

L 12 B 450/06 KA ER

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung
12
1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 29 KR 586/06 ER

Datum
19.05.2006
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 12 B 450/06 KA ER

Datum
28.02.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

I. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin wird der Beschluss des Sozialgerichts München vom 19.05.2006 aufgehoben.
II. Der Antrag der Beschwerdegegnerin und Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 14.02.2006 wird abgewiesen.
III. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Antragstellerin auferlegt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten darum, ob der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin im Wege einer einstweiligen Anordnung aufgegeben werden kann, eine an Vertragsärzte ihres Zuständigkeitsbereiches versandte Arzneimittelpräparatliste ("me-too-Liste") zurückzuziehen, oder wenigstens das von der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin vertriebene Präparat "Vesikur" von dieser Liste zu streichen.

1. Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin ist ein pharmazeutisches Unternehmen, welches u.a. auf dem deutschen Markt eine Vielzahl von Präparaten, darunter auch das Präparat "Vesikur", vertreibt.

Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin hat im Dezember 2005 mit den zuständigen Krankenkassenverbänden die Arzneimittelvereinbarung für das Jahr 2006 abgeschlossen und veröffentlicht; sie ist seit 01.01.2006 in Kraft. Die Arzneimittelvereinbarung hat die Antragsgegnerin in Kopie zu den Akten übergeben, auf sie wird, soweit es hier auf deren Inhalt ankommt, Bezug genommen.

Gegenstand der Arzneimittelvereinbarung ist u.a. die Festlegung von Zielquoten im Bereich der sog. Nachahmerprodukte (Generika, vgl. § Abs. 2 Nr. 1 der Vereinbarung), die einen im Hinblick auf ein Originalpräparat identischen Hauptwirkstoff enthalten; darüber hinaus beinhaltet die Vereinbarung auch eine vom einzelnen Vertragsarzt einzuhaltende Quote im Bereich der me-too-Präparate (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 a.a.O.). Des weiteren ist in der Vereinbarung festgelegt, dass gegenüber den einzelnen Vertragsärzten Sanktionsmechanismen zur Anwendung kommen können, falls die vorgegebenen Quoten nicht eingehalten werden (vgl. §§ 5 ff. a.a.O.). Allerdings beinhaltet die Vereinbarung selbst für den einzelnen Vertragsarzt keine Konkretisierung, mit welchen Präparaten er seine fachgruppenspezifische me-too-Quote einhalten können soll.

§ 5 Abs. 2 der Vereinbarung lautet:

"(2) Die KV Nordrhein verpflichtet sich zur - Unterrichtung der Vertragsärzte über den Abschluss und die Bedeutung dieser Vereinbarung sowie die Notwendigkeit der Veränderung des Ordnungsverhaltens der Vertragsärzte in Nordrhein - quartalsweisen Weiterleitung einer Auswertung der zusammengeführten Frühinformationsstrukturdaten (GamSi) an die Vertragsärzte mit Hinweisen zu einer wirtschaftlichen Verordnungsweise - Weiterleitung der durch die gemeinsame Arbeitsgruppe (§ 3) vorgeschlagenen Maßnahmen/Informationen an die Vertragsärzte - gezielte Informationen an Vertragsärzte über die therapeutische Bewertung einzelner Arzneimittel und zur Substitution bestimmter Arzneimittelgruppen durch nicht medikamentöse Maßnahmen oder andere Arzneimittel - ..."

2. Me-too-Präparate sind nach dem Sprachgebrauch der Antragsgegnerin sog. "zweitgeborene" Präparate, die zeitlich nach dem Originalpräparat auf den Markt gekommen sind. Es handelt sich dabei nach Angaben der Antragstellerin um neue, veränderte und weiterentwickelte Präparate, die jedoch nach Auffassung der Antragsgegnerin teurer seien und nur einen marginalen Nutzen gegenüber den Originalpräparaten ergäben, weshalb sie substituiert werden sollten.

Die Unterscheidung zwischen me-too-Präparaten und Originalpräparaten ist nach Ansicht der Antragsgegnerin oft schwierig, weshalb die Antragsgegnerin eine "me-too-Liste", auf die sich der Antrag bezieht, zusammen mit einer Liste über Substitutionspräparate an die Vertragsärzte verschickt habe.

Diese Liste ist folgendermaßen überschrieben:

" Me-Too-Präparate (syn. Analogpräparate, Schritt-, Scheininnovationen) Analogpräparate mit keinem oder marginalen Unterschieden zu bereits eingeführten Wirkstoffen nach der Klassifikation von F. und K. , Arzneiverordnungsreport 1986 - 2005, verschiedene Jahrgänge. Diese Klassifikation ist der GKV-Arzneimittelschnellinformation (GamSi) hinterlegt (Stand 11/2005).

Sodann folgen auf der Liste in alphabetischer Reihenfolge die einzelnen Präparate, darunter auch das Präparat Vesikur.

