

## S 7 KR 1075/20 ER

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
SG Konstanz (BWB)  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
7  
1. Instanz  
SG Konstanz (BWB)  
Aktenzeichen  
S 7 KR 1075/20 ER  
Datum  
26.06.2020  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Tenor: Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 50.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes über die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung der Vereinbarung über ein Röntgenkontrastmittel (Open-House-Verfahren für die KV-Region B. - ( ) - (nachfolgend als Rabattvertrag bezeichnet), die Frage der Wirksamkeit der Vereinbarung eines ordentlichen Kündigungsrechts in dem Rabattvertrag und die nach dem Rabattvertrag bestehenden Informationspflichten gegenüber den Vertragsärzten.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein pharmazeutisches Unternehmen, das auf die Entwicklung, die Herstellung und den Vertrieb von Kontrastmitteln für bildgebende Verfahren spezialisiert ist. Sie stellt unter anderem das Arzneimittel I. 400 her, ein Röntgenkontrastmittel. Ab Mai 2019 führte die Antragsgegnerin Ziff. 1 im eigenen Namen sowie in Vertretung der Antragsgegnerinnen Ziff. 2 bis 11 ein Open House-Verfahren über den Abschluss von Verträgen zur Belieferung von Kontrastmitteln für das Land B. für den Zeitraum 01.07.2019 bis 30.06.2021 durch. Am 19.05.2019 stellte die Antragsgegnerin Ziff. 1 die entsprechenden Rabattverträge in die Deutsche Vergabeplattform ein ([www.dtvp.de](http://www.dtvp.de)). Das hier streitgegenständliche Röntgenkontrastmittel war als "Fachgruppe F" ausgeschrieben. Am 06.05.2020 übersandte die Antragstellerin den von ihr unterschriebenen Vertrag nebst Preisliste vorab per E-Mail an die Antragsgegnerin Ziff. 1. Die Unterlagen wurden der Antragsgegnerin Ziff. 1 am 07.05.2020 zugestellt. Die Antragsgegnerin Ziff. 1 stellte am 19.05.2020 einen Hinweis auf der Vergabeplattform ein und teilte mit, dass sie in den Fachgruppen F und H nach Durchführung einer Markterkundung die Preise geändert habe. Sie teilte der Antragstellerin zunächst per E-Mail vom 19.05.2020 mit, dass sie die Verträge für die Fachgruppe F nicht unterzeichnen werde. Am 28.05.2020 stellte die Antragsgegnerin Ziff. 1 eine Berichtigung auf der Vergabeplattform ein, in der es heißt: "Fachgruppe F wird ersatzlos gestrichen." Am selben Tag wies die Antragsgegnerin Ziff. 1 per E-Mail die Antragstellerin darauf hin, dass sie den Rabattvertrag doch gegenzeichnen und anerkennen werde. Die mit dem Hinweis erklärte Preisänderung werde rückgängig gemacht. Die Antragsgegnerin Ziff. 1 übersandte vorab per E-Mail am selben Tag den gegengezeichneten Vertrag und stellte einen weiteren Hinweis auf der Vergabeplattform ein. In einer weiteren E-Mail vom selben Tag teilte die Antragsgegnerin Ziff. 1 der Antragstellerin mit, dass sie nicht mehr an dem Rabattvertrag festhalten wolle, sondern diesen zum 30.06.2020 kündige. Das entsprechende Kündigungsschreiben ging der Antragstellerin am 02.06.2020 zu. An diesem Tag veröffentlichte die Antragsgegnerin Ziff. 1 einen Hinweis auf der Vergabeplattform, dass die Auftraggeberin das Open House-Verfahren bezüglich der Fachgruppe F aufgehoben habe. Auf Einwendungen der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin Ziff. 1 mit Schreiben vom 04.06.2020 mit, dass sie von der Wirksamkeit der Kündigung ausgehe und vor dem Hintergrund der Beendigung des Rabattvertrages zum Ablauf des 30.06.2020 keine Verpflichtung zur Information der radiologisch tätigen Vertragsärzte gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 des Rabattvertrages sehe.

