
S 17 KR 597/12 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	5
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 17 KR 597/12 ER
Datum	13.06.2013

2. Instanz

Aktenzeichen	L 5 KR 431/13 B ER
Datum	02.09.2013

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 13.06.2013 wird zurückgewiesen. Der Antragsteller trägt die Kosten des Rechtsstreits im Beschwerdeverfahren. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller wendet sich gegen von der Antragsgegnerin mit Diabetologischen Schwerpunktpraxen (DSP) im Bezirk Westfalen-Lippe geschlossene Vereinbarungen über die Direktlieferung von Blutzuckermesssystemen (Blutzuckermessgeräte und Teststreifen).

Der Antragsteller betreibt eine öffentliche Apotheke in N und ist Mitglied im Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V. Er versorgt im Rahmen seiner Tätigkeit Versicherte der Antragsgegnerin u.a. mit Blutzuckermessgeräten und Teststreifen. Die Antragsgegnerin schloss im Jahr 2012 mit DSP Verträge, die mit der Überschrift "Vereinbarung nach [§ 128 Abs. 4](#), 4a, 6 S. 2 SGB V" (im Folgenden: BzT-Vertrag)

versehen waren. In dem Vertrag verpflichten sich die teilnehmenden DSP nach schriftlicher Einwilligung der Versicherten, nur bestimmte Blutzuckertestsysteme einzusetzen, die von in Anlage 1 zum BzT-Vertrag aufgeführten Unternehmen geliefert werden. Die Blutzuckermessgeräte werden den Versicherten in der Praxis der teilnehmenden Vertragsärzte ausgehändigt, wohingegen die Teststreifen unmittelbar von den ausgewählten Leistungserbringern an die Versicherten übersandt werden. Dabei wird DSP eine Entscheidungsfreiheit dahingehend eingeräumt, ob sie den Versicherten ein oder mehrere Blutzuckertestsysteme vorschlägt. Es heißt hierzu in § 1 Abs. 2 Satz 1 und 2 des BzT-Vertrages:

"Das Ziel dieser Vereinbarung wird dadurch erreicht, dass Blutzuckertestsysteme eingesetzt werden, die den in der Anlage 1 vorgegebenen Anforderungen an die Qualität und Wirtschaftlichkeit entsprechen und von der dort jeweils genannten Firma geliefert werden. Die DSP ist in der Entscheidung frei, ob sie mit einer oder mehreren Firmen kooperiert."

§ 3 Abs. 2 und 3 des BzT-Vertrages lauten:

"Die DSP erläutert Versicherten der AOK NW die möglichen Bezugswege und die Qualitätsmerkmale der von ihr präferierten Versorgung nach § 1 Abs. 2. Die DSP faxt die vorab vom Patienten unterschriebene Einverständniserklärung (Rückseite des Vordrucks Anlage 2) an die örtliche AOK-Regionaldirektion, die diese dokumentiert. Das Original wird in der Praxis aufbewahrt.

Die DSP verordnet grundsätzlich einen Quartalsbedarf; Folgeverordnungen werden in Kenntnis des tatsächlichen Verbrauchs vorgenommen. Einer Genehmigung der Verordnung von Blutzuckerteststreifen durch die AOK NW bedarf es nicht."

Der BzT-Vertrag sieht weiterhin vor, dass sich die DSP verpflichtet, weder von Unternehmen noch von Versicherten Zahlungen oder andere Vorteile im Zusammenhang mit der Versorgung mit Blutzuckerteststreifen zu fordern oder anzunehmen (§ 4 Abs. 1 BzT-Vertrag). Eine Vergütungsregelung enthält der BzT-Vertrag nicht.

Ein von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang entworfenes, an die Versicherten gerichtetes Schreiben hatte zunächst folgende Fassung:

" wir haben eine interessante Lösung für Ihre regelmäßige Blutzucker-Kontrolle; Ihre Diabetologin/Ihr Diabetologe kann Ihnen als Versicherte/r der AOK NordWest ab sofort ein Messgerät bereitstellen, mit dem Sie sicher messen können ohne sich selbst um die Versorgung mit Teststreifen kümmern zu müssen. Denn als besonderen Service bekommen Sie neben einer individuellen Einweisung in das Messgerät ihren Bedarf an Teststreifen regelmäßig und kostenfrei nach Hause gesandt. Diese Lösung ist zugleich besonders wirtschaftlich; auch dadurch sichern wir Ihnen eine gute Versorgung ohne Zusatzbeitrag.