3. Mit Schriftsatz vom 14.02.2006 hat die Antragstellerin hiergegen beim Sozialgericht Düsseldorf einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Sie leitet den geltend gemachten Anordnungsanspruch daraus ab, dass die Antragsgegnerin die inkriminierte Liste ohne gesetzliche Ermächtigung versandt habe und dass sie nicht berechtigt sei, eine solche Liste zu veröffentlichen. Zudem sei die Liste fehlerhaft und nicht nach der vorgegebenen Struktur umgesetzt, auch habe die Antragsgegnerin hinsichtlich des Präparats Vesikur keine Überprüfung vorgenommen, welche die beanstandete Wertung rechtfertigen würde. Ohne die begehrte einstweilige Anordnung würden die Marktchancen der Antragstellerin mit dem Produkt Vesikur nachhaltig negativ beeinflusst. Zwar dürften die Vertragspartner - die KVen und die Krankenkassen - nach den Regeln des SGB V auch im Arzneimittelbereich umfassend informieren, hiergegen wende sich die Antragstellerin nicht. Von bloßer Information zu unterscheiden sei aber die Veröffentlichung einer Liste, die in direktem Zusammenhang mit der Arzneimittelvereinbarung für das Jahr 2006 stehe und zudem eine wertende Aussage über das Kosten-Nutzen-Verhältnis enthalte; dies gehe weit über das bloße Recht zur Information der Vertragsärzte hinaus. Der Gesetzgeber habe gerade im Zuge der letzten Gesundheitsreform durch [§ 139a SGB V](#) dem dort neu geschaffenen Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) die Aufgabe übertragen, Kosten-Nutzen-Bewertungen von Arzneimitteln zu untersuchen und festzulegen. Hierzu müsse insbesondere auf Abs. 3 der genannten Vorschrift hingewiesen werden. Eindeutig sei die Antragsgegnerin nicht Adressat dieser gesetzlichen Neuregelung; Bewertungen, die dieses Institut zu treffen habe, seien daher nicht Sache der Antragsgegnerin. Im Übrigen sei auch darauf hinzuweisen, dass alle Regelungen zum Arzneimittelrecht dem Bundesrecht zugeordnet seien und dass daher die Spitzenverbände nur ausnahmsweise aufgrund gesetzlicher Anordnung inhaltliche Konkretisierungen vornehmen könnten. Landesspezifische Kompetenzen seien in diesem Zusammenhang nicht gegeben. Der Antragsgegnerin fehle somit die notwendige Ermächtigungsgrundlage für die Veröffentlichung einer derartigen Liste, denn die Antragsgegnerin führe selbst keine derartigen Untersuchungen durch.

Die Antragsgegnerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass die inkriminierte Liste nicht von ihr selbst erstellt worden sei, sondern aus dem Arzneimittelreport von Herrn F. übernommen worden sei. Denn sie habe sich mit der Veröffentlichung der Liste dessen Aussagen und Inhalte zu eigen gemacht und die damit verbundenen Bewertungen übernommen; sie habe diese Liste auch gezielt in den Zusammenhang mit der Arzneimittelvereinbarung gestellt.

Gemäß § 4 der Arzneimittelvereinbarung für 2006 seien Zielvereinbarungen hinsichtlich Generikaquoten und me-too-Quoten festgelegt worden. Diese Quoten seien laut Vereinbarung in Prozentsätzen vom Gesamtordnungsvolumen je Fachgruppe angegeben worden. Gemäß § 4 Abs. 2 sei eine Definition der me-too-Präparate gegeben worden, ohne dem Zieladressaten - der Ärzteschaft - zu erklären, welche Präparate dies aus Sicht der Vereinbarungspartner sein sollten. Eine solche Regelung sei aber unsinnig und rechtlich wirkungslos und angreifbar, denn es würde dem Arzt als Adressaten nicht erklärt, welche Produkte damit gemeint seien. Sei dies so, dann sei die Arzneimittelvereinbarung in diesem Punkte rechtswidrig. Die streitige me-too-Liste habe die Antragsgegnerin im Januar im Rahmen der Quartalsabrechnung den Vertragsärzten übersandt. Sie stelle die erforderliche Konkretisierung der Vereinbarung in § 4 Abs. 2 dar und sei somit automatisch Gegenstand der Vereinbarung. Außerdem zeige auch § 5 Abs. 2 Punkt 4 der Vereinbarung, dass die Liste Gegenstand der Vereinbarung sei. Danach habe sich die Antragsgegnerin verpflichtet, die Vertragsärzte über die therapeutische Bedeutung einzelner Arzneimittel und die damit verbundene Substitution zu unterrichten, auch wenn ihr solche rechtlichen Bewertungen an sich überhaupt nicht zustehen.

Außerdem könne die Liste auch deshalb keine Rechtswirkungen entfalten, weil sie nicht rechtzeitig mit der Arzneimittelvereinbarung im Dezember veröffentlicht worden sei. Das Fehlen einer wirksamen Liste führe auch dazu, dass die Zielvereinbarung hinsichtlich der me-too-Präparate rechtswidrig und unbeachtlich sei, da die Vertragsärzte am 01.01.2006 keine Anhaltspunkte für ihr diesbezügliches Verordnungsverhalten gehabt hätten.

