

## L 5 KR 1303/09

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Mannheim (BWB)  
Aktenzeichen  
S 9 KR 3658/07  
Datum  
03.02.2009  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 5 KR 1303/09  
Datum  
23.02.2011  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 3.2.2009 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Der Streitwert wird auf 2,5 Millionen EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich u.a. gegen einen Vertrag, den die Beklagte mit der Beigeladenen (einem Konkurrenzunternehmen der Klägerin) unter Bezugnahme auf [§ 130a](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) als Rabattvertrag über Blutzuckerteststreifen abgeschlossen hat. Dieser Vertrag soll für unwirksam erklärt und seine weitere Ausführung soll untersagt werden; außerdem soll die Beklagte verpflichtet werden, vor künftigen Vertragsschlüssen vergleichbarer Art Ausschreibungen nach Maßgabe des Kartellvergaberechts vorzunehmen.

Die Klägerin und die Beigeladene stellen (u. a.) Blutzuckermessgeräte und die zugehörigen Blutzuckerteststreifen her. Nach eigenen Angaben hält die Klägerin in Deutschland einen Marktanteil von 45,3%, die Beigeladene von 3,2 %.

Im März 2007 haben die Beklagte und die Beigeladene unter Bezugnahme auf [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) einen als Rabattvertrag bezeichneten Vertrag über die Abgabe von Blutzuckerteststreifen abgeschlossen. Dem Vertragsschluss ist eine Ausschreibung des Auftrags nicht vorausgegangen. Verhandlungen mit anderen Unternehmen als der Beigeladenen haben vor Vertragsschluss nicht stattgefunden. Die Beklagte bietet den Vertragsärzten die Möglichkeit an, durch entsprechende Erklärung dem Vertrag beizutreten. Im Falle des Beitritts ist eine betragsmäßig nicht konkret bezifferte Beteiligung an den Rabatten vorgesehen. Hierfür steht ein Gesamtbetrag in Höhe von 20% der insgesamt rabattierten Packungen von Blutzuckerteststreifen der Beigeladenen zur Verfügung. Als weitere Folge des Beitritts soll die Verordnung von Blutzuckerteststreifen der Beigeladenen von Wirtschaftlichkeitsprüfungen ausgenommen sein.

Der Vertrag zwischen der Beklagten und der Beigeladenen verfolgt - so die Präambel des Vertrags - das Ziel, eine qualitativ hochwertige und zugleich wirtschaftliche Versorgung der Versicherten der Beklagten mit Blutzuckerteststreifen zu sichern. Er enthält u.a. folgende Vereinbarungen:

### § 1 Gegenstand der Vereinbarung

Gegenstand dieser Vereinbarung ist die Gewährung eines Herstellerrabattes nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) durch die ST. M. GmbH für ST. Glucose Control Blutzuckerteststreifen, L ... Blutzuckerteststreifen, ST. Glucocheck Blutzuckerteststreifen, die zu Lasten der B.-B. verordnet werden.

### § 2 Geltungsbereich der Vereinbarung

(1) Diese Vereinbarung gilt für die Versicherten der B.-B. bundesweit.

(2) Diese Vereinbarung gilt überdies für Ärzte, die schriftlich ihren Beitritt zu dieser Vereinbarung erklärt haben (Anlage 1 – Beitrittserklärung).

### § 3 Rabattgewährung

(1) Der Rabatt nach Absatz 2 wird unabhängig von einem bestimmten Umsatzvolumen für jede Packung Blutzuckerteststreifen der ST. M. GmbH, die zu Lasten der B.-B. abgerechnet wurde, gewährt.

(2) Die Höhe des Rabattes ist so festzusetzen, dass der B.-B. Kosten in Höhe von maximal – geschwärtzt - (exklusive Mehrwertsteuer) je abgegebener Packung Blutzuckerteststreifen der ST. M. GmbH entstehen.

(3) Grundlage für die Berechnung des Rabattes ist der Umsatz anhand der Apo-thenabrechnungsdaten nach [§ 300 SGB V](#). Dazu wird die PZN-bezogene Anzahl der abgegebenen Packungen der in § 1 genannten Produkte für ein Quartal mit dem Betrag von – geschwärtzt - multipliziert. Die Differenz zwischen dem in Satz 1 ermittelten Betrag und dem quartalsmäßigen Umsatz (exklusive Mehrwertsteuer) mit Blutzuckerteststreifen nach § 1 der vorliegenden Vereinbarung ergibt den Rabattbetrag.

(4) Die Anzahl der verordneten Packungen, bezogen auf die Pharmazentralnummer, sowie die Rabattsomme werden der ST. M. GmbH nach Vorliegen der Apothekenabrechnungsdaten nach [§ 300 SGB V](#) für jedes Quartal nach Ablauf des Folgequartals auf Basis der Apothekenverkaufspreise (exklusive Mehrwertsteuer) durch die B.-B. schriftlich und in für die ST. M. GmbH wie in Anlage 3 beispielhaft dokumentierten Form nachvollziehbar mitgeteilt. Im Falle von Unstimmigkeiten zwischen den Parteien kann ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Dritter mit der Überprüfung der Daten beauftragt werden. Die Kosten hierfür werden zwischen den Parteien geteilt.

(5) Übersteigt der Umsatz mit den in § 1 genannten Produkten vor Abzug des Rabattes im Kalenderjahr einen Betrag in Höhe von – geschwärtzt - gewährt ST. M. GmbH einen zusätzlichen Rabatt in Höhe von ... des kalenderjährlichen Umsatzes. Für jeden weiteren Umsatz in Höhe von – geschwärtzt - EUR erhöht sich der Rabatt um jeweils – geschwärtzt - Beträgt der Zeitraum weniger als ein Kalenderjahr, ist der Rabatt anteilig zu berechnen.

(6) Die ST. M. GmbH überweist den ermittelten Rabattbetrag je Quartal nach Absatz (4) bzw. je Kalenderjahr nach Absatz (5) innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Nachweise auf ein von der B.-B. benanntes Konto.

(7) Sollten die Preise für Blutzuckerteststreifen nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung sinken, so dass der Durchschnittspreis aller Blutzuckerteststreifen (exklusive Mehrwertsteuer) unter – geschwärtzt - fällt, ist der Rabatt mit dem Ziel anzupassen, dass die Verordnung der in § 1 genannten Blutzuckerteststreifen weiterhin die kostengünstigste Alternative für die B.-B. darstellt.

(8) Nimmt die ST. M. GmbH Veränderungen an den Packungsgrößen / Abgabemengen vor oder führt sie neue Blutzuckerteststreifenprodukte ein, erfolgt eine Anpassung des Rabattes. Die Anpassung ist zu dem Zeitpunkt vorzunehmen, zu welchem die Änderungen tatsächlich eingetreten sind.

(9) ST. M. GmbH verpflichtet sich zur unentgeltlichen Abgabe der Blutzuckermessgeräte an Versicherte der B.-B. ...

### § 4 Beteiligung der Vertragsärzte

(1) Die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte gemäß [§ 95 SGB V](#) können dieser Vereinbarung beitreten. Der Beitritt ist schriftlich gegenüber der B.-B. oder der ST. M. GmbH anzuzeigen (Anlage 1 - Beitrittserklärung).

(2) Die Beitrittserklärungen verbleiben bei der B.-B. ... Bei der ST. M. GmbH eingehende Beitritte werden an die B.-B. geschickt. Die ST. M. GmbH erhält Kopien von allen Beitritten.

(3) Dieser Vereinbarung wird ein Verzeichnis der beigetretenen Vertragsärzte beigefügt (Anlage 2 – Verzeichnis der beigetretenen Vertragsärzte).

### § 5 Öffentlichkeitsarbeit

(1) Die B.-B. wird die Vertragsärzte, die Kassenärztlichen Vereinigungen oder die Ärzteverbände sowie die Landesapothekenverbände über die Ziele dieser Vereinbarung mit Blick auf die Versorgungsqualität und Wirtschaftlichkeit informieren.

(2) Ebenfalls klärt die B.-B. ihre Versicherten über den Abschluss der vorliegenden Vereinbarung z.B. durch ihre Kundenzeitschrift, durch Mailings oder durch Direktansprache auf.

(3) Die ST. M. GmbH ist ihrerseits berechtigt, die Verordnungsfähigkeit der in dieser Vereinbarung genannten Produkte gegenüber Vertragsärzten und Apotheken positiv zu kommunizieren.

(4) Die auf dieser Vereinbarung basierenden Kommunikationsinhalte werden zwischen den Vertragspartnern abgestimmt. Die Einhaltung wird durch ihre Mitarbeiter sichergestellt.

(5) Die ST. M. GmbH ist verpflichtet, keinen Einfluss auf die Vertragsärzte hinsichtlich des Verordnungsvolumens von Blutzuckerteststreifen auszuüben.

...

Mit Schreiben vom 6.7.2007 forderte die Klägerin die Beklagte zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auf; sie möge künftig Verträge wie den Rabattvertrag mit der Beigeladenen nicht mehr abschließen.

Unter dem 23.7.2007 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die verlangte Unterlassungserklärung werde nicht abgegeben. Der mit der

Beigeladenen abgeschlossene Vertrag sei wirksam. Blutzuckerteststreifen seien zwar keine Arzneimittel i. S. d. Arzneimittelgesetzes (AMG), gehörten jedoch als so genannte Definitionsarzneimittel zu einer eigenständigen sozialversicherungsrechtlichen Kategorie und seien als solche tauglicher Gegenstand von Rabattverträgen gem. [§ 130a SGB V](#). Das Kartellvergaberecht der [§§ 97 ff. GWB](#) sei nicht einschlägig. Der Begriff der Ausschreibung sei erstmals zum 1.4.2007 (u.a.) in [§ 127 SGB V](#) erwähnt worden; der Vertrag mit der Beigeladenen sei jedoch schon vorher im März 2007 rechtswirksam zustande gekommen. Außerdem sei ungeklärt, ob gesetzliche Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber eingestuft werden könnten. Im Hinblick auf den (geringen) Marktanteil der Beigeladenen werde der für die Anwendung des Kartellvergaberechts (seinerzeit) maßgebliche Schwellenwert von 211.000 EUR nicht überschritten. Schließlich verstoße der Vertrag mit der Beigeladenen auch nicht gegen das ärztliche Berufsrecht. Die Therapiefreiheit der Ärzte werde mit der Beteiligung an den erzielten Rabatten nicht beeinträchtigt.

Am 26.10.2007 erhub die Klägerin Klage beim Sozialgericht Mannheim. Sie trug vor, die Beklagte wolle ihre Mitglieder zu Produkten der Beigeladenen umsteuern. Dabei gehe es um Blutzuckermessgeräte und Blutzuckerteststreifen für Diabetiker zur Bestimmung des Blutzuckerspiegels. Beides werde von Vertragsärzten verschrieben. Blutzuckermessgeräte seien Hilfsmittel gem. [§ 33 SGB V](#); Blutzuckerteststreifen würden gem. [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen verordnet. Sie seien weder preisgebunden noch apothekenpflichtig und könnten deswegen nicht nur in Apotheken erworben werden. Blutzuckermesssysteme (Blutzuckermessgerät und Blutzuckerteststreifen) wiesen die Besonderheit auf, dass die jeweiligen Teststreifen mit den Messgeräten anderer Hersteller trotz identischen medizinischen Einsatzgebietes nicht kompatibel seien. Daher müssten die für das jeweilige Blutzuckermessgerät vorgesehenen Blutzuckerteststreifen eingesetzt werden. Die in sich geschlossenen Systeme seien patentgeschützt. Patienten, denen der Vertragsarzt das Blutzuckermesssystem der Beigeladenen verordne, könnten ihre (der Klägerin) Teststreifen nicht verwenden und nur die Teststreifen der Beigeladenen nutzen.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Rabattvertrags sei durchaus erheblich, da es sich bei der Beklagten um eine der größten deutschen Betriebskrankenkassen handele. Die Gesamtausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung für Blutzuckerteststreifen betrügen knapp 779 Millionen EUR; auf die Beklagte entfielen davon etwa 7 Millionen EUR. Im Hinblick auf ihren (der Klägerin) Marktanteil von 45,3 % sei durch das Verhalten der Beklagten ein Umsatz von 3,171 Millionen EUR jährlich betroffen. Selbst wenn es der Beklagten gelinge, nur 20% ihrer Mitglieder "umzusteuern", gehe es um ein Umsatzvolumen von 634.200 EUR im Jahr.

Das Verhalten der Beklagten verletze sie in ihren Rechten, namentlich in ihren Grundrechten aus [Art. 12 Abs. 1](#), [14 Abs. 1](#) und 3 Abs. 1 GG.

Gem. [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) könnten Rabattverträge nur zusätzlich zu den Abschlägen nach [§ 130a Abs. 1](#) und 2 SGB V für die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegebenen Arzneimittel vereinbart werden. Blutzuckerteststreifen seien zwar so genannte Geltungsarzneimittel gem. [§ 2 Abs. 2 Nr. 2 AMG](#), jedoch keine Arzneimittel i. S. des Sozialversicherungsrechts. Die Arzneimittelbegriffe des AMG und des SGB V seien nicht deckungsgleich. Auch das BSG gehe von einem eigenständigen Arzneimittelbegriff des SGB V aus (Urt. vom 10.5.1990, - [6 RKA 15/89](#) -); danach knüpfe das Gesetz für den krankensicherungsrechtlichen Begriff des Arzneimittels nicht an das AMG an (vgl. auch BSG, Urt. vom 28.3.2000, - [B 1 KR 11/98 R](#) -). Bei den Blutzuckerteststreifen handele es sich sozialversicherungsrechtlich um eine Leistungskategorie eigener Art. Das gehe schon aus dem Wortlaut des [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) hervor. Danach hätten Versicherte Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln, soweit diese nicht nach [§ 34 SGB V](#) oder durch Richtlinien nach [§ 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V](#) ausgeschlossen seien, sowie auf Versorgung mit Verbandmitteln, Ham- und Bluttteststreifen. Letztere seien damit als eigenständige Leistungskategorie aufgeführt. Im Hinblick auf die genannte Rechtsprechung des BSG seien keineswegs alle Arzneimittel des AMG auch als Arzneimittel i. S. d. SGB V anzusehen. Das gelte im Besonderen für Blutzuckerteststreifen. Dementsprechend sei im Bericht des Gesundheitsausschusses des Bundestags vom 8.12.1992 zu [§ 31 SGB V](#) ausgeführt, gem. [§ 2 Abs. 2 Nr. 4 AMG](#) gälten Teststreifen zur Bestimmung von Glucose im Harn oder Blut als Arzneimittel; leistungsrechtlich würden diese Teststreifen von den Krankenkassen den Applikationshilfen zugeordnet, weshalb sie wie Hilfsmittel behandelt würden und daher zuzahlungsfrei seien ([BT-Drs. 12/3937](#)).

