

## ARZNEIMITTELRECHT/APOTHEKENRECHT

**Die Zulässigkeit von ergänzenden Verträgen  
zur Arzneimittelregelversorgung der gesetzlichen Krankenversicherung**

*Prof Dr. Christian Koenig und Daniela Klahn, Bonn*

*Die jüngsten Reformen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung führen auch zu Veränderungen auf dem Apothekenmarkt: In zunehmendem Maße finden sich Apotheker nicht mehr ausschließlich in den herkömmlichen Leistungserbringerverbänden zusammen, sondern kooperieren in freien Apothekenzusammenschlüssen. Apothekenkooperationen und Apothekennetzwerke werden als Vertragspartner der Kostenträger immer attraktiver, weil sie neben einer besonders hohen Versorgungsqualität in der Lage sind, bestimmte Kostenvorteile zu generieren und damit die Arzneimittelausgaben zu senken. Zudem sind sie oftmals zum Abschluss innovativer Versorgungsverträge mit den Krankenkassen bereit. Die Apothekenverbände beobachten diese Entwicklung mit Argwohn und beziehen zunehmend offen Position gegen freie Apothekenzusammenschlüsse und deren Geschäftstätigkeit. Der folgende Beitrag befasst sich mit der Frage,*

*inwiefern bestimmte ergänzende Verträge zur Arzneimittelregelversorgung zwischen freien Apothekenzusammenschlüssen und Krankenkassen rechtlich zulässig sind.*

**I. Die Arzneimittelregelversorgung im System der gesetzlichen Krankenversicherung**

Die Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten mit Arzneimitteln erfolgt grundsätzlich aufgrund von gemäß § 129 SGB V geschlossenen Verträgen. Durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist ein bundeseinheitlicher und für alle Kassen gemeinsamer Bundesrahmenvertrag gemäß § 129 Abs. 2 SGB V.

Vertragspartner des Bundesrahmenvertrages sind die Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenkassen (§ 213 Abs. 1 SGB V) und aufseiten der Apotheker die „für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker“ (§ 129 Abs. 2 SGB V).

Alle zugelassenen Leistungserbringer haben einen Anspruch auf Teilhabe an der Regelversorgung<sup>1</sup> gesetzlich Krankenversicherter. Dies folgt aus der Grundrechtsbin-

▷ Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn, Daniela Klahn ist dort wissenschaftliche Mitarbeiterin. Der Aufsatz beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 Unter Regelversorgung versteht man die Versorgung des gesetzlich Krankenversicherten mit Waren und Dienstleistungen, auf die er einen sozialrechtlichen Anspruch hat (vgl. § 11 SGB V). Die Regel-

## Die Zulässigkeit von ergänzenden Verträgen zur Arzneimittelregelversorgung

dung der Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V).

Die berufsrechtlichen Anforderungen an das Betreiben einer Apotheke – wie sie v.a. im Apothekengesetz und in der Apothekenbetriebsordnung niedergelegt sind – machen Zulassungsregelungen (wie etwa in §§ 124, 126 SGB V für den Hilfsmittelbereich) für Apotheker zwar entbehrlich, soweit die Anforderungen an die berufliche Qualifikation betroffen sind. Da bei der Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung jedoch die gesetzliche Vorgabe der Kostendämpfung – v.a. durch Beachtung des in den §§ 2, 12 und 70 SGB V festgeschriebenen Wirtschaftlichkeitsgebots – zu berücksichtigen ist, muss sichergestellt werden, dass auch der Apotheker als Leistungserbringer dieses mitträgt, wenn er gesetzlich Krankenversicherte mit Arzneimitteln versorgt. Aus diesem Grund müssen alle öffentlichen Apotheken Vertragspartner wenigstens eines – das Wirtschaftlichkeitsgebot konkretisierenden – Arzneimittelversorgungsvertrages im Rahmen der Regelversorgung der gesetzlichen Krankenversicherung sein, um die Berechtigung zur Arzneimittelversorgung zu erhalten.<sup>2</sup>

Daraus folgt zum einen, dass der Abschluss des Bundesrahmenvertrages nach § 129 Abs. 2 SGB V obligatorisch ist. Kommt der Vertrag nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung bestimmten Frist zustande, wird der Vertragsinhalt durch eine Schiedsstelle festgesetzt (§ 129 Abs. 7 SGB V).<sup>3</sup>

Zum anderen muss jede öffentliche Apotheke Vertragspartner dieses Rahmenvertrages werden können. Der Bundesrahmenvertrag hat aufgrund der satzungsmäßigen Abschlussbefugnis der Spitzenorganisation Rechtswirkung für die Apotheker, die Mitglied der Spitzenorganisation sind. Für Nichtmitglieder erlangt der Rahmenvertrag gemäß § 129 Abs. 3 Nr. 2 SGB V Rechtswirkung mit dem Beitritt der einzelnen Apotheke zum Rahmenvertrag. Apotheker, die kein Mitglied der Spitzenorganisation sind oder die dem Vertrag nicht beitreten, sind von der Leistungserbringung ausgeschlossen. Für die Krankenkassen ist der Bundesrahmenvertrag kraft Gesetzes wirksam.

