

# Inhaltsverzeichnis

|  |          |
|--|----------|
| <b>A. Einführung: Der Rabattvertragswettbewerb – sozial- und kartellrechtliche Grundlagen .....</b>  | <b>1</b> |
| I. Einleitung .....  | 1        |
| II. Gesetzgebungsgeschichte der Rabattvertragsregelung und Einordnung in das Leistungserbringungssystem der GKV .....                      | 4        |
| 1. Genese .....  | 5        |
| 2. Rabattfähige Arzneimittel .....   | 9        |
| a. Erstattung als maßgebendes Kriterium .....  | 9        |
| b. Verschreibungspflicht als Kriterium .....   | 10       |
| c. Festbetrag als Ausschlusskriterium? .....   | 11       |
| d. Zusammenfassung .....   | 13       |
| 3. Rabattvertragspraxis – rechtstatsächliche Handhabung .....  | 13       |
| a. Bericht des <i>Bundesgesundheitsministeriums</i> (§ 130a Abs. 8 S. 6 SGB V a. F.) .....   | 15       |
| b. Übersicht über die Rabattvertragspraxis .....   | 16       |
| 4. Rabattverträge als Preiswettbewerbsinstrument .....   | 20       |
| a. Rabatte gemäß § 130a Abs. 8 SGB V als <i>verhandelbare</i> Preisnachlässe .....   | 21       |
| b. Die Wechselbeziehung der Rabatt- zur Festbetragsregelung .....  | 23       |
| (a) Auswirkungen auf die Festsetzung von Festbeträgen .....  | 23       |
| (b) Folgen der Koexistenz von Festbetrag und Rabattvertrag .....   | 25       |
| (c) Folgen einer Aufhebung der Festbetragsregelung .....   | 27       |
| c. Zwischenergebnis .....  | 28       |
| III. Das Sozialkartellrecht i. S. des § 69 SGB V i. V. m. § 19-21 GWB – Grundlagen der Verwirklichung von Wettbewerb und Solidarität ..... | 28       |
| 1. Die Frage nach der Ausgestaltung des sozialrechtlich initiierten Wettbewerbs i. S. d. § 69 SGB V .....                                  | 28       |
| 2. Krankenkassen als Unternehmen .....   | 32       |
| 3. Wettbewerb zur Finanzierung der Arzneimittelversorgung im Sozialsystem der GKV .....  | 33       |
| a. Die Einführung und Entstehung des Einzelvertragswettbewerbs– Verhandlungsprinzip und Verantwortungsteilung .....                        | 33       |
| (a) Der marktliberale Ansatz des Einzelvertragsprinzips .....  | 33       |
| (b) Das Verhandlungsprinzip und die Verantwortungsteilung – Schutz der Interessen von Krankenkassen und Leistungserbringern .....          | 37       |
| b. Wettbewerb als vorverfassungsrechtliches Lenkungsinstrument? .....  | 38       |
| (a) Verankerung des Wettbewerbs in den Grundrechten .....  | 39       |
| (b) Rechtsprechung des BVerfG .....  | 40       |
| (c) Stellungnahme zum Umfang des verfassungsrechtlich geschützten Wettbewerbs .....  | 43       |
| c. Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf die Gewährleistung des grundrechtlich geschützten Wettbewerbs .....                           | 44       |
| (a) Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip für das Gesundheitswesen ...   | 44       |
| (b) Verhältnis des Sozialstaatsprinzips zum Kartellrecht .....   | 45       |

|     |   |    |
|-----|---|----|
| d.  | Wettbewerbsfunktionen und sozialrechtliche Zielsetzungen .....  | 47 |
| (a) | Wettbewerbsfunktionen und Funktionsbedingungen einer solidarisch finanzierten Arzneimittelversorgung .....                                    | 48 |
| (b) | Die multipolare Interessenlage beim Zusammenwirken von Sozial- und Kartellrecht .....   | 49 |
| 4.  | Die Kontrollmöglichkeit eines sozialen Wettbewerbs und der solidarischen Wettbewerbsordnung im Lichte des <i>more economic approach</i> ..... | 50 |
| a.  | Grundzüge und Entwicklung des sozialen Wettbewerbs und einer solidarischen Wettbewerbsordnung .....   | 51 |
| b.  | Grundsätze der Missbrauchskontrolle und ihr Verhältnis zu § 69 Abs. 2 S. 3 SGB V a. F. ....   | 53 |
| (a) | Vorbemerkung zu dem Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht .....  | 54 |
| (b) | Feststehende Grundsätze der Missbrauchskontrolle und ihre Ergänzung sowie Verstärkung durch sozialrechtliche Gebote .....                     | 55 |
| (c) | Verhältnis der Missbrauchskontrollgrundsätze zu § 69 Abs. 2 S. 3 SGB V a. F. ....   | 58 |
| c.  | Die Anwendung des <i>more economic approach</i> auf dem Arzneimittelmarkt ...   | 59 |
| (a) | Vorbemerkung zur Entwicklung des <i>more economic approach</i> .....  | 59 |
| (b) | Anwendung des <i>more economic approach</i> auf den GKV-Arzneimittelmarkt .....   | 61 |

