

L 12 B 475/06 KA ER

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

12

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 47 KR 444/06 ER

Datum

18.05.2006

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 B 475/06 KA ER

Datum

19.11.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

I. Auf die Beschwerden der Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. wird der Beschluss des Sozialgerichts München vom 18.05.2006 aufgehoben.

II. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird zurückgewiesen.

III. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um dem Erlass einer einstweiligen Anordnung.

In diesem Streit wendet sich die Antragstellerin und Beschwerdeführerin gegen die Nennung von ihr vertriebener Präparate auf einer von der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1. - der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein - in Zusammenarbeit mit den übrigen Antragsgegnern erstellten und von ihr veröffentlichten Liste von Arzneimitteln.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin stellt die Fertig-Arzneimittel Beofenac und Ebastel her. Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1. hat mit den übrigen Antragsgegnern - den Krankenkassen bzw. deren Verbänden - eine Vereinbarung über das Arznei- und Verbandmittelausgabenvolumen für das Kalenderjahr 2006 getroffen, die zum 01.01.2006 in Kraft getreten ist. In dieser Vereinbarung wird unter anderem in § 2 ein Gesamtausgabenvolumen für Arznei- und Verbandmittel für das Jahr 2006 in Höhe von 2,68 Milliarden EUR festgelegt, welches von den Ärzten im KV-Bezirk der Antragsgegnerin zu 1. nicht überschritten werden soll. Außerdem werden in dieser Vereinbarung auf den einzelnen Arzt bezogene individuelle Wirtschaftlichkeits- und Versorgungsziele festgelegt, die für alle im KV-Bezirk der Antragsgegnerin zu 1. niedergelassenen Ärzte gelten sollen. Zum einen soll der Anteil an Generikaverordnungen um fünf Prozent gesteigert werden, zum anderen soll der Verordnungsanteil von so genannten Me-too-Präparaten um fünf Prozentpunkte gesenkt werden. Die prozentualen Zielwerte im einzelnen sollen dabei nach Arztgruppen unterschiedlich festgelegt werden. Für Allgemeinmediziner soll etwa ein Zielwert von acht Prozent gelten.

Die Antragstellerin hat dazu in ihrer an das Sozialgericht Düsseldorf gerichteten Antragsschrift vom 10.03.2006 vorgetragen, Mikropräparate dürften nach den Vorgaben der Antragsgegner nur einen Anteil von acht Prozent der Verordnungen eines niedergelassenen Allgemeinarztes im Jahr 2006 ausmachen. Bei einer Überschreitung des Gesamt-Ausgabenvolumens drohe denjenigen Ärzten, die sowohl ihr individuelles Richtgrößenvolumen als auch eine der beiden Vorgaben hinsichtlich Generika und Me-too-Präparaten überschreiten, ein Abzug an ihrem Honorar bis zu einer Höhe von 4% für das Kalenderjahr 2006. Im Ergebnis drohe daher niedergelassenen Ärzten ein erheblicher Honorarabzug, wenn sie allein den Verordnungsanteil der als Me-too-Präparate bezeichneten Produkte überschreiten würden, vorausgesetzt dass auch das Gesamtvolumen und die persönlichen Richtgrößen überschritten würden. Es sei aber damit zu rechnen, dass das Gesamtverordnungsvolumen für Arzneimittel, das in der Arzneimittel-Vereinbarung festgelegt worden sei, auch im Jahr 2006 überschritten werden würde; dies folge daraus, dass auch in den letzten Jahren regelmäßig eine Überschreitung des Gesamtverordnungsvolumens stattgefunden habe. So sei das für 2002 vereinbarte Ausgabenvolumen in Höhe von 2,33 Milliarden EUR um 160 Millionen EUR überschritten worden. Außerdem werde nach den bisherigen Schätzungen auch das für 2005 vereinbarte Arzneimittelvolumen in der Region Nordrhein um rund 400 Millionen EUR überschritten. Dementsprechend würden auch viele Ärzte ihre individuellen Richtgrößen überschreiten, weil die Richtgrößen so bemessen seien, dass Praxisbesonderheiten durch besonders teure Präparate noch nicht berücksichtigt seien. Innerhalb des Richtgrößenprüfverfahrens würden deshalb regelmäßig Praxisbesonderheiten in großem Umfang anerkannt. Der Vortrag von Praxisbesonderheiten sei nach der Arzneimittelvereinbarung dem Arzt bei einer Überschreitung des Anteils an Me-Too-Präparaten jedoch nicht möglich. Diese Präparate seien in § 4 Abs. 2 der zu Grunde liegenden Vereinbarung als Präparate ohne relevanten höheren

therapeutischen Nutzen, aber mit höheren Kosten, bezeichnet. In der genannten Vorschrift sei aber nicht angegeben, welche Präparate zu dieser Gruppe gehören würden. Die Vorschrift nimmt auch keinen Bezug auf eine bestimmte Liste.

Die Antragsgegnerin zu 1. habe sodann allen niedergelassenen Ärzten ihres Bezirks im Januar 2006 eine Liste mit Me-too-Präparaten übersandt, die sich auf den Arzneiverordnungsreport der Jahre 1986 bis 2005 beziehe. Außerdem habe die Antragsgegnerin zu 1., nachdem sie diese Liste überarbeitet hatte, sie am 03.03.2006 im Internet veröffentlicht. Auf dieser Liste fänden sich auch die obengenannten Produkte der Antragstellerin.

Beofenac sei ein Prostaglandin-Synthetase-Hemmer mit dem Wirkstoff Aceclofenac. Das Präparat stelle unter den Prostaglandin-Synthetase-Hemmern ein modernes Präparat mit verbessertem Nutzen-Risiko-Profil dar. Die Wirksamkeit von Aceclofenac im Vergleich zu Diclofenac sei mindestens ebenso gut. Darüber hinaus weise das Präparat eine verbesserte Magen-Darm-Verträglichkeit auf. Auch im Vergleich zu Celecoxib, das im Gegensatz zu Diclofenac als besser magenverträglich bekannt sei, zeige Aceclofenac in einer neueren Studie eine vergleichbar gute Verträglichkeit. Beofenac habe daher einen höheren therapeutischen Nutzen als Vergleichspräparate.

Ebastel sei ein Antihistaminikum mit dem Wirkstoff Ebastin. Antihistaminika seien in der gesetzlichen Krankenversicherung zu großen Anteilen nicht mehr erstattungsfähig. Ausnahmen hiervon sehe der Gesetzgeber ausdrücklich vor, indem er bestimmte Präparate, insbesondere bei abweichendem Wirksamkeits- oder Nebenwirkungsprofil, in der Verschreibungspflicht belasse. Damit seien diese Präparate, wie Ebastel, auch verordnungsfähig. Ebastel besitze bereits in der 10mg-Dosis, vor allem aber in der 20-mg-Dosierung, eine den Vergleichspräparaten überlegene Wirksamkeit. Hierzu verweist die Antragstellerin auf eine Reihe von Veröffentlichungen, die dem Schriftsatz vom 10.03.2006 beigelegt sind, und auf die hier zur Ergänzung der Sachverhaltsdarstellung Bezug genommen wird.

