

## L 1 KR 78/09 B ER

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

Sächsisches LSG

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 25 KR 119/09 ER

Datum

23.04.2009

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 1 KR 78/09 B ER

Datum

17.06.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) ist eine Teil-Rechtsgrundverweisung (Anschluss an BSG, Urteil vom 17.07.2008 - [B 3 KR 23/07 R](#) - [BSGE 101, 142](#) = [SozR 4-2500 § 69 Nr. 4](#)).

2. Wenn eine Krankenkasse einen Wettbewerber eines Leistungserbringers beauftragt, dessen Pflegeleistungen im Sinne von [§ 37 SGB V](#) für einen Versicherten zu begutachten, besteht auch bei - unterstellter - Annahme einer erfolgten Rechtsverletzung dann kein Anspruch auf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, wenn die Vermutung der Wiederholungsgefahr widerlegt ist. Denn bei einem derartigen Sachverhalt greift das insoweit strengere Wettbewerbsrecht, das regelhaft und nahezu immer bei einer eingetretenen Rechtsverletzung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung eröffnet, nicht ein (vgl. BGH, Urteil vom 08.02.1994 - [VI ZR 286/93](#) - [NJW 1994, 1281](#); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.01.2004 - [12 B 2197/03](#) - [NJW 2004, 1611](#); LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26.02.2003 - [L 11 KA 88/01](#) - juris).

3. Zum Streitwert bei vier geltend gemachten selbständigen strafbewehrten Unterlassungsansprüchen.

I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 23. April 2009 wird zurückgewiesen.

II. Die Beschwerdeführerin hat auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird für beide Rechtszüge jeweils auf 20.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerin, die darauf spezialisiert ist, intensivpflegerische Leistungen im Bereich der häuslichen Krankenpflege zu erbringen, wendet sich gegen die Überprüfung der von ihr übernommenen pflegerischen Versorgung der Versicherten M1 (im Folgenden: die Versicherte) durch einen von der Beschwerdegegnerin beauftragten Pflegedienst.

Die Beschwerdeführerin erbrachte jedenfalls für die genannte Versicherte Leistungen der häuslichen Krankenpflege in der Gestalt der Behandlungspflege rund um die Uhr. Diese leidet unter amyotropher Lateralsklerose mit bulbärer Verlaufsform im Spätstadium. Infolge der Erkrankungen kommt es zunehmend zu Lähmungserscheinungen insbesondere der Muskulatur der Extremitäten und des Thorax. Die Versicherte wird deshalb nachts und teilweise auch tagsüber maschinell beatmet. Daneben wird sie mittlerweile durch einen ihr vertrauten Palliativmediziner aus dem "Brückenteam" des Krankenhauses "S." in D. versorgt.

Am 28.10.2007 erlitt die Versicherte eine Panikattacke infolge eines vermeintlich drohenden Erstickungstodes. Sie wünschte daraufhin für künftige Ereignisse dieser Art die Versorgung durch das "Brückenteam". Dementsprechend stellte sie einen Antrag auf Kostenübernahme für die Versorgung nach [§ 37 b](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Mit Bescheid vom 28.11.2008 bewilligte die Beschwerdegegnerin diese Leistung. In der Begründung dieses Bescheides führte sie unter anderem aus, dass sie (die Beschwerdegegnerin) in Bezug auf die Versicherte bereits von einer optimalen Versorgung ausgegangen sei. Da dies bei dem von der Versicherten beauftragten Pflegedienst - der Beschwerdeführerin - nicht der Fall sei, würden nunmehr die Kosten der Brückenbetreuung übernommen. Um Einblick in den tatsächlichen Hilfsbedarf sowie die optimale Versorgung zu erhalten, kündigte die Beschwerdegegnerin an, die Meinung eines unabhängigen Sachverständigen einzuholen. Dazu solle die R. (ein privater Pflegedienst) mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt werden. Die Versicherte wurde gebeten, eine entsprechende Zustimmungserklärung zu unterzeichnen.

Ob die Versicherte zumindest zunächst dem in Aussicht genommenen Vorgehen der Beschwerdegegnerin zugestimmt hatte, ist zwischen den Beteiligten streitig. Mit Schreiben vom 03.03.2009 forderte der frühere Prozessbevollmächtigte der Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auf. Diese bezog sich auf die von der Beschwerdeführerin so verstandene Behauptung, Krankenschwestern oder sonstige nichtärztliche Leistungserbringer würden in Fällen, die mit dem der Versicherten vergleichbar seien (zur Behebung von durch Panikattacken ausgelöster Atemnot) Medikamente verabreichen; ferner darauf, dass die Beschwerdeführerin die Versicherte nicht optimal versorge und dass Wettbewerber der Beschwerdeführerin – insbesondere die R – als Sachverständigengutachter bezeichnet und ihnen Versichertendaten von Patienten der Beschwerdeführerin zugänglich gemacht würden.

Nachdem die Beschwerdegegnerin diesen Forderungen nicht nachgekommen war, hat die Beschwerdeführerin beim Sozialgericht Dresden (SG) am 09.03.2009 den Erlass einer darauf gerichteten einstweiligen Anordnung beantragt und ihre Forderungen dahin erweitert, dass der Beschwerdeführerin untersagt werden solle, Wettbewerber der Beschwerdeführerin mit der Erstellung von Sachverständigengutachten zu beauftragen, die sich auf von der Beschwerdeführerin betreute Versicherte beziehen. Die Beschwerdeführerin hat sich zur Begründung ihrer Forderungen auf [§ 19 Abs. 1](#), [§ 20 Abs. 1](#), [Abs. 2](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i.V.m. [§ 33 GWB](#) und die [§§ 823, 1004](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) gestützt. Die Beschwerdegegnerin hat daraufhin unter anderem erwidert, dass sie allein beabsichtigt habe, eine unabhängige und fachkompetente Beurteilung der pflegerischen Versorgung der Versicherten zu erhalten. Eine Wiederholungsgefahr bestehe nicht, da sie die R. von ihrem Auftrag, die Versicherte zu begutachten, entbunden habe. Darüber hinaus habe sie, die Beschwerdegegnerin, in ihrem Bescheid vom 28.11.2008 lediglich darstellen wollen, sie sei zunächst davon ausgegangen, dass die auftretenden Situationen von subjektiv erlebter Atemnot mit Angstanfällen noch durch pflegerische Interventionen seitens der Beschwerdeführerin zu bewältigen seien. Zu keinem Zeitpunkt sei beabsichtigt gewesen zu behaupten, dass andere Intensivpflegedienste Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) erbringen würden. Sie beabsichtige auch nicht, dies zukünftig zu tun. Ferner sei es ihr nicht darum gegangen, das Ansehen der Beschwerdeführerin in den Augen der Versicherten herabzusetzen. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Beauftragung der R. geeignet sei, die Stellung der Beschwerdeführerin im Wettbewerb empfindlich zu stören, sei unsubstantiiert.

