



LANDGERICHT SAARBRÜCKEN

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

der ... Krankenversicherung, ...

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

den Dr. ..., ...-Apotheke, ..., ...,

Beklagten,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...

wegen ungerechtfertigter Bereicherung (Rückforderung von Leistungsentgelten nach § 5 Abs. 6 AMPreisV Fassung 23.07.2009 bis 31.12.2010 durch privaten Krankenversicherer für Zytostatikazubereitungen)

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Saarbrücken auf die mündliche Verhandlung vom 08.12.2010 durch den Richter am Landgericht ... als Einzelrichter

für R e c h t erkannt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 77.933,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 34.641,13 € seit dem 16.04.2010, aus weiteren 19.079,94 € seit dem 20.08.2010 und aus weiteren 23.312,11 € seit dem 07.12.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v. H. des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin ist eine private Krankenversicherungsgesellschaft. Der Beklagte betreibt die ...-Apotheke in Im Zeitraum von Juli 2009 bis Juli 2010 verkaufte er an die vier Versicherungsnehmer ..., ..., ... und ... Zytostatikazubereitungen. Dafür erhob der Beklagte Festzuschläge in Höhe von 90 v. H. der Apothekeneinkaufspreise und Rezepturzuschläge zwischen 2,50 € und 7 €. Die Versicherungsnehmer haben Rückzahlungsansprüche gegen den Beklagten aus der Begleichung der Rechnungen an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin forderte den Beklagten mit Schreiben vom 19.03.2010 unter Fristsetzung zum 15.04.2010 zur Zahlung von zunächst 37.749,89 € auf.

Die Klägerin macht gegenüber dem Beklagten Rückzahlungsansprüche aus übergegangenem Recht geltend. Sie trägt vor, der Beklagte habe für die Zytostatikazubereitungen ihren hier genannten vier Versicherungsnehmern überhöhte Kosten in Rechnung gestellt und damit gegen zwingende Vorschriften der Arzneimittelpreisverordnung, insbesondere gegen § 5 Abs. 6 AMPPreisV verstoßen. Hinsichtlich der Versicherungsnehmerin ... ergebe sich ein Betrag von insgesamt 57.945,60 €. Bei der Versicherungsnehmerin ... seien 18.096,59 € zu viel abgerechnet worden. Bei der Versicherungsnehmerin ... seien es 6.130,53 € zu viel gewesen. Auf Grund der bei dieser Versicherungsnehmerin bestehenden Beihilfeberechtigung macht die Klägerin 30 v. H. der insoweit erstatteten Rechnungsbeträge, d. h. nur einen Betrag von 1.839,16 € geltend. Außerdem habe der Beklagte gegenüber dem Versicherungsnehmer ... 3.160,59 € zuviel abgerechnet. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageschrift (Bd. I Bl. 3 ff.) und die Schriftsätze vom 09. und 29.11.2010 verwiesen. Die vollständige Begleichung der Rechnungen durch die Versicherungsnehmer sei in Unkenntnis der rechtswidrigen Abrechnungsweise erfolgt. Mit Ausgleich der tariflichen Erstattungsansprüche seien sämtliche sich aus der Zahlung der Rechnung ergebenden Ansprüche auf die Klägerin übergegangen.

Die Klägerin beantragt (Bl. 131 d. A.),

den Beklagten zu verurteilen, an sie 81.041,94 EUR nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 34.743,17 EUR seit dem 16.04.2010, aus weiteren 19.079,94 EUR seit dem 19.08.2010 und aus weiteren 23.312,11 EUR seit dem 06.12.2009 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin und hält einen Forderungsübergang nach §§ 86, 194 VVG für nicht gegeben. Die Abtretungen seien wegen Verstoßes gegen das RDG unwirksam. Weiter ist der Beklagte der Auffassung, § 5 Abs. 6

AMPreisV greife nicht ein, weil die Ermächtigungsgrundlage des § 78 Abs. 1 AMG weder den § 5 Abs. 5 Satz 2 AMPreisV noch den darauf Bezug nehmenden § 5 Abs. 6 Fall 2 AMPreisV abdecke, sodass beide Bestimmungen unwirksam seien. Sofern § 5 Abs. 6 AMPreisV nicht ungültig sei, bleibe unklar, welchen Inhalt die Vorschrift habe. Hätte dadurch geregelt werden sollen, dass bei bestimmten Zubereitungen nicht mehr, wie nach Abs. 1 vorgesehen, zwei Apothekenzuschläge, nämlich Fest- und Rezepturzuschlag zu erheben seien, sondern nur noch ein Zuschlag, hätte die Norm eindeutig und klar formuliert werden müssen. Bei Herstellungskosten von im Mittelwert 73,38 € je applikationsfähiger Einheit könnten die Apotheken mit einem Zuschlag von 70 € noch nicht einmal kostendeckend anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen erstellen. Hinsichtlich der Versicherungsnehmerin ... der Klägerin sei die Klage im Übrigen schon deshalb in Höhe eines Unterschiedsbetrags von insgesamt 3.006,72 € unbegründet, weil der Kaufvertrag bereits am 21.07.2010 und nicht erst am 27.07.2010 zu Stande gekommen sei. Die Berechnung der Klägerin sei nicht zutreffend, weil sie Kosten für Trägerlösung und Primärpackmittel unberücksichtigt lasse. Dies mache allein bei der Versicherungsnehmerin ... einen Betrag von 85,75 € zuzüglich Mehrwertsteuer aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 08.12.2010 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und weit überwiegend begründet. Sie hat daher in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

A.

Die Klägerin kann aus übergegangenem Recht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB in Verbindung mit §§ 86 Abs. 1 Satz 1, 194 Abs. 2 VVG (Fassung ab 01.01.2009) einen Betrag von 77.933,18 € vom Beklagten kondizieren.

I. Die Klägerin ist aktivlegitimiert, weil die Herausgabeansprüche der hier interessierenden Versicherungsnehmer gegen den Beklagten wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nach §§ 194 Abs. 2, 86 Abs. 1 Satz 1 VVG auf die Klägerin übergegangen sind.

1. Steht dem Versicherungsnehmer oder einer versicherten Person ein Anspruch auf Rückzahlung ohne rechtlichen Grund gezahlter Entgelte gegen den Erbringer von Leistungen zu, für die der Versicherer auf Grund des Versicherungsvertrags Erstattungsleistungen erbracht hat, ist gemäß § 194 Abs. 2 VVG die Regelung des § 86 Abs. 1 und 2 VVG entsprechend anzuwenden. § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG bestimmt, dass ein dem Versicherungsnehmer zustehender Ersatzanspruch gegen einen Dritten auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Bei der Schadensversicherung wird § 86 VVG durch § 194 Abs. 2 VVG auf Bereicherungsansprüche ausgedehnt, sodass der Versicherer zu viel gezahlte Vergütung vom Zahlungsempfänger zurückverlangen kann (Voit in Prölss/Martin, VVG 28. Aufl. § 194 Rn. 14). Wie der BGH (VersR 1969, 1036) entschieden hat, ist die Krankenversicherung, soweit sie ihrem Versicherungsnehmer die entstandenen „Krankheitskosten“ (Aufwendungen für Heilbehandlung) ganz oder teilweise ersetzt, eine Schadenversicherung. Laut der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 20.12.2006 gilt § 86 VVG, der dem früheren § 67 VVG a. F. entspricht und den gesetzlichen Übergang von Ersatzansprüchen regelt, zwar grundsätzlich auch für die Krankenversicherung, soweit es sich um eine Summenversicherung handelt, doch ist § 86 VVG auf den Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung überhöhter Honorare nicht anwendbar. Daher bedurfte es nach der Gesetzesbegründung einer ausdrücklichen gesetzlichen

Regelung, die sich auf Bereicherungsansprüche des Versicherungsnehmers oder gegebenenfalls einer anderen versicherten Person bezieht (BT-Drucks. 16/3945, S. 111 2. Spalte zu § 194 Abs. 3 VVG-RegE).

2. Demnach hielt der Gesetzgeber bereicherungsrechtliche Ansprüche der Versicherungsnehmer gegen die Leistungserbringer für von § 86 VVG direkt nicht erfasst (BT-Drucks. 16/3945, S. 111, 2. Spalte). Dies entspricht für § 67 VVG a. F. bzw. § 86 VVG n. F. der wohl überwiegenden Ansicht in der versicherungsrechtlichen Literatur (MünchKomm-VVG/Kalis, § 194 Rn. 46; Rogler in Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG § 194 Rn. 7; Voit in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl. § 86 Rn. 59 ff.). Der Gesetzgeber hat mit der Aufnahme des § 194 Abs. 2 VVG (vom 01.01. bis zum 31.12.2008: § 194 Abs. 3 VVG) auf Forderungen der Versicherten und des Ombudsmannes reagiert, gebührenrechtliche Streitigkeiten möglichst ohne Beteiligung der Patienten zu klären. Haben Leistungsträger unrechtmäßig abgerechnet, steht dem Patienten bzw. Versicherten gegen diese ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 BGB zu. In der Praxis aufgedeckt werden die Fehler in der Liquidation in aller Regel jedoch nicht vom Versicherungsnehmer, sondern seitens des Versicherungsnehmers. Im Interesse seiner Kunden macht dieser den Rückforderungsanspruch oft selbst geltend. Nach früherer Rechtslage erforderte dies die Einholung entsprechender Abtretungserklärungen, was insbesondere in den Fällen, in denen der Leistungserbringer gegenüber einer Vielzahl von Versicherungsnehmern falsch abgerechnet hatte, einen hohen Verwaltungsaufwand erforderte (MünchKomm-VVG/Kalis, aaO Rn. 46). Sinn und Zweck der Neuregelung des § 194 Abs. 2 VVG ist es daher, aufwändige und umständliche Abtretungskonstruktionen mit den Versicherungsnehmern zu vermeiden. Die Vorschrift des § 194 Abs. 2 VVG greift deshalb gerade in den Fällen ein, in denen die Versicherungsnehmer Leistungen über das geschuldete Entgelt hinaus an den Leistungserbringer gezahlt haben (Kalis in Bach/Moser, Private Krankenversicherung 4. Aufl. § 194 Rn. 9; Voit in Prölss/Martin, aaO Rn. 17).

II. Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen unter I würde sich die Aktivlegitimation der Klägerin auch aus den vorgelegten Abtretungen von Seiten der Versicherungsnehmer ergeben.

1. Die Versicherungsnehmerin ... trat mit Datum vom 03.02.2010 alle aus der Liquidation vom 09.04.2010 über 7.924 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („...-Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 2, im Anlagenband = Anlage K 18, Bl. 160 d. A.). Weiter trat sie mit Abtretungserklärung vom 18./27.05.2010 alle aus der Liquidation vom 10.04.2010 über 7.302,85 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („...-Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Bl. 164 d. A.). Ferner trat sie mit Abtretungserklärung vom 18./22.06.2010 alle aus der Liquidation vom 15.05.2010 über 14.477,47 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Bl. 166 d. A.). Schließlich trat sie mit Abtretungserklärung vom 08./14.09.2010 alle aus der Liquidation vom 11.08.2010 über 8.048,87 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Bl. 168 d. A.).

2. Die Versicherungsnehmerin ... trat alle aus der Liquidation vom 10.11.2009 über 8.129,42 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 4, im Anlagenband). Die Erben nach ... traten mit Erklärung vom 22.04./09.07.2010 alle aus der Liquidation vom 02.09..2009 über 11.034,81 €, vom 08.10.2009 über 12.828,23 €, vom 08.12.2009 über 10.797,52 € und vom 09.01.2010 über 4.880,33 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 22, Bl. 234 d. A.).

3. Die Versicherungsnehmerin ... trat alle aus der Liquidation vom 10.11.2009 über 8.129,42 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten

(„... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 7, im Anlagenband).

4. Der Versicherungsnehmer ... trat mit Datum vom 18.08.2010 alle aus der Liquidation vom 15.07.2010 über 6.724,42 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 20, Bl. 211 d. A.). Außerdem trat er mit Datum vom 21./24.09.2010 trat er alle aus der Liquidation vom 11.08.2010 über 6.530,09 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 20, Bl. 213 d. A.). Schließlich trat er mit Datum vom 05.10.2010 alle aus der Liquidation vom 18.09.2010 über 9.575,91 € etwaig entstandenen Rückforderungsansprüche gegen den Beklagten („... Apotheke“) in Höhe der aus dem Versicherungsvertrag resultierenden Leistungen an die Klägerin ab (Anlage K 20, Bl. 216 d. A.).

5. Die Abtretungen etwaiger Rückforderungsansprüche durch die Versicherungsnehmer sind entgegen der Auffassung des Beklagten nicht wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz nichtig (§ 134 BGB).

a) Allerdings sind Rechtsdienstleistungen nur nach Maßgabe des RDG zulässig und bedürfen nach § 3 RDG vorbehaltlich etwaiger Ausnahmeregelungen einer Erlaubnis. Der Begriff der Rechtsdienstleistung umfasst gemäß § 2 Abs. 1 RDG jede Tätigkeit in fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalles erfordert. Dazu zählt nach Abs. 2 der Vorschrift insbesondere die Einziehung fremder Forderungen oder die Abtretung von Forderungen zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung, sofern es sich um ein eigenständig betriebenes so genanntes Inkassogeschäft handelt. Die Auslegung des Begriffes der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten folgt den von der Rechtsprechung zum Rechtsberatungsgesetz entwickelten Grundsätzen (LG Mönchengladbach, Urt. v. 20.01.2009, 5 S 110/08, juris Tz. 15; Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl. § 134 Rn. 21; Römermann NJW 2008, 1249 ff.). Danach liegt ein fremdes Geschäft vor,

wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und dazu geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten (BGH NJW 2000, 2108 m. w. Nachw.). Zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgung von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung ist auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen. Maßgeblich ist, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BGH NJW 1988, 561, 562 m. w. Nachw.). Für die Einstufung als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung kommt es nicht allein auf die rechtliche Form oder die Auswirkung der Dienstleistung an, weil nahezu alle Lebensbereiche rechtlich durchdrungen sind und kaum eine wirtschaftliche Betätigung ohne rechtsgeschäftliches Handeln möglich ist oder ohne Rechtswirkungen bleibt (BGH NJW 2000, 2108). Deswegen bedarf es einer abwägenden Beurteilung des jeweils beanstandeten Verhaltens. Die Abwägung ist danach auszurichten, ob es sich hierbei um Rechtsbesorgung handelt oder ob es um eine Tätigkeit geht, die von anderen Dienstleistern erfüllt werden kann, ohne dass die Qualität der Dienstleistung oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die zu ihrer Aufrechterhaltung benötigten Rechtsberater beeinträchtigt werden. Maßgebliches Kriterium ist auch, in wessen wirtschaftlichem Interesse der Besorgung der Angelegenheit liegt (LG Hamburg Urt. v. 14.08.2002 – 318 O 336/00 m. w. Nachw.). Hilfskriterium ist auch der Zweck des RDG, der im Kern dem des RBerG entspricht und gegenüber diesem von einer Liberalisierung des Rechtsmarktes geprägt ist. Auch nach dem RDG soll trotz dieses Liberalisierungsbestrebens nach wie vor verhindert werden, dass die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten in die Hände rechtsunkundiger Dienstleister gerät und so den Rechtssuchenden Schaden zugefügt wird.

b) Nach diesen Maßstäben liegt keine Tätigkeit der Klägerin in fremden Angelegenheiten vor.

aa) Ein Inkassounternehmen betreibt die Klägerin ersichtlich nicht. Vielmehr ist sie als Versicherer am Markt tätig und macht Forderungen der Versicherungsnehmer

aus übergegangenem Recht auf eigene Rechnung gerichtlich geltend. Denn die Klägerin trägt auf Grund des Versicherungsvertrages mit den Versicherungsnehmern grundsätzlich das wirtschaftliche Risiko der Überzahlung von Honorarforderungen der Versicherungsnehmer an den Leistungserbringer. Die Frage der Erstattungspflicht der Klägerin als Versicherer hängt unmittelbar mit dem Bestehen der von dem Beklagten erhobenen Forderungen zusammen. Durch die Abtretung wird der Streit darüber nur auf einer anderen Ebene als zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer ausgetragen wird (OLG Köln, Urte. v. 21.12.2005 – 5 U 81/05, juris Tz. 8).

bb) Der Versicherungsnehmer ist – wie mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörtert worden ist – dadurch wirtschaftlich gesehen nicht mit dem Risiko der Zahlung von Leistungsentgelten belastet. Wirtschaftlich gesehen trägt er nur die Lasten der Beitragszahlung. Der Gesamtbetrag der jeweiligen Einzelleistung wird daher nur mittelbar aus seinen Mitteln bestritten, unmittelbar stets aus den Mitteln der Gesamtheit der Versicherungsnehmer und letztlich damit aus dem wirtschaftlichen Vermögen der Klägerin. Die Abtretung folgt dieser wirtschaftlichen Risikoverteilung: Hätte die Klägerin die Leistungserstattung verweigert, wäre es zum Prozess zwischen ihr und ihren Versicherungsnehmern über die Frage der Erstattungsfähigkeit der Leistung gekommen. Diese Erstattungsfähigkeit hängt aber wegen der Natur der privaten Krankenversicherung als Passivenversicherung maßgeblich davon ab, inwieweit der Beklagte berechtigt war, die von den Versicherungsnehmern erbrachten Leistungen abzurechnen. Die Frage, ob der Beklagte die Leistungen nach der Rechtsordnung behalten darf, wäre zunächst unnötigerweise zwischen dem Versicherer und den Versicherungsnehmern geführt worden. Dafür gibt es aber kein unabweisbares Bedürfnis, das durch das RDG durchzusetzen wäre. Im Gegenteil würde die Anwendung des RDG auf solche Fälle in extremen Fällen gar zu einer Rechtsverweigerung führen: Der Versicherungsnehmer wird – insbesondere wenn er wie hier lebensbedrohlich erkrankt ist – es häufig schon aus gesundheitlichen, aber auch finanziellen Gründen nicht auf sich nehmen können, einen möglicherweise langwierigen Rechtsstreit mit den Leistungserbringern über die Rechtmäßigkeit der Leistung zu führen. Wäre eine Abtretung nicht zulässig, könnte auch der Versicherer diesen Rechtsstreit nicht

führen. Das Ergebnis wäre die unzumutbare Erschwernis der Durchsetzung möglicher Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, sodass der jeweilige Leistungsträger in bestimmten Konstellationen die rechtsgrundlos erlangte Leistung behalten dürfte.