## **B. Anwendungsvoraussetzungen des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 19 und 20 GWB ..... 65**

|     |   |    |
|-----|---|----|
| I.  | Normadressatenkreis und erfasste Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V .....  | 66 |
| 1.  | Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen – Anwendung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V auf Seiten der Leistungserbringer? ..... | 66 |
| 2.  | Modifizierung hinsichtlich nicht marktmächtiger Krankenkassen als Normadressaten? .....   | 68 |
| II. | Marktbeherrschung auf dem Arzneimittelmarkt .....   | 70 |
| 1.  | Der Arzneimittelpreis als unzureichendes Kriterium für die funktionelle Austauschbarkeit .....  | 70 |
| 2.  | Maßgebliche Sichtweise für die funktionelle Austauschbarkeit .....  | 71 |
| a.  | Wer ist Nachfrager von Arzneimitteln? .....   | 71 |
| b.  | Wer ist Nachfrager von Rabattverträgen mit Blick auf die Marktabgrenzung? .....   | 73 |
| 3.  | Sachlich relevanter Markt (Produktmarkt) .....  | 73 |
| a.  | Sachlicher Angebotsmarkt .....  | 73 |
| b.  | Sachlicher Nachfragemarkt .....   | 75 |
| 4.  | Räumlich relevanter Markt (geographischer Markt) .....  | 76 |
| a.  | Räumlicher Angebotsmarkt .....  | 76 |
| b.  | Räumlicher Nachfragemarkt .....   | 77 |
| 5.  | Zeitlich relevanter Markt .....   | 78 |
| 6.  | Marktbeherrschende Position i. S. der §§ 19 u. 20 GWB .....   | 78 |
| a.  | Einzelmarktbeherrschung (Marktanteilsschwellen) .....   | 78 |
| (a) | Besonderheiten des Rabattvertragmarktes als Ausschreibungsmarkt .....   | 79 |

|     |   |    |
|-----|---|----|
| (b) | Feststellung der Marktmacht von Arzneimittelherstellern .....   | 80 |
| (c) | Feststellung der Marktmacht von Krankenkassen(verbänden).....   | 81 |
| (d) | Marktbeherrschende Krankenkassen(verbände).....   | 83 |
| (e) | Marktbeherrschende Krankenkassenverbände als Normadressaten des<br>§ 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 19-20 GWB ..... | 84 |
| (f) | Zwischenergebnis .....  | 86 |
| b.  | Kollektivmarktbeherrschung i. S. der §§ 19 u. 20 GWB .....  | 87 |
| (a) | Grundlagen der kollektiven Marktbeherrschung .....  | 87 |
| (b) | Feststellung der kollektiven Marktbeherrschung.....   | 87 |
| (c) | Widerlegung der Feststellung der kollektiven Marktbeherrschung.....   | 88 |
| (d) | Zwischenergebnis .....  | 91 |
| c.  | Abhängigkeit i. S. des § 20 Abs. 2 S. 1 GWB.....  | 92 |
| (a) | Abhängigkeit der Pharmaunternehmen i. S. des § 20 Abs. 2 S. 1 GWB ....  | 92 |
| (b) | Abhängigkeit i. S. des § 20 Abs. 2 S. 2 GWB .....   | 93 |

## **C. Das Zusammenspiel des nationalen Sozial- und Kartellrechts gemäß der entsprechenden Anwendung des § 20 GWB nach § 69 Abs. 1 S. 2 SGB V mit Blick auf das Diskriminierungsverbot..... 95**