Für Blutzuckerteststreifen könne ein Rabattvertrag nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) nicht abgeschlossen werden, weil dies nach dem Wortlaut der Vorschrift nur zusätzlich zu den Abschlägen gem. [§ 130a Abs. 1](#) und 2 SGB V zulässig sei. Auf Blutzuckerteststreifen würden jedoch keine Rabatte i. S. der letztgenannten Vorschriften gewährt. Dies wäre auch gar nicht möglich, weil die Teststreifen nicht apothekenpflichtig seien und der im Gesetz vorgesehene Abrechnungsweg für die Rabatte daher ins Leere liefe. Zudem gelte für die Preisberechnung kein einheitlicher Abgabepreis über die Arzneimittelpreisverordnung oder über [§ 129 Abs. 5a SGB V](#). Die Arzneimittelpreisverordnung sei nämlich nur für verschreibungspflichtige Arzneimittel anwendbar; [§ 129 Abs. 5a SGB V](#) erfasse die Arzneimittel, die nur apotheken- und nicht verschreibungspflichtig seien, gleichwohl aber zu Lasten der Krankenkassen abgegeben werden könnten. Demgegenüber sei die Preisbildung für Blutzuckerteststreifen frei, weshalb es einen Rabatt mangels in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) vorausgesetzten einheitlichen Preises von vornherein nicht geben könne. Mit dem Hinweis auf [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) unternehme die Beklagte den untauglichen Versuch, den Ärzten die Angst vor Wirtschaftlichkeitsprüfungen zu nehmen. Insgesamt fehle es für den Rabattvertrag an einer ausreichenden Rechtsgrundlage.

Selbst wenn Rabattverträge über Blutzuckerteststreifen grundsätzlich abgeschlossen werden dürften, sei jedenfalls der mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag nichtig. Denn die Beklagte habe das Kartellvergaberecht ([§§ 97 ff. GWB](#)) missachtet und eine öffentliche Ausschreibung nicht durchgeführt. Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts sei durch [§ 69 Satz 1 SGB V](#) nicht ausgeschlossen; das entspreche u.a. der Auffassung des Bundesversicherungsamtes (Schreiben vom 22.8.2007 - SG-Akte S. 71; vgl. auch Beule, GesR 2004,214; Kingreen, MedR 2004,188,192; Quaas/Zuck, Medizinrecht 2005, § 11 Rdnr. 94; Boldt, NJW 2005,3757,3758). Der Schwellenwert von 211.000 EUR sei überschritten. Nach der ganz überwiegenden Rechtsprechung und Praxis der Vergabekammern (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.11.2001, - [Verg 33/01](#) -; 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 5.9.2001, - VK 1 23/01 -; Vergabekammer Hamburg, Beschl. v. 21.4.2004, - VgK VFB 1/04 -; Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschl. v. 31.8.2006, - [VK-38/2006-L](#) -; Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 9.5.2007, - UK1-26/07 -; vgl. auch Kamann/Gey, PharmR 2006,255,261; Willenbruch/Bischoff, PharmR 2005,477,479) seien gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber i. S. des [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Bei Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) handele es sich auch um öffentliche Aufträge nach [§ 99 GWB](#), wobei deren Qualifikation als Rahmenvereinbarung nach der Rechtsprechung des EuGH unschädlich sei (EuGH, Rs. [C-79/94](#), [Kommission/Griechenland](#), [Slg. 1995, I-1071](#) - Verbandsmaterialien; Rs. [C-76/97](#), [Slg. 1998, I-5357](#) - Krankentransportleistungen).

Bei einer Gesamtbetrachtung der Arzneimittelversorgung hätten die Krankenkassen (von der anteiligen Zuzahlung durch die Versicherten

abgesehen) die Arzneimittelkosten zu tragen und seien deshalb wirtschaftlich als Nachfrager anzusehen. Im Hinblick auf ihre Hauptleistungspflicht, die Arzneimittel als Sachleistung zur Verfügung zu stellen, handele es sich bei der Rabattgewährung um ein kombiniertes Liefer- und Dienstleistungsgeschäft, das für die Zwecke des Vertragsrabatts als Beschaffungsvorgang der Krankenkassen zu verstehen sei (Willenbruch/Bischoff, PharmaR 2005,477,484). Davon sei auch der Gesetzgeber ausgegangen, der mit [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) das Vertragsprinzip gestärkt und direkte Vereinbarungen (selektivvertragliche Vereinbarungen) zwischen den Pharmaunternehmen und den Krankenkassen zugelassen habe (vgl. [BT-Drs. 15/28, S. 17](#)). Die Krankenkassen erbrächten im Rahmen des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) schließlich eine Gegenleistung für die zusätzliche Rabattierung der Präparate, was wiederum aus einer Gesamtbetrachtung des Vertragsgeschehens folge. Rabattverträge seien auch entgeltlich, da sie den Preis der abzugebenden Arzneimittel des jeweiligen Pharmaunternehmens zum Gegenstand hätten. Dies entspreche ebenfalls der Rechtsauffassung des Bundesversicherungsamtes (vgl. auch Kamann/Gey, PharmaR 2006,291,296). Bei Überschreitung des Schwellenwertes müsse die öffentliche Ausschreibung nach [§ 101 Abs. 5 GWB](#) daher europaweit erfolgen; die Beklagte habe indessen überhaupt keine Ausschreibung durchgeführt. Deswegen sei der abgeschlossene Vertrag nach [§ 13 Abs. 6 Vergabeverordnung \(VgV\)](#), jedenfalls aber nach [§§ 134, 138 BGB](#) nichtig. Die nicht berücksichtigten Bewerber hätten keine den Bestimmungen des [§ 13 Satz 1 VgV](#) genügende Mitteilung über die Vergabeabsicht der Beklagten erhalten. Dabei handele es sich um einen besonders schwerwiegenden Rechtsverstoß, der zur Nichtigkeit des Vertrages führen müsse.

Unabhängig von der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages habe sie jedenfalls ein schutzwürdiges Interesse an der Unterlassung vergaberechtswidrigen Verhaltens durch die Beklagte in der Zukunft. Da die Beklagte meine, an das Vergaberecht nicht gebunden zu sein, sei auch künftig mit rechtswidrigen Vertragsabschlüssen zu rechnen (vgl. auch [§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB](#)).

Die Beklagte habe die Vertragsärzte schließlich rechtswidrig an dem Rabattvertrag beteiligt. Hierfür gebe es keine Rechtsgrundlage. Außerdem werde das ärztliche Berufsrecht verletzt. Die Gewährung einer Vergütung von 20 % der erzielten Rabatte verstoße gegen die ärztliche Berufsordnung (vgl. § 34 Abs. 1 Nr. 1 MBO-Ä). Nach Auffassung des BGH stelle § 34 Abs. 5 MBO-Ä eine Bestimmung i. S. d. [§ 4 Nr. 11 UWG](#) dar; eine Kommerzialisierung des Arztberufes und damit die negative Rückwirkung auf die medizinische Versorgung sei gesundheitspolitisch unerwünscht (vgl. BGH, Urt. vom 2.6.2005, - [I ZR 215/02](#) - und - [I ZR 317/02](#) -). Das gelte auch für die Regelung in § 34 Abs. 1 MBO-Ä. Danach sei es verboten, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten eine Vergütung oder andere Vorteile zu fordern oder anzunehmen. Mit der Beteiligung der Ärzte an den erzielten Rabatten beeinflusse die Beklagte den Wettbewerb in rechtswidriger Weise, wobei unschädlich sei, dass sich das Berufsrecht an die Ärzte und nicht an die Beklagte richte (vgl. auch OLG Koblenz, [MedR 2003,580](#); OLG Schleswig-Holstein, [MedR 2004,270](#)). Auch durch die Vorteilsgewährung im Rahmen von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) dürfe das ärztliche Berufsrecht nicht umgangen werden (vgl. dazu auch aktuelle Beschlüsse der Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt vom 1.6.2007, S. A 1608). Mit der ausschließlichen Ausrichtung des Rabatts auf die Verordnung der von der Beigeladenen hergestellten Blutzuckerteststreifen sei die Wahlfreiheit des Arztes letztendlich beseitigt. Diesem werde gleichsam eine Art Provision versprochen.

Das Verhalten der Beklagten verletze ihre Rechte. Den zugelassenen Leistungserbringern stehe gegen rechtswidriges Verhalten der Krankenkassen (u. a.) ein Abwehranspruch aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) zu (vgl. BSG, Urt. vom 25.9.2001, - [B 3 KR 3/01 R](#) -; BGH, Urt. vom 23.2.2006, - [I ZR 164/03](#) -; auch SG Dresden, Beschl. vom 12.7.2006, - [S 18 KR 348/06 ER](#) -). Den Wettbewerb verfälschende Maßnahmen des Staates (auch der gesetzlichen Krankenkassen) beeinträchtigen das Grundrecht auf freie Berufsausübung (vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002, [NJW 2002,2621](#); BSG, Urt. v. 31.8.2000, [SozR 3-2500 § 35 Nr. 1 S. 3](#); Urt. v. 24.11.2004, - [B 3 KR 23/04 R](#) -). Durch den Rabattvertrag, den die Beklagte mit der Beigeladenen abgeschlossen habe, würden andere Anbieter von Blutzuckerteststreifen aus dem Markt gedrängt, was gegen den Grundsatz freien und fairen Wettbewerbs verstoße. Das Verhalten der Beklagten könne für sie zu erheblichen Umsatzrückgängen führen (bei einem Wechsel von nur 20% der Mitglieder der Beklagten zur Beigeladenen über 600.000 EUR).

Ergänzend wurde vorgetragen (Schriftsätze vom 5.2.2008 und 16.10.2008, SG-Akte S. 90, 126), Blutzuckerteststreifen seien keine Arzneimittel, sondern Medizinprodukte nach § 3 Medizinproduktegesetz (MPG - humanmedizinische In-vitro-Diagnostika). Um diagnostische Arzneimittel ([§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG](#)), die "im" oder "am" menschlichen Körper angewendet würden, handele es sich nicht, da es nicht zu einem unmittelbaren Kontakt zwischen dem Teststreifen und dem menschlichen Körper komme; der Teststreifen werde vielmehr auf bereits ausgetretene Blutropfen angewendet (Meyer Lürßen, in: Anhalt/Dieners, Handbuch des Medizinprodukterechts 2003, S. 451; vgl. auch [§ 1 Abs. 3 Nr. 7 AMG](#)). Dies stütze ihre Auffassung zur Unzulässigkeit von Rabattverträgen über Teststreifen zusätzlich. Sie habe das Sozialgericht und nicht die Vergabekammer angerufen, weil die Streitfrage, ob vorliegend Rabattverträge nach [§ 130a SGB V](#) überhaupt geschlossen werden dürften, im Vergaberechtsweg nicht geklärt werden könne.

Auch wenn weder europäisches noch nationales Vergaberecht anwendbar sei, müsse sich das Ausschreibungsverhalten der Krankenkassen an [Art 3 Abs. 1 GG](#) messen lassen. Für die einschlägigen vergaberechtlichen Mindeststandards könne man sich an den vergaberechtlichen Bestimmungen, insbesondere in der VOL/A, orientieren (LSG Bad.-Württ., Beschl. v. 27.2.2008, - [L 5 KR 507/08 ER-B](#) -). Diese seien mangels Ausschreibung nicht gewahrt worden. Sie wende sich nicht dagegen, dass die Beklagte Preisvereinbarungen mit Anbietern von Blutzuckerteststreifen abschließe, sondern gegen den Abschluss von Rabattverträgen gem. [§ 130a SGB V](#), vor allem außerhalb eines ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahrens. Wie die Einbeziehung der Ärzte zeige, würden damit nämlich Folgewirkungen zum Vorteil der Beigeladenen (wie die Herausnahme aus der Wirtschaftlichkeitsprüfung) herbeigeführt, die eine normale Preisvereinbarung nicht haben könne. Damit setze die Beigeladene ein rechtliches Instrument ein, das gem. [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) hier nicht angewendet werden dürfe.

Die Beklagte trug vor, die Klage sei mangels konkreter Rechtsbeeinträchtigung der Klägerin unzulässig. Sollten Blutzuckerteststreifen nicht als Arzneimittel einzustufen sein, wäre sie ohnehin berechtigt, die Preise - hier unter Einbeziehung einer Rabattregelung - vertraglich zu vereinbaren. Sie sei bereit, mit der Klägerin, deren Produkte deutlich teurer seien als die Produkte der Beigeladenen, einen Vertrag zu gleichen Konditionen abzuschließen. Interessen von Mitkonkurrenten, der Grundsatz der Markttransparenz, das Gebot fairer Auftragsvergabe und eines verhältnismäßigen und nachprüfbaren Auswahlverfahrens seien nur zu wahren, wenn sie tatsächlich betroffen seien. Daran fehle es hier. Der Vertrag mit der Beigeladenen stelle keinen Auftrag dar. Sie habe keinen Einfluss auf die Entscheidung, welche Teststreifen an ihre Mitglieder abgegeben würden und könnte bei einer Ausschreibung auch ein entsprechendes Auftragsvolumen nicht angeben. Bei Rabattverträgen über Arzneimittel erfolge zwingend eine Substitution nach [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#), während der Versicherte bei Hilfsmitteln nur die Auswahl zwischen den Vertragspartnern der Krankenkasse ([§ 33 Abs. 6 SGB V](#)) habe.

