L 4 KR 89/17 B ER

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 44 KR 2013/16 ER
Datum
20.01.2017
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 4 KR 89/17 B ER
Datum
10.07.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze
Zur Begründetheit eines Antrags auf einstweilige Anordnung, gerichtet auf die Berechtigung, Blutzuckerteststreifen an die Versicherten der Antragsgegnerinnen auch ohne Beitritt zur "Rahmenvereinbarung Blutzuckerstreifen" abzugeben und entsprechend der Rahmenvereinbarung abzurechnen.
I. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts München vom 20.01.2017 abgeändert. Die Antragstellerin ist bis 31.07.2018 berechtigt, Blutzuckerteststreifen an die Versicherten der Antragsgegnerinnen auch ohne einen Beitritt zur "Rahmenvereinbarung Blutzuckerteststreifen" und ohne Abschluss eines entsprechenden Rahmenvertrages nach § 127 Abs. 2 SGB V abzugeben und entsprechend der "Rahmenvereinbarung Blutzuckerteststreifen" abzurechnen.

II. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

III. Die Beschwerdeführerin trägt 3/4, die Beschwerdegegnerinnen 1/4 der Kosten des Beschwerdeverfahrens.

IV. Der Streitwert wird auf 330.000 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Mit der Beschwerde wendet sich die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf.) gegen den Beschluss des Sozialgerichts München, mit dem das Gericht Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz hinsichtlich der im Rahmen des sog. "Open-House-Verfahrens" bekanntgemachten "Rahmenvereinbarung Blutzuckerteststreifen" abgelehnt hat.

Die Bf. ist Leistungserbringerin im Bereich der Diabetes-Versorgung der Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherung, die Antrags- und Beschwerdegegnerinnen zu 1) - 5) (im Folgenden: Bg.) gesetzliche Krankenkassen, die sich zur "Arbeitsgemeinschaft Blutzuckerteststreifen (ARGE BZT) zusammengeschlossen haben. Mit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 18.11.2016 veröffentlichter Bekanntmachung hat die ARGE BZT ihre Absicht des Abschlusses nicht-exklusiver Vereinbarungen zur ambulanten Abgabe von Blutzuckerteststreifen im Rahmen des sog. Open-House-Verfahrens ausgeschrieben. In der darin in Bezug genommenen "Rahmenvereinbarung Blutzuckerteststreifen" heißt es in der Präambel: "Die Partner dieser Vereinbarung verfolgen das Ziel, eine qualitativ hochwertige und zugleich wirtschaftliche Versorgung ihrer Versicherten mit gemäß § 31 SGB V verordnungsfähigen Blutzuckerteststreifen zu sichern. Zu diesem Zweck haben sich die im Rubrum genannten Krankenkassen zur Arbeitsgemeinschaft Blutzuckerteststreifen - ARGE BZT zusammengeschlossen. Im Rahmen dieses Verfahrens ist die KKH von den genannten Krankenkassen insbesondere zur Abgabe von Rechtserklärungen und -handlungen im Namen der Krankenkassen, wie zum Abschluss von Verträgen bevollmächtigt. Der Vertragsschluss erfolgt im Rahmen des Open-House-Verfahrens der Krankenkassen: Individuelle Verhandlungen über Vertragsinhalte werden nicht geführt, es gelten einheitliche Konditionen. Die Krankenkassen sichern einzelnen Vertragspartnern keine Exklusivität zu."

Die Rahmenvereinbarung enthält weiterhin u.a. Regelungen über den Vertragspreis, die Abgabe und Belieferung an Versicherte und Abrechnungsmodalitäten. In § 7 Abs. 3 der Rahmenvereinbarung ist Folgendes geregelt: "Durch diese Vereinbarung werden die Vertragspartner nicht gehindert, weitere Verträge auch mit anderen Vertragspartnern zu schließen. Auf die Zusicherung von Exklusivität wird ausdrücklich verzichtet. Beim vorliegenden Vertrag handelt es sich um einen beitrittsfähigen Mustervertrag, der auf den Beitritt einer Vielzahl von Leistungserbringern zu gleichen Bedingungen gerichtet ist."

In § 9 Abs. 4 Satz 1 der Rahmenvereinbarung ist ein ordentliches Kündigungsrecht der Vertragspartner mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende geregelt. § 10 Abs. 3 der Rahmenvereinbarung regelt unter der Überschrift "Außerordentliche Kündigung" einen Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Die Bf. versorgte die Versicherten der Bg. zu 1) bis 3) bislang auf der Grundlage von zwischen der Bf. und diesen Krankenkassen geschlossenen Verträgen - zwischen der Bf. und den Bg. zu 4) und 5) erfolgte die Versorgung der Versicherten und Abrechnung bislang ohne vertragliche Abreden. Der Marktanteil der Bg. am gesamten GKV-Markt, bezogen auf die Versorgung Versicherter mit Blutzuckerteststreifen, beträgt nach mit Quellenangabe belegten Recherchen der Bf. insgesamt 26 %.

Die Bg. zu 1) kündigte die Versorgungsverträge für Blutzuckerteststreifen mit der Bf. mit Kündigungsschreiben vom 24.10.2016 zum 31.01.2017, die Bg. zu 2) mit Kündigungsschreiben vom 21.11.2016 zum 31.12.2016 und die Bg. zu 3) mit Kündigungsschreiben vom 24.11.2016 zum 28.02.2017 jeweils ordentlich. In den Kündigungsschreiben wurde darauf jeweils hingewiesen, dass die Bg. die ambulante Versorgung ihrer Versicherten mit zu Lasten der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) verordnungsfähigen Blutzuckerteststreifen künftig im Rahmen eines sog. Open-House-Verfahrens ausschreiben würden. Die Bf. habe die Möglichkeit, der zum 01.01.2017 in Kraft tretenden neuen Rahmenvereinbarung jeweils nach Beendigung der laufenden Versorgungsverträge beizutreten. Im Kündigungsschreiben der Bg. zu 2) wird zudem darauf hingewiesen, dass die ambulante Versorgung ihrer Versicherten mit zu Lasten der GKV verordnungsfähigen Blutzuckerteststreifen ausschließlich auf der Grundlage eines gültigen Versorgungsvertrages mit der Bg zu 2) erfolgen könne.