Das SG hat den Antrag abgelehnt (Beschluss vom 23.04.2009). Für keines der vier Unterlassungsbegehren habe die Beschwerdeführerin einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Beschwerdegegnerin habe nicht behauptet, dass für Wettbewerber der Beschwerdeführerin tätige Krankenschwestern oder anderes Pflegepersonal im Rahmen der häuslichen Krankenpflege Leistungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung oder diesen entsprechende Leistungen erbringen würden. Eine derartige Aussage könne man dem beanstandeten Bescheid der Beschwerdegegnerin vom 28.11.2008 nicht entnehmen. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht glaubhaft gemacht, die Versicherte optimal versorgt zu haben. Deshalb liege kein Verstoß gegen [§ 20 Abs. 1, 2 GWB](#) vor. Zudem sei nicht ersichtlich, dass die R. bei Begutachtungen gewonnene Erkenntnisse in wettbewerbsrechtlich erheblicher Weise nutze. Schließlich bestehe kein Anordnungsgrund, da die Beschwerdeführerin die Entscheidung des SG in der Hauptsache abwarten könne. Die Beschwerdegegnerin habe bereits davon Abstand genommen, die R. mit der Erstellung eines Gutachtens zu beauftragen. Außerdem liege bei der Versicherten eine besondere Situation vor. Bei anderen Versicherten sei nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin eine Begutachtung anstrebe. Auch habe die Beschwerdeführerin keinen konkreten Umsatzrückgang dargelegt. Immerhin erbringe die Beschwerdeführerin weiterhin Leistungen der häuslichen Krankenpflege für die Versicherte.

Gegen den ihr am 27.04.2009 zugestellten Beschluss wendet sich die Beschwerdeführerin mit der am 25.05.2009 beim Sächsischen Landessozialgericht (LSG) eingelegten Beschwerde, die sie am 15.06.2009 begründet hat. Das SG habe unzutreffend das Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne des [§ 20 Abs. 1 GWB](#) verneint. Die Auslegung des SG zum Inhalt der im Bescheid vom 28.11.2008 enthaltenen Aussagen sei nicht nachvollziehbar. Sie widersprächen den Gesetzen der Logik und der Grammatik. Dies betreffe sowohl die von der Beschwerdegegnerin erwartete Erbringung von Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) als auch die angeblich nicht optimale Versorgung der Versicherten. Das SG gehe selbst davon aus, dass Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) zu erbringen gewesen seien und deswegen die Versorgung der Versicherten nicht optimal gewesen sei. Bereits die bloße Beauftragung der R. sei als ungerechtfertigte Benachteiligung anzusehen. Aufgrund des bestehenden Wettbewerbsverhältnisses sei eine unabhängige, neutrale Begutachtung von vornherein ausgeschlossen gewesen. Zudem handele es sich bei der ursprünglich in Aussicht genommenen Begutachtung um einen Vorwand, der dazu habe dienen sollen, der R. Zugriff auf die Versichertendaten der von der Beschwerdeführerin betreuten Patienten zu gewähren. Dies ergebe sich bereits aufgrund des Umstands, dass die R. für derartige Gutachten von der Beschwerdegegnerin lediglich 50,00 EUR erhalte und damit nicht einmal die Fahrtkosten für die Anreise eines Mitarbeiters von deren Geschäftssitz in B. gedeckt sei. Zudem liege auch ein Anordnungsgrund vor. Wiederholungsgefahr bestehe so lange, bis der Verletzer strafbewehrt eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Darüber hinaus habe die Beschwerdegegnerin lediglich erklärt, sie habe von der Begutachtung der Versicherten durch die R. Abstand genommen. Die Begutachtung anderer Versicherter, die von der Beschwerdeführerin betreut werden, habe sie sich gleichwohl vorbehalten. Auch sei ausreichend dargelegt worden, dass die Abwanderung der Versicherten zu einem anderen Leistungserbringer einen Umsatzrückgang von wenigstens 4 % bedeute. Die Unterlassungsansprüche ergäben sich aus [§ 823](#) i.V.m. [§ 1004 BGB](#), aus [§ 4 Nr. 8](#) des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), [§ 5 Abs. 1 UWG](#) und aus den [§§ 19](#) bis [21 GWB](#). Bei den zuletzt genannten Vorschriften komme es auf die Marktstärke der Beschwerdeführerin nicht an, weil es sich bei der Verweisung in [§ 69 Abs. 2 SGB V](#) auf die Vorschriften des GWB um eine Rechtsfolgenverweisung handele.

Die Beschwerdeführerin beantragt: I. Der Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 23.04.2009 wird aufgehoben. II. Die Beschwerdegegnerin wird vorläufig, längstens bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren, verpflichtet, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu unterlassen, II.1. wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, dass II.1.1. für Wettbewerber der Beschwerdeführerin (ambulante Krankenpflegedienste gem. [§ 132 a](#); [§ 37 SGB V](#)) tätiges Personal regelmäßig Leistungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung oder diesen Leistungen entsprechende Leistungen erbringe, II.1.2. eine optimale Versorgung der Frau M1 durch den Pflegedienst der Antragstellerin nicht erfolge, II.1.3. Wettbewerber der Beschwerdeführerin unabhängige Sachverständigengutachten über die Versorgungssituation von Patienten der Antragstellerin erstellen könnten, II.2. Wettbewerber der Beschwerdeführerin, insbesondere die R., mit der Erstellung von Sachverständigengutachten in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin Versicherten der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellten Hilfen in ihrer Gesamtheit zu beauftragen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Beschluss für zutreffend. Die R. habe lediglich ermitteln sollen, ob die pflegerische Versorgung der Versicherten verbessert werden könne, um Notsituationen durch entsprechende pflegerische Maßnahmen vorbeugend zu verhindern. Die Beschwerdegegnerin habe zu keiner Zeit beabsichtigt, die Leistungen der Beschwerdeführerin herabzusetzen. Um weiteren Missverständnissen vorzubeugen, werde sie es künftig unterlassen zu behaupten, dass eine optimale Versorgung der Versicherten durch die Beschwerdeführerin nicht erfolgt sei. Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche stünden der Beschwerdeführerin nicht zu. Die Beschwerdegegnerin habe keine Behauptungen aufgestellt, wie sie ihr von der Beschwerdeführerin vorgehalten würden. Eine marktbeherrschende Stellung nehme die Beschwerdegegnerin nicht ein. Darüber hinaus bestehe keine Wiederholungsgefahr. Schließlich habe die Beschwerdegegnerin ausdrücklich davon Abstand genommen, die pflegerische Versorgung der Versicherten begutachten zu lassen. Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Beschwerdeführerin die Versicherte inzwischen nicht mehr versorge.

