

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der D...,

- Bevollmächtigte: Diekmann Rechtsanwälte,  
Feldbrunnenstraße 57, 20148 Hamburg -

gegen a) das Urteil des Bundessozialgerichts vom 17. Dezember 2009 - B 3 KR  
14/08 R -,

b) das Zwischenurteil des Sächsischen Landessozialgerichts  
vom 16. April 2008 - L 1 KR 16/05 -,

c) den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 27. Januar 2005  
- S 16 KR 641/03 -

hat die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Huber,

Müller,

Maidowski

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der  
Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473)  
am 24. März 2016 einstimmig beschlossen:

**Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenom-  
men.**

**G r ü n d e :**

**I.**

Seit 2003 entlastet der Gesetzgeber die Krankenkassen dadurch, dass ihnen die pharmazeutischen Unternehmen einen Abschlag auf Arzneimittel für ihre Versicherten gewähren müssen. Dieser sogenannte Herstellerrabatt wird von pharmazeutischen Unternehmen allerdings nicht unmittelbar den Krankenkassen gewährt. Die Krankenkassen erhalten den Rabatt dadurch, dass sie die Rechnungen der Apotheken um den Abschlag kürzen (vgl. § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V). Die Apotheken wiederum können von den pharmazeutischen Unternehmen die Erstattung des Ab-

1

schlags verlangen (vgl. § 130a Abs. 1 Satz 2 SGB V in der hier relevanten Fassung vom 1. Januar 2003; vgl. Art. 1 Nr. 8, Art. 13 Abs. 3 des Gesetzes zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung vom 23. Dezember 2002, BGBl I S. 4637; mittlerweile § 130a Abs. 1 Satz 3 SGB V). § 130a Abs. 1 SGB V sah vor:

#### § 130a Rabatte der pharmazeutischen Unternehmen

(1) <sup>1</sup>Die Krankenkassen erhalten von Apotheken für ab dem 1. Januar 2003 zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel einen Abschlag in Höhe von 6 vom Hundert des Herstellerabgabepreises. <sup>2</sup>Pharmazeutische Unternehmen sind verpflichtet, den Apotheken den Abschlag zu erstatten. ...

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft niederländischen Rechts mit Sitz in den Niederlanden und betreibt eine Vollsortiment-Apotheke, die Arzneimittel hauptsächlich auf Bestellung über Fernkommunikationsmittel (Post, Telefon, Internet) per Kurierdienst an Kunden liefert. Die Beschwerdeführerin gab an Versicherte der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung Arzneimittel ab, die die Beklagte des Ausgangsverfahrens, ein pharmazeutisches Unternehmen, hergestellt hatte. Der Preis, den die Beschwerdeführerin den gesetzlichen Krankenkassen in Rechnung stellte, war einzelvertraglich um einen Herstellerrabatt gekürzt. Die Beschwerdeführerin forderte von der Beklagten des Ausgangsverfahrens nach § 130a Abs. 1 Satz 2 SGB V die Erstattung dieses Rabatts.

2

1. Mit Gerichtsbescheid vom 27. Januar 2005 wies das Sozialgericht Dresden die Klage der Beschwerdeführerin auf Erstattung des Herstellerrabatts ab.

3

2. Der Berufung der Beschwerdeführerin gab das Sächsische Landessozialgericht mit Zwischenurteil vom 16. April 2008 überwiegend statt.

4

3. Mit Urteil vom 17. Dezember 2009 änderte das Bundessozialgericht das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts und wies die Berufung der Beschwerdeführerin zurück. Erstattungsansprüche der Beschwerdeführerin bestünden nicht, weil Rechtsgrundlage ihrer Zahlungen an die Krankenkassen nicht § 130a SGB V gewesen sei und demzufolge auch Erstattungsansprüche nach dieser Vorschrift nicht hätten entstehen können. Zahlungen der Beschwerdeführerin im Sinne von § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V könnten nur auf Vertrag beruhen. Vertragliche Zahlungspflichten seien aber nicht auf Dritte abwälzbar.