Die Bf. wies die Kündigungen mit Schreiben vom 01.12.2016 und 07.12.2016 mit der Begründung zurück, sie halte den Abschluss eines Open-House-Vertrages für den Bereich Blutzuckerteststreifen gemäß § 31 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) für unzulässig. Es werde daher gebeten, kurzfristig zu bestätigen, dass auch weiterhin eine Versorgungsberechtigung mit Blutzuckerteststreifen ohne Vertragsbeitritt bestehe und zwar - falls eine einvernehmliche Einigung über die Preise nicht zu Stande komme - mit der Möglichkeit der Abrechnung zu den marktüblichen Preisen.

Die Bg. lehnten eine derartige Bestätigung ab. Die Bg. zu 1) führte aus, dass die Bf. derzeit über den 31.01.2017 hinaus weder vertraglich noch im Wege der Zulassung oder in sonstiger Weise mit ihr verbunden sei. Ob die Bf. gegen die Bg. zu 1) einen Zahlungsanspruch habe, wenn sie gleichwohl deren Versicherte mit Blutzuckerteststreifen versorge, müsse sie in eigener Verantwortung klären.

Am 16.12.2016 ist der Antrag der Bf. auf einstweiligen Rechtsschutz beim Sozialgericht München eingegangen. Die Bf. trägt mit eidesstattlicher Versicherung im Wesentlichen vor, der mit dem Open-House-Verfahren verbundene Ausschluss der Bf. von 26 % des Marktes für Blutzuckerteststreifenversorgung bedeute für die Bf. einen drohenden Umsatzverlust von ca. 2.285.513.- Euro pro Jahr. Der Gesamtumsatz mit Blutzuckerteststreifen mit den Bg. habe sich im Geschäftsjahr 2015 auf 2.488.439.- Euro und im Geschäftsjahr 2016 auf 2.285.513.- Euro belaufen. Diese Verluste könnten nach dem von den Bg. gewünschten Marktausschluss der Bf. auch nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht wieder rückgängig gemacht werden. Die Kunden wären für die Bf. unwiderruflich verloren, so dass ein Anordnungsgrund bestehe. Weil das von den Bg. vorgegebene Preisdiktat grob rechtswidrig sei, gegen § 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verstoße und die Bf. dadurch in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) verletzt sei, seien wegen der Wechselwirkung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund an den Anordnungsgrund ohnehin keine hohen Anforderungen zu stellen. Schließlich stünden dem Anspruch der Bf. auch keine überwiegenden Interessen der Bg. entgegen. Die Tatsache, dass die Bg. ihr Preisdiktat zumindest vorübergehend gegenüber der Bf. nicht durchsetzen könnten und somit höhere Kosten zu tragen hätten als beabsichtigt, stelle keinen überwiegenden, besonders gewichtigen Grund im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 02.06.2016 (Rs. C-410/14) betreffe nur den Abschluss von Arzneimittelrabattverträgen und berechtige die Bg. nicht zum Abschluss von Open-House-Verträgen in anderen Leistungsbereichen. Aus der hier maßgeblichen Systematik des SGB V ergebe sich für den streitgegenständlichen Bereich der Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerteststreifen bereits ein Verbot zum Abschluss von Open-House-Verträgen. Die von der Bf. gelieferten Blutzuckerteststreifen seien in § 31 Satz 1 SGB V geregelt und unterfielen daher leistungsrechtlich der Arzneimittelversorgung. Es handele sich nicht um Hilfsmittel im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Die Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerteststreifen sei daher - anders als die Versorgung mit Hilfsmitteln - nicht vom Abschluss eines Vertrages nach den §§ 126, 127 SGB V abhängig. Aus § 2 Abs. 3 SGB V ergebe sich ein umfassendes Recht der Unternehmen auf Betätigung am Markt und ein hieraus korrespondierendes unbeschränktes Wahlrecht der Versicherten unter den Leistungserbringern. Während z.B. die §§ 126, 127 SGB V besondere Eignungsvoraussetzungen für die Teilnahme an der Hilfsmittelversorgung stellten und die Versorgungsberechtigung von dem Abschluss eines Vertrages abhängig machten, bestünden weder solche Eignungsvoraussetzungen für den Zugang zum Markt und die Versorgung mit Blutzuckerteststreifen noch die gesetzliche Anordnung, dass der Zugang zum Markt von dem Abschluss eines Vertrages abhängig gemacht werden dürfe. Demgemäß sei grundsätzlich jeder Leistungserbringer berechtigt, ohne entsprechende vertragliche Vereinbarungen Blutzuckerteststreifen zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen und deren Versicherten abzugeben. Die Bf. habe damit einen Rechtsanspruch auf Teilnahme an der Leistungserbringung. Für die von den Bg. vorgesehene massive Marktzugangsbeschränkung fehle es daher an der erforderlichen Rechtsgrundlage. Nach § 69 Abs. 1 SGB V würden im Vierten Kapitel die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern abschließend geregelt. Dort habe der Gesetzgeber für den Bereich der Versorgung mit Blutzuckerteststreifen weder einen Vertragszwang noch Verträge vorgesehen. Die Bg. würden den Marktzugang der Bf. unter Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes contra legem davon abhängig machen, dass die Bf. sich einem "Preis- und Vertragsdiktat" beuge. Darüber hinaus beabsichtigten die Bg. eine einseitige Preisfestsetzung, die in den gesetzlichen Grundlagen - anders als etwa bei der Festbetragsregelung - nicht vorgesehen sei. Dass den Krankenkassen ein einseitiges Preisbestimmungsrecht nicht zustehe, sondern vertragliche Vergütungsvereinbarungen im freien Spiel der Kräfte geschlossen werden sollen, habe im Übrigen auch schon das Bundessozialgericht (BSG, Urteil vom 17.07.2008, Az. B 3 KR 16/07, Juris-Rn. 15) bestätigt. Auch das Bundesversicherungsamt (BVA) habe dies in seinen Stellungnahmen vom 28.12.2010 und vom 01.06.2012 mehrfach betont. Der Vergütungsanspruch der Leistungserbringer folge direkt aus § 31 Abs. 1 SGB V. Bei Fehlen einer Preisabrede seien die Krankenkassen gemäß § 69 SGB V i.V.m. § 632 BGB verpflichtet, die marktübliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Aus der Stomatherapeutenentscheidung des BSG vom 21.07.2011 (Az. B 3 KR 14/10 R, Juris-Rn. 10) sowie den Ausführungen des BSG im Urteil vom 10.03.2010 (Az. B 3 KR 26/08 R) ergebe sich, dass die Bg. mit dem Open-House-Vertrag in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit rechtswidrig eingriffen und gegen das Diskriminierungsverbot verstießen. Das Diskriminierungsverbot sei bereits verletzt, weil die Bg. versuchten, die Open-House-Verträge nur gegenüber den sonstigen Leistungserbringern durchzusetzen. Die Apotheken, die ca. 90 % des Teststreifenmarktes bedienten, blieben weiterhin berechtigt, Teststreifen nach Maßgabe der Anlage 4 des ungekündigten und ausgehandelten Arzneimittelversorgungsvertrages zwischen dem Deutschen Apothekerverband und den Gesetzlichen

