

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Prof. Dr. Schaffert, die Richterinnen Pohl und Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts München - 1. Zivilsenat - vom 17. Oktober 2019 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin importiert und vertreibt Arzneimittel, darunter die sogenannten "Lifestyle"-Arzneimittel X. , V. , C. , L. , Ch. , A. , B. und Vi. . Die Beklagte ist ein Unternehmen der privaten Krankenversicherung.
- 2 Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, nicht dazu verpflichtet zu sein, der Beklagten für die genannten "Lifestyle"-Arzneimittel Herstellerrabatte im Sinne von § 1 Satz 1 AMRabG zu gewähren.
- 3 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

4 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin treffe gegenüber der Beklagten in Bezug auf die streitgegenständlichen verschreibungspflichtigen "Lifestyle"-Arzneimittel keine Verpflichtung zur Gewährung von Herstellerrabatten nach § 1 Satz 1 AMRabG in Verbindung mit § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V. Zwar lasse der Wortlaut des § 1 Satz 1 AMRabG auch ein Verständnis zu, nach dem sich der dort ausgesprochene Verweis auf bestimmte Absätze des § 130a SGB V allein auf die darin geregelte Höhe der Abschläge beziehe. Sowohl die Gesetzgebungshistorie als auch die Gesetzssystematik sprächen aber dafür, dass ein Anspruch der privaten Krankenversicherungen gegenüber den pharmazeutischen Unternehmen auf Rabattgewährung nur für diejenigen verschreibungspflichtigen Arzneimittel bestehe, die nach § 31 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 1 SGB V auch zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben werden könnten. Dies sei in Bezug auf die betroffenen "Lifestyle"-Arzneimittel nicht der Fall, da Arzneimittel, bei denen eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund stehe, nach § 34 Abs. 1 Satz 7 SGB V von der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen seien. Es sei für die privaten Krankenkassen auch nicht unzumutbar oder unpraktikabel, vor der Geltendmachung von Rabatten zu prüfen, ob die jeweiligen Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung einem Leistungsausschluss unterlägen. Eine unzumutbare Belastung der privaten Krankenversicherungen oder der bei ihnen Versicherten infolge des Nichtbestehens eines Anspruchs auf Gewährung von Herstellerabschlägen für verschreibungspflichtige "Lifestyle"-Arzneimittel sei ebenfalls nicht ersichtlich.

5 B. Die hiergegen gerichtete zulässige Revision der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

6 I. Die Revision ist zulässig.

7 Dem steht nicht entgegen, dass das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, ohne nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EGZPO darüber zu befinden, ob das Bayerische Oberste Landesgericht oder der Bundesgerichtshof für die Verhandlung und Entscheidung über die Revision zuständig ist. Nach Einlegung der Revision hat das Berufungsgericht den Tenor des Urteils nach § 319 Abs. 1 ZPO dahingehend berichtigt, dass die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen werde. Dieser ist damit für die Verhandlung und Entscheidung über die Revision zuständig (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 Rn. 10 = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen; Urteil vom 17. Dezember 2020 - I ZR 158/19, juris Rn. 7).

8 II. In der Sache hat die Revision keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung von Herstellerrabatten für die streitgegenständlichen "Lifestyle"-Arzneimittel aus § 1 Satz 1 AMRabG in Verbindung mit § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V zu Recht verneint.

9 1. Nach § 1 Satz 1 AMRabG haben die pharmazeutischen Unternehmen den Unternehmen der privaten Krankenversicherung und den Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften für verschreibungspflichtige Arzneimittel, deren Kosten diese ganz oder teilweise erstattet haben, nach dem Anteil der Kostentragung Abschläge entsprechend § 130a Abs. 1, 1a, 2, 3, 3a und 3b SGB V zu gewähren.

10 § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V bestimmt, dass die Krankenkassen von Apotheken für zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel einen Abschlag in Höhe von sieben vom Hundert des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers ohne Mehrwertsteuer erhalten.