Damit Ihnen die Blutzuckerteststreifen in einem neutralen Päckchen und für Sie kostenfrei nach Hause geliefert werden können, brauchen Sie nur die umseitige

Erklärung auszufüllen. Sie erhalten ihren Bedarf an Teststreifen dann regelmäßig zugesandt. Die Ergebnisse ihrer Messung und daraus zu ziehende Schlussfolgerungen werden Sie wie gewohnt mit ihrer Diabetologen/Ihrem Diabetologen besprechen. (...)"

Nachdem sich der Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V. mit zahlreichen Beanstandungen (u.a. Verstoß gegen [§ 128 SGB V](#), § 19 Abs. 1 Arznelieferungsvertrag Primärkassen [ALV] nebst Anlage 3a-WL und [§§ 19, 20 GWB](#)) an die Antragsgegnerin gewandt hatte, beriefen die Beteiligten auf Verlangen der Antragsgegnerin den Vertragsausschuss nach [§ 19 Abs. 2 ALV](#) ein. Im Anschluss an die ohne Ergebnis gebliebene Sitzung vom 29.08.2012 nahm der Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V. die Antragsgegnerin unter dem 31.08.2012 (erfolglos) auf die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung in Anspruch. Die Antragsgegnerin fügte jedoch im Nachhinein folgenden Zusatz an den ersten Absatz der Versicherteninformation an:

"Dieses Angebot verpflichtet Sie zu nichts; selbstverständlich können Sie Ihre Blutzuckerteststreifen auch weiterhin von einer öffentlichen Apotheke beziehen."

Die Antragsgegnerin ließ sich ferner von sämtlichen Regionaldirektionen bis zum 16.10.2012 bestätigen, dass die Versicherteninformation nur noch in der modifizierten Fassung übermittelt werde.

Am 05.11.2012 haben der Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V. und der Antragsteller bei dem Sozialgericht (SG) Münster Klage erhoben und den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Das SG hat den Rechtsstreit getrennt (Beschluss v. 05.11.2012).

Der Antragsteller hat u.a. geltend gemacht: [§ 128 SGB V](#) komme als Ermächtigungsgrundlage für Verträge über Teststreifen nicht in Betracht, weil diese leistungsrechtlich den Arzneimitteln zuzuordnen seien. [§ 128 SGB V](#) gestatte nach seinem ausdrücklichen Wortlaut die Vereinbarung des sog. verkürzten Versorgungsweges nur für Hilfs-, nicht aber für Arzneimittel. Einen Verstoß gegen [§ 128 SGB V](#) könne er auch rügen, weil es sich hierbei um eine Marktverhaltensnorm handle, die Drittschutz gewährleiste. Die Antragsgegnerin habe durch den Abschluss des BzT-Vertrages darüber hinaus sowohl gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach [§ 19 Abs. 1 ALV](#) als auch gegen das Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit bei der Versorgung mit Blutzuckerteststreifen gemäß § 3 der Anlage 3a-WL zum ALV verstoßen. Denn es sei angesichts der Fassung des Vertrages wie auch der "Versicherteninformation" evident, dass die Antragsgegnerin als marktbeherrschender Nachfrager mit dem BzT-Vertrag das Ziel verfolge, öffentliche Apotheken bei der Versorgung der Versicherten mit Blutzuckerteststreifen aus dem Markt zu drängen. Vor diesem Hintergrund sei gleichzeitig ein Verstoß gegen [§§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB](#) gegeben. Das Vorgehen der Antragsgegnerin beeinträchtige ihn – den Antragsteller – ferner in seiner durch [Art. 12 Abs. 1 GG](#) geschützten Berufsausübungsfreiheit. Die Versorgung diabeteskranker Versicherter stelle einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit dar. Zahlreiche Versicherte der Antragsgegnerin suchten seine Apotheke gerade