Krankenkassen (Stand 01.11.2016) abzurechnen. Schließlich sei selbst dann, wenn man zu dem Ergebnis käme, dass der Abschluss von Open-House-Verträgen über Blutzuckerteststreifen dem Grunde nach zulässig sei, der konkret von den Bg. vorgegebene Vertrag nach seiner inhaltlichen Ausgestaltung rechtswidrig. Denn er entspreche im Hinblick auf die darin in § 7 Abs. 3 vorgegebene Vertrags-Regelung nicht den Vorgaben des EuGH und des OLG Düsseldorf (Az. VII-Verg 13/14), wonach als Open-House-Vertrag nur ein Vertrag in Betracht komme, der für alle Vertragspartner identische Vertragskonditionen vorsehe und nicht mehr verhandelbar sei. Dies sei - die grundsätzliche Zulässigkeit eines Open-House-Vertrages im Blutzuckerteststreifen-Bereich unterstellt - hilfsweise festzustellen.

Die Bf. hat im sozialgerichtlichen Verfahren beantragt, vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache,

1. den Antragsgegnerinnen zu 1-5 zu untersagen, mit Leistungserbringern "Open-House-Verträge" zur Versorgung Versicherter mit Blutzuckerteststreifen nach § 31 Abs. 1 SGB V abzuschließen, wie in der Auftragsbekanntmachung vom 18.11.2016 angekündigt;

2. festzustellen dass die Antragstellerin über den 31.12.2016 hinaus berechtigt ist, auch ohne den Beitritt zu dem Open-House-Vertrag Versicherte der Antragsgegnerinnen mit Blutzuckerteststreifen im Sinne des § 31 Abs. 1 SGB V zu versorgen und zu den bisherigen Konditionen abzurechnen;

3. festzustellen, dass die Antragsgegnerinnen nicht berechtigt sind, einseitig Preise und Vertragsbedingungen vorzugeben und den Marktzugang davon abhängig zu machen, dass die Antragstellerin diese Vertragsdiktate akzeptiert. Hilfsweise hat sie für den Fall, dass das Gericht wider Erwarten "Open-House-Verträge" für die Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerteststreifen grundsätzlich für zulässig erachten sollte, beantragt

4. festzustellen, dass der von den Antragsgegnerinnen vorgegebene "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen", wie in der Auftragsbekanntmachung vom 18.11.2016 angekündigt, in der konkreten Ausgestaltung rechtswidrig ist und die Antragsgegnerinnen nicht berechtigt sind, die Versorgungsberechtigung der Antragstellerin im Bereich der Blutzuckerteststreifen von dem Abschluss diese Vertrages abhängig zu machen.

Die Bg. beantragten, den Eilantrag zurückzuweisen.

Sie haben vorgetragen, soweit sich die Bf. mit ihren Anträgen zu 1) , 3) und 4) gegen die Durchführung des "Open-House-Verfahrens" als solches richte, dürfe das angerufene Gericht unzuständig und die benannten Bg. nicht passivlegitimiert sein. Ohne die Benennung konkreter Anspruchsgrundlagen für die geltend gemachten Unterlassungs- und Feststellungsanträge beanstande die Bf. den Zusammenschluss der Bg. zur "ARGE BZT" und die Vorgabe eines Preises als "marktmissbräuchliches Verhalten". Soweit damit und mit dem Hilfsantrag zu 4. Verstöße gegen Kartellrecht gerügt würden, sei eine Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit gemäß § 51 Sozialgerichtsgesetz (SGG) nicht gegeben. Zudem sei das beanstandete Open-House-Verfahren von der ARGE BZT durchgeführt worden, welche im Hinblick auf die Anträge zu 1., 3. und 4. als Arbeitsgemeinschaft nach § 94 Abs. 1a Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) die richtige Antragsgegnerin sei. Den Bg. fehle insoweit die Passivlegitimation. Der Inhalt des Antrages zu 3. gehe vollständig im Antrag zu 1. auf und habe keinen eigenen prozessualen Zweck. Ungeachtet der größtenteils bestehenden Unzulässigkeit des Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz bestehe darüber hinaus weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund. Eine Krankenkasse könne sich nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 10.03.2010, Az. B 3 KR 26/08 R) zur Durchsetzung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebotes aller rechtlich zulässigen Mittel bedienen und demnach auf der Grundlage der §§ 53 ff SGB X auch Verträge mit Leistungsanbietern schließen, ohne dass es dazu einer besonderen Ermächtigungsnorm bedürfe. Die grundsätzliche Kompetenz der Krankenkassen zum Abschluss von Verträgen mit sonstigen Leistungserbringern im Bereich der Blutzuckerteststreifen sei daher zweifellos gegeben. Für den Abschluss von Versorgungsverträgen über Blutzuckerteststreifen durch Krankenkassen bestehe grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht. Zwingende Rechtsfolge eines Vergabeverfahrens sei jedoch immer die Auswahl nur eines einzelnen Marktteilnehmers. Soweit die Krankenkasse beabsichtige, mit möglichst allen Marktteilnehmern Verträge zu schließen, sei die Anwendung des Vergaberechts also ungeeignet. Nach der Rechtsprechung des Vergabesenates des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 13.08.2014, Az. VII Verg 13/14, bestätigt durch Beschluss vom 21.12.2016, Az. VII Verg 26/16) entfalle eine Ausschreibungspflicht nur dann, wenn der öffentliche Auftraggeber ein sog. Open-House-Verfahren durchführe. Die Durchführung des Open-House-Vertrages sei nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung daher die einzig bestehende Möglichkeit für die Krankenkassen im Bereich der Lieferleistungen, Verträge mit möglichst allen Marktteilnehmern zu gleichen Bedingungen zu schließen und sei daher entgegen der Auffassung der Bf. nicht unzulässig, sondern EU-vergaberechtlich geboten. Völlig losgelöst von dieser Frage der Zulässigkeit des Open-House-Verfahrens seien die Fragen zu beantworten, ob ein Leistungserbringer auch ohne Versorgungsvertrag ein Recht zur Versorgung von Versicherten mit Blutzuckerteststreifen habe und ob ihm ggf. einen Zahlungsanspruch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zustehe. Die Bf. verfüge weder über einen Versorgungsvertrag, eine Zulassung oder eine einfachgesetzliche Versorgungslegitimation noch verleihe ihr Art. 12 GG unmittelbar ein Versorgungsrecht. Ein Versorgungsrecht ergebe sich entgegen der Ansicht der Bf. auch nicht aus der Norm des § 31 SGB V. Hierbei seien Blutzuckerteststreifen sowohl als Arzneimittel als auch als Zubehör zum Hilfsmittel Blutzuckermessgerät zu bewerten. Ein Vertrag sei in beiden Fällen erforderlich (vgl. §§ 31 Abs. 1 Satz 5, 129 Abs. 2 und 5 SGB V einerseits und §§ 33 Abs. 6 Satz 1, 126 f. SGB V andererseits). Sie seien kein aliud. Da die Versorgung von GKV-Versicherten mit Blutzuckerteststreifen somit in jedem Fall einen Versorgungsvertrag voraussetze, seien nichtvertragliche Ansprüche auf Wertersatz nach dem Urteil des BSG vom 10.04.2008 (Az. B 3 KR 5/07 R) ausgeschlossen. Denn wenn trotz eines grundsätzlichen Vertragserfordernisses einer der Vertragspartner Zahlungsansprüche ohne vertragliche Grundlage durch schlichte Leistungserbringung erlangen könnte, würde es an einem Interesse an Vertragsschlüssen regelmäßig fehlen.

Schließlich sei auch ein Anordnungsgrund nicht ersichtlich. Obgleich die Bg. die im Eilverfahren ergangene Entscheidung des Sächsischen LSG vom 29.10.2015 (Az. L 1 KR 37/15 B ER) für zu kurz gegriffen hielten, nähmen sie die Entscheidung zum Anlass, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und lediglich unter Vorbehalt bis auf weiteres Abrechnungen auch von "Nichtvertragspartnern" bis zur Höhe des Vertragspreisniveaus zu begleichen. Mehr könne die Bf. nicht verlangen. Es sei nicht davon auszugehen, dass ggf. dadurch entstehende Margenreduzierungen zu einer Existenzgefährdung der Bf. führe.

Im anschließenden Schriftverkehr haben die Beteiligten ihre rechtlichen Ausführungen wiederholt und bekräftigt. Ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag vom 12.01.2017, wonach die Bg. sich verpflichten sollten, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter dem Vorbehalt der Rückforderung rechtsgrundlos geleisteter Zahlungen Abrechnungen der Bf. auch ohne Beitritt zur "Rahmenvereinbarung

Blutzuckerteststreifen" nach den Konditionen dieser Rahmenvereinbarung inkl. der Anlagen 1a, 1b und 2 zu begleichen, ist von den Beteiligten nicht angenommen worden. Die Bg. haben insbesondere einen Vorbehalt begehrt, die Zahlungen auf die Abrechnung von Nichtvertragspartnern jederzeit einstellen zu können; die Bf. hat u.a. einen weitgehenden Ausschluss von Rückforderungsansprüchen der Bg. bei einem eventuellen Obsiegen im Hauptsacheverfahren begehrt. Das Sozialgericht hat mit Beschluss vom 20. Januar 2017 den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt. Es hat den Rechtsweg zu den Sozialgerichten jedenfalls bei im Eilverfahren gebotener summarischer Prüfung für eröffnet angesehen. Die Anträge 1, 3 und der Hilfsantrag zu 4 hat das Sozialgericht als unzulässig angesehen. Passivlegitimiert seien nicht die Bg., sondern die ARGE BZT. Hierbei handele es sich um Arbeitsgemeinschaften im Sinne des § 127 Abs. 2 S. 1 SGB V. Deren Zuständigkeit betreffe die Versorgung von Versicherten mit Blutzuckerteststreifen durch Leistungserbringer. Ein unmittelbares Versorgungsrecht mit Blutzuckerteststreifen an die Versicherten der Bg. könne die Bf. weder aus § 31 SGB V noch aus § 33 Abs. 6 SGB V in Verbindung mit §§ 126, 127 SGB noch aus Art. 12 GG ableiten. Den Antrag zu 2 hat das Sozialgericht als zulässig erachtet. Eine Regelungsanordnung nach § 86 b Abs. 2 SGG hat es aber auch insoweit abgelehnt. Hinsichtlich des Anordnungsanspruchs hat es u.a. ausgeführt, dass sowohl bei einer Gleichstellung der Blutzuckerteststreifen mit Arzneimitteln (§§ 31 Abs. 1 S. 5, § 129 Abs. 2 und 5 SGB V) als auch bei einem Zubehörteil für ein Hilfsmittel (§§ 33 Abs. 6 S. 1, 126, 127 SGB V) die Versorgung den Abschluss eines Vertrages voraussetze. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen existiere - nach wirksamer Vertragskündigung - bereits kein Anspruch auf vertraglichen Bestandsschutz im Sinne der Beibehaltung einmal vereinbarter Konditionen. Im Übrigen hat das Sozialgericht die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes für den Antrag zu 2 als nicht gegeben angesehen. Die Bf. seien durch die Vorgehensweise der Bg. nicht vollständig vom Marktzugang ausgeschlossen. Es bestehe nach wie vor die Möglichkeit des nahtlosen Beitritts zu dem Rahmenvertrag. Es sei nicht erkennbar, dass die damit verbundenen Risiken bzw. Nachteile zu einer Existenzgefährdung führen würden. Eine Abrechnung zu den bisherigen Konditionen würde im Rahmen der Folgenabwägung ausschließlich den Interessen der Bf. gerecht werden und dadurch die Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots nach § 12 SGB V unterlaufen. Jedenfalls derzeit und aktuell könne die Bf. aufgrund der Zusage der Bg. vertragslos versorgen und abrechnen. Schließlich dürfe mit der Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht die Hauptsache vorweggenommen werden. Eine Regelung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, mit welcher die Möglichkeit der Versorgung und Abrechnung unter Ausschluss von Rückforderungsansprüchen der Bg. festgestellt würde, bedeutete insoweit - unabhängig von der Höhe der Vergütung - eine die Bg. unangemessen benachteiligende und nicht im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes erforderliche Vorwegnahme der Hauptsache. Den Streitwert hat das Sozialgericht auf 330.000- EUR festgesetzt. Zur Begründung der hiergegen gerichteten Beschwerde hat die Bf. vor allem Ausführungen gemacht zur Passivlegitimation der Bg., zum Anordnungsanspruch und zum Anordnungsgrund bzgl. des Antrages 1, den Bg. zu untersagen, mit Leistungserbringern "Open-House-Verträge" zur Versorgung Versicherter mit Blutzuckerteststreifen nach § 31 Abs. 1 SGB V abzuschließen, zum Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzgl. des Antrages 2, festzustellen, dass die Bf. über den 31.12.2016 hinaus berechtigt ist, auch ohne den Beitritt zu dem im Wege des Open-House-Modells bekannt gemachten "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen" Versicherte der Bg. mit Blutzuckerteststreifen im Sinne des § 31 Abs. 1 SGB V zu versorgen und zu den bisherigen Konditionen abzurechnen, sowie zu den Anträgen 3 bis 5.

Hinsichtlich des Anordnungsgrundes im Rahmen des Antrages 2 hat die Bf. die Ansicht vertreten, es könne von ihr nicht verlangt werden, einem offensichtlich rechtswidrigen Vertrag beizutreten. Das Sozialgericht verkenne, dass es gerade nicht lediglich um eine Gewinnmargenreduzierung gehe, sondern um den vollständigen Ausschluss aus dem Markt. Entgegen den Ausführungen des Sozialgerichts sei die Bf. derzeit nicht berechtigt, aufgrund der Zusage der Bg. vertragslos zu versorgen und abzurechnen. Die Bg. hätten sich im erstinstanzlichen Verfahren lediglich bereit erklärt, Abrechnungen der Bf. ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Rückforderung und der jederzeitigen Beendigung zu den Konditionen des streitgegenständlichen Vertrages zuzulassen. Die Bf. sei weiterhin einem vollständigen Risiko ausgesetzt, Versicherte der Bg. auf eigenes Risiko zu versorgen, ohne hierfür wenigstens den von den Bg. selbst festgesetzten Preis zu erhalten. Es sei der Bf. nicht zuzumuten, Versicherte der Bg. bis zum Abschluss eines mehrere Jahre andauernden Hauptsacheverfahrens mit diesem Risiko zu versorgen. Sie hat auf die Entscheidung des Sächs. Landessozialgerichts (a.a.O.) mit Verweis auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG v. 29.11.2007, Az.: 1 BvR 2496/07) verwiesen. Der Bf. drohten wesentliche Nachteile.

Faktisch bestehe contra legem ein Vertragszwang. Zur Sicherung der grundrechtlich geschützten Versorgungsberechtigung sei dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statt zu geben. Der Antrag zu 4 stelle ein Minus zu dem Antrag zu 2 dar. Es läge damit keine Antragsänderung im Sinne des § 99 Sozialgerichtsgesetz (SGG) vor. Auf die Ausführungen hierzu werde Bezug genommen.

Die Bg. zu 1 und ihr folgend die übrigen Bg. haben auf die Ausführungen des Sozialgerichts verwiesen. Ergänzend ist ausführt worden, dass hinsichtlich des Antrags zu 2 weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund bestehe. Zum Anordnungsgrund sei nicht vorgetragen, dass eine Existenzgefährdung bestehe. Die Bg. hätten zugesagt, bis auf weiteres unter Vorbehalt auch auf die Abrechnung von Nichtvertragspartnern zu zahlen, wobei die Zahlungen auf den maßgeblichen Vertragspreis begrenzt seien. Der Bf. drohe hierbei nicht der Verlust von Kunden.

Insbesondere komme eine Abrechnung zu den "bisherigen Konditionen" nicht in Betracht, da dies mit einem "Einfrieren" vergangener Konditionen und einer Abkoppelung von der zukünftigen Marktentwicklung verbunden wäre. Nach der Rechtsprechung des BSG bestehe ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch der Krankenkassen, wenn ein Leistungserbringer, ohne hierzu berechtigt zu sein, Versicherte versorge und hierfür eine Vergütung erhalte. Dies gelte auch, wenn die Versorgung fachgerecht erfolgt sei und die Krankenkasse vom Sachleistungsanspruch freigestellt sei (BSG, Urt. v. 25.11.2015, Az.: B 3 KR 16/15 R). Der Bf. könne deshalb nicht das Kondiktionsrisiko genommen werden. Dies wäre eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache. Das Risiko, dass sich die Bf. mit dem Bestehen eines Bereicherungsanspruchs irre, könne ihr nicht im einstweiligen Rechtsschutz genommen werden.

Schließlich stehe der Bf. über einen Vertragsbeitritt zu dem aktuellen Versorgungsvertrag jederzeit ein risikofreier Zugang zum Markt offen. Leistungserbringer könnten nicht dazu gehört werden, ein zu niedriger Vertragspreis würde ihnen den Zugang zum Markt versperren. Die Bg. zu 2) und 3) haben ergänzend ausgeführt, dass die Zurückweisung der Kündigungserklärung unter Verstoß gegen Treu und Glauben und nicht unverzüglich durch die Bf. erfolgt sei, so dass auch der alte Versorgungsvertrag der Bg. zu 3) aktuell keine Rechtswirkung mehr entfalte.

Zuletzt hat die Bf. angeregt, den Verpflichtungsbescheid des Bundesversicherungsamtes (BVA) zum Open-House-Verfahren offen zu legen. Soweit nämlich die Blutzuckerteststreifen als Hilfsmittel zu qualifizieren seien, verbiete sich nach Darlegung des BVA der Abschluss der streitgegenständlichen Open-House-Verträge. Sie hat auf ein Schreiben des BVA vom 08.06.2017, gerichtet an die Prozessbevollmächtigte

der Bf., verwiesen. Der Vertreter der Bg. hat in dem Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage vom 26.06.2017 mitgeteilt, dass Rechtsmittel gegen die Aufsichtsverfügung eingelegt worden sei, und im Übrigen auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf (a.a.O.) Bezug genommen. Grundlage des Erörterungstermins waren die bisherigen Vergleichsbemühungen zwischen den Beteiligten, der Beschluss des Sächs. Landessozialgerichts (a.a.O.) sowie der sozialgerichtliche Vergleichsvorschlag; die verbliebenen Einwendungen sind mit den Beteiligten erörtert worden. Der preisliche Unterschied zwischen dem bisherigen Abrechnungspreis und dem nach dem Open-House-Verfahren liege zwischen 22,50 EUR bzw. 24 EUR und 21 EUR. Der Rechtsstreit ist durch Beschluss vertagt worden. Auf die Niederschrift des Erörterungstermins vom 26.06.2017 wird verwiesen.