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| I.  | Vorbemerkung zur entsprechenden Anwendung der §§ 19, 20 GWB<br>nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V .....   | 95  |
| II. | Das Diskriminierungsverbot (§ 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 20<br>Abs. 1 und 2 GWB).....   | 96  |
| 1.  | Die Fallgruppen des § 20 GWB .....   | 96  |
| 2.  | Tatbestand des Diskriminierungsverbots nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V<br>i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB .....   | 97  |
| a.  | Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB.....  | 97  |
| (a) | Die Gleichartigkeit der Unternehmen/Krankenkassen .....  | 98  |
| (b) | Der üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr .....   | 98  |
| (c) | Berücksichtigung des Entscheidungs- und Verhandlungsspielraums der<br>Krankenkassen .....  | 99  |
| (d) | Von § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 20 Abs. 1 u. 2 GWB erfasste<br>Konstellationen .....   | 100 |
| b.  | Kriterien des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, Art. 3<br>Abs. 1 GG .....  | 100 |
| (a) | Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG als Anspruchsgrundlage.....  | 101 |
| (b) | Der Teilhabeanspruch und die Chancengleichheit im<br>Rabattvertragswettbewerb unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit .....  | 101 |
| 3.  | Rechtfertigungsmöglichkeiten.....  | 103 |
| a.  | Grundlagen der sozialkartellrechtlichen Rechtfertigungsprüfung.....  | 103 |
| b.  | Modifizierung auf der Ebene der Interessenabwägung<br>(Verhältnismäßigkeit) infolge der entsprechenden Anwendung –<br>Verhältnis der kartellrechtlichen Grundsätze zur Bedeutung der<br>solidarischen Finanzierung ..... | 105 |
| (a) | Sonderweg im Sozialrecht wegen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers<br>für das Krankenversicherungssystem?.....  | 107 |
| (b) | Eingeschränkte Überprüfbarkeit der Entscheidungen der<br>Krankenkassen? .....  | 112 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| c.    | Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei <i>entsprechender</i> Anwendung der §§ 19 u. 20 GWB .....                      | 113 |
| d.    | Zwischenergebnis hinsichtlich der Rechtfertigungsmöglichkeiten und -prinzipien .....  | 116 |
| 4.    | Ausgewählte diskriminierungsrechtliche Probleme in der Rabattvertragspraxis .....   | 118 |
| a.    | Rabatte als diskriminierungsrechtliches Problem .....   | 118 |
| (a)   | Mengenrabatte als zulässige Rabattform und unzulässige Rabattformen ..  | 119 |
| (b)   | Praktikabilität von Mengenrabatten bei der Abnahme verschreibungspflichtiger Arzneimittel .....                               | 121 |
| b.    | Diskriminierung aufgrund der Zuschlagsbegrenzung auf einen Arzneimittelhersteller .....                                       | 121 |
| c.    | Allgemeine Liefer- und Bezugsverpflichtung – Entstehung eines Zulassungssystems zum Arzneimittelmarkt .....                   | 122 |
| (a)   | Allgemeine Lieferverpflichtung der Arzneimittelhersteller (Angebotsmacht) .....   | 122 |
| (b)   | Allgemeine Bezugsverpflichtung der Krankenkassen (Nachfragemacht) ..  | 123 |
| (i)   | Rabattvertragspraxis als Zulassungsbegrenzung für Generikahersteller? .....   | 124 |
| (ii)  | Stellenwert der Bezugsfreiheit der Krankenkassen .....  | 125 |
| (iii) | Ergebnis mit Blick auf eine allgemeine Liefer- und Bezugsverpflichtung .....  | 126 |
| d.    | Bevorzugung bereits „bekannter und bewährter“ Rabattvertragspartner .....   | 127 |
| e.    | Konkurrenzklauseln .....  | 128 |
| f.    | Gesamtsortimentsverträge als diskriminierungsrechtliches Problem .....  | 129 |
| g.    | Zusammenfassung .....   | 130 |
| III.  | § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 20 Abs. 3 GWB, Vorteilsgewährung auf Aufforderung oder Veranlassung der Krankenkassen ..... | 131 |

## **D. Das Zusammenspiel des nationalen Sozial- und Kartellrechts gemäß der entsprechenden Anwendung der §§ 19 und 20 GWB nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V mit Blick auf hindernde und missbräuchliche Verhaltensweisen .....**

