S 7 KR 1075/20 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Baden-Württemberg
Sozialgericht	Landessozialgericht Baden-Württemberg
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	Bei Open-House-Verfahren handelt es sich immer um „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen“ iSv § 305 Abs 1 Satz 1 BGB , denn hierbei verpflichtet sich eine Krankenkasse dazu, mit jedem geeigneten pharmazeutischen Unternehmer, der die vorgegebenen Bedingungen akzeptiert, einen Rabattvertrag nach § 130a Abs 8 SGB V zu einem vorher festgelegten Rabattsatz abzuschließen. Die in einem Rabattvertrag enthaltene Klausel: "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." ist wirksam.
Normenkette	SGG § 86b SGB 5 § 69 SGB 5 § 130a BGB § 305 ff

1. Instanz

Aktenzeichen	S 7 KR 1075/20 ER
Datum	26.06.2020

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 KR 2139/20 ER-B
Datum	13.08.2020

3. Instanz

Datum

-

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Konstanz vom 26.06.2020 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für beide Instanzen wird auf 22.500 EUR festgesetzt.

Gründe:

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.) – Az. 2019/S 096-231464 – (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 Imeron® 400 (Wirkstoff: Iomeprol) her, ein Röntgenkontrastmittel. Ab Mai 2019 führte die Antragsgegnerin zu 1) im eigenen Namen sowie in Vertretung der Antragsgegnerinnen zu 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 zu 1) die entsprechenden Rabattverträge in die Deutsche Vergabeplattform ein (www.dtv.de). Das hier streitgegenständliche Röntgenkontrastmittel war als "Fachgruppe F" ausgeschrieben zu einem Vertragspreis von 0,38 EUR/ml. Der damalige Listenpreis hierfür belief sich auf 0,8886 EUR/ml. Am 06.05.2020 übersandte die Antragstellerin den von ihr unterschriebenen Vertrag nebst Preisliste vorab per E-Mail an die Antragsgegnerin zu 1). Die Unterlagen wurden dieser am 07.05.2020 zugestellt. Die Antragsgegnerin zu 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 (für Fachgruppe F auf 0,19 EUR/ml). 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 zu 1) eine Berichtigung auf der Vergabeplattform ein, in der es heißt: "Fachgruppe F wird ersatzlos gestrichen." Am selben Tag wies die Antragsgegnerin zu 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 zu 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 zu 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 zu 1) einen Hinweis auf der Vergabepattform, dass die Auftraggeberin das Open-House-Verfahren bezüglich der Fachgruppe F aufgehoben habe. Auf Einwendungen der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin zu 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 Satz 4 des Rabattvertrages sehe.

In § 1 Abs 1 Satz 1 der Vereinbarung über Kontrastmittel (Open-House-Verfahren für die KV-Region B.) Nr. 2019/S 096-231464 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 Satz 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 A. sichergestellt. Die A. 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 og 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 A. kann nur bei Beendigung des Open-House-Verfahrens (für alle oder einzelne Fachgruppen) erfolgen. In diesem Fall kündigt die A. 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 beim Sozialgericht Konstanz (SG) beantragt. Sie trägt vor, ihr drohen erhebliche wirtschaftliche Schäden, 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 zu 1) vom 28.05.2020 sei nach [§ 305 Abs 1 Satz 1, 305c Abs 1, 307 Abs 1 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) unwirksam, da diese Klausel

---

Äußerst überraschend sei und die Antragstellerin ferner unangemessen benachteilige. Selbst wenn das Käuferskündigungsrecht wirksam vereinbart worden wäre, wäre die Ausübung dieses Rechts durch die Antragsgegnerin zu 1) treuwidrig. Die Antragsgegnerin zu 1) sei nach § 5 Abs 1 Satz 1 des Rabattvertrages sowie [§ 73 Abs 8 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) zur Information der Vertragsärzte verpflichtet. Nicht nachvollziehbar sei die Begründung der Antragsgegnerin zu 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 C. 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 Imeron® 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 Antragsgegnerinnen sind dem Antrag entgegengetreten. Sie 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 ua vor, die Antragstellerin habe mit den Antragsgegnerinnen exklusive Verträge über Imeron® 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 anderer Unternehmen vergaberechtswidrig benachteiligt hätte. Ferner handele es sich bei Imeron® 400 im Vergleich zu den Absatzmengen der Imeron®-Produkte mit anderen Wirkstoffen eher um ein "Nischen"-Produkt. Deshalb hätten die Antragsgegnerinnen Imeron® 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 gingen davon aus, dass die Antragstellerin gerade wegen der günstigen Entwicklung der Marktpreise ca ein Jahr abgewartet habe, um einen Vertrag für Imeron® 400 zum Preis von 0,38 EUR je ml abzuschließen. Vor diesem Hintergrund sei die im Mai zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu 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 inzwischen nicht mehr mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot zu vereinbaren seien. Aus diesem Grund habe zunächst die Absicht der Antragsgegnerin zu 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 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) 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 Satz 3 SGB V](#) nicht anwendbar seien. Es handle sich hier um einen Vertrag zwischen Parteien, die in einem Gleichordnungsverhältnis zueinander ständen.

Selbst wenn man von einer Anwendbarkeit der [§§ 305 ff BGB](#) ausgehen würde, sei die Kündigungsklausel nicht im Sinne des [§ 315c 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 zielle 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 Satz 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. 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 haben, 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 widerspreche dem Sinn und Zweck der Informationspflicht, 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 Imeron® 400 aus dem Jahr 2018 mit dem Zeitraum 01.07.2019 bis 31.05.2020 vergleiche, beliefe sich ein befürchteter Umsatzverlust auf weniger als 90.000 EUR. 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. Die 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 könnten. 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 T. W., dem Teamleiter Vertragsärzte Arzneimittel bei der Antragsgegnerin zu 1), vom 25.06.2020 vorgelegt. Darin hat dieser Ausführungen zu den Umsätzen der Antragstellerin aus Imeron® mit den verschiedenen Wirkstoffen gemacht und ausgeführt, nach seiner Kenntnis gebe es zu dem Produkt Imeron® 400 der Antragstellerin derzeit kein wirkstoffgleiches Konkurrenzprodukt auf dem deutschen Markt.