Ergänzend hat die Bf. mit Schriftsatz vom 26.06.2017 auf einen Presseartikel in der MTD-Instant hingewiesen, nach dem auch das Bundesministerium die Vorgehensweise der Bg. zu 1 im Hinblick auf die Open-House-Verträge für unzulässig halte, da es für Open-House-Verträge im Hilfsmittelbereich keine Rechtsgrundlage gebe. Ein Hauptsacheverfahren ist seit Januar 2017 beim Sozialgericht München anhängig (Az.: S 44 KR 51/17).

Die Bf. beantragte gemäß Schriftsatz vom 17.03.2017:

"1. den Beschwerdegegnerinnen zu 1) - 5) zu untersagen, mit Leistungserbringern "Open-House-Verträge" zur Versorgung Versicherter mit Blutzuckerteststreifen nach § 31 Abs. 1 SGB V abzuschließen, wie in der Auftragsbekanntmachung vom 18.11.2016 angekündigt und mit dem "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen" bekannt gemacht;

2. Festzustellen, dass die Beschwerdeführerin über den 31.12.2016 hinaus berechtigt ist, auch ohne den Beitritt zu dem im Wege des Open-House-Modells bekannt gemachten "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen" Versicherte der Beschwerdegegnerinnen mit Blutzuckerteststreifen im Sinne des § 31 Abs. 1 SGB V zu versorgen und zu den bisherigen Konditionen abzurechnen,

3. Festzustellen, dass die Beschwerdegegnerinnen nicht berechtigt sind, einseitig Preise und Vertragsbedingungen vorzugeben und den Marktzugang davon abhängig zu machen, dass die Beschwerdeführerin diese Vertragsdiktate akzeptiert."

Hilfsweise beantragt sie:

"4. Festzustellen, dass die Beschwerdeführerin bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens berechtigt ist, auch über den 31.12.2016 hinaus ohne den Beitritt zu dem "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen", wie in der Auftragsbekanntmachung vom 18.11.2016 angekündigt, Versicherte der Antragsgegnerinnen 1) - 5) zu versorgen und zu den Konditionen des "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen" abzurechnen." Äußerst hilfsweise für den Fall, dass das Gericht wider Erwarten "Open-House-Verträge" für die Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerteststreifen grundsätzlich für zulässig erachten sollte, beantragt sie:

"5. Festzustellen, dass der von den Beschwerdegegnerinnen vorgegebene "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen", wie in der Auftragsbekanntmachung vom 18.11.2016 angekündigt, in der konkreten Ausgestaltung rechtswidrig ist und die Beschwerdegegnerinnen nicht berechtigt sind, die Versorgungsberechtigung der Beschwerdeführerin im Bereich der Blutzuckerteststreifen von dem Abschluss dieses Vertrages abhängig zu machen."

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen, die Beschwerde zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Verfahrensakte des Sozialgerichts sowie des Landessozialgerichts Bezug genommen. Sie waren Gegenstand der Entscheidung durch den Senat.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist gemäß §§ 172 ff SGG zulässig, jedoch nur im Umfang des Hilfsantrags 4 begründet. Zu Recht lehnte das Sozialgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hinsichtlich der Hauptanträge ab.

Gemäß § 86 b Abs. 2 SGG kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind nach § 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Dabei hat das Gericht die Belange der Öffentlichkeit und des Antragstellers abzuwägen. Wenn eine Klage keine Aussicht auf Erfolg hätte, ist ein Recht, das geschützt werden muss, nicht vorhanden (Bayer. Landessozialgericht, Az.: L 2 B 354/01 U ER). Ist die Klage offensichtlich zulässig und begründet, vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund (Bayer. Landessozialgericht, Az.: L 1 R 138/15 B ER; Mayer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, 12. Aufl., § 86 b Rn. 29).

Voraussetzung für die Begründetheit einer einstweiligen Anordnung ist, dass sowohl der Anordnungsgrund als auch der Anordnungsanspruch glaubhaft sind (§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. §§ 290 Abs. 2, 294 Abs. 1 Zivilprozessordnung - ZPO). Die Glaubhaftmachung begnügt sich bei der Ermittlung des Sachverhaltes als Gegensatz zum Vollbeweis mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dagegen dürfen die Anforderungen an die Erkenntnis der Rechtslage, d.h. die Intensität der rechtlichen Prüfung, grundsätzlich nicht herabgestuft werden. Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab für das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs ist grundsätzlich das materielle Recht, das vollumfänglich zu prüfen ist. Können ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, und ist dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so verlangt der Anspruch des Antragstellers auf effektiven Rechtsschutz eine Eilentscheidung anhand einer umfassenden Güter- und Folgenabwägung (BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005, Az.: 1 BvR 569/05).

Der Antrag ist zulässig, insbesondere ist ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben; dies betrifft die Anträge 2 und 4, da ein berechtigtes Interesse an der Teilnahme an der Versorgung der Versicherten der Bg. und an einer damit verbundenen Abrechnung erbrachter Leistungen besteht.

Der Senat teilt hinsichtlich der Zulässigkeit der sozialgerichtlichen Anträge 1, 3 und 4 - im Beschwerdeverfahren die Anträge 1, 3 und 5 - im Rahmen der gebotenen summarischen Prüfung die Bedenken des Sozialgerichts. Auf die Ausführungen des Sozialgerichts wird gemäß § 142 Abs. 2 S. 3 SGG verwiesen.