Weder das Präparat Beofenac noch Ebastel fielen daher nach der Definition der Arzneimittelvereinbarung unter die Definition eines Analogpräparats.

Durch die Nennung der Präparate Beofenac und Ebastel in der Liste "Patentgeschützte Analogpräparate" - Me-too-Präparate-Liste - auf ihrer Internetseite verletze die Antragsgegnerin zu 1. die Rechte der Antragstellerin. Hierin liege ein Eingriff in das Grundrecht des [Art. 12 Abs. 1 GG](#). Dies sei dann der Fall, wenn die Norm oder die auf ihrer Grundlage ergangene Maßnahme in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stünden und objektiv eine berufsregelnde Tendenz hätten.

Des weiteren beruft sich die Antragstellerin auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.09.1991 - SozR 3-2550 § 34 Nr.1 - zu dem in [§ 34 Abs. 3 SGB V](#) normierten Ausschluss der Verordnungsfähigkeit einzelner Arzneimittel. Dazu habe das Gericht ausgeführt, die gesetzliche Ermächtigung zum Ausschluss unwirtschaftlicher Arzneimittel von der Versorgung nach [§ 31 SGB V](#) sei geeignet und auch darauf ausgerichtet, die Verschreibung solcher Arzneien durch die Vertragsärzte und ihre Abgabe durch die Apotheker weitgehend zurückzudrängen und werde zu einem erheblichen Umsatzrückgang bei den betroffenen Herstellern führen. Damit habe diese Regelung eine objektiv die Berufsausübung regelnde Tendenz, so dass sich die Ermächtigungsgrundlage des [§ 34 Abs. 3 SGB V](#) an [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) messen lassen müsse. Die dort dargestellten Voraussetzungen seien auch hier gegeben. Die von der Antragsgegnerin zu 1. auf ihrer Internetseite veröffentlichte Me-too-Präparatliste sei für Vertragsärzte insofern verbindlich, als im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 Satz 2 der Arzneimittelvereinbarung dem einzelnen Arzt ein erheblicher Regress drohe, wenn sein Verordnungsanteil der in der Me-too-Präparatliste aufgeführten Medikamente einen bestimmten Prozentsatz überschreite. Denn beim Überschreiten dieser prozentualen Anteile würden nach § 7 Abs. 2 der Arzneimittelvereinbarung dem Arzt 4 % seines gesamten GKV-Honorars für das Jahr 2006 abgezogen. Zusätzlich müsse allerdings noch das Gesamtarzneivolumen für das Jahr 2006 überschritten sein, außerdem müsse der einzelne Vertragsarzt auch sein persönliches Richtgrößenvolumen überschritten haben. Durch die Auflistung der Präparate der Antragstellerin in dieser Liste würden die Umsatzchancen der Antragstellerin als Arzneimittelherstellerin im freien Wettbewerb zielgerichtet geschmälert. Die Einschränkung des Verordnungsumfanges der in der Liste aufgeführten Präparate in der gesetzlichen Krankenversicherung sei Ziel und Zweck der Me-too-Präparatliste, wie es sich ebenfalls aus § 4 Abs. 2 Nr. 2 der Arzneimittelvereinbarung selbst ergebe. Denn darin heiße es ausdrücklich, dass die Arzneimittelvereinbarungspartner arztbezogene individuelle Wirtschaftlichkeits- und Versorgungsziele festlegten, wozu auch die Reduzierung des durch den jeweiligen Vertragsarzt verursachten arztgruppenbezogenen Verordnungsanteils des Bruttoumsatzes der Me-too-Präparatliste ohne relevanten höheren therapeutischen Nutzen, aber mit höheren Kosten, am Gesamtmarkt um fünf Prozentpunkte gehöre. Diese Beeinträchtigung sei auch nicht unerheblich, da der größte Teil der Bevölkerung in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sei und deshalb durch diese Zielvereinbarung und durch die Nennung der Präparate in der Me-too-Liste ein weites Spektrum von Absatzchancen tangiert werde. Dies sei wegen Verletzung des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) rechtswidrig.

Weiterhin sei die Veröffentlichung der Me-too-Liste deshalb rechtswidrig, weil dadurch in das Grundrecht der Antragstellerin aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) eingegriffen werde, ohne dass es dafür die zwingend erforderliche Ermächtigungsgrundlage gebe. Denn in der Arzneimittelvereinbarung selbst finde sich keine Regelung über die Befugnis, eine solche Liste zu veröffentlichen zu dürfen. Darüber hinaus hätte eine Regelung, selbst wenn sie sich finden ließe, ihrerseits im Gesetz keine Stütze. Für die Einzelheiten des Vorbringens zu diesem Punkt nimmt der Senat auf den Schriftsatz vom 10.03.2006 Bezug.

Außerdem sei es unrichtig, im Falle von Beofenac und Ebastel von Me-too-Präparaten zu sprechen. Denn es handle sich bei beiden Präparaten gerade nicht um solche, die höhere Kosten verursachten oder keinen höheren medizinischen Nutzen versprächen. Die von der Antragsgegnerin zu 1. dazu herangezogenen Stellungnahmen würden neue wissenschaftliche Erkenntnisse nicht berücksichtigen. Die Nennung dieser Präparate in der umstrittenen Liste sei daher auch unter medizinischen Gesichtspunkten unrichtig. Schließlich obliege die Bewertung des Nutzens von Arzneimitteln allein dem Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG). Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass andere Einrichtungen, insbesondere private Gutachter ohne speziellen öffentlichen Auftrag diese Nutzenbewertung ersetzen dürften. Das IQWiG habe aber noch keine Bewertung der fraglichen Mittel vorgenommen.