Sodann sei die Liste in Hinblick auf das Produkt Vesikur auch fehlerhaft. In Kombination mit den Substitutionsvorschlägen werde Vesikur stets mit "Emselex" (Darifenacin) verglichen, weil dieses früher als das Mittel Vesikur auf den Markt gekommen sei. Der zeitliche Unterschied sei aber nur marginal gewesen. Die Wirksubstanzen in beiden Mitteln seien M3-spezifische Muscarinrezeptor-Antagonisten; die beiden Produkte unterschieden sich aber in der Dosierung und der Wirksamkeit bei den jeweiligen Indikationsgebieten Harndrang und Inkontinenz. Ausweislich der Fachinformationen und der Studienergebnisse weise das hier in Rede stehende Produkt der Antragstellerin weitaus positivere Werte auf. Es trete eine signifikante Verbesserung aller Symptome auf. Auch im Hinblick auf die Nebenwirkungen bestehe bei Vesikur eine bessere Verträglichkeit, da bedeutend weniger Mundtrockenheit und Obstipation aufträten. All diese Aspekte sowie auch die Preisgestaltung seien von der Antragsgegnerin nicht untersucht und geklärt worden. Die Liste sei unreflektiert und ungeprüft übernommen worden in der Hoffnung, dass damit die Arzneimittelausgaben gesenkt werden könnten.

4. Die Antragsgegnerin trägt demgegenüber vor, gemäß [§ 84 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) hätten die Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen eine Arzneimittelvereinbarung zu treffen. Dies sei hier geschehen. Nach [§ 94 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) seien in die Arzneimittelvereinbarungen Versorgungs- und Wirtschaftlichkeitsziele ebenso aufzunehmen wie auf die Umsetzung dieser Ziele gerichtete Maßnahmen. Als solche Versorgungs- und Wirtschaftlichkeitsziele seien in der Arzneimittelvereinbarung 2006 eine Erhöhung der Generika-Quote um 5 %-Punkte und eine Reduzierung der me-too-Quote um 5 %-Punkte festgelegt worden. Dabei habe man als me-too-Präparate - Präparate mit neuen Molekülen, aber mit analogen Wirkungen wie bekannte Arzneimittel - diejenigen definiert, die ohne relevanten höheren therapeutischen Nutzen mit höheren Kosten verbunden seien. Um welche Präparate es sich konkret handeln würde, sei dabei nicht ausdrücklich festgelegt worden, sondern dies solle vom pharmakologisch verantwortlichen und durch die gesetzlich vorgesehenen

Pharmareferenten informierten Vertragsarzt entschieden werden. In § 4 der Arzneimittelvereinbarung habe man arztgruppenbezogenen Generikaquoten und me-too-Quoten als Zielwerte festgelegt, wobei man nicht für alle Arztgruppen solche Quoten gefunden habe. Insofern blieben individuelle Zielvereinbarungen vorbehalten. Dabei bedeute aber die Festlegung von Quoten nicht, dass ausnahmslos Generika verordnet bzw. me-too-Präparate substituiert werden müssten. Wie von [§ 84 Abs. 1 Nr. 3 SGB V](#) vorgeschrieben, seien in der Arzneimittelvereinbarung auch Sofortmaßnahmen zur Einhaltung des vereinbarten Ausgabenvolumens innerhalb des laufenden Kalenderjahres vorzusehen gewesen. Insofern bestimme § 7 Abs. 4 der einschlägigen Arzneimittelvereinbarung für das Jahr 2006, dass nur die Hälfte der Veränderungsrate gem. [§ 71 Abs. 3 SGB V](#) zur Anwendung komme, wenn ein Viertel des vereinbarten Ausgabenvolumens bereits im ersten Quartal 2006 überschritten werde. Weiterhin sei nach [§ 84 Abs. 3 SGB V](#) die Überschreitung des Arzneimittelausgabenvolumens Gegenstand der Gesamtverträge. Dabei seien die Ursachen der Überschreitung zu berücksichtigen. Gesamtverträge im Sinne des [§ 83 SGB V](#) seien insofern alle Verträge über die vertragsärztliche Versorgung, mithin auch die Arzneimittelvereinbarung oder auch der Honorarverteilungsvertrag etc. Vor dem Hintergrund, dass die Krankenkassen im Hinblick auf die Arzneimittelausgaben eine Senkung der Gesamtvergütung um 6 % durchsetzen wollten, habe man auf der Grundlage des [§ 84 Abs. 1 SGB V](#) in § 7 der Arzneimittelvereinbarung einen Zielerreichungsbeitrag von denjenigen Ärzten vorgesehen, bei denen bestimmte Kriterien erfüllt seien. Um den einzelnen Arzt vor den Folgen der Regelung zu schützen, insbesondere aber, um ihn im Sinne des [§ 84 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) zur Erreichung der Versorgungs- und Wirtschaftlichkeitsziele zu beraten, seien alle Ärzte sowohl über die für sie geltenden Richtgrößen als auch über die für sie geltenden Quoten (Generika/me-too) informiert worden; dabei seien ihnen auch ihre bisherigen Werte mitgeteilt worden. Im Rahmen der Erläuterung der Regelung und der Anforderungen sei denjenigen, die dessen bedurft hätten, der Hinweis erteilt worden, welche Präparate gemeinhin als sog. me-too-Präparate gewertet würden, dies allerdings mit dem ausdrücklichen Zusatz, dass die Entscheidung im konkreten Falle 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. Obwohl die Liste seit ca. 1998 geführt werde, werde sie nun Kritik ausgesetzt, wodurch auch dieses Verfahren ausgelöst worden sei. Die Antragsgegnerin habe dies zum Anlass genommen, den Verfassern der Liste entsprechende Hinweise zu geben. Die Antragstellerin selbst habe keinen Einfluss auf die Liste gehabt, sie auch weder in Bezug genommen noch sich zu eigen gemacht; die Liste sei auch nicht Gegenstand der Arzneimittelvereinbarung. Ein Wettbewerbsverstoß sei hier zu verneinen; dies ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Entscheidungen mit den Aktenzeichen [1 BvL 28/95](#), 29/95 und 30/95 ([BVerfGE 106, 275](#)). Schließlich würde eine Entscheidung im Eilverfahren gegen die Antragsgegnerin auch die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen. Denn in jedem Falle würde dies die Einhaltung des Arzneimittelvolumens für 2006 nachhaltig gefährden.