Hinsichtlich der Begründetheit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz in Gestalt einer Regelungsanordnung müssen vorliegend materiell-rechtliche Fragen (insbesondere bezgl. den Anträgen 2 und 4) offen bleiben, da sie einer für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen zeitnahen Entscheidung nicht zugeführt werden können wie z.B. die vom Sozialgericht vertretene Auffassung, dass bei den Blutzuckerteststreifen sowohl eine Gleichstellung mit Arzneimitteln im Sinne des § 31 SGB V, gleichzeitig aber auch ein Zubehör für das Hilfsmittel Blutzuckermessgerät im Sinne des § 33 SGB V anzunehmen ist. Hieraus ergibt sich in Folge dessen die rechtliche Problematik, ob das hier zur Anwendung gekommene Open-House-Verfahren bei Hilfsmitteln zulässig ist. Die Bf. hat in dem Beschwerdeverfahren ein Schreiben des BVA vom 08.06.2017 vorgelegt, wonach die für die Bg. zuständige Aufsichtsbehörde Zweifel an der Zulässigkeit dieses Verfahrens bei Hilfsmitteln anmeldete. Auf den nach Angaben der Beteiligten anhängigen Rechtsstreit zwischen Krankenkassen und BVA wegen einer aufsichtlichen Maßnahme wird verwiesen.

Diese Fragen können im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hier auch vor dem Hintergrund offen bleiben, dass die Beteiligten grundsätzlich bereit sind, eine Leistung und Abrechnung vorläufig gemäß den Bedingungen des Rahmenvertrages durchzuführen. Auf eine entsprechende bisherige Zusage der Bg. und die Erörterungen in der nichtöffentlichen Sitzung vom 26.06.2017 wird verwiesen (siehe i.Ü. unten).

Der Senat teilt auch die Auffassung des Sozialgerichts, dass der jeweilige Antrag zu 2 nicht begründet ist. Dieser zielt ausdrücklich auf eine Abrechnung "nach den bisherigen Konditionen". Insoweit fehlt es an einem Anordnungsanspruch. Bisherige Verträge haben die jeweiligen Bg. gekündigt. Im Rahmen der summarischen Prüfung ergibt sich nicht ohne weiteres, dass die Kündigungen oder einzelne Kündigungen (hier bzgl. Bg. zu 2 und 3) unwirksam sind. Ein darüber hinausgehender Bestandsschutz ist grundsätzlich nicht gegeben (zur Ablehnung eines Anspruchs auf Abrechnung nach marktüblichen Preisen: Sächs. Landessozialgericht, a.a.O.).

Der als Hilfsantrag gestellte Antrag 4 modifiziert den bisherigen Antrag 2 aber nun insoweit, als die Abrechnung nicht nach den bisherigen Konditionen, sondern nach den Konditionen der "Rahmenvereinbarung Blutzuckerteststreifen" erfolgen soll. Eine offensichtliche Begründetheit oder Unbegründetheit eines Hauptsacheverfahrensantrags in diesem Sinne vermag der Senat nicht zu erkennen.

Der Antrag ist zunächst als zulässig zu bewerten, insbesondere stellt er ein Weniger gegenüber dem bisherigen Antrag 2 dar und ist somit nicht als Klageänderung nach § 99 SGG anzusehen. Der bisherige Antrag wird lediglich beschränkt (§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG).

Wie oben dargelegt wird rechtlich zu klären sein, ob ein Open-House-Verfahren zum Zuge kommen durfte, ferner z.B., ob ggf. das Verfahren ordnungsgemäß abgelaufen ist, ob von der Bf. vorgebrachte inhaltliche Beanstandungen wie unzulässige Marktzugangsbeschränkungen o.ä. berechtigt sind, ob die Grundrechte der Leistungserbringer aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 und Art. 14 GG gewahrt sind etc.

Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, a.a.O., Rn. 29 a m.w.N.). Eine einstweilige Anordnung ergeht, wenn es der Bf. unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten nicht zuzumuten ist, die Hauptsacheentscheidung abzuwarten. Dabei sind die Folgen, die auf der einen Seite entstehen würde, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung nicht erließe, sich jedoch im Hauptsacheverfahren herausstellte, dass der Anspruch besteht, und auf der anderen Seite entstünden, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung erließe, sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellte, dass der Anspruch nicht besteht, abzuwägen (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, a.a.O.).

Auf Seiten der Bf. sind vorliegend zu berücksichtigen vor allem eine denkbare Verletzung des Grundrechts auf freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG, das dadurch berührt ist, dass sie ohne Beitritt zu der Rahmenvereinbarung faktisch vom Markt ausgeschlossen ist und in beträchtlichem Umfang Kunden verliert. Bei Diabetespatienten handelt es nämlich um Personen, die über einen langen Zeitraum die Blutzuckerteststreifen für das von ihnen verwendete Blutzuckermessgerät benötigen, so dass eine marktwirtschaftlich relevante Bindung an den Hersteller und meist auch Verkäufer besteht. Bei Eingriffen in die Gewährung der Berufsausübungsfreiheit ist in besonderem Maße der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit darf nur im Interesse des Gemeinwohls und nur zur Lösung solcher Sachaufgaben vorgenommen werden, die ein Tätigwerden des Normgebers überhaupt zu rechtfertigen vermögen und der Wertordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen (BVerfGE 30, 316).

Ohne vertragliche Beziehung zu den Bg. wäre der Bf. eine Leistungserbringung an deren Versicherte weitgehend verwehrt. Dies hätte erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für die Bf. - auch wenn eine Existenzbedrohung von dieser nicht dargelegt wurde. Die erheblichen wirtschaftlichen Nachteile sind jedoch als Interesse der Bf. vorliegend zu berücksichtigen (so auch Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, a.a.O., Rn. 29 a m.w.N.). Andererseits ist die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung der GKV ein legitimer Zweck, den der Gesetzgeber mit der Vertragskompetenz zugunsten der Krankenkassen gemäß § 127 SGB V verfolgt. In Abwägung dieser Interessen ergibt sich, dass kein Bestandsschutz für Leistungserbringer besteht, die nicht zu günstigeren Vertragspreisen anbieten können. Vielmehr gelten auch hier marktwirtschaftliche Regeln. Allerdings dürfen die Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht eine marktbeherrschende Stellung ausnutzen; ferner müssen sie sich bei der Vertragsentstehung an Recht und Gesetz halten - was gerade im Hinblick auf das angewandte Open-House-Verfahren hier strittig ist - und müssen im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ggf. Übergangsregelungen vorhalten, um eine strukturelle Anpassung der Leistungserbringer zu ermöglichen.