In § 1 Abs. 1 S. 1 der Vereinbarung über Kontrastmittel (Open-House-Verfahren für die KV-Region B.) - ( ) - für den/die Wirkstoff/Wirkstoffkombinationen: Fachgruppe: F ist als Gegenstand des Vertrages die Vereinbarung von festen Vertragspreisen je ml (vgl. insb. § 3) für die zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) tatsächlich abgegebenen vertragsgegenständlichen Kontrastmittel des verordnungs- und abgabefähigen Kontrastmittelsortiments des Vertragspartners bestimmt. In § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 des Rabattvertrages heißt es: "Die Information der radiologisch tätigen Vertragsärzte über den wirtschaftlichen Bezug der jeweiligen Kontrastmittel nach Anhang 1 beim Vertragspartner wird in geeigneter Weise durch die AOK sichergestellt. Die AOK wird nach [§ 73 Abs. 8 SGB V](#) auf eine wirtschaftliche Verordnung durch die Vertragsärzte hinwirken." Gemäß § 5 Abs. 2 des Rabattvertrages werden die Vertragspartner durch diesen Vertrag

nicht daran gehindert, weitere Verträge über die vertragsgegenständlichen Arzneimittel oder wirkstoffgleiche Präparate im o.g. Open-House-Verfahren abzuschließen. Es wird klargestellt, dass es sich bei dem vorliegenden Vertrag um eine nicht-exklusive Vereinbarung handelt. Gegenseitige Schadensersatzansprüche sind insoweit ausgeschlossen. § 9 "In-Kraft-Treten und Kündigung" bestimmt in Absatz 1 Folgendes: "Dieser Vertrag tritt am 01.06.2020 in Kraft und gilt bis zum 30.06.2021. Er kann von beiden Vertragsparteien mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende gekündigt werden. Eine Kündigung durch die AOK kann nur bei Beendigung des Open-House-Verfahrens (für alle oder einzelne Fachgruppen) erfolgen. In diesem Fall kündigt die AOK gleichzeitig gegenüber allen jeweiligen Vertragspartnern in der/den von der Beendigung betroffenen Fachgruppe/n." § 9 Abs. 2 bis 5 des Rabattvertrages regeln ferner das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund.

Am 19.06.2020 hat die Antragstellerin einstweiligen Rechtsschutz bei dem Sozialgericht Konstanz beantragt. Die Antragstellerin trägt vor, ihr würden erhebliche wirtschaftliche Schäden drohen, sollten sich die Antragsgegner weigern, den Rabattvertrag über den 30.06.2020 hinaus fortzuführen. Sie rechne in diesem Fall mit erheblichen Umsatzeinbußen für den Zeitraum 01.07.2020 bis 30.06.2021. Zudem würde es für die Antragstellerin einen erheblichen Image- und Vertrauensverlust bei den Vertragsärzten bedeuten, wenn der Rabattvertrag nach nur einem Monat wieder beendet würde. Die Kündigung der Antragsgegnerin Ziff. 1 vom 28.05.2020 sei nach [§§ 305 Abs. 1 S. 1, 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 1 BGB](#) unwirksam, da diese Klausel überraschend sei und die Antragstellerin ferner unangemessen benachteilige. Selbst wenn das Kündigungsrecht wirksam vereinbart worden wäre, wäre die Ausübung dieses Rechts durch die Antragsgegnerin Ziff. 1 treuwidrig. Die Antragsgegnerin Ziff. 1 sei nach § 5 Abs. 1 S. 1 des Rabattvertrages sowie [§ 73 Abs. 8 S. 1 SGB V](#) zur Information der Vertragsärzte verpflichtet. Nicht nachvollziehbar sei die Begründung der Antragsgegnerin Ziff. 1 für ein Unterlassen der Information, es widerspreche einer "möglichst wirtschaftlichen und geordneten Vorgehensweise", da eine entsprechende Information "Verwirrung erzeugen" würde. Denn dies sei ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben.

Die Antragstellerin hat die eidesstattliche Versicherung von L., ihrem Leiter der Gesundheitspolitik, vom 18.06.2020 vorgelegt. Darin hat dieser erklärt, vor Ausschreibung des Open-House Verfahrens habe die Antragstellerin im Bundesland B. durch den Verkauf von ca. 267,5 Litern I. 400 bei einem Preis pro ml von 0,8886 EUR ohne Mehrwertsteuer einen Umsatz von ca. 240.911,78 EUR erzielt. Selbst wenn die Antragstellerin entgegen ihrer Erwartung durch den Abschluss des Rabattvertrages und den dadurch geringeren Preis keine Neukunden gewinnen, sondern nur die Bestandskunden aus 2018 zurückgewinnen würde, sei bei einer Verkaufsmenge von 267,5 l zu einem Preis von 0,38 EUR pro ml mit einem Jahresumsatz von ca. 101.650 EUR zu rechnen. Ohne Rabattvertrag sei also ein potentieller Umsatzverlust von ca. 100.000 EUR zu erwarten.

