

## S 60 KR 1678/19 WA

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
SG Duisburg (NRW)  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
60  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 60 KR 1678/19 WA  
Datum  
18.09.2020  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 57.788,71 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.11.2018 zu zahlen. 2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. 3. Der Streitwert wird auf 58.844,86 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten noch über die Rückerstattung der von der Klägerin für individuell hergestellte Arzneimittel in den Jahren 2014 bis 2016 gezahlten Umsatzsteuer (USt).

Die Klägerin ist eine gesetzliche Krankenkasse. Die Beklagte betreibt in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts ein Universitätsklinikum, das ein zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenes Krankenhaus ist mit angeschlossener Krankenhausapotheke. Die Klinikumseigene Apotheke (im Folgenden: Krankenhausapotheke) der Beklagten stellte individuell für Versicherte der klagenden Krankenkasse (KK) Arzneimittelzubereitungen her und gab sie an diese zur ambulanten Behandlung im Krankenhaus der Beklagten durch deren Krankenhausärzte ab.

Die Abgabe dieser Arzneimittel an die Versicherten der Klägerin erfolgte auf der Grundlage einer Vereinbarung gem. [§ 129a SGB V](#). Diese sog. "Rahmenvereinbarung über die Abgabe verordneter Arzneimittel durch die Krankenhausapotheke an Versicherte nach § 129" vom 19.01.2011 zwischen der Krankenhausgesellschaft S.-H. e. V. (KGSH) und den Landesverbänden der Krankenkassen A. N.W., I. Nord, Landwirtschaftliche Krankenkasse S.-H. und H., B. Landesverband N.W. und der Knappschaft sowie der Ersatzkassen B. GEK, T. Krankenkasse, K.-Allianz, HEK - H. Krankenkasse, hkk (Arzneimittelpreisvereinbarung, im Folgenden: AMPV 2011) normiert in ihren "Allgemeine Bestimmungen für die Preisbildung" in § 6 Absatz 1 AMPV:

"Den Preisen und Entgelten nach diesem Vertrag ist die Umsatzsteuer hinzuzufügen, soweit sich aus den Vorschriften zur Preisberechnung nichts anderes ergibt oder die zuständige Finanzbehörde keine andere Regelung trifft."

Zur Preisberechnung bei Rezepturen im Speziellen bestimmt § 7 Absatz 2 AMPV, dass prinzipiell der für den Tag der Abgabe maßgebliche preisgünstigste Apothekeneinkaufspreis gemindert um je nach Art der Rezeptur verschiedene Abschläge zu Grunde zu legen ist.

"Zu den so ermittelten Preisen ist zusätzlich ein Arbeitspreis in Höhe von • 59 EUR für zytostatikahaltige Lösungen und Lösungen mit monoklonalen Antikörpern, • 59 EUR für parenterale Ernährungslösungen, die im Rahmen einer Behandlung nach [§ 116b SGB V](#) eingesetzt werden, • 29 EUR für antibiotika- und virustatikahaltige Lösungen, für parenterale Lösungen mit Schmerzmitteln sowie für parenterale Lösungen Folinatlösungen, jeweils bei einer Menge von ) 20 ml pro applikationsfertiger Einheit, abrechnungsfähig. Mit der Herstellungspauschale sind die Kosten für Verbrauchsmaterial, Entsorgung, Dokumentation und Applikationshilfen abgegolten (Ausnahmen sind in Anlage 4 geregelt)."

Auf den AMPV 2011 (Anlage B1 der Gerichtsakte) wird Bezug genommen.

Die Beklagte rechnete ab 2014 gegenüber der Klägerin Rezepturen gemäß § 7 Absatz 2 AMPV, insbesondere Zytostatikazubereitungen und parenterale Lösungsfolinate, die Versicherten der Klägerin ambulant im Krankenhaus der Beklagten verabreicht wurden, nach Maßgabe der vorgenannten Berechnungsgrundlage ab. Zu dieser Preisgestaltung wurde eine Umsatzsteuer in Höhe von 19 % hinzugefügt. In den den Forderungen der Klägerin zu Grunde liegenden Rechnungen ist die Umsatzsteuer nicht nach [§ 14c Absatz 1 Satz 1 UStG](#) ausgewiesen.

Im Einzelnen ergeben sich für die Jahre 2014 bis 2017 folgende Forderungen der Beklagten aus abgerechneten Arzneimittelzubereitungen gegen die Klägerin:

Jahr Bruttobetrag Umsatzsteuer (19%) 2014 121.232,70 EUR 19.356,48 EUR 2015 185.367,12 EUR 29.596,43 EUR 2016 55.340,00 EUR 8.835,80 EUR 2017 6.865,33 EUR 1.096,15 EUR

Die Klägerin beglich diese Rechnungen einschließlich der Umsatzsteuer. Zwischen den Beteiligten ist streitig, in welchem Umfang die Beklagte die von der Klägerin gezahlte USt an das Finanzamt (FA) abführte und im welchem Umfang das FA den für die streitgegenständlichen Jahre 2014 bis 2017 abgegebenen USt-Anmeldungen zustimmte. Der BFH entschied mit Urteil vom 24.09.2014 - [V R 19/11](#) -, dass die Abgabe von Zytostatika durch die Krankenhausapotheke bei Abgabe zur ambulanten Behandlung der Patienten im Krankenhaus steuerfrei ist, da es sich insoweit um einen mit der ärztlichen Heilbehandlung eng verbundenen Umsatz gemäß [§ 4 Nr. 16](#) Buchstabe b a. F. Umsatzsteuergesetz (UStG) (nunmehr [§ 14 Nr. 14 Buchstabe b UStG](#)) handelt. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) folgte dem für Arzneimittelzubereitungen auch für die Vergangenheit (Schreiben vom 28.09.2016, III C 3 - S 7170/11/10004). Der BMF-Anwendungserlass wurde am 20.10.2016 veröffentlicht.

In der Folge beantragte die Beklagte die Abänderung der Umsatzsteuerbescheide, woraufhin die Finanzverwaltung die Umsatzsteuerbescheide abänderte. In welchem Umfang die Finanzverwaltung Umsatzsteuer an die Beklagte für die streitgegenständlichen Forderungen erstattete, ist zwischen den Beteiligten streitig.

Mit ihrer am 09.11.2018 erhobenen Klage hat die Klägerin zunächst die Rückzahlung der von 2014 bis 2017 für Zubereitungen abgerechneten USt in Höhe von 58.844,86 EUR nebst Zinsen begehrt. Zur Begründung trägt sie vor, dass die Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) - [B 1 KR 5/19 R](#) - ihr Klagebegehren rechtfertige. Die vorliegend anwendbare Rahmenvereinbarung über die Abgabe verordneter Arzneimittel vom 19.01.2011 regelt anders als der AMPV in Baden-Württemberg den nachträglichen Wegfall der Umsatzsteuerpflicht nicht. Die Vertragsparteien haben ausdrücklich vereinbart, dass die Umsatzsteuer nicht beim liefernden Krankenhaus verbleiben solle, sondern als Vergütungsbestandteil entfalle, mit der Folge einer Rückzahlungsvereinbarung bei im Nachhinein zu Unrecht berechneter Umsatzsteuer. Nach dem BSG könne die Krankenkasse vertraglich von dem Krankenhaus die Rückzahlung überzahlter Umsatzsteuer verlangen, wenn die Steuerverwaltung die Umsatzsteuer-Pflicht für die Vergangenheit klar verneint habe und das Krankenhaus seinen Erstattungsanspruch nach [§ 37 Absatz 2](#) Abgabenordnung (AO) einfach und risikolos durchsetzen könne, was dem Krankenhaus auch zumutbar sei. Belastungen, die dem Krankenhaus im Verhältnis zum Finanzamt im Zuge der Rückabwicklung entstehen, würden Rückzahlungsansprüche nicht ausschließen. Im Fall, dass die Umsatzsteuer-Bescheide und Anmeldungen bestandskräftig und nicht mehr abänderbar seien, bestehe ein Schadensersatzanspruch nach [§ 69 SGB V](#) i. V. m. [§ 280 Absatz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Denn das Krankenhaus habe zu vertreten, dass die Umsatzsteuerbescheide und -Anmeldungen pflichtwidrig schon vor dem 20.10.2016 bestandskräftig wurden.

