

## L 9 KR 333/13

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Neuruppin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 20 KR 173/08  
Datum  
03.09.2013  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 9 KR 333/13  
Datum  
07.12.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 3 KR 6/17 R  
Datum  
20.12.2018  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) gestattet eine vertragliche Regelung über die Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika auf Landesebene. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber Regelungen über die Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika ausschließlich der einzelvertraglichen Ebene nach [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) übertragen wollte.

2. Die vertragliche Vereinbarung einer Krankenkasse zu gewährenden Rabatts auf von in Apotheken hergestellten Zytostatika verletzt einen Apotheker nicht in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit nach [Art. 12](#) des Grundgesetzes.

Bemerkung

BSG: Revision

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Neuruppin vom 3. September 2013 wird zurückgewiesen. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um im Zeitraum 1. Oktober 2007 bis 31. Dezember 2009 vorgenommene Retaxierungen in Zusammenhang mit der Zubereitung und Abgabe von Zytostatika durch den Kläger als Apotheker. Streitig ist insbesondere die Gültigkeit einer den Abrechnungskürzungen zu Grunde liegenden Vereinbarung gemäß [§ 129 Abs. 5](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V).

[§ 129 Abs. 5 SGB V](#) wurde mehrfach geändert. Bis zum 31. März 2007 lautete die Vorschrift:

"1Die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen können mit der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene ergänzende Verträge schließen. 2Absatz 3 gilt entsprechend."

[§ 129 Abs. 5 SGB V](#) in der hier maßgeblichen Fassung des GKV-Wettbewerbs-stärkungsgesetzes vom 26. März 2007 ([BGBl. I S. 378](#), nachfolgend "a.F."), mit diesem Wortlaut in Kraft vom 1. April 2005 bis zum 22. Juli 2009; Abs. 5 Satz 1 unverändert bis heute) lautete:

"1Die Krankenkassen oder ihre Verbände können mit der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene ergänzende Verträge schließen. 2Absatz 3 gilt entsprechend. 3Die Versorgung mit in Apotheken hergestellten Zytostatika zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten kann von der Krankenkasse durch Verträge mit Apotheken sichergestellt werden; dabei können Abschläge auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers und die Preise und Preisspannen der Apotheken vereinbart werden. 4In dem Vertrag nach Satz 1 kann abweichend vom Rahmenvertrag nach Absatz 2 vereinbart werden, dass die Apotheke die Ersetzung wirkstoffgleicher Arzneimittel so vorzunehmen hat, dass der Krankenkasse Kosten nur in Höhe eines zu vereinbarenden durchschnittlichen Betrags je Arzneimittel entstehen."

Seit dem 23. Juli 2009 lautet [§ 129 Abs. 5 SGB V](#) (i.d.F. des Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 17. Juli 2009, [BGBl. I S. 1990](#)):

"1Die Krankenkassen oder ihre Verbände können mit der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene ergänzende Verträge schließen. 2Absatz 3 gilt entsprechend. 3Die Versorgung mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten kann von der Krankenkasse durch Verträge mit Apotheken sichergestellt werden; dabei können Abschläge auf den Abgabepreis des

pharmazeutischen Unternehmers und die Preise und Preisspannen der Apotheken vereinbart werden. 4In dem Vertrag nach Satz 1 kann abweichend vom Rahmenvertrag nach Absatz 2 vereinbart werden, dass die Apotheke die Ersetzung wirkstoffgleicher Arzneimittel so vorzunehmen hat, dass der Krankenkasse Kosten nur in Höhe eines zu vereinbarenden durchschnittlichen Betrags je Arzneimittel entstehen."

Der Kläger ist Inhaber einer Zytostatika herstellenden Apotheke in N und als solcher Mitglied bei dem Beklagten zu 1. (Apothekerverband Brandenburg e.V.). Er beliefert u.a. Versicherte der Beklagten zu 2. mit Arzneimitteln.

Die Satzung des Beklagten zu 1. mit Stand des Beschlusses der Mitgliederversammlung vom 16. November 1996 lautet auszugsweise:

#### § 2 Zweck

Der Verein verfolgt den Zweck, die wirtschaftlichen, beruflichen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen, kulturellen und sonstigen gemeinsamen Interessen der Apothekenleiter im Land Brandenburg wahrzunehmen und nach außen zu vertreten.

