

Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Michael Kling, Herbert Leßmann
und Ralph Backhaus

Band 25

Christian Matthias Moers

Dezentrale Arzneimittelrabatt- vereinbarungen

Der Selektivvertrag zwischen
markt- und staatsförmigen
Allokationsmechanismen

Inhaltsverzeichnis

Schrifttumsverzeichnis.....	XIII
Einleitung und Gang der Untersuchung.....	1
Teil 1 Darstellung der Regelungen.....	3
§ 1 Systematische Einordnung in den Kontext des SGB V und des AMG	5
I. Das vierte Kapitel des SGB V und die Vorschrift des § 69 SGB V	5
II. Das Rabattverbot des § 78 AMG	7
III. Zwischenergebnis.....	10
§ 2 Einzelheiten zur Regelung	13
I. Die Vertragsparteien: Krankenkassen und pharmazeutische Unternehmer.....	13
II. Rabattformen.....	13
III. Zu Lasten der Krankenkassen abzugebende Arzneimittel.....	15
1. Nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel.....	16
2. Verschreibungspflichtige Arzneimittel.....	16
IV. Die Unterschreitung des Festbetrags als Mindestrabatt in Abgrenzung zum sog. Erstattungsbetrag	17
1. Der Festbetrag.....	17
2. Verpflichtung zur Zahlung des vollständigen Preises für ein Arzneimittel abzüglich des erhandelten Rabattes.....	18
3. Der sogenannte Erstattungsbetrag nach 130b SGB V	19
4. Der Zusatznutzen	20
5. Dezentrale Rabattverträge nach § 130c SGB V	20
V. Beauftragung von Leistungserbringern oder Dritten.....	20
VI. Zwischenergebnis.....	21
§ 3 Motive zum Abschluss eines Rabattvertrages	23
I. Der Weg des Arzneimittels zum Patienten ohne Einfluss der Rabattverträge	23
1. Sachleistungsprinzip	23
2. Vertragsärztliche Behandlung und Einwilligung.....	23
3. Der Verordnungsprozess als offener Interaktionsprozess	24

4.	Alternativen und Kosten-Nutzen-Abwägung	25
5.	Die Verordnung „auf Rezept“ und die Aut-idem-Regelung	26
6.	Hinweise des Gemeinsamen Bundesausschusses zur wirtschaftlichen und zweckmäßigen Auswahl der Arzneimitteltherapie	29
7.	Preisvergleich und Preiswettbewerb anhand von Festbeträgen und Erstattungsbeträgen	31
8.	Beeinflussbarkeit der ärztlichen Verordnung durch die Krankenkasse	34
9.	Kontrolle der Wirtschaftlichkeit des Ordnungsverhaltens des Arztes	36
10.	Die Einlösung des Rezeptes in der Apotheke	37
11.	Finanzieller Beitrag des Patienten	39
12.	Zwischenergebnis zur Arzneimittelversorgung ohne Einfluss der Rabattverträge	40
II.	Der Weg des Arzneimittels zum Patienten unter dem Einfluss der Rabattverträge	44
1.	Der Apotheker	44
2.	Der Patient	46
3.	Der Arzt	48
III.	Motive der pharmazeutischen Unternehmer, Rabattverträge abzuschließen	52
IV.	Motive der Krankenkassen, Rabattverträge abzuschließen	53
1.	Wettbewerb um Versicherte	54
2.	Vertragswettbewerb	55
3.	Weitere gemeinsame Parameter auf beiden Wettbewerbsfeldern und Grenzen des Wettbewerbs	56
V.	Zwischenergebnis	56
§ 4	Historischer und ökonomischer Hintergrund der Preisregulierung durch Rabattverträge	59
I.	Einführung des Solidarprinzips	60
II.	Die Entwicklung des Sachleistungsprinzips, der korporativen Koordination und daraus resultierende Schwierigkeiten	64
1.	Die korporativen Strukturen im gegenwärtigen Sozialrecht	66

2.	Die Spaltung der Nachfrage.....	67
3.	Die Arzneimittelversorgung unter dem Einfluss der pharmazeutischen Unternehmen.....	68
4.	Reformbestrebungen	69
III.	Erfolgslose Reformbemühungen	70
IV.	Neue Reformideen	71
1.	Keine Positivlisten	72
2.	Rabattverhandlungen ohne Positivlisten.....	74
3.	Referenzpreise in Europa.....	74
4.	Umsetzung der Idee	76
V.	Zwischenergebnis.....	77
§ 5	Ergebnis zu Teil 1	83
Teil 2		
	Der Wandel im Verhältnis der Krankenkassen zu den Versicherten und den pharmazeutischen Unternehmen.....	87
§ 6	Das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten.....	91
I.	Solidarität und Wettbewerb als gegensätzliche Prinzipien?.....	91
1.	Der juristisch-ökonomische Wettbewerbsbegriff.....	91
2.	Alternatives Wettbewerbsverständnis	92
3.	Markt- oder Solidarsystem.....	94
II.	Marktprozesse zwischen Krankenkassen und Versicherten?	94
1.	Solidarische Merkmale	95
2.	Einschränkung der Solidarität zugunsten von Marktmechanismen.....	97
3.	Abwägung.....	98
4.	Zwischenergebnis	99
§ 7	Das Verhältnis zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen	101
I.	Marktprozesse zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen.....	101
1.	Preisentscheidung	102
2.	Mengenentscheidung	102

