Stellung des DRK-BSD in Baden-Württemberg beim Vertrieb von EK und TK durch die bereits vollzogenen Zusammenschlüsse verstärkt würde.<sup>47)</sup>

Wichtige Erwägungen für das Bundeskartellamt waren die horizontale Verstärkung des DRK-BSD durch Übernahme von zwei Wettbewerbern, die vertikale Verstärkung durch eine gesellschaftsrechtliche Absicherung des Absatzes von Blutkonserven an zwei große Universitätskliniken, die verbesserte Anbindung an die Forschung und der Zugang zum Blutspenderstamm der Universitätskliniken und damit der Zugriff auf die für wirtschaftliche Aktivitäten in diesem Bereich wesentliche Ressource. Gerade der letztgenannte Aspekt scheint besonders wichtig, da ein Newcomer oder ernsthafter Wettbewerber insbesondere das Problem lösen muss, Blutspender zu motivieren. Ein Spenderstamm, bestehend aus Personen, die schon grundsätzlich für das Blutspenden gewonnen und deren besondere Merkmale bekannt sind, ist ein überragend wichtiges *asset*. Die Universitätskliniken leisteten also zum einen Restwettbewerb, ihr gut aufgebauter Stamm an Blutspendern wäre aber auch das Eintrittstor für potenzielle Newcomer gewesen. Bislang gibt es keine privaten Anbieter von Blutprodukten in Baden-Württemberg. Der DRK-BSD stellt heute, nach Vollzug der Zusammenschlüsse, fest, dass er etwa 90 % der Versorgung mit Blutprodukten in seinem Gebiet sicherstellt.<sup>48)</sup>

### 3.5 Folgerungen

Kennzeichen regulierter Märkte ist häufig die Dominanz eines Marktteilnehmers (z. B. eines privatisierten Staatsunternehmens), die mit hohen Marktzutrittsschranken zusammentrifft. Einige dieser Zutrittsschranken sind normativer Natur, und es ist Aufgabe der Kartellbehörden, diese auf ihre Notwendigkeit zu prüfen und gegebenenfalls auf ihren Abbau hinzuwirken. Beim klassischen Vollzug des GWB gilt der vom BGH bestätigte Grundsatz, dass Restwettbewerb bei hoher

45) Vgl. BKartA – B3-162/05 und B3-163/05 (ohne Entscheidung); Bekanntmachungen Nr.1 und 2/2006 über Einleitung des Hauptprüfverfahrens Bundesanzeiger Nr. 14, 20.1.2006, S. 228; materielle Details siehe Baden-Württembergischer Landtag, Kleine Anfrage der Abg. *Haller-Haid* und *Wichmann* und Antwort des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst, Drucks. 13/5218 sowie Antrag der Abg. *Haller-Haid* u. a. und Stellungnahme des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst, Drucks. 14/229, abrufbar unter [www.landtag-bw.de/Dokumente](http://www.landtag-bw.de/Dokumente).

46) Konkret wurde von den Beteiligten eingewendet, die Schwellenwerte des § 35 GWB würden nicht mehr erreicht. Die Beteiligten hatten ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet, an dem die Universitätskliniken 25,1 % der Anteile hielten. Diese Anteile wurden auf 24,9 % reduziert, so dass die Umsätze der Universitätskliniken nicht mehr einzubeziehen waren. Die Umsätze des baden-württembergischen DRK-BSD genügten für § 35 GWB offenbar nicht. Dass die Schwellenwerte auch bei Zusammenrechnung der Umsätze aller DRK-BSD (oder aller DRK-Organisationen) nicht erreicht werden, scheint schwer vorstellbar. Hier deutet sich eine widersprüchliche Argumentation an, wenn die Zulässigkeit des „Regionalprinzips“ darauf gestützt ist, dass es sich um eine „konzerninterne Maßnahme“ handelt (s.o.). Das BKartA neigt der Auffassung zu, dass es sich bei den DRK-Organisationen um einen „Gleichordnungskonzern“ handelt, vgl. Antwort des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst, Drucks. 13/5218, Frage 2.

47) Vgl. Schreiben des BKartA vom 12.4.2006 (unveröffentlicht); Antwort des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst, Drucks. 13/5218.

48) Vgl. [http://www.blutspende.de/ueber\\_uns/baden\\_wuerttemberg\\_hessen.php](http://www.blutspende.de/ueber_uns/baden_wuerttemberg_hessen.php).