Hierzu stellt er sich gegenüber den Mitgliedern insbesondere folgende Aufgaben:

a) Abschluss von Arzneilieferungsverträgen und sonstigen Verträgen mit Krankenkassen und sonstigen Kostenträgern sowie die Interessenvertretung diesen gegenüber. Die Verträge haben unmittelbare Rechtswirkung für die Mitglieder, auch soweit der Deutsche Apothekerverband e. V. für den Verein handelt. ( )

#### § 9

(3) Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich durch den Vorsitzenden oder einen stellvertretenden Vorsitzenden jeweils gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied vertreten."

Die beiden Beklagten schlossen am 24. September 2007 eine "Ergänzende Vereinbarung zum Arzneiliefervertrag für das Land Brandenburg zur Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika nach [§ 129 Abs. 5 SGB V](#)" (im Folgenden: "ergänzende Vereinbarung"). Diese ergänzende Vereinbarung galt vom 1. Oktober 2007 bis zum 31. Dezember 2009; gegenwärtig gibt es keine vergleichbare Vereinbarung zwischen den Beklagten. Sie sah für die Abrechnung von Zytostatikazubereitungen durch herstellende Apotheken zu Gunsten der Beklagten zu 2. einen Abschlag in Höhe von 1,75 Prozent pro Rezeptposition vor (§ 3 Nr. 1 Abs. 2) und bestimmte weiter, dass Rezepturen monoklonaler Antikörper nur als Fertigarzneimittel abrechenbar sind (§ 1 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1). Unterschrieben war die Vereinbarung von Lauf Seiten des Beklagten zu 1. (1. Vorsitzende) und von M auf Seiten der Beklagten zu 2.

Der Kläger wandte sich bereits im November 2007 vorprozessual an die Beklagten, machte die Unwirksamkeit der ergänzenden Vereinbarung geltend und forderte den Beklagten zu 1. erfolglos zur Abgabe einer entsprechenden anerkennenden Erklärung auf. Er berief sich insoweit auf den Vorrang von [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) a.F. gegenüber [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) mit der Folge der fehlenden Abschlusskompetenz des Beklagten zu 1. Zugleich machte der Kläger eine Unterrepräsentation der Zytostatika herstellenden Mitglieder der Beklagten zu 1. gegenüber den anderen Mitgliedern - etwa 14 zu 650 - geltend. Es fehle daher an der Vollmacht des Beklagten zu 1. zum Abschluss der ergänzenden Vereinbarung. Er wies ferner darauf hin, dass die vereinbarten Preise für die betroffenen Apotheken wirtschaftlich nicht auskömmlich seien.

Der Kläger hat am 21. Mai 2008 bei dem Sozialgericht Neuruppin Klage erhoben, seine bereits vorprozessual dargelegten Standpunkte vertieft und gerügt, dass die ergänzende Vereinbarung auch Abrechnungsbestimmungen zu monoklonalen Antikörpern und Folinaten treffe, während [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) a.F. nur eine Regelungskompetenz bezüglich Zytostatika enthalten habe. Er habe seitens der Beklagten zu 2. Abrechnungskürzungen in Höhe von insgesamt 196.791,36 Euro hinnehmen müssen, nämlich 156.451,46 Euro Absetzungen mit Bezug auf monoklonale Antikörper und 40.339,90 Euro Rabatt wegen hergestellter Zytostatika.

Der Kläger hat das Klageverfahren zuletzt mit folgenden Anträgen geführt:

1. Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an den Kläger 196.791,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

2. Festzustellen, dass die ergänzende Vereinbarung zum Arzneiliefervertrag für das Land Brandenburg zur Abrechnung von in den Apotheken hergestellten Zytostatika nach [§ 129 Abs. 5 SGB V](#), geschlossen am 24. September 2007, zwischen dem Beklagten zu 1. einerseits und der Beklagten zu 2. andererseits, unwirksam ist und der Kläger dadurch so zu vergüten ist, wie er ohne die Geltung der vorgenannten Vereinbarung zwischen dem Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. zu vergüten wäre.

Für den fehlenden Erfolg der Anträge zu 1. und 2. hilfsweise,

3. den Beklagten zu 1. und die Beklagte zu 2. gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger 196.791,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Für den fehlenden Erfolg der Anträge zu 1. bis 3. weiter hilfsweise,

4. festzustellen, dass der Beklagte zu 1. und die Beklagte zu 2. verpflichtet sind, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der durch die von dem Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. abgeschlossenen ergänzenden Vereinbarung zum Arzneiliefervertrag für das Land Brandenburg zur Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika nach [§ 129 Abs. 5 SGB V](#), geschlossen am 24. September 2007, entstanden ist.

