

Jörg Schröder

## Rechtsunsicherheiten im GKV-System am Beispiel der Rabattverträge

Der Gesetzgeber hat den Krankenkassen das Recht zum Abschluss von Versorgungs- und Rabattverträgen eingeräumt. Der Beitrag untersucht die Umsetzbarkeit der gesetzlichen Vorgaben. Im Fokus stehen dabei die Risiken, die sich aufseiten der Krankenkassen durch Rechtsunsicherheiten ergeben. Welche Auswirkungen ergeben sich für den Umgang mit Rabattverträgen in der Praxis? Können die vom Gesetzgeber beabsichtigten finanziellen Entlastungen der gesetzlichen Krankenversicherung durch Einführung innovativer vertraglicher Versorgungs- und Wettbewerbselemente (am Beispiel der Rabattverträge) erreicht werden?

### Einleitung

Gesetzliche Krankenkassen sind als soziale Versicherungsträger im Sinne von Artikel 87 Absatz 2 GG Teil der Staatsverwaltung. Als solcher sind sie bereits durch die Verfassung ausdrücklich an Gesetz und Recht gebunden (Artikel 20 Absatz 3 GG). Auch die Vorschriften des SGB IV bestimmen explizit, dass Sozialversicherungsträger ihre Aufgaben „im Rahmen des Gesetzes und des sonstigen für sie maßgebenden Rechts“ zu erfüllen haben, nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer „gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen“ Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben verwenden dürfen (§§ 29 Absatz 3, 30 Absatz 1 SGB IV).

Vor diesem Hintergrund sind Krankenkassen nicht nur einer eng am Willen des Gesetzgebers ausgerichteten Gesetzesanwendung verpflichtet, sondern vor allem darauf angewiesen, dass dieser Wille im Gesetzestext unzweideutig zum Ausdruck kommt. Ist eine Gesetzesregelung mehrdeutig, kann ihre Umsetzung für Krankenkassen, die ihre Aufgaben „in eigener Verantwortung“ (§ 29 Absatz 3 SGB IV) erfüllen, also auch auf eigenes finanzielles Risiko, mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden sein. Anhand der Gesetzeslage zu Rabatten, die gemäß § 130a Absatz 8 SGB V zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen vereinbart werden, soll nachfolgend erörtert werden, ob

und gegebenenfalls welche Risiken sich aus einer unklaren Gesetzesregelung für Krankenkassen ergeben.

**Das Rabattsystem des SGB V: Zwangsrabatte und freiwilliger Rabatt**  
§ 130a SGB V ist durch das Beitragssatzsicherungsgesetz (BSSichG) vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I Seite 4637) mit Wirkung ab 1. Januar 2003 in das SGB V neu aufgenommen worden. Die Vorschrift trägt den amtlichen Titel „Rabatte der pharmazeutischen Unternehmer“. Sie ergänzt die Rabattregelungen des § 130 SGB V und des ebenfalls durch das BSSichG (Artikel 11) eingeführten „Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler“.

Nach § 130 SGB V müssen die Apotheken den Krankenkassen auf den Arzneimittelabgabepreis bestimmter Arzneimittel in gesetzlich vorgegebener Höhe einen Rabatt einräumen. Nach dem „Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler“ haben Großhändler und pharmazeutische Unternehmen den Apotheken für bestimmte Fertigarzneimittel in gesetzlich vorgegebener Höhe einen Rabatt zu gewähren, der in Form eines Abschlages auf den Arzneimittelabgabepreis von den Apotheken an die Krankenkassen weitergegeben wird.

Erlassen vor dem Hintergrund einer überdurchschnittlichen Erhöhung der Arzneimittelausgaben, hat § 130a SGB V den Zweck, die von der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zu tragenden Arzneimittelkosten zu senken und die finanzielle Situation der GKV durch zwei zusätzliche Rabatte zu stabilisieren, die von der pharmazeutischen Industrie getragen werden (Bundestagsdrucksache 15/28, A II 1a).

Bei diesen beiden Rabatten handelt es sich erstens um einen weiteren der Höhe nach gesetzlich vorgegebenen Pflichtrabatt für bestimmte Fertigarzneimittel. Dieser wird den Krankenkassen durch die Apotheken gewährt und den Apotheken durch die pharmazeutischen Unternehmen erstattet (§ 130a Absatz 1 SGB V).

Zweitens handelt es sich um einen freiwilligen Rabatt, der die genannten Pflichtrabatte nicht berührt und den Krankenkassen unmittelbar, ohne Umweg über die Apotheken, zufließt. Er kann von pharmazeutischen Unternehmen mit Krankenkassen oder deren Verbänden für die zulasten der Krankenkassen abgegebenen Arzneimittel frei vertraglich vereinbart werden. Die diesbezügliche Regelung des § 130a Absatz 8 SGB V soll nachfolgend näher betrachtet werden.

### Inhalt und Abschluss von Rabattverträgen

Krankenkassen, die freiwillige Rabatte erhalten wollen, stehen vor der Frage, ob Anbahnung und Abschluss solcher Verträge nach einem besonderen Verfahren erfolgen müssen und welchen zulässigen Inhalt Rabattverträge nach § 130a Absatz 8 SGB V haben können.