Konzentration besonders schützenswert ist.<sup>49)</sup> Kern der wettbewerblichen Analyse muss sein, welche Wettbewerbsimpulse im Prognosezeitraum am ehesten zu erwarten sind. Die Möglichkeiten dazu müssen eröffnet bleiben. Diese waren im Beispielfall – vom Bundeskartellamt zutreffend erkannt – die Rolle der universitären Blutspendedienste als forschungsstarke Gegengewichte mit Potenzial zu Innovationen oder mit dem Potenzial, privaten Anbietern über den Erwerb des Spenderstamms den Eintritt in den baden-württembergischen Markt zu ermöglichen.

#### 4. Schwache Marktgegenseite

Wettbewerb lebt auch vom Druck der Marktgegenseite.<sup>50)</sup> Dieser Druck ist im Blutspendewesen sowohl bei der Entnahme von Vollblut als auch auf der Absatzseite gering.

So stehen den BSD auf Beschaffungsseite zahllose Einzelpersonen gegenüber. Diese Zersplitterung der Marktgegenseite führt dazu, dass die Position des BSD nicht durch finanziellen Druck bei der Rohstoff-Beschaffung relativiert wird. Missbräuche – wenn auch möglicherweise nicht kartellrechtlich relevanter Art – sind einfacher möglich, da kein organisierter Protest zu erwarten ist. Jedenfalls geht von dem Bezugsmarkt keine wirtschaftliche Ordnung des weiteren Geschehens aus, obwohl der Bezug von Blut für das Marktgeschehen auf den folgenden Stufen von eminenter Bedeutung ist.

##### 4.1 Entnahme

Bei der Blutentnahme steht den BSD eine unüberschaubare Zahl nicht-organisierter Individuen gegenüber. Sie haben kein ausgeprägtes unternehmerisches Bewusstsein und üben keinen Druck aus, der Effizienzsteigerungen bei den BSD erzwingen würde.

##### 4.2 Absatz

Auch auf der Absatzseite steht den BSD keine gegengewichtige Marktmacht gegenüber. Dies ist bedingt durch die Strukturen im Gesundheitswesen und die schwach entwickelte unternehmerische Orientierung von Krankenhäusern.<sup>51)</sup> Die Erstattungsgrundsätze des Gesundheitswesens führen etwa dazu, dass geringe Preissensibilität bei Blutprodukten besteht. So macht es für Krankenhäuser keinen Unterschied, ob sie billigeres Pool-TK oder teures Apherese-TK beziehen. Gerade bei Blutprodukten, die lebensrettende Funktionen erfüllen, ist die Preissensibilität extrem gering.

Die Bedeutung der Marktgegenseite für den Wettbewerb wird im Blutspendewesen daran deutlich, dass private BSD zum Teil aus Unzufriedenheit privater Krankenhausketten mit dem Regionalprinzip der DRK-BSD entstanden sind. Die strikte Durchsetzung des Regionalprinzips minderte die Möglichkeit, Mengenrabatte auszuhandeln. Von den privaten BSD geht seit ihrem Entstehen ein deutlicher Wettbewerbsimpuls aus.

##### 4.3 Beispielfall: Rabattsysteme

Eine Entscheidung des OLG Düsseldorf illustriert die Zwänge, denen die Krankenhäuser im Bereich der Versorgung mit unverzichtbaren Blutpräparaten ausgesetzt sein können.<sup>52)</sup> In diesem

49) BGH v. 6. 3. 2001 – KVR 18/99, GRUR 2001, 861, 864 – Werra Rundschau; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/*Mestmäcker* (Fußn. 37), § 36 Rz. 194 m. w. N.

50) Differenziert: *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/*Mestmäcker* (Fußn. 37), § 36 Rz. 236 ff., § 38 Rz. 41 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, § 25 Rz. 89 ff.

51) Vgl. *Bangard*, ZWeR 2007, 183, 184 ff.

52) Vgl. OLG Düsseldorf, Urte. v. 3. 3. 2004 – VI-U (Kart) 34/02 (Fußn. 3); vorgehend LG Düsseldorf, Urte. v. 25. 9. 2002 – 34 O (Kart) 76/02, WuW/E DE-R 1073; siehe *Hossenfelder/Töllner/Ost*, Kartellrechtspraxis und Kartellrechtsprechung 2005/06, 21. Aufl., 2006, Rz. 243 ff.

Fall unterlag der DRK-BSD West im Rahmen einer privaten Kartellrechtsklage wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die Klage war von einem privaten Wettbewerber angestrengt worden, der in einem Rabattsystem des DRK-BSD eine unzulässige Koppelung (§ 19 Abs. 1, 4 Nr. 1 GWB) sah.