Der Bundesrahmenvertrag hat „das Nähere“ zu den Pflichten der Apotheker aus § 129 Abs. 1 SGB V zu regeln. Der Apotheker ist gemäß § 129 Abs. 1 S. 1 SGB V zur wirtschaftlichen Arzneimittelabgabe „nach Maßgabe des Rahmenvertrages nach Abs. 2 verpflichtet“.

Der Bundesrahmenvertrag muss darüber hinaus Vorschriften zur Rabattheregelung des § 130 Abs. 3 S. 2 SGB V und Sanktionen bei Verstößen gegen Pflichten des Apothekers aus § 129 SGB V vorsehen.

Bei der näheren Ausgestaltung der Pflichten der Apotheker durch den Bundesrahmenvertrag muss die Umsetzung der gesetzgeberischen Vorgabe der Kostendämpfung im Vordergrund stehen, insbesondere im Hinblick auf die Ausfüllung des unbestimmten Tatbestandsmerkmals der „Preisgünstigkeit“ in § 129 Abs. 1 Nr. 1 SGB V. Die §§ 2, 12 und 70 SGB V ordnen die strikte Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots an; hierauf sind sämtliche Vertragsgestaltungen im Rahmen der Leistungserbringung auszurichten.

Daneben besteht die Möglichkeit des Abschlusses ergänzender Vereinbarungen auf Landesebene (§ 129 Abs. 5 SGB V).

Der Abschluss von ergänzenden Verträgen auf Landesebene ist in das Ermessen der in § 129 Abs. 5 SGB V genannten Vertragsparteien gestellt. Vertragspartner auf Leistungserbringerseite ist die „für die Wahrnehmung

der wirtschaftlichen Interessen maßgebliche Organisation der Apotheker auf Landesebene“. Verträge auf Landesebene werden – ausweislich des Gesetzeswortlauts – lediglich zur Ergänzung des Bundesrahmenvertrages geschlossen. Sie dürfen daher den Bundesrahmenvertrag nicht abändern oder sich in sonstiger Weise zu ihm in Widerspruch setzen.

## II. Die Zulässigkeit von ad-on-Verträgen

Es stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von Arzneimittelversorgungsverträgen, die zusätzlich zu den nach § 129 Abs. 2 SGB V und § 129 Abs. 5 SGB V geschlossenen Rahmenverträgen (sog. ad-on-Verträge) vereinbart werden.

### 1. Ad-on-Verträge als ergänzende Arzneimittelversorgungsverträge außerhalb des Rahmenvertragsregimes nach § 129 SGB V

Die Schaffung von Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern ist erklärtes Ziel des Gesetzgebers im Rahmen der jüngeren Reformgesetzgebung zur gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere im Rahmen des GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG), das am 1.1.2004 in Kraft trat. Der Gesetzgeber erwartet durch die Schaffung von Wettbewerb eine Senkung der ständig wachsenden Arzneimittelausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung.

Die in Apothekennetzwerken und Apothekenkooperationen zusammengeschlossenen Apotheker stellen sich durch den Abschluss von einzelnen – die kollektiven Rahmenverträge nach § 129 SGB V ergänzenden – ad-on-Verträgen mit Krankenkassen dem Wettbewerb der Leistungserbringer. Der Wettbewerbsdruck auf Apotheken steigt durch das Wegbrechen von Marktsegmenten. Dies betrifft v.a. das Hilfsmittelsortiment in Apotheken – dort werden zunehmend Leistungen von Fremdanbietern wie großen Hilfsmittelerbringerzusammenschlüssen erbracht –, aber auch die Inanspruchnahme von Versandapotheken durch die Versicherten. Dies zwingt die Apotheken dazu, sich im Markt zu qualifizieren.

Ad-on-Verträge richten sich an diesem gesetzgeberischen Ziel aus. So enthalten bestimmte Verträge u.a. Rabattheregelungen für den Kauf von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (OTC-Arzneimitteln) durch die bei den vertragsbeteiligten Krankenkassen gesetzlich Krankenversicherten.

Durch das GMG wurde die Preisbildung für OTC-Arzneimittel dereguliert (§ 1 Abs. 4 Arzneimittelpreisverordnung). Die Preise sind nun im Markt frei zu bilden. Die Versorgung mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung wurde grundsätzlich ausgeschlossen (§ 34 Abs. 1 S. 1 SGB V). Von einem freien Preiswettbewerb um die Abgabe von OTC-Arzneimitteln an Versicherte erwartet der Gesetzgeber ein Sinken der OTC-Arzneimittelpreise. Der Preisvorteil soll an die Versicherten – die anfallende Kosten für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel

versorgung ist zu unterscheiden von der Versorgung in besonderen Versorgungsformen (z.B. integrierte Versorgung), die anderen Regelungen unterliegt. In deren Rahmen hat der Leistungserbringer nicht ohne Weiteres einen Anspruch auf Zulassung zur Versorgung.