Der Senat hat zunächst für den 22.06.2009 einen Erörterungstermin anberaumt, der aufgehoben worden ist, weil die das Verfahren bearbeitende Mitarbeiterin der Beschwerdegegnerin erkrankt war. Ein weiterer, für den 19.11.2009 vorgesehener Erörterungstermin ist daran gescheitert, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin sich zu diesem Zeitpunkt urlaubsbedingt im Ausland aufgehalten hat. Weitere Bemühungen des Senats, den Rechtsstreit gütlich beizulegen, haben dazu geführt, dass dem bisherigen Prozessbevollmächtigten das Mandat entzogen worden ist und sich ein neuer Prozessbevollmächtigter bestellt hat. Zugleich ist der Berichterstatter des Senats wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden (Schriftsatz vom 03.02.2010). Mit Schriftsatz vom selben Tag hat die Beschwerdegegnerin ein Vergleichsangebot unterbreitet.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 18.02.2010 sind die Beteiligten darauf hingewiesen worden, dass sich der Berichterstatter vom 09. bis 28.02.2010 in einem seit langer Zeit genehmigten Urlaub befinde und beabsichtigt sei, den Rechtsstreit in der Woche vom 22. bis 26.02.2010 zu entscheiden. Dem ist die Beschwerdeführerin entgegengetreten und hat beantragt, ihr bis 24.02.2010 Gelegenheit zu geben, auf den Schriftsatz der Beschwerdegegnerin vom 03.02.2010 zu antworten. Diese Frist ist vom Senat gewährt worden. Der Schriftsatz ist am Nachmittag des 24.02.2010 bei Gericht per Telefax eingegangen und der Beschwerdegegnerin zur Kenntnis und eventuellen Stellungnahme zugeleitet worden. Mit Beschluss vom 01.03.2010 hat der Senat das Ablehnungsgesuch als unbegründet zurückgewiesen. Mit Schriftsatz vom 24.03.2010 hat der Beschwerdeführer gegen diesen Beschluss Anhörungs-rüge eingelegt, die der Senat durch weiteren Beschluss vom 17.05.2010 zurückgewiesen hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider Rechtszüge verwiesen, die Gegenstand der Entscheidung gewesen sind.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat das SG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, da weder ein Anordnungsanspruch noch ein Anordnungsgrund besteht.

A. Das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und das Vorliegen eines Anordnungsgrundes sind erforderlich ([§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung [ZPO]). Der Anordnungsanspruch bezieht sich auf den geltend gemachten materiellen Anspruch, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird. Die erforderliche Dringlichkeit betrifft den Anordnungsgrund. Die Tatsachen, die den Anordnungsgrund und den Anordnungsanspruch begründen sollen, sind darzulegen und glaubhaft zu machen ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4](#) in Verbindung mit [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)). Diese allgemeinen Anforderungen sind verfassungsrechtlich unbedenklich (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 25.10.1988 – [2 BvR 745/88](#) – [BVerfGE 79, 69](#), 74 f.).

Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens liegen in der Sicherung der Entscheidungsfähigkeit und der prozessualen Lage, um eine endgültige Rechtsverwirklichung im Hauptsacheprozess zu ermöglichen. Es will nicht anderes als allein wegen der Zeitdimension der Rechtserkenntnis und der Rechtsdurchsetzung im Hauptsacheverfahren eine zukünftige oder gegenwärtige prozessuale Rechtsstellung vor zeitüberholenden Entwicklungen sichern und irreparable Folgen ausschließen und der Schaffung vollendeter Tatsachen vorbeugen, die auch dann nicht mehr rückgängig gemacht werden können, wenn sich die angefochtene Verwaltungsentscheidung im Nachhinein als rechtswidrig erweist. Hingegen dient das vorläufige Rechtsschutzverfahren nicht dazu, gleichsam unter Umgehung des für die Hauptsache zuständigen Gerichts und unter Abkürzung dieses Verfahrens, geltend gemachte materielle Rechtspositionen vorab zu realisieren.

Bei der Auslegung und Anwendung der Regelungen des vorläufigen Rechtsschutzes sind die Gerichte gehalten, der besonderen Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen. Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach [Art. 19 Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) verlangt grundsätzlich die Möglichkeit eines Eilverfahrens, wenn ohne sie dem Betroffenen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann (vgl. BVerfG Beschluss vom 25.10.1988 – [2 BvR 745/88](#) – [BVerfGE 79, 69](#), 74; Beschluss vom 16.05.1995 – [1 BvR 1087/91](#) – [BVerfGE 93, 1](#), 13 f.). Dies gilt sowohl für Anfechtungs- als auch für Vornahmesachen. Hierbei dürfen die Entscheidungen der Gerichte grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung wie auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden.

Jedoch stellt [Art. 19 Abs. 4 GG](#) besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Je schwerer die Belastungen des Betroffenen wiegen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbunden sind, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition zurückgestellt werden. [Art. 19 Abs. 4 GG](#) verlangt auch bei Vornahmesachen jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (BVerfG, Beschluss vom 25.10.1988 – [2 BvR 745/88](#) – [BVerfGE 79, 69](#), 74; Urteil vom 14.05.1996 – [2 BvR 1516/93](#) – 94, 166, 216). Die Gerichte sind, wenn sie ihre Entscheidung nicht an einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache orientieren, in solchen Fällen gemäß [Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG](#) gehalten, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage zu stützen. Dies bedeutet auch, dass die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache Fragen des Grundrechtsschutzes einbeziehen muss, wenn dazu Anlass besteht (BVerfG, Kammerbeschluss vom 25.07.1996 – [1 BvR 638/96](#) – [NVwZ 1997, 479](#), 480). Ist dem Gericht eine vollständige

Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen. Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen. Eine Verletzung dieser grundrechtlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint oder nur zeitweilig andauert, haben die Gerichte zu verhindern (BVerfG, Kammerbeschluss vom 25.02.2009 – [1 BvR 120/09](#) – [NZS 2009, 674](#), 675).

B. Die Beschwerdeführerin kann ihr Begehren bereits auf keinen Anordnungsanspruch stützen.

1. Die von der Beschwerdeführerin in ihren Anträgen unter II.1.1. (dazu a) und II.1.3. (dazu b) geltend gemachten Unterlassungsansprüche scheitern schon daran, dass die dort von der Beschwerdeführerin beanstandeten Behauptungen, von der Beschwerdegegnerin weder im Bescheid vom 28.11.2008 noch seither aufgestellt worden sind.

a) Die Beschwerdegegnerin hat weder wörtlich noch sinngemäß behauptet, dass für Wettbewerber der Beschwerdeführerin (ambulante Krankenpflegedienste gemäß [§§ 37, 132 a SGB V](#)) tätiges Personal regelmäßig Leistungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung oder diesen Leistungen entsprechende Leistungen erbringe. Da keine derartige Behauptung aufgestellt worden ist und die Beschwerdegegnerin zudem im Rechtsstreit klargestellt hat, dass sie auch nicht beabsichtigt, eine derartige Behauptung zukünftig aufzustellen, besteht kein Unterlassungsanspruch. Eine durch den Bescheid vom 28.11.2008 insoweit eingetretene Verletzung von Rechtsgütern der Beschwerdeführerin ist damit schon von vornherein ausgeschlossen. Es erübrigt sich daher die Beantwortung der Frage, ob eine solche Behauptung überhaupt geeignet ist, einen Unterlassungsanspruch zu begründen. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin zukünftig erstmals eine solche Behauptung aufzustellen gewillt ist. Das Gegenteil ist der Fall.

Der Bescheid vom 28.11.2008 hat – in seinen hier relevanten Passagen – folgenden Wortlaut:

"( ) Werte Frau [Name der Versicherten], wir freuen uns sehr, Ihnen die Kostenübernahme für die beantragte Betreuung übermitteln zu können und helfen damit Ihrem Widerspruch ab. Wir möchten an dieser Stelle jedoch noch einmal auf den Hintergrund der erstmaligen Ablehnung zurückkommen.