Mit Schriftsatz vom 13.01.2020 (Bl. 57 der Gerichtsakte) hat die Klägerin ihre Forderungen für das Jahr 2017 in Höhe von 1.096,15 EUR zurückgenommen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin 57.788,71 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 09.11.2018 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das BSG habe mit Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) - lediglich über die Rückerstattung der Umsatzsteuer bzgl. der Herstellungspauschale der konkret streitgegenständlichen AMPV entschieden, nicht hingegen bezüglich der übrigen Vergütungsbestandteile (also insbesondere die für die Zubereitung verwendeten Arzneimittel). Soweit das BSG den Rückerstattungsanspruch auf eine ergänzende Vertragsauslegung stütze, scheidet eine solche vorliegend aus, da zahlreiche vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bestünden. Überdies haben die Vertragsparteien ab dem 01.01.2017 einen hypothetischen Umsatzsteueraufschlag je nach Art der Zubereitung von 15%, 17,5 % bzw. 18,9 % vereinbart. Dieser sei als ein fiktiver Umsatzsteueraufschlag im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung rückwirkend auf das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten anwendbar. Denn das Krankenhaus werde durch die für die Zubereitung umsatzsteuerpflichtig eingekauften Arzneimittel wirtschaftlich belastet und insbesondere für die weit zurückreichenden Zeiträume vor kaum zu bewältigende administrative Probleme gestellt. Durch die Neuregelung der AMPV haben die Vertragsparteien zum Ausdruck gebracht, dass ein nach Produktkategorien zu differenzierende fiktiver Umsatzsteueraufschlag vorzusehen sei. Es sei keine Gestaltungsalternative einer vollständigen Rückzahlungspflicht oder einer Einzelfallanalyse ersichtlich. Auch die der BSG-Entscheidung zu Grunde liegende AMPV Baden-Württemberg habe für den Wegfall der Umsatzsteuerpflicht der übrigen Vergütungsbestandteile einen fiktiven Umsatzsteueraufschlag vorgesehen, nur nicht im Hinblick auf die vom BSG entschiedene Herstellungspauschale, woraus sich ein offenkundiger Verzicht auf die Umsatzsteuerpflicht der Herstellungspauschale entnehmen lasse. Eine Rückzahlungspflicht verstöße gegen Treu und Glauben, da sie die Beklagte infolge des Verlusts der Vorsteuerabzugsmöglichkeit deutlich benachteilige. Überdies haben die Beteiligten anders als im der BSG-Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Bruttopreisvereinbarung getroffen, infolge derer jede Vertragspartei das Risiko einer für sie nachteiligen Veränderung der Umsatzsteuerrechtslage trage und ein Erstattungsanspruch regelmäßig nicht in Betracht komme. Die verweist insoweit insbesondere auf das Urteil des SG Speyer vom 05.12.2019 - [S 17 KR 689/16](#) -, juris dessen Arzneimittelpreisvereinbarung zu der vorliegenden AMPV 2011 wortgleich sei.

Im Hinblick auf Vergleichsverhandlungen zwischen den Beteiligten hat die Kammer zunächst mit Beschluss vom 21.01.2019 das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Mit Schriftsatz vom 16.09.2019 hat die Klägerin die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt.

Die Vorsitzende hat den Sach- und Streitstand mit den Beteiligten am 21.02.2020 erörtert und Hinweise erteilt (Niederschrift, Bl. 118/120 der Gerichtsakte).

Mit Schriftsatz vom 02.04.2020 haben die Beklagtenvertreter eine Bestätigung des Steuerberaters der Beklagten vorgelegt, nach der sich für die streitgegenständlichen Umsätze bzgl. Zubereitungen folgende Anmelde- und Erstattungssituation ergäbe:

Steuerjahr 2014 2015 2016 Gesamt Umsatzsteuer 18.959,21 EUR 29.155,62 EUR 10.020,08 EUR 58.134,91 EUR Vorsteuer 13.075,97 EUR 20.779,38 EUR 7.169,93 EUR 41.025,28 EUR USt-Erstattung 5.883,24 EUR 8.376,24 EUR 2.850,15 EUR 17.109,63 EUR Erstattungsquote 31,03 % 28,73 % 28,44 % 33,74 %

Dazu führen die Beklagtenvertreter aus, dass sich die Differenzen der in den jeweiligen Steuerjahren gemeldeten bzw. korrigierten Umsatzsteuerbeträge zur Aufstellung der Klägerin vermutlich daraus ergeben würde, dass die Klägerin die streitgegenständlichen Umsätze nach dem Abgabedatum sortiert habe, während die Beklagte die Umsatzsteueranmeldung / -korrektur nach dem Rechnungsdatum vorgenommen habe. Der Verlust des Vorsteuerabzugsrechts betreffe nicht nur die eingekauften Arzneimittel, sondern darüber hinaus anteilige übrige Sachkosten, Gemeinkosten (Gas, Strom, Wasser, Mieten, etc.) sowie Investitionskosten (z. B. für die Errichtung des Reinraums für die Zubereitungen). Müsste die Beklagte den gesamten Erstattungsbetrag auskehren, müsste sie folglich die Verteuerung der Allgemeinkosten in vollem Umfang selbst tragen.

Mit Verfügung vom 03.04.2020 hat die Vorsitzende unter Setzung einer Ausschlussfrist nach [§ 106a](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) von der Beklagten u. a. die Umsatzsteueranmeldungen und -erklärungen der Beklagten für die Jahre 2014, 2015 und 2016 sowie die hierzu ergangenen Bescheide der Finanzverwaltung und von der Klägerin nach [§ 106a Absatz 1 und 2 SGG](#) die einzelnen Rechnungen für jeden in der Klageschrift enthaltenen Zubereitungen sowie die Behandlungsunterlagen für die Patienten angefordert. Mit Schriftsatz vom 23.06.2020 (Bl. 167 der Gerichtsakte) hat die Klägerin die Rechnungen, Behandlungsunterlagen und Rezepte vorgelegt.

Die Beklagtenvertreter haben keines der von ihr angeforderten Dokumente übersandt. In ihrem Schriftsatz vom 07.07.2020 (Bl. 168/196 der Gerichtsakte) führen sie aus, dass die Beklagte vor Eintritt der Bestandskraft Änderungsanträge für die streitgegenständlichen Umsätze gestellt und beantragt habe, diese Umsätze entsprechend dem BMF-Schreiben vom 28.09.2016 als umsatzsteuerfrei zu behandeln. Aus den angeforderten Umsatzsteuervoranmeldungen, Umsatzsteuererklärungen und Umsatzsteuerbescheiden sei nicht ersichtlich, in welcher Höhe jeweils für die hier streitgegenständlichen Umsätze/Lieferungen Umsatzsteuer angemeldet oder Vorsteuerabzug geltend gemacht wurde. Nach dem eine einzelfallbezogene Vorsteuerermittlung ausscheide, komme zumindest eine pauschalierte Vorsteuerermittlung unter Berücksichtigung der Prüfungsergebnisse der zuständigen Finanzverwaltung im Rahmen der Umsatzsteuer Außenprüfung in Betracht, wofür die bereits vorgelegte Bescheinigung des Steuerberaters heranzuziehen sei. Auf dieser Basis könne die Kammer eine gerichtliche Schätzung gemäß [§ 202 SGG](#) i. V. m. [§ 287 Absatz 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO) vornehmen. Eine einzelfallbezogene Aufklärung der konkret für jede einzelne Zubereitung angefallenen Vorsteuer stehe völlig außer Verhältnis. Die Beklagtenvertreter verweisen auf die nahezu mit allen übrigen Krankenkassen getroffenen Rückabwicklungsvereinbarungen, die eine pauschale Ermittlung der Vorsteuer/Erstattung vorgesehen hätten.