5. Mit Beschluss vom 07.04.2006 verwies das ursprünglich angegangene Sozialgericht Düsseldorf das Verfahren wegen örtlicher Unzuständigkeit an das Sozialgericht München.

Mit Beschluss vom 19.05.2006 hat das Sozialgericht München sodann der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig, bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens untersagt, das Präparat Vesikur als "me-too"-Präparat mit keinem oder marginalem Unterschied zu bereits eingeführten Wirkstoffen zu bezeichnen, entsprechende Informationen an die Vertragsärzte zu versenden und im Internet, etwa als sog. "me-too"-Liste, zu veröffentlichen.

6. Das Erstgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen auf folgende Überlegungen gestützt: Der geltend gemachte Anordnungsanspruch ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 1004 BGB](#). Die Antragsgegnerin habe das Recht der Antragstellerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt, indem sie unter Bezugnahme auf die existierende me-too-Liste und die damit verbundene Androhung eines Honorarabzugs für Vertragsärzte die Verordnungsbarkeit und damit die Umsatzmöglichkeit des von der Antragstellerin hergestellten Präparats widerrechtlich eingeschränkt habe. Insofern schütze [§ 1004 Abs. 1 BGB](#) nicht nur unmittelbar das Eigentum, sondern auch die anderen absoluten Rechte, zu denen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zähle. [Art. 14 GG](#) schütze den Gewerbebetrieb in seiner jeweiligen, von den normativen, politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen und Marktverhältnissen geprägten Situationsgebundenheit. Die me-too-Liste verändere nicht nur situationsbedingte Erwerbchancen und -vorteile, die dem Schutz des [Art. 14 GG](#) nicht unterfallen würden, vielmehr werde einer gefestigten Marktposition (Versorgung mit dem Medikament Vesikur im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung) eine erhebliche Labilität verliehen. Damit liege eine Grundrechtsbeeinträchtigung vor, die dem inhalts- und schrankenbestimmenden Gesetzgeber vorbehalten sei. Durch die Veröffentlichung der umstrittenen me-too-Liste auf ihrer Internetseite sowie deren Verbreitung als "Information" an die Vertragsärzte habe sich die Antragsgegnerin den Inhalt der Liste zu eigen gemacht und mit der Möglichkeit eines Honorarabzugs in einen engen Zusammenhang gestellt. Dabei sei es unerheblich, ob die me-too-Liste unmittelbar Gegenstand der Arzneimittelvereinbarung ist. Jedenfalls diene sie der Antragsgegnerin unmittelbar zu deren Umsetzung. Der Vortrag der Antragstellerin, dass der Umsatzrückgang des Präparats Vesikur auf diese Maßnahme zurückzuführen sei, sei in vollem Umfang nachvollziehbar; diese Wirkung entspreche exakt der Zielsetzung der von der Antragsgegnerin mit den Krankenkassenverbänden abgeschlossenen Arzneimittelvereinbarung. Für den erfolgten Eingriff in den Gewerbebetrieb der Antragstellerin fehle es an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Fraglich sei in diesem Zusammenhang bereits, ob die gemäß [§ 84 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V](#) ergriffene Maßnahme der Arzneimittelvereinbarung mit ihrer unmittelbaren Drittbetroffenheit eine inhaltlich geeignete und zulässige Maßnahme darstelle. Die Art der von der Antragsgegnerin ergriffenen Maßnahme erscheine vor allem unter Berücksichtigung weiterer gesetzlicher Regelungen, so der [§§ 31 Abs. 2](#) und 35b SGB V mehr als zweifelhaft. Denn Maßnahmen zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit von Arzneimittelverordnungen seien bereits durch die Möglichkeit der Festbetragsfestsetzung gesetzlich geregelt, und seit dem 01.01.2004 sei gemäß [§ 35b Abs. 5 SGB V](#) das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen mit der Bewertung des Nutzens von Arzneimitteln beauftragt. Des weiteren sei gemäß [§ 92 Abs. 2 SGB V](#) der Gemeinsame Bundesausschuss für die Zusammenstellung eines Preisvergleichs - auf den die von der Antragsgegnerin ergriffenen Maßnahmen hinausliefen - zuständig. Die Maßnahmen der Antragsgegnerin seien darüber hinaus jedenfalls rechtswidrig, da sie der Pflicht, nur inhaltlich zutreffende Tatsachenbehauptungen aufzustellen, widersprächen. Die Antragsgegnerin habe die Liste, die sie sich zu eigen gemacht habe, nicht selbst erstellt, sondern als einen Auszug aus einer von den Professoren F. und C. erstellten Liste, die vom wissenschaftlichen Institut der Ortskrankenkassen zur Berechnung von Einsparmöglichkeiten verwendet werde, bezeichnet. Die Antragsgegnerin distanzieren sich auch insofern von dieser Liste, als sie vortrage, selbst keinen Einfluss auf die Liste zu haben. Selbst wenn sie geltend mache, diese Liste sei seit 1998 gebräuchlich und bisher nicht beanstandet worden, so lasse sich daraus doch noch nicht entnehmen, wie es zur Einordnung der dort aufgeführten Medikamente als me-too-Präparate gekommen sei. Insbesondere könne der Hinweis der Antragstellerin nicht entkräftet werden, das Medikament Vesikur würde zu Unrecht häufig mit dem Medikament Emselex (Darifenacin) verglichen, obwohl sich beide Produkte in Dosierung und Wirksamkeit deutlich unterschieden. Unter Berücksichtigung der von der Antragstellerin aufgeführten Einwände gegen die Listung des Präparats Vesikur als me-too-Präparat und angesichts der hier nicht