Mit Urteil vom 3. September 2013 hat das Sozialgericht Neuruppin die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Leistungsklage (Hauptantrag zu 1.) sei unbegründet. Dem Grunde nach habe der Kläger als Leistungserbringer gegen die Beklagte zu 2. durch Normverträge näher ausgestaltete gesetzliche Ansprüche auf Vergütung für die Belieferung Versicherter mit Arzneimitteln (Hinweis auf Bundessozialgericht, Urteil vom 28. September 2010, [B 1 KR 3/10 R](#)). Entscheidungserheblich sei allein, ob die ergänzende Vereinbarung vom 24. September 2007 eine wirksame rechtliche Grundlage für die Retaxierungen – den Einbehalt von 196.791,36 Euro im Zeitraum 1. Oktober 2007 bis 31. Dezember 2009 – darstelle. Dies sei zu bejahen. Die ergänzende Vereinbarung sei wirksam zustande gekommen, binde auch den Kläger und sei hinreichende Rechtsgrundlage für die von der Beklagten vorgenommenen Kürzungen. Der Beklagte zu 1. sei eine "für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene" im Sinne von [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) und habe daher die ergänzende Vereinbarung mit der Beklagten zu 2. schließen dürfen. Als Mitglied des Beklagten zu 1. sei dadurch auch der Kläger gebunden, denn nach § 2 Buchst. a) der Satzung entfalte der abgeschlossene Vertrag "unmittelbare Rechtswirkung für die Mitglieder". Die Vertretungsmacht des Beklagten zu 1. auf der Grundlage von § 2 der Satzung bestehe uneingeschränkt und auch für Zytostatika herstellende Apotheker, unabhängig davon, welchen Anteil diese an der Gesamtzahl der Verbandsmitglieder ausmachten. Jedenfalls habe eine Verbandskompetenz des Beklagten zum Abschluss der ergänzenden Vereinbarung auf der Grundlage von [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) bestanden. [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) a.F. erlaube den Abschluss von Einzelverträgen seitens der Apotheken. Den Abschluss von Rahmenverträgen durch den Beklagten zu 1. auf der Grundlage von [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) schließe dies aber nicht aus. Das ergebe sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm. Dem Gesetz könne nicht entnommen werden, dass die Abgabe von Zytostatika nur durch Einzelverträge der Apotheken regelbar sei. Das SGB V kenne auch in anderen Bereichen ein Nebeneinander von Kollektiv- und Individualverträgen. Rahmenvertragliche Vereinbarungen seien auch in Bezug auf die Abgabe von Zytostatika ohne Weiteres sinnvoll. Aus den Gesetzesmaterialien zu [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) a.F. ergebe sich, dass für die Einführung dieser den Abschluss von Einzelverträgen ermöglichenden Vorschrift einzig wirtschaftliche Aspekte maßgeblich gewesen seien. Für den vom Kläger gezogenen Rückschluss, dass Verträge nach [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) a.F. keine Regelungen zu Zytostatika treffen durften, sei nichts ersichtlich.

Der gegen beide Beklagten gerichtete Hauptantrag zu 2. sei ebenso wie der zweite Hilfsantrag (Antrag zu 4.) unzulässig, denn das jeweilige Feststellungsbegehren sei gegenüber einer Leistungsklage subsidiär. Der Kläger hätte ebenso gut einen Leistungsantrag auf Zahlung gegen beide Beklagten richten können.

Auch der erste Hilfsantrag (Antrag zu 3.) sei unzulässig. Das folge im Hinblick auf die Beklagte zu 2. schon daraus, dass dieser Hilfsantrag mit dem Hauptantrag zu 1. inhaltlich identisch sei. Aus der gesamtschuldnerischen Geltendmachung der Zahlung folge kein weiteres gehendes Rechtsschutzbedürfnis. Im Hinblick auf den Beklagten zu 1. mangle es an einer Klagebefugnis, denn es sei nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen, dass der geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen den Beklagten zu 1. bestehe. In Betracht komme hier überhaupt nur ein Schadensersatzanspruch. Allerdings fehle es an einer rechtswidrigen und schuldhaften Pflichtverletzung seitens des Beklagten zu 1. ebenso wie an einem kausalen Schaden. Soweit der geltend gemachte Anspruch sich gegebenenfalls auf Amtshaftung stütze, sei die Sozialgerichtsbarkeit unzuständig; eine Teilverweisung an das zuständige Landgericht habe unterbleiben dürfen.