Mit Schriftsatz vom 21.07.2020 (Bl. 198 der Gerichtsakte) hat die Klägerin u. a. ausgeführt, dass Vergleichsvereinbarungen mit anderen Krankenkassen, insbesondere vor der Entscheidung des Bundessozialgerichts, den Rückerstattungsanspruch nicht einschränken könnten. Es werden keine Kalkulationen der abgerechneten Kosten und Details zur Steuerabrechnung vorgelegt. Soweit Steuererminderungseffekte dennoch überhaupt berücksichtigungsfähig wären, müsste die Beklagte diese hochkomplexe Angelegenheit durch konkrete Darlegung ihrer Änderungsanträge mit ihren umfassenden Berechnungsgrundlagen (wie Einkaufspreise, Investitions-, Verwaltungs- und Nebenkosten, Gewinnaufschläge, ggf. Vorsteuern) offenlegen.

Mit Schriftsatz vom 14.08.2020 haben die Beklagtenvertreter vorgetragen, dass das Finanzamt der Beklagten eine Gesamterstattung gewährt habe und erneut auf die Steuerberaterbestätigung verwiesen.

Am 01.09.2020 (Bl. 210/212 der Gerichtsakte) hat die Vorsitzende erneut einen richterlichen Hinweis erteilt und insbesondere auf die Diskrepanzen zwischen der von der Klägerin durch die Vorlage der Rechnungen plausibilisierten Umsatzsteuerrückforderung und der in der Steuerberaterbestätigung angegebenen an das Finanzamt abgeführten Umsatzsteuer hingewiesen und darauf, dass zur weiteren Substantiierung des durch den Verlust des Vorsteuerabzugsrecht entstandenen wirtschaftlichen Schadens der Vorlage der Änderungsbescheide einschließlich zu Grunde liegender Berechnungsgrundlagen bedürfte; diese hat die Vorsitzende erneut unter Setzung einer Ausschlussfrist nach [§ 106a SGG](#) angefordert.

Mit Schriftsatz vom 14.09.2020 hat die Beklagte eine von dem Leiter der Krankenhausapotheke erstellte Aufstellung über die für die verwendeten Arzneimittel angefallene Vorsteuer übermittelt, aus der sich für die Lieferungen aus 2014 eine Vorsteuer i. H. v. 13.551,97 EUR, für Lieferungen aus 2015 25.882,98 EUR und für Lieferungen aus 2016 7.989,02 EUR ergäbe.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung von 57.788,71 EUR nebst Zinsen. Der Zahlungsanspruch beruht auf einer vertraglicher Rückzahlungspflicht gemäß [§ 6 Absatz 1 2. Hs. 1. Var. AMPV](#), jedenfalls ergänzender Vertragsauslegung, ohne dass die Einreden der Beklagten durchgreifen.

I. Die Klägerin kann ihr Begehren mit der von ihr erhobenen (echten) Leistungsklage im hier bestehenden Gleichordnungsverhältnis zulässigerweise geltend machen (stRspr.; vgl. z. B. [BSGE 102, 172 = SozR 4-2500 § 109 Nr. 13](#), Rn. 9 mwN.; [BSGE 104, 15 = SozR 4-2500 § 109 Nr. 17](#), Rn. 12). Die Klage ist auch im Übrigen zulässig.

II. 1. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die Klägerin an die Beklagte im Jahr 2014 19.356,48 EUR, 2015 29.596,43 EUR und 2016 8.835,80 EUR Umsatzsteuer auf ihr von der Beklagten in Rechnung gestellte Umsatzsteuer zahlte und die Beklagte für die streitgegenständlichen Forderungen in 2014 in Höhe von 18.959,21 EUR, 2015 29.155,62 EUR und 2016 10.020,08 EUR und damit den ganz

überwiegenden Teil der Klägerin gezahlten Umsatzsteuer an das Finanzamt abführte. Weiter ist zwischen den Beteiligten – worauf die Beklagtenvertreter in ihrem Schriftsatz vom 02.04.2020 zu Recht hinweisen – nicht mehr streitig, dass die Beklagte die maßgeblichen USt-Verwaltungsakte (USt-VAe) und USt-Anmeldungen am 20.10.2016 im Umfang der von ihr abgeführten Umsatzsteuer nicht hat bestandskräftig werden lassen, sondern das zuständige Finanzamt diese durch Korrekturbescheide abänderte. Zur Überzeugung der Kammer ist die Beklagte unmittelbar aus § 6 Absatz 1 2. Hs. 2 Var. AMPV 2011 (a), jedenfalls aus ergänzender Vertragsauslegung zur Rückerstattung der von der Klägerin unstreitig bezahlten Umsatzsteuer verpflichtet (b).

a) § 6 Absatz 1 2. Hs. 2. Var. AMPV bestimmt, dass den Preisen und Entgelten nach diesem Vertrag die Umsatzsteuer hinzuzufügen ist, soweit sich aus den Vorschriften zur Preisberechnung nichts anderes ergibt oder die zuständige Finanzbehörde keine andere Regelung trifft. Aus den von der Klägerin vorgelegten Rechnungen ergibt sich, dass die Umsatzsteuer ohne gesonderten Steuerausweis nach § 14c Absatz 1 Satz 1 UStG in dem Preis enthalten war. Die Beklagte hat gegenüber der Finanzverwaltung die Korrektur der abgeführten Umsatzsteuer erwirkt, infolgedessen – nach dem unbestrittenem Vortrag der Beklagten und der vorgelegten Steuerberaterbestätigung vom 11.03.2020 – eine Abänderung der Umsatzsteuerbescheide und mithin anderweitige Regelung durch die Finanzverwaltung im Sinne des o. g. 2. Halbsatzes 2. Variante erfolgte. Den Preisen und Entgelten nach der AMPV 2011 war entsprechend keine Umsatzsteuer hinzuzufügen und die Klägerin leistete diese ohne Rechtsgrund.

Zwar ließe der Wortlaut "hinzufügen" eine Auslegung dahingehend zu, dass die Regelung durch die zuständige Finanzverwaltung bereits bei Rechnungsstellung bestehen müsse, da andernfalls zu den konkreten Preisen und Entgelten nichts mehr hinzuzufügen wäre. Auch der Beklagtenvertreter hat in der mündlichen Verhandlung argumentiert, dass für das Bestehen oder Nichtbestehen maßgeblich nur der Zeitpunkt der Abgabe des Medikaments sein könne. Letztlich ist der Wortlaut indes unergiebig.