Aufgrund der Bereitstellung eines Pflegedienstes mit speziellen Kenntnissen in der Heimbeatmung im Rahmen einer 24-Stunden-Intensivpflege durch die [Beschwerdegegnerin], sahen wir die Behandlung und Betreuung als sichergestellt an. Wie unsere Recherche ergab, übernehmen die Schwestern von Intensivpflegediensten in vergleichbaren Fällen entsprechende Aufgaben, so dass wir bei Ihnen bereits von einer optimalen Versorgung ausgegangen sind. Da dies bei dem von Ihnen beauftragten Pflegedienst [Name der Beschwerdeführerin] nicht der Fall ist, haben wir nunmehr die Kosten der Brückenbetreuung übernommen.

Um nun Einblick in den tatsächlichen Hilfebedarf sowie die optimale Versorgung für Sie zu erhalten, möchten wir gern die Meinung eines unabhängigen Sachverständigen einholen. Anhand dessen Aussagen möchten wir beurteilen, ob die zur Verfügung gestellten Hilfen in ihrer Gesamtheit den Erfordernissen entsprechen und ggf. Empfehlungen für eine Verbesserung erhalten. Hierfür möchten wir die R. mit der Erstellung eines Sachverständigen-Gutachtens beauftragen. Bitte senden Sie uns dazu die beigelegte Erklärung unterschrieben zurück.

Für Ihre Mithilfe bedanken wir uns im voraus und stehen Ihnen bei Fragen weiterhin gern zur Verfügung."

Der Erklärungsinhalt ist aus dem Wortlaut des Bescheides in Verbindung mit seinem Kontext unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes der Versicherten, an die der Verwaltungsakt gerichtet war, auszulegen.

Die Beschwerdeführerin meint, die Beschwerdegegnerin habe behauptet, dass für Wettbewerber der Beschwerdeführerin tätiges Personal Leistungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung oder diesen Leistungen entsprechende Leistungen erbringe. So sind die Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Bescheid vom 28.11.2008 aber nicht zu verstehen. Vielmehr heißt es in dem maßgeblichen Abschnitt, dass die Beschwerdeführerin davon ausgegangen sei, dass die Behandlung und Betreuung der Versicherten durch die Bereitstellung eines Pflegedienstes mit speziellen Kenntnissen der Heimbeatmung im Rahmen einer 24-Stunden-Intensivpflege sichergestellt sei. Der nachfolgende Satz lautet dahin, dass Nachforschungen der Beschwerdegegnerin ergeben hätten, dass die Schwestern von Intensivpflegediensten in vergleichbaren Fällen entsprechende Aufgaben übernähmen, weshalb die Beschwerdegegnerin auch im Falle der Versicherten von einer optimalen Versorgung ausgegangen sei. Wie das SG zutreffend ausgeführt hat, kann dem nicht entnommen werden, dass die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin erwartet habe, auch Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) oder entsprechende Leistungen zu erbringen. Vielmehr sind diese beiden Sätze in ihrem Zusammenhang so zu verstehen, dass die Beschwerdegegnerin zunächst davon ausgegangen ist, die Versicherte sei bereits aufgrund der Leistungen der Beschwerdeführerin umfassend (in diesem Sinne "optimal") versorgt und es bedürfe daher keiner zusätzlichen medizinischen Intervention nach [§ 37 b SGB V](#). Daraus kann nur abgeleitet werden, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der Panikattacke der Versicherten mit nachfolgender ärztlicher Behandlung meinte, eine Verbesserung der Behandlungspflege sei möglich, so dass medizinische Interventionen durch Dritte zukünftig nicht mehr erforderlich würden. Richtig ist allerdings, dass die Bezugnahme auf die durch Schwestern anderer Intensivpflegedienste übernommenen "entsprechenden Aufgaben" unklar ist. Denn diese Aufgaben sind zuvor im Schreiben oder anderer Stelle nicht näher erläutert worden und es kann auch aus dem nachfolgenden, oben zitierten Text entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden, dass mit den "entsprechenden Aufgaben" Leistungen im Sinne des [§ 37 b SGB V](#) gemeint sind. Aus der Bezugnahme folgt jedenfalls nicht, dass die Beschwerdegegnerin behauptet hat, andere Erbringer von Leistungen der häuslichen Krankenpflege würden gleichsam nebenbei die Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) im Rahmen der häuslichen Krankenpflege miterledigen (ohne dass ein Arzt die Leistung verordnet hat, vgl. [§ 37 b Abs. 1 Satz 2 SGB V](#)). Die beanstandete Passage kann und muss im Hinblick auf die beabsichtigte Begutachtung durch ein nicht ärztlich tätiges Unternehmen so verstanden werden, dass bei einer optimalen Versorgung ein anderweitiger, ärztlich angeordneter Interventionsbedarf erst gar nicht entsteht. Hätte die Beschwerdeführerin ermitteln wollen, welche Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) zu erbringen sind, hätte es dazu eines ärztlichen Sachverständigen bedurft. Eventuelle noch fortbestehende Unklarheiten hat die Beschwerdegegnerin jedenfalls mit dem Schriftsatz vom 23.03.2009 ausgeräumt; insoweit wird auf den Inhalt der Seiten 4 und 5 dieses Schriftsatzes zum dortigen Gliederungspunkt aa) verwiesen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdegegnerin möglicherweise – mangels Begutachtung kann dazu keine Aussage getroffen werden – zu Unrecht davon ausgegangen ist, die konkrete pflegerische Versorgung könne noch optimiert werden.

Es kann daher hier offen bleiben, ob die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, die dem Versorgungsvertrag auch ohne ausdrückliche Regelung zu entnehmen ist, sich auf die Begründung von Verwaltungsakten erstreckt, die Dritten gegenüber erlassen werden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, hat die Beschwerdegegnerin nicht gegen diese Pflicht verstoßen.

b) Die Beschwerdegegnerin hat weder wörtlich noch sinngemäß behauptet, dass Wettbewerber der Beschwerdeführerin unabhängige Sachverständigengutachten über die Versorgungssituation von Patienten der Beschwerdeführerin erstellen könnten. Da keine derartige Behauptung aufgestellt worden ist und nichts dafür ersichtlich ist, dass sie beabsichtigt, eine derartige Behauptung zukünftig aufzustellen, besteht kein Unterlassungsanspruch. Eine durch den Bescheid vom 28.11.2008 insoweit eingetretene Verletzung von Rechtsgütern der Beschwerdeführerin ist damit schon von vornherein ausgeschlossen. Es erübrigt sich daher die Beantwortung der Frage, ob eine solche Behauptung überhaupt geeignet ist, einen Unterlassungsanspruch zu begründen.