Gegen das ihm am 14. Oktober 2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 14. November 2013 Berufung eingelegt. Er trägt im Wesentlichen vor: Die ergänzende Vereinbarung sei nicht wirksam zustande gekommen, weil sie auf Seiten des Beklagten zu 1. entgegen § 9 Abs. 3 der Satzung nur von einem Vorstandsmitglied unterschrieben worden sei. Schon deshalb könne die ergänzende Vereinbarung keine Wirkung zu seinen Lasten entfalten. Davon abgesehen gebe § 2 Buchst. a) der Satzung dem Beklagten zu 1. keine Kompetenz zum Abschluss der ergänzenden Vereinbarung. Die Regelung sei viel zu allgemein gehalten und verstoße gegen [§ 242 BGB](#). Sie biete keine geeignete Ermächtigung zum Abschluss der ergänzenden Vereinbarung, zumal diese nur 14 Zytostatika herstellende Apotheken betreffe, während der Beklagte zu 1. insgesamt etwa 650 Mitglieder habe. § 2 Buchst. a) der Satzung und [§ 129 Abs. 5 SGB V](#) seien im Übrigen verfassungsrechtlich zu beanstanden. Die Satzung und das Gesetz beschränkten den Kläger nämlich in seiner Vertragsfreiheit. Ein Kollektivvertrag der vorliegenden Art verstoße gegen das Grundgesetz und habe keine wirksame Rechtsgrundlage. [§ 129 Abs. 5 SGB V](#) regele damit keine Verbandskompetenz zum Abschluss der ergänzenden Vereinbarung; nur der einzelne Apotheker könne nach [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) a.F. Verträge mit den Krankenkassen schließen. Sofern gesetzliche Regelungen Apothekerverbände zum Vertragsschluss ermächtigten, seien sie verfassungswidrig, weil Zytostatika herstellende Apotheker in den Verbänden unterrepräsentiert seien. Weil der Abschluss der ergänzenden Vereinbarung nicht von der Vertretungsmacht des Beklagten zu 1. umfasst gewesen sei, habe dieser rechtswidrig und schuldhaft gehandelt, was einen Schadensersatzanspruch begründe.

Der Kläger beantragt unter Fortführung seiner erstinstanzlich gestellten Anträge,

1. das Urteil des Sozialgerichts Neuruppin vom 3. September 2013 aufzuheben,
2. die Beklagte zu 2. zu verurteilen, an ihn 196.791,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
3. festzustellen, dass die ergänzende Vereinbarung zum Arzneliefervertrag für das Land Brandenburg zur Abrechnung von in den Apotheken hergestellten Zytostatika nach [§ 129 Abs. 5 SGB V](#), geschlossen am 24. September 2007, zwischen dem Beklagten zu 1. einerseits und der Beklagten zu 2. andererseits, unwirksam ist und er dadurch so zu vergüten ist, wie er ohne die Geltung der vorbenannten Vereinbarung zwischen dem Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. zu vergüten wäre,

hilfsweise,

4. den Beklagten zu 1. und die Beklagte zu 2. gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an den Kläger 196.791,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

weiter hilfsweise,

5. festzustellen, dass der Beklagte zu 1. und die Beklagte zu 2. verpflichtet sind, ihm den Schaden zu ersetzen, der durch die von dem Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. abgeschlossenen ergänzenden Vereinbarung zum Arzneliefervertrag für das Land Brandenburg zur Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika nach [§ 129 Abs. 5 SGB V](#), geschlossen am 24. September 2007, entstanden ist,

6. vorsorglich ihm eine Schriftsatzfrist auf den Schriftsatz des Beklagten zu 1. vom 30. November 2016 zu gewähren.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Der Beklagte zu 1. führt außerdem aus: Er habe auf der Grundlage von [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) und § 2 Buchst. a) seiner Satzung eine umfassende Kompetenz zum Vertragsschluss besessen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des Klägers liefen insoweit in Leere. Im System der GKV sei das kollektivvertragliche System grundsätzlich anerkannt; diese dienten durchweg der wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten. Dem Vertragsschluss liege auf Seiten des Beklagten zu 1. ein einstimmiger Vorstandsbeschluss vom 5. September 2007 zugrunde, so dass die Unterzeichnung nur durch die 1. Vorsitzende L unschädlich sei.