2 Kranig in Hauck/Noftz, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, § 129 Rz. 2, 15.

3 So ist zurzeit der Bundesrahmenvertrag in der Fassung der Schiedsgerichtsentscheidung vom 5.4.2004 in Kraft.

## Die Zulässigkeit von ergänzenden Verträgen zur Arzneimittelregelversorgung

nunmehr selbst zu tragen haben – weitergegeben werden. Zudem wirkt die Preissenkung dem Effekt entgegen, dass sich die Versicherten verschreibungspflichtige Arzneimittel durch den Arzt in Fällen verordnen lassen – um eine durch die Krankenkasse erstattungsfähige Medikation zu erhalten –, in denen auch eine Therapie mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln möglich ist. Dies kann die gesetzliche Krankenversicherung – die verpflichtet ist, Versicherte mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu versorgen (§ 31 Abs. 1 SGB V) – zusätzlich entlasten. Außerdem steigt durch eine Preissenkung die Bereitschaft der Versicherten, OTC-Arzneimittel zu kaufen; dies kann den Therapieerfolg unterstützen und die Folgekosten für die gesetzliche Krankenversicherung verringern.

Gemäß den Bestimmungen der ad-on-Verträge erhalten die Kunden von Mitgliedsapotheken auf OTC-Arzneimittel und apothekenübliche Waren einen durchschnittlichen Rabatt von beispielsweise fünf bis fünfzehn Prozent auf den Apothekenabgabepreis. Dies stellt eine deutliche Kostensenkung dar.

Zum anderen enthalten ad-on-Verträge teilweise Regelungen über die Abgabe von Arzneimitteln bestimmter Hersteller, die einen Rabattvertrag mit der Krankenkasse nach § 130a Abs. 8 SGB V ausgehandelt haben. Durch § 130a Abs. 8 SGB V werden die pharmazeutischen Hersteller in die Kostendämpfungssystematik der gesetzlichen Krankenversicherung eingebunden.<sup>4</sup> Sie können mit Krankenkassen besondere, gesetzlich nicht vorgesehene Rabatte für zu deren Lasten abgegebene Arzneimittel vereinbaren. Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V gewinnen zunehmend an Bedeutung, da im Jahr 2005 mit einem weiteren Anstieg der Arzneimittelausgaben gerechnet werden muss. Dies beruht auf der nach § 130a Abs. 1a SGB V nur temporären Erhöhung des gesetzlichen Herstellerrabatts gemäß § 130a Abs. 1 SGB V von 6 auf 16 Prozent für das Jahr 2004. Da mit Ablauf des Jahres 2004 der gesetzliche Herstellerrabattsatz wieder auf 6 Prozent abgesenkt worden ist, gilt es die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zu verwirklichen, gemäß § 130a Abs. 8 SGB V auf fakultativer Ebene zusätzliche Herstellerrabatte zu vereinbaren. So wird der Wettbewerbsdruck auf die Hersteller von Generikapräparaten zum Vorteil der gesetzlichen Krankenversicherung und der Versicherten zusätzlich aktiviert. Dem dienen die abgeschlossenen ad-on-Verträge. Die beteiligten Apotheken verpflichten sich in ad-on-Verträgen, diese Rabattverträge im Rahmen der Arzneimittelabgabe „aut-idem“ zu unterstützen, d.h. diese Arzneimittel gezielt an die Versicherten abzugeben. Der Apotheker berücksichtigt die betroffenen Arzneimittel bei der Abgabe besonders – soweit er zur Substitution von verordneten Arzneimitteln grundsätzlich befugt ist. Nur durch Vereinbarungen zwischen Apotheken und Krankenkassen wird diesen Rabattverträgen zur Wirkung verholfen. Verträge nach § 130a Abs. 8 SGB V kämen ohne die Einbindung der Apotheken nicht zustande oder wären ohne messbare Wirkung, denn der pharmazeutische Hersteller erhofft sich als „Ausgleich“ für die Rabattgewährung einen entsprechend erhöhten Umsatz.

