

L 16 KR 868/18

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
16.
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 8 KR 868/18
Datum
29.11.2018
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 KR 868/18
Datum
09.12.2021
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 3 KR 4/22 R
Datum
21.09.2023
Kategorie
Urteil
Bemerkung

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 29.11.2018 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert für die Berufung wird auf 1.138.681,74 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um die Vergütung der Belieferung von Vertragsärzten mit Röntgenkontrastmitteln.

Die Klägerin, die über eine Erlaubnis zum Großhandel mit Arzneimitteln gemäß [§ 52a AMG](#) verfügt, beliefert unter anderem zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Radiologen in Rheinland-Pfalz und im Saarland mit den Röntgenkontrastmitteln Ultravist® (Wirkstoff: Iopromid), Gadovist® (Wirkstoff: Gadobutrol) und Gastrografin® (Wirkstoffkombination: Natriumamidotrizoat/Megluminamidotrizoat). Sprechstundenbedarf wird nach den Vereinbarungen über dessen ärztliche Verordnung in Rheinland Pfalz (SSBV RLP) und im Saarland (SSBV SL) zulasten der beklagten Krankenkasse (Beklagte) verordnet. Diese schloss nach europaweiter Ausschreibung im offenen Verfahren, gegen die sich die Klägerin letztlich erfolglos zur Wehr setzte, Rahmenverträge bezüglich der Lieferung von Röntgenkontrastmitteln an die Vertragsärzte mit der A GmbH & Co.KG und der Y Handelsgesellschaft betreffend Zeiträume vom 01.11.2016 bis 28.02.2019. Mit Schreiben vom 03.01.2017 informierte die Beklagte die Klägerin sowie andere Lieferanten darüber, dass die Abrechnung bzw. Erstattung von Kosten nicht bezuschlagter Kontrastmittel grundsätzlich nicht mehr möglich sei.

Die gleichwohl unter Einbeziehung solcher Kontrastmittel vorgelegte Rechnung des von der Klägerin beauftragten Rechenzentrums vom 10.03.2017 (Rechnungsnummer 01), der Lieferungen aufgrund vertragsärztlicher Verordnungen zugrundelagen, kürzte die Beklagte um 94.631,91 € (Gadovist® und Gastrografin®), eine weitere Rechnung vom 07.04.2017 (Rechnungsnummer 02) um 123.853,78 € (Gadovist®) und eine dritte vom 09.05.2017 (Rechnungsnummer 03) um 142.033,28 € (Gadovist®). Dem gegen diese Kürzungen erhobenen Widerspruch der Klägerin hielt die Beklagte entgegen, dass den ausgeschriebenen Exklusiv-Lieferverträgen für Kontrastmittel die Vorgabe zugrundeliege, dass jeweils lediglich ein Unternehmen bezuschlagt werde und nur dieses zur Belieferung und Abrechnung berechtigt sei. Lediglich in durch die jeweiligen ärztlichen Verordnungen dokumentierten Ausnahmefällen könne etwas anderes gelten.

Die Klägerin hat am 13.06.2017 Klage zum Sozialgericht Mainz erhoben, das den Rechtsstreit an das Sozialgericht Düsseldorf verwiesen hat.

Zur Begründung hat sie an ihrer Auffassung festgehalten, die SSBVen sähen keine Einschränkung der Liefer- und Abrechnungsbestimmungen vor. Der Rahmenvertrag regele bilateral Preis- und Abrechnungsbestimmungen, nicht jedoch - was rechtlich

auch nicht möglich sei – das Verhältnis der Beklagten zu anderen Lieferanten. Soweit diese bilateral mit anderen Lieferanten Verträge abgeschlossen habe, gölten diese nur inter partes und berührten die SSBVen als öffentlich-rechtliche Normenverträge nicht. Es existiere – anders als dies etwa im Bereich der Impfstoffe früher der Fall gewesen sei – keine gesetzliche Vorschrift, die die Beklagte dazu ermächtige, die Versorgung mit Kontrastmitteln in einzelnen Verträgen mit Lieferanten sicherzustellen. Ob die Verordnung von Sprechstundenbedarf dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz entspreche, sei nach der SSBV allein von den hierfür zuständigen Prüfungsgremien gegenüber den Vertragsärzten zu prüfen und habe nichts mit der Lieferberechtigung zu tun. Ihr als Lieferantin sei eine solche Prüfung rechtlich und tatsächlich auch nicht möglich.