**135**

|    |  |     |
|----|--|-----|
| I. | Modifizierung des kartellrechtlichen Behinderungs- und Missbrauchsverbotstatbestands aufgrund der <i>entsprechenden</i> Anwendung nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V? ..... | 135 |
| 1. | Das Verbot unbilliger Behinderung und das Missbrauchsverbot des GWB .....  | 135 |
| 2. | Anlass der Modifizierung aufgrund des Anwendungsbefehls des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V .....   | 136 |
| 3. | Zweifelhafte Kriterien aus der Berufsfreiheit .....  | 138 |
| 4. | Exemplarische Darstellung der Konsequenzen in der Rechtsanwendungspraxis .....   | 139 |
| 5. | Modifizierung auf Eingriffsebene aufgrund des „Festbetrag“-Urteils des <i>BVerfG</i> ? .....   | 142 |
| a. | Reduzierung der Eingriffsdichte durch das <i>BVerfG</i> insbesondere im „Festbetrag“-Urteil .....  | 142 |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| (a)   | Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers und der Krankenkassen? .....  | 142 |
| (b)   | Wettbewerbsrelevante Maßnahmen als Grundrechtseingriff.....  | 146 |
| (c)   | Sonderweg im Sozialrecht?.....   | 149 |
| (i)   | Rechtsprechung der Sozialgerichte .....  | 149 |
| (1)   | Grundzüge der Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit.....  | 150 |
| (2)   | Nicht tragbare Konsequenzen aus der unreflektierten Befolgung<br>des „Festbetrag“-Urteils des BVerfG .....   | 152 |
| (3)   | Kriterien der Abgrenzung zum „Festbetrag“-Urteil des BVerfG .....  | 155 |
| (ii)  | Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.....  | 156 |
| (iii) | Zwischenergebnis.....  | 159 |
| b.    | Abschließende Stellungnahme .....  | 160 |
| II.   | Modifizierung bei der Rechtfertigung von behindernden und/oder<br>missbräuchlichen Verhaltensweisen infolge der entsprechenden<br>Anwendung .....                | 161 |
| III.  | Feststellung und Rechtfertigung von behindernden und/oder<br>missbräuchlichen Verhaltensweisen unter Berücksichtigung des<br><i>more economic approach</i> ..... | 162 |
| 1.    | Feststellung wettbewerbswidriger Effekte nach dem <i>more economic approach</i> ...  | 162 |
| a.    | Ansätze des <i>more economic approach</i> in Bezug auf die Angebotsmacht .....   | 162 |
| b.    | Ansätze des <i>more economic approach</i> in Bezug auf die Nachfragemacht ....   | 163 |
| 2.    | Rechtfertigungsgründe unter Anwendung des <i>more economic approach</i> .....  | 167 |
| a.    | Die Rechtfertigung aufgrund der objektiven Erforderlichkeit (sog.<br><i>necessity defence</i> ) .....  | 168 |
| b.    | Die Rechtfertigung aufgrund wirtschaftlicher Effizienzen (sog. <i>efficiency<br/>defence</i> ).....  | 169 |
| 3.    | Zwischenergebnis .....   | 173 |
| IV.   | Behinderung durch Begrenzung der Zuschläge und Exklusivverträge...   | 174 |
| 1.    | Feststellung der Behinderung.....  | 174 |
| 2.    | Verhältnis zu vergaberechtlichen Voraussetzungen.....  | 175 |
| 3.    | Effektive Durchsetzung der Rabattverträge als rechtfertigendes Interesse .....   | 177 |
| 4.    | Höhere Preisnachlässe als rechtfertigendes Interesse .....   | 178 |
| a.    | Gebotenheit der Zuschlagsbegrenzung nach dem sozialrechtlichen<br>Wirtschaftlichkeitsgebot.....  | 178 |
| b.    | Berücksichtigung von Marktzugangsschranken über die<br>Rabattvertragspraxis .....  | 181 |
| (a)   | <i>Aut-idem</i> -Abgabe zugunsten rabattierter Arzneimittel .....  | 181 |
| (b)   | Beeinflussung des ärztlichen Verschreibungsverhaltens .....  | 182 |
| (c)   | Auswirkungen in der Gesamtschau .....  | 184 |
| c.    | Grundsatz der Beitragssatzstabilität als entscheidendes<br>Preisnachlasskriterium.....   | 185 |
| 5.    | Gebietsaufteilung als Rechtfertigung .....   | 187 |
| 6.    | Gebot der Pluralität der Leistungserbringer und Therapievielfalt.....  | 188 |
| 7.    | Losentscheidung als Rechtfertigung .....   | 190 |
| 8.    | Einbeziehung des Kontrahierungszwangs.....   | 191 |
| 9.    | Berücksichtigung des <i>more economic approach</i> .....   | 192 |
| 10.   | Zusammenfassung .....  | 193 |