Mit Beschluss vom 26.06.2020 hat das SG den Antrag abgelehnt. Der Antrag sei zulässig, insbesondere sei nach [§ 51 Abs 1 Nr 2 SGG](#) der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet. Es handele sich nicht um eine Streitigkeit in einem Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) betreffe, sondern streitig sei die Wirksamkeit eines Rabattvertrags nach [§ 130a Abs 8 SGB V](#). Auch die Feststellungsanträge seien zulässig. Der Antrag nach § 86b Abs 2 sei aber unbegründet. Es beständen bereits Bedenken hinsichtlich des Anordnungsgrundes. Zwar drohten der Antragstellerin Nachteile, denn wenn der Rabattvertrag nicht durchgeführt und die Vertragsärzte nicht entsprechend informiert würden, seien erheblich geringere Umsätze der Antragstellerin aus der Lieferung von Imeron® 400 zu erwarten als bei durchgeführtem Rabattvertrag. In welchem Umfang sich die befürchtete Umsatzeinbuße von 100.000 EUR auf die wirtschaftliche Situation der Antragstellerin auswirken würde, sei für das SG nicht ersichtlich, Angaben zum Gesamtumsatz seien nicht gemacht worden. Für gravierende wirtschaftliche Auswirkungen sehe das SG keine Anhaltspunkte, zumal sich bei unterstellter Unwirksamkeit der Kündigung zumindest die Frage eines Schadensersatzanspruchs stellen würde. Bezüglich des Anordnungsgrundes seien die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht abschließend geklärt. Das SG gehe davon aus, dass der Rabattvertrag wirksam zum 01.06.2020 geschlossen worden sei. Nicht abschließend entschieden werde im Rahmen der summarischen Prüfung die Frage der Wirksamkeit der Kündigung zum 01.07.2020. Ob das Recht zur ordentlichen Kündigung wirksam vereinbart worden sei, bedürfe weiterer rechtlicher Prüfung; von einer abschließenden Entscheidung hierzu werde abgesehen. Fraglich sei, ob die [§§ 305 ff BGB](#) auf den vorliegenden Vertrag gemäß [§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) anwendbar seien. Ferner sei nicht geklärt, ob

---

es sich bei dem ordentlichen Kündigungsrecht um eine iSv [Â§ 305c Abs 1 BGB](#) ungewöhnliche Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) handele, die nicht Vertragsbestandteil geworden sei. Auch die Frage, ob die Bestimmung die Antragstellerin gemäß [Â§ 307 Abs 1 Satz 1 BGB](#) entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteilige, werde nicht entschieden. Hier wäre das Wirtschaftlichkeitsgebot zu berücksichtigen. Allerdings spreche gegen eine überraschende Klausel bzw eine Klausel mit unangemessener Benachteiligung, dass die Antragstellerin selbst von dem entsprechenden Kündigungsrecht für das Fachlos N Gebrauch gemacht habe. Demgegenüber liegen die Voraussetzungen für eine wirksam erklärte Kündigung nach [Â§ 9 Abs 1](#) des Rabattvertrags vor. Ein Verstoß der Kündigung gegen Treu und Glauben sei nach summarischer Prüfung nicht festzustellen. Zwar habe das Verhalten der Antragsgegnerin zu 1) zu erheblichen Unsicherheiten geführt. Jedoch sei die Kündigung kurz nach der Mitteilung der Antragsgegnerin zu 1) erfolgt, dass der Rabattvertrag nun doch zum 01.06.2020 durchgeführt werde. Die Antragstellerin habe zu diesem Zeitpunkt noch nicht von einer Durchführung des Vertrags für den hier streitigen Zeitraum 01.07.2020 bis 30.06.2021 ausgehen können.

Soweit die Antragstellerin die Information der Vertragsärzte gemäß [Â§ 5 Abs 1 Satz 4](#) Rabattvertrag durch die Antragsgegnerinnen ohne Hinweis auf die zwischenzeitliche Kündigung begehre, stehe ein Anspruch auf Information wegen der ungeklärten Erfolgsaussichten eines Hauptsacheverfahrens auf Durchführung des Rabattvertrags letztlich nicht fest. In Bezug auf den Zeitraum bis 30.06.2020 sei der Hinweis auf eine mögliche Verwirrung der Vertragsärzte zutreffend. Durch Veröffentlichung auf der Internetseite der A. werde dem Vertragsumsetzungsinteresse der Beteiligten und dem Informationsinteresse der Radiologen insoweit genügt. Die Abwägung der Folgen ergebe, dass die einstweilige Anordnung nicht zu erlassen sei.

Gegen den am 26.06.2020 zugestellten Beschluss richtet sich die am 07.07.2020 eingelegte Beschwerde der Antragstellerin. Das SG habe den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt, weil es die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen ansehe. Das sei weder nachvollziehbar noch mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz nach [Art 19 Abs 4 Grundgesetz \(GG\)](#) vereinbar. Der Sachverhalt sei im Wesentlichen unstreitig, zunächst überschaubar und die offenen Rechtsfragen wiesen keine besonderen Schwierigkeiten auf. 2018, in dem Jahr vor Ausschreibung des Open-House-Verfahrens, habe die Antragstellerin noch 267,5 Liter Imeron® 400 im Land B. verkauft. Seit Ausschreibung im Mai 2019 sei die Verkaufsmenge stark zurückgegangen und habe im Zeitraum 01.07.2019 bis 31.05.2020 nur ca 14 Liter betragen. Dieser Umsatzrückgang sei dadurch zu erklären, dass die Ärzte nur noch Kontrastmittel verschrieben, für die ein Rabattvertrag bestehe; aus Sorge vor einem Regress wählten sie lieber eine andere Konzentration (300, 350 oder 370 mg/ml). Zusätzlich bedeute die Beendigung des Rabattvertrags nach nur einem Monat einen erheblichen Image- und Vertrauensverlust. Es bliebe bei einer Vielzahl von Radiologen selbst bei einem Erfolg in der Hauptsache der Eindruck bestehen, dass die dauerhafte Versorgung mit Imeron® 400 nicht gesichert und der Einsatz möglicherweise nicht wirtschaftlich sei. Es könnten Zweifel an der Seriosität der Antragstellerin

---

insgesamt als auch an der Wirkungsweise und Wirtschaftlichkeit weiterer von ihr vertriebener Kontrastmittel (etwa Imeron® 150, 200, 250, 300 sowie 350) hervorgerufen werden. Der Vortrag der Antragsgegnerinnen zum angeblichen Absinken des Preisniveaus sei abwegig. In sechs Bundesländern liefen Open-House-Verfahren (denen pharmazeutische Unternehmer beigetreten seien), die einen Preis von mehr als 0,38 EUR/ml vorsähen. Nur in Sachsen-Anhalt und Brandenburg liefen Open-House-Verfahren mit einem niedrigeren Preis, zu denen bisher jedoch kein einziges pharmazeutisches Unternehmen beigetreten sei. Der extrem niedrige Preis in Bayern von 0,11 EUR/ml sei im Rahmen eines Pauschalvertrags zwischen den Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern ohne Beteiligung der pharmazeutischen Unternehmer geschlossen worden; dort müssten die Radiologen daher teilweise draufzahlen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot erzwingt auch keine Kündigung laufender Verträge. Die Antragsgegnerin zu 1) habe federführend in Mecklenburg-Vorpommern ebenfalls ein Open-House-Verfahren ausgerufen, in welchem für Imeron® 400 exakt der gleiche Preis von 0,38 EUR/ml angeboten werde, was das willkürliche und widersprüchliche Verhalten der Antragsgegnerinnen zeige.