5

a) Rechtliche Grundlage für die Beteiligung der Beschwerdeführerin an der Versorgung gesetzlich Krankenversicherter seien ausschließlich einzelvertragliche Beziehungen zu den Krankenkassen gewesen. Für die Inanspruchnahme der Beschwerdeführerin durch die Versicherten setze sie - was Apotheken im Geltungsbereich des Rahmenvertrags nach § 129 Abs. 2 SGB V verwehrt sei - Anreize, indem sie für jedes rezeptpflichtige Medikament einen Bonus in Höhe von 50 % der gesetzlichen Zahlung gewähre. Zudem sähen die Einzelverträge offenbar vor, dass die Beschwer-

6

deführerin den Krankenkassen nicht nur die gesetzlich geregelten Rabatte gewähre, sondern zusätzlich weitere, nach deutschen arzneimittelrechtlichen Preisvorschriften bei reinen Inlandssachverhalten nicht zulässige Abschläge. Hierzu sei sie rechtlich in der Lage, weil sie bei der Abgabe von Arzneimitteln per Versandhandel aus dem Ausland nicht den deutschen arzneimittelrechtlichen Preisregelungen unterworfen sei. Sie nutze auf diesem Weg einen Wettbewerbsvorsprung, der ihr gegenüber deutschen Apotheken durch die unterschiedliche Ausgestaltung des Preisrechts für Arzneimittel in Europa zukomme.

b) Auf dieser rechtlichen Grundlage habe die Beschwerdeführerin selbst dann keine Ansprüche nach § 130a Abs. 1 Satz 2 SGB V gegen das beklagte Pharmaunternehmen, wenn sie sich in den Verträgen mit den Krankenkassen zu einer wirkungsgleichen Gewährung von Rabatten entsprechen § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V verpflichtet habe. Die den pharmazeutischen Unternehmen auferlegten Zahllasten nach § 130a Abs. 1 Satz 2 SGB V stellten als Preisreglementierung wie jede sonstige Regelung zur Kostendämpfung im Bereich der Arzneimittelversorgung einen hoheitlichen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Verpflichtungen nach § 130a Abs. 1 Satz 2 SGB V könnten deshalb nur entstehen als Ausgleich für ihrerseits hoheitlich begründete Zahlungspflichten, nicht aber zur Weitergabe vertraglich übernommener Verpflichtungen. Erstattungsberechtigt seien nur diejenigen Apotheken, die nach dem Regime des § 129 SGB V an der Arzneimittelversorgung der gesetzlich Krankenversicherten teilnähmen.

7

c) Hiergegen könne die Beschwerdeführerin nicht einwenden, dass sie ohne entsprechende Rabattzusagen Einzelverträge mit den Krankenkassen nicht hätte abschließen können und § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V deshalb auch sie faktisch binde. Es fehle jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der dargelegten Rechtslage wirtschaftliche Nachteile im Verhältnis zu inländischen Apotheken hinzunehmen hätte. Soweit die Beschwerdeführerin befugt sei, sich durch Versandhandel vom Ausland aus an der Arzneimittelversorgung der gesetzlich Krankenversicherten zu beteiligen, stünden ihr dafür mehrere Versorgungsformen zur Verfügung. Nicht vorgesehen sei jedoch, Vorteile unterschiedlicher Systeme zu kumulieren.

8

d) Europarecht sei nicht verletzt. Der Herstellerrabatt sei ein mit europäischem Recht in Einklang stehendes Mittel zur finanziellen Entlastung der Krankenkassen. Insoweit seien zunächst, wie bereits der 1. Senat des Bundessozialgerichts eingehend dargelegt habe, die gesetzlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Vertrags nach § 129 Abs. 2 SGB V europarechtskonform (BSGE 101, 161 <172 f. Rn. 40>). Es sei nicht ersichtlich, dass der Rahmenvertrag dazu missbraucht werden könnte, beitriftswillige und nach Arzneimittel- und Apothekenrecht - im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - beitriftsfähige ausländische Apotheken zu diskriminieren. Zudem werde die Beschwerdeführerin auch nicht durch die Beschränkung des Herstellerrabatts auf reine Inlandssachverhalte im Sinne des europäischen Rechts diskriminiert. Europäisches Recht lasse vielmehr die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt, zur finanziellen Entlastung der nationalen Systeme der so-

9

zialen Sicherheit an rein inlandsbezogene Sachverhalte anknüpfende Rabattregelungen zu erlassen, die sich im Rahmen der europarechtlichen Vorgaben für nationale Preisvorschriften hielten. Auch dies habe der 1. Senat des Bundessozialgerichts bereits eingehend ausgeführt (BSGE 101, 161 <173 ff. Rn. 41 ff.>); dem schließe sich der erkennende Senat auch unter Erwägung der Einwände der Beschwerdeführerin an. Anlass für ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV an den Europäischen Gerichtshof sei angesichts der klaren Rechtslage nicht gegeben.