Wegen des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird im Übrigen auf den Inhalt der Gerichtsakte und des Verwaltungsvorgangs der Beklagten zu 2. Bezug genommen, der, soweit wesentlich, Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung und der Entscheidungsfindung war.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat aber keinen Erfolg. Zu Recht hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Der auf Zahlung von 196.791,36 Euro durch die Beklagte zu 2. gerichtete erste Hauptantrag (Antrag zu 2.) ist zulässig. Allerdings besteht ein Zahlungsanspruch nicht (unten 1.). Sämtliche daneben gestellten Sachanträge sind unzulässig (unten 2.).

1. Der gegen die Beklagte zu 2. auf Zahlung von 196.791,36 Euro gerichtete Hauptantrag stellt eine zulässige Leistungsklage im Sinne von [§ 54 Abs. 5 Sozialgerichtsgesetz \[SGGG\]](#) dar (vgl. zur Klage eines Apothekers gegen eine Krankenkasse auf Vergütung insoweit Bundessozialgericht, Urteil vom 3. Juli 2012, [B 1 KR 16/11 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 8; Urteil vom 25. November 2015, [B 3 KR 16/15 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 14).

Die Leistungsklage ist indessen unbegründet. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat insoweit nach eigener Sachprüfung Bezug auf die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). In Würdigung der Berufungsbegründung bleibt zu ergänzen:

a) Ins Leere geht die Auffassung des Klägers, die ergänzende Vereinbarung sei deshalb nicht wirksam zustande gekommen, weil sie auf Seiten des Beklagten zu 1. nur von der 1. Vorsitzenden Dr. L unterschrieben worden sei, während die Satzung des Beklagten zu 1. gebiete, dass der Verein auch außergerichtlich nur durch den (stellvertretenden) Vorsitzenden gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied vertreten werden könne. § 9 Abs. 3 der Satzung des Beklagten zu 1. will mit dem Erfordernis des Handelns zweier Vorstandsmitglieder nur sicherstellen, dass es nicht zu "Alleingängen" eines Vorstandsmitglieds kommt, die zu Nachteilen für den Verein führen können. Ein solcher Alleingang liegt fern, wenn das Handeln eines Vorstandsmitglieds in Form eines Vertragsschlusses für den Verein vorab durch einen Vorstandsbeschluss abgesichert wurde. So liegt es hier: Dem Vertragsschluss liegt insoweit nämlich ein einstimmiger Vorstandsbeschluss vom 5. September 2007 zugrunde, der zumindest konkludent eine Unterschriftsleistung allein durch Dr. L im Vorhinein genehmigt; soweit nach der Satzung eines Vereins die Beteiligung mehrerer Vorstandsmitglieder erforderlich ist, genügen neben ihrer gemeinsamen einheitlichen Erklärung auch zeitlich oder textlich getrennte Teilerklärungen oder – wie hier – die vorab erteilte Einwilligung (vgl. Otto in Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rdnr. 509).

Das vom Beklagten zu 1. mit Schriftsatz vom 30. November 2016 überreichte "Ergebnisprotokoll" der Vorstandssitzung vom 5. September 2007 lässt insoweit keine andere Schlussfolgerung zu. Zwar ist es unter Punkt 3.1 ("Zytostatikvereinbarung") auf den ersten Blick missverständlich formuliert, indem im Text ein "nicht" zu viel enthalten ist. Der Kernsatz allerdings lautet: "Der Vorstand diskutiert den Vertragsentwurf und beantwortet die Frage positiv, ob der 1,75 % - Abschlag auf die Preise ( ) gelten sollte. Dies wird einstimmig befürwortet." Dem kann nur entnommen werden, dass der Vorstand des Beklagten zu 1. den Vertragsschluss einstimmig befürwortete. Der Mittelteil des Satzes "( auf die Preise) auf die nicht selbst herstellenden Apotheken (gelten sollte)" ist weder sprachlich noch inhaltlich gelungen und nur ohne das Wort "nicht" sinnvoll, denn Gegenstand der Beratungen des Vorstands war gerade die Zytostatikvereinbarung, die Geltung für Zytostatika selbst herstellende Apotheken entfalten sollte. Dementsprechend erscheint die zu Protokoll erklärte Klarstellung des Geschäftsführers des Beklagten zu 1., der auch das Protokoll vom 5. September 2007 zu verantworten hat, ohne Weiteres schlüssig, wonach der Vorstand dem Vertragsentwurf mit seinem 1,75%igen Abschlag einstimmig zugestimmt habe und das Wort "nicht" einen redaktionellen Fehler darstelle.