cc) Die Abtretung verfolgt erkennbar den Zweck, den schwer erkrankten Versicherungsnehmern eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Leistungserbringer und mit dem Versicherer und den Streit über die rechtswirksam geleisteten Entgelte zwischen Versicherer und Leistungserbringer zu ermöglichen. Die Abtretung läuft daher keinen nach dem RDG zu schützenden Interessen zuwider. Dem kann nicht entgegnet werden, es handle sich bei der privaten Krankenversicherung nicht um eine den gesetzlichen Krankenkassen vergleichbare Einrichtung mit Fürsorgefunktion. Die private Krankenversicherung tritt für den Versicherungsnehmer an die Stelle der gesetzlichen. Dem Versicherungsvertrag sind Fürsorgeelemente nicht fremd. Davon abgesehen, lässt sich kein sachlicher Grund aufzeigen, den privat versicherten Patienten schlechter zu stellen als den gesetzlich Versicherten, der eine Auseinandersetzung mit den Leistungserbringern von Beginn an nicht führen muss, weil die gesetzliche Krankenkasse die Aufwendungen des Leistungserbringers in der Regel direkt erstattet. Auch der Empfänger von rechtsgrundlos gezahlten Leistungsentgelten in der Krankenversicherung kann kein rechtlich geschütztes Interesse daran geltend machen, dass die Geltendmachung von Herausgabeansprüchen unverrückbar davon abhängen soll, welche Art der Versicherung des Patienten vorlag oder wie im Falle der privaten Krankenversicherung der Abrechnungsmodus (direkte Abrechnung oder Erstattungsprinzip) ausgestaltet war.

III. Der Beklagte hat die hier zurückgeforderten Entgelte im Ergebnis überwiegend, nämlich in Höhe von 77.933,18 €, ohne Rechtsgrund erlangt. Insoweit überstiegen die Leistungen der Versicherungsnehmer das nach § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung geschuldete Entgelt des Beklagten.

1. Diese Vorschrift ist verfassungsgemäß. Das Gericht ist zur Prüfung ihrer Verfassungskonformität berufen und darf sie gegebenenfalls unangewendet lassen; denn bei der Regelung handelt es sich um eine Rechtsverordnung auf der Grundlage von § 78 Abs. 1 AMG.

a) Die Prüfungskompetenz für die Verfassungswidrigkeit von Rechtsverordnungen liegt – wie bei Gesetzen im formellen Sinne – bei den einfachen Gerichten. Kommt ein Gericht bei der Prüfung von Rechtsverordnungen zu dem Ergebnis, dass diese gegen höherrangiges Recht verstößt, kann es sie ohne Erfordernis einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zum BVerfG unangewendet lassen (BGH NJW 2004, 941, 946; Sodan/Ziekow, Öffentliches Recht 4. Aufl. § 67 Rn. 2; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. § 4 Rn. 53).

b) Die in § 78 Abs. 1 AMG enthaltene Ermächtigung genügt den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG. Nach dieser Vorschrift müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Dabei genügt es, wenn das Gesetz die Grenzen der auf seiner Grundlage möglichen Regelung hinreichend verdeutlicht; für den bestimmten Regelungsbereich muss voraussehbar sein, in welcher Art von Fällen und mit welcher Zielrichtung von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf (BVerfGE 42, 191, 200; BVerfG NJWE 1982, 373). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben.

aa) Der Inhalt der Ermächtigung ist im Gesetz eindeutig bestimmt. Die Vorschrift ermächtigt den Bundeswirtschaftsminister zum Erlass einer Rechtsverordnung zur Preisfestsetzung von Medikamenten, die in Apotheken hergestellt werden (§ 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AMG). § 78 Abs. 1 Satz 2 AMG ermächtigt das Wirtschaftsministerium des Weiteren zum Verordnungserlass ohne Zustimmung des Bundesrates, um den Festzuschlag entsprechend der Kostenentwicklung der Apotheken bei wirtschaftlicher Betriebsführung anzupassen.

bb) Der Zweck der Ermächtigung folgt hinreichend aus § 78 Abs. 2 AMG. Danach sind den berechtigten Interessen der Apotheker und Patienten bei der Preisfestlegung Rechnung zu tragen.

cc) Die Grenzen dieser Regelungsbefugnis werden ebenfalls hinreichend durch § 78 Abs. 2 AMG festgelegt. Dem steht nicht entgegen, dass die jeweiligen Preise erst vom Verordnungsgeber festgelegt werden und nicht im Einzelnen von dem ermächtigenden Gesetz vorgegeben werden. Ebenso wenig müssen die Bemessungskriterien für die Höhe der Preise im Einzelnen im Gesetz beschrieben sein. Der damit verbundene Einschätzungsspielraum des Verordnungsgebers ist unschädlich. Das beruht auf der Natur der Regelung und ihrer Auswirkungen auf Wirtschaftsabläufe. Greift der Gesetzgeber im Delegationswege hoheitlich auf die Festsetzung von Entgelten zu, ist dem Bestimmtheitserfordernis der Verordnung bereits dann genügt, wenn die Ermächtigungsgrundlage die Faktoren festlegt, die der Verordnungsgeber der Regelung zu Grunde zu legen hat, sofern diese geeignet und zureichend sind, die Entscheidung des Verordnungsgebers zu bestimmen und zu begrenzen (BVerfGE 42, 191, 203; BVerfG NJW 1982, 373, 374). Zwar enthält § 78 AMG keinen Hinweis darauf, dass die Preise für herzustellende Arzneimittel etwa an Umfang, Aufwand und Leistungsinhalt der Apotheker festlegen sind. Das ist aber unschädlich, weil § 78 Abs. 3 AMG als Bezugsgröße für die Preisfestlegung das Gebot eines einheitlichen Apothekenpreises angibt. Danach lässt sich aus dem Gesetz ermitteln, welches Programm der Gesetzgeber durch die Rechtsverordnung verwirklichen will (vgl. BVerfGE 58, 257, 277). Der Gesetzgeber darf dem Verordnungsgeber einen angemessenen Beurteilungsspielraum einräumen bei der Beurteilung komplexer und ständigem Wandel unterworfenen betriebswirtschaftlicher Abläufe und deren Einbettung in ein System der Preisfestlegung (BVerfG NJW 1982, 373, 374).

dd) Auch die Anforderungen an die so genannte Vorhersehbarkeitsformel sind gewahrt. Nach ihr muss der Bürger aus dem Gesetz erkennen können, in welchen Fällen mit welcher inhaltlichen Regelung zu rechnen ist und mit welcher Tendenz von der Ermächtigungsgrundlage Gebrauch gemacht wird (BVerfGE 56, 1, 12). Aus der ins Einzelne gehenden Aufzählung in § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AMG kann der

Bürger erkennen, dass nur bestimmte Arten von Medikamenten von der Verordnungsbefugnis erfasst werden und dass es sich um Befugnisse zur Preisfestsetzung handelt.

2. Die Bestimmung des § 5 Abs. 6 AMPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung ist dahin auszulegen, dass alle Zuschläge für die Herstellung der hier in Rede stehenden Zytostatika insgesamt auf 70 € begrenzt sind.

a) Maßgeblich ist zunächst die Wortlautauslegung. Sie sucht nach der Bedeutung eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch, oder, falls ein solcher feststellbar ist, im besonderen Gebrauch des jeweiligen Gesetzes oder der Rechtsverordnung (Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft Studienausgabe 3. Aufl. 1995, S. 141). § 5 Abs. 6 Nr. 1 AMPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung besagt:

„Besteht keine Vereinbarung über Apothekenzuschläge für die Zubereitung von Stoffen nach Absatz 5 Satz 1 oder Satz 2, beträgt der Zuschlag abweichend von Absatz 1 oder Absatz 3 für zytostatikahaltige Lösungen 70 €.“

Danach handelt es sich um eine von Abs. 1 „oder“ von Abs. 3 abweichende Regelung, in der im Einzelnen aufgezählt ist, für welche Art von Medikament mit welcher Art von Inhaltsstoff welche Höhe von Entgelt berechnet werden darf, wenn keine Vereinbarungen der Spitzengremien der Apotheker und privaten Krankenversicherer über den einen oder anderen Zuschlag zu Stande kommt. Der Wortlaut legt nahe, den Begriff „Zuschlag“ als Oberbegriff für die in § 5 Abs. 1 und 3 AMPreisV näher erläuterten Zuschlagsvarianten zu verstehen und sowohl den Fest- wie auch den Rezepturzuschlag unter § 5 Abs. 6 AMPreisV zu fassen. Demnach legt § 5 AMPreisV fest, dass der Apotheker auf die Herstellung von Zytostatika neben dem Einkaufspreis und der Umsatzsteuer **i n s g e s a m t** einen Aufschlag von 70,- € erheben darf (so auch Dettling/Kieser/Ulzhöfer, PharmR 2009, 421, 431), wenn eine Vereinbarung der Spitzengremien im Sinne von § 5 Abs. 5 AMPreisV **ü b e r a u c h** nur einen der beiden Zuschläge nicht besteht. Die Konjunktion „oder“ in Abs. 6 könnte nur dann in dem vom Beklagten geltend gemachten Sinne

verstanden werden, dass auf jeden Zuschlag 70,- € hinzurechnen wären, wenn dort ein „jeweils“ eingefügt wäre; Letzteres ist jedoch nicht der Fall.

