
S 8 KR 1552/17

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Krankenversicherung – öffentlich-rechtlich geordnetes Leistungserbringungsrecht – Reichweite der Neutralitätspflicht einer Krankenkasse – Unzulässigkeit einer Beeinflussung zugunsten bestimmter Leistungserbringer (hier: durch Beifügung einer Werbebeilage einer Versandapotheke in Mitgliederzeitschrift der Krankenkasse)
Leitsätze	Nach dem öffentlich-rechtlich geordneten Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung unzulässig ist jede Beeinflussung von Versicherten zugunsten bestimmter Leistungserbringer, die sich mit der Neutralitätspflicht der Krankenkassen im Wettbewerb der Leistungserbringer rechtlich nicht vereinbaren lässt.
Normenkette	SGB V § 31 Abs 1 S 5 ; SGB V § 31 Abs 1 S 6 ; SGB V § 129 Abs 5 ; GG Art 3 Abs 1 ; GG Art 12 Abs 1 ; PDSG

1. Instanz

Aktenzeichen	S 8 KR 1552/17
Datum	01.10.2019

2. Instanz

Aktenzeichen	L 1 KR 5/20
Datum	12.11.2020

3. Instanz

Datum	01.06.2022
-------	------------

Auf die Revisionen der Kläger werden der Beschluss des Landessozialgerichts Hamburg vom 12.  November 2020 sowie das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 1.  Oktober 2019 aufgehoben und die Beklagte verurteilt,

1.  es zu unterlassen, ihre Versicherten außerhalb konkreter Versichertenanfragen und/oder außerhalb von gesetzlich normierten selektivvertraglichen Versorgungsmodellen, bei denen die Teilnahme am Versorgungsmodell zuvor unter den Apotheken öffentlich ausgeschrieben wurde, dahingehend zu beeinflussen und/oder beeinflussen zu lassen, Arzneimittel über die Versandapotheke DocMorris zu beziehen, wie dies durch die Beifügung einer Werbebeilage der Versandapotheke DocMorris als nicht verbundene Beilage zur Mitgliederzeitschrift   fit!      Das Gesundheits-Magazin    (Ausgabe 1/2017) geschehen ist,

2.  an den Kläger zu  1 einen Betrag in Höhe von 1379,80  Euro zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in allen Rechtszügen.

 

G r   n d e :

I

 

1

Im Streit steht ein Anspruch auf Unterlassung einer Werbung in der Mitgliederzeitschrift einer Krankenkasse.

 

2

Die beklagte Krankenkasse fügte ihrer kostenlosen Mitgliederzeitschrift für die Versicherten (Heft 1/2017) eine Werbebeilage der Versandapotheke DocMorris bei, mit der diese  ua auf ihren Rezeptbonus von garantiert 2  Euro bis zu 12  Euro pro Rezept und einen Kennenlern-Vorteil von 5  Euro bei Rezepteinsendung durch Neukunden hinwies; Bestandteil der Werbebeilage war ein an die Versandapotheke adressierter Freiumschlag für die Rezepteinsendung. Im Impressum der Zeitschrift war die Beklagte als Herausgeberin angegeben und der Hinweis enthalten, dass zur Refinanzierung in der Ausgabe gewerbliche Anzeigen sowie Beilagen zu finden seien; alle Anzeigen seien als solche gekennzeichnet und stellten keine Empfehlung der Beklagten dar.

 

3

Der zuÂ 1 klagende Apothekerverein und der zuÂ 2 klagende, dem Verein vorsitzende Apotheker haben nach erfolgloser vorgerichtlicher Abmahnung der Beklagten sowie nach einem vor SG und LSG erfolglosen einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit ihren Klagen von der Beklagten die Unterlassung einer Beeinflussung ihrer Versicherten zum Bezug von Arzneimitteln durch die Versandapotheke verlangt. Die BeifÃ¼gung von deren Werbebeilage durch die Beklagte in der Mitgliederzeitschrift verstÃ¶Ãe gegen die wettbewerbliche NeutralitÃ¤tspflicht, die in Â§ 7 Abs 1 des ua zwischen den Beteiligten geschlossenen Arzneiversorgungsvertrags (AVV) und seit 2020 auch in [Â§ 31 Abs 1 Satz 6 SGB V](#) geregelt sei. Klage und Berufung blieben ohne Erfolg: Eine Beeinflussung der Versicherten durch die Beklagte zugunsten der Versandapotheke sei nicht zu erkennen, weil die BeifÃ¼gung der Werbung zur Mitgliederzeitschrift in deren Impressum unter Distanzierung der Beklagten vom Inhalt der Werbebeilage erfolgt sei (*Urteil des SG vom 1.10.2019; Beschluss des LSG vom 12.11.2020*).

Â

4

Mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen verfolgen die KlÃ¤ger ihr Unterlassungsbegehren weiter und rÃ¼gen eine Verletzung von [Â§ 7 Abs 1 AVV](#) und von [Â§ 31 Abs 1 Satz 6 SGB V](#). Die BeifÃ¼gung der Werbebeilage sei eine unzulÃ¤ssige Beeinflussung der Versicherten zugunsten der Versandapotheke durch die Beklagte und verstÃ¶Ãe gegen deren vertragliche und gesetzliche NeutralitÃ¤tspflicht im Apothekenwettbewerb, die alle Formen der Beeinflussung verbiete.

Â

5

Die KlÃ¤ger beantragen,

Â

Â

Â

Â

6

Die Beklagte verteidigt die angegriffene Entscheidung und beantragt,

Â

Â

II

Â

7

Die zulässigen Revisionen der Kläger sind begründet ([Â§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG](#)). Die beklagte Krankenkasse ist zur zukünftigen Unterlassung von Werbung in ihrer Mitgliederzeitschrift zum Bezug von Arzneimitteln bei einer bestimmten Apotheke sowie zur Zahlung der vorgerichtlichen Abmahnkosten verpflichtet.

Â

8

1.Â Streitgegenstand des Revisionsverfahrens sind die vorinstanzlichen Entscheidungen und das zukunftsgerichtete Unterlassungsbegehren der Kläger, dem die Beklagte bis zuletzt entgegengetreten ist, sowie das Begehren des Klägers zuÂ 1 auf Zahlung vorgerichtlicher Abmahnkosten.

Â

9

2.Â Verfahrensrechtliche Hindernisse stehen einer Sachentscheidung des Senats nicht entgegen. Insbesondere verfolgen die Kläger ihr zukunftsgerichtetes Begehren auf Unterlassung einer konkret beanstandeten Verletzungshandlung zutreffend mit der vorbeugenden Unterlassungsklage als Unterfall der Leistungsklage nach [Â§ 54 Abs 5 SGG](#) (vgl zu dieser Rechtsschutzform BSG vom 16.5.2013 â [BÂ 3Â P 5/12Â RÂ](#) â SozR 4â3300 Â§ 115 NrÂ 2 RdNrÂ 9 mwN; BSG vom 30.7.2019 â [BÂ 1Â KR 34/18Â RÂ](#) â [BSGE 129, 10Â](#) = SozR 4â2500 Â§ 53 NrÂ 3, RdNrÂ 11 mwN; vgl zur Zulässigkeit des auf eine konkrete Verletzung bezogenen Unterlassungsantrags BGH vom 7.4.2011 â [IÂ ZR 34/09](#) â *juris* RdNrÂ 17). Ihre Klagebefugnis hierfür folgt aus der vertraglich wie gesetzlich geregelten Neutralitätspflicht der Krankenkassen im Apothekenwettbewerb, die zumindest auch dem Schutz der Wettbewerbsstellung der Apotheken zu dienen bestimmt ist, und aus dem grundrechtlichen Schutz dieser Wettbewerbsstellung durch ArtÂ 12 AbsÂ 1 und ArtÂ 3 AbsÂ 1 GG (vgl zur Klagebefugnis von Leistungserbringern aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten letztens BSG vom 10.9.2020 â [BÂ 3Â KR 11/19Â RÂ](#) â SozR 4â2500 Â§ 35a NrÂ 6 RdNrÂ 28Â ff). Es liegt zudem das für die vorbeugende Unterlassungsklage

erforderliche qualifizierte Rechtsschutzinteresse vor, weil die Kläger sich auf eine Wiederholungsgefahr berufen können, nachdem die Beklagte bis zuletzt die Rechtmäßigkeit der Werbung der Versandapotheke in der Mitgliederzeitschrift verteidigt hat, und weil bei einer Wiederholung wirtschaftliche Nachteile zulasten der Mitgliedsapotheken des Klägers zu   1 sowie des Klägers zu   2 drohen, die diesen nicht zuzumuten sind. Auch haben die Kläger zulässige Ausnahmen von einer Neutralitätspflicht der Beklagten bereits im Rahmen ihrer Antragstellung berücksichtigt. Die Klage des Klägers zu   1 auf Zahlung vorgerichtlicher Abmahnkosten ist als Leistungsklage zulässig.