Zur Vermeidung eines Verdrängungswettbewerbs unter den Apotheken zugunsten von Niedrigstpreisanbietern – der unter Umständen zulasten der Qualität der pharmazeutischen Versorgungsleistung stattfindet – fördern die Apothekenzusammenschlüsse den Qualitätswettbewerb der Apotheken. Die Mitgliedsapotheken werden an den mit den Kassen ausgehandelten Verträgen nur dann beteiligt, wenn sie bestimmte qualitative Anforderungen erfüllen. Das betrifft zunächst die Zertifizierung der Apotheke nach DIN EN ISO 9001:2000. Sie stellt die qualitative Basis der Zusammenarbeit der Leistungserbringer im Gesundheitssystem dar und garantiert die Führung der Apotheke nach den Vorgaben eines Qualitätsmanagementsystems. In den ad-on-Verträgen sind die weiteren Anforderungen an die Apotheke im Einzelnen aufgeführt. Verlangt wird v.a.: das Führen einer Patientendatei in Kommunikation mit dem Haus- und/oder Facharzt mit entsprechendem Nachweis der Medikation, die bedarfsgerechte Versorgung der Patienten bis ans Krankenbett, möglichst innerhalb von 6 Stunden und in Kooperation mit den ambulanten Pflegediensten und sonstigen Leistungserbringern, Arzneimittel-Interaktionsprüfungen, ggf. verbunden mit der Erarbeitung von Änderungsvorschlägen für den behandelnden Arzt bei unerwünschten Reaktionen, der Ausschluss von Kontraindikationen, Compliance-Überprüfungen, bestimmte Standards für die Einweisung in technische Hilfsmittel, für Maßnahmen zur Prüfung der Sicherheit und Genauigkeit von technischen Hilfsmitteln, für die Messung von definierten Risikoparametern (BMI, Blutdruck etc.) und für die Ansprache und Zuführung von Versicherten in integrierte Versorgungsformen einschließlich deren Erörterung mit dem Versicherten.

Damit qualifizieren sich Apothekenkooperationen und -netzwerke als künftige Vertragspartner für Krankenkassen gegenüber anderen Leistungserbringern. Die Krankenkassen – die ihrerseits im Wettbewerb um die Versicherten stehen – können durch den Abschluss von ad-on-Verträgen ihren Versicherten ein besonderes Versorgungsangebot machen. Insofern haben die Apothekenzusammenschlüsse einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Leistungserbringern.

In jüngerer Zeit wurde ein Apothekennetzwerk daher vom *Deutschen Apothekerverband e.V. (DAV)* und den meisten Landesapothekerverbänden auf breiter Front angegriffen. Den Verbänden geht es dabei um die Verteidigung ihres Vertragsmonopols.

Die Apothekerverbände versuchen, jeglichen Wettbewerb der Leistungserbringer zu verhindern. Zu diesem Zweck wird eine vermeintliche Monopolstellung der Apothekerverbände hinsichtlich der Abschlusskompetenz von allen – die Arzneimittelregelversorgung der Versicherten betreffenden – Verträgen vorgetragen. Die Apothekerverbände behaupten einen Alleinvertretungsanspruch nach § 129 SGB V bei dem Abschluss von Arzneimittelversorgungsverträgen einschließlich von ad-on-Verträgen.

Der DAV stellt derzeit die „für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker“ i.S.d. § 129 Abs. 2 SGB V dar.<sup>5</sup> Gleiches gilt für die Landesapothekerverbände im Rahmen des § 129 Abs. 5 SGB V. Nur diese Verbände sind zum Abschluss eines gemeinsamen Bundesrahmenvertrages nach § 129 Abs. 2 SGB V und diesen ergänzender Verträge auf Landesebene nach § 129 Abs. 5 SGB V berechtigt.

Die alleinige Vertragsabschlusskompetenz der Verbände wird im Hinblick auf die Rahmenverträge nach § 129

4 Ein Beitrag der Verfasser zum Thema: „Die Umsetzung von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V“ erscheint demnächst in dieser Zeitschrift.

5 Der Begriff der „maßgeblichen Spitzenorganisation“ ist ein dynamisches Tatbestandsmerkmal. Es muss sich dabei nicht zwangsläufig um den DAV handeln. Es ist nur eine Frage der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „maßgeblich“, wer Vertragspartner der Rahmenverträge nach § 129 SGB V sein kann.

## Die Zulässigkeit von ergänzenden Verträgen zur Arzneimittelregelversorgung

SGB V von den Parteien der ad-on-Verträge nicht infrage gestellt. Vielmehr stellen sich die Vertragspartner – auch ausweislich des Vertragswortlauts – neben das Rahmenvertragsregime.

Die Regelungskompetenz der Verbände im Rahmenvertragsregime des § 129 SGB V bleibt unangetastet. In ad-on-Verträgen werden also nur Vereinbarungen getroffen, die sich nicht in Widerspruch zu den Rahmenverträgen nach § 129 SGB V setzen. Auch können die ad-on-Verträge ergänzende Regelungen nur für solche Apotheken treffen, für die der Bundesrahmenvertrag als Basisvereinbarung der Arzneimittelregelversorgung verbindlich ist. So wird sichergestellt, dass nur „zugelassene“ Apotheken an der Arzneimittelversorgung teilnehmen. Der Abschluss der ad-on-Verträge erfolgt außerhalb des Rahmenvertragsregimes. Daher ist es auch nicht erforderlich, dass die dort festgeschriebenen (Rahmen-)Vertragspartner handeln.

Ein Vertragsabschlussmonopol der Apothekerverbände für alle, die Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung betreffende Verträge, ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung eines Urteils des Bundessozialgerichts vom 25.9.2001.<sup>6</sup> Das Urteil hatte sich unter anderem mit der Frage zu befassen, ob Verträge über die Erbringung von Hilfsmitteln ausschließlich von den Verbänden der Hilfsmittelerbringer abgeschlossen werden dürfen oder auch von den Verbänden der Apotheker. In diesem Zusammenhang stellte das Bundessozialgericht fest, dass es kein Vertragsmonopol für Hilfsmittelerbringer im Hilfsmittelbereich gibt, jedoch aus Gründen der Arzneimittelsicherheit ein Vertragsmonopol der Apothekerverbände für die Arzneimittelversorgung. Diese Feststellung wurde also vor dem Hintergrund einer alleinigen Vertragsabschlusskompetenz der Apothekerverbände gegenüber den Verbänden der Hilfsmittelerbringer getroffen, nicht jedoch gegenüber anderen Apothekerverbänden und/oder -kooperationen.

Vertragspartner der ad-on-Verträge können auf Leistungserbringerseite also auch Gesellschaften – wie z.B. eine GmbH – sein, die für die Mitglieder von Apothekenkooperationen handeln. Es besteht für das Rahmenvertragsregime ergänzende Versorgungsverträge kein Vertragsabschlussmonopol des DAV oder der Landesapothekerverbände soweit die Regelungen des Rahmenvertragsregimes strikt beachtet werden.

Zurzeit sind ca. neunzig Prozent der öffentlichen Apotheken Mitglieder der Apothekerverbände auf Bundes- und auf Landesebene. Effektiver Qualitäts- und Preiswettbewerb kann schon deshalb nicht entstehen, weil sich die Apothekerverbände immer an ihren schwächsten Mitgliedern orientieren. Diese Vorgehensweise ist kurzfristig und schadet auf Dauer sowohl der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung als auch den Apothekern als Leistungserbringer, denn die notwendige Folge sind gleich bleibend hohe Arzneimittelausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies geht – da die Beitragssätze der Krankenkassen nicht endlos erhöht werden können – mit einer immer weiteren Reduzierung der Vergütung der Leistungserbringer einher.

Dabei zeigen die freien Apothekenzusammenschlüsse, dass es durchaus möglich ist, Arzneimittelpreise zu senken bzw. andere effektive Kostensenkungspotenziale für die gesetzliche Krankenversicherung zu aktivieren und dabei gleichzeitig die Qualität der Leistungserbringung zu erhöhen. Es ist mit dem nach den §§ 2, 12 und 70 SGB V zu beachtenden Wirtschaftlichkeitsgebot unvereinbar, diese Kostenvorteile für die gesetzliche Krankenversicherung ungenutzt zu lassen. Dem grundsätzlichen

Anspruch des Apothekers, als Leistungserbringer im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung tätig zu werden, wird mit Abschluss des Bundesrahmenvertrages nach § 129 Abs. 2 SGB V genügt. Gleichwohl müssen unterhalb der Rahmenverträge nach § 129 SGB V ergänzende Vertragslösungen zur Verwirklichung des Wirtschaftlichkeitsgebots zulässig sein, soweit dadurch nicht gegen die nach § 129 SGB V geschlossenen Rahmenverträge verstoßen wird.

### 2. Kein Verstoß gegen das Gesetz und/oder die nach § 129 SGB V vereinbarten Rahmenverträge

Die ad-on-Verträge greifen nicht in die Rechte der gesetzlich Krankenversicherten ein. Daher unterliegen sie nicht dem strengen Vorbehalt des Gesetzes (§ 33 Abs. 1 SGB I), d.h. es bedarf zum Abschluss derartiger Verträge keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Nach dem allgemeinen Vorrang des Gesetzes – der auch außerhalb des Anwendungsbereiches des strengen Gesetzesvorbehaltes gilt – dürfen ad-on-Verträge gleichwohl nicht gegen das Gesetz verstoßen.

#### a) § 69 SGB V: Abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen?

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 69 SGB V, wonach das vierte Kapitel des SGB V sowie die §§ 63 und 64 SGB V die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Apotheken abschließend regeln, könnte diese Vorschrift so ausgelegt werden, dass § 69 SGB V dem Abschluss eines ad-on-Vertrages entgegensteht. Ausweislich der Gesetzesbegründung, in der es heißt: „Die Krankenkassen und ihre Verbände erfüllen in diesen Rechtsbeziehungen ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag und handeln nicht im Sinne des Privatrechts, einschließlich des Wettbewerbs- und Kartellrechts“,<sup>7</sup> regelt diese Bestimmung jedoch lediglich die Nichtanwendbarkeit des UWG und des GWB auf die Rechtsbeziehungen zwischen gesetzlicher Krankenkasse und Leistungserbringer. Es wird dadurch kein allgemeiner Gesetzesvorbehalt aufgestellt, denn ein solcher wäre – ausweislich der Gesetzssystematik (vgl. § 31 SGB I) – im allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuchs geregelt worden. Vielmehr sichert § 69 SGB V den Vorrang des Gesetzes zugunsten der Vorschriften des SGB V, in dem das SGB V zur *lex specialis* bei Vereinbarungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erklärt wird.

#### b) Unzulässige Steuerung der Versicherten zugunsten von Mitgliedsapotheken?

Viele Arzneimittelversorgungsverträge der Länder beinhalten folgende Vorschrift: *„Der Apothekenleiter [...] mit Dritten keine Rechtsgeschäfte oder Absprachen treffen [darf], die die Zuführung von Versicherten [...] zum Gegenstand haben.“* Jedenfalls eine ähnliche Vorschrift findet sich in allen Arzneilieferverträgen der Länder. Durch diese Regelungen soll die unzulässige Steuerung von Versicherten zugunsten bestimmter Apotheken durch die Krankenkassen verhindert werden.

Außerhalb der von § 76 SGB V geschützten freien Arztwahl schließt das SGB V es grundsätzlich nicht aus, dass

<sup>6</sup> BSG, Urt. v. 25.9.2001 – B 3 KR 3/01R.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 14/1245, 68 zu Nr. 29. Für die hier dargestellte Interpretation spricht auch die Gesetzgebungshistorie, vgl. die Übersicht über die Entstehungsgeschichte bei *Engelmann*, NZS 2000, 213 ff.

## Die Zulässigkeit von ergänzenden Verträgen zur Arzneimittelregelversorgung

die Krankenkassen auf die Auswahl der Leistungserbringer durch die gesetzlich Krankenversicherten Einfluss nehmen. Auch im Rahmen der Arzneimittelversorgung ist in § 31 Abs. 1 SGB V gerade kein Recht zur freien Apothekenwahl, sondern nur ein Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln normiert. Es lässt sich weder aus § 2 Abs. 3 SGB V und § 33 SGB I noch aus Art. 2 Abs. 1 und 2 GG ein umfassendes und uneingeschränktes Wahlrecht der Versicherten hinsichtlich der Leistungserbringer ableiten.<sup>8</sup> Diese Vorschriften bestimmen jedoch, dass die Wünsche der Versicherten angemessen berücksichtigt werden und die Vielfalt der Leistungserbringer gewahrt wird. Der Wunsch des Versicherten, eine bestimmte Apotheke selbst auszuwählen, ist stets zu berücksichtigen. Die Beziehung des Versicherten zum Apotheker stellt eine besondere Vertrauensbeziehung – ähnlich der zum Arzt – dar, weil sich aus der Verordnung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels Rückschlüsse auf die Diagnose des Arztes ziehen lassen. Eine imperativ-rechtliche Steuerung der Versicherten in bestimmte Apotheken durch die Krankenkassen ist daher unzulässig.

Die erwähnten Vorschriften der Arzneimittelversorgungsverträge auf Landesebene konkretisieren dieses sozialrechtlich garantierte, freie Apothekenwahlrecht des gesetzlich Krankenversicherten im Rahmen der Regelversorgung.

Fraglich ist, ob die ad-on-Verträge gegen diese Vertragsvorschriften verstoßen. Eine unzulässige Steuerung der Versicherten könnte darin gesehen werden, dass die Krankenkasse ihre Versicherten über den Vertragsschluss und die verhandelten Konditionen informiert. In den ad-on-Verträgen heißt es dazu: „Die Krankenkasse informiert die Versicherten über diesen Vertrag und die damit verbundenen Angebote.“ Aus der Information erfahren die Versicherten die für sie wichtigen vertraglichen Regelungen wie z.B. die gesteuerte Abgabe von Arzneimitteln, mit dessen Hersteller ein Vertrag nach § 130a Abs. 8 SGB V vereinbart worden ist, und die damit beabsichtigte Kosteneinsparung zugunsten der Krankenkasse. Die Versicherten werden auch über eigene Kosteneinsparungsmöglichkeiten beim Einkauf in einer Mitgliedsapotheke unterrichtet wie z.B. über die besonderen Konditionen beim Einkauf von OTC-Arzneimitteln.

Fraglich ist, ob durch diese Informationen die Krankenkasse ihre Versicherten unzulässig zugunsten bestimmter Apotheken steuert.

Unzulässig wäre eine imperativ-rechtliche Steuerung der Versicherten in Mitgliedsapotheken durch die Krankenkasse. Eine Verpflichtung der Versicherten, ausschließlich diese Apotheken aufzusuchen, wird durch den ad-on-Vertrag jedoch gerade nicht begründet. Die Versicherten sind weiterhin in der Wahl ihrer Apotheke völlig frei. Auch wenn sie einmal eine Vertragsapotheke besucht haben, sind sie dort kein fester Kunde, sondern können jederzeit eine andere Apotheke aufsuchen.

Das freie Apothekenwahlrecht schließt jedoch nicht aus, dass die Krankenkassen auf ökonomische Anreizinstru-

mente zurückgreifen dürfen, um ihre Versicherten mit dem Ziel einer Kosteneinsparung zur Wahl bestimmter Apotheken anzuregen. Eine solche Steuerung entspricht vielmehr dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Sofern die Versicherten nicht gezwungen werden, die von ihnen benötigten, ärztlich verordneten Arzneimittel aus bestimmten Apotheken zu beziehen, werden dadurch ihre Interessen nicht unangemessen beeinträchtigt.

Die Krankenkassen beabsichtigen eine möglichst hohe Inanspruchnahme von Mitgliedsapotheken durch ihre Versicherten. Sie erwarten sich durch die vertragliche Regelungssystematik hinsichtlich der Vereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V eine Senkung ihrer Arzneimittelausgaben. Für die Versicherten ist die Inanspruchnahme der vertragsbeteiligten Apotheken reizvoll, weil die Apotheken besondere Konditionen beim Einkauf von OTC-Arzneimitteln und zudem qualitativ besonders hochwertige pharmazeutische Betreuungsleistungen anbieten.

Eine unzulässige Steuerung der Versicherten zugunsten von Mitgliedsapotheken durch die Krankenkassen liegt somit nicht vor.

### c) Kein Verstoß gegen die Rahmenverträge

Es werden durch die ad-on-Verträge keine Regelungen getroffen, die sich zum Gesetz oder zu den nach § 129 SGB V vereinbarten Rahmenverträgen in Widerspruch setzen. Sofern die ad-on-Verträge bestimmte Vertragsgegenstände nicht regeln, soll der maßgebliche Rahmenvertrag gelten. Sind Regelungsgegenstände der Rahmenverträge betroffen, so haben die vertraglichen Regelungen nur ergänzende Wirkung. Durch die ausdrückliche vertragliche Bindung an die Rahmenverträge sind Regelungen, die sich auf den ersten Blick in Widerspruch zum Rahmenvertrag setzen könnten, so auszulegen, dass sie den Regelungen des Rahmenvertrages entsprechen.

Der Abschluss von ad-on-Verträgen versetzt die Vertragsparteien in die Lage, die gesetzlichen Vorgaben – insbesondere das in den §§ 2, 12, 70 SGB V verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot – optimieren zu können.

Gemäß § 2 Abs. 1 SGB V müssen die Krankenkassen den Versicherten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes zur Verfügung stellen. Dies bedeutet nach § 12 Abs. 1 SGB V, dass die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein müssen; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Es muss bei der Leistungserbringung – unter Gewährleistung der erforderlichen Qualität – das günstigste Verhältnis zwischen Aufwand und Wirkung bestehen.

Insbesondere im Rahmen der ad-on-Verträge ist die Leistung des Apothekers gegenüber den gesetzlich Krankenversicherten im dargestellten Sinne des Wirtschaftlichkeitsgebotes ausreichend, zweckmäßig und notwendig. Die qualitativ höhere pharmazeutische Betreuungsleistung durch die vertragsbeteiligten Apotheken wird ohne Mehrkosten für die Krankenversicherungsträger ermöglicht. Die ad-on-Verträge verdeutlichen vielmehr, dass es auch im Rahmen der geltenden Vergütungsregeln möglich ist, die pharmazeutische Versorgungsqualität zu heben und den Service für den gesetzlich Krankenversicherten zu verbessern. Unter Umständen erscheint im Einzelfall eine Leistung der Apotheke auf den ersten Blick als nicht „notwendig“ i.S.d. Wirtschaftlichkeitsgebots. Es entspricht jedoch gerade dem Wirtschaftlichkeitsgebot, wenn freie Qualitätskapazitäten kostenneutral aktiviert werden. Darüber hinaus werden durch die ad-on-Verträge Wirtschaftlichkeitsressourcen für die vertragsbeteiligten Krankenkassen erschlossen, insbesondere

<sup>8</sup> Näher hierzu Koenig, Neugestaltung des Lieferprozesses für Hilfsmittel unter Einbeziehung einer Internetplattform, Rechtsgutachten im Auftrag der BKK Berlin, Juni 2002, S. 21 ff. Anders etwa BGH, Urt. v. 21.2.1989 – KZR 7/88, BGHZ 107, 40 [43] (Kranken-transportbestellung); OLG Stuttgart, Urt. v. 30.1.1998 – 2 U 176/97, NJWE-WettbR 1999, 3 [4]; OLG Dresden, Urt. v. 23.8.2001 – U 2403/00; Kart, NZS 2002, 33 [37] (Orthopädische Hilfsmittel); Beuthien, MedR 1994, 253 [260]; Heinze in Schuln, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, 1994, § 40 Rz. 62.

## Die Zulässigkeit von ergänzenden Verträgen zur Arzneimittelregelversorgung

durch eine Einbindung der Herstellerrabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V.