b) Diese grammatische Auslegung wird durch normsystematische und teleologische Gesichtspunkte untermauert. Bei der systematischen Auslegung ergibt sich der objektive Regelungsgehalt aus der Gesamtstruktur von § 5 AMPreisV. Abs. 1 enthält die Grundregel:

„Bei der Abgabe einer Zubereitung aus einem Stoff oder mehreren Stoffen, die in Apotheken angefertigt wird, sind

1. ein Festzuschlag von 90 Prozent auf die Apothekeneinkaufspreise ohne Umsatzsteuer für Stoffe und erforderliche Verpackung,

2. ein Rezepturzuschlag nach Absatz 3

sowie die Umsatzsteuer zu erheben.“

Danach erhebt der Apotheker bei abzugebenden Stoffen, die aus anderen Stoffen in der Apotheke hergestellt worden sind, zwei Aufschläge (zuzüglich Umsatzsteuer): Einen Festzuschlag (ohne Umsatzsteuer für Stoffe und erforderliche Verpackung), dessen Höhe Abs. 1 abschließend mit 90 v. H. Aufschlag auf den Apothekeneinkaufspreis nach der so genannten Lauer-Taxe regelt. Zum Anderen einen Rezepturaufschlag, der nicht von Abs. 1, sondern erst von Abs. 3 beziffert wird. Abs. 5 der Vorschrift, auf den der Abs. 6 Bezug nimmt, eröffnet, wie auch Abs. 4, die Möglichkeit für die Spitzenverbände von Apothekern und die zuständigen Gremien der Krankenversicherer, kollektive Preisabsprachen auszuhandeln. Diese – fakultativen – Absprachen können sich, wie aus § 5 Abs. 5 AMPreisV eindeutig hervorgeht, entweder auf den Festzuschlag oder den Rezepturaufschlag *oder* auf beides beziehen. Daraus erklärt sich dann, wieso § 5 Abs. 6 AMPreisV zwischen der Aufzählung der beiden Aufschlagstypen ein „oder“ und kein „und“ nennt.

c) Dieses Normverständnis findet bei objektiv-teleologischer Auslegung seine Bestätigung. § 5 Abs. 6 AMPreisV liegt die objektiv erkennbare Absicht zu Grunde, die Preise bei der Herstellung von Arzneimitteln im Sinne von § 5 Abs. 1 AMPreisV zu begrenzen. Haben die Spitzenverbände nur eine Vereinbarung über eine der beiden Zuschlagshöhen erreicht, soll demnach § 5 Abs. 6 AMPreisV die

Zuschlagshöhe insgesamt auf 70 € begrenzen. So wollte der Verordnungsgeber erreichen, dass die Spitzenverbände eine Vereinbarung über beide Zuschläge erreichen und auf diese Weise Druck auf die am Verfahren beteiligten Seiten ausüben. Daraus erhellt, wieso § 5 Abs. 6 AMPPreisV nur von „dem Zuschlag“ spricht. Gemeint sind damit sowohl der Fest- als auch der Rezepturaufschlag. Die Auslegung des Beklagten hätte zur Folge, dass unabhängig von der jeweiligen Medikamentenmenge ein Rezepturaufschlag von 70 € neben einem Festzuschlag von 70 € zu erheben wäre, wenn sich die Gremien nur über den Festzuschlag einigen konnten. Es ging dem Verordnungsgeber aber erkennbar darum, die nach Abs. 3 grundsätzlich anfallenden Kosten zu verringern und nicht zu vergrößern. Dieses Ziel kann aber nur dann erreicht werden, wenn der Begriff des „Zuschlags“ in Abs. 6 beide Zuschläge nach Abs. 1 erfasst. Bezöge sich § 5 Abs. 6 AMPPreisV auf beide Zuschläge, könnte der Beklagte statt des einfachen Rezepturaufschlags insgesamt 70 € – also das Zehnfache des Rezepturaufschlages in § 5 Abs. 3 AMPPreisV – verlangen. Das Ziel der Kostensenkung wäre erkennbar nicht erreicht. Daher ist § 5 Abs. 6 AMPPreisV so auszulegen, dass beide Zuschläge insgesamt bloß 70 € betragen dürfen, sofern sich die Spitzenverbände gar nicht oder nur auf einen der beiden Zuschläge einigen konnten. Soweit der Beklagte weiter meint, „Zuschlag“ im Sinne von § 5 Abs. 6 AMPPreisV könne nur der Rezepturaufschlag sein, weil nur dieser sowohl in Abs. 1 wie auch Abs. 3 erwähnt sei, folgt das Gericht dem auch nicht. Diesem Normverständnis widerspricht bereits das „oder“ zwischen den Absatzvarianten. Der Hinweis auf Abs. 1 „oder“ Abs. 3 wäre sinnlos, würde er sich nur auf den Rezepturaufschlag beziehen. Denn Abs. 1 legt nicht fest, wie hoch der Rezepturaufschlag ist. Dies erfolgt erst durch Abs. 3. Mit dem eingefügten „oder“ muss also auch der Festzuschlag gemeint sein, weil dessen Höhe allein in Abs. 1 festgelegt wird. Hätte der Verordnungsgeber nur den Rezepturaufschlag gemeint, hätte er nicht auf § 5 Abs. 1 AMPPreisV insgesamt Bezug genommen, sondern lediglich auf § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 AMPPreisV. Daraus folgt, dass der Begriff „Zuschlag“ hier als Oberbegriff für die beiden in § 5 AMPPreisV angesprochenen Zuschläge zu verstehen ist.

d) Diese Auslegung entspricht im Übrigen auch der subjektiven Regelungsabsicht des Verordnungsgebers. Danach handelt es sich bei § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der hier maßgeblichen Fassung um eine ursprünglich bis zum 31.12.2011 befristete

Übergangsregelung, die seit 22.12.2010 mit Wirkung zum 01.01.2011 ohne Übergangsregelungen geändert wurde. Fehlen Vereinbarungen über abrechnungsfähige Preise für nicht preisgebundene Fertigarzneimittel in Zubereitungen, dürfen Apotheken höchstens die Apothekeneinkaufspreise berechnen, die sich bei Anwendung der Arzneimittelpreisverordnung ergeben würden (BT-Drucks. 16/13428, S. 75, 87).

e) In dieser Auslegung ist § 5 Abs. 6 AMPPreisV entgegen der Ansicht des Beklagten verfassungsgemäß. Der mit der Vorschrift verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der Apotheker nach Art. 12 Abs. 1 GG ist gerechtfertigt, zumal dem Verordnungsgeber ein zeitlicher Anpassungsspielraum zugebilligt werden musste, den dieser durch die Neuregelung der Preise für Zytostatika mit Wirkung vom 01.01.2011 eingehalten hat.

aa) Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG ist eröffnet. Das Betreiben einer Apotheke als staatlich approbierter Apotheker unterfällt dem Begriff des Berufes. Es handelt sich um eine „nicht schlechthin verbotene Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“ (BVerfGE 7, 377, 397 <Apotheker>; Jarass in Jarass/Pieroth, GG 11. Aufl. Art. 12 Rn. 4; Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte 2. Aufl., § 35 Rn. 6). Die Berufsfreiheit umfasst die wirtschaftliche Verwertung der beruflich erbrachten Leistungen am Markt (BVerfG NJW 2007, 2098 f. Tz. 66).

bb) In der Regelung der Vergütung für bestimmte zum Beruf gehörende Leistungen liegt ein berufsbezogener Eingriff. Dem am Markt tätigen Bürger wird die Festlegung und Abrechnung der gewünschten Vergütung für bestimmte Tätigkeiten abgenommen. Ihm wird die Freiheit genommen, eine „angemessene“ Vergütung selbst festzulegen (BVerfG NJW 1991, 555; NJW 2007, 979; BVerfG NJW 2007, 2098 f. Tz.66; BGH NJW 2004, 941, 942; Hufen, aaO § 35 Rn. 20; Jarass in Jarass/Pieroth, aaO Art. 12 Rn. 11). Ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit liegt dagegen nicht vor. Dafür spricht der Gesamtkontext der Preisregelung. Denn die Preisfestlegung erfolgt nur für bestimmte Medikamente. Andere Tätigkeitsbereiche der Apotheker sind von der Preisverordnung nicht tangiert. Der Eingriff geht daher

nicht so weit, dass schon die Berufsfreiheit tangiert wäre, weil eine Spezialisierung auf Grund der festgelegten Preise nicht mehr kostendeckend möglich wäre (vgl. BVerfG NJW 1991, 555, 556). Es kann daher offen bleiben, ob § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung eine solche Spezialisierung auf die Herstellung von Zytostatikalösungen unmöglich machte.

cc) Der Eingriff erweist sich als verfassungsgemäß. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann in die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Dadurch macht das Grundgesetz deutlich, dass auch Eingriffe auf der Grundlage von Rechtsverordnungen dem Schrankenvorbehalt genügen, sofern die Rechtsverordnung ihrerseits mit Art. 80 Abs. 1 GG vereinbar ist (Hufen, aaO § 35 Rn. 27). Der Eingriff erfolgt hier auf Grund eines Gesetzes, weil die AMPPreisV in den hier interessierenden Teilen wirksam ist und – wie bereits ausgeführt – nicht gegen Art. 80 Abs. 1 GG verstößt. Zudem ist der Eingriff verhältnismäßig. Da es sich bei Preis- und Honorarregelungen um Eingriffe auf der Ebene der Berufsausübung handelt, ist dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit aus Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG bereits dann genügt, wenn die Regelung „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ verfolgt (BVerfGE 7, 377, 405 <Apotheker>). Diese vom BVerfG verwendete Formulierung deutet auf den erheblichen Gestaltungsspielraum des Gesetz- und Verordnungsgebers hin, solange die konkrete Maßnahme einen Bezug zum angegebenen Ziel hat (Hufen, aaO § 35 Rn. 30).