Die Beschwerdegegnerin hat zwar in dem von der Beschwerdeführerin beanstandeten Bescheid vom 28.11.2008 die R. bzw. deren Mitarbeiter als unabhängige Sachverständige bezeichnet. Hingegen hat die Beschwerdegegnerin gegenüber der Versicherten an keiner Stelle Ausführungen dazu gemacht, dass die R. im Wettbewerb mit der Beschwerdeführerin stehe. Hierzu bestand auch keine Veranlassung, weil die Beschwerdegegnerin gegenüber ihrer Versicherten keine Aussage darüber treffen wollte, ob und in welchem Umfang sie, die Beschwerdegegnerin, im Verhältnis zur Beschwerdeführerin befugt ist, die R. mit der Erstellung eines Gutachtens zu beauftragen. Die Beschwerdegegnerin wollte lediglich zum Ausdruck bringen, dass die R. ein von ihr – der Beschwerdegegnerin – unabhängiges Unternehmen sei und die Versicherte keine auf die Einschränkung ihres Anspruchs zielende Begutachtung zu befürchten habe. Es bestand für die Beschwerdegegnerin überhaupt kein Anlass, über das Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Beschwerdeführerin im Hinblick auf eingesetzte Sachverständige Behauptungen aufzustellen. Die Beschwerdegegnerin ist sehr wohl befugt, gegenüber ihren Versicherten Begutachtungen durch Sachverständige durchführen zu lassen, deren Einsatz von dritter Seite – hier der Beschwerdeführerin – möglicherweise untersagt werden kann, wenn – wie hier – dieses Abwehrrecht den Versicherten selbst nicht zusteht. Das eventuelle Abwehr- und Schadenersatzrecht kann hier nur leistungserbringungsrechtlich begründet sein. Insoweit schlägt das Leistungserbringungsrecht nicht unmittelbar auf das Versicherungsverhältnis durch. Es darf daher in einen Verwaltungsakt, der allein an einen Versicherten gerichtet ist, auch nicht etwas hineingelesen werden, das ein ganz anderes Rechtsverhältnis betrifft, wenn der Verwaltungsakt nicht ausdrücklich über dieses andere Rechtsverhältnis – hier über das der konkreten Leistungserbringung – Behauptungen aufstellt. Dem ist hier – wie ausgeführt – nicht so.

Zu beachten ist ferner: Abgesehen davon, dass die Beschwerdegegnerin erklärt hat, sie werde die R. für die Erstellung von Gutachten bei Versicherten, die von der Beschwerdeführerin häusliche Krankenpflege erhalten, nicht einsetzen, ist nichts dafür ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin behauptet, sie sei berechtigt, Wettbewerber als Sachverständige einzusetzen. Vielmehr hat die Beschwerdegegnerin mehrfach vorgetragen, sie sei davon ausgegangen, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der R. kein Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf die Versicherte bestehe, weil die R. nicht im lokalen Bereich der Versicherten tätig sei. Unabhängig davon, ob diese Bewertung zutrifft oder nicht, folgt jedenfalls daraus, dass sich die Beschwerdegegnerin gerade keines Anspruchs berührt, Mitarbeiter von im selben Leistungsbereich tätigen Leistungserbringern als Sachverständige einzusetzen, wenn die Gefahr eines Wettbewerbsnachteils des Vertragspartners – hier der Beschwerdeführerin – durch die Beauftragung entstehe. Soweit die Beschwerdegegnerin sich in ihrer Bewertung irren sollte, ist dies eine Frage, ob ein Anspruch auf die Unterlassung der Begutachtung selbst besteht, nicht hingegen eine Frage der Unterlassung einer so nicht aufgestellten Behauptung.

2. Die Beschwerdeführerin hat gegen die Beschwerdegegnerin weder einen Anspruch auf eine strafbewehrte Unterlassung der unter II.2. ihres Antrags formulierten Handlung (dazu a) noch einen Anspruch auf eine strafbewehrte Unterlassung der von ihr unter II.1.2. ihres Antrags formulierten Behauptung (dazu b).

a) Die Beschwerdeführerin hat schon keinen strafbewehrten Unterlassungsanspruch aufgrund einer Erstbegehungsgefahr (aa). Selbst wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin unterstellt, es handele sich nicht um eine Erstbegehungsgefahr, sondern um eine Wiederholungsgefahr, besteht kein strafbewehrter Anspruch darauf, der Beschwerdegegnerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu untersagen, Wettbewerber der Beschwerdeführerin, insbesondere die R., mit der Erstellung von Sachverständigengutachten in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin den Versicherten der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellten Hilfen in ihrer Gesamtheit zu beauftragen (bb).

aa) Die Beschwerdeführerin kann sich weder aus Vertrag noch aufgrund deliktischer oder wettbewerbsrechtlicher Anspruchsgrundlagen auf einen wegen Erstbegehungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch berufen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) setzt ein solcher Unterlassungsanspruch voraus, dass ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine in naher Zukunft konkret drohende Rechtsverletzung bestehen (vgl. Urteil vom 15.01.2009 – [I ZR 57/07](#) – juris Rn. 8 m.w.N.). Eine solche Situation könnte im Falle der Beschwerdeführerin allenfalls deshalb angenommen werden, weil die Beschwerdegegnerin die R. mit der Begutachtung der Versorgungssituation der Versicherten beauftragt hat. Die – unterstellte – Erstbegehungsgefahr wäre dann aber inzwischen beendet. Dabei sind an den Wegfall der bei einer konkret drohenden Verletzungshandlung bestehenden Erstbegehungsgefahr grundsätzlich weniger strenge Anforderungen zu stellen als an den Fortfall der durch eine bereits begangene Verletzungshandlung begründeten Wiederholungsgefahr. Anders als für die durch eine Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr besteht für den Fortbestand der Erstbegehungsgefahr keine Vermutung. Für die Beseitigung der Erstbegehungsgefahr genügt daher grundsätzlich ein "actus contrarius", also ein der Begründungshandlung entgegengesetztes Verhalten, das allerdings unmissverständlich und ernst gemeint sein muss (BGH, Urteil vom 15.01.2009 – [I ZR 57/07](#) – juris Rn. 23).

Demnach ist die – unterstellte – Erstbegehungsgefahr jedenfalls entfallen, nachdem die Beschwerdegegnerin während des Antragsverfahrens vor dem SG mitgeteilt hat, sie habe die R. von ihrem Gutachtensauftrag entbunden (Schriftsatz vom 23.03.2009). Hierin ist unzweifelhaft der "actus contrarius" zur Erteilung des Auftrags an das genannte Unternehmen zur Begutachtung der pflegerischen Versorgung der Versicherten zu sehen.

Es ist auch überhaupt kein Sachverhalt glaubhaft gemacht worden, dass in anderen Fällen, in denen die Beschwerdeführerin Leistungen für die Versicherten der Beschwerdegegnerin erbringt, die Erstbegehungsgefahr besteht, dass die Beschwerdeführerin die R. oder einen anderen Leistungserbringer auf dem Gebiet der häuslichen Krankenpflege ([§§ 37, 132 a SGB V](#)) mit der Erstellung von Gutachten in nicht

ferner Zukunft beauftragen wird.

bb) Die Beschwerdeführerin kann sich weder aus Vertrag noch aufgrund deliktischer oder wettbewerbsrechtlicher Anspruchsgrundlagen auf einen wegen Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch stützen. Hierbei wird zugunsten der Beschwerdeführerin unterstellt, dass sie einen vertraglichen oder deliktischen – nicht aber einen wettbewerbsrechtlichen (siehe dazu unter [2]) – Anspruch auf Unterlassung der Begutachtung von Versicherten durch Wettbewerber hat, wenn sie für die Versicherten Leistungen der häuslichen Krankenpflege erbringt.