  

10

3.   Rechtsgrundlage des Unterlassungsbegehrens ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch. Dieser setzt die Rechtswidrigkeit eines schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns, die Verletzung eines subjektiven Rechts und ein Andauern der Verletzung oder eine Wiederholungsgefahr voraus (*vgl dazu BSG vom 30.7.2019        B   1   KR 34/18   R        BSGE 129, 10   = SozR 4    2500      53 Nr   3, RdNr   14 mwN*).

  

11

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung des Vorliegens dieser Voraussetzungen durch den Senat ist beim zukunftsgerichteten vorbeugenden Unterlassungsbegehren die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren (*vgl BSG vom 25.9.2001        B   3   KR 3/01   R        BSGE   89, 24   = SozR 3    2500      69 Nr   1, juris RdNr   20*).

  

12

4.   Für ihren geltend gemachten Anspruch auf Unterlassung einer Beeinflussung von Versicherten zugunsten einer bestimmten Apotheke durch Werbung in der von der Beklagten herausgegebenen Mitgliederzeitschrift konnten sich die Kläger von Beginn an auf das vertragliche Beeinflussungsverbot und können sie sich nunmehr auf die 2020 in das SGB   V eingefügte entsprechende gesetzliche Regelung stützen. Eine rechtswidrige Beeinflussung im Sinne dieser Regelungen ist es, wenn eine Krankenkasse        wie hier        ihrer kostenlosen Mitgliederzeitschrift eine Werbebeilage einer Versandapotheke beifügt, mit der diese   ua ihren Rezeptbonus und einen finanziellen Kennenlern-Vorteil für Neukunden bewirbt und deren Bestandteil ein an die Versandapotheke adressierter Freiumschlag ist.

  

a) Die Regelung im zwischen den Beteiligten geltenden Arzneiversorgungsvertrag, einem bundesweit geltenden leistungserbringungsrechtlichen Normenvertrag auf der Grundlage von [Â§ 129 Abs 5 SGB V](#), bestimmte in seiner Fassung ab 1.4.2016 in [Â§ 7 Abs 1 AVV](#) und bestimmt in seiner aktuellen Fassung ab 1.3.2021 in [Â§ 18 Abs 1 AVV](#) ua, dass die Versicherten von den Ersatzkassen nicht zugunsten bestimmter Apotheken oder Lieferanten beeinflusst werden dürfen. Mit Wirkung vom 20.10.2020 regelt [Â§ 31 Abs 1 Satz 6 SGB V](#) ua, dass Krankenkassen, soweit gesetzlich nicht etwas anderes bestimmt oder aus medizinischen Gründen im Einzelfall eine Empfehlung geboten ist, die Versicherten nicht dahingehend beeinflussen dürfen, Verordnungen bei einer bestimmten Apotheke oder einem sonstigen Leistungserbringer einzulassen (eingeführt durch das Patientendaten-Schutz-Gesetz – PDSG vom 14.10.2020, BGBl I 2115).

Â

Sinn und Zweck dieser Regelungen sind die Sicherung des Rechts der Versicherten auf freie Apothekenwahl ([Â§ 31 Abs 1 Satz 5 SGB V](#)) und der Neutralitätspflicht der Krankenkassen im Apothekenwettbewerb (vgl zur flankierenden Absicherung der freien Apothekenwahl durch ein an Krankenkassen adressiertes grundsätzliches Beeinflussungsverbot und zum Verbot einer Einmischung von Krankenkassen in den Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern [BT-Drucks 19/18793 S 91](#) f; s auch [Â§ 33 Abs 6 SGB V](#) für das Recht der Versicherten auf Inanspruchnahme aller vertragsgebundenen Hilfsmittelleistungserbringer und [Â§ 76 SGB V](#) für das Recht der Versicherten auf freie Arztwahl). Die Neutralitätspflicht der Krankenkassen im Wettbewerb der Leistungserbringer ist dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung seit jeher immanent; sie wurzelt in den grundrechtlichen Vorgaben der Berufsfreiheit der Leistungserbringer und deren Gleichbehandlungsanspruch (vgl zum verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz BSG vom 25.9.2001 – [B 3 KR 3/01 R](#) – [BSGE 89, 24](#) = [SozR 3 2500 Â§ 69 Nr 1](#), juris RdNr 40). Mit dieser Neutralitätspflicht vereinbar sind Informationen der Krankenkassen an Versicherte über Leistungserbringer ([Â§ 305 Abs 3 SGB V](#)), grundsätzlich aber nicht die Beeinflussung von Versicherten zugunsten bestimmter Leistungserbringer.

Â

b) Ausgehend von diesem Sinn und Zweck der vertraglichen und gesetzlichen Regelungen liegt eine rechtswidrige Beeinflussung von Versicherten nicht erst vor, wenn Krankenkassen selbst und gezielt ihre Versicherten auf eine bestimmte Apotheke hinweisen, um die Einlassung von Verordnungen dort zu bewirken.

Vielmehr genügt es, wenn sie es den Versicherten durch die Beifügung einer wie hier gestalteten, unmittelbar auf eine Beeinflussung zur Einlösung von Rezepten bei ihr zielenden Werbebeilage einer Versandapotheke in der von der Krankenkasse herausgegebenen Mitgliederzeitschrift ermöglichen und vereinfachen, Verordnungen bei der werbenden Versandapotheke einzulösen, was unter Verstoß gegen die von den Krankenkassen einzuhaltende Neutralitätspflicht wirtschaftlich zulasten aller weiteren Apotheken geht. Dass auch alle diese Apotheken in dieser Weise in der Mitgliederzeitschrift werben könnten, ist ausgeschlossen; dies macht deutlich, dass von der Krankenkasse mit der Beifügung der Werbebeilage eine Auswahlentscheidung getroffen worden ist, die zudem – jedenfalls wegen des für die Beifügung erhaltenen Entgelts zur Refinanzierung der Zeitschrift – in ihrem wirtschaftlichen Eigeninteresse liegt. Das rechtfertigt es, der Krankenkasse die auf eine Beeinflussung von Versicherten zielende Werbebotschaft der Versandapotheke als eigene Beeinflussung der Versicherten zuzurechnen.

Ä

16

Von dieser Zurechnung der Werbebotschaft eines Dritten in der ihrerseits Werbezwecken im Kassenwettbewerb dienenden Mitgliederzeitschrift zu den Krankenkassen können sich diese nicht dadurch freizeichnen, dass sie im Impressum der Zeitschrift darauf hinweisen, in ihr enthaltene Werbung diene zur Refinanzierung der Zeitschrift und stelle keine Empfehlung der Krankenkasse dar. Das nimmt der Beifügung einer Werbebeilage einer bestimmten Apotheke durch die rechtlich auf Neutralität im Apothekenwettbewerb verpflichteten Krankenkassen nichts von ihrer rechtswidrigen beeinflussenden Wirkung auf die Versicherten zugunsten einer bestimmten Apotheke. Entgegen dem Revisionsvorbringen der Beklagten ist maßgeblich für die Bewertung der Beifügung einer solchen Werbebeilage als Beeinflussung von Versicherten nicht, wie diese als Verbraucher und mündige Leser die Werbung verstehen, sondern wozu die Beklagte rechtlich gegenüber den Klägern verpflichtet ist. Die Bewertungsmaßstäbe für den Krankenkassen zuzurechnende Werbung von Dritten folgen nicht aus dem zivilrechtlichen Lauterkeitsrecht, sondern aus dem öffentlich-rechtlich geordneten Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. bereits BSG vom 25.9.2001 – [B 3 KR 3/01 R](#) – [BSGE 89, 24](#) = [SozR 3-2500](#) § 69 Nr. 1, juris RdNr. 30 ff).

Ä

17

c) Nach dem öffentlich-rechtlich geordneten Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung unzulässig ist jede Beeinflussung von Versicherten zugunsten bestimmter Leistungserbringer, die sich mit der Neutralitätspflicht der Krankenkassen im Wettbewerb der Leistungserbringer rechtlich nicht vereinbaren lässt.