weiterführenden Gegenargumente der Antragsgegnerin bestünden daher für das hier durchzuführende summarische Erkenntnisverfahren gewichtige Zweifel daran, dass es sich bei dem Präparat Vesikur um ein Analog-Präparat mit keinem oder einem marginalen Unterschied zu bereits eingeführten Wirkstoffen handle, und darüber hinaus an der mit der Listung verbundenen Behauptung der Unwirtschaftlichkeit gegenüber dem für vergleichbar gehaltenen Wirkstoff.

7. Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin Beschwerde eingelegt. Zur Begründung trägt sie noch vor, entgegen der Ansicht des Erstgerichts seien die Voraussetzungen des [§ 1004 BGB](#) nicht gegeben. Die Antragsgegnerin könne in diesem Sinne nicht als "Störer" qualifiziert werden. Sie habe nicht unmittelbar in die Rechte der Antragstellerin eingegriffen; eine mittelbar verursachte Rechtsverletzung könne deshalb nicht angenommen werden, weil das Verhalten der Antragsgegnerin als sozialadäquat eingestuft werden müsse. Auch nach den Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erzeugten Empfehlungen zu wirtschaftlicher Verordnung gegenüber den betroffenen Produzenten lediglich Reflexwirkungen. Denn danach sei der Schutzbereich des [Art. 12 GG](#) nicht deshalb berührt, weil den zur Prüfung gestellten Gesetzesnormen über die faktisch mittelbaren Folgen für Hersteller und Leistungserbringer hinaus eine berufsregelnde Tendenz zukäme. Die Auswirkung auf deren Berufsausübung seien bloßer Reflex der auf das System der gesetzlichen Krankenversicherung bezogenen Regelung. Es müsse auch darauf hingewiesen werden, dass mit der Arzneimittelvereinbarung lediglich Quoten festgelegt worden seien, innerhalb derer es unbenommen bleibe, das Präparat Vesikur zu verordnen. Die beanstandete Maßnahme der Antragsgegnerin sei im übrigen auch nicht rechtswidrig. Dies gelte selbst dann, wenn man davon ausginge, die Antragsgegnerin habe sich die Liste und ihre Bewertung zu eigen gemacht. Denn sie sei in jedem Falle wegen der Zielsetzung des [§ 84 Abs. 1 Nr. 2 SGB V](#) und der auf [§ 84 Abs. 1 SGB V](#) beruhenden Arzneimittelvereinbarung befugt gewesen.

Die Antragsgegnerin beantragt sinngemäß, den angefochtenen Beschluss des Sozialgerichts aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie wiederholt im Wesentlichen ihren bisherigen Sachvortrag.

Zur Ergänzung der Darstellung des Sachverhalts wird auf den angefochtenen Beschluss und die Verfahrensakten I. und II. Instanz Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin ist zulässig und begründet. Der angefochtenen Beschluss des Sozialgerichts kann nicht aufrecht erhalten werden. Er ist aufzuheben; der zugrunde liegende Antrag muss abgewiesen 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 ist das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes. Bereits am Bestehen eines Anordnungsanspruchs fehlt es hier; das Vorhandensein eines Anordnungsgrundes kann deshalb dahinstehen. Der geltend gemachte Anordnungsanspruch steht der Antragstellerin nicht zu. Die Antragstellerin kann nicht beanspruchen, dass die Antragsgegnerin die inkriminierte Liste zurückzieht oder auch nur das Prädikat Vesikur von dieser Liste streicht.

1. Es bestehen bereits Bedenken, ob sich der Anordnungsanspruch aus der Analogie zu [§ 1004 BGB](#) 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. Denn nach Ansicht des Senats darf nicht außer Acht gelassen werden, dass gewichtige Momente dagegen sprechen, dass 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 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 entstehenden 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 Antragstellerin und Beschwerdeführerin ([§ 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 Gleichsetzung des hier zu beurteilenden Rechtsverhältnisses mit dem Verhältnis zwischen Rechtsträger und Störer i.S.d. [§ 1004 BGB](#) überzeugt daher nicht. 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 in Erscheinung tritt und wobei hier die Vertragsärzte dann von der Antragsgegnerin nach Art einer "Störerin" auf unlautere Weise beeinflusst würden. Vielmehr treten die Vertragsärzte hier 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](#) - zwar 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.