Selbst wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin unterstellt, es habe nicht lediglich eine Erstbegehungsgefahr bestanden, sondern es sei bereits eine Rechtsverletzung zum Nachteil der Beschwerdeführerin eingetreten, ergibt sich zu deren Gunsten kein Unterlassungsanspruch. Zwar würde dann ein "actus contrarius" nicht genügen, da in einem solchen Fall die Wiederholungsgefahr durch die Verletzungshandlung vermutet wird (BGH, Urteil vom 08.02.1994 – [VI ZR 286/93](#) – [NJW 1994, 1281](#), 1283). Gleichwohl ist auch bei dieser Konstellation letztlich keine Wiederholungsgefahr anzunehmen, da die Beschwerdegegnerin diese Vermutung widerlegt hat.

(1) Nach der Rechtsprechung des BGH kann die tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr nach erfolgter Rechtsverletzung ausnahmsweise widerlegt werden, etwa in Fällen, in denen der Eingriff durch eine einmalige Sondersituation veranlasst gewesen ist (vgl. Urteil vom 08.02.1994 – [VI ZR 286/93](#) – [NJW 1994, 1281](#), 1283). Im Interesse des Rechtsschutzes des Betroffenen, der bereits einmal Opfer eines Eingriffs geworden ist, müssen an die Widerlegung der Vermutung der Wiederholungsgefahr hohe Anforderungen gestellt werden. Für den Bereich des Wettbewerbsrechts hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass die Wiederholungsgefahr nur dann entfällt, wenn der Verletzer dem Verletzten oder einem zur Rechtsverfolgung Befugten eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgibt; ohne eine solche Erklärung ist die Verneinung der Wiederholungsgefahr allenfalls in ganz außergewöhnlichen Fällen denkbar.

Dieser Grundsatz gilt auch für den deliktischen Unterlassungsanspruch, jedoch nicht mit gleicher Strenge. Während im Bereich des Wettbewerbsrechts die Verletzungshandlungen in der Regel dadurch geprägt sind, dass der Verletzer starke wirtschaftliche Interessen verfolgt, ist die Motivation des Verletzers im deliktischen Bereich vielfältiger Art. Dem ist bei der Bemessung der Anforderungen an die Entkräftung der Vermutung der Wiederholungsgefahr Rechnung zu tragen. Im Deliktsrecht kann der Schwere des Eingriffs, den Umständen der Verletzungshandlung, dem fallbezogenen Grad der Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung und vor allem der Motivation des Verletzers für die Entkräftung der Vermutung der Wiederholungsgefahr durchaus ein erhebliches Gewicht zukommen (BGH, Urteil vom 08.02.1994 – [VI ZR 286/93](#) – [NJW 1994, 1281](#), 1283). Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat sich dieser Ansicht mit Hinweis darauf angeschlossen, dass die Rechtsprechung des BGH zu dem auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützten Unterlassungsanspruch nach [§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB](#) mit dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch vergleichbar sei (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.01.2004 – [12 B 2197/03](#) – [NJW 2004, 1611](#), 1612; zur entsprechenden Anwendung der [§§ 823, 1004 BGB](#) vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26.02.2003 – [L 11 KA 88/01](#) – juris Rn. 34).

(2) Gegen einen wettbewerbsrechtlichen Maßstab spricht schon, dass keine wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlage das Begehren des Beschwerdeführers trägt.

(&945;) Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus [§ 69 Satz 2 SGB V](#) in Verbindung mit [§§ 19](#) bis [21, 33 GWB](#) (in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005 [[BGBl. I S. 2114](#)]), im Falle der [§§ 20](#) und [33 GWB](#) zuletzt geändert durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preissmissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18.12.2007 ([BGBl. I S. 2966](#)).

Nach [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) in der ab dem 19.12.2008 geltenden Fassung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008 ([BGBl. I S. 2426](#)) gelten die [§§ 19](#) bis [21 GWB](#) entsprechend; dies gilt allerdings nicht für Verträge von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt. Diese Regelung ist insoweit identisch mit [§ 69 Satz 2 SGB V](#) in der ab dem 01.04.2007 geltenden Fassung des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) vom 26.03.2007 ([BGBl. I S. 378](#)). Da diese Ausnahme hier nicht eingreift, sind die [§§ 19](#) bis [21 GWB](#) auf die Rechtsbeziehungen der Beschwerdeführerin zur Beschwerdegegnerin entsprechend anwendbar.

Als Grund für die Einfügung des [§ 69 Satz 2 SGB V](#) in der Fassung des GKV-WSG hat der Gesetzgeber ausgeführt ([BT-Drucks 16/4247 S. 35](#) zu Nr. 40), dass durch die erweiterten Fusionsmöglichkeiten bestimmte Krankenkassen in einzelnen Regionen einen hohen Marktanteil erlangen könnten. Die Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit der [§§ 19](#) bis [21 GWB](#) gewährleiste, dass die Krankenkassen eine dadurch eventuell entstehende marktbeherrschende Stellung nicht missbrauchten, es zu keiner Diskriminierung der Vertragspartner der Krankenkassen und zu keinen Boykotten komme. Die Änderung führe nicht dazu, dass die Krankenkassen beim Abschluss von Einzelverträgen als Unternehmen zu qualifizieren wären. Sie nähmen auch beim Abschluss von Einzelverträgen eine soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werde. Sie erfüllten damit weder nach deutschem noch nach europäischem Recht die Begriffsmerkmale, die von der Rechtsprechung an ein Unternehmen gestellt würden. Die Begründung des Gesetzgebers zu [§ 69 Satz 2 SGB V](#) in der Fassung des GKV-WSG spricht ferner davon, dass die Vorschriften des GWB, die an sich an "Unternehmen" adressiert seien, in der Rechtsfolge auch die Krankenkassen betreffen ([BT-Drucks 16/4247 S. 35](#) zu Nr. 40). Mit dieser Formulierung, die nach ihrem Wortlaut auf eine Rechtsfolge abstellt, ist aber nicht die Frage geklärt, ob sich die Anordnung der entsprechenden Geltung nach Sinn und Zweck als Rechtsfolgenverweisung oder als Rechtsgrundverweisung darstellt. Handelte es sich insoweit nur um eine Rechtsfolgenverweisung, müssten die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften des GWB, die für entsprechend anwendbar erklärt werden, nicht im Einzelnen vorliegen. Eine Rechtsgrundverweisung ist anzunehmen, wenn nicht nur auf die Rechtsfolge, sondern auch auf den Tatbestand der anderen Norm verwiesen wird. Die Annahme einer Rechtsfolgenverweisung führt hier jedoch nicht weiter, weil die in Bezug genommenen GWB-Vorschriften erst die Tatbestände (d.h. die Rechtsgründe) enthalten, aufgrund derer ein Verhalten der jeweils Betroffenen als kartellrechtswidrig beurteilt werden kann.

Demgemäß ist davon auszugehen, dass [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) eine Teil-Rechtsgrundverweisung vornimmt. Die Rechtsgrundverweisung ist danach lediglich insoweit eingeschränkt, als es sich bei den Institutionen, auf deren Tätigkeit im Wettbewerb die GWB-Bestimmungen Anwendung finden, nicht um "Unternehmen" handeln muss, sondern dass diese Vorschriften entsprechend auf Krankenkassen bzw.