11 Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V haben Versicherte unter anderem Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln, soweit die Arzneimittel nicht nach § 34 SGB V oder durch Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2

Nr. 6 SGB V ausgeschlossen sind. Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V sind nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung nach § 31 SGB V ausgeschlossen. Dasselbe gilt gemäß § 34 Abs. 1 Satz 7 SGB V für Arzneimittel, bei denen eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund steht. Hierunter fallen nach § 34 Abs. 1 Satz 8 SGB V insbesondere Arzneimittel, die überwiegend zur Behandlung der erektilen Dysfunktion, der Anreizung sowie Steigerung der sexuellen Potenz, zur Raucherentwöhnung, zur Abmagerung oder zur Zügelung des Appetits, zur Regulierung des Körpergewichts oder zur Verbesserung des Haarwuchses dienen. Das Nähere regeln laut § 34 Abs. 1 Satz 9 SGB V die Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V.

- 12 2. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, ein Anspruch der privaten Krankenversicherer gegenüber den pharmazeutischen Unternehmen auf Gewährung von Herstellerrabatten nach § 1 Satz 1 AMRabG in Verbindung mit § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V bestehe nur für diejenigen verschreibungspflichtigen Arzneimittel, die nach § 31 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 1 SGB V auch zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben werden könnten.
- 13 a) Gegen eine Auslegung, wonach nur die Vorgaben des § 130a Abs. 1 SGB V zur Höhe der Abschläge und zu deren Berechnung, nicht aber die dort geregelten Anspruchsvoraussetzungen als für die Gewährung von Abschlägen nach § 1 Satz 1 AMRabG maßgeblich übernommen werden sollten, spricht bereits der Umstand, dass § 1 Satz 1 AMRabG ohne Einschränkung auf § 130a Abs. 1 SGB V verweist.
- 14 b) Auch dass nach § 1 Satz 1 AMRabG Abschläge "entsprechend" bestimmter Absätze des § 130a SGB V zu gewähren sind, lässt nicht darauf schließen, dass pharmazeutische Unternehmen privaten Krankenversicherungen im Unterschied zu gesetzlichen Krankenversicherungen Abschläge auch für solche

Arzneimittel zu gewähren haben, die nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherungen abgegeben werden können.

- 15 aa) Mit § 1 Satz 1 AMRabG sollte ein gesetzlicher Anspruch der Unternehmen der privaten Krankenversicherung und der Träger der Beihilfe und Heilfürsorge gegenüber pharmazeutischen Unternehmen auf Gewährung von Abschlägen für verschreibungspflichtige Arzneimittel entsprechend § 130a SGB V geschaffen werden. Damit sollten Einsparungen auch in denjenigen Bereichen der Absicherung im Krankheitsfall erzielt werden, die zuvor von den Preisregulierungen des Fünften Sozialgesetzbuchs nicht erfasst waren (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 10. November 2010, BT-Drucks. 17/3698, S. 60 re. Sp. zu Art. 11a, § 1).
- 16 bb) Das in § 1 Satz 1 AMRabG verwendete Wort "entsprechend" bringt lediglich zum Ausdruck, dass der für das System der gesetzlichen Krankenversicherung geschaffene § 130a SGB V auf die den Unternehmen der privaten Krankenversicherung und Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften zu gewährenden Abschläge auf Arzneimittel mit den Modifikationen anwendbar sein soll, die auf die unterschiedlichen Leistungserbringungsprinzipien in den beiden Versicherungssystemen zurückzuführen sind. Der Bestimmung des § 130a SGB V liegt das für gesetzlich Krankenversicherte geltende Sachleistungsprinzip zugrunde, wonach die Versicherten von der Apotheke ein Arzneimittel als Sachleistung der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten und zwischen dem Versicherer und der Apotheke eine unmittelbare Leistungsbeziehung besteht. Die gesetzlichen Krankenkassen erhalten daher den Abschlag auf die Arzneimittel nach § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V von den Apotheken. Dagegen stehen die privaten Krankenversicherungen aufgrund des für ihre Versicherten geltenden Kostenerstattungsprinzips in keiner unmittelbaren Rechtsbeziehung zu den die Arzneimittel abgebenden Apo-

theken. § 130a SGB V bedarf daher insoweit der Modifikation, als die Unternehmen der privaten Krankenversicherung den Abschlag auf die Arzneimittel gegenüber den pharmazeutischen Unternehmen geltend machen müssen.

