

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung: Der Rabattvertragswettbewerb – sozial- und kartellrechtliche Grundlagen.....	1
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 § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 19-20 GWB	84
(f) Zwischenergebnis	86
b. Kollektivmarktbewaltung i. S. der §§ 19 u. 20 GWB	87
(a) Grundlagen der kollektiven Marktbewaltung	87
(b) Feststellung der kollektiven Marktbewaltung.....	87
(c) Widerlegung der Feststellung der kollektiven Marktbewaltung.....	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 nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V	95
II. Das Diskriminierungsverbot (§ 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 20 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 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 Krankenkassen	99
(d) Von § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 20 Abs. 1 u. 2 GWB erfasste Konstellationen	100
b. Kriterien des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, Art. 3 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 Rabattvertragswettbewerb unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit.....	101
3. Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	103
a. Grundlagen der sozialkartellrechtlichen Rechtfertigungsprüfung.....	103
b. Modifizierung auf der Ebene der Interessenabwägung (Verhältnismäßigkeit) infolge der entsprechenden Anwendung – Verhältnis der kartellrechtlichen Grundsätze zur Bedeutung der solidarischen Finanzierung	105
(a) Sonderweg im Sozialrecht wegen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers für das Krankenversicherungssystem?.....	107
(b) Eingeschränkte Überprüfbarkeit der Entscheidungen der 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.	Konkurrenzklaueln	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 behindernde 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 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 missbräuchlichen Verhaltensweisen infolge der entsprechenden Anwendung	161
III. Feststellung und Rechtfertigung von behindernden und/oder missbräuchlichen Verhaltensweisen unter Berücksichtigung des <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. <i>necessity defence</i>)	168
b. Die Rechtfertigung aufgrund wirtschaftlicher Effizienzen (sog. <i>efficiency defence</i>).....	169
3. Zwischenergebnis	173
IV. Behinderung durch Begrenzung der Zuschläge und Exklusivverträge...174	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 Wirtschaftlichkeitsgebot	178
b. Berücksichtigung von Marktzugangsschranken über die 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 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 GWB mit Blick auf Gesamtsortiments- und 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	198
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
E. Beurteilungsmöglichkeiten sozialkartellrechtlicher Probleme außerhalb des Anwendungsbereichs des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V	237
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
F. Das Boykottverbot gemäß § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. § 21 GWB	249
G. § 69 SGB V im Verhältnis zu § 1 GWB	251
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
H. Rechtsschutz und Verfahren bei der Verletzung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V i. V. m. §§ 1, 19-21 GWB	263
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.	Kontrahierungzwang 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.	Ermächtigungegrundlagen 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 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 Pharmaunternehmen und Krankenkassen	353
2. Verwaltungsverfahrensrechtlicher Rechtsschutz	355
J. Zusammenspiel des europäischen und nationalen Rechts	357
I. Vorgaben des europäischen Rechts für § 69 SGB V im Falle der unternehmerischen Nachfragetätigkeit der Krankenkassen.....	357
1. Reduktion des Anwendungsbereichs des § 69 SGB V im Wege 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 S. 1 SGB V	359
c. Einschränkung des Anwendungsvorrangs	360
2. Zwischenergebnis	361
II. Ausblick auf nationaler Ebene – Forderung eines einheitlichen Regulierungskonzeptes mit aufeinander abgestimmten Instrumenten ...	362
III. Ausblick auf europäischer Ebene – mit den Mitgliedstaaten gemeinsame Verwirklichung der sektorspezifischen Regulierung.....	364
K. Zusammenfassung der Ergebnisse – Thesen	367
I. Die systematischen Grundlagen des Einzelvertragswettbewerbs.....	367
II. Die Bedeutung der <i>entsprechenden</i> Anwendung der §§ 19-21 GWB nach § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V	369
III. Die Einordnung der Krankenkassen als Unternehmen nach 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	
i. V. m. §§ 19, 20 GWB	373
VI. Die Anwendungsgrundsätze des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V einschließlich der sozialrechtlichen Preiskontrolle gemäß § 78 AMG, § 7 HWG und des Art. 102 AEUV	373
VII. Sozialrechtliche und -politische Interessen als Rechtfertigungsgründe – sektorspezifische Regulierung?	374
VIII. Die Anwendung <i>more economic approach</i> zum Vorteil der Versicherten	376
IX. Die sozialkartellrechtliche Beurteilung bestimmter Verhaltensweisen und der Preiskontrolle in der Rabattvertragspraxis.....	377

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