Ferner kann im Rahmen der Interessenabwägung auch das vorangegangene Verhalten der Bf. im Verfahren Berücksichtigung finden, hier also die Nichtbereitschaft, der Rahmenvereinbarung beizutreten - bei der dort bestehenden kurzen Kündigungsfrist. Wäre dies allerdings ein im Rahmen der Interessenabwägung maßgeblicher Gesichtspunkt, wäre der Bf. praktisch jeglicher einstweiliger Rechtsschutz versagt, da sie sich gerade gegen den Beitritt zu den Bedingungen des Open-House-Vertrages wendet. Die Bf. hat im Übrigen umfangreich ihre rechtliche Sichtweise dargelegt, die sie veranlasste, dem Vertrag nicht beizutreten; bei summarischer Prüfung ist diese, wie oben dargelegt, insgesamt nicht offensichtlich unbegründet.

Vor diesem Hintergrund haben auch die Bg. der Bf. die Zusage erteilt, dass sie vorläufig gemäß den Bedingungen des Rahmenvertrages

leisten und abrechnen kann. Dies ist im Hinblick auf die oben dargestellte Interessenlage geboten. Ob weitere Grundrechte, insbesondere aus Art. 3 und 14 GG, tangiert sein können, kann daher offen bleiben. Das Gericht hat im Rahmen des Gleichordnungsverhältnisses derartige grundsätzliche Absichten der Beteiligten, wie sie auch im Erörterungstermin nochmals zutage getreten sind, bei seiner Entscheidung mit zu berücksichtigen, auch wenn es dort aufgrund der Bedenken der Bf. hinsichtlich etwaiger Rückforderungsansprüche der Bg. und der geäußerten Absicht der Bg., bei einem gerichtlichen Erfolg auch außerhalb des laufenden Verfahrens diese Regelung jederzeit wieder zu beenden, nicht zu einem Vergleichsabschluss gekommen ist. Dass dennoch eine Beschwerdeentscheidung notwendig wurde, ist somit vor allem bedingt durch den geforderten Vorbehalt der Bg., "jederzeit" die Zahlungen auf die Abrechnung von Nichtvertragspartnern einzustellen. Die Bf. wird dadurch einer fortlaufenden Unsicherheit ausgesetzt mit Fortbestand der oben dargestellten wirtschaftlichen Risiken. Auch im Hinblick auf eventuelle gerichtliche Entscheidungen, aus denen die Bg. eine Bestätigung ihrer Rechtsansicht ableiten mögen, ist dieser Vorbehalt nicht interessengerecht, zumal die Formulierung des Vorbehalts völlig unbeschränkt ist. Zu einer Einschränkung waren die Bg. auch im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage im nichtöffentlichen Termin vom 26.06.2017 nicht bereit.

Die Bf. begehrte zuletzt noch eine Regelung zu eventuellen Rückforderungsansprüchen der Bg.; auf die Rechtsprechung des 3. Senats des BSG (BSG v. 25.11.2015, BSGE 120, 122 ff; BSG v. 20.04.2016 - juris) wird in diesem Zusammenhang hingewiesen. Dies spiegelt sich jedoch zum einen nicht in den Beschwerdeanträgen wider, zum anderen ist eine derartige Regelung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Hinblick auf das Gebot einer nur vorläufigen Entscheidung nicht möglich.

Es besteht hinsichtlich des Antrags 4 auch ein Anordnungsgrund. Ein Anordnungsgrund ist gegeben bei der Notwendigkeit zur Abwendung wesentlicher Nachteile (§ 86 b Abs. 2 S. 2 SGG). Auf die Ausführungen zu den Interessen der Bf. im Rahmen des Anordnungsanspruchs wird verwiesen. Wie das Sächs. Landessozialgericht (a.a.O.) sieht der Senat auch darin einen Anordnungsgrund, dass die Bf. jedenfalls vorläufig nicht auf die Geltendmachung eines Kostenerstattungsanspruchs verwiesen werden kann. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Auswirkungen für die Bf. wie insbesondere den Verlust von Kunden ist im Übrigen zu berücksichtigen, dass zwar der Differenzbetrag zwischen dem bisherigen Abrechnungsbetrag und dem nach den Verträgen entsprechend dem Open-House-Verfahren nicht groß ist, jedoch bei der Vielzahl der abgesetzten Teststreifen relevant ist.

Im Beschwerdeverfahren wurde deutlich, dass die Bg. hinsichtlich einer Möglichkeit, "jederzeit" eine Vereinbarung zu widerrufen, eine weite Auslegung präferieren. Nach Ansicht des Senats ist ein grundsätzlicher Verweis der Bf. auf einen erneuten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz, wie vom Sozialgericht angenommen, vor diesem Hintergrund nicht sachgerecht und zumutbar.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung darf nicht zur Vorwegnahme der Hauptsache führen. Dem trägt der Senat durch die Befristung der Berechtigung zur Abgabe von Blutzuckerteststreifen an die Versicherten der Bg. und zur Abrechnung entsprechend dem "Rahmenvertrag Blutzuckerteststreifen" für ein Jahr bis 31.07.2018 Rechnung. Zutreffend hat das Sozialgericht ferner ausgeführt, dass eine Regelung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, mit welcher die Möglichkeit der Versorgung und Abrechnung unter Ausschluss von Rückforderungsansprüchen der Bg. festgestellt würde, eine nicht im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes erforderliche Vorwegnahme der Hauptsache bedeuten würde.

Aufgrund der Begründetheit des Antrags 4 sind Ausführungen zu dem weiteren Hilfsantrag - Antrag 5 -, der im Übrigen als unzulässig anzusehen ist (vgl. oben), nicht mehr angezeigt.

Dem Hilfsantrag (Antrag 4) war daher statt zu geben, wobei der Senat darauf hinweist, dass die Kündigungen je nach Beschwerdegegnerin zu verschiedenen Zeitpunkten ausgesprochen wurden.

Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechender Anwendung des § 197 a Abs. 1 S. 1 SGG in Verbindung mit § 155 Abs. 1 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und berücksichtigt, dass nur der Hilfsantrag (Antrag 4) zum Erfolg geführt hat und dieser erst im Beschwerdeverfahren gestellt wurde.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 197 a Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit §§ 63 Abs. 2 S. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4, 52 Abs. 3 S. 1 und 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Auf die Ausführungen des Sozialgerichts hierzu wird gemäß § 142 Abs. 2 S. 3 SGG verwiesen.

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.
Rechtskraft
Aus
Login
FSB
Saved
2017-07-18