aufgrund seiner Fachkompetenz auf. Erfolge nunmehr auf Veranlassung der Antragsgegnerin die Versorgung mit Blutzuckerteststreifen – die Abgabe von Blutzuckermessgeräten spiele nur eine untergeordnete Rolle – im Direktbezug, bestehe für die Versicherten kein Grund mehr, seine Apotheke aufzusuchen. Es bestünden daher konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich der im BzT-Vertrag vereinbarte Direktbezug auch auf den Absatz von Arzneimitteln (z.B. Insulin) und andere in seiner Apotheke vertriebenen Erzeugnisse auswirke. Aufgrund der bereits begonnenen Umsteuerung der Versicherten bestehe ein dringender Handlungsbedarf, auch wenn er nicht in der Lage sei, die ihm aufgrund des BzT-Vertrages entgehenden Verluste bei der Versorgung mit Blutzuckerteststreifen konkret zu beziffern.

Der Antragsteller hat schriftsätzlich beantragt,

1. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung bis zu einer vollstreckbaren Entscheidung in der Hauptsache vorläufig zu untersagen, Verträge mit diabetologischen Schwerpunktpraxen über die Versorgung von Diabetespatienten mit Blutzuckermesssystemen und insbesondere Blutzuckerteststreifen nach Art des auf Bl. 23-31 der Gerichtsakte abgebildeten Textes abzuschließen und/oder bestehende Verträge dieser Art zu praktizieren und
2. für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das unter Ziffer 1 ausgesprochene Verbot der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen,

hilfsweise

3. der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung bis zu einer vollstreckbaren Entscheidung in der Hauptsache vorläufig zu untersagen, diabeteskrankte Versicherte direkt und/oder über deren Ärzte insbesondere im Rahmen von Verträgen wie des auf Bl. 32-40 der Gerichtsakte abgebildeten Textes und/oder mithilfe der zu solchen Verträgen gehörigen Musterschreiben oder auf sonstige Weise

a) aufzufordern, Blutzuckerteststreifen bei bestimmten Anbietern direkt zu beziehen und/oder

b) über Bezugsmöglichkeiten für Blutzuckerteststreifen zu informieren ohne auf die Bezugsmöglichkeit in öffentlichen Apotheken hinzuweisen und

4. für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das unter Ziffer 3 ausgesprochene Verbot der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen.

Antragsgegnerin hat schriftsätzlich beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen.

Sie hat entgegnet, dass die gestellten Anträge unbestimmt seien und es der Antragsteller zudem versäumt habe sie – die Antragsgegnerin – vorprozessual auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Insofern fehle es am Rechtsschutzbedürfnis. Zu berücksichtigen sei ferner, dass die (modifizierte) Patienteninformation spätestens seit dem 16.10.2012 ausdrücklich auf die Bezugsmöglichkeit von Blutzuckerteststreifen in öffentlichen Apotheken hinweise. Im Übrigen sei der BzT-Vertrag gesetzes- und vertragskonform. Abgesehen davon habe der Antragsteller einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht.

Durch Beschluss vom 13.06.2013 hat das SG den Antrag abgelehnt. Anhaltspunkte für aktuell drohende, schwerwiegende Wettbewerbsnachteile seien nicht erkennbar.

Gegen den ihm am 14.06.2013 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller am 18.06.2013 Beschwerde eingelegt. Er hält an seiner vorprozessual und erstinstanzlich vertretenen Auffassung fest und trägt vor, dass entgegen der vom SG vertretenen Auffassung ein Anordnungsgrund bereits deshalb glaubhaft gemacht sei, weil die konkrete Gefahr einer nicht mehr rückgängig zu machenden Abwanderung von Versicherten bestehe.

Der Antragsteller beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Münster vom 13.06.2013 zu ändern und nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu erkennen.

Die Antragsgegnerin beantragt schriftsätzlich,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Weiterer Einzelheiten wegen (insbesondere im Hinblick auf das ausführliche Vorbringen des Antragstellers) wird auf den Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet. Das SG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zutreffend abgelehnt.