2. Wollte man die dargestellten Bedenken gegen eine Übertragung der Grundsätze des Unterlassungsanspruchs aus analoger Anwendung des [§ 1004 BGB](#) auf das System der gesetzlichen Krankenversicherung vernachlässigen, käme man gleichwohl zu keinem anderen Ergebnis als zur Abweisung des zugrunde liegenden Antrags. Es trifft zwar - wie das Erstgericht ausführt - zu, dass sich ein Verfügungsanspruch nach Art des hier geforderten Verbots grundsätzlich aus einer Analogie zu [§ 1004 BGB](#) herleiten ließe. Doch ist für eine Bejahung eines solchen Anspruchs das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen notwendig. An diesen fehlt es hier.

a. 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 genannt, sondern lediglich unter der Bezeichnung "sonstiges Recht" zusammengefasst sind.

b. 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).

c. Anders als die in [§ 823 Abs. 1 BGB](#) konkret genannten absoluten Rechte, insbesondere auch anders als das hier als Modell für die Entwicklung der Bestimmung des § 823 Abs. 1 dienende 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 darüber, als Verstoß gegen ein "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" eingestuft werden. Dies kann aber in einer marktwirtschaftliche orientierten Gesellschaftsordnung, wie sie den Strukturen des BGB zugrunde liegt und wie sie auch von [Art 2 Abs. 1 GG](#) zugelassen ist, nicht sein.

d. 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: Zum einen muss sich der abzuwehrende Eingriff "unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes 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](#)). Zum anderen erfordert eine Anwendung der [§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB](#) als Instrumente 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 Interessenssphäre anderer" (vgl. z.B. [BGHZ 45, 296](#); [138, 311](#)).

e. Die nähere Klärung, wie hier nach diesen Maßstäben der Schutz des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" durch Schadenshaftung und Abwehrensprüche 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 Boykottaufwurf 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 Boykottaufwurf 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 unbilliger Weise beeinträchtigt werden. Außerdem sind nach der Rechtsprechung Boykottaufwürfe grundsätzlich unbedenklich, soweit sie mit zutreffenden Tatsachenbehauptungen motiviert werden (vgl. zB OLG Frankfurt/M, [NJW 1969, 2095](#)). Wird ein Boykottaufwurf auf Werturteile gestützt, so hängt seine Unbedenklichkeit nicht zuletzt von den Motiven ab, aus denen er erhoben wird ([BVerfGE 7, 198](#)). Schließlich können Boykottaufwürfe auch deshalb rechtlich zulässig sein, weil sie gerade nicht in Ausübung konkret geschützter Rechte wie etwa der Meinungsfreiheit erfolgen, sondern zu deren Schutz gegen Einschränkung bzw. Durchsetzung dominanter Marktmacht (so z.B. das BVerfG im "Blinkfuer"-Urteil, E 25, 256, gegen den BGH in [NJW 1969, 1161](#)).

3. 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 (a.), es ist auch nicht ersichtlich, dass sein Inhalt wahrheitswidrige Tatsacheninformationen enthält (b.), die ihm zugrunde liegende Motivation ist nicht zu beanstanden (c.) und schließlich dient es auch nicht zur Durchsetzung dominanter Marktmacht (d.).

a. 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 zugrunde 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 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](#). 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 wirksames und zugleich die Antragstellerin weniger tangierendes Mittel ist nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht vorgetragen. 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.

b. Es ist nicht ersichtlich, dass die inkriminierte Information seitens der Antragsgegnerin 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 (dazu unten c.). Die insoweit von der Antragsgegnerin vorgetragenen und vom Erstgericht übernommen Argumente sind nicht geeignet, die Schlussfolgerung, die Antragsgegnerin habe falsch informiert, zu tragen. Wenn das Erstgericht hierzu u.a. ausführt, auch wenn diese Liste seit 1998 gebräuchlich und bisher nicht beanstandet worden sei, so lasse sich daraus dennoch nicht entnehmen, wie es zur Einordnung der dort aufgeführten Medikamente als me-too-Präparate gekommen sei, so führt dies nicht zu der Folgerung, der Inhalt der Liste sei falsch. Dasselbe gilt für die Darstellung, der Hinweis der Antragstellerin, das Medikament Vesikur würde zu Unrecht häufig mit dem Medikament Emselex (Darifenacin) verglichen, obwohl sich beide Produkte in Dosierung und Wirksamkeit deutlich unterscheiden, könne nicht entkräftet werden. Denn es geht hier nicht darum, Behauptungen, mit denen die Antragstellerin versucht, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Antragsgegnerin in Zweifel zu ziehen, zu widerlegen, sondern vielmehr darum, die für den von der Antragstellerin erhobenen Anspruch erforderlichen Tatbestandsmerkmale darzulegen bzw. die diese ergebenden Tatsachen glaubhaft zu machen. Ein Hinweis auf die Möglichkeit, dass die von der Antragsgegnerin behaupteten Tatsachen nicht zutreffen, reicht dafür nicht aus. Es trifft deshalb auch nicht zu, dass es für den Erlass der geforderten einstweiligen Anordnung genüge, wenn unter Berücksichtigung der von der Antragstellerin aufgeführten Einwände gegen die Listung des Präparats Vesikur als me-too-Präparat bei summarischer Prüfung gewichtige Zweifel bestünden, dass es sich bei dem Präparat Vesikur um ein Analog-Präparat mit keinem oder einem marginalen Unterschied zu bereits eingeführten Wirkstoffen handle. Denn solange der Verfügungsanspruch nicht ausreichend dargetan ist, kommt es auf etwaige Zweifel am Vortrag der anderen Prozesspartei nicht an. Das Gleiche gilt für Zweifel an der mit der Listung verbundenen Behauptung der Unwirtschaftlichkeit gegenüber dem für vergleichbar gehaltenen Wirkstoff. 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 inkriminierten Stellungnahme sorgfältig und verantwortungsbewusst vorgegangen ist. Da die im Rahmen von [§ 86b Abs. 2 SGG](#) geltenden Verfahrensregeln die Überprüfung durch ein gerichtliches Sachverständigen Gutachten verbieten, darf jedenfalls solange, wie die Antragstellerin den Wert dieses Gutachtens nicht fundierter in Zweifel zieht, hier von seiner Richtigkeit ausgegangen werden.