- 17 c) Für die Annahme, dass der Anspruch auf Gewährung von Abschlägen für Arzneimittel auch dann, wenn er nicht durch ein Unternehmen der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern durch ein Unternehmen der privaten Krankenversicherung erhoben wird, voraussetzt, dass die betroffenen Arzneimittel auch zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben werden könnten, spricht zudem, dass nach dem Willen des Gesetzgebers für die beiden Krankenversicherungssysteme keine unterschiedlichen Kostendämpfungssysteme gelten sollen.
- 18 aa) Mit der Einführung des in § 130a SGB V verankerten Anspruchs der gesetzlichen Krankenkassen auf Abschläge für Arzneimittel im Jahr 2003 sollten die Finanzgrundlagen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherungen gestärkt, das Beitragssatzniveau stabilisiert und der finanzielle Spielraum für notwendige strukturelle Maßnahmen geschaffen werden (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Sicherung der Beiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung [Beitragssatzsicherungsgesetz - BSSichG], BT-Drucks. 15/28, S. 1, 11).
- 19 bb) Durch den mit dem Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz eingeführten § 1 Satz 1 AMRabG wurde der gesetzliche Abschlagsanspruch für verschreibungspflichtige Arzneimittel auf die sonstigen Träger von Kosten in Krankheitsfällen erstreckt. Dies wurde unter anderem damit begründet, es sei "sachlich nicht gerechtfertigt, für den Gesundheitsschutz außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung abweichende Abschläge vorzusehen" (vgl. BT-Drucks. 17/3698, S. 60 re. Sp. zu Art. 11a, § 1). Gesetzliche und private Krankenversicherungen sollten nach dem Willen des Gesetzgebers als jeweils eigene Säule für die ihnen

zugewiesenen Personenkreise einen dauerhaften und ausreichenden Versicherungsschutz sicherstellen. Es entspreche sozialstaatlichen Erwägungen, Personen, die gesetzlich zu einer Absicherung im Krankheitsfall verpflichtet seien, für das gleiche Arzneimittel nicht mit höheren Kosten zu belasten als Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung (BT-Drucks. 17/3698, S. 61 li. Sp. zu Art. 11a, § 1). Aus diesen gesetzgeberischen Zielen sowie daraus, dass der Gesetzgeber ausdrücklich betont hat, es könne "bei einem verordneten Arzneimittel eine Leistungsdifferenzierung nach dem Versichertenstatus ... nicht geben", lässt sich entnehmen, dass mit Einführung des Arzneimittelrabatts für den Bereich der privaten Krankenversicherung ein weitgehender Gleichlauf zu der bereits bestehenden Rabattpflicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen hergestellt werden sollte.

20 d) Diese Intention des Gesetzgebers hat auch in der Gesetzessystematik Niederschlag gefunden.

21 aa) Wie das Berufungsgericht zu Recht hervorgehoben hat, konstituiert § 1 Satz 1 AMRabG eine Abschlagspflicht nur in Bezug auf verschreibungspflichtige Arzneimittel, obwohl - anders als im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 1, § 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V) - private Krankenversicherungen ihren Versicherten grundsätzlich auch nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel erstatten. Zwar weist die Revision in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass für die gesetzlichen Krankenkassen unter den Voraussetzungen der § 130a Abs. 1, § 34 Abs. 1 Satz 2 und 5 SGB V in bestimmten Fällen auch für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ein Anspruch auf Rabattgewährung bestehen kann. Hierbei handelt es sich allerdings um eine Ausnahmeregelung, die den grundsätzlich intendierten Gleichlauf der Rabattpflicht nicht in Frage stellt.