Wenngleich die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit gemäß [§ 51 Abs. 3 SGG](#) nicht zur Entscheidung von "Streitigkeiten in Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch betreffen" zuständig sind, musste das SG den Rechtsstreit im Hinblick auf die vom Antragsteller auch als verletzt gerügten [§§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB](#) nicht an das zuständige Landgericht verweisen. Denn das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten ([§ 201 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 17 Abs. 2 GVG](#)). Ohnehin hat der Senat gemäß [§ 202 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 17a Abs. 5 GVG](#) nicht mehr über die

Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges zu befinden.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt neben den allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes voraus. Der Anordnungsanspruch bezeichnet den materiellen Anspruch, den der Antragsteller im Hauptsacheverfahren durchsetzen will und für den er eine einstweilige Anordnung begehrt. Durch die - hier vom Antragsteller begehrte - Sicherungsanordnung soll dieses Recht in seinem Bestand einstweilen gesichert werden (Frehse in: Jansen, SGG, 4. Auflage 2012, § 86b, Rn. 104). Ein Anordnungsgrund für eine Sicherungsanordnung ist dann glaubhaft gemacht, wenn sich das gefährdete Recht im Hauptsacheverfahren nicht mehr durchsetzen lässt oder trotz Obsiegens in der Hauptsache eine weitgehende Entwertung der zu sichernden Rechtspositionen zu befürchten ist (Frehse in: Jansen, SGG, 4. Auflage 2012, § 86b, Rn. 87). Die bloße Möglichkeit beeinträchtigender Maßnahmen ist noch keine Gefahr. Vielmehr müssen Tatsachen vorliegen, die auf eine unmittelbar bevorstehende Veränderungen schließen lassen (Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Auflage 2012, § 86b, Rn. 27a).

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist der Antrag entgegen der von der Antragsgegnerin vertretenen Auffassung zulässig.

Die vom Antragsteller gestellten Anträge sind entgegen der von der Antragsgegnerin vertretenen Auffassung hinreichend bestimmt, da sich diesen ohne weiteres entnehmen lässt, dass der Antragsteller die vorläufige Untersagung des Abschlusses bzw. Vollzuges des BzT-Vertrages anstrebt.

Es fehlt in der hier vorliegenden Konstellation auch angesichts des Umstandes, dass der Antragsteller die Antragsgegnerin nicht vorprozessual auf Unterlassung in Anspruch genommen hat, nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis. Allgemein gilt der Grundsatz, dass kein Rechtsschutzbedürfnis besteht, wenn sich ein Antragsteller nicht zunächst an die Verwaltung gewandt und dort sein Begehren geltend gemacht hat (vgl. nur Frehse in: Jansen, SGG, 4. Auflage 2012, § 86b, Rn. 71 m.w.N.). Zwar hat sich der Antragsteller persönlich nicht vor der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes an die Antragsgegnerin gewandt und diese im Hinblick auf den streitigen BzT-Vertrag auf Unterlassung in Anspruch genommen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V., dessen Mitglied der Antragsteller ist, bereits unter dem 11.07.2012 mit einem ausführlichen Schriftsatz gegenüber der Antragsgegnerin die Inhalte des BzT-Vertrages beanstandet hat. Darüber hinaus wurde die Antragsgegnerin im Rahmen der Sitzung des Vertragsausschusses am 29.08.2012 und durch das weitere Schreiben vom 31.08.2012 nochmals über die Kritikpunkte der im Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V. organisierten öffentlichen Apotheken in Kenntnis gesetzt. Vor diesem Hintergrund erschien hier eine weitere, vom Antragsteller persönlich an die

Antragsgegnerin gerichtete Abmahnung entbehrlich. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass in mit Verfahren der vorliegenden Art strukturell vergleichbaren zivilrechtlichen Wettbewerbsprozessen die vorherige "Abmahnung" keine Voraussetzung für die Zulässigkeit und Begründetheit von Klagen ist, sondern lediglich dazu dient, dem Antragsgegner Gelegenheit zu geben, sein Verhalten zu überdenken und ggf. die Kostenfolge des [§ 93 ZPO](#) zu vermeiden (vgl. BGH, Beschluss v. 20.10.2005 – [I ZB 21/05](#), juris Rn. 12).