Bei der Entscheidung, ob auf das Zustandekommen von Rabattverträgen Verfahrensvorschriften zur Anwendung gelangen, die außerhalb des SGB V geregelt sind, zum Beispiel Vorschriften des vergaberechtlichen Vergabeverfahrens, hat eine Krankenkasse § 69 SGB V zu beachten. Dieser sieht im Wesentlichen vor, dass das Vierte Kapitel des SGB V und die Vorschriften zu Modellvorhaben (§§ 63, 64 SGB V) die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu Leistungserbringern abschließend regeln, und zwar auch insoweit, wie durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind. Hieraus folgt, dass für die rabattvertraglichen Rechtsbeziehungen der Krankenkassen nach § 130a Absatz 8 SGB V, weil diese im Vierten Kapitel des SGB V geregelt sind, allein die Vorschriften des Sozialrechts, nicht aber die des Vergaberechts anzuwenden sind.

Demgegenüber wird in Abkehr vom ausdrücklichen Wortlaut des § 69 SGB V in der Literatur (Byok 2007: 555 f., Koenig, Klahn und Schreiber 2008: 6, Müller 2008: 24, Sträter und Natz 2007: 12) sowie in Entscheidungen von Vergabekammern (Vergabekammer des Bundes (VK Bund), Beschluss vom 15. November 2007 – VK 2-105/07 – II. 1 a) aa)) und Gerichten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2007 – VII-Verg 47/07 C. 3.) die Meinung vertreten, dass für Rabattverträge das

Vergabeverfahren nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zur Anwendung gelangen muss.

Nach diesem streng formalisierten Verfahren sind Verträge gemäß § 101 Absatz 2 GWB in der Regel im offenen Verfahren auszuschreiben. Dabei wird eine unbestimmte Anzahl von Unternehmen europaweit öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Die vorstehende Meinung wird damit begründet, dass das Vergaberecht des GWB (so genanntes Kartellvergaberecht) durch § 69 SGB V nicht ausgeschlossen wird, sei es, weil der Ausschluss dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht entspricht, sei es, dass er wegen Verstoßes gegen europarechtliche Vorschriften rechtswidrig ist (VK Bund, ebenda, OLG Düsseldorf, ebenda).

Voraussetzung für die Anwendung der Regelungen des vergaberechtlichen Verfahrens ist allerdings immer, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegt. Das ist gemäß § 99 Absatz 1 GWB der Fall, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen ein „entgeltlicher“ Vertrag vorliegt, der Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hat. Ein Vertrag ist in diesem Sinne entgeltlich, wenn er sich nicht in einer einseitigen Hauptpflicht erschöpft, wie beispielsweise ein Schenkungsvertrag, sondern zweiseitige Hauptpflichten regelt, es sich also um einen gegenseitigen Vertrag handelt.

Auch nach der für die Anwendung des Vergaberechts streitenden Ansicht besteht daher keine Pflicht zur Durchführung des Vergabeverfahrens, wenn es sich bei einem Rabattvertrag nicht um einen entgeltlichen gegenseitigen Vertrag handelt. Ist das der Fall, kann die Frage dahinstehen, ob § 69 SGB V die Durchführung vergaberechtlicher Verfahrensvorschriften ausschließt, weil bereits nach Kartellvergaberecht das Vergabeverfahren nicht durchlaufen werden müsste.

Gleichermaßen kann dann die ebenfalls höchst umstrittene Frage offen bleiben, ob Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind (das OLG Düsseldorf hat diese Frage gemäß Artikel 234 EG-Vertrag dem

Europäischen Gerichtshof mit Beschluss vom 23. Mai 2007 – VII-Verg 50/06 – zur Vorabentscheidung vorgelegt). Sollte sich nämlich erweisen, dass es sich bei einem Rabattvertrag nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt und bereits deshalb das vergaberechtliche Verfahren nicht zur Anwendung gelangt, spielt es vergaberechtlich keine Rolle mehr, ob Krankenkassen öffentliche Auftraggeber sind.

Vor diesem Hintergrund hat eine Krankenkasse anhand § 130a Absatz 8 SGB V zu prüfen, ob Rabattverträge bereits ihrem Mindestinhalt nach als gegenseitige und damit vergaberechtlich relevante Vereinbarungen angesehen werden müssen.

### Mindestinhalt von Rabattverträgen

Verträge kommen zustande durch übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten in Bezug auf die Vertragsparteien, die vertragliche Leistung und die vertragliche Gegenleistung.

### Vertragsparteien

Parteien des Rabattvertrages sind gemäß § 130a Absatz 8 Satz 1 SGB V Krankenkassen oder ihre Verbände einerseits und pharmazeutische Unternehmen andererseits. Darüber hinaus „können“ Dritte oder Leistungserbringer, etwa Vertragsärzte, am Abschluss der Verträge beteiligt werden (Satz 5). Aus der Formulierung als Kann-Vorschrift ist zu schließen, dass ein Rabattvertrag mindestens nur zwei Parteien erfordert, typischerweise also zwischen einem pharmazeutischen Unternehmen und einer Krankenkasse geschlossen wird.

### Leistung: Rabatt

In § 130a Absatz 8 SGB V ist als Gegenstand der Vereinbarung der Parteien nur von Rabatten die Rede (Sätze 1 und 3). Die Leistung, die der Vereinbarung das Gepräge gibt und daher auch die Bezeichnung des Vertrages als „Rabattvereinbarung“ (Satz 6) rechtfertigt, ist somit nicht etwa eine Leistung der Krankenkasse, sondern vielmehr der Rabatt, den das pharmazeutische Unternehmen der Krankenkasse gewährt.