- 22 bb) Auch der Umstand, dass in Folge der Verweisung des § 1 Satz 1 AMRabG auf § 130a Abs. 3 SGB V Arzneimittel, für die ein Festbetrag auf Grund des § 35 SGB V festgesetzt ist, ausdrücklich von der Rabattpflicht ausgenommen sind, obwohl im Bereich der privaten Krankenversicherung keine Beschränkung der Erstattungsfähigkeit auf den Festbetrag stattfindet, spricht dafür, dass der Gesetzgeber die Pflicht der pharmazeutischen Unternehmen zur Gewährung von Herstellerrabatten gegenüber den Unternehmen der privaten Krankenversicherung so regeln wollte, dass sie im Wesentlichen derjenigen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen entspricht.
- 23 e) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es erscheine fernliegend, dass der Gesetzgeber die Unterschiede im Leistungskatalog der Unternehmen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung bei der Gewährung von Arzneimittelrabatten habe ausgleichen wollen. Nach dem Willen des Gesetzgebers setze ein Abschlagsanspruch lediglich die tatsächliche Übernahme von Kosten durch den Anspruchsberechtigten voraus; eine Rabattpflicht nach § 1 Satz 1 AMRabG werde deshalb schon dadurch ausgelöst, dass verschreibungspflichtige Arzneimittel mit Kostenfolge für Unternehmen der privaten Krankenversicherung abgegeben würden.
- 24 aa) Die von der Revision zur Unterstützung ihrer Auffassung in Bezug genommenen Passage der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/3698, S. 61 li. Sp. zu Art. 11 a, § 1) besagt lediglich, dass eine Abschlagspflicht entfallen soll, wenn Kosten für das jeweilige Arzneimittel vom Anspruchsberechtigten nicht tatsächlich übernommen wurden. Eine Aussage dahingehend, dass bereits eine solche Kostenübernahme ausreicht, um einen Abschlagsanspruch zu begründen, weitere Voraussetzungen also nicht erfüllt sein müssen, kann ihr hingegen nicht entnommen werden.

- 25 bb) Ebenso wenig lässt sich ein solcher Schluss mit den jüngeren Erwägungen des Gesetzgebers rechtfertigen, denen zufolge der in § 130a SGB V geregelte Herstellerabschlag die "in anderen Wirtschaftsbereichen übliche ... Möglichkeit ersetzen (soll), für die Wahrung einer kurzen Zahlungsfrist ein Skonto und für Großabnehmer einen Mengenrabatt einzuräumen" (Entwurf eines Vierzehnten Gesetzes zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drucks. 18/201, S. 7 oben). Für die von der Revision vertretene Position ergibt sich auch aus dieser Aussage kein Anhaltspunkt. Insbesondere folgt aus dem mit ihr beschriebenen Wesen der Arzneimittelrabatte entgegen der Ansicht der Revision nicht, dass diese bereits und immer dann zu gewähren sind, wenn verschreibungspflichtige Arzneimittel mit Kostenfolge für private Krankenversicherungsunternehmen abgegeben werden.
- 26 cc) Die Senatsentscheidung "Abschlagspflicht I" (Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 127/14, GRUR 2016, 93 = WRP 2016, 48) kann die Revision ebenfalls nicht erfolgreich zur Unterstützung ihrer Rechtsauffassung anführen.
- 27 Unter der von der Revision in Bezug genommenen Randnummer 38 dieser Entscheidung heißt es, die Rabattpflicht sei nicht (deshalb) auf solche Leistungsbereiche der privaten Krankenversicherung zu beschränken, die - wie der Basistarif - im Prämien- und Leistungsumfang denjenigen der gesetzlichen Krankenversicherung entsprächen, weil die übrigen Privatversicherten finanziell leistungsfähig und daher nicht schutzbedürftig seien; eine Differenzierung in der Schutzbedürftigkeit gesetzlich und privat Krankensicherter sei nicht sachgerecht.
- 28 Anders als die Revision meint, lässt sich dieser Passage nicht entnehmen, dass der Senat eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des Arzneimittelrabattgesetzes auf Leistungsbereiche der privaten Krankenversicherung, die dem Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherungen entsprechen,

abgelehnt hat. Der Senat hat sich dort allein mit der Problematik der Begrenzung der Rabattpflicht auf die nach dem Basistarif oder diesem entsprechende Tarife zu erbringende Leistungen der privaten Krankenversicherungen befasst, ohne dabei zu der hier zu entscheidenden Frage Position zu beziehen, ob die in § 1 Satz 1 AMRabG vorgesehene Rabattpflicht alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel unabhängig davon erfasst, ob diese (auch) in der gesetzlichen Krankenversicherung erstattungspflichtig sind.