Zur Überzeugung der Kammer ist § 6 Absatz 1 2. Hs. 2. Variante AMPV 2011 vielmehr so zu verstehen, dass gerade der vorliegende Fall einer nachträglichen Korrektur der Umsatzsteuerpflicht für in der Vergangenheit liegende Veranlagungszeiträume geregelt werden sollte. Denn die Vorschrift enthält keinerlei Einschränkungen bzgl. des Zeitpunkts, in dem die Finanzverwaltung die "andere Regelung" trifft, insbesondere nicht bzgl. der Geltung der abweichenden Bestimmung für die Zukunft oder die Vergangenheit. Vor dem Hintergrund, dass die Vertragsparteien die bei Arzneimitteln wohl häufiger auftretende Situation eines nachträglichen Entfalls der Umsatzsteuer einer Regelung zuführen wollten, liegt es auf der Hand, dass gerade der Interessenlage der Beteiligten bei einer nachträglichen Korrektur der Umsatzsteuer Rechnung getragen werden sollte. Anders als z. B. die AMPV 2004 für Baden-Württemberg, die der BSG-Entscheidung vom 09.04.2019 – [B 1 KR 5/19 R](#) – zu Grunde lag, haben die Vertragsparteien der streitgegenständlichen AMPV 2011 indes gerade keinen fiktiven Umsatzsteueraufschlag vereinbart, etwa um die fehlende Möglichkeit des Vorsteuerabzugs zu berücksichtigen. Vielmehr führt die abweichenden Regelung der Umsatzsteuerpflicht durch die Finanzverwaltung dazu, dass die Umsatzsteuerkomponente des Preises (nachträglich) entfällt und die Umsatzsteuer damit – worauf die Klägerin zutreffend hinweist – nicht beim beliefernden Krankenhaus verbleiben soll und vom Krankenhaus in vollem Umfang, das heißt ohne Minderung durch einen etwaigen Vorsteuerabzug, zurückzuzahlen ist.

Dem steht auch – anders als der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung gemeint hat – nicht entgegen, dass der BMF-Anwendungserlass vom 28.09.2016, III C 3 S 7170/11/1004 dem Krankenhaus ein Wahlrecht einräumt. Im Anwendungserlass heißt es:

"Die Grundsätze dieses Schreibens sind in allen offenen Fällen anzuwenden. Für Umsätze, die vor dem 01.04.2017 ausgeführt werden, wird es für das Besteuerungsverfahren nicht beanstandet, wenn der Unternehmer seine Leistungen abweichend von Abschnitt 4.14.6 Absatz 2 Nr. 3 UStAE dem allgemeinen Umsatzsteuersatz unterwirft und insoweit den damit zusammenhängenden Eingangsleistungen unter den weiteren Voraussetzungen des [§ 15 UStG](#) den Vorsteuerabzug geltend macht."

Denn in dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte der Finanzverwaltung mit einem Antrag auf Änderung der Umsatzsteuer entgegen tritt und die Umsatzsteuerpflicht infolgedessen durch die Finanzverwaltung aufgehoben wurde, hat die Beklagte ihr Wahlrecht im Sinne einer Rückerstattung ausgeübt und kann sich nicht mehr ihr zuvor bestandenes Wahlrecht berufen.

Zur Überzeugung der Kammer besteht der Rückzahlungsanspruch auch nicht nur in Höhe der vom Finanzamt ausgezahlten Steuererstattung unter Abzug der Vorsteuer, da § 6 Absatz 1 AMPV 2011 an die anderweitige Regelung der Umsatzsteuerpflicht anknüpft und nicht an die Höhe der vom Finanzamt ausgezahlten Steuerrückerstattung. Durch diesen Bezugspunkt wird deutlich, dass der in dem Jahr geltende Umsatzsteuersatz vollumfänglich an die belieferte Krankenkasse zu erstatten ist und zwar auch dann wenn die Umsatzsteuererstattungen für die konkreten Jahre infolge des Verlusts der Vorsteuerabzugsmöglichkeit geringer ausfallen. Diese Rechtsansicht wird auch durch die ab dem 01.01.2017 geltende Neufassung der AMPV 2017 bestätigt, nach deren § 4 Anlage 1 Nr. 11.1 Satz 4 der Ansatz der Umsatzsteuer entfällt, soweit die Umsatzsteuerpflicht nicht besteht. Durch die Formulierung "Entfall" wird ausdrücklich klargestellt, dass eine nachträgliche Korrektur der Umsatzsteuer umfasst ist und Bezugspunkt die gesamte gezahlte Umsatzsteuer ist, gerade nicht gemindert um den Vorsteuerabzug. Überdies lautet der bereits hierzu in Bezug genommene BMF-Anwendungserlass unter Folgen der Steuerbefreiung ausdrücklich:

"Wird die Lieferung von Zytostatika als ein eng mit der Heilbehandlung verbundener nach [§ 4 Nr. 14 Buchstabe b UStG](#) (bis zum 31.12.2008: [§ 4 Nr. 16 Buchstabe b UStG](#)) steuerfrei behandelt, ist der Vorsteuerabzug aus dem damit im Zusammenhang stehenden Eingangsleistungen nach [§ 15 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 UStG](#) ausgeschlossen. Dies gilt bei der Berufung auf die Grundsätze des BFH-Urteils [V R 19/11](#) für bereits abgelaufene Veranlagungszeiträume im Rahmen des verfahrensrechtlich Zulässigen auch rückwirkend."

Der die Auslegung des BFH-Urteils steuernde BMF-Erlass legt damit ebenso eine Nichtberücksichtigung der Vorsteuerabzugsmöglichkeit nahe.

Soweit die Beklagtenvertreter auf das Urteil des SG Speyer vom 05.12.2019 – [S 17 KR 689/16](#) – verwiesen haben und meinen, dass es sich insoweit um eine wortgleiche AMPV-Regelung handle, trifft dies zur Überzeugung der Kammer nicht zu. Denn die der Entscheidung des SG Speyer zu Grunde liegende Entscheidung enthält einen der streitgegenständlichen AMPV 2011 vergleichbaren Zusatz in § 6 Absatz 1 2. Hs. 2 AMPV nicht. Die Regelung sah lediglich vor, dass "den Preisen für die Arzneimittel und den Arbeitspreisen nach diesem Vertrag die Mehrwertsteuer hinzuzufügen ist, soweit sich aus den Vorschriften zur Preisabrechnung nichts anderes ergibt oder nichts anderes vereinbart

ist." Anders als in der rheinland-pfälzischen AMPV hatten sich die Vertragsparteien gerade keine Vorstellung über eine (nachträgliche) Änderung der Umsatzsteuerpflicht durch die Finanzverwaltung gemacht, wohingegen in der hier streitgegenständlichen Regelung gerade eine abweichende Regelung durch die Finanzbehörde normiert ist.