c. Die dem Verhalten der Antragsgegnerin 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 Nr. 2 SGB V). Tut sie dies, so ist sie auch befugt, die dabei erforderlichen Wertungen vorzunehmen und mitzuteilen.

d. Schließlich: die Antragsgegnerin repräsentiert hier in keiner Weise dominante Marktmacht. Ob dies angesichts der umfassenden gesetzlichen Pflichten der Krankenkassen wenigstens für diese in Betracht gezogen werden könnte, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Zusammenfassend gilt: die Voraussetzungen für die Feststellung, das Verhalten der Antragsgegnerin 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 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.

4. Auch der Hinweis auf [Art. 14 Abs. 1 GG](#) rechtfertigt die vom Sozialgericht getroffene Entscheidung nicht. Zwar unterfällt das "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" im Sinne des [§ 823 Abs. 1 BGB](#) auch dem Eigentumsbegriff des [Art. 14 Abs. 1 GG](#). Doch schützt [Art. 14 GG](#) den Gewerbebetrieb nur "statisch", als Zusammenfassung der zum Vermögen eines Unternehmens gehörenden Sachen und Rechte in tatsächlicher und substanzialer Hinsicht (vgl. BVerfGE 51, 221 f.). Der Schutz der mit dem Gewerbebetrieb verbundenen Verdienstmöglichkeiten, um die es hier allenfalls gehen kann, fällt dagegen nicht unter den Eigentumsschutz des [Art. 14 Abs. 1 GG](#). Denn es muss insoweit der zivilrechtliche von dem verfassungsrechtlichen Schutzbereich des Eigentumsrechts getrennt werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht muss sodann zwischen dem Erworbenen als Ergebnis wirtschaftlicher bzw. beruflicher Tätigkeit, d.h. dem Bestand oder der Substanz des Unternehmens, und der wirtschaftlichen und beruflichen Tätigkeit selbst, der unternehmerischen Erwerbstätigkeit, unterschieden werden. Ersteres wird vom Schutzbereich des [Art. 14 Abs. 1 GG](#) erfasst; es liegt aber auf der Hand, dass der Antragsgegnerin insoweit keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann. Letzteres wird nicht von [Art. 14 GG](#), sondern von [Art. 12 GG](#) geschützt (vgl. BVerfGE 30, 334; 38, 101).

5. Die Antragsgegnerin hat durch das inkriminierte Verhalten das Recht der Antragstellerin auf Freiheit der Berufsausübung im Sinne des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) nicht verletzt. Zwar trifft es zu, dass dieses 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 der 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 (BVerfGE, 106, 275, Rn. 111 ff.). 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 Einschränkung 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. - demnächst in Breithaupt 2007).

Die Einschätzung des Senats wird gestützt durch das Urteil des BSG vom 31.05.2006 ([B 6 KA 13/05 R](#), demnächst in der amtlichen Sammlung). Zwar war der Kern des dortigen Rechtsstreits nicht der Umfang der Befugnisse der Kassenärztlichen Vereinigungen, sondern die Festlegung der Kompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses. Doch in diesem Rahmen ging es auch dort u.a. um die Befugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Therapiehinweisen zum wirtschaftlichen Einsatz bestimmter Arzneimittel, mithin ebenfalls um den Schutz des Grundrechts der Freiheit der Berufsausübung der Arzneimittelhersteller. In diesem Zusammenhang hat das BSG a.a.O. darauf hingewiesen, dass die Hersteller von Arzneimitteln durch solche Therapiehinweise nicht von der Teilhabe an der Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen würden. Auch wenn der 6. Senat des BSG a.a.O. in wirkstoffbezogenen vergleichbaren Therapiehinweisen - anders als das BVerfG (E 106, 275) - eine den Arzneimittelhersteller betreffende Berufsausübungsregelung sieht, so sei die Intensität dieses Eingriffs gering; die Therapiehinweise wirkten sich auf die betroffenen Umsätze nur in dem Umfang aus, in welchem sich die Vertragsärzte an ihnen orientierten. Zum einen könnten diese in begründeten Ausnahmefällen von ihnen abweichen, zum anderen werde ihnen dort bereits durch die Formulierung der Therapiehinweise ein ausreichender Spielraum für ihre Verordnungen eingeräumt. Schließlich - so das BSG a.a.O. weiter - konkretisierten diese Hinweise lediglich das für die vertragsärztliche Versorgung generell konstitutive Wirtschaftlichkeitsgebot.