29 dd) Die Revision beruft sich schließlich ohne Erfolg darauf, dass über den konkreten Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenkassen der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 92 Abs. 1 SGB V entscheide, an dem die Anspruchsberechtigten des Arzneimittelrabattgesetzes gemäß § 91 Abs. 1 SGB V nicht beteiligt seien. Mittelbar könne der Gemeinsame Bundesausschuss so über die zum Rabatt berechtigenden Tatbestandsmerkmale zum Nachteil der privaten Krankenversicherungsunternehmen entscheiden.

30 (1) Diesem Einwand ist zum einen entgegenzuhalten, dass sich der Ausschluss der hier streitgegenständlichen "Lifestyle"-Arzneimittel von der Versorgung nach § 31 SGB V bereits aus dem Gesetz - nämlich aus § 34 Abs. 1 Satz 7 und 8 SGB V - ergibt. Soweit § 34 Abs. 1 Satz 9 SGB V vorsieht, dass Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V "das Nähere" regeln, folgt daraus lediglich eine Zuständigkeit des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Auflistung der einzelnen unter § 34 Abs. 1 Satz 7 und 8 SGB V fallenden Präparate (vgl. Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/Hess, 95. Lieferung Juli 2017, § 34 SGB V Rn. 12, 12a).

31 (2) Hinzu kommt, dass das Regelungssystem des Fünften Sozialgesetzbuchs im Grundsatz lediglich die gesetzlichen Krankenversicherungen betrifft und es über die Verweisungsnorm des § 1 Satz 1 AMRabG nur bezüglich be-

stimmter Vorschriften eines eng umgrenzten Teilbereichs als auch für die privaten Krankenversicherungen maßgeblich erklärt wurde. Dass die Unternehmen der privaten Krankenversicherung am Erlass der für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung erlassenen Richtlinien nach § 92 Abs. 1 SGB V nicht beteiligt sind, ist daher notwendige Folge der Entscheidung des Gesetzgebers, bestimmte Regelungen von dem einen Krankenversicherungssystem auf das andere zu übertragen.

32 (3) Schließlich hat der Gesetzgeber eine Beteiligung aller durch die Festlegungen der vom Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 92 SGB V erlassenen Richtlinien mittelbar oder unmittelbar Betroffenen offenbar auch nicht für erforderlich erachtet. Dies lässt sich unter anderem daraus ersehen, dass die pharmazeutischen Unternehmen ebenfalls nicht im Gemeinsamen Bundesausschuss vertreten oder in sonstiger Weise (etwa über eine Gelegenheit zur Stellungnahme, wie sie in § 92 SGB V verschiedentlich vorgesehen ist) am Erlass der Richtlinien nach § 92 Abs. 1 SGB V zu beteiligen sind, obwohl sie - insbesondere im Rahmen ihrer Pflicht zur Gewährung von Arzneimittelrabatten - durch deren Festlegungen ebenfalls betroffen und beschwert sein können.

33 f) Für die vom Berufungsgericht befürwortete Auslegung der Verweisung des § 1 Satz 1 AMRabG auf § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V sprechen nicht zuletzt verfassungsrechtliche Erwägungen.

34 Bereits in den Entscheidungen "Abschlagspflicht I" (GRUR 2016, 93 Rn. 22) und "Abschlagspflicht II" (Urteil vom 12. November 2015 - I ZR 167/14, GRUR 2016, 836 Rn. 17 = WRP 2016, 985) hat der Senat ausgeführt, dass die Pflicht zur Gewährung von Arzneimittelrabatten einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der pharmazeutischen Unternehmen darstellt. Dieser Eingriff ist nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er vernünftigen Zwecken des gemeinen Wohls dient und den Berufstätigen nicht übermäßig oder unzumutbar

trifft (BGH, GRUR 2016, 93 Rn. 34 - Abschlagspflicht I; GRUR 2016, 836 Rn. 27 - Abschlagspflicht II).