Soweit der Antragsteller (auch) die Mitwirkung von DSP bei der Abgabe von Blutzuckermessgeräten einstweilen untersagen lassen will, muss der Senat nicht der Frage nachgehen, ob ein Anordnungsanspruch besteht. Denn der Antragsteller hat insoweit jedenfalls einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht, weil es ihm in erster Linie darum geht, den "Direktvertrieb" von Blutzuckerteststreifen auf Basis des BzT-Vertrages untersagen zu lassen. Die Ausführungen des Antragstellers in seiner Antragschrift zur Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes beziehen sich ausschließlich auf den Absatz von Blutzuckerteststreifen. Dementsprechend hat er in seiner Antragschrift ausgeführt, dass der BzT-Vertrag mit dem zu einem Blutzuckertestsystem gehörenden Messgerät zwar auch ein Hilfsmittel zum Gegenstand habe, dieses jedoch lediglich eine "Randfigur" darstelle und der eigentliche Vertragszweck darin bestehe, den Einsatz konkreter Blutzuckertestsysteme insgesamt zu fördern, was in der Praxis bedeute, auf den regelmäßigen Einsatz bestimmter Teststreifen hinzuwirken. Mit Schriftsatz vom 14.12.2012 (S. 8) hat der Antragsteller sodann vorgetragen, dass Messgeräte in der Diabetikerversorgung "keine Rolle" spielten und allenfalls das Bindeglied darstellten, um einen Diabetiker an ein bestimmtes Teststreifenprodukt zu binden. Kostenmäßig seien Messgeräte bedeutungslos, weil sie aus Gründen der Kundenbindung zumeist kostenlos abgegeben würden. Schließlich verhalten sich auch die Darlegungen des Antragstellers in seinen eidesstattlichen Versicherungen vom 31.10.2012 und 22.11.2012 in erster Linie zu Blutzuckerteststreifen. Vor dem Hintergrund, dass sich das Interesse des Antragstellers an einer vorläufigen Untersagung des BzT-Vertrages damit offenkundig ausschließlich auf den mit der Abgabe von Blutzuckermessgeräten verbundenen "Direktvertrieb" von Blutzuckerteststreifen bezieht, kann der Senat keine Notwendigkeit erkennen, die Durchführung des Vertrages im Hinblick auf die Mitwirkung von DSP bei der Abgabe von Blutzuckermessgeräten einstweilen zu untersagen.

In Bezug auf die im BzT-Vertrag geregelte Mitwirkung von DSP bei der Abgabe von Blutzuckerteststreifen hat der Antragsteller sowohl im Hinblick auf den Hauptantrag als auch hinsichtlich des Hilfsantrages keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Ein aus [§ 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) i.V.m. [§ 1004 BGB](#) bzw. aus [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. [§ 33 Abs. 1 GWB](#) abzuleitender Unterlassungsanspruch besteht nicht.

Auch wenn der Senat unterstellt, dass [§ 128 SGB V](#) eine Marktverhaltensregelung mit der Folge darstellt, dass Verstöße durch Dritte bzw. Konkurrenten beanstandet und verfolgt werden können (so Flasbarth in: GKV-Kommentar, § 128, Rn. 17), hat die Antragsgegnerin mit dem Abschluss des BzT-Vertrages nicht gegen diese Regelung verstoßen. Denn entgegen der vom Antragsteller vertretenen Auffassung

kann [§ 128 Abs. 4 bis 4b SGB V](#) nicht dahin verstanden werden, dass der sog. "verkürzte Versorgungsweg" nur für die Abgabe von Hilfsmitteln erlaubt werden kann, im Übrigen jedoch von vornherein untersagt ist. Das ist jedoch nicht der Fall.

