

Hersteller bekommen mehr Rechtsschutz bei Rabattverträgen

§ 69 SGB V bringt künftig kartellrechtliche Grundsätze in der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Anwendung

BONN. Hinsichtlich der Regelung der Vertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Pharmaindustrie erlangt das nationale Kartellrecht durch die Neufassung des § 69 SGB V im GKV-WSG wieder eine eigenständige Bedeutung neben dem EG-Kartellrecht. Die Rechtsschutzmöglichkeiten pharmazeutischer Unternehmen vor den Sozialgerichten werden damit deutlich erhöht.

VON DR. ALEXANDER NATZ

Kürzlich gab die AOK Baden-Württemberg bekannt, dass die 16 Allgemeinen Ortskrankenkassen mit pharmazeutischen Unternehmen Arzneimittelrabatte nach § 130a Abs. 8 SGB V vereinbart haben. Danach wurden mit elf Herstellern für insgesamt 43 Wirkstoffe und Kombinationen Rabattkonditionen festgelegt, die bis zu 37 Prozent unter dem gegenwärtigen Apothekenverkaufspreis liegen. Der AOK Bundesverband rechnet nun mit Einsparungen im zweistelligen Millionenbereich. So müsse die AOK etwa für den Blutfettsenker Simvastatin in Zukunft rund ein Fünftel weniger zahlen als bisher.

Was für die Krankenkassen kurzfristige positive Effekte in Form eines erheblichen Einsparpotenzials haben kann, kann gerade für mittelständische Pharmaunternehmen schnell zur Existenzbedrohung werden. Besonders große Krankenkassen können angesichts ihrer Nachfragemacht die Hersteller ohne weiteres zu erheblichen Preisnachlässen drängen. Nach den

Berechnungen der Pharmaverbände repräsentieren etwa die AOKen einen Anteil von rund 40 Prozent am GKV-Verordnungsvolumen, so dass von der Ausschreibung der ursprünglich 89 Wirkstoffe ein jährliches Beschaffungsvolumen von rund drei Milliarden Euro betroffen war. Daher stellt sich die Frage, ob den Herstellern – neben der Beteiligung an den Ausschreibungen – andere Handlungsalternativen zur Verfügung stehen und welche Rechte sie im Falle der Nichtberücksichtigung geltend machen können.

Kartell- und Vergaberecht

Das gemeinschaftliche Vorgehen der AOKen ist nicht nur vom Bundeskartellamt als wettbewerbsschädlich kritisiert worden. Das Amt hat deutlich auf die negativen Folgen für die Wettbewerbsstrukturen im generikafähigen Markt hingewiesen, die sich aus dem mit einem Preisdumping einhergehenden Verdrängungswettbewerb ergeben können.

Auch bei der Europäischen Kommission ist derzeit eine Beschwerde anhängig, in der eine Verletzung des EG-Kartellrechts gerügt wird. Den bisherigen Urteilen des EuGH zur Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen wird man in der Tat nur begrenzt eine präjudizierende Wirkung zusprechen können. So begeben sich die Krankenkassen schon nach der Gesetzesbegründung beim Abschluss der Rabattverträge auf eine „Verhandlungsebene“ mit den Herstellern. Da der Gesetz-



DER AUTOR

Dr. Alexander Natz arbeitet als Rechtsanwalt in der Bonner Anwaltskanzlei Sträter. Er ist spezialisiert unter anderem auf Sozialrecht (SGB V) sowie Kartell- und Wettbewerbsrecht.

geber den Kassen dabei einen absoluten Verhandlungsspielraum überlässt, handeln diese nicht hoheitlich, sondern als Unternehmen im Sinne des EG-Kartellrechts.

Daneben wird in Zukunft auch das nationale Kartellrecht wieder ein Korrektiv für das Verhalten der Krankenkassen darstellen. Nachdem das Bundeskartellamt auf die negativen Folgen des gegenwärtig geltenden Anwendungsausschlusses des nationalen Kartellrechts durch § 69 SGB V hingewiesen hat, wird der Gesetzgeber diese Vorschrift im Zuge des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes ändern. Zwar

sollen demnächst nur die Vorschriften zur Marktbeherrschung sowie zum Diskriminierungs- und Boykottverbot (§§ 19 bis 21 GWB) und nicht das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) anwendbar sein. Trotzdem erlangt auf dem Gebiet der GKV das nationale Kartellrecht wieder eine eigenständige Bedeutung neben dem EG-Kartellrecht.

Sofern die Gerichte die Unternehmenseigenschaft der Kassen dennoch verneinen sollten, kommt zudem ein vergaberechtlicher Rechtsschutz für die Anbieter in Betracht. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist durch § 69 SGB V nicht ausgeschlossen, da das GWB in dieser Hinsicht EG-Richtlinien umsetzt, deren Geltung nicht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers steht. Die Tatsache, dass die Ausschreibungspflicht der Krankenkassen bei Rabattverträgen nicht – wie zunächst beabsichtigt – im GKV-WSG aufgenommen wurde, bedeutet daher nicht, dass das Vergaberecht keine Anwendung findet.

Aktuelle Rechtsprechung nicht überbewerten

Das Sozialgericht Freiburg hat Anfang Februar den Antrag eines Arzneimittelherstellers abgelehnt, mit dem dieser den AOKen die gemeinsame Ausschreibung und den gemeinsamen Abschluss von Rabattverträgen untersagen lassen wollte. Wenige Tage zuvor hatte die Vergabekammer Baden-Württemberg den Nachprüfungsantrag eines Herstellers abgewiesen, da der Verfah-

rensweg vor die Vergabekammer nicht eröffnet sei. Nach § 130a Abs. 9 SGB V sei bei Streitigkeiten über Rabattverträge der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben.

Die Bedeutung dieser Beschlüsse sollte jedoch nicht überschätzt werden. So hat die Vergabekammer BW nur ihre Unzuständigkeit festgestellt aber nicht über den Sachverhalt an sich entschieden. Gegenstand des Beschlusses des SG Freiburg war nicht die vergaberechtliche Zulässigkeit der AOK-Ausschreibung, sondern nur deren Vereinbarkeit mit dem EG-Kartellrecht und dem Grundgesetz. Aus verfahrensrechtlichen Gründen wurde der Sachverhalt zudem nur im Wege einer summarischen Prüfung beurteilt. Auch konnten in diesem Verfahren noch nicht die beabsichtigten Änderungen in § 69 SGB V berücksichtigt werden.

Eine abschließende juristische Bewertung der AOK-Ausschreibung durch deutsche und europäische Gerichte sowie durch die EU-Kommission steht noch aus. Das Vorgehen der AOKen hat gezeigt, dass eine kartell- oder vergaberechtliche Kontrolle der Ausschreibung von Rabattverträgen dringend erforderlich ist. Die durch die Ausschreibung beabsichtigten Preissenkungen wären nicht Ausfluss einer freien Willensbildung der Generikahersteller, sondern ausschließlich die Konsequenz der gezielt eingesetzten Nachfragemacht der Krankenkassen. Das Vorgehen der AOKen widerspricht damit eindeutig den Vorgaben des Kartellrechts.