Krankenkassenverbände anzuwenden sind. Danach müssen die Voraussetzungen der §§ 19 bis 21 GWB mit Ausnahme der Unternehmenseigenschaft erfüllt sein, damit deren Rechtsfolgen eintreten (BSG, Urteil vom 17.07.2008 – B 3 KR 23/07 R – BSGE 101, 142 = SozR 4-2500 § 69 Nr. 4, jeweils Rn. 40 f.; Urteil vom 20.11.2008 – B 3 KR 25/07 R – SozR 4-2500 § 133 Nr. 3 Rn. 44; Engemann in: jurisPK-SGB V, 2008, § 69 Rn. 84 bis 86).

Danach kann sich die Beschwerdeführerin hier nicht auf § 19 Abs. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. § 33 Abs. 1 GWB berufen. Denn die Beschwerdegegnerin besitzt bereits keine marktbeherrschende Stellung.

Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB ist ein Unternehmen – hier also eine Krankenkasse – marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Nr. 1) oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind insbesondere sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen, zu berücksichtigen (Nr. 2). Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB sind zwei oder mehr Unternehmen marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Satzes 1 erfüllen. Dabei wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist (Einzelmarktbeherrschung), wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat (§ 19 Abs. 3 Satz 1 GWB). Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt demgegenüber als marktbeherrschend (Oligopol-Marktbeherrschung), wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder wenn sie aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen, es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat (§ 19 Abs. 3 Satz 2 GWB).

Die Voraussetzungen für das Eingreifen der Vermutungswirkung nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB (Einzelmarktbeherrschung) liegen nicht vor. Die Beschwerdegegnerin hat glaubhaft – von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt – im Schriftsatz vom 03.02.2010 vorgetragen, dass bei ihr 2.045.588 Mitglieder versichert sind (Stand: 01.12.2009). Bei bundesweit 70,054 Millionen gesetzlich Krankenversicherten zum selben Stichtag ergibt sich ein Marktanteil von 2,92 Prozent. Der Marktanteil der Beschwerdegegnerin im Bereich der häuslichen Krankenpflege beträgt – bezogen auf das Jahr 2008 und die dort geleisteten Krankenpflegetage – ihren Angaben zufolge 2,4 Prozent. Damit nimmt sie keine marktbeherrschende Stellung ein. Nichts anderes gilt, wenn man den Markt auf die Intensivpflege beschränkt. Die Beschwerdegegnerin steht zudem mit den übrigen Krankenkassen im Wettbewerb, so dass auch die Vermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB (Oligopol-Marktbeherrschung) hier nicht anzuwenden ist. Zwar kann auch, ohne dass eine Vermutungswirkung nach § 19 Abs. 3 GWB eingreift, eine marktbeherrschende Stellung vorliegen. Angesichts der geringen Größe der Beschwerdegegnerin im Gesamtvergleich und des Fehlens sonstiger in § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB genannter, eine Marktbeherrschung begründender Umstände ist aber für eine solche Stellung im Markt nichts ersichtlich.

Die Beschwerdeführerin ist auch nicht im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB von der Beschwerdegegnerin abhängig. Danach gilt das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Diesbezüglich hat die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin den Versorgungsvertrag mit den Verbänden der Ersatzkassen geschlossen hat und diese daher berechtigt ist, die 23,5 Millionen Versicherten aller Ersatzkassen zu versorgen. Ein Abhängigkeitsverhältnis besteht daher zwischen den Beteiligten nicht.

Weitere Tatbestände der §§ 19 bis 21 GWB sind schon von vornherein nicht einschlägig.

(§946;) Das UWG, das zudem nicht in § 69 SGB V erwähnt ist, ist auf die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nicht anwendbar (ebenso Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rn. 11.11 unter Hinweis auf Rechtsprechung des BGH).

Auch wenn die Anwendbarkeit des UWG unterstellt wird, ergibt sich daraus kein Anspruch der Beschwerdeführerin, ihre Wettbewerber von der Erstellung von Gutachten für die Beschwerdegegnerin auszuschließen, soweit es um Versicherte geht, die von der Beschwerdeführerin pflegerisch versorgt werden. Der Leistungserbringer hat gegenüber der Krankenkasse wettbewerbsrechtlich keinen allgemeinen Anspruch darauf, dass die Krankenkasse nicht auf Mitarbeiter solcher Leistungserbringer für die Erstellung von Gutachten zurückgreift, die im Wettbewerb mit demjenigen stehen, dessen Leistung begutachtet werden soll. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls. Sind keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren und wird dem zu begutachtenden Leistungserbringer die Möglichkeit eingeräumt, in der Begutachtungssituation beim Versicherten präsent zu sein, um selbst Gehör zu erhalten, und ist insoweit für den Versicherten, der sich gegebenenfalls durch die Begutachtung beeindrucken lässt, ein transparentes Verfahren gewährleistet, liegt keine unlautere geschäftliche Handlung der Krankenkasse vor (zum Transparenzgebot des UWG vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rn. 1.38 ff.). Der Leistungserbringer muss sich auch einer berechtigten Kritik eines Wettbewerbers stellen. Dies gilt auch dann, wenn der Wettbewerber durch die Krankenkasse einen exklusiven Zugang zum Versicherten erhält, solange das Transparenzgebot beachtet wird. Ob allerdings die Beschwerdegegnerin von Anfang an gewillt war, insbesondere dieses Gebot zu beachten, muss bezweifelt werden. Vielmehr ist der Eindruck entstanden, dass die Begutachtung "hinter dem Rücken" der Beschwerdeführerin erfolgen sollte. Hierüber ist aber nicht zu befinden, weil die Beschwerdeführerin keinen dahingehenden Unterlassungsantrag gestellt hat.

(3) Allgemein ist zu beachten, dass eine dem Wettbewerbsrecht vergleichbare Situation hier nicht besteht. Das Verhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin als gesetzlicher Krankenkasse und der Beschwerdeführerin als Leistungserbringerin ist in der vorliegenden Situation nicht vergleichbar mit dem Verhältnis zwischen dem von Mitbewerbern. Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin stehen miteinander nicht im Wettbewerb. Im Gegenteil: Beide verbindet die gemeinsame Aufgabe, die Versorgung der Versicherten zu gewährleisten (§ 70 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Die Beschwerdegegnerin ließ sich bei ihren Ausführungen im Bescheid vom 28.11.2008 nicht von

eigenwirtschaftlichen Interessen leiten, um sich gegenüber der Beschwerdegegnerin oder einem anderen Marktteilnehmer einen Vorteil zu verschaffen. Vielmehr war es Ziel der Beschwerdegegnerin, ihren öffentlichen-rechtlichen Verpflichtungen aus dem Versicherungsverhältnis gerecht zu werden und dabei insbesondere dem Wirtschaftlichkeitsgebot des [§ 12 Abs. 1 SGB V](#) durch Qualitätssicherungsmaßnahmen zu entsprechen (siehe ferner §§ 2 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4; 70 Abs. 1 Satz 1, 135 a Abs. 1 SGB V). Ziel war es mithin, die Ansprüche der Versicherten auf häusliche Krankenpflege ([§ 37 SGB V](#)) und Leistungen nach [§ 37 b SGB V](#) so zu koordinieren, dass die Versicherte ohne Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots bestmöglich versorgt ist. Hieran mitzuwirken und insbesondere seine Verpflichtungen aus dem Versorgungsvertrag ordnungsgemäß zu erfüllen, ist auch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Leistungserbringers. Abstrahiert von den konkreten Leistungstatbeständen handelt es sich bei der Koordinierung der genannten Ziele um eine nachgerade klassische Verwaltungsaufgabe im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung. Für das UWG gilt zudem: Soweit Krankenkassen gegen sozialrechtliche Vorschriften, die lediglich die gesetzmäßige Verwendung von Mitteln im Interesse der Sozialversicherten sicherstellen sollen, verstoßen, liegt keine Marktverhaltensregelung im Sinne des [§ 4 Nr. 11 UWG](#) vor (Köhler in Köhler/Bornkamm, 28. Aufl., UWG, § 4 Rn. 13.58), wobei der Senat nicht zum Ausdruck bringen will, dass die Beschwerdegegnerin gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen habe.