Die Kündigung vom 28.05.2020 des zum 01.06.2020 wirksam abgeschlossene Rabattvertrags sei unwirksam. Hierzu wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihr Vorbringen in erster Instanz. Der Anwendung des AGB-Rechts stehe nicht entgegen, dass es sich bei Verträgen nach [Â§ 130a Abs 8 SGB V](#) nach überwiegender Auffassung um öffentlich-rechtliche Verträge iSv [Â§ 53 ff Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) handele. [Â§ 305 ff BGB](#) seien über [Â§ 61 SGB X](#) und [Â§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) anwendbar. Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle sei sogar notwendig, um das Fehlen vergaberechtlicher Schutzvorschriften bei Open-House-Verfahren zu kompensieren. Das AGB-Recht kenne keine Einschränkung dahin, dass ein strukturelles Macht- und Kräftegefälle zwischen den Vertragsparteien vorausgesetzt werde. Die Inhaltskontrolle gelte gemäß [Â§ 310 Abs 1 BGB](#) auch gegenüber Unternehmern aufgrund der situativen Unterlegenheit desjenigen, der mit vorformulierten Vertragsbedingungen konfrontiert werde. Mit der Regellaufzeit von zwei Jahren in [Â§ 130a Abs 8 Satz 8 SGB V](#) bestehe eine gesetzliche Regelung, von der abgewichen werde. Im Übrigen bestehe bei Rabattverträgen sehr wohl ein Machtgefälle zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmern. Das Kündigungsrecht sei zudem nach [Â§ 305c BGB](#) unwirksam, da überraschend. Maßgebend sei der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht. Ein jederzeitiges Kündigungsrecht mit einer Frist von lediglich vier Wochen weiche erheblich von der 24-monatigen Vertragsdauer nach [Â§ 130a Abs 8 Satz 8 SGB V](#) ab. Aus der Überschrift lasse sich lediglich entnehmen, dass überhaupt eine Kündigungsklausel vereinbart sei. Die Klausel sei auch nach [Â§ 307 BGB](#) wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. Ihr sei weder hinreichend deutlich zu entnehmen, unter welchen Bedingungen der Antragsgegnerin zu 1) das Recht zukommen solle, das Open-House-Verfahren zu beenden, noch woran sich beurteile, ob das Verfahren tatsächlich beendet worden sei. Die Klausel sei intransparent. Abgesehen davon wäre selbst bei wirksam vereinbartem Kündigungsrecht die Ausübung der Kündigung treuwidrig nach [Â§ 242 BGB](#), denn es liege widersprüchliches Verhalten der Antragsgegnerinnen vor (venire contra factum proprium). Mit der zunächst verweigerten

---

Bestätigung des Vertragsschlusses habe die Antragsgegnerin zu 1) einen weiteren Vertrauenstatbestand gesetzt, den sie durch den Hinweis auf der Vergabepattform untermauert habe, dass die Vertragspreisänderung in der Fachgruppe F rückgängig gemacht werde. Der Rabattvertrag mit den alten Preisen sei zudem am 28.05.2020 um 12.42 Uhr neu eingestellt worden. Die unmittelbar danach erklärte Kündigung erweise sich als widersprüchlich und treuwidrig. Auch die Voraussetzungen einer Kündigung hätten nicht vorgelegen, denn ein Open-House-Verfahren könne aufgrund der Unwiderruflichkeit eines Antrags gemäß [§ 145 BGB](#) nicht einseitig vom Auftraggeber "beendet" werden. Die Pflicht zur Information der Vertragsärzte ergebe sich aus [§ 5 Abs 1 Satz 4](#) des Rabattvertrags und aus [§ 73 Abs 8 Satz 1 SGB V](#). Ohne Mitteilung sei nicht davon auszugehen, dass die Vertragsärzte überhaupt zur Kenntnis nahmen, dass Imeron® 400 nun zu den Rabattbedingungen verschrieben werden könne. Die Antragsgegnerin zu 1) könne nicht ihr eigenes Fehlverhalten heranziehen, um die Rechte ihrer Vertragspartner zu beschneiden.

Bei Abwägung der betroffenen Interessen sei ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache unzumutbar. Die Vertragslaufzeit wäre dann voraussichtlich bereits abgelaufen. Den Antragsgegnerinnen entstehe kein wirtschaftlicher Schaden. Der Vertragspreis sei weniger als halb so hoch wie der Listenpreis 2018.

Die Antragstellerin beantragt,

I. den Beschluss des Sozialgerichts Konstanz vom 26. Juni 2020 aufzuheben und II. im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass der zwischen den Parteien im Rahmen des Open-House-Verfahrens für die KV-Region B. (2019/S 096-231464) für den Wirkstoff lomeprol (Fachgruppe F) am 7. Mai 2020 geschlossene Rabattvertrag durch die von der Antragsgegnerin zu 1) mit Schreiben vom 28. Mai 2020 erklärte und der Antragstellerin am 2. Juni 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. (2019/S 096-231464) für den Wirkstoff lomeprol (Fachgruppe F) am 7. Mai 2020 geschlossene Rabattvertrag bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache durchgeföhrt wird; III. 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 Berlin (2019/S 096-231464) für den Wirkstoff lomeprol (Fachgruppe F) am 7. Mai 2020 geschlossenen Rabattvertrags statuierte Kündigungsrecht der Antragsgegnerin zu 1) nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden ist; IV. die Antrags- und Beschwerdegegner zu verpflichten, unverzüglich die Vertragsärzte gemäß [§ 5 Abs 1 Satz 4](#) des zwischen den Parteien im Rahmen des Open-House-Verfahrens für die KV-Region B. (2019/S 096-231464) für den Wirkstoff lomeprol (Fachgruppe F) am 7. Mai 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 1. Juni 2020 Vertragspartnerin der Antragsgegnerinnen geworden ist, ohne dabei darauf hinzuweisen, dass dieser Rabattvertrag bereits wieder gekündigt wurde; V. den Antrags- und Beschwerdegegnern die Kosten des

---

Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

1. die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Konstanz vom 26. Juni 2020 sowie die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem Ziff II bis IV zur Rückzuweisen, 2. hilfsweise: keine Entscheidung über die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem Ziff II bis IV ohne vorherigen Termin zur mündlichen Verhandlung oder zur Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Parteien zu erlassen, 3. der Antragstellerin und Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

In B. habe die Antragstellerin exklusive Verträge mit den Antragsgegnerinnen über Imeron® mit den Wirkstoffen 300 mg/ml und 350 mg/ml. Diese Verträge hätten eine hohe Umsetzungsquote; im Zeitraum 01.06.2019 bis 31.05.2020 sei ein Kontrastmittel-Volumen von 5.678 Litern abgerechnet worden (Umsatz ca 553.000 EUR). Seit Mai 2019 sei es für die der Fachgruppe F zuzuordnenden Kontrastmittel zu einem erheblichen Absinken des allgemeinen Preisniveaus gekommen. Dies manifestiere sich vor allem in der Sprechstundenbedarfsvereinbarung für Bayern (0,11 EUR/ml für Imeron® 400). Die Versorgung mit Imeron® 400 zum Preis von 0,38 EUR/ml wäre daher unwirtschaftlich. Soweit die Antragstellerin meine, das Preisniveau könne nur anhand geschlossener Verträge beurteilt werden, würde sich ein einmal vereinbarter Preis in einem Open-House-Verfahren für immer perpetuieren. Dass Radiologen in Bayern "draufzahlen" müssten, sei lebensfremd; es liege fern, dass diese bei der Verordnung freiwillig Verlustgeschäfte eingingen. Das am 27.08.2019 bekanntgemachte Open-House-Verfahren in Brandenburg sehe für Fachgruppe F ebenfalls einen Preis von 0,19 EUR/ml vor. Soweit die Antragstellerin auf den bisher fehlenden Vertragsschluss verweise, sei daran zu erinnern, dass sie die einzige Anbieterin für die entsprechenden Produkte mit der Wirkstoffe 400 mg/ml sei. Es liege die Vermutung nahe, dass die Antragstellerin gerade aufgrund der Entwicklung der Marktpreise ca ein Jahr abgewartet habe, bevor sie im Mai 2020 an die Antragsgegnerin zu 1) herantreten sei. Das einzige Ziel sei, sich noch einen hohen Preis zu Lasten der GKV zu sichern, um dem zwischenzeitlichen Preisverfall entgegenzuwirken. Der Rückgang der Absatzmenge von Imeron® 400 in B. seit Inkrafttreten der Verträge zu Imeron® 300 und 350 sei mit nichts anderem als deren großem Erfolg zu erklären. Was die Antragstellerin an Absatzvolumen bei Imeron® 400 verloren habe, habe sie bei dem übrigen Sortiment aufgrund der exklusiven Verträge hinzugewonnen.