In der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts vom 3.2.2009 erklärten die Vertreter der Klägerin und der Beklagten übereinstimmend,

ihrer Auffassung nach handele es sich bei Blutzuckerteststreifen um Medizinprodukte, so dass [§ 130a SGB V](#) nicht anwendbar sei. Die Beklagte hielt sich indessen für berechtigt, nach den allgemeinen Vorschriften Preisvereinbarungen der vorliegenden Art abzuschließen. Ihrer Ansicht nach sei der Steuereffekt des Rabattvertrags mit der Beigeladenen relativ gering. Die Klägerin habe im Frühjahr 2007 ebenfalls Vertragsverhandlungen geführt, diese sodann aber ohne Angabe von Gründen abgebrochen und Klage erhoben. Anbieter von Blutzuckerteststreifen aus dem europäischen Ausland dürften ihre Produkte in Deutschland mangels Zertifizierung nach dem MPG nicht abgeben.

Mit Urteil vom 3.2.2009 wies das Sozialgericht die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, die Klage sei teils unzulässig, teils unbegründet. Gem. [§ 130a Abs. 9 SGB V](#) (a.F.) sei der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet (vgl. BSG, Beschl. vom 22.4.2008, - [B 1 SF 1/08 R](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschl. vom 6.2.2008, - [L 5 KR 316/08 B](#) -). Im ersten Rechtszug sei das Sozialgericht zuständig ([§ 8](#) Sozialgerichtsgesetz, SGG); bei Klageerhebung habe eine erstinstanzliche Zuständigkeit des LSG noch nicht bestanden. Ein vorgängiges Überprüfungsverfahren vor der Vergabekammer habe nicht durchgeführt werden müssen (BSG, Beschl. vom 22.4.2008, [a. a. O.](#)).

Soweit die Klägerin begehre, den Abschluss von Rabattverträgen über Blutzuckerteststreifen zu unterlassen, sei die Klage nicht zulässig, da der Rabattvertrag mit der Beigeladenen bereits abgeschlossen sei. Eine konkrete Wiederholungsgefahr (vgl. dazu BSG, Ur. vom 13.1.1993, - [14a/6 RKa 67/91](#) -) könne nicht festgestellt werden, nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung angegeben habe, der Umsteuerungseffekt des Rabattvertrags sei gering; offenbar hätten sich die Erwartungen der Vertragsparteien nicht erfüllt. Außerdem gebe es im Bundesgebiet nur vier bis höchstens zehn Anbieter von Blutzuckerteststreifen.

Hinsichtlich des Begehrens, den bereits abgeschlossenen Rabattvertrag nicht durchzuführen, sei die Klage zulässig. Insbesondere bestehe die Möglichkeit, dass die Klägerin in eigenen Rechten, etwa aus [Art. 12](#) und [14 GG](#), bzw. in ihrem Recht auf Teilnahme an einem verzerrungsfreien Wettbewerb verletzt sei (vgl. etwa LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 27.2.2008, - [L 5 KR 507/08 ER-B](#) -; auch SG Dresden, Beschl. v. 12.7.2006, - [S 18 KR 348/06 ER](#) -).

Die Klage sei jedoch unbegründet. Blutzuckerteststreifen seien weder als Arzneimittel noch als Heil- oder Hilfsmittel einzustufen, nachdem sie in [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) als eigenständige Kategorie aufgeführt würden. Damit handele es sich bei Blutzuckerteststreifen um Medizinprodukte nach [§ 3 MPG](#). Deswegen könne [§ 130a SGB V](#) von vornherein nicht angewendet werden, da sich diese Vorschrift nur auf apothekenpflichtige Arzneimittel beziehe; hierüber werde auch nicht mehr gestritten (vgl. BSG, Ur. vom 28.7.2008, - [B 1 KR 4/08 R](#) -). Eine die Klägerin möglicherweise beeinträchtigende Substitutionspflicht des Apothekers gem. [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) bestehe nicht. Ungeachtet seiner Bezeichnung als Rabattvertrag und der Bezugnahme auf [§ 130a SGB V](#) sei der zwischen der Beklagten und der Beigeladenen abgeschlossene Vertrag damit nicht als Rabattvertrag i. S. der genannten Vorschrift einzustufen; insoweit liege eine rechtlich unschädliche Falschbezeichnung vor.

Die Beklagte habe eine Ausschreibung nicht durchführen müssen. Eine Ausschreibungspflicht sei erst zum 18.12.2008 eingeführt worden ([§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) Halb. 2 SGB V i. d. ab diesem Zeitpunkt geltenden, mittlerweile wieder geänderten Fassung) und für den im März 2007 abgeschlossenen Vertrag daher nicht von Belang (vgl. dazu LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 27.2.2008, - [L 5 KR 507/08 ER-B](#) -; Beschl. v. 6.2.2008, - [L 5 KR 316/08 B](#) -; BGH, Ur. v. 23.2.2006, - 1 ZR 164/03 -; BSG, Ur. v. 25.9.2001, - [B 3 KR 3/01 R](#) -). Die Ausschreibung des Vertrags sei auch nicht europarechtlich geboten gewesen, da [§ 69 SGB V](#) (a. F.) eine spezialgesetzliche Regelung für die sozialen Sicherungssysteme getroffen habe, hinter der die europarechtlichen Vorschriften über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr (für die hier maßgebliche Zeit) zurücktreten müssten. Daher komme es auch nicht darauf an, ob die Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber i. S. des [§ 98 GWB](#) anzusehen seien oder nicht. Eine wettbewerbsrechtlich relevante Auswahlentscheidung könne der Vertrag nur enthalten, wenn er die Vertragsparteien verpflichte, Rabattverträge mit anderen Anbietern zu unterlassen, und wenn er zumindest mittelbar dazu führe, dass die Auswahlentscheidung des Endverbrauchers nicht mehr frei sei (LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.10.2008, - [L 11 KR 4810/08 ER-B](#) -). Beides sei hier nicht der Fall. Weitere Verträge über Blutzuckerteststreifen zwischen der Beklagten und anderen Anbietern seien nicht ausgeschlossen; die Versicherten seien bei der Wahl von Blutzuckerteststreifen nicht eingeschränkt, zumal eine Substitutionspflicht gem. [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) nicht bestehe. Damit könne der Vertrag nicht gem. [§ 13 Satz 6 VgV](#) nichtig sein (vgl. hierzu BSG, Beschl. v. 1.2.2005, - [X ZB 27/04](#) -).

Das Vergaberecht sei auch nicht entsprechend anwendbar. Verstöße gegen die Grundsätze der Markttransparenz bzw. gegen den Anspruch der Klägerin auf ein transparentes, diskriminierungsfreies, verhältnismäßiges und nachprüfbares Auswahlverfahren lägen nicht vor. Diese allgemein gefassten Anforderungen seien in der Praxis ohnehin kaum anwendbar. Außerdem sei die Preisbildung für Medizinprodukte grundsätzlich frei und gehöre zur ebenfalls grundrechtlich geschützten Vertragsabschlussfreiheit der Krankenkassen bzw. der Anbieter von Medizinprodukten. Die wettbewerbsrechtlichen Einwendungen der Klägerin, einer sehr mächtigen Anbieterin, zielten letztendlich darauf ab, den freien Markt und die Preisbildung für Blutzuckerteststreifen zur Sicherung ihres Marktanteils von 45,9% zu beschränken. Das laufe dem allgemeinen, volkswirtschaftlich gewichtigen Interesse der Krankenkassen zuwider, über eine freie Preisbildung zu einer Stabilisierung oder gar Senkung der Ausgaben im Gesundheitswesen beizutragen. Daher seien nur eklatante Verstöße gegen allgemein anerkannte Grundsätze des freien Marktes bzw. schwere, wettbewerbswidrige Schädigungen der Klägerin von Belang. Davon könne indessen keine Rede sein. Insgesamt handele es sich bei dem so genannten Rabattvertrag nur um eine Preisvereinbarung mit Rabattierungsklausel, die im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit ([§§ 53 ff. SGB X](#)) zulässig sei. Zumindest bis 17.12.2008 habe eine Ausschreibungspflicht hierfür nicht bestanden.

Soweit die Klägerin begehre, die Beitrittsklausel für Vertragsärzte nicht mehr anzuwenden, sei die Klage schließlich unzulässig. Das genannte Beitrittsrecht greife in rechtlich geschützte Interessen der Klägerin nicht ein. Eine berufsrechtlich unzulässige Kommerzialisierung des Arztberufs könne sie nicht geltend machen. Die für Vertragsärzte maßgeblichen Abrechnungsvorschriften betreffen Rechte der Klägerin nicht. Ggf. möge die Rechtsaufsichtsbehörde Maßnahmen ergreifen.

Auf das ihr am 20.2.2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 18.3.2009 Berufung eingelegt. Sie bekräftigt ihr bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor, die Klage sei insgesamt zulässig. Einer konkreten Wiederholungsgefahr bedürfe es für den Antrag auf Unterlassung weiterer Vertragsschlüsse nicht, zumal eine vorbeugende Unterlassungsklage (dazu BSG, Ur. v. 13.1.1993, - [14a/6 RKa 67/91](#) -) nicht in Rede stehe. Maßgeblich sei allein, ob eine Wiederholung der im Vertragsschluss mit der Beigeladenen liegenden Rechtsverletzung drohe. Davon müsse man ausgehen. Auf Vermutungen, etwa über die mit dem Rabattvertrag verbundenen Erwartungen, oder die Zahl möglicher

Anbieter könne es hierfür nicht ankommen. Eine entsprechende Unterlassungserklärung habe die Beklagte verweigert. Damit bestünden Anhaltspunkte dafür, dass sie künftig gleichartige Verträge abschließen werde.

Die Klage sei auch begründet. Die Beklagte habe einen Rabattvertrag nach [§ 130a SGB V](#) abschließen wollen; eine bloße Falschbezeichnung liege nicht vor. Medizinprodukte, wie Blutzuckerteststreifen, seien jedoch kein zulässiger Gegenstand von Rabattverträgen. Das Vierte Kapitel des SGB V stelle ein in sich geschlossenes System dar und sehe in [§§ 126 ff. SGB V](#) Verträge zwischen Krankenkassen und Hilfsmittelerbringern bzw. in [§§ 129 ff. SGB V](#) Verträge über die Arzneimittelversorgung vor. Verträge über Blutzuckerteststreifen seien demgegenüber nicht zugelassen. Daher dürften gesetzliche Krankenkassen solche Verträge auch nicht abschließen. Das ergebe sich mittelbar aus [§ 69 Satz 1 SGB V](#) bzw. aus den Bestimmungen in [§ 31 Sozialgesetzbuch Erstes Buch \(SGB I\)](#) und [§ 30 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#). Danach dürften die Krankenkassen nur Geschäfte zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Aufgaben führen und ihre Mittel nur für diese Aufgaben und die Verwaltungskosten verwenden. Rechte Dritter dürften nicht begründet werden, wenn ein Gesetz dies nicht vorschreibe oder zulasse.

[§ 69 SGB V](#) enthalte einen Gesetzesvorbehalt für die Vertragsbeziehungen der Krankenkassen zu Leistungserbringern und Dritten. Deswegen dürften die Krankenkassen nicht beliebig Verträge abschließen (vgl. KassKomm-Seewald, SGB I, § 31 Rdnr. 3 f.); für ihre Vertragskompetenz sei gesetzlich ein abschließender Katalog der Vertragsformen vorgesehen. Die Wendung "zugelassene Aufgaben" in [§ 30 Abs. 1 SGB IV](#) betreffe fakultative (im Unterschied zu obligatorischen) Aufgaben und nicht Aufgaben jeglicher Art, sofern deren Wahrnehmung nicht verboten sei (vgl. Steinbach, in Hauck/Haines, SGB IV [§ 30](#) Rdnr. 5). Da der Abschluss von Verträgen mit einzelnen Herstellern über die Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerteststreifen im SGB V nicht geregelt sei, dürften solche Verträge auch nicht abgeschlossen werden.

Das Sozialgericht habe verkannt, dass eine Rechtspflicht zur Ausschreibung der in Rede stehenden Verträge auch schon vor dem 18.12.2008 bestanden habe. Das nationale Krankenversicherungsrecht könne nicht festlegen, in welchen Fällen ein Versorgungsvertrag zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ausschreibungspflichtig sei und in welchen nicht. Das folge schon aus [§ 69 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V](#) (in der seinerzeit geltenden, mittlerweile wieder geänderten Fassung), wonach die [§§ 97 bis 115](#) und [128 GWB](#) anzuwenden seien. [§ 69 SGB V](#) a.F. habe zwar nur auf die [§§ 19 bis 21 GWB](#) verwiesen. Gleichwohl sei das Kartellvergaberecht auch vor der Neufassung dieser Vorschrift anwendbar gewesen. Das verdeutliche die Gesetzesbegründung zur Neuregelung, wonach Zweifel an der Anwendbarkeit der Ausschreibungsregelungen auf Versorgungsverträge von Krankenkassen hätten beseitigt werden sollen ([BT-Drs. 16/10609, S. 65](#)). Die Rechtslage sei also nur klargestellt worden. Das Sozialgericht habe die Notwendigkeit einer Ausschreibung des Rabattvertrags insgesamt verkannt. Hierfür komme es allein auf die Vorschriften der [§§ 97 ff. GWB](#) an. Insoweit sei mittlerweile geklärt, dass gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber seien. Der vorliegende Rabattvertrag sei auch ein öffentlicher Auftrag gemäß [§ 99 GWB](#); die Schwellenwerte seien erreicht. Für die Ausschreibungspflicht sei ohne Belang, dass die Preisbildung für Medizinprodukte grundsätzlich frei sei. Das treffe auf nahezu alle Produkte und Dienstleistungen zu, die Gegenstand ausschreibungspflichtiger Verträge sein könnten. Auch ihr, der Klägerin, Marktanteil sei rechtlich unerheblich. Ihr gehe es nicht um eine Marktbeschränkung, sondern um die Durchsetzung von Markttransparenz und Gleichbehandlung aller Anbieter.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 3.2.2009 aufzuheben und

1. die Beklagte zu verurteilen, es künftig zu unterlassen, Rabattverträge nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) über Blutzuckerteststreifen (überhaupt) abzuschließen,

2. festzustellen, dass der mit der Beigeladenen im März 2007 abgeschlossene Vertrag über Blutzuckerstreifen nichtig ist und deswegen nicht mehr vollzogen werden darf sowie der Beklagten aufzugeben, bei fortbestehender Vergabeabsicht, also der fortbestehenden Absicht zum Abschluss von Verträgen über die Lieferung – auch rabattierter – Blutzuckerteststreifen zur Versorgung ihrer Mitglieder mit diesen Produkten ein Vergabeverfahren nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorgaben des Kartellvergaberechts durchzuführen, hilfsweise, auf andere geeignete Weise für ein transparentes, faires und willkürfreies Verfahren bei der Auftragsvergabe Sorge zu tragen,

sowie

3. die Beklagte zu verurteilen, in Verträgen der unter Nr. 2 genannten Art über die Rabattierung von Blutzuckerteststreifen künftig solche Vereinbarungen nicht mehr zu treffen, mit denen Vertragsärzten der Beitritt zum Vertrag erlaubt und ihnen dafür eine Vergütung in Höhe von 20% der erzielten Rabatte versprochen oder gewährt wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Die Beklagte trägt vor, die Klage sei unzulässig. Wenn sie vorliegend an die Vorschriften des GWB gebunden wäre, müsse sich auch der Rechtsschutz nach dem GWB richten. Die Klägerin hätte dann zunächst die Vergabekammer des Bundes anrufen müssen. Dem stehe nicht entgegen, dass nach Ansicht der Klägerin eine so genannte de-facto-Vergabe stattgefunden habe. Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten sei damit unzulässig. Die Klägerin habe nach wie vor auch eine konkrete Rechtsverletzung nicht geltend gemacht. Bei dem Begehren nach Unterlassung weiterer Vertragsschlüsse handele es sich um eine vorbeugende Unterlassungsklage, die ebenfalls unzulässig sei. Was die Durchführung des Vertrages angehe, bestehe diese lediglich darin, dass die Beigeladene eine Ausgleichszahlung leiste. Es sei unter keinen Umständen ersichtlich, inwieweit dadurch Rechte der Klägerin verletzt sein könnten.