Der Wortlaut des § 130a Absatz 8 SGB V macht keine Vorgaben, wie eine Leistung des pharmazeutischen Unternehmens beschaffen sein muss, um als Rabatt gelten zu können. Der freiwillige Rabatt unterscheidet sich insoweit von den Regelungen über Pflichtrabatte. Während diese als „Abschlag je Arzneimittel“ und als „Abschlag auf den Arzneimittelabgabepreis“ (§ 130 Absatz 1 SGB V) oder als „Abschlag des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmens“ (§ 130a Absatz 1 und 3b SGB V) bezeichnet werden, fehlt dem freiwilligen Rabatt eine entsprechende Qualifizierung. Das ist konsequent, weil Pflichtrabatte im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Arzneimittelabrechnung zwischen Krankenkassen und Apotheken vom Arzneimittelpreis in Abzug gebracht werden.

Dagegen existiert ein vergleichbares, den gesamten Arzneimittelpreis betreffendes Abrechnungsverhältnis im Verhältnis der Krankenkassen zu den pharmazeutischen Unternehmen nicht. Dementsprechend sieht § 130a Absatz 8 SGB V auch keinen Abschlag (= Abzug vom Arzneimittelpreis) vor, sondern nur, dass der freiwillige Rabatt vom pharmazeutischen Unternehmer an die Krankenkassen „zu vergüten“ ist (Satz 3).

Hervorzuheben ist somit, dass eine Rabattvereinbarung Zusagen des pharmazeutischen Unternehmers in Bezug auf die Höhe von Arzneimittelpreisen nicht zwingend voraussetzt. Gleiches wird für Zusagen von Lieferkonditionen gelten. Lieferkonditionen (zum Beispiel die Bestimmung therapiegerechter und wirtschaftlicher Packungsgrößen) können nämlich auch in Rahmenverträgen der Spitzenverbände der Krankenkassen (ab 1. Juli 2008 des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen) und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene gemäß § 131 Absatz 2 SGB V vereinbart werden (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005, 2 BvF 2/03, C. I. 3. a) dd)). Sie sind daher nicht zwangsläufig Teil einer Rabattzusage.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein Rabatt im Sinne von § 130a Absatz 8 SGB V bereits dann vorliegt, wenn die Parteien die freiwillige

Zuwendung des pharmazeutischen Unternehmens im weiteren Sinne als Preisnachlass verstanden wissen wollen. In diesem weiteren Sinne wird man auch die Gesetzesbegründung verstehen müssen, die den freiwilligen Rabatt mit dem aus dem Rabattgesetz bekannten Oberbegriff „Preisnachlass“ (§ 1 RabattG a.F.) bezeichnet.

### Keine Gegenleistungspflicht der Krankenkassen

§ 130a Absatz 8 SGB V erwähnt eine Gegenleistung der Krankenkasse oder ihrer Verbände nicht. Fraglich ist daher, ob es für Rabatte wesensimmanent und daher Mindestinhalt eines Rabattvertrages ist, dass der Rabattempfänger eine Gegenleistung verspricht. In diesem Falle müsste automatisch von einem gegenseitigen vergaberechtlich relevanten Rabattvertrag ausgegangen und geprüft werden, ob die Anwendung des Vergabeverfahrensrechts insbesondere nach § 69 SGB V ausgeschlossen ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf Rabattverträge im Sinne des § 130a Absatz 8 SGB V festgestellt: Ein Vertrag, in dem ein pharmazeutisches Unternehmen freiwillig einen Preisnachlass in der Weise gewährt, dass der Rabatt nicht seinem Vertragspartner – dem Großhändler –, sondern der Krankenkasse vergütet wird, ist schon vor Inkrafttreten des § 130a Absatz 8 SGB V zulässig gewesen (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005, 2 BvF 2/03, C. I. 3. a) ee)). Krankenkassen durften sich daher schon vor Inkrafttreten des § 130a Absatz 8 SGB V Preisnachlässe „versprechen und vergüten“ lassen. Der Sache nach waren sie durch das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 70 Absatz 1 Satz 2 SGB V) sogar gehalten, solche „Gelegenheiten“ wahrzunehmen (ebenda 3. a) dd)).

Bei diesen Feststellungen kann davon ausgegangen werden, dass das Bundesverfassungsgericht Rabattverträge nicht als gegenseitige Verträge begreift. Hätte es angenommen, dass der freiwillige Rabatt zwingend mit einer Gegenleistung der Krankenkasse verbunden ist, hätte es sicherlich nicht von einer „Gelegenheit“ gesprochen und sich vor allem unter dem Blickwinkel des von ihm herausgehobenen Wirtschaftlichkeitsaspekts

differenzierter geäußert, je nachdem, welche Gegenleistung die Krankenkasse erbringt. Stattdessen hebt das Gericht das „Versprechen“ und „Vergüten“ des Rabatts hervor, das heißt die dem pharmazeutischen Unternehmen obliegenden Pflichten.

Gleiches gilt für die Betonung des Umstandes, dass das Unternehmen den Rabatt „gewährt“. Das Gericht knüpft insoweit an den Gewährungsbegriff des § 130 SGB V an. Dieser betrifft einen Pflichtrabatt, das heißt einen Rabatt, dem eine Gegenleistung nicht gegenübersteht. Auch das „Gewähren“ steht daher für eine Pflicht des pharmazeutischen Unternehmens. Insgesamt kann daher davon ausgegangen werden, dass das Bundesverfassungsgericht Rabattverträge lediglich als einseitig verpflichtende Verträge ansieht.