Im Verlauf des Klageverfahrens hat die Beklagte 10 weitere Rechnungen der Klägerin (14.06.2017, Rechnungsnummer 04; 10.07.2017, Rechnungsnummer 05; 09.08.2017, Rechnungsnummer 06; 05.09.2017, Rechnungsnummer 07; 20.10.2017, Rechnungsnummer 08; 17.11.2017, Rechnungsnummer 09; 13.12.2017, Rechnungsnummer 10; 08.02.2018, Rechnungsnummer 11; 12.02.2018, Rechnungsnummer 12; 16.03.2018, Rechnungsnummer 13) um insgesamt weitere 778.162,77 € gekürzt.

Die Klägerin hat ihre Klage jeweils unter Vorlage der den Lieferungen zugrunde liegenden Verordnungen um die gekürzten Beträge erweitert.

Sie hat schriftsätzlich beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie insgesamt 1.138.681,74 € nebst Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen, davon auf 99.140,86 € seit dem 07.04.2017, auf 123.583,78 € seit dem 11.05.2017, auf 142.033,28 € seit dem 23.06.2017, auf 50.630,28 € seit dem 13.07.2017, auf 59.567,24 € seit dem 30.08.2017, auf 266.568,51 € seit dem 05.09.2017, auf 32.735,34 € seit dem 30.10.2017, auf 64.485,79 € seit dem 23.11.2017, auf 119.370,83 € seit dem 21.12.2017, auf 33.915,24 € seit dem 24.01.2018, auf 113.736,81 € seit dem 14.05.2018 und auf 32.913,78 € seit dem 14.05.2018.

Die Beklagte hat schriftsätzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Markt für Kontrastmittel sei wettbewerbsintensiv und zeichne sich durch eine Vielzahl von Wirkstoffen bzw. Produkten aus, die gegeneinander austauschbar seien. Da ein erhebliches Einsparpotential vermutet worden sei, habe erstmals die AOK Nordost im Jahr 2014 eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben. Die Vergaberechtskonformität der wirkstoffübergreifenden Kontrastmittelausschreibung sei durch die Rechtsprechung bestätigt worden. Als Konsequenz sei nur eine Liefer-/Versorgungsberechtigung für den Zuschlagsgewinner des jeweiligen Fachloses gegeben und alle anderen Leistungserbringer seien von der Versorgung für den Zeitraum der Vertragslaufzeit ausgeschlossen. Die von der Klägerin eingereichten Verordnungen enthielten nicht bezuschlagte Produkte, deren Indikationen/Anwendungsgebiete den gebildeten Fachlosgruppen zuzuordnen seien. Beispielsweise sei Gadovist® abgegeben worden, das im Fachlos K des Teilloses 1 im Wettbewerb mit dem Zuschlagsprodukt Dotagita® gestanden habe. Zwar enthalte das SGB V mangels Regelungen zum Sprechstundenbedarf keine explizite Rechtsgrundlage für Ausschreibungsverfahren von Rahmenverträgen zur Belieferung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen mit Kontrastmitteln. Für diese Verträge existiere dennoch – wie das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bereits mit Beschluss vom 13.09.2005 ([2 BvF 2/03](#)) entschieden habe – eine hinreichende sozialrechtliche Ermächtigung auf der Grundlage der Berechtigung öffentlich-rechtliche Verträge im Bereich der Arzneimittelversorgung abzuschließen ([§§ 53 SGB X](#) ff.) in Verbindung mit dem u.a. in den [§§ 12](#) und [73 Abs. 8 SGB V](#) zum Ausdruck kommenden Wirtschaftlichkeitsgebot. Das Verfahren stelle keinen verfassungsrechtlich zu beanstandenden Eingriff in Grundrechte der Klägerin dar. Aufgrund der exklusiven Rahmenverträge bestehe grundsätzlich ein verbindlicher Bestellweg für die Vertragsärzte im Versorgungsgebiet. Zwar treffe es zu, dass es zu den von der Klägerin vertriebenen Kontrastmitteln keine wirkstoffgleichen Präparate anderer Anbieter gebe. Es seien aber zahlreiche andere Produkte für denselben Anwendungsbereich zugelassen, die von der Wirkungsweise identisch und somit medizinisch gleichwertig seien. Weder von der Klägerin noch von Ärzten werde eine Wirtschaftlichkeitsprüfung verlangt. Es werde lediglich regelmäßig auf die derzeit wirtschaftlichsten Produkte hingewiesen. Die medizinische Entscheidung des Arztes werde nicht eingeschränkt, da dieser die Verordnung im Falle des medizinisch erforderlichen Einsatzes eines nicht bezuschlagten Kontrastmittels mit dem Hinweis „medizinischer Ausnahmefall“ kennzeichnen könne. Die Klägerin habe lediglich zu prüfen, ob die Verordnung einen entsprechenden Hinweis des Arztes enthalte. Soweit die Klägerin den geltend gemachten Anspruch auf [§ 433 Abs. 2 BGB](#) i.V.m. [§ 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) i.V.m. Abschnitl V. 1., 5 SSBV RLP stütze, fehle es an einer Einigung zwischen den Parteien über Kaufpreis und Kaufgegenstand.