Was den Anordnungsgrund betreffe, so sei erfahrungsgemäß damit zu rechnen, dass das Gesamtverordnungsvolumen für Arzneimittel, das in der Arzneimittelvereinbarung festgelegt werde, auch im Jahre 2006 überschritten werde. Dies ergebe sich daraus, dass auch in den letzten Jahren regelmäßig eine Überschreitung des Gesamtverordnungsvolumen stattgefunden habe. Weiterhin würden viele Ärzte auch ihre individuellen Richtgrößen überschreiten, da diese so bemessen seien, dass Praxisbesonderheiten durch besonders teure Präparate noch nicht berücksichtigt seien. Innerhalb des Richtgrößenprüfverfahrens würden deshalb regelmäßig Praxisbesonderheiten in umfangreicher

Höhe anerkannt. Der Vortrag von Praxisbesonderheiten sei nach der Arzneimittelvereinbarung dem Arzt bei einer Überschreitung des Anteils an me-too-Präparaten aber nicht möglich. Durch die Veröffentlichung dieser Liste und die damit in der Arzneimittelvereinbarung verknüpfte mögliche Rechtsfolge, dass Ärzte bei einer Überschreitung des Verordnungsanteils dieser Präparate 4 % ihres gesamten GKV-Honorars für das Jahr 2006 zurückerstatten müssen, bestehe die Gefahr, dass die auf der Liste enthaltenen Präparate der Antragstellerin von Arztseite künftig weniger verordnet würden. Konkret zeige sich dies in der Praxis darin, dass viele im KV-Bezirk der Antragsgegnerin zu 1. niedergelassene Ärzte sich schon an die Außendienstmitarbeiter der Antragstellerin gewandt und geäußert hätten, dass sie unter den gegebenen Umständen die Produkte der Antragstellerin, die sich auf dieser Liste befänden, aus Furcht vor einem Honorarabzug nicht mehr verordnen würden. Bereits im Januar 2006 sei der Umsatz bei Beofenac im Vergleich zum Vormonat Dezember 2005 um 23 % zurückgegangen. In der Folgezeit habe sich der Umsatz bei beiden Medikamenten weiter abgeschwächt. Aus den genannten Gründen müssten sowohl Beofenac als auch Ebastel von der Liste entfernt werden.

Die Antragstellerin hat daher beantragt, die genannten Präparate von der Me-too-Liste zu entfernen und diese Änderung der Liste sofort in angemessener Weise bekannt zu machen.

Mit Schriftsatz vom 16.03. 2006 hat die Antragsgegnerin zu 1. beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Der Antrag sei unbegründet. Die streitgegenständliche Vereinbarung beruhe auf [§ 84 Abs. 1 SGB V](#). In der auf dieser Grundlage getroffenen Vereinbarung seien als Versorgungs- und Wirtschaftlichkeitsziele in § 4 Abs. 2 für 2006 eine Erhöhung der Generikaquote um 5 %-Punkte und eine Reduzierung der Me-too-Quote um 5 %-Punkte festgelegt worden. Dabei seien als Me-too-Präparate - Präparate mit neuen Molekülen aber analogen Wirkungen wie bekannte Arzneimittel - diejenigen definiert worden, die ohne relevanten höheren therapeutischen Nutzen mit höheren Kosten verbunden seien. Um welche Präparate es sich dabei konkret handle, sei dabei nicht ausdrücklich festgelegt worden, sondern sei vom pharmakologischen verantwortlichen und von den gesetzlich vorgesehenen Pharmareferenten informierten Arzt zu beurteilen. Generikaquoten und Me-too-Quoten seien als Zielwerte arztgruppenbezogen in § 4 der Arzneimittelvereinbarung festgelegt worden, wobei nicht für alle Arztgruppen derartige Quoten gefunden worden seien. Insofern seien individuelle Zielvereinbarungen vorbehalten gewesen. Die Festlegung von Quoten bedeute dabei, dass nicht ausnahmslos Generika verordnet bzw. Me-too-Präparate hätten substituiert werden müssen. Die umstrittene Regelung stelle sich als Beitrag dar, der von den Ärzten abverlangt werde, deren Verhalten zur Überschreitung des Arzneimittelausgabenvolumens durch Überschreiten der Richtgrößen kumuliert mit einer Verletzung der Zielvereinbarung ursächlich beigetragen habe. Dabei handle es sich um einen pauschalen Beitrag, der im Rahmen einer generellen Lösung der Überschreitungsproblematik sachgerecht erscheine. Wenn in den Gesamtverträgen vorgesehen werden dürfe, dass alle Ärzte bei Überschreitung des Arzneimittelausgabenvolumens mit einem Abzug von der Gesamtvergütung haften, so gelte unter Heranziehung des argumentum a maiore ad minus, dass erst recht diejenigen mit einem Malus belegt werden dürfen, die nachweislich die Überschreitung verursacht haben. Im Rahmen der Erläuterung der Regelung und der Anforderungen sei denjenigen, die dessen bedurft hätten, der Hinweis erteilt worden, welche Präparate gemeinhin als Me-too-Präparate gewertet werden könnten. Dabei sei allerdings ausdrücklich hinzugesetzt worden, dass die Entscheidung im konkreten Fall beim Arzt verbleibe. Beigefügt worden sei ein Auszug aus einer von den Professoren F. und C. erstellten Liste, die vom wissenschaftlichen Institut der Ortskrankenkassen zur Berechnung von Einsparmöglichkeiten verwendet werde. Da sich die KV Nordrhein - die Antragsgegnerin zu 1. - dem Vorwurf ausgesetzt sehe, in den Wettbewerb der Arzneimittelhersteller eingegriffen zu haben, solle vorsorglich darauf hingewiesen werden, dass die Fragestellung im Zusammenhang mit den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu sehen sei und dass die vom Bundesverfassungsgericht in den Urteilen vom 17.12.2002 ([1 BvL 28/95](#); [1 BvL 29/95](#); [1 BvL 30/05](#)) herangezogenen Maßstäbe auch hier maßgeblich seien, mit dem Ergebnis, dass ein Wettbewerbsverstoß durch die KV zu verneinen sei. Auch hier führe eine Empfehlung wirtschaftlicher Verordnung zu einer Reflexwirkung für Konkurrenzprodukte. Auch hier bleibe es unbenommen, die Konkurrenzprodukte zu bevorzugen, sei es im Rahmen der Quote oder weil aus welchen Motiven auch immer die Bereitschaft bestehe, die Folgen einer Quotenüberschreitung zu tragen. Insbesondere gelte auch hier der vom Bundesverfassungsgericht betonte Aspekt, dass sich Hersteller durch ihre Preisgestaltung darauf einrichten könnten, berücksichtigt zu werden. Wenn etwa ein Me-too-Präparat nicht mehr teurer wäre als das Original, würde es nicht mehr als Me-too-Präparat im Sinne der Arzneimittelvereinbarung gelten.

Es fehle aber nicht nur an einem Anordnungsanspruch, sondern auch am Anordnungsgrund. Was die Antragstellerin zu diesem Punkt vorbringe, sei rein spekulativ und hinsichtlich der konkreten Existenzgefährdung der Antragstellerin äußerst dürrtig. Allein die Behauptung, es seien bereits erhebliche Umsatzeinbußen eingetreten und weiter zu befürchten, könne nicht genügen. Im übrigen habe der Gesetzgeber in [§ 84 Abs. 1 SGB V](#) den Willen bekundet, dass steuernd auf die aktuelle Ausgangssituation Einfluss genommen werden solle. Schon deshalb dürfte der Einsatz von Steuerungsinstrumenten nicht durch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gestoppt werden.

Die Antragsgegnerinnen zu 2. bis 7. haben sich dem Antrag der KV angeschlossen.