## II.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. 10

1. Das Bundessozialgericht habe willkürlich von einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV abgesehen und ihr damit entgegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG den gesetzlichen Richter entzogen. Das Bundessozialgericht hätte die Frage vorlegen müssen, ob es mit Art. 34 AEUV (Art. 28 EGV) vereinbar sei, dass eine in das Sachleistungssystem integrierte Apothekeninhaberin aus einem anderen Mitgliedstaat zwar auf der ersten Stufe des Herstellerrabattabwälzungsmechanismus belastet werde, ihr die Kompensation dieser Belastung auf der zweiten Stufe aber verwehrt werde. Diese Frage sei durch den Europäischen Gerichtshof bislang weder entschieden worden, noch lasse sich ihre Beantwortung aus der ergangenen Rechtsprechung ableiten. 11

a) Mit der Verweisung auf die Entscheidung des 1. Senats vom 28. Juli 2008 habe das Bundessozialgericht dargelegt, dass seine Rechtsauffassung mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit, vereinbar sei. Dabei habe es jedoch in objektiv unhaltbarer Weise ausschließlich einen Diskriminierungsmaßstab zugrunde gelegt. Eine allgemeine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit habe es von vornherein ausgeblendet. Art. 168 Abs. 5 AEUV (bisher Art. 152 Abs. 5 EGV) entbinde den Mitgliedstaat bei der Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit jedoch nicht von der Beachtung des Unionsrechts und bewirke keine Reduktion der Grundfreiheiten auf bloße Diskriminierungsverbote. 12

b) Die Transparenzrichtlinie 89/105/EWG werde durch die Bezugnahme auf die Entscheidung des 1. Senats des Bundessozialgerichts in unhaltbarer Weise zum alleinigen Maßstab für die Gemeinschaftsrechtskonformität einer nationalen Rabattregelung gemacht. Diese Richtlinie stelle kein vorrangiges Sekundärrecht in dem Sinne dar, dass richtlinienkonforme nationale Maßnahmen nicht mehr an den Grundfreiheiten des EG-Vertrags zu überprüfen wären. Vielmehr enthalte die Richtlinie ausschließlich Mindestvorgaben, welche der Transparenz einzelstaatlicher Preisfestsetzungen dienen und damit erst die Grundlage für eine effektive Überprüfung anhand der Grundfreiheiten des EG-Vertrags ermöglichen. 13

2. Die Entscheidung des Bundessozialgerichts verletze die Beschwerdeführerin darüber hinaus in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Der Ausschluss der Be- 14

schwerdeführerin von der zweiten Stufe des Herstellerrabattabwälzungsmechanismus nach § 130a SGB V stelle eine unverhältnismäßige Berufsausübungsregelung dar. Er bewirke, dass das mit § 130a SGB V verfolgte Ziel, Arzneimittelausgaben zu reduzieren, vereitelt werde.

3. Das Urteil verletze zudem Art. 3 Abs. 1 GG, da die Beschwerdeführerin im Vergleich zu Apotheken, die im Inland ansässig seien, benachteiligt werde. Es sei kein legitimer Zweck ersichtlich, die Beschwerdeführerin aus dem System der Herstellerrabattabwälzung nach § 130a SGB V auszunehmen. Vielmehr könne das Ziel, die Arzneimittelausgaben zu reduzieren, nur dann erreicht werden, wenn alle zu Lasten der Krankenkassen abgegebenen Arzneimittel in das Gesamt-Regulierungskonzept eingebunden würden.

15

### III.

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde, die keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG), ist zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte nicht angezeigt (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG), weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>; 108, 129 <136>). Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

16

1. Das Bundessozialgericht hat die Beschwerdeführerin nicht entgegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dem gesetzlichen Richter entzogen, indem es von einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (nun der Europäischen Union) abgesehen hat.

17

a) Der Gerichtshof der Europäischen Union ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 73, 339 <366>; 135, 155 <230 Rn. 177>; stRspr). Unter den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV (vormals Art. 234 Abs. 3 EGV) sind die nationalen Gerichte von Amts wegen gehalten, den Gerichtshof anzurufen. Kommt ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des Gerichtshofs im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nach, kann dem Rechtsschutzsuchenden des Ausgangsrechtsstreits der gesetzliche Richter entzogen sein (vgl. BVerfGE 73, 339 <369>; 135, 155 <230 f. Rn. 177>; stRspr).

