

**Dr. Jan Byok LL.M., Partner**

**[www.twobirds.com](http://www.twobirds.com), [www.byok.de](http://www.byok.de)**

# **Leistungserbringung und Ausschreibung**

## **- Besonderer Teil -**

**Vortrag an der Universität Hamburg**

**03. November 2009**

**BIRD & BIRD**

copyright 2009

# Das neue Sozialvergaberecht

---

## ▼ Vergaberecht und Sozialrecht

- ▼ **Ausgangssituation:** GKV-WSG will den Wettbewerb stärken und Selektivverträge zwischen gesetzlichen Krankenversicherungen und Leistungserbringern fördern.
- ▼ Die Frage war, ob GKVen Verträge direkt abschließen dürfen und welche Maßstäbe anzuwenden sind.
- ▼ Grds. gibt es eine **Überschneidung** der Regelungsziele im Vergabe- und Sozialrecht: **Wettbewerbsverstärkung** und **wirtschaftliche Beschaffung** (§ 97 GWB bzw. §§ 12, 70 SGB V).
- ▼ Insbesondere Streitigkeiten um Arzneimittelrabattverträge warfen zunächst Fragen bzgl. der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht auf.

# Das neue Sozialvergaberecht

---

## ▼ Erste Klärungsversuche durch...

- ▼ die gesetzliche Regelung mit dem GKV-OrgWG (§ 69 SGB V) sowie
- ▼ die EuGH-Entscheidung (Oymanns)

## ▼ Regelungsinhalt des GKV-OrgWG

- ▼ **Anwendungsbefehl** für das Vergaberecht
- ▼ **Einmalige Rechtswegspaltung** (VK → LSG)
- ▼ Besondere Berücksichtigung des **Versorgungsauftrages** der Krankenkassen über § 69 SGB V
- ▼ Schaffung eines **Sozialvergaberichts**:
  - ▼ Schon nach der frühen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf können Vorgaben aus dem SGB V vergaberechtliche Bestimmungen modifizieren bzw. überlagern.
  - ▼ LSG stärkt den sozialrechtlichen Blickwinkel auch in der weiteren Praxis.

# Das neue Sozialvergaberecht

---

## ▼ Bewertung – Kritik

- ▼ Es bleibt die Frage, ob derzeitige Regelungen bzw. Mechanismen in der Rechtsprechung **europarechtskonform** sind, was im Ergebnis wohl zu bejahen ist, da die einzelnen Mitgliedsstaaten erheblichen Gestaltungsspielraum im Sozialrecht behalten sollen (Art 152 EG).  
Stichwort: Praktische Konkordanz
- ▼ **Rechtswegspaltung** verlängert Phase der Rechtsunsicherheit, da noch unterschiedlicher Blickwinkel von Vergabekammern und den Sozialgerichten.
- ▼ § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V (Versorgungsauftrag der Krankenkassen) ist viel zu offen formuliert – es bildet sich erst langsam eine Kontur durch die Rechtsprechung heraus.
- ▼ **Klarstellung** durch den Gesetzgeber wünschenswert

# Kartellrecht für gesetzliche Krankenversicherungen

---

## ▼ Anwendbarkeit des Kartellrechts...?

- ▼ Ausgangssituation: Die GKVen, hier insbesondere die AOKen, bündeln den Beschaffungsbedarf und schreiben **gemeinsam** z.B. Arzneimittelrabattverträge aus.
- ▼ § 69 Abs. 2 SGB V verweist nur auf die **§§ 19-21 GWB**, welche zumindest anwendbar sein müssen - in der Praxis von den Vergabekammern und Sozialgerichten aber nur sehr restriktiv beachtet werden.

# Kartellrecht für gesetzliche Krankenversicherungen

---

- ▼ **Problem:** Rechtsschutz vor den Vergabekammern oder den Sozialgerichten auch bzgl. §§ 1 ff. GWB, Art. 81 EG im Rahmen einer laufenden Ausschreibung?
  - ▼ Die **Vergabekammern** prüfen nach derzeitiger Rechtsprechung o. g. Normen nicht, da die Kartellbildung **vor** und nicht **in** dem Vergabeverfahren stattfindet. Die §§ 19, 21 GWB bzw. § 1 GWB, Art. 81 EG seien keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.d. §§ 104, 97 Abs. 7 GWB.
  - ▼ Auch durch die **Sozialgerichte** erfolgt **keine** Prüfung des Kartellrechts:
    - ▼ Krankenkassen seien **keine** Unternehmen i.S.d. Kartellrechts
    - ▼ Verweis auf den EuGH (Fenin & AOK Festbetragsentscheidung)
    - ▼ Aber keine kritische Prüfung der Übertragbarkeit der Entscheidungen

# Kartellrecht für gesetzliche Krankenversicherungen

---

## ▼ Bewertung – Kritik (I)

- ▼ Wettbewerb soll gestärkt werden und die GKVen sollen entsprechende Verträge abschließen – die wettbewerbsrechtlichen Überprüfungsmechanismen werden jedoch **nur sehr** eingeschränkt zur Verfügung gestellt.
- ▼ Rechtsprechung bisher **sehr restriktiv** zu Gunsten der Krankenkassen. Rechtsprechung existiert allein zur Losaufteilung. So werden Gebietslose bei der AOK-Ausschreibung für erforderlich gehalten.
- ▼ Bündelung der Nachfragemacht kann **nicht** angemessen überprüft werden.

# Kartellrecht für gesetzliche Krankenversicherungen

---

## ▼ Bewertung – Kritik (II)

- ▼ Eine **Oligopolbildung** ist vorhersehbar.
- ▼ **Versorgungsengpässe** könnten entstehen.
- ▼ **Beeinträchtigung des Mittelstandes** wird befürchtet und ist bereits in den ersten Ausschreibungen **sichtbar** geworden.
- ▼ So sehen es im Ergebnis auch **BKartA & EU-Kommission**. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen machen aber ein Einschreiten unmöglich.



# Sonstiges Gesundheitswettbewerbsrecht

---

- ▼ **Wettbewerbsrecht als Korrekturmechanismus**
  - ▼ Aktueller Omeprazol-Fall der AOKen
    - ▼ **Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche** mit sozialrechtlichen Besonderheiten
    - ▼ Austauschbarkeit verschiedener Packungsgrößen (98 = 100...?)
    - ▼ **Therapeutische Äquivalenz**
  - ▼ Verlagerungstendenzen
    - ▼ Rechtsfragen werden in die Zeit nach Vertragsschluss verlegt.
    - ▼ Sozialrechtliche Probleme sollen über das Wettbewerbsrecht gelöst werden.

# Sonstiges Gesundheitswettbewerbsrecht

---

## ▼ Bewertung

- ▼ **Rechtsprechung** und **Gesetzgebung** stecken trotz mindestens zweijähriger Laufzeit von Arzneimittelrabattverträgen noch in den **Kinderschuhen**.
- ▼ Praktische Umsetzung von Rabattvereinbarungen ist noch nicht hinreichend geklärt. „**Best practice model**“ ist noch nicht erreicht.
- ▼ Geplante Einsparungen können wegen erheblicher Umsetzungsschwierigkeiten **nicht** voll realisiert werden.

# Kontakt

---

## **BIRD & BIRD LLP**

Carl-Theodor-Strasse 6  
40213 Düsseldorf

Email: [jan.byok@twobirds.com](mailto:jan.byok@twobirds.com)  
Telefon: + 49 (0)211 2005 6224  
Fax: + 49 (0)211 2005 6011



**Dr. Jan Byok LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Partner