In rechtlicher Hinsicht wiederholen und vertiefen die Antragsgegnerinnen ihren Vortrag aus dem erstinstanzlichen Verfahren. Die Vorschriften des BGB seien nach [§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) nur in einer rückwirkenden Funktion anwendbar. Für die Anwendbarkeit von [§§ 305 ff BGB](#) im Sozialrecht werde von Teilen der Literatur schon im Allgemeinen keine Notwendigkeit gesehen, erst recht gelte dies für Leistungserbringerverträge. Soweit die Antragstellerin meine, für die Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle komme es auf ein Macht- und Kräftegefälle nicht an, sei nach ganz überwiegender Auffassung die

---

Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners der eigentliche Grund für die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall über das AGB-Recht. Vorliegend bestehe gerade kein Schutzbedürfnis. Auch wegen der Besonderheiten eines Open-House-Verfahrens komme die Anwendung der [§§ 305 ff BGB](#) nicht in Betracht: Es gebe keinen Kontrahierungszwang, die Bedingungen seien aus vergaberechtlichen Gründen für alle Vertragspartner gleich zu gestalten und interessierte Unternehmen könnten über die gesamte Vertragslaufzeit beitreten. Selbst bei Anwendung von [§ 305c Abs 1 BGB](#) fehle es am Überraschungsmoment, da die ohne weiteres zu verstehende Klausel drucktechnisch so angeordnet gewesen sei, dass eine Kenntnisnahme zu erwarten gewesen sei. § 9 des Rabattvertrags sei prominent mit "In-Kraft-Treten und Kündigung" betitelt. Zudem habe die Antragstellerin das Kündigungsrecht gekannt und selbst ausgeübt (für Fachgruppe N am 23.09.2019). Die Kündigungsklausel weiche auch nicht erheblich vom gesetzlichen Leitbild ab; für den hier streitigen Vertrag gebe es kein gesetzliches Leitbild. Die Erwägungen des Gesetzgebers zur Laufzeit von zwei Jahren nach [§ 130a Abs 8 Satz 8 \(BT-Drs 17/2413 S 30\)](#) bezögen sich ersichtlich auf den Generika-Markt. Der in der Gesetzesbegründung erwähnte Aspekt der Patienten-Compliance spiele bei der Versorgung mit Kontrastmitteln im Sprechstundenbedarf keine Rolle. Auch der Gesichtspunkt der Planungssicherheit greife bei Open-House-Verfahren nicht. Diesen sei immanent, dass sich interessierte Unternehmen jederzeit zu einer Teilnahme entschließen könnten. Davon abgesehen habe die Regelung auch vor Augen, dass der Wettbewerb nicht für mehr als zwei Jahre blockiert sein solle – was ebenfalls bei Open-House-Verfahren keine Rolle spiele. Eine unangemessene Benachteiligung nach [§ 307 BGB](#) liege schon deshalb nicht vor, weil jedem teilnehmenden Vertragspartner ein freies Kündigungsrecht zustehe. Insoweit müssten auch nicht langfristige Kalkulationen getroffen werden. Ohne Möglichkeit der ordentlichen Kündigung könne das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht gewahrt werden. Es liege auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor. Selbstverständlich könnten einmal bekanntgemachte Open-House-Verfahren auch wieder aufgehoben werden. Voraussetzung sei aus vergaberechtlicher Sicht lediglich die unterschiedslose Aufhebung gegenüber allen Vertragspartnern und Wirtschaftsteilnehmern sowie die Veröffentlichung einer Aufhebungsbekanntmachung (hier Berichtungsbekanntmachung vom 02.06.2020, ABI EU 2020/S 105-253827).

Dem geltend gemachten Anspruch gem Ziff III stehe schon entgegen, dass nur das Kündigungsrecht der Antragsgegnerinnen entfallen solle, während das vierwöchige Kündigungsrecht der Antragstellerin Vertragsbestandteil bliebe. Dass dies die Antragsgegnerinnen unangemessen benachteiligen würde, liege auf der Hand. Es bestehe keine Grundlage für ein solches Rosinenpicken. Die Ausübung des Kündigungsrechts sei auch nicht treuwidrig. Zwar möge es irritierend sein für einen nicht vorbefassten Dritten, dass am Tag des Vertragsschlusses postwendend die Kündigung erklärt werde. Die Antragstellerin habe bereits gewusst, dass die Antragsgegnerinnen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit den Vertrag nicht schließen wollten, so dass sie nicht mit einer Durchführung bis 30.06.2021 hätten rechnen können. Vermögensdispositionen habe die Antragstellerin für den Vertragsabschluss nicht treffen müssen, hierzu werde nichts Substantiiertes vorgetragen. Angesichts