Wie [§ 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) zu entnehmen ist, handelt es sich bei Blutzuckerteststreifen leistungsrechtlich nicht um Hilfsmittel i.S.d. [§ 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#). Blutzuckerteststreifen werden, wovon auch der Antragsteller ausgeht, vielmehr den Arzneimitteln gleichgestellt. Auf die Versorgung mit Leistungen nach [§ 31 SGB V](#) (also auch auf die Abgabe von Teststreifen) bezieht sich [§ 128 SGB V](#) jedoch nur insoweit, als [§ 128 Abs. 6 Satz 1 SGB V](#) sowohl das Depotverbot nach [§ 128 Abs. 1 SGB V](#) als auch das Zuwendungsverbot gem. [§ 128 Abs. 2 SGB V](#) und die Sanktionsregelung des [§ 128 Abs. 3 SGB V](#) für anwendbar erklärt (Nolte in: Kasseler Kommentar, [§ 128 SGB V](#), Rn. 3). Durch diese Erweiterung soll allein ausgeschlossen werden, dass finanzielle Vorteile im Zusammenhang mit der Versorgung von Versicherten auch bei der Verordnung von Arzneimitteln ohne Wissen und Beteiligung der Krankenkassen gewährt werden (RegEntw. [BT-Drucks 16/12&201;256 S. 65](#)). Eine derartige Situation stellt sich hier jedoch nicht. Der von der Antragsgegnerin als gesetzliche Krankenkasse initiierte BzT-Vertrag enthält keine Vergütungsregelung und stellt – quasi als vertragliche Ausprägung des bereits in [§ 128 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) geregelten Verbots – in § 4 Abs. 1 nochmals klar, dass beteiligte DSP weder von Unternehmen noch von Versicherten Zahlungen oder andere Vorteile im Zusammenhang mit der Versorgung mit Blutzuckerteststreifen fordern oder annehmen dürfen. Vielmehr ist bei Sachverhalten der vorliegenden Art daran festzuhalten, dass sich die Vertragsschlusskompetenz der Krankenkassen nach [§ 53 Abs. 1 SGB X](#) bestimmt und sich Krankenkassen zur Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots grundsätzlich sämtlicher Mittel des Verwaltungshandelns – insbesondere auch des Abschlusses von öffentlich-rechtlichen Verträgen – bedienen dürfen (BVerfG, Beschluss v. 13.09.2005 – [2 BvF 2/03](#), [BVerfGE 114, 196](#)).

Ebenso wenig hat die Antragsgegnerin insbesondere mit ihrer Patienteninformation gegen [§ 19 Abs. 1 ALV](#) verstoßen. Diese Regelung lautet: "In Informationen der Krankenkassen gegenüber den Versicherten über preisgünstige Versorgungsmöglichkeiten sind die Apotheken, wenn und soweit Preise vorgegeben oder vereinbart sind, in geeigneter Weise zu berücksichtigen." Diesen Vorgaben hat die Antragsgegnerin jedenfalls in der ab 16.10.2012 verwendeten Patienteninformation Rechnung getragen.

Blutzuckerteststreifen fallen in den Anwendungsbereich des [§ 19 Abs. 1 ALV](#), da es sich um Erzeugnisse handelt, deren Preise Apothekerverband Westfalen-Lippe e.V. und die Antragsgegnerin in der Anlage 3a-WL des ALV vereinbart haben. Die Antragsgegnerin hat die Patienteninformation zwar zunächst ohne Hinweis auf die Bezugsmöglichkeiten in öffentlichen Apotheken verfasst. Allerdings hat sie die Patienteninformation ergänzt und weist nunmehr ausdrücklich auf die unverändert bestehenden Bezugsmöglichkeiten in Apotheken hin. Die Versicherten werden außerdem darüber unterrichtet, dass sie nicht verpflichtet sind, Blutzuckerteststreifen unter Mitwirkung der DSP unmittelbar vom Leistungserbringer zu beziehen. Dieser Hinweis ist auch "geeignet" i.S.d. [§ 19 Abs. 1 ALV](#), da er in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit den aufgrund des BzT-

Vertrages bestehenden Bezugsmöglichkeiten erteilt wird und den Versicherten Klarheit zum einen darüber verschafft, dass sie Blutzuckertestsysteme in Apotheken beziehen können und zum anderen nicht zum Direktbezug verpflichtet sind.

Auch ein Verstoß gegen § 3 Anlage 3a-WL ist nicht gegeben. Danach stimmen die Vertragspartner darin überein, dass die Apotheken vor Ort eine zentrale Rolle für eine wirtschaftliche Versorgung mit Blutzuckerteststreifen einnehmen sollen (Satz 1). Soweit Krankenkassen über Bezugsmöglichkeiten von Blutzuckerteststreifen informieren, hat dies diskriminierungsfrei zu erfolgen; auf die Bezugsmöglichkeiten öffentlichen Apotheken ist hinzuweisen (Satz 2). Eine Aufforderung von Ärzten und Versicherten, Blutzuckerteststreifen bei bestimmten Anbietern direkt zu beziehen, ist unzulässig (Satz 3).