Dieses Verständnis von Rabattverträgen musste der Gesetzgeber bei der Schaffung des GKV-WSG zugrunde legen. Da er auch anlässlich der letzten Änderung des § 130a Absatz 8 SGB V durch das GKV-WSG insoweit keine abweichenden Regelungen getroffen hat, sich vielmehr auf eine redaktionelle Anpassung beschränkt hat (das Wort „Unternehmen“ wurde durch das Wort „Unternehmern“ ersetzt, siehe Artikel 1 Nummer 97 i) GKV-WSG), ist immer noch davon auszugehen, dass eine Gegenleistung der Krankenkasse nicht zum Mindestinhalt eines Rabattvertrages gehört.

### Kein öffentlicher Auftrag

Aus dem Vorstehenden folgt, dass es sich bei Rabattverträgen gemessen an ihrem Mindestinhalt mangels Gegenleistung der Krankenkasse nicht um gegenseitige öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Absatz 1 GWB beziehungsweise des Artikels 1 Absatz 2a bis d Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (vom 31. März 2004, Amtsblatt der Europäischen Union L 134/114), sondern um so genannte unvollkommen zweiseitige Verträge handelt, die Hauptleistungsverpflichtungen der Kassen nicht begründen (Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften



vom 22. Februar 2008 – Verfahren Nummer 000557/4410 – Nummer 4). Sie sind daher nicht nach Vergaberecht zu vergeben beziehungsweise auszuschreiben (ebenso Engelmann 2008: 147).

### Keine Fiktion einer Gegenleistung

Offenbar zur Überwindung des Problems, dass eine Gegenleistung der Kasse nicht zwingend erforderlich ist, bedienen sich Verfechter des vergaberechtlichen Ansatzes einer Art Gegenleistungsfiktion, indem sie gesetzliche Vorteile, die sich für den pharmazeutischen Unternehmer aus dem Abschluss von Rabattverträgen ergeben können, der Kasse als Gegenleistung zurechnen.

Diese Ansicht übersieht indessen, dass es sich bei solchen Vorteilen eben nicht um vergaberechtsrelevante vertragliche sondern lediglich um gesetzlich gewährte Vorteile handelt (Engelmann 2008). Ungeachtet dessen können solche Vorteile der Krankenkasse auch nicht wie eine Gegenleistung zugerechnet werden. Weder entstehen aus dem Abschluss eines Rabattvertrags gesetzliche Abnahmeverpflichtungen der Krankenkassen noch tritt eine Änderung ihrer gesetzlichen Vergütungspflichten ein, diese bestehen vielmehr in voller Höhe des Arzneimittelabgabepreises fort (Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 22. Februar 2008).

Sogar bei Abschluss einer Exklusivvereinbarung könnte der pharmazeutische Unternehmer nicht zuverlässig davon ausgehen, dass seine rabattierten Produkte von den Apotheken auch ausgewählt beziehungsweise abgegeben werden (Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 22. Februar 2008). Denn eine Krankenkasse hat nun einmal keine Möglichkeit, die Abnahme oder die Menge der für ihre Versicherten verschriebenen Arzneimittel eines bestimmten pharmazeutischen Unternehmens zu steuern, weil sie auf die Arzneimittelauswahl keinen Einfluss hat (KassKomm-Hess, § 130a SGB V, Rdn. 9, Engelmann 2008):

- Ärzten ist es freigestellt, andere als vertraglich rabattierte Arzneimittel zu verordnen, indem sie entweder ein bestimmtes Medikament verordnen oder die Ersetzung des verordneten Arzneimittels durch ein wirkstoffgleiches ausschließen (§§ 129 Absatz 1, 73 SGB V, die so genannte Aut-idem-Regelung).
- Für Apotheken besteht nach Maßgabe des zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Deutschen Apothekerverband e.V. geschlossenen Rahmenvertrages nach § 129 Absatz 2 SGB V (§ 4 Absatz 4 des Vertrages in der Fassung vom 17. Januar 2008, die so genannte Substitutionsfreiheit).

Auch das vor diesem Hintergrund geschaffene Anreizsystem für Versicherte, Ärzte und Apotheken belegt, dass die Krankenkassen keine Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten haben. Danach können zum Beispiel Krankenkassen die Zuzahlungspflicht für vertraglich rabattierte Arzneimittel ermäßigen oder aufheben (§ 31 Absatz 3 SGB V), werden Vertragsärzte von Vereinbarungen zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit ausgenommen, soweit sie Arzneimittel verordnen, für die eine Rabattvereinbarung besteht (§ 84 Absatz 4a SGB V), und sind Verordnungen von Arzneimitteln, für die der Arzt einem Rabattvertrag beigetreten ist, nicht Gegenstand der Auffälligkeitsprüfung (§ 106 Absatz 2 SGB V). Derartiger Anreize hätte es nicht bedurft, wenn die Steuerung der Arzneimittelabgabe in der Einflussmacht der Krankenkassen stünde.

### Keine Beschaffung durch Krankenkassen

Losgelöst vom vorstehend thematisierten Kriterium der Entgeltlichkeit liegt in einseitig verpflichtenden Rabattverträgen auch kein vergabe-rechtlich relevanter Beschaffungsvorgang der Krankenkasse. Nach § 97 Absatz 1 GWB setzt ein öffentlicher Auftrag voraus, dass sich der öffentliche Auftraggeber die Leistung „beschafft“, das heißt auf der Nachfrageseite zur Deckung seines Bedarfs am Marktgeschehen teilnimmt (Pünder 2008, Rdn. 21). Durch den Abschluss von Rabattverträgen erlangen Krankenkassen jedoch weder rahmenvertraglich noch vertraglich

Verfügungsgewalt über die Arzneimittel, sie beschaffen sie sich also nicht (Engelmann 2008).

Da Krankenkassen keinen maßgeblichen Einfluss auf Versicherte, Ärzte und Apotheken haben und nicht über die Möglichkeit verfügen, den Arzneimittelabsatz zu steuern (siehe Abschnitt „Keine Fiktion einer Gegenleistung“), kann ihnen eine Nachfrage der genannten Personengruppen nach Arzneimitteln auch nicht zugerechnet werden (siehe oben, „Keine Fiktion einer Gegenleistung“). Vielmehr liegt eher umgekehrt eine Beschaffungshandlung des pharmazeutischen Unternehmens vor, das über die Abrechnung des Rabatts krankenkassenspezifische Informationen zum Umsatz seines rabattierten Arzneimittels erhält.

Die Beschaffungssituation ähnelt insoweit der Gewinnung und Nutzung von Informationen nach dem Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) vom 13. Dezember 2006 (BGBl I Seite 2913) mit dem Unterschied, dass das pharmazeutische Unternehmen anstelle des Entgelts nach § 4 Absatz 3 IWG der Krankenkasse einen Rabatt gewährt. Dementsprechend nimmt die Krankenkasse allenfalls als Anbieter am Marktgeschehen teil. Wird ein öffentlicher Auftraggeber aber als Anbieter tätig, liegt ein öffentlicher Auftrag nicht vor (Pünder 2008, Rdn. 22).

## Durch den Gesetzgeber ausgelöste Unklarheiten

### Sind einseitig verpflichtende Rabattverträge auszuschreiben?

In Anbetracht des Umstandes, dass auch das Bundesverfassungsgericht eine Gegenleistung der Krankenkasse nicht als zwingend voraussetzt, ist die Frage nach dem Mindestinhalt von Rabattverträgen ebenso beantwortet wie die Frage, ob derartige Verträge nach Vergaberecht vergeben beziehungsweise ausgeschrieben werden müssen. Insofern verwundert es, mit welchem Nachdruck dennoch propagiert wird, dass (alle) Rabattverträge nach dem streng formalisierten Vergabeverfahren des Kartellvergaberechts vergeben werden müssen.

Dabei wird vonseiten derjenigen, welche die Anwendung des Kartellvergaberechts fordern, insbesondere auch seitens der pharmazeutischen Industrie (Bartram und Broch 2008: 9 f.), sogar die Meinung vertreten, dass für Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf den Abschluss von Rabattverträgen ausschließlich die Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit zuständig sind (VK Bund, Beschluss vom 15. November 2007, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2007 sowie Beschluss vom 19. Dezember 2007 – VII-Verg 51/07), obwohl § 130a Absatz 9 SGB V ausdrücklich bestimmt, dass „bei Streitigkeiten in Angelegenheiten dieser Vorschrift [§ 130a SGB V] ... der Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben“ ist. Vordergründig geht es bei diesem Zuständigkeitsrechtsstreit um formale Fragen:

Sind die Sozialgerichte aufgrund von § 130a Absatz 9 SGB V befugt, Entscheidungen der (nicht als Gerichte geltenden) Vergabekammern zu überprüfen? Oder steht diese Befugnis gemäß § 116 GWB ausschließlich und insbesondere auch dann den Oberlandesgerichten zu (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Dezember 2007 (A 1.)), wenn die Vergabekammer (bewusst) zu Unrecht angerufen worden ist, um den vergaberechtlichen Rechtsweg zu begründen? Als erstes Bundesgericht hat das Bundessozialgericht mittlerweile festgestellt, dass der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist (Beschluss vom 22. April 2008, B 1 SF 1/08 R).

Der eigentliche Hintergrund des Zuständigkeitsstreites ist wohl eher in der Befürchtung vor allem der pharmazeutischen Industrie zu suchen, „dass die Sozialgerichte nicht in ausreichendem Maß als unparteiische Mittler zwischen den Parteien agieren“ (Bartram und Broch 2008: 10), also verstärkt im Sinne der Krankenkassen entscheiden. Da sich einige Gerichte, beispielsweise das Oberlandesgericht Düsseldorf oder im Ergebnis auch das Landessozialgericht Baden-Württemberg (Beschluss vom 22. Februar 2008, L 5 KR 507/08 ER-B), einen vergaberechtlichen Ansatz zu eigen gemacht haben, ist der Streit praxisrelevant geworden und hat, ausgelöst vor allem durch die gegenüber den AOKen ausgesprochenen

Zuschlagsverbote der Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 15. November 2007, bestätigt durch die zitierten OLG Düsseldorf-Entscheidungen), zu Verunsicherungen der Rechtsanwender geführt.

Die Vehemenz der aktuellen Diskussion mag einerseits durchaus auf ein Interesse zurückzuführen sein, Vergaberecht als Vehikel zur Stabilisierung der bestehenden Strukturen der Arzneimittelversorgung zu instrumentalisieren und so Sinn und Zweck des § 130a Absatz 8 SGB V zu konterkarieren, der diese Strukturen überwinden, durch individuelle Einzelverträge Wirtschaftlichkeitsreserven erschließen und Einsparungen erzielen will (Engelmann 2008: 144).

Andererseits muss hervorgehoben werden, dass ein maßgeblicher Anlass für die aktuelle Diskussion im Gesetzentwurf des GKV-WSG zu finden ist. Dieser sah ursprünglich vor, § 130a Absatz 8 SGB V um eine Regelung zu ergänzen, wonach die Apotheke anstelle der Krankenkasse die Rabattvereinbarung treffen kann, wenn die Krankenkasse keine Rabattvereinbarung schließt. Ferner sah er vor, dass Vereinbarungen, die „nach diesem Absatz“ [§ 130a Absatz 8 SGB V] getroffen werden, aufgrund einer Ausschreibung abzuschließen sind (Artikel 1 Nummer 97 Buchstabe i) bb), Bundestagsdrucksache 16/3100). Diese Passagen, einschließlich der Ausschreibungsregelung, sind zwar nicht Gesetz geworden, Verfechtern des vergaberechtlichen Ansatzes dient die Streichung der Ausschreibungsregelung jedoch als Argument. Bereits vor Inkrafttreten des GKV-WSG habe eine Ausschreibung von Rabattverträgen nach Vergaberecht erfolgen müssen, die Ausschreibungsregelung sei daher überflüssig gewesen. Ihre Streichung belege, dass das Vergaberecht schon immer gegolten habe (VK Bund, Beschluss vom 15. November 2007 – VK 2-105/07 II. 1. a) bb), Kaeding 2007: 247).

Die Ansicht der Vergaberechtsvertreter überzeugt jedoch nicht. Der Gesetzgeber hat schon vor Inkrafttreten des GKV-WSG Ausschreibungen im SGB V angeordnet, zum Beispiel für die Beteiligung von Apotheken an besonderen Versorgungsformen (§ 129 Absatz 5b SGB V). Außerdem

hat er nicht alle im GKV-WSG vorgesehenen Ausschreibungsregelungen gestrichen, sondern bewusst nur die des § 130a Absatz 8 SGB V (siehe Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss), Bundestagsdrucksache 16/4247 vom 1. Februar 2007 Zu Nummer 97 (§ 130a) Zu Buchstabe i)). Für Hilfsmittelverträge ist zum Beispiel eine Ausschreibungsregelung in § 127 Absatz 1 SGB V Gesetz geworden.

Zudem wird in einigen der neuen Vorschriften explizit auf vergaberechtliche Vorschriften Bezug genommen, zum Beispiel in § 291b SGB V n.F. für die Vergabe von Betriebsleistungen durch die Gesellschaft für Telematik. In Anbetracht dieser Umstände kann nicht davon ausgegangen werden, dass die ursprünglich für § 130a Absatz 8 SGB V vorgesehene Ausschreibungsregelung nur deshalb nicht Gesetz geworden ist, weil für Rabattverträge Vergaberecht ohnehin als bereits geltend angesehen worden ist.

Andernfalls wäre konsequenterweise gerade auch in § 291b SGB V n. F. von einem Verweis auf Vergaberecht abgesehen worden. Denn – anders als Rabattverträge – sind die dort angesprochenen vertraglichen Beziehungen typischerweise entgeltlicher Natur und hätten deshalb auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Vergaberecht nach dessen Regelungen ausgeschrieben werden können.

Festzustellen ist allerdings, dass der Gesetzgeber es insbesondere auch im GKV-WSG versäumt hat, transparent zu machen, warum in einigen der bereits genannten Vorschriften nur von „Ausschreibung“ die Rede ist, in anderen dagegen explizit von der Anwendung des Vergaberechts, in weiteren weder von dem einen noch von dem anderen (zum Beispiel in § 131 SGB V, der den Rahmenvertrag mit pharmazeutischen Unternehmen über die Arzneimittelversorgung betrifft).

Es spricht einiges dafür, dass zwischen Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu Leistungserbringern einerseits und sonstigen Rechtsbeziehungen der Krankenkassen andererseits unterschieden wird, wobei nur für Letztere Vergaberecht gelten soll (Engelmann 2008: 143). Die

diesbezügliche Gesetzessystematik bleibt aber insbesondere deshalb unklar, weil die Gesetzesbegründung zu § 130a Absatz 8 SGB V Vergaberecht für anwendbar erachtet, der geplante Wortlaut aber nur den Begriff der Ausschreibung verwendet, der nicht zwingend auf Vergaberecht verweist. So sieht zum Beispiel auch § 98 SGB V, der die Verteilung von Vertragsarztsitzen betrifft, eine Ausschreibung vor, ohne dass vertreten wird, diese müsse nach Vergaberecht erfolgen.

Die Gesetzesbegründung erscheint auch in anderer Hinsicht fehlerhaft. Nach dem ursprünglich vorgesehenen, nicht Gesetz gewordenen Text sind auch Rabattvereinbarungen, die von Apotheken getroffen werden, aufgrund einer Ausschreibung abzuschließen. Nach der Gesetzesbegründung sind bei den Ausschreibungen die jeweils gültigen Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden (Bundestagsdrucksache 16/3100, Zu Nummer 97 (§ 130a) Zu Buchstabe i), Seite 408).