35 Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, kann eine Einschränkung der Berufsfreiheit der pharmazeutischen Unternehmen nur insoweit als dem Gemeinwohl dienend angesehen werden, als der Gesetzgeber eine Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln für geboten erachtet hat. Indem durch § 34 SGB V bestimmte Arzneimittel (darunter auch die streitgegenständlichen "Lifestyle"-Arzneimittel, § 34 Abs. 1 Satz 7 und 8 SGB V) vom Leistungsanspruch der gesetzlich Krankenversicherten nach § 31 SGB V ausgenommen werden, hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass eine Versorgung nicht in Bezug auf sämtliche auf dem Markt befindlichen Arzneimittel als im Gemeinwohlinteresse liegend anzusehen ist. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, warum diese Bewertung des Gesetzgebers nicht auch im Bereich der privaten Krankenversicherung Gültigkeit besitzen sollte. Zwar steht es den privaten Krankenversicherungen frei, ihren Versicherten vertraglich einen Anspruch auf Kostenerstattung auch in Bezug auf solche Arzneimittel einzuräumen, für die im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung kein Leistungsanspruch besteht. Insoweit erscheint eine Belastung der pharmazeutischen Unternehmen mit einer Abschlagspflicht aber nicht gerechtfertigt, da sie nicht im allgemeinen Interesse liegt.

36 Vor dem Hintergrund des Gebots der Verhältnismäßigkeit kann die Revision für die von ihr befürwortete Auslegung des § 1 Satz 1 AMRabG auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass diese in noch größerem Umfang eine Erreichung des mit Einführung der Arzneimittelrabatte verfolgten Zwecks der Kostendämpfung im Gesundheitswesen ermöglichen könnte. Ein solches Verständnis des § 1 Satz 1 AMRabG ließe zudem unberücksichtigt, dass nach dem erklärten Ziel des Gesetzgebers Leistungsdifferenzierungen nach dem Versichertenstatus mit der Schaffung des Arzneimittelrabattgesetzes gerade entgegengewirkt werden sollte (vgl. BT-Drucks. 17/3698, S. 60 f. zu Art. 11a, § 1).

- 37 Soweit sich die Revision zur Unterstützung ihres Rechtsstandpunkts darauf beruft, die streitgegenständlichen "Lifestyle"-Arzneimittel stellten nur einen Bruchteil aller rabattpflichtigen Arzneimittel dar, weshalb der mit der darauf bezogenen Rabattpflicht verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der pharmazeutischen Unternehmen nur von geringem Gewicht sei, überzeugt dies bereits deshalb nicht, weil bei dem von der Revision befürworteten Verständnis des § 1 Satz 1 AMRabG auch noch weitere Arzneimittel der Rabattpflicht unterfallen würden, deren Kosten von den privaten Krankenversicherungsunternehmen erstattet werden und die nicht vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen umfasst sind.
- 38 3. Das Berufungsgericht hat zu Recht aus dem Umstand, dass ein Anspruch der privaten Krankenversicherer gegenüber den pharmazeutischen Unternehmen auf Gewährung von Herstellerrabatten nach § 1 Satz 1 AMRabG in Verbindung mit § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V nur für diejenigen verschreibungspflichtigen Arzneimittel besteht, die auch zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben werden könnten, geschlossen, dass die Beklagte von der Klägerin für die streitgegenständlichen "Lifestyle"-Arzneimittel keine Abschläge verlangen kann. Bei diesen Arzneimitteln steht eine Erhöhung der Lebensqualität im Vordergrund, weshalb sie gemäß § 34 Abs. 1 Satz 7 und 8 SGB V von der Versorgung nach § 31 SGB V ausgeschlossen sind.
- 39 a) Die Revision wendet hiergegen ein, der Wortlaut des § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V enthalte keinen Hinweis darauf, dass für "Lifestyle"-Arzneimittel keine Abschläge zu gewähren seien. Der Formulierung "zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel" in § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V sei kein Verweis auf § 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V zu entnehmen. Außerdem sei in § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V von "abgegebenen" und nicht von "abgebbaren" Arzneimitteln die Rede. Es sei davon auszugehen, dass der Begriff der abgegebenen Arzneimittel nicht normativ zu verstehen sei, sondern im jeweiligen System der gesetzlichen oder

privaten Krankenversicherung Arzneimittel voraussetze, die unter Kostenfolge abgegeben würden. In § 1 Satz 1 AMRabG werde das Tatbestandsmerkmal der "zu Lasten" der gesetzlichen Krankenkassen abgegebenen Arzneimittel durch die Voraussetzung ersetzt, dass es sich um Arzneimittel handeln müsse, für die von den Unternehmen der privaten Krankenversicherung und sonstigen Kostenträgern Kosten erstattet worden seien.