18

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs. C-283/81, C.I.L.F.I.T., Slg. 1982, S. 3415, Rn. 21) muss ein letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, die Frage ist nicht entscheidungserheblich, die betreffende Bestimmung des Unionsrechts war bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof oder die richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. auch BVerfGE 82, 159 <193>; 135, 155 <231 Rn. 178>; stRspr). Das Bundesverfassungsgericht überprüft allerdings nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht

19

mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 126, 286 <315 f.>; 135, 155 <232 Rn. 180>; stRspr).

b) Das Bundessozialgericht hat seine Vorlagepflicht weder verkannt (grundsätzliche Verknennung der Vorlagepflicht; vgl. hierzu BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 135, 155 <232 Rn. 181> m.w.N.) noch ist es bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu entscheidungserheblichen Fragen abgewichen, ohne vorzulegen (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft; vgl. hierzu BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 135, 155 <232 Rn. 182> m.w.N.). Es ging vielmehr von einer klaren Rechtslage aus (Unvollständigkeit der Rechtsprechung; vgl. hierzu BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 135, 155 <232 f. Rn. 183> m.w.N.). Dabei hat es den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum nicht in unvertretbarer Weise überschritten. Das Bundessozialgericht hat sich hinsichtlich des materiellen Gemeinschafts-, nun Unionsrechts hinreichend kundig gemacht und eingehend mit der Gemeinschaftsrechtsslage auseinander gesetzt. Auch verweist es auf die ausführliche Begründung in der parallelen Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 28. Juli 2008 (- B 1 KR 4/08 R -, BSGE 101, 161 <172 ff. Rn. 40 ff.>). Unvertretbare Rechtsausführungen finden sich weder in der angegriffenen Entscheidung noch in dem in Bezug genommenen Urteil.

Dass das Bundessozialgericht Art. 34 AEUV (Art. 28 EGV) nicht ausdrücklich in seiner Funktion als allgemeines Beschränkungsverbot prüft, begründet keine willkürliche Annahme eines „acte clair“. Auf der Grundlage der Erwägungen des Bundessozialgerichts wäre eine ausdrückliche Prüfung des in Art. 34 AEUV enthaltenen Beschränkungsverbots fernliegend gewesen. Das Bundessozialgericht stellt mit Blick auf den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch maßgeblich darauf ab, dass sie keinen gesetzlichen Abgabepflichten ausgesetzt ist und jeder Anhaltspunkt dafür fehle, dass sie aufgrund der dargelegten Rechtslage wirtschaftliche Nachteile im Verhältnis zu inländischen Apotheken hinzunehmen hätte. Im Gegenteil nutze sie bereits über den von ihr eingeschlagenen Weg, sich durch Versandhandel vom Ausland aus an der Arzneimittelversorgung der gesetzlichen Krankenversicherten zu beteiligen, einen Wettbewerbsvorsprung, der ihr gegenüber deutschen Apotheken durch die unterschiedliche Ausgestaltung des Preisrechts für Arzneimittel in Europa zukomme. Eine Kumulierung der Vorteile unterschiedlicher Systeme sei jedoch nicht vorgesehen. Auf der Grundlage dieser ausführlich begründeten und verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Auffassung, dass die Beschwerdeführerin frei ausgehandelte Rabatte nicht an Dritte weitergeben könne, konnte das Bundessozialgericht schon keine Maßnahme erkennen, die geeignet wäre, den freien Warenverkehr zu behindern. Es kann mithin auch nicht festgestellt werden, dass das Bundessozialgericht eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage ohne sachlich einleuchtende Begründung bejaht hat (vgl. BVerfGE 82, 159 <196>; 135, 155 <233 Rn. 185>). Dass die Annahme des Bundessozialgerichts, die Beschwerdeführerin unterliege nicht der Preisbindung nach deutschem Recht, mittlerweile überholt ist (vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des

20

21

Bundes, Beschluss vom 22. August 2012 - GmS-OGB 1/10 -, BGHZ 194, 354), ist unerheblich.

2. Auch ein Verstoß gegen die Grundrechte kann nach dem Ausgeführten nicht festgestellt werden. Ob sie sich als ausländische juristische Person auf das Deutschengrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann oder ob das bei inländischen juristischen Personen über Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Schutzniveau bei ausländischen juristischen Personen über das subsidiär anwendbare allgemeine Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG sicherzustellen ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 4. November 2015 - 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12 -, juris, Rn. 10 ff.), kann dahinstehen. Einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG darin zu sehen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Privatautonomie frei ausgehandelte Rabatte nicht an Dritte weitergeben kann, ist fernliegend, zumal das von der Beschwerdeführerin gewählte Geschäftsmodell auch bei Nichtweitergabe der Rabatte noch mit einem Wettbewerbsvorteil verbunden war. Dies schließt auch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aus.

22

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

23

Huber

Müller

Maidowski

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom  
24. März 2016 - 2 BvR 1305/10**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom  
24. März 2016 - 2 BvR 1305/10 - Rn. (1 - 23), [http://www.bverfg.de/e/  
rk20160324\\_2bvr130510.html](http://www.bverfg.de/e/rk20160324_2bvr130510.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20160324.2bvr130510