(1) Nach diesen Maßstäben und bei der gebotenen Zubilligung eines sehr weiten Gestaltungsermessens bei der Festlegung zulässiger Zwecke wegen Art. 20 Abs. 2, 80 Abs. 1 GG verfolgt § 5 Abs. 1 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung das mit Blick auf die – gerichtsbekannt – stetig steigenden Kosten des Gesundheitswesens und seiner gesamtwirtschaftlichen Bedeutung für die Allgemeinheit von Verfassungs wegen nicht zu beanstandende Ziel der allgemeinen Kostensenkung im Gesundheitswesen. Die Übergangsregelung sollte nach Ansicht des Verordnungsgebers die zuständigen Fachgremien der Apotheker und Spitzenverbände der privaten und gesetzlichen Krankenkassen anhalten, Preisabsprachen zu treffen und so die Kosten im privaten und öffentlichen

Gesundheitswesen langfristig zu senken (BT-Drucks. 16/13428, S. 75, 87). Die Regelungen bezwecken des Weiteren insgesamt neben anderen Zielen wie der Gewährleistung eines einheitlichen Arzneimittelpreises auch die Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung mit Medikamenten sowie – mittlerweile wohl primär – die Sicherstellung eines funktionsfähigen und finanzierbaren Gesundheitssystems.

(2) Mit Blick auf diese Ziele verlangt es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich nicht, dass die Einzeltätigkeit des Apothekers in jedem Einzelfall kostendeckend und angemessen zu vergüten ist. Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung von Preisfestlegungen ist nämlich die Möglichkeit der Querfinanzierung oder Mischkalkulation zu berücksichtigen (BGH NJW 2004, 941, 943 <Insolvenzverwalter>). Diese vom BVerfG zur Begründung von Vergütungsregelungen von Insolvenzverwaltern, Rechtsanwälten, Ärzten und Architekten lässt sich auf den Apotheker übertragen. Zwar existiert kein im Einzelnen nach Leistungen aufgeschlüsselter Kostenkatalog vergleichbar den Anlagen zum RVG, der HOAI oder der GOÄ. Es genügt aber, dass der Ordnungsgeber mit der AMPPreisV ein vergleichbares System geschaffen hat, das wie die genannten Gebührenordnungen an übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen und sozialen Zielen ausgerichtet ist und eine Pauschalierung und Generalisierung der einzelnen Leistungsentgelte zum Inhalt hat. Ein den anderen Vergütungsordnungen vergleichbar austariertes und detailliertes Regelungssystem konnte der Gesetzgeber schon deswegen nicht erstellen, weil der Apotheker sowohl „Hersteller“ von Arzneimitteln ist als auch in der Mehrzahl der Fälle dem Kunden gegenüber als „Verkäufer“ entgegentritt. Darin unterscheiden sich die Leistungen der Apotheker von denjenigen der Rechtsanwälte, Architekten und Ärzte. Die Endpreise lassen sich auf der anderen Seite deswegen aber auch leichter und kürzer ohne die Notwendigkeit ins Detail gehender Kataloge determinieren.

(3) Die verfassungsrechtliche Bewertung gesetzlicher Vergütungsordnungen richtet sich nicht allein nach der Perspektive dessen, der durch eine (Neu-) Regelung im Tatsächlichen schlechter gestellt wird als durch die vorherige Regelung. Vielmehr müssen die verschiedenen Begünstigungen und Belastungen aller von der Regelung

Betroffenen in den Blick genommen werden (BVerfG NJW 2007, 2098, 2100 Tz. 85). Die Pauschalierung und Generalisierung, die eine Querfinanzierung bzw. eine Mischkalkulation ermöglicht, beruht dabei auf den Inhalten der AMPreisV. Die Preissteuerung bei Arzneimitteln und damit mittelbar die Vergütung der Apotheker differenziert in den einzelnen Vorschriften der AMPreisV. So gilt für Fertigarzneimittel § 3 AMPreisV. Im Einzelnen wird dort danach unterschieden, ob die Arzneimittel sowohl im Direkt- als auch im Großhandel von den Apotheken erworben werden können. Ist beides für ein Medikament möglich, legt § 3 Abs. 2 Nr. 1 AMPreisV den Endpreis fest. Danach ist auf den Herstellerabgabepreis nicht der jeweils erhobene Großhandelszuschlag zu addieren. Vielmehr muss derjenige Zuschlag addiert werden, der gemäß § 2 AMPreisV maximal erhoben werden könnte, auch wenn dieser Zuschlag im konkreten Fall gar nicht erhoben wurde. Auf die Summe fällt dann der Festzuschlag des Apothekers von 3 v. H. an. Ziel dieser Regelung ist die Gewährleistung eines einheitlichen Apothekenpreises (Sandrock/Nawroth in Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts 2010 § 9 Rn. 160). Hier findet demnach eine generalisierende Betrachtung statt, die nicht auf die tatsächlich vorzufindenden Tatsachen nicht abstellt. Sie erlaubt eine stets höhere Abrechnung. Gleiches geschieht bei Arzneimitteln nach § 3 Abs. 5 AMPreisV. Ist die Menge eines verschreibungspflichtigen Medikaments nicht angegeben, gilt die kleinste mögliche Packungsmenge. Weiter wird generalisiert, wenn ein bereits abgegebenes Medikament zurückgenommen und erneut abgegeben wird, weil dann ein konkreter Festzuschlag von 5,80 € anfällt, § 3 Abs. 6 AMPreisV. Eine weitere Pauschalbetrachtung ohne Berücksichtigung konkret anfallender Kosten findet sich in § 4 AMPreisV für so genannte Stoffe. Hier darf bei Umfüllung durch die Apotheke ohne Stoffveränderung ein Aufschlag von 100 v. H. erhoben werden. Insoweit wird wiederum zu Gunsten der Apotheken pauschaliert.

(4) Wenn der Verordnungsgeber daher mit Blick auf die mit der AMG-Novelle und der Einführung von § 5 Abs. 6 AMPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung verfolgten Ziele eine Pauschalierung auch bei der Herstellung von Zytostatika zulässt, begegnet das keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Verhältnismäßigkeit der konkreten Regelung beurteilt sich nämlich bei solchen pauschalierenden Regelungssystemen nicht aus der Sicht des Apothekers allein, sondern – wie bei Rechtsanwälten – mit Blick auf das durch die Regelung

geschaffene Gesamtsystem (BVerfG NJW 2007, 2098, 2100 f. Tz. 86). Dabei ist davon auszugehen, dass eine durchschnittliche Apotheke auch bei Vorhaltung der für die Herstellung von Zytostatika notwendigen Materialien und Räume auch das übliche Produktprogramm anbietet. Dazu gehört vor allem die Versorgung der Bevölkerung mit gewöhnlichen Medikamenten, bei denen die Apotheker gleichsam wie Verkaufskommissionäre auftreten. Die wirtschaftlichen Folgen der Preisfestlegung für den einzelnen Apotheker hängen daher maßgeblich davon ab, welchen Anteil die Gewinne bei der Herstellung von Zytostatika am Gesamtgewinnvolumen der Apotheke haben. Dass für die von dem Beklagten betriebene Apotheke (konkret zu bezeichnende) andere Gesichtspunkte gelten würden, ist nicht zu ersehen.

(5) Das Gericht verkennt nicht, dass diese Argumentation bei der Herstellung von Zytostatika an gewisse Grenzen gerät. Das Anerbieten der Herstellung von Zytostatika durch den Apotheker ist wegen der damit verbundenen Vorhaltekosten und Bereitstellung spezieller Reiräume, Kleidung etc. nicht ohne Weiteres z. B. vergleichbar mit der Tätigkeit eines Rechtsanwalts im Ordnungswidrigkeitenverfahren oder in sonstigen Verkehrssachen. Der Massencharakter dürfte dieser Leistung des Apothekers schon deswegen (noch) fehlen, weil in Deutschland bisher nur ca. 300 Apotheken (diese Zahl wird etwa in der ZEIT vom 25.11.2010 genannt und ist den Parteien im Verhandlungstermin genannt worden) solche Leistungen anbieten. Anders als beim Insolvenzverwalter oder Rechtsanwalt ist eine typisierende Betrachtung unter Umständen schwieriger, weil das jeweilige Zytostatikum häufig nicht bloß eine mengenmäßige Einzelanfertigung für den jeweiligen Patienten ist. Die Herstellung muss auf den einzelnen Patienten abgestimmt werden, weil Zytostatika einerseits hochwirksam, andererseits aber auch bei Fehldosierung tödlich wirken können (zu den Einzelheiten: Dettling/Kieser/Ulzhöfer, PharmR 2009, 421). Auf der anderen Seite dürften auch hier gewisse wiederkehrende Prozeduren und Arbeitsabläufe anstehen, die denen anderer Berufsgruppen in ihrer Typisierung ähneln. Auch jeder Rechtsfall oder jede Insolvenzabwicklung birgt Unwägbarkeiten und Schwierigkeiten, die sich erst aus dem konkreten Fall ergeben. Sie müssen nicht immer auftreten und treten in einer Vielzahl von Fällen auch nicht auf. Vergleichbares gilt für die Herstellung von Zytostatika, die jedenfalls in der Zusammensetzung nicht in jedem Einzelfall

erheblich divergieren werden. Im Ergebnis hält das Gericht die Einwände betreffend die Herstellungskosten von Zytostatika daher nicht für durchgreifend.