Der beklagte BSD bot Krankenhäusern einen „Gesamtrabatt“ auf alle Blutprodukte an, wenn nicht nur der Umsatz bei EK, sondern auch bei TK und Plasma eine bestimmte Mindestmenge erreichte. Die Mindestmenge wurde anhand eines von den Krankenhäusern zu Jahresbeginn angegebenen vorkalkulierten Jahresbedarfs ermittelt. Der Rabatt sollte sodann alle Produkte rückwirkend verbilligen, für EK sollte es bei Abnahme der Mindestabsatzmenge von TK noch einen zusätzlichen Abschlag geben. Zudem wurde eine Versorgung mit EK nur garantiert, wenn auch der Jahresbedarf an TK und Plasma beim DRK-BSD gedeckt würde. Der DRK-BSD wurde als marktbeherrschend für den Vertrieb von EK in NRW (Marktanteil: 80 %) eingestuft.

Das Rabattsystem nutzte die Abhängigkeit der Krankenhäuser vom DRK-BSD gezielt aus: Diese sind nämlich allesamt zumindest für Notfälle auf EK-Lieferungen des DRK-BSD angewiesen, da die übrigen BSD nicht genügend Blutspender haben, um ausreichend EK herzustellen. Die Folge für den DRK-BSD ist, dass er echtem Wettbewerb nur bei TK und Plasma ausgesetzt ist. Diese Produkte können auch von den anderen BSD in ausreichender Zahl angeboten werden.

Für die Krankenhäuser wurde durch Angabe des Jahresbedarfs ein Zusammenhang zwischen Versorgungssicherheit und Abnahme beim DRK-BSD hergestellt. Die Bevorzugung im Notfall sahen sowohl LG als auch OLG als missbräuchliche Ungleichbehandlung an, da den Krankenhäusern wegen der Abhängigkeit vom DRK-BSD keine Wahl bleibe. Das OLG Düsseldorf stufte (entgegen der Vorinstanz) auch die Rabatt-Koppelung von EK mit TK und Plasma insgesamt als missbräuchlich ein. Hier erkannte das OLG den Versuch, die marktbeherrschende Position bei EK auf Drittmärkte zu übertragen. Der Zutritt zu den noch nicht von DRK-BSD West beherrschten Märkten würde Wettbewerbern deutlich erschwert, da es zu einer Bezugskonzentration in Höhe des vorkalkulierten Jahresbedarfs komme.

#### 4.4 Folgerungen

Wettbewerb kann auch durch die Stärkung der Marktgegenseite gefördert werden. Dies würde langfristig eine Senkung der Abhängigkeiten bedeuten. Solange diese bestehen, ist insbesondere das Instrument der Missbrauchsaufsicht konsequent anzuwenden. Angesichts des hohen Konzentrationsgrads, der Abhängigkeiten und der wenigen handlungsfähigen Wettbewerber fällt diese Aufgabe auch den Kartellbehörden zu, zumal die Ermittlungsmöglichkeiten in privaten Rechtsstreitigkeiten sehr begrenzt sind.

### 5. Sonderwettbewerbliche Gesamtkonzeption

In regulierten und wettbewerbsfernen Branchen besteht die Tendenz, eine „sonderwettbewerbliche Gesamtkonzeption“<sup>53)</sup> zu verwirklichen, die von den Wettbewerbsleitbildern für andere Branchen abweicht. Eine solche Konzeption birgt Gefahren.

#### 5.1 Regulierung statt Wettbewerb

„Sonderwettbewerbliche Gesamtkonzeptionen“ implizieren eine Integration von Regulierung und Wettbewerb. Solche Konzeptionen neigen dazu, sektorspezifischen Besonderheiten dauer-

53) Für verschiedene Branchen etwa so dargestellt von *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fußn. 37), § 19 Rz. 21, 223 ff., Anhang 1 (Telekommunikation) Rz. 1 ff.

haft übertriebenes Gewicht zuzumessen. So werden Marktmechanismen außer Kraft gesetzt. Diese Gefahr ist umso größer, je intensiver die Regulierung institutionalisiert wird. Das Blutspendewesen weist eine hohe Regelungsintensität auf. Die damit verbundene Schwächung der Marktmechanismen führt zu einer Schlechterfüllung der Wettbewerbsfunktionen. Dies wird damit gerechtfertigt, dass außerwettbewerbliche Ziele nicht anders erreicht werden können. Dies ist schon in der Sache zweifelhaft. Hier müsste aber insbesondere die Beweislast klarer zu Lasten der Advokaten regulatorischer Eingriffe verschoben werden. Auch in anderen Branchen hat sich ein „Sonderkartellrecht“ etabliert, was mit der Einräumung wettbewerbslicher Defizite einhergeht.<sup>54)</sup>