Das Sozialgericht hat die Beklagte antragsgemäß mit Urteil vom 29.11.2018 zur Zahlung verurteilt. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 10.12.2018 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten vom 21.12.2018. Sie hält an ihrem erstinstanzlichen Vorbringen und ihrer Auffassung fest, dass ihr die Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen für Röntgenkontrastmittel und der Abschluss entsprechender Verträge mit den günstigsten Bietern nicht verwehrt seien. Das Verfahren stelle keinen verfassungsrechtlich zu beanstandenden Eingriff in Grundrechte der Klägerin dar, da der Schutzbereich der Berufsfreiheit nicht berührt werde. Im Übrigen habe das Bundessozialgericht (BSG, Urteil vom 13.05.2015 – [B 6 KA 18/14 R](#)) entschieden, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot immer – also auch beim Bezugsweg – zu beachten sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 29.11.2018 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin, die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ihre Klage in Höhe von 4508,95 € zurückgenommen hat, beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung des Sozialgerichts. Ihr Vergütungsanspruch als nichtärztliche Leistungserbringerin folge bereits aus den SSBVen, die keine Einschränkung auf bestimmte Lieferanten oder Kontrastmittel enthielten. Eines gesonderten Kaufvertrages oder dergleichen bedürfe es für die Zahlungspflicht nicht. Die Beklagte habe insbesondere keine bilateralen Rahmenverträge mit anderen Lieferanten über wirkstoffgleiche Kontrastmittel zu Gadovist®, Gastrografin® und Ultravist® geschlossenen, so dass diese Lieferanten auch

keine entsprechenden Präparate zu günstigeren Preisen hätten liefern können. Auch wenn vertragsrechtlich der Abschluss bilateraler Vereinbarungen prinzipiell erlaubt sein möge, in denen bestimmte Lieferanten rabattierte Preise und Vorzugskonditionen einräumten, gebe es keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, die diesen Vereinbarungen eine Rechtswirkung zu Lasten Dritter verleihe. Daran ändere auch nichts, dass die Beklagte die entsprechenden Rahmenvereinbarungen im Wege des Vergaberechts ausgeschrieben habe, denn beim Vergaberecht handele es sich um Verfahrensregeln, die eine transparente und wettbewerbskonforme Vergabe von öffentlichen Aufträgen gewährleisten solle. Hinsichtlich der sozialrechtlichen Befugnis solch exklusiver Verträge sage das Vergabeverfahren auch nach Auffassung der 2. Vergabekammer des Bundes nichts aus (Beschluss vom 30.01.2015 – [VK 2 - 115/14](#)). Die fehlende gesetzliche Ermächtigung könne auch nicht durch den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ersetzt werden. Überdies könne die Beklagten das Leistungsrecht der Versicherten nicht auf die bezuschlagten Kontrastmittel beschränken, zumal keine Wirkstoffgleichheit mit den von ihr – der Klägerin – ausgelieferten Röntgenkontrastmitteln bestehe. Sie sei als Lieferantin zudem weder berechtigt noch imstande, die medizinische Begründung des verordnenden Vertragsarztes in Frage zu stellen oder zu überprüfen. Ob der verordnende Vertragsarzt das Wirtschaftlichkeitsgebot beachtet habe, sei nach den SSBVen vielmehr von den hierfür vorgesehenen Gremien zu prüfen. Ungeachtet dessen bestehe der Vergütungsanspruch jedenfalls – wie das Sozialgericht angenommen habe – auf Grundlage des entsprechend heranzuziehenden Bereicherungsrechts.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Das Sozialgericht hat die Beklagte im Ergebnis zu Recht verpflichtet, den von der Klägerin im streitigen Zeitraum gelieferten Sprechstundenbedarf in der im Berufungsverfahren noch streitigen Höhe zu vergüten.