Mit Beschluss vom 03.04.2006 erklärte sich das Sozialgericht Düsseldorf für örtlich unzuständig und verwies den Rechtsstreit an das zuständige Sozialgericht München.

Das Sozialgericht München führte am 12.05.2006 einen Erörterungstermin durch. Durch Beschluss vom 18.05.2006 verpflichtete es sodann die Antragsgegnerin zu 1., die Präparate Ebastel und Beofenac von der Me-too-Präparatliste zu entfernen und diese Änderung durch Veröffentlichung eines diesbezüglichen Hinweises auf der Internetseite der Antragsgegnerin zu 1. sowie in einem Rundschreiben an die ihr als Mitglieder angehörenden Ärzte bekannt zu geben. Außerdem untersagte das Sozialgericht allen Antragsgegnern, über die genannten Präparate zu verbreiten, dass sie Präparate "ohne relevanten höheren therapeutischen Nutzen, aber mit höhern Kosten" seien und bestimmte, dass die Anordnung binnen eines Monats außer Kraft trete, sofern die Antragstellerin nicht Klage in der Hauptsache erhoben habe. Die Antragsbefugnis ergebe sich aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#); das Grundrecht aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) stehe nach [Art. 19 Abs. 3 GG](#) auch deutschen juristischen Personen wie der Antragstellerin zu. Die Berufsausübungsfreiheit schütze das berufsbezogene Verhalten eines Unternehmens und sei hier entgegen der Ansicht der Antragsgegner auch betroffen. Im einzelnen nimmt der Senat auf die Gründe des Beschlusses des Erstgerichts Bezug.

Auf Antrag der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin vom 09.06.2006 erging sodann noch der Beschluss vom 14.06.2006, mit welchem den Antragsgegnern für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die am 18.05.2006 getroffenen Anordnungen des Erstgerichts ein Ordnungsgeld angedroht wurde.

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. denen das Sozialgericht nicht abgeholfen hat. Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1. trägt noch vor, schon die Ausführungen zum Anordnungsgrund in dem angefochtenen Beschluss könnten nicht überzeugen. Auch wenn dem zuzustimmen sei, dass hier keine schweren, sondern nur wesentliche Nachteile zu fordern seien, so könnten doch auch diese der Begründung des Beschlusses nicht entnommen werden, zumal zugleich festgestellt werde, die Ursächlichkeit der Me-too-Liste für eine Umsatzeinbuße sei noch nicht mit Sicherheit belegt. Eine Verletzung der Berufsfreiheit liege nicht vor. Die Beschwerdeführerin zu 1. gebe an ihre Mitglieder lediglich Empfehlungen ab. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Beschlüssen vom 17.12.2002 seien die Wirkungen der umstrittenen Liste nicht als Eingriff in die Berufsfreiheit zu werten, sondern als bloße Rechtsreflexe. In der fraglichen Liste seien nur Quoten vorgegeben, innerhalb derer es unbenommen bleibe, die Präparate Beofenac und Ebastel zu verordnen. Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin zu 1. sei zu ihrem Vorgehen gemäß [§§ 84 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) und der darauf beruhenden Arzneimittelvereinbarung auch befugt gewesen. Auch die Begründung für die Androhung des Ordnungsgeldes könne nicht überzeugen.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die zugrundeliegenden Anträge abzuweisen.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin verlangt, die Beschwerden zurückzuweisen.

Das Erstgericht habe seiner Entscheidung zutreffend zugrunde gelegt, dass das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) dadurch verletzt sei, dass die Antragsgegner durch die Nennung der umstrittenen Präparate in der Me-too-Liste den Wettbewerb verfälschen, indem sie eine negative und unzutreffende Kosten-Nutzen-Bewertung im Vergleich zu anderen Präparaten vornehmen würden. Auch die gegnerische Behauptung, es würden an die Vertragsärzte lediglich Empfehlungen abgegeben, sei nicht richtig. Vielmehr führe das von der Beschwerdeführerin zu 1. auf der Grundlage der Arzneimittelvereinbarung eingesetzte Instrumentarium gerade dazu, dass die fraglichen Arzneimittel weniger verschrieben würden als früher, und gerade dies strebe die KV auch an.

Zur Ergänzung der Sachverhaltsdarstellung wird auf die angefochtenen Beschlüsse und die zu den Verfahrensakten eingereichten Schriftsätze, namentlich auch im Beschwerdeverfahren, samt Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Beschwerden der Antragsgegner und Beschwerdeführer sind zulässig und begründet. Der angefochtene Beschluss des Sozialgerichts München vom 18.05.2006 und mit ihm die Verhängung des Ordnungsgeldes für den Fall wegen seiner angeblichen Verletzung können nicht aufrecht erhalten werden.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sind das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes.

Bereits am Bestehen eines Anordnungsanspruchs fehlt es hier; das Vorhandensein des von den Beschwerdeführerinnen mit beachtlichen Argumenten in Frage gestellten Anordnungsgrundes kann deshalb offen gelassen werden.

Der geltend gemachte Anordnungsanspruch steht der Antragstellerin nicht zu. Die Antragstellerin kann nicht beanspruchen, dass die Antragsgegnerin zu 1. die umstrittenen Präparate von der Me-too-Liste streicht und dies bekannt macht; dementsprechend sind auch die gegen die übrigen Antragsgegnerinnen getroffenen Anordnungen des Erstgerichts nicht gerechtfertigt.

1. Durch die Nennung der umstrittenen Präparate auf der Me-too-Liste ist das Recht der Antragstellerin aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) auf die Freiheit der Berufsausübung nicht verletzt. Die Antragstellerin hat vorgetragen, eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) liege vor, wenn die Norm oder die auf ihrer Grundlage ergangene Maßnahme in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stünden und objektiv eine berufsregelnde Tendenz hätten. Der Senat stimmt dem insoweit zu, dass die Freiheit der Berufsausübung der Antragstellerin hier berührt ist. Mitteilungen über Preise von Arzneimitteln und deren Wirksamkeit, verbunden mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit der Einhaltung des gesetzlichen Wirtschaftlichkeitsgebots und auf die den Trägern des Systems des gesetzlichen Gesundheitswesens insoweit zur Verfügung stehenden Eingriffsmöglichkeiten, berühren auch den Bereich der Berufsausübung des jeweiligen Anbieters. Dennoch ist es nicht zulässig, hierin bereits eine objektiv berufsregelnde Maßnahme gegenüber den Arzneimittelherstellern zu sehen. Dies gilt selbst dann, wenn diese Mitteilungen in einzelnen Punkten nicht allen am System Beteiligten überzeugend erscheinen. Die "Eingriffstiefe" im vorliegenden Falle genügt bei weitem nicht, um hier eine Verletzung des Grundrechts der Antragstellerin aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) annehmen zu können. Denn das, was die Antragstellerin hier als berufsregelnde Tendenz betrachtet, ließe sich beispielsweise bereits dadurch aus der Welt schaffen, dass sie bei den betroffenen Produkten die Preise entsprechend senkt.