(6) Es kommt hinzu, dass, wie aus der Begründung zur Neufassung von § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der seit dem 01.01.2011 gültigen Fassung hervorgeht, der in § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung festgelegte Zuschlag orientiert war an den Vereinbarungen des Deutschen Apothekerverbandes mit den Spitzengremien der Deutschen Krankenkassen (BT/Drucks. 17/2413, S. 34 1. Spalte). Was für die Apotheken in diesem Bereich ausgehandelt wurde, kann jedenfalls bei Leistungen gegenüber der privaten Krankenversicherung nicht per se zu einer nicht leistungsgerechten Vergütung führen.

(7) § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung war auch geeignet. Die Eignung fehlt erst dann, wenn die jeweilige vom Verordnungsgeber gewählte Regelung unter keinem Gesichtspunkt das angestrebte Ziel auch nur fördern kann (Jarass in Jarass/Pieroth, aaO Art. 20 Rn. 84 m. w. Nachw.). Auch hier wirkt es sich aus, dass die AMPPreisV mittelbar für die Regelung der Vergütung von Apothekern ein Gesamtsystem darstellt, das in zahlreichen Fällen generalisierende Aspekte enthält. Damit beurteilt sich die Geeignetheit der Regelung – wie bei Rechtsanwälten – nicht in Bezug auf den einzelnen Apotheker oder einzelne Gruppen hieraus, sondern ist auf das verordnungsrechtlich geschaffene System insgesamt zu beziehen (BVerfG NJW 2007, 2098, 2101 Tz. 86). Zu berücksichtigen ist bei der Prüfung auch der grundsätzlich weite Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers (BVerfG NJW 2007, 979, 982; 2098, 2101). Denn auf Grund des Demokratieprinzips ist es grundsätzlich Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers oder des von ihm ermächtigten Verordnungsgebers, die Eignung einer Maßnahme zu beurteilen. Das gilt insbesondere in komplexen Materien mit Berufsbezug. Die eingeschränkte Überprüfbarkeit der Gerichte folgt dabei vor allem aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Gewicht, welches das Grundgesetz dem ermächtigten Verordnungsgeber im verfassungsrechtlichen Gefüge eingeräumt hat. Vor diesem Hintergrund kann die Eignung von § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung nicht in Zweifel gezogen werden, da eine

generelle Kappung der Zuschläge auf 70 € nach den insoweit nachvollziehbaren Berechnungen der Parteien eine Kostenreduktion der Verkaufspreise von Zytostatika in Höhe von ca. 30 bis 45 v. H. bedeutet. Sollte damit – wie der Beklagte einwendet – die Herstellung zytostatikahaltiger Lösungen auf Dauer zu Problemen bei der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung führen, schließt die Eignung nicht zwingend aus. Jedenfalls bestehen insoweit gewisse Zweifel an diesem Vorbringen, weil und soweit auch eine stationäre Versorgung mit Zytostatika existiert, die etwa durch Krankenhausapotheken gewährleistet wird (Dettling/Kieser/Ulzhöfer, PharmR 2009, 421, 423). Ob das ausreicht oder welche Nachteile dadurch entstehen, ist für das Gericht kaum abzuschätzen. Es ist aber auch grundsätzlich Sache des Verordnungsgebers, die mit der Preisfestsetzung verbundenen Nachteile abzuschätzen. Erst wenn die Zielsetzung der Verordnung durch die damit verbundenen Nebenwirkungen in Frage gestellt wird, kann die Geeignetheit der Regelung völlig fehlen (BVerfG NJW 1980, 2179; BVerfG NJW 1991, 555, 556). Dafür ist momentan aber nichts ersichtlich, weil die Regelung hierfür letztlich noch nicht lange genug in Kraft war, um deren Auswirkungen sicher einzuschätzen.

(8) § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung war auch erforderlich. Die Erforderlichkeit fehlt erst dann, wenn ein anderes, gleich geeignetes, ebenso wirksames Mittel existiert, das das betroffene Grundrecht weniger stark einschränkt (Jarass in Jarass/Pieroth, aaO Art. 20 Rn. 85 m. w. Nachw.). Eine andere Regelung zur Herstellung eines einheitlichen Apothekenpreises einerseits und einer allgemeinen Kostenreduktion im Gesundheitswesen bei gleichzeitiger gewährleisteteter flächendeckender Versorgung andererseits ist nicht erkennbar.

(9) § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung ist auch angemessen. Grundrechtseingriffe sind danach verfassungsrechtlich zulässig, wenn die Maßnahme den Betroffenen nicht übermäßig belastet. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Dringlichkeit muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt sein (vgl. nur BVerfG NJW 1991, 555, 557). Auch bei der Angemessenheit der Regelungen im engeren Sinne ist nicht auf die Auswirkungen nur für den Apotheker

abzustellen, sondern wiederum auf das Gesamtsystem. Die Regelung der Arzneimittelpreise bezweckt einerseits Kostenreduktion und Herbeiführung eines stabilen und möglichst einheitlichen Arzneimittelpreises. Auf der anderen Seite soll den Apothekern aber auch eine angemessene, auskömmliche Vergütung zukommen. Ein Regelungssystem, das dabei in vielen Fällen eine generalisierende Betrachtung zu Grunde legt und legen muss, erfordert es mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht, eine stets gleich bleibende Gebührenregelung zu schaffen oder dem Apotheker eine besonders hohe Vergütung zu verschaffen. Der Verordnungsgeber muss nur sicherstellen, dass eine insgesamt auskömmliche Vergütung durch das von ihm in Kraft gesetzte Regelungssystem garantiert ist. Es ist daher von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn eine Einzelleistung nicht gewinnbringend ist, solange dem Apotheker die Möglichkeit bleibt, durch entsprechende Kalkulation und Kombination mit anderen Leistungen eine auskömmliche und der Gesamtleistung angemessene Vergütung zu erreichen. Das wäre erst dann anders, wenn auch durch andere Leistungen eine auskömmliche Vergütung gar nicht zu erreichen wäre. Nur dann müsste der Kostenausgleich bereits bei der Herstellung der Zytostatikallösungen erreicht werden können (BGH NJW 2004, 941, 943). Dass eine auskömmliche Vergütung durch Mischkalkulation nicht erreicht werden kann, ist aber weder vorgetragen noch ersichtlich. Dass die Herstellung von Zytostatika demnach nicht kostendeckend durchgeführt werden kann, ist solange unschädlich, wie eine ausschließliche Spezialisierung der Apotheken auf diesen Zweig der Medikamentenzubereitung unter Aufgabe herkömmlicher Leistungen bisher nicht stattgefunden hat.

(10) Die Regelung in § 5 Abs. 6 AMPPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung ist aber auch dann verfassungskonform, wenn man annimmt, dass sich die vorstehenden Überlegungen jedenfalls auf die spezielle Dienstleistung der Zytostatika nicht übertragen lässt und dort von Verfassungs wegen zwingend gewinnbringend vergütet werden müsste. Denn dem Verordnungsgeber war von Gesetzes wegen ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (ausdrücklich für Verordnungen mit berufsregelender Relevanz: BGH NJW 2004, 941, 945). Ein von Anfang an offensichtlich untragbarer Fehlgebrauch dieses Einschätzungsspielraums ist nicht erkennbar. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat der Verordnungsgeber einen vom Gericht nur sehr eingeschränkt überprüfbaren