| V.    | Das Kopplungsverbot des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 19<br>GWB mit Blick auf Gesamtsortiments- und<br>Wirkstoffgruppenverträge.....                         | 194 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 1.    | Bedeutung der Gesamtsortiments- und Wirkstoffgruppenverträge in der Rabattvertragspraxis .....              | 194 |
| 2.    | Beurteilung nach sozialkartellrechtlichen Grundsätzen .....   | 194 |
| a.    | Missbräuchliches Ausnutzen der Angebotsmacht durch Kopplungen .....   | 194 |
| (a)   | Sortiments- oder Wirkstoffgruppenwettbewerb auf dem Rabattvertragsmarkt? .....                              | 196 |
| (b)   | Quersubventionierung als Kopplung .....   | 197 |
| b.    | Missbräuchliches Ausnutzen der Nachfragemacht durch Veranlassung der Kopplungen .....                       | 197 |
| c.    | Rechtfertigungsmöglichkeiten bei Kopplungen .....   | 198 |
| 3.    | Rechtslage unter Einbeziehung des <i>more economic approach</i> .....                                       | 200 |
| a.    | Ansätze des <i>more economic approach</i> für die tatbestandliche Beurteilung von Kopplungen .....          | 200 |
| b.    | Rechtfertigung von Kopplungen nach dem Ansatz des <i>more economic approach</i> .....                       | 202 |
| 4.    | Ergebnis zur Zulässigkeit von Gesamtsortiments- und Wirkstoffgruppenrabattverträgen .....                   | 204 |
| VI.   | Kampfpreise, § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 20 Abs. 4 S. 2 GWB, § 19 Abs. 1 GWB .....                    | 205 |
| 1.    | Beurteilung nach sozialkartellrechtlichen Rechtsprinzipien .....  | 205 |
| a.    | Tatbestand des Kampfpreisverbots .....  | 205 |
| b.    | Rechtfertigungsmöglichkeiten von Kampfpreisen .....   | 207 |
| 2.    | Rechtslage unter Einbeziehung des <i>more economic approach</i> .....                                       | 208 |
| a.    | Ansätze des <i>more economic approach</i> für die tatbestandliche Beurteilung von Kampfpreisen .....        | 209 |
| b.    | Rechtfertigung von Kampfpreisen nach dem Ansatz des <i>more economic approach</i> .....                     | 210 |
| VII.  | Ausbeutungsmissbrauch und Preishöhenkontrolle .....   | 211 |
| 1.    | Tatbestandliche Beurteilung von missbräuchlichen Preisen .....  | 211 |
| 2.    | Bedeutung der Preishöhenkontrolle auf dem Arzneimittelmarkt .....   | 213 |
| 3.    | Rechtfertigungsmöglichkeiten von missbräuchlichen Preisforderungen .....                                    | 215 |
| 4.    | § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB .....   | 215 |
| VIII. | Rabatte gemäß § 130a Abs. 8 SGB V im Zusammenhang mit § 7 HWG und § 78 AMG .....                            | 216 |
| 1.    | Hersteller als Gewährende .....   | 217 |
| 2.    | Krankenkassen als Empfänger des Rabatts .....   | 219 |
| 3.    | Lösungsansatz über § 7 HWG oder § 78 AMG? .....   | 221 |
| IX.   | Sozialkartellrechtliche Beurteilung von Rabattsystemen .....  | 222 |
| 1.    | Bisherige Rechtslage .....  | 222 |
| a.    | Missbräuchliches Ausnutzen der Angebotsmacht durch Rabattsysteme .....                                      | 223 |
| b.    | Missbräuchliches Ausnutzen der Nachfragemacht durch die Veranlassung von Rabattsystemen .....               | 226 |
| c.    | Rechtfertigungsmöglichkeiten von Rabattsystemen .....   | 227 |
| (a)   | Laufzeit der Rabattverträge .....   | 228 |
| (b)   | Verlängerung der Patentlaufzeit durch Rabattverträge .....  | 230 |
| 2.    | Rechtslage unter Einbeziehung des <i>more economic approach</i> .....                                       | 231 |
| a.    | Ansätze des <i>more economic approach</i> für die tatbestandliche Beurteilung von Treuerabattsystemen ..... | 232 |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| b.        | Rechtfertigung von Treuerabattsystemen nach dem Ansatz des <i>more economic approach</i> .....   | 234        |
| <b>E.</b> | <b>Beurteilungsmöglichkeiten sozialkartellrechtlicher Probleme außerhalb des Anwendungsbereichs des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V .....</b>                               | <b>237</b> |