Damit ist die Wiederholungsgefahr nicht an den strengen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen, sondern nach den Möglichkeiten der Widerlegung der Vermutungswirkung für den deliktischen Unterlassungsanspruch zu prüfen.

(4) Die Vermutung der Wiederholungsgefahr erweist sich danach als widerlegt: Die Beschwerdegegnerin hat den Gutachtensauftrag erteilt, um sich einen Überblick über die pflegerische Versorgung der Versicherten zu verschaffen (mit dem Ziel der Qualitätssicherung und ggf. -verbesserung), weil hier bei der Versicherten ausnahmsweise Panikattacken mit dem Gefühl, alsbald ersticken zu müssen, auftraten, obwohl die objektiven pulmonologischen Werte nach dem Maßstab einer künstlichen Beatmung völlig in Ordnung waren. Diese Motive sind nicht zu beanstanden, zählen sie doch, wie bereits oben ausgeführt, zu den Aufgaben der Beschwerdegegnerin als gesetzlicher Krankenkasse. Sie hat ferner ausdrücklich ihr Bedauern darüber bekundet, dass bei der Beschwerdeführerin der Eindruck entstanden sein könnte, die Beschwerdegegnerin sei der Ansicht, dass die Versicherte mangelhaft versorgt worden wäre (Schriftsatz vom 03.02.2010). Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin die R. von ihrem Auftrag, die Versicherte zu begutachten, entbunden hat. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Versicherte nach den - von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellten - Ausführungen der Beschwerdegegnerin keine Leistungen der Beschwerdeführerin mehr erhält. Bereits deshalb erscheint die Wiederholungsgefahr im konkreten Fall als unwahrscheinlich. Es ist auch überhaupt kein Sachverhalt glaubhaft gemacht worden, dass in anderen Fällen, in denen die Beschwerdeführerin Leistungen für die Versicherten der Beschwerdegegnerin erbringt, die Gefahr besteht, dass die Beschwerdeführerin die R. oder einen anderen Leistungserbringer auf dem Gebiet der häuslichen Krankenpflege ([§§ 37, 132 a SGB V](#)) mit der Erstellung von Gutachten beauftragen werde.

(5) Im Gegensatz zur Ansicht der Beschwerdeführerin besteht die von ihr befürchtete Wiederholungsgefahr nicht deshalb, weil sich die Beschwerdegegnerin im Hinblick auf andere von ihr betreute Versicherte zu Qualitätsprüfungen veranlasst sehen könnte. Denn § 4 Abs. 3 des Versorgungsvertrages sieht derartige Prüfungen ausdrücklich vor. Anders als die Beschwerdeführerin meint, ist diese Prüfung nicht auf Begutachtungen durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung beschränkt. Vielmehr lautet die genannte Vorschrift ausdrücklich dahin, dass sich die Krankenkassen - und damit auch die Beschwerdegegnerin - auch externer Sachverständiger bedienen können.

b) Die Beschwerdeführerin hat auch keinen strafbewehrten Anspruch darauf, der Beschwerdegegnerin zu untersagen, sie habe durch den Pflegedienst die Versicherte nicht optimal versorgt.

Richtig ist, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber der Versicherten im Bescheid vom 28.11.2008 ausdrücklich behauptet hat, die Versicherte sei durch die Leistungen der Beschwerdegegnerin nicht optimal versorgt. Diese Aussage ist zwar entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht dahin zu verstehen, dass die erbrachten Leistungen fast unbrauchbar seien. Für den Adressaten der Behauptung kann aber sehr wohl der Eindruck entstehen, dass es sich nicht um völlig vertragsgemäße Leistungen im Sinne von mindestens mittlerer Art und Güte handelt. Ob dem so gewesen ist, vermag der Senat nicht zu beurteilen. Hierauf kommt es auch nicht. Streitig ist allein die Frage eines strafbewehrten Unterlassungsanspruchs.

Die Beschwerdegegnerin hat aber im Rechtsstreit mehrfach deutlich erklärt, sie werde nicht länger behaupten, die Versicherte sei von der Beschwerdeführerin nicht optimal versorgt worden (Schriftsatz vom 10.03.2010). Von der Beschwerdegegnerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist auf Grund der besonderen Bindung an Recht und Gesetz nicht zu erwarten, dass sie eine derartige Behauptung nochmals aufstellt (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.02.2003 - [L 11 KA 88/01](#) - juris Rn. 39). Ob die Beschwerdegegnerin hierzu verpflichtet war, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin, diese Unterlassungserklärung mit einer Strafbewehrung zu versehen, weil auch hier der strengere Maßstab des Wettbewerbsrechts nicht eingreift und durch die Erklärungen der Beschwerdegegnerin die Vermutung der Wiederholungsgefahr widerlegt ist. Insoweit wird auf 2. b) bb) (1)-(3)

C. Darüber hinaus hat das SG zutreffend entschieden, dass kein Anordnungsgrund besteht. Da die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der unter II.1.1., II.1.2., II.1.3. und II.2. gestellten Anträge die Gefahr einer erstmaligen bzw. erneuten - hier zugunsten der Beschwerdeführer unterstellten - Rechtsgutverletzung nicht nur nicht glaubhaft gemacht hat, sondern hinsichtlich sämtlicher Unterlassungssachverhalte keine Erstbegehungsgefahr bzw. Wiederholungsgefahr besteht, ist nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin den Ausgang der Entscheidung der Hauptsache nicht abzuwarten vermag.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG) i. V. m. [§ 53 Abs. 2 Nr. 4](#) und [§ 52 Abs. 2 GKG](#) und die Befugnis zur Abänderung des erstinstanzlich festgesetzten Streitwerts aus [§ 63 Abs. 3 Satz 1 GKG](#). Im Hinblick auf die begehrte Vorwegnahme der Hauptsache - bezogen auf vier selbständige Hauptanträge, die jeweils nach dem Auffangstreitwert festzusetzen sind - sieht der Senat keinen Anlass für eine Reduzierung des Streitwertes für das einstweilige Rechtsschutzverfahren (vgl. LSG Hamburg, Beschluss vom 18.09.2008 - [L 1 B 149/08 ER KR](#), [L 1 B 139/08 ER KR](#) - juris Rn. 17; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09.10.2006 - [L 16 B 52/06 KR ER](#) - juris Rn. 29). Dafür spricht auch die von der Beschwerdeführerin angenommene Bedeutung der Angelegenheit (Höhe des für jede Zuwiderhandlung beantragten Ordnungsgeldes von 250.000 EUR,

ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten).

Diese Entscheidung ist nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2010-07-13