40 b) Dies überzeugt nicht. Zwar enthält § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V keinen ausdrücklichen Verweis auf § 31 Abs. 1 Satz 1 SGB V und befasst sich auch nicht mit "Lifestyle"-Arzneimitteln. Das Landgericht - dessen Erwägungen sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat - hat allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass mit der in § 130a Abs. 1 Satz 1 SGB V verwendeten Formulierung, wonach die Krankenkassen von den Apotheken Herstellerabschläge für "zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel" erhalten, implizit auf § 31 SGB V Bezug genommen wird, da dort unter anderem geregelt ist, in welchem Umfang Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung Anspruch auf Versorgung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln haben. Nur soweit dies der Fall ist, werden Arzneimittel nämlich "zu Lasten" der gesetzlichen Krankenkassen abgegeben. Ausgenommen vom gesetzlichen Leistungsanspruch der Versicherten sind Arzneimittel, die in § 34 SGB V genannt oder durch Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V von der Versorgung nach § 31 SGB V ausgeschlossen sind. Dies trifft auf die streitgegenständlichen Arzneimittel zu, was die Beklagte nicht bestreitet.

41 c) Entgegen dem Vorbringen der Revision hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch nicht gegen § 286 Abs. 1 ZPO verstoßen. Es hat den diesbezüglichen, von der Revision als übergegangen gerügten Vortrag der Beklagten nicht nur im Tatbestand ausführlich wiedergegeben, sondern sich aufgrund des Verweises auf die Ausführungen des Landgerichts auch in den Entscheidungsgründen damit befasst.

42 4. Das Berufungsurteil leidet auch sonst an keinem Verfahrensfehler. Ein solcher liegt insbesondere nicht der Annahme des Berufungsgerichts zugrunde, eine unzumutbare Belastung der privaten Krankenversicherungen oder der bei ihnen Versicherten sei nicht ersichtlich.

43 a) Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht hätte die Parteien nach § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es für die rechtliche Beurteilung auf eine solche Belastung ankommen könne. Auf einen solchen Hinweis hätte die Beklagte vorgetragen, dass die den privaten Krankenversicherungsunternehmen auferlegte hypothetische Prüfung, ob ein Abschlagsanspruch in der gesetzlichen Krankenversicherung bestünde, zu einem unpraktikablen Mehraufwand führe, da bereits der Maßstab einer solchen Prüfung angesichts der Möglichkeit der gesetzlichen Krankenkassener, gemäß § 11 Abs. 6 SGB V satzungsmäßige Zusatzleistungen anzubieten, unklar sei.

44 b) Damit dringt die Revision nicht durch. Indem das Berufungsgericht ausgeführt hat, es sei für die privaten Krankenkassener nicht unzumutbar oder unpraktikabel, vor der Geltendmachung von Rabatten nach § 1 Satz 1 AMRabG zu prüfen, ob die betreffenden Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 34 Abs. 1 Satz 7 bis 9 SGB V in Verbindung mit den Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V einem Leistungsausschluss unterlägen, hat es einen Einwand der Beklagten aufgegriffen, den diese sowohl bereits in der Klageerwiderung als auch in der Berufungsbegründung angebracht hat. Eine Hinweispflicht bestand daher für das Berufungsgericht nicht.

45 Da die Beklagte in der Klageerwiderung im Zusammenhang mit dem Einwand des unzumutbaren Prüfungsaufwands auch bereits auf die Möglichkeit der gesetzlichen Krankenkassener hingewiesen hat, nach § 11 Abs. 6 SGB V

Zusatzleistungen anzubieten, zeigt sie mit der Revision im Übrigen keinen Vortrag auf, den sie im Falle eines gerichtlichen Hinweises zusätzlich zu ihrem bisherigen Vorbringen gehalten hätte.

46 C. Danach ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Richter am BGH Prof. Dr. Schaffert
ist im Ruhestand und daher verhindert
zu unterschreiben.

Koch

Koch

Pohl

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 28.03.2019 - 23 O 12038/18 -
OLG München, Entscheidung vom 17.10.2019 - 1 U 1648/19 -