Wendet man diese Maßstäbe auf den vorliegenden Fall an, bestätigt dies lediglich die Bewertung, dass das inkriminierte Schreiben der Antragsgegnerin keinen Unterlassungsanspruch der Antragstellerin begründen kann.

Etwas anderes folgt schließlich auch nicht aus der Entscheidung des BSG vom 28.06.2000 ([BSGE 86, 223](#)). Diese Entscheidung beruht zwar auf der Feststellung, dass die Weigerung des - damaligen - Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, über die Aufnahme der Diättherapie in die Heilmittel- und Hilfsmittel-Richtlinie in einem förmlichen Verfahren zu entscheiden, die Diätassistenten rechtswidrig in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigte. Doch ging es dabei nicht nur - wie im vorliegenden Fall - um eine bloße Modifikation der Teilnahme an der Versorgung der gesetzlich Versicherten, sondern darum, ob eine solche Teilnahme überhaupt ermöglicht werden soll. Dies zu verweigern stellt eine sinnvolle Berufsausübung insgesamt in Frage; die Weigerung, hierüber "rechtsbehelfsfähig" und somit nachprüfbar zu entscheiden, ist etwas gänzlich anderes als eine Modifikation der Regeln über die Arzneimittelversorgung zur Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots. Aus der Behandlung der Frage des generellen Zugangs der Diätassistenten zum System der gesetzlichen Krankenversicherung lassen sich daher keine Anhaltspunkte für die Begründung des hier von der Antragstellerin geltend gemachten Unterlassungsanspruchs gewinnen.

6. Es trifft auch nicht zu, dass die begehrte Anordnung deshalb erlassen werden müsste, weil die Antragsgegnerin kein Recht vorweisen könne, derartige Informationen verschicken zu dürfen. Diese Argumentation geht deshalb fehl, weil es nicht die Antragsgegnerin ist, die hier einen Anspruch gegen die Antragstellerin erhebt, sondern weil hier die Antragstellerin von der Antragsgegnerin etwas - eine Unterlassung - fordert. Wer sich aber darauf beruft, dass ihm ein bestimmtes Recht zustehe, kann erst dann erfolgreich sein, wenn sich die Voraussetzungen des Rechts erweisen lassen. Erst wenn die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs feststünden, wäre es Sache der Antragsgegnerin, die Tatbestandsmerkmale etwaiger Gegenrechte darzulegen. Dass der Antragstellerin hier ein solches Recht nicht zusteht, hat bereits die Prüfung des Unterlassungsanspruchs aus der Analogie zu [§ 1004 BGB](#) ergeben.

7. Es führt auch nicht zu einem anderen Ergebnis, wenn vorgetragen wird, die von der Antragsgegnerin in dem inkriminierten Schreiben getroffene Bewertung sei dem "Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen" (IQWiG, [§ 139a SGB V](#)) vorbehalten; die Antragsgegnerin und auch die Stelle, die die streitgegenständliche Liste erstellt hätte, 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 dem hier von der Antragstellerin und wohl auch dem Erstgericht angenommenen 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. Träfe die hier von der Antragstellerin vertretene Meinung zu, so wäre das Ergebnis dann schließlich auch, dass jede Darstellung der Antragsgegnerin bzw. der Krankenkassen, welche Hinweise auf wissenschaftliche Erkenntnisse zu Arzneimitteln enthält, als Verstoß gegen [§ 35b SGB V](#) zu werten wäre. Da gerade auch diesen Stellen die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots der gesetzlichen Krankenversicherung obliegt, kann diese Einschätzung der Bedeutung des [§ 35b SGB V](#) nicht richtig sein. Hinzu kommt, dass schließlich auch erhebliche Zweifel daran bestehen, dass das IQWiG neben der Aufgabe der Bewertung des medizinischen Nutzens von Arzneimitteln überhaupt die Aufgabe hat, auch die finanziellen Auswirkungen des Einsatzes eines bestimmten Medikaments einzuschätzen (vgl. LSG NRW Breithaupt 2005, 715, 731; LSG NRW 27.06.2006, [L 11 B 31/06 KA ER](#), zit. nach juris).

8. Kann der hier erhobene Verfügungsanspruch aus den dargestellten Gründen nicht aus einer Analogie aus [§§ 823 Abs. 1, 985, 1004 BGB](#) begründet werden, so verbleibt lediglich die Möglichkeit, einen solchen Anspruch unmittelbar aus den Bestimmungen des SGB V zu konstruieren. Eine darauf gerichtete Überprüfung des SGB V zeigt aber, dass auch diese Möglichkeit nicht besteht. Namentlich in den [§§ 129 bis 131 SGB V](#) lässt sich eine Anspruchsgrundlage in dem hier von der Antragstellerin vorgetragenen Sinne nicht feststellen. Der Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung war daher abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt der Entscheidung in der Sache.

Gegen diesen Beschluss gibt es kein Rechtsmittel, § 177 SGB.
Rechtskraft

Aus
Login
FSB
Saved
2007-05-30