Der zulässigerweise aufgrund des zwischen den Beteiligten bestehenden Gleichordnungsverhältnisses mit der Leistungsklage ([§ 54 Abs. 5 SGG](#)) unter statthafter sukzessiver Erhöhung der Klageforderung ([§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG](#)) geltend gemachte Vergütungsanspruch der Klägerin ergibt sich aus den Regelungen der SSBVen i.V.m. den jeweiligen Verordnungen der Vertragsärzte, ohne dass die Beklagte dem die Exklusivität der Verträge mit dritten Unternehmen entgegenhalten kann.

Nach [§ 83 Satz 1 SGB V](#) schließen die kassenärztlichen Vereinigungen mit den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen Gesamtverträge über die vertragsärztliche Versorgung der Mitglieder mit Wohnort in ihrem Bezirk einschließlich der mitversicherten Familienangehörigen; die Landesverbände der Krankenkassen schließen die Gesamtverträge mit Wirkung für die Krankenkassen der jeweiligen Kassenart.

Auf Grundlage dieser Bestimmung sind in den jeweiligen Bundesländern auch über den Sprechstundenbedarf Landesverträge geschlossen worden (vgl. LSG Niedersachsen, Urteil vom 13.12.2018 – [L 3 KA 10/16](#) –, juris Rn.15; LSG NRW, Beschluss vom 23.10.2012 – [L 11 KA 54/10 B ER](#) –, juris Rn. 46; Flasbarth, MedR 2011, 611 <612> m.w.N.). Hierzu zählen die Röntgenkontrastmittel als Arzneimittel ([§ 2 Abs. 1 Nr. 2b AMG](#)), die direkt von Großhändlern an Ärzte abgegeben werden dürfen ([§ 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 2d AMG](#)), weil sie nicht patientenindividuell vom Arzt verordnet werden (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 28.11.2010 – [L 11 KA 60/10 B ER](#) –, juris Rn. 46).

Die für Rheinland-Pfalz im streitigen Zeitraum geltende SSBV vom 28.03.2012 bestimmt im Fall des Direktbezuges des Sprechstundenbedarfs vom Hersteller oder Großhandel, dass die Rechnung des Lieferanten mit der Verordnung des Arztes der AOK einzureichen ist, wobei aus der Rechnung Art und Menge des Mittels und die Kosten der Lieferung im Einzelnen sowie gegebenenfalls der vom Vertragsarzt verauslagte Betrag ersichtlich sein müssen. Die AOK begleicht den Rechnungsbetrag oder erstattet die vom Vertragsarzt gezahlte Summe auf Anforderung (vgl. Abschnitt IV. 5.). Nach seinem eindeutigen Wortlaut kann diese Regelung nur dahin verstanden werden (zur Auslegung entsprechender Normverträge vgl. BSG Urteil vom 18.05.2021 – [B 1 KR 34/20 R](#) –, juris Rn. 21), dass der Lieferant des Sprechstundenbedarfs einen unmittelbaren Zahlungsanspruch infolge der auf vertragsärztliche Verordnung erbrachten Leistung erlangt, weil andernfalls eine Differenzierung zwischen der Erstattung und der Zahlung des Rechnungsbetrages keinen Sinn macht. Dies entspricht auch nach der übereinstimmenden Erklärung der Beteiligten vor dem Senat der geübten Praxis, der unmittelbaren Zahlung des Rechnungsbetrages an den Lieferanten.

Die SSBV für das Saarland in der hier anzuwendenden Fassung vom 22.03.2004 enthält zwar eine solche eindeutige Regelung nicht, sie sieht aber vor, dass der hier betroffene Sprechstundenbedarf zulasten der Beklagten zu verordnen ist und direkt vom Hersteller oder Großhandel bezogen werden soll, wenn ein solcher Direktbezug wirtschaftlicher ist (vgl. Abschnitt IV. 1., 6.). Da ein Erstattungsanspruch des Arztes insoweit nicht normiert ist und auch im Saarland die Praxis bestand bzw. besteht, die Vergütung unmittelbar gegenüber dem Lieferanten vorzunehmen, kann auch diese Regelung nur dahin ausgelegt werden, dass im Falle des Direktbezuges vom Hersteller oder Großhandel diesen ein direkter Zahlungsanspruch erwachsen sollte.

Bei dieser Auslegung sind die entsprechenden Regelungen auch von der Ermächtigungsgrundlage des [§ 83 Satz 1 SGB V](#) gedeckt, obwohl die Lieferanten – jedenfalls soweit wie hier der Großhandel betroffen ist – keine Leistungserbringer im Sinne des [§ 69 SGB V](#) sind. Zum einen enthält [§ 69 SGB V](#) kein Verbot einer entsprechenden Drittbegünstigung, zum anderen liegt eine solche Regelung im Interesse der Sicherstellung der kassenärztlichen Versorgung durch die Möglichkeit des Direktbezuges von entsprechenden Lieferanten. Dass diese damit nicht dem Wirtschaftlichkeitsgebot ([§ 12 SGB V](#)) unterfallen (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 15.10.2021 – [L 4 KR 3009/18](#) –, juris Rn. 45; Flasbarth a.a.O. 614) ist dabei unbeachtlich, weil ein entsprechender Schutz über den verordnenden Vertragsarzt erreicht wird. Denn dieser kann in Regress genommen werden, wenn er unter Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot Sprechstundenbedarf verordnet, was entsprechend in den SSBVen ausdrücklich geregelt ist (Abschnitt VI. SSBV RLP, Abschnitt V. SSBV SL). Ob Großhändler dabei als weitere Leistungserbringer im Sinne des [§ 302 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) angesehen werden können (SG Dresden, Beschluss vom 02.04.2007 – [S 18 KR 142/07 ER](#) –, juris Rn. 23), kann dahinstehen, weil diese Bestimmung nur das Abrechnungsverfahren betrifft.

Die den streitbefangenen Rechnungen zugrunde liegenden Verordnungen und Lieferungen erfüllten im Übrigen die Voraussetzungen der

SSBVen, was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist, sodass der Zahlungsanspruch der Klägerin aufgrund der entsprechenden Belieferung in der streitigen Höhe gegenüber der Beklagten als Zahlstelle (SPV) entstanden ist. Da der Vertragsarzt aufgrund der Regelungen der SSBVen ermächtigt ist, den Belieferungsvertrag unmittelbar zulasten der Beklagten abzuschließen, kommt dieser in Höhe der von der Klägerin angebotenen Preise zustande (Flasbarth a.a.O. 614). Dabei kann dahinstehen, welcher Rechtsnatur dieser Vertrag letztlich ist (öffentlich-rechtlicher Vertrag sui generis oder Kaufvertrag; in letzterem Sinne LSG Hamburg, Urteil vom 24.02.2011 – L 1 KR 32/08 –, juris Rn. 15 ff., Arndt, NZS 2009, 367 <369>).