Nach den Vorschriften des Vergaberechts sind Ausschreibungsregelungen aber nur dann anzuwenden, wenn der Auftrag von einem öffentlichen Auftraggeber erteilt wird (§ 98 GWB). Apotheken sind indes nicht öffentliche Auftraggeber, sondern private Auftraggeber, die vom Kartellvergaberecht nicht erfasst werden. Ausschreibungsvorschriften des Vergaberechts können somit für Rabattverträge der Apotheken nicht gelten. Die Gesetzesbegründung ist unrichtig.

Legt man vor diesem Hintergrund den Entwurfstext des § 130a Absatz 8 SGB V so aus, dass eine Ausschreibung sowohl durch Krankenkassen als auch durch Apotheken erfolgen können soll, gelangt man zum Schluss, dass mit „Ausschreibung“ nur ein nicht vergaberechtliches Auswahlverfahren eigener Art gemeint sein kann, das auch in anderen die Versorgung der Versicherten betreffenden Vorschriften des SGB V angesprochen wird. Die dort zur Kennzeichnung dieses Ausschreibungsverfahrens verwendeten Formulierungen („Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes ist unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien öffentlich auszuschreiben“ – §§ 73b Absatz 4 Satz 3

und 4, 73c Absatz 3 Satz 2 und 3 SGB V; „Die Absicht, über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen, ist in geeigneter Form öffentlich bekannt zu machen“ – § 127 Absatz 2 Satz 3 SGB V; „die Angebote sind öffentlich auszuschreiben“ – § 129 Absatz 5b SGB V) finden sich im Entwurf des § 130a Absatz 8 SGB V aber nicht.

Unter Berücksichtigung der Widersprüche zwischen geplantem Gesetzestext und Gesetzesbegründung und in Anbetracht des Umstandes, dass die vorgesehene Ausschreibungsregelung nicht Gesetz geworden ist, bleiben Zweifel am Willen des Gesetzgebers, ob und gegebenenfalls welche Ausschreibung bei Rabattverträgen erfolgen soll.

### Sind Gegenleistungen der Krankenkassen zulässig?

Da infolge von Ungereimtheiten in der Gesetzgebung schon der Mindestinhalt von Rabattverträgen umstritten ist, ist erst recht klärungsbedürftig, ob und welche Gegenleistung Krankenkassen erbringen können. Es wurde bereits ausgeführt, dass Rabatte eine Gegenleistung typischerweise nicht voraussetzen. Es darf daher bezweifelt werden, ob § 130a Absatz 8 SGB V der Krankenkasse eine Gegenleistung gestattet. Aus Text und Begründung der Vorschrift ergeben sich keine Anhaltspunkte, ob und gegebenenfalls welche Gegenleistung zulässig ist.

Mit Blick auf das gesetzliche Anreizsystem stellt sich allerdings die Frage, ob eine Gegenleistung zum Beispiel in der Form denkbar ist, dass sich die Krankenkasse verpflichtet, a) die Zuzahlung für Arzneimittel, für die ein Rabattvertrag besteht, nach § 31 Absatz 3 SGB V um die Hälfte zu ermäßigen oder aufzuheben und/oder b) Vertragsärzte und Apotheken über Versorgungsverträge zur hausarztzentrierten Versorgung, zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung oder zur Integrierten Versorgung (§§ 73b, 73c, § 140a SGB V i. V. m. § 129 Absatz 5b SGB V) an Rabattverträgen zu beteiligen, um sie so von Auffälligkeitsprüfungen und Regressen auszunehmen.



Derartige Maßnahmen stehen grundsätzlich im Ermessen einer Krankenkasse. Die Ausübung von Ermessen ist aber dadurch gekennzeichnet, dass sie entsprechend dem Zweck der Ermessensvorschrift zu erfolgen hat. Ein Anspruch auf eine bestimmte Ermessensentscheidung besteht nicht (§ 39 SGB I). Dementsprechend muss bezweifelt werden, dass es Krankenkassen erlaubt ist, sich im Rahmen von Rabattverträgen zur Durchführung von Ermessensleistungen zu verpflichten, zum Beispiel zu Zuzahlungsbefreiungen für rabattierte Arzneimittel.

Eine derartige Verpflichtung würde nämlich einen Anspruch des pharmazeutischen Unternehmers auf eine bestimmte Ermessensentscheidung begründen. Der pharmazeutische Unternehmer hätte es in der Hand, etwa die Aufhebung einer Zuzahlungsbefreiung für rabattierte Arzneimittel auch dann zu blockieren, wenn der mit ihr verfolgte Anreizeffekt nicht eintritt und sie sich als unwirtschaftlich erweist.

Unproblematischer erscheint es dagegen, wenn die Krankenkasse sich bereiterklärt, Ermessensleistungen in Betracht zu ziehen und Versicherte sowie Leistungserbringer in insbesondere wettbewerbskonformer Weise über rabattierte Arzneimittel zu informieren. Eine solche „Verpflichtung“ wäre lediglich deklaratorischer Natur und beinhaltet keine vergaberechtsrelevante Gegenleistung, da Krankenkassen zu den genannten Maßnahmen ohnehin berechtigt und bereits aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gehalten sind, Versicherten und Leistungserbringern in sachangemessener Weise Informationen über die Rabattgewährung zukommen zu lassen.

### Auswirkungen der Regelungsdefizite auf die Praxis

Die Rabattverträge betreffende Vorschrift des § 130a Absatz 8 SGB V ist so offen formuliert und ihre Entstehungsgeschichte so durch Widersprüchlichkeiten und Fehler des Gesetzgebers gekennzeichnet, dass eine Umsetzung der Vorschrift mit erheblichen rechtlichen Unwägbarkeiten verbunden ist.