Die Antragstellerin beantragt,

I. im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass der zwischen den Parteien im Rahmen des Open-House-Verfahrens für die KV-Region B. ( ) für den Wirkstoff I. (Fachgruppe F) am 07.05.2020 geschlossene Rabattvertrag durch die von der Antragsgegnerin Ziff. 1 mit Schreiben vom 28.05.2020 erklärte und der Antragstellerin am 02.06.2020 zugegangene Kündigung nicht beendet wurde; hilfsweise einstweilen anzuordnen, dass der zwischen den Parteien im Rahmen des Open-House-Verfahrens für die KV-Region B. ( ) für den Wirkstoff I. (Fachgruppe F) am 07.05.2020 geschlossene Rabattvertrag bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache durchgeführt wird; II. im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass das in § 9 Abs. 1 des zwischen den Parteien im Rahmen des Open House-Verfahrens für die KV-Region B. ( ) für den Wirkstoff I. (Fachgruppe F) am 07.05.2020 geschlossenen Rabattvertrags statuierte Kündigungsrecht der Antragsgegnerin Ziff. 1 nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden ist; III. die Antragsgegnerinnen Ziff. 1 bis 11 zu verpflichten, unverzüglich die Vertragsärzte gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 des zwischen den Parteien im Rahmen des Open-House-Verfahrens für die KV-Region B. ( ) für den Wirkstoff I. (Fachgruppe F) am 07.05.2020 geschlossenen Rabattvertrags anzuschreiben und auf die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Verordnung der jeweiligen vertragsgegenständlichen Kontrastmittel hinzuweisen und sie darüber zu informieren, dass die Antragstellerin zum 01.06.2020 Vertragspartnerin der Antragsgegnerinnen geworden ist, ohne dabei darauf hinzuweisen, dass dieser Rabattvertrag bereits wieder gekündigt wurde.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

1. die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß Ziff. I bis III der Antragschrift vom 18.06.2020 zurückzuweisen, 2. hilfsweise keine Entscheidung über die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß Ziff. I bis III der Antragschrift vom 18.06.2020 ohne vorherigen Termin zur mündlichen Verhandlung oder zur Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Parteien zu erlassen.

Die Antragsgegnerinnen haben im Einzelnen die Versorgungssituation hinsichtlich Röntgenkontrastmitteln im Land B. sowie die Stellung der Antragstellerin im Rahmen dieser Versorgung dargelegt und Angaben zum Umsatz der Antragstellerin gemacht. Sie tragen ferner unter anderem vor, die Antragstellerin habe mit den Antragsgegnerinnen exklusive Verträge über I. zu den Wirkstoffstärken 300 mg/ml und 350 mg/ml abgeschlossen. Diese Kontrastmittel würden von den Vertragsärzten in B. zu einem hohen Anteil verordnet. Bei der dortigen Ausschreibung sei die Wirkstärke 400 mg/ml aufgrund der vergaberechtlichen Anforderungen bewusst ausgeklammert worden, weil den Antragsgegnerinnen bekannt gewesen sei, dass die Antragstellerin der einzige Anbieter mit dieser Wirkstärke sei, so dass die Einbeziehung andere Unternehmen vergaberechtswidrig benachteiligt hätte. Ferner handele es sich bei I. 400 im Vergleich zu den Absatzmengen der I.-Produkte mit anderen Wirkstärken eher um ein "Nischen"-Produkt. Deshalb hätten die Antragsgegnerinnen I. 400 zum Gegenstand eines Open House-Verfahrens gemacht. Die EU-weite Bekanntmachung sei am 20.05.2019 erfolgt. Die Antragstellerin habe einen Vertrag im Rahmen des Open House-Verfahrens lange Zeit nicht abschließen wollen, sondern vielmehr bis Mai 2020 abgewartet. In der Zwischenzeit sei es zu einem Absinken des allgemeinen Preisniveaus auf dem Markt für die der Fachgruppe F zuzuordnenden Kontrastmittel gekommen. Die Antragsgegnerinnen würden davon ausgehen, dass die Antragstellerin gerade wegen der für sie günstigen Entwicklung der Marktpreise ca. ein Jahr abgewartet habe, um einen Vertrag für I. 400 zum Preis von 0,38 EUR je ml abzuschließen. Vor diesem Hintergrund sei die im Mai zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin Ziff. 1 geführte Korrespondenz zu sehen. Zuzugestehen sei allerdings, dass den Antragsgegnerinnen erst im Mai 2020 bewusst geworden sei, dass die im Mai 2019 bekannt gemachten Preise für die Fachgruppe F zwischen nicht mehr mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß [§§ 12, 70 SGB V](#) zu vereinbaren seien. Aus diesem Grund habe zunächst die Absicht der Antragsgegnerin zur Ziff. 1 bestanden, den Vertrag nicht abzuschließen. Aufgrund der rechtlichen Einwände der Antragstellerin sei es jedoch im Mai 2020 zum Abschluss des Vertrages für die Fachgruppe F zu den ursprünglich vorgegebenen Konditionen mit Beginn der Vertragslaufzeit zum 01.06.2020 gekommen. Durch die Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt, dem 30.06.2020, seien die Antragsgegnerinnen dann ihren sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen insbesondere mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot

nachgekommen. In rechtlicher Hinsicht haben die Antragsgegnerinnen vorgetragen, die Anträge Ziff. I und II seien als Feststellungsanträge im Rahmen des [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) unzulässig. Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertrete, das in § 9 Abs. 1 des Rabattvertrages vereinbarte ordentliche Kündigungsrecht verstoße gegen [§§ 305 ff BGB](#), sei festzustellen, dass diese Bestimmungen auf den vorliegenden öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#) nicht anwendbar seien. Es handele sich hier um einen Vertrag zwischen Parteien, die in einem Gleichordnungsverhältnis zueinander stünden. Selbst wenn man von einer Anwendbarkeit der [§§ 305 ff BGB](#) ausgehen würde, sei die Kündigungsklausel nicht im Sinne des [§ 315 c Abs. 1 BGB](#) überraschend. Der Aspekt der Planungssicherheit greife im Fall des Open House-Verfahrens nicht, denn interessierte Unternehmen hätten jederzeit während des gesamten Vertragszeitraums die Möglichkeit, an dem Verfahren teilzunehmen und die Verträge abzuschließen. Die zweijährige Laufzeit zielen eher auf eine Obergrenze und nicht auf eine Mindestlaufzeit ab. Die Antragstellerin habe im Übrigen von dem Kündigungsrecht gemäß § 9 Abs. 1 des Vertrages für die Fachgruppe N bereits selbst Gebrauch gemacht. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des [§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB](#) liege schon deshalb nicht vor, weil auch die Antragstellerin ein jederzeitiges Kündigungsrecht mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende habe. Das ordentliche Kündigungsrecht diene im Übrigen der Wahrung des sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß [§§ 12, 70 SGB V](#). Jedenfalls aber könne kein Anspruch der Antragstellerin darauf bestehen, nur das Kündigungsrecht der Antragsgegnerinnen entfallen zu lassen. Das Kündigungsrecht sei auch nicht in treuwidriger Weise durch die Antragsgegnerinnen ausgeübt worden. So sei der Antragstellerin aufgrund der Kommunikation vor dem 28.05.2020 bereits bekannt gewesen, dass die Antragsgegnerinnen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit den Vertrag zur Fachgruppe F nicht abschließen wollten. Konkrete Vermögensdispositionen, die die Antragstellerin im Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrages über den 30.06.2020 hinaus getroffen habe, seien nicht ersichtlich. Ein Anspruch auf Information der Fachärzte bestehe für den Zeitraum ab 01.07.2020 bereits deshalb nicht, weil der Vertrag durch die wirksame Kündigung mit Ablauf des 30.06.2020 beendet worden sei. Für den Zeitraum bis 30.06.2020 bleibe es bei der Auffassung, die der Antragstellerin bereits mitgeteilt worden sei. Es würde dem Sinn und Zweck der Informationspflicht widersprechen, die Radiologen über einen Vertrag zur Fachgruppe F zu informieren, der bereits am 30.06.2020 wieder ende. Hinsichtlich eines Anordnungsgrundes haben die Antragsgegnerinnen vorgetragen, erhebliche wirtschaftliche Nachteile seien nicht anzunehmen. Wenn man den Jahresumsatz aus I. 400 aus dem Jahr 2018 mit dem Zeitraum 01.07.2019 bis 31.05.2020 vergleiche, würde sich ein befürchteter Umsatzverlust auf weniger als 90.000 EUR belaufen. Angesichts der wirtschaftlichen Situation der Antragstellerin, zu der die Antragsgegnerinnen unter Vorlage von Unterlagen Ausführungen gemacht haben, handele es sich im Verhältnis zu den Gesamtumsätzen der Antragstellerin nicht um erhebliche potentielle Auswirkungen. Der Antragsgegnerinnen haben ferner im Einzelnen Ausführungen zu der Frage gemacht, welche Auswirkungen die Durchführung oder Nichtdurchführung des Vertrages auf das Ordnungsverhalten der radiologisch tätigen Vertragsärzte in B. aus ihrer Sicht haben könnte. Ferner haben sie vorgetragen, die Antragstellerin wäre auch letztlich im Fall einer Unwirksamkeit der Kündigung und eines durch eine unwirksame Kündigung verursachten Umsatzverlustes durch Schadensersatzansprüche abgesichert. Die Antragsgegnerinnen haben die eidesstattliche Versicherung von W., dem Teamleiter Verträge Arzneimittel bei der Antragsgegnerin Ziff. 1, vom 25.06.2020 vorgelegt. Darin hat dieser Ausführungen zu den Umsätzen der Antragstellerin aus I. mit den verschiedenen Wirkstärken gemacht und ausgeführt, nach seiner Kenntnis gebe es zu dem Produkt I. 400 der Antragstellerin derzeit kein wirkstoffgleiches Konkurrenzprodukt auf dem deutschen Markt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte Bezug genommen.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten ist eröffnet. Gemäß [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit unter anderem über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden; dies gilt nicht für Streitigkeiten in Angelegenheiten nach [§ 110](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch aufgrund einer Kündigung von Versorgungsverträgen, die für Hochschulkliniken oder Plankrankenhäuser ([§ 108 Nr. 1](#) und [2](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch) gelten. Gemäß [§ 51 Abs. 3 SGG](#) sind von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit nach den Absätzen 1 und 2 ausgenommen Streitigkeiten in Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch betreffen. Bei dem vorliegenden Verfahren handelt es sich nicht um eine Streitigkeit in Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Beteiligten streiten vielmehr um die Frage der Wirksamkeit eines Rabattvertrages nach [§ 130 a Abs. 8 SGB V](#). Dieser ist sozialversicherungsrechtlicher Natur und damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen (vgl. Hauck/Noftz SGB V, Stand April 2020, [§ 130 a SGB V](#) Rn. 36 m.w.N.). Damit ist nach [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben. Das Gericht geht auch entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen davon aus, dass die Feststellungsanträge zulässig sind (vgl. zu der streitigen Rechtsfrage jurisPK-SGG [§ 86 b SGG](#) Rn. 291 ff; Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, Kommentar zum SGG, 12. Aufl. 2017, [§ 86 b](#) Rn. 30).