Auf eine Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Beeinflussungen von Versicherten durch Krankenkassen zugunsten bestimmter Leistungserbringer kommt es hierfür nicht an. Entgegen dem Revisionsvorbringen der Beklagten können sich Krankenkassen zur Rechtfertigung von gegen ihre Neutralitätspflicht verstoßenden Beeinflussungen von Versicherten zugunsten bestimmter Leistungserbringer auch nicht auf Grundrechte – hier etwa die Pressefreiheit – oder deren objektiv-rechtliche Schutzgehalte berufen. Das Leistungserbringungsrecht nach den §§ 69 ff SGB V und dessen grundrechtliche Vorgaben zum Schutz privater Leistungserbringer bestimmen insoweit abschließend, wozu Krankenkassen verpflichtet sind.

5. Die Kläger sind durch die rechtswidrige Beeinflussung von Versicherten seitens der Beklagten in ihren subjektiven Rechten verletzt. Die vertraglichen und gesetzlichen Regelungen zum Beeinflussungsverbot und zur Neutralitätspflicht der Krankenkassen im Apothekenwettbewerb sind auch dem Schutz ihrer Wettbewerbsstellung als Leistungserbringer im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zu dienen bestimmt. Eine gleichheitswidrige Bevorzugung eines bestimmten Leistungserbringers in diesem Wettbewerb – wie hier der Versandapotheke durch Beifügung von deren Werbebeilage in der Mitgliederzeitschrift der Krankenkasse – verletzt die Kläger als Wettbewerbsteilnehmer in ihrer grundrechtlich durch Art 12 Abs 1 und Art 3 Abs 1 GG gewährleisteten Wettbewerbsstellung, die sie bei Verletzungen durch eine Krankenkasse mittels des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen die Krankenkasse durchsetzen können.

6. Die für diesen Anspruch bei einer nicht mehr andauernden Verletzung erforderliche Gefahr von deren Wiederholung liegt vor. Nachdem die Beklagte die vorgerichtliche Abmahnung zurückgewiesen hatte (vgl. BSG vom 30.7.2019 – B 1 KR 16/18 R – BSGE 128, 300 = SozR 4-2500 § 4 Nr 3, RdNr 23) und im gerichtlichen Verfahren die Rechtmäßigkeit der Beifügung einer wie hier gestalteten Werbebeilage in ihrer Mitgliederzeitschrift bis zuletzt verteidigt hat, steht den Klägern der von ihnen geltend gemachte zukunftsgerichtete Anspruch auf Unterlassung einer entsprechenden rechtswidrigen Beeinflussung der Versicherten zur Abwehr künftiger Rechtsverletzungen zu.

7. Anspruch hat der Kläger zu 1 zudem auf die Zahlung der vorgerichtlichen Abmahnkosten, weil die Beifügung der Werbebeilage auch zum Zeitpunkt der Abmahnung eine vertragswidrige, zu unterlassende Beeinflussung der Versicherten durch die Beklagte darstellte (*vgl zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt BGH vom 27.1.2022 – I ZR 7/21 – juris RdNr 11*). Mit ihrer berechtigten Abmahnung vor Einleitung gerichtlicher Schritte hat der Kläger zu 1 der Beklagten Gelegenheit zur Vermeidung eines kostenpflichtigen Gerichtsverfahrens gegeben und Anspruch auf Ersatz seiner erforderlichen Aufwendungen hierfür in entsprechender Anwendung der Regelungen zur Geschäftsführung ohne Auftrag ([    69 Abs 1 Satz 3 SGB V](#) iVm [    683 Satz 1](#), [      677](#), [670 BGB](#); *vgl zum Rechtsgedanken dieses Aufwendungsersatzes auch [    12 Abs 1 UWG](#) in der bis zum 1.12.2020 geltenden Fassung*). Die Höhe der für die Abmahnung geltend gemachten Rechtsanwaltskosten ist nicht zu beanstanden.

  

22

Die Kostenentscheidung beruht auf [    197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [    154 Abs 1](#), [    162 VwGO](#).

  

Erstellt am: 20.10.2022

Zuletzt verändert am: 21.12.2024