1.1 Es trifft auch zu, dass das Grundrecht die Art und Weise der individuellen Berufsausübung, insbesondere hinsichtlich Form, Mittel, Umfang, Inhalt und Führung beruflicher Bezeichnungen, Beschäftigung von Personen und Gründung und Führung von Unternehmen schützt, mithin auch die wirtschaftliche Tätigkeit der Antragstellerin (vgl. [BVerfGE 50, 290; 34, 252](#)). Dennoch löst das inkriminierte Verhalten der Antragsgegnerin hier aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) kein Abwehrrecht der Antragstellerin aus. Vorschriften über die Preisgestaltung, nach denen die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung die Kosten von Arzneimitteln übernehmen, berühren den Schutzbereich des Grundrechts aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) bei den Anbietern von Arzneimitteln nicht, wenn dadurch die Kostenübernahme für diese Mittel gegenüber den Versicherten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung geregelt wird; dass dies auch Marktchancen der Anbieter berührt, ändert daran nichts ([BVerfG Urt. vom 17.12.2002, 1 BvL 28, 29, 30/95, Rn. 111 ff.; vgl. auch LSG NRW vom 27.06.2006, \[L 11 B 31/06 KA ER\]\(#\) zu \[§ 73 Abs. 8 SGB V\]\(#\)](#)). Vielmehr sei dies - so das BVerfG a.a.O. weiter - der vom Gesetzgeber vorgesehene Weg, um den Gesetzesadressaten - hier den Akteuren des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung - die Beachtung des ihnen rechtlich vorgegebenen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit zu ermöglichen; dies diene dazu, das Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung funktionsfähig zu halten. Dementsprechend hält die Rechtsprechung auch sonst die mit solchen Bestimmungen verbundene Strukturierung der Berufsfreiheit für unbedenklich. Denn diese sei aufgrund des gesetzlich vielfach verankerten Wirtschaftlichkeitsgebots als Mittel zur Finanzierbarkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung als eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt (so auch LSG NRW vom 09.08.2006 - [L 10 B 6/06 KA ER](#) m.w.N. - Breithaupt 2007, 466).

1.2 Auch der Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.09.1991 - SozR 3-2550 § 34 Nr. 1 - führt hier nicht weiter. Zwar ist nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts a.a.O. die gesetzliche Ermächtigung zum Ausschluss unwirtschaftlicher Arzneimittel von der Versorgung nach [§ 31 SGB V](#) in der Tat geeignet und auch darauf ausgerichtet, die Verschreibung solcher Arzneien durch die Vertragsärzte und ihre Abgabe durch die Apotheker weitgehend zurückzudrängen, und dies werde zu einem erheblichen Umsatzrückgang bei den betroffenen Herstellern führen, so dass diese Regelung damit eine objektiv die Berufsausübung regelnde Tendenz habe und sich die Ermächtigungsgrundlage des [§ 34 Abs. 3 SGB V](#) deshalb an [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) messen lassen müsse. Auch dieser Gedanke hat aber nicht zur Konsequenz, den hier zu beurteilenden Anspruch als begründet ansehen zu können. Denn gegen die sich aus [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) ergebenden, der Entscheidung des BVerfG a.a.O. zugrunde gelegten Maßstäbe hat die Antragsgegnerin zu 1. gleichwohl nicht verstoßen.

1.3 Denn es muss hier der Widerspruch zwischen dem Wirtschaftlichkeitsgebot der [§§ 2, 12 SGB V](#) und dem Recht der Antragstellerin auf freie Berufsausübung im Sinne des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) berücksichtigt werden. Man darf nicht übersehen, dass der Hintergrund des vorliegenden Konflikts nichts anderes ist als die Auswirkung der Tatsache, dass für die Träger des gesetzlichen Gesundheitssystems das Wirtschaftlichkeitsgebot gilt, und dass sie gehalten sind, dies auch in den Beziehungen zu den Arzneimittelherstellern zu realisieren, obwohl für diese das Wirtschaftlichkeitsgebot gerade nicht gilt. Dieser Konflikt kann aber nicht in der Weise aufgelöst werden, dass man dem verfassungsrechtlich geschützten Prinzip der Freiheit der Berufsausübung schlicht den Vorrang vor dem Wirtschaftlichkeitsgebot des SGB V einräumt. Denn das Wirtschaftlichkeitsgebot ist von überragender Bedeutung für den Erhalt und die Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung. Gäbe es kein Instrument, den Anstieg der Kosten im System der gesetzlichen Krankenversicherung einzugrenzen und blieben daher als Korrektiv nur die Möglichkeiten von weiteren Leistungskürzungen bzw. von Beitragserhöhungen, so würde die Funktionsfähigkeit dieses Systems aufs Spiel gesetzt. Dieses ist aber seinerseits das Produkt eines Grundsatzes von Verfassungsrang, nämlich des Sozialstaatsprinzips des [Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG](#). Denn die gesetzliche Sozialversicherung insbesondere auch gegen Krankheit ist ein "besonders prägnanter Ausdruck des Sozialstaatsprinzips" (BVerfGE 28, 348, 74, 163 m.w.N.). Berührt eine Maßnahme zur Stabilisierung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung die Freiheit der Berufsausübung im Sinne des [Art. 12 Abs. 1 GG](#), so ist somit bei der Beurteilung, als wie schwerwiegend ein Einriff in die Berufsausübungsfreiheit zu bewerten ist, eine sorgfältige Abwägung der beiden Positionen vorzunehmen. In einem Fall wie dem vorliegenden kann deren Ergebnis nur der Vorrang des das Sozialstaatsgebot verwirklichenden Systems der gesetzlichen Krankenversicherung sein.

2. Es trifft auch nicht zu, dass die von der Antragsgegnerin zu 1. in dem inkriminierten Schreiben getroffene Bewertung dem "Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen" (IQWiG, [§ 139a SGB V](#)) vorbehalten sei; die Antragsgegnerin und auch die Stelle, die die streitgegenständliche Liste erstellt habe - so die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -, seien daher gar nicht befugt gewesen, die inkriminierte Stellungnahme abzugeben. Auch wenn man dem IQWiG eine hervorgehobene Stellung im System der gesetzlichen Krankenversicherung einräumen wollte, so folgt daraus jedoch nicht ein Monopol in diesem Sinne. Dies ergibt sich unmittelbar aus den die Aufgaben dieses Instituts beschreibenden Bestimmungen. Namentlich in [§ 139a Abs. 3 SGB V](#) kommt zum Ausdruck, dass dieses Institut zu "Fragen von grundsätzlicher Bedeutung" für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung erbrachten Leistungen tätig werde. Aus der Verwendung des Begriffs "grundsätzliche Bedeutung" folgt aber zwanglos, dass es daneben auch andere Formen der Beantwortung von Fragen der Qualität und Wirtschaftlichkeit im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geben muss. Es kann hier offen bleiben, ob die Erstellung und der Versand einer Liste von der Art der inkriminierten als Beantwortung einer Frage grundsätzlicher Bedeutung anzusehen ist; jedenfalls muss aus der gesetzlichen Systematik hergeleitet werden, dass dem IQWiG von Gesetzes wegen ein Monopol nicht zugedacht ist. Dies wird durch eine weitere Überlegung gestützt: das Prinzip der Wirtschaftlichkeit der Versorgung ist im System der gesetzlichen Krankenversicherung von derart großer Bedeutung, dass schon aus diesem Grunde nicht angenommen werden kann, dass die Einrichtung des IQWiG allen anderen Überlegungen und Maßnahmen zur Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots die Grundlage hätte entziehen sollen. Hinzu kommt, dass schließlich auch erhebliche Zweifel daran bestehen, dass das IQWiG neben der Aufgabe der Bewertung des medizinischen Nutzens von Arzneimitteln die Aufgabe hätte, die finanziellen Auswirkungen des Einsatzes eines bestimmten Medikaments einzuschätzen (vgl. LSG NRW Breithaupt 2005, 715, 731; zur Verbindlichkeit der durch das IQWiG vorgenommenen Bewertungen vgl. auch BSG [B 6 KA 13/05 R](#), Breithaupt 2007, 195).

3. Auch auf andere rechtliche Grundlagen lässt sich der von der Antragstellerin erhobene Anspruch nicht stützen. Dies gilt insbesondere für einen Anspruch aus einer analogen Anwendung des [§ 1004 BGB](#) in Verbindung mit dem zu [§ 823 Abs. 1 BGB](#) zu zählenden Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

3.1 Insoweit bestehen bereits Bedenken, ob sich der Anordnungsanspruch überhaupt aus der Analogie zu [§ 1004](#) herleiten ließe, weil die hier zu beurteilenden Rechtsbeziehungen und diejenigen Rechtsbeziehungen, die typischerweise einen Unterlassungsanspruch nach [§ 1004 BGB](#) auslösen, grundlegend verschieden sind. Denn die im vorliegenden Falle zu beurteilenden Rechtsbeziehungen entsprechen den dem Institut eines zivilrechtlich-sachenrechtlichen Unterlassungsanspruchs zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen bei näherem Hinsehen nur ungenügend.

3.2 Insbesondere darf nicht außer Acht gelassen werden, dass nach Ansicht des Senats erhebliche Zweifel bestehen, ob sich hier im Sinne eines Schutzes des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" gemäß der Analogie zu [§§ 823 Abs. 1, 985, 1004 BGB](#) die Vertragsärzte überhaupt als Nachfrager und die Antragstellerin dementsprechend als am Markt anbietendes Unternehmen gegenüberstehen. Denn die Vertragsärzte setzen im hier maßgebenden Sinne die im System der gesetzlichen Krankenversicherung entstehende Nachfrage zwar um, tun dies aber im Rahmen des Sachleistungsprinzips des SGB V (vgl. [§ 13 Abs. 1 SGB V](#)), und zwar auf Kosten und zu Lasten der Krankenkassen, und lediglich vermittelt durch die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1) ([§ 77 Abs. 1 SGB V](#)). Aus diesen Gründen stellt die hier zu beurteilende Realität gerade nicht das dem Unterlassungsanspruch des [§ 1004 BGB](#) zugrundeliegende Modell der Rechtsbeziehungen von Anbieter - Nachfrager - Störer dar.

Die im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung immer wieder anzutreffende Gleichsetzung des hier zu beurteilenden Rechtsverhältnisses mit dem Verhältnis zwischen Rechtsträger und Störer i.S.d. [§ 1004 BGB](#) überzeugt daher nicht.

3.3 Die nach Ansicht der Antragstellerin durch die Mitteilungen der Antragsgegnerin beeinflussten Vertragsärzte sind somit nicht nur Marktteilnehmer i.S.d. [§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB](#), denen gegenüber die Antragstellerin als Anbieterin auftritt, und wobei hier die Vertragsärzte dann von der Antragsgegnerin als "Störerin" auf unlautere Weise beeinflusst würden. Vielmehr treten die Vertragsärzte hier gerade nicht in

erster Linie als "Nachfrager" auf, sondern sie erbringen in erster Linie für die gesetzlichen Krankenkassen Sachleistungen. Die Rolle als -scheinbare - "Einkäufer" der eingesetzten Medikamente ist davon lediglich ein Reflex. Dementsprechend führen die Vertragsärzte bei dieser - sich aus dem SGB V ergebenden - Konstruktion die von den gesetzlichen Krankenkassen ihren Mitgliedern geschuldeten Heilbehandlungsmaßnahmen für die Krankenkassen und auf deren Rechnung aus. Die Vertragsärzte sind dabei - in gewissem Umfang, vgl. z.B. [§ 12 Abs. 1 SGB V](#) - frei in der Wahl der von ihnen zu erbringenden Leistungen und durchzuführenden Maßnahmen, sie dürfen deshalb aber nicht zugleich auch schon auf die Rolle als Geschäftspartner der Antragstellerin bzw. anderer Anbieter auf dem Arzneimittelmarkt reduziert werden.

4. Wollte man die dargestellten Bedenken gegen eine Übertragung der Grundsätze des Unterlassungsanspruchs aus analoger Anwendung des [§ 1004 BGB](#) auf das System der gesetzlichen Krankenversicherung gleichwohl vernachlässigen, käme man dennoch zu keinem anderen Ergebnis. Es träte dann zwar zu, dass sich ein Verfügungsanspruch nach Art des hier geforderten Verbots grundsätzlich aus einer Analogie zu [§ 1004 BGB](#) herleiten ließe. Doch ist für die Bejahung eines solchen Anspruchs das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen notwendig. Diese sind hier nicht gegeben.

4.1 Für einen Anspruch aus [§ 1004](#) ist es erforderlich, dass ein "absolutes Recht" entsprechend der Systematik des Bürgerlichen Rechts verletzt zu werden droht. Als hierfür geeignete "absolute" Rechte kommen grundsätzlich sämtliche absoluten Rechte, namentlich die in Abs. 1 des [§ 823 BGB](#) aufgeführten Rechte, in Betracht. Dies gilt auch für diejenigen Rechte, die in der genannten Bestimmung nicht eigens aufgeführt, sondern lediglich unter der Bezeichnung "sonstiges Recht" zusammengefasst sind.

4.2 Als im vorliegenden Falle zu prüfendes Recht der Antragstellerin steht hier allein das schon vor dem Inkrafttreten des BGB von der Rechtsprechung entwickelte sog. "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" in Frage, welches seit Geltung des BGB als Fall eines "sonstigen Rechts" i.S.d. [§ 823 Abs. 1 BGB](#) gewertet wird (grundlegend dazu [BGHZ 3, 270](#); [8, 142](#); kritisch Canaris in Ennecerus/Lehmann [§ 234 I 1 b](#)).

4.3 Anders als den in [§ 823 Abs. 1 BGB](#) konkret genannten absoluten Rechte, insbesondere auch anders als dem hier als Modell für die Entwicklung der Bestimmung des [§ 823 Abs. 1](#) dienenden Eigentum, kommen dem "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" keine sich bereits aus seinem Begriff ergebenden Kriterien für seine Abgrenzung zu. Vielmehr ist diese Abgrenzung erst durch zusätzliche, wertende gedankliche Schritte vorzunehmen. Denn es gibt zahlreiche Verhaltensweisen, die die Ausübung des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" berühren bzw. seine Ausübung erschweren können, ohne dass sie schon als tatbestandsmäßig im Sinne einer Rechtsverletzung angesehen werden dürften. Wäre es anders, so müsste konsequenterweise jede Prüfung der Offerte eines Anbieters auf dem Markt auf ihre Attraktivität hin, insbesondere auch durch Vergleiche mit konkurrierenden Anbietern, oder gar der Austausch von Informationen über solche Vergleiche, als Verstoß gegen ein "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" eingestuft werden. Dies kann aber in einer marktwirtschaftlich orientierten Gesellschaftsordnung, wie sie den Strukturen des BGB zugrunde liegt und wie sie auch von [Art. 2 Abs. 1 GG](#) zugelassen ist, nicht sein.

4.4 Folglich bedarf es hier weiterer Schritte zur Bestimmung des Tatbestandes einer solchen Rechtsverletzung. An solchen zusätzlichen Schritten zur Konkretisierung einer Verletzung des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" verlangt die Rechtsprechung des Reichsgerichts und später des BGH zweierlei:

4.4.1 Zum einen muss sich der abzuwehrende Eingriff "unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbetriebes richten, sei es, dass dieser tatsächlich gehindert, oder dass seine rechtliche Zulässigkeit verneint und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird" (so schon RGZ 73, 1107; [102, 223](#)), wobei die Rechtsprechung dies in späteren Formulierungen nur noch damit umschrieben hat, dass der Eingriff "unmittelbar" erfolgen müsse (vgl. zB [BGHZ 29, 65](#) oder neuerdings BGH [NJW 2003, 1040](#)).

4.4.2 Zum anderen erfordert eine Anwendung der [§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB](#) als Instrument des Vermögensschutzes in diesem Sinne eine Interessenabwägung. Inhalt und Grenzen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergäben sich - so die h.M. - erst aus einer "Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessensphäre anderer" (vgl. zB [BGHZ 45, 296](#); [BGHZ 138, 311](#)). Es ist nicht zulässig, an dieser Stelle der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit nur wenigen allgemeinen Feststellungen - oder gar ohne solche - diese Abwägung zu beschreiben und den umstrittenen Unterlassungsanspruch zu bejahen.

4.4.3 Die nähere Klärung, wie hier nach diesen Maßstäben der Schutz des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" durch Schadenshaftung und Abwehransprüche aus [§ 1004 BGB](#) zu beurteilen ist, lässt sich für den vorliegenden Fall am ehesten durch einen Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH (und des BVerfG) zum Boykottaufruf erzielen. Denn bei rechtswidrigen Streiks und Betriebsblockaden beeinträchtigen der bzw. die Schädiger selbst durch ihr eigenes Verhalten das Unternehmen, weshalb ein Vergleich mit dem vorliegenden Fall ausscheidet; beim Boykott vollzieht sich der Eingriff dagegen mit Hilfe unbeteiligter Dritter, die dazu aufgerufen werden, bestimmte Güter nicht mehr nachzufragen (vgl. [BGHZ 19, 72](#); BGH [NJW 1985, 1620](#)). Während im Rahmen der [§§ 21 GWB, 1 UWG](#) primär zu prüfen wäre, ob das inkriminierte Verhalten den Prinzipien fairen Leistungswettbewerbs entspricht, kommt es im Rahmen des [§ 823 Abs. 1 BGB](#) darauf an, ob der Boykottaufruf seinerseits rechtlichen Schutz, beispielsweise gemäß [Art. 5 Abs. 1 GG](#), genießt. Erfolgt der inkriminierte Aufruf in Wahrnehmung gesetzlicher Rechte oder gar Pflichten, so schließt dies zugleich aus, dass die Interessen des von diesem Aufruf betroffenen Unternehmens in diesem Sinne in unbilliger Weise beeinträchtigt werden. Außerdem sind nach der Rechtsprechung Boykottaufrufe grundsätzlich unbedenklich, soweit sie mit zutreffenden Tatsachenbehauptungen motiviert werden (vgl. z.B. OLG Frankfurt/M, [NJW 1969, 2095](#)). Wird ein Boykottaufruf auf Werturteile gestützt, so hängt seine Unbedenklichkeit nicht zuletzt von den Motiven ab, aus denen er erhoben wird ([BVerfGE 7, 198](#)). Schließlich können Boykottaufrufe auch deshalb rechtlich zulässig sein, weil sie gerade nicht in Ausübung konkret geschützter Rechte wie etwa der Meinungsfreiheit erfolgen, sondern zu deren Einschränkung bzw. Durchsetzung dominanter Marktmacht (so zB das BVerfG im "Blinkfuer"-Urteil, E 25, 256, gegen den BGH in [NJW 1969, 1161](#)).

4.5 Legt man diese Maßstäbe hier an, so ist das Ergebnis, dass der erhobene Anordnungsanspruch nicht bejaht werden kann. Der Erlass der begehrten Anordnung wäre ungerechtfertigt; der Tatbestand einer Verletzung des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" im Sinne der [§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB](#) ist nicht erfüllt. Dieses Ergebnis kann auf mehrere Gründe gestützt werden, von denen jeder einzelne dafür ausreicht, die Verwirklichung des Tatbestandes einer Verletzung des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" zu verneinen. Denn das inkriminierte Schreiben der Antragsgegnerin beruht auf der Durchführung gesetzlicher Aufgaben

(4.5.1), es ist auch nicht ersichtlich, dass sein Inhalt wahrheitswidrige Tatsacheninformationen enthält (4.5.2), die ihm zugrunde liegende Motivation ist nicht zu beanstanden (4.5.3) und schließlich dient es auch nicht zur Durchsetzung dominanter Marktmacht (4.5.4).

4.5.1 Das Schreiben der Antragsgegnerin beruht auf der Durchführung gesetzlicher Aufgaben. Die Versorgung der Versicherten hat u.a. nach dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit zu erfolgen ([§ 12 SGB V](#)). Dies bedeutet, dass dann, wenn mehrere Mittel zur Verfügung stehen, die zweckmäßig und ausreichend sind, dasjenige gewählt werden muss, das wirtschaftlich für die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung günstiger ist. Um dieses Ziel zu gewährleisten, haben die Kassenverbände und die Kassenärztlichen Vereinigungen gemäß [§ 84 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) Arzneimittelvereinbarungen zu schließen; wegen [§ 84 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB V](#) haben sie dabei sowohl Wirtschaftlichkeitsziele zu verfolgen als auch auf die Umsetzung dieser Ziele gerichtete Maßnahmen in Gestalt von "Zielvereinbarungen" zu treffen. Diesem gesetzlichen Auftrag haben die Vertragspartner durch Abschluss der hier zugrund liegenden Arzneimittelvereinbarung Folge geleistet. Zudem verpflichtet [§ 84 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB V](#) die Vertragspartner, unter den auf die Umsetzung dieser Ziele gerichteten Maßnahmen auch solche vorzusehen, durch welche die Leistungserbringer informiert und beraten werden. Welche Maßnahmen dies sein sollen, lässt das Gesetz allerdings offen, insbesondere sagt das Gesetz nicht, dass die Antragsgegnerin zu 1) zu diesem Zwecke Rundschreiben verfassen soll. Aus dem Umstand, dass die gesetzliche Formulierung insoweit Spielraum lässt, kann allerdings noch nicht gefolgert werden, dass Rundschreiben unzulässig seien; das Gesetz räumt den Kassenärztlichen Vereinigungen zur Durchsetzung der gesetzlichen Wirtschaftlichkeitsziele vielmehr ein breites Handlungsermessen ein. Es schreibt zudem in [§ 73 Abs. 8 SGB V](#) relativ konkret vor, dass die Antragsgegnerin zur Sicherung der wirtschaftlichen Verordnungsweise die Vertragsärzte "auch vergleichend" über preisgünstige verordnungsfähige Leistungen einschließlich der jeweiligen Preise und Entgelte zu informieren habe, sowie nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse Hinweise zu Indikation und medizinischem Nutzen zu geben habe, ausdrücklich auch auf der Grundlage der Arzneimittelvereinbarungen gemäß [§ 84 Abs. 1 SGB V](#) (vgl. LSG NRW, 12.02.2007, [L 10 B 35/06 KA ER](#)). Durch die Versendung des inkriminierten Rundschreibens hat die Antragsgegnerin diesen Rahmen nicht überschritten. Vielmehr erscheinen Hinweise auf die bei gleicher Indikation zur Verfügung stehenden Medikamente und auf die mit ihrem Einsatz jeweils verbundenen Kosten in hohem Maße geeignet, das Ziel einer wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten zu erreichen; ein zum Erreichen dieses Zieles wirksameres und zugleich die Antragstellerin weniger tangierendes Mittel ist nicht ersichtlich. Ob die Antragsgegnerin dabei eigene Wertungen mitgeteilt hat oder sich fremden Wertungen angeschlossen hat, oder nur fremde Wertungen übermittelt hat, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

4.5.2 Es ist nicht ersichtlich, dass die inkriminierte Information seitens der Antragsgegnerin zu 1) Tatsachenbehauptungen enthielte, die nicht der Wahrheit entsprechen; soweit es sich beim Inhalt des inkriminierten Schreibens daneben auch um Werturteile handelt, ist dies im hier zu beurteilenden Zusammenhang ohnehin irrelevant. Die insoweit von der Antragsgegnerin vorgetragenen und vom Erstgericht übernommen Argumente sind nicht geeignet, die Schlussfolgerung, die Antragsgegnerin habe falsch informiert, zu tragen. Auch das relative Alter der Liste führt nicht zu der Folgerung, der Inhalt der Liste sei falsch. Das Gleiche gilt für Zweifel an der mit der Listung verbundenen Behauptung der Unwirtschaftlichkeit gegenüber dem für vergleichbar gehaltenen Wirkstoff. Denn bloße Zweifel an der Berechtigung der von der Gegenseite eingenommenen Position reichen hier zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs nicht aus. Im übrigen darf auch nicht übersehen werden, dass die inkriminierte Information der Antragsgegnerin auf einem medizinischen Gutachten beruht. Zumindest im Rahmen eines Rechtsstreits über den Erlass einer einstweiligen Anordnung kann daher davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Stellungnahme sorgfältig und verantwortungsbewusst vorgegangen ist. Da die im Rahmen von [§ 86b Abs. 2 SGG](#) geltenden Verfahrensregeln die Überprüfung durch ein gerichtliches Sachverständigengutachten verbieten, darf jedenfalls solange, wie die Antragstellerin den Wert dieses Gutachtens nicht fundierter in Zweifel zieht als geschehen, hier von seiner Richtigkeit ausgegangen werden.

4.5.3 Die dem Verhalten der Antragsgegnerin zu 1. zugrunde liegende Motivation ist nicht zu beanstanden. Denn sie kommt damit nur ihrem gesetzlichen Auftrag nach (vgl. [§§ 12 Abs. 1, 84 Abs. 1 Satz und Satz 2 Nummer 2 SGB V](#)).

4.5.4 Schließlich: die Antragsgegnerin zu 1. repräsentiert hier in keiner Weise dominante Marktmacht. Ob dies angesichts der gesetzlichen Pflichten der Krankenkassen wenigstens für diese in Betracht gezogen werden könnte, braucht hier nicht entschieden zu werden, zumal diese die umstrittene Information nicht gegeben haben.

Zusammenfassend gilt: die Voraussetzungen für die Feststellung, das Verhalten der Antragsgegnerin zu 1. erfülle den Tatbestand einer Verletzung des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Antragstellerin im Sinne des [§ 823 Abs. 1 BGB](#), sind nicht gegeben; das inkriminierte Verhalten der Antragsgegnerin zu 1. hat im Sinne der [§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB](#) die Interessen der Antragstellerin nicht in inakzeptabler Weise verletzt; die Antragstellerin kann im Sinne der genannten Vorschriften nicht als "Störerin" qualifiziert werden.

5. Auch die Möglichkeit, dass der Umfang des eingesetzten Arzneimittelvolumens in der Zukunft regelmäßig wie in der Vergangenheit ansteigen würde und dass die Intensität der von der Antragstellerin beanstandeten Eingriffsdauer zunehmen werde, führt nicht zu einer anderen Einschätzung. Denn zum einen ist es gerade das Ziel der hier umstrittenen Maßnahme, diese Tendenz zu brechen, zum anderen gibt es keinerlei gesicherte medizinische oder ökonomische Erkenntnis, wonach diese Tendenz dem System der gesetzlichen Krankenversicherung innewohnen müsste. Warum sie bisher trotzdem zu Tage getreten ist, braucht hier nicht weiter erörtert zu werden.

Die Entscheidung über die Tragung der Kosten folgt der Entscheidung in der Sache. Ein Rechtsmittel gegen diesen Beschluss ist nicht gegeben, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2008-01-14