Der Antrag ist aber unbegründet.

Nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint.

Gemäß [§ 130 a Abs. 8 SGB V](#) können die Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmern Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren. Dabei kann insbesondere eine mengenbezogene Staffelung des Preisnachlasses, ein jährliches Umsatzvolumen mit Ausgleich von Mehrerlösen oder eine Erstattung in Abhängigkeit von messbaren Therapieerfolgen vereinbart werden. Verträge nach Satz 1 über patentfreie Arzneimittel sind so zu vereinbaren, dass die Pflicht des pharmazeutischen Unternehmers zur Gewährleistung der Lieferfähigkeit frühestens sechs Monate nach Versendung der Information nach [§ 134 Absatz 1](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und frühestens drei Monate nach Zuschlagserteilung beginnt. Der Bieter, dessen Angebot berücksichtigt werden soll, ist zeitgleich zur Information nach [§ 134 Absatz 1](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen über die geplante Annahme des Angebots zu informieren. Rabatte nach Satz 1 sind von den pharmazeutischen Unternehmern an die Krankenkassen zu vergüten. Eine Vereinbarung nach Satz 1 berührt die Abschläge nach den Absätzen 3a und 3b nicht; Abschläge nach den Absätzen 1, 1a und 2 können abgelöst werden, sofern dies ausdrücklich vereinbart ist. Die Krankenkassen oder ihre Verbände können Leistungserbringer oder Dritte am Abschluss von Verträgen nach Satz 1 beteiligen oder diese mit dem Abschluss solcher Verträge beauftragen. Die Vereinbarung von Rabatten nach Satz 1 soll für eine Laufzeit von zwei Jahren erfolgen. In den Vereinbarungen nach Satz 1 sind die Vielfalt der Anbieter

und die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Versicherten zu berücksichtigen. Satz 1 gilt nicht für Impfstoffe für Schutzimpfungen nach § 20i.