Das Vorbringen der Klägerin zum Wettbewerbs- und Vergaberecht wäre allenfalls in einem Verfahren vor der Vergabekammer von Belang. Aus dem Sozialrecht, insbesondere dem SGB V, lasse sich für die Rechtswidrigkeit des Vertrages nichts entnehmen. Die Krankenkassen

seien zu wirtschaftlichem Handeln verpflichtet. Dem diene der vorliegende Vertrag. Folgte man der Auffassung der Klägerin, müsste sie die Teststreifen als Sachleistung zur Verfügung stellen, wäre aber gehindert, mit irgendeinem Leistungserbringer hierüber Verträge abzuschließen. Wären die Teststreifen weder den Arzneimitteln noch den Hilfsmitteln zuzuordnen, gebe es nach Ansicht der Klägerin keine Grundlage für Verträge, weshalb auch Preise nicht vereinbart werden dürften; für die Klägerin wäre dies sicherlich ein Idealzustand. Aus dem SGB V könne solches freilich nicht abgeleitet werden. Im Zweifel wäre von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, die durch die analoge Anwendung anderer Vorschriften geschlossen werden müsste. Da die Blutzuckerteststreifen vom Leistungskatalog der Krankenkassen umfasst seien, gehöre der Abschluss entsprechender Verträge mit Leistungserbringern auch zu den Aufgaben der Krankenkassen. Aus [§ 69 SGB V](#) folge nichts anderes, da die Beigeladene nicht Leistungserbringerin, sondern Herstellerin sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Berufung der Klägerin ist gem. [§§ 143,144,151 SGG](#) statthaft und auch sonst zulässig. Der Senat kann über die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche ohne Einschränkung entscheiden; er ist daran insbesondere durch Vorschriften über den zulässigen Rechtsweg oder die instanzielle Zuständigkeit der (Sozial-)Gerichte oder die Bestimmung in [§ 207 SGG](#) i. d. F. des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 22.12.2010 ([BGBl. I S. 2262](#)) nicht gehindert.

Die Klägerin verfolgt mit Klage und Berufung eine Mehrheit von Ansprüchen: Zunächst soll es der Beklagten (1.) gerichtlich untersagt werden, künftig Rabattverträge i. S. d. [§ 130a SGB V](#) über Blutzuckerstreifen - überhaupt - abzuschließen. Weiter soll (2.) festgestellt werden, dass der mit der Beigeladenen im März 2007 abgeschlossene (Rabatt-)Vertrag über Blutzuckerstreifen nichtig ist und deswegen auch nicht mehr vollzogen werden darf. Außerdem soll die Beklagte dazu verurteilt werden, bei Fortbestehen einer entsprechenden Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren unter Einhaltung der einschlägigen vergaberechtlichen Vorgaben bzw. unter Wahrung der Grundsätze eines transparenten, fairen und willkürfreien Wettbewerbs durchzuführen. Schließlich soll der Beklagten (3.) verboten werden, die Vertragsärzte nach Art des Vertrags mit der Beigeladenen an Rabattverträgen bzw. an den erzielten Rabatten zu beteiligen.

Hinsichtlich der mit den Anträgen Nr. 1 und 3 geltend gemachten Unterlassungsansprüche ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten ohne Weiteres gem. [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) eröffnet. Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheit Dritte betroffen werden.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor. Nach der Grundnorm des [§ 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) sind die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern der gesetzlichen Krankenversicherung im Vierten Kapitel des SGB V (und den hier nicht einschlägigen [§§ 63](#) und [64 SGB V](#)) abschließend geregelt und damit zugleich dem öffentlichen (Sozialversicherungs-)Recht zugeordnet, weswegen Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, die die Versorgungsaufgabe der Krankenkasse betreffen, öffentlich-rechtliche Verträge i. S. d. [§ 53 SGB X](#) darstellen. Zu den Leistungserbringern i. S. d. [§ 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) gehören auch die Unternehmen der Pharmaindustrie, ungeachtet dessen, dass sie Sachleistungen für die gesetzlich Versicherten unmittelbar nicht erbringen. Insoweit gilt ein weiter Begriff des Leistungserbringers, was aus der Überschrift zum Siebten Abschnitt des Vierten Kapitels SGB V, in der die pharmazeutischen Unternehmen erwähnt sind, und aus den an diese Unternehmen gerichteten Bestimmungen des [§ 130a SGB V](#) über Leistungs- und Vergütungsmodalitäten hinsichtlich der Arzneimittelversorgung gesetzlich Versicherter folgt. Aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nach [§ 53 SGB X](#) erwachsende Streitigkeiten sind öffentlich-rechtlicher Natur; das gilt auch für einen klageweise geltend gemachten Anspruch, der sich darauf richtet, den Abschluss solcher Verträge überhaupt oder mit bestimmtem Inhalt zu unterlassen. Dieser Anspruch, gleich welcher rechtlichen Grundlegung (vgl. etwa [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i. V. m. [§ 33 GWB](#)), kann sich nur aus dem öffentlichen (Sozial-)Recht oder damit zusammenhängend aus Grundrechten ergeben.

Eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung i. S. d. [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) liegt ebenfalls unzweifelhaft vor. Gegenstand des Unterlassungsbegehrens sind Verträge über die Erbringung von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung (Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerstreifen nach [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#)). Vertragspartner sind bzw. wären im Fall des Vertragsschlusses die Beklagte als gesetzliche Krankenkasse und - als Konkurrenten der Klägerin - Unternehmen der Pharmaindustrie als Leistungserbringer.

Die mit den Anträgen Nr. 2 verfolgten Rechtsschutzziele können (wie noch darzulegen sein wird) statthaft mit der (allgemeinen) Feststellungsklage des [§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) verfolgt werden. Dann ist der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit jedenfalls für die Feststellung der Vertragsnichtigkeit ohne Weiteres eröffnet. Das folgt wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters des in Rede stehenden Vertrags bzw. des Vorliegens einer Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung (wiederum) aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#). Es kommt - im Hinblick etwa auf die (neuere) Rechtsprechung des EuGH oder des OLG Düsseldorf (vgl. etwa Beschl. v. 16.6.2008, - [VII-Verg 7/08](#) -) - aber auch in Betracht, (schon) auf die (2007 erfolgte) Auftragsvergabe bzw. den Vertragsschluss mit der Beigeladenen die Vorschriften des (materiellen) Kartellvergaberechts ([§§ 97 ff. GWB](#)) anzuwenden (vgl. künftig [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) in der seit 1.1.2011 geltenden Gesetzesfassung). Folgte man außerdem der neueren Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 29.6.2010, - [X ZB 17/08](#) -) wäre - bei Erreichen des Schwellenwerts des [§ 100 Abs. 1 GWB](#) (211.000 EUR, dazu noch im Folgenden) - der Rechtsweg zum Sozialgericht nicht eröffnet gewesen (anders: BSG, Beschl. v. 22.4.2008, - [B 1 SF 1/08 R](#) -). Die Klägerin hätte für ihre Rüge von Verstößen gegen das Kartellvergaberecht um Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren der [§§ 102 ff. GWB](#) vor der Vergabekammer ([§ 102 GWB](#)) nachsuchen und ihre Rechte aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) (Einhaltung der Vergabevorschriften) dort bzw. vor dem Beschwerdegericht (OLG) geltend machen müssen ([§ 104 Abs. 2 GWB](#)). Das gälte auch für die von der Klägerin begehrte Feststellung, dass der mit der Beigeladenen über Blutzuckerstreifen abgeschlossene Vertrag mangels erforderlicher Ausschreibung nichtig ist (und deswegen nicht mehr vollzogen werden darf). Diese Feststellung können die Vergabekammern im Nachprüfungsverfahren der [§§ 102 ff. GWB](#) treffen (vgl. nur etwa LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. v. 10.9.2009, - [L 21 KR 53/09 SFB](#) -; Beschl. v. 8.10.2009, - [L 21 KR 44/09 SFB](#) - und OLG Dresden, Beschl. v. 12.10.2010, - [WVerg 0009/10](#) -).

Soweit schließlich die künftige Unterlassung wettbewerbswidrigen - vergaberechtswidrigen - Verhaltens der Beklagten begehrt wird, könnten die Sozialgerichte für eine solche - privatrechtliche, nämlich wettbewerbsrechtliche - Streitigkeit nach [§ 51 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) zuständig (gewesen) sein; danach entscheiden die Sozialgerichte nicht nur über öffentlich-rechtliche, sondern auch über privatrechtliche

Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Allerdings sind gem. [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) in der seit 1.1.2011 geltenden Gesetzesfassung die Vorschriften des Vierten Teils des GWB über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Kartellvergaberecht) auf Verträge nach [§ 69 SGB V](#) anzuwenden; zugleich sind kartellvergaberechtliche Streitigkeiten - Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) zum Gegenstand haben - gem. 51 Abs. 3 SGG in der seit 1.1.2011 geltenden Gesetzesfassung von der Zuständigkeit der Sozialgerichte ausgenommen. Damit kann der Rechtsweg zu den Sozialgerichten in Streitigkeiten der vorliegenden Art künftig allenfalls dann noch eröffnet sein, wenn der Schwellenwert des [§ 100 Abs. 1 GWB](#) nicht erreicht und damit der Vierte Teil des GWB nicht anwendbar ist (zur Zuständigkeit der Zivilgerichte im "Unterschwellenbereich" außerhalb des Sozialrechts BVerwG, Urt. v. 2.5.2007, - [6 B 10/07-](#)).

Der Senat muss über all diese Fragen im vorliegenden Berufungsverfahren indessen nicht abschließend entscheiden. Es kommt für die Zulässigkeit der Berufung der Klägerin ausschlaggebend hierauf nicht an. Das folgt aus [§ 98 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 17a Abs. 5 GVG](#). Danach prüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine in der Hauptsache ergangene Entscheidung zu befinden hat, nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Mit dieser Prüfungssperre sollen das Rechtsmittelgericht entlastet und die Verfahrensdauer verkürzt werden. Voraussetzung ist freilich, dass die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit hatten, eine Entscheidung (des Gerichts des ersten Rechtszugs) zur Rechtswegfrage herbeizuführen (vgl. etwa NK/VwGO-Ziekow [§ 17a GVG](#) Rdnr. 45) bzw. hierzu vorzutragen. Das war hier im Verfahren vor dem Sozialgericht der Fall. Damit bleibt es beim von der Klägerin eingeschlagenen Rechtsweg und der Zuständigkeit des Senats für die Berufungsentscheidung im vorliegenden Fall. Es kann auch offen bleiben, ob ggf. das Sozialgericht oder das Landessozialgericht in erster Instanz (vgl. § 29 Abs. 5 in der bis 31.10.2010 geltenden Gesetzesfassung) hätte entscheiden müssen; für die instanzielle Zuständigkeit gilt die Prüfungssperre des [§ 98 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 17a Abs. 5 GVG](#) entsprechend (vgl. BVerwG Beschl. v. 8.1.2004, - [4 B 113/03](#) - zu [§ 83 VwGO](#) (entspricht [§ 98 SGG](#)); LSG NW, Beschl. v. 16.3.10, - [L 7 AS 191/10 KL](#) -; LSG Bay Beschl. v. 19.2.09, - [L 8 SO 17/09 ER](#) -).