| I.        | Exklusivvereinbarungen und <i>aut-idem</i> -Abgabe als Wegbereiter exklusiver Arzneimitteldistribution .....   | 237        |
| 1.        | Parallelen und Unterschiede von Exklusivvereinbarungen und der <i>aut-idem</i> -Regelung zugunsten von rabattierten Arzneimitteln .....                            | 237        |
| 2.        | Verfassungsrechtliche Beurteilung der <i>aut-idem</i> -Abgabe zugunsten rabattierter Arzneimittel (§ 129 Abs. 1 S. 3 SGB V) .....                                  | 238        |
| a.        | Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit.....  | 239        |
| b.        | Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich der Berufsfreiheit .....   | 242        |
| (a)       | Erforderlichkeit des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V in seiner heutigen Fassung .....  | 242        |
| (b)       | Angemessenheit des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V .....   | 243        |
| c.        | Ergebnis der verfassungsrechtlichen Beurteilung der <i>aut-idem</i> -Abgabe rabattierter Arzneimittel .....  | 247        |
| 3.        | Arzneimittelrechtliche Beurteilung der <i>aut-idem</i> -Abgabe zugunsten rabattierter Arzneimittel – das Verhältnis von § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V zu § 10 ApoG ..... | 247        |
| <b>F.</b> | <b>Das Boykottverbot gemäß § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 21 GWB .....</b>  | <b>249</b> |
| <b>G.</b> | <b>§ 69 SGB V im Verhältnis zu § 1 GWB .....</b>   | <b>251</b> |
| I.        | Ungeklärter Umfang des Anwendungsausschlusses der §§ 1-3 GWB nach § 69 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB V a. F. ....   | 251        |
| II.       | Die entsprechende Anwendung der §§ 1-3 Abs. 1 GWB.....   | 254        |
| III.      | Das Verhältnis der §§ 1-3 GWB zu § 69 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB V a. F.....   | 256        |
| IV.       | Lösung möglicher Probleme über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V i. V. m. § 242 BGB.....  | 257        |
| V.        | Lösung möglicher Probleme über Art. 12 Abs. 1 GG .....   | 258        |
| 1.        | Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG durch Kartellabsprachen der Krankenkassen .....  | 259        |
| 2.        | Rechtfertigung der Kartellabsprache der Krankenkassen .....  | 260        |
| VI.       | Zwischenergebnis.....  | 262        |
| <b>H.</b> | <b>Rechtsschutz und Verfahren bei der Verletzung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 1, 19-21 GWB .....</b>   | <b>263</b> |
| I.        | Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 1, 19-21 GWB .....   | 263        |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 1.  | Anspruchsgrundlagen.....   | 264 |
| a.  | Art. 34 S. 1 GG i. V. m § 839 BGB.....   | 265 |
| (a) | Anvertrautes öffentliches Amt.....   | 265 |
| (b) | Ausübung eines öffentlichen Amtes.....   | 266 |
| (c) | Drittbezogenheit der Amtspflichten.....  | 267 |
| (d) | Schadensverursachung und Feststellung.....   | 268 |
| (e) | Verschuldete Pflichtverletzung.....  | 268 |
| (f) | Rechtsweg.....   | 269 |
| b.  | Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch.....   | 269 |
| c.  | § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB.....  | 270 |
| d.  | § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V i. V. m. § 1004 BGB.....  | 271 |
| e.  | § 33 GWB als Anspruchsgrundlage.....   | 272 |
| 2.  | Kontrahierungszwang als Anspruchsfolge.....  | 272 |
| 3.  | Praktische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen..... | 273 |
| 4.  | Bußgeld als Sanktion im Sozialkartellrecht?.....   | 275 |
| II. | Verfahrensrechtliche Fragen.....   | 275 |
| 1.  | Ermächtigungsgrundlagen für kartellbehördliches Handeln.....   | 275 |
| 2.  | Maßnahmen der Rechtsaufsicht.....  | 277 |
| 3.  | Appell für ein Verwaltungsverfahren – Erfordernis einer Regulierungsbehörde.....                     | 278 |
| 4.  | Rechtsweg.....   | 280 |