## 5.2 Beispielfall: Testverfahren

Die Kosten regulatorischer Eingriffe werden auch am Streit der BSD mit den Pharmaunternehmen Chiron und Hoffmann-La Roche um die Höhe von Lizenzzahlungen deutlich. Die Unternehmen hielten Patente auf ein Genom und eine Polymerasekettenreaktion, durch deren Kombination sich das Hepatitis-C-Virus in Blutkonserven nachweisen lässt. Die Kooperationsvereinbarung der Unternehmen zur gemeinsamen Vermarktung des Hepatitis-C-Testverfahrens wurde bei der Europäischen Kommission als Vereinbarung – noch unter dem früheren Freistellungs-Regime des Art. 81 Abs. 3 EG – angemeldet.<sup>55)</sup> Durch die Patentierung (Regulierung 1) hatten die Unternehmen Monopolstellungen erhalten. Diese konnten sie durch ihre Zusammenarbeit optimal ausnutzen. Hinzu trat der Umstand, dass ab 1998 die Testung von EK auf Hepatitis-C-Viren in Deutschland verbindlich gemacht wurde (Regulierung 2).<sup>56)</sup> So entstand eine für die BSD eine Abhängigkeit, die die Unternehmen mit hohen Lizenzforderungen ausnutzen konnten.<sup>57)</sup> Mehrere BSD beschwerten sich daher bei der Europäischen Kommission über die Ermöglichung eines Preishöhenmissbrauchs durch die Kooperation.<sup>58)</sup> Auf Druck der Kommission kam es zu einer Verhandlungslösung. Die Kooperationsvereinbarung wurde sodann nach Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt.<sup>59)</sup>

## 5.3 Bewusstsein für Wettbewerb

Bei lang andauernden Marktverzerrungen schwindet das Bewusstsein, dass Wettbewerb überhaupt möglich ist und die Regulierung auf politischen Entscheidungen beruht.<sup>60)</sup> Bei den Marktteilnehmern besteht dann ein gering ausgeprägtes Bewusstsein für Kartellrecht. Die Nicht-Anmeldung zweier Zusammenschlüsse vor Vollzug beim Bundeskartellamt belegt dies ebenso wie die Rechtfertigung der „Unentgeltlichkeit der Blutspende“. In den Bundestagsdokumenten zur Verabschiedung des TFG (1998) und seiner Reform (2004) finden sich kaum Hinweise, dass der „Grundsatz der Unentgeltlichkeit“ im Hinblick auf die Chancen von neu in den Markt eintreten-

54) Vgl. für den Krankenhausbereich *Bangard*, ZWeR 2007, 183; für den Postbereich *Lagemann*, ZWeR 2006, 196; für Telekommunikation *Topel*, ZWeR 2006, 27, sowie überblicksartig *von Wallenberg* (Fußn. 12), S. 241 ff.

55) Vgl. EU-Kommission – COMP/38 153, ABI C 321 v. 16. 11. 2001, S. 11.

56) Bekanntmachung des Paul-Ehrlich-Instituts vom 25. 2. 1998, abgedruckt in *von Auer/Seitz* (Fußn. 13), B.1.3.5.

57) Das DRK rechnete mit Kostensteigerungen von 3 000 %, vgl. *Greenpeace* (Hg.), *Die wahren Kosten der Gen-Patente*, 2004, S. 8.

58) Vgl. EU-Kommission – COMP/38 259. Auszüge aus der Beschwerdeschrift sind zitiert bei *Greenpeace* (Fußn. 57), S. 8. Zu den Hintergründen vgl. *Steinmetzer/Groß*, in: Taupitz, *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, 2007, S. 213 ff., sowie den Artikel „Aderlass für die ganze Welt“ von *Albrecht*, *Die Zeit* v. 2. 9. 2001, S. 23.

59) EU-Kommission, Verwaltungsschreiben v. 30. 6. 2003 (unveröffentlicht), vgl. EU-Kommission, XXXIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 2004, S. 238.

60) Vgl. *J. Schmidt*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 7. Aufl., 2001, S. 35 ff.

den Unternehmen reflektiert wurde.<sup>61)</sup> Auch das später aufgehobene Urteil des LG Meiningen in erster Instanz zur Marktaufteilung zwischen den Thüringer BSD lässt kein Verständnis für einen wettbewerblich strukturierten Markt für Blutprodukte erkennen.