Anders als die Beklagtenvertreter meinen, handelt es sich bei § 6 Absatz 1 AMPV auch nicht um eine Bruttopreisabrede, die eine nachträgliche Umsatzsteuerkorrektur ausschließt. Eine Bruttopreisvereinbarung ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Umsatzsteueranteil als unselbständiger und nicht automatisch rückforderbarer Vergütungsbestandteil darstellt, wohingegen eine Nettopreisabrede die unmissverständliche Übereinkunft voraussetzt, dass ein Nettobetrag geschuldet wird, der Umsatzsteueranteil mithin nur gezahlt werden muss, wenn und soweit dies steuerrechtlich geschuldet ist, wenn materiell eine entsprechende Steuerpflicht besteht (SG Speyer, Urt. v. 05.12.2019 - [S 17 KR 689/16](#) -, juris, Rn. 123 mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 20.02.2019 - [VIII ZR 7/18](#) -, Rn. 27 und 47). Vorliegend ist zur Überzeugung der Kammer von einer Nettopreisabrede auszugehen, da die Vertragsparteien durch die 2. Variante des 2. Halbsatzes des § 6 Absatz 1 AMPV 2011 deutlich gemacht haben, dass die Umsatzsteuerpflicht mit der Regelung durch die Finanzverwaltung stehen und fallen soll. Die Regelung ist damit wie diejenige der Entscheidung des BSG zu Grunde liegende baden-württembergische AMPV als Nettopreisabrede zu verstehen (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 21). Soweit die Beklagtenvertreter von einer Bruttopreisabrede ausgehen und insoweit auf die Entscheidung des SG Speyer vom 05.12.2019 - [S 17 KR 689/16](#) - verweisen, übersehen sie - wie bereits ausgeführt - , dass die der Entscheidung des SG Speyer zu Grunde liegende AMPV gerade keine Variante der abweichenden Regelung durch die Finanzverwaltung enthält. Im Übrigen werden in den Rechnungen der streitgegenständlichen Forderungen sowohl der Nettopreis als auch der Bruttopreis angegeben, sodass sich auch aus der gelebten Vertragspraxis zwischen den Beteiligten die Umsatzsteuer nicht als unselbständiger Vergütungsbestandteil darstellt. Vielmehr wird durch die Angabe des Netto- und Bruttopreises in den Rechnungen deutlich, dass - entsprechend der § 6 Absatz 1 AMPV - die Umsatzsteuer nur dann gezahlt werden soll, wenn auch in rechtlicher Hinsicht eine Verpflichtung zur Leistung der Umsatzsteuer besteht.

Selbst wenn man mit der Beklagten von einer Bruttopreisabrede ausgehen würde, kann diese Vereinbarung ergänzend dahingehend auszulegen sein, dass die Klägerin nicht verpflichtet sein soll, den unselbständigen Umsatzsteueranteil auch dann zu tragen, wenn und sobald für die Beklagte die Möglichkeit besteht, ihrerseits einen Rückerstattungsanspruch betreffend die von ihr abgeführte Umsatzsteuer gegen das Finanzamt geltend zu machen, wie der BGH jüngst in seinem Urteil vom 10.06.2020 - [VIII ZR 360/18](#) -, Rn. 35 festgestellt hat.

Infolge der unstreitigen nachträglichen Korrektur der Umsatzsteuerpflicht für patientenindividuelle Zubereitungen durch die Finanzverwaltung entfällt auch die Umsatzsteuer für die bereits abgerechneten und bezahlten Arzneimittel für die Vergangenheit. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 6 Absatz 1 AMPV ist die Klägerin nicht mehr verpflichtet, auf die patientenindividuellen Zubereitungen eine Umsatzsteuer zu bezahlen, weil die zuständige Finanzbehörde insoweit eine andere Regelung getroffen hat.

b) Jedenfalls ergibt sich vorliegend der Rückzahlungsanspruch der Klägerin in Höhe der von ihr gezahlten Umsatzsteuer aus der ergänzenden Vertragsauslegung, ohne dass der Verlust der Vorsteuerabzugsmöglichkeit zu berücksichtigen wäre.

Eine ergänzende Vertragsauslegung nach [§ 157 BGB](#) iVm [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#) setzt zunächst voraus, dass der Vertrag, mit dem die Beteiligten in privatautonomer Verantwortung ihre Interessen in Bezug auf einen Lebenssachverhalt geordnet haben, eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit aufweist (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 17; MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, [BGB § 157](#) Rn. 38 m. w. N.). Dieses im bürgerlichen Recht ([§ 157 BGB](#)) entwickelte Auslegungsverfahren ist auch auf öffentlich-rechtliche Verträge wie die AMPV anwendbar (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) - [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 17 mit Hinweis auf BSG SozR 4-2500 § 69 Nr. 7 Rn. 24; BSG [SozR 3-2500 § 39 Nr. 4](#) S. 18 f. m. w. N. = Juris, Rn. 22). So liegt es, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, wenn mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 17 m. w. N.). Soweit schon das anzuwendende Gesetzesrecht Regelungen zur Schließung der vertraglichen Lücke bereithält, fehlt es an einer durch die ergänzende Vertragsauslegung zu schließenden Regelungslücke.

aa) Die Beteiligten schlossen mit der AMPV wirksam einen Vertrag nach [§ 129a SGB V](#). Die AMPV begründet den streitigen Rückzahlungsanspruch bei Abänderbarkeit der maßgeblichen USt-VAe und -Anmeldungen zumindest noch am 20.10.2016 (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 15). Die AMPV berechtigt die Krankenhausapotheke der Beklagten zu Lasten der Krankenkasse auf der Grundlage ordnungsgemäß ausgestellter Verordnungen Arzneimittel abzurechnen, auf die Versicherte nach [§ 31 Absatz 1 Satz 1 SGB V](#) einen Leistungsanspruch haben (§ 5 Absatz 2 und 5 AMPV 2011). Überdies können Spezialrezepturen zur Krebsbehandlung in begründeten Ausnahmefällen abgerechnet werden (§ 5 Abs. 6 AMPV 2011). Die Vergütung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen für die Preisbildung (§ 6 AMPV) und den Bestimmungen zur Preisberechnung (§ 7 AMPV 2011).

bb) Die AMPV enthält zur Überzeugung der Kammer bereits keine qualifizierte Regelungslücke, da sich eine Verpflichtung zur Rückerstattung der Umsatzsteuer wie oben unter II. 1a) ausgeführt bereits aus der ausdrücklichen vertraglichen Regelung ergibt. Versteht man die Bestimmung dahingehend, dass mit anderweitiger Regelung durch die Finanzverwaltung im Sinne des § 6 Absatz 1 2. Hs. 2. Var. AMPV 2011 nur solche für die Zukunft und nicht nachträgliche Regelungen erfasst sind, besteht eine qualifizierte Regelungslücke hinsichtlich der Arzneimittelzubereitungen betreffenden USt. Im Hinblick auf die streitgegenständlichen Rezepturen nach § 7 Absatz 2 AMPV gingen die Beteiligten übereinstimmend davon aus, dass die Krankenkassen den auf den Umsatz der Krankenhäuser entfallenden Umsatzsteueranteil tragen und damit in wirtschaftlicher Hinsicht die entsprechende Steuerlast ([§ 13](#) Buchstabe a Absatz 1 Nr. 1, [§ 1 Absatz 1 Satz 1](#), [§ 2 Absatz 1 UStG](#)) der Krankenhäuser übernehmen.

Die Vertragsparteien der AMPV 2011 haben nicht bedacht, was gelten soll, wenn die Steuerverwaltung bei den betroffenen Arzneimittelzubereitungen die USt-Pflicht abgerechneter und bezahlter Leistungen nach der USt-Anmeldung im weiteren zeitlichen Verlauf anders als zuvor beurteilt. Wenn man diesen Fall nicht wie von der Überzeugung der Kammer getragen von § 6 Absatz 1 2. Hs. 2. Var. AMPV erfasst, fehlt es an einer Regelung für den nachträglichen Entfall der Umsatzsteuer. Nach der bei Abgabe der USt-Anmeldung geltenden Erlasslage war von USt-Pflicht der patientenindividuellen Zubereitungen auszugehen. Dazu führt das Bundessozialgericht seinem Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 22 - 23 wie folgt aus:

"§ 4 Nr. 14 Buchst b UStG (idF durch Art 7 Nr 4 Buchst b Jahressteuergesetz 2009 (JStG 2009) vom 19.12.2008, [BGBl I 2794](#), mWv 1.1.2009) regelt: ‚Von den unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 fallenden Umsätzen sind steuerfrei: ( ) 14. ( ) b Krankenhausbehandlungen und ärztliche Heilbehandlungen ( ) sowie damit eng verbundene Umsätze, die von Einrichtungen des öffentlichen Rechts erbracht werden. Die in Satz 1 bezeichneten Leistungen sind auch steuerfrei, wenn sie von aa) zugelassenen Krankenhäusern nach [§ 108](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ( ) erbracht werden; ( )‘. Hierzu gab das BMF durch Abschnitt 100 Abs 3 Nr 4 Umsatzsteuerrichtlinie (UStR) 2008 der Steuerverwaltung vor: ‚Nicht zu den eng verbundenen Umsätzen gehören insbesondere ( ) 4. die Abgabe von Medikamenten zur unmittelbaren Anwendung durch ermächtigte Krankenhausambulanzen an Patienten während der ambulanten Behandlung sowie die Abgabe von Medikamenten durch Krankenhausapotheken an Patienten im Rahmen der ambulanten Behandlung im Krankenhaus; ( )‘ (s ferner Abschnitt 4.14.6 Abs 3 Nr 4 Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE), vom 1.10.2010, BStBl 2010 I 846).