II. Krankenkassen als Nachfrager von Arzneimitteln?.....	103
1. Ausgangslage	104
2. Begriff des Nachfragers in der Rechtsprechung.....	104
3. Ermittlung der Dispositionsbefugnis bei Arzneimitteln anhand der Verteilungsmechanismen	107
4. Konkretisierung für die Nachfrage von Arzneimitteln.....	108
§ 8 Ergebnis zu Teil 2	111
Teil 3 Die Rechtskontrolle von Rabattverträgen.....	115
§ 9 Freier Arzneimittelverkehr im Binnenmarkt nach Artikel 34 AEUV	117
I. Ausnahme vom Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit	118
II. Adressaten der Grundfreiheiten und die funktionale Betrachtungsweise	119
III. Der Begriff der Maßnahme	120
IV. Grenzen der Zurechenbarkeit: Das autonome Verhalten Privater	121
V. Originär den Krankenkassen zuzurechnende Maßnahme.....	122
VI. Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung	123
1. Preisregulierung – Das Urteil Roussel.....	124
2. Erstattungsregelungen – Das Urteil Duphar	125
VII. Rechtfertigung.....	126
VIII. Speziellere Unionsregelungen	127
IX. Zwischenergebnis.....	133
§ 10 Kartellvergaberecht	135
I. Anwendbarkeit innerhalb des Sozialrechts.....	135
II. Allgemeines.....	137
1. Funktionen des Kartellvergaberechts	137
2. Grundzüge des Kartellvergaberechts.....	138
3. Nachprüfungsverfahren und Rechtsweg.....	140
III. Persönlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB	141
1. Nichtgewerblichkeit der Aufgabenerfüllung.....	142
2. Öffentliches Beherrschungsverhältnis	150

3. Zwischenergebnis	153
IV. Sachlicher Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftrag gem. § 99 GWB	153
1. Abgrenzung zwischen den Auftragsarten	154
2. Lieferauftrag	154
3. Rahmenvereinbarungen	156
4. Konkretisierender Einzelabruf.....	157
5. Kriterien für den Einzelabruf im funktionalen Sinne	168
6. Verfahrensbezogene Konsequenzen für ausgewählte Fallgruppen	186
V. Materielle Anwendung des Vergaberechts	189
1. Überblick zu den Fragestellungen beim Abschluss von Rabattverträgen	190
2. Besonderheiten von Rahmenvereinbarungen	197
3. Gebot zu Mehrpartnerverträgen?	198
4. Verbot von Mehrpartnerverträgen?	199
5. Laufzeit der Verträge	201
6. Das Wirtschaftlichkeitsgebot.....	202
7. Wahl der Verfahrensart bei nicht austauschbaren oder patentgeschützten Arzneimitteln.....	205
8. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vs. Gleichbehandlungsgebot, § 97 Abs. 2 GWB.....	211
9. Sortimentsverträge und Wirtschaftlichkeitsgebot vs. Mittelstandsschutzregeln, § 97 Abs. 3 GWB	213
VI. Bereiche außerhalb der Ausschreibungspflichten, insbesondere der Unterschwellenbereich.....	215
1. Grundfreiheiten	216
2. Grundrechte.....	217
3. Zwischenergebnis	218
VII. Zwischenergebnis.....	219
§ 11 Europäisches Kartellrecht	221
I. Krankenkassen als Unternehmen bei isolierter Betrachtung des Nachfragebereichs.....	223

1.	Abgrenzungen zur nicht wirtschaftlichen Tätigkeit	223
2.	Restwettbewerb	224
3.	Keine Reglementierung des Marktes, sondern Teilnahme am Markt	226
4.	Gleichsetzung mit Festbeträgen?	227
5.	Vergleich zur bisherigen nationalen Rechtsprechung	227
6.	Zwischenergebnis	230
II.	Einbeziehung des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Versicherten in den Wirtschaftlichkeitsbegriff – Fenin vs. Kommission	231
1.	Wettbewerb im „downstream-Bereich“ als entscheidendes Kriterium	232
2.	Der upstream-downstream-approach	238
III.	Zwischenergebnis	254
§ 12	Nationales Kartellrecht in Verbindung mit § 69 SGB V	257
I.	§ 1 GWB 258	
1.	Horizontalvereinbarungen	258
2.	Vertikalvereinbarungen	259
II.	§§ 19 ff. GWB	260
1.	Kein wesentlicher Wettbewerb	260
2.	Marktabgrenzung	261
III.	Einzelfragen	265
1.	Die Interessenabwägung	266
2.	Ausschreibungsbedingungen und Vertragslaufzeit	267
3.	Kartellrechtliche Zukunft der Regulierung von Rabattverträgen	268
Teil 4		
	Zusammenstellung der wichtigsten Ergebnisse und einige Anwendungsbeispiele	271