Die zum 1.1.2011 in Kraft getretenen Neuregelungen des AMNOG stehen einer Entscheidung des Senats ebenfalls nicht im Weg. Zwar unterliegt die zum 1.1.2011 in Kraft getretene Vorschrift des [§ 51 Abs. 3 SGG](#), die künftig Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB über Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) von der Zuständigkeit der Sozialgerichte ausnimmt, nicht der Prüfungssperre des [§ 98 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 17a Abs. 5 GVG](#). [§ 17a Abs. 5 GVG](#) beruht nämlich auf der Erwägung, dass die Rechtswegfrage im ersten Rechtszug zu klären ist und eine entsprechende Entscheidung des Instanzgerichts ggf. im Beschwerdeverfahren ([§ 17a Abs. 4 GVG](#)) überprüft werden kann (vgl. NK-VwGO/Ziekow, [§ 17a GVG](#) Rdnr. 42); dies kommt für [§ 51 Abs. 3 SGG](#) n.F. ersichtlich nicht in Betracht. Jedoch bleibt es nach den allgemeinen Grundsätzen der perpetuatio fori ([§ 98 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 17 Abs. 1 Satz 1 GVG](#)), die auch für nach Rechtshängigkeit eintretende Rechtsänderungen gelten (NK-VwGO/Ziekow, [§ 17 GVG](#) Rdnr. 20 m., N. zur Rechtsprechung), bei der Zuständigkeit des ursprünglich angerufenen Sozialgerichts und damit im Berufungsverfahren auch des Senats. Daran ändert auch die Sondervorschrift für die Behandlung anhängiger Verfahren in [§ 207 Satz 1 SGG](#) i. d. F. des Art. 2 Nr. 5 AMNOG nichts. Diese Bestimmung ist gegenständlich beschränkt auf Verfahren in Streitigkeiten über Entscheidungen von Vergabekammern. Solche am 28.12.2010 beim LSG anhängige Verfahren gehen in dem Stadium, in dem sie sich befinden, auf das für den Sitz der Vergabekammer zuständige OLG über. Um eine Streitigkeit dieser Art handelt es sich hier aber nicht, da eine Entscheidung der Vergabekammer nicht vorliegt und deswegen auch nicht Gegenstand der Streitigkeit i. S. d. [§ 207 Satz 1 SGG](#) sein kann. Die Vorschrift kann im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtsmittelsicherheit (dazu BVerwG, Urt. v. 24.3.2010, - [4 CN 3/09](#) - unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG) weder erweiternd ausgelegt noch entsprechend angewendet werden.

II.

Die Berufung ist nicht begründet. Das Sozialgericht hat die Klage der Klägerin zu Recht abgewiesen. Sie ist hinsichtlich der Anträge Nr. 1 und 3 unzulässig, was die Unbegründetheit der Berufung zur Folge hat. Hinsichtlich des Antrags Nr. 2 erweist sich die Klage als unbegründet.

1.) Mit dem mit den Anträgen Nr. 1 und 3 verfolgten Begehren will die Klägerin der Beklagten gerichtlich untersagen lassen, künftig über Blutzuckerteststreifen Rabattverträge i. S. d. [§ 130a SGB V](#) bzw. Verträge nach Art des Vertrags mit der Beigeladenen (überhaupt) abzuschließen, weil die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags, im Besonderen des Rabattvertrags nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#), ihrer Ansicht nach hierfür rechtlich nicht zur Verfügung steht, bzw. die Vertragsärzte durch entsprechende Vertragsbestimmungen an den vereinbarten Rabatten zu beteiligen. Für diese Klagen fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis (unten a); offen bleiben kann deswegen, ob die Klägerin klagebefugt wäre (unten b).

a.) Die mit den Anträgen Nr. 1 und 3 geltend gemachten Rechtsschutzziele sind statthaft mit der (allgemeinen) Leistungsklage gem. [§ 54 Abs. 5 SGG](#) zu verfolgen. Danach kann mit der Klage die Verurteilung zu einer Leistung, auf die ein Rechtsanspruch besteht, auch dann begehrt werden, wenn ein Verwaltungsakt nicht zu ergehen hatte. Zur Leistung in diesem Sinne gehört auch das Unterlassen, weswegen die Unterlassungsklage einen Unterfall der Leistungsklage darstellt (vgl. nur etwa BSG, Urt. v. 27.10.2009, - [B 1 KR 4/09 R](#) -; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 9.12.2008, - [L 11 KR 776/07](#) -). Soll der Beklagte zur Unterlassung eines Verwaltungsakts ([§ 31 SGB X](#)) oder einer anderen Entscheidung verurteilt werden, gegen die (wie gegen Verwaltungsakte durch Anfechtungsklage gem. [§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) nachträglicher Rechtsschutz stattfindet, handelt es sich um vorbeugenden Rechtsschutz. Vorbeugende Klagen sind zwar nicht grundsätzlich unzulässig. Allerdings bedürfen sie eines qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses. Denn der sozialgerichtliche (wie der verwaltungsgerichtliche) Rechtsschutz ist grundsätzlich nachgängiger Rechtsschutz. Die rechtsprechende Gewalt ist nämlich darauf verwiesen, die Tätigkeit der Verwaltung im Nachhinein am Maßstab von Recht und Gesetz zu überprüfen. Darin besteht ihr Kontrollmandat. In das Handlungsmandat der vollziehenden Gewalt darf sie nicht eingreifen. Deshalb ist es den Gerichten grundsätzlich nicht erlaubt, der Behörde im Vorhinein den Erlass bestimmter Entscheidungen zu verbieten oder vorzuschreiben. Die öffentlich-rechtlichen Prozessgesetze und damit auch das Sozialgerichtsgesetz stellen demzufolge ein System nachgängigen Rechtsschutzes bereit, mit dem das Verfassungsgebot, effektiven Rechtsschutz zu gewähren ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)), erfüllt ist. Das gilt sowohl für die Klageverfahren wie für die Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. In aller Regel ist daher abzuwarten, bis die Verwaltung gehandelt hat. Danach kann Klage bei Gericht erhoben und, sofern notwendig, um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht werden.

Anderes gilt wegen des Verfassungsgebots effektiven Rechtsschutzes ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) nur dann, wenn der Verweis auf die Inanspruchnahme nachgängigen Rechtsschutzes, auch nachgängigen vorläufigen Rechtsschutzes, mit unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre. Deshalb muss ein gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzinteresse vorliegen,

woran es regelmäßig fehlt (vgl. dazu etwa BSG, Urt. v. 15.11.1995, - [6 RKa 17/95](#) -; [BVerwGE 81, 329](#), 347; auch Senatsbeschluss vom 20.4.2006 - [L 5 KR 890/06 ER-B](#) -).

Hier soll der Beklagten zwar nicht der Erlass eines Verwaltungsakts, sondern der Abschluss (bestimmter) öffentlich-rechtlicher Verträge mit Dritten im Vorhinein für die Zukunft untersagt werden. Auch dafür steht aber nachgängiger Rechtsschutz grundsätzlich zur Verfügung, den die Klägerin ggf. in Anspruch nehmen muss. Daran ändert es nichts, dass die Beklagte in der Vergangenheit den von der Klägerin monierten Vertrag mit der Beigeladenen abgeschlossen hat. Gleichwohl geht es nämlich darum, künftiges Handeln der Beklagten, dessen Inhalt im Übrigen nicht von vornherein als gänzlich feststehend unterstellt werden kann, gerichtlich im Vorhinein unterbinden zu lassen. Die besonderen Rechtsgrundsätze, die unter Geltung des UWG für entsprechende Unterlassungsklagen maßgeblich sind (vgl. etwa BGH, Urt. v. 11.9.2008, - [1ZR 74/06](#) -; auch OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 14.1.2011, - [16 W 120/10](#) - mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 23.2.2006, - [1ZR 164/03](#) -) sind vorliegend nicht einschlägig. Auch der Unterlassungsanspruch nach [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i. V. m. [§ 33 GWB](#) steht nicht in Rede; etwaige Verstöße gegen Vorschriften des GWB sind Gegenstand der unter Nr. 2 gestellten Anträge. Die Klägerin kann beim künftigen Abschluss eines ihrer Ansicht nach gesetzwidrigen und ihre (subjektiv-öffentlichen) Rechte verletzenden Verwaltungsvertrags Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags erheben ([§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#); vgl. etwa LSG Sachsen, Beschl. v. 3.3.2008, - [L 3 B 187/07 AS-ER](#) - m. N.). Bei Eilbedürftigkeit, etwa im Hinblick auf drohende Rechtsbeeinträchtigungen durch den Vollzug des Vertrags, kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. [§ 86b Abs. 2 SGG](#) in Betracht. Steht im Besonderen zu befürchten, dass der Vertragsschluss unter Verletzung des Kartellvergaberechts, namentlich ohne ordnungsgemäße Ausschreibung, erfolgen wird, findet (Primär-)Rechtsschutz nach den entsprechenden Gesetzesänderungen durch das AMNOG im Nachprüfungsverfahren gem. [§§ 102 ff. GWB](#) statt (vgl. [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) bzw. [§ 51 Abs. 3 SGG](#)). In entsprechender Weise kann um vorläufigen Rechtsschutz bei den Sozialgerichten nachgesucht werden, wenn das Kartellvergaberecht (etwa wegen Unterschreitens des maßgeblichen Schwellenwerts - [§ 100 Abs. 1 GWB](#)) nicht anwendbar ist, und die Verletzung des (gleichwohl bestehenden - dazu noch im Folgenden) Rechts auf Teilhabe an einem fairen, transparenten und willkürfreien Wettbewerb droht. Auf diese Rechtsbehelfe des nachgängigen bzw. vorläufigen Rechtsschutzes muss sich die Klägerin verweisen lassen. Dass ihr dies aus besonderen Gründen nicht zumutbar wäre, weil sie effektiven Rechtsschutz ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) mit den genannten Rechtsbehelfen nicht erlangen könnte, ist weder substantiiert dargetan noch sonst ersichtlich, zumal die Beklagte offenbar gar nicht die hinreichend konkrete Absicht hat, künftig weitere Verträge der in Rede stehenden Art abzuschließen, die Klägerin dies vielmehr nur abstrakt befürchtet.

b.) Auch die Leistungsklage (Unterlassungsklage) gem. [§ 54 Abs. 5 SGG](#) ist nur bei Vorliegen der Klagebefugnis zulässig (vgl. etwa LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 3.5.2007, - [L 16 KR 102/06](#) -; Senatsbeschluss vom 27.2.2008 - L5 KR 507/08 ER-B -). Insoweit gilt [§ 54 Abs. 1 Satz 2 SGG](#) entsprechend. Danach ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, die Klage nur zulässig, wenn der Kläger behauptet - hier durch die zu unterlassende Rechtshandlung, also den Abschluss von Verwaltungsverträgen überhaupt bzw. mit bestimmtem Inhalt - beschwert zu sein. Es muss die Möglichkeit bestehen, dass er dadurch in eigenen (subjektiv-öffentlichen) Rechten verletzt sein kann (vgl. etwa LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22.4.2010, - [L 25 AS 1859/08](#) - m. N.). Hieran bestehen jedenfalls Zweifel, die allerdings im vorliegenden Berufungsverfahren nicht abschließend geklärt werden müssen.

Die Klägerin beruft sich im Kern auf das ihr (als juristischer Person des privaten Rechts gem. [Art. 19 Abs. 3 GG](#)) zustehende Grundrecht der Berufsfreiheit ([Art. 12 Abs. 1 GG](#)). Dieses Grundrecht schützt mit der Berufsausübungsfreiheit (auch) die unternehmerische Betätigung und als deren Bestandteil die Wettbewerbsfreiheit, also das Recht auf den Versuch, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen (vgl. etwa Sodan, [GG Art. 12](#) Rdnr. 14). In dieses Grundrecht wird indessen nicht stets schon dann eingegriffen, wenn ein Nachfrager, hier eine gesetzliche Krankenkasse Verträge, sei es als Rabattverträge ([§ 130a SGB V](#)), sei es als allgemeine öffentlich-rechtliche Verträge ([§ 53 SGB X](#)), überhaupt mit Dritten abschließt. Aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) (oder auch aus [Art. 14 GG](#) oder [Art. 2 Abs. 1 GG](#)) erwächst dem Wettbewerber naturgemäß nicht das Recht, den Wettbewerb als solchen zu unterbinden. Das dürfte im Ausgangspunkt auch dann zu gelten haben, wenn ein Hoheitsträger beim Vertragsschluss mit Wettbewerbern im Einzelfall (nur) deswegen rechtswidrig handelt, weil der Vertragsschluss (hier) nach näherer Maßgabe des [§ 130a SGB V](#) oder der [§§ 53 ff. SGB X](#) nicht zulässig ist. Dabei dürfte es sich grundsätzlich um Verletzungen allein objektiven Rechts handeln, zu dessen Geltendmachung nicht jeder Wettbewerber per se befugt ist. Dieses Recht erwächst ihm ohne Weiteres auch nicht aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit ([Art. 12 Abs. 1 GG](#)). Nicht jede (faktische) Fernwirkung jedweden Verwaltungshandelns stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, der den Rechtfertigungserfordernissen dieses Grundrechts unterworfen wäre. Hierfür ist vielmehr eine objektiv berufsregelnde Tendenz des Verwaltungshandelns notwendig (zu diesem Erfordernis Sodan, [GG Art. 12](#) Rdnr. 20 m. N. zur Rechtsprechung des BVerfG). Daran kann es fehlen, wenn lediglich die mangelnde Vertragskompetenz des Hoheitsträgers für eine bestimmte vertragliche Gestaltung gerügt ist. Da der Gesetzesvorbehalt für den Abschluss von Verwaltungsverträgen nicht gilt (dazu noch im Folgenden) und es hinsichtlich des Gesetzesvorrangs einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch nicht gibt, unterliegt das Vertragshandeln (auch) der Krankenkassen nicht der (mittelbaren) "Rechtskontrolle" aller potentiellen Vertragspartner, etwa aus dem Kreis der Pharmaunternehmen. Anderes muss freilich gelten, wenn das Vertragshandeln auf einem Markt stattfindet, der hinsichtlich des Marktzugangs in besonderem Maße staatlich reguliert ist, wie es im Gesundheitswesen bspw. hinsichtlich der Erbringung vertragsärztlicher Leistungen oder der Versorgung gesetzlich Versicherter mit Hilfsmitteln der Fall ist, und Verträge der Krankenkassen bzw. die Auswahl ihrer Vertragspartner deshalb den "Marktstatus" des nicht zum Zuge kommenden Wettbewerbers besonders nachhaltig betreffen (vgl. dazu BSG, Urt. v. 10.3.2010, - [B 3 KR 26/08 R](#) -). Ob die Grundsätze, die das BSG im genannten Urteil vom 10.3.2010 ([a. a. O.](#)) aufgestellt hat, uneingeschränkt auch für Verträge der Krankenkassen mit Herstellern von Medizinprodukten der in Rede stehenden Art (Blutteststreifen i. S. d. [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#)) gelten, mag fraglich erscheinen, kann jedoch offen bleiben. Das gilt auch für die weitere Rüge der Klägerin hinsichtlich etwaiger Verletzungen des ärztlichen Berufsrechts oder des Vertragsarztrechts durch die monierte Beteiligung der Vertragsärzte am vertraglichen Rabattmodell der Beklagten. Die Therapiefreiheit der Vertragsärzte wird jedenfalls nicht eingeschränkt. Eine Kommerzialisierung des Arztberufs mit der weiteren Folge, dass deswegen der Wettbewerb unzulässig verzerrt und dadurch Rechte der Klägerin verletzt sein könnten, misst der Senat der den Ärzten eröffneten Teilhabe am Rabattmodell der Beklagten ebenfalls nicht bei. Entsprechende, hinreichend gewichtige Wirkungen auf das ärztliche Verordnungsverhalten gehen von dem Vertrag bzw. der möglichen Beteiligung der Vertragsärzte am Rabattmechanismus und einer Privilegierung bei Wirtschaftlichkeitsprüfungen nicht aus, zumal es auch den Versicherten überlassen bleibt, für welche Blutteststreifen sie sich entscheiden wollen und ein bezifferbarer Vorteil für die Vertragsärzte nicht eingeräumt ist. Die eher schwache (Steuerungs-)Wirkung des Vertrags bzw. etwaiger Beitritte von Vertragsärzten zum Rabattmodell der Beklagten hat sich letztendlich darin gezeigt, dass der Umsteuerungseffekt zu Gunsten der Blutzuckerteststreifen der Beigeladenen offensichtlich gering ausgefallen ist.