Jedenfalls mit dem 20.10.2016 änderte sich die Erlasslage. Der BFH entschied - von den Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (2004) nicht vorhergesehen - mit Urteil vom 24.9.2014 ([V R 19/11 - BFHE 247, 369 = BStBl II 2016, 781](#)) für die Streitjahre 2005 und 2006 zu [§ 4 Nr 16 Buchst b UStG](#) - soweit hier von Belang ohne inhaltliche Änderung zu [§ 4 Nr 14 Buchst b UStG](#) idF des JStG 2009 -, dass die Verabreichung von Zytostatika im Rahmen einer ambulant in einem Krankenhaus durchgeführten ärztlichen Heilbehandlung, die dort individuell für den einzelnen Patienten in einer Apotheke dieses Krankenhauses hergestellt werden, als ein mit der ärztlichen Heilbehandlung eng verbundener Umsatz - abweichend von Abschn 100 Abs 3 Nr 4 UStR 2005 und Abschn 4.14.6 Abs 3 Nr 4 UStAE - steuerfrei ist. Ebenfalls von den Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (2004) nicht vorhergesehen änderte das BMF-Schreiben vom 28.9.2016 den Abschn 4.14.6 UStAE (BStBl I 2016, Nr 18 vom 20.10.2016, S 1043) und fügte in den dortigen Abs 2 eine neue Nr 3 ein: (2) ( ) können zu den eng verbundenen Umsätzen gehören: ( ) ,3. die Abgabe von individuell für den einzelnen Patienten in einer Apotheke des Krankenhauses hergestellten Arzneimitteln, wenn diese im Rahmen einer ambulant in den Räumen dieses Krankenhauses durchgeführten Heilbehandlung verwendet werden; auf die sozialrechtliche Ermächtigungsform für die ambulante Heilbehandlung kommt es nicht an ( )‘. Für Umsätze, die vor dem 1.4.2017 ausgeführt worden sind, sieht das BMF-Schreiben vor, dass der Unternehmer seine Leistungen abweichend von Abschn 4.14.6 Abs 2 Nr 3 UStAE dem allgemeinen Steuersatz unterwerfen und insoweit aus den damit zusammenhängenden Eingangsleistungen unter den weiteren Voraussetzungen des [§ 15 UStG](#) den Vorsteuerabzug geltend machen kann, wenn die Fälle noch ‚offen‘ sind."

Diesen Ausführungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung an.

cc) Im Fall, dass man die abweichende Auffassung der Beklagten einer fehlenden ausdrücklichen Regelung in § 6 Absatz 1 AMPV zu Grunde legt, würde sich Regelungslücke nicht durch dispositives oder sonstiges Gesetzesrecht, insbesondere Steuerrecht schließen lassen (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R -](#), [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr 2, Rn. 24 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 20.02.2019 - [VIII ZR 7/18 -](#), juris, Rn. 47 m. w. N.; [BGHZ 170, 311](#), Rn. 29, dort zum Gesamtschuldverhältnis von Steuer- und Haftungsschuldner). So trifft das nach [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#) ergänzend zur AMPV 2011 anzuwendende dispositive Recht des Werklieferungsvertrags ([§ 650 BGB](#)) keine spezifische Regelung. Ein einseitiges Preisbestimmungsrecht der Beklagten nach [§ 316 BGB](#) scheidet wegen der Regelungen in §§ 6, 7 AMPV 2011 von vornherein aus (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R -](#), [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 24 zur baden-württembergischen Regelung in § 6 AMPV). Weder die Krankenkasse noch die Krankenhausapotheke hat ein berechtigtes Interesse an einem, über das Angemessene (einschließlich einer üblichen Gewinnspanne) hinausgehenden allein nach billigem Ermessen festzusetzenden Preis (BGH, Ur. v. 10.06.2020 - [VIII ZR 360/18 -](#), juris, Rn. 25). Die Regelung über die Störung der Geschäftsgrundlage nach [§ 313 BGB](#) ist gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung nachrangig (BGH, Ur. v. 10.06.2020 - [VIII ZR 360/18 -](#), juris, Rn. 35 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 20.02.2019 - [VIII ZR 7/18 -](#), juris, Rn. 45 m. w. N.). Die Möglichkeit einer auch im öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht anwendbaren Schadensersatzhaftung (vgl. [§ 280 BGB](#) iVm. [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#)) macht eine ergänzende Vertragsauslegung nicht entbehrlich (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R -](#), [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr 2, Rn. 24). Auch aus dem UStG und der AO lassen sich keine Regelungen entnehmen, die unmittelbar die Aufteilung des Risikos einer fehlerhaften Bewertung der USt-Pflicht im Verhältnis zwischen dem die Lieferung erbringenden Unternehmer und dem Abnehmer seiner Lieferung regeln (vgl. [§§ 2, 3 UStG](#)). Schließlich enthalten auch das BMF-Schreiben vom 28.09.2016 - ungeachtet der fehlenden außenwirksamen Normqualität norminterpretierender Verwaltungsvorschriften (vgl. BFH, Urteil vom 16.09.2015 - [XI R 27/13 -](#), juris Rn. 30 m. w. N) - keine Regelung über die endgültige sozialrechtliche Zuweisung des Risikos fehlerhafter Bewertung der USt-Pflicht und deren Rechtsfolgen (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R -](#), [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 24).

dd) Anders als die Beklagtenvertreter meinen, scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung überdies nicht deswegen aus, weil zur Ausfüllung der Regelung theoretisch mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Hierzu hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10.06.2020 - [VIII ZR 360/18 -](#), juris, Rn. 25 überzeugend ausgeführt:

"Anders als die Revisionserwiderung - eine erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Flensburg (Urteil vom 4. Oktober 2019 - [3 O 167/18](#), juris Rn. 30 ff.) aufgreifend - meint, scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung auch nicht deswegen aus, weil zur Ausfüllung der Regelungslücke theoretisch verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen. Die Revisionserwiderung und das Landgericht Flensburg verkennen die von ihnen zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung. Der Umstand, dass die Vertragsparteien, wenn sie die Umsatzsteuerproblematik bedacht hätten, zwischen mehreren Gestaltungsmöglichkeiten hätten wählen können, schließt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht aus.

Denn das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung zielt nicht darauf ab, die Regelung nachzuzeichnen, die die Parteien bei Berücksichtigung des nicht bedachten Falls tatsächlich getroffen hätten, sondern ist auf einen beiderseitigen Interessenausgleich gerichtet, der aus einer objektivgeneralisierenden Sicht dem hypothetischen Parteiwillen beider Parteien Rechnung trägt (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2019 - [I ZR 34/18](#), [GRUR 2020, 57](#) Rn. 26 mwN). Maßgebend ist damit bei einer Bandbreite möglicher Alternativen diejenige Gestaltungsmöglichkeit, die die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise ausgewählt hätten (vgl. etwa Senatsurteile vom 20. Februar 2019 - [VIII ZR 7/18](#), aaO Rn. 61; vom 28. Oktober 2015 - [VIII ZR 158/11](#), [BGHZ 207, 209](#) Rn. 70; jeweils mwN). Dementsprechend ist eine ergänzende Vertragsauslegung im Falle des Bestehens mehrerer Auslegungsmöglichkeiten nur dann ausgeschlossen, wenn sich anhand der getroffenen Regelungen und Wertungen sowie aufgrund des Sinns und Zwecks des Vertrags keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen - an den beschriebenen Maßstäben ausgerichteten - hypothetischen Parteiwillen ergeben (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 20. Juli 2005 - [VIII ZR 397/03](#), [NJW-RR 2005, 1619](#) unter II 3 b; vom 12. Oktober 2007 - [V ZR 283/06](#), [NJW-RR 2008, 251](#) Rn. 21; vom 6. Juli 2016 - [IV ZR 44/15](#), [NJW 2017, 388](#) Rn. 48; jeweils mwN). Dies

verkennt das Landgericht Flensburg (aaO Rn. 33), wenn es eine ergänzende Vertragsauslegung mit der - die hier nicht in Rede stehende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ([§ 305c Abs. 2 BGB](#)) betreffenden - Erwägung verneinen will, eine solche scheidet aus, weil mehrere Gestaltungsmöglichkeiten bestünden und keine von ihnen "fernliegend" sei.

Redliche, auf eine Ausgewogenheit der Vertragsbeziehungen und nicht einseitig auf die eigenen Interessen bedachte Vertragsparteien hätten allein die vom Senat in den Urteilen vom 20. Februar 2019 ([VIII ZR 7/18](#), aaO Rn. 60 ff.; [VIII ZR 66/18](#), aaO Rn. 61 ff.; [VIII ZR 115/18](#), aaO Rn. 57 ff., und [VIII ZR 189/18](#), aaO Rn. 57 ff.) beschriebene Regelung getroffen. Denn die weiteren vom Landgericht Flensburg (aaO Rn. 31 ff.) angeführten Gestaltungsmöglichkeiten nehmen nicht - wie erforderlich - die Interessen beider Seiten hinreichend in den Blick."

Diesen Ausführungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung an.

ee) Nach der gebotenen ergänzenden Vertragsauslegung des § 6 Abs 1 AMPV 2011 hat die Klägerin einen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung zu Unrecht gezahlter USt und zwar im Umfang von 19 % ohne Berücksichtigung etwaiger Steuerminderungseffekte infolge des Verlusts der Möglichkeit zum Vorsteuerabzug.

Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts ist der hypothetische Wille der Vertragsparteien. Dieser ist unter angemessener Abwägung der Interessen der Beteiligten nach Treu und Glauben zu bestimmen und zu ermitteln, was diese redlicherweise im Zeitpunkt des Vertragschlusses vereinbart hätten, wenn sie den nach Auffassung der Beklagten nicht geregelten Fall bedacht hätten. Zur Überzeugung der Kammer entspricht es dem Willen der Vertragsparteien zu einer insgesamt vertraglichen Bewältigung der Regelungslücke zu gelangen (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr 2, Rn. 26).

Abgesehen davon, dass der Vertragsgeber zur Überzeugung der Kammer bereits eine ausdrückliche Regelung dahingehend traf, dass die Umsatzsteuer in vollem Umfang zurückzuerstatten ist, dürfte diese Regelung auch der Interessenlage der Beteiligten entsprechen.

Denn abweichend zur Rechtsansicht des SG Speyer in seinem Urteil vom 05.12.2019 - [S 17 KR 689/16](#) -, Rn. 137 dürfte es gerade keinen allgemeinen Regelungsplan in der hier zur Auslegung stehenden AMPV 2011 dahingehend geben, dass Aufwendungen der Krankenhausapotheke für die Herstellung der betroffenen Arzneimittelzubereitungen in voller Höhe durch die Krankenkasse zu tragen sind. Dies ergibt sich bereits daraus, dass § 7 AMPV 2011 ausführliche Regelungen enthält, welche Aufwendungen von der Krankenkasse erstattungsfähig sind. So bestimmt etwa § 7 Absatz 1 Satz 4 AMPV 2011, dass bei der Auseinandersetzung von Medikamenten aus Fertigarzneimittelprodukten nur die tatsächlich abgegebenen Mengen der wirtschaftlichsten Packungsgröße anteilmäßig berechnet werden dürfen. Bei der Herstellungspauschale sind gemäß § 7 Absatz 2 Satz 5 AMPV 2011 nur die Kosten für Verbrauchsmaterial, Entsorgung, Dokumentation und Applikation abgegolten, wobei Ausnahmen in einer Anlage geregelt werden. Vor dem Hintergrund der detaillierten Regelungen über erstattungsfähige Aufwendungen bei der Herstellung patientenindividueller Zubereitungen kann keinesfalls ein allgemeiner Grundsatz angenommen werden, dass die Krankenkasse alle in diesem Zusammenhang anfallenden Aufwendungen des Krankenhauses erstattet; denn dann bedürfte es der getroffenen detaillierten Bestimmungen nicht. Insbesondere bedürfte es besonders begründungsbedürftig sein, warum die Klägerin auch anteilig für Gemeinkosten wie Gas, Strom, Wasser und Investitionskosten etwa für die Herrichtung eines Reinraums aufkommen soll.

Soweit der Bundesgerichtshof u. a. in seinem Urteil vom 10.06.2020 - [VIII ZR 360/18](#) -, juris, Rn. 66 davon ausgeht, dass redliche Vertragspartner hypothetisch den Kaufpreis in der Weise bestimmt hätten, dass ein Betrag in Höhe des angesetzten Umsatzsteueranteils von dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis abgezogen, dafür jedoch anteilig auf den jeweiligen Vertrag entfallende, von dem Krankenhaus gemäß [§ 15 UStG](#) in Bezug auf die vertraglich geschuldete Leistung bei seinem Finanzamt angemeldete Vorsteuer addiert wird, dürfte es zur Überzeugung der Kammer keinen allgemeinen Grundsatz geben, dass der Verlust der Vorsteuerabzugsmöglichkeit bei der Bestimmung des hypothetischen Preises zu berücksichtigen ist. Denn dem beklagten Krankenhaus steht in wirtschaftlicher Hinsicht ebenso die Möglichkeit offen, den Verlust des Vorsteuerabzugs gegenüber seinen Lieferanten zu adressieren und in diesen Vertragsbeziehungen seinem wirtschaftlichen Schaden Rechnung zu tragen. Jedenfalls bedürfte es für eine hypothetische Preisermittlung durch das Gericht einer Offenlegung der umsatzsteuerrechtlichen (Korrektur-)Bescheide einschließlich derer Berechnungsgrundlagen sowie der Kalkulationsgrundlagen insbesondere im Hinblick auf die Sach-, Gemein- und Investitionskosten betreffende Vorsteuer, die sich die Beklagte weigert vorzulegen und die die Kammer auch nicht durch Amtsermittlung etwa durch Einholung einer Auskunft des zuständigen Finanzamtes kompensieren kann, da die Umsatzsteueranmeldungen, Bescheide und Korrekturbescheide nur die aggregierten Daten ohne Berechnungsgrundlagen enthalten. Ohne diese Offenlegung kann die vom BGH geforderte, anteilig auf den jeweiligen Vertrag entfallende Berücksichtigung der Vorsteuer nicht zu Grunde gelegt werden. Auch die vorgelegte Steuerberaterbestätigung ist für die Bestimmung eines hypothetischen Preises unzureichend, allein schon weil die angemeldete Umsatzsteuer einen geringeren Betrag ausmacht, als die von der Klägerin gezahlte Umsatzsteuer. Diese Differenzen ließen sich nur bei einer vollständigen Offenlegung der Umsatzsteueranmeldungen und deren Korrekturbescheide einschließlich der zu Grunde liegenden Berechnungsgrundlagen ausräumen, was die Beklagte indes verweigert.