Beurteilungsspielraum, wenn er komplexe, in der Entwicklung begriffene Sachverhalte regelt. Stehen Ziele, Wertungen und Prognosen in Rede, ist ein angemessener Zeitraum zu gewähren, in dem der Ordnungsgeber die Auswirkungen seiner getroffenen Regelung prüfen kann, indem er Erfahrungen sammelt. Nur so kann der Ordnungsgeber sich Klarheit über mögliche Fehleinschätzungen und notwendige Korrekturen verschaffen (BVerfG NJW 1991, 555; ebenso BGH NJW 2004, 941, 945). Die Verordnung ist daher nicht deswegen verfassungswidrig, weil sie auf einer Prognose beruht und diese sich später als unrichtig herausstellt. Denn der Ordnungsgeber hat davon insofern einen nicht zu beanstandenden Gebrauch gemacht, als die Regelung in § 5 Abs. 6 AMPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung zunächst zeitlich bis zum 31.12.2011 begrenzt werden sollte. Der Ordnungsgeber hat durch Anhebung von 70 € auf 90 € die Regelung mit Wirkung zum 22.12.2010 bereits angepasst. Demnach ist der Prognosespielraum nicht überschritten. Hat der Ordnungsgeber einen Prognosespielraum, unterliegen die Regelungen nur einer Kontrolle auf Prognosefehler. Die Grenze ist erst überschritten, wenn die Erwägungen unvertretbar sind, also offensichtlich verfehlt, sodass sie vernünftigerweise keine Grundlage für eine ordnungsgebende Maßnahme darstellen können (BGH NJW 2004, 941, 945). Das ist nicht der Fall. Die Festlegung auf 70 € folgte in der Höhe der Vereinbarung der Spitzengremien von Apothekern und gesetzlichen Krankenkassen (siehe oben). Auch wenn der Betrag von 70 €, aus welchen Gründen auch immer, für die Abrechnung gegenüber privaten Krankenkassen zu niedrig bemessen (gewesen) sein sollte, infiziert dies die Prognoseentscheidung des Ordnungsgebers nicht. Auf einer Prognose beruhende Regelungen werden erst dann verfassungswidrig, wenn der dem Ordnungsgeber zuzubilligende Zeitraum für die Überprüfung der Prognose abgelaufen ist. Zu den Maßstäben für die Bestimmung des Zeitraums gibt es in der Rechtsprechung des BVerfG – soweit ersichtlich – keine feststehenden Vorgaben. Geht man aber davon aus, dass die Neuregelung erst am 23.07.2009 in Kraft trat, wird man dem Ordnungsgeber wenigstens zwei Jahre zubilligen können. Dies sind jedenfalls die Zeiträume, die für vergleichbare Vergütungsregelungen mindestens anzutreffen sind (BVerfG NJW 1991, 555; BGH NJW 2004, 941, 945). Zwar hat der Ordnungsgeber die verfassungsrechtliche Pflicht, die Angemessenheit seiner Prognose zu prüfen. Diese Pflicht aktualisiert sich aber erst dann zur Anpassungspflicht, wenn auch Tatsachen

vorliegen, die auf die Fehlsamkeit der Prognose hindeuten. Das war jedenfalls zum Zeitpunkt der streitigen Abrechnungen des Beklagten nicht der Fall. Das Problem der angemessenen Vergütung für Zytostatikaherstellungen ist bis dahin weder in der Literatur (etwa Sandrock/Nawroth in Dieners/Reese, aaO § 9 Rn. 165 ohne Erwähnung von § 5 Abs. 6 AMPPreisV a. F.) noch der Rechtsprechung relevant geworden. Es gab daher für den Ordnungsgeber zum streitigen Zeitraum, der ca. einen bis neun Monate nach Erlass der Verordnung lag, keine Veranlassung, an eine Anpassung der Regelung zu denken, weil keinerlei Indizien für eine Fehlsamkeit der Prognose vorlagen. Denn zu bedenken war – wie der vorliegende Fall zeigt –, dass Streitigkeiten über die Zulässigkeit der Preisbegrenzung frühestens mit der ersten Abrechnung solcher Leistungen auftreten würden, die hier mehrere Monate später erfolgte.

IV. Im Fall der Versicherungsnehmerin ... erfolgte die Leistung jedoch in Höhe von 2.772,76 € sowie 234,05 € mit Rechtsgrund, weil zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages mit dem Beklagten noch § 5 AMPPreisV in der vom 01.07.2008 bis zum 22.07.2009 gültigen Fassung einschlägig war und § 5 Abs. 6 AMPPreisV erst ab dem 23.07.2009 in Kraft trat. Ferner sind hinsichtlich dieser Versicherungsnehmerin Kosten für Trägerlösung und Primärpackmittel in Höhe von 85,75 € zuzüglich Umsatzsteuer, mithin 102,04 € nicht zu Unrecht erlangt. Insoweit ist die Klage unbegründet. Im Übrigen ist die Höhe der herauszugebenden Unterschiedsbeträge aber von der Klägerin nachvollziehbar und zutreffend ermittelt worden.

1. Zu dem unbegründeten Teil der Klage ist zunächst zu bemerken, dass die Klägerin in der Klageschrift selbst dargelegt hat, dass der Beklagte die Zytostatikazubereitungen für Frau ... in dem Zeitraum zwischen dem 21.07.2009 und dem 15.03.2010 verkauft habe (Bl. 3, 4 d. A.). Soweit die Klägerin meint, für den Abschluss des Vertrages zwischen der Versicherungsnehmerin und dem Beklagten komme es auf den Zeitpunkt der Lieferung der Medikamente an, kann dem nicht gefolgt werden. Aus Anlage K 1 der von der Klägerin zum Gegenstand ihres Sachvortrages gemachten Auflistung ergibt sich, dass der Versicherungsnehmerin Frau ... die betreffenden Medikamente Bevacizumab und Gemcitabin am 21.07.2009 verordnet worden sind. Die Klägerin hat zwar den Abschluss eines Kaufvertrages

bestritten. Der Beklagte hat jedoch substantiiert und glaubhaft vorgetragen, dass er die Arzneimittel für die Versicherungsnehmerin ... bereits am 21.07.2009 auf Anordnung des behandelnden Onkologen hergestellt hatte und noch am gleichen Tag in die Arztpraxis zum Zwecke der Verwendung gebracht hatte. Die eilige Herstellung der Zytostatikazubereitung noch am gleichen Tage ist nachvollziehbar vor dem Hintergrund einer Krebserkrankung, deren durchgängige Behandlung in aller Regel keinen Aufschub erlaubt. Der Vortrag des Beklagten zur Herstellung am Tage der ärztlichen Verordnung ist auch deswegen plausibel, weil sich aus der von der Klägerin vorgelegten Anlage ergibt, dass z. B. das Zytostatikum Carboplatin am 28.07.2009 verordnet und am gleichen Tag bezogen wurde. Aus der Anlage ergibt sich nämlich mehrmals die Identität von Verordnungs- und Bezugsdatum.

2. In der unbestritten Anweisung des behandelnden Arztes an den Beklagten, das Medikament für die Versicherungsnehmerin herzustellen und in die Arztpraxis zu bringen, liegt auch ein Angebot der Versicherungsnehmerin auf Abschluss eines entsprechenden Vertrages.

a) Das folgt aus den Umständen und der Interessenlage der Beteiligten sowie aus allgemeine Grundsätzen bei der Einschaltung Dritter durch den behandelnden Arzt. Gibt der behandelnde Arzt z. B. bei einem anderen Arzt eine Untersuchung in Auftrag oder überweist er seinen Patienten an den anderen Arzt, so tritt der behandelnde Arzt als Vertreter des Patienten auf. Übersendet insbesondere der behandelnde Arzt Untersuchungsmaterial des Patienten (z. B. eine Blutprobe oder Genmaterial) an den externen Laborarzt, erteilt er den damit verbundenen Auftrag grundsätzlich im Namen des Patienten. Dabei stellt sich die Interessenlage im Falle eines privat versicherten Patienten grundsätzlich nicht anders dar als bei einem gesetzlich Versicherten. Im Allgemeinen ist nicht davon auszugehen, dass der behandelnde Arzt die Laboruntersuchungen im eigenen Namen in Auftrag gibt, um damit seinen aus dem Behandlungsvertrag dem Patienten gegenüber bestehenden Pflichten durch Heranziehung des Laborarztes als seines Erfüllungsgehilfen gerecht zu werden. Maßgebend für Art und Umfang der vom Arzt geschuldeten Tätigkeit ist der nach Maßgabe der jeweiligen Heilberufsgesetze bestehende Inhalt des mit dem Patienten abgeschlossenen Behandlungsvertrags. Ohne ausdrückliche

Vereinbarung erstreckt sich die vertragliche Verpflichtung des Arztes von vorneherein nicht auf solche Maßnahmen als Eigenleistung, die von seinem Fachgebiet nicht umfasst werden (BGH NJW 2010, 1200, 1201 Tz. 11.). Hat der Patient den Arzt dazu bevollmächtigt, wird neben dem Behandlungsverhältnis zwischen dem Patienten und dem Arzt ein weiteres eigenständiges Vertragsverhältnis zwischen dem Patienten und dem Laborarzt begründet. Nur dies entspricht normalerweise dem Willen und Interesse der Beteiligten sowie den Bedürfnissen der Praxis. Ist zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patienten nicht besprochen worden, zu welchem Zweck das Material untersucht werden soll, richtet sich der nach Treu und Glauben sowie unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu beurteilende Umfang der Vollmacht danach, welche Laboruntersuchungen für die medizinisch notwendige weitere Behandlung objektiv – nicht nach der subjektiven Meinung des behandelnden Arztes – benötigt werden (BGH NJW 2010, 1203, 1204 Tz. 8.).

b) Nicht anderes ist die Interessenlage bei der durch den behandelnden Arzt vorgenommenen Beauftragung eines Apothekers mit der Herstellung der Zytostatika und deren Ablieferung in der Arztpraxis. Auch insoweit kommt der Vertrag zwischen dem Patienten (Versicherungsnehmer) und dem Apotheker zu Stande. Jedenfalls hat der Beklagte das Angebot konkludent durch Herstellung der Zytostatika und deren Ablieferung in der Arztpraxis angenommen. Der Vertrag kam daher bereits am 21.07.2009 zu Stande und damit vor Inkrafttreten von § 5 Abs. 6 AMPreisV in der vom 23.07.2009 bis zum 31.12.2010 gültigen Fassung. Der Beklagte durfte daher nach Maßgabe von § 5 Abs. 1 AMPreisV in der vom 01.07.2008 bis zum 22.07.2009 gültigen Fassung einen Festzuschlag von 90 v. H. erheben.