Die beantragte Schriftsatzfrist musste der Senat dem Kläger insoweit nicht einräumen. Denn seine Prozessbevollmächtigte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Richtigkeit weder der Erklärung des Beklagten zu 1. zum Verständnis der besagten Stelle im Protokoll noch des vorgelegten Protokolls an sich bestritten. Für sich genommen erscheint das Protokoll auch trotz des redaktionellen Fehlers eindeutig. Ein über die mündliche Verhandlung hinausgehendes rechtliches Gehör musste der Senat dem Kläger daher nicht einräumen.

b) Nicht weiter führt auch die Auffassung des Klägers, § 2 Buchst. a) der Satzung verleihe dem Beklagten zu 1. keine Kompetenz zum Abschluss der ergänzenden Vereinbarung. Das Gegenteil ist der Fall. Die Satzungsbestimmung zielt gerade auf den Abschluss eines ergänzenden Arznelieferungsvertrages auf Landesebene und ist insoweit mit [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) verzahnt. Warum dies gegen Treu und Glauben verstoßen sollte, erschließt sich dem Senat ebenso wenig wie der Einwand des Klägers, die Zytostatika herstellenden Apotheker seien im landesweiten Apothekerverband unterrepräsentiert. Zahlenmäßig mag dies so sein, doch daraus resultiert keine begrenzte Vertragsabschlusskompetenz des Verbandes, unter dessen Dach sich der Kläger aus freiem Willensentschluss begeben hat.

c) Der Senat teilt die vom Sozialgericht vorgenommene sorgfältige Auslegung von [§ 129 Abs. 5 SGB V](#). Die Auffassung des Klägers, die

Versorgung mit in Apotheken hergestellten Zytostatika zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten dürfe ausschließlich durch Einzelverträge nach [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) geregelt werden, findet keine Stütze im Gesetz. In einem ersten Schritt ist dabei zu berücksichtigen, dass [§ 129 Abs. 5 SGB V](#) keine Schutzvorschriften zugunsten von Apothekern enthält, sondern – was auch in [§ 129 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) besonders deutlich wird – ausschließlich Regelungen, die der Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung der Versicherten dienen sollen (vgl. Schneider in jurisPK-SGB V, Rdnr. 11 zu § 129).

Die hier streitige "ergänzende Vereinbarung" ergänzt den Arzneilieferungsvertrag (ALV), wie er von einzelnen Kassenverbänden mit dem Deutschen Apothekerverband e.V., der dabei für alle einzelnen Landesapothekerverbände handelte, abgeschlossen wurde (z.B. seitens des VdAK in der Fassung vom 21. August 2008). Der ALV beruht auf [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#). Danach können die Krankenkassen oder ihre Verbände mit der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene ergänzende Verträge schließen. Diese Verträge ergänzen den Rahmenvertrag nach [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) (Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung, hier anzuwenden i.d.F. vom 23. März 2007) und das Gesetz. Der Rahmenvertrag lässt Raum dafür, in ergänzenden Verträgen auf Landesebene Einzelheiten des Abrechnungswesens zu regeln, denn er hat lediglich – soweit hier von Interesse – das "Zustandekommen des Zahlungsanspruchs" des Apothekers gegen die Krankenkasse zum Gegenstand (§ 1 Nr. 8 Rahmenvertrag), nicht aber den Umfang der Vergütung im Detail (vgl. dazu Bundessozialgericht, Urteil vom 3. Juli 2012, [B 1 KR 16/11 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 13). So enthält der genannte ALV etwa in § 8 "Allgemeine Bestimmungen zur Preisberechnung".

Die zum ALV hinzutretende "ergänzende Vereinbarung" vom 24. September 2007 beruht ihrerseits auf [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#). Sie regelt die Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika. Damit liegt insoweit eine dreistufige Vertragslage vor, beginnend mit dem auf [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) beruhenden Rahmenvertrag, weiter gehend mit dem auf [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) beruhenden ALV und endend mit der ebenso auf [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) beruhenden ergänzenden Vereinbarung. Dieses Regelungssystem ist rechtlich nicht zu beanstanden, denn es basiert auf den gesetzlichen Vorgaben.