---

der zu erwartenden Liefermengen sei dies auch fernliegend. Die Antragstellerin verhalte sich zudem selbst treuwidrig, wenn sie sich im September 2019 selbst auf das Kündigungsrecht nach § 9 Rabattvertrag berufe und dann dessen Ausübung durch die Antragsgegnerinnen im Mai 2020 im selben Vertrag als treuwidrig bezeichne. Ein Anspruch auf Information der Vertragsärzte bestehe nicht. Ab 01.07.2020 bestehe bereits kein Vertrag mehr. Für den 01.06. bis 30.06.2020 gehe der Informationsanspruch jedenfalls ins Leere, da eine rückwirkende Information nicht mehr möglich sei. Ein Anordnungsgrund sei nicht glaubhaft gemacht. Bei fehlenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache sei ein Anordnungsgrund schon unter diesem Gesichtspunkt zu verneinen. Im Rahmen einer Folgenabwägung seien überwiegende Interessen der Antragstellerin nicht zu erkennen. Erhebliche wirtschaftliche Nachteile seien nicht ersichtlich und bei einem Konzernergebnis 2019 von 1,29 Mrd EUR und einem Jahresumsatz (isoliert betrachtet) zwischen 2010 und 2018 zwischen 60 und 70 Mio EUR abwegig. Zu einem Gewinnrückgang (abhängig vom Umsatz) habe die Antragstellerin schon gar nichts vorgetragen. Nach dem erstinstanzlichen Vortrag sei ein Umsatzrückgang von weniger als 90.000 EUR zu erwarten. Selbst bei einem drohenden Umsatzverlust von 100.000 EUR würde bei einem Gesamtumsatz von 56 Mio EUR dieser einen Anteil am Gesamtumsatz von weniger als 0,18% ausmachen. Zudem sei nicht ersichtlich, dass bei Durchführung des Vertrags die Umsätze für Imeron® 400 in B. tatsächlich wieder steigen würden. Die Antragsgegnerinnen gingen davon aus, dass überhaupt keine Umsatzverluste eingetreten seien, sondern es lediglich zu Umsteuerungen zu anderen Produkten der Antragstellerin gekommen sei. Abgesehen davon wäre die Antragstellerin auch durch mögliche Schadenersatzansprüche hinreichend wirtschaftlich abgesichert. Der behauptete Image- und Vertrauensverlust sei nicht zu befürchten. Gerade die Nichtinformation der Vertragsärzte trage dazu bei, eine Verwirrung oder einen Vertrauensverlust der Radiologen zu vermeiden. Die Allgemeinheit, namentlich die Beitragszahler, hätten ein überwiegendes Interesse an der Durchführung nur solcher Verträge, die eine wirtschaftliche Versorgung sicherstellten. Zudem sei eine Dringlichkeit auch nicht ersichtlich, nachdem die Antragstellerin nahezu ein Jahr bis zum Vertragsschluss zugewartet habe und jetzt kurzfristig die selbst verursachte verringerte Marktpräsenz im Wege des Eilverfahrens wiederherzustellen versuche.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist statthaft und zulässig ([§§ 172 Abs 1, 173 Satz 1 SGG](#)), in der Sache jedoch nicht begründet. Der vom SG (zutreffend, vgl Axer in Becker/Kingreen, SGB V, 6. Aufl, § 130a Rn 28; [BT-Drs 16/10609 S 58](#) f) bejahte Rechtsweg ist im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu prüfen ([§ 17a Abs 5](#) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)). Das SG hat den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zu Recht abgelehnt.

Nach [§ 86b Abs 2 Satz 1 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache, soweit nicht ein

---

Fall des Abs 1 vorliegt, 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 (Satz 2). Vorliegend begehrt die Antragstellerin die Feststellung, dass der Rabattvertrag durch die Kündigungserklärung vom 28.05.2020 nicht beendet wurde (Antrag Ziff II), die Feststellung, dass das Kündigungsrecht der Antragsgegnerin zu 1) nicht Vertragsbestandteil geworden ist (Antrag Ziff III) und die Verpflichtung der Antragsgegnerin zu 1) zur Information der Vertragsärzte (Antrag Ziff IV).

Der Feststellungsantrag Ziff II ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen zulässig. Auch bei einem Feststellungsbegehren des Rechtsschutzsuchenden ist vorläufiger Rechtsschutz nicht ausgeschlossen (ebenso: Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG 13. Aufl, Â§ 86b Rn 26; W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), 26. Aufl, Â§ 123 Rn 9; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand Juli 2019, Â§ 123 Rn 35, 139; M. Redeker in Redeker/v. Oertzen, VwGO, 16. Aufl, [Â§ 123 VwGO](#) Rn 19; aA Burkiczak in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, Stand 30.06.2020, Â§ 86b Rn 291 ff; Bayerisches Landessozialgericht (LSG) 25.07.2019, [L 4 KR 117/19 B ER](#) mit Anm Knispel, jurisPR, SozR 21/2019). Vielmehr kann eine vorläufige Feststellung durch Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Gewährung eines läckenlosen und wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes verfassungsrechtlich ([Art 19 Abs 4 Satz 1 GG](#)) geboten sein (vgl Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 07.04.2003, [1 BvR 2129/02](#), [BVerfGK 1, 107](#) = [NVwZ 2003, 856](#), 857; vgl auch BVerfG 18.12.1985, [2 BvR 1167/84](#) ua, [BVerfGE 71, 305](#), 347). Der Umstand, dass ein Kläger ggf auf die Erhebung einer Feststellungsklage zu verweisen ist, wenn wie hier das Bestehen eines koordinationsrechtlichen Vertrags im Streit steht, darf die Effektivität des Rechtsschutzes nicht einschränken (vgl BSG 15.05.2017, [B 6 KA 35/16 R](#), SozR 4-5540 Anl 9.1 Nr 12 = [BSGE 126, 1](#)).

Der Antrag Ziff III ist als eigenständiger Antrag überflüssig, da im Rahmen der Entscheidung über den Antrag zu Ziff II hierüber inzident zu entscheiden ist. Denn wenn das Kündigungsrecht schon nicht wirksam vereinbart wurde, kann auch darauf gestützt keine wirksame Kündigung erfolgen. Für eine eigenständige Elementenfeststellung besteht insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis. Der Leistungsantrag unter Ziff IV ist ohne Weiteres zulässig. Damit richtet sich die Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes insgesamt auf den Erlass einer Regelungsanordnung nach [Â§ 86b Abs 2 Satz 2 SGG](#).

Dies verlangt grundsätzlich die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([Â§ 86b Abs 2 Satz 4 SGG](#) iVm [Â§ 920 Abs 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO)). Dabei begegnet es grundsätzlich keinen

---

verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn sich die Gerichte bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren (vgl BVerfG 02.05.2005, [1 BvR 569/05](#), [BVerfGK 5, 237](#), 242 mwN). Je schwerer jedoch die Belastungen des Betroffenen wiegen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbunden sind, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition zurückgestellt werden. [Art 19 Abs 4 GG](#) verlangt auch bei Vornahmesachen jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Die Gerichte sind, wenn sie ihre Entscheidung nicht an einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache orientieren, in solchen Fällen gemäß [Art 19 Abs 4 Satz 1 GG](#) gehalten, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage zu setzen. Ist dem Gericht dagegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen. Die Gerichte müssen sich schützend und füllend vor die Grundrechte des Einzelnen stellen (BVerfG 25.02.2009, [1 BvR 120/09](#), [NZS 2009, 674](#); Elektrorollstuhl; vgl auch BVerfG 29.07.2003, [2 BvR 311/03](#), [BVerfGK 1, 292](#), 296; 22.11.2002, [1 BvR 1586/02](#), [NJW 2003, 1236](#) f; BVerfG 02.05.2005, [aaO](#), mwN).

Nach vorläufiger Prüfung der Sach- und Rechtslage bestehen nur geringe Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren. Einer abschließenden Prüfung bedarf es vorliegend nicht, da der Antragstellerin ohne vorläufigen Rechtsschutz keine schwerwiegenden, nicht anders abwendbaren Nachteile drohen. Dies folgt schon daraus, dass auch bei Abstellen auf den geltend gemachten Umsatzrückgang von ca 100.000 EUR dieser bei dem angegebenen Gesamtumsatz der Antragstellerin für das Jahr 2019 von 56 Mio EUR lediglich einen Anteil von weniger als 0,18% ausmacht. Zu bedeutenden Investitionen im Hinblick auf den potentiell noch ein Jahr laufenden Rabattvertrag hat die Antragstellerin nichts vorgetragen, hierfür ist auch nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund sind gravierende wirtschaftliche Folgen für die Antragstellerin fernliegend (vgl LSG Nordrhein-Westfalen 30.07.2015, [L 11 KR 303/15 B ER](#) zu einem Umsatzrückgang von 3,3%). Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass hier auch keine substantiierten Angaben zu dem befürchteten entgangenen Gewinn gemacht worden sind, die angesichts der naheliegenden Umsatzverlagerungen zu anderen Produkten der Antragstellerin erforderlich gewesen wären, um einen Anordnungsgrund glaubhaft zu machen. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin im Falle einer rechtswidrigen Kündigung des Rabattvertrags wegen ihres entgangenen Gewinns Schadenersatzansprüche gegenüber den Antragsgegnerinnen geltend machen könnte. Drohende Image- oder Vertrauensverluste gegenüber den radiologisch tätigen Fachärzten und damit einhergehende Nachteile vermag der Senat nicht zu erkennen, denn die Ärzte haben von dem nach vorläufiger Prüfung nur kurzfristig bestehenden Vertrag ohnehin nichts erfahren. Ein Anordnungsgrund ist damit nicht glaubhaft gemacht.

Aber auch ein Anordnungsanspruch besteht nach vorläufiger Prüfung nicht. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund stehen sich nicht isoliert gegenüber, vielmehr besteht zwischen ihnen eine funktionelle Wechselbeziehung dergestalt, als die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit zunehmender Eilbedürftigkeit bzw. Schwere des drohenden Eingriffs (Anordnungsgrund) zu verringern sind aber umgekehrt auch bei geringer Eilbedürftigkeit zu steigern sind. Der Rabattvertrag wurde hier wirksam geschlossen und bestand jedenfalls in der Zeit vom 01.06. bis 30.06.2020. Dies ist zwischen den Beteiligten auch unstrittig und bedarf keiner weiteren Vertiefung. In der Sache geht der Senat im Rahmen der vorläufigen Prüfung davon aus, dass das Kündigungsrecht in § 9 Abs 1 Rabattvertrag wirksam vereinbart und ausgeübt wurde.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen ist der Senat allerdings der Auffassung, dass die Anwendung des AGB-Rechts ([§§ 305 ff BGB](#)) auf den hier streitigen Rabattvertrag nach [§ 130a Abs 8 SGB V](#) als öffentlich-rechtlichen koordinationsrechtlichen Vertrag nicht schon grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. Gaßner/Sträßer, PharmR 2015, 41; Steinmeyer in Bergmann/Paue/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 3. Aufl, SGB V, § 130a Rn 28; von Dewitz in Beck-OK, SGB V, Stand 01.06.2020, § 130a Rn 25; Becker in Hauck/Noftz, SGB X, § 61 Rn 108 ff; Wehrhahn in Kasseler Kommentar, SGB X, Stand Oktober 2014, § 61 Rn 6; Wendland in Staudinger, BGB, Stand 2019, Vorbem zu § 307 ff Rn 15 mwN; aA Sächsisches LSG 29.10.2015, [L 1 KR 37/15 B ER](#); Engelmann in Schütze, SGB X, 9. Aufl, § 61 Rn 14; Diering in Diering/Timme/Stähler, SGB X, 5. Aufl, § 61 Rn 13). Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer führt lediglich dazu, dass nach [§ 310 Abs 1 BGB](#) ein eingeschränkter Schutz geboten wird.

Nach [§ 69 Abs 1 Satz 1 SGB V](#) werden die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden einschließlich der Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse nach den [§§ 90 bis 94 SGB V](#) abschließend durch das Vierte Kapitel des SGB V sowie [§§ 63, 64 SGB V](#) geregelt. Dies gilt nach [§ 69 Abs 1 Satz 4 SGB V](#) auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind. Die Vorschriften des BGB gelten für diese Rechtsbeziehungen gemäß [§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) ebenfalls nicht unmittelbar, sondern nur entsprechend und auch nur, soweit sie mit den Vorgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vereinbar sind. Mit dieser durch das mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 eingeführten Regelung hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung, nach der Handlungen der Krankenkassen, die den Versicherten gegenüber als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind, im Hinblick auf mögliche wettbewerbswidrige Auswirkungen auch privatrechtlich einzuordnen sind und damit dem Wettbewerbs- und Kartellrecht unterliegen können (vgl. Bundesgerichtshof (BGH) 18.12.1981, [I ZR 34/80](#), [BGHZ 82, 375](#), 382 = [NJW 1982, 2117](#); GmSOGB 29.10.1987, [GmS-OGB 1/86](#), [BGHZ 102, 280](#) = [SozR 1500 § 51 Nr 47](#)), die Grundlage entzogen (vgl. die Gesetzesbegründung zum GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000, [BT-Drucks 14/1245 S 68](#); ebenso: [BSGE 89, 24](#), 32 f = [SozR 3-2500 § 69 Nr 1](#); BGH 23.02.2006, [I ZR 164/03](#), [NJW-RR 2006, 1046](#), Rn 23; vgl. bereits [BSGE 87, 95](#), 99 =

[SozR 3-2500 Â§ 35 Nr 1](#)). [Â§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) ist vor diesem Hintergrund einengend so zu interpretieren, dass entsprechend der Regelung des [Â§ 61 SGB X](#) über den öffentlich-rechtlichen Vertrag die Vorschriften des BGB nur dann in Analogie ergänzend heranzuziehen sind, wenn sich aus den übrigen Vorschriften des (gesamten) SGB nichts anderes ergibt (BSG 12.05.2005, [B 3 KR 32/04 R](#), [SozR 4-2500 Â§ 69 Nr 1](#)).

Bei Open-House-Verfahren handelt es sich immer um "für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen" iSv [Â§ 305 Abs 1 Satz 1 BGB](#), denn hierbei verpflichtet sich eine Krankenkasse dazu, mit jedem geeigneten pharmazeutischen Unternehmer, der die vorgegebenen Bedingungen akzeptiert, einen Rabattvertrag nach [Â§ 130a Abs 8 SGB V](#) zu einem vorher festgelegten Rabattsatz abzuschließen (vgl Bundeskartellamt (BKartA) 14.02.2017, VK 24/17; BKartA 06.02.2017, VK 26/17 und BKartA 28.09.2017, VK 193/17; Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf 13.08.2014, [VII Verg 13/14](#) und nachfolgend Europäischer Gerichtshof (EuGH) 02.06.2016, Rs [C-410/14](#) Dr. Falk Pharma GmbH, [ECLI:EU:C:2016:399](#); Hansen/Heilig, NZS 2017, 290). Es handelt sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag iSv [Â§ 53 ff SGB X](#). Regelungen, die einer Anwendung der [Â§ 305 ff BGB](#) grundsätzlich entgegenstehen, enthalten die Vorschriften des SGB nicht. Die Geltung von Vorschriften hängt nicht davon ab, ob ein Ergebnis für ihre Anwendung im Sinne eines Machtgefälles bzw einer besonderen Schutzbedürftigkeit besteht (Becker aaO, Â§ 61 Rn 108). Zutreffend ist allerdings, dass die Anwendung der [Â§ 305 ff BGB](#) in derartigen Konstellationen zu Schwierigkeiten führen kann, denn wesentlich für die Rechtmäßigkeit der an den Ausschluss von Selektivität geknüpften Open-House-Verfahren ist, dass kein Wettbewerber auf den Inhalt des Vertrages Einfluss nehmen kann (vgl Gauner/Strämer, PharmR 2015, 41, 49 f).

Die hier streitige Vorschrift "Â§ 9 In-Kraft-Treten und Kündigung" des Rabattvertrags lautet auszugsweise wie folgt: (1) Dieser Vertrag tritt am 01.01.2021 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 A. kann nur bei Beendigung des Open-House-Verfahrens (für alle oder einzelne Fachgruppen) erfolgen. In diesem Fall kündigt die A. gleichzeitig gegenüber allen jeweiligen Vertragspartnern in der/den von der Beendigung betroffenen Fachgruppe/n. (2) Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund auch gegenüber einzelnen Vertragspartnern innerhalb einer Fachgruppe bleibt von der Regelung des Abs. 1 unberührt. (6) Jede Kündigung bedarf der Schriftform.

Eine überraschende Klausel iSv [Â§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) iVm [Â§ 305c BGB](#) liegt aus Sicht des Senats nicht vor. [Â§ 305c Abs 1 BGB](#) gilt auch im unternehmerischen Verkehr ([Â§ 310 Abs 1 BGB](#)). Nach dieser Vorschrift werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Der Überraschungseffekt einer Klausel bemisst sich nach dem "Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht" (BGH [NJW 1995, 2637](#),

---

2638; BGH [NJW 2001, 1416](#)), womit ein Kriterium verwendet wird, das auch bei der Inhaltskontrolle maßgebliche Bedeutung hat, [Â§ 307 Abs 2 Nr 1 BGB](#). Wenn eine Vertragsbestimmung ihrem Inhalt nach den Anforderungen der [Â§Â§ 307 ff BGB](#) standhält, kann sie nur in sehr speziellen Konstellationen zugleich als so ungewöhnlich gebrandmarkt werden, dass der Kunde mit ihr nach [Â§ 305c Abs 1 BGB](#) nicht zu rechnen braucht. Umgekehrt ist AGB-Klauseln, die den letzteren iSv [Â§ 307 Abs 1 BGB](#) unangemessen benachteiligen, regelmäßig zu attestieren, dass sie nach [Â§ 305c Abs 1 BGB](#) überraschend sind (Märsch in Staudinger, BGB, Stand 2019, Â§ 305c Rn 11). Dabei kann der Überraschungseffekt durch eine drucktechnische Hervorhebung der Klausel aufgehoben werden (Basedow in Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl, Â§ 305c Rn 10). Hier gibt bereits die Überschrift zu Â§ 9 des Rabattvertrags "In-Kraft-Treten und Kündigung" einen auffälligen Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit. Im unternehmerischen Verkehr ist zudem der Präzisionsmaßstab für den Überraschungseffekt strenger. Schon angesichts der hervorgehobenen Überschrift bestand die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die generelle Betrachtungsweise findet zudem ihre Grenze, wo die konkreten Verhältnisse den Kenntnisstand des Kunden überlagern und modifizieren (Märsch in Staudinger, aaO Rn 25; Roloff in Erman, BGB, 15. Aufl, Â§ 305c Rn 12). Die Antragstellerin kannte hier die Kündigungsklausel bereits. Sie hat selbst gestützt auf ebendiese Regelung im September 2019 bezogen auf das Fachlos N den Rabattvertrag im selben Open-House-Verfahren gekündigt.

Nach vorläufiger Prüfung erscheint das Kündigungsrecht gem. Â§ 9 Abs 1 des Rabattvertrags auch nicht nach [Â§ 307 BGB](#) unwirksam. Danach sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (Abs 1). Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung (1.) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder (2.) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Abs 2). Die Absätze 1 und 2 sowie die [Â§Â§ 308](#) und [309](#) gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

Eine intransparente Klausel liegt nach vorläufiger Prüfung nicht vor. Die Klausel ist nicht unverständlich. Die Einschränkung des Kündigungsrechts der Antragsgegnerin zu 1) auf die Fälle der Beendigung des Open-House-Verfahrens dient dem Schutz der pharmazeutischen Unternehmer und stellt sicher, dass die aus vergaberechtlicher Sicht erforderliche unterschiedslose Behandlung aller Vertragspartner im Rahmen des Open-House-Verfahrens gewährleistet bleibt. Auch eine unangemessene Benachteiligung der Antragstellerin ist nicht ersichtlich. Das Recht zur Kündigung mit einer Frist von vier Wochen gilt gleichermaßen für die Antragstellerin wie für die Antragsgegnerinnen. Eine einseitige

---

Übertragung wirtschaftlicher Risiken liegt damit nicht vor, denn wenn ein pharmazeutischer Unternehmer seinen Lieferverpflichtungen nicht nachkommen könnte, wäre auch durch ihn eine Kündigung zur Vermeidung von Vertragsstrafen möglich. Somit müssen nicht zwingend wirtschaftliche Dispositionen für eine Dauer von zwei Jahren getroffen werden, ohne dass eine entsprechende Laufzeit des Vertrags gesichert ist. Gleichwohl könnte angesichts der gesetzlichen Laufzeit für Rabattverträge von zwei Jahren nach [§ 130a Abs 8 Satz 8 SGB V](#) ein Kündigungsrecht mit einer Frist von lediglich vier Wochen zum Monatsende inhaltlich als ungewöhnlich angesehen werden. Als einen Aspekt für diese regelmäßige Laufzeit hat der Gesetzgeber auch die Planungssicherheit angesehen ([BT-Drs 17/2413 S 30](#)). Dieser Aspekt spielt bei Open-House-Verfahren jedoch keine erhebliche Rolle, da jederzeit weitere Marktteilnehmer beitreten können und ein exklusiver Marktzugang gerade nicht vorliegt. Gleiches gilt für die weiteren, in der Gesetzesbegründung genannten Gesichtspunkte der Patientencompliance (bei Kontrastmitteln nicht relevant) oder der Förderung des Wettbewerbs. Dies spricht dagegen, der Soll-Vorschrift des [§ 130a Abs 8 Satz 8 SGB V](#) für den hier streitigen Rabattvertrag für Kontrastmittel eine zentrale Bedeutung im Sinne eines gesetzlichen Leitbildes beizumessen. Ob das Wirtschaftlichkeitsgebot insoweit derartige Kündigungsmöglichkeiten sogar fordert und ob und in welchem Ausmaß der hier von der Antragsgegnerin zu 1) geltend gemachte Preisverfall tatsächlich vorliegt und insoweit einer Fortführung eines Open-House-Verfahrens zu einem Preis von 0,38 EUR/ml entgegensteht, bedarf hier im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keiner abschließenden Beurteilung. Zu diesem Punkt verweist die Antragstellerin allerdings zu Recht auf das Verhalten der Antragsgegnerin zu 1), die federführend in Mecklenburg-Vorpommern ebenfalls ein Open-House-Verfahren ausgerufen hat, in welchem für Imeron® 400 exakt der gleiche Preis von 0,38 EUR/ml angeboten wird und das bisher nicht beendet wurde.

Eine treuwidrige Ausübung des Kündigungsrechts unter Verstoß gegen [§ 242 BGB](#) ist nach vorläufiger Prüfung nicht gegeben. Ein widersprüchliches Verhalten der Antragsgegnerin zu 1) liegt nicht darin, dass nach zunächst verweigerter Vertragsunterzeichnung (E-Mail vom 19.05.2020) am 28.05.2020 der Vertrag doch unterzeichnet wurde (E-Mail mit Ankündigung um 12.30 Uhr, Übersendung des Vertrags um 12.37 Uhr) und mit E-Mail ebenfalls noch vom 28.05.2020, 13.34 Uhr die Kündigung zum 30.06.2020 angekündigt wurde, die der Antragstellerin am 02.06.2020 zuging. Die Vertragsunterzeichnung beruhte für die Antragstellerin erkennbar allein auf ihrer berechtigten Reklamation, dass mit dem Vertragsbeitritt am 07.05.2020 der Rabattvertrag zum 01.06.2020 zustande gekommen und die Antragsgegnerin zu 1) zu einer "Verweigerung des Vertragsschlusses" nicht berechtigt war. Ob ein Vertrauenstatbestand allerdings dadurch geschaffen wurde, dass die Antragsgegnerin zu 1) am 28.05.2020 um 12.42 Uhr den Rabattvertrag für die Fachgruppe F mit den alten Preisen auf der Vergabeplattform neu eingestellt hatte (nach vorherigem Hinweis auf eine Preisänderung am 19.05.2020 und Streichung der Fachgruppe F am 28.05.2020 um 12.11 Uhr), bedarf im vorliegenden Verfahren keiner abschließenden Beurteilung. Am 02.06.2020 erfolgte dann wiederum der Hinweis auf der Vergabeplattform, dass die Fachgruppe F gestrichen werde. Nach summarischer

---

Prüfung konnte sich anhand des Zeitablaufs kein schutzwürdiges Vertrauen der Antragstellerin bilden, dass der Vertrag bis 30.06.2021 durchgeführt wurde.

Die Voraussetzungen der Kündigung liegen jedenfalls vor, denn die Antragsgegnerin zu 1) hat das Open-House-Verfahren insgesamt am 02.06.2020 beendet und dies auch entsprechend bekanntgemacht (ABI EU 2020/S 105-253827). Ein Vergabeverfahren kann jederzeit aufgehoben werden (vgl. [Â§ 63 Vergabeverordnung \(VgV\)](#)). Ob ein Aufhebungsgrund vorliegt, hat lediglich Bedeutung für die Unterscheidung zwischen einer rechtmäßigen Aufhebung von einer zwar wirksamen, aber rechtswidrigen Beendigung des Vergabeverfahrens, was Konsequenzen hinsichtlich möglicher Schadenersatzansprüche hat (vgl. Hofmann/Summa in juris-PK-Vergaberecht, Stand 25.03.2019, [VgV Â§ 63](#) Rn 17 ff). Kein anderes Ergebnis ergibt sich bei Heranziehung zivilrechtlicher Grundsätze auf das Angebot der Antragsgegnerinnen im Rahmen des Open-House-Verfahrens. Insoweit stellt sich die Frage, ob ein wichtiger Grund für die Beendigung vorlag, der zur Lösung von dem mit der Veröffentlichung auf der Vergabepattform nach [Â§ 69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) iVm [Â§ 145 BGB](#) bindenden Angebot entsprechend dem Rechtsgedanken der [Â§Â§ 313, 314 BGB](#) berechnigte (vgl. Busche in Münchener Kommentar, aaO, [Â§ 145](#) Rn 24; Bork in Staudinger, aaO, [Â§ 145](#) Rn 22). Dies kann im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens dahinstehen. Es bedarf keiner Entscheidung, ob der von den Antragsgegnerinnen geltend gemachte Preisverfall vorlag und ob dieser eine Beendigung des ohnehin nur bis 30.06.2021 laufenden Open-House-Verfahrens rechtfertigte. Insoweit kommen ggf nachgelagert Schadenersatzansprüche der Antragstellerin in Betracht (vgl. BGH 29.11.2016, [X ZR 122/14](#) zu einem Vergabeverfahren nach VOBA).

Angesichts des nach vorläufiger Prüfung wirksam ausgeübten Kündigungsrechts besteht kein Recht der Antragstellerin auf Information der Vertragsärzte über den Rabattvertrag nach [Â§ 5 Abs 1 Satz 4](#) des Rabattvertrags und aus [Â§ 73 Abs 8 Satz 1 SGB V](#). Für die Zeit ab 01.07.2020 ist von der Beendigung des Rabattvertrags auszugehen. Im Juni 2020 bestand der Rabattvertrag zwar, hier kann jedoch rückwirkend eine Information der Vertragsärzte, die Auswirkungen auf deren Verschreibungsverhalten hätte, nicht mehr erfolgen und wäre daher sinnlos. Insoweit hat sich das Begehren durch Zeitablauf erledigt. Auch der Antrag Ziff IV bleibt damit ohne Erfolg.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [Â§ 197a SGG](#) iVm [Â§ 154 Abs 2 VwGO](#).

Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren erfolgt nach [Â§ 197a SGG](#) iVm [Â§Â§ 47 Abs 1 Satz 1, 52 Abs 1, 53 Abs 2 Nr 4](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Es entspricht der Senatspraxis, im einstweiligen Rechtsschutz einen geringeren Streitwert anzunehmen als im Hauptsacheverfahren. In Beitragsstreitigkeiten der vorliegenden Art bemisst der Senat den Streitwert nach einem Viertel des Hauptsachestreitwerts (vgl. Beschluss vom 16.08.2013, [L 11 R 3031/13 ER](#) und vom 31.07.2015, [L 11 R 2693/15 ER-B](#)), dies sind hier 22.500 EUR. Die Antragstellerin hat insoweit den voraussichtlich entgehenden Umsatz mit eidesstattlicher Versicherung ihres Leiters Gesundheitspolitik auf ca 100.000 EUR

---

bezieht. Dabei wurde die Absatzmenge vor Abschluss des Rabattvertrags herangezogen (267 l x 0,38 EUR). Der Senat legt dies mangels anderer Anhaltspunkte und fehlender Angaben zum entgangenen Gewinn zugrunde. Abziehen hiervon sind jedoch die auch ohne Rabattvertrag erzielten Umsätze mit Imeron® 400, die mit ca 12.716,90 EUR beziffert worden waren, so dass gerundet ein Umsatzverlust von 90.000 EUR anzunehmen ist. Ein Viertel davon und damit 22.500 EUR ist nach ständiger Senatsrechtsprechung als Streitwert im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes festzusetzen. Die Streitwertfestsetzung des SG hat der Senat entsprechend abgeändert.

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 09.10.2020

Zuletzt verändert am: 23.12.2024