Die Antragstellerin strebt im vorliegenden Fall den Erlass einer Regelungsanordnung nach [§ 86 b Abs. 2 S. 2 SGG](#) an. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) setzt einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund voraus. Dabei gilt ein Wechselverhältnis, d.h. je größer die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind, umso geringer sind die Anforderungen an den Anordnungsgrund und umgekehrt. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Abzuwägen sind die Folgen, die entstehen würden, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung nicht erließe, sich jedoch im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Anspruch besteht, und auf der anderen Seite diejenigen, die entstünden, wenn das Gericht die einstweilige Anordnung erließe, sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Anspruch nicht gegeben ist. Grundsätzlich darf die einstweilige Anordnung die endgültige Entscheidung nicht vorwegnehmen (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, a.a.O., § 86 b Rn. 27ff).

Im vorliegenden Verfahren bestehen bereits Bedenken hinsichtlich des Anordnungsgrundes. Zwar drohen der Antragstellerin bei Nichterlass der einstweiligen Anordnung Nachteile, die nachträglich nicht in gleicher Weise korrigiert werden können. Denn wenn der Rabattvertrag nicht durchgeführt und die Vertragsärzte nicht entsprechend über einen bestehenden Rabattvertrag informiert werden, ist zu erwarten, dass die Antragstellerin ab 01.07.2020 erheblich geringere Umsätze aus der Lieferung von I. 400 erzielt als bei durchgeführtem Rabattvertrag. In welchem Umfang sich die von der Antragstellerin im Fall der Nichtdurchführung des Rabattvertrages befürchteten Umsatzeinbußen von ca. 100.000 EUR auf die wirtschaftliche Situation der Antragstellerin auswirken, ist für das Gericht jedoch nicht im Einzelnen ersichtlich. Die Antragstellerin hat keine Angaben zu ihrem Gesamtumsatz gemacht (vgl. hierzu auch Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 31.10.2018 – [L 11 KR 68/18 B ER](#)). Auch ohne Berücksichtigung der diesbezüglichen Hinweise der Antragsgegnerinnen in der Antragsabwehr, die der Antragstellerin erst kurzfristig vor der Entscheidung übermittelt worden sind, sieht das Gericht angesichts des von der Antragstellerin genannten Betrages keine Anhaltspunkte für gravierende wirtschaftliche Auswirkungen für die Antragstellerin im Fall der Nichtdurchführung des Rabattvertrages für den Zeitraum ab 01.07.2020, zumal sich bei unterstellter Unwirksamkeit der Kündigung und hierdurch verursachtem Schaden zumindest die Frage eines Schadensersatzanspruchs stellen würde.

In Bezug auf den Anordnungsanspruch sieht das Gericht letztlich nicht abschließend geklärte Erfolgsaussichten eines Hauptsacheverfahrens. Die Antragsgegnerin Ziff. 1 führte im eigenen Namen sowie in Vertretung der Antragsgegnerinnen Ziff. 2 bis 11 ein sogenanntes Open House-Verfahren über den Abschluss von Verträgen zur Belieferung von Kontrastmitteln für das Land B. für den Zeitraum 01.07.2019 bis 30.06.2021 durch. Bei Open House-Verträgen haben alle in gleicher Weise die Möglichkeit, Verträgen beizutreten, um sodann im Rahmen des gesetzlichen Automatismus bei der Abgabe nach § 129 Abs. 1 S. 3 bevorzugt zu werden (vgl. Hauck/Noftz, Kommentar zum SGB V, Stand April 2020, [§ 130a SGB V](#) Rn. 44a).