Satz 1 stellt nach Ansicht des Senats einen Programmsatz dar, der lediglich die Absicht der Vertragsparteien, Apotheken eine zentrale Rolle bei der wirtschaftlichen Versorgung mit Blutzuckerteststreifen einzuräumen, in ein vertragliches Gewand kleidet und letztlich durch die Sätze 2 und 3 konkretisiert wird. Zudem ist hier nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin allein aufgrund der im BzT-Vertrag getroffenen Abreden eine zentrale Rolle von öffentlichen Apotheken in Frage stellt. Satz 2 HS 1 setzt zunächst voraus, dass Krankenkassen grundsätzlich die Möglichkeit haben, Versicherte über Bezugsmöglichkeiten von Blutzuckerteststreifen auch bei anderen Leistungserbringern als Apotheken zu informieren. Satz 2 HS 2 stellt wiederum eine Konkretisierung von Satz 2 HS 1 dar, wonach Krankenkassen diskriminierungsfrei über die Bezugsmöglichkeiten von Blutzuckerteststreifen zu informieren haben und verpflichtet diese, auf die Bezugsmöglichkeiten öffentlichen Apotheken hinzuweisen. Einen solchen Hinweis hat die Antragsgegnerin den Versicherten jedoch in der überarbeiteten Fassung der Patienteninformation erteilt und ausdrücklich klargestellt, dass Versicherte Blutzuckerteststreifen nach wie vor in einer öffentlichen Apotheke erhalten können. Dass diese Information in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Angebot zum Direktbezug erteilt wurde, hat der Senat bereits oben dargelegt. Die Versicherteninformation enthält auch keine unzulässige Aufforderung an Versicherte und Vertragsärzte, Blutzuckerteststreifen ausschließlich bei bestimmten Anbietern direkt zu beziehen. Im Hinblick auf die Mitwirkung von DSP wird in der Präambel des BzT-Vertrages dargelegt, dass die Mitarbeit von DSP auf freiwilliger Basis erfolge. Auch die Versicherten werden in der modifizierten Fassung der Patienteninformation ausdrücklich darauf hingewiesen, dass keinerlei Verpflichtung zum Direktbezug besteht (" ... Dieses Angebot verpflichtet Sie zu nichts "). Es ist zwar unverkennbar, dass die Patienteninformation aufgrund ihrer sprachlichen Fassung einen werbenden Charakter hat. Die Grenze zu einer Aufforderung ist jedoch nach Auffassung des Senats nicht überschritten, zumal insbesondere im Hinblick auf die Versicherten deutlich gemacht wurde, dass nach wie vor ein Bezug über öffentliche Apotheken möglich ist und gegenüber den DSP in der Präambel betont wird, dass die Mitwirkung auf freiwilliger Basis erfolgt.

Der Abschluss des BzT-Vertrages und die damit verbundene Erteilung der Patienteninformation in ihrer modifizierten Fassung stellt keinen Verstoß gegen [§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB](#) dar, wonach ein Missbrauch (einer marktbeherrschenden Stellung)

insbesondere vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Diese Voraussetzungen sind hier indes nicht erfüllt, selbst wenn man – wovon der Senat derzeit noch nicht ausgeht – unterstellt, dass die Antragsgegnerin tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung hat ([§ 19 Abs. 2 und 3 GWB](#)).