Soweit die Beklagte meint, eine Berechnung der "Einzelfallanalyse" für die weit zurückreichenden Zeiträume stelle sie vor kaum zu bewältigende administrative Probleme hat das BSG überzeugend ausgeführt, dass mit der Rückabwicklung verbundene Belastungen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin nicht ausschließen (BSG, Urteil vom 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, [BSGE 128, 65-78](#), SozR 4-2500 § 129a Nr. 2, Rn. 27). Überdies hat die Beklagte auf den erneuten Hinweis des Gerichts vom 01.09.2020 eine durch den Leiter der Krankenhausapotheke auf Basis von Beispielsrechnungen für einzelne Medikamente eine einzelfallbezogene Aufstellung der Vorsteuer innerhalb einer kurzen, zweiwöchigen Frist erstellen können. Die so ermittelte Einzelfallaufstellung weicht indes teilweise erheblich von den vom Steuerberater bestätigten Vorsteuerabzügen für die streitgegenständlichen Forderungen ab, etwa für 2015 um über 5.000 EUR (Steuerberaterbestätigung: 20.779,38 EUR und Angaben des Leiters der Krankenhausapotheke 25.882,98 EUR), sodass diese zur Überzeugung der Kammer ohne die mehrfach angeforderten Steuerunterlagen und deren Berechnungsgrundlagen nicht als abzugsfähiger Posten berücksichtigt werden kann.

ff) Zur Überzeugung der Kammer war - anders als die Beklagtenvertreter meinen - der hypothetische Parteiwille nicht durch rückwirkende Anwendung des § 4 der ab dem 01.01.2017 gültigen AMPV 2017 in Verbindung mit Anlage 1 Nr. 11 zu schließen. Nr. 11 der Anlage 1 bestimmt:

"11. Umsatzsteuer 11.1 Umsatzsteuerpflicht

Den nach den Nrn. 1 bis 10 ermittelten Abrechnungspreisen nach diesem Vertrag ist die Umsatzsteuer hinzuzufügen. Der Herstellerrabatt nach [§ 130a und b SGB V](#) wird nach Ermittlung des Abrechnungspreises mit Umsatzsteuer abgezogen. Die Umsatzsteuer ist in der Abrechnung gesondert auszuweisen. Der Ansatz der Umsatzsteuer entfällt, soweit die Umsatzsteuer nicht besteht.

11.2 Keine Umsatzsteuerpflicht für individuell zubereitete parenterale Lösungen

Bei nicht bestehender Umsatzsteuerpflicht wird die Umsatzsteuer nicht berechnet. Soweit keine Umsatzsteuerpflicht für individuell hergestellte parenterale Lösungen besteht, beträgt der Aufschlag für nicht generisch verfügbare Produkte 18,9 %, für Biosimilars 17,9 % und generisch verfügbare Produkte 15,5 % auf die jeweiligen Abrechnungspreise nach Nrn. 5 bis 7. [ ].

Zwar sieht diese Bestimmung - worauf die Beklagtenvertreter hinweisen - einen sogenannten fiktiven Umsatzsteueraufschlag vor, der insbesondere die Vorsteuerbeträge für den Fall der USt-Befreiung durch die Fiktion der Umsatzsteuer berücksichtigen soll. Diese Regelung wurde indes erst nachträglich und abweichend z. B. von der bereits ab 2004 in Baden-Württemberg gültigen Regelung eingeführt. Die nachträgliche Anwendung dieser Bestimmung führt dazu, dass eine ursprünglich zwischen den Vertragsparteien getroffene ausgewogene Regelung einseitig zu Gunsten der Beklagten abgeändert würde. Denn privatautonome Vertragsverhandlungen zeichnen sich durch ein stetiges Geben und Nehmen aus. Die Krankenhäuser werden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Regelung eines mehr als großzügigen fiktiven Umsatzsteueraufschlags zu Gunsten von Krankenhausapotheken durch ein Geben an anderer Stelle "erkauft" haben; dieses ausgewogene vertragliche Regelwerk würde einseitig zu Lasten einer Partei - vorliegend der Krankenkassen - verschoben, wenn man ausschließlich die die Krankenhäuser begünstigende Regelung, nicht indes dessen "unbekanntes" vertragliches Korrelat anwenden würde.

2. Soweit sich ein Differenzbetrag zwischen von der Beklagten abgeführten und von der Klägerin bezahlten Umsatzsteuer für 2014 in Höhe von 397,27 EUR (19.356,48 EUR - 18.959,21 EUR), und für 2015 440,81 EUR (29.596,43 EUR - 29.155,62 EUR) ergibt, kann die Klägerin diesen aus öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch verlangen, da die Beklagte insoweit eine Vermögensmehrung erlangt hat, für die mangels Abführung der entsprechenden Umsatzsteuer an das Finanzamt keine Entreicherung eingetreten ist (vgl. LSG Baden-Württemberg Urt. v. 16.01.2018 - [L 11 KR 1723/17](#) -, [BeckRS 2018, 966](#) Rn. 32, beck-online). Soweit die Beklagte eine Steuererstattung nicht im vollem Umfang gegenüber dem geltend gemacht haben sollte, besteht ein Schadensersatzanspruch nach [§ 69 Absatz 1 Satz 3 SGB V](#) i. V. m. [§ 280 Absatz 1 BGB](#) im Umfang des vertraglichen Rückzahlungsanspruches, da die Beklagte es zu vertreten hätte, dass die Umsatzsteuer-Verwaltungsakte und -Anmeldungen pflichtwidrig schon vor dem 20.10.2016 bestandskräftig wurden (BSG, Urt. v. 09.04.2019 - [B 1 KR 5/19 R](#) -, Rn. 30 ff.).

3. Die Klägerin hat Anspruch auf Prozesszinsen ab dem 09.11.2018. Für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Krankenhäusern gelten die Zinsvorschriften des BGB entsprechend, soweit nicht in Verträgen etwas anderes geregelt ist (stRspr.; vgl. z. B. BSG, SozR 4-2500 § 69 Nr. 7 Rn. 14 m. w. N; BSG SozR 4-7610 § 204 Nr. 2 Rn. 24). Die AMPV 2011 sieht keine eigene Regelung zur Verzinsung von Ansprüchen vor. Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen ([§ 291 S. 1 BGB](#)). Der Zinsanspruch beträgt fünf Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz ([§ 291](#) iVm. [§ 288 Abs. 1 BGB](#)).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs. 1 S. 1 Teils 3 SGG iVm. [§ 155 Abs. 1 S. 1 und S. 3 VwGO](#), diejenige über den Streitwert aus [§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG](#) iVm. [§ 63 Abs. 2](#), [§ 52 Abs. 3](#) sowie [§ 47 Abs. 1 GKG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2020-09-28