Das Gericht geht - in Übereinstimmung mit den Beteiligten - davon aus, dass der Rabattvertrag zum 01.06.2020 wirksam zwischen den Beteiligten abgeschlossen wurde. Nicht abschließend entschieden wird im Rahmen einer summarischen Prüfung im vorliegenden Eilverfahren jedoch die Frage der Wirksamkeit der Kündigung zum 01.07.2020. Insbesondere zu der Frage, ob das Recht zur ordentlichen Kündigung wirksam vereinbart wurde, ist eine weitergehende rechtliche Prüfung erforderlich. Das Gericht sieht angesichts aller Umstände des vorliegenden Falles hier von einer abschließenden Entscheidung zu dieser Rechtsfrage ab (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, a.a.O., § 86 b Rn. 16c).

In § 9 Abs. 1 S. 2 und 3 des Rabattvertrages ist ein ordentliches Kündigungsrecht für beide Seiten mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende geregelt, wobei eine Kündigung durch die AOK nur bei Beendigung des Open House-Verfahrens (für alle oder einzelne Fachgruppen) erfolgen kann.

Soweit die Antragstellerin geltend gemacht hat, das Kündigungsrecht sei nach [§§ 305 Abs. 1 S. 1, 305c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 1 BGB](#) unwirksam, ist, wie die Antragsgegnerinnen dargelegt haben, bereits fraglich, ob die [§§ 305 ff BGB](#) auf den vorliegenden Vertrag gemäß [§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V](#) anwendbar sind (vgl. hierzu auch Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 29.10.2015 – [L 1 KR 37/15 B ER](#)). Ferner hat das Gericht im vorliegenden Eilverfahren bei unterstellter Anwendbarkeit der [§§ 305 ff BGB](#) nicht abschließend geklärt, ob es sich im Sinne des [§ 305 c Abs. 1 BGB](#) bei dem ordentlichen Kündigungsrecht nach § 9 Abs. 1 des Rabattvertrages um eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihr nicht zu rechnen braucht, und die somit nicht Vertragsbestandteil wurde. Auch die Frage, ob die Bestimmung gemäß [§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB](#) die Antragstellerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, wird im Rahmen summarischer Prüfung letztlich nicht entschieden. In diesem Zusammenhang wäre, worauf die Antragsgegnerinnen hingewiesen haben, auch das Wirtschaftlichkeitsgebot zu berücksichtigen. Allerdings spricht bereits der Hinweis der Antragsgegnerin Ziff. 1 in ihrem Schreiben vom 09.06.2020, die Antragstellerin habe selbst bereits von dem entsprechenden Kündigungsrecht für das Fachlos N Gebrauch gemacht, gegen eine überraschende Klausel bzw. eine Klausel mit unangemessener Benachteiligung für die Antragstellerin.

Demgegenüber liegen auf der Grundlage des § 9 Abs. 1 des Rabattvertrages die Voraussetzungen für eine wirksame erklärte Kündigung nach vorläufiger Prüfung des Gerichts vor. Die Kündigung wurde fristgerecht erklärt. Dem Einwand der Antragstellerin, die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 S. 3 für die Kündigung seien nicht erfüllt, folgt das Gericht nach vorläufiger Prüfung nicht. Denn die Antragsgegnerin Ziff. 1 hat am 02.06.2020 den Hinweis über die Aufhebung des Open-House Verfahrens für die Fachgruppe F in die Deutsche Vergabeplattform aufgenommen und damit das Open-House Verfahren wirksam beendet.

Dass die Kündigung im Sinne des [§ 242 BGB](#) gegen Treu und Glauben verstößt, stellt das Gericht nach summarischer Prüfung nicht fest. Zwar führte das Procedere der Antragsgegnerin Ziff. 1 im Zuge des Abschlusses des Rabattvertrages im Mai 2020 für die Antragstellerin auf den ersten Blick zu erheblichen Unsicherheiten. Inwieweit tatsächlich eine unklare Situation für die Antragstellerin bestand oder diese, wie die Antragsgegnerinnen ausgeführt haben, aufgrund des Ablaufs im Einzelnen, auch der Marktentwicklung, letztlich vor dem 28.05.2020 damit rechnen musste, dass die Antragsgegnerinnen kein Interesse an der Durchführung des Vertrages bis 30.06.2021 hatten, kann offenbleiben. Denn jedenfalls ist festzustellen, dass die Kündigung kurz nach der Mitteilung der Antragsgegnerin Ziff. 1 erfolgte, dass der Rabattvertrag nun doch zum 01.06.2020 durchgeführt werde. Die Antragstellerin konnte zu diesem Zeitpunkt noch nicht von einer

Durchführung des Vertrages für den hier streitigen Zeitraum 01.07.2020 bis 30.06.2021 ausgehen. Dabei hat das Gericht die von den Antragsgegnerinnen aus ihrer Sicht dargelegte Motivationslage der Antragstellerin außer Betracht gelassen.