Aber auch bei den Bestimmungen zur Berechnung von Preisen können gegenüber den Arzneimittellieferverträgen der Länder in den ad-on-Verträgen Konditionen verhandelt werden, die sich deutlich kostensenkend auswirken. Die ad-on-Verträge sehen besondere Bestimmungen zur Berechnung von Preisen für Verbandsstoffe, Medizinprodukte und Blutzuckerteststreifen vor. Die Mitgliedsapotheken verpflichten sich also zu diesen, für die Krankenkasse deutlich kostengünstigeren Preisen, die gesetzlich Krankenversicherten zu versorgen. Darin kann kein dem Rahmenvertrag widersprechendes Verhalten gesehen werden. Alle Arzneimittellieferverträge enthalten folgende Bestimmung: „Der Apothekenleiter verpflichtet sich zu einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten (§§ 12 und 70 SGB V).“ Demnach wird dem jeweils anzuwendenden Rahmenvertrag durch die Vereinbarung von kostengünstigeren Preisen im besonderen Maße Rechnung getragen.

Die Apotheken qualifizieren sich dadurch im Preiswettbewerb besonders. Die kollektivvertraglich vereinbarten Rahmenverträge müssen demgegenüber in ihren Preisbestimmungen alle Apotheken berücksichtigen. Den Vertragspartnern des Rahmenvertrages ist daher nur ein eingeschränkter Verhandlungsspielraum – auch bei der Preisbestimmung – eingeräumt. Gegen eine Zulässigkeit der Vereinbarung spricht auch nicht, dass durch den Abschluss eines ad-on-Vertrages hinsichtlich der betroffenen Produkte im jeweiligen Versorgungsgebiet nunmehr erhebliche Preisunterschiede bestehen. Wäre eine einheitliche Preisbildung das Ziel des Gesetzgebers gewesen, hätte dieser – wie bei der Preisbildung für verschreibungspflichtige Arzneimittel – eine bundeseinheitliche Preisverordnung erlassen. Davon hat der Gesetzgeber zugunsten einer wettbewerbsinduzierten Kostendämpfung jedoch gerade abgesehen.

Insbesondere die strikte Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots gebietet die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen, die sowohl für die Krankenkassen als Leistungsträger der gesetzlichen Krankenversicherung als auch für die Leistungserbringer Kostenvorteile generieren und dabei keinen Nachteil für den gesetzlich Krankenversicherten als Sozialleistungsberechtigten darstellen.

### III. Zusammenfassung

Die Rechtspositionen der Apothekerverbände werden durch die zwischen den Krankenkassen und den freien Apothekenkooperationen bzw. -netzwerken abgeschlossenen ad-on-Verträge nicht berührt. Ad-on-Verträge treffen keine Regelungen, die von den Vertragsgegenständen des nach § 129 Abs. 2 SGB V abgeschlossenen Bundesrahmenvertrages abweichen; auch übernehmen sie nicht dessen Funktion. Das Gleiche gilt im Hinblick auf die Landesrahmenverträge. Ad-on-Verträge stellen auch keinen den Bundesrahmenvertrag ergänzenden Landesrahmenvertrag nach § 129 Abs. 5 SGB V dar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Vereinbarungen sich meist nicht auf den Versorgungsbereich des jeweiligen Bundeslandes beschränken. Ad-on-Verträge ergänzen vielmehr die nach § 129 SGB V vereinbarten Rahmenverträge. Die Rahmenverträge auf Bundes- und auf Landesebene werden – soweit sie zulässig vereinbart worden sind – dabei von den Vertragspartnern vollumfänglich beachtet. Ad-on-Verträge können als ergänzende Verträge außerhalb des ausdrücklich normierten Anwendungsbereichs von § 129 SGB V geschlossen werden, solange und soweit sie sich nicht in Widerspruch zum Gesetz oder zu den nach § 129 SGB V vereinbarten Rahmenverträgen setzen. Ad-on-Verträge zur Arzneimittelversorgung können also unter Beachtung der Rahmenverträge nach § 129 Abs. 2 SGB V und § 129 Abs. 5 SGB V zulässig vereinbart werden.

Dies muss v.a. unter Berücksichtigung des in den §§ 2, 12 und 70 SGB V festgeschriebenen Wirtschaftlichkeitsgebotes gelten, dem alle Vertragsregime der Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung unterworfen sind – folglich auch das Rahmenvertragsregime des § 129 SGB V.

Vertragspartner solcher ad-on-Verträge können auf Leistungserbringerseite auch freie Apothekenzusammenschlüsse sein, auch kann eine GmbH zulässig für diese handeln. Es besteht für das Rahmenvertragsregime ergänzende Versorgungsverträge kein Vertragsabschlussmonopol der Apothekerverbände. Die Information der betroffenen Versicherten durch die vertragsbeteiligte Krankenkasse stellt keine unzulässige Steuerung zugunsten bestimmter Apotheken dar. Die Information ist bei Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots vielmehr geboten, um den Versicherten eine kostenbewusste Leistungsanspruchnahme zu ermöglichen.