## **I. Die Rechtslage nach europäischem Recht ..... 283**

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| I.    | Das Wettbewerbsverständnis im europäischen Recht.....  | 283 |
| II.   | Das Verhältnis des europäischen zum nationalen Kartellrecht.....   | 286 |
| 1.    | Der Grundsatz paralleler Anwendung.....  | 286 |
| 2.    | Die Zwischenstaatlichkeitsklausel.....   | 287 |
| III.  | Die Relevanz des Unternehmensbegriffs und Rechtsprechung des <i>EuGH</i> zum Unternehmensbegriff.....              | 288 |
| 1.    | Der Status der GKV als Sozialversicherer (1. Stufe).....   | 290 |
| 2.    | Die konkrete Tätigkeit der GKV als Nachfrager für Arzneimittel (2. Stufe).....                                     | 292 |
| a.    | Beurteilung der Krankenkassentätigkeit nach der „FENIN“-Entscheidung.....  | 293 |
| (a)   | Rabattvereinbarungen als bloße Einkaufstätigkeit?.....   | 295 |
| (b)   | Kritik an der „FENIN“-Rechtsprechung.....  | 297 |
| (i)   | Keine Akzessorietät zwischen Nachfrage- und Angebotstätigkeit bei funktionalen Unterschieden.....                  | 298 |
| (ii)  | Ausnahmen von der grundsätzlichen Trennbarkeit bzw. Fälle der Akzessorietät.....                                   | 300 |
| (iii) | Die Ausübung der konkreten Tätigkeit durch private Unternehmen als Indiz.....                                      | 303 |
| (iv)  | Die Unabhängigkeit der Unternehmenseigenschaft von der Rechtsform und Art der Finanzierung.....                    | 304 |
| (c)   | Zwischenergebnis.....  | 306 |
| b.    | Maßgebende Funktionsmerkmale in der „AOK“-Entscheidung.....  | 306 |
| (a)   | Zum 1. Funktionsmerkmal: Kollektive Handlungen mit gesetzlich auferlegter Pflicht oder Entschließungsfreiheit..... | 307 |



|       |  |     |
|-------|--|-----|
| (b)   | Zum 2. Funktionsmerkmal: Ersatzweise Durchführung oder fehlende Zielvorgabe bzw. Wettbewerb als Ziel .....   | 309 |
| (c)   | Zum 3. Funktionsmerkmal: Ausführliche Regelungen der Einzelheiten mitsamt einzelner Ge- und Verbote oder Ermessens- und Gestaltungsspielräume .....  | 310 |
| (d)   | Zum 4. Funktionsmerkmal: Einen in wesentlichen Punkten eingeschränkten Gestaltungsspielraum oder Wettbewerb als Gestalter ....   | 311 |
| (e)   | Zum 5. Funktionsmerkmal: Einen Ermessensspielraum nur in einem Bereich, in dem die Krankenkassen nicht miteinander konkurrieren, oder partieller Einzelvertragswettbewerb in der GKV ..... | 313 |
| (i)   | Maßgeblichkeit des kollektiven Preissenkungssystems für die Rabattvertragstätigkeit .....  | 314 |
| (ii)  | Verwaltung der Einsparungen im Wettbewerb .....  | 315 |
| (iii) | Konkurrenzfähigkeit der Krankenkassen .....  | 317 |
| (f)   | Zwischenergebnis .....   | 319 |
| c.    | Generelle Einbindung in das Sozialsystem: der (rein) soziale Zweck zwischen Anwendungsausschluss- und Rechtfertigungsgrund .....   | 319 |
| 3.    | Die Interessen der Krankenkassen bei ihrer Nachfragetätigkeit (3. Stufe) .....   | 324 |
| 4.    | Ergebnis .....   | 326 |
| IV.   | Die Anwendung des Art. 106 AEUV (Art. 86 EG a.F.) .....  | 328 |
| V.    | Die Anwendung des Art. 101 AEUV (Art. 81 EG a.F.) .....  | 331 |
| 1.    | Regelungsinhalt .....  | 331 |
| 2.    | Gruppenfreistellungsverordnungen .....   | 331 |
| a.    | Die Freistellung nach der Vertikal-GVO .....   | 332 |
| (a)   | Nicht-freistellungsfähige Kernbeschränkungen in der Rabattvertragspraxis? .....  | 333 |
| (b)   | Relevante Marktanteilsschwellen für die Freistellung und das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV .....   | 334 |
| (c)   | Nach der Vertikal-GVO und Art. 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähige Kartellabsprachen .....   | 335 |
| (i)   | Ausschließliche Versorgung der Versicherten mit rabattierten Arzneimitteln .....   | 335 |
| (ii)  | Kopplungsbindungen .....   | 336 |
| (d)   | Zwischenergebnis .....   | 338 |
| 3.    | Kartellverbote und Freistellungsmöglichkeiten im Horizontalverhältnis .....  | 339 |
| a.    | Vereinbarkeit von Einkaufsgemeinschaften mit Art. 101 AEUV .....   | 339 |
| (a)   | Tatbestandliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften nach Art. 101 Abs. 1 AEUV .....   | 339 |
| (b)   | Freistellung von Einkaufsgemeinschaften nach Art. 101 Abs. 3 AEUV .....  | 342 |
| (i)   | Weitergabe von Effizienzgewinnen durch Einkaufsgemeinschaften ....   | 342 |
| (ii)  | Unerlässlichkeit von Einkaufsgemeinschaften .....  | 343 |
| (iii) | Ausschaltung von Wettbewerb durch Einkaufsgemeinschaften .....   | 343 |
| (c)   | Zwischenergebnis .....   | 344 |
| VI.   | Die Anwendung des Art. 102 AEUV (Art. 82 EG a.F.) .....  | 345 |
| VII.  | Der Staat als Adressat der Art. 101 und 102 AEUV .....   | 346 |
| 1.    | Preisbindung der Großhändler und Apotheker zugunsten von Rabattverhandlungen der Krankenkassen .....   | 347 |
| 2.    | § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V, Schaffung eines Zulassungswesens .....  | 348 |