#### 5.4 Folgerungen

Die Idee einer sonderwettbewerblichen Gesamtkonzeption birgt das Risiko, dass der Wettbewerb als Ordnungsprinzip dauerhaft anderen Zielen untergeordnet wird. Dabei wäre gerade in Branchen wie der dargestellten eher eine strengere Durchsetzung des Kartellrechts wünschenswert, da schon andere Marktmechanismen ausgeschaltet sind. Dazu müsste die Vorstellung besser entwickelt werden, dass auch Wettbewerb in dieser Branche vorstellbar ist und möglicherweise sogar zu mehr Effizienz und größeren Innovationen führen würde.<sup>62)</sup> Dies ist gerade bei steigender Bedeutung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts wichtig. Für die behördliche Durchsetzung bedeutet dies, dass das Aufgreiferessen in solchen Branchen im Zweifel erst recht dahin gehend ausgeübt werden muss, Verstöße abzustellen. Eine Abwägung mit anderen Zielen seitens der Kartellbehörde wäre verfehlt. Die oben dargestellte Entscheidung, das Verfolgungsinteresse beim DRK-Regionalprinzip zu verneinen, ist insofern eine Fehlentscheidung. Sie zeugt davon, dass es noch an Vorstellungskraft mangelt, wie ein Blutspendemarkt wettbewerblich durchdrungen werden könnte.

### III. Zusammenfassung

Branchen mit starken gesetzgeberischen Eingriffen sind eine Herausforderung für das Kartellrecht. Es besteht die Gefahr, dass „sonderwettbewerbliche Gesamtkonzeptionen“ dauerhaft etabliert werden. Dagegen ist eine Vorstellung von Wettbewerb als tragendem Ordnungsprinzip zu entwickeln. Mit Wettbewerb können teilweise außerwettbewerbliche Ziele besser erreicht werden als durch eine kostenträchtige sektorspezifische Regulierung. Erforderlich ist aber eine besonders konsequente Durchsetzung des Kartellrechts, die gezielt darauf ausgerichtet ist, die Märkte für künftige Markteintritte und Innovationen offenzuhalten.

Das Blutspendewesen ist ein Beleg dafür, wie schwierig dieser Weg sein kann. Erfolge sind aber auch hier messbar: Das letztlich unentschiedene Fusionskontrollverfahren hat die DRK-BSD offenbar zurückhaltender bei der Akquisition weiterer Marktanteile werden lassen. So ordnet der BSD des Bayerischen Roten Kreuzes in seinem Jahresabschluss 2006 die zunehmenden Vorbehalte des BKartA als Risiko für seine künftige Entwicklung ein.<sup>63)</sup> Die Übernahme des letzten in Bayern verbliebenen ernsthaften Wettbewerbers hat der BSD vertagt.<sup>64)</sup> Was der Marktbeherrscher als Risiko betrachtet, ist für den Wettbewerb Chance.

---

61) Vgl. Begründung zu § 10 TFG, BT-Drucks. 13/9594 v. 13. 1. 1998.

62) Ebenso *Deutsch/Bender/Eckstein/Zimmermann* (Fußn. 5), Rz. 290.

63) Vgl. Blutspendendienst des Bayerischen Roten Kreuzes, Jahresabschluss zum 31. 12. 2006, Elektronischer Bundesanzeiger, veröffentlicht am 12. 10. 2007.

64) Vgl. Welt am Sonntag v. 14. 5. 2006, [http://www.welt.de/print-wams/article142101/Transfusion\\_mit\\_Hindernissen.html](http://www.welt.de/print-wams/article142101/Transfusion_mit_Hindernissen.html).

**Abstract*****Antitrust Law in Sectors Where Competitive Thinking is Unconventional – the Example of Blood Donation Services***

*This paper identifies five typical obstacles to the enforcement of competition law in sectors that were not exposed to competitive thinking in the past. First, sector specific regulation interferes with a strict competition-oriented approach. Second, the state plays a dual role as a watchdog and as a market player. Third, the market is highly concentrated and the entry barriers are high. Fourth, a strong market opposition is missing. Finally, people simply lack the idea that the market could be organised with a competitive structure. To illustrate this, the paper draws on the experiences of blood donation services in Germany. This sector is not exempted by law from competition, but only in the past years enforcement activities by competition agencies and private actors have raised some awareness for matters of competition law. The cases in question concerned a market allocation agreement by two blood donation centres, the acquisition of two university blood laboratories by a dominant firm, the abuse of a dominant position of a blood producer towards hospitals and, finally, the co-operation agreement of two pharmaceutical companies for a blood testing device. With reference to these cases, the paper suggests ways to deal with the challenges in order to structure the market more competitively and efficiently.*