Es ist zwar einzuräumen, dass die Antragsgegnerin durch den BzT-Vertrag den Bezug von Blutzuckerteststreifen und die Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven abweichend zu den tradierten Bezugswegen organisiert hat und es insoweit tatsächlich zu einem verringerten Absatz in öffentlichen Apotheken kommen kann, so dass es sich zunächst um eine für die Antragstellerin "wettbewerblich nachteilige Maßnahme" (vgl. Bechtold in: Bechtold, GWB, § 19, Rn. 67 m.w.N.) i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 1 handelt. Die Partner des ALV haben jedoch durch die Fassung des § 3 Satz 2 Anlage 3a-WL vorausgesetzt, dass öffentliche Apotheken trotz ihrer in § 3 Satz 1 Anlage 3a-WL bestätigten zentralen Rolle bei der Versorgung mit Blutzuckerteststreifen keine Alleinstellung haben. Krankenkassen müssen sich demgemäß bei der Information über andere Bezugsmöglichkeiten "nur" diskriminierungsfrei verhalten. Diesen Vorgaben hat die Antragsgegnerin Rechnung getragen, indem sie klargestellt hat, dass die Teilnahme von DSP am BzT-Vertrag auf freiwilliger Basis zu erfolgen hat und Versicherte in der Patienteninformation trotz des zugegebenermaßen appellativen Charakters auf die Freiwilligkeit des Direktbezuges und ferner ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass es den Versicherten unbenommen bleibt, Blutzuckerteststreifen weiterhin in öffentlichen Apotheken zu beziehen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass trotz möglicherweise für Apotheken zu erwartender negativer Absatzentwicklungen bei Blutzuckerteststreifen aufgrund der von der Antragsgegnerin erzielten geringeren Abgabepreise wiederum positive Auswirkungen auf die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung – nach der Rechtsprechung des BVerfG ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut (BVerfG, Beschluss v. 13.09.2005 – [2 BvF 2/03](#), [BVerfGE 114, 196](#), Rn. 239) – zu erwarten sind. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass Blutzuckerteststreifen nach den Angaben der Antragstellerin aktuell zu einem Anteil von 80-85 % von öffentlichen Apotheken an Versicherte abgegeben werden, so dass der BzT-Vertrag in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung und die unzweifelhaft bestehende Nachfragemacht der Antragsgegnerin dazu beitragen können, den Wettbewerb zwischen den jeweiligen Leistungserbringern auf dem sachlich relevanten Markt "Blutzuckerteststreifen" zu intensivieren. Bezweckt oder bewirkt eine Maßnahme die Intensivierung des Wettbewerbs, scheidet die Annahme eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Auffassung des Senats jedoch auch dann aus, wenn damit für eine Marktseite Einbußen verbunden sein können, zumal die Intensivierung des Wettbewerbs dem Schutzzweck des GWB – Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs (Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 19, Rn. 5 m.w.N.) – Rechnung trägt.

Unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen scheidet entgegen der vom Antragsteller vertretenen Ansicht auch die Annahme eines Diskriminierungs- und

Behinderungsmissbrauchs im Sinne des [§ 20 Abs. 1 und 2 GWB](#) aus.

Vergleichbare Erwägungen gelten für den vom Antragsteller gerügten Verstoß gegen [Art. 12 Abs. 1 GG](#). Auch wenn man davon ausgeht, dass die Antragsgegnerin mit dem BzT-Vertrag (mittelbar) in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin eingegriffen hat, ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin mit den von ihr ausgewählten Lieferanten geringere Abgabepreise vereinbart hat und auf diese Weise der Finanzierbarkeit der Aufgabenerfüllung der gesetzlichen Krankenversicherung Rechnung getragen wird. Im Übrigen wurde bereits oben dargelegt, dass der BzT-Vertrag im Ergebnis keine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung oder Behinderung der Antragstellerin zur Folge hat. Auch vor diesem Hintergrund ist ein etwaiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Da die Antragsgegnerin ihre Versicherten in der modifizierten Patienteninformation ab 16.10.2012 nicht aufgefordert hat, Blutzuckerteststreifen nur bei bestimmten Anbietern direkt zu beziehen und gleichzeitig darauf hingewiesen hat, dass es den Versicherten unbenommen bleibe, Blutzuckerteststreifen nach wie vor in öffentlichen Apotheken zu beziehen, hat die Antragstellerin auch keinen Anordnungsanspruch im Hinblick auf den Hilfsantrag glaubhaft gemacht.

Nach alledem kommt es nicht darauf an, ob ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a Abs. 1 Satz 1 HS 3 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#).

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a Abs. 1 Satz 1 HS 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2](#), [52 Abs. 1](#) und 2, [47 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG).

Der Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 05.09.2013

Zuletzt verändert am: 05.09.2013