|   |            |
|---|------------|
| VIII. Die Grenzen der Grundfreiheiten für staatliche<br>Preiskontrollmechanismen .....  | 349        |
| 1. Grundfreiheitliche Kontrolle der AMPreisVO .....   | 349        |
| 2. Anwendung der Art. 34, 36 AEUV (Art. 28, 30 EG a.F.) .....   | 350        |
| IX. Rechtsschutz und verfahrensrechtliche Fragen .....  | 353        |
| 1. Materiellrechtliche Ansprüche und gerichtlicher Rechtsschutz für<br>Pharmaunternehmen und Krankenkassen .....  | 353        |
| 2. Verwaltungsverfahrenrechtlicher Rechtsschutz .....   | 355        |
| <b>J. Zusammenspiel des europäischen und nationalen Rechts .....</b>  | <b>357</b> |
| I. Vorgaben des europäischen Rechts für § 69 SGB V im Falle der<br>unternehmerischen Nachfragetätigkeit der Krankenkassen .....                                       | 357        |
| 1. Reduktion des Anwendungsbereichs des § 69 SGB V im Wege<br>europarechtskonformer Auslegung .....   | 357        |
| a. Konsequenzen für die Anwendung des § 1 GWB? .....  | 358        |
| b. Konsequenzen für die Anwendung der §§ 19-21 GWB nach § 69 Abs. 2<br>S. 1 SGB V .....   | 359        |
| c. Einschränkung des Anwendungsvorrangs .....   | 360        |
| 2. Zwischenergebnis .....   | 361        |
| II. Ausblick auf nationaler Ebene – Forderung eines einheitlichen<br>Regulierungskonzeptes mit aufeinander abgestimmten Instrumenten ...                              | 362        |
| III. Ausblick auf europäischer Ebene – mit den Mitgliedstaaten<br>gemeinsame Verwirklichung der sektorspezifischen Regulierung .....                                  | 364        |
| <b>K. Zusammenfassung der Ergebnisse – Thesen .....</b>   | <b>367</b> |
| I. Die systematischen Grundlagen des Einzelvertragswettbewerbs .....  | 367        |
| II. Die Bedeutung der <i>entsprechenden</i> Anwendung der §§ 19-21 GWB<br>nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V .....   | 369        |
| III. Die Einordnung der Krankenkassen als Unternehmen nach<br>europäischem Recht .....  | 370        |
| IV. Die Anwendung des § 1 GWB und Art. 101 AEUV .....   | 372        |
| V. Die Anwendungsvoraussetzungen des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V<br>i. V. m. §§ 19, 20 GWB .....   | 373        |
| VI. Die Anwendungsgrundsätze des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V<br>einschließlich der sozialrechtlichen Preiskontrolle gemäß § 78 AMG,<br>§ 7 HWG und des Art. 102 AEUV ..... | 373        |
| VII. Sozialrechtliche und -politische Interessen als Rechtfertigungsgründe<br>– sektorspezifische Regulierung? .....  | 374        |
| VIII. Die Anwendung <i>more economic approach</i> zum Vorteil der<br>Versicherten .....   | 376        |
| IX. Die sozialkartellrechtliche Beurteilung bestimmter Verhaltensweisen<br>und der Preiskontrolle in der Rabattvertragspraxis .....                                   | 377        |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| X.   | Die verfassungs- und europarechtliche Beurteilung des § 129 Abs. 1<br>S. 3 SGB V und weiterer gesetzgeberischer<br>Durchführungsmaßnahmen ..... | 379 |
| XI.  | Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V<br>i. V. m. §§ 19-21 GWB, Art. 101, 102 AEUV .....                                  | 380 |
| XII. | Die verwaltungsverfahrenrechtliche Durchsetzung verbotener<br>Verhaltensweisen und Absprachen .....   | 381 |