Rechte der Klägerin, auch Grundrechte, sind in Fallgestaltungen der vorliegenden Art nach Auffassung des Senats letztendlich (und wohl

auch nur dann) möglicherweise verletzt mit der Folge einer Klagebefugnis, wenn dem Schutz der Klägerin dienende Vorschriften und Grundsätze des Wettbewerbsrechts, wie das Recht auf Wettbewerbstransparenz und Gleichbehandlung im Wettbewerb (vgl. [§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#)) - oder das aus [Art 12 Abs. 1](#) und 3 Abs. 1 GG fließende Recht auf Teilhabe an einem transparenten, fairen und willkürfreien Wettbewerb - verletzt sein können. Das gilt insbesondere für die Vorgaben des ggf. anzuwendenden Vergaberechts. Insoweit bestimmt etwa [§ 97 Abs. 7 GWB](#) ausdrücklich, dass die Unternehmen Anspruch darauf haben, dass der (öffentliche) Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (vgl. auch etwa Senatsbeschluss vom 27.2.2008 - L5 KR 507/08 ER-B -). Dies ist indessen nicht Gegenstand der unter Nr. 1 und 3 gestellten Klaganträge, sondern allein Gegenstand des Klagantrags Nr. 2.

2.) Mit dem im Klagantrag Nr. 2 verfolgten Begehren will die Klägerin gerichtlich feststellen lassen, dass der mit der Beigeladenen im März 2007 abgeschlossene Vertrag über Blutzuckerteststreifen wegen Verstößen gegen das Sozialversicherungsrecht ([§ 130a SGB V](#)) und das Kartellvergaberecht, ggf. wegen entsprechender Grundrechtsverletzungen, nichtig ist und deswegen nicht mehr vollzogen werden darf. Außerdem soll der Beklagten aufgegeben werden, bei fortbestehender Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren unter Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben durchzuführen. Diese Klage erweist sich als zwar zulässig, jedoch unbegründet.

a.) Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage (Antrag Nr. 2) ist über die Rechtswegfrage nicht zu befinden. Diese war, wie dargelegt, bei Klageerhebung auch unter den Vergabekammern und Gerichten streitig und ist nach dem Beschluss des BSG vom 22.4.2008 (- [B 1 SF 1/08 R](#) -) immer noch rechtspolitisch streitig geblieben (vgl. BGH, Beschl. v. 29.6.2010, - [X ZB 17/08](#) -); der Gesetzgeber hat den Rechtsweg zunächst für die in Rede stehenden Streitigkeiten zu den Sozialgerichten eröffnet, nunmehr mit dem AMNOG mit Wirkung ab 1.1.2011 den (Primär-)Rechtsschutz des Kartellvergaberechts vorgesehen. Die Klägerin hat sich insbesondere im Hinblick auf die Rechtsansicht der Vergabekammer Karlsruhe, der sich der Senat in seinen Beschlüssen vom 6.2.2007 (- [L 5 KR 316/08 B](#) -) und 18.2.2007 (- [L 5 KR 528/08 B](#) -) angeschlossen hat, dazu entschieden, um Rechtsschutz nicht vor der Vergabekammer, sondern vor dem Sozialgericht nachzusuchen. Dabei bleibt es, wie dargelegt, für das vorliegende Berufungsverfahren; der Senat hat für seine Entscheidung die Rechtswegfrage nicht (mehr) zu überprüfen.

Beide Begehren - Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags mit der Beigeladenen und Feststellung der Verpflichtung, Aufträge der in Rede stehenden Art künftig ordnungsgemäß auszuschreiben - kann die Klägerin statthaft mit der Feststellungsklage verfolgen. Insbesondere liegt jeweils ein konkretes und feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. d. [§ 51 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) vor. Hieran und - damit zusammenhängend (vgl. dazu auch Senatsurteil vom 7.5.2008, - [L 5 KR 6125/06](#) -) - an der Klagebefugnis der Klägerin bestehen keine Zweifel. Sie kann geltend machen, durch den von der Beklagten gänzlich ohne Ausschreibung vorgenommenen und deswegen auf einer (in der Vergangenheit praktizierten) de-facto-Vergabe beruhenden Abschluss des Vertrags mit der Beigeladenen als ihrer Wettbewerberin und ebenso durch weitere (in der Zukunft vorzunehmende) de-facto-Vergaben zugunsten anderer Wettbewerber möglicherweise in subjektiven Rechten auf Teilhabe an einem fairen, transparenten und willkürfreien Wettbewerb ([Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG](#)) verletzt zu sein (vgl. auch etwa Senatsbeschluss vom 27.2.2008 - L5 KR 507/08 ER-B -). Bei Anwendung des Kartellvergaberechts kann sie sich in entsprechender Weise auf die ihrem Schutz dienenden Vorschriften und Grundsätze des Wettbewerbsrechts, wie das Recht auf Wettbewerbstransparenz und Gleichbehandlung im Wettbewerb (vgl. [§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#)) berufen. Insoweit bestimmt [§ 97 Abs. 7 GWB](#) auch ausdrücklich, dass die Unternehmen Anspruch darauf haben, dass der (öffentliche) Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Hinsichtlich des auf die künftige Einhaltung vergaberechtlicher Vorgaben gerichteten Begehrens fehlt es auch nicht am Rechtsschutzbedürfnis, ungeachtet dessen, dass dieses Begehren an sich ebenfalls Elemente vorbeugenden Rechtsschutzes enthält. Indessen ist für den kartellvergaberechtlichen (Primär-)Rechtsschutz anerkannt, dass der Auftraggeber nach Feststellung der Nichtigkeit eines vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrags bei fortbestehender Vergabeabsicht dazu verpflichtet werden kann, ein (künftiges) Vergabeverfahren unter Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben durchzuführen. Hieran besteht wegen der Besonderheiten der Auftragsvergabe an untereinander im Wettbewerb stehende Unternehmen ein spezifisches Rechtsschutzbedürfnis. Das gilt nach Auffassung des Senats nicht nur in den Fällen, in denen der Wettbewerber (bei Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts) seine Rechte aus [§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#) im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern verfolgt ([§ 97 Abs. 7 GWB](#)), sondern auch dann, wenn er diese Rechte oder (bei Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts) seine (unmittelbar) grundrechtsverbürgten Rechte auf Fairness und Transparenz im Wettbewerb um öffentliche Aufträge vor dem Sozialgericht geltend macht.

b.) Der Vertrag zwischen der Beklagten und der Beigeladenen ist rechtswirksam, weswegen die auf die Feststellung der Vertragsnichtigkeit gerichtete Klage der Klägerin zu Recht abgewiesen worden ist (unten aa). Zwar muss die Beklagte bei beabsichtigten künftigen Auftragsvergaben der in Rede stehenden Art die erforderlichen Vorkehrungen für die Durchführung eines transparenten, fairen und willkürfreien Vergabeverfahrens treffen. Hierzu ist sie gleichwohl nicht zu verurteilen, weil ein entsprechender Rechtsverstoß angesichts der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung bzw. der Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung künftig nicht (mehr) zu besorgen ist, was der Senat als Erfordernis des geltend gemachten materiellen Anspruchs und nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage ansieht (unten bb).

aa.) Bei dem unter den Beteiligten streitigen Vertrag handelt es sich, wie dargelegt, um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. [§§ 53 ff. SGB X](#). Die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ist abschließend in [§ 58 SGB X](#) geregelt (von Wulffen, SGB X [§ 58](#) Rdnr. 3). Der vorliegende Vertrag zwischen Krankenkasse und Pharmaunternehmen als Leistungserbringer ist nicht als subordinationsrechtlicher Vertrag i. S. d. [§ 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) einzustufen, weswegen die besonderen Nichtigkeitstatbestände des [§ 58 Abs. 2 SGB X](#) nicht einschlägig sind. Diese wären auch nicht erfüllt. Daher kann sich die Nichtigkeit des Vertrags gem. [§ 58 Abs. 1 SGB X](#) nur aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergeben. Hierfür kommen die Bestimmungen in [§ 134 BGB](#) (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) und [§ 138 BGB](#) (Sittenwidrigkeit) in Betracht. Gem. [§ 134 BGB](#) ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Verbotsgesetze in diesem Sinn sind Vorschriften, die eine nach der Rechtsordnung grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen. Die Rechtsfolgen eines Gesetzesverstoßes müssen ggf. durch Auslegung des Verbotsgesetzes ermittelt werden, (vgl. nur Palandt, [BGB § 134](#) Rdnr. 5). Dabei ist maßgeblich, dass für den Abschluss von Verwaltungsverträgen eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht erforderlich ist. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes gilt nicht (vgl. auch BSG, Urte. v. 10.3.2010, - [B 3 KR 26/08 R](#) -). Verwaltungsverträge unterliegen freilich dem Gesetzesvorrang, was in [§ 53 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) insoweit zum Ausdruck kommt, als dem Abschluss von Verwaltungsverträgen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen dürfen. Deswegen kann die Befugnis zum Handeln durch Verwaltungsvertrag gesetzlich begrenzt werden. Das ist etwa der Fall, wenn den Krankenkassen verbindlich ein abschließender Katalog möglicher Vertragsformen vorgegeben ist (BSG, Urte. v. 10.3.2010, - [B 3 KR 26/08 R](#) - zu Verträgen über die Hilfsmittelversorgung nach [§§](#)

[126 ff. SGB V](#)). Allerdings führt (auch) die Überschreitung einer gesetzlich festgelegten Vertragskompetenz (bzw. -befugnis) und damit die Verletzung der Gesetzesbindung der Verwaltung per se nicht zur Vertragsnichtigkeit. Nichtigkeit ist nur bei qualifizierten Rechtsverstößen anzunehmen. Maßgeblich ist, ob eine zwingende Rechtsnorm besteht, die nach ihrem Sinn und Zweck die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbietet oder einen bestimmten Inhalt des Vertrags ausschließt. Nichtigkeit liegt danach etwa vor, wenn eine zwingende Rechtsvorschrift ein Verwaltungshandeln durch Vertrag überhaupt verbietet (von Wulffen, SGB X [§ 58 Rdnr. 6 m. w. N.](#)).

(1) Hinsichtlich des Inhalts des Vertrags rügt die Klägerin letztendlich einen Verstoß gegen [§ 130a SGB V](#). [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) enthält ein gesetzliches Verbot (i. S. d. [§ 134 BGB](#)) für den Abschluss von Rabattvereinbarungen außerhalb der Arzneimittelversorgung gesetzlich Versicherter indessen nicht. Der Vertrag, den die Beklagte mit der Beigeladenen über die Rabattierung von Blutzuckerteststreifen abgeschlossen hat, ist daher nicht deswegen unwirksam, weil er als Rabattvertrag ([§ 130a SGB V](#)) bezeichnet und abgeschlossen worden ist.

Gem. [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) können (u.a) Krankenkassen mit pharmazeutischen Unternehmen zusätzlich zu den Abschlägen nach [§ 130a Abs. 1](#) und 2 SGB V Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren. [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) knüpft damit zum einen an den Rabatt des [§ 130a Abs. 1 SGB V](#) an. Außerdem löst ein Rabattvertrag dieser Art die in [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) festgelegte Pflicht der Apotheke aus, ein Arzneimittel ggf. durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel zu ersetzen, für das ein Rabattvertrag nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) geschlossen wurde. Damit können Rabattverträge nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) nur über (apothekenpflichtige) Arzneimittel geschlossen werden, die einem (hier nicht näher darzulegenden, dazu auch Senatsurteil vom 16.1.2008, - [L 5 KR 3869/05](#) -) besonderen Preisrecht und den gesetzlichen Rabattmechanismen des [§ 130a SGB V](#) unterworfen sind. Bluttteststreifen sind zwar gem. [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) in die Arzneimittelversorgung der gesetzlich Versicherten einbezogen, begrifflich aber den in dieser Vorschrift ebenfalls erwähnten Arzneimitteln gegenüber gestellt. Bei den Bluttteststreifen handelt es sich um Medizinprodukte (vgl. [§ 3 Medizinproduktegesetz](#)), auf die das besondere Preisrecht der Arzneimittel und die für diese etablierten sozialversicherungsrechtlichen Rabattmechanismen nicht anzuwenden sind. Deswegen ist den Krankenkassen der Abschluss eines (öffentlich-rechtlichen) Vertrags über die Rabattierung von Bluttteststreifen in Anlehnung an das Regelungsmodell des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) aber nicht verboten mit der Folge, dass gleichwohl geschlossene Verträge unwirksam wären. [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) führt die Gestaltungsform des Rabattvertrags über Arzneimittel als ein Element der Regelungsmechanismen ein, die zur Begrenzung der Arzneimittelausgaben in der gesetzlichen Krankenversicherung beitragen sollen. Darin erschöpft sich der Regelungsgehalt der Vorschrift. Sie spricht insbesondere weder explizit noch implizit aus, dass das Handlungsmittel des Rabattvertrags mit pharmazeutischen Unternehmen nur und ausschließlich in der Arzneimittelversorgung erlaubt und entsprechende rechtliche Gestaltungen in allen anderen Leistungsbereichen - hinsichtlich jeglicher Medizinprodukte - dagegen verboten sein sollen. Insoweit ist den Krankenkassen ein abschließender Katalog möglicher Vertragsformen (vgl. zur Hilfsmittelversorgung BSG, Urt. v. 10.3.2010, - [B 3 KR 26/08 R](#) -), dessen Verletzung zur Nichtigkeit eines Vertrags außerhalb des "Katalogs" führen könnte, nicht vorgegeben. Verträge der in Rede stehenden Art bleiben deswegen auch in Ansehung der Sondervorschrift über Rabattverträge in [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) als allgemeine öffentlich-rechtliche Verträge nach [§§ 53 ff. SGB X](#) zulässig. Die Krankenkassen dürfen solche vertraglichen Gestaltungsformen zur Preisdämpfung bei der Beschaffung der ihren Mitgliedern als Sachleistung zu gewährenden Medizinprodukte und damit zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen Versorgung einsetzen.