Die Beklagte kann dieser Zahlungsverpflichtung nicht die mit Dritten geschlossenen Exklusivverträge entgegenhalten. Bei diesen handelt es sich nicht um Rabattverträge im Sinne des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) (a.A. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.02.2021 – [L 4 KR 200/21 ER-B](#) –, juris Rn. 79), wovon auch die Beteiligten zu Recht ausgehen. Dies folgt schon aus der Einbeziehung des Großhandels in die Ausschreibung, weil dieser nicht zu den pharmazeutischen Unternehmen im Sinne des [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) zählt (LSG NRW, Beschluss vom 27.05.2010 – [L 21 KR 11/09 SFB](#) –, juris Rn. 25).

Auch die SSBVen für Rheinland-Pfalz und das Saarland in den hier maßgeblichen Fassungen enthielten im Gegensatz zu anderen landesvertraglichen Regelungen (vgl. z.B. den SSBV für Westfalen-Lippe) keine Ermächtigung der Krankenkassen zur Ausschreibung solcher Rabattverträge. Ebenso wenig sehen die sonstigen Bestimmungen des SGB V ein solches Recht der Krankenkassen vor. Insbesondere folgt dieses nicht aus dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebot des [§ 12 SGB V](#) i.V.m. der Vertragsfreiheit, denn der damit verbundene Eingriff in die Gewerbefreiheit der Lieferanten erfordert eine spezielle Rechtfertigung, die sich allein aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot nicht herleiten lässt (a.A. bei lediglich summarischer Prüfung LSG NRW wie zuvor).

Dass dies der gesetzgeberischen Vorstellung entspricht, folgt schon aus den entsprechenden Eingriffsbestimmungen des SGB V. Die Norm des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) wie auch die zwischenzeitlich außer Kraft getretene Fassung des [§ 132e Abs. 2 SGB V](#) durch das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz vom 22.12.2010 ([BGBl. I 2262](#)) – Berechtigung der Krankenkassen Verträge mit einzelnen pharmazeutischen Unternehmen zur Versorgung der Versicherten mit bestimmten Impfstoffen zu schließen – zeigen, dass der Gesetzgeber ausdrückliche Regelungen für erforderlich erachtet, soweit den Krankenkassen hinsichtlich der Arzneimittelversorgung der Versicherten das Recht eingeräumt werden soll, in die Preisgestaltung einzugreifen. Wäre diesen schon aufgrund der Vertragsfreiheit im Zusammenspiel mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des [§ 12 SGB V](#) eine entsprechende Vertragsgestaltung möglich, bedürfte es solcher Regelungen nicht.

Die Zulässigkeit des zumindest teilweisen Ausschlusses der Klägerin und anderer Anbieter von Röntgenkontrastmittel vom Arzneimittelmarkt ist an [Art. 12 GG](#) zu messen.

Das Grundrecht der Berufsfreiheit umfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit den Interessenten auszuhandeln (vgl. [BVerfGE 101, 331](#) <347>; [106, 275](#) <298>; [117, 163](#) <181>). Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. [Art. 12 Abs. 1 GG](#) sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen (vgl. [BVerfGE 105, 252](#) <265>). Allerdings umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. [BVerfGE 106, 275](#) <299>; [116, 135](#) <152>). Allein die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber und die der Vergabeentscheidung zugrunde gelegten Kriterien berühren grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers. Ein Wettbewerber auf der Angebotsseite trägt stets das Risiko, dass seinem Angebot ein anderes, für den Nachfrager günstigeres vorgezogen wird (vgl. [BVerfGE 116, 135](#) <151 f.>). Vorliegend nimmt die Beklagte aber nicht allein Einfluss auf die mit dem Handel von Röntgenkontrastmittel zu erzielenden Preise, sondern sie tut dies, indem sie die Mitbewerber durch den Abschluss von exklusiven Verträgen vom Markt verdrängt. Für diesen Eingriff bedarf es einer hinreichenden gesetzlichen Ermächtigung.

Soweit die Beklagte Gegenteiliges aus dem Urteil des BVerfG vom 13.09.2005 ([2 BvF 2/03](#), [BVerfGE 114, 196-257](#), [SozR 4-2500 § 266 Nr. 9](#)) zur Einführung des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) durch das Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23.12.2002 ([BGBl. I 4637](#)) herleiten möchte, verkennt sie die Reichweite dieser Entscheidung.