Die sich hieraus ergebenden Risiken für die mit der Umsetzung beauftragten Krankenkassen sind die üblichen des Vergaberechts: a) Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit eines Vertrages für den Fall, dass er vergaberechtswidrig und unter Missachtung vergaberechtlicher Benachrichtigungsfristen zustande gekommen ist (§ 13 VgV), b) Schadensersatzansprüche pharmazeutischer Unternehmer insbesondere für den Fall, dass die Krankenkasse gegen eine den Schutz dieses Unternehmens betreffende Vergabevorschrift verstoßen hat (§ 126 GWB), vor allem aber c) bei fortdauernder Intervention seitens der pharmazeutischen Industrie regelmäßig ein zumindest vorläufiger Stopp der Vertragsdurchführung durch Vergabekammern und Vergabegerichte, der die Bemühungen der Krankenkassen um Stabilisierung der Arzneimittelkosten ins Leere laufen lässt.

Letzterer Umstand wird zusätzlich dadurch verschlimmert, dass in Anbetracht der unklaren rechtlichen Situation Entscheidungen des EuGH eingeholt und abgewartet werden müssen, die über die Beantwortung des Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf vom 23. Mai 2007 (VII Verg 50/06 – „Orthopädie-Schuhtechnik“, siehe dazu den Abschnitt „Inhalt und Abschluss von Rabattverträgen“ weiter oben) hinausgehen. Denn dieser Beschluss betrifft hauptsächlich die Frage, ob Krankenkassen in Bezug auf die Einholung von Angeboten zur Hilfsmittelversorgung (hier: Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk zur Integrierten Versorgung bei diabetischem Fußsyndrom) öffentliche Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts sein können.

Für das vorliegende Thema wird es aber maßgeblich auf die Beantwortung der Frage ankommen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen es sich bei Rabattverträgen um öffentliche Aufträge handeln kann. Ob mit einer Klärung dieser zentralen Rechtsfrage durch den EuGH in absehbarer Zeit gerechnet werden kann, ist zu bezweifeln.

Insgesamt steht zu erwarten, dass Krankenkassen beim Abschluss von Rabattvereinbarungen eher zurückhaltend agieren werden. Die

beabsichtigte finanzielle Entlastung der GKV durch Einführung innovativer vertraglicher Versorgungs- und Wettbewerbselemente kann in Bezug auf freiwillige Rabattverträge vorerst als gescheitert angesehen werden. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber diesen Umstand zeitig erkennt und handelt, das heißt nicht erst eine eventuell noch Jahre dauernde höchstrichterliche Klärung abwartet.

Ein Lösungsansatz könnte in der gesetzlichen Klarstellung liegen, dass Rabattverträge für die Krankenkasse unentgeltlich sind und § 130a Absatz 8 Satz 1 SGB V zum Beispiel wie folgt gefasst wird: „Die Krankenkassen und ihre Verbände können mit pharmazeutischen Unternehmen zusätzlich zu den Abschlägen nach den Absätzen 1 und 2 die unentgeltliche Zuwendung von Rabatten für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren“. Diese, eine Ausschreibungsanordnung nicht enthaltene Regelung würde vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion ferner verdeutlichen, dass auch keine Pflicht besteht, eine (nicht vergaberechtliche) Ausschreibung eigener Art durchzuführen.

Sollte der Gesetzgeber jedoch auch eine entgeltliche Vereinbarung von Rabatten gestatten wollen, ist im Interesse einer Transparenz der Vertragskonditionen zu empfehlen, auch den zulässigen Inhalt und Umfang der Gegenleistung von Krankenkassen festzulegen. Andernfalls ist abzusehen, dass sich anhand der von Krankenkassen eventuell eingegangenen Gegenleistungsverpflichtungen eine neue Diskussion über Ziele, Nutzen und Wirtschaftlichkeit von Rabattverträgen entzünden wird.

### Literatur

- Bartram, D., und U. Broch (2008): Zwischen den Gesundheitsreformen – Kartellrechtlicher Regulierungsbedarf aus Sicht der forschenden Arzneimittelhersteller. PharmR 2008. S. 1 ff.
- Byok, J. (2007): Auftragsvergabe im Gesundheitssektor. GesR 2007 S. 553 ff.

- Engelmann, K. (2008): Keine Geltung des Kartellvergaberechts für Selektivverträge der Krankenkassen mit Leistungserbringern. SGB 2008. S. 133 ff.
- Hess, R. (2008): In: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht. Band 1. Stand: 2. April 2008 zu § 130a SGB V. München 2008.
- Kaeding, N. (2007): Ausschreibungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen oberhalb der Schwellenwerte. PharmR 2007. S. 239 ff.
- Koenig, C., D. Klahn und K. Schreiber (2008): Die Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentliche Auftraggeber im Sinne des europäischen Vergaberechts. ZESAR 2008. S. 5 ff.
- Müller, S. (2008): Divergierende Rechtsprechung zu Rabattverträgen gemäß § 130a Absatz 8 SGB V. A&R 2008. S. 21 ff.
- Pünder, H. (2008): Öffentlicher Auftrag. In: M. Müller-Wrede (Hrsg.): Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts. Berlin 2008. S. 113-158.
- Sträter, B., und A. Natz (2007): Rabattverträge zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen. PharmR 2007. S. 7 ff.