Zu Recht ist das Sozialgericht zu dem Auslegungsergebnis gelangt, dass [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) Raum lasse auch für eine vertragliche Regelung über die die Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika. Dem Gesetz ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Diese Auslegung wird insbesondere der spezifischen Bedeutung von [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) im Kontext der Gesamtregelung gerecht. Die Norm stellt nämlich eine Spezialregelung dar (vgl. hierzu Bundessozialgericht, Urteil vom 25. November 2015, [B 3 KR 16/15 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 20). Hieraus folgt: Soweit eine Krankenkasse von ihrer Berechtigung Gebrauch macht und zur Sicherstellung der Versorgung ihrer Versicherten mit Zytostatika Verträge mit Apotheken schließt, können hiervon abweichende Regelungen des Rahmenvertrags nach [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) und der ergänzenden Verträge nach [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) keine Anwendung mehr finden (Bundessozialgericht, a.a.O.). Die Regelungen des Rahmenvertrags und des ALV werden dann in diesem Spezialbereich durch speziellere Regelungen in dem Einzelvertrag verdrängt. Speziellere Regelungen dürften sich insbesondere in den Abschlägen auf die ansonsten geltenden Preise finden. Für alle übrigen Arzneimittel und anderen Anwendungssituationen verbleibt es – auch zwischen der vertragsschließenden Apotheke und der Beklagten – bei den Regelungen des Rahmenvertrags.

Aus diesem Verständnis von [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) folgt: Die Norm entfaltet ihre spezialgesetzlichen Auswirkungen ausschließlich dann, wenn es zu einem Abschluss eines Einzelvertrages gekommen ist. Sofern zum Mittel des Einzelvertrages nicht gegriffen wurde, bleibt es bei den im ALV und der ergänzenden Vereinbarung getroffenen Regelungen. Es ist nichts dafür ersichtlich (und wird auch in Literatur und Rechtsprechung an keiner Stelle vertreten), dass der Gesetzgeber Regelungen über die Abrechnung von in Apotheken hergestellten Zytostatika ausschließlich der einzelvertraglichen Ebene überantworten wollte.

d) Fehl geht schließlich auch die Auffassung des Klägers, die in [§ 129 Abs. 5 SGB V](#) getroffenen Regelungen führten zu einer Verletzung seiner Grundrechte. Grundsätzlich sind Preisregelungen für Apotheker – wie alle Regelungen, die sich auf die Vergütung für eine Berufstätigkeit beziehen – als Berufsausübungsregelungen an [Art. 12 Abs. 1](#) des Grundgesetzes (GG) zu messen (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 3. Juli 2012, [B 1 KR 16/11 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 15). Berufsausübungsregelungen müssen durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Die Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung ist ein solcher Gemeinwohlbelang, den ein reibungsloser Ablauf der Arzneimittelabrechnung sichert (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13. September 2005, [2 BvF 2/03](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 231; Bundessozialgericht, a.a.O., Rdnr. 16).

Die Möglichkeit des Abschlusses ergänzender Verträge nach [§ 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) und von Einzelverträgen nach [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) dient der Verwirklichung des von [§ 12 Abs. 1 SGB V](#) für das gesamte krankenversicherungsrechtliche Leistungs- und Leistungserbringerrecht vorgegebenen Wirtschaftlichkeitsgebots (vgl. dazu Bundessozialgericht, Urteil vom 25. November 2015, [B 3 KR 16/15 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 23f.). Krankenkassen haben grundsätzlich jedem zugelassenen und geeigneten Leistungserbringer die Möglichkeit zur Beteiligung an der Versorgung der Versicherten nach Maßgabe sachgerechter, vorhersehbarer und transparenter Kriterien im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Vorgaben einzuräumen. Zwar steht dabei jedem Leistungserbringer im Rahmen der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben eine Beteiligung offen, solange und soweit das Leistungserbringungsrecht nicht selbst den Zugang zur GKV-Versorgung begrenzt, und Beschränkungen des Zugangs bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Bundessozialgericht, a.a.O.) [§ 129 Abs. 5 SGB V](#) bietet hierfür eine hinreichende Rechtsgrundlage, die dem übergeordneten Wirtschaftlichkeitsgebot gerecht wird. In diesem Rahmen ist es auch im Hinblick auf die durch [Art. 12 Abs. 1 GG](#) garantierte Berufsfreiheit ausreichend, wenn den Leistungserbringern gleicher Zugang zur Leistungserbringung gewährt wird. [Art. 12 Abs. 1 GG](#) gewährt den Leistungserbringern zugleich keinen Anspruch auf unveränderte Wettbewerbsbedingungen und Marktverhältnisse. Das Bundessozialgericht hat es in seiner Entscheidung vom 25. November 2015 ([B 3 KR 16/15 R](#)) sogar für beanstandungsfrei erklärt, wenn einzelne Apotheken nach Abschluss eines Einzelvertrages gemäß [§ 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#) zwischen einer Krankenkasse und einem anderen Apotheker von der Erbringung dieser Leistung zu Lasten der vertragsschließenden Krankenkasse in diesem Gebiet ausgeschlossen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde gegen diesen Entscheidung nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 13. April 2016, [1 BvR 591/16](#)). Dieser rechtmäßige Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung in Gestalt eines Ausschlusses von der Leistungserbringung wiegt weitaus schwerer als der vom Kläger beanstandete, der lediglich einen der beklagten Krankenkasse einzuräumenden Abschlag von 1,75 Prozent pro Rezeptposition betrifft. Die vom Kläger im vorliegenden Verfahren für sich reklamierte vollständige "Vertragsfreiheit" findet keine Entsprechung in dem von [§ 129 SGB V](#) auf rechtlich nicht zu beanstandende Weise vorgegebenen System.

2. Zu Recht hat das Sozialgericht den zweiten Hauptantrag sowie die Hilfsanträge als unzulässig angesehen. Auch insoweit nimmt der Senat

zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Zu ergänzen bleibt:

Beide Feststellungsanträge (Anträge zu 3. und zu 5.) sind subsidiär gegenüber einem möglichen Leistungsantrag.

Der Hilfsantrag zu 4. zielt nach der eindeutigen Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf Schadensersatz nach zivilrechtlichen Maßstäben bzw. auf Amtshaftung nach [Art. 34](#) des Grundgesetzes i.V.m. [§ 839 BGB](#). Hierüber hat die Sozialgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht zu entscheiden, denn es handelt sich insoweit um keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach [§ 51 Abs. 1 SGG](#). Vielmehr ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zu beschreiten ([§ 13](#) Gerichtsverfassungsgesetz [GVG] bzw. [Art. 34 Satz 3](#) des Grundgesetzes). Gleichwohl war der Rechtsstreit insoweit nicht zu verweisen, denn das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, prüft nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist ([§ 17a Abs. 5 GVG](#)). Davon abgesehen darf ein Gericht der Sozialgerichtsbarkeit keine Teilverweisung an das Zivilgericht vornehmen, weil einerseits das GVG keine Teilverweisung kennt und andererseits der Verweisung des gesamten Rechtsstreits der Grundsatz entgegensteht, dass eine solche nicht erfolgen darf, wenn das angerufene Gericht zumindest für einen Teil der einschlägigen materiellen Ansprüche zuständig ist. Deshalb ist auch von dem Ausspruch einer teilweisen Unzulässigkeit des Rechtsweges und einer teilweisen Verweisung des Rechtsstreits an die für Amtshaftungsansprüche zuständigen ordentlichen Gerichte gemäß [§ 17a Abs. 2 GVG](#) abzusehen (vgl. Bundessozialgericht, Beschluss vom 30. Juli 2014, [B 14 AS 8/14 B](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 5).

Soweit sich der Antrag zu 4. gegen die Beklagte zu 2. richtet, wiederholt er nur den zulässigen und unbegründeten Hauptantrag (Antrag zu 2.) und ist deshalb unzulässig. Soweit dieser Antrag ein Zahlungsbegehren gegen den Beklagten zu 1. richtet, fehlt es auch zur Überzeugung des Senats an einer Klagebefugnis. Zu Recht führt das Sozialgericht insoweit aus, dass eine Anspruchsgrundlage schlechthin nicht ersichtlich sei, zumal nichts dafür spricht, dass der Beklagte zu 1. bei Abschluss der ergänzenden Vereinbarung rechtswidrig oder schuldhaft gehandelt hat.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der sich in Zusammenhang mit [§ 129 Abs. 5 Satz 1 und Satz 3 SGB V](#) stellenden Rechtsfragen hat der Senat die Revision zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2019-05-13