Das BVerfG hat darin die Notwendigkeit der Beteiligung des Bundesrates bei der Einführung des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) verneint, weil den Krankenkassen hierdurch kein neues Instrumentarium zur Verfügung gestellt worden ist, sondern lediglich das Verwaltungshandeln durch Abschluss öffentlicher Verträge, wie es bereits durch die [§§ 53 ff. SGB X](#) kodifiziert war, modifiziert worden ist (BVerfG a.a.O. Rn. 166). Daraus folgt aber nicht, dass es den Krankenkassen freisteht, allein aufgrund der bestehenden Vertragsfreiheit beliebige Rabattverträge zum Nachteil von pharmazeutischen Unternehmen und Großhändlern abzuschließen. Vielmehr hat das BVerfG dargelegt, dass ohne die Regelung des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) eine Ermächtigung fehlte, um einen zusätzlichen Preisabschlag gegenüber pharmazeutischen Herstellern anzuordnen (BVerfG a.a.O., Rn.172). Die materielle Verfassungsmäßigkeit dieser Norm mit [Art. 12 GG](#) hat das BVerfG dagegen bestätigt, weil die betroffenen Unternehmen bei der Preisbildung ohnehin aufgrund der schon zuvor bestehenden Bestimmungen des SGB V über die Preise für Arzneimittel Reglementierungen unterworfen waren (BVerfG a.a.O. Rn. 224). Dies belegt, dass allein das Wirtschaftlichkeitsgebot i.V.m. der Vertragsfreiheit derartige Eingriffsrechte nicht zeitigt.

Aus dem von der Beklagten für ihre gegenteilige Auffassung in Anspruch genommenen Urteil des BSG vom 13.05.2015 ([B 6 KA 18/14 R](#) –, [SozR 4-2500 § 106 Nr. 51](#), juris) folgt nichts anderes. In dieser Entscheidung hat das BSG lediglich festgestellt, dass der Vertragsarzt bei unterschiedlichen Bezugsmöglichkeiten für ein und dasselbe Medikament den günstigeren Bezugsweg zu wählen hat (BSG a.a.O., Rn. 39). Dies betrifft aber wiederum nur die Verpflichtung des Vertragsarztes; daraus folgt aber keine spiegelbildliche Beschränkung des Großhändlers bezüglich seines Angebots und seiner Vergütungsansprüche bei der Belieferung des Arztes. Dies korrespondiert gerade damit, dass die hier betroffenen SSBVen keine diesbezüglichen Beschränkungen der Hersteller und Großhändler bei der Preisgestaltung enthalten.

Dem stehen schließlich auch nicht die europaweit erfolgreiche Ausschreibung der Belieferungsverträge für Kontrastmittel und die hierüber geführten Vergabeverfahren entgegen, denn in diesen wird nur die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen geprüft, nicht aber die Statthaftigkeit der ausgeschriebenen Verträge und deren Wirkungen infolge der Bestimmungen des Sozialgesetzbuchs (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.06.2018 – [VII-Verg 59/17](#) –, juris). Daher steht der Klägerin trotz erfolgloser Teilnahme an dem Bieterverfahren das Recht weiterhin zu, sich auf die ihr gegenüber bestehende Unwirksamkeit entsprechender Vertragsvereinbarungen mit Dritten zu berufen.

Der Zinsanspruch ist schließlich aus [§ 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) i.V.m. [§§ 286, 288 Abs. 2 BGB](#) begründet, weil die geforderten Zahlungen in

den geltend gemachten Zeitpunkten fällig waren und die Beklagte im Verzug war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO](#), wobei die geringfügige Klagerücknahme eine Kostenteilung nicht gebietet.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 52 Abs. 1, 63 Abs. 2 Satz 1](#) und 47 GKG.

Der Senat lässt die Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zu, weil der Rechtsstreit Fragen grundsätzlicher Bedeutung über die nicht revisibele Auslegung der landesvertraglichen SSBV (BSG, Beschluss vom 31.05.2006 - [B 6 KA 10/06 B](#) -, juris) hinaus aufwirft.

Rechtskraft

Aus

Saved

2022-04-05