Soweit die Antragstellerin begehrt, die Antragsgegnerinnen Ziff. 1 bis 11 zu verpflichten, unverzüglich die Vertragsärzte gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 des zwischen den Beteiligten im Rahmen des Open House-Verfahrens für die KV-Region B. für den Wirkstoff I. geschlossenen Rabattvertrags anzuschreiben und auf die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Verordnung der jeweiligen vertragsgegenständlichen Kontrastmittel hinzuweisen und sie darüber zu informieren, dass die Antragstellerin zum 01.06.2020 Vertragspartnerin der Antragsgegnerin geworden ist, ohne dabei darauf hinzuweisen, dass dieser Rabattvertrag bereits wieder gekündigt wurde, ist festzustellen, dass - wie bereits ausgeführt - die Erfolgsaussichten eines Hauptsacheverfahrens auf Durchführung des Rabattvertrages auch für den Zeitraum ab 01.07.2020 nicht abschließend geklärt sind. Ein Anspruch auf Information der Vertragsärzte gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 des Rabattvertrages für diesen Zeitraum steht damit letztlich nicht fest. In Bezug auf den Zeitraum bis 30.06.2020 hält das Gericht im Rahmen summarischer Prüfung den Hinweis der Antragsgegnerin Ziff. 1, eine entsprechende Information würde angesichts der Kündigung des Rabattvertrages Verwirrung erzeugen, ferner sei durch die Veröffentlichung auf der Internetseite der AOK dem Vertragsumsetzungsinteresse der Beteiligten und dem Informationsinteresse der Radiologen genügt, für zutreffend. Denn gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 des Rabattvertrages wird die Information der entsprechenden Vertragsärzte "in geeigneter Weise" durch die Antragsgegnerin Ziff. 1 sichergestellt. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 des Rabattvertrages wird sie "auf eine wirtschaftliche Verordnung durch die Vertragsärzte hinwirken". Diese Voraussetzungen hat die Antragsgegnerin Ziff. 1 angesichts der Umstände des vorliegenden Falles durch die Veröffentlichung auf ihrer Internetseite erfüllt.

Die Erfolgsaussichten in einem Hauptsacheverfahren sind damit nicht abschließend geklärt, allerdings sieht das Gericht im Rahmen der summarischen Prüfung insoweit im Wesentlichen eine nicht abschließend geklärte Frage in Bezug auf die Wirksamkeit der Vereinbarung des Kündigungsrechts; die Kündigungsvoraussetzungen auf der Grundlage der Vertragsklausel dürften demgegenüber erfüllt sein.

Die umfassende Abwägung der Folgen der im einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zu treffenden Entscheidung ergibt angesichts der für die Beteiligten zu befürchtenden Nachteile je nach Ausgang des Hauptsacheverfahrens unter Berücksichtigung der Bedenken hinsichtlich eines Anordnungsgrundes und fraglicher Erfolgsaussichten in einem Hauptsacheverfahren, dass die begehrte einstweilige Anordnung nicht zu erlassen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Der Streitwert ist gemäß [§ 197 a Abs. 1 S. 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 52 Abs. 1 GKG](#) nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Im vorliegenden Verfahren auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz hält das Gericht auf Grund der konkreten wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrens gemäß [§ 52 Abs. 1 GKG](#) einen Streitwert in Höhe der Hälfte des Streitwerts im Hauptsacheverfahren für angemessen (vgl. auch Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.06.2010 - [L 5 KA 974/09 W-B](#)). Denn das Verfahren hat für die Beteiligten unmittelbare Auswirkungen für die voraussichtliche Verwendung von I. 400 durch die Vertragsärzte im Zeitraum ab 01.07.2020, so dass hier der Ansatz von einem Viertel des Streitwerts eines Hauptsacheverfahrens (vgl. Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.02.2012 - [L 13 R 4441/11 B](#)) nicht angemessen erscheint. Die Antragstellerin hat durch Vorlage der eidesstattlichen Versicherung von L. vom 18.06.2020 ihr wirtschaftliches Interesse an der Fortführung des Rabattvertrages schlüssig mit ca. 100.000 EUR beziffert. Der Streitwert war daher auf 50.000,00 EUR festzusetzen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2020-06-29