(2) Hinsichtlich der Umstände des Zustandekommens des Vertrags rügt die Klägerin der Sache nach, dass er auf einer de-facto-Vergabe ohne ordnungsgemäße Ausschreibung beruht. Dies führt vorliegend indessen ebenfalls nicht zur Nichtigkeit des Vertrags.

Wie dargelegt, bewirkt nicht jede Gesetzesverletzung gem. [§ 58 Abs. 1 SGB X](#) i. V. m. [§ 134 BGB](#) die Nichtigkeit des Verwaltungsvertrags. Das gilt namentlich für Rechtsverletzungen im Vorfeld des Vertragsschlusses, insbesondere im Hinblick auf etwaige Rechtsverstöße bei der Auswahl des Vertragspartners, weil, wie die Klägerin rügt, infolge einer de-facto-Vergabe des Auftrags eine ordnungsgemäße Ausschreibung nicht stattgefunden hat. Dabei spielt es für diese Rechtsfolge keine ausschlaggebende Rolle, ob das Kartellvergaberecht auf den in Rede stehenden Vertrag anwendbar war oder nicht.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen von Vergaberechtsverstößen ist von dem Grundsatz auszugehen, dass auch der unter Verletzung des Vergaberechts geschlossene Vertrag rechtsgültig ist (vgl. nur etwa OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.4.2010, - [Verg W 5/10](#) -). Das ist in [§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) gesetzlich verankert. Nach dieser Vorschrift kann ein wirksam erteilter Zuschlag nämlich (im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren) nicht aufgehoben werden. Abweichend davon tritt Nichtigkeit nur dann ein, wenn diese Rechtsfolge (oder die schwebende Unwirksamkeit des Vertrags) durch Gesetz besonders angeordnet ist. Das ist (jetzt) etwa gem. [§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB](#) n.F. der Fall. Danach ist ein Vertrag (bei gem. [§ 101b Abs. 2 GWB](#) fristgerechter Geltendmachung des Rechtsverstoßes) von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. Dieser Tatbestand regelt die auch hier vorliegende de-facto-Vergabe. Er ist indessen nicht anwendbar, da nach der Übergangsregelung in [§ 131 Abs. 8 GWB](#) n.F. noch das am 24.4.2009 geltende Recht maßgeblich ist. Dieses kannte einen der Bestimmung in [§ 101b GWB](#) gleichkommenden Unwirksamkeitstatbestand (in [§ 13 Satz 6 VgV](#) a.F.) noch nicht.

Nichtigkeit konnte danach - bei Anwendung des Kartellvergaberechts - nur gem. [§ 13 Satz 6 Vergabeverordnung \(VgV\)](#) a.F. (i. V. m. [§ 58 Abs. 1 SGB X](#)) eintreten. Danach war ein Vertrag, der abgeschlossen wurde, ohne die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, nach näherer Maßgabe des [§ 13 Satz 1 bis 5 VgV](#) a.F. vorher zu informieren, unwirksam. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist sie (naturgemäß) auf de-facto-Vergaben, bei denen es Angebote anderer Bieter nicht gibt, nicht anzuwenden. Anderes kommt auch im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung des einzelstaatlichen Rechts (Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007, ABl. L 335/31 v. 20.12.2007) nicht in Betracht. Ebenso scheidet die entsprechende Anwendung des [§ 13 Satz 6 VgV](#) a.F. auf de-facto-Vergaben angesichts des Ausnahmecharakters der Vorschrift aus, wenn - wie hier - von vornherein nur mit einem "Bieter" verhandelt worden ist. Das OLG Brandenburg hat hierzu im Beschluss vom 22.4.2010 (- [Verg W 5/10](#) -) unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung (insbesondere) des BGH folgendes ausgeführt:

[§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. findet bei einer de-facto-Vergabe nur dann entsprechende Anwendung, wenn die Beschaffung einer Dienstleistung zu Angeboten verschiedener Bieter geführt und eine Auswahl unter diesen stattgefunden hat, so dass ein dem unmittelbaren Anwendungsbereich des [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F., dem Verfahren zur Auftragsvergabe, vergleichbarer Fall gegeben ist (BGH, Beschl. v. 1.2.2005, - [X ZB 27/04](#) -, [BGHZ 162, 116](#); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.3. 2008, - [17 Verg 8/07](#) -, [Vergaber 2008, 985](#); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. F2.2005, - [VII-Verg 88/04](#) -; Willenbruch/Bischoff-Scharen, 13. Los, [§ 126 GWB](#) Rz. 85; Müller-Wrede-Kriener, [GWB Vergaberecht](#), [§ 101 b Rz.](#)

8). Ist ein Auswahlverfahren unter mehreren Bietern gegeben, ist nur derjenige Interessent durch [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. geschützt, der "Bieter" in diesem Auswahlverfahren war und daher entsprechend [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. über die Auftragsvergabe hätte informiert werden müssen (OLG Karlsruhe, aaO; Thüringisches OLG, Beschl. v. 14.10.2003, - [6 Verg 5/03](#) -).

Die Auslegung der Vorschrift findet ihre Grenzen im Wortlaut. Der Wortlaut des [§ 13 S. 1 VgV](#) a.F. erwähnt "die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen" als Adressaten der Information und "den Bieter, dessen Angebot angenommen werden soll" als denjenigen, über den informiert werden muss. Sie setzt danach voraus, dass mehrere Bieter sich um denselben Auftrag beworben haben und dass einem dieser Bieter der Auftrag erteilt werden soll, worüber die übrigen Bieter zu informieren sind. Die am Wortlaut orientierte Auslegung des [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. ist geboten, weil die Vorschrift eine Ausnahmeregelung zu dem in [§ 114 Abs. 2 S. 1 GWB](#) geregelten Grundsatz darstellt, dass auch der unter Verletzung des Vergaberechts geschlossene Vertrag rechtsgültig ist, und damit als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist. Die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf Verfahren mit nur einem Bieter oder auf "bekannte Interessenten" unabhängig vom Vorliegen mehrerer Angebote führte zu einer erheblichen, unter Umständen für einen längeren Zeitraum bestehenden Rechtsunsicherheit bei der Durchführung des ohne Vergabeverfahren geschlossenen Vertrages, da [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. keine Frist für die Geltendmachung der Nichtigkeit vorsieht. Es würde sich die Frage stellen, wie der Kreis der antragsbefugten Interessenten einzugrenzen sein sollte. In Betracht kämen etwa auch ehemalige Vertragspartner des Auftraggebers, die in einem zurückliegenden, bereits abgeschlossenen Zeitraum die zu vergebende Leistung erbracht haben, oder, etwa bei einem sehr kleinen Markt von Anbietern einer Leistung, sämtliche, dem Auftraggeber bekannte Anbieter. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit ist umso weniger hinnehmbar, als der Auftraggeber, der unter Missachtung des Vergaberechts einen Auftrag vergibt, nicht stets vorsätzlich handelt, anders als der bei der direkten Anwendung des [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. betroffene Auftraggeber, der im Vergabeverfahren eine Mitteilung an andere Bieter unterlässt. Die entsprechende Anwendung des [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. ist schließlich auch nicht unter Berücksichtigung der Regelungen der Richtlinie 1989/665 EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 (ABl. L 395 vom 30.12.1989) geboten. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie kommt nicht in Betracht. Sie würde voraussetzen, dass die Vorgaben der Richtlinie in Art. 1 Abs. 1 und 3 so bestimmt formuliert sind, dass sie geeignet sind, unmittelbare Wirkungen zu entfalten, ohne dass es zur Ausführung weiterer Rechtsvorschriften bedarf (EuGH 1986, 723, Rs. [152/84](#), "Marshall"). Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie sieht aber vor, dass die Bedingungen für die Eröffnung eines Nachprüfungsverfahrens von den Mitgliedstaaten erst festzulegen sind. Außerdem ist der Kreis der von der Vorschrift begünstigten Personen nicht hinreichend eindeutig bestimmt, da die Bezeichnung desjenigen, "der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte" einerseits im Hinblick auf das "Interesse" weit formuliert ist, andererseits eine Eingrenzung auf den "bestimmten" Lieferauftrag gefordert wird.

Eine direkte Anwendung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. L 335/31 vom 20.12.2007) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der dem Streitfall zugrunde liegende Sachverhalt sich zeitlich vor Ablauf der Umsetzungsfrist ereignete, die erst am 20. Dezember 2009 endete (Artikel 3 der Richtlinie).

Auch eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts dahin, dass [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. entsprechend für das De-facto-Vergabeverfahren Anwendung findet, wenn der Auftraggeber mit nur einem Bieter verhandelt hat, ist nicht möglich. Die richtlinienkonforme Auslegung muss den Beurteilungsspielraum, den das nationale Recht einräumt, ausschöpfen (EuGH, Rs. [14/83](#), "von Colson und Kamann", [Slg. 1984, 1921](#)), aber auch berücksichtigen. Grenze der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift (Streinz-Schroeder, EUV/EGV, Art. 249 Rz. 128 m. w. N.). Der Wortlaut des [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. wäre bei einer entsprechenden Anwendung auf Fälle der De-facto-Vergabe, in denen nur ein Angebot vorlag, aus den oben dargestellten Gründen überschritten.

Schließlich lässt sich auch aus dem Umstand, dass mit der am 24. April 2009 in Kraft getretenen Vorschrift des [§ 101 b GWB](#) eine Regelung getroffen worden ist, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Nachprüfung einer Auftragsvergabe ohne Beteiligung anderer Unternehmen am Vergabeverfahren für jeden Interessenten ermöglicht, die Analogie zu [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. im Streitfall nicht begründen. Der nationale Gesetzgeber hat das Problem der De-facto-Vergabe grundsätzlich auch vor Inkrafttreten des [§ 101 b GWB](#) gesehen, wie sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu [§ 117 GWB](#) ergibt ([BT-Drucksache 13/9340 S. 17](#)), eine Regelung insoweit jedoch nicht getroffen. [§ 101 b GWB](#) sieht abweichend von [§ 13 S. 6 VgV](#) a.F. die schwebende Unwirksamkeit der ohne Ausschreibung geschlossenen Verträge vor, die zudem nach [§ 101 b Abs. 2 GWB](#) auf einen Zeitraum von längstens sechs Monaten ab Vertragsschluss beschränkt ist. Die jetzt getroffene Regelung stellt eine vollständig neue Regelung dar, deren rückwirkende Anwendung wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit nicht in Betracht kommt.

Der Senat schließt sich dieser Rechtsauffassung an. Hier hat ein Verfahren, das zu mehreren Geboten geführt hätte, nicht stattgefunden. Die Beklagte als Auftraggeberin hat sich vielmehr dafür entschieden, überhaupt nur mit einem Unternehmen, der Beigeladenen, zu verhandeln. Die Klägerin hat sich (naturgemäß) ebenso wenig wie andere Unternehmen mit einem Angebot um den (Liefer-)Auftrag beworben. Diese de-facto-Vergabe führt nicht zur Nichtigkeit des mit der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrags unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten.

Ist das Kartellvergaberecht nicht anzuwenden, etwa, weil [§ 69 SGB V](#) in der bei Vertragsschluss im März 2007 geltenden Fassung (noch) nicht auf Vorschriften des GWB und damit auch nicht auf das Kartellvergaberecht Bezug nahm, oder weil, worüber die Beteiligten ebenfalls streiten, der hier noch einschlägige Schwellenwert von 211.000 EUR (vgl. [§ 100 Abs. 1 GWB](#) bzw. die entsprechende Rechtsverordnung nach [§ 127 Abs. 1 GWB](#) sowie jurisPK/Engelmann, SGB V [§ 69](#) Rdnr. 178) nicht erreicht gewesen wäre, ändert sich Grundsätzliches an der Rechtslage nicht.

In diesem Fall ist im Ansatz von der im einschlägigen (Sozial)Verwaltungsrecht vorgesehenen haushaltsrechtlichen Behandlung von Beschaffungsvorgängen öffentlicher Auftraggeber (zur Eigenschaft der Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber im kartellvergaberechtlichen Sinne des [§ 98 GWB](#) nunmehr EuGH, Urt. v. 11.6.2009, - [C 300/07](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.9.2009, - [L 21 KR 53/09 SFB](#) -) auszugehen. Gem. [§ 22 Abs. 1](#) der Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (SVHV) finden Ausschreibungen vor dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen, nicht jedoch vor dem Abschluss von Verträgen statt, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen. Letzteres ist hier der Fall, da der Vertrag zwischen der Beklagten und der Beigeladenen die Versorgung gesetzlich Versicherter mit den diesen als Sachleistung gem. [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) zu gewährenden Blutteststreifen zum Gegenstand hat. Bei dieser rein haushaltsrechtlichen Sichtweise kann es aber nicht sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts bzw. des in seiner Umsetzung geschaffenen einzelstaatlichen

Rechts ebenso zu beachten, wie die Anforderungen des Verfassungsrechts, denen die grundrechtsunterworfenen Hoheitsträger - auch die als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten gesetzlichen Krankenkassen - zu genügen haben. Deswegen ist das Haushaltsrecht der Beschaffungsgeschäfte öffentlicher Auftraggeber nicht nur - aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen - überlagert durch das in Umsetzung entsprechender EU-Richtlinien geschaffene Kartellvergaberecht des GWB, sondern bei dessen Unanwendbarkeit - aus verfassungsrechtlichen Gründen - überlagert auch durch die Maßgaben, die aus den Grundrechten nach [Art. 12 Abs. 1](#) und [Art. 3 Abs. 1 GG](#) für einen fairen, transparenten und willkürfreien Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge folgen. Das Gemeinschaftsrecht bzw. das Kartellvergaberecht und das Verfassungsrecht bzw. die in Rede stehenden Grundrechte stellen an die Vergabepaxis der öffentlichen Auftraggeber im Kern gleiche Anforderungen. Sinnfällig tritt das in den Bestimmungen des [§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#) hervor, die dem Wettbewerber das gem. [§ 97 Abs. 7 GWB](#) als subjektives Recht rügefähige Recht auf Wettbewerbstransparenz und Gleichbehandlung im Wettbewerb (vgl. [§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#)) zuweisen.