3. Überdies hat der Beklagte – von der Klägerin als Bereicherungsgläubiger unwiderlegt – dargetan, dass hinsichtlich Versicherungsnehmerin ... Kosten für Trägerlösung und Primärpackmittel in Höhe von 85,75 € zuzüglich Umsatzsteuer, mithin 102,04 € angefallen sind (Bl. 47 d. A.). Weitere Kosten hat der Beklagte nicht dargelegt (vgl. Bl. 254 f., 257 d. A.), obgleich die Klägerin ihn zur detaillierten Darlegung aufgefordert hatte (Bl. 102 f. d. A.). Da nur der Beklagte, nicht aber die Klägerin, zu einer weiteren Spezifizierung in der Lage wäre, konkrete weitere Kosten

für Trägerlösung und Primärpackmittel aber nicht vorgetragen sind, kann insoweit kein Abzug stattfinden.

V. Der Beklagte beruft sich ohne Erfolg auf die Einrede gemäß § 814 BGB. Nach dieser Vorschrift kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

1. Der Kondiktionsausschluss nach § 814 BGB greift nach der ständigen Rechtsprechung des BGH erst ein, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGHZ 113, 62, 70; BGH NJW 1997, 2381, 2382). Zweifel daran, dass diese Voraussetzungen vorliegen, gehen zu Lasten des darlegungs- und beweispflichtigen Leistungsempfängers (BGH NJW 2002, 3772, 3773). Da es sich hier um einen Anspruch aus übergegangenem Recht der Versicherungsnehmer handelt, darf hinsichtlich der Kenntnis nicht auf die Klägerin abgestellt werden (offen gelassen von BGH NJW 2002, 3772, 3773 für den Fall, dass der Krankenversicherer bereits bei Begleichung einer Arztrechnung eingeschaltet wird). Entscheidend ist vielmehr, was die Versicherungsnehmer der Klägerin bei Leistung an den Beklagten gewusst haben. Angesichts der strengen Anforderungen an das Merkmal der Nichtschuld nach § 814 BGB liegt es fern, dass die Versicherungsnehmer der Klägerin positiv gewusst haben, gegenüber dem Beklagten zur Leistung nicht verpflichtet zu sein. Die Klägerin leistete Zahlung für die Ausgaben der Versicherungsnehmer, thematisierte aber auch eine mögliche Überzahlung der Entgelte. Grund hierfür war allein eine von der Klägerin mit ihrem geschulten Personal durchgeführte Prüfung der Rechtmäßigkeit der Forderungen des Beklagten. Es kann nicht festgestellt werden, dass die erkrankten Versicherungsnehmer, die erkennbar eine Leistung ihres privaten Krankenversicherers erwarteten, sich überhaupt keine Gedanken über die Berechtigung des Beklagten gemacht haben. Daran vermag das beklagtenseits angeführte Standardschreiben der Klägerin an die Versicherungsnehmer nichts zu ändern. Dann hätten die Versicherungsnehmer allenfalls gewusst, dass ihr Versicherer die Leistungen in einer bestimmten Höhe nicht für erstattungsfähig hält.

Sie hätten damit lediglich Kenntnis von den unterschiedlichen Rechtsansichten, also von einem Disput über die Auslegung von § 5 Abs. 6 AMPPreisV, gehabt, nicht aber positive Kenntnis der Rechtslage.

2. Selbst wenn § 814 BGB im Verhältnis zwischen der Klägerin und ihren Versicherungsnehmern eingriffe, würde dies im Verhältnis von Klägerin und Beklagtem nicht zum Kondiktionsausschluss führen. Die Klägerin verfolgte mit der Leistung an die Versicherungsnehmer den Primärzweck, die ihrer Ansicht nach direkt oder in Verbindung mit § 194 Abs. 2 VVG eingreifende Vorschrift nach § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG zur Anwendung zu bringen. Würde § 814 BGB diese Fälle der Leistung an den Versicherungsnehmer zwecks Auslösung der Legalzession erfassen, würde der Anspruchsübergang im Wege des § 194 Abs. 2 VVG sinnlos sein, weil der Regress dann stets ausgeschlossen wäre.

B.

I. Der Zinsanspruch ergibt sich hinsichtlich des von der vorgerichtlich durch Schreiben vom 19.03.2010 angemahnten Summe von 37.749,89 € verbleibenden Betrags von 34.641,13 € in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

1. Für eine Verzinsung in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB ist kein Raum. Die Vorschrift ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur „für Entgeltforderungen“ einschlägig. Eine Entgeltforderung liegt vor, wenn die Forderung auf die Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung gerichtet ist, die in der Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen besteht (BGH NJW 2010, 3226 Tz. 12). Auf Bereicherungsansprüche findet die Vorschrift demgemäß keine Anwendung (MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl. § 286 Rn. 75; Palandt/Grüneberg,

aaO § 286 Rn. 27; juris-PK-BGB/Alpmann, 5. Aufl. § 286 Rn. 38). Die Gegenauffassung, die § 288 Abs. 2 BGB – ebenso wie § 286 Abs. 3 BGB – auch auf Bereicherungsansprüche wegen rechtsgrundloser Leistung anwenden will (Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB Neubearb. 2009 § 286 Rn. 93, 96 in Verbindung mit § 288 Rn. 17), ist abzulehnen. Was auf Grund der Forderung geschuldet wird, muss die Gegenleistung für eine andere, vom Gläubiger zu erbringende Leistung darstellen. Regelmäßig muss daher ein gegenseitiger Vertrag vorliegen, und es muss die fragliche Forderung Entgeltcharakter haben, d. h. sie muss im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Diese Voraussetzungen sind bei einem Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu verneinen (MünchKomm-BGB/Ernst, aaO § 286 Rn. 75). Nach dem 13. Erwägungsgrund der dem Gesetz zu Grunde liegenden Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.06.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. L 200 vom 8.8.2000, S. 35–38) ist diese Richtlinie auf die als Entgelt für Handelsgeschäfte geleisteten Zahlungen beschränkt und umfasst weder Geschäfte mit Verbrauchern noch die Zahlung von Zinsen im Zusammenhang mit anderen Zahlungen, z. B. unter das Scheck- und Wechselrecht fallenden Zahlungen oder Schadensersatzzahlungen einschließlich Zahlungen von Versicherungsgesellschaften. Auch vor diesem Hintergrund liegt es fern, dass der Gesetzgeber § 288 Abs. 2 BGB auf Ansprüche aus § 812 BGB angewandt wissen wollte.

2. Entgegen der Auffassung des Beklagten (Bl. 48 d. A. unten) ist der Verzugseintritt nicht fraglich. Der Schuldner kommt nach § 286 Abs. 4 BGB nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Schuldnerverzug liegt stets dann vor, wenn der Schuldner die Verzögerung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat (§ 276 BGB) oder die Verspätung auf vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten seines gesetzlichen Vertreters oder eines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) beruht (MünchKomm-BGB/Ernst, aaO § 286 Rn. 103). Das Vertretenmüssen des Schuldners ist keine Verzugsvoraussetzung, sondern ihr Fehlen ein Einwendungstatbestand, für welchen den Schuldner die Beweislast trifft (Palandt/Grüneberg, aaO § 286 Rn. 32). Dazu sind dem Vortrag des Beklagten keine entscheidungserheblichen Umstände zu entnehmen. Insbesondere stellt es keinen Entschuldigungsgrund dar, die Zahlung im Hinblick auf eine

bestimmte Rechtsansicht zu verweigern, die im Prozess dann nicht bestätigt wird (OLG Naumburg NJW-RR 2010, 1180 a. E.). Die Vorschriften über den Verzug liefen weitgehend leer, wenn der Schuldner im Rechtsstreit mit Erfolg einwenden könnte, er habe sich durch seinen Prozessbevollmächtigten beraten lassen und für berechtigt gehalten, die Zahlung zu verweigern.

II. Dementsprechend ist der im Übrigen geltend gemachte Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen gemäß §§ 288 Abs. 1, 291 BGB, und zwar in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, berechtigt. Allerdings beginnt die Verzinsung erst ab dem Tag nach Eintritt der Rechtshängigkeit (BGH NJW-RR 1990, 519; BAG NZA 2008, 464, 467 Tz. 35).

III. Im Ergebnis sind der Klägerin bei einer berechtigten Hauptforderung von 77.933,18 € zwar nur Zinsen aus einem Betrag von 77.033,18 € zuzusprechen. Das Gericht darf der Klägerin insoweit gemäß § 308 Abs. 1 ZPO nicht mehr zusprechen, als die in der Klageschrift aus einem Teilbetrag von 19.079,94 € beantragten Rechtshängigkeitszinsen. Da es sich um eine Nebenforderung handelt, war ein gerichtlicher Hinweis nicht veranlasst (§ 139 Abs. 2 ZPO).

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

...

Ausgefertigt

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle