

L 1 KR 16/06

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 28 KR 167/03
Datum
-
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 1 KR 16/06
Datum
01.08.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

1. Die Berufung wird zurückgewiesen. 2. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. 3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit ist die Verpflichtung der Beklagten zur Unterlassung von Hinweisen an ihre Versicherten zum Bezug von Arzneimitteln durch die niederländische Versandhandelsapotheke D ...

Anlass des Rechtsstreits ist das Schreiben der Rechtsvorgängerin der Beklagten an ihre Versicherten vom 21. September 2001, das unter der Überschrift "BKK Hamburg reagiert auf Kostenexplosion im Arzneimittelbereich" lautete:

"(Anrede), mit meinem Schreiben vom 11. Juli dieses Jahres berichtete ich Ihnen über den erfolgreichen Sanierungskurs der BKK Hamburg. Nach wie vor bereiten uns allerdings weiterhin die Ausgaben für Arzneimittel, die inzwischen gegenüber dem Vorjahr zweistellige Zuwachsraten erreicht haben, Sorgen. Auch Sie können, wie es bereits schon heute viele Mitglieder tun, aktiv mithelfen, Ihre und unsere Kosten für Arzneimittel zu reduzieren. Wie das möglich ist? Durch den Bezug von Medikamenten durch Apotheken im benachbarten Ausland! Möglicherweise haben Sie schon einmal von "D." gehört. Es handelt sich hierbei um eine niederländische Apotheke. Diese gibt bei exakt der gleichen Qualität viele Arzneimittel preiswerter ab. Auch der Service ist sehr interessant. Dazu geben wir Ihnen gerne einige Informationen: Die Medikamente bei D. sind im Durchschnitt 20%, in Einzelfällen sogar bis zu 60% günstiger als in deutschen Apotheken. Hierbei handelt es sich um ganz normale, niederländische Preise. Sicherheit ist garantiert: Medikamente, Verpackungen und Beipackzettel sind in deutscher Sprache abgefasst. Vor der Auslieferung versieht die Apotheke jedes Medikament mit einem Aufkleber mit dem Patientennamen und der Dosierung. Übrigens: Die Zuzahlungen bei Arzneimitteln sind in den Niederlanden nicht üblich, weshalb Sie für Ihre rezeptpflichtigen Medikamente auch keine Zuzahlung zu leisten brauchen. Sie sparen also kräftig mit! Wie bei jeder anderen Apotheke muß das Originalrezept vorgelegt werden. Im Fall der Apotheke D. wird es eingesandt. Dafür stellt D. Briefumschläge zur Verfügung und übernimmt das Porto. Das Medikament kann, je nach Ihrer Wahl, durch einen Kurierdienst für Sie kostenfrei zu Ihnen nach Hause oder auch an Ihren Arbeitsplatz gebracht werden. Der Kurierdienst ist nach unserer Erfahrung absolut zuverlässig. D. bietet als Apotheke Beratung sowohl unter einer kostenlosen Telefonnummer von montags bis freitags in der Zeit von 8.00 bis 20.00 Uhr als auch rund um die Uhr im Internet an. Wir wollen Ihnen in Ihrem eigenen Interesse die Leistungen so kostengünstig wie möglich anbieten. Deshalb weisen wir auf diese Alternative für den Bezug Ihrer Medikamente hin. Selbstverständlich sind Sie in Ihrem Recht auf freie Wahl Ihrer Apotheke weiterhin völlig ungehindert. Wenn Sie dieses Angebot nutzen wollen oder weitere Fragen haben, wenden Sie sich gern an unsere Kundenberater oder direkt: D., Telefon (kostenfrei): ... Fax: ... Internet: ..."

Das Klagverfahren führt den bereits im Eilverfahren ausgetragenen Streit zwischen den Beteiligten im Hauptsacheverfahren fort. Das Sozialgericht hatte durch Abhilfebeschluss vom 15. Januar 2002 im Verfahren S 22 KR 1048/01 ER der Beklagten bis zu einer vollstreckbaren Entscheidung in der Hauptsache vorläufig untersagt, ihre Versicherten entsprechend ihrem Schreiben vom 21. September 2001 zum Bezug von Medikamenten im Wege des Versandhandels durch die Apotheke D. aufzufordern. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten wies der erkennende Senat durch Beschluss vom 4. Dezember 2003 im Verfahren [L 1 B 13/02](#) ER zurück.

Das Sozialgericht hat im Klagverfahren durch Urteil vom 10. April 2006 der Beklagten untersagt, ihre Versicherten entsprechend dem Schreiben vom 21. September 2001 zum Bezug von Arzneimitteln durch die niederländische Apotheke D. aufzufordern. Es hat die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 des auf der Grundlage von [§ 129 Abs. 5](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) zwischen dem Kläger zu 1 und dem BKK Landesverband Nord auch für die Beklagte geschlossenen Arznei-Liefervertrags Hamburg vom 24. Oktober 1997 (ALV), der am 1. Januar 1998 in Kraft trat, dahin ausgelegt, dass sie ein Wettbewerbsverbot der Vertragspartner normiere, dem das Schreiben der Beklagten

widerspreche und aufgrund dessen die Kläger von der Beklagten verlangen dürften, entsprechende Schreiben an ihre Versicherten zu unterlassen. Wegen des Sachverhalts bis zum Abschluss der ersten Instanz wird Bezug auf das Urteil des Sozialgerichts genommen.

Gegen das am 11. Mai 2006 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 18. Mai 2006 Berufung eingelegt. Mit dieser trägt sie unter anderem vor, § 10 ALV verstoße gegen höherrangiges Recht und sei deshalb unwirksam. Denn nach [§ 140e SGB V](#) dürfe sie Verträge mit Leistungserbringern im Ausland abschließen und habe mit D. einen solchen Vertrag abgeschlossen. Sie ist zudem der Auffassung, sie habe ihre Versicherten nicht im Sinne des § 10 ALV beeinflusst. Eine Beeinflussung erfordere, dass die Einfluss nehmende Person einseitig und willkürlich auf einen Dritten positiv wie negativ einwirken könne, wenn dieser der Einflussnahme nicht Folge leiste; dies sei hier nicht der Fall.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 10. April 2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten das erstinstanzliche Urteil für zutreffend und tragen unter anderem vor, § 10 ALV schütze die dem Kläger zu 1 angehörenden Apotheker wie den Kläger zu 2 vor einer von einer vertragsgebundenen Krankenkasse initiierten Abwerbung von Kunden. § 10 ALV verstoße auch nicht gegen höherrangiges Recht. Denn der Beklagten sei es unter Beachtung des § 10 ALV möglich, ihre Versicherten zweckentsprechend zu informieren; unzulässig sei dies nur in der mit der Klage angegriffenen, beeinflussenden Art und Weise.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2007 ist zwischen dem Kläger zu 1 und den Primärkassen in Hamburg, zu denen auch die Beklagte gehört, ein neuer Arznei-Liefervertrag (ALV nF) abgeschlossen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der zum Gegenstand der Beratung und Entscheidung des Senats gemachten Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft ([§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) erhoben. Sie ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht hat zu Recht die Beklagte zur Unterlassung verpflichtet. Die Beklagte war nach dem ALV und ist nach dem ALV nF nicht berechtigt, ihre Versicherten in der Weise, wie durch das streitbefangene Schreiben geschehen, auf die Versandhandelsapotheke D. hinzuweisen.

Die Unterlassungsklage ist weiterhin, d. h. auch nachdem während des Berufungsverfahrens zum 1. Januar 2007 ein neuer ALV in Kraft getreten ist, zulässig. Streitgegenstand ist unverändert, ob die Beklagte es zu unterlassen hat, Schreiben entsprechend dem vom 21. September 2001 an ihre Versicherten zu richten.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist zwar weiterhin, ob das Schreiben vom 21. September 2001 eine Vertragsverletzung darstellt und die Kläger einen Unterlassungsanspruch haben. Prüfungsmaßstab ist allerdings nicht mehr der ALV vom 24. Oktober 1997, denn dieser ist ungeachtet des Streits um seine Fortgeltung aufgrund von § 13 Abs. 3 ALV nach seiner Kündigung zum 31. Dezember 2002 spätestens mit Inkrafttreten des neuen ALV zum 1. Januar 2007 nicht mehr anzuwenden. Prüfungsmaßstab ist nunmehr der ALV nF. Denn da eine gegen eine noch andauernde Beeinträchtigung gerichtete Unterlassungsklage auf die Verurteilung zur Unterlassung eines bestimmten Handelns oder Verhaltens für die Zukunft gerichtet ist, kommt es vorliegend allein auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren an (vgl. BSG 25.9.2001 - [B 3 KR 3/01 R](#), [SozR 3-2500 § 69 Nr. 1](#)). Zu diesem Zeitpunkt aber galt nicht mehr der ALV vom 24. Oktober 1997, sondern ist bereits der ALV nF in Kraft.

Die maßgebliche Vorschrift des § 10 Abs. 1 ALV nF bestimmt:

Die Versicherten und Vertragsärzte dürfen weder von den Apotheken hinsichtlich der Verordnung bestimmter Mittel noch von den Krankenkassen zugunsten bestimmter Apotheken oder anderer Lieferanten mittelbar oder unmittelbar beeinflusst werden. Die sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergebenden Rechte und Pflichten bleiben unberührt.

Das streitbefangene Schreiben der Beklagten enthält zur Überzeugung des Senats eine Beeinflussung ihrer Versicherten, Medikamente durch D. zu beziehen. Die Auslegung des Begriffs der Beeinflussung durch die Beklagte ist fern liegend. Eine Beeinflussung setzt weder Willkür voraus noch erfordert sie eine Sanktionsmöglichkeit, wenn ihr nicht gefolgt wird; vielmehr ist sie schlicht ein Tun, das auf die Steuerung des Verhaltens eines Dritten zielt. Mit der werbenden Nahelegung aktiver Mithilfe bei der Kostenreduzierung durch den Bezug von Medikamenten durch Apotheken im Ausland und dem konkreten Hinweis auf D. handelt es sich vorliegend sogar in diesem Sinne um eine unmittelbare Beeinflussung der Versicherten zugunsten von D. ... Diesen wird, obwohl sie es nicht zuvor im Sinne von [§ 305 Abs. 3 SGB V](#) verlangt hatten, im Einzelnen erläutert, wie der Bezug von Medikamenten durch D. abgewickelt wird, und sie werden zu diesem Bezug - notwendigerweise zum Nachteil auch der vom ALV nF erfassten Apotheken - angehalten und motiviert mit der im Fettdruck hervorgehobenen Angabe, sie bräuchten für ihre rezeptpflichtigen Medikamente keine Zuzahlung zu leisten und sparten also kräftig mit. Dies geht über eine bloße sachliche und wettbewerbsneutrale Information deutlich hinaus. Der abschließende Hinweis, dass das Recht der Versicherten auf freie Apothekenwahl erhalten bleibe, enthält demgegenüber nur eine Selbstverständlichkeit und nimmt der Beeinflussung zugunsten von D. nichts von ihrer Deutlichkeit. Ein Hinweis, dass deutsche Apotheken an deutsches Recht gebunden sind und deshalb auf die gesetzlich geregelte Zuzahlung gar nicht verzichten dürfen, fehlt. Diese Beeinflussung ist nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV nF vertragswidrig - und sie war es auch nach dem textidentischen § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV. Abzulehnen ist zunächst die Auslegung der Beklagten, mit den bestimmten Apotheken seien in § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV nF nur jene gemeint, die auch durch den Vertrag berechtigt und verpflichtet seien. Diese vertragliche Loyalitätspflicht beschränkt sich nicht darauf, Hinweise auf bestimmte Apotheken in Hamburg zu unterlassen, um andere

Apotheken in Hamburg nicht zu benachteiligen. Es geht in § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV nF vielmehr um den Schutz der vom Vertrag erfassten Apotheken schlechthin vor den mit einer Marktmacht ausgestatteten Krankenkassen: Die vertragsgebundene Beklagte soll eine Beeinflussung ihrer Versicherten zugunsten bestimmter Apotheken oder anderer Lieferanten, seien diese vom ALV nF erfasst oder nicht, unterlassen, die die vom Vertrag erfassten Apotheken in ihrer Wettbewerbsstellung zu beeinträchtigen vermag. Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Beklagten sodann, ob der in dem streitbefangenen Schreiben enthaltene Hinweis auf die Versandhandelsapotheke D. zur von ihr erstrebten Kostenreduzierung sinnvoll und nützlich ist oder nicht. Er ist in dieser werbenden Form vertragswidrig. Der erkennende Senat hält an seiner bereits in dem Beschluss vom 4. Dezember 2003 im Verfahren [L 1 B 13/02](#) ER geäußerten Auffassung, dass die Beklagte durch ihre Information über eine kostengünstigere Bezugsquelle von Arzneimitteln im Wege des Versandhandels durch D. gegen den Vertrag verstößt, fest. Aus Sicht der Beklagten mag es sich insoweit um einen ihr nachteiligen Vertrag handeln; aber es ist ein Vertrag, und er ist einzuhalten, denn er ist nicht unwirksam.

Anderes folgt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht aus § 10 Abs. 1 Satz 2 ALV nF. Diese Vorschrift enthält nur den Hinweis, dass die sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergebenden Rechte und Pflichten unberührt bleiben. Es ist aber nicht ersichtlich, woraus eine gesetzliche Pflicht der Beklagten folgen sollte, ihre Versicherten auf eine bestimmte, namentlich genannte Apotheke hinzuweisen. Doch auch gesetzliche Rechte der Beklagten, entgegen § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV nF die Versicherten zugunsten einer bestimmten Apotheke – wie durch das Schreiben vom 21. September 2001 geschehen – zu beeinflussen, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ergeben sie sich nicht daraus, dass die rechtlichen Bedingungen für den Bezug von Medikamenten durch Versandhandelsapotheken sich mittlerweile geändert haben. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Hinweis der Beklagten gegen [§ 43 Abs. 1](#) Arzneimittelgesetz in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung verstieß und ob er nach dessen Änderung mit Wirkung vom 1. Januar 2004 noch dagegen verstößt. Denn das streitbefangene Schreiben mit seinem werbenden Hinweis auf D. ist hiervon unabhängig vertragswidrig deshalb, weil es die Versicherten zugunsten einer bestimmten Apotheke beeinflusst.

Die – erneut – vertraglich vereinbarte Verpflichtung in § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV nF verstößt auch nicht gegen höherrangiges Recht in Gestalt des zum 1. Januar 2004 eingefügten [§ 140e SGB V](#). Denn dass die Beklagte nunmehr mit D. einen Leistungserbringungsvertrag abschließen darf und abgeschlossen hat, besagt nichts für die Frage, ob eine vertraglich vereinbarte Verpflichtung der Beklagten, beeinflussende Hinweise zugunsten bestimmter Apotheken oder anderer Lieferanten zu unterlassen, rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Das Gleiche gilt, soweit die Beklagte zuletzt darauf hingewiesen hat, sie dürfe nunmehr auch mit einzelnen Apotheken Verträge abschließen und müsse ihre Versicherten hierüber informieren können. Insoweit verkennt die Beklagte, dass ihr nicht schlechterdings untersagt wird, ihre Versicherten darüber zu informieren, sie habe mit D. oder einer anderen Apotheke einen Vertrag geschlossen. Untersagt wird ihr eine Beeinflussung ihrer Versicherten zum Erwerb von Arzneimitteln durch einen werbenden Hinweis auf D., weil sie hierdurch ihre Vertragspflichten nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ALV nF verletzt, der zur Unterlassung der Beeinflussung der Versicherten zugunsten bestimmter Apotheken oder anderer Lieferanten verpflichtet.

Auch aus [§ 127 Abs. 3 SGB V](#), auf den § 10 Abs. 1 Satz 2 ALV hinwies, kann die Beklagte für sich nichts herleiten. Vorliegend geht es schon nicht um Preisinformationen über Hilfsmittel. Der von der Beklagten für ihren Rechtsstandpunkt zitierte Beschluss des erkennenden Senats vom 14. November 2005 im Verfahren [L 1 B 53/03](#) ER betrifft daher eine andere Fallkonstellation.

Die Kläger haben auch weiterhin einen Unterlassungsanspruch. Dieser hat zum Inhalt, dass die Beklagte es unterlässt, ihre Versicherten durch Schreiben entsprechend dem vom 21. September 2001 dahin zu beeinflussen, Medikamente über die namentlich benannte Versandhandelsapotheke D. zu beziehen. Auch insoweit hält der erkennende Senat an seiner in dem Beschluss vom 4. Dezember 2003 im Verfahren [L 1 B 13/02](#) ER bereits geäußerten Auffassung, dass die Kläger einen Anspruch auf Einhaltung des Vertrags und deswegen auf Unterlassung derartiger Handlungsweisen haben, fest. Die Kläger hatten diesen Anspruch zunächst aufgrund des Vertrags vom 24. Oktober 1997 und haben ihn nunmehr auf der Grundlage des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Vertrags. Er ist gestützt auf [Art. 12 Abs. 1](#) und [Art. 3 Abs. 1](#) Grundgesetz (BSG 25.9.2001 – [B 3 KR 3/01 R](#), [SozR 3-2500 § 69 Nr. 1](#)) und gerichtet auf Unterlassung vertragswidriger Beeinflussungen der Versicherten durch die Beklagte. Die andauernde Wiederholungsgefahr folgt daraus, dass die Beklagte weiterhin eine Vertragsverletzung und ihre Unterlassungspflicht bestreitet und durch ihr Schreiben an ihre Versicherten vom Dezember 2004 auch erneut auf eine bestimmte Apotheke, die niederländische Europa Apotheek Venlo, hingewiesen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2](#) der Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2](#) SGG nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2007-08-10