Im Hinblick darauf ist der Senat der Auffassung, dass die Krankenkassen Beschaffungsaufträge (Lieferaufträge) unabhängig von der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts ausschreiben müssen oder in dem gleichkommender Weise Vorkehrungen für einen transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb um den Auftrag zu treffen haben (vgl. Senatsbeschluss vom 27.2.2008, - [L 5 KR 507/08 B](#) -; auch etwa BSG, Urt. v. 10.3.2010, - [B 3 KR 26/08 R](#) -, juris Rdnr. 23, 29; BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007, - [6 B 10/07](#) -).

Hiervon ausgehend ergibt sich, dass eine de-facto-Vergabe in der hier praktizierten Weise so nicht zulässig ist, da hierbei auch Mindestanforderungen der Transparenz und Fairness nicht gewahrt werden können. Aus der Parallelität der gemeinschafts- bzw. kartellvergaberechtlichen und der grundrechtlichen Anforderungen an die Art und Weise der Auftragsvergabe folgt indessen eine grundsätzliche Parallelität hinsichtlich der Rechtsfolgen, die aus Mängeln des Vergabeverfahrens erwachsen. Auch bei der grundrechtlichen Verankerung des Transparenz- und Fairnessgebots bzw. Diskriminierungsverbots führen Rechtsverstöße wie im gemeinschaftsrechtlich fundierten Kartellvergaberecht grundsätzlich nicht in jedem Fall zur Nichtigkeit des mit dem Wettbewerber abgeschlossenen Vertrags. Die vorstehend dargelegten Rechtsgrundsätze gelten entsprechend. Vorbehaltlich besonderer Umstände, die dem Grundrechtsverstoß zugleich eine besondere Qualität verleihen, bleibt es für den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers bei der Rechtsbeständigkeit des Vertrags. Anderes kann gelten, wenn (etwa im Sinne des [§ 138 BGB](#)) der Vorwurf der Sittenwidrigkeit durch kollusives Verhalten zum Nachteil eines Wettbewerbers (dazu sogleich) gerechtfertigt ist oder die (Vergabe-)Entscheidung wegen der Besonderheiten des regulierten Marktes für Leistungen im Gesundheitswesen wegen ihrer Eigenart (wie Statusentscheidungen über die Zulassung zur Leistungserbringung) oder wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung die Berufsfreiheit ([Art. 12 Abs. 1 GG](#)) des Wettbewerbers nachhaltig betreffen. Solche besonderen Umstände liegen hier nach Auffassung des Senats nicht vor. Eine den Leistungserbringerstatus betreffende Auswahlentscheidung steht ersichtlich nicht in Rede. Die Blutteststreifen der Klägerin bzw. deren Messsysteme können nach wie vor neben den entsprechenden Produkten der Beigeladenen als Sachleistung für die Mitglieder (auch) der Beklagten erbracht werden. In wirtschaftlicher Hinsicht ist von Belang, dass die Klägerin nach eigenen Angaben hinsichtlich der (Medizin-)Produkte der Blutteststreifen einen Marktanteil von 45,3 % hält und damit eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, während auf die Beigeladene ein Anteil von 3,2 % entfällt. Außerdem ist der Umsteuerungseffekt der Rabattierungsvereinbarung weiter dadurch begrenzt, dass auch nicht alle Mitglieder der Beklagten zu den Produkten der Beigeladenen wechseln werden, die Klägerin selbst geht von einem Bruchteil von 20% aus. Wie die Beklagte hierzu unwidersprochen vorgetragen hat, hat sich der Umsteuerungseffekt als gering erwiesen. In der Summe fehlt es daher an einer (Grundrechts-)Beeinträchtigung der Klägerin von solchem Gewicht, dass deswegen der Vertrag zwischen der Beklagten und der Beigeladenen nicht mehr aufrechterhalten bleiben könnte. Er bleibt rechtswirksam und kann demzufolge auch weiter angewendet werden. Die Klägerin ist darauf verwiesen, den Grundrechtsverstoß gegen den rechtswidrig handelnden Hoheitsträger ggf. im Wege kompensatorischer Ansprüche zur Geltung zu bringen.

(3) Nach alledem könnte sich die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen der Beklagten und der Beigeladenen letztendlich nur noch aus [§ 138 BGB](#) (i. V. [§ 58 Abs. 1 SGB X](#)) wegen Sittenwidrigkeit ergeben. Das setzt voraus, dass ein Auftraggeber mit einem Auftragnehmer zusammenwirkt, um bewusst die Vergabevorschriften zu Lasten anderer Interessenten zu umgehen. Beide Vertragspartner müssen sich also bewusst sein, dass der Vertragsabschluss unter Verstoß gegen Vergaberecht erfolgt (OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.4.2010, - [Verg W 5/10](#) - m. w. N.). Dazu müsste der Senat letztendlich ein kollusives Zusammenwirken der Beklagten mit der Beigeladenen feststellen, was indessen nicht der Fall ist. Konkrete Anhaltspunkte hierfür liegen nicht vor. Auch sind Umstände nicht festzustellen, die darauf hindeuten, dass die Beigeladene als Vertragspartnerin der Beklagten Kenntnis von der Ausschreibungspflicht hatte, die jedenfalls bei Vertragsschluss auch nach der (damaligen) Rechtsprechung keineswegs klar zu Tage lag, und bewusst mit dieser das Vergaberecht umgehen wollte (auch dazu OLG Brandenburg, a. a. O.). Unklar und umstritten war seinerzeit bspw. schon, ob gesetzliche Krankenkassen überhaupt als öffentliche Auftraggeber i. S. d. [§ 98 GWB](#) einzustufen waren; hierzu hatte das OLG Düsseldorf ein entsprechendes Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH in die Wege geleitet (vgl. OLG Düsseldorf; Beschl. v. 23.5.2007, - [VII-Verg 50/06](#) -, - [Verg 50/06](#) -).

bb.) Die Klägerin hat Anspruch darauf, dass die Beklagte Aufträge der in Rede stehenden Art künftig nur nach einem transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb vergibt. Das folgt aus der in [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) (n.F.) angeordneten Geltung des Vierten Teils des GWB (Kartellvergaberecht) für Verträge nach [§ 69 SGB V](#) bzw. - im "Unterschwellenbereich" - aus den entsprechenden grundrechtlichen Vorgaben ([Art. 12 Abs. 1](#), [3 Abs. 1 GG](#)). Eine Verurteilung der Beklagten scheitert aber daran, dass der von der Klägerin gerügte Rechtsverstoß - nämlich die Vornahme einer rechtswidrigen de-facto Vergabe - nach der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung bzw. Entwicklung in der einschlägigen Rechtsprechung, die der Senat berücksichtigen muss, nicht mehr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu besorgen ist (vgl. auch [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i. V. m. [§ 33 Abs. 1 Satz 1](#) und 2 GWB). Außerdem hat sich die Beklagte zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung auch mit der Klägerin ausdrücklich bereit erklärt (Schriftsatz im sozialgerichtlichen Verfahren vom 26.9.2008).

Soweit - wovon die Klägerin selbst ausgeht - Lieferaufträge in Rede stehen, die den Schwellenwert des [§ 100 Abs. 1 GWB](#) erreichen, ist nunmehr in [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) gesetzlich unzweifelhaft die Anwendung des Kartellvergaberechts angeordnet. Hierüber kann Streit nicht mehr entstehen. Es ist auch nicht zu besorgen, dass die Beklagte als Körperschaft des öffentlichen Rechts unter Missachtung der Neuregelung des [§ 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V](#) künftig gesetzwidrige de-facto-Vergaben wie geschehen durchführen wird. Sofern - wovon die Klägerin selbst nicht ausgeht - Lieferaufträge im Unterschwellenbereich in Rede stehen sollten, ist mittlerweile (u. a. auch) in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass die Krankenkassen beim Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a SGB V](#) und damit auch bei Rabattierungsverträgen der vorliegenden Art nicht völlig frei von (vergabe-)rechtlichen Anforderungen agieren können, sondern die vorstehend dargelegten Anforderungen eines fairen, transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs wahren müssen. Der Senat hat

dies in seinem Beschluss vom 27.2.2008 (- L 5 KE 507/08 ER-B -) näher dargelegt (vgl. auch BSG, Urt. v. 10.3.2010, - [B 3 KR 26/08 R](#) -).

Ergänzend sei für die künftige Vergabepaxis der Beklagten darauf hingewiesen, dass Verträge der in Rede stehenden Art nach Ansicht des Senats regelmäßig einen öffentlichen Lieferauftrag (vgl. [§ 99 Abs. 1](#) und 2 Satz 1 GWB zur Beschaffung von Waren durch Kauf) zum Gegenstand haben werden. Zwar liegt eine typische Beschaffungssituation (anders als bspw. bei der Beschaffung von Gegenständen für den Verwaltungsbetrieb der Krankenkasse durch entsprechende Kaufverträge) nicht vor, da Vertragsgegenstand die Gewährung von Rabatten auf Blutzuckerteststreifen ist, die zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung durch (in ihrem Ordnungsverhalten grds. freie) Vertragsärzte verordnet ([§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V](#)) und von Apothekern (als weiteren Entscheidungsträgern) an die Versicherten abgegeben werden. Der Begriff der Lieferung bzw. des Lieferauftrags (vgl. [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#)) ist aber nicht in einem engen, rechtlich formal auf den Liefervorgang für sich allein, sondern in einem weiten, tatsächlich funktional auf den Beschaffungsvorgang in seiner Gesamtheit abstellenden Sinn zu verstehen, weswegen auch die konstruktiven Besonderheiten der sich unter Geltung des Sachleistungsprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung ([§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)) vollziehenden Beschaffungsvorgänge entsprechend berücksichtigt werden müssen; das gilt auch dann, wenn die Begriffsbestimmungen des Kartellvergaberechts nicht anzuwenden sind. Den in den [§ 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3](#) i.V. m. [31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) geregelten Sachleistungsanspruch der Versicherten erfüllt die Krankenkasse in einem rechtlich und tatsächlich komplexen Beschaffungsvorgang. Der Vertragsarzt stellt im Wege der Leistungsvermittlung ([§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V](#)) eine Verordnung aus, die eine der Krankenkasse nach näherer Maßgabe des Vertretungsrechts ([§§ 164 f. BGB](#)) zuzurechnende Willenserklärung enthält, nämlich ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über das verordnete pharmazeutische Produkt (Blutteststreifen i. S. d. [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#)). Dieses Angebot wird mit der Abgabe des Produkts durch den Apotheker (durch schlüssige Willenserklärung) angenommen, weswegen ein Kaufvertrag zwischen diesem und der Krankenkasse (ohne Beteiligung des pharmazeutischen Unternehmens) zustande kommt. Diese Rechtskonstruktion ändert aber nichts daran, dass in tatsächlicher und für die Anwendung des Kartellvergaberechts wie für die Einschlägigkeit der entsprechenden grundrechtlichen Anforderungen maßgeblicher Hinsicht die Krankenkasse (als Kosten- und Leistungsträger) das Produkt von dem pharmazeutischen Unternehmen (als in das System der gesetzlichen Krankenversicherung einbezogenem Leistungserbringer) für ihre Versicherten (als Leistungsempfänger) beschafft und deswegen als Abnehmer zu qualifizieren ist (vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.9.2009, - [L 21 KR 53/09 SFB](#) - m. w. N.). Auch von Entgeltlichkeit i. S. d. [§ 99 Abs. 1 GWB](#) ist auszugehen, auch wenn sich der wirtschaftliche Vorteil für die Krankenkasse nicht und mittelbar aus dem Vertrag ergibt (a.A. etwa Engelmann, SGB 2008,133).

Nach der einschlägigen Rechtsprechung (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.9.2009, - [L 21 KR 53/09 SFB](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.10.2008, - [L 11 KR 4810/09 ER-B](#) -), der sich der Senat anschließt, liegt ein öffentlicher Auftrag (vgl. [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#)) in Fallgestaltungen der vorliegenden Art jedenfalls dann vor, wenn durch die vertraglichen Abreden Exklusivität entweder ausdrücklich vereinbart oder wenigstens ein tatsächlicher Wettbewerbsvorteil für den Auftragnehmer bewirkt wird. Wird die Auswahlentscheidung des verordnenden Vertragsarztes oder des Apothekers durch eine Rabattvereinbarung zugunsten rabattierter Produkte beeinflusst, wird dies regelmäßig einen entsprechenden Wettbewerbsvorteil für den Hersteller des rabattierten Produkts zur Folge haben, was auch dem Willen der Vertragspartner entspricht. Ob eine Ersetzungspflicht der Apotheke – wie für Arzneimittel, die Gegenstand eines Rabattvertrags nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) sind – vorgeschrieben ist oder nicht (vgl. [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#)), oder ob - wie in der Hilfsmittelversorgung - dem Versicherten grundsätzlich nur die Wahl unter zugelassenen Leistungserbringern bleibt ([§ 33 Abs. 6 SGB V](#)), ist in diesem Zusammenhang nicht ausschlaggebend.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i. V. m. [§§ 154 Abs. 2](#) und 3, [162 Abs. 3 VwGO](#). Es entspricht nicht der Billigkeit, der Klägerin auch die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese Sachanträge nicht gestellt und damit ein Prozessrisiko nicht übernommen hat.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf den eigenen Angaben der Klägerin zum Ausmaß der Umsteuerungseffekte.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-03-16